DE GRUYTER

Günther Jakobs

STRAFRECHT, ALLGEMEINER TEIL

PART 1

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:55

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:55

Strafrecht Allgemeiner Teil

Die Grundlagen und die Zurechnungslehre
Lehrbuch

von
Günther Jakobs

2., neubearbeitete und erweiterte Auflage

Walter de Gruyter · Berlin · New York 1991

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:55

Dr. *Günther Jakobs*, o. Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie
an der Universität Bonn

∞ Gedruckt auf säurefreiem Papier, das der US-AINSI-Norm für Haltbarkeit entspricht.

Die Deutsche Bibliothek — CIP-Einheitsaufnahme

Jakobs, Günther:
Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch / von Günther Jakobs. — 2., neubearb. und erw. Aufl. — Berlin; New York: de Gruyter, 1991.
ISBN 3-11-011214-0

© Copyright 1991 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.

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: H. Heenemann GmbH & Co, 1000 Berlin 42. — Bindearbeiten: Dieter Mikolai, 1000 Berlin 10.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:55

Vorwort

Das Programm der ersten Auflage wurde unverändert weitergeführt: Die strafrechtliche Begriffswelt soll nach der gesellschaftlichen Aufgabe des Strafrechts eingerichtet werden und nicht nach natürlichen oder sonstigen gesellschaftsfremden Vorgaben. Das — in der Hauptsache nachfolgend abgedruckte — Vorwort zur ersten Auflage skizziert, was mit diesem Ordnungsansatz gemeint ist.

Die vorliegende Auflage berücksichtigt Literatur und Rechtsprechung, soweit diese bis zum 1. Oktober 1990 erschienen waren. Fand ich in den Veröffentlichungen neue Bahnen beschritten, so habe ich mich bemüht, im Text oder in den Fußnoten darauf einzugehen, also nicht nur Fundstellen zu dokumentieren (für Studierende sei vermerkt, daß *dies* die nebensächlichste Aufgabe des Lehrbuchs ist), sondern eine Diskussion aufzunehmen. Eine solche Vorgehensweise kostet Platz. Für *jede* neue Zeile eine alte zu streichen, hätte das Buch zu stark auf den heutigen Tag ausgerichtet; so blieb nur die Vergrößerung des Umfangs.

Für manche Hilfe danke ich herzlich. Das Manuskript mit einigen Tausend Änderungen gegenüber der ersten Auflage hat meine Sekretärin, Frau *H. Gerharz*, findig in die rechte Form gebracht. — Meine wissenschaftliche Mitarbeiterin, Frau *B. Dalbkermeyer*, sowie meine wissenschaftlichen Mitarbeiter, die Herren Dr. *A. Göbel, U. Mertin, B. Müssig, M. Pawlik* und Dr. *K.-H. Vehling*, haben die Arbeit an der Neuauflage mit klugen Diskussionsbeiträgen gefördert und bei den Korrekturen engagiert geholfen. Herr Regierungsrat z. A. *H. Lesch* hat zahlreiche Änderungen bei der Darstellung der Lehre von der Beteiligung angeregt. — Frau Dr. *D. Walther* vom Verlag Walter de Gruyter bewies viel Verständnis für die Sorgen eines Autors.

Bonn
im April 1991 *Jakobs*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:55

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:55

Aus dem Vorwort zur ersten Auflage

...

Das Buch beginnt ... mit einer Anknüpfung an *Welzel*, scil. an seine Lehre, das Strafrecht habe die Geltung „positiver sozialethischer Aktwerte" zu sichern (Lehrbuch S. 2). So muß man ansetzen, wenn man die Wirkungen des Strafrechts nicht nur — wie Sommer und Winter — als natürliche Vorgänge, sondern — wie Rede und Antwort — als gesellschaftliche Vorgänge verstehen will. Bei dieser Sicht besteht die Aufgabe der Strafrechtsdogmatik darin, die Sätze zu entwickeln, die man braucht, um der Straftat als einer bedeutungshaltigen Tat (einer Tat mit expressivem Gehalt) durch einen bedeutungshaltigen Akt zu widersprechen. Dieser Widerspruch ist nach einer Tat erforderlich, um die vom Täter desavouierte Normgeltung wiederherzustellen. Wie eine äußerliche Verletzung die Erscheinungsform der *Norm*verletzung ist, so ist die Strafe die Erscheinungsform, in der eine *Norm*stabilisierung stattfindet.

Hier trennen sich die Wege. Die ontologisierende Strafrechtsdogmatik zerbricht, und zwar gründlicher, als sie überhaupt je bewußt etabliert worden ist. Nicht nur die Begriffe Schuld und Handlung (und viele weitere auf geringerem Abstraktionsniveau), denen die Strafrechtsdogmatik immerhin ausdrücklich ein Wesen oder — verwaschener — eine (sachlogische, vorrechtliche) Struktur zuerkannt hat, werden zu Begriffen, von denen sich ohne Blick auf die Aufgabe des Strafrechts schlechthin nichts sagen läßt, sondern selbst der Begriff des Subjekts, dem zugerechnet wird, erweist sich als ein funktionaler Begriff. Damit soll nicht behauptet werden, nunmehr sei mit der Aufgabe des Strafrechts ein Punkt gefunden, mit dessen Hilfe dogmatische Sätze ein für allemal fixiert werden könnten. Im Gegenteil, jeder strafrechtsdogmatische Satz leidet an sämtlichen Unsicherheiten, an denen die Verständigung über die Aufgabe von Strafrecht leidet. Die Abhängigkeit ist freilich nicht einseitig: Aus der Verständigung über dogmatische Sätze kann auf die Aufgabe von Strafrecht zurückgeschlossen werden. Die hohe Dichte der systematischen Verknüpfung des Schuldbegriffs mit der Strafzwecklehre (positive Generalprävention) mag als Beleg für die Gegenseitigkeit dienen.

Setzt man bei der Aufgabe des Strafrechts an und nicht beim Wesen (oder bei der Struktur) der Gegenstände von Strafrechtsdogmatik, so führt das zu einer (Re-)Normativierung der Begriffe. Ein Subjekt ist bei dieser Sicht nicht, wer ein Ereignis bewirken oder hindern kann, sondern wer dafür zuständig sein kann. Ebenso verlieren die Begriffe Kausalität, Können, Fähigkeit, Schuld u. a. m. ihren vorrechtlichen Inhalt und werden zu Begriffen für Stufen von Zuständigkeiten. Diese Begriffe geben dem Strafrecht keine Regelungsmodelle vor, sondern entstehen erst im Zusammenhang strafrechtlicher Regelungen. Selbst die Annahme, zumindest nach dieser Entstehung müsse sich der Begriff auf ein homogenes vorrechtliches Substrat beziehen (auf Bewirken, Wollen, Kenntnis etc.), erweist sich als (naturalistisches) Mißverständnis. Bei der (Re-)Normativierung geht es nicht darum, losgelöst vom gesellschaftlichen Zusammenhang Normensysteme zu entwerfen (was man freilich auch unternehmen kann); vielmehr gelten die Bemühungen dem Strafrecht in einer Gesellschaft der vorhandenen Gestalt, ohne daß freilich auf Ansprüche gegenüber der Wirklichkeit verzichtet würde. Ziel ist die optimale (nicht stets restlos gelingende) Systematisierung des *geltenden* Strafrechts. Deshalb findet sich hier auch kein Lösungsvorschlag, der nicht praktikabel wäre.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:55

Bei der normativen Sicht verschwinden einige Probleme, die von der traditionellen Dogmatik durch den steten Blick auf den Seinszusammenhang (oder Strukturzusammenhang) erzeugt werden. Neben zahlreichen Harmonisierungen im Schuldbegriff verliert insbesondere die Entgegensetzung von Begehungsdelikten und Unterlassungsdelikten an Schärfe; *beide* beruhen auf Organisationszuständigkeit oder auf institutioneller Zuständigkeit. Dabei hängen vom aktuellen Stand der Organisation des Subjekts als psychophysisches System (Handeln oder Unterlassen) nur eher zweitrangige Probleme ab. Erhebliche Neuordnungen ergeben sich ferner an zahlreichen anderen Stellen, etwa bei der objektiven Zurechnung, bei der Teilnahmelehre oder bei Einzelfragen der Rechtfertigung.

Das Buch ist ein Lehrbuch in dem Sinn, daß in ihm eine Lehre entwickelt wird. Hier wird nicht sogleich die Ernte eingebracht, sondern erst einmal geackert. Da die Teilnahme an der Entwicklung einer Lehre die einzige Möglichkeit ist, Strafrechtswissenschaft zu lernen, richtet sich das Buch trotz seines für Anfänger recht hohen Schwierigkeitsgrads auch an Studenten. Notfalls müssen sie eben manches dreimal oder häufiger lesen. Dafür werden sie danach nicht nur wissen, wie man „gefestigte" oder gar „herrschende" Lehren in die Scheuern bringt. Die vorhandenen Theorien werden hier allerdings nicht übergangen. Vielmehr ist der große Umfang des Buchs auch eine Folge des intensiven Bemühens, den Stand der Diskussion zu referieren und zu belegen. Das geschieht sowohl zur Information des Lesers als auch — mehr noch — deshalb, weil die eigenen Ansichten erst in der Auseinandersetzung mit den vorhandenen Lehren entstehen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:55

Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der Abkürzungen, einschließlich der abgekürzt zitierten Literatur XXIII

1. BUCH

Die Grundlagen

1. KAPITEL

Das staatliche Strafen

1. Abschnitt: Der Inhalt und die Aufgabe des staatlichen Strafens 1

I. Der Begriff der Strafe 5
II. Die Theorie der positiven Generalprävention 6
A. Die Notwendigkeit sicherer Normgeltung 6
B. Die Öffentlichkeit des Konflikts 8
C. Die Bedeutung der Strafe 9
D. Die Konfliktserledigung ohne Strafe 10
E. Ergebnis 13
III. Die absoluten Theorien 15
A. Die Vergeltungstheorien 15
B. Die Sühnetheorie 19
IV. Die relativen Theorien (die Präventionstheorien) 20
A. Die Generalpräventionstheorien 20
B. Die Spezialpräventionstheorien 22
1. Die generelle Problematik 22
2. Die Verletzung des Tatprinzips 24
3. Neuere Konzepte 25
V. Die Vereinigungstheorien 27
VI. Anhang: Die Aufgaben der Maßregeln der Besserung und Sicherung 29
A. Theorien der Maßregeln 30
B. Die Differenzierung der Maßregelfunktion 31

2. Abschnitt: Die materielle Legitimation des Strafrechts 34

I. Das Bezugsniveau des Strafrechtsschutzes: Normen als Strafrechtsgut 35
II. Materielle Legitimation des Strafrechts durch Rechtsgüterschutz? 37
A. Allgemeine Probleme 37
B. Der Begriff des Rechtsguts 39
C. Nicht auf Rechtsgüter bezogene Normen 41
III. Kritik der Lehre vom Rechtsgüterschutz 44
IV. Vorverlagerungen 46
V. Subsidiarität des staatlichen Strafens? 48

3. Abschnitt: Die Abgrenzung der staatlichen Strafe von anderen Reaktionen öffentlichen *Rechts* 49

I. Die Ordnungswidrigkeiten 49
A. Die historische Entwicklung 50
B. Der gegenwärtige Stand 53

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

II. Die Disziplinarmaßnahmen 55
A. Die Notwendigkeit von Disziplinarmaßnahmen 56
B. Die Abgrenzung und die Behandlung von Überschneidungen 57
III. Die Ordnungs- und Zwangsmittel nach den Prozeßordnungen 61

2. KAPITEL

Der Grundsatz der Gesetzesbindung und die Geltung des Strafrechts

4. Abschnitt: Die Gesetzesbindung und die zeitliche Geltung 63
I. Die Funktion des Grundsatzes der Gesetzesbindung 63
A. Der Meinungsstand 64
B. Die Gesetzesbindung als Objektivitätsgarantie 67
II. Die einzelnen Wirkungen des Grundsatzes der Gesetzesbindung 69
A. Die Gesetzlichkeit der Bestimmung 72
B. Die Bestimmtheit des Gesetzes 73
1. Die Relativität der Bestimmtheit zum Regelungsgegenstand 73
2. Die Notwendigkeit von Vorannahmen des Interpreten zum Regelungsgegenstand 75
3. Die Folgerungen für den Gesetzgeber 78
4. Die Folgerungen für den Gesetzesanwender 82
a) Das Problem des Generalisierungsverbots 82
b) Die Notwendigkeit der Systembildung 85
5. Gewohnheitsrecht? 89
III. Die zeitliche Geltung, insbesondere das Rückwirkungsverbot 90
A. Der Umfang der erforderlichen Geltung 92
B. Die Ausgestaltung der zeitlichen Geltung und des Rückwirkungsverbots nach positivem Recht 94
1. Die Tatzeit 94
2. Strafen und Nebenfolgen contra Maßregeln? 94
3. Nur materielles Recht? 95
4. Die Gesetzesänderung während der Tatzeit 96
5. Das Zeitgesetz 97
C. Das mildeste Gesetz 99
1. Die Bestimmung der kontinuierlichen Geltung 99
2. Die Bestimmung der mildesten Variante 103
D. Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungsänderung? 104

5. Abschnitt: Die räumliche und personelle Geltung 106
I. Die Prinzipien und die dogmatische Stellung 107
A. Die Prinzipien der Geltung 107
1. Der Gesetzeswortlaut nach dem Besonderen Teil 107
2. Die beschränkenden Prinzipien der Geltung 110
B. Die dogmatische Stellung 111
II. Die Ausgestaltung nach geltendem Recht 112
A. Die Anwendung der einzelnen Prinzipien 112
B. Die Probleme des Tatorts 117
C. Prozessuale Besonderheiten 119
D. Das interlokale Strafrecht 119
E. Das ehemalige Verhältnis zur DDR 120

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

2. BUCH
Die Zurechnungslehre

1. TITEL
Der Inhalt und die Aufgabe der Zurechnung, hauptsächlich beim Begehungsdelikt

1. KAPITEL
Die Tatbestandsverwirklichung

6. Abschnitt: Die Grundlagen und die Grundbegriffe der Tatbestandsverwirklichung *durch Handlung* 123
I. Der Handlungsbegriff 123
A. Die strafrechtlichen Handlungstheorien 125
1. Die Handlungslehre als Teil der Zurechnungslehre 125
2. Die Möglichkeit einer schuldlosen Handlung 126
3. Der kausale Handlungsbegriff 129
4. Der finale Handlungsbegriff 130
5. Handlung als äußere Finalität? 135
B. Die Handlung als individuell vermeidbare Erfolgsverursachung 136
1. Die Trennung von Handlungssteuerung und Antriebssteuerung 136
2. Exkurs: Der soziale Handlungsbegriff 138
3. Die individuelle Vermeidbarkeit 139
4. Die Trennung von Handlung und Unterlassung 142
a) Die Unterscheidung 142
b) Der gemeinsame Oberbegriff 142
c) Negativer Handlungsbegriff? 143
5. Grenzprobleme 144
6. Das Unvermeidbare 148
C. Deliktsfähigkeit eines Verbands, insbesondere: Verbandshandlungen? 148
II. Der Tatbestandsbegriff 150
A. Die Tatbestandsverwirklichung als Stufe der Zurechnung 152
B. Die Entwicklung des Tatbestandsbegriffs 153
C. Die dogmatische Bedeutung des Tatbestands 155
1. Der Begriff des Tatbestands 155
2. Weitere Tatbestandsbegriffe 156
3. Kritik der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen 156
4. Das Verhältnis von Tatbestand und Unrecht 159
a) Der Grundsatz 159
b) Problemfälle 160
III. Das Verhältnis von Tatbestand und Handlung 163
A. Die Handlung als gemeinsamer Mindestinhalt der Tatbestände 163
B. Die Zugehörigkeit des tatbestandlichen Erfolgs zur Handlung und zum Unrecht 164
1. Das Problem 164
2. Kein Unrecht ohne tatbestandsmäßigen Erfolg? 165
3. Unrecht stets ohne tatbestandsmäßigen Erfolg? 165
4. Ergebnis 167
IV. Die Gestalten der Tatbestände 168
V. Anhang: Die gesetzestechnische Unterscheidung von Verbrechen und Vergehen . . 180

7. Abschnitt: Einzelheiten der Tatbestandsverwirklichung durch Handlung;
1. Teil: Der objektive Tatbestand 182
I. Der objektive Tatbestand als Gegenstand des Allgemeinen Teils 182
II. Die objektive Zurechnung: Die Kausalität 185
A. Die Äquivalenztheorie 185

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

B. Kritik der Formel von der condicio sine qua non 186
C. Kausalität als Bedingung 188
III. 1. Fortsetzung: Adäquanz? 195
A. Die Grundbegriffe 195
B. Die Adäquanztheorie 195
IV. 2. Fortsetzung: Der Ausschluß bei erlaubtem Risiko 198
A. Die Begründung des erlaubten Risikos 200
B. Die dogmatische Stellung des erlaubten Risikos 201
C. Einzelheiten 204
1. Die Bewertungsmaximen 204
2. Die Beurteilungsbasis 206
V. 3. Fortsetzung: Der Ausschluß bei erlaubtem Vertrauen (Vertrauensgrundsatz) . . 208
VI. 4. Fortsetzung: Die Garantenstellung und der Ausschluß der Zurechnung beim Regreßverbot 212
A. Die Notwendigkeit einer Garantenstellung 213
B. Fallgruppen fehlender Zurechnung 214
C. Die sogenannten Unterlassungsdelikte durch Begehung 219
D. Die Pflichtdelikte 220
VII. 5. Fortsetzung: Risikoverwirklichung bei Risikokonkurrenz 220
A. Die Notwendigkeit der Isolierung eines Risikos 222
B. Die Irrelevanz von Hypothesen 223
C. Die Relativität des Unerlaubten 224
D. Die Bestimmung der Risikoverwirklichung 226
1. Die Grundregel 226
2. Risiken in mehrfacher Zuständigkeit 229
3. Überbedingte Erfolge 230
E. Einzelfragen zur Risikoverwirklichung 231
F. Die Berücksichtigung hypothetischer Erfolgsursachen bei der Strafzumessung . 233
1. Der Grundsatz 233
2. Die Möglichkeit einer Strafrahmenmilderung wegen hypothetischer Erfolgsursachen (Ähnlichkeit mit abstrakter Gefährdung oder Versuch) 234
G. Risikoerhöhung? 235
VIII. 6. Fortsetzung: Der Ausschluß der Zurechnung bei Einverständnis, tatbestandsausschließender Einwilligung und Handeln auf eigene Gefahr 238
A. Das Einverständnis 239
B. Die tatbestandsausschließende Einwilligung und das Handeln auf eigene Gefahr 242
1. Die Abgrenzung der tatbestandsausschließenden Einwilligung von der rechtfertigenden Einwilligung 242
2. Der zur Einwilligung Berechtigte 244
3. Die Objektivierung der Einwilligung 245
4. Die Einwilligung bei Zwang und Irrtum 246
5. Die Rechts- und Sittenwidrigkeit von Tat und Einwilligung 250
6. Der Gegenstand und die Intensität der Einwilligung und das Handeln auf eigene Gefahr 250
7. Weitere Einzelheiten 254

8. Abschnitt: Einzelheiten der Tatbestandsverwirklichung durch Handlung; *2. Teil: Der subjektive Tatbestand als Vorsatz* 255
I. Der für den Vorsatz maßgebliche Zeitpunkt; Allgemeines 255
II. Der Vorsatz als Wissen 258
A. Der Grund der Trennung von Vorsatz und Fahrlässigkeit und das Problem der Tatsachenblindheit 258
B. Die Unterscheidung von Hauptfolgen und Nebenfolgen 261
C. Die Intensität des Wissens 262

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

III. Die Gestalten des Vorsatzes . . . 264
A. Der Vorsatz bei Hauptfolgen . . . 266
B. Der Vorsatz bei Nebenfolgen . . . 268
1. Wissentlichkeit bei Nebenfolgen . . . 268
2. Bedingter Vorsatz . . . 269
C. Alternativer Vorsatz . . . 278
D. Die zur Tatbestandsverwirklichung erforderliche Vorsatzgestalt . . . 279
IV. Der Gegenstand des Vorsatzes und Abweichungsprobleme . . . 282
A. Allgemeines . . . 284
B. Der Vorsatz bei Blankettgesetzen . . . 286
1. Das Problem . . . 286
2. Die Lösung . . . 287
C. Die normativen Tatbestandsmerkmale als Vorsatzgegenstand . . . 288
1. Das Problem . . . 288
2. Die Lösung . . . 290
a) Die Differenzierung der Merkmale . . . 290
b) Die Konsequenzen für die Scheidung von Vorsatz und Unrechtsbewußtsein . . . 293
c) Irrtumsprobleme . . . 294
D. Die Kausalität als Vorsatzgegenstand . . . 295
1. Die Verwirklichung des gesehenen Risikos . . . 295
a) Grundsatz: Übertragung der Regeln der objektiven Zurechnung . . . 295
b) Einzelheiten . . . 297
2. Die vorzeitige Vollendung und der dolus generalis . . . 300
3. Der Objektsirrtum . . . 303
4. Der Individualisierungsirrtum und der Motivirrtum . . . 305
E. Die privilegierenden Tatbestandsmerkmale als Vorsatzgegenstand . . . 305
V. Die Steuerungsmerkmale und sonstige subjektive Unrechtselemente . . . 307
VI. Der subjektive Tatbestand aus psychologischer Sicht . . . 311

9. Abschnitt: Einzelheiten der Tatbestandsverwirklichung durch Handlung;
3. Teil: Der subjektive Tatbestand als Fahrlässigkeit und als Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination . . . 313
I. Die individuelle Fahrlässigkeit . . . 315
A. Allgemeines . . . 315
B. Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung . . . 318
II. Kritik der objektiven Fahrlässigkeit . . . 320
III. Einzelprobleme der Fahrlässigkeit . . . 323
A. Die Übernahmefahrlässigkeit . . . 323
B. Die Entscheidungsrelevanz des erkennbaren Risikos . . . 324
C. Die Erkennbarkeit eines objektiv zurechenbaren Risikos . . . 324
D. Die Leichtfertigkeit . . . 326
E. Die scheinbare Fahrlässigkeit . . . 327
F. Fahrlässigkeit und Erfolg (fahrlässiger Versuch?) . . . 328
IV. Die aus Vorsatz und Fahrlässigkeit zusammengesetzten Delikte (sogenannte Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen) . . . 328

10. Abschnitt: Die objektiven Bedingungen (der Ausschließung) des Unrechts oder seiner *Straftatbestandlichkeit* . . . 335
I. Die nur-objektiven Bedingungen des Unrechts oder seiner Straftatbestandlichkeit (die sogenannten objektiven Strafbarkeitsbedingungen) . . . 335
A. Das Problem . . . 335
B. Die Dogmatik der Bedingungen des Unrechts und der Straftatbestandlichkeit . . . 337

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

II. Die rollenbezogenen Bedingungen der Ausschließung des Unrechts oder seiner Straftatbestandlichkeit (die sogenannten persönlichen Ausnahmen von der Strafbarkeit) . . . 340
A. Die Abgrenzung zu den Verfahrenshindernissen . . . 341
B. Die rollenbezogenen Bedingungen . . . 343
C. Die Abgrenzung zu anderen materiellrechtlichen oder komplexen Bestrafungshindernissen . . . 344

2. KAPITEL

Die Rechtfertigung

11. Abschnitt: Die allgemeinen Lehren . . . 347
I. Die Prinzipien der Rechtfertigung . . . 349
II. Das Postulat der „Einheit der Rechtsordnung" . . . 351
III. Die Bestimmung prospektiver und auf Verdacht abstellender Rechtfertigungsmerkmale . . . 353
IV. Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen . . . 357
V. Die subjektive Seite der Rechtfertigung . . . 358
A. Die sogenannte Rechtfertigungstendenz und die Unkenntnis der Merkmale eines Rechtfertigungstatbestands . . . 358
B. Zur Prüfungspflicht . . . 362
C. Die ungewisse Vorstellung von einer Rechtfertigungslage . . . 363
D. Die Rechtfertigung bei Fahrlässigkeitstaten . . . 364
E. Der Subsumtionsirrtum bei Merkmalen des Rechtfertigungstatbestands und der Bestandsirrtum (der indirekte Verbotsirrtum) . . . 366
F. Die Besonderheiten bei den normativen Merkmalen des Rechtfertigungstatbestands . . . 367
G. Die irrige Annahme der Verwirklichung eines Rechtfertigungstatbestands . . . 370
VI. Die relative Rechtfertigung . . . 376

12. Abschnitt: Die Notwehr . . . 377
I. Vorbemerkungen . . . 380
II. Die notwehrfähigen Güter, die Staatsnotwehrhilfe . . . 381
III. Der rechtswidrige Angriff . . . 385
IV. Die Gegenwärtigkeit des Angriffs . . . 389
V. Die Abwehr des Angriffs . . . 392
VI. Die Erforderlichkeit der Abwehr . . . 392
VII. Die Einschränkung des Notwehrrechts . . . 396
A. Einschränkung durch die Menschenrechtskonvention? . . . 396
B. Die Sondernormen für hoheitliches Handeln . . . 397
C. Die Einschränkung der Notwehr neben hoheitlichem Handeln . . . 400
D. Die Einschränkung durch die Garantie der Mindestsolidarität . . . 400
E. Die Einschränkung wegen vorangegangenen Provokationsverhaltens . . . 403
F. Die Einschränkung durch Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit . . . 406
VIII. Die Besonderheiten der Notwehrhilfe . . . 407
IX. Die Wirkungen der Notwehr . . . 408

13. Abschnitt: Der rechtfertigende Notstand . . . 408
I. Die Arten des Notstands im Überblick . . . 408
II. Der aggressive Notstand nach § 34 StGB . . . 412
A. Die notstandsfähigen Güter, Staatsnotstandshilfe . . . 414
B. Die gegenwärtige Gefahr . . . 415
C. Die Erforderlichkeit . . . 417
D. Die Abwägung der widerstreitenden Interessen . . . 419
E. Die Angemessenheitsklausel . . . 427
III. Die Besonderheiten des defensiven Notstands . . . 431

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

14. Abschnitt: Die rechtfertigende Einwilligung 433
I. Der Grund der Strafbefreiung 434
II. Einzelheiten 437

15. Abschnitt: Grenzbereiche zu Notwehr, Notstand und Einwilligung 441
I. Das Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG 441
II. Recht auf zivilen Ungehorsam? 443
III. Die Pflichtenkollision 444
IV. Das Handeln im Interesse und mit mutmaßlicher Einwilligung des Verletzten 449

16. Abschnitt: Die Amtsrechte und weitere Rechtfertigungsgründe besonderer Regelungs*bereiche* 453
I. Die Amtsrechte 454
II. Das Handeln auf Anweisung (die dienstliche Anordnung und der militärische Befehl) 457
III. Die delegierten Amtsrechte (das Handeln pro magistratu) 459
IV. Die behördliche Erlaubnis (einschließlich der tatbestandsausschließenden Erlaubnis) 462
V. Die parlamentarischen Berichte 465
VI. Das Züchtigungsrecht 465
VII. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen 467

3. KAPITEL
Die Schuld

17. Abschnitt: Allgemeine Lehren 468
I. Übersicht 468
II. Der psychologische und der normative Schuldbegriff 470
A. Der psychologische Ansatz 470
B. Normativierung 471
C. Die Schuldlehre des Finalismus 474
D. Der gegenwärtige Stand 475
III. Die Begründung eines funktionalen Schuldbegriffs 476
A. Die Aufgabe des Schuldbegriffs 480
B. Die Irrelevanz der Willensfreiheit 484
C. Beispielhafte Fallgruppen 486
D. Die Bedeutung des Schuldgrundsatzes für die Strafbegründung und das Strafmaß 487
E. Tatschuld und Lebensführungsschuld 489
IV. Der Aufbau des Schuldbegriffs 491
A. Trennung von Schuld und Verantwortung? 492
B. Der Schuldtatbestand 493
1. Die Notwendigkeit eines Schuldtatbestands 493
2. Die einzelnen Merkmale des Gesamtschuldtatbestands im Überblick: Der positive Schuldtatbestand 495
3. Fortsetzung: Die Unzumutbarkeit (der negative Schuldtatbestand) 497
V. Die Abhängigkeit des Schuldzeitpunkts und des Schuldmaßstabs vom Vorverhalten 499
A. Das Problem 500
B. Der Vollrausch 502
C. Actio libera in causa: Die causa libera als Tathandlung 506
D. Zu verantwortende Erschwerung der Normbefolgung: Zumutbarkeit 509
1. Zumutbarkeit als Zuständigkeit 509
2. Unterschiedliche Zuständigkeit des Täters und des Tatbegünstigten 512

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

VI. Der Irrtum über Voraussetzungen und Folgen des Schuldtatbestands; insbesondere: Der Irrtum über Entschuldigungsvoraussetzungen als Entschuldigungsgrund 513
A. Der Irrtum über die Rechtsfolge . . . 513
B. Der Irrtum über die Voraussetzungen . . . 513

18. Abschnitt: Die Zurechnungsunfähigkeit und die im Zusammenhang mit ihr geregelten *Fälle der Unzumutbarkeit (§§ 19, 20, 21 StGB)* . . . 517
I. Die Zurechnungsunfähigkeit der Kinder und bei Jugendlichen . . . 521
II. Die Schuldunfähigkeit (Zurechnungsunfähigkeit und bereichsweise Unzumutbarkeit) nach § 20 StGB . . . 522
A. Überblick . . . 522
B. Die krankhafte seelische Störung . . . 524
C. Der Schwachsinn . . . 526
D. Die Bewußtseinsstörung und die Abartigkeit . . . 527
1. Nochmals: Zur Trennung von Zurechnungsunfähigkeit und Unzumutbarkeit bei § 20 StGB . . . 527
2. Die tiefgreifende Bewußtseinsstörung . . . 529
3. Die schwere seelische Abartigkeit . . . 531
E. Die normative Konsequenz (die Einsichts- und Befolgungsfähigkeit) . . . 534
III. Die sogenannte verminderte Schuldfähigkeit (die partielle Unzumutbarkeit) nach § 21 StGB . . . 536

19. Abschnitt: Die Unrechtseinsicht und der Verbotsirrtum . . . 540
I. Die Regelungsmodelle im Überblick und der Gang der Rechtsprechung . . . 543
A. Grundbegriffe und historische Entwicklung . . . 543
B. Umriß der Theorie des Verbotsirrtums bei einem funktionalen Schuldbegriff . . . 545
II. Kritik starrer Modelle und vorsatztheoretischer Modelle . . . 548
III. Die elastische Schuldtheorie . . . 550
IV. Die Unrechtseinsicht . . . 552
V. Die fehlende Unrechtseinsicht (Verbotsirrtum), Irrtumsformen . . . 556
VI. Der Begriff der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums . . . 557
A. Die Vermeidbarkeit als Zuständigkeit für den Defekt . . . 557
B. Einzelheiten . . . 560
VII. Die rechtliche Folge des Verbotsirrtums . . . 564
VIII. Der entschuldigende Irrtum über die Verbindlichkeit eines Befehls . . . 565

20. Abschnitt: Die Unzumutbarkeit . . . 567
I. Der entschuldigende Notstand (§ 35 StGB) . . . 567
A. Notstandstheorien . . . 568
B. Die einzelnen Voraussetzungen der Entschuldigung . . . 571
C. Die Hinderung der Entschuldigung bei Zuständigkeit des Täters für den Konflikt . . . 573
D. Die Strafmilderung . . . 575
II. Die Zumutbarkeit beim Überzeugungstäter (Gewissenstäter) . . . 576
A. Die Gestalten der Überzeugung . . . 577
B. Die Voraussetzungen der Entschuldigung . . . 580
III. Der Notwehrexzeß . . . 582
A. Die Theorie des Entschuldigungsgrunds . . . 582
B. Die Voraussetzungen der Entschuldigung . . . 583
IV. Die Besonderheiten der Zumutbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt . . . 586
V. Die Entschuldigung bei Interessenkollision (der sogenannte übergesetzliche, entschuldigende Notstand) . . . 587
VI. Unspezifizierte Unzumutbarkeit als Entschuldigungsgrund? . . . 590

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

4. KAPITEL

Ergänzung zur Tatbestandsverwirklichung: Die Beteiligung

21. Abschnitt: Die Täterschaft 593
I. Differenzierung der Beteiligten oder Einheitstäterschaft? 593
II. Die Voraussetzungen von Täterschaft in Sonderfällen (die deliktsspezifischen Tätermerkmale und die Vertreterhaftung) 597
A. Die deliktsspezifischen Tätermerkmale 598
B. Die Vertreterhaftung 599
III. Die Tatbestände der Täterschaft bei Herrschaftsdelikten 603
A. Die Täterschaftsformen im Überblick 603
B. Die Problematik der eigenhändigen Delikte 604
C. Die Täterschaftstheorien 606
1. Die formell-objektive Theorie 607
2. Ältere materielle Theorien 607
3. Die subjektive Theorie 608
4. Die Tatherrschaftslehre 611
IV. 1. Fortsetzung: Das Selbst-Begehen, § 25 Abs. 1, 1. Fallgruppe StGB 614
V. 2. Fortsetzung: Das gemeinschaftliche Begehen (die Mittäterschaft), § 25 Abs. 2 StGB 616
A. Der gemeinsame Tatentschluß 616
B. Die objektive Seite des gemeinsamen Begehens 620
1. Die Bestimmung der anteiligen Herrschaft 620
2. Problematische Fallgruppen 622
3. Die täterschaftliche Beteiligung an einer Selbstverletzung 624
C. Die Konsequenzen von Mittäterschaft 628
VI. 3. Fortsetzung: Das Begehen durch einen anderen (die mittelbare Täterschaft), § 25 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB 630
A. Die Begründung der vorrangigen Zuständigkeit des mittelbaren Täters (überlegene Entscheidungsherrschaft) 631
B. Die Fallgruppen mittelbarer Täterschaft 635
1. Die mittelbare Täterschaft durch ein Werkzeug ohne Tatbestandsvorsatz . . 635
2. Die mittelbare Täterschaft bei quasi-unvorsätzlicher Handlung, insbesondere Selbstverletzung des Werkzeugs 636
3. Die mittelbare Täterschaft durch ein gerechtfertigt handelndes Werkzeug . 638
4. Die mittelbare Täterschaft durch ein quasi-gerechtfertigt handelndes Werkzeug 642
5. Die mittelbare Täterschaft durch ein schuldlos handelndes Werkzeug 643
6. Die mittelbare Täterschaft bei Selbstverletzung eines quasi-schuldlosen Werkzeugs 646
7. Weitere Fallgruppen? 648
C. Die Konsequenzen der mittelbaren Täterschaft 650
VII. Schluß 652
A. Die Nebentäterschaft 652
B. Die Beteiligungsformen der Teilnahme 653
C. Die Beteiligung bei Fahrlässigkeit 653
VIII. Die Täterschaft bei den Pflichtdelikten 655

22. Abschnitt: Die Teilnahme 657
I. Der Strafgrund der Teilnahme 657
A. Die Korrumpierungstheorie 657
B. Die Unrechtsteilnahmetheorie 658
C. Die Verursachungstheorie 658
D. Die Theorie der erfolgsbezogenen Unrechtsteilnahme 659

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

II. Die Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat 661
A. Die Voraussetzungen der Haupttat 661
B. Die äußere (quantitative) Akzessorietät 665
III. Die Anstiftung 665
A. Die Besonderheit der Teilnahme durch Anstiftung 666
B. Einzelheiten 667
IV. Die Beihilfe 671
A. Die Kausalität der Beihilfe 671
B. Der Zeitpunkt der Beihilfe 675
C. Restfragen 677

23. Abschnitt: Die innere (qualitative) Akzessorietät bei akzessorischer Beteiligung (*Mittäterschaft und Teilnahme*) 677
I. Das Problem 678
II. Der Lösungsweg 681
A. Kritik der Lösungsvorschläge der Literatur 681
B. Eigene Lösung: Die Beschränkung der besonderen persönlichen Merkmale auf Sonderpflichten und Eigenhändigkeit 682
1. Entgegensetzung von subjektiven Merkmalen und Sonderpflichten 682
2. Die Höchstpersönlichkeit subjektiver Merkmale 683
3. Die beschränkte Akzessorietät der Sonderpflichten und der Eigenhändigkeit; Abgrenzungen 687
III. Das Ergebnis 688
A. Strafbarkeitsbegründende Merkmale 688
B. Strafbarkeitsmodifizierende Merkmale 690

24. Abschnitt: Gemeinsame Regeln für Täterschaft und Teilnahme 691
I. Die Verwirklichung des Risikos der vorsätzlichen Beteiligung, insbesondere: Der Irrtum über die Beteiligtenrolle 692
II. Die sogenannte notwendige Teilnahme (die Beteiligung ohne Haftung) 694
III. Das Regreßverbot (die scheinbare Beteiligung) 696
A. Der Meinungsstand 696
B. Die Begründung des Regreßverbots, Fallgruppen 697

5. KAPITEL

Ergänzung zur Tatbestandsverwirklichung und zur Schuld: Der Versuch und der Beteiligungsversuch

25. Abschnitt: Der Versuch 701
I. Die Grenzen der Vorverlagerung der Strafbarkeit 703
II. Die Stufen des Delikts 705
A. Die Grundbegriffe, der Versuch als formeller Begriff 705
B. Die Unternehmensdelikte 706
1. Die echten Unternehmensdelikte 706
2. Die unechten Unternehmensdelikte 707
C. Die Vorbereitung 708
D. Die Beendigung 708
III. Der Strafgrund des (formellen) Versuchs 709
A. Der Meinungsstand 709
B. Der Versuch als expressiver und tatbestandsnaher Normbruch 712
IV. Der subjektive Tatbestand beim Versuch 715
A. Die Beschränkung auf Vorsatzdelikte 715
B. Die Tatentschlossenheit 717

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

C. Die Tat als Gegenstand der Entschlossenheit 719
1. Die Tauglichkeit in subjektiver Sicht 719
2. Die Abgrenzung von Versuch und Wahndelikt 721
a) Der Grundsatz 721
b) Die normativen Tatbestandsmerkmale 721
c) Die irrige Annahme von Sonderpflichten 723
d) Zusammenfassung 726
V. Der objektive Tatbestand beim unbeendeten Versuch; die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch 726
A. Das Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung 726
B. Die Unmittelbarkeit 727
C. Die Bedeutung der Vorstellung des Versuchstäters 728
D. Konkretisierungen 728
VI. Der objektive Tatbestand beim beendeten Versuch 733
A. Das Problem 733
B. Die Lösung 734
VII. Die Bestrafung des Versuchs 735
A. Der Umfang der Strafbarkeit und die Kannmilderung 735
B. Der grob unverständige Versuch 738

26. Abschnitt: Der Rücktritt 739
I. Die dogmatische Stellung und der Grund der Strafbefreiung 741
II. Der Rücktrittstatbestand beim ausführenden Täter 744
A. Der unbeendete Versuch 744
B. Die Grenze von unbeendetem und beendetem Versuch 747
C. Der beendete Versuch 750
III. Der Rücktrittstatbestand bei Beteiligung 754
IV. Die Zurechenbarkeit des Rücktrittsverhaltens: Die Freiwilligkeit 757
A. Der Meinungsstand 757
B. Die Lösung der Problematik 759
V. Die Wirkung des Rücktritts 764

27. Abschnitt: Der Versuch der Beteiligung 766
I. Der Strafgrund des Beteiligungsversuchs 766
II. Die einzelnen Tatbestände des Beteiligungsversuchs 767
A. Die sogenannte versuchte Anstiftung, § 30 Abs. 1 StGB 767
B. Die Annahme des Sich-Erbietens, § 30 Abs. 2, 2. Fallgruppe StGB 769
C. Das Sich-Bereiterklären, § 30 Abs. 2, 1. Fallgruppe StGB 770
D. Die Verabredung, § 30 Abs. 2, 3. Fallgruppe StGB 770
III. Die Strafbarkeit der Beteiligung nach § 30 StGB 771
IV. Der Rücktritt vom Versuch der Beteiligung 771

2. TITEL
Der Inhalt und der Aufbau der Zurechnung, hauptsächlich beim Unterlassungsdelikt

6. KAPITEL
Die Zurechnung beim Unterlassungsdelikt

28. Abschnitt: Handlung und Unterlassung 775
I. Die Trennung von Handlung und Unterlassung 775
A. Die Prinzipien der Trennung 775
B. Fallgruppen 777
II. Die gesetzlichen Tatbestände von Unterlassungsdelikten 779
III. Das Problem der Sonderpflicht bei der begehungsgleichen Unterlassung 781

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

29. Abschnitt: Das unechte Unterlassungsdelikt 783
I. Der Regelungsumfang von § 13 Abs. 1 StGB 783
II. Die objektive Zurechnung 788
A. Der Erfolgssachverhalt 788
B. Die Täterstellungen 788
C. Die Abwendungsfähigkeit 788
D. Die hypothetische Kausalität 791
E. Erlaubtes Risiko, Normzweckzusammenhang 792
III. 1. Fortsetzung: Die Garantenstellungen 796
A. Überblick 799
B. Die Pflichten kraft Organisationszuständigkeit 802
1. Die Sicherungspflichten bei Verkehrspflichten und Ingerenz 802
a) Die Begründung der Pflichten 802
b) Grenzfragen 807
2. Die Rettungspflichten bei Verkehrspflichten und Ingerenz 809
3. Die Übernahme von Pflichten, Obliegenheiten und Handlungsbereitschaften; zugleich: Die Befreiung eines primär Verpflichteten durch Übernahme . 814
4. Die Pflichten kraft Organisationszuständigkeit zur Hinderung von Selbstverletzungen 818
C. Die Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit 820
1. Das Problem 820
2. Das Eltern-Kind-Verhältnis 821
3. Die Ehe 822
4. Die Ersatzverhältnisse 824
5. Das besondere Vertrauen 824
6. Die genuin staatlichen Pflichten 828
a) Staatliche Gewaltverhältnisse 828
b) Staatszwecke 830
IV. 2. Fortsetzung: Die Entsprechensklausel 833
V. Der subjektive Tatbestand 835
A. Der Unterlassungsvorsatz 836
B. Die Unterlassungsfahrlässigkeit 841
VI. Die Rechtswidrigkeit 842
VII. Die Schuld 842
VIII. Ergänzung zur Tatbestandsverwirklichung: Die Besonderheiten der Beteiligung durch Unterlassen 844
A. Pflichten kraft Organisationszuständigkeit 845
B. Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit 849
IX. Ergänzung zur Tatbestandsverwirklichung: Die Beteiligung am Unterlassen 849
X. Ergänzung zur Tatbestandsverwirklichung und zur Schuld: Der Versuch und der Versuch der Beteiligung durch Unterlassen 852
A. Der Versuch 852
B. Der Rücktritt 855
C. Der Beteiligungsversuch 856
XI. Die fakultative Strafmilderung 856

30. Abschnitt: Das echte Unterlassungsdelikt 858
A. Die Vollendung 858
B. Der Versuch und der Rücktritt 860

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

3. TITEL
Die Konkurrenz
7. KAPITEL
Die scheinbare und die echte Konkurrenz

31. Abschnitt: Die scheinbare Konkurrenz (sogenannte Gesetzeskonkurrenz) 861
I. Die Grundbegriffe und die Grundmodelle der Konkurrenzlehre 861
II. Die Prinzipien der Gesetzeskonkurrenz 864
A. Die Spezialität als Form der Gesetzeskonkurrenz 865
1. Der Grundsatz 865
2. Die Beschränkung der Gesetzeskonkurrenz auf Fallgruppen eines Delikts . 867
B. Die Gründe für die Annahme von Gesetzeskonkurrenz 869
III. Die einzelnen Fallgruppen der Gesetzeskonkurrenz 870
A. Die Spezialität kraft Beschreibungsintensität 870
B. Die Spezialität kraft Vollendungsdichte, Beteiligungs- und Erfolgsintensität (Subsidiarität) 874
C. Die Spezialität zur Begleittat (Konsumtion) 875
D. Die Spezialität kraft Vorgriffs (mitbestrafte Nachtat) 878
IV. Die Wirkungen der Gesetzeskonkurrenz 881

32. Abschnitt: Die Einheit des Verhaltens bei der echten Konkurrenz und bei der einfachen, *quantitativ erweiterten Tatbestandsverwirklichung* 884
I. Die Einheit der Handlung im Sinn von § 52 StGB 886
A. Die Einheit der Handlung im „natürlichen" Sinn 886
B. Die juristische Handlungseinheit als Erweiterung der Einheit der „natürlichen" Handlung 888
II. Das Verhältnis der Zahl der Handlungen zur Zahl der Delikte 891
A. Die Mehrheitstheorie 891
B. Keine mehrfache Gesetzesverletzung bei bloßer Quantitätssteigerung 892
III. Die handlungsvereinigenden Tatbestände 895
IV. Die Einheitlichkeit des Verhaltens beim Unterlassungsdelikt 897
V. Weitere Erscheinungsformen juristischer Handlungseinheit? 899
A. Die Sammelstraftat 899
B. Die natürliche Handlungseinheit 900
C. Der Fortsetzungszusammenhang 901

33. Abschnitt: Die Idealkonkurrenz und die Realkonkurrenz 907
I. Die Idealkonkurrenz 907
A. Die kumulierte Zurechnung 908
B. Fallgruppen der Idealkonkurrenz 909
C. Kritik der Klammerwirkung 912
II. Die Realkonkurrenz 914
A. Der Grundsatz der Gesamtstrafenbildung 914
B. Der Vorgang der Gesamtstrafenbildung 916

Sachregister 919

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Verzeichnis der Abkürzungen, einschließlich der abgekürzt zitierten Literatur

Bei *Periodika* bezeichnen vierstellige Zahlen das Jahr, kleinere die Band- oder Jahrgangsnummer. Fundstellen von *Gesetzen* werden, soweit erforderlich, in den Fußnoten genannt. Zitate aus Kommentaren erfolgen in den Fußnoten ohne *Titelangabe;* ansonsten werden Buchtitel abgekürzt wiedergegeben. Zitate ohne besonderen Zusatz beziehen sich auf die letzte angegebene *Auflage* des Werks.

a. A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abegg Lehrbuch	*J. F. Abegg* Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, 1836
Abs.	Absatz, Absätze
Abschn	Abschnitt
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
a. E.	am Ende
AE	*J. Baumann* u. a. Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches AT, 1966
AE Sterbehilfe	*J. Baumann* u. a., Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe, 1986
AE Wirtschaftsstrafrecht	*E. J. Lampe* u. a. Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches BT, Straftaten gegen die Wirtschaft, 1977
a. F.	alte Fassung; alte Folge
AG	Amtsgericht
AIFO	AIDS-Forschung (Zeitschrift)
a. l. i. c.	actio libera in causa
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)
AK-Bearbeiter	Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. I, bearbeitet von *W. Hassemer* u. a., 1990; Bd. III, bearbeitet von *H. Jung* u. a., 1986 (Reihe Alternativkommentare)
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Archiv für Strafrecht	Archiv für preußisches Strafrecht, siehe GA
Arndt-Festschrift	*H. Ehmke* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Adolf Arndt, 1969
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Arzt und Krankenhaus	Arzt und Krankenhaus, Fachzeitschrift für das Krankenhauswesen
Arzt-Weber BT	*G. Arzt, U. Weber* Strafrecht Besonderer Teil Bd. I, 3. Auflage 1988; Bd. II, 1983; Bd. III, 2. Auflage 1986; Bd. IV, 2. Auflage 1989; Bd. V, 1982
AT	Allgemeiner Teil

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

AtomG	Atomgesetz
Bärmann-Festschrift	*M. Lutter* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Johannes Bärmann, 1975
Baumann-Weber AT	*J. Baumann, U. Weber* Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage 1985
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht; Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen, Neue Folge, hrsg. von Mitgliedern des Gerichts
BayPAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band, Bände (arabische Zahl in Klammern: Nummer des Teilbands)
BDH	Bundesdisziplinarhof; Entscheidungen des Bundesdisziplinarhofes, hrsg. von Mitgliedern des Bundesdisziplinarhofes
BDO	Bundesdisziplinarordnung
Beling Grundzüge	*E. Beling* Grundzüge des Strafrechts, 2. Auflage 1902; 10. Auflage 1928; 11. Auflage 1930
Bengel-Festschrift	*A. R. Lang* (Hrsg.) Festschrift für Karl Bengel, 1984
Berner Strafrecht	*A. F. Berner* Lehrbuch des Strafrechts, 18. Auflage 1898
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl. I, II	Bundesgesetzblatt Teil I, Teil II
BGB-RGRK-Bearbeiter	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar hrsg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs Bd. I, 12. Auflage 1982
BGH	Bundesgerichtshof in Strafsachen; Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, hrsg. von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft
BGH bei *Dallinger, Holtz* u. a. m.	Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen nach dem Referat des jeweils genannten Autors aaO
BGH-Festschrift	*G. Krüger-Nieland* (Hrsg.) 25 Jahre Bundesgerichtshof, 1975
BGHZ	Bundesgerichtshof in Zivilsachen; Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, hrsg. von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft
BierStG	Biersteuergesetz
Binding-Festschrift	Festschrift für Karl Binding Bd. I, II, 1911
Binding Handbuch	*K. Binding* Handbuch des Strafrechts Bd. I, 1885
Binding Lehrbuch	*K. Binding* Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil Bd. I, 2. Auflage 1902; Bd. II (1), 1904; II (2), 1905
Binding Normen	*K. Binding* Die Normen und ihre Übertretung Bd. I, 1872; 4. Auflage 1922; Bd. II, 1877; 2. Auflage (1) 1914, (2) 1916; Bd. III, 1918; Bd. IV, 1919
BJagdG	Bundesjagdgesetz
Blau-Festschrift	*H.-D. Schwind* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Günter Blau, 1985
Blei AT, BT	*H. Blei* Strafrecht Bd. I Allgemeiner Teil, 18. Auflage 1983; Bd. II Besonderer Teil, 12. Auflage 1983

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Blutalkohol	Blutalkohol. Alcohol, Drugs and Behavior (Zeitschrift)
Bockelmann-Volk AT, *Bockelmann* BT	*P. Bockelmann, K. Volk* Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage 1987; *P. Bockelmann* Strafrecht Besonderer Teil Bd. I, 2. Auflage 1982; Bd. II, 1977; Bd. III, 1980
Bockelmann-Festschrift	*Arthur Kaufmann* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Paul Bokkelmann, 1979
BR	Bundesrat
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
Bruns-Festschrift	*W. Frisch* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Hans-Jürgen Bruns, 1978
R. Bruns-Gedächtnisschrift	*J. Baltzer* u. a. (Hrsg.) Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, 1980
BSeuchG	Bundes-Seuchengesetz
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT	Besonderer Teil; Bundestag
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln
Bund-gegen-Alkohol-im-Straßenverkehr-Festschrift	*D. Schultz* u. a. (Hrsg.) Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundes gegen Alkohol im Straßenverkehr, 1982
BVerfG	Bundesverfassungsgericht; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht; Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, hrsg. von den Mitgliedern des Gerichts
Carstens-Festschrift	*P. Börner* u. a. (Hrsg.) Einigkeit und Recht und Freiheit. Festschrift für Karl Carstens, 1984
Coing-Festschrift	*N. Horn* (Hrsg.) Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing Bd. I, 1982
D.	Digesta
DAR	Deutsches Autorecht
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik, Amtliches Organ des Reichsministers der Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
DJT-Festschrift	*E. v. Caemmerer* u. a. (Hrsg.) Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages Bd. I, II, 1960
41. DJT-Festschrift	Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag, 1955
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Dohna Aufbau	*A. Graf zu Dohna* Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage 1950
DR	Deutsches Recht

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Dreher-Festschrift	*H.-H. Jescheck* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Eduard Dreher, 1977
Dreher-Tröndle	*E. Dreher, H. Tröndle* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 44. Auflage 1988
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DStr.	Deutsches Strafrecht (Zeitschrift)
Dünnebier-Festschrift	*E.-W. Hanack* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Hanns Dünnebier, 1982
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E 1962	Regierungsentwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, BT-Drucksache IV/650, BR-Drucksache 200/62
Ebert AT	*U. Ebert* Strafrecht Allgemeiner Teil, 1985
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
Eichenberger-Festschrift	*G. Müller* u. a. (Hrsg.) Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger, 1982
Einführung	*C. Roxin, W. Stree, H. Zipf, H. Jung* Einführung in das neue Strafrecht, 2. Auflage 1975
Eisenberg JGG	*U. Eisenberg* Jugendgerichtsgesetz, 3. Auflage 1988
Emge-Festschrift	*U. Klug* (Hrsg.) Festschrift zum 70. Geburtstag von Carl August Emge, 1960
Engisch-Festschrift	*P. Bockelmann* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Karl Engisch, 1969
Epirrhosis (C. Schmitt-Festgabe)	*H. Barion* u. a. (Hrsg.) Epirrhosis, Festgabe für C. Schmitt, 1968
EStG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
f, ff	folgende
Faller-Festschrift	*W. Zeidler* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Hans Joachim Faller, 1984
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht; Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Feuerbach Lehrbuch	*A. Ritter v. Feuerbach* Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14. Auflage, hrsg. von *C. J. A. Mittermaier,* 1847
Fn.	Fußnote
Forensia	Forensia. Interdisziplinäre Zeitschrift für Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie und Recht
Frank	*R. Frank* Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1897; 3. und 4. Auflage 1903; 18. Auflage 1931
Frank-Festgabe	*A. Hegler* (Hrsg.) Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. I, II, 1930
Franzen-Gast-Samson	*K. Franzen, B. Gast-de Haan, E. Samson* Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten, 3. Auflage 1985
G, Ges.	Gesetz

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

GA	Archiv für Strafrecht, begründet von *Th. Goltdammer;* Goltdammer's Archiv für Strafrecht
Gallas-Festschrift	*K. Lackner* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973
Geilen AT	*G. Geilen* Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage 1979
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Gleispach-Festschrift	*G. Dahm, W. Gallas, F. Schaffstein, E. Schinnerer, K. Siegert, L. Zimmerl* Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach, 1936
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Göppinger-Festschrift	*H. J. Kerner* u. a. (Hrsg.) Kriminalität. Persönlichkeit, Lebensgeschichte und Verhalten. Festschrift für Hans Göppinger, 1990
Göppinger Kriminologie	*H. Göppinger* Kriminologie, 4. Auflage 1980
Grünhut-Erinnerungsgabe	*H. Kaufmann* u. a. (Hrsg.) Erinnerungsgabe für Max Grünhut, o. J.
Grützner-Geburtstagsgabe	*D. Oehler* u. a. (Hrsg.) Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts, Heinrich Grützner zum . . . 65. Geburtstag, 1970
GS	Der Gerichtssaal; Großer Senat
Güterbock-Festgabe	Festgabe für Dr. Karl Güterbock, 1910
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hälschner Strafrecht	*H. Hälschner* Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. I, 1881; Bd. II (1) 1884; (2) 1887
Haft AT, BT	*F. Haft* Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage 1990; Besonderer Teil, 3. Auflage 1988
Hallermann-Festschrift	*J. Gerchow* (Hrsg.) An den Grenzen von Medizin und Recht, Festschrift zum 65. Geburtstag von . . . Wilhelm Hallermann, 1966
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
Hassemer Einführung	*W. Hassemer* Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981
Heinitz-Festschrift	*H. Lüttger* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Ernst Heinitz, 1972
Henkel-Festschrift	*C. Roxin* u. a. (Hrsg.) Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel, 1974
HESt.	Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und Obersten Gerichte in Strafsachen
v. d. Heydte-Festschrift	*H. Kipp* u. a. (Hrsg.) Um Recht und Freiheit, Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte Bd. II, 1977
HGB	Handelsgesetzbuch
v. Hippel Strafrecht	*R. v. Hippel* Deutsches Strafrecht Bd. I, 1925; Bd. II, 1930

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

E. Hirsch-Festschrift	Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, 1968
Honig-Festschrift	Festschrift für Richard M. Honig, 1970
HRR	*A. Feisenberger (Hrsg.)* Höchstrichterliche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Strafrechts
Hrsg. (hrsg.)	Herausgeber (herausgegeben von)
Hruschka AT	*J. Hruschka* Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Auflage 1988
Hübner-Festschrift	*G. Baumgärtel* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Heinz Hübner, 1984
i. e.	id est
IKV	Internationale Kriminalistische Vereinigung
IRG	Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jescheck AT	*H.-H. Jescheck* Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 1969; 2. Auflage 1972; 3. Auflage 1978; 4. Auflage 1988
Jescheck-Festschrift	*Th. Vogler* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, 1985 (Bd. I bis S. 775; Bd. II ab S. 779)
JGG	Jugendgerichtsgesetz
Jherings Erbe	*F. Wieacker* u. a. (Hrsg.) Jherings Erbe, Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering, 1970
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JurBl.	Juristische Blätter
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JWG	Gesetz für Jugendwohlfahrt
JZ	Juristenzeitung
Kaiser Kriminologie	*G. Kaiser* Kriminologie, 8. Auflage 1989
KastrGes.	Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden
Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift	*G. Dornseifer* u. a. (Hrsg.) Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989
Arthur Kaufmann-Festschrift	*L. Philipps* u. a. (Hrsg.) Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989
H. Kaufmann-Gedächtnisschrift	*H. J. Hirsch* u. a. (Hrsg.) Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986
Kern-Festgabe	*H.-H. Jescheck* (Hrsg.) Festgabe für Eduard Kern, 1957 (= GA 1957 S. 297 ff)
Kern-Festschrift	Tübinger Festschrift für Eduard Kern, 1968
KG(Z)	Kammergericht (in Zivilsachen)
Kiesselbach-Festschrift	Festschrift für Wilhelm Kiesselbach, 1947
KK-Bearbeiter	*G. Pfeiffer* (Hrsg.) Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 2. Auflage 1987
KKOWiG-Bearbeiter	*K. Boujong* (Hrsg.) Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 1989
Kleinknecht-Festschrift	*K. H. Gössel* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Theodor Kleinknecht, 1985

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Kleinknecht-Meyer	*Th. Kleinknecht, K. Meyer* Strafprozeßordnung, 37. Auflage 1985
Klug-Festschrift	*G. Kohlmann* (Hrsg.) Festschrift für Ulrich Klug, 1983 (Bd. I S. 1 bis 214; Bd. II ab S. 215)
KO	Konkursordnung
Kölner Zeitschrift	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
Köstlin System	*G. R. Köstlin* System des deutschen Strafrechts, 1855
Kohlrausch-Festschrift	*P. Bockelmann, G. Dahm* u. a. Probleme der Strafrechtserneuerung, 1944
Kohlrausch-Lange	*E. Kohlrausch, R. Lange* Strafgesetzbuch, 43. Auflage 1961
Krey BT	*V. Krey* Strafrecht Besonderer Teil Bd. I, 7. Auflage 1989; Bd. II, 7. Auflage 1988
KRG	Kontrollratsgesetz
Kriminalistik	Kriminalistik, Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis
KriegswaffenG	Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen
KrimJ	Kriminologisches Journal
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (Zeitschrift)
Lackner	*K. Lackner* Strafgesetzbuch, 18. Auflage 1989
Lackner-Festschrift	*W. Küper* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Karl Lackner, 1987
Lange-Festschrift	*G. Warda* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Richard Lange, 1976
Langenbecks Archiv	Langenbecks Archiv für klinische Chirurgie
Larenz-Festschrift	*C.-W. Canaris* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Karl Larenz, 1983
Leferenz-Festschrift	*J. Kerner* u. a. (Hrsg.) Kriminologie — Psychiatrie — Strafrecht. Festschrift für H. Leferenz, 1983
LG	Landgericht
v. Liszt(-Schmidt) Strafrecht	*F. v. Liszt* Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Auflage 1884; 5. Auflage 1892; 21. und 22. Auflage 1919; 25. Auflage, besorgt von *Eb. Schmidt*, 1927; 26. Auflage, besorgt von *Eb. Schmidt*, 1932
LK-Bearbeiter	Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 8. Auflage, hrsg. von *H. Jagusch, E. Mezger, A. Schaefer, W. Werner*, Bd. I, 1957; Bd. II, 1958; 9. Auflage, hrsg. von *P. Baldus, G. Willms*, Bd. I, II, 1974; Bd. III, 1977; 10. Auflage, hrsg. von *H.-H. Jescheck, W. Ruß, G. Willms*, Bd. I bis III, 1985; Bd. IV, 1988; Bd. V, 1989; Bd. VI, VII, 1988
LM	*F. Lindenmaier, Ph. Möhring* (Hrsg.) Entscheidungen des Bundesgerichtshofes im Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
LR-Bearbeiter	*P. Rieß* (Hrsg.) Löwe-Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 24. Auflage, Bd. I, 1988; Bd. II, 1989
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
Maihofer-Festschrift	*Arthur Kaufmann* u. a. (Hrsg.) Rechtsstaat und Maschenwürde, Festschrift für Werner Maihofer, 1988
Mallmann-Festschrift	*O. Triffterer* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Walter Mallmann, 1978

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Martens-Gedächtnisschrift	*I. v. Münch* u. a. (Hrsg.) Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987
Materialien	Materialien zur Strafrechtsreform Bd. I bis XV, 1954 bis 1962
Maunz-Dürig-Herzog-Scholz	*Th. Maunz, G. Dürig, R. Herzog, R. Scholz* Grundgesetz, Stand Dezember 1989
Maurach AT	*R. Maurach* Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage 1965; 4. Auflage 1971
Maurach-Festschrift	*F.-C. Schroeder* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Reinhart Maurach, 1972
Maurach-Gössel AT II; *Maurach-Zipf* AT I, II	*R. Maurach, H. Zipf* Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 7. Auflage 1988; *R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf* Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. II, 7. Auflage 1989
Maurach-Schroeder-Maiwald BT I, *Maurach-Schroeder* BT II	*R. Maurach, F.-C. Schroeder, M. Maiwald* Strafrecht Besonderer Teil Bd. I, 7. Auflage 1988; *R. Maurach, F.-C. Schroeder* Bd. II, 6. Auflage 1981
H. Mayer AT	*H. Mayer* Strafrecht Allgemeiner Teil, 1953
H. Mayer-Festschrift	*F. Geerds* u. a. (Hrsg.) Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966
H. Mayer Strafrecht des deutschen Volkes	*H. Mayer* Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1936
H. Mayer Studienbuch	*H. Mayer* Strafrecht Allgemeiner Teil, 1967
M. E. Mayer AT	*M. E. Mayer* Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
Meisner-Festschrift	*G. Brunner* u. a. (Hrsg.) Sowjetsystem und Ostrecht, Festschrift für Boris Meisner, 1985
Merkel Lehrbuch	*A. Merkel* Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889
Mezger-Blei AT	*E. Mezger, H. Blei* Strafrecht I Allgemeiner Teil, 15. Auflage 1973 (siehe auch *Blei*)
Mezger-Festschrift	*K. Engisch* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Edmund Mezger, 1954
Mezger Strafrecht	*E. Mezger* Strafrecht, 1931 (gleichlautend 3. Auflage 1949)
MonSchrKrim.	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform; — für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform; — für Kriminologie und Strafrechtsreform
MonSchrPsychiatrNeurol.	Monatsschrift für Psychiatrie und Neurologie
MRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
MStGB	Militärstrafgesetzbuch
Musterentwurf	*G. Heise, R. Riegel* (Hrsg.) Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, 2. Auflage 1978
NArchCrimR	Neues Archiv des Criminalrechts
Naucke Strafrecht	*W. Naucke* Strafrecht, Eine Einführung, 5. Auflage 1987
Nervenarzt	Der Nervenarzt (Zeitschrift)
n. F.	neue Fassung; neue Folge
Niederschriften	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. I bis XIV, 1956 bis 1960

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Nipperdey AT	*L. Enneccerus, H. C. Nipperdey* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. II, 15. Auflage 1960
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Noll Strafrecht AT	*P. Noll* Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 1981
Noll-Gedächtnisschrift	*R. Hauser* u. a. (Hrsg.) Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984
Nowakowski Grundzüge	*F. Nowakowski* Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZWehrr.	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
Oehler-Festschrift	*R. D. Herzberg* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Dietrich Oehler, 1985 (Bd. I S. 1 bis 240, Bd. II ab S. 241)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ÖsterrZStr.	Österreichische Zeitschrift für Strafrecht
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone; Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen, hrsg. von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Staatsanwaltschaft beim Obersten Gerichtshof
o. J.	ohne Jahresangabe
OLG(Z)	Oberlandesgericht (in Zivilsachen)
OLG bei *Janiszewski* u. a. m.	Entscheidung des genannten Oberlandesgerichts nach dem Referat des genannten Autors aaO
OLG Celle-Festschrift	Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, 1961
OLGSt.	*M. Kohlhaas* u. a. (Hrsg.) Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Strafverfahrensrecht
Olshausen	*J. v. Olshausen* Kommentar zum Strafgesetzbuch, bearbeitet von *H. Freiersleben* u. a., 12. Auflage 1942
Otto Grundkurs AT, BT	*H. Otto* Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Auflage 1988; Die einzelnen Delikte, 2. Auflage 1984
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Pallin-Festschrift	*W. Melnizky* u. a. (Hrsg.) Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie, Festschrift für Franz Pallin, 1989
Peters-Festgabe	*K. Wasserburg,* u. a. (Hrsg.) Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren. Festgabe für Karl Peters, 1984
Peters-Festschrift	*J. Baumann* u. a. (Hrsg.) Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters, 1974
Pfeiffer-Festschrift	*O. F. Freiherr v. Gamm* u. a. (Hrsg.) Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht. Festschrift für G. Pfeiffer, 1988
ProdHaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte
PStG	Personenstandsgesetz
Psychiat. Prax.	Psychiatrische Praxis (Zeitschrift)
Radbruch-Gedächtnisschrift	*Arthur Kaufmann* (Hrsg.) Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 1968
Rdn.	Randnummer

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

recht	recht. Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Schweiz)
Rebmann-Festschrift	*H. Eyrich* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Kurt Rebmann, 1989
Rechtstheorie	Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts
RG	Reichsgericht in Strafsachen; Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, hrsg. von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft
RGBl. I, II	Reichsgesetzblatt Teil I, Teil II
RG-Festgabe	*O. Schreiber* (Hrsg.) Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Bd. V, Strafrecht und Strafprozeßrecht, 1929
RGZ	Reichsgericht in Zivilsachen; Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, hrsg. von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft
Rittler-Festschrift	*S. Hohenleitner* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Theodor Rittler, 1957
Richterakademie-Festschrift	*W. Schmidt-Hieber* u. a. (Hrsg.) Justiz und Recht. Festschrift aus Anlaß des 10jährigen Bestehens der Deutschen Richterakademie, 1983
Rittler Lehrbuch	*Th. Rittler* Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts Bd. I Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1954
ROW	Recht in Ost und West, Zeitschrift für Rechtsvergleichung und innerdeutsche Rechtsprobleme
Roxin Strafverfahrensrecht	*C. Roxin* Strafverfahrensrecht, 21. Auflage 1989
RuStG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz
S.	Seite
Sarstedt-Festschrift	*R. Hamm* (Hrsg.) Festschrift für Werner Sarstedt, 1981
Sauer Allgemeine Strafrechtslehre	*W. Sauer* Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Auflage 1955
Sauer-Festschrift	Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949
Schaffstein-Festschrift	*G. Grünwald* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Friedrich Schaffstein, 1975
Schelsky-Festschrift	*F. Kaulbach* u. a. (Hrsg.) Recht und Gesellschaft, Festschrift für Helmut Schelsky, 1978
Schmidhäuser AT	*E. Schmidhäuser* Strafrecht Allgemeiner Teil, 1970; 2. Auflage 1975
Schmidhäuser BT	*E. Schmidhäuser* Strafrecht Besonderer Teil, 2. Auflage 1983
Schmidhäuser Studienbuch	*E. Schmidhäuser* Strafrecht Allgemeiner Teil. Studienbuch (unter Mitarbeit von *H. Alwart*), 2. Auflage 1984
Eb. Schmidt-Festschrift	*P. Bockelmann* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961
Eb. Schmidt Lehrkommentar	*Eb. Schmidt* Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Teil I, 2. Auflage 1964
Kurt Schneider-Festschrift	*H. Kranz* (Hrsg.) Psychopathologie heute, Festschrift für Kurt Schneider, 1962

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Schönke-Schröder (-Bearbeiter)	*A. Schönke, H. Schröder* Strafgesetzbuch, 15. Auflage 1970; 17. Auflage 1974; 23. Auflage, bearbeitet von *Th. Lenckner, P. Cramer, A. Eser, W. Stree,* 1988
Schröder-Gedächtnisschrift	*W. Stree* u. a. (Hrsg.) Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978
Schultz AT (Schweiz)	*H. Schultz* Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, 3. Auflage 1977
Schultz-Festgabe	*H. Walder* u. a. (Hrsg.) Lebendiges Strafrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, 1977
D. Schultz-Gedächtnisschrift	*G. Jahr* (Hrsg.) Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, 1987
Schweizer Juristentags-Festgabe	Festgabe zum Schweizer Juristentag, 1963
Schweizerischer Juristenverein-Festgabe	Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, Festgabe . . . für den schweizerischen Juristenverein, 1955
Schweizerisches Bundesgericht	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Schwinge-Festschrift	*H. U. Evers* u. a. (Hrsg.) Persönlichkeit in der Demokratie, Festschrift für Erich Schwinge, 1973
SchwZStr.	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
scil.	scilicet (nämlich)
Scupin-Festschrift	*N. Achterberg* u. a. (Hrsg.) Recht und Staat im sozialen Wandel, Festschrift für Hans Ulrich Scupin, 1983
SeemannsG	Seemannsgesetz
SGB I	Sozialgesetzbuch. Allgemeiner Teil
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SK-Bearbeiter	*H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson, H.-L. Schreiber* Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. I, 2. Auflage 1977; *H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson* Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. I, 5. Auflage, Stand Juni 1989; Bd. II, 4. Auflage, Stand Oktober 1989
Smend-Festgabe	*K. Hesse* u. a. (Hrsg.) Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolph Smend, 1962
Soergel-Bearbeiter	*Th. Soergel, W. Siebert* Bürgerliches Gesetzbuch Bd. I, 12. Auflage 1987
SoldatenG	Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten
Sonderausschuß V	Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode
Sp.	Spalte
SprengstG	Gesetz über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz)
St.	Strafsachen
Staudinger-Bearbeiter	J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. I, 12. Auflage 1980
StGB	Strafgesetzbuch (siehe 1/Fn. 2)
StPO	Strafprozeßordnung
Stock-Festschrift	*G. Spendel* (Hrsg.) Studien zur Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Ulrich Stock, 1966
StrÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

StrandungsO	Strandungsordnung
Stratenwerth AT	*G. Stratenwerth* Strafrecht Allgemeiner Teil I, 1971; 2. Auflage 1976; 3. Auflage 1981
Stratenwerth Schweizerisches Strafrecht	*G. Stratenwerth* Schweizerisches Strafrecht AT I: Die Straftat, 1982
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
StV	Strafverteidiger
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVollzG	Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (Strafvollzugsgesetz)
TierschutzG	Tierschutzgesetz
Tjong-Gedächtnisschrift	*H.-H. Jescheck* u. a. (Hrsg.) Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong, 1985
Traeger-Festschrift	Festschrift für Ludwig Traeger, 1926
Trechsel SchwStGB	*St. Trechsel* Schweizerisches Strafgesetzbuch, 1989
Triffterer AT	*O. Triffterer* Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Unter Mitarbeit von *K. Schmoller*, 1985
Tröndle-Festschrift	*H.-H. Jescheck* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Herbert Tröndle, 1989
u. a.	und andere; unter anderem
u. a. m.	und andere(s) mehr
Universität Heidelberg-Festschrift	Richterliche Rechtsfortbildung. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986
Universität zu Köln-Festschrift	Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988
UPR	Umwelt- und Planungsrecht (Zeitschrift)
UZwG	Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes
VDAT, VDBT	*K. Birkmeyer* u. a. (Hrsg.) Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil Bd. I bis VI, Besonderer Teil Bd. I bis IX, 1905 bis 1909
Venzlaff-Festschrift	*H. Polmeier* u. a. (Hrsg.) Forensische Psychiatrie heute. U. Venzlaff . . . gewidmet, 1986
VersG	Versammlungsgesetz
VGS	Vereinigte Große Senate
VO	Verordnung
VOR	Zeitschrift für Verkehrs- und Ordnungswidrigkeitenrecht
VRS	Verkehrsrechtssammlung
VS	Vereinigte Strafsenate
VVDStL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VwArch.	Verwaltungsarchiv
WaffG	Waffengesetz
Wassermann-Festschrift	*Chr. Broda* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Rudolf Wassermann, 1985
WDO	Wehrdisziplinarordnung

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

v. Weber-Festschrift	*H. Welzel* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Hellmuth von Weber, 1963
v. Weber Grundriß	*H. v. Weber* Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Auflage 1948
Wegner Strafrecht	*A. Wegner* Strafrecht Allgemeiner Teil, 1951
Welzel Abhandlungen	*H. Welzel* Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975
Welzel-Festschrift	*G. Stratenwerth* u. a. (Hrsg.) Festschrift für Hans Welzel, 1974
Welzel Strafrecht	*H. Welzel* Das Deutsche Strafrecht, 3. Auflage 1954; 7. Auflage 1960; 11. Auflage 1969
Wessels AT, BT (1, 2)	*J. Wessels* Strafrecht Allgemeiner Teil, 20. Auflage 1990; Strafrecht Besonderer Teil (1), 14. Auflage 1990; (2) 13. Auflage 1990
Wiener Kommentar-Bearbeiter	*E. Foregger* u. a. (Hrsg.) Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1979 ff (bis 35. Lieferung 1989)
WiStG	Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts
wistra	wistra, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht
E. Wolf-Festschrift	*Th. Würtenberger* u. a. (Hrsg.) Existenz und Ordnung, Festschrift für Erik Wolf, 1962
Ernst Wolf-Festschrift	*D. Bickel* u. a. (Hrsg.) Recht und Rechtserkenntnis. Festschrift für Ernst Wolf, 1985
WStG	Wehrstrafgesetz
Würtenberger-Festschrift	*R. Herren* u. a. (Hrsg.) Kultur, Kriminalität, Strafrecht, Festschrift für Thomas Würtenberger, 1977
Z	Zivilsachen
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z. B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZDG	Zivildienstgesetz
Zipf Kriminalpolitik	*H. Zipf* Kriminalpolitik, 2. Auflage 1980
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZSchwR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

1. BUCH
Die Grundlagen

1. KAPITEL
Das staatliche Strafen

1. ABSCHNITT
Der Inhalt und die Aufgabe des staatlichen Strafens

Literatur zu I bis V

V. Achter Geburt der Strafe, 1951; *M. Adams, St. Shavell* Zur Strafbarkeit des Versuchs, GA 1990 S. 337 ff; *P.-A. Albrecht* Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen, ZStW 97 S. 831 ff; *M. Ancel* Die neue Sozialverteidigung. Eine Bewegung humanistischer Kriminalpolitik, 1970; *F. Arloth* Strafzwecke im Strafvollzug, GA 1988 S. 403 ff; *G. Arzt* Der Ruf nach Recht und Ordnung, 1976; *ders.* Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, 1970; *J. L. Austin* Ein Plädoyer für Entschuldigungen, in: *G. Meggle* (Hrsg.) Analytische Handlungstheorie Bd. I, 1977, S. 8 ff; *P. Badura* Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964 S. 337 ff; *A. Baratta* Integrations-Prävention. Eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe, KrimJ 1984 S. 132 ff; *J. Baumann* Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht und vom Sinn staatlichen Strafens, JurBl. 1965 S. 113 ff; *ders.* Strafe als soziale Aufgabe, Noll-Gedächtnisschrift S. 27 ff; *M. Baurmann* Zweckrationalität und Strafrecht, 1987; *E. Beling* Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, 1908; *E. Benda* Resozialisierung als Verfassungsauftrag, Faller-Festschrift S. 307 ff; *Chr. Bertel* Die Generalprävention, Pallin-Festschrift S. 31 ff; *H. Bielefeldt* Strafrechtliche Gerechtigkeit als Anspruch an den endlichen Menschen, GA 1990 S. 108 ff; *G. Blau* Diversion und Strafrecht, Jura 1987 S. 25 ff; *ders.* und *E. Franke* Diversion und Schlichtung, ZStW 96 S. 485 ff; *M. Bleuler* Sühne und ärztliche Behandlung in ihrer heilenden Bedeutung, in: *E. R. Frey* (Hrsg.) Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, S. 103 ff; *L. Böllinger* Generalprävention als Sozialisationsfaktor? KrimJ 1987 S. 32 ff; *J. Bohnert* Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1982; *E. Brandt* Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für Entpoenalisierungen im Kriminalrecht, 1988; *H.-J. Bruns* Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht, Welzel-Festschrift S. 739 ff; *ders.* Strafzumessungsrecht, 2. Auflage 1974; *R.-P. Calliess* Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1973; *ders.* Strafzwecke und Strafrecht, Zeitschrift für Evangelische Ethik 33 (1989) S. 109 ff und NJW 1989 S. 1338 ff; *D. Dölling* Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?, ZStW 102 S. 1 ff; *E. Dreher* Über die gerechte Strafe, 1947; *J. Driendl* Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart, 1983; *E. Durkheim* Kriminalität als normales Phänomen, in: *F. Sack* und *R. König* (Hrsg.) Kriminalsoziologie, 1968, S. 3 ff; *U. Ebert* Das Vergeltungsprinzip im Strafrecht, in: *H.-H. Krummacher* (Hrsg.) Geisteswissenschaften wozu?, 1988, S. 357 f; *ders.* Talion und Spiegelung im Strafrecht, Lackner-Festschrift S. 399 ff; *K. Engelhardt* Psychoanalyse der strafenden Gesellschaft, 1976; *A. Eser* Resozialisierung in der Krise? Peters-Festschrift S. 505 ff; *F. Exner* Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914; *L. Festinger* Theorie der kognitiven Dissonanz, hrsg. von *M. Irle* und *V. Möntmann*, 1978; *P. J. A. v. Feuerbach* Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1799, Neudruck 1966; *O. K. Flechtheim* Hegels Strafrechtstheorie, 2. Auflage 1975; *N. Forster* Positionen der schweizerischen Lehre in der Diskussion um die Straftheorien, SchwZStr. 101 (1984) S. 242 ff; *E. Foth* Bemerkungen zur Generalprävention, NStZ 1990 S. 219 ff; *D. Frehsee* Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987; *E. R. Frey* Schuld — Verantwortung — Strafe als kriminalpolitisches Problem, in: *ders.*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

(Hrsg.) Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, S. 297 ff; *M. Frommel* Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion, 1987; *W. Gallas* Gründe und Grenzen der Strafbarkeit. Gedanken zum Begriff des Verbrechens, in: *Universitäts-Gesellschaft Heidelberg* (Hrsg.) Heidelberger Jahrbücher Bd. IX, 1965 S. 1 ff; *H. Garfinkel* Bedingungen für den Erfolg von Degradierungszeremonien, in: *K. Lüderssen* und *F. Sack* (Hrsg.) Seminar: Abweichendes Verhalten Bd. III, 1977, S. 31 ff; *A. Gehlen* Urmensch und Spätkultur. Philosophische Ergebnisse und Aussagen, 2. Auflage, 1964; *W. Gephart* Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Durkheims, 1990; *H. Giehring* Sozialwissenschaftliche Forschung zur Generalprävention und normative Begründung des Strafrechts, KrimJ 1987 S. 2 ff; *K. H. Gössel* Wesen und Begründung der strafrechtlichen Sanktionen, Pfeiffer-Festschrift S. 3 ff; *F. Gramatica* Grundlagen der défense sociale, 1965; *E. Hanack* Probleme des Vikariierens und der Unterbringung in einer Erziehungsanstalt (§§ 67, 64 StGB), JR 1978 S. 399 ff; *G. Hanak* Kriminelle Situationen. Zur Ethnographie der Anzeigeerstattung, KrimJ 1984 S. 161 ff; *B. Haffke* Tiefenpsychologie und Generalprävention, 1976; *ders.* Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance, in: *K. Lüderssen* und *F. Sack* (Hrsg.) Seminar: Abweichendes Verhalten Bd. III S. 291 ff; *W. Hassemer* Generalprävention und Strafzumessung, in: *W. Hassemer, K. Lüderssen, W. Naucke* (Hrsg.) Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, S. 29 ff; *ders.* Resozialisierung und Rechtsstaat, KrimJ 1982 S. 161 ff; *ders.* Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht, in: *ders.* u. a. (Hrsg.) Fortschritte im Strafrecht durch Sozialwissenschaften?, 1983, S. 1 ff; *ders.* Prävention im Strafrecht, JuS 1987 S. 257 ff; *G. W. F. Hegel* Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821; *J. Hellmer* Über die Glaubwürdigkeit des Strafrechts und die Bedeutung des zwischenmenschlichen Verhältnisses für die Kriminalitätsbekämpfung, JZ 1981 S. 153 ff; *J. Herrmann* Diversion und Schlichtung in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 96 S. 457 ff; *F. Herzog* Die „dritte Dimension" der Verbrechensbekämpfung: Abschöpfung von Verbrechensgewinn, KJ 1987 S. 321 ff; *ders.* Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987; *E. E. Hirsch* Die Steuerung menschlichen Verhaltens, JZ 1982 S. 41 ff; *O. Höffe* Kategorische Rechtsprinzipien, 1990; *N. Hoerster* Aktuelles in Arthur Schopenhauers Philosophie der Strafe, ARSP 58 S. 555 ff; *ders.* Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens, GA 1970 S. 272 ff; *H. Horstkotte* Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung, JZ 1970 S. 122 ff; *J. Hruschka* Strafe und Strafrecht bei Achenwall — Zu einer Wurzel von Feuerbachs psychologischer Zwangstheorie, JZ 1987 S. 161 ff; *G. Jakobs* Schuld und Prävention, 1976; *ders.* Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit? in: *D. Henrich* (Hrsg.) Aspekte der Freiheit, 1982 S. 69 ff; *ders.* Über die Aufgabe der subjektiven Deliktseite im Strafrecht, in: *H. Witter* (Hrsg.) Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht, 1987, S. 271 ff; *ders.* Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW 101 S. 516 ff; *H.-H. Jescheck* Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW 93 S. 3 ff; *G. Kaiser* Verkehrsdelinquenz und Generalprävention, 1970; *ders.* Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts, ZStW 86 S. 349 ff; *ders.* Kriminalisierung und Entkriminalisierung in Strafrecht und Kriminalpolitik, Klug-Festschrift S. 579 ff; *ders.* Gewinnabschöpfung als kriminologisches Problem und kriminalpolitische Aufgabe, Tröndle-Festschrift S. 685 ff; *ders.* Die Freiheitsstrafe bei Franz v. Liszt im Lichte der modernen Kriminalpolitik, Klug-Festschrift S. 257 ff; *I. Kant* Metaphysik der Sitten, Erster Theil, 2. Auflage 1798; *Arthur Kaufmann* Das Schuldprinzip, 1961; *ders.* Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ 1967 S. 553 ff; *ders.* Schuldstrafrecht und Resozialisierung, in: *ders.* Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, 1983, S. 43 ff; *ders.* Über die gerechte Strafe, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 425 ff; *H. Kaufmann* Gramaticas System der Difesa Sociale und das deutsche Schuldstrafrecht, v. Weber-Festschrift S. 418 ff; *H. Kelsen* Vergeltung und Kausalität, 1941; *H. J. Kerner* (Hrsg.) Diversion statt Strafe? Probleme und Gefahren einer neuen Strategie strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1983; *W.-H. Kiehl* Strafrechtliche Toleranz wechselseitiger Ehrverletzungen, 1986; *M. Killias* Muß Strafe sein? Überlegungen zur Funktion von Sanktionen aus sozial-psychologischer Sicht, SchwZStr. 97 (1980) S. 31 ff; *U. Kindhäuser* Personalität, Schuld und Vergeltung, GA 1989 S. 493 ff; *P. Klose* Jus puniendi und Grundgesetz, ZStW 86 S. 33 ff; *U. Klug* Abschied von Kant und Hegel, in: *J. Baumann* (Hrsg.) Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, S. 36 ff; *W. Köberer* Läßt sich Generalprävention messen? MonSchrKrim. 1982 S. 200 ff; *M. Köhler* Anmerkung zu BGH JZ 1982 S. 771 f, aaO S. 772 f; *ders.* Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Strafzumessung, 1983; *ders.* Der Begriff der Strafe, 1986; *ders.* Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis, Lackner-Festschrift S. 11 ff; *D. Kratzsch* Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; *ders.* Unrecht und Prävention — eine Replik, GA 1989 S. 49 ff; *L. Kuhlen* Diversion im Jugendstrafverfahren, 1988; *K. L. Kunz* Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW 98 S. 823 ff; *K. Lackner* Über die Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis, 1978; *P. Landau* Das Unrecht als Stufe des abstrakten Rechts in Hegels Rechtsphilosophie, Arthur Kaufmann-Festschrift S. 143 ff; *Th. Lenckner* Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit in: *H. Göppinger* und *H. Witter* (Hrsg.) Handbuch der forensischen Psychiatrie Bd. I, 1972, S. 3 ff; *H. von der Linde* Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht, 1988; *R. Lippold* Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin, 1989; *F. v. Liszt* Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 S. 1 ff; *ders.* Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, ZStW 13 S. 325 ff; *ders.* Kriminalpolitische Aufgaben, in: *ders.* Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Bd. I, 1905, S. 290 ff; *ders.* Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, in: *ders.* Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Bd. II, 1905, S. 75 ff; *K. Lüderssen* Strafrecht und „Dunkelziffer", 1972; *ders.* Die generalpräventive Funktion des Deliktssystems, in: *W. Hassemer, K. Lüderssen, W. Naucke* (Hrsg.) Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, S. 54 ff; *ders.* Vergeltung und Sühne vor dem Forum christlicher Ethik — kein Platz mehr für absolute Strafzwecke, in: *L. Vallauri* (Hrsg.) Christentum und modernes Recht, 1982, S. 1261 ff; *ders.* Der Freiheitsbegriff der Psychoanalyse und seine Folgen für das moderne Strafrecht, in: *W. Hassemer* u. a. (Hrsg.) Fortschritte im Strafrecht durch Sozialwissenschaften, 1983, S. 39 ff; *ders.* Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs, 1989; *D.-M. Luzon* Generalprävention, Gesellschaft und Psychoanalyse, GA 1984 S. 393 ff; *N. Luhmann* Rechtssoziologie Bd. I und II, 1972; *W. Maihofer* Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968; *M. Maiwald* Die Verteidigung der Rechtsordnung — Analyse eines Begriffs, GA 1983 S. 49 ff; *ders.* Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff, Lackner-Festschrift S. 149 ff; *H. Marquardt* Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel, 1972; *H. Mayer* Kant, Hegel und das Strafrecht, Engisch-Festschrift S. 54 ff; *M. Melzer* Die Neue Sozialverteidigung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion, 1970; *ders.* Die Neue Sozialverteidigung — ein neuer Begriff in der deutschen Strafrechtsreformdiskussion? JZ 1970 S. 764 ff; *Menzel* Protagoras als Kriminalist, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht 1910 S. 389 ff; *A. Merkel* Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, 1899; *J. Meyer* u. a. (Hrsg.) Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten, 1989; *ders.* Gewinnabschöpfung durch Vermögensstrafe? ZRP 1990 S. 85 ff; *E. Mezger* Strafzweck und Strafzumessungsregeln, Materialien Bd. I S. 1 ff; *S. Mir Puig* Die Funktion der Strafe und die Verbrechenslehre im sozialen und demokratischen Rechtsstaat, ZStW 95 S. 413 ff; *R. Moos* Positive Generalprävention und Vergeltung, Pallin-Festschrift S. 283 ff; *H. Müller* Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert, 1984; *H. Müller-Dietz* Vom intellektuellen Verbrechensschaden, GA 1983 S. 481 ff; *ders.* Integrationsprävention und Strafrecht, Jescheck-Festschrift S. 813 ff; *E. Müller-Luckmann* Zur begrifflichen und diagnostischen Problematik von Gesinnung und Reue, in: *H. Göppinger* und *P. H. Bresser* (Hrsg.) Tötungsdelikte, 1980, S. 113 ff; *A. Nagler* Die Verständigung der Strafrechtsschulen, GS 70 S. 6 ff; *J. Nagler* Die Strafe, 1918; *W. Naucke* Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962; *ders.* Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1964 S. 203 ff; *ders.* Paul Johann Anselm von Feuerbach. Zur 200. Wiederkehr seines Geburtstages am 14. November 1975, ZStW 87 S. 861 ff; *ders.* Generalprävention und Grundrechte der Person, in: *W. Hassemer, K. Lüderssen, W. Naucke* (Hrsg.) Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, S. 9 ff; *ders.* Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94 S. 525 ff; *ders.* Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts, in: *W. Hassemer* u. a. (Hrsg.) Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, 1983, S. 3 ff; *U. Neumann* Die Stellung des Opfers im Strafrecht, in: *W. Hassemer* (Hrsg.) Strafrechtspolitik, 1987, S. 225 ff; *U. Neumann* und *U. Schroth* Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; *P. Noll* Die ethische Begründung der Strafe, 1962; *ders.* Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, H. Mayer-Festschrift S. 219 ff; *F. Nowakowski* Freiheit, Schuld, Vergeltung, Rittler-Festschrift S. 55 ff; *H. Ostendorf* Auf Generalprävention kann noch nicht verzichtet werden, ZRP 1976 S. 281 ff; *ders.* Alternativen zur strafverurteilenden Konfliktserledigung, ZRP 1983 S. 302 ff; *K. Peters* Die

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs- und Erziehungsvollzugs, Heinitz-Festschrift S. 501 ff; *H. Pfander* Der zentrale Begriff „Strafe", SchwZStr. 61 (1946) S. 173 ff; *H. Popitz* Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968; *W. Preiser* Das Recht zu strafen, Mezger-Festschrift S. 71 ff; *ders.* Vergeltung und Sühne im altisraelitischen Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift S. 7 ff; *J. Primoratz* Banquos Geist. Hegels Theorie der Strafe, 1986; *G. Radbruch* Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben, 3. Auflage o. J.; *A. Rieg* Die modernen Tendenzen des französischen Strafrechts, ZStW 81 S. 411 ff; *D. Rössner* und *R. Wulf* Opferbezogene Strafrechtspflege, o. J. (1984); *C. Roxin* Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966 S. 377 ff; *ders.* Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, ZStW 81 S. 613 ff; *ders.* Strafzumessung im Lichte der Strafzwecklehre, Schultz-Festgabe S. 463 ff; *ders.* Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, in: *H. Schöch* (Hrsg.) Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, S. 37 ff; *F. Schaffstein* Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, Gallas-Festschrift S. 99 ff; *ders.* Überlegungen zur Diversion, Jescheck-Festschrift S. 937 ff; *W. Schild* Soziale und rechtliche Verantwortungen, JZ 1980 S. 597 ff; *ders.* Strafe — Vergeltung oder Gnade, SchwZStr. 99 (1982) S. 364 ff; *ders.* Ende und Zukunft des Strafrechts, ARSP 1984 S. 71 ff; *ders.* Das Verständnis des Missetäters im normativen Wandel des Politischen, in: *E. V. Heyern* (Hrsg.) Vom normativen Wandel des Politischen, 1984, S. 117 ff; *ders.* Entschuldigungen und Rechtfertigungen im Alltag, in: *B.-O. Bryde* (Hrsg.) Rechtsproduktion und Rechtsbewußtsein, 1988, S. 195 ff; *E. Schlüchter* De nihilo nihil — oder: Der Erziehungsgedanke im Jugendstrafrecht, GA 1988 S. 106 ff; *E. Schmidhäuser* Vom Sinn der Strafe, 1963; *Eb. Schmidt* Zur Theorie des unbestimmten Strafurteils, SchwZStr. 45 (1931) S. 200 ff; *ders.* Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, Materialien Bd. I S. 9 ff; *ders.* Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, ZStW 67 S. 177 ff; *ders.* Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, ZStW 69 S. 359 ff; *ders.* Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflage 1965; *K. Schmoller* Irrgarten der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung, ÖJZ 1990 S. 257 ff, 300 ff; *H. Schöch* Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz, 1973; *ders.* Empirische Grundlagen der Generalprävention, Jescheck-Festschrift S. 1081 ff; *H.-L. Schreiber* Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzeptionen, ZStW 94 S. 279 ff; *B. Schünemann* Das strafrechtliche Dunkelfeld — Stabilisator der Rechtstreue?, in: *M. Irle* (Hrsg.) Durchsetzung des Rechts, 1984, S. 39 ff; *ders.* Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: *ders.* (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 153 ff; *ders.* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 S. 341 ff, GA 1986 S. 293 ff; *H. Schultz* Abschied vom Strafrecht? ZStW 92 S. 611 ff; *M. Scott* und *St. Lymann* Verantwortungen, in: *H. Steinert* (Hrsg.) Symbolische Interaktion, 1973, S. 294 ff; *K. F. Schumann* Positive Generalprävention, 1989; *K. Seelmann* Hegels Straftheorie in seinen „Grundlinien der Philosophie des Rechts", JuS 1979 S. 687 ff; *ders.* Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht, JZ 1989 S. 670 ff; *K. Sessar* Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik, Leferenz-Festschrift S. 145 ff; *R. Sieverts* Würde sich für ein neues Strafgesetzbuch die Einführung der unbestimmten Verurteilung empfehlen und in welchem Umfange? Wie wäre sie auszugestalten? Materialien Bd. I S. 107 ff; *G. Smaus* Technokratische Legitimierungen des Strafrechts, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1985 S. 90 ff; *P. Strasser* Verbrechenserklärungen und Strafkonzeptionen, KrimJ 1979 S. 1 ff; *G. Stratenwerth* Leitprinzipien der Strafrechtsreform, in: *L. Brandt* (Hrsg.) Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Geisteswissenschaft Heft 162, 1970, S. 7 ff; *ders.* Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *F. Streng* Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 S. 637 ff; *ders.* Tiefenpsychologie und Generalprävention, KrimJ 1987 S. 48 ff; *K. Tiedemann* Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung der Strafgesetzgebung, ZStW 86 S. 303 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JZ 1975 S. 183 ff, aaO S. 185 ff; *V. Vanberg* Verbrechen, Strafe und Abschreckung, 1982; *Th. Vogler* Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, ZStW 90 S. 132 ff; *K. Volk* Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZStW 83 S. 405 ff; *M. Walter* Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität, ZStW 95 S. 32 ff; *ders.* Über Alternativen zum Strafrecht, Universität zu Köln-Festschrift S. 557 ff; *ders.* Über die Bedeutung des Erziehungsgedankens für das Jugendstrafrecht, in: *ders.* (Hrsg.) Beiträge zur Erziehung im Jugendkriminalrecht, 1989 S. 59 ff; *M. We-*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

ber Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Auflage 1976; *Th. Weigend* Das Opferschutzgesetz — kleine Schritte zu welchem Ziel? NJW 1987 S. 1170 ff; *K. Weis* Staatliches Strafen. Markierungen, Degradierungen und Rituale auf einer Reise ohne Wiederkehr, Blau-Festschrift S. 405 ff; *D. Westphalen* Karl Binding, 1989; *E. A. Wolff* Das neue Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 S. 787 ff; *G. Wolfslast* Anmerkung zu BGH NStZ 1982 S. 112, aaO S. 112 f; *Th. Würtenberger* Die unbestimmte Verurteilung, Materialien Bd. I S. 89 ff; *H. Zipf* Kriminalpolitik, 2. Auflage 1980; *R. Zaczyk* Das Unrecht der versuchten Tat, 1989.

I. Der Begriff der Strafe

A 1. Welchen Inhalt und welche Aufgabe Strafe hat, läßt sich — auch beschränkt auf staatliche Strafe — nicht unabhängig vom Bestand der Ordnung ausmachen, in der gestraft wird, und auch nicht unabhängig von der Verständigung über den Sinn dieser Ordnung. So wird, was den Bestand der Ordnung angeht, ein Staat, der seine Kräfte auf die Sicherung seiner Existenz konzentrieren muß (etwa im Krieg), Strafe so einsetzen, daß sie zumindest kurzfristig Effektivität garantiert (etwa Abschreckung durch harte Strafen), während ein Staat ohne akute Existenzprobleme kurzfristige Ineffektivität in Kauf nehmen kann, um auf lange Sicht inneren Frieden zu erzielen (etwa Vermeidung harter Strafen, um die Empfindlichkeit gegenüber Gewalt nicht abzustumpfen). Was die Verständigung über den Sinn der Ordnung betrifft, so hängt von ihr ab, ob Strafe etwa konflikttheoretisch als Kampfmittel der herrschenden Klasse oder sonst herrschender gesellschaftlicher Gruppen verstanden wird oder als Mittel, unberechtigte (oder unzeitgemäße) Herrschaftsansprüche abzuwehren, ob das von der „Obrigkeit" nach religiösen Vorstellungen zu führende „Schwert" trifft oder der Täter nach seinem eigenen Willen bestraft wird, weil auch er ein Vertragspartner im Sozialvertrag ist, etc. **1**

2. Die trotz aller Unterschiede bestehenden Gemeinsamkeiten, die es erlauben, quer durch die Ordnungen und deren Verständnis einheitlich von Strafe zu reden, sind folgende[1]: *Stets geht es bei der Strafe um eine Reaktion auf einen Normbruch. Stets wird durch die Reaktion demonstriert, daß an der gebrochenen Norm festgehalten werden soll. Und stets erfolgt die demonstrierende Reaktion auf Kosten des für den Normbruch Zuständigen* (Kosten sind in diesem Zusammenhang Einbußen an irgendwelchen Gütern). Es geht um eine normative Problematik: um die Zuordnung eines störenden Ereignisses zum Träger derjenigen Kosten, die zur Beseitigung der Störung notwendig sind. **2**

Die zur Bezeichnung der Strafe verwendeten Begriffe sind kontextabhängig, insbesondere sind es die Begriffe „Normbruch" und „Zuständigkeit". Beispiele: Wie weit ein Normbruch objektiv an der äußeren Gestalt (am Erfolg) eines Verhaltens festgemacht wird und wie weit die subjektive Konstitution des Täters zu berücksichtigen ist, hängt von dem Maß ab, in dem für den Bestand der Gesellschaft wenige, vorprägbare Sozialkontakte hinreichen oder in dem zur Ermöglichung differenter Kontakte die Gestaltung dem einzelnen Mitglied überlassen bleiben muß. Für eine Gesellschaft, die sich im

1 *Achter* (Geburt S. 9 ff, 13 ff und passim) will erst von Strafe sprechen, wenn nicht nur reagiert wird, um „einen Riß im Weltgebäude zu kitten" (aaO S. 18), sondern wenn bei der Reaktion gegenüber dem Täter ein Vorwurf, ein Tadel erhoben wird. Dieser Tadel wird aber — was *Achter* wohl auch nicht verkennt — nur erforderlich, wenn der Grund der Reaktion, der Normbruch, nicht mehr nur im „Weltgebäude" liegt, sondern im Kopf des Täters (man könnte auch den Begriff des Normbruchs für dieses subjektive Versagen reservieren). Jedenfalls wirken die tadelnde und die nicht tadelnde Reaktion funktional äquivalent, scil. Gegenseitigkeit wiederherstellend, und zwar auf Kosten eines Zuständigen. — Zur Verbindung der Strafe mit dem Tausch und mit dem Opfer im Merkmal der Gegenseitigkeit siehe *Gehlen* Urmensch S. 45 ff, 48.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Tausch von Standardartikeln und in ritualisierter Religionsausübung erschöpft, gelten andere Regeln als für eine Gesellschaft mit hoch komplexer Verknüpfung des Verhaltens ihrer Mitglieder. — Wenn es heute als selbstverständlich angesehen wird, daß für einen Normbruch immer nur zuständig sein kann, wer selbst daran handelnd oder nicht-hindernd beteiligt ist, so setzt diese Sicht — neben zahlreichen weiteren Bedingungen — voraus, daß die Mitglieder der Gesellschaft unvermittelt angehören (und nicht etwa vermittelt als Glieder einer Sippe).

3 B. Dieser Umriß, der nachfolgend für das geltende Recht — das *Strafgesetzbuch (StGB)*[2] — ausgefüllt werden muß, unterscheidet sich von einem geläufig gezeichneten Bild der Strafe: Das Unrecht ist ein Übel und die Kostentragungspflicht für den Täter ist auch ein Übel, aber trotzdem läßt sich Strafe nicht als Übelszufügung wegen eines begangenen Übels bestimmen[3]: Es wäre unvernünftig, „ein Übel bloß deswegen zu wollen, weil schon ein anderes Übel vorhanden ist", und diese Sequenz der Übel bezeichnet die Strafe auch nur nach ihrem „oberflächliche(n) Charakter"[4]. Strafe muß positiv definiert werden: Sie ist Demonstration von Normgeltung auf Kosten eines Zuständigen. Dabei springt ein Übel heraus, aber die Strafe hat nicht schon bei diesem Effekt ihre Aufgabe erfüllt, sondern erst mit der Stabilisierung der verletzten Norm.

II. Die Theorie der positiven Generalprävention[5]

A. Die Notwendigkeit sicherer Normgeltung

4 1. Wie sich die Menschen beim Umgang mit der Natur nur zurechtfinden, soweit sie Regelmäßigkeiten erkennen können, so ist auch bei — hier allein interessierenden — sozialen Kontakten[5a] Orientierung nur möglich, wenn nicht jederzeit mit jedem beliebigen Verhalten der anderen Menschen gerechnet werden muß. Ansonsten würde jeder Kontakt zu einem unkalkulierbaren Risiko[6]. Wenn ein sozialer Kontakt überhaupt eingegangen wird, ist dies schon ein Zeichen dafür, daß kein völlig unbestimmter Ausgang erwartet wird. Wird die Erwartung enttäuscht[7], so entsteht für den Enttäuschten ein Konflikt, in dem er reagieren muß[8]; denn durch die Enttäuschung steht

---

2 Vom 15. 5. 1871 RGBl. S. 127, in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. 3. 1987 BGBl. I S. 945, 1160, zuletzt geändert durch Art. 1 des 25. StrÄndG vom 20. 8. 1990, BGBl. I S. 1764.

3 So die Definition bei *Grotius* De iure belli ac pacis, liber II caput XX, de poenis: „Poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis".

4 *Hegel* Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821, § 99

5 Das folgende Modell des Zusammenhangs zwischen Normbruch und Normbestätigung durch Strafe erfaßt nicht jede Variante der staatlichen Strafe nach geltendem Recht, wohl aber die hauptsächlichen Züge.

5a Es geht nicht um — natürliche, nicht soziale — Kontakte mit *vor*moralischen Wilden oder sonst aus der Sozialität ausgegrenzten Anderen; auch die *Entstehung* von Sozialität wird hier nicht behandelt, sondern eine Bedingung ihres Bestands; kritisch *Kindhäuser* GA 1989 S. 493 ff, 503.

6 Dabei liegt die Grenze zwischen einerseits dem Umgang mit der Natur und andererseits sozialen Kontakten nicht vorab fest: Sie verschiebt sich zugunsten des sozialen Bereichs, soweit die Natur als personhaft agierend verstanden wird (dazu *Kelsen* Vergeltung passim), und zugunsten des natürlichen Bereichs, soweit Menschen als bloße Durchgangsstellen natürlicher Prozesse verstanden werden.

7 Eine Enttäuschung liegt vor, wenn sich eine Erwartung nicht erfüllt; ob das überraschend geschieht oder vorausgesehen wurde, ist für den Begriff irrelevant.

8 Zum folgenden Text siehe *Luhmann* Rechtssoziologie Bd. I S. 40 ff; 53 ff, 106 ff; *Festinger* Theorie der kognitiven Dissonanz S. 15 ff, 177 ff und passim; ferner *Schild* JZ 1980 S. 597 ff; *Killias* SchwZStr. 97 (1980) S. 31 ff; *Jakobs* Schuld und Prävention S. 8 ff; *ders.* in: Aspekte der Freiheit S. 69 ff, 72 ff; siehe auch *von der Linde* Rechtfertigung S. 219 ff. — Zu Techniken der Konfliktertledigung siehe ferner *Scott* und *Lymann* in: Symbolische Interaktion S. 294 ff, 295 ff; *Schild* in: Rechtsproduktion S. 195 ff; *AK-Schild* Rdn. 116 ff, 124 ff vor § 13; — juristisch weniger ergiebig *Austin* in: Analytische Handlungstheorie S. 8 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

fest, daß die Bilanz zwischen den Verläufen, auf deren Eintritt er baut, und den Verläufen, die realisiert werden, nicht mehr stimmt: Die Orientierungsmuster des Enttäuschten müssen überprüft werden.

2 a) Nun können bei sozialen Kontakten auch Enttäuschungen der Art entstehen, **5**
wie sie beim Umgang mit der Natur vorkommen. Jeder Mensch weiß, daß sein Gegenüber auch „aus Fleisch und Blut" und deshalb natürlichen Gesetzen unterworfen ist, also etwa in tiefem Wasser ertrinkt, wenn er nicht schwimmen kann, umfällt, wenn er heftig gestoßen wird, oder in Krämpfe verfällt, wenn er einen epileptischen Anfall erleidet. Insoweit wird vom Partner des sozialen Kontakts nur erwartet, daß sein Befinden den Regeln alles Natürlichen folgt, nicht aber, daß er Rechtsnormen beachtet. Diese Erwartungen sind kognitiver Art, d. h. im Enttäuschungsfall hat man sich verkalkuliert und muß umlernen, also pro futuro — durch Erfahrung klug geworden — besser kalkulieren, wenn man die Enttäuschung nicht als quantité négligeable abtun kann. Damit soll nicht behauptet werden, das Recht könne oder dürfe niemals Nichtschwimmern Rettungsmaßnahmen in tiefem Wasser gebieten oder gewaltsam zum Torkeln gebrachten Personen verbieten, gegen Glasvitrinen zu fallen, oder von einem Krampfanfall Heimgesuchten, um sich zu schlagen, etc.; behauptet wird nur, daß in der Gesellschaft gegenwärtiger Gestalt diese Befindlichkeiten als natürlich behandelt werden (wobei nicht ausgeschlossen ist, daß man gegebenenfalls mit rechtlichem Nachdruck Vorsorge treffen muß, nicht in solche natürlichen Befindlichkeiten hineinzugeraten). Die Behandlung dieser Befindlichkeiten als natürlich erfolgt, weil die Zurechnung der Befindlichkeiten potentiell jedermann ohne Möglichkeit einer Vorsorge zum Straftäter machen und deshalb ebensoviel Erwartenssicherheit aufheben würde, wie sie garantieren könnte. — Der Grenzverlauf dieser Erwartungsart zur folgenden ist das Problem des Handlungsbegriffs (unten 6/1 ff), teils auch ein Problem der Schuld (unten 17/1 ff).

b) Eine Enttäuschung speziell im Bereich sozialer Kontakte betrifft diejenigen Er- **6**
wartungen, die sich aus dem Anspruch an den Partner ergeben, dieser werde die geltenden Normen respektieren. Der Anspruch kann dabei der kognitiven Lagebeurteilung widerstreiten. Beispiel: Auch wer sieht, wie der Steuermann Alkohol trinkt, gibt den Anspruch auf eine sichere Fahrt nicht auf. Eine normative Erwartung muß auch im Enttäuschungsfall nicht preisgegeben, sondern kann (kontrafaktisch) durchgehalten werden, indem nicht die Erwartung des Enttäuschten, sondern der Normbruch des Enttäuschenden als der maßgebliche Fehler definiert wird. Beispiel: Man sperrt den Übeltäter zur Demonstration der Fehlerhaftigkeit seines Verhaltens ein.

c) Weil Menschen die Welt gestalten (organisieren) können, aber auch immer in **7**
einer schon gestalteten Welt (einer Welt mit Institutionen) leben, können sich die für die Ermöglichung sozialer Kontakte unumgänglichen, stabilen normativen Erwartungen — abgesehen von den unterschiedlichen Inhalten der Normen — auf zwei verschiedene Gegenstandsbereiche beziehen. Zum einen ist eine Erwartung notwendig, daß alle Menschen ihren Organisationskreis in Ordnung halten und somit Außenwirkungen ausbleiben, durch die andere geschädigt werden könnten. Die Stabilität dieser Erwartung ist nicht nur unumgänglich, weil niemand alle Organisationskreise zusammen beherrschen *kann*, sondern auch weil wegen des Rechts auf je eigene Organisation niemand solchermaßen umfassend herrschen *darf*. Diese Erwartung hat einen nur-negativen Inhalt: Die Organisationskreise sollen getrennt bleiben. Die Enttäuschung der Erwartung führt zu Delikten, die Herrschaftsdelikte heißen oder Delikte kraft Organisationszuständigkeit (unten 7/56 ff; 21/16 ff; 28/14; 29/29 ff). Zum anderen ist eine Erwartung des ordnungsgemäßen Funktionierens der elementaren Institutionen not-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

wendig. Diese Erwartung hat einen positiven Inhalt, scil. daß die Institutionen auf den Organisationskreis einzelner Personen abgestimmt werden. Die Enttäuschung dieser Erwartung führt zu Delikten, die Pflichtdelikte heißen oder Delikte kraft institutioneller Zuständigkeit (unten 7/70; 21/115; 25/43 ff; 28/15; 29/57 ff).

7a 3. Allein die Erwartung, wer am sozialen Kontakt teilnimmt, werde die geltenden Normen respektieren wollen, macht solche Kontakte nicht planbar; denn der Partner muß nicht nur guten Willens sein, sich an die Ordnung zu halten, sondern er muß auch wissen, wann das normativ geregelte Verhalten der Fall ist. Beispiel: Wer andere Menschen nicht gefährden will, kann sich nur dann ungefährlich verhalten, wenn er zudem weiß, welche Verhaltensweisen gefährlich sind. Normbefolgung ist ohne Wissen davon, wie die Welt gestaltet ist und nach welchen Regeln Veränderungen miteinander verknüpft sind, nicht möglich. Trotzdem wird nur der Normbefolgungswille rechtlich garantiert, nicht auch das zur Normanwendung gehörende Wissen. Diese Beschränkung hat folgenden Grund[8a]: Ohne das zur Orientierung der Welt gehörende Wissen kann niemand planvoll leben; hinreichendes Bemühen um dieses Wissen wird also schon dadurch garantiert, daß ansonsten ein Scheitern des Lebens als poena naturalis droht. Der Normbefolgungsbereitschaft fehlt eine solche „natürliche" Garantie; das ist der Grund für die Notwendigkeit einer Sanktion. Beispielhaft gesprochen: Wer die elementaren Regeln der Mathematik nicht beachtet, wird als Dummkopf angesehen, aber nicht, wer die elementaren Regeln des Zusammenlebens vernachlässigt; letzterer wird erst durch die Strafe für unmaßgeblich erklärt (siehe unten 8/5).

B. Die Öffentlichkeit des Konflikts

8 Freilich sind die nur-individuellen Enttäuschungen der Partner sozialer Kontakte keine öffentliche Angelegenheit und deshalb kein Anlaß für staatliche Reaktionen. Selbst wenn der Staat stellvertretend für den individuell Enttäuschten, etwa zur Vermeidung von Lynchjustiz, die Verfolgung des Normbrechers übernehmen könnte[9], ergäbe das ein allenfalls mittelbares öffentliches Interesse an der Enttäuschung. Dieser Vermittlung bedarf es aber nicht; denn durch den Bruch strafrechtlich garantierter Normen entsteht auch ein öffentlicher Konflikt[10], wenn es sich überhaupt um legitime Strafrechtsnormen handelt. Strafrechtlich werden nur solche Normen garantiert, auf deren generelle Beachtung zur Erhaltung der wesentlichen gesellschaftlichen Gestalt nicht verzichtet werden kann. Die Enttäuschung, der Konflikt und das Erfordernis einer Reaktion beim Normbruch dürfen deshalb nicht als Erlebnisse des individuellen Systems „Einzelmensch" gedeutet werden, sondern sind als Ereignisse im gesellschaftlichen Bezugssystem zu verstehen. Beispiel: Eigentum hat für viele Menschen einen Wert, wie ihn existentielle Güter haben, hingegen achten es manche Menschen, freilich weniger zahlreich, gering; der strafrechtliche Schutz des Eigentums erfolgt aber ohne Blick auf den Inhaber gleich, und zwar nicht allein wegen der praktisch unumgänglichen Notwendigkeit, beim Zuschnitt der rechtlichen Norm zu generalisieren, sondern auch und vorweg wegen der Ausrichtung des Schutzes auf die gesamtgesellschaftliche

---

[8a] Eingehender *Jakobs* in: Sachverständige S. 271 ff, 277 f; *ders.* ZStW 101 S. 516 ff, 522 ff.

[9] Dazu *Arzt* Ruf S. 39 ff, 60 ff.

[10] D. h. nicht, ein Normbruch sei nur in seiner Eigenschaft als Konflikt öffentlich. Zur Notwendigkeit von Normbrüchen grundlegend *Durkheim* (1895), jetzt in: Kriminalsoziologie S. 3 ff (Eine Gesellschaft, in der die üblichen, strafrechtlich garantierten Normen überhaupt nicht mehr gebrochen würden, müßte und würde so starke Kollektivgefühle produzieren, daß aufgrund dieser Gefühle Taten als Verbrechen empfunden würden, die ansonsten als Kleinigkeiten o. ä. unauffällig blieben); eingehend *Gephart* Strafe S. 21 ff (auch 142 ff); weitere Nachweise bei *Neumann* und *Schroth* Theorien S. 109 ff; *AK-Hassemer* Rdn. 52 ff vor § 1.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Bedeutung des Eigentums. Diese öffentliche Perspektive schließt es nicht aus, bei einem Eigentumsdelikt die individuelle Betroffenheit des Opfers zu berücksichtigen, aber diese Betroffenheit muß wiederum als öffentliche Angelegenheit demonstrierbar sein (als der Nötigungseffekt des Diebstahls), wenn sie zumindest das Strafmaß beeinflussen soll.

C. Die Bedeutung der Strafe

9 1. Ein Normbruch ist nicht seiner äußerlichen Folgen wegen ein strafrechtlich relevanter Konflikt; denn das Strafrecht kann die äußerlichen Folgen nicht heilen. Strafe bewirkt keinen Schadensersatz; zudem sind zahlreiche Normbrüche komplett, bevor ein äußerlicher Schaden eingetreten ist, scil. stets bei Delikten mit materiellem Versuchscharakter und ansonsten stets im Fall von Versuch und Vorbereitung (unten 25/1 ff). Ein menschliches Verhalten ist aber nicht nur ein äußerlich wirkender Vorgang, sondern in dem Umfang, in dem der Mensch die Wirkungen seines Verhaltens überblickt oder überblicken kann, *bedeutet* sein Verhalten auch etwas, wie ein ausgesprochener Satz etwas bedeutet (zur Notwendigkeit, das Überblicken-Können durch das Subjekt bei der Bestimmung der Bedeutung zu berücksichtigen, siehe unten 6/24 ff). Einem Täter, der sich in bestimmter Weise verhält und der die Merkmale seines Verhaltens kennt oder zumindest erkennen kann, wird zugerechnet, er halte das Verhalten für die maßgebliche Weltgestaltung. Diese Zurechnung erfolgt wegen der Zuständigkeit für die eigene Motivation: Wäre der Täter zur Vermeidung eines Verhaltens mit den relevanten Merkmalen dominant motiviert gewesen, so hätte er sich anders verhalten; also zeigt das vollzogene Verhalten, daß dem Täter an der Vermeidung aktuell nicht dominant gelegen war. Beispiel: Wer wissentlich betrunken ein Fahrzeug im Verkehr führt und die auch ihm erkennbaren, nachteiligen Folgen, etwa für das Leben anderer Verkehrsteilnehmer, nicht berücksichtigt, macht durch sein Verhalten expressiv, daß er in der Situation, in der er sich befindet, anderes für wichtiger hält, als das Leben der Verkehrsteilnehmer dominant in Acht zu nehmen. Diese Aussage, die dem Täter als seine Ansicht zugerechnet wird, ist das Gegenteil der Aussagen, die in den Normen der §§ 316 und 222 StGB getroffen werden. *Dieser Widerspruch gegen die Norm durch ein Verhalten ist der Normbruch.* Ein Normbruch ist also eine Desavouierung der Norm. Diese Desavouierung bewirkt in dem Maß einen sozialen Konflikt, in dem die Norm als Orientierungsmuster in Frage gestellt wird. — Die genaue Bestimmung, wann ein Normwiderspruch vorliegt, ist das Problem der Zurechnungslehre, insbesondere der Zurechnung als tatbestandliches und rechtswidriges Verhalten.

10 2 a) Damit zeichnet sich auch schon ab, wie die Strafe als Reaktion in dem Konflikt zu verstehen ist: Sie darf — wie der Normbruch — nicht als ein nur-äußerliches Ereignis beurteilt werden (dann kommt nur die unvernünftige Sequenz zweier Übel heraus), sondern auch die Strafe bedeutet etwas, scil. daß die Bedeutung des normbrechenden Verhaltens unmaßgeblich und die Norm nach wie vor maßgeblich ist. Es wird demonstriert, daß der Täter nicht richtig organisiert hat: Man nimmt ihm Organisationsmittel weg[10a]. *Dieser auf Kosten des Täters vollzogene Widerspruch gegen den Normbruch ist die Strafe.*

11 b) Entsprechend der Lokalisierung von Normbruch und Strafe auf der Ebene der Bedeutung, nicht der äußeren Verhaltensfolgen, darf als Aufgabe der Strafe nicht die Vermeidung von Güterverletzungen angesehen werden. Aufgabe ist vielmehr die Bestä-

[10a] Zur Degradierung des Täters (im Anschluß an *Garfinkel* und *Goffmann*) siehe *Weis* Blau-Festschrift S. 405 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

tigung der Normgeltung[11], wobei Geltung mit Anerkennung gleichzusetzen ist. Die Anerkennung kann auch in dem Bewußtsein erfolgen, daß die Norm gebrochen werden wird[12]; die Erwartung (auch diejenige des zukünftigen Täters) geht in diesem Fall darauf, daß auch dann als Grund des Konflikts wiederum der Normbruch des Täters, nicht aber das Normvertrauen des Opfers bestätigt werden wird. Jedenfalls bewirkt die Strafe, daß die Norm faktisch taugliches Orientierungsmuster bleibt[13]. Zusammenfassend: *Aufgabe der Strafe ist die Erhaltung der Norm als Orientierungsmuster für sozialen Kontakt. Inhalt der Strafe ist ein auf Kosten des Normbrechers erfolgender Widerspruch gegen die Desavouierung der Norm.*

D. Die Konflikterledigung ohne Strafe

12 1. Nicht auf jeden (bekanntgewordenen) Normbruch folgt Strafe. So kann auf Strafe verzichtet werden, wenn die Kompetenz des Täters bestritten werden kann, die Norm zu desavouieren (der Täter ist ein Kind oder er ist geisteskrank, jedenfalls unmaßgeblich), oder wenn die Lage, in der er handelt, als eine Sondersituation definiert werden kann (er handelte in Todesnot, ohne dies verantworten zu müssen). Die Systematisierung solcher Möglichkeiten, den Täter von seinem Normbruch zu distanzieren, erfolgt in der Schuldlehre (unten 17/43 ff).

13 2 a) Daneben gibt es weitere Reaktionsmöglichkeiten[14]: Strafe kann durch funktionale Äquivalente ersetzt werden[14a]; mehr noch, der Konfliktfall muß nicht unbedingt

---

11 *Luhmann* Rechtssoziologie Bd. I S. 43; *Neumann* und *Schroth* Theorien S. 105. — Daß nur bei voll — auch zur Schuld — zurechenbaren sozialen Konflikten zu strafen ist, wird im 17. Abschnitt dargelegt; kritisch *Lippold* Rechtslehre S. 308 Fn. 67. — *Kratzsch* wendet ein, der hiesige Ansatz sei „zu schmal angelegt" (GA 1989 S. 49 ff, 53; Verhaltenssteuerung S. 92 ff). Nach seinem Modell sollen Täter und Opfer, Gesetzgeber und Gesetzesanwender Träger einer dynamischen Handlungsorganisation sein; Unrecht sei der schlechte Zustand des Systems, der gute Zustand, auf den die Organisation einzurichten sein soll, sei effektiver Rechtsgüterschutz, die Vermeidung von Zufallsschädigungen eingeschlossen. Unrechtsbekämpfung erfolgt vorrangig durch „Strukturierung des Gefährdungsverhaltens des potentiellen Täters, des Gefahrabwendungsverhaltens des Normsystems sowie der Wechselbeziehungen zwischen beiden" (GA 1989 S. 77). — Der entscheidende Unterschied dieses — in Teilbereichen durchaus erklärungsmächtigen — Ansatzes zum hiesigen Ansatz dürfte darin liegen, daß *Kratzsch* über der naturalistischen Seite der Handlung ihre kommunikative Seite vernachlässigt (deutlich etwa bei der Bestimmung des Versuchs, Verhaltensorganisation S. 436 ff, 444 ff) und deshalb den per Strafrecht zu erledigenden Bereich sozialer Konflikte überschätzt.

12 *Luhmann* Rechtssoziologie Bd. I S. 106; siehe schon *M. Weber* Wirtschaft und Gesellschaft, Erster Teil Kapitel I § 5, 3, Zweiter Teil Kapitel I § 1, 3. Absatz.

13 *Müller-Dietz* GA 1983 S. 481 ff, 485 ff weist zutreffend darauf hin, daß die Deutung, es gehe um die Erhaltung der Norm als Orientierungsmuster, bereits im 19. Jahrhundert bei der Lehre vom „intellektuellen Verbrechensschaden", den es auszugleichen gelte, zu finden ist. — Die der Strafe zum Teil zugesprochene Wirkung (Funktion?) einer Stärkung der Gruppensolidarität („säkularisierte Form mystischer Vereinigung", *Garfinkel* in: Abweichendes Verhalten Bd. III S. 31 ff, 33) ist zweifelhaft, was eine Solidarität über das Niveau hinaus angeht, das vor dem Normbruch vorhanden war. Nachweise bei *Neumann* und *Schroth* Theorien S. 103 ff; *Herzog* Prävention S. 125 ff. — Zu *Durkheims* Festlegung der kollektiven Gefühle eingehend *Gephart*, Strafe S. 120 ff.

14 Der Ersatz der Strafe wird teilweise als sogenannte Entkriminalisierung (oder Entpoenalisierung) gefeiert und kann auch eine solche sein. Freilich wird dabei meist übersehen, daß die Wahl anderer als strafender Wege zur Erledigung von Kriminalität nicht nur den Täter von Strafe entlastet, sondern auch dazu führen kann, daß dann eben die neuen Wege *alles* darüber zu Erledigende stigmatisieren. Eingehend zur Entkriminalisierung *Vogler* ZStW 90 S. 132 ff; *Kaiser* Klug-Festschrift S. 580 ff; *Walter* Universität zu Köln-Festschrift S. 557 ff; *Brandt* Bedeutung S. 169 ff, jeweils mit Nachweisen.

14a *Jakobs* Schuld und Prävention S. 33; *Schünemann* Generalprävention S. 9. — Es geht bei der Theorie der positiven Generalprävention also nicht darum, jedenfalls Strafe und nicht eine andere Reaktion für angebracht zu erklären (das mißverstehen *Schünemann* in: Grundfragen S. 153 ff, 181 und *Baratta* KrimJ 1984 S. 132 ff, 140 ff).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

abgewartet werden: Auch Konflikt*vermeidung* macht Strafe überflüssig. Aber vor dem Eintritt — jedenfalls zur Zeit noch — utopischer Ordnungen entstehen auch für die funktionalen Äquivalente der Strafe sowie für Konfliktvermeidungen Kosten (im Sinne irgendwelcher Einbußen), die verteilt werden müssen (siehe zur Subsidiarität der Strafe unten 2/26 ff).

Jede zwangsweise erfolgende, nachteilige Reaktion hat informelle Konsequenzen: Wer sich solche Kosten auflädt, demonstriert seine Unfähigkeit zur Selbstverwaltung, beweist also mangelnde Kompetenz. Alle erzwungenen Erledigungsvarianten gefährden also den Status des Täters.

Beispielhafte Erledigungsmöglichkeiten[14b] sind:

13a b aa) Der Konflikt läßt sich dem Opfer zuschieben, etwa wenn das Opfer darauf verwiesen werden kann, daß es selbst an der aggressiven Gestaltung der Situation mitgewirkt hat (bei der Notwehrüberschreitung nach § 33 StGB; bei der Notwehrprovokation; bei der Strafmilderung nach dem benannten Teil von § 213 StGB; bei der Retorsion nach den §§ 199, 233 StGB[14c]).

bb) Man kann die enttäuschte Erwartung preisgeben, und zwar nicht aus Einsicht in ihren Mangel an Berechtigung, sondern wegen der faktischen Unmöglichkeit, sie zu stabilisieren. Beispiele bilden die Zurücknahme des sogenannten Demonstrationsstrafrechts durch das dritte Strafrechtsreformgesetz[14d], zahlreiche Fälle von vorgeblich nach § 218 a Absatz 2 Nr. 3 StGB indizierten Schwangerschaftsabbrüchen sowie Bereiche faktischer Nicht-Verfolgung bei Eigentumsdelikten (etwa Fahrraddiebstahl). Soweit nicht — wie im letzteren Fall — kognitive (Delinquenz praktisch erschwerende) Sicherungen möglich sind (Selbstschutz), bedroht die Preisgabe, da sie wiederholbar ist, die Verläßlichkeit der Orientierung.

cc) Man kann von dem Konflikt erfahren, sich aber so verhalten, als hätte man ihn nicht zur Kenntnis genommen[14e]. Auch diese Verweigerung ist eine Reaktion. Wiederum erfolgt die Erledigung unter Bedrohung der allgemeinen Orientierung, da die Welt nur noch selektiv verarbeitet wird. Im Bereich informeller Normen ist das großzügige Übersehen eines Fehlers geläufig. Bei den strafrechtlichen Normen liegen die Beispiele meist im Bereich bagatellhafter Verstöße. Gewichtiger war die Delinquenz in den Universitäten zur Zeit der Studentenunruhen ab 1968: Massenhafte Nötigungen und Beleidigungen, aber auch Freiheitsberaubungen und Körperverletzungen sind nicht registriert worden, weil befürchtet wurde, schon die Registrierung werde wie eine Provokation zu weiteren Taten wirken.

13b dd) Optimaler privater kognitiver Schutz gegen Delinquenz ist kostenintensiv: Entweder muß das geschützte Gut aus dem Verkehr gezogen werden, womit es in der Regel seine Funktion verliert (vergrabenes Geld bringt keine Zinsen), oder es bedarf kontrollierender Zuwendung (wer kann sich schon einen Revisor oder einen Leibwächter leisten?). Der erklärungsmächtigste Topos der Staatstheorie hat zum Inhalt, diese Schwäche des privaten Schutzes beruhe darauf, daß die Schutzaufgabe dem Staat

---

[14b] Zu den Strategien, die dem einzelnen Opfer zur Verfügung stehen, siehe *Hanak* KrimJ 1984 S. 161 ff, 166 ff mit Nachweisen.

[14c] Dazu *Kiehl* Toleranz S. 898 ff und passim; *Neumann* in: Strafrechtspolitik S. 225 ff, 227 ff.

[14d] Vom 20. 5. 1970 BGBl. I S. 505; dazu *LK-v. Bubnoff* Rdn. 1 ff vor § 125 mit Nachweisen.

[14e] Alle Delinquenz wird praktisch nur selektiv strafrechtlich verfolgt. Ob die Selektion, die ein Dunkelfeld beläßt, nur aus den — zumal im Rechtsstaat — beschränkten Verfolgungsmöglichkeiten resultiert oder aber die latente Funktion hat, Ubiquität von Delinquenz zu verschleiern, ist streitig; grundlegend zur Funktion des Dunkelfelds *Popitz* Präventivwirkung S. 20 und passim; zu den strafrechtlichen Konsequenzen aus diesem Ansatz *Lüderssen* Strafrecht S. 20 ff; kritisch *Schünemann* in: Durchsetzung S. 39 ff, 46 ff mit weiteren Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

übertragen worden sei *(Hobbes);* nimmt der Staat freilich seine Aufgabe optimal wahr, zerstört er diejenigen Systeme (die Einzelnen), die er vor Zerstörung schützen soll (er wird zum totalen Staat). —

Diese Einwendungen gegen den optimalen privaten wie öffentlichen Schutz sind kein Grund, sub-optimalen Schutz zur Konfliktvermeidung nicht erst zu versuchen. Deshalb sind nicht nur Leichtsinn des Opfers oder Fehlen angebrachter polizeilicher Kontrolle Gründe zur Milderung der Strafe, sondern insbesondere sind Maßregeln der Besserung und Sicherung legitim, solange sie verhältnismäßig limitiert werden.

Aller kognitiver Schutz wird, wenn er nicht eine vorübergehende Angelegenheit bleibt, normativ flankiert (er wird zur Pflicht): Dieses Abfärben der geschichtsmächtigen Ist-Gestalt der Gesellschaft auf ihre Soll-Gestalt heißt die normative Kraft des Faktischen.

13c ee) Zahlreiche weitere nicht-strafende Reaktionen schillern wie einige vorgehend genannten zwischen kognitiven und normativen Erwartenssicherungen.

α) Das gilt für die sichernde oder erziehende Beeinflussung von Delinquenz durch Maßregeln (unten 1/53 ff). Maßregeln folgen auf die Feststellung eines Verhaltensfehlers beim Täter; sie enthalten die Ankündigung einer schärferen Mißbilligung in dem Sinn, daß Personen ohne Zurechnungsdefizit ein solches fehlerhaftes Verhalten als schuldhaft zugerechnet werden wird.

β) Bei der öffentlichen Mißbilligung unter Androhung der Intensivierung dieser Mißbilligung auf Kosten des Täters (Strafaussetzung, § 56 StGB; Verwarnung mit Strafvorbehalt, § 59 StGB) handelt es sich um eine partiell kognitive Erledigung (zukünftiges Wohlverhalten soll durch die konkretisierte Strafdrohung erzwungen werden) neben einer partiellen normativen (immerhin erfolgt eine öffentliche Verurteilung). Noch stärker strafähnlich ist die Einstellung nach § 153 a StPO ausgestaltet.

γ) Zivilrechtliche Reaktionen nach einem strafrechtlichen Schuldspruch wiederholen die Mißbilligung; sie können auch anstelle eines Schuldspruchs erfolgen. Insbesondere eine Schadensersatzleistung als Beseitigung von Deliktsfolgen (und stärker noch ein Schmerzensgeld[14f]) bestätigt die Geltung der übertretenen Norm. Zudem dürften die Kosten in der Regel auf den Pflichtigen abschreckend wirken.

Die dem Schadensersatz auch zugeschriebene Eigenschaft, eine Anerkennung des Opfers zu bewirken, mag sich im Einzelfall verwirklichen; dieser Erfolg ist aber jedenfalls nicht erzwingbar. — Die Bedeutung des Normübertritts hängt von der zu ersetzenden Schadenshöhe nicht ab (die Höhe ist beim folgenlosen Mordversuch gleich Null und kann bei nicht einmal strafrechtlich sanktionierten Normen — etwa bei dem Verbot fahrlässiger Sachbeschädigung — existenzvernichtende Höhen erreichen). Trotzdem mag im Einzelfall die Ersatzpflicht als Deliktsfolge hinreichen; zudem mag bei manchen Delikten ein Vorrang der Ersatzpflicht vor der Strafe dem Opfer gegenüber angebracht sein[14g]. Für weitere kommt ein — den zivilrechtlichen Rahmen übersteigender — umfassender Täter-Opfer-Ausgleich in Betracht[14h].

δ) Das Jugendstrafrecht kennt zwei ahndende Reaktionen: die Jugendstrafe und die Gruppe der Zuchtmittel. Daneben stehen die nicht ahndenden (und auch nicht „wegen"

[14f] Dazu *Arzt* Intimsphäre S. 311 ff.

[14g] Aus der Literatur: grundlegend *Frehsee* Schadenswiedergutmachung passim mit umfassenden Nachweisen; zu den präventiven Wirkungen siehe *Roxin* in: Wiedergutmachung S. 37 ff; ferner *Sessar* Leferenz-Festschrift S. 145 ff; *Seelmann* JZ 1989 S. 670 ff, 672 f; de lege ferenda *Lüderssen* Krise S. 60 ff und passim (Kompensation und Resozialisierung als einzig legitime Reaktionen auf Kriminalität); zur prozessualen Seite siehe *Weigend* NJW 1987 S. 1170 ff, 1176.

[14h] Siehe die Vorschläge bei *Rössner* und *Wulf* Strafrechtspflege, passim; *Kaiser* Kriminologie § 74.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

sondern nur „aus Anlaß" der Tat verhängten) Reaktionen der Gruppe der Erziehungsmaßregeln (§ 5 Abs. 1 und 2 JGG). Solange es eine besondere Behandlung der Nicht-Erwachsenen gibt, in neuerer Zeit freilich verstärkt und offen, gibt es Versuche, zur Entwicklung „alternativer, nämlich informeller Verfahrensformen und Reaktionsweisen, die in Abkehr von dem in StPO und JGG vorgesehenen ‚normalen' Strafverfahren eine schnellere Reaktion auf kleinere und mittlere Straftaten und Jugendverfehlungen ohne stigmatisierende Wirkung gestatten"[14i] (Umleitung vor der strafrechtlichen Erledigung: Diversion[14j]). Das Spektrum reicht von der Untätigkeit der Polizei in Bagatellfällen (diversion to nothing) bis zu intensiv erziehenden Programmen.

ε) Selbst die poena naturalis, „dadurch das Laster sich selbst bestraft"[14k], hat den Effekt einer Mißbilligung: Es geht nicht um die Konsequenz irgendeinen Verhaltens (das wäre schlicht Unglück), sondern eines speziell falschen Verhaltens. Wer einen Schaden als poena naturalis definiert, mißbilligt den Schadensgrund. — Zur Gefahr einer poena naturalis bei Fahrlässigkeit siehe unten 8/5.

ζ) Das Gegenteil der poena naturalis ist der Verbrechensgewinn. Seine „Abschöpfung" ist deshalb eine strafende Reaktion[14l].

E. Ergebnis

14 1. In den Kategorien der üblicherweise als Straftheorien bezeichneten Problembereiche heißt das: Der Widerspruch gegen den Normbruch durch Strafe erfolgt nicht um seiner selbst willen, sondern weil auf garantierte Orientierungen im sozialen Leben nicht verzichtet werden kann. Die Strafe hat also eine Aufgabe, die sich letztlich auf genau dem Niveau auswirken soll, auf dem gesellschaftliche Interaktion stattfindet, und sich nicht darin erschöpft, etwas zu bedeuten: Strafe soll die Bedingungen solcher Interaktion schützen und hat deshalb eine *präventive* Aufgabe.

15 2. Der Schutz erfolgt durch Bestätigung der auf Normen Vertrauenden in ihrem Vertrauen. Die Bestätigung hat nicht zum Inhalt, nachfolgend werde niemand mehr Normen brechen, da die Strafe potentielle Delinquenten abschrecken werde, noch weniger geht es um irgendwelche Prognosen speziell zum künftigen Verhalten des Täters. Adressaten der Strafe sind primär überhaupt nicht einige Menschen als potentielle Täter, sondern alle Menschen, da alle ohne soziale Interaktionen nicht auskommen können und da deshalb alle Menschen wissen müssen, was sie dabei erwarten können. Insoweit erfolgt Strafe zur *Einübung in Normvertrauen.* Zudem belastet die Strafe das normbrechende Verhalten mit Kostenfolgen und erhöht deshalb die Chance, daß dieses Verhalten allgemein als nicht diskutable Verhaltensalternative gelernt wird. Insoweit erfolgt Strafe zur *Einübung in Rechtstreue.* Zumindest aber wird durch die Strafe der Konnex von Verhalten und Kostentragungspflicht gelernt, mag auch die Norm trotz des Gelernten übertreten werden; insoweit geht es um *Einübung in die*

14i *Schaffstein* Jescheck-Festschrift S. 937 ff, 938.

14j Aus der Literatur *Blau* Jura 1987 S. 25 ff (anschaulich!); *ders.* und *Franke* ZStW 96 S. 485 ff; *Herrmann* ZStW 96 S. 454 ff; *Schaffstein* Jescheck-Festschrift S. 937 ff; *Walter* ZStW 95 S. 32 ff; *Kuhlen* Diversion, passim; — Diversion wird gleichermaßen als Aufweichung der Rechtsform wie als Ausweitung staatlich kontrollierten Zugriffs (dazu die Beiträge bei *Kerner* Diversion, passim; *Albrecht* Jugendstrafrecht § 5 II) kritisiert.

14k *Kant* Metaphysik der Sitten Erster Theil, 2. Auflage, Königsberg 1798, II. Teil, 1. Abschnitt, Allgemeine Anmerkung E, mit dem nicht zu akzeptierenden Zusatz, der Gesetzgeber nehme darauf „gar nicht Rücksicht".

14l Siehe *Kaiser* Tröndle-Festschrift S. 685 ff; zum deutschen und ausländischen Recht eingehend *Meyer* u. a. m.: Gewinnabschöpfung, passim, jeweils mit Nachweisen; *Herzog* KJ 1987 S. 321 ff; zum österreichischen Recht *Schmoller* ÖJZ 1990 S. 257 ff, 300 ff; zur „Vermögensstrafe" siehe *Meyer* ZRP 1990 S. 85 ff, 87 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Akzeptation der Konsequenzen. — Die drei genannten Effekte lassen sich als Einübung in Normanerkennung zusammenfassen. Da diese Einübung bei jedermann erfolgen soll, handelt es sich bei dem beschriebenen Modell der Aufgabe staatlichen Strafens um *Generalprävention durch Einübung in Normanerkennung*[15] (sogenannte positive oder allgemeine — d. h. nicht nur abschreckende — Generalprävention[16]).

16 3. Sekundär mag die Strafe den Bestraften oder dritte Personen so beeindrucken, daß diese von künftigen Taten ablassen. Solche nicht über Normanerkennung, sondern über Furcht vermittelten Effekte sind Beigaben der Strafe, die erwünscht sein mögen; es ist aber nicht die Aufgabe der Strafe, diese Effekte hervorzurufen. Es wird freilich noch darzulegen sein, daß ein Mindestmaß an kognitiver Untermauerung der Normen zur Stabilisierung ihrer Geltung unabdingbar ist (siehe unten zu den Maßregeln 1/56).

---

15 *Jakobs* Schuld und Prävention S. 10 f, 32 f, freilich allein auf Einübung in Rechtstreue abstellend und unter Vernachlässigung der vertrauensbildenden und Akzeptation der Konsequenzen ermöglichenden Wirkung. — *Hassemer* verweist zutreffend auf die Nähe zu *Welzels* (Strafrecht § 1 I S. 4) Lehre vom strafrechtlichen „Schutz der elementaren sozialethischen Gesinnungs-(Handlungs-)werte", *AK-Hassemer* Rdn. 253 f, 429 vor § 1. Er wirft der hiesigen Position freilich vor, ihr müsse „die rechtsstaatlich begründete Beschränkung strafrechtlicher Veranstaltungen zur Einübung in Normanerkennung . . . von außen angestückt werden" (aaO Rdn. 254; siehe auch *ders.* Einführung S. 286 f). Daran ist richtig, daß diese Beschränkung nicht im Begriff der Strafe steckt, sondern in der konkreten Gestalt derjenigen Gesellschaft, von der Strafrecht ein Teil ist.

16 Ähnliche Konzepte bei *Noll* H. Mayer-Festschrift S. 219 ff (mit Ausführungen zur Einfärbung der Schuld durch Generalprävention S. 220 ff); *ders.* AT § 5 Abschnitte 4 und 5; *Hassemer* in: Hauptprobleme S. 29 ff, 51 ff; *ders.* in: Fortschritte S. 39 ff, 57 ff (auch *ders.* JuS 1987 S. 257 ff); *AK-Hassemer* Rdn. 429 ff vor § 1; *Lüderssen* in: Hauptprobleme S. 54 ff (mit einer Limitierung der Generalprävention durch den Vorrang von Spezialprävention S. 80); *Schünemann* GA 1986 S. 293 ff, 305 mit weiteren Nachweisen; eingehend *Moos* Pallin-Festschrift S. 283 ff, 300 ff. Darstellung der einzelnen Modelle bei *Neumann* und *Schroth* Theorien S. 33 ff; *Schumann* Generalprävention S. 2 ff und S. 14 ff, dort S. 26 ff auch zu den Möglichkeiten empirischer Sicherung der Theorien (dazu auch unten in dieser Fn.); *Schumann* weist zutreffend darauf hin, daß Modelle der hiesigen Art simplifizieren (S. 50). — Das Ergebnis berührt sich mit der Deutung von *Schmidhäuser* AT 3/16 (die hiesige Normanerkennung entspricht *Schmidhäusers* Vermeidung des *offenen* Rechtsbruchs); *ders.* Sinn S. 48 ff, 52; *ders.* Studienbuch S. 2/15 ff. — Weitreichende Übereinstimmung besteht auch mit einigen tiefenpsychologischen Deutungen des staatlichen Strafens als „latent wirksamer Sozialisationsfaktor" oder „kollektive Erziehung durch Strafandrohung" (*Haffke* Tiefenpsychologie S. 80, 167) oder „Stützung der im Über-Ich verankerten Wertordnung" (*Streng* ZStW 92 S. 637 ff, 674 und passim; *ders.* ZStW 101 S. 273 ff). Die Verbindlichkeit der bei diesen tiefenpsychologischen Deutungen vorausgesetzten Gesetzmäßigkeiten muß für das hier entwickelte Modell nicht notwendig akzeptiert werden. Siehe auch *Engelhardt* Psychoanalyse S. 212 ff; *Baratta* KrimJ 1984 S. 132 ff, 136 f; *Giehring* KrimJ 1987 S. 2 ff; *Böllinger* KrimJ 1987 S. 32 ff; *Streng* KrimJ 1987 S. 48 ff. — Ältere Ansätze: *Nowakowski* Rittler-Festschrift S. 55 f, 64 ff; *H. Mayer* Studienbuch § 3 I 2. — Zum Verhältnis der positiven Generalprävention zum vergeltenden Strafrecht *Arthur Kaufmann* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 425 ff, 429 f. — Prinzipielle Einwendungen bei *Köhler* Zusammenhang, passim; dazu unten 1/Fn. 24; kritisch ferner *Maiwald* Lackner-Festschrift S. 149 ff, 155 ff; *Calliess* Zeitschrift für Evangelische Ethik 33 (1989) S. 109 ff, 112 ff; *ders.* NJW 1989 S. 1338 ff, 1339 f. — Zur Integrationsprävention als Verteidigung der Rechtsordnung im Bereich der Strafzumessung siehe *Müller-Dietz* Jescheck-Festschrift S. 813 ff, 817 ff; *Maiwald* GA 1983 S. 49 ff, 62 ff mit umfassenden Nachweisen. — Zu den empirischen Grundlagen *Schöch* Jescheck-Festschrift S. 1081 ff mit folgenden Resultaten (S. 1102, 1104): „Für den Bevölkerungsdurchschnitt liegt die Begehung von Straftaten wegen der hohen moralischen Verbindlichkeit von Strafrechtsnormen so fern, daß selbst bei minimalem Entdekkungsrisiko oder bei mildester Strafzumessungspraxis keine verbreitete Neigung zu Deliktsbegehung besteht. . . . Jede Strafe, welche den Normbruch überhaupt deutlich macht und nicht verharmlost, ist geeignet, die generalpräventive Aufgabe des Strafrechts zu erfüllen". Über besondere Deliktsgruppen oder besondere Tätergruppen soll damit nicht befunden sein. Zur kriminologischen Plausibilität der Wirkungsannahmen zur Integrationsprävention siehe auch *Dölling* ZStW 102 S. 1 ff, 14 ff. — Eingehende Nachweise zum Verhältnis von Schuld und positiver Generalprävention unten 17/Fn. 45.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

III. Die absoluten Theorien

A. Die Vergeltungstheorien

17 1. Die Inhalte der Straftheorien[17] werden verbreitet auf zwei Formeln reduziert: Punitur, quia peccatum est (absolute Theorie) und punitur, ne peccetur (relative Theorie)[18]. Mit diesem Inhalt lassen sich freilich die Theorien der neueren Zeit überwiegend nicht mehr gegenüberstellen[18a]. Für die Gegenwart kann sogar als ausgemacht gelten, daß nur zur Erhaltung der gesellschaftlichen Ordnung gestraft wird, so daß sich alle Theorien im „ne peccetur" treffen, genauer: im Interesse an Normstabilisierung. Der Streit geht nur noch darum, ob und in welchem Maß die Strafe nach dieser Aufgabe zu bestimmen ist oder aber einen von der Aufgabe unabhängigen Inhalt hat. Demgemäß wird hier wie folgt differenziert: Als absolut werden an einer Straftheorie alle Elemente bezeichnet, deren Inhalt sich ohne Blick auf den Beitrag der Strafe zum Erhalt der sozialen Ordnung allein aus dem Umstand ergibt, daß eine Norm gebrochen wurde; das können neben dem Ob der Strafe auch deren Maß oder Höchstmaß sein. Relativ sind demgemäß diejenigen Elemente von Straftheorien, deren Inhalt durch die Aufgabe der Strafe für die soziale Ordnung vermittelt wird.

18 2. Nach dem zuvor dargestellten Modell positiver Generalprävention soll die Strafe Erwartenssicherheit bei sozialen Kontakten garantieren und damit Gesellschaft ermöglichen. Eine Rechtfertigung, so zu verfahren, gibt das Modell nicht; es setzt vielmehr voraus, daß die gesellschaftliche Ordnung die Kosten wert ist, die dem Normbrecher auferlegt werden[19]. Dagegen werden zwei Einwände erhoben: Zum einen soll das, was zu garantieren ist, nicht der reale gesellschaftliche Bestand sein, sondern die Gerechtigkeit; zum anderen soll die Garantie nicht so erfolgen dürfen, daß der Täter als Mittel zur Beförderung des Wohls der anderen Menschen benutzt wird. Das Gewicht beider Einwände ist schwer zu beurteilen, weil die Beförderung von Gerechtigkeit als Selbstzweck im strafrechtlichen Schrifttum heute nicht mehr vertreten wird und auch historisch nur vereinzelt vertreten worden ist. Wenn aber in der Hauptsache außer Streit steht, daß Strafrecht der Erhaltung erhaltenswerter (!) gesellschaftlicher Ordnung dienen soll, geht es nicht mehr um eine absolute Legitimation von Strafe, sondern nur noch um die absolute Begrenzung relativ legitimierter Strafe oder um die relative Untermauerung einer als unzureichend empfundenen absoluten Legitimation[19a]. So ist selbst das bekannteste Prinzip vergeltenden Strafens, das Talionsprinzip — d. h. das Prinzip der Vergeltung einer (Übel-)Tat mit Gleichem —, zumindest auch eine Strafbe-

---

17 Zur Geschichte der Straftheorien siehe *v. Hippel* Strafrecht Bd. I §§ 21 ff; *Nagler* Strafe S. 120 ff; *Müller* Begriff S. 64 ff.

18 Die Formeln gehen auf *Protagoras* zurück; ihre heutige Gestalt verdanken sie *Grotius,* der wiederum an eine Sentenz *Senecas* anknüpft: „Nam, ut Plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur". Siehe *v. Hippel* Strafrecht Bd. I § 21 III 1; *Menzel* Österreichische Zeitschrift für Strafrecht 1910 S. 389 ff, 398.

18a *E. A. Wolff* ZStW 97 S. 787 ff, 788. — *Wolff* selbst entwirft gegen finale (zweckorientierte) Straftheorien einen Strafbegriff, in dem „die Beteiligten ... sich in ihrer finalen Gebundenheit"(!) aufnehmen und ihre Verhältnisse so ordnen, „daß gleichbedeutsame Selbstbestimmung Dasein haben kann". Konsequenz: „Um der Gerechtigkeit willen' und ‚um allgemeiner äußerer Selbstbestimmung (äußerer Freiheit) willen' sind ein und dasselbe." (S. 826). — Es ist allerdings unklar, wie nach diesem Verständnis mehr als bloß die Mißbilligung des Verhaltens, der Schuldspruch, erklärt werden soll, nämlich auch die Strafe, die Übelszufügung.

19 *Schmidhäuser* AT 3/18 f; *ders.* Studienbuch 2/23.

19a Absolut gerechte Strafe als sozial nützlich; siehe dazu treffend *Hassemer* in: Fortschritte S. 39 ff, 50 f. — Eine Wendung ins Psychologisierende (Vergeltung als elementares Bedürfnis) bringt *Ebert* in: Geisteswissenschaften S. 35 ff, 49 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

grenzung: Das Prinzip „Auge um Auge, Zahn um Zahn, Hand um Hand, Fuß um Fuß" etc.[20] limitiert die Rache auf das Maß des Güterverlustes, den die Tat bewirkt hat.

19 3 a) Historisch wirkungsmächtig war die Gestalt, die *Kant* und *Hegel* der vergeltenden Strafe gegeben haben. Nach *Kant* ist der Inhalt der Strafe[21] Talion („Hat er aber gemordet, so muß er sterben"). Die Aufgabe der Strafe besteht in der Durchsetzung von Gerechtigkeit. Letzteres begründet *Kant* wie folgt[22]: Zum einen *darf* Strafe immer nur gegen den Täter verhängt werden, „weil er verbrochen hat"; denn ansonsten, bei Verfolgung von General- oder Spezialprävention, wird „der Mensch . . . bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt". Zum anderen *muß* auch Gerechtigkeit verwirklicht werden[23]. „Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ"; denn geht „die Gerechtigkeit unter . . ., so hat es keinen Wert mehr, daß Menschen auf Erden leben". Zur Verdeutlichung des Kategorischen bringt *Kant* das Beispiel einer einverständlichen Gesellschaftsauflösung: Auch dann müsse „der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden"; ansonsten sei das Volk „Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit".

20 b) Was die Vermengung des Täters unter die Gegenstände des Sachenrechts angeht, so kann und soll diese bei der hier vertretenen Präventionstheorie nicht kaschiert werden, wenn auch, wie bei der Darstellung der Schuld noch zu zeigen sein wird, Strafe nach dieser Theorie die Anerkennung des Täters als gleichartig voraussetzt (unten 17/48). Strafe kann überhaupt nur durch den Wert der Ordnung legitimiert werden, für deren Erhalt gestraft wird[24]. Die absolute Theorie erspart dieses Legitimationspro-

---

20 2. Buch Moses 21, Vers 24; dazu *Preiser* Eb. Schmidt-Festschrift S. 7 ff, 27 ff mit Nachweisen; zur Talion im mittelalterlichen Rechtsdenken siehe *Eb. Schmidt* Geschichte S. 52 f; Bezüge zur Sanktionspraxis der Gegenwart bei *Ebert* Lackner-Festschrift S. 399 ff, 417 ff.

21 Zum Wandel der Lehre *Kants* siehe *Welzel* Strafrecht § 32 II 1 a. — Nach *Naucke* Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1964 S. 203 ff, 205 ff, *H. Mayer* Engisch-Festschrift S. 54 ff, 62, *Höffe* Rechtsprinzipien S. 223 sollen die Ausführungen *Kants* nur auf Kriminalrecht im engeren Sinne (schwere Kriminalität), nicht auf Polizeirecht (leichte Kriminalität) zu beziehen sein. Das ist im Blick auf *Kants* Beispiele — etwa Beleidigungsfälle — zumindest zweifelhaft. — Zur Wendung *Kants* gegen den positivistisch-verwaltenden Staat einerseits wie gegen den Tugend erzwingenden Staat andererseits *Bielefeldt* GA 1990 S. 108 ff, 110 ff.

22 Alle Zitate aus der Metaphysik der Sitten, Erster Theil, 2. Auflage, Königsberg 1798, II. Teil, 1. Abschnitt, Allgemeine Anmerkung, E.

23 Nach *H. Mayer* Engisch-Festschrift S. 54 ff, 69 ff, 73 soll *Kant* keine Begründung für die Verhängung von Strafe, sondern nur für deren Maß liefern wollen; — das ist mit *Kants* Ausführungen zur Kategorik des Strafens nicht recht verträglich. Allerdings kennt *Kant* (aaO Anhang, 5. Zusatz zur Erörterung des Begriffs des Strafrechts, Fn.) auch eine Strafpragmatik nach Klugheitsregeln; siehe dazu *Schild* ARSP 1984 S. 71 ff, 76 ff, 85.

24 Insoweit zutreffend *Klug* in: Programm S. 36 ff, 40. — Die gegen das hiesige Konzept erhobenen Vorwürfe einer „konservativen Position" (*Baratta* KrimJ 1984 S. 132 ff, 143) oder „Klassenjustiz" (*Smaus* Zeitschrift für Rechtssoziologie 1985 S. 90 ff, 100) treffen also zu, wenn die gegenwärtige gesellschaftliche Ordnung mit den zitierten Begriffen adäquat beschrieben sein sollte. Auch die (vorwurfsvolle) Feststellung von *Zaczyk* (Unrecht S. 34), selbst „die schlechte, wertlose Ordnung" könne „danach für sich in Anspruch nehmen, Rechtsordnung zu sein" (zu ergänzen ist, wenn sie funktioniert), ist richtig (ähnlich wie *Zaczyk AK-Schild* §§ 20, 21 Rdn. 73). — *Zaczyk* selbst bestimmt in Anlehnung an *Kant* und *Fichte* ein durch praktisch-richtiges Verhalten konstituiertes Anerkennungsverhältnis zwischen den Einzelnen als Basis jeder (legitimen) Rechtsordnung (S. 126 ff). — *Köhler* versucht — durchaus in der Nachfolge von *Kant* und *Hegel* — eine absolute Strafbestimmung verbunden mit einer absoluten Bestimmung der Straftat. Diese ist „Selbstwiderspruch vor dem Forum der praktischen Vernunft" und ihre Maxime kann „eigentlich nicht konsequent allgemeingültig gewollt sein" (Begriff S. 31; Zusammenhang S. 33). Im Bereich des Rechts heißt das: Der Verbrecher negiert die Freiheit des anderen und „darin substantiell seine autonome Zweckhaftigkeit, eben durch die Selbstnegation des Handlungssubjekts als autonom Anerkennenden" (Begriff S. 49). Strafe ist zwar insoweit heteronom, als der Täter „in seiner konkreten Ver-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

blem nicht; denn auch die Strafe am Täter, „weil er verbrochen hat", ist nur gerecht, wenn das Verbrechen legitim definiert ist. Zu dieser Definition aber leistet die absolute Theorie nichts[25]. Die Richtigkeit der Definition setzt *Kant* bei der Darlegung, das Strafgesetz sei „ein kategorischer Imperativ"[26a], vielmehr voraus. Gelänge die Lösung des Legitimationsproblems absolut, d. h. für Normen, die nicht durch eine konkrete gesellschaftliche Situation vermittelt werden, so verlören diese Normen bei der von *Kant* beispielhaft angeführten Auflösung der Gesellschaft schon per Definition nichts von ihrer Legitimation, so daß das extrem Kategorische der absoluten Theorie auch für jede relative Theorie unumgänglich wäre: Die nach der Gesellschaftsauflösung wie zuvor notwendige Norm[26] müßte auch nach wie vor stabilisiert werden[27].

4. Bei *Hegel*[28] erhält die absolute Theorie eine Gestalt, deren Differenz zur hier **21**
vertretenen positiven Generalprävention gering ist. *Hegels* Bezugssystem bei der Begründung von Strafe ist der Begriff des Rechts, das hiesige Bezugssystem bilden die Bestandsbedingungen der Gesellschaft. Ansonsten besteht folgende Übereinstimmung: *Hegel* deutet die Straftat als „etwas Negatives", scil. als Verletzung des Rechts im Sinn einer Negierung des Rechts. Diese Verletzung erhebt einen Anspruch auf Geltung, aber dem Anspruch begegnet die Strafe als „Verletzung der Verletzung" und somit „Wiederherstellung des Rechts"[29]. Diese Verbindung ist absolut, da Recht notwendig immer auch wirklich durchgesetztes Recht sein muß[30]; nicht die Nützlichkeit der Strafe ergibt

---

nunftmangelhaftigkeit selbst noch befangen" ist (Begriff S. 51), aber „es ist vernunftnotwendig, immanent gut, das Verbrechen ... aufzuheben" (Begriff S. 50), und deshalb ist Strafe „mittelbar durch die Rechtsvernunft des Täters begründet" (Begriff S. 51). Ergebnis: „... was Unrecht, Verbrechen, Strafe in konkreto bedeuten müssen, (bestimmt sich) gültig letztendlich im autonomen Vernunftschluß, d. h. eines praktischen Für-sich-allgemeingültig-Wissens des der konkreten Rechtsbeziehung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses" (Begriff S. 63). — So vernünftig das ist, so paßt es doch nur auf ihrerseits vernünftige Rechtsordnungen bei prinzipiell allseitiger Verstehbarkeit der Vernünftigkeit bis ins Detail. Für eine Ordnung, die zumindest *auch* Produkt aus Interessen und Sachzwang, Herkommen, Gewohnheit und anderem mehr ist, läßt sich die Frage der Bestandssicherung, ja selbst der Sicherung einer Möglichkeit des Übergangs zu größerer Vernunft, so nicht beantworten. Den Konzepten von *Zaczyk* und *Köhler* ähnlich ist dasjenige von *AK-Schild* Rdn. 49 ff, 74 ff vor § 13; §§ 20, 21 Rdn. 50 ff mit einer Kritik des hiesigen Konzepts Rdn. 72 ff. Siehe auch oben 9/Fn. 7 und 17/20 mit Fn. 45 d.

25 *A. A. Naucke* in: Hauptprobleme S. 9 ff, 25 f; siehe auch *Kunz* ZStW 98 S. 823 ff, 828.

26 *Kant* meint im Beispiel nicht einen Verzicht auf *jede* Vergesellschaftung überhaupt, sondern auf eine konkrete Gesellschaft; das Kategorische entspricht dem Legalitätsprinzip, § 152 Abs. 2 StPO. Würde der Mörder freigelassen und käme in die Bundesrepublik Deutschland, so würde er gemäß § 7 Absatz 2 StGB bestraft! — Befremdlich ist freilich *Kants frühere* Bemerkung, in einer von Menschen (nicht von Gott) regierten Welt sei die Sequenz von Tat und Strafe „nur hypothetisch und jene unmittelbare Verknüpfung der Begriffe von Übertretung und Strafwürdigkeit dienen den Regenten nur zur Rechtfertigung, nicht zur Vorschrift ihrer Verfügungen ..." (Brief an Erhard vom 21. 12. 1792).

26a *Höffe* Rechtsprinzipien S. 225 ff.

27 Das verkennen *Klug* in: Programm S. 36 ff, 39 f und wohl auch *Roxin* JuS 1966 S. 377 ff, 383.

28 Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821. — Zum folgenden Text siehe *Flechtheim* Hegels Straftheorie S. 78 ff, 82 ff, 91 ff, 102 ff; *H. Mayer* Engisch-Festschrift S. 54 ff, 74 ff; *Seelmann* JuS 1979 S. 687 ff; *Herzog* Prävention S. 75 ff mit dem Anliegen, die Vermittlung des objektiven Rechts mit der „subjektiven Rücksicht des Verbrechers" (Hegel) für die Gegenwart wieder zu gewinnen (siehe S. 135); *Köhler* Lackner-Festschrift S. 11 ff, 30 ff, eindringlich darauf beharrend, daß Verbrechen nur ein „Selbstwiderspruch" in einem wirklich „vorgängig selbstschlüssig bezogenen Recht-Pflicht-Verhältnis" sein könne. — Zur Entwicklung bei *Hegel* selbst siehe *Primoratz* Geist S. 15 ff. — Inwieweit *Hegel* schon beim abstrakten Recht eine Straftheorie entwickelt, ist umstritten; kritisch *Schild* ARSP 1984 S. 71 ff, 88 ff; *Landau* Arthur Kaufmann-Festschrift S. 143 ff, 158. Jedenfalls wird ohne Zurechnungslehre (als Teil der Moralität, aaO §§ 105 ff, zur Zeitbedingtheit der Zurechnung siehe § 118 a. E.) und ohne Bezug auf den Staat als strafende Instanz (aaO § 220) nur die Gestalt entwickelt, in der sich Strafe ereignen kann.

29 AaO §§ 99 und 101.

30 AaO § 97.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

hier ein Argument, sondern einzig die Begriff gewordene Idee des Rechts[31]. Da *Hegel* Tat und Strafe nicht als äußere Fakten aufeinander bezieht, sondern als bedeutungshaltige Vorgänge, kommt es — anders als bei *Kant* — nicht mehr auf die Artgleichheit an, sondern auf Gleichheit „nach dem Wert derselben"[32]. Dabei erkennt *Hegel*, daß die erforderliche Strafe der „ihrer selbst sicher gewordene(n) Macht der Gesellschaft" korreliert, d. h. das Strafmaß kann in konsolidierten Gesellschaften sinken, da dort „die Gefährlichkeit der Handlung für die Gesellschaft" geringer ist[33]. „Ein Strafkodex gehört darum vornehmlich seiner Zeit und dem Zustand der bürgerlichen Gesellschaft in ihr an"[34]. Bei *Hegel* ist also die Strafe zwar dem Begriff nach absolut, aber in ihrer konkreten Ausgestaltung relativ zum jeweiligen Stand der Gesellschaft.

22 5 a) Bei den neueren absoluten Theorien[35] einschließlich der Vereinigungstheorien steht die Strafe überhaupt unter dem Vorbehalt der gesellschaftlichen Notwendigkeit. Das entspricht auch der hier vertretenen Position; wenn es für *Hegels* „Verletzung der Verletzung" funktionale Äquivalente gibt, ist Strafe nicht erforderlich. Dieser Weg führt zu präventiven Modellen. Aber nach den neueren absoluten Theorien und den Vereinigungstheorien soll eine von den gesellschaftlichen Erfordernissen unabhängige, also absolute Bestimmung der Strafe insoweit zu retten sein, als die aus gesellschaftlicher Notwendigkeit verhängte Strafe durch das Maß der schuldangemessenen Strafe *limitiert* werden soll[36]. Die schuldangemessene Strafe wird also als eine absolut meßbare Strafe gedacht, die zwar nicht absolut verhängt werden muß, aber absolut nicht überschritten werden darf.

23 b) Dieses Konzept ist aus mehreren Gründen undurchführbar[37]. Zum einen wäre eine präventive Strafe, limitiert durch eine schuldangemessene Strafe, allenfalls noch zufällig präventiv tauglich, wenn Prävention und Schuld voneinander unabhängige Größen wären; denn gibt man der Prävention nicht, was sie braucht, bleibt sie aus. Beispiel: Mit den Präventionszielen „Erziehung" oder „Abschreckung" kann die Verhängung einer Strafe, die zur Erziehung oder zur Abschreckung zu kurz ist (dafür aber schuldangemessen), nicht begründet werden. Weiterhin kann seit dem endgültigen Abschied von der Talion beim Übergang von *Kant* zu *Hegel* nicht mehr behauptet werden, das Gewicht einer Strafe lasse sich ohne Blick auf die konkrete gesellschaftliche Werterfahrung bestimmen, sei also vom Entwicklungsstand der Gesellschaft unabhängig[38]. Woher die Werterfahrung kommen soll, wenn nicht aus Annahmen über „die Gefährlichkeit der Handlung für die Gesellschaft" *(Hegel)*, ist unerfindlich; mehr noch, jede andere Orientierung führt zu Wertungen, die im Rahmen staatlichen Stra-

---

31 AaO § 99.

32 AaO § 101.

33 AaO § 218; auch Randbemerkung zu § 96.

34 AaO § 218.

35 Schon *Binding* Normen Bd. I S. 430 ff; *Bindings* Relativierung der Strafe als „Bewährung der Rechtsherrlichkeit am Schuldigen nach dem Maße seiner Schuld" (aaO S. 423) auf die Fälle, „wenn dies notwendig ist" (aaO S. 430), wird oft übersehen (siehe die Nachweise bei *Armin Kaufmann* Normentheorie S. 229); — nachfolgend insbesondere *Nagler* Strafe S. 580 ff, 588 und passim mit eingehenden Nachweisen der Literatur bis zum Ende des Ersten Weltkriegs; *Welzel* Strafrecht § 32 I 1 a und 2; *Maurach* AT[4] § 7 I A und B; *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 201 ff, 207 (Vergeltung verbunden mit Sühne). — Die Autoren relativieren teils nur das Ob der Strafe, teils das Ob und das Maß der zur Vergeltung angemessenen Strafe. — Zum Schulenstreit (mit den Protagonisten *v. Liszt* und *Binding*) subtil *Frommel* Präventionsmodelle S. 42 ff; *Westphalen* Binding S. 221 ff; jeweils mit Nachweisen. — Nachweise zu den Vereinigungstheorien siehe unten Fn. 70.

36 Dabei ist streitig, ob die Schuld die Strafe nur limitiert oder auch — im Maß des Erforderlichen — begründet; siehe dazu *Arthur Kaufmann* JZ 1967 S. 553 ff, 555; *Lenckner* Handbuch Bd. I S. 3 ff, 18; *Jakobs* Schuld und Prävention S. 5.

37 Zum folgenden Text siehe *Jakobs* Schuld und Prävention S. 3 ff.

38 Immer noch nicht überholt: *v. Liszt* ZStW 3 S. 1 ff, 24.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

fens keinen legitimen Platz haben. Drittens wird eine nachprüfbare Strafzumessung unmöglich. Für die Obergrenzen der Strafrahmen läßt sich bei dem skizzierten Verständnis nicht mehr ausmachen, ob sie so hoch sind, weil mehr nicht schuldangemessen oder aber weil mehr präventiv überflüssig wäre. Dementsprechend bleibt für jeden einzelnen Zumessensakt ungewiß, welcher Rang der Schuld zukommt und welcher der Prävention.

c) Bei dieser Lage drängt sich die Frage auf, weshalb an einem angeblich zweckfrei **24** gebildeten Schuldbegriff als Maßprinzip hartnäckig festgehalten wird. Es geht um ein Legitmationsproblem (wie bei *Kant* im Verbrechensbegriff ein Legitimationsproblem verborgen ist — was wird legitim als Verbrechen definiert? — und bei *Hegel* im Begriff des Rechts — welches positive Recht genügt dem Begriff?). Gäbe es eine zweckfrei bestimmter Schuld entsprechende Strafe, so wäre die Legitimation von Strafe in doppelter Hinsicht gefördert. Zum einen kann man allenfalls präventiv nutzlos, nicht aber an sich unrichtig strafen, wenn schon vor aller Prävention an sich Strafe verwirkt ist, eben die schuldangemessene Strafe. Zum anderen muß eine Prävention, die durch ein Schuldprinzip um ihre Extremfälle beschnitten ist, auch nicht als eine potentiell extreme, sondern nur als eine gemäßigte Prävention legitimiert werden; die Begrenzung durch Schuld erspart also entweder die Legitimation für das unverstümmelte präventive Konzept oder erspart eine *offen* erfolgende Begrenzung der Prävention durch den Vorrang anderer Ziele (Verbrechensprophylaxe ist nicht das höchste Ziel). — Die präventiven Inhalte von Schuld werden unten (Abschnitte 17 bis 20) ausführlich erörtert.

B. Die Sühnetheorie

Sühne als Einsicht des Täters in sein Unrecht und in die Notwendigkeit von Strafe **25** mit der Folge einer Versöhnung mit der Gesellschaft wird als Hauptaufgabe der Strafe heute nicht mehr ausgegeben[39]. Teils wird freilich behauptet, es sei legitim, Sühne durch Strafe zu ermöglichen[40], jedoch ohne daß ein Zwang zur Sühne intendiert wäre. Soweit damit gemeint ist, der Bestrafungsvorgang einschließlich des Strafvollzugs solle so ausgestaltet werden, daß die Sühnebereitschaft des Täters gefördert wird[41], geht es nicht um Probleme einer Straftheorie. Soweit freilich der Gedanke mitspielt, Sühne könne als Nebeneffekt (wie etwa die Sicherung vor einem Täter während eines Freiheitsentzugs ein Nebeneffekt ist) die Legitimation der Strafe mittragen, ist zu widersprechen:

Die Strafe gleicht den Normbruch aus. Jede Erwartung an den Täter über die **26** Duldung der Strafe hinaus zielt auf mehr als *ein*fachen Ausgleich. Sühne als betätigte Normanerkennung ist deshalb ein Grund, Strafe zu mildern (siehe § 46 Abs. 2 StGB letzte Fallgruppe) oder nicht zu strafen (siehe § 24 StGB), aber das Fehlen von Sühne gehört zwingend zum Zustand des nicht bereinigten Normbruchs und ist deshalb kein Strafgrund neben dem Normbruch. — Zudem rechnet das Versprechen an den Täter,

---

39 Siehe aber *Preiser* Mezger-Festschrift S. 71 ff, 77 ff; auch *LK*[9]*-Koffka* Rdn. 4 vor § 13; aus ärztlicher Sicht *Bleuler* in: Schuld, Verantwortung, Strafe S. 103 ff, 113 ff. — Zum Begriff der Sühne treffend *Noll* Begründung S. 8. — Ob der zur Sühne fähige Täter überhaupt zur Tat fähig ist, dürfte zweifelhaft sein; siehe zur Reue *Müller-Luckmann* in: Tötungsdelikte S. 119 ff, 128.

40 *Jescheck* AT § 8 I 2 a und II 2; *Welzel* Strafrecht § 32 I 1 a; *Arthur Kaufmann* JZ 1967 S. 553 ff, 557 ff; *ders.* in: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, S. 43 ff, 50 f; *Baumann* JurBl. 1965 S. 113 f, 119; *ders.* AT § 3 II 2 b ββ; *Frey* in: Schuld, Verantwortung, Strafe S. 297 ff.

41 So insbesondere *Baumann* aaO.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

er könne sich mit der Gesellschaft durch Akzeptation der Strafe versöhnen, nicht ein, daß die informellen Sanktionen von den formellen unabhängig sein können[42].

IV. Die relativen Theorien (die Präventionstheorien)

A. Die Generalpräventionstheorien

27 1 a) Eingangs wurde bereits das Modell einer *positiven Generalprävention* entwikkelt, d. h. das Modell einer Strafe, deren Aufgabe Einübung in Normanerkennung ist. Zur Generalprävention findet sich aber auch die Ansicht, Aufgabe der Strafe sei die Abschreckung potentieller Täter. Es geht bei dieser Variante der Generalprävention nicht um die expressive Bedeutung der Strafe als Widerspruch gegen den Normbruch, sondern um die Drastik des Strafschmerzes als abschreckende Konsequenz normbrechenden Verhaltens: *negative Generalprävention.* Die bekannteste Ausprägung hat *Feuerbach* der negativ-generalpräventiven Theorie gegeben, freilich nicht als Straftheorie, sondern als Theorie der Strafandrohung durch Strafgesetze (Theorie des „psychologischen Zwangs")[43]. Alle Gesetzesübertretungen resultieren nach *Feuerbach* aus der „Sinnlichkeit", d. h. „das Begehrungsvermögen des Menschen (wird) durch die Lust an oder aus der Handlung zur Begehung . . . angetrieben"[44]. Die Täter durch physischen Zwang an der Tatausführung zu hindern, ist praktisch ausgeschlossen. Sollen Rechtsbrüche vermieden werden, so „bleibt daher dem Staate kein anderes Mittel übrig, als durch die Sinnlichkeit selbst auf die Sinnlichkeit zu wirken, und die . . . sinnliche Triebfeder durch eine andere sinnliche Triebfeder aufzuheben"[45]. Die Antriebe zur Handlung werden aufgehoben, „wenn jeder Bürger gewiß weiß, daß auf die Übertretungen ein größeres Übel folgen werde, als dasjenige ist, welches aus der Nichtbefriedigung des Bedürfnisses nach einer Handlung . . . entspringt"[46]. Dieses Wissen wird dem Bürger gegeben, indem ein Gesetz das „größere Übel", eben die Strafe, vor der Tat und unter genauer Beschreibung von Tat und Strafe[47] androht und indem der Ernst der Drohung durch Vollstreckung in jedem Fall der Übertretung verdeutlicht wird (zu ergänzen ist: sofern der Täter greifbar ist). „Die zusammenstimmende Wirksamkeit der vollstreckenden und gesetzgebenden Macht zu dem Zwecke der Abschreckung bildet den psychologischen Zwang"[48]. Die „vollstreckende Macht" darf freilich nicht zum Zweck der „zusammenstimmenden Wirksamkeit" tätig werden, weil ansonsten der bestrafte Mensch als bloßes Mittel für die Vorteile anderer Menschen mißbraucht würde, was *Feuerbach* — insoweit *Kantianer* — verwirft. Die Wirksamkeit ist deshalb nur ein — willkommener — Nebeneffekt der absolut zu begründenden Strafe: Strafe ist „rechtlich-notwendige Folge" des Verbrechens[49]. Es soll aber zulässig sein, mit dem absolut Notwendigen das Nützliche zu verbinden und die Realisierung der Strafdrohung eindrucksvoll zu gestalten[50].

28 b) An *Feuerbachs* Theorie ist die Doppelstellung der Bestrafung durchaus unklar[51]: Als Verdeutlichung des Ernstes der Strafdrohung soll die Bestrafung zweckhaft wir-

---

42 Kritisch zur Sühne auch *Stratenwerth* AT Rdn. 15; *Roxin* JuS 1966 S. 377 ff, 379; *Schmidhäuser* Sinn S. 52; *Eb. Schmidt* Materialien Bd. I S. 9 ff, 11 ff; *ders.* ZStW 67 S. 177 ff, 187 ff; *Maurach-Zipf* AT I § 7 Rdn. 19; *Lüderssen* in: Christentum S. 1261 ff, 1268 f; *Neumann* und *Schroth* Theorien S. 16 ff.

43 Siehe dazu *Naucke* Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962; *ders.* ZStW 87 S. 861 ff, 880 ff; *Radbruch* Feuerbach S. 44 ff, 85 ff; *Hruschka* JZ 1987 S. 161 ff, 163 ff.

44 Lehrbuch § 13; Revision S. 44.

45 Revision S. 44 f.

46 Revision S. 45 f; Lehrbuch § 13.

47 Siehe dazu *Bohnert* Feuerbach S. 13.

48 Lehrbuch § 14.

49 Revision S. 49; Lehrbuch § 18.

50 Revision S. 60.

51 Siehe auch die Kritik bei *Binding* Normen Bd. I S. 500.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

ken, als Strafe am Täter hingegen soll sie zweckfrei sein. Ansonsten bietet das Modell zwar eine Harmonie der wichtigsten Strafrechtsgrundsätze: kein Umgang mit dem Täter wie mit einem „Gegenstand des Sachenrechts" (absolute Strafbegründung), Verhütung von Normbrüchen („psychologischer Zwang" der Strafdrohung), Vermeidung unnötiger Strafen (die Realisierung der Strafe ist zur Stützung der Strafandrohung erforderlich) und strenge Gesetzesbindung der Strafe (genaue Androhung auf genau beschriebenes Verhalten vor der Tat). Aber das Modell hat Mängel, die es unbrauchbar machen: Weder beruhen alle Taten auf einem rationalen Kalkül der Tatfolgen, noch stellt ein rationales Kalkül auf die *rechtlich* notwendige Sequenz von Tat und Strafe ab, vielmehr berücksichtigt es die *tatsächliche* Chance bestraft zu werden oder der Strafe zu entgehen, was eine gewaltige Differenz ergeben mag.

2 a) Der hauptsächliche Mangel dieser negativen Generalprävention und ihrer neue- **29**
ren Varianten[52], die in diverser Weise eine Abschreckungswirkung der Strafe zum Zweck erheben, ist freilich nicht ihre Falsifizierung[53]. Gegen die Falsifizierung könnte man einwenden, sie betreffe überhaupt nicht diejenigen Deliktsgruppen, bei denen die Täter in der Regel zweckrational vorgehen, etwa die Delikte im Bereich der Wirtschaftskriminalität. Mehr noch, das Modell könnte dahin „verbessert" werden, daß die Verfolgungsintensität bis zu einer Dichte gesteigert wird, bei der die Abschreckung auf alle Personen wirkt, die nicht gerade Herostraten sind. Die Theorie der negativen Generalprävention setzt aber genuin falsch an: Sie mißt den potentiellen Vorteil des Delinquenten und gleicht diesen Vorteil durch ein Übel aus, vernachlässigt aber den Schaden der Tat für die gesellschaftliche Ordnung. Wenn anderen Tätern der Anreiz zur Tat genommen werden soll, muß das Übel gewichtiger sein als der Tatvorteil; dieser aber ist von dem sozialen Schaden unabhängig, den die Tat bewirkt.

b) An dem dadurch entstehenden, potentiell krassen Mißverhältnis zwischen sozia- **30**
lem Schaden und Strafquantum scheitert jede auch nur annähernd konsequente Anwendung des Modells *Feuerbachs* und seiner Nachfolger[54]. Beispielhaft gesprochen: Bei einem Mord um einiger hundert Mark Beute willen mag eine einigermaßen sicher erfolgende Geldstrafe von einigen tausend Mark hinreichend prävenieren, während bei einer üblen Nachrede, die der Täter zur Erhaltung einer persönlichen Beziehung oder zur Steigerung seiner Karriere begeht, erst die Aussicht auf jahrelange Freiheitsstrafe ein hinreichendes Übel sein mag. Im Ergebnis müßten also alle Deliktsgruppen des BT,

---

52 *Hoerster* GA 1970 S. 272 ff; *ders.* ARSP Bd. 58 S. 555 ff; *Ostendorf* ZRP 1976 S. 281 ff; *Strasser* KrimJ 1979 S. 1 ff, 16 (zum Konzept aller genannten Autoren paßt freilich *auch* die positive Generalprävention); *Vanberg* Verbrechen, passim; *Lucón* GA 1984 S. 393 ff unter Berufung auf psychoanalytische Theorien (S. 400 ff); siehe auch das ökonomische Modell bei *Adams* und *Shavell* GA 1990 S. 337 ff, 341 ff. — Die Rechtsprechung verwendet negative Generalprävention als Strafzumessungsgrund im Rahmen der schuldangemessen (wie?) bestimmten Strafe; BGH 28 S. 318 ff, 326 f; BGH bei *Dallinger* MDR 1973 S. 727 f und 899 f; BGH JZ 1975 S. 183 ff mit zustimmender Anmerkung *Tiedemann* aaO S. 185 ff, 186 f; BGH bei *Holtz* MDR 1976 S. 812; BGH NStZ 1982 S. 112 mit zutreffend ablehnender Anmerkung *Wolfslast* aaO S. 112 f; BGH StV 1982 S. 166 f und S. 167; BGH JZ 1982 S. 771 f mit ablehnender Anmerkung *Köhler* aaO S. 772 f; BGH NStZ 1984 S. 409; 1986 S. 358; insgesamt zustimmend *LK-G. Hirsch* § 46 Rdn. 25; — zutreffend kritisch zur Rechtsprechung *Bruns* Strafzumessungsrecht S. 328 f mit weiteren Nachweisen.

53 Zur Falsifizierung (oder Nicht-Verifizierung) der Abschreckung (zu anderen generalpräventiven Konzepten siehe unten 1/Fn. 56) siehe *Kaiser* Generalprävention S. 339 ff, 351 ff; *Schöch* Strafzumessungspraxis S. 86 ff, 96 f, 197 ff; *ders.* Jescheck-Festschrift S. 1081 ff, 1098 ff, 1104; *Albrecht, Dünkel* und *Spieß* MonSchrKrim. 1981 S. 310 ff, 311, 313, 323; *Köberer* MonSchrKrim. 1982 S. 200 ff; *Maiwald* GA 1983 S. 49 ff, 69 ff; *Bertel* Pallin-Festschrift S. 31 ff; *Driendl* Strafgesetzgebungswissenschaft S. 39 ff; anders aber *Vanberg* Verbrechen S. 37 ff.

54 *Kindhäuser* GA 1989 S. 493 ff, 498; einige Verlegenheitslösungen bietet *Hoerster* GA 1970 S. 272 ff, 278 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

die an dem angegriffenen Gut ausgerichtet sind, preisgegeben und neue Gruppen nach dem potentiellen Nutzenquantum gebildet werden. In der am schärfsten zu bestrafenden Gruppe fänden sich dann Delikte mit hohem Nutzenquantum, gleich ob sie durch Tötung eines Menschen, durch Urkundenfälschung oder durch beiläufigen Hausfriedensbruch begangen werden. Landesverrat hätte bei Ideologietätern im Bereich der Schwerkriminalität zu rangieren, bei Tätern des Lohns wegen im Bereich entsprechender Vermögensstraftaten etc.

31 c) Dieses potentiell krasse Mißverhältnis zwischen dem Nutzenquantum der Tat und ihrem Quantum an Sozialschädlichkeit resultiert daraus, daß im Abschreckungsmodell die Destinatäre des Strafbetriebs nicht vorkommen: die Mitglieder der Gesellschaft, die vor Normbrüchen bewahrt werden sollen. Die Mitglieder sehen das Delikt nicht vorrangig als ein Ereignis an, das dem Täter potentiell vorteilhaft, sondern das ihnen selbst potentiell nachteilig ist.

32 d) Verbreitet wird versucht, den Befund durch eine ergänzende Limitierung der Höchststrafen zu kaschieren: Auch die abschreckende Strafe soll das Schuldangemessene oder Verhältnismäßige nicht übersteigen dürfen, da sie ansonsten als willkürlich empfunden werde und ihre Abschreckungswirkung verliere. Aber so läßt sich allenfalls die Unzulässigkeit hoher Strafen in den Fällen hohen Täternutzens aber geringen Sozialschadens erklären. Jedoch wird auch die extrem niedrige Strafe bei geringem Täternutzen aber hohem Sozialschaden als willkürlich empfunden, so daß die Abschreckungsstrafe insoweit gleichfalls modifiziert werden muß. Im Ergebnis ist deshalb das Abschreckungsmodell als Straftheorie überhaupt untauglich.

33 e) Dadurch wird es nicht ausgeschlossen, daß in einzelnen Fällen Strafe mit der Intention der Abschreckung verhängt wird. In Krisenzeiten bricht der Notstand die Limitierungen, die in ruhigen Zeiten selbstverständlich sind[55].

34 3. Modelle, die dem eingangs geschilderten Modell *positiver Generalprävention* hauptsächlich entsprechen, werden in der neueren Literatur zunehmend häufig vertreten[56]. Sie flankieren auch zahlreiche Varianten der Vergeltungstheorien. Differenzen bestehen freilich in zwei Punkten: Überwiegend wird das Schuldprinzip als Begrenzung der positiven Generalprävention verstanden, während es nach hiesiger Ansicht ein Derivat dieser Prävention ist (eingehend unten 17/18 ff). Ferner wird der expressive Gehalt von Normbruch und Strafe nur selten thematisiert.

B. Die Spezialpräventionstheorien

1. Die generelle Problematik

35 a) Wird die Aufgabe der Strafe darin gesehen, den *Täter* von künftigen Taten abzuhalten, spricht man von Spezialprävention. Daß der Inhalt des geltenden deutschen Strafrechts einigermaßen bruchlos oder auch nur in den hauptsächlichen Stükken auf Spezialprävention zugeschnitten sei, wird nicht behauptet; wohl aber wird postuliert, de lege ferenda das Strafrecht so auszugestalten, daß es für Spezialprävention tauglich ist, oder es durch taugliche Maßregeln zu ersetzen. Die Mindestanforderung geht dahin, jedenfalls auf diejenigen Strafen zu verzichten, durch deren Vollstrekkung sich die Wahrscheinlichkeit, daß der Täter weitere Verbrechen begeht, sogar erhöht.

36 b) Die Einwirkung auf den Täter kann dergestalt erfolgen, daß er mit physischer Gewalt von weiteren Taten abgehalten oder aber dazu gebracht wird, von sich aus

55 Siehe *Nagler* Strafe S. 616 f.

56 Nachweise oben 1/Fn. 16.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

keine Straftaten mehr zu begehen. Letzteres geschieht im Weg der Besserung des Täters, sei dieser Weg Erziehung oder Dressur oder ein körperlicher Eingriff (z. B. Kastration), oder aber im Weg der Abschreckung durch eine warnend gemeinte Strafe. Die Aufgabe der Strafe und der sie flankierenden oder ersetzenden Maßregeln kann deshalb mit *v. Liszt* wie folgt bezeichnet werden: „1. Besserung der besserungsfähigen und besserungsbedürftigen Verbrecher; 2. Abschreckung der nicht besserungsbedürftigen Verbrecher; 3. Unschädlichmachung der nicht besserungsfähigen Verbrecher"[57].

37 c aa α) Die Antwort auf die Frage, ob und weshalb ein Modell dieser Art überhaupt funktioniert, ist nicht selbstverständlich. Zweifel am Funktionieren sind freilich nicht angebracht, solange bei der Behandlung, die man dem Täter bessernd, abschreckend oder sichernd angedeihen läßt, immer noch so viel an Übel herausspringt, daß dadurch der Täter als Träger der Kosten des geschehenen Normbruchs markiert wird; denn solange mit einer Übelsfolge zugerechnet wird, bleiben die Wirkungen positiver Generalprävention möglich. Selbst der Umstand, daß überhaupt dem Täter zugerechnet und gegen ihn reagiert wird, kennzeichnet ihn als Konfliktsursache und bestätigt damit die Norm. Diese Wirkungen beruhen freilich auf dem Eindruck, den das zurechnende Strafurteil und die präventive Behandlung in der Allgemeinheit hervorrufen und haben deshalb mit Besonderheiten der Spezialprävention nichts zu tun; sie sind vielmehr generalpräventive Nebenwirkungen.

38 β) Spezifisch spezialpräventiv ist es, nicht die aktuelle Verletzung der Normgeltung durch den Normbruch als Konflikt zu definieren, sondern den Normbruch als bloßes Symptom für kommende Taten desselben Täters zu nehmen; die Gefahr dieser Taten ist in spezialpräventiver Sicht der Konflikt. Auf die Erledigung der Enttäuschung einer normativen Erwartung muß also zugunsten der Enttäuschungsfestigkeit künftiger kognitiver Erwartungen verzichtet werden. Dieser Verzicht dürfte gelingen, wenn die kognitive Erledigung Erfolg verspricht und wenn zudem die Enttäuschten den Täter als ungleich, unmaßgeblich, hilfsbedürftig o. ä. definieren können, jedenfalls als eine Person, die — was Normbefolgung angeht — eine Sonderstellung hat. In solchen Fällen wird die für jedermann bestehende Verbindlichkeit der Norm nicht tangiert, weil der Täter dem Jedermann in einem relevanten Punkt nicht gleicht. Der Hauptanwendungsfall solcher kognitiver Enttäuschungserledigung ist die präventive Behandlung derjenigen Personen, bei denen sowohl Erziehbarkeit als auch ein Erziehungsdefizit plausibel sind, konkret: die Behandlung der Jugendlichen und Heranwachsenden. Deshalb ist das Jugendstrafrecht eine Domäne der Spezialprävention, und seine Ersetzung durch nicht-strafende und im Idealfall nicht einmal als Übel zu empfindende Maßnahmen ist eine spezialpräventiv gebotene Konsequenz, freilich nur, soweit ein Erziehungsdefizit plausibel dargestellt und praktisch behoben werden kann; denn ansonsten fügt sich auch das Jugendstrafrecht dem Muster positiver Generalprävention[57a].

39 γ) Läßt sich aber beim Täter keine Besonderheit ausmachen, so bringt die spezialpräventive Umdeutung des Konflikts in die kognitive Ebene als zwingende Folge, daß für die Enttäuschten auch ihr eigenes Verhalten zu einer rein kognitiven Angelegenheit wird. Ist das abweichende Verhalten, das ein Jedermann vollzieht, eine Enttäuschung kognitiver Erwartungen, wie es eine Krankheit ist, so wandelt sich die Frage, wie man

---

57 ZStW 3 S. 1 ff, 35 ff; „Marburger Programm".

57a Eindringlich *Bottke* Generalprävention, passim, und dort auch zu den Gefahren, die für die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien entstehen, wenn ein strafender Eingriff in eine spezialpräventive Wohltat umdefiniert wird; *Schlüchter* GA 1988 S. 166 ff; bei gleichzeitiger Minimierung staatlicher Eingriffe *Walter* in: Bedeutung S. 59 ff; *Albrecht* Jugendstrafrecht §§ 8, 9. — Zu den Niederungen der Praxis siehe OLG Schleswig StV 1985 S. 420 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

sich verhalten soll, für alle Menschen in die Frage, wie man sich verhalten wird. Gesellschaftliches Leben (wie auch individuelles menschliches Leben) dürfte bei dieser Normabstinenz nicht mehr organisierbar sein, jedenfalls nicht beim Ausgang von einer Gesellschaft der gegenwärtigen Gestalt.

40 bb) Es besteht also zumindest der Verdacht, daß Spezialprävention nur funktioniert, solange sie von generalpräventiven Nebeneffekten flankiert wird. Selbst *v. Liszt* läßt bei Personen, die keine Besonderheiten gegenüber jedermann aufweisen, unbenannte, aber eindeutig generalpräventive Erwägungen durchschlagen: Es soll beim erwachsenen Rückfälligen weniger um Besserung (die dem Täter jedenfalls nicht nur ein Übel bringt) als um Sicherung gehen, und zwar nicht in einem goldenen Käfig, sondern in „Strafknechtschaft“[58]. Auch *v. Liszts* Festhalten am Tatprinzip dürfte nicht nur auf den von ihm herausgestrichenen rechtsstaatlichen Gründen beruhen, sondern auch auf der generalpräventiven Eindruckskraft dieses Prinzips.

2. Die Verletzung des Tatprinzips

41 a) Es gibt auch handfestere Einwendungen gegen Spezialprävention. Die wichtigste Einwendung ist die Verletzung des Tatprinzips. Bei der Generalprävention läßt sich — zumindest nominell — die Haftung auf das Maß beschränken, in dem der Täter durch seine Tat die Normgeltung (positive Generalprävention) oder die faktische Erwartung der Normbefolgung (negative Generalprävention) verschlechtert hat. Bei der Spezialprävention hingegen ist es — Gelegenheitstäter ausgenommen — von vornherein unmöglich, den Täter von der Bestrafung allein solcher Taten abzubringen, wie er sie vollzogen hat, ihn aber ansonsten unbehandelt zu lassen. Es gibt keine Konzepte, wie man einen Täter einzig von etwa mittelschweren Diebstählen oder Betrügereien o. ä. abbringen könnte, scil. allein von den Taten nach Art der begangenen Tat. Auch wenn man kein Alles-oder-nichts-Prinzip verfolgt, vielmehr akzeptiert, daß ein Mensch sozial mehr oder weniger angepaßt sein kann, ist doch die Vorstellung, einen nicht angepaßten Menschen einzig nach Art und Maß der von ihm begangenen Taten anpassen zu können, zumindest in der Mehrzahl aller Fälle lebensfremd. Die Theorie der Spezialprävention muß deshalb das Tatprinzip verabschieden: Die Tat ist nur noch Anlaß der Behandlung.

42 b aa) Die Tat ist freilich ein schlechter Anlaß der Spezialprävention, weil sie — wiederum Gelegenheitstäter ausgenommen — häufig zu einem Zeitpunkt begangen oder entdeckt wird, in dem die Entgleisung nicht mehr reversibel ist. Taugliche Verfahren zur Spezialprävention sind nicht Strafen oder andere Behandlungen nach Begehung der Delikte des StGB, sondern wären etwa Hilfen bei Arbeitslosigkeit, Arbeitsunlust, Überschuldung, familiären Schwierigkeiten, Süchten etc.

43 bb) Die Disharmonie zwischen der Bindung des Strafrechts an eine sozialschädliche Tat (und nicht schon an eine Situation zunehmender Tatgeneigtheit) hat *v. Liszt* erkannt. Nach seiner Lösung soll „das Strafrecht . . . die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik“ sein[59], was heißen soll, daß für das Ob der Strafe das „Strafrecht“ mit seinem Tatprinzip, aber für Art und Maß der Strafe die „Kriminalpolitik“ zuständig sein sollen. Damit wird beiden Seiten zugleich gedient und geschadet: Das Tatprinzip verdankt seine Herkunft denjenigen Straftheorien, die Strafe nach der Größe des an gerichteten Schadens zumessen wollen, und ist in einem spezialpräventiv orientierten

---

58 *v. Liszt* ZStW 3 S. 1 ff, 42 f.

59 Aufsätze und Vorträge Bd. II S. 75 ff, 80; siehe ferner *ders.* ZStW 13 S. 325 ff, 354 ff. — Siehe dazu *Roxin* ZStW 81 S. 613 ff, 637 ff; *Jescheck* Klug-Festschrift S. 257 ff, 264.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Modell funktionslos. Es hindert dort die Effektivität, wie es seinerseits die Hälfte seiner Aufgabe verliert, nämlich das Maß des Defizits an Normgeltung und dadurch das Maß an ausgleichender Strafe zu indizieren[59a].

44 cc) Die Abspaltung von der Tat geht so weit, daß es in zahlreichen Fällen sogar unmöglich ist, zur Urteilszeit eine bestimmte Dauer der Rechtsfolge anzugeben, was bei Rechtsfolgen, die hauptsächlich aus Hilfen bestehen, rechtsstaatlich schadlos ist, nicht aber bei Übelszufügungen als Rechtsfolgen. Der Grund für die Unbestimmbarkeit liegt darin, daß die (vergangene) Tat nur Anlaß für eine (zukünftige) soziale Anpassung des Täters ist; der allein nach vorn gewendete Blick kann als Zielpunkt nur den Effekt der sozialen Anpassung ausmachen, und wann dieser Punkt erreicht ist, läßt sich häufig nicht einmal näherungsweise und niemals genau voraussagen[60]. Die Zulässigkeit einer Freiheitsstrafe von unbestimmter Dauer ist daher das hauptsächliche Erkennungszeichen eines primär spezialpräventiv ausgerichteten Strafrechts[61] (siehe § 19 JGG).

45 c) Weiterhin ist gegen das Modell einzuwenden, daß bei ihm — wie bei der negativen Generalprävention — das Quantum des sozialen Schadens und das Quantum der Reaktion nicht verbunden sind, so daß es zu krassen Mißverhältnissen kommen kann. Nach den Prinzipien der Spezialprävention müßte der immer wieder rückfällige Täter geringfügiger Delikte trotz des nur mäßigen Schadens seiner Taten „gesichert" werden (d. h. es wäre jahrelange Sicherungsverwahrung anzuordnen). Man mag solche Ergebnisse mit Hilfe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit korrigieren, steht dann aber vor der Schwierigkeit, von einer spezial-präventiven Reaktion mangels Verhältnismäßigkeit absehen zu müssen und von einer generalpräventiven Reaktion, weil sich Generalprävention als bloßer Lückenfüller nicht legitimieren läßt. Ganz entsprechende Schwierigkeiten ergeben sich bei Tätern schwerer Taten, die keiner oder nur geringfügiger sozialer Anpassung bedürfen. Beispiele dafür bilden nicht nur zahlreiche Mörder aus der nationalsozialistischen Zeit, die nachfolgend eine jahrzehntelange Legalbewährung bestanden haben, sondern ebenso Täter in solchen Konfliktsituationen, deren Wiederkehr unwahrscheinlich ist; bei Ausländern ohne Asylanspruch würde in der Regel nicht mehr als die Ausweisung erforderlich sein. Aber bei einem Verzicht auf eine Reaktion, die den Geltungsschaden ausgleicht, verstärkt sich die schon oben (1/39) zur Spezialprävention allgemein beschriebene Gefahr, daß die Möglichkeit von Normorientierung überhaupt verlorengeht.

3. Neuere Konzepte

46 a) Gewiß ist Spezialprävention nicht in der Gestalt festgeschrieben, in der *v. Liszt* sie entworfen hat[62]. Die Bedeutung der genannten Einwendungen ist auch nicht allgemein anerkannt. Radikale Postulate, die das „Strafrecht" als „Schranke der Kriminalpolitik" nicht mehr anerkennen, stellt insbesondere ein Flügel der Société Internationale de

---

59a Dies dürfte auch für das tatbezogene (das heißt, zum Gewicht der Tat verhältnismäßige) Maßnahmerecht in der Konzeption von *Baurmann* Zweckrationalität S. 16, passim, 301 ff gelten.

60 *v. Liszt* Aufsätze und Vorträge Bd. I S. 290 ff, 333, 392.

61 Siehe *Würtenberger* Materialien Bd. I S. 89 ff mit Nachweisen; *Sieverts* Materialien Bd. I S. 107 ff.

62 Einen Überblick über den Gang der Kontroverse zwischen der „soziologischen" (zweckorientierten) kriminalpolitischen Richtung und der „klassischen" (an Vergeltung orientierten) Richtung (sogenannter Schulenstreit) geben *Mezger* Strafrecht § 4, 2; *Eb. Schmidt* Geschichte §§ 321 f; *Jescheck* ZStW 93 S. 3 ff, 44 ff. — Eine treffende Analyse des gegenwärtigen Stands gibt *Albrecht* ZStW 97 S. 831 ff. — Als Befürworter eines Vorrangs der Spezialprävention in neuerer Zeit ist insbesondere zu nennen *Eb. Schmidt* SchwZStr. 45 (1931) S. 200 ff; *ders.* ZStW 67 S. 177 ff; *ders.* ZStW 69, S. 359 ff; *ders.* Materialien Bd. I S. 9ff, 20 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Défense Sociale[63]; *Gramatica*[64]: Von den „im System des Gesellschaftsschutzes anzuwendenden ‚Maßnahmen" soll zu verlangen sein, daß sie „1. vollständig die Strafen ersetzen müssen; 2. einen einheitlichen Charakter haben müssen; 3. auch vorbeugende Maßnahmen umfassen müssen; 4. einen unbestimmten Charakter besitzen müssen, damit sie während des Vollzugs, entsprechend der ständigen Überwachung der Persönlichkeit, dauernd abgeändert, ersetzt oder ganz beseitigt werden können; 5. im Prinzip keinen Unterschied zwischen Erwachsenen und Minderjährigen machen dürfen . . .; 6. der Person angepaßt sein müssen und nicht auf die objektiv betrachtete Tat bezogen sein dürfen".

47 b aa) Die hier gegebene Kritik der Spezialprävention hat nicht den Zweck, den Vorgang der sozialen Anpassung zu perhorreszieren, sondern die Verabsolutierung dieser Anpassung. Beim Ausgang von einem Modell, in dem das Maß des eingetretenen sozialen Schadens und das Maß der Strafe verbunden sind, ist Spezialprävention unter den oben schon genannten Bedingungen eine alternative Strategie zur Erledigung des Konflikts und zudem der überhaupt einzige Gesichtspunkt, nach dem die Kostentragungspflicht des Täters auch für diesen selbst sinnvoll gestaltet werden kann.

bb) Der dafür zur Verfügung stehende Rahmen ist freilich eng, und zwar nicht nur wegen der Beschränkung der Strafzeit durch die positive Generalprävention und wegen der faktischen Beschränkung der Mittel, sondern auch wegen der rechtlichen Beschränkungen der Spezialprävention. Es gibt keine Legitimation des Staats, die sittliche Haltung der Bürger zu optimieren, sondern der Staat hat sich mit der äußeren Befolgung des Rechts zu begnügen (Relegalisierung[65]). Insbesondere ist es nicht Ziel der Spezialprävention, ein nützliches Mitglied der Gesellschaft zu schaffen, sondern dem Täter legales Verhalten zu erleichtern. Hauptsächlich wird sich Spezialprävention deshalb auf „Befreiung von äußeren und inneren Zwängen"[66] zu beschränken haben, d. h. auf Befreiung von *besonderen* Belastungen der Person, wobei diese Befreiung ohne Mitwirkung des Täters nur selten zu bewerkstelligen sein dürfte. Bei der Beseitigung der Belastungen wird auch das Gerüst der eine Person erst konstituierenden Haltungen zu informellen Normen verändert; das aber darf nur mit Mitteln erfolgen, die auch gegenüber jedem anderen, nicht straffälligen Bürger legitim sind[67].

cc) Da der Täter nur in normativer Sicht die maßgebliche Ursache des Konflikts ist — etwa in pädagogischer oder in psychologischer Sicht mögen sich andere Ursachen

---

63 Die Position des gemäßigten Flügels läuft auf eine praktikabel gemachte Theorie der Spezialprävention hinaus. Wesentliche Elemente sind: (1) Gesellschaftsschutz durch (2) ein Ensemble von hauptsächlich nicht strafenden Maßnahmen zur (3) Resozialisierung; dabei soll (4) das Individuum als verantwortliche Person, nicht nur als Behandlungsobjekt angesehen, zugleich aber (5) durch alle Humanwissenschaften genau erforscht werden. Das Programm erhebt den Anspruch, (6) nicht nur sozialtechnologisch, sondern auch moralisch zu sein. *Ancel* Sozialverteidigung S. 26 ff und passim; dazu *Melzer* Sozialverteidigung passim; *ders.* JZ 1970 S. 764 ff, jeweils mit Nachweisen; *Rieg* ZStW 81 S. 411 ff, 414 ff; *Zipf* Kriminalpolitik 3.22.

64 Grundlagen 2. Teil S. 213; — siehe dazu *H. Kaufmann* v. Weber-Festschrift S. 418 ff; *Zipf* Kriminalpolitik 3.21.

65 *Maihofer* Rechtsstaat S. 146.

66 *Stratenwerth* Leitprinzipien S. 7 ff, 13. — Individualistisch *Haffke* in: Abweichendes Verhalten Bd. III S. 291 ff, 304: „Emanzipierende Therapie hat . . . kein positives, inhaltlich erfülltes Ziel (Leben ohne Straftaten), sondern bestimmt sich ausschließlich negativ, d. h. als Hilfe zum Frei-Werden von einer unbegriffenen und einschnürenden, meist schmerzvollen Vergangenheit." — Ein Zusammenhang dieser Befreiung gerade mit einer Straftat ist freilich nicht ersichtlich.

67 Siehe dazu *Peters* Heinitz-Festschrift S. 501 ff; *Eser* Peters-Festschrift S. 505 ff, 512 ff; *Hassemer* KrimJ 1982 S. 161 ff, 165 f; *Lüderssen* in: Fortschritte S. 67 ff, 79 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

als maßgeblich aufdrängen —, mag es erfolgversprechender sein, zur Deliktsverhütung anderswo als gerade beim Täter mit einer Umorganisation zu beginnen. Gesellschaftstypische Konflikte lassen sich per Spezialprävention nicht effektiv beseitigen[67a].

V. Die Vereinigungstheorien

48 1. Es ist schon früh darauf hingewiesen worden, daß sich einzelne Aspekte der Straftheorien kombinieren lassen[68]. Das kann verschiedenes bedeuten[69,70]:

49 a) Mit einer Kombination ist nicht gemeint, daß ein Defizit einer Theorie, das deren Praktizierbarkeit hindert, durch eine andere Theorie ausgefüllt werden dürfe; in solchen Fällen ist die defizitäre Theorie überhaupt untauglich. Beispiel: Vergeltungstheorien, die um präventive Überlegungen zur Notwendigkeit von Vergeltung ergänzt werden müssen, sind als Vergeltungstheorien zur Begründung der Notwendigkeit der Strafe untauglich; es handelt sich nach der Kombination um verkappte präventive Theorien[71]. Mit einer Kombination ist ferner nicht gemeint, daß mehrere Theorien kumuliert werden dürften; denn Kumulierung führt im Bereich divergenter Ziele der kombinierten Modelle zur Unbestimmbarkeit der Strafe; das zeigt sich etwa beim E 1962, der bei der Schuldstrafe ansetzt, aber zudem noch die Verhütung von Straftaten durch generelle und spezielle Abschreckung sowie durch Resozialisierung und

---

67a Treffend *Albrecht* ZStW 97 S. 831 ff, 857.

68 *A. Merkel* Gesammelte Abhandlungen Teil II S. 1 ff, 10 ff; *ders.* aaO S. 687 ff, 699 ff und passim; — dagegen *A. Nagler* GS Bd. 70 S. 6 ff, 41 f; *Köhler* Begriff S. 72 ff.

69 Die Rechtsprechung (eingehend dazu *Bruns* Strafzumessungsrecht S. 230 ff) hat wenige Fixpunkte: Präventive Überlegungen dürfen nicht zur Überschreitung der schuldangemessenen Strafe führen (BGH 20 S. 264 ff, 267), ebensowenig zu einer Unterschreitung (BGH 24 S. 132 ff, 134). Unklar ist die Stellung der Generalprävention (dazu *Foth* NStZ 1990 S. 219 ff), was nicht verwundern kann, da positive Generalprävention und Schuld nicht getrennt werden können; siehe BGH 6 S. 125 ff, 127; 24 S. 40 ff, 44 ff; 24 S. 64 ff, 66; BGH GA 1976 S. 113 ff, 114. — Das Bundesverfassungsgericht (eingehende Darstellung und Kritik seines Strafbegriffs bei *Volk* ZStW 83 S. 405 ff) hat mehrfach beim Ausgang vom Schuldgrundsatz Vereinigungstheorien ohne nähere Festlegung ihres Inhalts für verfassungsgemäß erklärt; BVerfG 21 S. 391 ff, 404; 28 S. 264 ff, 278; 32 S. 98 ff, 109; 39 S. 1 ff, 57; 45 S. 187 ff, 253 f. — Bei der Jugendstrafe schließt die Rechtsprechung negative Generalprävention aus; BGH 15 S. 224 ff, 226; 16 S. 261 ff, 263. Die Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld (§ 17 Abs. 2 JGG) soll nur zulässig sein, wenn „erzieherische Gründe" das verlangen; BGH 16 S. 261 ff, 263. Neuerdings wird jedoch auch „der Schwere der Schuld eigenständige Bedeutung" beigemessen; BGH StV 1982, S. 121 f; im ersteren Sinn dann wieder BGH bei *Böhm* NStZ 1984 S. 445; siehe *Eisenberg* JGG § 17 Rdn. 33 ff.

70 Vereinigungstheorien mit freilich unterschiedlichem Vorrang einer der vereinigten Theorien werden in der Literatur überwiegend vertreten. — *Roxin* JuS 1966 S. 377 ff, 387 entwickelt eine „dialektische Vereinigungstheorie", nach der „die verschiedenen Strafzwecke aus der einlinigen Übersteigerung dadurch in sozialkonstitutive Bahnen" gelenkt werden sollen, „daß sie die einzelnen Ansätze durch ein Verfahren gegenseitiger Beschränkung ins Gleichgewicht bringt". — Auch bei *Gössel* Pfeiffer-Festschrift S. 3 ff, 22 ff kann jede Prävention neben die Vergeltung treten („modifizierte Vereinigungstheorie"). — Für eine Vereinigungstheorie mit dem Schwerpunkt auf Schuldausgleich plädieren *v. Hippel* Strafrecht Bd. I § 21 XVI mit Nachweisen der älteren Literatur; *Mezger* Materialien Bd. I S. 1 ff, 2 f; *Jescheck* AT § 8 V; *LK-Jescheck* Einleitung Rdn. 32 ff; *Maurach-Zipf* AT I § 7 Rdn. 11 ff, 27 ff; *Bockelmann-Volk* AT § 2 II 4; *Dreher* Gerechte Strafe S. 127 ff; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 11 ff vor § 38. — Für eine Vereinigungstheorie im Rahmen des Schuldangemessenen mit dem Schwerpunkt auf Spezialprävention argumentiert *Stratenwerth* AT Rdn. 30 f; *ders.* Tatschuld S. 31 f; wohl auch *Baumann-Weber* AT § 3 II 2 a β (neben Generalprävention); *Benda* Faller-Festschrift S. 307 ff. — Den Rahmen des Schuldangemessenen sprengt *Horstkotte* JZ 1970 S. 122 ff, 124. — Eine Theorie, bei der die Generalprävention die Institution der Strafe begründen soll, nicht aber die Regeln der Zumessung, gibt *Schmidhäuser* AT 3/14 ff. Siehe auch *Forster* SchwZStr. 101 (1984) S. 242 ff, 261 ff.

71 Zutreffend schon *Exner* Theorie S. 36.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Sicherung des Täters erreichen will[72], ohne daß ersichtlich wäre, wie diese Desiderate auf einen Nenner gebracht werden könnten.

50 b) Durch Kombination läßt sich nicht die Aufgabe umgehen, *eine* Theorie für eine *praktizierbare* Strafe zu entwickeln. Als eine solche Theorie ist hier eingangs die positive Generalprävention genannt worden, die nachfolgend, insbesondere zur Schuld, noch zu detaillieren sein wird. Aber diese Theorie (wie jede andere) erstreckt sich nicht auf jeden Abschnitt des gesamten Bestrafungsvorgangs, sondern beläßt ungestaltete Nischen, die *nachrangig* durch andere Theorien ausgefüllt werden können, wobei als nachrangige Theorie nur die Spezialprävention in Betracht kommt, da die Vergeltungstheorie, die Sühnetheorie und die Theorie der negativen Generalprävention überhaupt zu verwerfen sind (oben 1/17 ff, 25 f, 27 ff). Als hauptsächliche Folge ist der gesamte Straf*vollzug*, für den die Theorie der positiven Generalprävention nichts ergibt, möglichst spezialpräventiv effektiv auszugestalten (§§ 2 f StVollzG)[73]. Aber auch auf die vom Gesetzgeber zu wählenden Strafrahmen sowie auf die Strafzumessung wirkt die Spezialprävention ein; denn mit der Theorie der positiven Generalprävention lassen sich keine eindeutig bestimmten Strafquanten berechnen (ebensowenig mit einer anderen Theorie), sondern sie gibt einen Rahmen, der von der schon ernst zu nehmenden Reaktion und der noch nicht übertrieben scharfen Reaktion gebildet wird. Dieser Rahmen kann spezialpräventiv ausgefüllt werden, wenn insoweit effektive Maßnahmen möglich sind; ansonsten muß es beim Mindestmaß der schon ernst zu nehmenden Reaktion verbleiben[74]. Einzelheiten sind Gegenstand der Strafzumessungslehre.

51 2 a) Abgesehen von dieser Vereinigung der positiven Generalprävention mit nachrangiger Spezialprävention besteht stets eine Konkurrenz beider Präventionen *als mögliche Äquivalente* (neben weiteren) zur Erledigung von Konflikten, wobei die Äquivalenz nach der Erledigungswirkung zu bestimmen ist und keine Ähnlichkeit der Erledigungsweise voraussetzt (nicht notwendig Strafe). Die Antwort auf die Frage, welche Erledigungsart zu wählen ist, muß nicht stets allein zugunsten einer einzigen Erledigungsart ausfallen (z. B. allein für Generalprävention: § 56 Abs. 3 StGB), sondern kann jeder Erledigungsart einen Teil zuweisen und die Arten in diesem Sinn vereinigen; Beispiele dafür sind die Strafaussetzung zur Bewährung und verwandte Rechtsinstitute (§§ 56, 57, 59 StGB): Neben den spezialpräventiven Zwang zum legalen Verhalten durch den konkretisierten Strafdruck, möglicherweise verbunden mit Weisungen und Bewährungshilfe (§§ 56 c, d StGB), tritt die generalpräventive öffentliche Mißbilligung, möglicherweise verbunden mit Auflagen (§§ 56 b StGB).

52 b) Hauptbeispiel für diese zuletzt genannte Art der Vereinigung bildet die *Zweispurigkeit* der Rechtsfolgen nach geltendem Recht: Im Rahmen des Verhältnismäßigen

---

72 Begründung S. 96.

73 Siehe aber auch BVerfG 64 S. 261 ff; eingehend dazu *Arloth* GA 1988 S. 403 ff; OLG Frankfurt NJW 1986 S. 598 f.

74 Rahmentheorie oder Spielraumtheorie. — Ob der Rahmen der schuldangemessenen Strafe aus spezialpräventiven Gründen überschritten oder unterschritten werden darf, ist streitig und nach hiesiger Ansicht zu verneinen, wobei freilich zu berücksichtigen ist, daß das mindestens Schuldangemessene nach der hiesigen Konzeption zugleich das mindestens zur Erledigung des Konflikts Erforderliche ist (siehe unten zur Schuld 17/31 f). Wird die Herabsetzung der Strafe toleriert, so *ist* auch die Schuld gemindert! — Gegen eine Unterschreitung vom Schuldbegriff der überwiegenden Ansicht aus siehe BGH 24 S. 132 ff; BGH JZ 1976 S. 650 f; *Bruns* Strafzumessungsrecht S. 217 ff, 233; *ders.* Welzel-Festschrift S. 739 ff, 744; *Schaffstein* Gallas-Festschrift S. 99 ff, 105; *Jescheck* AT § 4 I 3 und § 82 III 3; *LK-Jescheck* Einleitung Rdn. 31. — Für die Zulässigkeit einer Unterschreitung siehe *Lackner* Entwicklungen S. 23 ff; *Roxin* Schultz-Festgabe S. 463 ff, 473 ff; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 18 a vor §§ 38 ff. — Für die Zulässigkeit auch einer Überschreitung siehe *Horstkotte* JZ 1970 S. 122 ff, 124.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

(§ 62 StGB) und Erforderlichen treten spezialpräventive Maßregeln der Besserung und Sicherung (§ 61 StGB) neben die Strafe für schuldhaftes Verhalten. Das Nebeneinander wird freilich in doppelter Hinsicht zugunsten der Prävention durchbrochen (vikariierendes System): Die Zeit des Vollzugs der Maßregel wird bei Vorwegvollzug auf die Strafe angerechnet (§ 67 Abs. 4 StGB), und bei Zweckerreichung der Maßregel kann die Strafe, falls mindestens die Hälfte erledigt ist, zur Bewährung ausgesetzt werden, ohne daß die Voraussetzungen des § 57 Abs. 2 StGB erfüllt sein müßten[75] (§ 67 Abs. 5 StGB).

VI. Anhang: Die Aufgaben der Maßregeln der Besserung und Sicherung

Literatur

H.-J. Albrecht Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik, MonSchrKrim. 1981 S. 310 ff; *J.-B. Bae* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht des StGB, 1985; *P. Bockelmann* Studien zum Täterstrafrecht, 1939; *H.-J. Bruns* Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im StGB-Entwurf 1956, ZStW 71 S. 210 ff; *H. Dünnebier* Die Durchführung der Zweispurigkeit bei den freiheitsentziehenden Maßregeln im Entwurf 1960 eines Strafgesetzbuches, ZStW 72 S. 32 ff; *E. Dreher* Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßregeln, ZStW 65 S. 481 ff; *R. Eickhoff* Die Benachteiligung des psychisch kranken Rechtsbrechers im Strafrecht, NStZ 1987 S. 65 ff; *F. Exner* Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914; *E. R. Frey* Heilen statt strafen? 1962; *W. Frisch* Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW 94 S. 565 ff; *ders.* Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 102 S. 343 ff; *G. Grünwald* Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf 1962, ZStW 76 S. 633 ff; *K. A. Hall* Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe, ZStW 70 S. 41 ff; *E. Heinitz* Die Individualisierung der Strafen und Maßnahmen in der Reform des Strafrechts und des Strafprozesses, 1960; *H. Herrmann* Die mit Freiheitsentzug verbundenen Maßnahmen der Sicherung und Besserung, Materialien Bd. II (1) S. 193 ff; *H. Horstkotte* Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über den Rückfall und die Maßregeln der Sicherung und Besserung, JZ 1970 S. 152 ff; *P. Kaenel* Carl Stooss und das zweispurige System der Strafrechtsfolgen, SchwZStr. 101 (1984) S. 3 ff; *M. Köhler* Der Begriff der Strafe, 1986; *E. Kohlrausch* Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand, ZStW 44 S. 21 ff; *D. Lang-Hinrichsen* Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Gutachten 43. DJT Bd. I (3/B), 1960; *Th. Lenckner* Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in: *H. Göppinger* und *W. Witter* (Hrsg.) Handbuch der forensischen Psychiatrie Bd. I, 1972, S. 3 ff; *H. Marquardt* Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel, 1972; *H. Mayer* Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; *E. Mezger* Die Vereinheitlichung der Strafe und der sichernden Maßnahmen, ZStW 66 S. 172 ff; *P. Mrozynski* Die Wirkung der Unschuldsvermutung auf spezialpräventive Zwecke des Strafrechts, JZ 1978 S. 255 ff; *J. Nagler* Verbrechensprophylaxe und Strafrecht, 1911; *W. Naucke* Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, 1975; *F. Nowakowski* Die Maßnahmenkomponente im StGB, in: *ders.* Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik, 1981, S. 93 ff; *ders.* Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen, v. Weber-Festschrift S. 98 ff; *ders.* Vom Schuld- zum Maßnahmenrecht? in: *H. Göppinger* und *P. H. Bresser* (Hrsg.) Kriminologische Gegenwartsfragen Heft 10, 1972, S. 11 ff; *W. Sax* Grundsätze der Strafrechtspflege, in: *K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner* (Hrsg.) Die Grundrechte Bd. III (2), 2. Auflage 1972 S. 909 ff; *Eb. Schmidt* Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflage 1965; *H. Schröder* Die Vereinheitlichung der Strafe und der sichernden Maßnahmen, ZStW 66

---

75 Nach § 67 Abs. 5 a. F. konnte die Reststrafe ohne Blick auf eine mindestens erledigte Zeit ausgesetzt werden. Kritisch dazu insbesondere *LK-Hanack* § 67 Rdn. 20 ff mit zutreffenden Hinweisen auf die Quelle der Willkür: Die Teilnehmer am Gesetzgebungsverfahren haben sich gescheut, zwischen antinomischen Strafzwecken zu entscheiden (Protokolle Sonderausschuß V S. 2323 ff; nichtssagend BT-Drucksache V 4095 S. 32); *Hanack* JR 1978 S. 399 ff, 402; *a. A. Marquardt* Vikariieren S. 164 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

S. 180 ff; *ders.* Die „Erforderlichkeit" von Sicherungsmaßregeln, JZ 1970 S. 92 ff; *C. Stooss* Strafe und sichernde Maßnahme, SchwZStr. 18 (1905) S. 1 ff; *ders.* Der „Dualismus" im Strafrecht, SchwZStr. 41 (1928) S. 54 f; *ders.* Zur Natur der sichernden Maßnahmen, SchwZStr. 44 (1930) S. 261 ff; *G. Stratenwerth* Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Maßnahmen im Strafrecht, SchwZStr. 82 (1966) S. 337 ff; *ders.* Strafrechtliche Maßnahmen an geistig Abnormen, SchwZStr. 89 (1973) S. 131 ff; *W. Stree* Deliktsfolgen und Grundgesetz. Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen, 1960.

A. Theorien der Maßregeln

53 1. Das geltende Recht kennt als Reaktion auf eine Straftat neben den Strafen oder statt der Strafen auch Maßregeln der Besserung und Sicherung: § 61 StGB. So wie die Strafe eine Reaktion auf eine Beeinträchtigung der Normgeltung ist, so die Maßregel eine Reaktion auf eine in der Tat objektivierte Wiederholungsgefahr. Diese bei den Vereinigungstheorien schon genannte *Zweispurigkeit* der Reaktion drängt sich auf, wenn die Strafe und das zur Spezialprävention Erforderliche divergieren; dementsprechend beruht die Verankerung der Zweispurigkeit im geltenden Recht auf Versuchen, die Vorteile einer schuldgebundenen Strafe mit einigen Vorteilen spezialpräventiv effektiver Behandlung zu kombinieren[76]. Wegen der Spaltung der Reaktion ist von seiten der Präventionisten und aus deren Sicht zu Recht der Vorwurf des Etikettenschwindels erhoben worden[77]. — Auch einzelne Modalitäten der Strafe, insbesondere die Strafaussetzung zur Bewährung (§§ 56 ff StGB) und der Vorrang der Geldstrafe (§ 47 StGB), sind Maßregeln, nur untrennbar mit einer Strafe verknüpft[78].

54 2 a) Die Theorie der Maßregeln ist längst nicht so differenziert entwickelt worden wie die Theorie der Strafen[79]. Überwiegend begnügt man sich mit der Feststellung, eine Maßregel solle — im Rahmen des Verhältnismäßigen (§ 62 StGB) — das Gemeininteresse erhalten[80]. Damit ist freilich wenig anzufangen, weil unklar bleibt, wie die Interes-

---

76 Erstmals verwirklicht wurde die Zweispurigkeit unter dem Einfluß von *E. F. Klein* in § 5 II 20 und § 1160 II 20 ALR. — Nachweise zur Geschichte bei *Eb. Schmidt* Geschichte § 241; *LK-Tröndle* Rdn. 9 vor § 38; *LK-Hanack* Rdn. 5 ff vor § 61; *Frisch* ZStW 102 S. 343 ff, 345 ff. — Grundlegend für die heutige Anerkennung der Zweispurigkeit war der Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch von *Carl Stooss* (1893; Gesetz 1937); *Stooss* SchwZStr. 18 (1905) S. 1 ff; *ders.* SchwZStr. 41 (1928) S. 54 f; *ders.* SchwZStr. 44 (1930) S. 261 ff; — siehe dazu *Kaenel* SchwZStr. 101 (1984) S. 3 ff; *Schultz* Einführung S. 61 ff; *Stratenwerth* Schweizerisches Strafrecht 1/18 ff, jeweils mit Nachweisen. — In Deutschland war die Zweispurigkeit in den Reformentwürfen seit dem Vorentwurf von 1909 und dem Entwurf von 1913 im Prinzip unangefochten. Geltendes Recht wurde sie erstmals durch das Gesetz vom 24. 11. 1933 („Gewohnheitsverbrechergesetz", RGBl. I S. 995): §§ 42 a ff StGB a. F. Das Ergebnis war zunächst *drei*spurig (*Bockelmann* Studien S. 162); denn neben die Strafe für die Tat und die Maßregel trat in § 20 a StGB a. F. *Strafe* für den „gefährlichen Gewohnheitsverbrecher". — Siehe ferner §§ 81 ff E 1962 und Begründung S. 207 f; §§ 66 ff AE und Begründung S. 121.

77 *Kohlrausch* ZStW 44 S. 21 ff, 33.

78 Teils wird die „bedingte Verurteilung" nicht als Kombination von Strafe und Maßregel, sondern als „dritte Säule" der Kriminalpolitik bezeichnet (*Jescheck* AT § 8 VI; *LK-Jescheck* Einleitung Rdn. 40 ff). Unter bedingter Verurteilung werden dabei zusammengefaßt: Das vorläufige Absehen von Klage und die vorläufige Einstellung nach § 153 a StPO, die Verwarnung mit Strafvorbehalt nach den §§ 59 ff StGB (im Jugendstrafrecht die Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe nach den §§ 27 ff JGG), ferner Strafaussetzung oder Aussetzung des Strafrests zur Bewährung, §§ 56 bis 56 g, 58 StGB, § 57 StGB, und schließlich die Aussetzung einer Maßregel zur Bewährung, §§ 67 b, 67 c Abs. 2 Satz 4, 67 d Abs. 2, 67 g StGB.

79 Siehe *LK-Hanack* Rdn. 36 vor § 61; *Köhler* Begriff S. 82 Fn. 133; *Frisch* ZStW 102 S. 343 ff, 355 ff.

80 *Exner* Theorie S. 226 ff; *Nagler* Verbrechensprophylaxe S. 19, 66 ff, 102 ff, 257 ff; *Nowakowski* v. Weber-Festschrift S. 98 ff, 103; *Stree* Deliktsfolgen S. 217 ff; *Lenckner* in: Handbuch Bd. I S. 3 ff, 185; *LK-Hanack* Rdn. 28 vor § 61; *LK-Jescheck* Einleitung Rdn. 39; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 2 vor § 61; *Schmidhäuser* AT 21/8 mit Fn. 4 u. a. m.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

sen des Täters zu gewichten sind: so gering wie die Interessen eines Angreifers bei der Notwehr (unten 12/30, 46 f) oder so hoch wie die Interessen eines Unbeteiligten beim aggressiven Notstand (unten 13/20 ff)? Unklar ist auch, was die drohende Beeinträchtigung des Gemeininteresses ist: die kommende Verletzung oder Gefährdung durch eine Naturkatastrophe oder die kommende Verletzung der Normgeltung oder einer Zwischenform o. ä.

b) Schon konkreter ist der Vorschlag, die Maßregeln „notwehrrechtlich" zu verstehen[81]. Da freilich die Notwehr auf staatliches Abwehrhandeln gerade nicht paßt (unten 12/41 ff) und bei der Verhängung von Maßregeln zudem die Drastik eines gegenwärtigen Angriffs fehlt, geht die Parallele zur Notwehr sachlich fehl[82].

c) Nach einer ethisierenden Lösung soll die Maßregel den Verlust der „inneren Freiheit" des Täters ausgleichen und gerade wegen dieses Verlusts zu rechtfertigen sein: „Wer (der) inneren, von sittlicher Selbstbestimmung gelenkten Freiheit überhaupt nicht fähig (wie Geisteskranke) oder infolge von schlechten Anlagen, Lastern und Gewohnheiten nicht mehr hinreichend mächtig ist, kann die volle soziale Freiheit nicht beanspruchen"[83]. Diese Lösung ergibt freilich nichts für die Maßregeln, die neben der Strafe für eine voll schuldhafte Tat verhängt werden[84]; wenn der Täter für den Gebrauch seiner „Freiheit" voll einstehen muß, müßte er nach der genannten Lösung auch volle soziale Freiheit beanspruchen können.

d) Schließlich werden die Maßregeln auch unter die schon bekannten Institutionen des Rechts aufgeteilt: Teils sollen sie „personenrechtliche Fürsorgemaßnahmen" sein, teils echte Strafen[85]. Als Strafe soll insbesondere die Sicherungsverwahrung durchgehen: „Wer das Leben eines Gewohnheitsverbrechers geführt hat, der hat unbemessene Freiheitsstrafe verdient"[86]. Das geht freilich am Tatprinzip vorbei: Geschehene Taten sind immer auch zu bemessen; unbemessene Rechtsfolgen knüpfen deshalb nicht allein an die geschehenen Taten an, sondern zumindest zusätzlich an die Gefahr zukünftiger Taten; für Zukünftiges kann aber nicht schon gegenwärtig gestraft werden.

e) Alle Maßregeln sollen ein *habituelles* Defizit des Täters ausgleichen, gelten also nicht demjenigen, dessen Tat aus *situativen* Gründen erklärt werden kann, wie dies insbesondere bei Schuldlosigkeit nach den §§ 17 (ohne Befund, siehe unten 18/24), 33, 35 StGB oder auch bei Rücktritt, §§ 24, 31 StGB (unten 26/42), der Fall ist. Trifft ein habituelles Defizit (etwa: eine Geisteskrankheit) mit einem situativen Erklärungsgrund zusammen (etwa: mit einem Affekt gemäß § 33 StGB), so ist eine Maßregel ausgeschlossen, solange der situative Grund die Tat mit bedingt, und sei es auch nur in geringfügiger Art und Weise.

B. Die Differenzierung der Maßregelfunktion

1. Zur Lösung ist die Beziehung zwischen dem Konflikt, den der Täter durch seine **55**
Tat hervorruft, und der Maßregel genauer zu beschreiben. Dabei kann für alle Maßregeln vorweg festgehalten werden, daß sie praktisch mit einem Übel verbunden sind, das der Täter zu tragen hat. Deshalb weisen auch die Maßregeln den generalpräventiven (normbestätigenden) Nebeneffekt auf, der schon bei der Behandlung der Spezialprä-

---

81 *Sax* in: Grundrechte Bd. III (2) S. 909 ff, 960 ff, 963, 965.

82 Zutreffend kritisch *Nowakowski* v. Weber-Festschrift S. 98 ff, 108 f.

83 *Welzel* Strafrecht § 32 III; ebenso *LK*[9]*-Lang-Hinrichsen* Rdn. 13 f vor § 42 a; *Lang-Hinrichsen* in: 43. DJT Bd. I Teil 3 Heft B S. 5 ff, 42 f; *Gallas* Niederschriften Bd. IV S. 55; *Bockelmann* Niederschriften Bd. I S. 56 f, 243 ff, 247; *Bruns* ZStW 71 S. 210 ff, 211 f.

84 Zutreffend *Stratenwerth* AT Rdn. 35.

85 *H. Mayer* AT § 7 III.

86 *H. Mayer* AT § 64 I 2.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

vention bezeichnet wurde (oben 1/37). Davon abgesehen sind zur Klärung der Beziehung zwischen Konflikt und Maßregel folgende Maßregelarten zu unterscheiden: (a) die strafergänzende Maßregel, (b) die strafersetzende Maßregel und (c) die strafvertretende Maßregel.

56 a aa) Was die *strafergänzende* Maßregel angeht, also die Maßregel neben der Strafe, so ist folgender Zusammenhang zu beachten: Ob es überhaupt möglich ist, Erwartungen durchzuhalten, die allein normativ gegen Enttäuschungen abgesichert sind, ist schon zweifelhaft. Jedenfalls bedürfen die elementaren Erwartungen, die das Strafrecht stabilisiert, auch einer kognitiven Untermauerung. Mit Strafe kann der Verlust an Gütern, den das Opfer erleidet, nicht ausgeglichen werden. Deshalb gehört zu den Voraussetzungen eines jeden (nicht aufgezwungenen) sozialen Kontakts neben der Gewißheit, daß im Enttäuschungsfall eine normative Garantie erfolgen wird (also neben der Gewißheit, im Recht zu sein), auch die (weniger gewisse) Wahrscheinlichkeit, daß man mit seinen elementaren Gütern ungeschoren davonkommt. Beispiel: Wer voraussichtlich gewiß von einem betrunkenen Autofahrer totgefahren wird, wenn er sich auf die Straße begibt, wird trotz der Garantie, im Recht zu sein, die Straße meiden. Freilich kann die kognitive Absicherung schwächer sein, als es die normative Garantie ist; der Witz der normativen Garantie besteht ja gerade darin, daß die Norm auch dann noch als allseitig verbindliches Verhaltensmuster akzeptiert werden kann, wenn ein Normbruch kognitiv nicht auszuschließen ist. Das heißt aber nicht, es könne darauf verzichtet werden, evidente Gefahrenquellen zu verstopfen. Die normative Garantie wirkt nur als eine brauchbare Garantie, wenn der Normbruch auch kognitiv ernsthaft angegangen wird; denn da allein vom Recht-Haben niemand leben kann, läßt sich auch allein mit der Gewißheit, daß notfalls eine normative Garantie erfolgt, das Leben nicht brauchbar organisieren. Wegen dieses Befunds sind die strafergänzenden Maßregeln erforderlich, also etwa Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) oder in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) oder in Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) neben der Strafe u. a. m. Die Aufgabe dieser Maßregeln besteht darin, dasjenige Maß an kognitiver Sicherheit herzustellen, ohne das die normative Garantie keine taugliche Organisationsgrundlage abgibt.

Auch eine Maßregel, die neben eine Strafe tritt, dient also der Erhaltung von Normgeltung; sie stützt den Effekt der Strafe für die geschehene Tat durch kognitive Untermauerung der Norm, also auch abgesehen von dem schon bezeichneten generalpräventiven Nebeneffekt, der hauptsächlich aus dem Übelscharakter der Maßregel resultiert. Die Verbindung von Maßregel und Normgeltung erklärt, weshalb der Normbruch für die Gefahr weiterer Normbrüche symptomatisch sein muß: Es geht nicht darum, aus Anlaß der Tat eine Generalrevision der Person des Täters vorzunehmen, sondern die Indizwirkung der Tat hindert eine Bereinigung der Situation allein durch Strafe.

bb) Wegen ihrer bloßen Hilfsfunktion ist eine strafergänzende Maßregel auf das Quantum zu limitieren, das erforderlich ist, um den Strafeffekt zu stützen. Diese Limitierung ist für die Beendigung einer Maßregel höchst bedeutsam: Die Maßregel hat nicht erst zu enden, wenn die Gefahr weiterer Taten beseitigt ist, sondern schon dann, wenn die Geltung der Norm nicht mehr in Zweifel steht, weil ein ernsthafter und nicht offensichtlich erfolgloser Besserungsversuch unternommen worden ist (oder bei Sicherungsverwahrung: ein entsprechendes Abwarten geänderter Verhältnisse).

57 b) Bei einer *strafersetzenden* Maßregel, d. h. bei einer Maßregel aufgrund schuldlosen Verhaltens des Täters, bleibt — abgesehen vom generalpräventiven Nebeneffekt der Übelszufügung — nur jene dünne Beziehung zur Normgeltung, die sich aus dem

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Umstand ergibt, daß überhaupt gegen den Täter vorgegangen wird, daß also der Konflikt und der Täter als dessen Ursache ernst genommen werden (auf bloße Geschmacklosigkeiten oder auf bloßen Unfug hin erfolgt keine bessernde oder sichernde Reaktion). Eine strafersetzende Maßregel hat aber nicht eine bloße Hilfsfunktion, sondern ist eine eigene Erledigungsart. Da der Konflikt nur kognitiv und nicht normativ angegangen wird, muß die Maßregel auch kognitiv erfolgreich sein: Zielpunkt ist — anders als bei der ergänzenden Maßregel — nicht die Normgeltung, sondern die Gefahrfreiheit.

c) Zwischen den beiden zuvor genannten Arten von Maßregeln ist die *strafvertretende* Maßregel angesiedelt, das heißt die Maßregel, die gegenüber dem schuldhaften Täter statt Strafe verhängt oder vollstreckt wird (§ 67 Abs. 4 und 5 StGB). Sie hat mit der strafergänzenden Maßregel gemeinsam, daß sie Reaktion auf einen zurechenbaren Normbruch ist, und mit der strafersetzenden Maßregel, daß die Lösung des Konflikts ganz im kognitiven Bereich gesucht wird. Die verletzte Norm soll stabilisiert werden, indem die faktische Chance ihrer Beachtung erhöht wird. Es geht also um die Festigung von Normgeltung allein durch Beseitigung von Gefahr. — Ob das allerdings mehr als nur vereinzelt durchführbar ist, ist nicht ausgemacht (siehe oben zur Spezialprävention 1/39). **58**

2 a) Entsprechend den unterschiedlichen Aufgaben der Maßregeln ist die *Zweckerreichung* unterschiedlich zu bestimmen. Bei der strafergänzenden Maßregel geht es nur darum, die kognitive Sicherheit zu schaffen, die zur Untermauerung einer normativen Garantie erforderlich ist. Bei den beiden anderen Maßregelarten muß hingegen der Konflikt überhaupt kognitiv erledigt werden; die Prüfung, ob die Gefahr beseitigt ist, muß deshalb bei den zuletzt genannten Arten nach einem strengeren Maßstab erfolgen. **59**

b) Auch bei der Beurteilung der *Verhältnismäßigkeit*[86a] ergeben sich je nach Art der Maßregel unterschiedliche Interessenbeteiligungen und Interessengewichtungen. Während es bei einer strafergänzenden und (trotz des kognitiven Vorgehens) auch bei einer strafvertretenden Maßregel hauptsächlich um die Erhaltung von allgemeinem Normvertrauen geht, ist bei einer strafersetzenden Maßregel die Beseitigung von Gefahren für Güter (nicht für Normen) vorrangig, was weniger zählt. — Die Interessen auf seiten des Täters sind um so geringer zu gewichten, je stärker er für die Gefahr zuständig ist, so daß insoweit eine Reaktion gegenüber einem schuldhaft handelnden Gewohnheitstäter noch verhältnismäßig sein mag, wenn sie gegenüber einem Geisteskranken schon unverhältnismäßig ist. — Weiterhin muß bei der strafvertretenden Maßregel zu Lasten des Täters berücksichtigt werden, daß ihn — im Gegensatz zur Lage bei der strafergänzenden Maßregel — trotz schuldhaften Verhaltens keine Strafe trifft. — Der Notwendigkeit dieser differenzierten Abwägungen[87] wird die pauschale Formulierung von § 62 StGB nicht gerecht. Einzelheiten gehören zur Lehre von den Rechtsfolgen. **60**

3. Daß für einen nicht (voll) verantwortlichen Täter im Ergebnis die Gesamtbelastung durch Reaktionen anläßlich einer Straftat (nicht gemeint sind Reaktionen nach den Unterbringungsgesetzen der Länder) erheblich größer sein kann als diejenige eines voll verantwortlichen Täters, kann zumindest für diejenigen Fälle nicht befriedigen, in denen der Verantwortungsverlust nicht dem Täter selbst zugerechnet werden kann. **60a**

[86a] Dazu mit Nachweisen BVerfG NStZ 1986 S. 185 ff; *Bae* Grundsatz S. 81 ff, 152 ff, 213 ff; *LK-Hanack* § 62 Rdn. 9 ff; beachtliche Kritik bei *Eickhoff* NStZ 1987 S. 65 ff.

[87] *SK-Horn* § 62 Rdn. 8 vergleicht die Differenziertheit zutreffend mit derjenigen bei der Strafzumessung.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

2. ABSCHNITT
Die materielle Legitimation des Strafrechts

Literatur

K. Amelung Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *ders.* Buchbesprechung, ZStW 87 S. 132 ff; *ders.* Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, JZ 1982 S. 617 ff; *G. Arzt* Viktimologie und Strafrecht, Monschrkrim 1984 S. 105 ff; *A. Baratta* Integrations-Prävention. Eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe KrimJ 1984 S. 132 ff; *R. Bloy* Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes, ZStW 100 S. 485 ff; *P. Bockelmann* Literaturbericht, ZStW 74 S. 304 ff; *E. Brandt* Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für Entpoenalisierungen im Strafrecht, 1988; *R.-P. Calliess* Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974; *G. Dahm* Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW 57 S. 225 ff; *J. Driendl* Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart, 1983; *U. Ebert* Verbrechensbekämpfung durch Opferbestrafung?, JZ 1983, S. 633 ff; *J. Feinberg* The Moral Limits of the Criminal Law, Bd. 1 (Harm to Others) 1984, Bd. 2 (Offence to Others) 1985, Bd. 3 (Harm to self) 1986, Bd. 4 (Harmless Wrongdoing) 1988; *I. Fetscher* Zum Prozeß um das Buch „Wie alles anfing" von ... Baumann, in: *K. Lüderssen* u. a. (Hrsg.) Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, Bd. 2 1980, S. 506 ff; *Th. Fischer* Das Verhältnis der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) zur Volksverhetzung (§ 130 StGB), GA 1989 S. 445 ff; *M. Frommel* Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion, 1987; *dies.* Welzels finale Handlungslehre in: *U. Reifner* u. a. (Hrsg.) Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, 1984, S. 86 ff; *W. Gallas* Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Gleispach-Festschrift S. 50 ff; *ders.* Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968; *M. Grünhut* Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Frank-Festgabe Bd. I S. 1 ff; *G. Grünwald* Billigung von Straftaten (§ 140 StGB), in: *K. Lüderssen* u. a. (Hrsg.) Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, Bd. 2 1980, S. 489 ff; *E.-W. Hanack* Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen? Gutachten 47. DJT Bd. I (A); *R. Hassemer* Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981; *W. Hassemer* Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973; *ders.* Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; *ders.* Buchbesprechung, ZStW 87 S. 146 ff; *ders.* Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, Arthur Kaufmann-Festschrift S. 85 ff; *ders.* Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ 1989, S. 553 ff; *Th. Hillenkamp* Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *R. M. Honig* Die Einwilligung des Verletzten Teil I, 1919; *H. Jäger* Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957; *G. Jakobs* Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschutzes, Jescheck-Festschrift S. 627 ff; *ders.* Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 S. 751 ff; *H. Jung* Zur Strafbarkeit des Inzests, Leferenz-Festschrift S. 311 ff; *G. Kaiser* Kriminalisierung und Entkriminalisierung in Strafrecht und Kriminalpolitik, Klug-Festschrift S. 579 ff; *Arthur Kaufmann* Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, Henkel-Festschrift S. 89 ff; *ders.* Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart, 1976; *J. Krümpelmann* Die Bagatelldelikte, 1966; *Kr. Kühl* Neue Gesetze gegen terroristische Straftaten, NJW 1987 S. 737 ff; *K.-L. Kunz* Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *F. J. Kurth* Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, 1984; *E.-J. Lampe* Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis, Welzel-Festschrift S. 151 ff; *F. v. Liszt* Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, ZStW 6 S. 663 ff; *ders.* Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, ZStW 8 S. 133 ff; *F. Loos* Zum „Rechtsgut" der Bestechungsdelikte, Welzel-Festschrift S. 879 ff; *M. Maeck* Opfer und Strafzumessung, 1983; *M. Marx* Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut". Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, 1972; *K. Marxen* Der Kampf um das liberale Strafrecht, 1975; *M. E. Mayer* Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903; *E. Mezger* Die Straftat als Ganzes, ZStW 57 S. 675 ff; *A. Montenbruck* Abwägung und Umwertung, 1989; *H. Müller-Dietz* Instrumentuelle vs. sozialethische Funktion des Strafrechts — am Beispiel der Pönalisierung von Verhaltensweisen, Arthur Kaufmann-Festschrift S. 95 ff; *W. Naucke* Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts, in: *W. Hassemer* u. a., Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, 1983 S. 3 ff; *U. Neumann* und *U. Schroth* Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; *H. Otto* Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, in: *H. Müller-Dietz* (Hrsg.) Strafrechtsdogmatik und Kriminal-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

politik, 1971, S. 1 ff; *ders.* Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 S. 539 ff; *K. Peters* Die ethischen Grundlagen des Strafprozesses, Würtenberger-Festschrift S. 77 ff; *F. Preiser* Wie weit sollte das Sittlichkeitsstrafrecht reformiert werden? ZStW 82 S. 655 ff; *R. Rengier* Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht, NJW 1990 S. 2506 ff; *G. Roos* Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts, 1981; *C. Roxin* Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966 S. 377 ff; *H.-J. Rudolphi* Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Honig-Festschrift S. 151 ff; *W. Sax* Grundsätze der Strafrechtspflege, in: *K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner* (Hrsg.) Die Grundrechte Bd. III (2), 2. Auflage 1972, S. 909 ff; *F. Schaffstein* Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? Deutsches Strafrecht 2 (1935) S. 97 ff; *ders.* Das Verbrechen als Pflichtverletzung, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 108 ff; *ders.* Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, Deutsches Strafrecht 4 (1937) S. 335 ff; *E. Schmidhäuser* Der Unrechtstatbestand, Engisch-Festschrift S. 433 ff; *E. Schwinge* Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *K. Seelmann* Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht, NJW 1990 S. 1257 ff; *P. Sina* Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut", 1962; *G. Stratenwerth* Leitprinzipien der Strafrechtsreform, 1970; *K. Tiedemann* Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *H. Welzel* Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; *ders.* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 S. 491 ff; *ders.* Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, Kohlrausch-Festschrift S. 101 ff; *K. D. Wiegand* Die Tierquälerei, 1979; *M. J. Worms* Die Bekenntnisbeschimpfung im Sinne des § 166 Absatz 1 StGB und die Lehre vom Rechtsgut, 1984; *H. Zipf* Kriminalpolitik, 2. Auflage 1980.

I. Das Bezugsniveau des Strafrechtsschutzes: Normen als Strafrechtsgut

1 A. Formell wird Strafrecht durch das verfassungsgemäße Zustandekommen der strafrechtlichen Gesetze legitimiert. Die materielle Legitimation besteht darin, daß die strafrechtlichen Gesetze zur Erhaltung der staatlichen und gesellschaftlichen Gestalt erforderlich sind. Es gibt keinen genuinen Inhalt der strafrechtlichen Normen, sondern die möglichen Inhalte richten sich nach dem gegebenen Regelungszusammenhang. Zum Regelungszusammenhang gehören die Wirklichkeiten des sozialen Lebens ebenso wie die — insbesondere verfassungsrechtlichen — Normen.

2 B 1. Der Beitrag, den das Strafrecht zur Erhaltung der staatlichen und gesellschaftlichen Gestalt leistet, besteht in der Garantie von Normen. Die Garantie geht dahin, daß die Erwartungen, die zum Funktionieren des sozialen Lebens in der gegebenen und in der gesetzlich geforderten Gestalt unabdingbar sind, im Fall ihrer Enttäuschung nicht preisgegeben werden müssen. Man kann deshalb — was freilich dem üblichen Sprachgebrauch zuwiderläuft — die Enttäuschungsfestigkeit der wesentlichen normativen Erwartungen, und diese Enttäuschungsfestigkeit deckt sich mit praktizierter Normgeltung, als das vom Strafrecht zu schützende Gut definieren; dieses Gut wird nachfolgend das *Strafrechtsgut* genannt.

3 2 a) Bei dieser Begriffsverwendung mag die starke Anbindung an die strafrechtlichen Normen zunächst verwundern; denn Güter lassen sich auch ohne diesen normativen Umweg ausmachen, indem man benennt, was der Täter — jedenfalls im Fall eines Verletzungsdelikts im materiellen Sinn — zerstört: Leben, Gesundheit, Eigentum, wobei hier noch dahinstehen mag, ob die genannten Gegenstände um ihrer selbst willen oder wegen ihrer Leistungen für eine Person oder für die Gesellschaft Güter sein sollen. Es soll auch nicht bezweifelt werden, daß die genannten Gegenstände sinnvoll Güter genannt werden können; denn sie sind positiv bewertete Sachverhalte und deshalb für den Bewertenden „gut".

4 b) Aber Güter dieser Art können zum größten Teil auch durch natürliche Abläufe beeinträchtigt werden (Krankheit, Materialermüdung etc.) und ebenfalls durch Verläufe, die zwar von Menschen vermittelt werden, aber nicht vermeidbar (vorsätzlich

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

oder fahrlässig) sind. Das kann zwar auf ihr Verständnis als Güter ohne Einfluß bleiben, nicht aber auf die Qualifizierung zu Strafrechtsgütern. Wenn man nämlich die positiv bewerteten Sachverhalte ohne Einschränkung als Strafrechtsgüter bezeichnet, ergibt sich die seltsame Konsequenz, daß sich das Strafrecht um den Verlust seiner Güter manchmal (oder je nach Bereich sogar zumeist) nicht kümmert: Der Tod an Altersschwäche, der Verderb einer Sache in der Zeit u. a. m. vernichten Güter im bezeichneten Sinn, erfüllen aber keinen strafrechtlichen Tatbestand[1]. Das Strafrecht hat also nicht die Aufgabe, den Bestand der bezeichneten Güter in jedem Fall zu garantieren, sondern nur bei bestimmt gearteten Angriffen. Würde der Grund dieser Zurückhaltung von außen an das Strafrecht herangetragen, so wäre es angemessen, Gegenstände von der bezeichneten Art um ihrer selbst willen oder um ihrer Leistung für Personen oder für die Gesellschaft willen Strafrechtsgüter zu nennen; denn strafrechtlich wäre dann ein umfassender Schutz angezeigt, der allein durch strafrechtsfremde Gründe auf bestimmte Angriffsweisen beschränkt würde. Bei diesem Verständnis müßte aber jede Vernichtung eines Guts im bezeichneten Sinn, wie sie auch erfolgen mag, eine strafrechtlich relevante Störung sein. Mit der Absurdität dieser Konzeption (jede Krankheit ein Angriff auf Strafrechtsgüter?) werden die Grenzen der Leistungsfähigkeit des bezeichneten Güterbegriffs deutlich: Er betrifft zwar sinnvoll als Güter zu bezeichnende Sachverhalte, vernachlässigt aber die spezifische Aufgabe des Strafrechts, da er schädliches Walten der Natur oder nicht vermeidbares Verhalten von Menschen zusammen mit dem — strafrechtlich allein interessierenden — zurechenbaren Verhalten über denselben Kamm der „Störung wegen Gutsverletzung" schert. In der Konsequenz wird jedenfalls bei Gütern, die nicht durch gesellschaftliche Evolution ihre Aufgabe verlieren, vielmehr physisch bedingt ableben (Altersschwäche), die Vergangenheit zu einem riesigen Rechtsgüterfriedhof, der hinreichend deutlich demonstriert, daß bei der Verletzung eines Guts im bezeichneten Sinn das Niveau, auf dem Strafrecht stattfindet, nicht notwendig erreicht wird.

5 C 1. Strafrechtlich interessiert nicht jede nachteilige Veränderung eines Guts als eines positiv bewerteten Sachverhalts; vielmehr muß sich die Veränderung gegen die positive Bewertung selbst richten. Das kann nur durch ein menschliches Verhalten mit dem expressiven Gehalt geschehen, eine Berücksichtigung der positiven Bewertung sei nicht angebracht. Nicht die Verursachung eines Todes ist *Strafrechts*gutsverletzung (sie ist schlicht Gutsverletzung), sondern der in der vermeidbaren Tötung liegende Normwiderspruch. Die vermeidbare Tötung hat den Sinn eines Widerspruchs gegen die Norm, die den Tötungsdelikten zugrunde liegt, weil der Täter wegen der Kenntnis (Vorsatz) oder Erkennbarkeit (Fahrlässigkeit) für zuständig gehalten wird, das folgenreiche Verhalten und nicht eine schadlose Alternative gewählt zu haben (siehe unten 6/24). Die Norm verpflichtet zu schadloser Organisation, aber der Täter organisiert zurechenbar schadensreich: Sein Weltentwurf ist demjenigen der Norm entgegengesetzt. Nur diese Sicht hebt das Strafrechtsgut auf die Ebene, auf der gesellschaftliche Interaktion per Strafrecht stattfindet: die Ebene der *Bedeutung* von (deliktischem) Verhalten als Negation der *Bedeutung* von Normen und der Bekräftigung des Festhaltens an der Norm*bedeutung* durch die strafende Reaktion[2]. Strafrechtsgut im Bereich

---

1 *Bockelmann* ZStW 74 S. 311 ff, 313.

2 Bemühungen, Strafrechtsgut, Normbruch und Strafe auf ein Niveau zu bringen, sind selten. Zu nennen ist vorweg *Welzel* Strafrecht § 1 I; *ders.* ZStW 58 S. 491 ff, 509 ff; *ders.* Kohlrausch-Festschrift S. 101 ff, 107 ff, der zwischen Sachverhaltswerten und Aktwerten trennt (freilich nur die Sachverhaltswerte als Rechtsgüter bezeichnet): „Wesentlicher als der Schutz der konkreten einzelnen Rechtsgüter ist die Aufgabe, die reale Geltung (Befolgung) der Aktwerte rechtlicher Gesinnung sicherzustellen" (Strafrecht aaO). — Zu *Welzels* Lehre siehe *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 165 ff, 273 ff; *Hassemer* Theorie S. 87 ff. —

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

der Eigentumsdelikte ist bei dieser Lösung nicht die fremde Sache oder die Beziehung des Eigentümers zu seiner Sache als Funktionseinheit für Aktionen zur Bedürfnisbefriedigung oder zur Gewinnerzielung, sondern die Geltung des Norminhalts, Eigentumsschutz solle sein; entsprechend ist Strafrechtsgut im Bereich der Körperverletzungsdelikte die Geltung des Norminhalts, fremde Körperintegrität sei zu achten etc. Strafrechtsgut ist die praktische Verbindlichkeit der Norm.

2. Das Strafrechtsgut im bezeichneten Verständnis kann nicht durch ein Verhalten **6** als äußerliches Ereignis, sondern nur durch ein Verhalten als bedeutungshaltiges Ereignis angegriffen werden. Wegen des Tatprinzips liegt freilich eine Straftat immer nur vor, wenn auch ein äußerliches, sinnenfälliges Ereignis stattfindet. Das Objekt dieses äußerlichen Verhaltens ist freilich nicht das Strafrechtsgut, vielmehr sind Strafrechtsgut und *Handlungsobjekt* (genauer wäre: Verhaltensobjekt) zu trennen[3].

Beim Handlungsobjekt kann es sich sogar um das Gegenteil eines Guts handeln, scil. wenn das Verhalten in der Produktion unerwünschter Gegenstände besteht, etwa bei der Geldfälschung oder der sonstigen Urkundenfälschung (§§ 146 ff, 267, 348 StGB), oder in der Produktion unerwünschter Informationen, etwa bei der Beleidigung, beim Geheimnisverrat und beim Betrug (§§ 185, 203, 263 StGB). Soweit das Handlungsobjekt nicht rechtlich negativ bewertet wird, kann man es als *Angriffsobjekt* bezeichnen. Manche Angriffsobjekte lassen sich ihrerseits als Güter definieren, die dem maßgeblichen Gut (dem Strafrechtsgut und auch dem Rechtsgut im noch zu bestimmenden Sinn) vorgelagert sind (etwa Eigentum als der Entfaltungsmöglichkeit vorgelagertes Gut), andere vermitteln nur den Angriff gegen ein Gut (etwa der Vollstreckungsbeamte beim Widerstand nach § 113 StGB).

II. Materielle Legitimation des Strafrechts durch Rechtsgüterschutz?

A. Allgemeine Probleme

1. Das bislang behandelte Bezugsniveau des Strafrechtsguts steht bei der Diskussion **7** des Problems „Strafrecht als Rechtsgüterschutz" (oder „Straftat als Rechtsgutsverletzung"[4]) üblicherweise nicht im Vordergrund[5]. Es geht vielmehr darum, ob die Straf-

Der verbreitete Einwand, der Blick auf den Aktunwert führe zum Gesinnungsstrafrecht, da in *Welzels* System die Straf*tat* keinen notwendigen Platz habe, trifft bislang jede Theorie: Selbst aus der Festlegung auf den Schutz sinnlich erfahrbarer Rechtsgüter ergibt sich keine Antwort auf die Frage, ob und wann ein so gefährlicher Angriff vorliegt, daß Strafe notwendig ist. Jede Straftat fängt im Kopf des Täters an und endet in der Außenwelt. Das Tatprinzip ist deshalb auch aus dem Prinzip eines Rechtsgüterschutzes im konventionellen Verständnis nicht zu erklären (*Jakobs* ZStW 97 S. 751 ff, 752 f; a. A. *Sax* Grundrechte Bd. III (2) S. 909 ff, 913; *Hassemer* Theorie S. 97; *Jescheck* AT § 1 III 2 u. a. m.). Der Einwand von *Baratta* (KrimJ 1984 S. 132 ff, 139), der Unterschied von Recht und Moral werde aufgehoben, beruht auf der unbegründeten Gleichsetzung der (stattfindenden) Entnaturalisierung mit einem (nicht stattfindenden) vermehrten Zugriff auf Innerlichkeit. — Grundlegend ferner *Schmidhäuser* Engisch-Festschrift S. 433 ff, 444 f; *ders.* AT 2/30: „Rechtsgutsverletzung ist ein geistiges Phänomen . . . Rechtsgutsverletzung ist die Verletzung des vom Rechtsgut (?) ausgehenden Achtungsanspruchs durch ein Willensverhalten"; *ders.* Studienbuch 5/27: „der von wertvollen Sachverhalten ausgehende Achtungsanspruch". — Ähnlich wie hier *Otto* ZStW 87 S. 539 ff, 554 ff, 562.

3 *Jescheck* AT § 26 I 4; *Stratenwerth* AT Rdn. 210; *Schmidhäuser* AT 2/31 f; *Maurach-Zipf* AT I § 19 Rdn. 14 ff; *Baumann-Weber* AT § 12 II 3 a.

4 Gemeint ist nicht, jede Straftat müsse erfolgreich verletzen, sondern jede Norm müsse den Zweck haben, Verletzungen zu verhüten.

5 Zur Dogmengeschichte siehe *Sina* Dogmengeschichte passim; grundlegend zum Zusammenhang zwischen der Geschichte des Begriffs Rechtsgut und der allgemeinen Geistesgeschichte *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 15 ff mit teilweise erheblichen Korrekturen der Darstellung *Sinas* (dazu zusammenfassend S. 10 ff); eine Darstellung mit einem Schwerpunkt auf der Wechselbeziehung zwischen Rechtsgut und sozialer Wirklichkeit gibt *Hassemer* Theorie passim; zu *Amelung* siehe *Hassemer* ZStW 87 S. 145 ff; zu *Hassemer* siehe *Amelung* ZStW 87 S. 132 ff; zum angelsächsischen Rechtskreis umfassend *Feinberg* Limits, passim.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

rechts*normen* (und damit erst mittelbar auch das Strafrecht selbst) nur legitim sind, wenn sie Rechtsgüter schützen, ohne daß freilich sonderlich klar wäre, was ein Rechtsgut in diesem Zusammenhang ist. „Das Rechtsgut ist zu einem wahren Proteus geworden, der sich unter den Händen, die ihn festzuhalten glauben, sofort in etwas anderes verwandelt"[6]. — Nachfolgend wird als *Rechtsgut* der Schutzgegenstand einer Norm verstanden, dies im Gegensatz zur Normgeltung selbst als dem Strafrechtsgut.

8 2 a) Streitig ist schon, aus wessen Sicht festzulegen ist, was als Schutzgegenstand der Norm in Betracht kommt, ja ob es überhaupt nur auf eine einzige Sicht ankommt (monistische Theorien) oder ob die Perspektive wechseln kann (dualistische Theorien). Neben der (monistischen) Zuordnung aller Rechtsgüter zum einzelnen Bürger[7] finden sich Zuordnungen zur Gesellschaft und dadurch zum Bürger[8], ferner (dualistische) Zuordnungen, die bei Individualrechtsgütern dem Bürger, bei staatlichen oder überindividuellen Rechtsgütern der Gesellschaft oder dem Staat gelten sollen[9], und schließlich (wiederum monistische) Zuordnungen einzig zur „Rechtsgemeinschaft"[10].

9 b) Der Streit betrifft drei zweckmäßigerweise zu trennende Problembereiche:

aa) Zunächst geht es darum, wer der letztlich Begünstigte des „Schutzbetriebs" ist. Hier ist die Sicht möglich, daß selbst der Schutz der Einzelperson (Leben, Freiheit etc.) nur erforderlich ist, weil die Gesellschaft nun einmal handlungsfähige Mitglieder braucht, oder daß in der Umkehrung der Schutz des Staats (etwa gegen Hochverrat) oder gesamtgesellschaftlicher Institutionen nur erfolgt, weil der einzelne zum Überleben der Hilfe des Staats bedarf. Dieser Streit um den Staatszweck läßt sich allein an den strafrechtlichen Normen nicht austragen, noch weniger beschränkt auf den Begriff Rechtsgut. Jedenfalls scheiden Radikallösungen aus: Strafrechtliche Normen sind durch die Androhung förmlicher Reaktionen garantiert und deshalb ohne förmliche Ordnung zwischen den einzelnen Individuen so wenig denkbar, wie in der Umkehrung eine Gesellschaft ohne Mitglieder denkbar ist[11].

10 bb) Weiterhin läßt sich fragen, aus wessen Sicht festzulegen ist, welche Güter, wem diese auch zustehen mögen, des Schutzes würdig und bedürftig sind. Diese Sicht ist immer die öffentliche, allgemeine, auch soweit es um den Schutz privater Güter geht; denn wenn etwas zum Rechtsgut einer strafrechtlichen Norm erhoben wird, heißt dies per Definition, daß der Schutz eine öffentliche Aufgabe wird. Damit ist freilich nicht ausgemacht, welche privaten Güter in öffentlicher Regie geschützt werden dürfen und welche öffentlichen Güter eines Strafrechtsschutzes bedürfen. Die Güterlehre ist bei der Entscheidung dieser Frage wenig hilfreich. Die Antwort hängt vielmehr von der Sozialschädlichkeit des Verletzungsverhaltens ab, mit der die Wertwidrigkeit des güterverletzenden Verhaltens nicht notwendig korrespondiert.

11 cc α) Schließlich muß die Verfügungszuständigkeit für ein Gut festgelegt werden, soweit es als schutzwürdig und schutzbedürftig befunden wird. Die Entscheidung ist durch Annahmen zum letztlich Begünstigten nicht präjudiziert. So kann auch in einem Modell, nach dem der Eigentumsschutz nicht dem einzelnen dient, sondern das allgemeine Wirtschaftsleben und dadurch den Staat stärken soll, die Verfügungszuständigkeit dem einzelnen Bürger überlassen werden, etwa in der Annahme, dessen Egoismus

---

6 *Welzel* ZStW 58 S. 491 ff, 509.

7 *M. Marx* Definition S. 79 ff und passim; *Hassemer* Theorie S. 68 ff, mit erheblichen Differenzierungen S. 233 ff.

8 *SK-Rudolphi* Rdn. 8 f vor § 1; *ders.* Honig-Festschrift S. 151 ff, 161 f; *Calliess* Theorie S. 131 ff, 143 ff.

9 *Tiedemann* Tatbestandsfunktionen S. 113 ff, 118 f; *Schmidhäuser* Engisch-Festschrift S. 433 ff, 443 f und die ganz überwiegende Ansicht, siehe nur *Maurach-Zipf* AT I § 19 Rdn. 4 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 10 vor § 13.

10 *Binding* Normen Bd. I S. 357 ff.

11 Siehe *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 391 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

garantiere einen wirtschaftlich optimalen Einsatz. In der Umkehrung kann in einem Modell, nach dem der Schutz des Guts allein zugunsten des einzelnen erfolgen soll, dessen Verfügungszuständigkeit gebunden sein, etwa indem ihm vorgeschrieben wird, was dienlich ist (der richtige Wille des Zuständigen rangiert dann vor dessen wirklichem Willen). Vor allem aber lassen sich Güter, die allen einzelnen dienen sollen, nur gemeinsam verwalten, so daß auch bei einem individualistischen Ansatz um die Anerkennung von Gütern in der Verfügungszuständigkeit des Staats nicht herumzukommen ist (etwa öffentliches Eigentum) [11a].

Nach geltendem Recht erfolgt die Bestimmung der Zuständigkeit — abgesehen von überhaupt unverfügbaren Gütern wie etwa dem Bestand der Bundesrepublik Deutschland — dualistisch; neben die Güter in der Zuständigkeit des einzelnen oder eines Zusammenschlusses von einzelnen treten die (seltener überhaupt verfügbaren) Güter in der Hand des Staats oder der anderen öffentlichrechtlichen juristischen Personen und die Güter in allgemeiner gesellschaftlicher Zuständigkeit. — Von der Verfügungszuständigkeit hängt die (tatbestandsausschließende oder rechtfertigende) Wirkung einer Einwilligung ab (unten 7/114; 14/7).

β) Je mehr das Vertrauen schwindet, die Voraussetzungen des Lebens und der Lebensgestaltung der Bürger würden sich auf natürlichem Wege, durch Selbststeuerung des Marktes oder sonst ohne finale Regulierung einstellen, um so häufiger übernimmt der Staat die Verwaltung dieser Voraussetzungen und erstreckt bei seiner finalen Regulierung auch den Strafrechtsschutz auf diese Voraussetzungen, die dabei in den Rang von Rechtsgütern einrücken: Umwelt, Volksgesundheit etc. Dem Prinzip nach ist das keine Neuigkeit; schlechthin jede Institutionalisierung von Staatstätigkeit kann zum Rechtsgut werden; die modernen Staatsziele stehen insoweit den klassischen (äußere und innere Sicherheit) gleich. Aber die neuen Güter weisen quantitative Besonderheiten auf, die den Rechtsgutsbegriff verwässern: Ihre Grenze zum Sozialadäquaten ist, wenn sie scharf ist, sachlich willkürlich (verbotene contra allgemein akzeptierte Rauschgifte) und ansonsten ein solchermaßen vages Produkt von Regierungs- und Verwaltungsermessen, daß der Schutz des Guts hinter dem Schutz der Durchsetzbarkeit von Entscheidungen zu verschwinden droht (Umwelt). Ob der Lebensqualitäten verwaltende Sozialstaat freilich auf den strafrechtlichen Schutz solcher Rechtsgüter verzichten könnte, ist nicht ausgemacht [11b].

B. Der Begriff des Rechtsguts

1. Ein Gut ist ein positiv bewerteter Sachverhalt. Sachverhalt wird hierbei im weiten **12**
Sinn verstanden, so daß der Begriff nicht nur (körperliche und andere) Gegenstände umfaßt, sondern auch Zustände und Entwicklungen. Rechtsgut wird ein Gut dadurch, daß es rechtlichen Schutz genießt. Nun läßt sich argumentieren, der rechtliche Schutz sei hinreichender und maßgeblicher Beweis für die positive Bewertung des Sachverhalts. Das Rechtsgut wird dann positivistisch bestimmt und der Begriff umfaßt „alles,

---

11a *Zaczyk* trennt ursprünglich interpersonal konstituierte Rechtsgüter (Unrecht S. 165 ff), Rechtsgüter der Gesellschaft (S. 170 ff) und Rechtsgüter des freiheitlichen Staats (S. 181 ff); an die unterschiedliche Konstitution knüpft er Konsequenzen für den Versuch, insbesondere bei Mängeln der Tathandlung (S. 231 ff). Dazu unten 25/Fn. 57.

11b Verzichtsfreundlich *Hassemer* Arthur Kaufmann-Festschrift S. 85 ff, 90 ff; *ders.* NStZ 1989 S. 553 ff, 557 ff; wohl zurückhaltender *AK-Hassemer* Rdn. 274 ff vor § 1. — Eingehend für einen Rückbezug des Umweltschutzes auf den Einzelnen unter Ablehnung eines Schutzes der Umwelt um ihrer selbst willen *AK-Hassemer* Rdn. 276 ff, 280 vor § 1; *Bloy* ZStW 100 S. 484, 487 ff; differenzierend *Rengier* NJW 1990 S. 2506 ff, jeweils mit Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

was in den Augen des Gesetzes als Bedingung gesunden Lebens der Rechtsgemeinschaft für diese von Wert ist . . .“[12]. Die Konkretisierung dieser Bestimmung führt zu einer „etwas tumultuarischen Aufzählung des ‚Güterkapitals der Rechtsordnung“[13], d. h. man kann an der Aufzählung keine Theorie der Gesellschaft ablesen, sondern nur die Schwankungen und Kompromisse der Praxis. Auch in dieser positivistischen Variante steckt freilich noch ein zum positiven Recht kritischer Aspekt[14]: Wenn ein Rechtsgut vorhanden sein soll, muß das Gesetz schon irgendeinen Sachverhalt als wertvoll für das „gesunde Leben“ ansehen, und hieran fehlt es, wenn das Gesetz Verhaltensweisen regelt, deren Ertrag nicht für etwas von Wert ist, sondern die um ihrer selbst willen ein Wert sind, insbesondere wenn das Gesetz sittliches Verhalten um seiner selbst willen vorschreibt. Allerdings läßt sich auch dieser kritische Rest des Rechtsgutsbegriffs noch verringern, indem die Definition des Begriffs so elastisch gefaßt wird, daß er schlechthin jeden Regelungszweck einschließt. Das Rechtsgut ist dann als „Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtssätze“[15] oder als „Abbreviatur des Zweckgedankens“[16] zu verstehen.

13 2. Überwiegend wird dem Rechtsgutsbegriff jedoch eine stärker kritische Funktion zugesprochen. Weder soll der Sachverhaltswert verzichtbar sein — daß die „bloße Sittenwidrigkeit“ oder die „bloße Unmoral“ mangels Rechtsgutsverletzung nicht als Straftat definiert werden dürfen, kann als eines der Hauptanliegen der Rechtsgutslehre bezeichnet werden[17] — noch soll es bei der Wertbestimmung allein auf die „Augen des Gesetzes“ ankommen. Vielmehr soll das Gute am Rechtsgut schon vor seiner rechtlichen Anerkennung „Lebensinteresse“ sein. „Nicht die Rechtsordnung erzeugt das Interesse, sondern das Leben; aber der Rechtsschutz erhebt das Lebensinteresse zum Rechtsgut“[18], wobei freilich unklar bleibt, nach welchen Kriterien das positive Recht zwischen anzuerkennenden und zu verwerfenden Interessen unterscheidet (auch Verbrecher verfolgen Interessen)[19]. Bei weniger ausgeprägtem naturalistischem Optimismus tritt an die Stelle des interessenerzeugenden „Lebens“ zumindest teilweise die Kultur. „Will man wissen, wie diese Interessen entstanden sind, so muß man Kulturgeschichte studieren, darf aber auch nicht vergessen, daß einige fundamentale Interessen mit der Natur des Menschen gegeben sind“[20]. Freilich schwächt die Unbestimmtheit der Interessenquelle „Kultur“ (eine von der jeweiligen Rechtsordnung isolierte Kultur?[21]) die kritische Potenz.

---

12 *Binding* Handbuch Bd. I S. 353 f; *ders.* Normen Bd. I S. 338 ff, 341 f. — Zu *Binding* eingehend *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 73 ff; *Hassemer* Theorie S. 42 ff; *Sina* Dogmengeschichte S. 41 ff.

13 *v. Liszt* ZStW 6 S. 663 ff, 676 gegen *Binding;* dazu *Frommel* Präventionsmodelle S. 115 ff.

14 Siehe *Hassemer* Theorie S. 47; *ders.* Arthur Kaufmann-Festschrift S. 85 ff (zutreffend zur geringeren — weil ideologieanfälligeren — kritischen Potenz der nicht-personalen Güter S. 89 ff, 92 ff); *AK-Hassemer* Rdn. 262 ff, 274 ff vor § 1; *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 80.

15 *Honig* Einwilligung S. 94; im Ergebnis auch *Maeck* Opfer S. 26 ff.

16 *Grünhut* Frank-Festgabe Bd. I S. 1 ff, 8; *Schwinge* Teleologische Begriffsbildung S. 27; siehe dazu *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 130 ff; *Hassemer* Theorie S. 49.

17 *M. Marx* Definition S. 84 ff; *Roxin* JuS 1966 S. 377 ff, 382; *Rudolphi* Honig-Festschrift S. 151 ff, 162, 165; *Jaeger* Strafgesetzgebung S. 29 ff und passim; *Worms* Bekenntnisbeschimpfung S. 80 f u. a. m. — *A. A. Preiser* ZStW 82 S. 655 ff, 658; wohl auch *Peters* Würtenberger-Festschrift S. 77 ff, 78 f.

18 *v. Liszt* Strafrecht[5] § 3 I 1 mit Fn. 1; *ders.* ZStW 6 S. 662 ff, 673; *ders.* ZStW 8 S. 133 ff.

19 Zur Kritik siehe *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 82 ff, 95.

20 *M. E. Mayer* Strafrecht S. 21 unter zutreffend differenzierender Hervorhebung der auslösenden und gestaltenden Leistung des Strafrechts; *ders.* Rechtsnormen S. 14 ff; siehe auch *Lampe* Welzel-Festschrift S. 151 ff. — Zu den neukantischen Lehren eingehend *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 125 ff.

21 Verneinend *M. E. Mayer* Rechtsnormen S. 23 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

3 a) In neuerer Zeit bemüht man sich, die im Interesse[22] erfaßte, positiv bewertende **14**
Beziehung zwischen einer Person und einem Sachverhalt für den Rechtsgutsbegriff beizubehalten[23], jedoch ohne den Begriff auch mit der Aufgabe zu belasten, die Quelle dieser bewertenden Beziehung zu bezeichnen (Leben, Kultur, verfassungsgemäße Ordnung etc.[24]). Mit dieser Einbeziehung der Person in den Begriff des Rechtsguts läßt sich das Werthafte des Rechtsguts besser treffen als durch bloße Benennung von Objekten. Freilich verliert das Rechtsgut dadurch an Anschaulichkeit, was aber hinzunehmen ist, da sowieso keine Chance besteht, als Rechtsgut durchweg etwas Anschauliches auszumachen. Die Einbeziehung der Person muß freilich noch präzisiert werden. Es geht nicht um den von der Person vollzogenen Wertungsakt (der keines strafrechtlichen Schutzes bedarf), sondern um die Möglichkeit, daß eine Person ihre Interessen realisiert. Die einer Person zugeordnete, auf sie bezogene Möglichkeit der Nutzung und des Genusses eines positiv bewerteten Sachverhalts ist das Rechtsgut. Beispiel: Rechtsgut der Eigentumsdelikte ist nicht die Sache, an der Eigentum besteht, sondern die Beziehung möglicher Nutzung zwischen Eigentümer und Sache.

b) Von dem bezeichneten Ansatz ausgehend werden Rechtsgüter beispielsweise **15**
definiert als „Gegenstände in ihrer Bezogenheit auf den Menschen"[25], „werthafte Funktionseinheiten"[26], „Potentiale"[27] oder „Partizipalien", d. h. Bedingungen der Möglichkeit, an der sozialen Interaktion zu partizipieren[28]. — Nachfolgend wird der Begriff der Funktionseinheit übernommen. Bei diesem Begriff wird deutlich, daß nicht jeder beliebige Regelungsgegenstand einer Norm ein Rechtsgut ist, vielmehr nur ein solcher Regelungsgegenstand, der eine Aufgabe für die Gesellschaft oder für eines ihrer Subsysteme, den Bürger eingeschlossen, zu erfüllen hat. Der Begriff verhütet ferner das Mißverständnis, ein Rechtsgut müsse etwas sinnlich Wahrnehmbares oder doch auf ein solches Objekt bezogen sein. Freilich löst auch der Begriff der Funktionseinheit nicht das Problem, welche Aufgaben als rechtlich legitime Aufgaben anzuerkennen sind (auch eine kriminelle Vereinigung ist eine Funktionseinheit); insoweit bietet der Begriff gegenüber demjenigen des Interesses keinen Vorzug: Diese Schwäche ist, wie noch zu zeigen sein wird, jedem Rechtsgutsbegriff konstitutionell mitgegeben.

C. Nicht auf Rechtsgüter bezogene Normen

1 a) Zahlreiche Norminhalte des geltenden Rechts lassen sich nicht erklären, wenn **16**
der Zweck der Normen allein im Rechtsgüterschutz gesucht wird, scil. u. a. die für eine Güterverletzung irrelevanten Tatmodalitäten objektiver und subjektiver Art. Der Güterschutz reicht also nie zur Erklärung aller Deliktsmerkmale hin. Er ist sogar nicht einmal für alle Delikte notwendig. Hauptsächlich versagt die Gleichsetzung von Normzweck und Rechtsgüterschutz oder von Straftat und Rechtsgüterverletzung bei Delikten mit einer Sonderpflicht aus institutioneller Zuständigkeit.

---

22 Der Begriff wird teils beibehalten; *Baumann-Weber* AT § 12 II 3 a; *Maurach-Zipf* AT I § 19 II Rdn. 10.

23 *M. Marx* Definition S. 67; *Sina* Dogmengeschichte S. 60 ff, 96 ff; *Tiedemann* Tatbestandsfunktionen S. 115; *Stratenwerth* AT Rdn. 210.

24 Freilich kann auch das Strafrecht die wertende Beziehung zeitlich zuerst realisieren. Zwar ist einzuräumen, daß das Strafrecht wenig geeignet ist, Evolution voranzutreiben; daraus folgt aber nicht, es dürfe prinzipiell nur nachklappen; zutreffend *Stratenwerth* AT Rdn. 51; *Kunz* Bagatellprinzip S. 136 ff, 144; *a. A. SK-Rudolphi* Rdn. 5 vor § 1.

25 *M. Marx* Definition S. 67; ähnlich *Worms* Bekenntnisbeschimpfung S. 79, 85 f und passim.

26 *SK-Rudolphi* Rdn. 8 vor § 1; *Rudolphi* Honig-Festschrift S. 151 ff, 163; *Otto* in: Strafrechtsdogmatik S. 1 ff, 8.

27 *Loos* Welzel-Festschrift S. 879 ff, 888.

28 *Calliess* Theorie S. 143 ff; — diese Definition dürfte zumindest für diejenigen Güter nicht passen, die (auch) der Verweigerung von Partizipationen dienen (etwa Intimsphäre).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

17 b) Im Regelfall erschöpft sich das vom Täter erwartete Verhalten im Negativen: Der Täter soll kein Verhalten vollziehen, das Verletzen bedeutet (unten 7/56 ff; 21/16 ff; 28/14; 29/29 ff). Bei den Sonderpflichten aus institutioneller Zuständigkeit soll aber zwischen Täter und Gut eine positive Beziehung bestehen, scil. eine — nicht notwendig eigennützige — Zuwendung, im Idealfall ein Stück Gemeinsamkeit der Lebenswelt (unten 7/70; 21/115; 25/43 ff; 28/25; 29/57 ff). Wegen dieser Gemeinsamkeit treffen den Täter besondere Verhaltenserwartungen, deren Inhalt sich nicht (strafbegründende Sonderpflichten, echte Sonderdelikte) oder nur unvollkommen (straferhöhende Sonderpflichten, unechte Sonderdelikte) wiedergeben läßt, wenn auf das Nichtverletzen eines Guts abgestellt wird[29]. Die Erwartung, die eine Sonderpflicht betrifft, geht nicht vom vorhandenen Güterbestand aus, sondern von der Rolle, die dem Täter zu seiner Einpassung in eine Institution vorgeschrieben wird. Wenn schon der Begriff des Rechtsguts bemüht werden soll, so darf man nicht auf den schon vorhandenen Bestand an Funktionseinheiten und dessen Sicherung abstellen, sondern muß die vom Täter zu verwaltende Institution als Funktionseinheit definieren. Die Institution ist freilich nur eine Funktionseinheit, wenn sie intakt ist, wofür wiederum der Täter seine Rolle richtig spielen muß. Die Beziehung des Täters ist eben nicht nur-negativ. Beispiele: Wer eine Person mißhandelt, die seiner Fürsorge untersteht (§ 223 b StGB), bewirkt damit nicht — neben Körperverletzung, aber diese ist kein Sonderdelikt — eine Verletzung des Fürsorgeverhältnisses, sondern das Fürsorgeverhältnis ist im Fall der Mißhandlung als reale Funktionseinheit (und nicht nur als Anspruch) überhaupt nicht vorhanden. Ebenso finden reale vormundschaftliche Vermögensverwaltung im Fall einer Untreue (§ 266 StGB) oder korrekte Amtsführung im Fall der Bestechung (§ 332 StGB)[30] oder Rechtsprechung im Fall der Rechtsbeugung (§ 336 StGB) nicht erst statt etc. Natürlich gehört zum Bestand schlechthin jeden Rechtsguts das Ausbleiben seiner Verletzung; bei den Sonderdelikten entsteht das Rechtsgut als Funktionseinheit aber nur, wenn der Sonderpflichtige die ihm in der Institution zugewiesene Rolle spielt. Bei den Sonderdelikten geht es also nicht um die Störung vorhandener, für sich intakter Funktionseinheiten, sondern um die Weigerung, sich zur Herstellung einer Funktionseinheit eingliedern zu lassen. — Eine entsprechende Verlagerung von der Rechtsgutsverletzung zum Nicht-Herstellen von Rechtsgütern ergibt sich bei eigenhändigen Delikten.

18 2. Eine Rechtsgutsverletzung kann also nicht als Kern aller Delikte behauptet werden. Man hat dieses Ergebnis dahin gewendet, daß der Kern aller Delikte überhaupt nur noch in einer Pflichtverletzung zu finden sein soll[31]. Diese Pflichtverletzung soll nicht nur ein Name für dasjenige sein, was Rechtsgutsverletzungsdelikte und Sonderdelikte gemeinsam haben. Vielmehr wird mit der Formel vom Delikt als Pflichtverletzung mehr als ein Oberbegriff gemeint, scil. ein Verständnis aller Delikte nach Art der Sonderdelikte. Auf die Verletzung eines Rechtsguts durch Mißachtung der nur-negativen Beziehung (nicht verletzen!) soll es niemals ankommen, sondern stets auf die

---

29 Freilich läßt sich der Rechtsgutsbegriff so dehnen, daß er alle möglichen Deliktsmerkmale und damit auch Sonderpflichten erfaßt (so etwa *Mezger* ZStW 57 S. 675 ff, 697; *AK-Hassemer* Rdn. 282 vor § 1), was aber längst zutreffend als „Begriffsnacht, die alle Unterschiede verschlingt", gerügt worden ist (*Welzel* ZStW 58 S. 491 ff, 511 Fn. 30).

30 Die Deutung der §§ 331 ff StGB als Delikte zur Erhaltung der Bereitschaft der Bevölkerung, behördliche Entscheidungen zu akzeptieren (*Loos* Welzel-Festschrift S. 879 ff, 890), verläßt die objektive Funktionseinheit in Richtung eines Gefühlsschutzes; dazu sogleich unten 2/19.

31 *Schaffstein* DStr. 2 (1935) S. 97 ff; *ders.* in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft (1935) S. 108 ff; abgeschwächt *ders.* DStrR 4 (1937) S. 335 ff; *Dahm* ZStW 57 S. 225 ff; — erheblich differenzierend *Welzel* ZStW 58 S. 491 ff, 509 ff; *Gallas* Gleispach-Festschrift S. 50 ff, 67 ff. — Eingehende Darlegung bei *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 216 ff; siehe auch *Sina* Dogmengeschichte S. 79 ff; *Marxen* Kampf S. 177 ff; *Frommel* in: Strafjustiz S. 86 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Weigerung, sich in einer Institution rollenkonform zu verhalten, etwa als Volksgenosse, dem Land Treupflichtiger o. ä. — Diese Vermischung von nur-negativer Beziehung und Sonderpflicht beseitigt eine dogmatisch fruchtbare Differenzierung (siehe die Verweisungen 2/17). Historisch ist das skizzierte Verständnis der Straftat als Pflichtverletzung durch nationalsozialistisch inspirierte Versuche belastet, die Pflichten primär nicht über äußeres Verhalten, sondern über Gesinnungen zu definieren[32].

3 a aa) Das Verständnis des Normzwecks als Rechtsgüterschutz paßt weiterhin bei **19** denjenigen Normen nicht, die ohne Vermittlung über den Schutz von Gütern direkt den sozialen Frieden schützen sollen[33], wie etwa[34] die Verbote der Tierquälerei[35] (§ 17 TierschutzG), der Beschimpfung von Bekenntnissen[35a] (§ 166 StGB), des Verwandtenbeischlafs[35b] (§ 173 StGB), des Exhibitionismus (§ 183 StGB) und der Erregung öffentlichen Ärgernisses (§ 183 a StGB). Man mag einige dieser Delikte mit der Rechtsgutslehre harmonisieren, indem man sie als extrem-abstrakte Gefährdungsdelikte deutet, die den symbolischen Angriff auf benennbare Güter pönalisieren; wie § 90 a StGB den Staat in seinen Symbolen schützt, gelten bei diesem Verständnis die genannten Verbote dem menschlichen Leben, der Religionsfreiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung etc. Die Notwendigkeit eines so stark vorverlagerten Schutzes läßt sich freilich immer behaupten und liefert deshalb keine Begründung; kraß: Selbst die Pönalisierung der Verletzung von Tischsitten könnte als abstrakter Schutz vor Barbarei „erklärt" werden[36]. Man mag weiterhin ein Gut am Schutz der Gefühle der Betroffenen festmachen; dabei wird freilich das Rechtsgut zu einer Größe, die allein von der Sensibilität der Betroffenen abhängt und deshalb jeden Regelungsgegenstand einer Norm umfassen kann, auch wenn dieser keine objektive Funktionseinheit ist[37].

bb) Entscheidend dürfte sein, daß ein Verstoß gegen die bezeichneten Verbote **20** höchst heterogene Ängste weckt, die von diffusen Vorstellungen über schädliche Weiterungen bis hin zur Abwehr solchen Verhaltens als eigene Möglichkeit reichen. Verboten wird das Verhalten dieser desorientierenden Wirkungen wegen[38], die nicht durch eine soziale Nützlichkeit des Verhaltens kompensiert werden: Geschützt wird der soziale Frieden. Daß die Beunruhigung durch das Verhalten auf einem Mangel an

---

32 Vor dieser Gefahr bietet auch die Rechtsgutsverletzungslehre keinen Schutz: Rechtsgutsverletzung, Pflichtverletzung und Tatprinzip sind dreierlei; — dazu schon oben Fn. 2. — Überhaupt ist zu bezweifeln, daß die Rechtsgutsverletzungslehre einen prinzipiell „liberalen" Gehalt hat; dazu zutreffend *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 257 ff.

33 Zum folgenden Text siehe *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 344 ff, 371 ff; *Hassemer* Theorie S. 160 ff und passim.

34 Das in diesem Zusammenhang häufig gebrachte Verbot der Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener (*Hassemer* Theorie S. 177 ff; *SK-Rudolphi* Rdn. 11 vor § 1 u. a. m.) kann als Rechtsgüterschutz gedeutet werden, wenn die §§ 185 ff StGB nicht nur als Individualschutz verstanden werden, sondern auch als Schutz der informellen Zurechnungsprinzipien vor verfälschendem Gebrauch; dazu *Jakobs* Jescheck-Festschrift S. 627 ff, 636 f.

35 Siehe dazu *Gallas* Beiträge S. 1 ff, 13; *Roxin* JuS 1966 S. 377 ff, 382 Fn. 20; *Stratenwerth* Leitprinzipien S. 7 ff, 25; *Hassemer* Theorie S. 154; *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 346, 378; *Wiegand* Tierquälerei S. 136 f (Tierschutz als Umweltschutz).

35a Versuch einer Deutung als Delikt gegen die Person (Verletzung des „Anerkennungsverhältnisses") bei *Worms* Bekenntnisbeschimpfung S. 132 ff, 140; als abstraktes Gefährdungsverbot deutet die Norm *Fischer* GA 1989 S. 445 ff.

35b Dazu *Jung* Leferenz-Festschrift S. 311 ff mit Nachweisen.

36 Im E 1962 werden Straftaten gegen die Sittlichkeit (im engen Sinn) in der Begründung als abstrakte Gefährdungsdelikte auf anzuerkennende Rechtsgüter bezogen, siehe etwa zu § 203 (künstliche Samenübertragung) Begründung S. 356 f; zu § 216 (Unzucht zwischen Männern) Begründung S. 376; zu § 220 a (unzüchtige Schaustellung) Begründung S. 384.

37 Gegen die Gefühlsschutztheorien zutreffend *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 346 f und passim; *Fischer* GA 1989 S. 445 ff, 456 ff.

38 Grundlegend *Hassemer* Theorie S. 126 ff, 192; — siehe auch EGMR NJW 1984 S. 541 ff, 543.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Aufklärung beruhen mag, verschlägt nichts; eine nicht aufgeklärte Gesellschaft und ein aufgeklärtes Strafrecht passen nicht zusammen[39].

21 b) Mindestens aber muß es um den Schutz des Rechtsfriedens gehen. Die Inhalte des Verhaltens anderer Menschen dürfen nicht um der Inhalte selbst willen strafrechtlich geregelt werden. Ein Verhalten, das weder objektiv noch nach Meinung der Mitbürger Außenwirkungen hat, scheidet mangels sozialen Bezugs als bloße Unmoral aus dem Bereich des strafrechtlich zu regelnden Verhaltens aus. Was bloße Unmoral ist, läßt sich freilich nicht ohne Vorab-Annahmen über die Gestalt der Gesellschaft ermitteln. Daß zum Beispiel nicht die Tötung eines verkrüppelten Menschen bloße Unmoral ist, wohl aber lesbische Betätigung, gilt nur für Gesellschaften, die eine Existenz aller Mitglieder als öffentliche Angelegenheit einklammern und eine einverständliche sexuelle Betätigung der Mitglieder ausklammern. Für Gesellschaften, die sich etwa als Hort biologischer Elite definieren, mag die Entscheidung umgekehrt ausfallen; Gesellschaften, die eine Vervollkommnung ihrer Mitglieder zur öffentlichen Angelegenheit erheben, mögen beide im Beispiel genannten Verhaltensweisen pönalisieren. Es gibt also keine absolut gültige Grenze zwischen einerseits bloß unmoralischem Verhalten und andererseits Rechtsgüterverletzung, Sonderpflichtverletzung und Verletzung des sozialen Friedens; wohl aber läßt sich der Grenzverlauf relativ zu einer Gesellschaft bestimmter Gestalt ausmachen[39a].

III. Kritik der Lehre vom Rechtsgüterschutz

22 A. Der positive Ertrag der Bemühungen um den Rechtsgutsbegriff ist dürftig. Es kommen noch zwei prinzipielle Einwendungen hinzu.

1. Zum einen kann die Rechtsgutslehre zwar das Gut in seiner Beziehung zum Inhaber begreifen, ohne damit jedoch die Notwendigkeit dartun zu können, das Gut auch strafrechtlich abzusichern[40]. Beispiel[41]: Die Wahrheit einer Information ist für den Informierten stets ein Gut, sie ist aber nur in seltenen Fällen als Rechtsgut anerkannt. Deshalb muß der Gutsverletzung die Sozialschädlichkeit von außen aufgepfropft werden, um sie als Rechtsgutsverletzung qualifizieren zu können. Welche Funktionseinheiten wegen der sozialen Bedeutung ihres Bestands zu Rechtsgütern erhoben werden, kann die Rechtsgutslehre so wenig ausmachen, wie sie begründen kann, daß der Schutz der Normen stets Gütern zu gelten habe. *Die Gestalt der vom Strafrecht zu schützenden Ordnung wird nicht durch alle Güter definiert und nicht stets nur durch Güter.* Die Summe aller Rechtsgüter bildet nicht „die soziale Ordnung"[42], sondern ist nur ein Ausschnitt aus der sozialen Ordnung, der zudem nur bei Kenntnis

---

39 Von den Vertretern der Lehre vom Rechtsgüterschutz werden zum Teil Friedensschutzdelikte als Ausnahme anerkannt (*SK-Rudolphi* Rdn. 11 vor § 1; *Hanack* 47. DJT Band 1 Teil A S. 32 f; *a. A. Rudolphi* Honig-Festschrift S. 151 ff, 165 f).

39a Siehe *Kunz* Bagatellprinzip S. 156 ff, 161, 167.

40 Grundlegend *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 331 ff, 350. — *Amelung* wiederholt bei seiner Entwicklung einer Sozialschadenslehre die schon in der Rechtsgüterlehre angelegte Vertauschung des *Strafrechts*guts mit dem von der Norm geschützten Gut, also dem Rechtsgut im üblichen Verständnis. Das Strafrecht schützt als Bestandsbedingung der Gesellschaft einzig die Normgeltung, also die Enttäuschungsfestigkeit der Erwartung, und sozialschädlich und deshalb Straftat ist eine Tat nicht wegen ihrer äußerlichen Wirkung, sondern weil sie die Normgeltung desavouiert (so auch *Amelung* aaO S. 361). Bei dieser Lage liegt der „Ort der Bestimmung sozialschädlicher Wirkungen des Verbrechens" nicht schon bei den durch die Tat als äußerliches Ereignis gestörten „Interaktionsprozessen" (so aber *Amelung* aaO S. 385 f), sondern erst bei der Normgeltung. Nur so ist die — von *Amelung* selbst angeführte (aaO S. 388) — unterschiedliche Behandlung von Mordfällen und tödlichen Straßenverkehrsunfällen überhaupt erklärbar.

41 Nach *Hassemer* Strafrechtsdogmatik S. 129 f.

42 So aber *Welzel* Strafrecht § 1 I 1 u. a. m.; erheblich schwächer (Rechtsgut als „Argumentationstopos") *AK-Hassemer* Rdn. 289 vor § 1.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

der Grenzen der sozialen Ordnung überhaupt bezeichnet werden kann. Erst das öffentliche Interesse an der Erhaltung eines Guts macht dieses zum Rechtsgut, und das öffentliche Interesse geht nicht stets nur auf die Erhaltung von Gütern.

2. Zum anderen genießen selbst die strafrechtlich anzuerkennenden Güter keinen **23** absoluten Schutz. Die Gesellschaft ist keine Veranstaltung zur Gütererhaltung oder gar Gütermaximierung; vielmehr werden zur Ermöglichung des sozialen Kontakts (den man freilich seinerseits wiederum als Gut bezeichnen mag) Güter aufgeopfert. Welche Risiken ein Gut im sozialen Kontakt ohne strafrechtlichen Schutz tragen muß, läßt sich nicht an den Gütern ablesen, die in den sozialen Kontakt eingebracht werden; denn diese Güter haben keinen isoliert von ihrem Einsatz im sozialen Kontakt bestimmbaren Rang, sondern „in Wirklichkeit gibt es Rechtsgüter nur, wenn und soweit sie in ‚Funktion' sind, d. h. soweit sie im sozialen Leben wirkend und Wirkungen empfangend darin stehen. Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum usw. sind nicht einfach ‚da', sondern ihr Dasein ist In-Funktion-Sein, d. h. in der sozialen Verbundenheit Wirkungen ausübend und Wirkungen erleidend"[43]. Eine Norm kann deshalb ein Gut — soweit es überhaupt um Güterschutz geht — nicht gegen alle, sondern nur gegen solche Risiken schützen, die nicht notwendige Folge des erlaubten sozialen Kontakts sind. Was aber ein erlaubter sozialer Kontakt ist, kann die Güterlehre nicht erklären: Die ganze Zurechnungslehre mit Ausnahme der Kausalität zwischen Handlung und Erfolg (bei Unterlassung: zwischen hypothetischer Handlung und Rettungserfolg) sowie allenfalls noch Teilen des aggressiven Notstands (Güterabwägung) liegt ebenso außerhalb der Perspektive der Güterlehre wie die Beschränkung des strafbaren Güterangriffs bei zahlreichen Delikten durch besondere subjektive oder objektive Tatmodalitäten oder — insbesondere bei den neuen „großflächigen Rechtsgütern"[43a] wie der „Umwelt" — durch verwaltungsrechtlich erlaubte Standards. Man versuche, die Gestalt des erlaubten Straßenverkehrs durch die Güter zu erklären, die an diesem sozialen Kontakt beteiligt sind!

B. Trotz dieser beiden prinzipiellen Mängel der Rechtsgutslehre verspricht es keinen **24** Gewinn, diese Lehre überhaupt zu verwerfen und stets ohne Vermittlung über ein Rechtsgut das Delikt durch die Sozialschädlichkeit des Verhaltens zu bestimmen[44]. Abgesehen davon, daß auch bei diesem Weg die Bestimmung der zu bewahrenden Gestalt von Staat und Gesellschaft vorausgesetzt, nicht aber gewonnen wird[45], konkretisiert sich die soziale Gestalt bereichsweise in Gütern. Diese Verfestigung in Gütern hat die Funktion, die Frage nach der konkreten Sozialschädlichkeit jeder einzelnen Gutsverletzung durch Verweis auf die generelle Wichtigkeit des Guts abzuschneiden, mindestens aber das Gewicht der konkreten Sozialschädlichkeit zu relativieren. Insbesondere bei höchstpersönlichen Gütern (nicht übertragbare oder anderen Personen zur Nutzung überlaßbare Güter), abgeschwächt aber bei allen Gütern, sind die Funktionseinheiten ein Mittel, mit dem eine Gleichbehandlung nach dem Maß der zurechenbaren

---

43 *Welzel* ZStW 58 S. 491 ff, 515. — *Rudolphi* (Honig-Festschrift S. 151 ff, 162 ff; *SK-Rudolphi* Rdn. 8 vor § 1) versucht, die Dynamik der sozialen Beziehungen in den Rechtsgutsbegriff hineinzunehmen. Das Rechtsgut und die Chance seines Bestands gehen dann ineinander über: Zumindest sozialadäquate Einwirkungen auf ein Gut werden zu dessen Vernichtung *dem Begriff nach* (gegenüber diesen Einwirkungen ist das Objekt kein Gut). An der Notwendigkeit eines Perspektivewechsels vom Gut zur Sozialschädlichkeit (was ist ein Gut, was ist ein schützenswertes Gut, in welchem Umfang ist Schutz zu leisten?) ändert die Beschränkung des Rechtsgutsbegriffs auf konkret geschützte Güter nichts.

43a *Baratta* KrimJ 1984 S. 132 ff, 137; *Seelmann* NJW 1990 S. 1257 ff, 1258 f; siehe auch oben 2/Fn. 11b.

44 So auch *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 393 ff; dazu *Montenbruck* Abwägung S. 76 ff.

45 *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 363 mit Fn. 67, S. 382; *Stratenwerth* AT Rdn. 59; *Neumann* und *Schroth* Theorien S. 112 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Gutsverletzung garantiert werden soll[46]. Kraß: Bei einer Tötung soll die Frage nach dem sozialen Wert des Getöteten nicht aufgeworfen werden. Die bei direktem Zugriff auf die Sozialschädlichkeit bei *allen* Delikten anzubringende Strafbarkeitsbedingung, die Tat müsse geeignet sein, den sozialen Frieden zu stören, zwingt zu Differenzierungen, die bei den Güter schützenden Delikten ihrerseits mit sozialem Frieden unverträglich sind[47]. — Was hier zur relativen Berechtigung der Güterlehre festgehalten wurde, gilt entsprechend für die Institutionen bei den Sonderdelikten. — Freilich wird auch im Bereich der Verfestigung der sozialen Ordnung in Gütern oder Institutionen kein absoluter Schutz gewährleistet; die Merkmale des Schutzumfangs (der Zurechenbarkeit der Gutsverletzung sowie der Modalitäten seines Angriffs) müssen immer von außen an das Gut oder an die Institution herangetragen werden.

25 C. Im Ergebnis ist also ohne einen Filter der *Sozials*chädlichkeit nicht auszukommen, wobei die Normen, die diesen Filter passieren, teils Rechtsgüter schützende Normen sind, teils Normen zur Herstellung von Rechtsgütern (Sonderdelikte und eigenhändige Delikte) und teils Normen zum Friedensschutz. Wichtig ist, daß die Strafbarkeit nicht an dem *Wert*widrigen per se, sondern immer nur an der *Sozials*chädlichkeit ausgerichtet wird. Die Grenze des Sozialschädlichen ist freilich stets nur unscharf bestimmbar. Selbst eine Einigung auf die Formel, nur die Bestandsbedingungen der Gesellschaft seien durch das Strafrecht zu schützen, bringt wenig Ertrag, da es keine zwingende Grenze des Gesellschaftlichen und damit auch keinen numerus clausus der Bestandsbedingungen gibt. Beispiel: Ob Vergewaltigung — wie nach geltendem Recht — nur außerhalb der Ehe ein besonderes Delikt ist (und nicht schlichte Nötigung) oder auch innerhalb der Ehe, kann u. a. auch davon abhängen, ob der Eheschluß als Eröffnung eines umfassenden Privatbereichs oder ob sexuelle Selbstbestimmung umfassend als öffentliche Aufgabe verstanden wird. Im letzteren Fall wächst mit dem Bereich des öffentlich Relevanten der Bereich *gesellschaftlicher* Bestandsbedingungen.

IV. Vorverlagerungen

25a A. Ein Verhalten ist nicht erst dann eine soziale Störung, wenn ein Schaden am Rechtsgut perfekt eingetreten oder der Täter aus seiner Rolle irreversibel herausgetreten ist oder ein den Rechtsfrieden störendes Ereignis vollständig vorliegt. *Strafrechts*gut ist die faktische Geltung der Normen, die garantieren, daß Rücksicht auf Rechtsgüter, Rollen und Rechtsfrieden erwartet werden kann (oben 2/2). Diese Geltung wird beeinträchtigt, wenn aus dem Verhalten des Täters entsprechende Rücksichtslosigkeit deutlich wird. Beispiel: Wer auf ein Opfer schießt, aber nicht trifft, entgeht nicht der Bestrafung mit dem Argument, mangels perfekter Verletzung oder gar Tötung des Opfers fehle es an einem Normbruch; vielmehr wird auch bei einem folgenlosen Angriff auf Leben und Gesundheit die faktische Geltung der Normen zum Schutz dieser Güter beeinträchtigt.

Bei der Bestimmung des Beginns eines solchen Angriffs geht es nicht nur um optimalen Opferschutz (dafür wäre es zweckdienlich, schon böse Gedanken des Täters als

---

46 Da das Rechtsgut als Beziehung zu verstehen ist, kann der Nötigungseffekt berücksichtigt werden, den der Verlust für den Gutsinhaber hat. Die legalen Nutzungen oder Genüsse des Inhabers dürfen aber bei gleichem Nötigungseffekt nicht nach ihrer mehr oder weniger hohen sozialen Nützlichkeit differenziert werden; (diese Pufferfunktion der Güter verkennt *Maeck* Opfer S. 31 ff). Beispiel: Ein Vermögensdelikt wiegt um so schwerer, je mehr der Verlust das Opfer zu Beschränkungen in seiner Lebensführung zwingt (wobei die Frage, ob das Opfer noch genug „übrig" hat, objektiv zu entscheiden ist); aber der Verlust von Investitionskapital und einer zur Ausschüttung an Mitarbeiter vorgesehenen Geldsumme zählen gleich. — Siehe BGH 29 S. 319 ff, 323.

47 Dazu auch *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 390.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Angriff zu definieren), sondern auch um das Interesse von jedermann, also auch des Täters, an einer internen (von sozialer Verantwortung freien) Sphäre[47a]. Es handelt sich um das Problem der Bestimmung des *Versuchsbeginns* und der Bestrafung von *Vorbereitungen* (unten 25/1 ff), wobei sich die Lösung schlagwortartig dahin formulieren läßt, daß dem Täter wie dem Opfer ein Bereich eigener Organisation garantiert ist; *die faktische Normgeltung wird demnach erst beeinträchtigt, wenn der Täter sich eine ihm nicht zukommende Organisation anmaßt.*

25b B 1. Um Vorverlagerung geht es auch, wenn statt des Rechtsguts oder statt der Institution, der eine bestimmte Rolle zugehört, schon die faktischen Bestandsbedingungen des Guts oder der Institution selbständig, als Vorfeldgüter, geschützt werden. Beispiele: Der Schutz von Leben und Gesundheit geschieht auch durch den Schutz der Sicherheit des Straßenverkehrs oder der Unverdorbenheit von Lebensmitteln; das Funktionieren eines justizförmigen Verfahrens setzt voraus, daß Rollenvertreter ihre Rollen nicht vermischen (§ 356 StGB). In diesem Bereich geht es nicht darum, daß ein Täter das Rechtsgut oder die Institution, in der er eine Rolle spielt, zu gering achtet, sondern daß ohne Blick auf die Fähigkeiten des einzelnen Beteiligten bestimmte Standards garantiert werden müssen. Beispiel: Ob es für den Prozeßausgang von Bedeutung ist, daß ein Zeuge die Wahrheit sagt, kann nicht jeder Zeuge nach seiner Fähigkeit zum Durchblick selbst entscheiden, wenn justizförmige Verfahren funktionieren sollen.

Auch in diesem Bereich der *abstrakten Gefährdungsdelikte* gilt es zu beachten, daß die Totalisierung des Schutzes einzelner Güter immer zugleich eine Minimalisierung von Freiheit und Privatheit bedeutet. Daß der Kauf eines Messers nicht schon als Tötungsversuch strafbar ist, hülfe dem Tatprinzip wenig auf, wenn er — auch eingeschränkt auf einen Kauf „zu rechtswidrigen Zwecken" — als abstraktes Gefährdungsdelikt strafbar wäre. Wie beim Versuch so verläßt auch bei diesen Delikten der Täter seinen internen Bereich erst bei einer Organisationsanmaßung (eingehender unten 6/86 ff, 25/1 ff).

2. Die Grenze zwischen einem Rechtsgut als Funktionseinheit und einem Vorfeldgut verläuft durchaus unscharf, da auch das Vorfeld im Funktionszusammenhang steht. So mag man beispielsweise die Sicherheit des Straßenverkehrs als Vorfeldgut für Leben und Gesundheit (u. a. m.) der Verkehrsteilnehmer ansehen oder als Rechtsgut in der Zuständigkeit der Allgemeinheit. Diese Möglichkeit zu Umformulierungen von einem Bereich in den anderen ist unschädlich, solange dabei die Kautelen, denen der verlassene Bereich unterliegt, mit übertragen werden. Was also im Beispiel zum Vorfeldschutz von Leben und Gesundheit illegitim ist, bleibt auch für ein eigenes Rechtsgut „Sicherheit des Straßenverkehrs" illegitim.

25c C 1. Faktische Normgeltung ist eine Angelegenheit für Täter wie Opfer; der Täter muß die Norm beachten, das Opfer muß in seiner Erwartung, die Norm werde beachtet, so sicher sein, daß es sein Verhalten danach ausrichten kann. Die Erwartenssicherheit des Opfers läßt sich auch ohne Normbruch angreifen, etwa indem dem Opfer vorgespiegelt wird, die Norm sei außer Kraft oder — praktisch wichtiger — die Norm werde demnächst gebrochen werden oder indem man sonst Bedingungen schafft, die das Opfer an der kognitiven Basis der Erwartenssicherheit zweifeln lassen.

2. Bei solchen Verhaltensweisen ist zu unterscheiden:

a) Der Täter kann propagieren, eine Norm sei illegitim, etwa indem er ihre Übertretung belohnt oder billigt (§ 140 StGB), oder er kann gewaltsamen Umgang der Men-

[47a] *Jakobs* ZStW 97 S. 751 ff, 753 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

schen untereinander als wünschbar darstellen (§ 131 StGB) u. a. m.[47b], also ein rechtsfeindliches *Klima* schaffen, bei dem, greift es um sich, die desavouierten Normen massenweise übertreten werden dürften. In solchen Fällen maßt sich der Täter ein Urteil über Normen an, aber nicht eine ihm nicht zustehende Organisation. Der Täter regt auch keine Aktionen an, sondern interpretiert „nur" die Welt konträr zum Strafgesetz. Er äußert also eine — vielleicht extreme — Meinung, mehr nicht[47c]. In einem freiheitlichen Staat darf der Bürger auch kritische Meinungen über Strafgesetze haben, solange er die Strafgesetze befolgt; Klimaschutzdelikte sind deshalb ein Zeichen für ein Defizit an Freiheitlichkeit[47d]. Sie sind um so eher nötig, je brüchiger die Legitimation des Strafgesetzes wirklich ist; denn um so überzeugender läßt diese sich angreifen.

b) Der Täter kann aber auch die Erwartenssicherheit durch Veränderung der kognitiven Basis des Erwartens angreifen, also indem er *das Opfer* in eine Lage versetzt, in der es nicht mehr von Normbefolgung ausgehen kann. Wenn dies anders als durch Mitteilung von Wahrheit geschieht (Bericht von einem drohenden Angriff), handelt es sich um eine Organisationsanmaßung des Täters: Dieser bedroht das Opfer selbst ausdrücklich oder konkludent (etwa durch öffentliche Aufforderung zur Tat) mit einem Delikt oder täuscht ihm den Bestand einer Drohung vor; aufgrund des wirklich bevorstehenden Delikts oder doch der Vortäuschung bleibt dem Opfer keine Möglichkeit, sich rational so zu orientieren, als werde es nicht vom Delikt betroffen werden. Diese Beeinträchtigung der Erwartenssicherheit ist ein aus dem Unrecht des jeweils als bevorstehend angekündigten Delikts ableitbares *Partialunrecht.* Es wird hauptsächlich in den §§ 126, 241 StGB pönalisiert[47e].

V. Subsidiarität des staatlichen Strafens?

26 A. Verbreitet werden Strafrechtsnormen nur für legitim gehalten, wenn ihre Aufgabe nicht durch andere Instrumente der Regelung des sozialen Kontakts übernommen werden kann, etwa durch polizeiliche Abwehr oder öffentlichrechtliche Fürsorge oder zivilrechtliche Schadensersatzansprüche oder Selbstschutz des Opfers, ferner durch Institutionen der informellen Sozialkontrolle u. a. m.: das sogenannte *Subsidiaritätsprinzip*[48]. Das Vikariieren von Strafe und Maßregel (§ 67 Abs. 4 StGB) und der Vorrang des Maßregelzwecks (§ 67 Abs. 5 StGB) sind — neben anderen materiellrechtlichen (§§ 47, 56, 57 StGB u. a. m.) und prozeßrechtlichen (§§ 153 ff StPO) Einrichtungen — massive positivrechtliche Ausprägungen des Prinzips. Bei den zumeist angeführten Beispielen (insbesondere bei der Verkümmerung der Abtreibung zum Abbruch der Schwangerschaft) geht es freilich nicht um Subsidiarität des Strafrechts, sondern um das volle oder partielle Ableben von Normen durch die gesellschaftliche Entwicklung: Schon die Enttäuschung entfällt oder mindert sich.

[47b] Weitere Beispiele bei *Jakobs* ZStW 97 S. 751 ff, 779 ff.

[47c] Siehe *Grünwald* in: Vom Nutzen und Nachteil Bd. II S. 489 ff, 503 f; *Fetscher* aaO S. 506 ff; *Müller-Dietz* Arthur Kaufmann-Festschrift S. 95 ff.

[47d] Nahezu offen eingestanden in BT-Drucksache VI/3521 S. 6, wo zur Gewaltverherrlichung eingeräumt wird, man gehe davon aus, auch Erwachsene vor Fehlentwicklungen schützen zu müssen: Das muß nicht totalitär, sondern kann paternalistisch gemeint sein, kaum jedoch freiheitlich. — Ganz ähnlich zur Belohnung und Billigung von Straftaten *AK-Ostendorf* § 140 Rdn. 3: Die Zensur wird akzeptiert, wenn sie der Verhinderung von Verbrechensbereitschaft gilt.

[47e] Zu weiteren Partialunrechtspönalisierungen siehe *Jakobs* ZStW 97 S. 751 ff, 777 f; *Kühl* NJW 1987 S. 737 ff, 743 ff.

[48] *Roxin* JuS 1966 S. 377 ff, 382; *Zipf* Kriminalpolitik § 3, 2.5; *Maurach-Zipf* AT I § 2 Rdn. 13 ff; *Arthur Kaufmann* Tendenzen S. 33 ff; *ders.* Henkel-Festschrift S. 89 ff, 100 ff; *SK-Rudolphi* Rdn. 14 vor § 1; *Roos* Entkriminalisierungstendenzen S. 215 ff; *Brandt* Bedeutung passim. — Siehe auch *Amelung* JZ 1982 S. 617 ff, 618 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

B. Das Subsidiaritätsprinzip ist die strafrechtliche Variante des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, nach dem ein strafender Eingriff nicht erlaubt ist, wenn der Effekt auch durch eine weniger einschneidende Maßnahme erzielt werden kann[49]. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt aber nur, wenn die Kosten der alternativen Maßnahme eine Person treffen, die für den zu lösenden Konflikt zuständig ist (Kosten im Sinn jeglicher Einbuße verstanden, einschließlich des Verzichts auf sozialen Kontakt). Dem Grundsatz ist also nicht zu entnehmen, Strafe werde illegitim, wenn der Konflikt auf irgendwessen Kosten anders als durch Strafe verhütet oder erledigt werden könnte. Kraß: Jeder Konflikt läßt sich erledigen, wenn auf die enttäuschte Erwartung verzichtet wird; viele Konflikte lassen sich durch Verzicht auf sozialen Kontakt erledigen, weiterhin viele durch Selbstschutz des Opfers, — aber eine Verpflichtung zur Übernahme dieser Kosten läßt sich regelmäßig nicht damit begründen, daß sie weniger wiegen als die Strafe wiegt. **27**

C. Bei dieser Lage darf das Subsidiaritätsprinzip, soweit es die Belastung verschiebt, nur angewendet werden, wenn der alternativ Belastete unabhängig vom Prinzip für den Konflikt zuständig ist. Beispiel: Der Delinquent ist sowieso ein Fürsorgefall, der Selbstschutz ist eine sowieso angebrachte Maßnahme[50] etc. **28**

Die praktische Relevanz des Prinzips wird weiterhin dadurch eingeschränkt, daß die weniger eingreifende Maßnahme generell (bestimmt nach Deliktsgruppen oder Tätergruppen) verfügbar sein muß, wenn Zufallsergebnisse vermieden werden sollen. Deshalb scheiden zum Beispiel Maßnahmen, die allein gegen reiche Täter verhängt werden können (Vermögenskonfiskation statt Freiheitsstrafe), als alternative Reaktion aus, auch wenn sie effektiv wären.

3. ABSCHNITT
Die Abgrenzung der staatlichen Strafe von anderen Reaktionen öffentlichen Rechts

I. Die Ordnungswidrigkeiten

Literatur

J. Baumann Über die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes, JZ 1972 S. 1 ff; *ders.* Grabgesang für das Legalitätsprinzip, ZRP 1972 S. 273 ff; *ders.* Bekämpfung oder Verwaltung der Kleinkriminalität? Schröder-Gedächtnisschrift S. 523 ff; *J. Bohnert* Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts, Jura 1984 S. 11 ff; *P. Cramer* Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten, 1971; *F. Dencker* Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB, JZ 1973 S. 144 ff; *E. Dreher* Die Behandlung der Bagatellkriminalität, Welzel-Festschrift S. 917 ff; *J. de Figueiredo Dias* Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht, Je-

---

49 BVerfG 39 S. 1 ff, 44 ff, 46 ff. — Zutreffende Problematisierung (Ist der Effekt die Normgeltung oder der Gutsbestand?) bei *Driendl* Strafgesetzgebungswissenschaft S. 33 ff, 37.

50 Das hebt insbesondere *Hillenkamp* Vorsatztat S. 195 f und passim zutreffend hervor; jetzt insoweit wohl auch *Schünemann* Faller-Festschrift S. 357 ff, 369; aus der umfangreichen Literatur siehe weiterhin insbesondere *Arzt* MonSchKrim 1984 S. 105 ff, 107 ff; *Ebert* JZ 1983 S. 633 ff, 638 ff; *R. Hassemer* Schutzbedürftigkeit S. 51 (insbesondere zum Betrug); *Kurth* Mitverschulden S. 99 (insbesondere zum Betrug); *Maeck* Opfer S. 23 ff (insbesondere zur Strafzumessung); siehe ferner die umfangreiche Rechtsprechung zur Strafzumessungsrelevanz des Opferverhaltens (Nachweise bei *LK-G. Hirsch* § 46 Rdn. 39 f; *Schönke-Schröder-Stree* § 46 Rdn. 23 ff; zudem BGH StV 1983 S. 326 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

scheck-Festschrift S. 79 ff; *R. Frank* Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt, ZStW 18 S. 733 ff; *E. Göhler* Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 8. Auflage 1987; *J. Goldschmidt* Das Verwaltungsstrafrecht, 1902; *ders.* Begriff und Aufgabe des Verwaltungsstrafrechts, GA 49 (1902) S. 71 ff; *H.-L. Günther* Das Recht der Ordnungswidrigkeiten — Aufbruch zu neuen Ufern? in: 40 Jahre Bundesrepublik. 40 Jahre Rechtsentwicklung, 1990 S. 381 ff; *H. J. Hirsch* Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 92 S. 218 ff; *H.-H. Jescheck* Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959 S. 457 ff; *G. Kaiser* Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 90 S. 877 ff; *J. Krümpelmann* Die Bagatelldelikte, 1966; *K.-L. Kunz* Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *D. Lang-Hinrichsen* Zur Frage der Schuld bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (kriminellem Unrecht und Verwaltungsunrecht), GA 1957 S. 225 ff; *ders.* „Verbandsunrecht", H. Mayer-Festschrift S. 49 ff; *R. Lange* Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956 S. 73 ff; *ders.* Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 1956 S. 519 ff; *ders.* Nur eine Ordnungswidrigkeit? JZ 1957 S. 233 ff; *C. Lindemann* Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht? 1932; *H. Mattes* Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten, ZStW 82 S. 25 ff; *ders.* Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten. Erster Halbband, Geschichte und Rechtsvergleichung, 1977. Zweiter Halbband, Geltendes Recht und Kritik, 1982; *H. Mayer* Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; *M. E. Mayer* Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903; *H. G. Michels* Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, 1963; *W. Naucke* Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985; *K. Peters* Beschränkung der Tatbestände im Besonderen Teil, ZStW 77 S. 470 ff; *K. Rebmann, W. Roth, S. Herrmann* Gesetz über Ordnungswidrigkeiten 2. Auflage (Loseblatt) 1988; *Rotberg* Ordnungswidrigkeitengesetz, 5. Auflage 1975; *W. Sax* Grundsätze der Strafrechtspflege, in: *K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner* (Hrsg.) Die Grundrechte Bd. III (2), 2. Auflage 1972, S. 909 ff; *Eb. Schmidt* Probleme des Wirtschaftsstrafrechts, SJZ 1948 Sp. 225 ff; *ders.* Rechtsnot im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Überwindung, SJZ 1948 Sp. 569 ff; *ders.* Das Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts, SJZ 1949 Sp. 665 ff; *ders.* Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, DRZ 1950 Beiheft 11; *ders.* Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Arndt-Festschrift S. 415 ff; *K. Tiedemann* Die Gesetzgebungskompetenz für Ordnungswidrigkeiten, AöR 89 (1964) S. 56 ff; *ders.* Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat, ÖJZ 1972 S. 285 ff; *F. Trops* Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechts, 1926; *Th. Vogler* Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, ZStW 90 S. 132 ff; *U. Weber* Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt, ZStW 92 S. 313 ff; *E. Wolf* Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Frank-Festgabe Bd. II S. 516 ff.

A. Die historische Entwicklung

1 1. Es gibt Normen, durch welche die Identität einer Gesellschaft, eines Staats oder eines Menschen (mit-)definiert wird. Dazu gehören u. a. die zentralen Normen des StGB, insbesondere soweit sie die Existenzberechtigung jedes einzelnen Bürgers und die Grundzüge der verfassungsmäßigen Ordnung garantieren. Um diesen nur randunscharf bestimmbaren Kernbereich von Strafrechtsnormen lagern Ringe abgeleiteter („dienender") Normen von wirklich oder vermeintlich abnehmender Wichtigkeit, wobei die Abnahme das normierte Verhalten stufenlos dem Sozialadäquaten annähern kann. Es geht in den äußeren Ringen etwa nur noch um die Vermeidung abstrakter Gefahren (Beispiel: Trunkenheit im Verkehr, § 316 StGB) oder um die Garantie, daß staatliche Kontrolle gefährlichen Verhaltens organisierbar bleibt (Beispiel: Fahren ohne Fahrerlaubnis, § 21 Abs. 1 und 2 StVG, siehe unten zur behördlichen Erlaubnis 16/29). Je weniger evident die Beziehung zum Kernbereich ist und je mehr sich das normwidrige Verhalten dem Sozialadäquaten annähert, um so weniger ist es erforderlich und häufig auch um so weniger tolerierbar, auf einen Normbruch in der Art zu reagieren, wie dies beim Bruch von Kernnormen der Fall ist. Es geht bei dieser Herabstufung der Reaktion nicht um eine Abschwächung des Strafmaßes (Beispiel: Manche Verletzung der Hausordnung eines Gesetzgebungsorgans, § 112 OWiG, mag empfindlicher zu ahnden sein als mancher Hausfriedensbruch, § 123 StGB); vielmehr soll eine

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Reaktion, wie sie auf den Bruch der Kernnormen hin erfolgt, zugunsten einer Reaktion unterbleiben, die nicht mit dem Odium belastet ist, (auch) zur Erledigung der Kernkriminalität zu dienen. — Neben die Möglichkeit dieser materiellrechtlichen Sonderung tritt diejenige einer vereinfachten prozessualen Erledigung.

2 2 a) Das StGB von 1871 hatte die Sonderung materiellrechtlich nur schwach durchgeführt, indem es die Kriminalität der Randbereiche, zusammen mit einigen Bagatellfällen der Kriminalität des Kernbereichs (Beispiel: Mundraub, § 370 Abs. 1 Nr. 5 StGB a. F. als Privilegierung von Diebstahl und Unterschlagung), innerhalb des *Straf*rechts erfaßte, aber durch eine unterhalb der Verbrechen und Vergehen angesiedelte Deliktsart, die Übertretungen. Eine Übertretung war ein mit Haft oder (geringer[1]) Geldstrafe bedrohtes Verhalten (§ 1 Abs. 2 StGB a. F., §§ 360 ff StGB a. F.). Für Übertretungen galten einige Sonderregelungen im AT (insbesondere nur beschränkte Strafbarkeit von Auslandstaten und keine Strafbarkeit von Versuch und Beihilfe, §§ 6, 43, 49 StGB a. F.). Die prozessuale Erledigung der Übertretungen erfolgte justizförmig mit allen wesentlichen Verfahrensgarantien[2]. Diese Regelung hat — freilich längst durch die noch zu nennenden Ordnungswidrigkeiten flankiert — bis 1975 gegolten[3]. Eine ausschließlich kriminalstrafrechtliche und ausschließlich justizförmige Lösung hatte weder Vergangenheit noch Zukunft:

3 b) Zuvor hatte es neben dem Kriminalstrafrecht jahrhundertelang ein Polizeistrafrecht[4] gegeben, wonach — neben mancher leichteren (nicht nur: bagatellhaften) Kriminalität — Taten geahndet wurden, die nicht in der Verletzung oder Gefährdung der subjektiven Rechte eines Individuums bestanden, sondern im Zuwiderhandeln gegen Anordnungen zur Gefahrenabwehr im Vorfeld (vor der konkreten Gefährdung). Der aufklärerische Gedanke, kriminell sei nur der Eingriff in subjektive Rechte, wirkt noch in *M. E. Mayers* Lehre von den „Verwaltungsdelikten" als den „kulturell indifferenten" Delikten nach: „Ein Mann, der alle Pflichten, die ihm von der kulturellen Tradition auferlegt sind, sorgsam erfüllt, kommt doch nicht all den Pflichten nach, die er gegen die Regierung hat . . . Das kriminelle Unrecht ist kraft Gesetzes und aufgrund seiner kulturellen Schädlichkeit Unrecht, das polizeiliche Unrecht ist Unrecht kraft Gesetzes"[5]. Diese Unterscheidung zwischen einer vom Staat nur zu rezipierenden Grenze von Recht und Unrecht beim Kriminalstrafrecht und einer durch den Staat zu ziehenden Grenze beim nicht-kriminalstrafrechtlichen Unrecht findet sich — freilich ohne die Gleichsetzung von Verwaltung mit Gefahrenabwehr — bis in die Gegenwart, etwa in der Formulierung, die Rechtswidrigkeit der „Zuwiderhandlungen gegen Verwaltungsanordnungen" stehe und falle mit dem Umstand, daß diese Zuwiderhandlungen „gegen positiv geschaffene Vorschriften verstoßen, die aus dem Raum grundsätzlich freien und erlaubten Verhaltens vorübergehend Exklaven rechtlicher Gebote oder Verbote ausgrenzen"[6].

4 c) Die neuere Lehre vom Verwaltungsstrafrecht beginnt mit *Goldschmidt*[7]. Danach dient das Verwaltungsstrafrecht nicht dem Gefahren abwehrenden, sondern dem

---

1 Zunächst bis zu einhundertfünfzig Mark, später bis zu fünfhundert Deutsche Mark.

2 Gegen die Geltung des Legalitätsprinzips schon *Frank* ZStW 18 S. 733 ff, 745 ff.

3 Aufgehoben durch Art. 300 EGStGB vom 2. 3. 1974, BGBl. I S. 469.

4 Eingehende Darstellung bei *Goldschmidt* Verwaltungsstrafrecht S. 70 ff; *Mattes* Untersuchungen Halbbd. I S. 57 ff, 105 ff.

5 Rechtsnormen S. 115 f, siehe auch aaO S. 27.

6 *Lange* JZ 1956 S. 73 ff, 79; *ders.* JZ 1956 S. 519 ff; *ders.* JZ 1957 S. 233 ff, 237; auch *Michels* Handlung S. 87 und passim.

7 Verwaltungsstrafrecht S. 529 ff; *ders.* GA Bd. 49 (1902) S. 71 ff; weitere Nachweise der verwaltungsstrafrechtlichen Schriften *Goldschmidts* bei *E. Wolf* Frank-Festgabe Bd. II S. 516 ff, 518 Fn. 2. — Zum folgenden Text siehe *KKOWiG-Bohnert* Einleitung Rdn. 55 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

„Wohlfahrt" fördernden Staat. So wie die „Wohlfahrt . . . nie ein Zustand werden" kann, sondern „notwendig stets ein Ziel, eine unerreichte Sehnsucht" ist[8], bringt das Verwaltungsdelikt keine Schädigung am Bestand (damnum emergens), sondern läßt Gewinn entgehen (lucrum cessans)[9]. Was aber Gewinn ist, kann nur die Verwaltung selbst definieren, ebenso wann eine Unterstützung der Wohlfahrt fördernden Tätigkeit des Staats durch den Bürger erforderlich ist[10]. Als Unrecht des Verwaltungsdelikts „bleibt also nur die eigentümliche Unterlassung der Unterstützung der auf Förderung des öffentlichen oder Staats-Wohls gerichteten bzw. fiktiv als solche Förderung erscheinenden Staatsverwaltung übrig. Dies ist die Verwaltungswidrigkeit . . ."[11]. Die Verwaltungsstrafe wird bei dieser Lösung zur „Selbsthülfe" der Verwaltung[12], deren Realisierung *Goldschmidt* freilich den Verwaltungs*gerichten* zuweist[13].

5 d) Die Grundzüge dieser Lehre *Goldschmidts*[14] werden von *E. Wolf* nach nahezu drei Jahrzehnten in wertphilosophischer Einkleidung (Trennung von Gerechtigkeitswert und Wohlfahrtswert) wieder aufgenommen[15] und beeinflussen noch ein halbes Jahrhundert später — vermittelt durch *Eb. Schmidt*[16], freilich in einer zum Teil nur verbalen Anknüpfung — das WiStG von 1949[17]. Dieses Gesetz wird erlassen, um die Verwaltungsstrafgewalt zu binden, die dem Staat bei der Wirtschaftslenkung in den vorangegangenen Krisenzeiten zugefallen war (insbesondere zur Zeit des ersten Weltkriegs und seit dem Ende der zwanziger Jahre dieses Jahrhunderts) und in nationalsozialistischer Zeit ein totalitäres Gepräge erhalten hatte. Nach § 6 dieses Gesetzes ist zwischen Wirtschaftsstraftaten und Ordnungswidrigkeiten zu unterscheiden. Erstere werden mit Kriminalstrafe geahndet und justizförmig abgeurteilt, letztere (die Nachfolger von *Goldschmidts* Verwaltungsdelikten) in einem Bußgeldverfahren durch die Verwaltungsbehörden mit Geldbuße belegt. Kriterium der Unterscheidung[18] soll zum einen sein, ob die Tatwirkungen verwaltungsintern bleiben (dann Ordnungswidrigkeit) oder aber geeignet sind, „die Leistungsfähigkeit der staatlich geschützten Wirtschaftsordnung zu beeinträchtigen" (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 WiStG 1949). Schon dieses Kriterium scheidet (zumindest) teils nach Quantitäten, nicht aber nach Qualitäten. Zum anderen soll die Einstellung des Täters gegen die Wirtschaftsordnung entscheiden (bei Gewerbsmäßigkeit, Eigennutz etc.: Straftat; § 6 Abs. 2 Nr. 2 WiStG 1949); damit richtet sich die Grenze — anders als bei *Goldschmidt* — überhaupt nicht mehr nach Besonderheiten des wirtschaftsstrafrechtlichen Regelungsbereichs, sondern nach unspezifischen Bewertungen (die zudem, wie bei subjektiven Unrechtselementen häufig, diffus bleiben). Diese Trennung zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit bedeutet zugleich eine Scheidung der Erledigungsarten: Ordnungswidrigkeiten werden nur auf Einspruch des Betroffenen justizförmig, ansonsten durch die Verwaltung mit Buße geahndet.

---

8 *Goldschmidt* Verwaltungsstrafrecht S. 533, siehe auch S. 545.

9 AaO S. 545 f.

10 AaO S. 545 f.

11 AaO S. 548.

12 AaO S. 566.

13 AaO S. 582 f.

14 Zur Wirkung *Goldschmidts* siehe *Mattes* Untersuchungen Halbbd. I S. 149 ff mit umfassenden Nachweisen.

15 Frank-Festgabe Bd. II S. 516 ff.

16 SJZ 1948 Sp. 225 ff, 231 ff; *ders.* SJZ 1948 Sp. 569 ff; *ders.* SJZ 1949 Sp. 665 ff, 669 ff; *ders.* Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht (Beiheft DRZ 1950 Nr. 11); *ders.* Arndt-Festschrift S. 415 ff, 423 f. — Kritisch zu *Eb. Schmidt Günther* in: 40 Jahre S. 381 ff, 382 ff.

17 Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts vom 26. 7. 1949, WiGBl. S. 193.

18 Es gibt „Mischtatbestände", bei denen die Tatbestandsverwirklichung über die Zugehörigkeit zum Kriminal- oder Ordnungswidrigkeitenrecht entscheidet; zur Dogmatik der Unterscheidungsmerkmale siehe *Lang-Hinrichsen* GA 1957 S. 225 ff, 228 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

B. Der gegenwärtige Stand

6 1. Für Ordnungswidrigkeiten wurde 1952 ein umfassendes Rahmengesetz geschaffen[19]. Das geltende OWiG[20] zieht die Grenze zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten formal: Ordnungswidrigkeiten sind durch die gesetzliche Drohung mit Geldbuße gekennzeichnet (§ 1 Abs. 1 OWiG). Die Geldbußen können nicht in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt, aber durch Erzwingungshaft beigetrieben werden (§ 96 OWiG). Das OWiG hat einen eigenen AT, dessen Regelungen zur Zurechnung denjenigen des StGB hauptsächlich entsprechen (§§ 8 bis 13, 15, 16, 29 OWiG; abweichend freilich die Einheitstäterschaft nach § 14 OWiG, dazu unten 21/5 ff, sowie die Möglichkeit, als Nebenfolge juristische Personen und Personenvereinigungen mit einer Geldbuße zu belegen, § 30 OWiG, siehe unten 6/43). Der Grundsatz der Gesetzesbindung gilt (§ 3 OWiG). Die Regelung der räumlichen Geltung folgt strenger dem Territorialitätsprinzip als bei Straftaten (§ 5 OWiG). Das Verfahren zur Ahndung führt die Verwaltungsbehörde durch (§§ 53 ff OWiG), was im Blick auf Art. 92 GG nicht unproblematisch ist[21]. Anders als bei Strafverfahren (§ 152 Abs. 2 StPO) gilt nicht das Legalitätsprinzip (also kein Verfolgungszwang durch die Verwaltungsbehörde), sondern ein an pflichtgemäßes Ermessen gebundenes Opportunitätsprinzip (§ 47 OWiG). Trotz der Durchsetzung der Buße in einem Verwaltungsverfahren gilt das Ordnungswidrigkeitenrecht als Teil des Strafrechts im weiteren Sinn, nicht als Verwaltungsrecht[22], so daß sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Nr. 1 GG richtet.

7 2 a) Ob die erheblichen materiellrechtlichen (Buße statt Strafe[23]) und prozessualen (Verwaltungsverfahren nach dem Opportunitätsprinzip statt Gerichtsverfahren nach dem Legalitätsprinzip) Besonderheiten der Ordnungswidrigkeiten auf einer nur quantitativen Differenz zu den Straftaten beruhen oder ob Ordnungswidrigkeiten auch ein qualitativ eigenes Unrecht und eine qualitativ eigene Schuld aufweisen, ist streitig[24],

---

19 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 25. 3. 1952; BGBl. I S. 177.

20 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24. 5. 1968, BGBl. I S. 481 in der Fassung vom 2. 1. 1975, BGBl. I S. 80 mit Berichtigung S. 520.

21 Siehe aber BVerfG 8 S. 197 ff, 207; 22 S. 49 ff, 81. — Kritisch *Herzog* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 92 Rdn. 49.

22 BVerfG 27 S. 19 ff, 32 f; *Tiedemann* AöR 89 (1964) S. 56 ff. — Zur Geschichte des Verfahrens bei Ordnungswidrigkeiten *Bohnert* Jura 1984 S. 11 ff, 13 ff.

23 Für ein Verständnis der Buße als „eine echte Strafe" *Mattes* Untersuchungen Halbbd. II S. 251 ff, 299 mit umfassenden Nachweisen des Streitstands.

24 Eine eigene Qualität der Ordnungswidrigkeiten (oder der Verwaltungsdelikte) behaupten außer den oben schon Genannten *(M. E. Mayer, Goldschmidt, E. Wolf, Eb. Schmidt):* RG 64 S. 193 ff, 195 f; 75 S. 234 ff, 235; BGH GS 11 S. 263 ff, 264; *Lange* wie oben Fn. 6; *Michels* Handlung S. 78 ff (mit Vorbehalten S. 82 f); *Maurach* AT[3] § 1 III B 2; *LK*[8]*-Jagusch* Anm. A IV 1 vor § 13; hauptsächlich auch OLG Hamm GA 1969 S. 156 f; *Cramer* Grundbegriffe S. 17 f; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 35 vor § 38; *Stratenwerth* AT Rdn. 43 („Geldbuße nicht mit einem persönlichen Vorwurf verbunden"). — *de Figueiredo Dias* Jescheck-Festschrift S. 79 ff unterscheidet rechtsvergleichend Ordnungswidrigkeiten (Verhalten betreffend, das ohne Verstoß gegen eine positive Norm neutral zu werten sei) und Straftaten, die entweder nach dem Verwaltungs- oder Nebenstrafrecht zu beurteilen sein sollen (Verstöße gegen die Normen der sozialen Grundrechte und der Wirtschaftsordnung) oder nach dem Kernstrafrecht (Verstöße gegen Normen zum Schutz der „persönlichen Betätigung"). — Für eine quantitativ bestimmte Abgrenzung *Krümpelmann* Bagatelldelikte S. 166 ff; *Mattes* ZStW 82 S. 25 ff; *ders.* Untersuchungen Halbbd. II passim; *Weber* ZStW 92 S. 313 ff, 316 f; *Günther* in: 40 Jahre S. 381 ff, 387 ff; *Göhler* OWiG Rdn. 5 vor § 1; *Baumann-Weber* AT § 4 I 2 a; *Jescheck* JZ 1959 S. 457 ff, 461; *ders.* AT § 7 V 3 b; *LK-Jescheck* Einleitung Rdn. 11; *Schmidhäuser* AT 8/107; hauptsächlich auch *Kunz* Bagatellprinzip S. 48 ff; *Maurach-Zipf* AT I § 1 Rdn. 33 ff; *Sax* Handbuch Bd. III (2) S. 909 ff, 919 ff; *Rebmann-Roth-Herrmann* OWiG Rdn. 8 ff vor § 1; *Lang-Hinrichsen* H. Mayer-Festschrift S. 49 ff, 61; *LK-Tröndle* Rdn. 64 vor § 38; jetzt auch *Rotberg* OWiG, Einführung B. — Eine verfahrens- und materiellrechtliche Trennung von „wirklichen Verbrechen" und Verhal-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

wobei die Differenzierung nach Qualitäten und Quantitäten geläufig, aber wenig aussagekräftig ist, da schon der Bereich der Straftaten in sich je nach Blickrichtung qualitativ nicht homogen ist. Im Verlauf der Auseinandersetzung sind zahlreiche Merkmale eines Normbruchs als möglicher Sitz einer qualitativen Differenz anvisiert worden: Nur bei Straftaten soll es um Rechtsgüterschutz gehen, bei Ordnungswidrigkeiten aber um „bloße Normwidrigkeit"; Ordnungswidrigkeiten sollen nicht auf einem „sozialethisch" untermauerten Unrecht beruhen oder die Schuld bei Ordnungswidrigkeiten nicht auf einem „Gesinnungstadel", vielmehr soll es sich um eine „sozialethisch farblose Lässigkeit" handeln; die Wirkungen der Ordnungswidrigkeiten sollen verwaltungsintern bleiben oder es soll um allenfalls abstrakte Gefährdungen gehen u. a. m.

8 b) Das geltende positive Recht widersetzt sich einer durchgehenden qualitativen Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Qualitätsdifferenzen von praktisch feststellbarer Deutlichkeit lassen sich an der Grenze zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit beispielsweise im Straßenverkehrsrecht (etwa § 316 StGB als Straftat, § 24 a StVG als Ordnungswidrigkeit) oder im Steuerrecht (etwa § 370 AO als Straftat, § 378 AO als Ordnungswidrigkeit) nicht ausmachen. Auch lassen sich bei einigen homogen als Ordnungswidrigkeit geregelten Komplexen einzelne Fallgruppen herauslösen, die qualitativ mit Straftaten vergleichbar sind, etwa bei einigen Verstößen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 38 ff GWB). Die Zuordnung wird in den genannten Bereichen von Annahmen darüber bestimmt, wie die Handhabung der anfallenden Verfahren praktisch zu bewältigen ist (massenhafte Verkehrsstraftaten) und ob die Geldbuße ausreichend wirken wird.

Die in der Theorie genannten Kriterien der Differenzierung sind teils überholt und teils von Haus aus überhaupt nicht notwendig qualitativ. Überholt ist die Argumentation mit einer Sonderstellung der Verwaltung: Deren Funktionieren läßt sich als Rechtsgut definieren wie bei jeder anderen Funktionseinheit[25]; es geht einzig um die Frage, wann und in welchem Maß die Verwaltung schützenswert ist. Alle anderen Kriterien lassen sich als Grenzpunkte quantitativer Differenzen deuten: Von dem sozialethisch untermauerten Verletzungsunrecht, dessen schuldhafte Verwirklichung einen Gesinnungstadel verdient, bis zum bloßen Ungehorsam gegen eine Norm, die abstrakte Gefährdungen verbietet, reicht eine stufenlose Skala von Zwischengrößen. Es dürfte überhaupt verfehlt sein, die Differenz nur von der Seite der Normübertretung her beschreiben zu wollen; denn die Möglichkeit der Erledigung eines Konflikts durch eine Buße anstelle einer Strafe hängt auch von Faktoren ab, die mit Unrecht und Schuld nicht notwendig verbunden sind (normativer Zusammenhang; Empfindlichkeit der Tätergruppe gegen Ahndung; Möglichkeit, auch sehr hohe Geldbußen beizutreiben u. a. m.); diese komplexe Betrachtung von Normverstoß und Reaktion ist bislang freilich kaum entwickelt worden. Schließlich ist die Suche nach einer qualitativen Differenz generell zweifelhaft, solange nicht ausgemacht ist, in welchem Umfang die Geldbuße von den Adressaten als Reaktion eigener Art (und nicht nur als abgeschwächte Strafe) verstanden wird.

9 c) Freilich lassen sich Zuordnungsregeln nennen, nur knüpfen sie sämtlich an quantifizierbare Kriterien an: (aa) Normen, deren Bruch hauptsächlich durch ein Verhalten geschieht, das sich vom Sozialadäquaten nur wenig unterscheidet (etwa §§ 117 bis 119 OWiG), passen besser in den Bereich der Ordnungswidrigkeiten. (bb)

---

tensweisen, auf die per „soziale Kontrolle" nach einem „Interventionsgesetzbuch" zu reagieren sein soll, schlägt *Naucke* Wechselwirkung S. 40 vor.

25 Siehe schon *Lindemann* Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht? 1932; jetzt statt vieler *Tiedemann* ÖJZ 1972 S. 285 ff, 290.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Dasselbe gilt für Normen, deren Zweck darin besteht, Fälle mit bagatellhaften Konsequenzen zu erledigen (etwa § 111 OWiG und weite Bereiche der abstrakte Gefährdungen erfassenden Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr[26]). (cc) Eher zu den Ordnungswidrigkeiten gehören ferner bei nicht sonderpflichtigen Tätern diejenigen Verhaltensweisen, die den Staat bei der Verwirklichung der praktisch *auswechselbaren* Ziele stören. Der Erfolg der Tat wird hier durch „Willkür der Verwaltung" bestimmt; das dürfte der Grundgedanke der Lehre vom besonderen „Verwaltungsunrecht" sein. Bei *fixen* Zielen liegen Straftaten vor (etwa §§ 138, 153 ff StGB), wenn die Norm nicht nur Bagatellfällen gilt. Normen, die im Wege des Verwaltungszwangs oder durch Versagung von Vergünstigungen durchgesetzt werden können, bedürfen nicht einmal einer Absicherung durch Bußgeldandrohung[27].

d) Eine positive qualitative Auszeichnung der Ordnungswidrigkeiten gibt es nicht. **10**
Wohl aber kann bezeichnet werden, was nie Ordnungswidrigkeit sein kann, sondern entweder nur Straftat oder von jeder Ahndung frei: der Bruch der Normen des Kernbereichs, so randunscharf dessen Grenze auch sein mag. Der Kernbereich der gesellschaftlichen und staatlichen Verfassung ist nicht stets durch Strafrechtsnormen abgesichert (etwa Sozialstaatlichkeit wird nicht durch Strafrecht und auch nicht durch Ordnungswidrigkeitenrecht garantiert). Wenn aber eine Garantie erfolgt, muß sie der Art nach so streng sein, wie der Kernbereich fundamental ist. Auch Bagatellfälle der Verstöße gegen diejenigen Normen, die zum Kernbereich gehören, sollten nicht als Ordnungswidrigkeiten erledigt werden, sondern als Straftaten nach einem strafprozessualen Verfahren: Jede Reaktion muß den normativen Zusammenhang berücksichtigen, in dem der Einzelfall steht; dieser normative Zusammenhang reicht bei den Kernnormen stets über den Bagatellbereich des Einzelfalls hinaus; denn auch der im Einzelfall bagatellhafte Bruch einer Kernnorm verletzt ein elementares Prinzip, das zur Definition der Gesellschaft, nicht nur für ihren faktischen Bestand, erheblich ist. Es geht bei diesen Normen um mehr als den Bestand oder den Untergang von Gütern, nämlich um unverzichtbare Teile der Identität der Gesellschaft. Beispiel: Ein Totschlagsversuch in einem minder schweren Fall (§§ 22, 212, 213 StGB), zudem an den Grenzen zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB) etc., mag mit einer geringen Strafe oder sogar nicht mehr zu ahnden sein; aber seine Ahndung mit Geldbuße wie bei falschem Parken oder ruhestörendem Lärm würde die sichere Verankerung des Tötungsverbots im Kernbereich lösen. Daran dürfte eine verfahrensmäßige Zuweisung solcher Ordnungswidrigkeiten zur StPO wenig ändern. Deshalb verbietet sich insbesondere eine Verlagerung der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität in den Bereich der Ordnungswidrigkeiten, solange das Prinzip des Eigentums- und Vermögensschutzes zum Kernbereich gehören soll[28].

II. Die Disziplinarmaßnahmen

Literatur

H. Arndt Der Zweck der Disziplinarstrafe, DÖV 1966 S. 809 ff; *ders.* Der disziplinarrechtliche Grundtatbestand, DÖV 1968 S. 39 ff; *E. Barth* Dienstbegriff und außerdienstliches Verhalten im

26 Kritisch zur Umwandlung des Verkehrsstrafrechts in Ordnungswidrigkeitenrecht *Mattes* ZStW 82 S. 25 ff, 35 ff.

27 Zutreffend *Weber* ZStW 92 S. 313 ff, 320 ff, 332 f mit Beispielen für die Mißachtung dieser Regel; *Hirsch* ZStW 92 S. 218 ff, 243; *Vogler* ZStW 90 S. 132 ff, 156; *Günther* in: 40 Jahre S. 381 ff, 384 ff.

28 *Dreher* Welzel-Festschrift S. 917 ff, 929 f; *Günther* in: 40 Jahre S. 381 ff, 391. — *A. A. H. Mayer* Strafrechtsreform S. 65 f; *Peters* ZStW 77 S. 470 ff, 501; *Baumann* JZ 1972 S. 1 ff, 3; *ders.* ZRP 1972 S. 273 ff; *ders.* Schröder-Gedächtnisschrift S. 523 ff, 525 f; *Dencker* JZ 1973 S. 144 ff, 150 f; eher anderer Ansicht auch *Krümpelmann* Bagatelldelikte S. 240 f; *Hirsch* ZStW 92 S. 218 ff, 242 ff; siehe auch *Kaiser* ZStW 90 S. 877 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Wehr-, Disziplinar- und Strafrecht, Honig-Festschrift S. 1 ff; *J. Baumann* Kritische Gedanken zur Disziplinarstrafe, JZ 1964 S. 612 ff; *ders.* Der Lichtblick im Disziplinarrecht, JZ 1967 S. 657 ff; *K. Behnke* Disziplinarrecht und Strafrecht, ZBR 1963 S. 257 ff; *ders.* Bundesdisziplinarordnung, 2. Auflage 1969; *H. R. Claussen* und *W. Janzen* Bundesdisziplinarordnung, 5. Auflage 1985; *K. Dau* Der Begriff des Dienstvergehens und sein Verhältnis zum Straftatbestand, DVBl. 1968 S. 62 ff; *ders.* Wehrdisziplinarordnung, 2. Auflage 1990; *M. Hagedorn* Verbot der Doppelbestrafung nach Wehrdisziplinarrecht und (Wehr-)Strafrecht? NJW 1965 S. 902 ff; *H. Köhler, G. Ratz* BDO. Bundesdisziplinaranordnung und materielles Disziplinarrecht, 1989; *A. Kreuzer* Anmerkung zu BVerfG 27 S. 180 ff, NJW 1970 S. 507 f; *R. Kugler* Ist das Disziplinarrecht verfassungswidrig? ZBR 1960 S. 33 ff; *F. Ostler* Neues im Disziplinarrecht, NJW 1967 S. 2033 ff; *H. H. Rupp* Anmerkung zu BVerfG 21 S. 379 ff, NJW 1967 S. 1651 f; *Eb. Schmidt* Strafrecht und Disziplinarrecht, in: Deutsche Landesreferate zum 3. internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 1950, S. 859 ff; *U. Stock* Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, 1932; *W. Thieme* Vom Wesen des Disziplinarrechts, DVBl. 1957 S. 769 ff; *W. Wiese* Der Verfassungssatz ne bis in idem — Art. 103 Abs. 3 GG — und das Verhältnis von Kriminalrecht und Dienststrafrecht, VerwArch. 56 (1965) S. 203 ff, 354 ff.

A. Die Notwendigkeit von Disziplinarmaßnahmen

11 1. Organisationen (hier verstanden als Systeme unterhalb von Gesellschaft und Staat), die nicht ersetzt oder ersatzlos aufgelöst werden können, bedürfen einer Garantie der Normen, die zur Erfüllung ihrer Organisationsaufgaben nötig sind. Gegenüber Außenstehenden[29] erfolgt die Garantie durch das Strafrecht oder — insbesondere bei Mitwirkungspflichten gegenüber der Verwaltung — durch das Ordnungswidrigkeitenrecht; dabei können die Normen allgemeinen Inhalt haben oder organisationsspezifisch gestaltet sein (wie etwa die Normen der Straftaten des 4. bis 6. Abschnitts des BT des StGB). Auch gegenüber Organisationsangehörigen finden sich — neben den allgemeinen strafrechtlichen Normen — strafrechtlich garantierte organisationsspezifische Normen (etwa die §§ 121, 258 a, 331 ff StGB, §§ 15 ff, 19 ff, 30 ff, 42 ff WStG), freilich ohne daß vom Strafrecht die erforderlichen Garantien auch nur annähernd erschöpfend geleistet würden.

12 2 a) Für die praktisch bedeutsamste Klasse von Angehörigen unverzichtbarer Organisationen, für *Staatsdiener,* sah das preußische ALR von 1794 einen detaillierten Katalog von Strafrechtsnormen vor (§§ 323 ff II 20 ALR), wobei es ein zweckvoll differenziertes Sanktionensystem zuließ, daß die jeweils verhängte Sanktion auch den Bedürfnissen der Verwaltung angemessen ausfiel[30]. Gemeinsames Merkmal dieser „Verbrechen der Diener des Staates" war nicht das Angriffsobjekt (die Organisation), sondern der Stand des Täters als Staatsdiener. Diese kriminalrechtliche Lösung des Disziplinierungsproblems wurde schon in der Mitte des 19. Jahrhunderts aus mehreren Gründen nicht mehr beschritten[31]: Den wachsenden Ansprüchen an die Bestimmtheit der Kriminalgesetze konnten die Staatsdienerverbrechen schon bald nicht mehr genügen. Ferner fehlte aufgrund eines gewandelten Verständnisses des Strafrechts (Vergeltung oder Generalprävention durch Vergeltung) ein den Bedürfnissen bei der Verwaltung des Beamtenapparats angepaßtes strafrechtliches Maßregelsystem. Hauptsächlich

---

29 Die Grenze zwischen einem Außenstehenden und einem Organisationsangehörigen, insbesondere einem solchen zwangsverpflichteter Art, verläuft unscharf; so kann etwa der Zeuge im Gerichtsbetrieb als zwangsweise bestimmter Ad-hoc-Funktionär angesehen werden; siehe §§ 51, 70 StPO, §§ 380, 390 ZPO, §§ 153 ff StGB.

30 *Stock* Entwicklung S. 145 ff; *Eb. Schmidt* in: Landesreferate S. 859 ff, 865; *Wiese* VwArch. Bd. 56 (1965) S. 203 ff, 213 f; teils abweichend *Behnke* ZBR 1963 S. 257 ff, der — bei Unterschieden im Verfahren ansetzend — schon nach dem ALR Strafrecht und Disziplinarrecht scheidet.

31 *Stock* Entwicklung S. 190 ff, 194 mit Nachweisen; *Wiese* VwArch. 56 (1965) S. 203 ff, 214 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

aber wandte sich der Blick der Kriminalisten bei den hier in Rede stehenden Delikten vom Täter zum Erfolg: Die „Verbrechen der *Diener* des Staates" wurden zu „Verbrechen und Vergehen im *Amte*" gewandelt (28. Abschnitt des BT des preußischen StGB 1851) und konnten hinfort auch von Amtsverwaltern begangen werden, die nicht dem Stand der Staatsdiener angehörten (siehe jetzt § 11 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 StGB).

b aa) Das Vakuum nach diesem weitgehenden Rückzug des Strafrechts aus dem **13** Personalverhältnis des Beamten füllen seitdem *disziplinarrechtliche Regelungen* aus. Das Verhältnis dieses Disziplinarrechts zum Strafrecht ist bislang nicht sonderlich überzeugend präzisiert worden. Die Unklarheiten resultieren zum einen aus schon unklaren Zieldefinitionen des Strafrechts und des Disziplinarrechts, die teils auf die völlig falsche Formel gebracht werden: Vergeltung kontra Zweckmäßigkeit. Zudem ist innerhalb des Disziplinarrechts die Bedeutung einer Treueverletzung für die Bestimmung des Organisationsschadens umstritten; dabei handelt es sich um das Problem, inwieweit das Disziplinarvergehen vom alten Standesverbrechen herzuleiten ist. Die Lösung wird dadurch erschwert, daß ausformulierte Disziplinarverfehlungstatbestände fehlen.

Die Frage nach dem Zusammenhang von Treueverletzung und Organisationsschaden stellte sich freilich bei denjenigen Organisationen nicht, die ihre Angehörigen zwangsrekrutieren (Schüler, Strafgefangene — siehe §§ 102 ff StVollzG), wenn nicht das Gesetz Gegenteiliges festlegt (Wehrpflichtige, § 1 Abs. 1 Satz 2 und §§ 7, 17 Abs. 2 u. a. m. SoldatenG[32]); sie stellt sich weiterhin bei rahmenmäßig geregelten freien Berufen nicht mit dem Nachdruck wie bei Staatsdienern (Beispiele: Rechtsanwälte, §§ 113 ff BRAO; disziplinarrechtliche, „ehrengerichtliche" Maßnahmen gibt es ferner für Wirtschaftsprüfer, Ärzte, Apotheker u. a. m.).

bb) Das System möglicher Reaktionen hängt von der — je nach Organisationsbe- **14** reich unterschiedlichen — Beziehung zwischen den Organisationsangehörigen und der Organisation ab. Bei Zwangsrekrutierung ist Entlassung unvereinbar mit der Organisationsaufgabe (wiederum eine Ausnahme: § 54 Abs. 1 Nr. 4 WDO). Ansonsten wirkt sie spezialpräventiv sicher, so daß die kognitive Untermauerung, die bei jeder Strafe notwendig ist, im Disziplinarrecht leicht geleistet werden kann. Freiheitsentziehung kommt nur noch in Organisationen in Betracht, bei denen drastische Grundrechtseinschränkungen geläufig sind (§ 22 WDO; § 103 Abs. 1 Nr. 9 StVollzG), so daß das Bild der Organisation durch Gewalt gegen Personen nicht gestört wird (früher auch etwa: studentischer Karzer, Schularrest). — Die folgende Darstellung gilt hauptsächlich dem Disziplinarrecht der Beamten[33].

B. Die Abgrenzung und die Behandlung von Überschneidungen

1 a) Es ist die Aufgabe von Disziplinarmaßnahmen, das *Funktionieren der jeweiligen* **15** *Organisationen als Subsysteme des Staats* gegen Störungen durch Organisationsangehörige sicherzustellen. Disziplinarmaßnahmen sind entweder Übelzufügungen, die zur

---

32 Siehe dazu aber *Hagedorn* NJW 1965 S. 902 ff, 903.

33 Detailliert gesetzlich geregelt sind in der Regel nur die Disziplinarmaßnahmen und das Verfahren; für Bundesbeamte gilt die BDO in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. 7. 1967, BGBl. I S. 751, 984; für Richter siehe §§ 63 ff, 71 DRiG; für Staatsanwälte siehe § 122 Abs. 4 Satz 1 DRiG; siehe für Landesbeamte die entsprechenden Landesgesetze. — Die Pflichten, deren Verletzung ein Dienstvergehen ist, also den BT des materiellen Disziplinarrechts, nennen die Beamtengesetze: §§ 52 ff BBG, §§ 35 ff BRRG, und die für Landesbeamte geltenden Landesgesetze; für Richter die §§ 38 ff DRiG. — Die Zurechnungslehre, also neben den Rechtsfolgen das Hauptstück des AT des materiellen Disziplinarrechts, ist nicht gesetzlich ausformuliert.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Pflichtbefolgung anhalten sollen (Pflichtenmahnung), oder aber Entfernung aus dem Dienst (Reinigungsmaßnahme, Epurierung). Wegen dieser Orientierung der Disziplinarmaßnahmen an den Bestandsbedingungen der Organisation, also wegen ihres offenen Zweckbezugs, wird verbreitet angenommen, Disziplinarmaßnahmen seien ein „Aliud" zu den Strafen[34], woraus folgen soll, daß sie im Gegensatz zur Strafe niemals zur Vergeltung oder Sühne verhängt werden dürften und daß ihre Verhängung *neben* einer Kriminalstrafe nicht gegen Art. 103 Abs. 3 GG (ne bis in idem) verstoße.

16 b) Diese Argumentation gründet auf einem verfehlten Verständnis der Strafe. Ungeachtet aller Kontroversen ist ausgemacht, daß Strafe der Erhaltung von Ordnung dient (oben 1/17). Es besteht kein Hindernis, das Strafrecht (jedenfalls soweit es Pflichtdelikte regelt) als das vom Staat verwaltete *allgemeine* Disziplinarrecht der Gesellschaft anzusehen (wobei die Epurierung nur über Sicherungsverwahrung erfolgt, seit Landesverweisung unzulässig ist). Zudem gründet die Argumentation auf einem nicht hinreichend entwickelten Begriff der Disziplinarmaßnahme. Daß diese einem einzigen Zweck dient, heißt nicht, sie sei ein homogenes Mittel, wie ja auch im Strafrecht Strafen und Maßregeln dem einzigen Zweck dienen, die Ordnung zu erhalten, aber inhaltlich und in der Wirkungsweise unterschieden sind.

17 2 a) Daß Disziplinarmaßnahmen *neben maßregelähnlichen Reaktionen auch Strafen* enthalten müssen, ergibt sich aus ihrer Aufgabe, das Funktionieren der Organisation sicherzustellen. Die Organisierbarkeit des Beamtenapparats ist ohne normative Garantie nicht zu leisten, und die Garantie beschränkt sich nicht auf eine förmliche Mißbilligung des Normbruchs (Verweis, § 6 BDO), sondern erstreckt sich auf Übelszufügungen (Geldbuße, Gehaltskürzung etc., §§ 7 ff BDO). Diese angedrohten Übel werden nicht nur wegen ihrer spezialpräventiven Wirkung zugefügt, sondern zur Bestätigung der Norm. Beispiel: Ein Beamter, der den letzten Monat vor seiner Pensionierung grundlos nicht mehr zum Dienst erscheint, wird nicht von einer Disziplinierung mangels eines Bedürfnisses nach Spezialprävention verschont; denn eine solche Nachsicht würde die Normgeltung tangieren. Daß aber mit der Übelszufügung keine vergeltende, sondern eine generalpräventive Aufgabe verfolgt wird, gibt keine qualitative Differenz zur Strafe ab (siehe oben 1/15). Eine Straffunktion findet sich selbst bei der Epurierung: Diese wird — insbesondere bei Eigentumsdelikten von Kassenverwaltern und ähnlichen Fällen — nicht erst eingesetzt, wenn die Gefahr weiterer Taten desselben Beamten die Organisation stört, sondern wenn es der Normgeltungsschaden erfordert[35]. Die Eigenschaft als Strafe geht auch nicht deshalb verloren, weil die disziplinarische Reaktion zum Ziel hat, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Beamten zu sichern; denn dieses Vertrauen hat auf Dauer nur als Spiegelung der Normgeltung innerhalb der Beamtenschaft Bestand.

---

34 *H. Arndt* DÖV 1966 S. 809 ff, 811; *Thieme* DVBl. 1957 S. 769 ff, 773 (irrationale Sühne und Vergeltung bei der Strafe kontra rationale Mittel im Disziplinarrecht!); *Wiese* VwArch. 56 (1965) S. 203 ff, 354 ff, 368 ff; *Behnke-Arndt* BDO Einführung A Rdn. 24 ff; *Claussen-Janzen* BDO Einleitung A Rdn. 4 ff; *Köhler-Ratz* BDO Einführung II 3; *Maurach-Zipf* AT I § 1 Rdn. 17 f. — *Stock* Entwicklung S. 266 ff sieht im Strafrecht Generalprävention, im Disziplinarrecht Spezialprävention. — Nach *Eb. Schmidt* (in: Landesreferate S. 859 ff, 863) soll auch im Disziplinarrecht Vergeltung zulässig sein und stattfinden, trotzdem aber „eine qualitative juristische Verschiedenheit der Erscheinungen" vorliegen, da es im Disziplinarrecht nur um die Verletzung des Treueanspruchs gehen soll (aaO S. 866 f, 873). — Zutreffend kritisch zur Tauglichkeit dieser Abgrenzungen *Baumann* AT § 4 I 4; *ders.* JZ 1964 S. 612 ff, 614 f; *ders.* JZ 1967 S. 657 ff.

35 Siehe die bei *Claussen-Janzen* BDO Einleitung D Rdn. 30 a ff aufgelisteten Entscheidungen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

b) Wenn auch Disziplinarmaßnahmen neben ihrer Maßregelfunktion die Funktion **18**
von Strafen (nicht: Kriminalstrafen) haben können[36], so ist doch das System der Disziplinarmaßnahmen nicht etwa ein „verkleinertes" System der Strafen und Maßregeln des StGB. Vielmehr hat es aus folgendem Grund andere Schwerpunkte: Die Entfernung aus dem Dienst steht im Disziplinarrecht als absolut sicheres Mittel spezialpräventiver Einwirkung zur Verfügung. Die strafrechtlichen Äquivalente, lebenslange Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung, greifen ungleich tiefer in die Interessen, insbesondere die Rechte, des Belasteten ein; ihre Voraussetzungen sind deshalb strenger. Beispiel: Wenn die Entfernung aus dem Dienst nur stattfände, wenn den förmlichen und prognostischen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) entsprechende Bedingungen gegeben sind, wäre sie praktisch bedeutungslos. *Das Disziplinarrecht ist also spezialpräventiv überlegen.* Dem entspricht es, daß im Disziplinarrecht der täterorientierte Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens gilt, d. h. mehrere Einzelverfehlungen werden stets in der Person des Täters zu einem insgesamt zu beurteilenden Dienstvergehen gebündelt[37]. Ebenso wird täterorientiert nicht zwischen Versuch und Vollendung differenziert[38].

3. Abgesehen von der spezialpräventiven Überlegenheit des Disziplinarrechts unter- **19**
scheiden sich die kriminalrechtlichen Reaktionen von den disziplinarrechtlichen dadurch, daß letztere stets nur die Aufgabe haben, eine bestimmte Organisation funktionsfähig zu erhalten, während das Strafrecht gesellschaftliches Leben insgesamt ermöglichen soll. Da Disziplinarmaßnahmen aber innerhalb ihres beschränkten Aufgabenbereichs sowohl Straf- wie Maßregeleigenschaft haben können, müssen zur *Vermeidung einer Doppelbestrafung*[39] folgende Grundsätze gelten:

---

36 Es ist die Forderung erhoben worden, deshalb Art. 103 Abs. 2 GG anzuwenden (*Kugler* ZBR 1960 S. 33 ff, 34; *a. A. Dau* DVBl. 1968 S. 62 ff, 70; *Eb. Schmidt* in: Landesreferate S. 859 ff, 867). Voll gesetzlich bestimmte Tatbestände würden den Handlungsspielraum des Dienstherrn bei Einzelweisungen beträchtlich einschränken; Blankette wären wohl möglich. — Eine Beschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG auf Strafen, die der Staat kraft seiner allgemeinen Gewalt (nicht: als Dienstherr) verhängt, entspricht der historischen Entwicklung.

37 *Behnke-Arndt* BDO Einführung B Rdn. 1 ff; für Soldaten siehe *Dau* WDO Rdn. 10 f vor § 7; siehe auch den Grundsatz der Einheitlichkeit der Verfolgung einer Jugendstraftat, § 31 JGG, siehe ferner unten zur Einheitsstrafe 31/10.

38 *Behnke-Arndt* BDO Einführung B Rdn. 10; der Ausschluß der Rücktrittsregeln ist freilich weder bei täterorientierter Begründung der Gleichbehandlung zwingend noch beim Abstellen auf die (schon im Versuchsfall gegebene) Pflichtverletzung.

39 Nach § 14 BDO (entsprechend § 8 Satz 1 WDO) dürfen neben einer Strafe oder einer Ordnungsmaßnahme die leichteste Disziplinarmaßnahme nicht und eine mittlere nur bei besonderem Bedürfnis verhängt werden. Diese Regelung soll nicht Doppelbestrafungen vermeiden, sondern faktisch überflüssige Disziplinarmaßnahmen. Bei der Ermittlung des „aus den konkreten Umständen des Einzelfalls" zu belegenden Bedürfnissen einer zusätzlichen disziplinarischen Reaktion ist im Zweifelsfall davon auszugehen, daß der Beamte schon die Kriminalstrafe hinreichend beachten wird; BVerwG NJW 1983 S. 1440 f. — Die Rechtsprechung argumentiert zu Art. 103 Abs. 3 GG halbherzig: Nach BVerfG 21 S. 379 ff, 384 (mit ablehnender Anmerkung *Rupp* NJW 1967 S. 1651 f); 21 S. 391 ff, 403 f sollen Bestrafung und Disziplinierung nach der WDO nebeneinander bestehen können, aber bei einer der Disziplinierung nachfolgenden Bestrafung mit Freiheitsstrafe soll ein Disziplinararrest anzurechnen sein (BVerfG 21 S. 379 ff, 390 f). § 8 Satz 2 WDO legt nunmehr die zwingende Anrechnung „anderer Freiheitsentziehung" auf Disziplinararrest fest. — Eine gegenseitige Anrechnung von Geldstrafe und Geldbuße soll jedoch nicht stattfinden (BVerfG 27 S. 180 ff mit ablehnender Anmerkung *Kreuzer* NJW 1970 S. 507 f; BVerwG NJW 1970 S. 1860 f). Richtigerweise ist bei nachfolgenden Disziplinarverfahren die Anrechnung davon abhängig zu machen, ob ein disziplinarer Überhang geblieben ist; bei vorweg erfolgendem Disziplinarverfahren ist dessen strafend gemeinte Reaktion im Strafverfahren anzurechnen, wenn die Disziplinierungsgründe zugleich Strafzumessungsgründe sind (so im Ergebnis zutreffend OLG Hamm NJW 1978 S. 1063 f). Ungleichartige Sanktionen sind nach ihrem Wert zu verrechnen. — Größere „Anrech-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

a) Zu einer Kriminalstrafe kann eine Disziplinarmaßnahme als besondere beamtenrechtliche (nicht nach allgemeinem Strafrecht mögliche) Maßregel ohne Straffunktion hinzukommen, was teils schon kraft Gesetzes erfolgt (§ 48 BBG; § 48 SoldatenG; § 30 WehrpflichtG).

b) Soweit ein Disziplinarvergehen nicht als Straftat abzuurteilen ist, kann die Disziplinarmaßnahme auch Straffunktion haben, wenn das zur Erhaltung der Ordnung der Organisation erforderlich ist.

c) Problematisch ist einzig, ob eine Kriminalstrafe und eine strafend gemeinte Disziplinarmaßnahme wegen einer Tat zusammentreffen können. Zur Lösung ist darauf abzustellen, ob bei der Zumessung der Kriminalstrafe die besondere Bedeutung des Normbruchs durch den Täter für die betreffende Organisation zu berücksichtigen ist — dann würde eine strafende Disziplinarmaßnahme zur Doppelbestrafung führen —, oder ob die Strafzumessung den Organisationsschaden nicht erfassen kann — dann bleibt ein disziplinarer Überhang. Art. 103 Abs. 3 GG gilt also auch beim Zusammentreffen von Kriminalstrafe und strafender Disziplinarmaßnahme, wenn der gesamte Komplex kriminalstrafrechtlich erledigt werden kann. Beispiel: Führt ein Beamter im Dienst ein Dienstfahrzeug betrunken im Verkehr (§ 316 StGB), so gilt das Strafurteil die Gefährdung des Verkehrs allgemein ab, berücksichtigt aber nicht eine mögliche besondere Wichtigkeit des Gefährdungsverbots für die Organisation, die vielleicht auf Kraftfahrzeugverkehr unersetzbar angewiesen ist (Postzustellung) o. ä. Beispiele für die Möglichkeit, den Organisationsschaden schon bei der Zumessung der Kriminalstrafe zu berücksichtigen, bilden neben allen Amtsdelikten insbesondere die bei dienstlicher Gelegenheit begangenen Eigentums- und Vermögensdelikte; als Strafe zu verstehende Disziplinarmaßnahmen sind dann unzulässig.

20 4. Auch Straftaten — wie sonstiges Verhalten — *außerhalb des Dienstes* können disziplinarrechtliche Konsequenzen haben (§ 77 Abs. 1 Satz 1 BBG), sofern der Beamte durch die Tat die für seine Brauchbarkeit in der Organisation erforderliche „potestas und auctoritas" verscherzt hat[40]. Die Maßnahme kann auch als Strafe zu verstehen sein, etwa wenn ein Verweis nicht ausreicht und eine Entfernung aus dem Dienst nicht erforderlich ist; denn die Auswirkung auf das Amt berücksichtigt das Gericht bei der Strafzumessung für außerdienstliche Straftaten nicht. Schwierig ist freilich die Frage zu beantworten, wann eine unabhängig vom Dienst begangene Straftat (oder gar nur Ordnungswidrigkeit) zugleich ein Disziplinarvergehen ist. Nach früherem Verständnis soll der Beamte überhaupt eine erhöhte Pflicht zur Normbefolgung haben[41], die aus dem besonderen Treueverhältnis resultieren soll. Das sind Nachwirkungen der alten Behandlung der Beamten als besonderer Stand. Bei einem funktionsbezogenen Verständnis der Treuepflicht muß eine Beschränkung dahin erfolgen, daß die Straftat den Schluß auf eine Beeinträchtigung der Organisation zuläßt[42]. Das darf wiederum nicht durch die diffuse Annahme präsumiert werden, die Allgemeinheit erwarte von Beamten ein in jeder Hinsicht tadelfreies Privatleben oder bei bestimmten Berufsgruppen (Kraftfahrer, Lokomotivführer) seien bestimmte außerdienstliche Straftaten (Trunkenheit im

---

nungsfreundlichkeit" ist nicht rechtsstaatlich vorzugswürdig, da sie die Grenzen der Sanktionen verwischt und zu Übergriffen in den jeweils anderen Aufgabenbereich ermuntert.

40 *Dürig* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 103 Abs. 3 Rdn. 128.

41 Noch BDH 1 S. 55 ff, 59 ff; BDH ZBR 1962 S. 194 f.

42 BDH NJW 1966 S. 688 f; BVerwG NJW 1968 S. 858 f (beide Entscheidungen betreffen nur fahrlässige Taten); *Behnke-Arndt* BDO Einführung B Rdn. 150; *Claussen-Janzen* BDO Einleitung C Rdn. 58 c; *H. Arndt* DÖV 1966 S. 809 ff; *ders.* DÖV 1968 S. 39 ff; *Wiese* VwArch. 56 (1965) S. 203 ff, 354 ff, 358 ff; *Dau* DVBl. 1968 S. 62 ff, 68; *Barth* Honig-Festschrift S. 1 ff mit weiteren Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Verkehr) nur-strafrechtlich nicht zu erledigen[42a]. Einzelheiten sind Gegenstand des materiellen Disziplinarrechts.

5. Eine disziplinare Pflichtwidrigkeit wird wie ein Pflichtdelikt behandelt; insbesondere entfällt dadurch die Differenzierung von Täterschaft und Teilnahme[43] (siehe unten 21/115). **21**

III. Die Ordnungs- und Zwangsmittel nach den Prozeßordnungen

A. *Ordnungsmittel* sind Reaktionen auf eine Zuwiderhandlung und sollen die Bedeutung der übertretenen Norm auf Kosten des Täters (durch Ordnungsgeld oder Ordnungshaft) demonstrieren; es handelt sich also sachlich um Strafen, die freilich — um die Kautelen, denen das Kriminalstrafrecht unterliegt, nicht eingreifen zu lassen, insbesondere auch um das Erfordernis eines Strafverfahrens zur Realisierung des Ordnungsmittels zu vermeiden — nicht Strafen genannt werden sollen (Art. 5 EGStGB). Zweck der Ordnungsmittel ist die Garantie von Normgeltung. Der Zweck der *Zwangsmittel* ist es hingegen, ein bestimmtes äußerliches Verhalten abzunötigen. Sachlich handelt es sich bei den Zwangsmitteln also — in strafrechtlicher Terminologie — um „bessernde" Maßregeln. Ordnungsmittel sind zur Zweckerreichung stets restlos zu vollstrecken, Zwangsmittel haben schon ihren Zweck erreicht, wenn das abgenötigte Verhalten vollzogen wird; ist letzteres der Fall, bevor das verhängte Zwangsmittel „aufgebraucht" ist, wird der Zwang trotzdem beendet. Beispiel[44]: Verweigert ein Zeuge grundlos das Zeugnis, so wird gegen ihn nach dem Maß seiner Pflichtwidrigkeit Ordnungsgeld festgesetzt (für den Strafprozeß siehe § 70 Abs. 1 Satz 2 StPO); sprechen Gründe dafür, daß der Zeuge bei seiner Weigerung beharrt, ordnet das Gericht Erzwingungshaft an (für den Strafprozeß siehe § 70 Abs. 2 StPO), die (spätestens) endet, wenn der Zeuge aussagewillig wird oder wenn es auf die Aussage nicht mehr ankommt, während das Ordnungsgeld dadurch nicht berührt wird. **22**

B. *Ordnungsmittel* nach den Prozeßordnungen sind das Gegenstück zu den Reaktionen der Verwaltung auf „Verwaltungsdelikte" (oben 3/1 ff). Sie setzen Verschulden voraus[45]. Ergehen sie wegen eines Verhaltens, das zugleich eine Straftat ist, so ist im Strafverfahren die Sanktionierung durch ein Ordnungsmittel anzurechnen[46]. Beispiele für Ordnungsmittel: sitzungspolizeiliche Ordnungsmittel nach § 178 GVG; Ordnungsmittel wegen einer Zuwiderhandlung gegen Unterlassungs- und Duldungspflichten nach § 890 ZPO (zu Unrecht verbreitet als Erzwingungsmaßnahmen bezeichnet); Ordnungsmittel gegen Beweispersonen, §§ 51, 70 Abs. 1, 77, 95 Abs. 2 StPO, §§ 380, 390 Abs. 1, 409 ZPO. **23**

C. Der Grundfall für die Anwendung von *Zwangsmitteln* ist die Erzwingung unvertretbarer Handlungen nach § 888 ZPO. Ob das den Zwang veranlassende Unterlassen voll zurechenbar sein muß, hängt davon ab, ob der Anspruch nur auf eine zurechenbare Leistung geht oder nicht. Die Vermeidbarkeit (Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit) des veranlassenden Unterlassens ist Mindestvoraussetzung. Weitere Beispiele: Erzwingung von Beweisleistungen, § 70 Abs. 2 StPO, § 390 ZPO; Erzwingung der **24**

42a BVerwG NJW 1983 S. 1440; OVG Münster NJW 1987 S. 2034 f, 2035; auch noch BVerwG NJW 1984 S. 504 f; zu pauschal BVerwG 76 S. 371 ff.

43 *Behnke-Arndt* BDO Einführung B Rdn. 11.

44 Nach RG 57 S. 29 ff.

45 BVerfG 58 S. 159 ff, 162 f (zu § 890 ZPO); schon BVerfG 20 S. 323 ff, 332 (§ 890 ZPO a. F.). — Verschulden ist streitig für § 177 GVG; *KK-Mayr* § 177 GVG Rdn. 5 mit Nachweisen; — die Vorschrift kann — entgegen dem Wortlaut — als Regelung unmittelbaren Zwangs verstanden werden.

46 OLG Saarbrücken NJW 1968 S. 1687 f; *LK-Tröndle* Rdn. 70 vor § 38.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

Herausgabe von Gegenständen, die zu beschlagnahmen sind, § 95 Abs. 2 StPO; Erzwingung einer eidesstattlichen Versicherung im zivilprozessualen Vollstreckungsverfahren, § 901 ZPO; Erzwingung der Zahlung von Geldbußen wegen einer Ordnungswidrigkeit, § 96 OWiG.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 07:56

2. KAPITEL

Der Grundsatz der Gesetzesbindung und die Geltung des Strafrechts

4. ABSCHNITT

Die Gesetzesbindung und die zeitliche Geltung

I. Die Funktion des Grundsatzes der Gesetzesbindung

Literatur

A. Arndt (Vermischtes), NJW 1961 S. 14 ff; *ders.* (Vermischtes), NJW 1964 S. 1310 ff; *ders.* Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung, JZ 1965 S. 145 ff; *J. Baumann* Rechtmäßigkeit von Mordgeboten? NJW 1964 S. 1398 ff; *ders.* Der Aufstand des schlechten Gewissens, 1965; *L. v. Bar* Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. I, 1906; *G. Bemmann* Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung, JuS 1965 S. 333 ff; *E. Benda* Verjährung und Rechtsstaat, 2. Auflage 1965; *H. Bindokat* Teleologie und Analogie im Strafrecht, JZ 1969 S. 541 ff; *P. Bockelmann* Richter und Gesetz, Smend-Festgabe S. 23 ff; *J. Bohnert* Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1982; *G. Bopp* Die Entwicklung des Gesetzesbegriffes i. S. des Grundrechts „Nulla poena, nullum crimen sine lege", 1966; *F. Calvelli-Adorno* Die Verlängerung der Verjährungsfrist für die Strafverfolgung von Verbrechen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind, NJW 1965 S. 273 ff; *W. Class* Generalklauseln im Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift S. 122 ff; *P. J. A. Feuerbach* Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts Teil I, 1799; *G. Frost* Die Verjährung bei NS-Verbrechen, DRiZ 1965 S. 89 ff; *G. Grünwald* Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, 1971; *ders.* Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege", ZStW 76 S. 1 ff; *ders.* Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, MDR 1965 S. 521 ff; *ders.* Anmerkung zu BVerfG, JZ 1976, S. 766 f, aaO S. 767 ff; *H. L. Hart* Recht und Moral, 1971; *E. Jantsch* Das strafrechtliche Verjährungsproblem, DRiZ 1968 S. 196 ff; *H. Jung* Rückwirkungsverbot und Maßregeln, Wassermann-Festschrift S. 875 ff; *U. Klug* Die Verpflichtung des Rechtsstaats zur Verjährungsverlängerung, JZ 1965 S. 149 ff; *G. Kohlmann* Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, 1969; *M. Krahl* Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG), 1986; *V. Krey* Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977; *ders.* Keine Strafe ohne Gesetz, 1983; *ders.* Parallelitäten und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und öffentlichrechtlichem Gesetzesvorbehalt, Blau-Festschrift S. 123 ff; *K.-L. Kunz* Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *H.-P. Lemmel* Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege, 1970; *W. Lewald* Das Dritte Reich — Rechtsstaat oder Unrechtsstaat? NJW 1964 S. 1658 ff; *F. v. Liszt* Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, in: *ders.* Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Bd. II, 1905, S. 75 ff; *M. Lorenz* Strafrechtliche Verjährung und Rückwirkungsverbot, GA 1968 S. 300 ff; *K. Lüderssen* Politische Grenzen des Rechts — rechtliche Grenzen der Politik, in: *ders.* Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen, 1981, S. 143 ff; *G.-A. Mangakis* Über die Wirksamkeit des Satzes „nulla poena sine lege", ZStW 81 S. 997 ff; *K. Marxen* Strafgesetzgebung als Experiment? GA 1985 S. 533 ff; *H. Mayer* Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, Materialien zur Strafrechtsreform Bd. I, S. 259 ff; *J. Meyer-Ladewig* Der Satz „nulla poena sine lege" in dogmatischer Sicht, MDR 1962 S. 262 ff; *A. Michael* Der Grundsatz in dubio pro reo im Strafverfahrensrecht, 1981; *W. Naucke* Rechtspolitische Vorentscheidungen bei der Diskussion einer Verlängerung von Verjährungsfristen für NS-Verbrechen, ZRP 1969 S. 8 ff; *ders.* Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935, in: NS-Recht in historischer Perspektive,

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

1981, S. 71 ff; *M. Pawlowski* Zur Rückwirkung von Gesetzen, NJW 1965 S. 287 f; *ders.* Der Stand der rechtlichen Diskussion in der Frage der strafrechtlichen Verjährung, NJW 1969 S. 594 f; *B. Pieroth* Der rückwirkende Wegfall des Strafantragserfordernisses, JuS 1977 S. 394 ff; *J. Pföhler* Zur Unanwendbarkeit des Rückwirkungsverbots im Strafprozeßrecht in dogmenhistorischer Sicht, 1988; *A. Ransiek* Gesetz und Lebenswirklichkeit, 1989; *K. Redeker* Bewältigung der Vergangenheit als Aufgabe der Justiz, NJW 1964 S. 1097 ff; *A. Roesen* Rechtsfragen der Einsatzgruppen-Prozesse, NJW 1964 S. 133 ff; *ders.* Nochmals: Rechtsfragen der Einsatzgruppen-Prozesse, NJW 1964 S. 1111 f; *H.-J. Rudolphi* Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *H. Rüping* Nullum crimen sine culpa. Zur Diskussion um das Analogieverbot im Nationalsozialismus, Oehler-Festschrift S. 27 ff; *W. Sax* Grundsätze der Strafrechtspflege, in: *K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner* (Hrsg.) Die Grundrechte Bd. III (2), 2. Auflage 1972, S. 909 ff; *H. Seeger* Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze, 1862; *R. Schmid* Nachwort zum Streit um die Verlängerung der Verjährungsfrist für NS-Verbrechen, NJW 1965 S. 1952 f; *R. Schmitt* Der Anwendungsbereich von § 1 Strafgesetzbuch (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz), Jescheck-Festschrift S. 223 ff; *G. Schöckel* Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bis zur französischen Revolution, 1968; *A. Schottlaender* Die geschichtliche Entwicklung des Satzes: Nulla poena sine lege, 1911; *H.-L. Schreiber* Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte, ZStW 80 S. 348 ff; *ders.* Gesetz und Richter, 1976; *B. Schünemann* Nulla poena sine lege? 1978; *ders.* Ungelöste Rechtsprobleme bei der Bestrafung nationalsozialistischer Gewalttaten, Bruns-Festschrift S. 223 ff; *H. Schultz* Internationalstrafrechtliche Spiele, Tröndle-Festschrift S. 895 ff; *K. Tiedemann* Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *M. Waiblinger* Die Bedeutung des Grundsatzes „nullum crimen sine lege" für die Anwendung und Fortentwicklung des schweizerischen Strafrechts, in: Festgabe für den schweizerischen Juristenverein, 1955, S. 212 ff; *G. Warda* Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962; *R. Wassermann* (Vermischtes), JR 1965 S. 222 ff; *H. v. Weber* Zur Geschichte der Analogie, ZStW 56 S. 653 ff; *H. Welzel* Gesetzmäßige Judentötungen? NJW 1964 S. 521 ff; *H. Woesner* Generalklausel und Garantiefunktion der Strafgesetze, NJW 1963 S. 273 ff; *H. A. Zachariae* Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze, 1834.

A. Der Meinungsstand

1 1 a) Der in Art. 103 Abs. 2 GG und gleichlautend in § 1 StGB (siehe auch Art. 7 Abs. 1 MRK) positivierte Grundsatz der Gesetzesbindung gehört zu denjenigen Normen, deren Interpretation so zugespitzt werden kann, daß sie an der Praxis scheitern müssen oder die Praxis an ihnen scheitern muß. Eine nicht an der Reinheit der Idee, sondern an der praktischen Effektivität der Norm orientierte Interpretation hat von vornherein folgenden Zusammenhang zu berücksichtigen: Ein maximales Bestimmtheitsverlangen überfordert jede — nicht utopische — Gesetzgebungs- und Auslegungspraxis. Deshalb wird der Grundsatz bei einem maximalen Verlangen zu einer bloßen „leitenden Idee"[1] ohne Verbindlichkeit im Einzelfall verkommen. Optimale Effektivität stellt sich nur ein, wenn das Bestimmtheitsverlangen nur (aber auch) so hoch angesetzt wird, daß es die Praxis kritisiert, ohne sie im großen und ganzen zu desavouieren. Schon aus diesem simplen Befund kann geschlossen werden, daß der Bestimmtheitsgrundsatz nicht durch das ganze Strafrecht dasselbe Maß an Strenge aufweisen kann: Gemessen an dem im BT bei der Tatbeschreibung erreichbaren Standard wären nicht nur weite Teile der Rechtsfolgenbestimmungen verfassungswidrig unbestimmt, sondern auch die hauptsächlichen Vorschriften der Zurechnungslehre des AT.

2 b) Die gebräuchlichen lateinischen Formulierungen des Grundsatzes der Gesetzesbindung — nulla poena sine lege (scripta, stricta, praevia, certa), nulla poena sine

[1] So tendenziell *Sax* in: Grundrechte Bd. III (2) S. 909 ff, 998; *Bockelmann* Smend-Festgabe S. 23 ff; *Meyer-Ladewig* MDR 1962 S. 262 ff, 264; siehe hierzu auch *Schünemann* Nulla poena S. 8; *Krahl* Rechtsprechung S. 4 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

crimine, nullum crimen sine poena legali — stammen von *Feuerbach*[2], der sie als Element seiner Straftheorie (Strafandrohungstheorie) entwickelt: Die Generalprävention durch „psychologischen Zwang" soll um so effektiver wirken, je genauer die Tat und das angedrohte Strafübel bestimmt sind[3]. Bedeutsamer als diese straftheoretische Herleitung ist freilich die staatstheoretische Fundierung im Rechtsdenken der Aufklärung: Ein Gebrauch der Handlungsfreiheit ohne die Gefahr, bestraft zu werden, ist nur bei gegebener Vorab-Bestimmung des Strafbaren möglich und die Sicherung vor — insbesondere richterlicher — Willkür ist nur gewährleistet, wenn die Vorab-Bestimmung im Einklang mit dem Vernünftigen *(Montesquieu)* oder allgemein Gewollten *(Rousseau)* erfolgt, eben als Gesetz[4].

2 a) Für das gegenwärtige Recht werden dem Grundsatz unterschiedliche Funktionen zugesprochen[5]. So wird behauptet, der Grundsatz spezifiziere das *Schuldprinzip;* denn von einer „bewußten oder vorwerfbar unbewußten Fehlentscheidung" sei nur zu sprechen, wenn „zum Zeitpunkt der Tatentscheidung ihr Richtpunkt: das den Unrechtstatbestand spezifizierende Strafgesetz, bereits vorhanden gewesen" sei[6]. — Damit läßt sich freilich weder erklären, weshalb die Bestimmtheit gerade gesetzlich erfolgen noch weshalb sie auch Strafbarkeit und Strafmaß umfassen soll[7] (was auch teils ausgeschlossen wird). Vor der offenen Berücksichtigung des Zusammenhangs von Verbotsirrtum und Schuld mag es notwendig gewesen sein, im Irrtumsfall eine dogmatisch sonst nicht zu begründende Schuldlosigkeit mit Hilfe des Grundsatzes der Gesetzesbindung darzutun[8]. Die Verbindung des Schuldgrundsatzes mit der Gesetzesbindung wird aber heute von den Regeln des Verbotsirrtums (§ 17 StGB) geleistet[9], so daß der Grundsatz der Gesetzesbindung von dieser Nebenfunktion entlastet werden kann. **3**

---

2 Lehrbuch 1 (1801) § 24.

3 *Feuerbach* Revision S. 44 ff; *ders.* Lehrbuch §§ 8 ff, 20. Siehe dazu *Bohnert* Feuerbach S. 13; *Pföhler* Unanwendbarkeit S. 246 ff. Eingehender oben 1/27.

4 Zur Geschichte umfassend *Schreiber* Gesetz und Richter S. 17 bis 208; siehe ferner *ders.* ZStW 80 S. 348 ff, 351 ff; *Schöckel* Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots S. 5 ff; *Pföhler* Unanwendbarkeit S. 185 ff; für die Zeit seit dem Ende des 18. Jahrhunderts *Bopp* Entwicklung des Gesetzesbegriffs passim; *Krey* Keine Strafe Rdn. 1 ff; aus der älteren Literatur *Zachariae* Über die rückwirkende Kraft; *Seeger* Über die rückwirkende Kraft; *v. Bar* Gesetz und Schuld Bd. I S. 9 ff; vollständige Nachweise bei *Schreiber* aaO S. 233 ff.

5 Eine straftheoretische Begründung wie bei *Feuerbach* findet sich nicht mehr. Freilich will *Schünemann* Nulla poena S. 13 f zwischen Bereichen von Norminternalisierung durch Sozialisation und anderen Bereichen unterscheiden, bei denen erst eine „Konfrontation mit der Strafdrohung einen Präventionseffekt auslöst". Die Bereiche dürften allerdings subjektiv je unterschiedlichen Zuschnitt haben; etwa Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung können je nach dem potentiellen Täter wegen der Tabuierung oder wegen der Strafdrohung unterbleiben. Hauptsächlich aber ist — wie gegen *Feuerbach* — zweierlei einzuwenden. Erstens ist die Verbindung von Androhungsprävention und Bestimmtheit eine psychologisierende Spekulation; daß die präzise Drohung stärker wirkt als die pauschalierende oder vage Drohung wirken, ist empirisch nicht belegt. Zweitens ist die Beschränkung der Bestimmtheit auf präventiv bedeutsame Umstände zu eng (nicht erfaßt werden etwa eine nicht allzu krasse Erhöhung der Sanktion oder eine Verlängerung der Verjährung).

6 *Sax* in: Grundrechte Bd. III (2) S. 909 ff, 998 f; ähnlich *Dürig* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 103 Rdn. 104; *Bockelmann* Niederschriften Bd. III S. 288; *Bopp* Entwicklung des Gesetzesbegriffs S. 145 ff; *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 98 (anders aber jetzt *SK-Rudolphi* § 1 Rdn. 2).

7 Zutreffend kritisch *Schreiber* Gesetz und Richter S. 211 f; *ders.* ZStW 80 S. 348 ff, 360; *Grünwald* ZStW 76 S. 1 ff, 12.

8 Siehe die bei *Schreiber* Gesetz und Richter S. 211 genannte ältere Literatur.

9 Das erkennt auch *Sax* in: Grundrechte Bd. III (2) S. 909 ff, 998; aber die von ihm beschworene Differenz zwischen dem Regelungsgegenstand von § 17 StGB und dem „Unrechtstatbestand" als „Richtpunkt" der „Tatentscheidung" bleibt durchaus diffus.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

4 b) Die Verbindung des Grundsatzes der Gesetzesbindung mit *demokratischen Prinzipien*[10] ist nur für Teile des Grundsatzes ergiebig; denn Eingriffe von dem Gewicht strafrechtlicher Sanktionen bedürfen in einer Demokratie zwar möglichst unvermittelter demokratischer Legitimation[11] — insoweit besteht eine Verbindung mit den Prinzipien der jeweiligen Staatsform, hier also mit demokratischen Prinzipien —, ohne daß sich jedoch schon daraus ein Verbot rückwirkender Bestimmungen des Strafbaren oder des Strafmaßes oder die Verbote unbestimmter Gesetze oder nicht allgemein geltender Strafbarkeitsbedingungen ergäben. Die Probleme der Gesetzesrückwirkung, Gesetzesbestimmtheit und der Trennung von allgemeinem Gesetz und Einzelakt sind nicht demokratiespezifisch.

5 c) Wenig erhellend wirkt auch die Verknüpfung des Grundsatzes der Gesetzesbindung mit der *Gewaltenteilung*[12]. Ein in idealer Weise bestimmtes Gesetz, bei dessen Anwendung der Richter im Sinne *Montesquieus* nur als „bouche qui prononce les paroles de la loi“[13] fungiert, führt — wie schon *Montesquieu* ausführt — überhaupt nicht zur Gewaltenteilung, sondern zur völligen Unterordnung der Judikative unter die Legislative. Wenn in der neueren methodologischen Literatur die Unmöglichkeit einer idealen Bestimmtheit und dementsprechend ein genuin richterlicher Anteil an der Normbestimmung für den Einzelfall hervorgehoben wird, so ergibt sich erst durch diese „Entdeckung“ des richterlichen Anteils der Befund eines Zustands der Gewaltenteilung. — Für das Rückwirkungsverbot gibt die Gewaltenteilung überhaupt nichts her: Das Verbot trifft jede Gewalt[14].

6 d aa) Verbreitet wird die Funktion des Grundsatzes der Gesetzesbindung im *Vertrauensschutz* als einer notwendigen Komponente des Rechtsstaats gesucht[15]. Die Richtigkeit dieses Ansatzes wird hier nicht bestritten. Handlungsfreiheit hat nur dort vollen Wert, wo keine Gefahr besteht, daß in nicht kalkulierbarer Weise belastende Folgen an das Verhalten geknüpft werden. Deshalb ist das Vertrauen eines rechtstreuen Bürgers schützenswert, sein Verhalten werde nicht nachträglich als Unrecht definiert. Aber dieses Vertrauen kann den Grundsatz in doppelter Hinsicht nicht allein tragen.

7 bb α) Zum einen korrespondiert mit dem schützenswerten Vertrauen des Rechtstreuen in die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens nicht auch ein schützenswertes Vertrauen des Rechtsuntreuen, nur mit den zur Tatzeit gesetzlich angedrohten Sanktionen belegt zu werden. Das wird mittelbar dadurch ganz überwiegend anerkannt, daß zur

---

10 *Grünwald* ZStW 76 S. 1 ff, 14; *Krey* Blau-Festschrift S. 123 ff, 130, 132 (aber nicht für das Rückwirkungsverbot); *Ransiek* Gesetz S. 40 ff; siehe auch *Schünemann* Nulla poena S. 11.

11 Ferner muß bei diesen Eingriffen die „Einheitlichkeit der staatlichen Willensbildung“ garantiert sein; *H. Mayer* Materialien Bd. I S. 259 ff, 274.

12 Siehe dazu *Grünwald* ZStW 76 S. 1 ff, 14; *Krey* Blau-Festschrift S. 123 ff, 130. — So jetzt aber das BVerfG 73 S. 206 ff, 235: Es soll „sichergestellt werden, daß der *Gesetzgeber* über die Strafbarkeit entscheidet“.

13 De l'esprit des lois XI 6.

14 *Schreiber* Gesetz und Richter S. 219. — *Binding* Handbuch S. 25 leitet aus der Gewaltenteilung die Pflicht des Richters zur rückwirkenden Anwendung neuer Gesetze her; denn den Richter soll nach *Binding* stets das neueste Gesetz binden, um die Situation einer Entscheidung zwischen zwei Gesetzen nicht erst aufkommen zu lassen; siehe dagegen *Schöckel* Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots S. 73; *Schreiber* Gesetz und Richter S. 219.

15 BVerfG 13 S. 215 ff, 223 f; 13 S. 262 ff, 271; 14 S. 288 ff, 297; 15 S. 313 ff, 324; 25 S. 269 ff, 290 f; 26 S. 41 ff, 42; 37 S. 201 ff, 207; 47 S. 109 ff, 120; 48 S. 48 ff, 56; BVerfG JZ 1981 S. 741 ff, 742; BVerfG 73 S. 206 ff, 234 ff; BVerfG NStZ 1987 S. 450; 1990 S. 238 f; siehe auch BVerfG NJW 1984 S. 225 f; — *Calvelli-Adorno* NJW 1965 S. 273 ff, 274; *Klug* JZ 1965 S. 149 ff, 151; *Sax* in: Grundrechte Bd. III (2) S. 909 ff, 998 f; *Warda* Grundlagen S. 43 ff; *Class* Eb. Schmidt-Festschrift S. 122 ff, 137 f; *Kohlmann* Begriff des Staatsgeheimnisses S. 252 ff; *Krey* Studien S. 207; *Tiedemann* Tatbestandsfunktionen S. 193 f; *Woesner* NJW 1963 S. 273 ff; siehe auch *Schöckel* Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots S. 66.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Schuld Kenntnis oder Erkennbarkeit des Unrechts, aber nicht der Strafbarkeit, noch weniger des Strafmaßes gefordert wird; bei gegebener Kenntnis oder Erkennbarkeit des Unrechts wird ein Vertrauen in die Straflosigkeit also nicht geschützt[16]. Auch soweit diese Lehre einzuschränken ist (unten 19/23), geht es nur um Kenntnis oder Erkennbarkeit der Strafe oder der Strafhöhe als Indiz für das Gewicht des Unrechts, nicht aber als verbindliche „Preisauszeichnung" für böse Taten. Ein Irrtum des Täters läßt sich im Rahmen der Tatzurechnung berücksichtigen und bedarf keiner sonstigen Absicherung. Schon die Lozierung des hiesigen Problems außerhalb der Zurechnung zeigt, daß die Täterpsyche (Vertrauen) nicht der rechte Ansatzpunkt ist: Wenn der Grundsatz der Gesetzesbindung die „magna charta des Verbrechers" ist[17], so doch nicht deshalb, um dem „Verbrecher" die Verhaltenskonsequenzen im Detail kalkulierbar zu gestalten, ja überhaupt nicht seinetwegen.

8 β) Zum anderen, und das wiegt schwerer, sind nicht alle erforderlichen Bedingungen eines Rechtsstaats Gegenstand eines Vertrauens potentieller Täter; denn ein Rechtsstaat erschöpft sich nicht in den Garantien, auf die es einem potentiellen Täter legitimerweise ankommt. Es geht vielmehr darum, daß der Staat Normvertrauen auf lange Sicht und in diesem Sinn generalisiert zu erhalten trachtet; dabei mag er im Einzelfall auf Mittel allein deshalb verzichten, weil deren genereller Nichtgebrauch vorzugswürdig ist. Die Garantie ausnahmsloser Bindung rangiert dann höher als die Zweckmäßigkeit des Vorgehens bei der Erledigung eines Einzelfalls. Der Grundsatz der Gesetzesbindung führt bei diesem Verständnis stets dann, wenn eine Entscheidung seinetwegen fällt, zu einer unbefriedigenden Lösung des Einzelfalls; denn die Strafbarkeit kann nur in denjenigen Fällen speziell an dem Grundsatz scheitern, in denen sie ansonsten angebracht ist. Fälle sowieso dubioser Strafbarkeit erledigen sich schon ohne Blick auf die Gesetzesbindung. Der Grundsatz produziert also Einzelfall*un*gerechtigkeit[18] (zugunsten der Täter), um die Bindung des Staats generell zu festigen.

B. Die Gesetzesbindung als Objektivitätsgarantie

9 Die Bindung, um die es geht, soll *Objektivität* garantieren: Das strafbare Verhalten und das Strafmaß sollen nicht unter dem Eindruck geschehener, aber noch abzuurteilender Taten und nicht als Mittel gegen schon bekannte Täter bestimmt werden, sondern *vorab* und *allgemein gültig*, eben durch ein vor der Tat erlassenes, bestimmtes Gesetz[19]. Das Prinzip umfaßt alle Strafbarkeitsvoraussetzungen und ist nicht auf den Bereich des Zurechenbaren (sowie der unstreitig erfaßten nur-objektiven Bedingungen und der rollenbezogenen Ausnahmen von der Strafbarkeit, unten 10/1 ff, 15 ff) beschränkt: Insbesondere muß auch die Verjährung gesetzlich bestimmt sein und darf nicht rückwirkend verlängert werden, sei die Frist vor dem Verlängerungsakt abgelau-

---

16 *Grünwald* ZStW 76 S. 1 ff, 12 f; *ders.* MDR 1965 S. 521 ff, 523; *Waiblinger* Juristenvereins-Festgabe S. 212 ff, 228; *Schreiber* Gesetz und Richter S. 214 f.

17 *v. Liszt* Aufsätze und Vorträge Bd. II S. 75 ff, 80.

18 So zutreffend *LK*6-*Nagler* Anm. I 2 zu § 2 StGB in der seit 1935 geltenden, den Grundsatz der Gesetzesbindung aufhebenden Fassung. — Siehe ferner zu § 2 StGB a. F. *Naucke* in: NS-Recht S. 71 ff; *Rüping* Oehler-Festschrift S. 27 ff, 41 f.

19 *Schreiber* Gesetz und Richter S. 213 ff; *ders.* ZStW 80 S. 348 ff, 362 ff mit zahlreichen Nachweisen; *Grünwald* MDR 1965 S. 521 ff, 523; *Marxen* GA 1985 S. 533 ff, 545 ff; siehe ferner *Arndt* NJW 1961 S. 14 ff; *ders.* JZ 1965 S. 145 ff, 147 f; *Baumann* Aufstand S. 12 ff; *Waiblinger* Juristenvereins-Festgabe S. 212 ff, 228; *Mangakis* ZStW 81 S. 997 ff, 1006; *Lemmel* Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen S. 160; *Pawlowski* NJW 1965 S. 287 f; *Jung* Wassermann-Festschrift S. 875 ff, 884 (*objektives* Vertrauen); siehe auch BVerfG NJW 1984 S. 225: „spezielle Ausgestaltung des Willkürprinzips". — Scharf dagegen bei subjektiv-historischer Interpretation *Pföhler* Unanwendbarkeit S. 288 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

fen oder nicht[20]. Der psychologisierende Vertrauensaspekt verleitet zu der Annahme, die Verjährung sei kein Gegenstand des Grundsatzes der Gesetzesbindung, da sie in der Täterkalkulation keine Rolle und erst recht keine schützenswerte Rolle spiele. Aber darauf kommt es nicht an; vielmehr entscheidet, daß der Staat bei einer Verlängerung der Verjährungsfrist (oder bei einer verlängernden Festlegung der Verjährungsberechnung oder einer Erleichterung der Verjährungsunterbrechung etc.) seine Strafbefugnis erweitert, und zwar bei gewollter Rückwirkung auch unter dem Eindruck der schon geschehenen, aber noch abzuurteilenden Taten (wieso sonst Rückwirkung?). Entsprechendes gilt für das Erfordernis eines Strafantrags oder einer Verfolgungsermächtigung, das nicht rückwirkend gestrichen werden darf[21]. Auch die Einstellungsmöglichkeit nach den §§ 153, 153a StPO darf nicht rückwirkend beschnitten werden[21a]. Das Prinzip der Gesetzesbindung endet bei den Normen der Gerichts- und Verfahrensorganisation[22], umfaßt freilich noch die Garantien für einen objektiven Ablauf, die nicht rückwirkend verengt, sondern allenfalls durch funktionale Äquivalente ersetzt werden dürfen. — Die Grenze ist in Einzelheiten bislang nicht hinreichend geklärt[23]. Da die Unterscheidung von materiellem Recht und Prozeßrecht ohne Vorannahmen vom

---

20 Sehr streitig; da rechtsstaatliche Regeln nur dann im großen und ganzen effektiv sind, wenn sie auf Ereignisse angewendet werden, die in einem Rechtsstaat möglich sind, ist es nicht zufällig, daß die Verjährungsfristen gerade bei der Verfolgung von nationalsozialistischen Verbrechen erhebliche Lücken der Verfolgbarkeit bewirkten (zur freilich auch mangelnden Intensität der Verfolgung siehe *Baumann* Aufstand S. 5 ff). Die Lösung, Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB insoweit durch ein verfassungsänderndes Gesetz zu suspendieren, wurde zugunsten einer Manipulation der Verjährungsfristen verworfen. Seitdem sieht die mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts praktizierte Garantie der Gesetzesbindung so aus, daß die Verjährung bei noch laufenden Fristen restlos rückwirkend gehindert werden kann, während etwa die Strafdrohung (zutreffend!) auch nicht um einen einzigen Tagessatz Geldstrafe rückwirkend erhöht werden darf: BVerfG 25 S. 269 ff, 286 ff (betrifft das Berechnungsgesetz vom 13. 4. 1965, BGBl. I S. 315); *Calvelli-Adorno* NJW 1965 S. 273 ff; *Benda* Verjährung und Rechtsstaat S. 24; *Bemmann* JuS 1965 S. 333 ff; *Frost* DRiZ 1965 S. 89 ff; *Naucke* ZRP 1969 S. 8 ff; *Klug* JZ 1965 S. 149 ff; *Wassermann* JR 1965 S. 222 ff; *Schmitt* Jescheck-Festschrift S. 223 ff, 230; *Pföhler* Unanwendbarkeit S. 294; *AK-Hassemer* § 1 Rdn. 63; *Dürig* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 103 Rdn. 109 und die überwiegende Ansicht. — *Wie hier* grundlegend *Schreiber* ZStW 80 S. 348 ff, 359 ff; *Grünwald* MDR 1965 S. 521 ff; siehe ferner *Arndt* NJW 1961 S. 14 ff; *ders.* JZ 1965 S. 142 ff; *Jantsch* DRiZ 1968 S. 196 ff; *Lorenz* GA 1968 S. 300 ff; *R. Schmid* NJW 1965 S. 1952 f; *Schünemann* Nulla poena S. 25 f; *Pawlowski* NJW 1965 S. 287 f; *ders.* NJW 1969 S. 594 f; *Lüderssen* in: Kriminalpolitik S. 143 ff, 165; *Michael* Grundsatz S. 104 ff; *Jescheck* AT § 15 IV 4; hauptsächlich auch *Baumann* Aufstand S. 10 ff.

21 *Jescheck* AT § 15 IV 4; *H. Mayer* AT § 54 I 2; *ders.* Studienbuch § 7 I 2; *Pieroth* JuS 1977 S. 394 ff, 396; *Michael* Grundsatz S. 107 ff; *a. A.* die überwiegende Ansicht; RG 75 S. 306 ff, 310 ff; 76 S. 328; 77 S. 106 f; 77 S. 181 ff, 183; BGH 20 S. 22 ff, 27; OLG Hamm NJW 1961 S. 2030 und NJW 1970 S. 578; *Krey* Keine Strafe Rdn. 110; *ders.* Blau-Festschrift S. 123 ff, 125 f, 135 f; *Pföhler* Unanwendbarkeit S. 295 (mit eingehender Darstellung des Meinungsstands S. 40 ff, 74 ff); *Baumann-Weber* AT § 12 I 2 b; *LK-Tröndle* § 2 Rdn. 9; *Maurach-Zipf* AT I § 12 Rdn. 6 f; *ders.* AT II § 75 II A 2; *Schönke-Schröder-Stree* § 77 Rdn. 8; *SK-Rudolphi* Rdn. 10 vor § 77.

21a *Kunz* Bagatellprinzip S. 89 ff, 90 f. — Zudem: Die nur vage Ausgestaltung der Einstellungsvoraussetzungen wird dem Unbestimmtheitsverbot nicht gerecht; dazu *Krahl* Rechtsprechung S. 68 ff.

22 *SK²-Schreiber* § 1 Rdn. 9; *Marxen* GA 1985 S. 533 ff, 551 f; *Schönke-Schröder-Eser* § 2 Rdn. 6, 7; *Baumann-Weber* AT § 12 I 2 b; *Grünwald* MDR 1965 S. 521 ff; *ders.* JZ 1976 S. 767 ff, 771; *Welzel* Strafrecht § 5 II 5 b a. E.; insoweit auch übereinstimmend BGH 22 S. 321 ff, 325. *A. A. Pföhler* Unanwendbarkeit S. 295 (mit Darstellung des Meinungsstands S. 40 ff, 81 ff); *KKOWiG-Rogall* § 1 Rdn. 46 f.

23 Heikel ist insbesondere der Fall rechtsstaatswidriger Verengung der Strafgewalt aus Opportunitätserwägungen, so daß die rückwirkende Erweiterung gerade die Wiederherstellung der Objektivität bewirkt. Von der Entscheidung über die Zulässigkeit dieser Rückwirkung hängt die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Gesetzesbindung auf nationalsozialistische Gewalttaten ab, soweit diese während der nationalsozialistischen Herrschaft nicht verfolgt und noch weniger bestraft wurden. Freilich wird behauptet, die Befolgung von (gesetzlichen oder sonstigen) staatli-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Unterscheidungszweck nicht geleistet werden kann, gibt sie zur Begründung des Bereichs, den die Garantie erfaßt, nichts her; die Anknüpfung an eine zu anderen Zwecken getroffene Unterscheidung führt zu Zufallsergebnissen[24].

II. Die einzelnen Wirkungen des Grundsatzes der Gesetzesbindung

Literatur

B. Ackermann Das Analogieverbot im geltenden und zukünftigen Strafrecht, 1934; *K. Amelung* Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *ders.* Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, in: *B. Schünemann* (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 85 ff; *G. Arzt* Probleme der Kriminalisierung und Entkriminalisierung sozialschädlichen Verhaltens, Kriminalistik 1983 S. 117 ff; *J. Baumann* Die natürliche Wortbe-

---

chen Anordnungen terroristischen Inhalts, gehe es um ihre Befolgung durch die Justiz (insbesondere bei Todesurteilen nach Denunziationen, dazu unten zur mittelbaren Täterschaft 21/86) oder um Tötungen in Konzentrationslagern, sei auch während der nationalsozialistischen Zeit strafbar gewesen.

(a) Teils wird dies mit der Naturrechtswidrigkeit der staatlichen Anordnungen begründet, die eine Strafbarkeit hinderten. Dabei wird aber verkannt, daß es keine naturrechtliche Strafbarkeit gibt; selbst wenn eine solche angenommen werden sollte, ist sie jedenfalls keine gesetzlich bestimmte Strafbarkeit im Sinn des Grundsatzes der Gesetzesbindung. Auch durch die Überlegung, daß die Strafbarkeit nach den Normen der Weimarer Zeit durch die ergangenen staatlichen Anordnungen wegen deren Naturrechtswidrigkeit nicht beseitigt worden sei und deshalb fortbestanden habe, läßt sich die gesetzliche Strafbarkeit zur Tatzeit nicht begründen; denn bei dieser Konstruktion werden dem damaligen Staat Normen untergeschoben (etwa Strafbarkeit der Tötung von Regimegegnern), die er nun einmal nicht gewollt hat, so daß sie nur überpositiv begründet sind (*Grünwald* Kritik der Lehre vom überpositiven Recht S. 11; *ders.* ZStW 76 S. 1 ff, 5; *Schünemann* Bruns-Festschrift S. 223 ff, 225 mit Nachweisen Fn. 7; treffend *Hart* Recht und Moral S. 44 f: Die Annahme, „alle unsere Werte" — scil. Verzicht auf Rückwirkung und Ahndung von nationalsozialistischen Gewalttaten — „ließen sich letzten Endes in einem einzigen System unterbringen", sei ein „romantische(r) Optimismus").

(b) Teils wird eine Strafbarkeit immerhin insoweit angenommen, als es an einer *gesetzlichen* Aufhebung der Strafbarkeit — insbesondere der Tötung — gefehlt habe (*Welzel* NJW 1964 S. 521 ff; *Lewald* NJW 1964 S. 1658 ff; *Arndt* NJW 1964 S. 1310 ff; *Redeker* NJW 1964 S. 1097 ff; *Baumann* NJW 1964 S. 1398 ff, 1405; *gegen Roesen* NJW 1964 S. 133 ff und 1111 f). Bei diesem Versuch, den totalitären Staat in Kategorien zu sezieren, in denen er nicht stattfindet (dazu *Baumann* NJW 1964 S. 1398 ff, 1401 mit Nachweisen), ist der Bezug zum Überpositiven normativ verschleiert, aber doch der Sache nach leitend vorhanden: Dem totalitären, zivilisationsverleugnenden Staat wird die Rechtsquellenlehre gewaltenteilender, zivilisierter Staaten übergestülpt, als sei diese überpositiv gültig. Was dabei herauskommt, kann nur dann als geltendes Recht bezeichnet werden, wenn die Geltung von dem, was im großen und ganzen praktiziert wird, restlos abgekoppelt wird. Daß der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit diese ideale, durch Praxis nicht derogierbare Geltung meint, ist bislang nicht begründet worden.

(c) Schließlich wird vorgeschlagen, die Nichtbestrafung in der nationalsozialistischen Zeit, soweit sie auf Führerbefehlen o. ä. beruht, als nur faktische Aufhebung der Strafbarkeit zu definieren, die nunmehr, wie bei einer Änderung der Rechtsprechung, durch andere Handhabung rückwirkend anulliert werden könne (*Schünemann* Bruns-Festschrift S. 223 ff, 234 f). Aber auch diese Differenzierung zwischen Norm und Handhabung operiert mit Kategorien, die der totalitäre Staat so nicht kennt. Zudem paßt die Parallele zur Rechtsprechungsänderung nicht, weil die Nichtverfolgung der Gewalttaten in der nationalsozialistischen Zeit gerade kein Verhalten bei grundsätzlicher Anerkennung der in der Weimarer Zeit und heute geltenden Normen war, sondern Vollzug einer anderen Ordnung.

Ergebnis: Der Grundsatz der Gesetzesbindung paßt nur bei einer *kontinuierlichen* Ordnung. Es wäre deshalb vorzugswürdig gewesen, ihn für die Beurteilung von nationalsozialistischen Taten zu suspendieren, wie es Art. 7 Abs. 2 MRK (sogenannte Nürnbergklausel) vorsieht (dazu besteht freilich ein Ratifizierungsvorbehalt der Bundesrepublik; siehe BGBl. 1954 II S. 14). Die Funktion des statt dessen gewählten Auswegs dürfte darin liegen, daß bei ihm der politische, scil. legalisierte Anteil am kriminellen Verhalten nicht artikuliert wird und dementsprechend das Kriminell-Werden als Privatangelegenheit der Täter definiert werden kann; zu Korrekturen dieses Ansatzes im Rahmen der Schuld siehe unten 19/9.

24 Man mag in der Umkehrung als materiellrechtlich alle Bereiche bezeichnen, die zum Bestimmtheitsgrundsatz gehören; *Gallas* Niederschriften Bd. V S. 104 f; *Schmidhäuser* AT 5/21. — Dazu auch *Krahl* Rechtsprechung S. 68 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

deutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht, MDR 1958 S. 394 ff; *ders.* Dogmatik und Gesetzgeber. Vier Beispiele, Jescheck-Festschrift S. 105 ff; *E. Beling* Bayerische Sondergesetzgebung, ZStW 40 S. 511 f; *B. Bender* Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, JZ 1957 S. 593 ff; *H. Bindokat* Teleologie und Analogie im Strafrecht, JZ 1969 S. 541 ff; *H. Blei* Anmerkung zu OLG Hamm, NJW 1975 S. 1370 f, JA 1975 S. 587; *H.-J. Bruns* Die sog. „tatsächliche" Betrachtungsweise im Strafrecht, JR 1984 S. 133 ff; *ders.* Zur strafrechtlichen Relevanz des gesetzesumgehenden Täterverhaltens, GA 1986 S. 1 ff; *J.-M. Cadus* Die faktische Betrachtungsweise, 1984; *R. P. Callies* Der strafrechtliche Nötigungstatbestand und das verfassungsrechtliche Gebot der Tatbestandsbestimmtheit, NJW 1985 S. 1506 ff; *W. Class* Generalklauseln im Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift S. 122 ff; *U. Dopslaff* Wortbedeutung und Normzweck als die maßgeblichen Kriterien für die Auslegung von Strafrechtsnormen, 1985; *G. Dürig* Anmerkung zu OLG Düsseldorf, NJW 1961 S. 1831 ff, aaO S. 1831 f; *D. Engels* Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten, GA 1982 S. 109 ff; *K. Engisch* Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Auflage 1963; *ders.* Der Begriff der Rechtslücke, Sauer-Festschrift S. 85 ff; *ders.* Die Strafbarkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, H. Mayer-Festschrift S. 399 ff; *ders.* Einführung in das juristische Denken, 7. Auflage 1977; *ders.* Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Auflage 1968; *ders.* Methoden der Strafrechtswissenschaft, in: *M. Thiel* (Hrsg.) Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, Methoden der Rechtswissenschaft Teil I, 1972, S. 39 ff; *J. Esser* Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972; *H. Fiedler* Die Rechtsfindung aus dem Gesetz im Lichte der neueren Logik und der Methodenlehre, Klug-Festschrift S. 55 ff; *M. Fincke* Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, 1975; *H. Franzmann* Mainachtsstreiche vor Gericht, JZ 1956 S. 241 ff; *F. Geerds* Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen, Engisch-Festschrift S. 406 ff; *O. A. Germann* Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Auflage 1967; *M. Grünhut* Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1926; *ders.* Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Frank-Festgabe Bd. I S. 1 ff; *G. Grünwald* Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege", ZStW 76 S. 1 ff; *F. Haft* Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht, JuS 1975 S. 477 ff; *E.-W. Hanack* Zur verfassungsmäßigen Bestimmtheit und strafrechtlichen Auslegung des Begriffs „unzüchtige Schrift" (§ 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG), JZ 1970 S. 41 ff; *E. Hafter* Lücken im Strafgesetzbuch, SchwZStr. 62 (1947) S. 133 ff; *W. Hassemer* Tatbestand und Typus, 1968; *ders.* Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; *ders.* Über die Berücksichtigung der Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, Coing-Festschrift S. 493 ff; *E. Heinitz* Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafbestimmung gegen den groben Unfug, E. Hirsch-Festschrift S. 47 ff; *H. Henkel* Recht und Individualität, 1958; *H. J. Hirsch* Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, Tjong-Gedächtnisschrift S. 40 ff; *ders.* Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht, Tröndle-Festschrift S. 19 ff; *F. Höpfel* Zu Sinn und Reichweite des sogenannten Analogieverbots, JurBl. 1979 S. 505 ff, 575 ff; *Th. Heller* Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, 1961; *Th. Hillenkamp* Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *J. Hruschka* Das Verstehen von Rechtstexten, 1972; *ders.* Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein? JZ 1985 S. 1 ff; *H. Isenbeck* Der „ähnliche" Eingriff nach § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB, NJW 1969 S. 174 ff; *H. Jäger* Strafgesetzgebung als Prozeß, Klug-Festschrift S. 83 ff; *G. Jakobs* Niedrige Beweggründe beim Mord und die besonderen persönlichen Merkmale in § 50 Abs. 2 und 3 StGB, NJW 1969 S. 489 ff; *ders.* Nötigung durch Gewalt, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 791 ff; *A. Jost* Zum Analogieverbot im Strafrecht, SchwZStr. 65 (1950) S. 358 ff; *Arthur Kaufmann* Analogie und „Natur der Sache", 2. Auflage 1982; *U. Klug* Juristische Logik, 3. Auflage 1966; *G. Kohlmann* Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, 1969; *ders.* Das (Rechts-)Gebot zu sozialer Rücksichtnahme als Grenze des strafrechtlichen Notwehrrechts — BGH NJW 1975, 62, JuS 1975 S. 435 ff; *M. Krahl* Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1986; *D. Kratzsch* § 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege, GA 1971 S. 65 ff; *V. Krey* Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977; *ders.* Keine Strafe ohne Gesetz, 1983; *ders.* Gesetzestreue und Strafrecht, ZStW 101 S. 838 ff; *W. Küper* Richterrecht im Bereich der Verkehrsunfallflucht, Universität Heidelberg-Festschrift S. 451 ff; *K. Lackner* Die Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs, NJW

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

1976 S. 1233 ff; *ders.* Zu den Grenzen der richterlichen Befugnis, mangelhafte Strafgesetze zu berücksichtigen, Universität Heidelberg-Festschrift S. 39 ff; *W. Langer* Gesetzlichkeitsprinzip und Strafmilderungsgründe, Dünnebier-Festschrift S. 421 ff; *K. Larenz* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage 1975; *H.-P. Lemmel* Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege, 1970; *Th. Lenckner* Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz „nullum crimen sine lege", JuS 1968 S. 249 ff, 304 ff; *P. Liver* Der Wille des Gesetzes, 1954; *F. Loos* Bemerkungen zur historischen Auslegung, Wassermann-Festschrift S. 123 ff; *M. Maiwald* Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970; *ders.* Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele, Gallas-Festschrift S. 137 ff; *H. Mayer* Das Analogieverbot im gegenwärtigen deutschen Strafrecht, SJZ 1947 Sp. 12 ff; *ders.* Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, Materialien Bd. I S. 259 ff; *A. Mennicken* Das Ziel der Gesetzauslegung, 1970; *E. Mezger* Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze, ZStW 42 S. 348 ff; *W. Mittermaier* Über Analogie im Strafrecht, SchwZStr. 63 (1948) S. 403 ff; *W. Naucke* Zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1964; *ders.* Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1973; *ders.* Vom Nutzen der subjektiven Auslegung im Strafrecht, Engisch-Festschrift S. 274 ff; *ders.* Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935, in: NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, S. 71 ff; *H.-M. Pawlowski* Methodenlehre für Juristen, 1981; *K. Peters* In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln? Gutachten 41. DJT Bd. I (2), 1955, S. 1 ff; *J. Piegler* Volksbräuche vor Gericht, JZ 1955 S. 721 ff; *A. Ransiek* Gesetz und Lebenswirklichkeit, 1989; *Th. Rittler* Gesetztes und nichtgesetztes Strafrecht, ZStW 49 S. 451 ff; *C. Roxin* Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1965 S. 373 ff; *ders.* Die „sozialethischen Einschränkungen" des Notwehrrechts, ZStW 93 S. 68 ff; *ders.* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Auflage 1973; *H.-J. Rudolphi* Anmerkung zu BGH 34 S. 211 ff, NStZ 1987 S. 324 ff; *H. H. Rupp* Die Bindung des Richters an das Gesetz, NJW 1973 S. 1769 ff; *W. Sax* Das strafrechtliche „Analogieverbot", 1953; *ders.* Grundsätze der Strafrechtspflege, in: *K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner* (Hrsg.) Die Grundrechte Bd. III (2), 2. Auflage 1972, S. 909 ff; *R. Scheyhing* Volksbräuche und Rechtsordnung, JZ 1959 S. 239 ff; *E. Schlüchter* Zum „Minimum" bei der Auslegung normativer Merkmale im Strafrecht, NStZ 1984 S. 300 ff; *E. Schmidhäuser* Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie, Martens-Gedächtnisschrift S. 231 ff; *R. Schmitt* Der Anwendungsbereich von § 1 Strafgesetzbuch (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz), Jescheck-Festschrift S. 223 ff; *A. Schönke* Auslegung, Analogie und Gewohnheitsrecht im Strafrecht, MDR 1947 S. 85 ff; *H.-L. Schreiber* Gesetz und Richter, 1976; *F.-C. Schroeder* Die Bestimmtheit von Strafgesetzen am Beispiel des groben Unfugs, JZ 1969 S. 775 ff; *H. Schröder* Gesetz und Richter im Strafrecht, 1953; *ders.* In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln? Gutachten 41. DJT Bd. I (2), 1955, S. 61 ff; *ders.* Anmerkung zu OLG Celle, JR 1964 S. 391 f, aaO S. 392; *ders.* Anmerkung zu OLG Hamm, JZ 1966 S. 649 f, aaO S. 649 ff; *U. Schroth* Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983; *B. Schünemann* Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, 1978; *ders.* Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, Bockelmann-Festschrift S. 117 ff; *ders.* Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre, Klug-Festschrift S. 169 ff; *ders.* Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: *ders.* (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 153 ff; *ders.* Die Regeln der Technik im Strafrecht, Lackner-Festschrift S. 367 ff; *J. Schulze-Osterloh* Unbestimmtes Steuerrecht und strafrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz, in: *D. Kohlmann* (Hrsg.) Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht, 1983, S. 43 ff; *G. Schwalm* Der objektivierte Wille des Gesetzgebers, Heinitz-Festschrift S. 47 ff; *E. Schwinge* Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *Chr. Starck* Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970; *H. Stöckel* Gesetzesumgehung und Umgehungsgesetze im Strafrecht, 1966; *ders.* Bekämpfung der Gesetzesumgehung mit Mitteln des Strafrechts, ZRP 1977 S. 134 ff; *W. Stree* Die Ersatzhehlerei als Auslegungsproblem, JuS 1961 S. 50 ff; *K. Tiedemann* Strafbare Erschleichung von Investitionszulagen durch Aufhebung und Neuabschluß von Lieferverträgen, NJW 1980 S. 1557 ff; *G. Timpe* Die Nötigung, 1989; *H. Tröndle* Ein Plädoyer für die Verfassungsgemäßheit des § 240 StGB, Lackner-Festschrift

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

S. 627 ff; *M. Waiblinger* Die Bedeutung des Grundsatzes „nullum crimen sine lege" für die Anwendung und Fortentwicklung des schweizerischen Strafrechts, in: Festgabe für den schweizerischen Juristenverein, 1955, S. 212 ff; *H. Welzel* Auf welche Bestandteile einer Strafvorschrift bezieht sich der Satz: nulla poena sine lege? JZ 1952 S. 617 f; *H. Woesner* Generalklausel und Garantiefunktion der Strafgesetze, NJW 1963 S. 273 ff; *Th. Zimmermann* Struktur- und Einzelfragen der Gesetzesauslegung im Spiegel der Entwicklung höchstrichterlicher Rechtsprechung, GA 1955 S. 336 ff; *ders.* Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel höchstrichterlicher Rechtsprechung, NJW 1956 S. 1262 ff; *R. Zippelius* Rechtsnorm und richterliche Entscheidungsfreiheit, JZ 1970 S. 241 ff; *ders.* Einführung in die juristische Methodenlehre, 1971.

10 Die Wirkungen des Grundsatzes sind:

(1) Die Bestimmung der Strafbarkeit hat durch *Gesetz* (lex scripta) zu erfolgen.

(2) Das Gesetz hat die Strafbarkeit zu *bestimmen* (lex certa), wobei unter Strafbarkeit das Ob wie das Maß von Strafe zu verstehen ist; der Interpret ist an die Bestimmung gebunden (lex stricta).

(3) Die Bestimmung muß *vor der Tat* erfolgen (lex praevia); die Darstellung dieses *Rückwirkungsverbots* erfolgt im Zusammenhang mit der zeitlichen Geltung (unten 4/48 ff).

A. Die Gesetzlichkeit der Bestimmung

11 1. Gesetz im Sinn des Grundsatzes der Gesetzesbindung ist jede geschriebene Rechtsnorm[25], handele es sich um ein förmliches Gesetz, eine Rechtsverordnung[26] oder eine Satzung[27]. Bei Rechtsverordnungen und Satzungen muß die Ermächtigungsnorm „nach Inhalt, Zweck und Ausmaß" so konkretisiert sein, „daß die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe für den Bürger schon aus der Ermächtigung und nicht erst aus der auf sie gestützten Verordnung" — oder Satzung — „voraussehbar sind"[28]. Bei Blankettgesetzen muß also das Blankett selbst (oder ein anderes förmliches Gesetz[28a]) die Voraussetzungen der Strafbarkeit umreißen sowie die Strafart bestimmen[29], soweit die ausfüllenden Normen nicht ihrerseits förmliche Gesetze sind. Freiheitsstrafe kann nur durch ein förmliches Gesetz angedroht werden, Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG, das neben der Strafart auch das Straf*maß* festlegt[30]; lediglich die „Spezifizierung des Straftatbestandes" kann hier delegiert werden[31]. — Auch für Völkerstrafrecht gilt der Grundsatz der Gesetzesbindung; selbst soweit Völkerstrafrecht als allgemeine Regel nach Art. 25 GG anzusehen sein sollte, bedarf es zur Strafanwendung also eines Transformationsgesetzes[32].

12 2. Die Gesetzesform ist erforderlich, da die Strafbarkeit durch allgemeine, nicht nur für den Einzelfall oder nur für eine einzelne Person geltende Regeln bestimmt werden

25 Eingehend *Starck* Gesetzesbegriff S. 21 ff, 177 ff; zum folgenden Text siehe ferner *Dürig* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 103 Rdn. 106, Art. 104 Rdn. 14; *Jescheck* AT § 13 II 1; *Schönke-Schröder-Eser* § 1 Rdn. 8; *LK-Tröndle* § 1 Rdn. 11; *Maurach-Zipf* AT I § 10 Rdn. 9.

26 BVerfG 14 S. 174 ff, 185; 14 S. 245 ff, 251; 14 S. 254 ff, 257; 22 S. 21 ff, 25.

27 BVerfG NJW 1972 S. 860 ff.

28 BVerfG 14 S. 174 ff, 185 f; 14 S. 245 ff, 251 und die anderen in den vorgehenden Fußnoten genannten Entscheidungen.

28a BVerfG NJW 1987 S. 3175 f.

29 BVerfG 14 S. 245 ff, 252; NStZ 1989 S. 229 f. — Zur Problematik der Ausfüllung einer Norm durch „Regeln der Technik" *Schünemann* Lackner-Festschrift S. 367 ff.

30 Siehe die vorangehenden Fußnoten; *a. A.*, aber durch die Rechtsprechung des BVerfG überholt, OLG Düsseldorf NJW 1961 S. 1831 ff mit Anmerkung *Dürig* aaO; OLG Köln NJW 1962 S. 1214 ff.

31 BVerfG 14 S. 174 ff, 187.

32 *Jescheck* AT § 14 I 2 mit eingehenden Nachweisen zum Völkerstrafrecht aaO II und III.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

soll. Dabei geht es nicht um die Allgemeinheit des Gesetzes als Garant einer richtigen Lösung (als Parallele zum Naturgesetz), sondern um die Allgemeinheit zur Vermeidung von Willkür. — Wegen der notwendigen Schriftlichkeit des Gesetzes scheidet Gewohnheitsrecht zur Begründung von Strafbarkeit aus. Der Grund dafür ist, daß Gewohnheitsrecht — auch bei der strafrechtlich allein relevanten Form des durch Gerichtsgebrauch geprägten Gewohnheitsrechts — nicht von einer möglichst unvermittelt demokratisch legitimierten Instanz gesetzt wird. In dem Maß, in dem die historische Legitimation von Recht überhaupt zweifelhaft wird, verschmilzt das Problem des Gewohnheitsrechts mit allgemeinen Problemen der Norminterpretation (siehe unten zur Bestimmtheit 4/46 f).

B. Die Bestimmtheit des Gesetzes

1. Die Relativität der Bestimmtheit zum Regelungsgegenstand

a) Wird — wie hier — der Grundsatz der Gesetzesbindung vornehmlich als Objek- **13**
tivitätsgarantie verstanden, so muß er um so strenger gehandhabt werden, je anfälliger der Regelungsbereich gegen Wertungen ist, die wegen des zur Entscheidung stehenden Einzelfalls getroffen werden und nicht generalisierbar sind. Ein Bereich, der schon kraft seiner alle oder nahezu alle Delikte umfassenden Weite gegen Manipulationen wegen des Einzelfalls resistent ist, muß gesetzlich weniger genau bestimmt werden als ein mehr auf den Einzelfall zugeschnittener Bereich.

b) Allerdings wird diese Regel erheblich durchbrochen: Die für Einzelfallmanipula- **14**
tionen besonders anfällige Festlegung der Tatfolgen[33], hauptsächlich der Strafen, aber auch der Maßnahmen (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB), ist nur relativ ungenau gesetzlich bestimmt, weil es bislang nicht gelungen ist, eine Ordnung aller möglicherweise legitimen Strafzumessungserwägungen und ihrer Auswirkungen auf das Strafmaß aufzustellen.

Das Gesetz verkleinert diesen Mangel — ohne daß er dadurch nebensächlich würde — indem es die Strafen immerhin rahmenmäßig bestimmt und zudem tatbestandliche Abweichungen mit milderen (Privilegierungen) oder strengeren (Qualifizierungen) Strafrahmen bildet oder dem Richter zu bilden aufgibt (minder oder besonders schwere Fälle), letzteres mit (teils bindenden) Beispielen oder ohne Anleitung (siehe unten 6/99 ff). Freilich können für Fälle, in denen zweifelhaft bleibt, ob der Richter eine Erschwerungs- oder Milderungsmöglichkeit anwenden soll, extrem breit und nicht mehr als „bestimmt" zu bezeichnende Strafrahmen möglich werden, etwa bei den §§ 83 a Abs. 1 in Verbindung mit 81 StGB (lebenslange Strafe bis hin zum Absehen von Strafe)[34]. Das Problem erledigt sich in der Regel dadurch, daß im Einzelfall mindestens eines der Extreme als Reaktion praktisch ausscheidet, weil der mit Hilfe der gesicherten Strafzumessungsregeln bereitzustellende Rahmen dieses Extrem nicht berührt. Diese *interpretatorische* Bestimmtheit ist freilich *keine gesetzliche* Bestimmtheit[34a]. — Beim zumeist rügend genannten Beispiel besonderer Unbestimmtheit, scil. bei der Geldstrafe

---

33 Zur Geltung des Grundsatzes der Gesetzesbindung insoweit siehe BVerfG 25 S. 269 ff, 286; BGH 18 S. 136 ff, 140; *Schröder* Verhandlungen 41. DJT Bd. I (2) S. 61 ff, 76; *Schönke-Schröder-Eser* § 1 Rdn. 23; *LK-Tröndle* § 1 Rdn. 17; überhaupt gegen die Anwendung des Grundsatzes auf Tatfolgen *Peters* Verhandlungen 41. DJT Bd. I (2) S. 1 ff, 19; *Schröder* Gesetz und Richter S. 28.

34 Siehe *Schünemann* Nulla poena S. 7 f; *Stratenwerth* AT Rdn. 84.

34a Anders offenbar das BVerfG, das immer wieder „eine im Schrifttum weithin anerkannte Rechtsprechung" als Beleg für Bestimmtheit heranzieht, als komme es auf die *Gesetzlichkeit* der Bestimmtheit nicht an; zuletzt BVerfG 73 S. 206 ff, 243 mit Nachweisen. Kritisch dazu *Krahl* Rechtsprechung S. 258 ff, 261 ff, 402 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

(genannt werden 10 DM bis 7 200 000 DM, §§ 40 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3, 54 Abs. 2 Satz 2 StGB), wird verkannt, daß nicht die Gesamtsumme, sondern die Zahl der Tagessätze die Strafhöhe bestimmt (also ein Tag bis zu 720 Tage, ein Tausendstel des gerügten Rahmens) und daß zudem die Strafhöhe durch die Summe der — in engerem Rahmen festzusetzenden — Einzelstrafen limitiert wird, § 54 Abs. 2 Satz 2 StGB. — Die Androhung von Geldstrafe in unbeschränkter Höhe ist überholt (Art. 12 Abs. 2 EGStGB). — Die Bestimmung von Geldstrafe, die neben Freiheitsstrafe tritt, erfolgt nach § 41 StGB bei zutreffender (freilich bestrittener) Auslegung hinreichend genau durch die beabsichtigte Bereicherung[35]. — Eine Androhung jeder „gesetzlich zulässigen" Strafe wäre mit dem Grundsatz der Gesetzesbindung nicht vereinbar[36].

15 c) Bei der Festlegung des deliktischen Verhaltens verfährt das Gesetz nach der schon genannten Regel, allgemeine Merkmale des Delikts weniger genau zu bestimmen als diejenigen eines einzelnen Deliktstyps im Sinn des BT. Fast alle allgemeinen Voraussetzungen der Zurechnung — objektive Zurechnung einschließlich der besonderen Voraussetzungen unechter Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, (teils) Rechtfertigung, Beteiligung, (teils) Schuld, (teils) Versuch und diverse Irrtumsbereiche — werden, wenn überhaupt, nicht so detailliert gesetzlich ausformuliert, wie es bei der Ausformulierung der Deliktstypen im BT Standard ist. Das gilt freilich nicht ausnahmslos; neben zahlreichen generalklauselartigen Begriffen im BT finden sich dort besondere Anknüpfungen an allgemeine Lehren, die keine Präzisierung bringen. Beispiel: Die im BT bei den begehungsgleichen echten Unterlassungsdelikten genannten Garantenstellungen kommen über die Vagheit des § 13 StGB nicht hinaus (sie gehören ja auch sachlich in den AT).

Die im großen und ganzen weniger präzise gesetzliche Bestimmung der allgemeinen Zurechnungsvoraussetzungen dürfte neben der bezeichneten Regel weitere Gründe haben: Zum einen dürfte die Zurückhaltung des Gesetzes bei Bestimmung der allgemeinen Merkmale des Delikts die Funktion haben, diese Merkmale als „aus der Sache selbst" gültig zu demonstrieren (was sie, vom Handlungsbegriff an, nicht sind, unten 6/22). Was aber „der Sache selbst" entspricht, läßt sich besser durch den Sachverstand der Juristen legitimieren als politisch. Zum anderen können karge Regeln durch die Rechtsprechung elastisch ausgefüllt werden, so daß ein Raum für Rechtsfortbildung bleibt. Weiterhin schafft die Elastizität die Möglichkeit, bei unbefriedigenden Entscheidungen von Einzelfällen die Verantwortung zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung diffus zu lassen. Schließlich dürfte auch die traditionell besonders intensive wissenschaftliche Bearbeitung der Zurechnungslehre den Gesetzgeber von mancher Festlegung abhalten (zumal die Zurechnungslehre teils nur schwer politisierbar ist); das gilt allerdings weniger wegen der Scheu, wissenschaftliche Kontroversen abzuschneiden, als aus Ratlosigkeit über die auf Dauer vorzugswürdige Lösung. Hierzu gibt es freilich auch Gegenbeispiele, etwa die Positivierung der schuldtheoretischen Lösung in § 17 StGB (dazu unten 19/1 ff).

16 d) Entsprechend der Regel, daß die Genauigkeit der gesetzlichen Bestimmung bei zunehmender Generalität des Geregelten abnimmt, muß der Rechtsanwender im AT,

---

35 Absicht verlangen OLG Hamm NJW 1975 S. 1370 f mit Anmerkung *Blei* JA 1975 S. 587; OLG Düsseldorf GA 1976 S. 117 f, freilich bei vorschneller Verneinung der Absicht in den zu entscheidenden Fällen; *a. A.* (jeder Vorsatz hinreichend) *Schönke-Schröder-Stree* § 41 Rdn. 3; *Dreher-Tröndle* § 41 Rdn. 3; *Lackner* § 41 Anm. 2; *LK-Tröndle* § 41 Rdn. 4. — Läßt man die erkannte, aber nicht gewollte Bereicherung hinreichen, so sind die Anwendungsfälle von § 41 StGB unbestimmt, weil für die Vorschrift neben § 73 StGB kein Zweck mehr ausgemacht werden kann.

36 *A. A.* BGH 13 S. 190 ff, 191 f, mit (Besatzungs-) zeitgebundener Begründung.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

dort insbesondere bei der Zurechnungslehre, die gesetzlichen Vorschriften stärker präzisieren, um sie auf den Einzelfall anwendbar zu machen, als es im BT der Fall ist. Auch die Grenzen der zur Präzisierung erlaubten Ergänzungen der gesetzlichen Vorschriften sind bei der allgemeinen Zurechnungslehre weiter gezogen als im BT. Bei den allgemeinen Regeln der Zurechnung sind Ergänzungen zu den gesetzlichen Vorschriften erlaubt, solange sie *nicht* den gesetzlichen Vorschriften *widersprechen;* es können also auch gesetzlich nicht einmal andeutungsweise fixierte Regelungen eingeführt werden, wenn sie nur mit den gesetzlichen Vorschriften harmonieren. Im BT sind Ergänzungen, die den Bereich des Strafbaren erweitern, hingegen nur erlaubt, solange sie den gesetzlichen Vorschriften *entsprechen;* es können keine neuen, nicht gesetzlich bestimmten Regelungen eingeführt, sondern nur die vorhandenen anwendbar gemacht werden. Mit anderen Worten, bei der allgemeinen Zurechnungslehre sind die gesetzlichen Vorschriften Fixpunkte eines ansonsten nach Inhalt und Umfang ohne gesetzliche Leitung zu bildenden Systems; im BT liefern die gesetzlichen Vorschriften zugunsten des Täters das gesamte zur Systembildung verfügbare Material, das freilich durch Ergänzungen anwendbar gemacht werden darf. Beispiel: Wenn es systematisch vorzugswürdig ist, können zur Zurechnungslehre Irrtumsregelungen neben denjenigen der §§ 16 f StGB entwickelt werden (dazu unten 11/52 ff); im BT ist es aber nicht erlaubt, zur Komplettierung des Freiheitsschutzes auch die Nötigung (§ 240 StGB) ohne Drohung und ohne Gewalt, etwa durch Verführung, als strafbaren Deliktstyp zu entwickeln, wobei die Nötigung zugleich ein krasses Beispiel für eine Vorschrift bildet, die erst durch Ergänzungen überhaupt anwendbar wird.

2. Die Notwendigkeit von Vorannahmen des Interpreten zum Regelungsgegenstand

Der genannte Befund nur relativer Bestimmtheit wird üblicherweise unter den Be- **17**
zeichnungen (der Grenze) des Analogieverbots sowie der (Un-)Zulässigkeit von Gewohnheitsrecht und Richterrecht behandelt. Zum Verständnis der Problematik sind folgende Grundlagen der Gesetzesinterpretation[37] zu beachten:

a) Das Gesetz regelt, solange es überhaupt eine allgemeine Regelung trifft, also **18**
Gesetz und nicht Einzelmaßnahme ist, nie nur einen einzigen denkbaren Fall (nicht: der bestimmte Täter, der zu bestimmter Zeit etc.), sondern stets eine Fallklasse (alle Amtsträger, die bei der Ausübung ihres Amts etc.). Die Interpretation des Gesetzes besteht darin, die Merkmale der Klasse zu spezifizieren (woran erkennt man Amtsträger, wann üben sie ihr Amt aus? etc.). Diese Spezifizierung mag im Einzelfall simpel vorzunehmen sein (daß ein Polizist während einer ihm aufgetragenen Festnahme ein Amtsträger in Ausübung seines Amts ist, wird als selbstverständlich angenommen, weil sonst nicht mehr verstehbar wäre, was das Gesetz überhaupt regeln will). Aber selbst in Fällen höchster Simplizität der Interpretation gelingt diese nur, weil der Interpret eine Vorannahme vom Regelungszweck hat (kraß: Kein Jurist denkt beim Begriff des Amtsträgers nur oder in erster Linie an Personen, die amtlich körperliche Gegenstände tragen, obgleich ein Kind, das eben falsche Vorstellungen vom Regelungszweck hat, die Metaphorik des Tragens verkennen mag). Diese Abhängigkeit des Gesetzesverständnisses von der Vorannahme dessen, was die Regelung bezweckt, ist unvermeidbar (sogenannter hermeneutischer Zirkel). Daß dem Zirkel nicht zu entkommen ist, heißt freilich

---

37 Eine Methodenlehre wird hier nicht gegeben. Aus der grundlegenden methodologischen Literatur sind zu nennen *Engisch* in: Enzyklopädie S. 39 ff; *ders.* Einführung Kap. IV bis VII; *Larenz* Methodenlehre Teil II Kap. 3 f; *Esser* Vorverständnis und Methodenwahl Kap. V; *Pawlowski* Methodenlehre § 15. — Ferner wird hier keine Lehre der Gesetzesanwendung (Lehre vom Syllogismus etc.) gegeben. Aus der grundlegenden Literatur hierzu siehe *Engisch* Logische Studien passim; *ders.* Einführung Kap. III; *Klug* Juristische Logik S. 97 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

nicht, alle Vorannahmen von Regelungszwecken seien gleichwertig und Interpretation erschöpfe sich in der Benennung eines Panoramas von Spezifizierungen der Klassenbegriffe, diese geordnet nach Vorannahmen. Vielmehr liefert die Interpretation nur unbrauchbare oder allenfalls zufällig brauchbare Ergebnisse, wenn die Vorannahmen zufällig sind (siehe die oben genannte kindlich-naive Vorannahme zum Amtsträger).

19 b aa) Zur Bestimmung tauglicher Vorannahmen gibt es — bei zahlreichen Mischformen — drei Methoden: Man versucht entweder zu ermitteln, was beim Erlaß der zu interpretierenden Norm vom Erlassenden legitimerweise (!) geregelt werden sollte[38] (subjektive Theorie; „Wille des Gesetzgebers"), oder man geht von den Vorannahmen aus, die in das System des gegenwärtig legitimerweise zu Regelnden — möglichst — bruchlos passen (objektive Theorie; „Wille des Gesetzes") oder man hält sich an das zur Zeit des Erlasses bestehende System der Regelungen (historische Theorie; „historischer Wille des Gesetzes").

20 bb) Freilich können die Methoden ohne wechselseitige Anleihen in der Regel nicht durchgeführt werden; denn je mehr (subjektiven oder historischen) Sinn ein Text hat, um so weniger läßt er sich ohne Zerstörung in einen anderen (historischen oder objektiven) Regelungszusammenhang verpflanzen, und je dringender eine bestimmte Regelung erwartet wird, um so weniger läßt sich eine andere Regelung allein wegen eines (historischen) Textes oder allein wegen der (subjektiven) Vorannahmen der Verfasser eines Textes oktroyieren. Schließlich wird eine Norm auch nur selten vom Gesetzgeber ohne Berücksichtigung des Zusammenhangs erlassen, in den sie gerät. Jedenfalls läßt sich ein Sinn der Regelung nicht mehr garantieren, wenn die Vorannahmen nicht Glieder einer einzigen Entwicklungskette sind, sondern unverbunden nebeneinander stehen: Ohne *Konnexität der subjektiven, historischen und objektiven Vorannahmen* vom Regelungszweck produziert die Interpretation allenfalls Zufallsergebnisse[39]. Beispiel: Interpretiert man die Regelung des Verbotsirrtums, § 17 StGB, mit den Vorannahmen der Vorsatztheorie, lassen sich die Ergebnisse axiologisch nicht mehr rechtfertigen (siehe unten 19/15).

21 c aa) Vorzugswürdig ist die objektive Theorie[40], dies mit der Maßgabe, daß das bezeichnete Konnexitätserfordernis genuiner Bestandteil der Theorie ist. — Die subjektive Theorie ist in einer Demokratie mangels verbindlicher Festlegung der Vorannahmen der jeweiligen Parlamentsmehrheiten nicht durchführbar. Ministerielle Begründungen von Gesetzesentwürfen oder bei Beratungen geäußerte Vorstellungen einzelner Redner sind allenfalls Indizien für die Vorannahmen einiger Parlamentarier; die Mehrheit mag sogar — mangels Sachkunde oder Interesse — überhaupt keine Vorstel-

---

38 Was wiederum ein Interpretationsakt ist, also seinerseits auf Vorannahmen beruht etc.

39 Siehe *Mennicken* Ziel S. 58 ff; *Stratenwerth* Germann-Festschrift S. 257 ff, 264 f; *Schönke-Schröder-Eser* § 1 Rdn. 43. — *Loos* Wassermann-Festschrift S. 123 ff, 129 unterschätzt wohl die Bindung durch Konnexität, wenn er der hiesigen Lehre die Eignung abspricht, zu stabilen Ergebnissen zu führen.

40 BVerfG 1 S. 301 ff, 312; 6 S. 56 ff, 75; 11 S. 126 ff, 129 f; 34 S. 269 ff, 288 ff; — so überwiegend auch der Bundesgerichtshof; BGH 1 S. 1 ff, 3 („Gesetzgeber" sagend und „Gesetz" meinend); 1 S. 74 ff, 76; 1 S. 158 ff, 161 ff, 167; 1 S. 313 ff, 316; 10 S. 157 ff, 159; 14 S. 165 ff, 167; 24 S. 40 ff, 41 f; 34 S. 211 ff mit zustimmender Anmerkung *Rudolphi* NStZ 1987 S. 324 (weitere Nachweise bei *LK-Tröndle* § 1 Rdn. 46). — Wie hier ferner *Binding* Handbuch S. 456 f; *Grünhut* Frank-Festgabe Bd. I S. 1 ff, 6; *Schwinge* Teleologische Begriffsbildung S. 47 ff; *Mezger* Strafrecht § 11 I 2 b; *Welzel* Strafrecht § 5 II 2; *Germann* Probleme und Methoden S. 47 ff, 74; *Schwalm* Heinitz-Festschrift S. 47 ff mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen; *Zippelius* JZ 1970 S. 241 ff, 243; *ders.* Einführung S. 25 ff; *Baumann-Weber* AT § 13 II 2 a ff; *Bockelmann-Volk* AT § 4 C II 2; *Maurach-Zipf* AT I § 9 Rdn. 22 ff; *LK-Tröndle* § 1 Rdn. 46; *Schmidhäuser* AT 5/33; *SK-Rudolphi* § 1 Rdn. 32; *Hassemer*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

lungen vom Regelungszweck gehabt haben[41]. Beispiel: Der Mehrheit der Parlamentarier hat eine Vorstellung vom Regelungszweck der Entsprechensklausel in § 13 StGB bei der Abstimmung gewiß gefehlt. — Die historische Theorie kann nicht verbindlich sein, wenn der damalige Regelungszusammenhang nicht mehr besteht, insbesondere weil der damals angenommene Legitimationsgrund der Regelung entfallen ist. Beispiel: Die Regelung des Verbotsirrtums (§ 17 StGB) verdankt ihre Entstehung überwiegend einem ontologisierenden Schuldbegriff; entfällt dessen Legitimationskraft, weil die Zweckbestimmung des Schuldbegriffs erkannt wird, so muß sich auch die Interpretation der Vorschrift entsprechend wandeln (siehe unten 19/30). Die Wandlung der Norm gelingt um so eher, als ihr Regelungsgehalt vage ist. — Bei Konnexität der Regelungszusammenhänge geht die historische Theorie in der objektiven Theorie auf.

bb) Der Vorrang der objektiven Theorie bedeutet nicht, jeder Interpret dürfe das **22**
Gesetz nach seinen Regelungsvorstellungen einfärben. Denn wie schon oben dargelegt wurde, produziert die objektive Auslegung ohne Konnexität der Vorannahmen axiologisch passende Ergebnisse allenfalls per Zufall. Beispiel: Das StGB läßt sich nicht ohne schwere Wertungswidersprüche allein mit den Vorannahmen interpretieren, Regelungszweck sei etwa eine Androhungsprävention im Sinn *Feuerbachs* oder Spezialprävention im Sinn des Marburger Programms von *v. Liszt* o. ä. Eben wegen der Unmöglichkeit, mit inkonnexen Vorannahmen widerspruchsfreie Ergebnisse zu erzielen, ist jede systematisch passende Interpretation ein Zeichen dafür, daß der — offengelegte oder noch latente — „Wille des Gesetzes" getroffen wurde. Die Widerspruchsfreiheit wird nach der hiesigen Ansicht also vorrangig zwischen den Normen und nicht in der Geschichte einer Norm gesucht. Bei dieser systematischen Absicherung eröffnet die objektive Theorie — entgegen einer verbreiteten Ansicht — kein Einfallstor für Willkür, so daß bei ihr — wie bei den anderen Theorien — weniger ein Übermaß an

---

Strafrechtsdogmatik S. 38 f, 155 f, 211. — Für einen Methodensynkretismus bei Vorrang der objektiven Theorie (was im Ergebnis der hiesigen Ansicht am nächsten kommt) *Stratenwerth* Germann-Festschrift S. 257 ff, 266; *Jescheck* AT § 17 IV 2; *Schönke-Schröder-Eser* § 1 Rdn. 44; *SK²-Schreiber* § 1 Rdn. 23. — Für einen Methodensynkretismus mit Vorrang der subjektiven Theorie *Liver* Wille des Gesetzes S. 19 ff. — Vermittelnd ist auch die Theorie von *Krey* Studien S. 184 ff, wonach die „rechtspolitische Wertentscheidung des Gesetzgebers" zwar eine Schranke der Auslegung sein, aber durch „höherrangige Wertungen" oder „neuere Wertungen des heutigen Gesetzgebers" überholt werden soll. — Für die subjektive Theorie *Engisch* Einführung S. 94 ff (mit erheblichen Einschränkungen S. 96); *H. Mayer* AT § 13 IV 2; *ders.* Studienbuch § 6 III 2; *Naucke* Betrug S. 189 (erheblich modifiziert aber *ders.* Engisch-Festschrift S. 274 ff, 286); *Bindokat* JZ 1969 S. 541 ff; *Loos* Wassermann-Festschrift S. 123 ff (mit anderer Terminologie). — Die subjektive Theorie muß wenigstens die Einschränkungen akzeptieren, die *Krey* aaO nennt: Wie soll ansonsten etwa heute die Auslegung der von 1941 (!) stammenden Fassung des § 211 StGB im Merkmal der niedrigen Beweggründe vorzunehmen sein? — Eine eingehende Darstellung und Kritik der subjektiven, objektiven und vermittelnden Theorie bringt *Mennicken* Ziel S. 19 ff, 48 ff, 58 ff.

41 Siehe *Germann* Probleme und Methoden S. 47 ff, 66; *Stratenwerth* Germann-Festschrift S. 257 ff, 268 f. — Zum Problem aus der Sicht der subjektiven Theorie siehe *Engisch* Einführung S. 95 mit Nachweisen S. 95 mit Nachweisen; *Loos* Wassermann-Festschrift S. 123 ff, 125 und *Schroth* Auslegung passim. *Schroth* will nicht auf einen psychologisierend verstandenen Willen abstellen, sondern auf die „transparent gewordene Handlung eines Gesetzgebers, die zu einem Gesetz geführt hat" (S. 84). Das bedeutet je nach Abstraktionsniveau der Handlungsinterpretation Verschiedenes (letztlich geht es stets um eine Handlung, die eine als vernünftig gedachte Ordnung garantieren soll) und läßt nicht erkennen, wie weit der Kontext der Handlung (die „Geschäftsgrundlage" des Gesetzgebers) mit transparent zu werden hat. Vom gesetzgeberischen Willen soll der Interpret allenfalls mit ausdrücklicher Begründung abweichen dürfen (S. 101 f, 153). Eine *Erweiterung* der Strafbarkeit gegen den Willen des Gesetzgebers soll unzulässig sein (S. 114, 153), was freilich wegen der Vagheit des Kontextes der gesetzgeberischen Handlung wenig garantiert.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Variabilität der Ergebnisse zu rügen sein dürfte als eine Immobilität des gesamten Regelungskomplexes, die durch die systematische Verknüpfung aller Regelungsteile bewirkt wird.

3. Die Folgerungen für den Gesetzgeber

23 a) Bei der Erörterung, welche Konsequenzen der geschilderte Befund für den Grundsatz der Gesetzesbindung hat, ist zwischen den Ansprüchen an den Gesetzgeber einerseits und den Gesetzesanwender andererseits zu unterscheiden.

Dem Gesetzgeber ist verboten, unbestimmtes Verhalten mit Strafe zu bedrohen. Wann ein Gesetz als unbestimmt zu bezeichnen ist, kann freilich nicht absolut ausgemacht werden; denn jede Regelung, die den Einzelfall überschreitet, erhält — wie soeben dargestellt wurde — ein Stück ihrer zur Anwendung auf den Einzelfall erforderlichen Bestimmtheit durch den Rechtsanwender. Der Gesetzgeber könnte aber den Spielraum des Rechtsanwenders beliebig variieren. So läßt sich zum Beispiel folgende Skala steigender Bestimmtheit aufmachen: Ein deliktisches Verhalten kann beschrieben werden als „schlechtes Benehmen" oder „sozialschädliches schlechtes Benehmen" oder „in einer bürgerlichen Gesellschaft sozialschädliches schlechtes Benehmen" oder „Störung der für eine bürgerliche Gesellschaft elementaren Regeln" oder „Verstoß gegen die Eigentumsordnung" oder „Zueignung einer fremden Sache" oder „auf Dauer gerichtete Enteignung des an einer fremden Sache Berechtigten und Aneignung durch den Täter" etc., wobei auch noch der Sachwert, die Situation des Opfers, die Tatgründe (Not, Neid, Verschwendungssucht etc.), ferner die allgemeinen Voraussetzungen der Zurechnung u. a. m. spezifiziert werden mögen, soweit sie für die Rechtsfolge relevant sein können. Die Genauigkeit kann dabei in der Theorie so hochgeschraubt werden, daß nicht mehr zu erwarten ist, der beschriebene Fall werde sich auch ereignen; das Gesetz regelt dann mehr Spezifizierungen als praktisch vorkommen.

24 b aa) Entsprechend der Funktion des Grundsatzes der Gesetzesbindung als Objektivitätsgarantie ist die Bestimmtheit für die Deliktstypen des BT so anzusetzen, daß die Norm im großen und ganzen nur bei legitimen Vorannahmen eines Regelungszwecks zu systematisch passenden Ergebnissen führt. *Das Gesetz muß seinen Mißbrauch für illegitime Regelungszwecke selbst sperren*[41a]. Freilich kann das Gesetz nicht auf Klauseln verzichten, die sich einem Wandel der sozialen Ordnung elastisch anpassen und die eine Berücksichtigung von Besonderheiten des Einzelfalls zulassen[42]. Durch diese Generalklauseln darf das Gesetz aber nicht zu einem Blankett werden, das überhaupt nur noch auf die jeweils für ein Zusammenleben notwendigen Normen verweist, sondern es muß selbst ausführen, welche Elemente (Güter, Institutionen) einer Ordnung es schützen will.

25 bb) Ferner ist bei den Deliktstypen des BT unnötige Unbestimmtheit zu vermeiden. Läßt sich eine relativ ungenaue Regelung genauer bestimmen, so muß die genauere Variante gewählt werden[43]. Das gilt freilich nicht, wenn die genauere Regelung so viel schwerer zu handhaben ist (sie ist oft auch die umständlichere Regelung), daß bei ihrer Anwendung der Vorsprung an Exaktheit wieder verlorengeht.

41a „Ergebnis- und Programmsicherung", *AK-Hassemer* § 1 Rdn. 19 ff; siehe auch *Ransiek* Gesetz S. 47 ff.

42 Siehe *Henkel* Recht und Individualität S. 24 ff; *Engisch* Idee der Konkretisierung S. 212 ff; *Sax* in: Grundrechte Bd. III (2) S. 909 ff, 1006 ff; *Lenckner* JuS 1968 S. 249 ff, 304 ff; — BVerfG 48 S. 48 ff, 56 f; BVerfG NJW 1987 S. 3175 f, jeweils mit Nachweisen weiterer Entscheidungen.

43 *Lenckner* JuS 1968 S. 249 ff, 304 ff; *Kohlmann* Begriff des Staatsgeheimnisses S. 252 ff; *Naucke* Generalklauseln S. 3 ff; *AK-Hassemer* § 1 Rdn. 41.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

cc) Bei den allgemeinen Elementen der Zurechnung reicht die Regelung der Grund- **26**
züge.

c) Auch die genannten Regeln geben kein fixes Maß an Bestimmtheit[43a]; das Ergeb- **27**
nis ihrer Anwendung hängt vielmehr davon ab, was noch als Interpretation einer Norm und was schon als Bildung einer neuen Norm verstanden wird (dazu unten 4/37 ff). Die Regeln wirken also je nach der geübten Interpretationskultur mit unterschiedlicher Strenge.

Beispiele: Eine Norm, nach der die Beeinträchtigung „höchstpersönlicher Güter" bestraft wird, wäre verfassungswidrig; denn die Güter sind benennbar (Leben, Leib, Freiheit u. a. m.), ohne daß eine spezifizierte Norm schwerer zu handhaben wäre (um welches höchstpersönliche Gut es geht, muß zur Spezifizierung des Tatgewichts sowieso bestimmt werden). Daß bei genauer Benennung der einzelnen Güter Abgrenzungsprobleme, Überschneidungen und Lücken entstehen können, ist notwendige Folge einer jeden Spezifizierung und wird deshalb von einer Rechtsordnung, die den Grundsatz der Gesetzesbindung kennt, in Kauf genommen. — Wenn das Gesetz ein spezifiziertes höchstpersönliches Gut schützt, etwa Körperintegrität (die freilich noch weiter spezifiziert werden könnte), so mag es den insoweit fixierten Schutz ansonsten von der jeweiligen Gestalt der sozialen Ordnung abhängig machen, indem es auf die Verletzung der Integrität durch sozialinadäquates Verhalten abstellt: *Miß*handlung im Sinn von § 223 StGB. Aber wie weit der Begriff der Mißhandlung an die körperliche Fundierung des Eingriffs gebunden bleibt und wie weit er zur allgemein unangemessenen Behandlung ausufern kann (Beispiel: nächtliche Telefonanrufe als Mißhandlung?), richtet sich nach dem Interpretationsstandard, der durch den Umgang mit allen strafrechtlichen Normen geprägt wird.

Schulfälle einer unbestimmten Regelung sind die Bestrafung jeder Person, die „ge- **28**
gen die öffentliche Ordnung verstößt"[44], und das Kuriosum einer Norm der Münchner Räte von 1919: „Jeder Verstoß gegen revolutionäre Grundsätze wird bestraft. Die Art der Strafen steht im freien Ermessen des Richters"[45]. Solche Normen sind nur noch Blankette, die kein Element der zu schützenden Ordnung mehr bezeichnen; sie sind deshalb schlechthin unbestimmt. Das gilt auch für § 360 Abs. 1 Nr. 11 StGB a. F. (nur geringfügig verbessert: § 118 Abs. 1 OWiG), wonach zu strafen sein sollte, wer (ungebührlicherweise ruhestörenden Lärm erregt oder) „groben Unfug verübt". Auch diese Norm benennt kein Element des Schutzes mehr, sondern schützt nur noch Ordnung allgemein. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die Norm sei noch verfassungsgemäß[46], entleert den Grundsatz der Gesetzesbindung bis zum Nichtssagenden. Der grobe Unfug kann — anders als bei der nachfolgend noch zu nennenden Fallgruppe eines diffusen Schutzumfangs bestimmter Güter — auch nicht durch restriktive Interpretation bestimmt gemacht werden, da mangels Andeutung des Regelungsgegenstands außer der Ordnung selbst ein Interpretationsgegenstand fehlt. Der Grundsatz der Gesetzesbindung verlangt eine *mindestens auch gesetzliche und nicht nur interpretatorische Bestimmtheit*[47].

[43a] Zur — wenig an einer Objektivitätsgarantie orientierten — neueren Rechtsprechung mit umfassenden Nachweisen *Krahl* Rechtsprechung S. 104 ff.

[44] Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt 1953 S. 75 f.

[45] Bei *Beling* ZStW 40 S. 511.

[46] BVerfG 26 S. 41 ff, 43 f mit zweifelhaftem Hinweis auf das geringe Gewicht der angedrohten Strafe; dazu zutreffend *Woesner* NJW 1963 S. 273 ff, 274 f. — Nach dem Gewicht der Strafe differenziert auch BVerfG NJW 1987 S. 3175 f.

[47] Im Ergebnis wie hier: *Schröder* JR 1964 S. 392; *ders.* JZ 1966 S. 649 ff; *Schroeder* JZ 1969 S. 775 ff; *a. A. Heinitz* E. Hirsch-Festschrift S. 47 ff, 59 f; weitere Nachweise bei *Schönke-Schröder*[17] § 360 Rdn. 47 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

29 d aa) Es gibt zwar kein Gefälle der Bestimmtheit von deskriptiven Deliktsmerkmalen, insbesondere Tatbestandsmerkmalen, hinab zu normativen[48], da *normative Merkmale* bestimmt sind, wenn die relevante Wertung ihrerseits bestimmt ist[49]. Merkmale wie etwa „fremd" bei den Eigentumsdelikten oder „außerehelich" bei den §§ 177 ff StGB sind normativ und zugleich relativ hoch bestimmt. Zudem sind alle, auch die meist als deskriptiv bezeichneten Deliktsmerkmale normativ begrenzt und im Grenzfall möglicherweise unbestimmt (etwa: Ende des Menschseins mit dem Hirntod?). Wohl aber gibt es ein Gefälle vom Schutz der klassischen Güter und Angriffsobjekte hinab zum Schutz von Positionen und Chancen, deren Beeinträchtigung im großen Umfang sozialadäquat ist und überhaupt keine Enttäuschung darstellt oder massenweise gerechtfertigt wird. Bei diesen Gütern (Handlungsfreiheit, Chance der körperlichen und seelischen Entwicklung, Intimsphäre, Ehre, auch einige Formen von Vertrauen u. a. m.) bezeichnet das Gesetz noch die Elemente der Ordnung, nimmt aber die Bestimmung sogleich für zahlreiche — regelmäßig nur diffus bezeichnete — Fälle wieder zurück oder überläßt die unumgängliche Rücknahme der Rechtsprechung. Dabei handelt es sich teils um ein Unvermögen des Gesetzgebers, den Deliktstyp präziser zu beschreiben, teils um bewußt gewählte Formelkompromisse (so bei den §§ 184 c Nr. 1, 218 a Abs. 2 Nr. 3 StGB). Beispiele: Die Handlungsfreiheit ist nur gegen „verwerfliches" Handeln geschützt (§ 240 Abs. 2 StGB; ebenso verhält es sich beim Freiheits- und Vermögensschutz nach § 253 Abs. 2 StGB), die Entwicklungschance eines Kinds nur gegen die Gefahr „erheblicher" Schäden durch „gröbliche" Pflichtverletzung (§ 170 d StGB), die Ehre nicht bei „Wahrnehmung berechtigter Interessen" (§ 193 StGB), die sexuelle Selbstbestimmung nur gegen „sexuelle Handlungen, . . . die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind" (§ 184 c Nr. 1 StGB)[50]; Vertrauen bei der Wahrnehmung von Vermögensinteressen durch andere nennt § 266 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB ganz uferlos und überläßt die Begrenzung der Rechtsprechung; der Schutz der Leibesfrucht endet bei Gefahr einer schweren Notlage für die Schwangere (§ 218 a Abs. 2 Nr. 3 StGB)[51] etc.

30 bb) In solchen Fällen ist die Regelung nur verfassungsgemäß, wenn sich bei strafbegründenden Merkmalen durch Reduktion auf ihren Kernbereich die Elemente der Ordnung genau ausmachen lassen oder wenn bei strafhindernden Merkmalen die Herleitung aus einem allgemeinen Prinzip möglich ist. Das ist — zur Strafbegründung — etwa bei Nötigung und Erpressung der Fall, wenn einzig auf die rechtlich garantierte Freiheit abgestellt wird[52], ferner — zur Strafhinderung — bei der Einwilligungsrechtfertigung der Körperverletzung (§ 226 a StGB), wenn die „guten Sitten" entsprechend den allgemeinen Prinzipien der Rechtfertigung als rechtlich vernünftiger Handlungsanlaß verstanden werden (unten 14/9). Beim Treubruchstatbestand der Untreue gelingt die Reduktion nicht (jede Grenzziehung etwa zwischen dem Finder einer Sache und

---

48 Siehe unten 8/48 ff; überhaupt einschränkend zur Tauglichkeit der Begriffe bei der Herstellung von Bestimmtheit *Haft* JuS 1975 S. 477 ff, 483 f; dagegen *Schünemann* Nulla poena S. 30.

49 Siehe *Kohlmann* Begriff des Staatsgeheimnisses S. 259 ff; *Schünemann* Nulla poena S. 29 ff; *Krey* Studien S. 78, 98, 101, 113 und passim; *Lemmel* Strafbarkeitsvoraussetzungen S. 45 ff.

50 Dazu *LK-Tröndle* § 1 Rdn. 16.

51 Dazu *Lackner* NJW 1976 S. 1233 ff, 1239.

52 Die Verwerflichkeitsklausel wird dann überflüssig, weil der Bruch eines garantierten Rechts per Definition in den aktuellen (das heißt: notwehrfähigen) Güterbestand einer Person eingreift; dazu *Jakobs* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 791 ff, 796 ff; *Timpe* Nötigung S. 70 ff. Stellt man aber auf die Verwerflichkeitsklausel ab, wird die Vorschrift unbestimmt, weil sie die Ordnung nicht nennt, von der aus das Verwerfliche ermittelt werden soll. Das BVerfG 73, S. 207 ff, 252 ff hat freilich die Verfassungswidrigkeit der Vorschrift nicht festgestellt; NJW 1988 S. 693 f; für Verfassungsgemäßheit *Tröndle* Lackner-Festschrift S. 627 ff, 631 f; dagegen *Callies* NJW 1985 S. 1506 ff; siehe auch *Hirsch* Tröndle-Festschrift S. 19 ff, jeweils mit Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

dem Vormund in Vermögensangelegenheiten ist willkürlich), so daß die Vorschrift verfassungswidrig ist. — Alle genannten Lösungen sind streitig.

e) Schwierig ist die Behandlung der zunehmend häufiger verwendeten *unbestimmten* **31**
Mengenbezeichnungen für die Erfolgsquantität („erheblich"[53] etc.). Sie können teils Bagatellkriminalität ausklammern; überwiegend sind sie jedoch dahin zu verstehen, daß nur ein gewisses Maß an Erfolgsherbeiführung überhaupt rechtswidrig ist. So sind kleine Defekte in der Entwicklung eines Kindes noch sozialadäquate Varianten der Norm (zu § 170 d StGB); entsprechend mögen geringfügige sexuelle Handlungen zwar schon Aufdringlichkeiten oder Geschmacklosigkeiten sein, ohne aber deshalb aus dem Rahmen des noch allgemein Tolerierten zu fallen (zu § 184 c Nr. 1 StGB); schon hilflos wirkt „viele Personen" in § 283 a Nr. 2 StGB. — Das Maß läßt sich genauer bestimmen, wenn das Gesetz selbst Beispiele für die Höhe nennt („Wer einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff vornimmt", §§ 315 Abs. 1 Nr. 4, 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB[54]).

f) *Generalklauseln,* die außerrechtliche Wertungen benennen („verwerflich", „nied- **32**
rige Beweggründe" etc.[55]), sollen nach einer verbreiteten Auffassung einzig durch unbestrittene Wertungen ausgefüllt werden dürfen[56, 57]. Dadurch wird freilich nicht ausgeschlossen, daß selbst eine unbestrittene Wertung noch zu weit sein kann (so bei § 240 Abs. 2 StGB; das unbestritten Verwerfliche indiziert nicht stets eine Beschränkung rechtlich garantierter Freiheit; — siehe zu Fn. 52). Aber die unbestrittene Wertung kann auch zu eng sein: Wenn das Gesetz nur für den Fall einer eindeutigen Entscheidung der Wertungskontroverse sinnvoll ist, dann ist diese Entscheidung zu akzeptieren. Beispiel: Die Bewertung einer Verletzung zum Zweck einer Tötung auf Verlangen ist gegenwärtig kontrovers; das Gesetz wertet aber allein das Verlangen nicht als hinreichenden Grund zur Tötung (§ 216 StGB) und damit auch nicht zur Verletzung. — Die Befreiung von moralisierenden Strafbegründungen läßt sich eher durch eine Reduktion der außerrechtlichen Wertungen auf rechtliche Wertungen erreichen als durch Bindung an die überwiegende Moral. So können die „guten Sitten" bei § 226 a StGB als rechtlich plausibler Handlungsanlaß definiert werden (unten 14/9), die niedrigen Beweggründe beim Mord als rechtlich geringwertige Anlässe[58] (ob der Tyrannenmord eine Tötung mit niedrigem Beweggrund ist, hat der Richter dann ohne Anleihen bei der allgemeinen Bewertung, vielmehr allein im Blick auf Art. 20 Abs. 4 GG zu verneinen), die Verwerflichkeit bei der Nötigung erledigt sich durch eine Reduktion auf die rechtlich garantierte Freiheit etc.

Die Verwendung von Generalklauseln bei der Bestimmung der Deliktstypen des BT ist ein Zeichen für ein Legitimationsdefizit des Gesetzgebers, das mit der Distanz

---

53 „Erheblich" kann sich aber auch auf die Qualität eines Merkmals beziehen, so etwa bei § 265 b Abs. 1 Nr. 1 StGB; zur Bestimmtheit insoweit siehe BGH 30 S. 285 ff, 291 ff.

54 BGH 22 S. 365 ff, 366 f; *Krey* Studien S. 223 ff; *a. A.* (verfassungswidrig) *Isenbeck* NJW 1969 S. 174 ff, 176.

55 Zu „unrichtig" und „unvollständig" in § 265 b Abs. 1 Nr. 1 StGB siehe BGH 30 S. 285 ff, 286 f.

56 *Grünwald* ZStW 76 S. 1 ff, 16; *Roxin* JuS 1964 S. 373 ff, 379 ff; *Engisch* H. Mayer-Festschrift S. 399 ff, 401; *H. Mayer* Materialien Bd. I S. 259 ff, 277; *Schlüchter* NStZ 1984 S. 300 ff, 301 ff; *Ransiek* Gesetz S. 68 ff, 78; *Schönke-Schröder-Eser* § 1 Rdn. 22; *Jescheck* AT § 15 I 3.

57 Ganz kurzsichtig ist die teils erfolgende, schlagwortartige Bezeichnung dieser Deutung als ein „in dubio pro libertate" (zur Verwendbarkeit dieser Maxime *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 326 ff; *Jäger* Klug-Festschrift S. 83 ff, 91 ff mit Nachweisen); — die libertas des Täters kann die Vernichtung des Opfers sein, etwa bei § 218 a Abs. 2 Nr. 3 StGB. Strafrecht nimmt Freiheit des einen zur Ermöglichung von Freiheit des anderen; zutreffend *Arzt* Kriminalistik 1981 S. 117 ff, 118.

58 *SK-Horn* § 211 Rdn. 8; *Jakobs* NJW 1969 S. 489 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

zwischen Gesetz und Einzelfall nicht voll erklärt werden kann, da der Gesetzgeber die Vernachlässigung von Besonderheiten des Einzelfalls durch den Vorteil einer rechtssicheren Anordnung kompensieren könnte. Ob dem Legitimationsdefizit des Gesetzgebers ein Legitimationsvorsprung des Richters entspricht, ist nicht ausgemacht; es mag auch um eine allgemeine Unfähigkeit oder Inopportunität gehen, die „magna charta des Verbrechers" präzis zu formulieren[59].

4. Die Folgerungen für den Gesetzesanwender

a) Das Problem des Generalisierungsverbots

33 aa) Die Bindung des Gesetzesanwenders an die Bestimmung der Deliktstypen im BT durch das Gesetz (bei der Zurechnungslehre im AT ist die Bindung schwächer, dazu oben 4/13, 15 und unten 4/43) hat folgenden Inhalt: Da der Grundsatz nur zugunsten des Täters wirkt (er garantiert Gesetzesbindung der Strafbarkeit, nicht der Straffreiheit), darf der Gesetzesanwender bei der Auslegung des Gesetzes das Niveau der Generalisierung, auf dem das Gesetz die positiven Merkmale des Deliktstyps formuliert, senken, also spezieller werden und dadurch den Anwendungsbereich verengen, wenn diese Senkung dem gesetzlichen System eher entspricht als die Beibehaltung des Niveaus. Der Gesetzesanwender darf aber nie das Generalisierungsniveau der positiven Merkmale des Deliktstyps erhöhen, also genereller werden und dadurch den Anwendungsbereich erweitern. Dieses *Generalisierungsverbot* — überwiegend wird es (schlecht) als *Analogieverbot* bezeichnet[60] — gilt insbesondere auch, wenn sich aus dem System des Gesetzes klar ergibt, daß die Gesetzesfassung zu eng ist; denn der Grundsatz der Gesetzesbindung soll nicht Bestrafung ohne guten Grund, sondern Bestrafung ohne Gesetz hindern. Beispiel: Im System des Eigentumsschutzes klafft eine axiologisch nicht zu rechtfertigende Lücke; denn eine Sachzueignung ohne Wegnahme (kein Diebstahl) und ohne Gewahrsam des Täters (keine Unterschlagung) ist keine Straftat. Der Grundsatz der Gesetzesbindung verbietet, die Lücke zu schließen, was etwa geschehen könnte, indem der Gewahrsam bei der Unterschlagung solchermaßen generalisiert ausgelegt wird, daß jeder Täter Gewahrsam hat, der nicht wegnimmt[61].

Bei den negativen Merkmalen des Deliktstyps (etwa: ohne Erlaubnis, ohne Willen des Opfers etc., soweit das Fehlen der Erlaubnis oder Einwilligung Tatbestandsmerkmal ist) gilt das Generalisierungsverbot mit der Maßgabe, daß das *Fehlen* des Merkmals wohl spezifiziert, aber nicht generalisiert werden darf; d. h. das Merkmal selbst darf

---

59 Eindringlich *Naucke* in: NS-Recht S. 71 ff, 104.

60 Die Bezeichnung ist schlecht, weil ohne Analogieschlüsse (Schlüsse aus hinreichender Ähnlichkeit auf die Notwendigkeit von Gleichbehandlung; eingehend *Heller* Logik und Axiologie S. 44 ff) bei der Interpretation nicht auszukommen ist. Bei jeder Feststellung, daß ein Fallbereich noch von einer Norm erfaßt wird, beruht die Argumentation, so sie material erfolgt, auf der Behauptung hinreichender Ähnlichkeit des Noch-Erfaßten mit dem Kernbereich der Regelung. Grundlegend *Sax* Analogieverbot S. 94 ff; *Arthur Kaufmann* Analogie S. 1 ff mit Nachweisen des Meinungsstands S. 61 ff; *Waiblinger* Juristenvereins-Festgabe S. 212 ff, 254 ff. — Nach *Arthur Kaufmann* aaO S. 52 besagt der Grundsatz der Gesetzesbindung, „daß der Typus der strafbaren Handlung in einem formellen Strafgesetz fixiert, d. h. mehr oder weniger vollständig beschrieben werden muß" und daß die Überschreitung der Grenzen des Typus verboten ist.

61 So im Ergebnis die große berichtigende Auslegung des § 246 StGB, die freilich nicht mit einer Generalisierung des Gewahrsamsbegriffs, sondern mit seiner Streichung zum Ziel kommen will; wie hier die überwiegende Ansicht; *a. A. Welzel* Strafrecht § 46 vor 1 (die dort und bei *Welzel* JZ 1952 S. 617 f vertretene Ansicht, es gehe beim Gewahrsamsbegriff der Unterschlagung um eine Abgrenzungsformel und nicht um ein Merkmal des Unrechtstatbestands, dürfte richtig sein; Gesetzesbindung gilt aber für alle Deliktstypisierungen, auch soweit sie nicht zum Unrechtstatbestand gehören); — eingehend zum Problem mit Nachweisen *Maiwald* Zueignungsbegriff S. 210 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

generalisiert, aber nicht spezifiziert werden (Beispiel: Je enger eine Erlaubnis definiert wird, um so weiter ist der Bereich, in dem sie fehlt).

bb α) Wann gegen das Verbot, das Generalisierungsniveau des Gesetzes zu erhö- **34**
hen, verstoßen wird, ist äußerst schwierig und im Ergebnis nur randunscharf auszumachen. Das hat folgende Gründe: Der Umfang der vom Gesetz benannten Deliktsmerkmale bestimmt sich danach, wie der Gesetzesanwender sie versteht. Das wiederum hängt, wie oben dargelegt wurde, von den Vorannahmen ab, die der Anwender vom Regelungszweck hat. Erwartet etwa der Interpret eine Regelung des Bereichs x und nennt das Gesetz das Merkmal y, so kann der Interpret — theoretisch unbeschränkt, praktisch in Grenzen — zu der Auffassung kommen, die Bezeichnung für y sei als juristischer terminus technicus für x zu verstehen. Meistens geht es darum, daß der Interpret meint, das Gesetz enge den Regelungsgegenstand zu sehr ein oder benenne gar die falsche Spezies. Es wird also eine umfassende und sachgerechte Regelung (x) erwartet, das Gesetz bringt aber eine — im ersten Verständnis — partielle oder überhaupt nicht passende Regelung (y). Versteht nunmehr der Interpret die partielle Regelung als Regelung pars pro toto oder die nicht passende Regelung als mißglückten, jedoch für andere Fälle beispielhaften und tauglichen Regelungsversuch, so verstößt er gegen das Generalisierungsverbot, weil er das Gesetz erweitert (mag er es — bei den unpassenden Merkmalen — auch zugleich an anderer Stelle verengen). Versteht der Interpret aber die beschränkende oder nicht passende Bezeichnung des Merkmals (y) als juristischen terminus technicus für das Ganze oder das Passende (x), so trifft das Gesetz die umfassende oder passende Regelung selbst, wenn auch in einer Fachsprache, die sich nicht schon im ersten Verständnis erschließt. Beispiel[62]: Qualifiziert eine Vorschrift den Forstdiebstahl, „wenn . . . ein bespanntes Fuhrwerk, ein Kahn oder ein Lasttier mitgebracht ist" (so früher § 3 Abs. 1 Nr. 6 des Preußischen Forstdiebstahlge-

62 BGH 10 S. 375 f; die Entscheidung wendet die im Text sogleich genannte Vorschrift an. — Weitere Beispiele, bei denen die Annahme einer Fachsprache zu einer höheren Generalisierung kommt als sich beim ersten Verständnis ergibt: Ist *elektrische Energie* eine fremde Sache im Sinn des § 242 StGB, weil Sache alles ist, was mit Zueignungsabsicht aus dem Herrschaftsbereich des Berechtigten entfernt werden kann (verneinend RG 29 S. 111 ff, 115 f; 32 S. 165 ff, 186)? — Ist es *Gewalt*, wenn der Täter dem Opfer heimlich ein Narkosemittel beibringt (bejahend BGH 1 S. 146 ff) oder dem Opfer eine schußbereite Pistole entgegenhält (bejahend BGH 23 S. 126 ff) oder wenn die Täter einen Generalstreik inszenieren (bejahend BGH 8 S. 102 ff) oder sitzend Straßenbahnschienen blockieren (bejahend BGH 23 S. 47 ff), weil es nicht auf die aufgewendete Kraft ankommt, sondern allein auf die — nicht notwendig körperlich vermittelte — Zwangswirkung? — Liegt ein Ein*steige*diebstahl auch bei Ein*kriechen* vor, weil das Steigen jedes Sich-Hineinbegeben umfaßt (zu § 243 StGB a. F. bejahend BGH 14 S. 198 ff, 200)? — Unterdrückt einen *Brief* auch, wer eine *Postanweisung* oder *Zahlkarte* oder *Paketkarte* unterdrückt, weil Brief jede schriftliche Nachricht per Post ist (zu § 354 StGB a. F. bejahend RG 1 S. 114 ff, 115; 72 S. 193 ff; 73 S. 236 ff; 77 S. 326 ff, 327)? — Gebraucht eine *Waffe*, wer dem Opfer Salzsäure ins Gesicht schüttet, weil Waffe jedes Kampfmittel ist (bejahend zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB a. F. BGH 1 S. 1 ff; siehe schon RG GA Bd. 62 S. 321: heißer Kaffee als Waffe)? — Ist die *Selbsttötung* durch eine verantwortliche Person ein *Unglücksfall* im Sinn des § 323 c StGB (verneinend BGH 2 S. 150 ff; bejahend BGH GS 6 S. 147 ff und nachfolgende Entscheidungen)? — Liegt ein *Unfall im Straßenverkehr* auch dann vor, wenn einer der Beteiligten den Schaden vorsätzlich herbeigeführt hat (bejahend BGH 24 S. 382 ff)? — *Entfernt* sich vom Unfallort (§ 142 Abs. 2 StGB), wer ohne sein Zutun weggefahren wird (bejahend BayObLG NJW 1982 S. 1059 f)? — Entfernt sich *berechtigt* oder *entschuldigt* vom Unfallort, wer sich unvorsätzlich entfernt (zu § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB; bejahend BGH 28 S. 130 ff; eingehend *Küper* Universität Heidelberg-Festschrift S. 451 ff)? — Ist *Absetzen* auch ein erfolgloses Bemühen um Absatz (zu § 259 StGB; bejahend BGH 27 S. 45 ff; eingehend zur Argumentation *Schroth* Auslegung S. 131 ff, 134 ff; *Lackner* Universität Heidelberg-Festschrift S. 39 ff, dort auch weitere Beispiele)? — Hat ein Hinzukommender einen Täter auf frischer Tat schon *betroffen*, bevor er diesen registriert hat (zu § 252 StGB; bejahend BGH 26 S. 95 ff; siehe auch BGH 28 S. 224 ff, 227 f)?

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

setzes), und benutzt der Täter einen Lastwagen, so beruht die Verurteilung des Täters aus der Qualifizierung auf einer unzulässigen Gesetzeserweiterung, wenn unter dem bespannten Fuhrwerk ein Wagen mit Zugtier verstanden wird, das stellvertretend für den *nicht bezeichneten* generellen Begriff (etwa: gezogenes oder angetriebenes Landfahrzeug) steht; die Verurteilung wäre aber zulässig, wenn die Bezeichnung als bespanntes Fuhrwerk zum juristischen terminus technicus für gezogene oder angetriebene Landfahrzeuge interpretiert werden kann. — Das Problem läßt sich also auf folgende Frage zuspitzen: Wann darf der Interpret eine besondere juristische oder gar nur strafjuristische[62a] oder gar nur bei einer bestimmten Norm geltende Terminologie reklamieren?

35 β) Zur Lösung wird verbreitet versucht, den Interpreten an den Begriffsinhalt bei umgangssprachlichem Wortgebrauch (Sprachgebrauch des täglichen Lebens, natürlicher, allgemeiner Sprachgebrauch etc.) zu binden[63]. Das führt aber zu keinem verwertbaren Ergebnis; denn es gibt nicht nur eine einzige Umgangssprache, die Begriffsinhalte produziert. Vielmehr bildet sich die Umgangssprache in einer Fülle regionaler, beruflicher und sonstiger Bereichssprachen, ohne daß sich einer der Bereiche als strafrechtlich maßgeblich herausheben würde. Deshalb kann für alle nicht ganz selten verwendeten Wörter in der Regel ein so umfangreiches Arsenal von umgangssprachlichen Bedeutungen angeboten werden, daß die strafrechtliche Begriffsbildung nicht nennenswert begrenzt wird. Beispiel: Eine Sache, nach dem Sprachgebrauch des StGB ein körperlicher Gegenstand, ist nach üblichem Sprachgebrauch zwar auch ein körperlicher Gegenstand, daneben aber auch der Gegenstand einer Aufgabe (Beispiel: die „Sache" der Justiz) oder die Aufgabe selbst (Beispiel: „die Sache läuft") u. a. m. In der Umgangssprache ist es auch nichts besonderes, wenn ein Teil das Ganze vertritt (eine Frau kann ihren „Mann" stehen; Not, die kein *Ge*bot kennt, kennt auch kein *Ver*bot, generalisiert: keine Regel) oder sonst der Sinn der Rede metaphorisch zu bestimmen ist, insbesondere bei sogenannten Redewendungen. Gewiß schränkt der Kontext das Arsenal möglicher Bedeutungen ein[63a], aber die Umgangssprache ist auch offen für

---

62a Eine besondere *straf*juristische Terminologie behaupten für Teilbereiche die Vertreter der „faktischen Betrachtungsweise", wobei „faktisch" als Entgegensetzung zu „zivilistisch" oder „verwaltungsrechtlich" etc. gemeint ist; *Bruns* JR 1984 S. 133 ff; dagegen insbesondere *Cadus* Betrachtungsweise passim, jeweils mit Nachweisen; siehe auch unten 21/14.

63 Auf den Wortsinn bei umgangssprachlicher Verwendung (in welchem umgangssprachlichen Bereich?) stellen ab *Krey* Studien S. 146 ff, 153 und passim (freilich soll im Zweifelsfall der juristische Sprachgebrauch entscheiden); *ders.* ZStW 101 S. 838 ff, 843 ff; *Schünemann* Nulla poena S. 19 f; *ders.* Bockelmann-Festschrift S. 117 ff, 124 f; *ders.* Klug-Festschrift S. 169 ff, 176 ff (*Schünemanns* Zuordnung der Sprachbereiche: juristische Fachsprache als Objektsprache — Umgangssprache als Metasprache, klärt zwar, wie eine Begrenzung einer Sprache durch eine andere zu denken ist, bringt aber für die beiden Hauptfragen nichts: Welchen Bereich der Umgangssprache will man gelten lassen, ferner, wieso soll die Bedeutung in einem anderen Kontext für die Auslegung im strafrechtlichen Kontext verbindlich sein?); *Baumann-Weber* AT § 13 I 3 und II 1; *ders.* MDR 1958 S. 394 ff; *Engisch* in: Enzyklopädie S. 39 ff, 62 f (natürlicher Sprachgebrauch, wenn nicht das Gesetz eine Fachterminologie wählt); *ders.* Einführung Kap. IV; *AK-Hassemer* § 1 Rdn. 80 (ein zur Gesetzesauslegung „externer" und „realer" Sprachgebrauch). — Eine Abweichung vom „nackten Wortlaut" hält für zulässig *Hafter* SchwZStr. 62 (1947) S. 133 ff, 136. — Teils wird ein nicht näher bezeichneter Wortsinn als Auslegungsgrenze beschworen; BVerfG 73 S. 206 ff, 235; *Schreiber* Gesetz und Richter S. 230; *Welzel* Strafrecht § 5 II 2; *SK-Rudolphi* § 1 Rdn. 29; *v. Hippel* Strafrecht Bd. II § 3 IV 2; *Schönke* MDR 1947 S. 85 ff, 86; *Jescheck* AT § 17 IV 5; *Bender* JZ 1957 S. 593 ff, 598 f; *Roxin* Kriminalpolitik S. 15 Fn. 41; *Hillenkamp* Vorsatztat S. 135 ff, 138.

63a *Schünemann* in: Strafrechtssystem S. 153 ff, 186; — beiläufig, wenn *Schünemann* zu dem im Text angeführten Beispiel behauptet, schon der Hinzutritt des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme" zum Merkmal „Sache" beweise, daß Sache ein körperlicher Gegenstand sein müsse, schneidet er den möglichen Kontext viel zu klein und *nimmt* dadurch selbst seiner Sache viel von ihrer Überzeugungskraft *weg*.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

neue Wortbedeutungen in neuen oder neu gesehenen Kontexten, und Sicherheit über den relevanten Kontext stellt sich erst *nach* der Interpretation ein.

Nun könnte man in Kauf nehmen, daß bei den ubiquitären Wörtern das Arsenal möglicher Wortbedeutungen nahezu Beliebiges verfügbar hält (etwa der Diebstahlstatbestand läßt sich nach den umgangssprachlich möglichen Wortbedeutungen bis hin zu jeder eigennützigen Rechtskränkung ausdehnen), wenn die Beschränkung für die weniger gebräuchlichen Wörter tauglich wäre. Auch das ist freilich nicht der Fall; denn wird bei der Ermittlung der möglichen Bedeutung der strafrechtliche Kontext abgekoppelt, so kann sich nur noch per Zufall ein passender Regelungssinn einstellen, weil die mögliche Wortbedeutung in außerstrafrechtlichen Kontexten strafrechtlich überhaupt unverwertbar sein mag. Beispiel: Die Bezeichnung als bewaffneter Haufen dürfte außer in § 127 StGB nur in einigen paramilitärischen Verbänden benutzt werden. Wieso sollte diese Verwendung den Strafrechtsinterpreten binden? — Wird aber bei der Ermittlung der möglichen Bedeutung der strafrechtliche Kontext einbezogen, wie es dem Faktum entspricht, daß die sprachbestimmende Alltäglichkeit nicht vor den Toren der Justiz endet, so kann bei *sämtlichen* Bezeichnungen die ermittelte Wortbedeutung die strafrechtliche Interpretation nicht mehr begrenzen, weil die Wortbedeutung selbst schon durch diese Interpretation bestimmt ist.

γ) Wegen dieses Dilemmas wird vorgeschlagen, statt auf die Wortbedeutung auf den **36**
Sinn einer Regelung abzustellen[64]. Aber auch das bietet keine Lösung, weil bei einer Differenz zwischen der ausformulierten und der sinnhaften Regelung die letztere eben nicht ausformuliert ist, wie es der Grundsatz der Gesetzesbindung verlangt. Ein Regelungssinn, der sich *nur* aus dem Zusammenhang o. ä. ergibt, ist nicht der Sinn einer lex scripta[65].

b) Die Notwendigkeit der Systembildung

aa) Das Problem des Generalisierungsverbots läßt sich nur lösen, wenn anerkannt **37**
wird, daß es eine zwingende Grenze bei der Interpretation nicht gibt, daß sich die Grenze vielmehr nach der praktizierten Interpretationskultur richtet. Damit ist gemeint, daß die Grenze der Auslegung nicht der Sinn ist, den die Begriffe des Rechts *haben*, sondern der ihnen *beigelegt* werden kann[66]. Einzelheiten:

bb) Wenn die strafrechtlichen Normen nicht willkürlich sein sollen, müssen sie **38**
miteinander verbunden sein und in diesem Sinn ein System bilden (einen nicht notwendig vollständigen, aber im vorhandenen Teil widerspruchsfreien Zusammenhang[66a]). Das System besteht nicht nur aus ungleichen Bauelementen; vielmehr wiederholen sich zahlreiche Merkmalsbezeichnungen bei zahlreichen Normen (die Bezeichnungen für

---

64 *Germann* Probleme und Methoden S. 47 ff, 104: „Höher als der Wortlaut des Gesetzes" steht „sein Sinn und Zweck. Das gilt sogar für das Strafrecht"; *Höpfel* JurBl. 1979 S. 505 ff, 575 ff, 581 f (freilich unter Vermengung mit anderen Ansichten); *Zimmermann* GA 1955 S. 336 ff, 339; *ders.* NJW 1956 S. 1262 ff; siehe auch *Maurach-Zipf* AT I § 9 Rdn. 21. — Eine Recht schaffende Auslegung wollen auch die genannten Autoren nicht anerkennen.

65 Zutreffend *Jost* SchwZStr. 65 (1950) S. 358 ff, 369 und die überwiegende Ansicht.

66 Hauptsächlich wie hier BGH 10 S. 157 ff, 159 f; *Hassemer* Tatbestand und Typus S. 160 ff, 164; *Schmidhäuser* AT 5/42; wohl auch *Stree* JuS 1961 S. 50 ff, 51; *Stratenwerth* AT Rdn. 100 a. E.; *LK-Tröndle* § 1 Rdn. 31 und passim. — Auf den *bestehenden* juristischen Sprachgebrauch abstellend (falls ein solcher fehlt, auf den allgemeinen Sprachgebrauch) *Schönke-Schröder-Eser* § 1 Rdn. 37 f. — Auf den zur Zeit der Gesetzesauslegung beilegbaren Sinn abstellend *H. Mayer* SJZ 1947 Sp. 12 ff.

66a Die Notwendigkeit einer Beschränkung des Systems auf logische, mathematische (oder naturwissenschaftliche) „Strukturen" ist behauptet worden (eindringlich *Hruschka* JZ 1985 S. 1 ff), freilich bislang ohne eine Begründung, die von einem seinerseits nicht begründeten Wissenschaftsverständnis unabhängig wäre.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

die Täter oder für die Tatobjekte einer Deliktsgruppe etc.), ferner die Arten und Weisen, in denen sie verwendet werden (Tätigkeitsbezeichnungen werden häufig eingesetzt, um die unmittelbare und die vermittelte Verursachung eines Erfolgs zu treffen) u. a. m. Nicht nur die Deliktstypen insgesamt, sondern nahezu alle Komponenten, aus denen sie aufgebaut sind, werden deshalb im System wie die Knoten eines Netzes mehrfach miteinander verbunden. Bei dieser Lage ist die Möglichkeit, der Bezeichnung eines Deliktsmerkmals eine Bedeutung zu geben, der vom strafrechtlichen Usus abweicht, nicht nur durch das Erfordernis beschränkt, das *Ergebnis* systematisch einzupassen (schon das schließt beliebige Vorannahmen des Interpreten aus), sondern auch die *Begründung*, mit der die Bedeutung festgelegt wird, darf nicht das System durcheinanderbringen, wenn man sie auf die Lösung anderer Interpretationsprobleme überträgt. Die Begründung muß also ohne Schaden für das System generalisierbar sein[67]. Diese Generalisierbarkeit des Interpretationsgrunds muß natürlich nur für analoge Interpretationsprobleme bestehen. Beispiel: Wenn bei einem Sonderdelikt trotz eines männlich formulierten Rollennamens (der Arzt, der Amtsträger) auch Frauen Täter (Täterinnen!) sein können, weil eine Differenzierung nach dem Geschlecht willkürlich wäre, so besagt das nichts für die Interpretation von Delikten, bei denen das Geschlecht die Rolle bestimmt, etwa die Delikte gegen sexuelle Selbstbestimmung. Die Ernsthaftigkeit des Bemühens, Willkür durch Bindung an das System auszuschalten und den vom Gesetz verwendeten Merkmalsbezeichnungen eine Bedeutung nur nach Regeln beizulegen, die verallgemeinert werden können, ist dasjenige, was oben als Interpretationskultur bezeichnet wurde.

39 cc) Der Interpret geht bei dieser Lösung zwar vom bisherigen (bis zu seiner Interpretation üblichen) strafrechtlichen Sprachgebrauch aus, ist aber an ihn nicht gebunden. Vielmehr kann die zu interpretierende Norm einen neuen Kontext und damit neue Bedeutungen alter Bezeichnungen von Deliktsmerkmalen bringen. Der Interpret ist allerdings daran gebunden, daß ein von ihm behaupteter Grund für ungewöhnliche Auslegung generalisierbar, d. h. in entsprechenden Lagen wiederholbar sein muß, ohne das System zu zerstören. Wegen dieser Bindung ist es praktisch ausgeschlossen, daß der Interpret einer Merkmalsbezeichnung eine Bedeutung beilegt, die völlig außerhalb des bisherigen Verständnisses liegt[68] oder gar das Gegenteil bildet. Ferner ist es ausgeschlossen, daß einer Bezeichnung mit — bisher — spezieller Bedeutung der Inhalt einer Bezeichnung mit genereller Bedeutung beigelegt wird, sofern auch die Bezeichnung mit genereller Bedeutung im strafrechtlichen Sprachgebrauch geläufig ist. In den genannten Fällen wäre die Wortwahl des Gesetzes willkürlich; Willkür als allgemeine Regel würde aber jedes System zerstören. Zwar schafft der Interpret durch die Interpretation den Inhalt einer Regelung; dabei bindet ihn jedoch, daß die Regeln, die er anwendet, und die Freiheiten, die er sich nimmt, auf die Interpretation aller Regelungen zurückwirken. Das System erzwingt Kontinuität. Ein Beispiel für eine kontinuierliche, nach mehreren Entwicklungsschritten freilich zu erheblicher Inhaltsänderung führende Interpretation ist die Auslegung der Gewalt bei der Nötigung (§ 240 StGB) von der Kraftentfaltung mit Körperwirkung und Zwangswirkung über die bloße Körperwirkung mit Zwangswirkung hin zur auch psychisch vermittelbaren Zwangswirkung[69].

40 dd α) Ergeben sich bei einem geläufigen, aber engen, spezifizierenden Verständnis einer Regelung *Lücken*, so ist das allein kein Grund für eine generalisierende Interpre-

---

67 *Zippelius* JZ 1970 S. 241 ff, 245.

68 Beispiel: Sich-nicht-Melden ist keine Flucht; BGH 7 S. 112 ff, 117; *a. A.* BGH 5 S. 125 ff, 127 ff.

69 BVerfG 73 S. 206 ff, 236 ff; RG 72 S. 350 ff, 351; — BGH 1 S. 146 ff; — BGH 8 S. 102 ff; 23 S. 47 ff, 49 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

tation. Eine Rechtsordnung, die den Grundsatz der Gesetzesbindung anerkennt, kann nicht zugleich so zu interpretieren sein, daß alle Lücken geschlossen werden; denn der Grundsatz ist nur nötig, wenn regelungsbedürftige Bereiche nicht geregelt werden, also Regelungslücken bestehen bleiben. Ein geläufiges Verständnis darf erst zugunsten eines generellen Verständnisses preisgegeben werden, wenn die Regelung ansonsten willkürlich wird, weil sie gleichrangige Fallgruppen ungleich oder gar weniger gewichtige Fallgruppen strenger behandelt als gewichtigere Fallgruppen, die ferner zumindest ebenso regelungsbedürftig sind, insbesondere praktisch ebenso häufig vorkommen. Schließlich muß die generalisierende Interpretation auch geeignet sein, das Regelungsproblem in der Hauptsache zu erledigen; daran fehlt es, wenn sie nur die Grenzen des Problems geringfügig verschiebt.

41 β) Die genannten *vier Voraussetzungen — (1) Kontinuität der Begriffsentwicklung, (2) ansonsten bestehende Wertungswillkür, (3) gleichrangige Regelungsbedürftigkeit und (4) Geeignetheit* — scheiden Extremfälle aus, lassen aber einen breiten Bereich des Zweifels. Beispiel für einen Fall im Grenzbereich ist die oben angeführte Interpretation, nach der beim qualifizierten Forstdiebstahl als bespanntes Fuhrwerk auch ein Lastwagen anzusehen sein soll: (a) Die Bedeutungsverschiebung liegt noch innerhalb der üblichen Kontinuität; denn es entspricht strafrechtlich geläufiger Interpretation, die Bezeichnung eines Gegenstands auch für dessen funktionale Äquivalente gelten zu lassen (Chemikalien als Waffe, Einkriechen als Einsteigen etc.; — siehe Fn. 62), wenn geläufige Oberbegriffe fehlen. (b) Ohne Erweiterung bestünde Wertungswillkür; denn die Forstdiebstähle mit Lastwagen sind gleich schwer, im Zweifel schwerer als diejenigen mit Zugtier und Wagen. (c) Die Regelungsbedürftigkeit ist zumindest heute mehr als gleichrangig und (d) die bezeichnete Auslegung dürfte das Problem hauptsächlich erledigen, ist also auch geeignet. Beispiel für eine nach den genannten Maximen gewiß erlaubte generalisierende Begriffsbestimmung ist die Interpretation der Zeugungsfähigkeit in § 224 StGB als auch die Empfängnisfähigkeit umfassend[70]. Gewiß nicht mehr erlaubt ist beispielsweise die Interpretation der Selbsttötung einer verantwortlichen Person als Unglücksfall im Sinne von § 323 c StGB (siehe oben Fn. 62); denn die Wertung ist nicht willkürlich, wenn der Unglücksfall auf Konstellationen beschränkt bleibt, in denen der Betroffene die Entstehung der Gefahrenlage jedenfalls nicht vorsätzlich und voll zurechenbar inszeniert hat.

42 ee) Verbreitet wird zum BT eine derogierende Kraft des *Gewohnheitsrechts* gegenüber überholten, aber nicht aufgehobenen Vorschriften, vornehmlich Bewirtschaftungsvorschriften aus Kriegszeiten, behauptet[71]. Der Sache nach geht es jedoch nicht um Gewohnheitsrecht (sollte die Nichtanwendung bis zur Gewohnheitsbildung Strafvereitelung sein, § 258 StGB?), sondern um die Interpretation eines nach seinem Wortlaut unbeschränkt geltenden Gesetzes als Zeitgesetz (§ 2 Abs. 4 StGB)[72].

42a ff) Wenn bei Blankettgesetzen Generalisierungen („Analogien") zu den Interpretationsregeln des Normenkomplexes gehören, auf den verwiesen wird, so begründet allein die Anknüpfung daran keinen Verstoß gegen das Generalisierungsverbot[72a]. Dies ist insbesondere für Fälle bedeutsam, in denen das Blankett an einen Regelungseffekt anknüpft, der sich aus den Regeln eines bestimmten Normenkomplexes ergibt.

---

70 RG JW 1933 S. 2911.

71 *Maurach-Zipf* AT I § 8 Rdn. 42; *Stratenwerth* AT Rdn. 94; — siehe auch BGH 5 S. 12 ff, 23; 8 S. 360 ff, 381.

72 Siehe *Mezger* ZStW 42 S. 348 ff.

72a *Höpfel* JurBl. 1979 S. 505 ff, 575 ff, 585; *Hirsch* Tjong-Gedächtnisschrift S. 50 ff, 64 f; *Ransiek* Gesetz S. 107 ff; *Schönke-Schröder-Eser* § 1 Rdn. 33.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Beispiele: Nach § 42 AO löst ein Umgehungsgeschäft diejenige Steuerpflicht aus, die in den Steuergesetzen an das umgangene Geschäft geknüpft wird; das ist *Steuerrechts*analogie, aber die Anknüpfung von § 370 AO an so entstandene Steuerpflichten ist keine *Strafrechts*analogie; denn es wird an wirkliche Steuerpflichten und nicht an etwas Steuerpflichtähnliches angeknüpft[72b]. Entsprechend sind beim Merkmal „fremd" auch nicht-positivierte Gründe des Eigentumserwerbs zu berücksichtigen, da sie zu wirklicher Eigentumszuordnung und nicht nur zu einem analogen Ergebnis führen. — Freilich verstößt eine Verweisung auf einen überhaupt unbestimmten Normenkomplex gegen das Unbestimmtheitsverbot; aber nicht alle nicht-positivierten Normenkomplexe sind unbestimmt[72c].

43 gg α) Das Generalisierungsverbot gilt für die Zurechnungslehre im AT nicht, da schon die Generalität dieser Materie ein Schutz vor Willkürentscheidungen ist[73] (oben 4/13, 15). Freilich kann das Gesetz Mindestbedingungen für Zurechnung festlegen; ein Beispiel hierfür bilden die §§ 26 f StGB, wonach Anstiftung und Beihilfe eine — u. a. — vorsätzliche Haupttat voraussetzen. Ferner kann das Gesetz einen Bereich abschließend regeln; so ist etwa die Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen in § 30 StGB abschließend bestimmt, so daß Beihilfe zu dieser Vorbereitung straffrei ist (eingehender unten 27/8). Für den verbleibenden Bereich wird ein Generalisierungsverbot zwar behauptet[74], aber nicht konsequent durchgehalten. So wird etwa die vom Gesetz nicht geregelte vermeidbar irrige Annahme, die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrunds lägen vor, in der Literatur variantenreich bewertet (unten 11/43 ff), ohne daß jedoch ein so irrend begangenes Delikt mangels Regelung des Irrtumstyps für jedenfalls straffrei gehalten würde, wie es beim Fehlen eines Deliktstyps des BT selbstverständlich wäre.

44 β) Teilweise werden immerhin die Rechtfertigungsgründe ausdrücklich aus dem — vermeintlich bei der allgemeinen Zurechnungslehre geltenden — Generalisierungsverbot ausgenommen[75], und zwar aus zwei Gründen: Jede Anerkennung eines nicht geschriebenen Rechtfertigungsgrunds (so bis zu § 34 StGB n. F. der rechtfertigende Notstand, ferner Einwilligung, mutmaßliche Einwilligung u. a. m.) erweitert die Strafbarkeit dessen, der den gerechtfertigten Täter hindert; jede Einschränkung eines gesetzlich vertypten Rechtfertigungsgrunds schafft Strafbarkeit für die Fälle, die ohne

---

[72b] *A. A. Schulze-Osterloh* in: Strafverfolgung S. 43 ff, 62.

[72c] Die *Umgehung* von Straftatbeständen ist ein Mittel, ihre Verwirklichung zu vermeiden; daß dies mit rechtlich negativ zu wertenden Intentionen geschieht, ändert nichts an der Geltung von Art. 103 Abs. 2 GG. Für Beispiele zu Grenzfällen zwischen Tatbestandsverwirklichung und Tatbestandsumgehung siehe oben 4/Fn. 62. Die Wirkung der Umgehung *außerstrafrechtlicher Rechtsvorschriften* richtet sich nach dem betreffenden Rechtsgebiet; Täuschung über die eingetretene oder ausgebliebene Rechtswirkung kann all diejenigen Delikte verwirklichen, die durch falsche Informationen begangen werden können. Dazu siehe *Stöckel* Gesetzesumgehung passim; *ders.* ZRP 1977 S. 134 ff; *Tiedemann* NJW 1980 S. 1557 ff, 1558 f; *Bruns* GA 1986 S. 1 ff, jeweils mit Nachweisen.

[73] Hauptsächlich wie hier *Maurach* AT[4] § 10 II B 3 b; *LK-Tröndle* § 1 Rdn. 38. — Wird der Sinn des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht in einer Objektivitätsgarantie gesehen, kann die Entscheidung zum AT anders ausfallen; so muß etwa die auf Voraussehbarkeit abstellende Lösung — mit *Feuerbach* — AT und BT gleich behandeln.

[74] *Kratzsch* GA 1971 S. 65 ff, 68 ff; *Krey* Studien S. 228, *Höpfel* JurBl. 1979 S. 505 ff, 575 ff, 584; *Fincke* Verhältnis S. 13 ff; *Jescheck* AT § 15 III 2 c; *SK-Rudolphi* § 1 Rdn. 24; *Baumann-Weber* AT § 13 III; *Baumann* Jescheck-Festschrift S. 105 ff, 111 ff; *Maurach-Zipf* AT I § 10 Rdn. 21; *Schönke-Schröder-Eser* § 1 Rdn. 25.

[75] *Krey* Studien S. 236; *Amelung* in: Strafrechtssystem S. 85 ff, 95; *Roxin* Kriminalpolitik S. 31 f; *ders.* ZStW 93 S. 68 ff, 78 ff; dagegen insbesondere *Kratzsch* GA 1971 S. 65 ff; *ders.* JuS 1975 S. 435 ff; *Engels* GA 1982 S. 109 ff, 114 ff. — *Hirsch* Tjong-Gedächtnisschrift S. 50 ff, 66; *LK-Hirsch* Rdn. 36 ff, 39 vor § 32 unterscheidet nach strafrechtlicher (nicht einschränkbarer) und außerstrafrechtlicher (einschränkbarer) Regelung

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Einschränkung gerechtfertigt wären. Beides, Anerkennung nicht geschriebener Rechtfertigung wie Einschränkung der geschriebenen, hat sich aber als systematisch notwendig erwiesen.

Mit partiellen Bereinigungen dieser Art läßt sich freilich das Problem nicht lösen. Angefangen beim Unrechtstatbestand (keine einzige Voraussetzung der objektiven Zurechnung wird vom Gesetz geregelt) und bis hin zur Schuld werden alle Deliktsstufen durch die lex scripta nur so rudimentär bestimmt, daß ohne Ergänzungen strafbegründender wie strafeinschränkender Merkmale nicht auszukommen ist. Der Versuch, die allgemeine Zurechnungslehre mit den Deliktstypen des BT über einen einzigen Leisten zu schlagen, zerstört angesichts der zur Zurechnungslehre unvermeidbaren Ausnahmen vom Generalisierungsverbot die Strenge des Grundsatzes der Gesetzesbindung überhaupt. Aber nicht allein die Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Bestimmungen zur Zurechnung im AT, sondern auch deren teils hochgradige Ungenauigkeit macht es notwendig, zwischen der Zurechnungslehre des AT und den Deliktstypen des BT zu differenzieren; so sollte nicht zweifelhaft sein, daß die Ungenauigkeiten, die § 13 StGB beläßt, bei der Beschreibung eines Deliktstyps des BT wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Gesetzesbindung zur Verfassungswidrigkeit führen würden. Dem Grundsatz wird insgesamt besser genügt, wenn diese Differenzen nicht kaschiert werden. — Speziell zu den Rechtfertigungsgründen heißt das: Ob sich nicht-positivierte Rechtfertigungsgründe noch an einen Pauschalbegriff eines bestimmten Tatbestands anklammern lassen (insbesondere: „wer *rechtswidrig* . . .") oder ob Einschränkungen von Rechtfertigungsgründen mit dem Wortlaut eines Rechtfertigungsgrunds dank dessen pauschaler Fassung noch vereinbar sind (etwa: „geboten" in § 32 Abs. 1 StGB), ist ohne Bedeutung: Solchermaßen vage „Regelungen" legitimieren nichts, da sie dem Unbestimmtheitsverbot nicht genügen können. Lassen sich aber Rechtfertigungsgründe oder deren Einschränkungen systematisch herleiten, so ist dies auch ohne Anknüpfung an einen Pauschalbegriff erlaubt, solange die Herleitung die gesetzliche Regelung nur ergänzt, nicht aber verdrängt (dazu oben 4/16).

γ) Je vager die gesetzliche Rahmenbestimmung bei der Zurechnungslehre ist, um so **45** wichtiger ist freilich die systematische Absicherung derjenigen Lehren, die vom Gesetzesanwender unter Beachtung der gesetzlichen Fixpunkte zu entwickeln sind. Was damit genau gemeint ist, kann nur die gesamte in diesem Lehrbuch entwickelte Zurechnungslehre verdeutlichen; beispielhaft sei auf die Herleitung der Garantenstellung kraft Organisationszuständigkeit aus der Organisationszuständigkeit bei Begehungsdelikten verwiesen (unten 7/56 ff; 23/24; 28/14; 29/29 ff und passim), ferner auf die Parallelisierung von Begehungs-Pflichtdelikten mit Unterlassungsdelikten kraft institutioneller Zuständigkeit (unten 7/70; 21/115; 23/25; 28/15; 29/57 ff und passim).

5. Gewohnheitsrecht?

a) Die Systematisierung kann nicht durch einen Bezug auf Gewohnheitsrecht er- **46** spart werden. Während die gewohnheitsrechtliche Strafbegründung eines Deliktstyps

---

des Rechtfertigungsgrunds — ein äußerliches und insbesondere für alle Amtsrechte und für das Handeln pro magistratu zufälliges Kriterium. Zudem kann *Hirsch* auch im Bereich der strafrechtlich geregelten Rechtfertigungsgründe das Analogieverbot nicht konsequent durchführen: Einschränkungen von Rechtfertigungsgründen sollen auch zulässig sein, wenn die Einschränkbarkeit vage umrissen, nicht aber bestimmt ist (Tjong-Gedächtnisschrift S. 62 f), obgleich nach Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB die Grenze zwischen einerseits den bestimmten und andererseits den nicht bestimmten Regelungen verläuft, nicht aber zwischen andeutenden Regelungen und dem Fehlen von Andeutungen. Vage Regelungen stehen also nach den genannten Vorschriften dem Fehlen jeder Regelung gleich.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

des BT nach heute einhelliger Ansicht ausgeschlossen ist[76], wird dem Gewohnheitsrecht im AT zugestanden, Regelungslücken verbindlich ausfüllen zu können[77]. Dem ist freilich nicht zu folgen. Was den Grundsatz der Gesetzesbindung angeht, so kann er per Gewohnheitsrecht nie umgangen werden, da der Bruch rechtsstaatlicher Grundsätze auch dann nicht Recht wird, wenn er langer Übung gemäß und optima fide erfolgt[78]. Beispiel: Das Erfordernis eines förmlichen Gesetzes für die Androhung einer Freiheitsstrafe (Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG) kann nicht durch Gewohnheitsrecht obsolet werden. — Ansonsten mag ein Gesetz zwar auf die gewohnten Rechtsinstitute oder deren gewohnte Handhabung zugeschnitten sein, so daß es sich nur in Kontinuität mit dem Gewohnten sinnvoll interpretieren läßt; es ist aber auch dann nicht die Gewohnheit, sondern der systematische Zusammenhang, der das Rechtsinstitut oder seine Handhabung legitimiert. Beispiel: § 25 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB betrifft die längst vor Schaffung dieser Regelung anerkannte mittelbare Täterschaft, ohne daß die Regelung deshalb die bislang gebräuchlichen Formen festschriebe und andere Formen ausschlösse; so hatte sich etwa der Anwendungsbereich der mittelbaren Täterschaft durch die Abkehr von der strengen Akzessorietät (durch § 50 Abs. 1 StGB a. F.; jetzt § 29 StGB) insoweit verschoben, als die Schuldlosigkeit eines Beteiligten einen anderen Beteiligten nur dann zum mittelbaren Täter macht, wenn der andere Beteiligte für den Defekt zuständig ist. Das gesetzliche System, nicht die Gewohnheit bestimmt den Inhalt von Zurechnung.

47 b) Nur in Bereichen, in denen das System selbst auf Gewohnheit verweist, insbesondere beim erlaubten Risiko mit historischer Legitimation (unten 7/36) und bei weiteren Ausprägungen der Sozialadäquanz, kann die in Rechtsüberzeugung gewonnene Gewohnheit zur Rechtslegitimation erforderlich sein; so mögen etwa in Befolgung von Fastnachtsbräuchen oder sonstigen Volksbräuchen begangene bagatellhafte Tatbestandsverwirklichungen gewohnheitsrechtlich gerechtfertigt sein[79]. — Auch können Blankette gewohnheitsrechtlich ausgefüllt werden, wenn das Rechtgebiet, auf das verwiesen wird, gewohnheitsrechtliche Regelungen kennt[79a].

III. Die zeitliche Geltung, insbesondere das Rückwirkungsverbot

Literatur

A. Bergmann Zeitliche Geltung und Anwendbarkeit von Steuerstrafvorschriften, NJW 1986 S. 233 ff; *H. J. Bruns* Die „Bestrafung aus dem mildesten Gesetz" bei wahldeutiger Tatfeststellung (§ 2 b StGB), Deutsches Strafrecht 3 (1936) S. 277 ff; *D. Dannecker* Die Neuregelung der Abzugsfähigkeit von Parteispenden als gesetzliche Milderung im Steuerrecht, in *W. de Boor* u. a. Parteispendenproblematik, 1986, S. 91 ff; *W. Diefenbach* Die verfassungsrechtliche Problematik des § 2 Abs. 4 StGB, 1966; *Th. Dingeldey* Strafrechtliche Konsequenzen einer etwaigen Nichtigkeitserklärung des Parteispendenfinanzierungsgesetzes durch das BVerfG, NStZ 1985 S. 337 ff; *A. Eckert* Anmerkung zu OLG Karlsruhe NJW 1967 S. 2167 f, NJW 1968 S. 1380 f; *Chr. Flämig* Steuerrecht als Dauerrecht, 1985; *H. Franzheim* Parteispenden — Steuerhinterziehung — Straffreiheit? NStZ 1982 S. 137 ff; *W. Gallas* Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 S. 1 ff; *O. A. Germann* Maßnahmerecht des schweizerischen Strafgesetzbuchs, SchwZStr. 73 (1958) S. 44 ff; *E. Göhler* Das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, NJW 1974 S. 825 ff; *N. J.*

---

76 *A. A. Rittler* ZStW 49 S. 451 ff, 466 f, 476.

77 *Schönke* MDR 1947 S. 85 ff, 86; *Schmitt* Jescheck-Festschrift S. 223 ff, 226; *Maurach-Zipf* AT I § 8 Rdn. 41; *Jescheck* AT § 12 IV 2; *Schönke-Schröder-Eser* § 1 Rdn. 10 ff. — Kritisch *Krey* Keine Strafe Rdn. 107; *SK-Rudolphi* § 1 Rdn. 21; *Stratenwerth* AT Rdn. 92 („eigentlich . . . ergänzendes Richterrecht"); *Schmidhäuser* AT 5/7 (gewohnheitsrechtliche Bindung an eine Auslegung); *AK-Hassemer* § 1 Rdn. 64 ff; *KKOWiG-Rogall* § 3 Rdn. 21 f.

78 Siehe *Fincke* Verhältnis S. 14.

79 Siehe *Piegler* JZ 1955 S. 721 ff; *Franzmann* JZ 1956 S. 241 ff; *Scheyhing* JZ 1959 S. 239 ff, 241; *Jescheck* AT § 12 IV 2.

79a RG 46 S. 108 ff, 111 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Gross Über das „Rückwirkungsverbot" in der strafrechtlichen Rechtsprechung, GA 1971 S. 13 ff; *W. Grunsky* Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970; *K. Händel* Anwendung des Beweisgrenzwerts von 1,3 Promille auf vor dem 9. 12. 1966 begangene Taten, NJW 1967 S. 537 f; *B. Haffke* Pro-mille-Grenze und Rückwirkungsverbot, Blutalkohol 1972 S. 32 ff; *W. Hardwig* Berücksichtigung der Änderung eines Strafgesetzes in der Revisionsinstanz bei Vorliegen eines rechtskräftigen Schuldspruchs, JZ 1961 S. 364 ff; *E. Horn* Blutalkoholgehalt und Fahruntüchtigkeit, 1970; *H. Jung* Rückwirkungsverbot und Maßregel, Wassermann-Festschrift S. 875 ff; *G. Kohlmann* Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, 1969; *V. Krey* Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977; *ders.* Keine Strafe ohne Gesetz, 1983; *ders.* Parallelitäten und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und öffentlichrechtlichem Gesetzesvorbehalt, Blau-Festschrift S. 123 ff; *W. Küper* Anmerkung zu BGH 26 S. 94 ff, NJW 1975 S. 1329 f; *H. Kunert* Zur Rückwirkung des milderen Steuerstrafgesetzes, NStZ 1982 S. 276 ff; *F. Loos* Anmerkung zu OLG Köln JR 1975 S. 247 f, aaO S. 248 ff; *F. Mattil* Zeit und materielles Strafrecht, GA 1965 S. 129 ff; *P. Mazurek* Zum Rückwirkungsgebot gemäß § 2 Abs. 3 StGB, JZ 1976 S. 233 ff; *H. Messmer* und *L. Bergschneider* Rückwirkende Anwendung der Entscheidung des BGH über die 1,3-Promille-Grenze? DAR 1967 S. 45 ff; *K. Meyer* Anmerkung zu BayObLG JR 1975 S. 68 f, aaO S. 69 ff; *J. Meyer-Ladewig* Der Satz „nulla poena sine lege" in dogmatischer Sicht, MDR 1962 S. 262 ff; *E. Mezger* Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze, ZStW 42 S. 348 ff; *K. Mohrbotter* Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze am Beispiel des § 250 StGB, ZStW 88 S. 923 ff; *ders.* Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Form und Stoff bei der Änderung strafrechtlicher Rechtssätze (§ 2 StGB), JZ 1977 S. 53 ff; *H. Müller-Dietz* Verfassungsbeschwerde und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht, Maurach-Festschrift S. 41 ff; *W. Naucke* Anmerkung zu OLG Karlsruhe NJW 1967 S. 2167 f, NJW 1968 S. 758 f; *ders.* Rückwirkende Senkung der Promillegrenze und Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG), NJW 1968 S. 2321 ff; *ders.* Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, 1975; *ders.* Die Mißachtung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots — 1933 bis 1945, Coing-Festschrift Bd. I S. 225 ff; *F. Nowakowski* Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen, v. Weber-Festschrift S. 98 ff; *H. Riese* Rückwirkende Senkung der Promillegrenze und Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG), NJW 1969 S. 547 f; *H.-J. Rudolphi* Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *H. Rüping* Blankettnormen als Zeitgesetze, NStZ 1984 S. 450 f; *H. Salger* Die Zerstörung des Vertrauens in eine gefestigte Rechtsprechung, Blutalkohol 1990 S. 1 ff; *E. Samson* Möglichkeiten einer legislatorischen Bewältigung der Parteispendenproblematik, wistra 1983 S. 235 ff; *W. Sarstedt* Beweisregeln im Strafprozeß, E. Hirsch-Festschrift S. 171 ff; *P. J. Schick* Zeitgesetze, JurBl. 1969 S. 639 ff; *H. Schäfer* Amnestie für versteckte Parteispenden durch Änderung des Steuerrechts? wistra 1983 S. 167 ff; *H.-L. Schreiber* Rückwirkungsverbot bei einer Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht? JZ 1973 S. 713 ff; *ders.* Parteispenden und Strafrecht, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 819 ff; *F.-C. Schroeder* Anmerkung zu BGH 24 S. 103 ff, JR 1971 S. 379 ff; *ders.* Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze, Bockelmann-Festschrift S. 785 ff; *H. Schröder* Anmerkung zu BGH JR 1966 S. 68, aaO S. 68 ff; *B. Schünemann* Nulla poena sine lege? 1978; *ders.* Kritische Bemerkungen zur These von der strafrechtlichen Rückwirkung des Parteifinanzierungsgesetzes 1984, in: *W. de Boor* u. a. Parteispendenproblematik, 1986, 119 ff; *U. Sommer* Das „mildeste Gesetz" im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB, 1979; *W. Straßburg* Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht, ZStW 82 S. 948 ff; *W. Stree* Deliktsfolgen und Grundgesetz. Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen, 1960; *K. Tiedemann* Zeitliche Grenzen des Strafrechts, Peters-Festschrift S. 193 ff; *ders.* Der Wechsel von Strafnormen und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, JZ 1975 S. 692 ff; *ders.* Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität Bd. I, 1976; *ders.* Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht, 1985; *ders.* Das Parteienfinanzierungsgesetz als strafrechtliche lex mitior, NJW 1986 S. 2475 ff; *ders.* Die Parteispenden-Entscheidung des BGH, NJW 1987 S. 1247 f; *L. Traeger* Die zeitliche Herrschaft des Strafgesetzes, VDAT Bd. VI S. 317 ff; *H. Tröndle* Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel? Dreher-Festschrift S. 117 ff; *G. Wenner* Anmerkung zu BayObLG MDR 1974 S. 685, MDR 1975 S. 161 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

A. Der Umfang der erforderlichen Geltung

48 1. Der Inhalt der zeitlichen Geltung erschöpft sich nicht im Rückwirkungsverbot. Vielmehr muß bei jeder Änderung der Gesetzeslage zwischen Tatzeit und Entscheidungszeit ermittelt werden, welches Gesetz auf die Tat anzuwenden ist, wobei das Verbot einer den Täter belastenden, rückwirkenden Anwendung nur einen — freilich wichtigen — Teilaspekt regelt[80]. Da der Grundsatz der Gesetzesbindung eine Objektivitätsgarantie bieten soll, muß das Gesetz bei der Tat *schon* gelten, und zwar mit zweifachem Inhalt: Das Gesetz muß das strafbare Verhalten und auch den Strafrahmen bestimmen.

49 2 a) Es ist nicht selbstverständlich, ob und in welchem Sinn das Gesetz bei der Entscheidung überhaupt *noch* gelten muß. Man kann — in rein materiellrechtlicher Betrachtung — die konkrete Strafe als eine mit der Tat verwirkte Rechtsfolge ansehen, die später in einem richterlichen Erkenntnisakt festgestellt wird (nicht geschaffen, mag auch der Richter bei dieser Feststellung einen Beurteilungsspielraum haben). Bei diesem Verständnis mag das Gesetz zur Entscheidungszeit nur noch in dem sehr abgeschwächten Sinn gelten, daß die von ihm in der Vergangenheit schon bewirkten Rechtsfolgen anzuerkennen sind. Die sehr abgeschwächte Geltung entspräche etwa derjenigen, die das Erbrecht des preußischen ALR heute noch insoweit hat, als die in der Zeit (und im Raum) der vollen Geltung dieses Gesetzes entstandenen Rechtspositionen weiterhin anerkannt werden.

Diese rein materiellrechtliche Betrachtung hätte den Vorzug, daß — beim Fehlen einer gegenteiligen Anordnung im Änderungsgesetz — alle Altfälle[81] gleich behandelt würden, scil. nach dem geänderten Gesetz, ob nun die Fälle bei der Gesetzesänderung schon entschieden sind oder nicht. Soweit das nicht paßt, mag der Gesetzgeber Sonderregeln schaffen. Aber trotz des genannten Vorzugs ist diese Betrachtung für das Strafrecht überwiegend nachteilig[82]; denn bei ihr wird nicht deutlich, daß es bei der Abfolge von Tat und Strafe nicht um eine eo ipso eintretende Sequenz geht, sondern daß dem expressiven Gehalt der Straftat der expressive Gehalt des Bestrafungs*akts* entspricht, vergleichbar mit Rede und Widerrede. Stellt man auf eine durch die Tat ausgelöste Strafverwirkungs-*Automatik* ab, so verkümmert dieser expressive Gehalt.

50 b) Deshalb muß das Gesetz zur Entscheidungszeit in einem strengeren Sinn gelten: Es reicht nicht hin, wenn noch anerkannt wird, daß die Strafdrohung in der Vergangenheit rechtens war, sondern es muß immer noch geboten sein, die Strafdrohung zu realisieren. Eine umfassende Geltung ist freilich nicht erforderlich; vielmehr mag dem Gesetz zur Entscheidungszeit die Kraft abgehen, auch noch die Strafbarkeit für Neufälle anzuordnen; die (Realisierung der) Strafdrohung bleibt dann auf Altfälle beschränkt. *Im Ergebnis muß also der alte Fall noch ein gegenwärtiger Konflikt sein.* Weniger als diese Fortgeltung der Strafdrohung für Altfälle reicht freilich aus formellrechtsstaatlichen Gründen nicht hin; denn es muß nach dem Grundsatz der Gesetzesbindung eben die Strafbarkeit zur Tatzeit sein (i. e. die schon zur Tatzeit geltende Strafdrohung), die im Urteil zur verhängten Strafe konkretisiert wird. Bei einer Änderung zwischen Tatzeit und Entscheidungszeit kann das Gesetz also nur angewendet werden, wenn und soweit seine Strafdrohung voll (gegebenenfalls voll in einer Verschärfung enthalten) oder in abgemilderter Stärke identisch bleibt. Bleiben nur Teile

80 *Schroeder* Bockelmann-Festschrift S. 785 ff.

81 Es geht um die schon geschehenen Fälle; der relevante Zeitpunkt richtet sich nach dem Kontext (Zeitpunkt einer Gesetzesänderung, eines Urteils).

82 Im Ergebnis ebenso *Tiedemann* Peters-Festschrift S. 193 ff, 196; *ders.* Milderung S. 14 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

identisch (etwa eine scharfe Strafdrohung wird gemildert), so sind auch nur diese Teile zur Entscheidungszeit anwendbar (es ist von der gemilderten Strafdrohung auszugehen). Was für die Bestimmung der Identität zählt, ist freilich der Gesetzes*inhalt*; die Gesetzes*formulierung* mag sich wandeln.

3. Die Änderung eines Gesetzes zwischen Tatzeit und Entscheidungszeit, also die **51** Schärfung oder Milderung oder Aufhebung der Strafdrohung für den ganzen Bereich einer Norm oder für einen Teil, kann unterschiedlich gedeutet werden (und ist nach geltendem Recht in der Regel nicht als eine — bislang behandelte — Änderung bei Fortbestand der alten Regelung für Altfälle zu verstehen). Folgende Varianten einer Gesetzesänderung[83] sind möglich:

a) Das Gesetz wird geändert, weil die alte Regelung für alle Fälle unangemessen ist. Dann gilt eine Milderung (Einschränkung des strafbaren Verhaltens oder Milderung der Strafdrohung) auch für Altfälle, weil zur Entscheidungszeit die Anwendung des strengeren Gesetzes nicht mehr angebracht ist. Die Begründung ist materiell-rechtsstaatlich: Vermeidung unnötiger Strafen. Eine Schärfung (Erweiterung des strafbaren Verhaltens oder Schärfung der Strafdrohung) kann nicht für Altfälle gelten, da die erhöhte Quantität dem Tatzeitgesetz abgeht, so daß die Identität des Gesetzes zur Tatzeit und desjenigen der Entscheidungszeit insoweit fehlt. Die Begründung ist formell-rechtsstaatlich: Rückwirkungsverbot.

b) Das Gesetz wird geändert, weil das alte Gesetz nur Neufälle unangemessen regelt. Dann gilt eine Schärfung schon wegen des Regelungszwecks (materiell) nicht für Altfälle; das Rückwirkungsverbot kommt (formell) ergänzend hinzu. Eine Milderung dürfte gleichfalls nicht für Altfälle gelten; das positive Recht erstreckt freilich die Milderung auf Altfälle, ausgenommen bei Zeitgesetzen; das ist der Sache nach eine — nur für Zeitgesetze widerlegbare — Vermutung, jede Milderung erfolge auch deshalb, weil sonst die Altfälle unangemessen geregelt wären.

4. Der geschilderten Lage hat das Gesetz in § 2 Abs. 1 StGB die verfehlte Formulie- **52** rung gegeben, es komme auf das zur Zeit der Tat geltende Gesetz an[84], so als beruhe die Strafe auf dem Tatzeitgesetz und könne nachfolgend allenfalls limitiert werden. Die Umkehrung ist richtig; denn das Tatzeitgesetz kann nicht festlegen, was zur Entscheidungszeit als Enttäuschung zu definieren ist. Deshalb muß zur Entscheidungszeit die Strafdrohung mindestens in dem Sinn gelten, daß das zugehörige Tatverhalten als Enttäuschung einer Erwartung zu definieren ist, die einer normativen Garantie bedarf, mag sich auch diese Definition auf Altfälle beschränken. Das Erfordernis der Identität zurück bis zum Tatzeitgesetz hat nur limitative Bedeutung. Dieses Verständnis entspricht im Ansatz einer neueren Ansicht, nach der es auf das Gesetz zur Entscheidungs-

---

83 Die verbreitete Annahme, bei einer Bewertungsänderung intendiere der Gesetzgeber Rückwirkung des neuen Gesetzes, bei einer „Tatsachen"-Änderung hingegen nicht (BGH 20 S. 178 ff, 182; E 1962 Begründung S. 107; *Bokkelmann* Niederschriften Bd. III S. 288 ff, 291 f; *Stratenwerth* AT Rdn. 82 u. a. m.) ist falsch. Stets geht es darum, wie der Gesetzgeber die Bestandsbedingungen von Staat und Gesellschaft und die zu stabilisierende Gesellschaftsgestalt versteht, wobei beides Wertungen voraussetzt. — Zu den Gründen für eine Gesetzesänderung siehe auch *Schick* JurBl. 1969 S. 639 ff; *Tiedemann* Peters-Festschrift S. 193 ff, 200 f; *Mattil* GA 1965 S. 129 ff, 136 f; *Schroeder* Bockelmann-Festschrift S. 785 ff, 789; *Frank* § 2 Anm. V 2 a und b; *Maurach-Zipf* AT I § 12 Rdn. 20 f; *LK-Tröndle* § 2 Rdn. 47.

84 Ebenso die überwiegende Ansicht, freilich mit der nur formell-rechtsstaatlichen Begründung durch das Rückwirkungsverbot; *Dürig* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 103 Rdn. 109; *LK-Tröndle* § 2 Rdn. 1; *SK-Rudolphi* § 2 Rdn. 1; *Mohrbotter* ZStW 88 S. 923 ff, 930 f. — Wie hier *KKOWiG-Rogall* § 4 Rdn. 3; teils ähnlich *Schönke-Schröder-Eser* § 2 Rdn. 2.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

zeit ankommt[85], wobei aber zu ergänzen ist, daß zur Entscheidungszeit eine allgemeine, scil. Altfälle und Neufälle umfassende Geltung gerade nicht erforderlich ist, und eine auf Neufälle beschränkte Geltung nicht hinreicht. — *Im Ergebnis bedarf es also einer zur Entscheidungszeit bestehenden Geltung für Altfälle. Aus formell-rechtsstaatlichen Gründen kommt hinzu, daß schon zur Tatzeit das strafbare Verhalten und der Strafrahmen gesetzlich bestimmt sein müssen.*

B. Die Ausgestaltung der zeitlichen Geltung und des Rückwirkungsverbots nach positivem Recht

1. Die Tatzeit

53 a) Die Tatzeit, zu der das Verhalten und die Strafdrohung schon gesetzlich bestimmt sein müssen, definiert § 8 StGB als Zeitpunkt des Verhaltens ohne Blick auf den Erfolgseintritt. Für Handlungen kommt es also auf den Zeitpunkt des Handlungsvollzugs an, und zwar ohne Blick auf die Akzessorietät von Mittäterschaft[86] und Teilnahme. Beispiel: Ist die Hingabe eines Werkzeugs an den Ausführenden das Tatverhalten, so kommt es einzig auf den Zeitpunkt des Gebeakts an, gleich ob die Hingabe Beihilfe oder (auch noch) konkludent erfolgende Anstiftung zur Haupttat ist oder ein mittäterschaftlicher Beitrag zur gemeinsamen Tat oder ob, bei mittelbarer Täterschaft, das Verhalten nicht akzessorisch bewertet wird. Irrelevant ist auch der Zeitpunkt der (vorgestellten) Vollendung (§ 8 Satz 2 StGB). Tritt also ein Gesetz erst in Kraft, nachdem einige Beteiligte ihre Beiträge schon restlos geleistet haben, so sind diese — wenn eine Unterlassungshaftung ausscheidet — selbst dann straffrei, wenn die anderen Beteiligten erst bei Geltung des Gesetzes ihre Beiträge leisten.

54 b) Bei Unterlassungsdelikten gilt der Zeitpunkt des Handeln-Müssens. Da die Handlungspflicht nur bei gegebener Handlungsfähigkeit besteht, kommt es nicht auf den ganzen Zeitraum an, in dem ein Nicht-Unterlassender rettend tätig geworden wäre, sondern nur auf den Zeitraum bestehender Fähigkeit zur Erfolgsabwendung, also auf den Zeitraum der realen Verweigerung vor den Anforderungen des Rechts. Beispiel: Unterläßt ein Chirurg pflichtwidrig eine lebensrettende Operation, die mehrere Stunden dauern würde, aber spätestens in wenigen Minuten begonnen werden müßte, so dauert der Verhaltenszeitraum vom Versuchsbeginn bis zum Ablauf der wenigen Minuten (Versuchsbeendigung), ohne Blick auf die hypothetische Operationsdauer. — Mit einer pflichtwidrigen Unterlassung, die einer Handlung nachfolgt, beginnt eine weitere Tatzeit, ohne daß es auf die Art der Konkurrenz von Handlung und Unterlassung ankäme.

2. Strafen und Nebenfolgen contra Maßregeln?

55 a) Nach § 2 Abs. 1 StGB gilt das Tatzeitgesetz für Strafen und Nebenfolgen. Strafen sind Freiheitsstrafe (§§ 38 f StGB) und Geldstrafe (§§ 40 ff StGB), Nebenstrafe ist das Fahrverbot (§ 44 StGB). Nebenfolgen sind nicht nur die in § 45 StGB genannten Reaktionen (Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts), sondern alle Reaktionen, die der Wiederherstellung der Lage vor der Tat dienen, wie etwa die Urteilsbekanntmachung nach § 200 StGB[87]. Für Verfall, Einziehung und Unbrauchbarmachung bestimmt dies § 2 Abs. 5 StGB nochmals ausdrücklich.

---

85 *Tiedemann* Peters-Festschrift S. 193 ff, 197; *ders.* Wirtschaftsstrafrecht Bd. I S. 160 ff, 163; *ders.* JZ 1975 S. 692 ff; *Sommer* Das „mildeste Gesetz" S. 60 ff.

86 Insoweit *a. A. LK-Tröndle* § 8 Rdn. 2; *Schönke-Schröder-Eser* § 8 Rdn. 3.

87 *Schönke-Schröder-Eser* § 2 Rdn. 4 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

b) Auch die zur Verhängung einer Maßregel der Besserung und Sicherung (§§ 61 ff StGB) vorausgesetzte rechtswidrige Tat muß als straftatbestandliche Tat (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) zur Tatzeit gesetzlich bestimmt sein[88]. In § 2 Abs. 6 StGB wird aber angeordnet, daß die Maßregel — vorbehaltlich einer anderen gesetzlichen Bestimmung — nicht schon im Tatzeitpunkt vorgesehen sein muß. Diese Regelung kann in rechtsstaatlicher Sicht nicht befriedigen; denn auch Maßregeln bedürfen einer Objektivitätsgarantie, wenn es sich um spezifisch strafrechtliche Reaktionen handelt, also um verwaltungsrechtlich nicht ersetzbare Maßregeln. Daß Maßregeln keine Strafen sind[89], besagt nichts über das Gewicht des Eingriffs und die Gefahr des Mißbrauchs[90], wie sich besonders deutlich bei Anstaltsunterbringungen und Sicherungsverwahrung zeigt. — Die Möglichkeit, eine andere (scil. auf die Tatzeit abstellende) gesetzliche Bestimmung zu treffen, hat das Gesetz für neu eingeführte Maßregeln in Art. 301 (sozialtherapeutische Anstalt), Art. 303 (Führungsaufsicht) und Art. 305 (Berufsverbot) EGStGB genutzt, so daß die Rückwirkungserlaubnis für Maßregeln derzeit praktisch irrelevant ist. **56**

3. Nur materielles Recht?

Der Grundsatz der Gesetzesbindung und mit ihm das Rückwirkungsverbot muß so weit reichen, wie eine Objektivitätsgarantie erforderlich ist. Das Verbot endet deshalb nicht vor dem Prozeßrecht (dazu schon oben 4/9 mit Nachweisen). Im Prozeßrecht kann — entsprechend dem Gefälle an gesetzlicher Bestimmtheit vom BT hinab zur Zurechnungslehre des AT — eine Rückwirkung um so eher akzeptiert werden, als sie alle Delikte betrifft und deshalb nicht oder nur schwer zu Manipulationen ausgenutzt werden kann. Prozessuale Sonderregeln für einzelne Delikte dürfen freilich nicht rückwirkend eingeführt werden. So dürfte eine Erweiterung der Katalogtaten bei Untersuchungshaft nach den §§ 112 Abs. 3 und 112 a Abs. 1 StPO nicht zurückwirken (anders die ganz überwiegende Ansicht). Es ist aber auch bei prozessualen Vorschriften, die nur einzelnen Delikten gelten, zulässig, eine Regelung durch ein funktionales Äquivalent zu ersetzen, etwa den Rechtszug zu variieren, wenn das letztlich entschei- **57**

---

88 E 1962 Begründung S. 108; *Stratenwerth* AT Rdn. 79; *Germann* SchwZStr. 73 (1958) S. 44 ff, 85 f.

89 So die begriffsjuristische Begründung des E 1962, Begründung S. 108; ebenso dürftig zu § 2 Abs. 4 StGB a. F. (da Art. 103 Abs. 2 GG nur die Strafbarkeit nennt, „muß hieraus geschlossen werden, daß der einfache Gesetzgeber hinsichtlich der Maßregeln freigestellt ist") BGH 24 S. 103 ff, 106 (zur Polizeiaufsicht; mit kritischer Anmerkung *Schroeder* JR 1971 S. 379 ff); BGH 5 S. 168 ff, 173 f (zur Entziehung der Fahrerlaubnis); siehe ferner BGH 16 S. 49 ff, 55 f; 19 S. 64 ff, 69. — In BT-Drucksache V/4095 S. 4 wird zutreffend darauf abgestellt, ob die Maßregel verwaltungsrechtlich ersetzbar ist (Rückwirkung) oder nicht (keine Rückwirkung), ohne daß aber eine entsprechende Gesetzesformulierung vorgeschlagen worden wäre.

90 Soweit der Grundsatz der Gesetzesbindung — verfehlt (oben 4/3) — mit dem Schuldprinzip verknüpft wird, ist es konsequent, ihn auf Maßregeln nicht zu erstrecken; so bei *Sax* Grundrechte Bd. III (2) S. 909 ff, 1000; *Dürig* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 103 Rdn. 117. — Die in der Umkehrung behauptete Verfassungswidrigkeit von § 2 Abs. 6 StGB (so eingehend *Diefenbach* Problematik des § 2 Abs. 4 StGB — gemeint ist § 2 Abs. 4 StGB a. F. — passim; *Jung* Wassermann-Festschrift S. 875 ff, 884 ff: wegen der Integration der „Maßregeln in ein repressives System der Verhaltenssteuerung") kann nur für diejenigen Fälle begründet werden, in denen die Maßregeln nicht als verwaltungsrechtliche Reaktionen rechtsstaatlich vertretbar durchgeführt werden können. — Hauptsächlich wie hier *Gallas* ZStW 80 S. 1 ff, 11; *Nowakowski* v. Weber-Festschrift S. 98 ff, 118 f; *Naucke* Tendenzen S. 27; *Baumann-Weber* AT § 6 IV 2; *SK-Rudolphi* § 2 Rdn. 18; *SK²-Schreiber* § 2 Rdn. 13; *Stratenwerth* AT Rdn. 79; *H. Mayer* Studienbuch § 7 I 2; *Maurach-Zipf* AT I § 12 Rdn. 18 f; *AK-Hassemer* § 2 Rdn. 60 f. — Siehe auch *H. Mayer* AT § 15 IV; *LK-Tröndle* § 2 Rdn. 53 ff; *Stree* Deliktsfolgen S. 33 ff; *Schönke-Schröder-Eser* § 2 Rdn. 43; *Krey* Studien S. 218 ff; *ders.* Blau-Festschrift S. 123 ff, 124 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

dende Gericht identisch bleibt (zumindest über § 121 Abs. 2 GVG) oder höherrangig ist[91].

4. Die Gesetzesänderung während der Tatzeit

58 a) Wird das Gesetz geändert, während die Tat begangen wird, so soll nach § 2 Abs. 2 StGB das bei Beendigung der Tat geltende Gesetz anzuwenden sein. Diese Regelung ist höchst mißverständlich formuliert und sachlich bedeutungslos:

59 b aa) Besteht die Gesetzesänderung darin, daß ein bestimmtes Verhalten erst während seines Vollzugs strafbar wird, so kann der Täter nur bestraft werden, wenn der nach der Änderung vollzogene Verhaltensteil noch ein komplettes Delikt ergibt. Das kann bei Einheit der Handlung im „natürlichen" Sinn (im Fall einer quantitativ gesteigerten Tatbestandsverwirklichung), bei juristischer Handlungseinheit, insbesondere bei Dauerdelikten und bei den Delikten mit quantitativ unbestimmtem Täterverhalten (unten 32/1 ff, 16 ff, 26 ff), der Fall sein, ferner und hauptsächlich, folgt man der üblichen Lehre, bei Fortsetzungszusammenhang (unten 32/38 ff). Beispiel: Wer zur Zeit des Inkrafttretens von § 326 Abs. 1 StGB unbefugt Gifte außerhalb einer zulässigen Anlage gelagert hatte, kann für das vom Geltungsbeginn an vollzogene Verhalten (Unterlassung) nach der genannten Vorschrift bestraft werden. Das vorangegangene Verhalten bleibt straffrei[92] und darf auch bei der Strafzumessung nur allgemein als Vorverhalten berücksichtigt werden. § 2 Abs. 2 StGB besagt insoweit also nur, daß teilbares Verhalten zu teilen ist. — Bei unteilbarem Verhalten, wenn also nur eine partielle Tatbestandsverwirklichung in die Zeit der Strafbarkeit fällt, bleibt der Täter ganz straffrei. Bei anderer Auslegung verstieße § 2 Abs. 2 StGB gegen das Rückwirkungsverbot und wäre verfassungswidrig. Beispiel: Würde der Gesetzgeber die Wegnahme von Computer-Software in bloßer Gebrauchsabsicht unter Strafe stellen, so bliebe straffrei, wer vor Geltungsbeginn der Vorschrift fremden Gewahrsam schon gebrochen hätte, auch wenn er neuen Gewahrsam nach Geltungsbeginn begründen würde; denn allein die neue Gewahrsamsbegründung in Gebrauchsabsicht wäre keine komplette Tatbestandsverwirklichung.

60 bb) Besteht die Gesetzesänderung in einer Milderung einschließlich völliger Aufhebung der Strafbarkeit, so ergibt sich die Rechtsfolge bei teilbaren wie bei unteilbaren Taten aus § 2 Abs. 3 StGB, bei Zeitgesetzen aus § 2 Abs. 4 StGB.

61 cc) Es bleibt die Strafschärfung. Erfolgt sie während einer unteilbaren Tat, so kommt sie für diese Tat nicht mehr in Betracht, weil sie sonst partiell zurückwirken würde. Beispiel: Tritt ein verschärfter Strafrahmen für Raub in Kraft, nachdem der Täter das Opfer niedergeschlagen, aber bevor er ihm die Beute weggenommen hat, so ist dieser Rahmen auf diese Tat — wenn Gewalt durch Unterlassen ausscheidet — nicht mehr anzuwenden[93]. Erfolgt die Schärfung während einer teilbaren Tat, so wird der Täter aus der strengeren Vorschrift verurteilt[94]; die strengere Vorschrift ist aber zur

91 Bei dem Verlust einer zweiten Tatsacheninstanz ist die Entscheidung zweifelhaft; aber was eine mildere Regelung ist, läßt sich hier nicht mehr ausmachen: Auch die Staatsanwaltschaft kann erfolgreich Berufung einlegen.

92 RG 62 S. 1 ff, 3 mit Nachweisen der vorgehenden Rechtsprechung; *Schönke-Schröder-Eser* § 2 Rdn. 15; *LK-Tröndle* § 2 Rdn. 28; ebenso E 1962 Begründung S. 106.

93 Das gilt auch für eine Qualifizierung, die nach (partieller) Verwirklichung des Grunddelikts, aber vor Verwirklichung des qualifizierenden Merkmals in Kraft tritt. Beispiel: Tritt eine Qualifizierung der Körperverletzung als „Körperverletzung mit Verlassen in hilfloser Lage" nach der Verletzung, aber vor dem Verlassen in Kraft, so ist sie nicht mehr anzuwenden, da das Verlassen sonst rückwirkend an den Grundtatbestand angebunden würde.

94 So schon die Rechtsprechung des Reichsgerichts; RG 43 S. 355 ff, 356; 56 S. 55 ff, 56; 62 S. 1 ff, 5; 68 S. 338 f; 74 S. 132 ff, 133 und andere Entscheidungen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Vermeidung einer Rückwirkung so anzuwenden, daß bei der Strafzumessung die mildere Bewertung des ersten Tatteils berücksichtigt wird[95]. — Die genaue Angabe des Verlaufs der Scheidelinie zwischen alter und neuer Norm durch Nennung auch der alten Norm und des von ihr erfaßten Tatteils im Urteil würde das Rückwirkungsverbot besser befolgen, als es bei der gegenwärtigen Regelung der Fall ist.

5. Das Zeitgesetz

62 a aa) Nach § 2 Abs. 4 StGB sind Gesetze, die nur für bestimmte Zeit gelten sollen, vorbehaltlich einer anderen gesetzlichen Bestimmung auch dann noch anzuwenden, wenn sie „außer Kraft getreten" sind. Freilich ist die Anwendbarkeit ein hinreichender Beweis dafür, daß die Gesetze nicht restlos „außer Kraft getreten" sind, vielmehr in dem oben bezeichneten und materiell einzig notwendigen und hinreichenden Sinn einer Anwendbarkeit auf Altfälle noch weitergelten. Was dem Zeitgesetz vom Endzeitpunkt an abgeht, ist einzig die Kraft, noch Neufälle zu regeln.

63 bb) Als Begründung für die Regelung des § 2 Abs. 4 StGB wird verbreitet angeführt, zeitgebundene Gesetze verlören ohne Fortgeltung für Altfälle gegen Ende ihrer Zeit an Autorität, da die kommende Straffreiheit absehbar werde[96]. Es ist jedoch nicht zu erkennen, was am Zerbröckeln der Autorität einer sowieso bald abgelebten Norm nachteilig sein soll. Dieser Grund trägt also nicht. Vielmehr erfolgt der weitere Vollzug der Strafdrohung beim Zeitgesetz nicht, weil die Norm sonst zur Zeit ihrer vollen Geltung nicht durchzusetzen wäre, sondern weil das vergangene Verhalten (der Altfall) auch zur Urteilszeit noch als Enttäuschung einer Erwartung definiert wird, die normativer Garantie bedarf. *Auch beim Zeitgesetz dient die Entscheidung der Erledigung eines gegenwärtigen Konflikts, nicht eines vergangenen*[96a]. Die einzige Besonderheit eines Zeitgesetzes ist, daß sich zur Entscheidungszeit eine Enttäuschung nicht mehr neu ereignen kann, weil sich „die Zeiten" gewandelt haben, mag dies besagen, daß das Ereignis nicht mehr vorkommt oder als neues Ereignis nicht mehr enttäuschend auffällt.

64 b aa) Bei materieller Betrachtung liegt ein Zeitgesetz immer dann vor, wenn ein Gesetz ausdrücklich oder aus systematischen Erwägungen Neufälle nicht erfaßt, aber für Altfälle die zutreffende Regelung bleibt[97]. Diese materielle Betrachtung ist aber mit § 2 Abs. 3 und 4 StGB nicht vereinbar, da Milderungen (einschließlich Strafaufhebungen) zurückwirken sollen (Abs. 3), wenn nicht das geänderte Gesetz „nur für bestimmte Zeit gelten" sollte (Abs. 4). Es reicht für ein Zeitgesetz also nicht hin, wenn sich die beinahe zu jeder Norm mögliche *allgemeine* Zeitgebundenheit aktualisiert, vielmehr ist Zeitgesetz nur ein in *besonderer* Weise an einen vorübergehenden Umstand gebundenes Gesetz. Beispiel: Würde Wohnraum am Markt im Überfluß verfügbar und deshalb § 302 a Abs. 1 Nr. 1 StGB aufgehoben, so wäre die Anwendung dieser Vorschrift auf Altfälle (scil. Fälle zur Zeit knappen Wohnraums) zwar angebracht, aber nach der gegenwärtigen Gesetzesformulierung mangels einer *besonderen* zeitlichen Bindung ausgeschlossen.

Die gesetzliche Definition des Zeitgesetzes bindet zugunsten des Täters. Soweit für den Täter freilich die Annahme eines Zeitgesetzes günstiger ist, kann eine Norm trotz

95 BGH StV 1984 S. 202; *LK-Tröndle* § 2 Rdn. 28; *Schönke-Schröder-Eser* § 2 Rdn. 14; *SK-Rudolphi* § 2 Rdn. 4; *Dreher-Tröndle* § 2 Rdn. 3; *a. A.* (für ein ehrengerichtliches Verfahren gegen Rechtsanwälte) BGH 29 S. 124 ff, 129.

96 BGH 6 S. 31 ff, 38; *LK-Tröndle* § 2 Rdn. 46; *Jescheck* AT § 15 IV 6; *Schönke-Schröder-Eser* § 2 Rdn. 36; dagegen kritisch *Tiedemann* Peters-Festschrift S. 193 ff, 198 f; — überhaupt kritisch zu Zeitgesetzen *Mezger* ZStW 42 S. 348 ff, 359 ff; *ders.* Strafrecht § 8 IV 2.

96a *A. A. AK-Hassemer* § 2 Rdn. 47.

97 Siehe *Stratenwerth* AT Rdn. 80.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Fehlens einer besonderen Bindung als Zeitgesetz interpretiert werden: Ihre Anwendung auf Neufälle kann unterbleiben.

65 bb) Die besondere zeitliche Bindung kann durch die kalendermäßige Angabe[97a] des Tags geschehen, an dem Alt- und Neufälle geschieden werden (an dem das Gesetz „außer Kraft" tritt), oder aber durch die Bezeichnung eines Ereignisses, dessen Eintritt mit der Scheidung verbunden ist, wobei der Tag noch unbestimmt sein mag (Ende eines Kriegs, erfolgreiche Bekämpfung einer Seuche etc.)[98]. Wenn verbreitet daneben noch Zeitgesetze im weiteren Sinne anerkannt werden, bei denen die Scheidelinie nicht benannt, sondern nur nach dem systematischen Zusammenhang der Vorschrift zu ermitteln ist[99], so läßt sich das bei einer Anwendung zu Lasten des Täters mit dem Grundsatz der Gesetzesbindung nicht vereinbaren.

Ein Zeitgesetz gilt stets für *alle* Altfälle, gleich wann es seine besondere Terminierung erhalten hat (ob schon bei seinem Erlaß oder erst kurz vor seinem Außerkrafttreten), es sei denn, die Terminierung nenne auch einen Anfangszeitpunkt (dann folgt auf ein nicht terminiertes Gesetz vom genannten Zeitpunkt an ein Zeitgesetz); denn eine Tat, die zur Geltungszeit eines nicht terminierten Gesetzes begangen wird, wird nicht dadurch strenger behandelt, daß später eine Terminierung dieses Gesetzes erfolgt[99a].

66 c) Schwierigkeiten bereitet die Behandlung von Blankettgesetzen, wenn die ausfüllenden Normen geändert werden. Sind die ausfüllenden Normen terminiert, und zwar auch für Altfälle, so wird über diese terminierten Normen das Blankettgesetz zum Zeitgesetz[99b]. Liegt kein Zeitgesetz vor, so heißt das freilich nicht, jede begünstigende Änderung der ausfüllenden Normen wirke wegen § 2 Abs. 3 StGB zurück. Vielmehr bleibt die Rückwirkung aus, wenn das Blankett nicht an die ausfüllende Norm selbst,

---

[97a] Eine solche Angabe führt nicht zwingend zur Annahme eines Zeitgesetzes: Läuft nicht nur die Geltungszeit eines Gesetzes (für Neufälle) ab, sondern verliert es auch für Altfälle seine Legitimation, so kann die Terminierung *zugunsten* des Täters als ex ante erfolgte Festlegung eines schlichten Außerkrafttretens interpretiert werden.

[98] Ebenso wohl *Tiedemann* Peters-Festschrift S. 193 ff, 202, der ausdrückliche, aber wohl nicht nur kalendermäßige Bindung verlangt; *ders.* Milderungen S. 31; *Rüping* NStZ 1984 S. 450 f, 451. — Der Gesetzgeber wollte einen weiter gefaßten Begriff des Zeitgesetzes (siehe *Göhler* NJW 1974 S. 825 ff, 831; *LK-Tröndle* § 2 Rdn. 47), hat dies aber in der Formulierung nicht hinreichend ausgedrückt.

[99] BGH NJW 1952 S. 72 f; BGH 6 S. 31 ff, 39; 18 S. 13 ff, 14; 20 S. 178 ff, 182 f; OLG Karlsruhe NJW 1968 S. 1581 f, 1582; *Schönke-Schröder-Eser* § 2 Rdn. 36; *LK-Tröndle* § 2 Rdn. 45; überwiegende Ansicht.

[99a] *A. A.* wohl *Flämig* Steuerrecht S. 85 f; aber mit dieser Ansicht läßt sich nicht mehr erklären, daß eine mittlerweile geänderte steuerrechtliche Regelung noch für frühere Veranlagungszeiträume anwendbar bleiben kann.

[99b] Deshalb ist die Steuerhinterziehung (§ 370 AO) Zeitgesetz, *wenn* bei einer Änderung von Steuersätzen, Freigrenzen etc. das alte Limit für Fälle im alten Veranlagungszeitraum gültig bleibt. Konsequenz: Eine Milderung der Steuerlast wirkt nicht auf Fälle im alten Veranlagungszeitraum; *Franzen-Gast-Samson* § 369 Rdn. 25; *Bergmann* NJW 1986 S. 232 ff; *Schünemann* in: Parteispendenproblematik S. 119 ff, 124; BGH NJW 1987 S. 1274 ff, 1276 mit ablehnender Besprechung *Tiedemann* aaO S. 1247 f; LG Bochum NJW 1985 S. 1968 ff; AG Düsseldorf NJW 1985 S. 1971; *a. A. Tiedemann* Milderung S. 30 ff; *ders.* NJW 1986 S. 2475 ff, 2477, der die steuerliche Rechtslage von der strafrechtlichen trennen will; *Flämig* Steuerrecht S. 71 ff, 110 ff; *Dannecker* in: Parteispendenproblematik S. 91 ff; *Schreiber* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 819 ff, 828. — Freilich geht es nicht schon allein deshalb um Zeitgesetze, weil Steuergesetze dem jeweiligen Finanzbedarf der öffentlichen Hand folgen. Jedes taugliche Gesetz folgt irgendwelchen Bedürfnissen der Zeit. Der Gesetzgeber erzeugt aber ein Zeitgesetz, indem er das Steuergesetz terminiert; dies kann auch dadurch geschehen, daß er mit dem Anwendungsbeginn eines neuen Gesetzes die Weitergeltung des alten Gesetzes für Altfälle bestimmt, wie es zum Beispiel im § 52 Absatz 17a EStG (Abzugsfähigkeit von Parteispenden) geschehen ist. — Eine Bibliographie zur Parteispendenproblematik findet sich in: *W. de Boor* (Hrsg.) Parteispendenproblematik, 1986 S. 185 bis 201. — Siehe auch unten 4/Fn. 106.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

sondern an deren Regelungseffekt anknüpft (eingehend unten 4/72 zum milderen Gesetz), wie z. B. die Eigentumsdelikte nicht an die §§ 929 ff BGB anknüpfen, sondern an das als Effekt dieser Vorschriften entstandene Eigentum. Die Bestandskraft der Anknüpfung an den Regelungseffekt über eine Gesetzesänderung hinweg ist nicht die Wirkung eines Zeitgesetzes, sondern einer (oben 4/49 schon bezeichneten) Weitergeltung der alten Norm in einem sehr abgeschwächten Sinn.

67 d) Zwischen einer Befristung der Geltungsdauer eines Gesetzes und seiner tatbestandlichen Beschränkung auf einen bestimmten Zeitraum muß unterschieden werden[100]: Nur im letzteren Fall wird die Befristung Gegenstand des Unrechts und damit auch von Vorsatz und Fahrlässigkeit, im ersteren Fall gelten die Regeln des Verbotsirrtums (§ 17 StGB). Beispiel: Beim Angriff gegen Organe und Vertreter ausländischer Staaten (§ 102 StGB) erfolgt eine Strafbarkeit nur, wenn sich die Person zur Zeit des Angriffs in amtlicher Eigenschaft im Inland aufhält. Darauf muß sich der Vorsatz beziehen (zweifelhaft; das Inlandsmoment läßt sich wie die Verbürgung der Gegenseitigkeit auch als nur-objektive Bedingung deuten). Wäre das Gesetz Zeitgesetz für den Zeitraum des Aufenthalts, so wäre die irrige Annahme des Zeitendes Verbotsirrtum (etwa der Irrtum, der amtliche Aufenthalt sei in einen Privaturlaub übergegangen). — Eine Norm mit zeitgebundener nur-objektiver *Tatbestands*bedingung (etwa §§ 102 ff, 104 a StGB, siehe unten 10/3) ist von einem Zeitgesetz dadurch unterschieden, daß sie außerhalb der Zeit immerhin Unrecht, wenn auch kein straftatbestandliches Unrecht festlegt und daß der Eintritt des relevanten zeitlichen Ereignisses überhaupt irrtumsresistent, also nicht einmal nach § 17 StGB zu berücksichtigen ist. Eine Norm mit zeitgebundener nur-objektiver *Unrechts*bedingung (siehe unten 10/2) gibt es im positiven Recht nicht; sie wäre — bis auf den Fall des Irrtums über den Eintritt des relevanten zeitlichen Ereignisses — mit einem Zeitgesetz äquivalent.

C. Das mildeste Gesetz

1. Die Bestimmung der kontinuierlichen Geltung

68 a) Wenn das Gesetz der Tatzeit mit dem Gesetz der Entscheidungszeit nicht voll identisch ist und kein Zeitgesetz vorliegt, ist „das mildeste Gesetz anzuwenden" (§ 2 Abs. 3 StGB). Bei einer nachträglichen Verschärfung, die an sich Altfälle umfaßt, fehlt es an der vollen quantitativen Identität des Tatzeitgesetzes (Rückwirkungsverbot). Bei einer nachträglichen Milderung einschließlich einer Aufhebung wird — von Zeitgesetzen abgesehen — unwiderleglich vermutet, daß sie Altfälle umfaßt; deshalb ist zur Entscheidungszeit eine strafrechtliche Reaktion nur noch reduziert (Milderung) oder überhaupt nicht mehr (Strafaufhebung) erforderlich (siehe schon oben 4/51). Das gilt auch bei Milderungen und Aufhebungen nach der Tat, die zur Entscheidungszeit schon wieder revidiert sind (sogenannte *Zwischengesetze*); denn dem Täter soll die günstigste Beurteilung gewährt werden, die zu seiner Tat rechtens ist oder war[100a].

---

100 *A. A. Mezger* Strafrecht § 8 IV 2; *Frank* § 2 Anm. V 2 a: „Frage der Technik ohne sachlichen Unterschied".

100a *A. A.* BVerfG NStZ 1990 S. 238 f unter einseitigem Abstellen auf Voraussehbarkeit. — Nie rechtens waren Gesetze, die mittlerweile durch das BVerfG für ex tunc nichtig erklärt wurden (zum Parteienfinanzierungsgesetz, bei dem es freilich aus mehreren Gründen — siehe oben 4/66, unten 4/72 — überhaupt nicht um die Problematik eines Zwischengesetzes geht, im Ergebnis *a. A. Dingeldey* NStZ 1985 S. 337 ff, 340 mit Ausnahmen; *Ulsenheimer* NJW 1985 S. 1229, 1234). Solche Gesetze sind nur für Fälle bestandskräftig, die vor der Nichtigkeitserklärung zugunsten eines Täters abgeschlossen wurden (§ 79 Abs. 2 BVerfGG). Dabei ist der Verfahrensabschluß ein *formelles* Kriterium. Die Gegenansicht will daraus fehlerhaft eine *materielle* Gleichheit folgern (zudem in Gestalt der materiell-rechtsstaatlich nicht existenzfähigen Gleichheit im materiellen *Un*recht).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

69 b) Entscheidungszeit ist jede Zeit, in der über die Rechtslage befunden werden kann, also auch noch die Zeit der Entscheidung im Revisionsverfahren (siehe § 354 a StPO); freilich muß die Verletzung materiellen Rechts gerügt worden sein, wenn die Milderung materiellen Rechts noch berücksichtigt werden soll[101]. Ist diese Zeit verstrichen, kann eine materiellrechtliche Gesetzesänderung die Entscheidung noch beeinflussen, wenn (zufällig!) eine mit der Verletzung formellen Rechts begründete Revision erfolgreich ist. Ansonsten kann eine Entscheidung nur im Gnadenweg geändert werden. Hierbei ist die Gnadeninstanz nicht an die Vermutung des § 2 Abs. 3 StGB gebunden, die Anwendung milderer Gesetze oder gar einer Strafbarkeitsaufhebung auf Altfälle sei stets angebracht.

70 c) Das Gesetz, das als mildestes Gesetz angewendet werden soll, ist nicht nur die Bestimmung des Deliktstyps nach dem BT, sondern die gesamte Rechtslage. Bei *Blankettgesetzen* wirkt nicht jede Änderung der ausfüllenden Normen zurück[102]. Vielmehr ist zu differenzieren:

71 aa) Sichert das Blankettgesetz nur den *Gehorsam* gegenüber der ausfüllenden Norm, so wirkt die Aufhebung der ausfüllenden Norm so zurück, wie auch sonst die Aufhebung eines Verbots zurückwirkt. Beispiel: Wird eine Geschwindigkeitsbeschränkung nach der StVO ersatzlos aufgehoben, so sind Altfälle von Geschwindigkeitsüberschreitungen nicht mehr strafbar[103]. Diese Lösung kann allerdings unangemessen sein, wenn das Gesetz durch die Aufhebung keinen größeren Verhaltensspielraum, sondern nur einen anders zugeschnittenen Verhaltensspielraum erlauben will, als bisher erlaubt war, etwa indem es eine Geschwindigkeitsbeschränkung aufhebt, aber zugleich bislang nicht erforderliche Sicherungsmaßnahmen vorschreibt. In diesen Fällen kann die alte ausfüllende Norm vor ihrer Aufhebung zur Vermeidung von Rückwirkung gesetzlich zum Zeitgesetz umformuliert werden; wegen des Grundsatzes der Gesetzesbindung bleibt aber auch nur dieser Weg.

72 bb) Sichert das Blankettgesetz aber den *Regelungseffekt,* den die ausfüllende Norm erzielt, so wird durch die Aufhebung der ausfüllenden Norm die weitere Erzeugung dieser Regelungseffekte ausgeschlossen, ohne daß jedoch die alten Effekte dadurch hinfällig würden. Beispiele: Ändert der Gesetzgeber die Vorfahrt rechts vor links in eine solche links vor rechts, so berührt das nicht das Vorfahrtsrecht (den Regelungseffekt), das der von rechts Kommende seinerzeit hatte. — Vortäuschen einer Straftat (§ 145 d StGB) wird nicht milder, wenn die Norm, deren Übertretung vorgetäuscht wurde, außer Kraft gesetzt wird, Verdächtigung (§ 164 StGB) nicht durch Aufhebung der Verfolgbarkeit für den Verdächtigungsgegenstand, Strafvereitelung nicht durch Aufhebung der Verfolgbarkeit für die vom Destinatär der Vereitelung begangene Tat; denn diese Gesetze knüpfen an den Regelungseffekt der Bezugsnormen an (das Vorliegen von Unrecht zur Zeit der Tat), nicht aber an die Normen selbst[104]. — Entsprechendes gilt bei der Fälschung von Geld, das vor der Entscheidung außer Kraft gesetzt

---

101 BGH 26 S. 94; *a. A.* (Inhalt der Rüge unbeachtlich) *Küper* NJW 1975 S. 1329 f. — Siehe ferner BayObLG JZ 1961 S. 389 f; *Hardwig* JZ 1961 S. 364 ff.

102 Die Rechtsprechung verneinte zunächst jede Rückwirkung (RG 49 S. 411 ff, 413; BGH 7 S. 294 ff, 295 f), entscheidet nunmehr aber danach, ob die ausfüllende Norm Zeitgesetz ist, wobei sie freilich auch hier den Begriff im weiten Sinn versteht: BGH 20 S. 178 ff, 180 ff.

103 BGH 6 S. 31 ff, 36 ff, 40.

104 Anders bei § 257 StGB, wenn nicht nur die Rechtspflege als Schutzgut angesehen wird (im Ergebnis ebenso BGH 14 S. 156 ff). — Hauptsächlich wie hier *Schönke-Schröder-Eser* § 2 Rdn. 26 f; *LK-Tröndle* § 2 Rdn. 6; (mit Abweichungen zu den §§ 257 ff StGB:) *SK-Rudolphi* § 2 Rdn. 8 a ff. — *A. A.* (im Grundsatz Milderung) *Tiedemann* Milderung S. 21; *Mazurek* JZ 1976 S. 233 ff, 235 f mit willkürlichen Ausnahmen S. 237 f; für Rückwirkung einer „günstigeren Gestaltung der gesamten Rechtslage", nicht

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

wird[105]: Das Fälschungsverbot knüpft an den zur Zeit der Tat bestehenden Regelungseffekt „Zahlungsmittel" an. — Bei Eigentumsdelikten folgt die Bestimmung der Fremdheit einer Sache dem Zivilrecht der Tatzeit; ebenso richtet sich bei Steuerdelikten die Strafbarkeit nach der Steuerschuld, so wie sie zur Tatzeit besteht oder entsteht[106].

d) Bei einer *Variation des Unrechtstatbestands* oder sonstiger Bestrafungsvoraussetzungen durch eine Gesetzesänderung muß unterschieden werden, ob das Gesetz für den konkreten Fall in den Bestrafungsvoraussetzungen identisch geblieben ist[107], mag auch in der Strafdrohung oder durch ein Antragserfordernis etc. eine Schärfung oder Milderung eingetreten sein, oder ob mangels Identität des Gesetzes für den konkreten Fall die Tat überhaupt straffrei geworden ist. **73**

aa) *Die Erweiterung der Strafbarkeit:* Das Gesetz bleibt identisch, wenn die Strafbarkeit nur erweitert wird, also mindestens eine der bisherigen Bestrafungsvoraussetzungen generalisiert oder eine Strafbarkeitsausnahme spezialisiert wird. Freilich ist bei der Bestimmung des mildesten Gesetzes zu beachten, daß sich durch die Erweiterung das relative Gewicht des konkreten Falls verschiebt[108]. Beispiel: Erweitert das Gesetz die Verführung (§ 182 StGB) durch Anhebung des Schutzalters von „unter sechzehn Jahren" bis zu „unter achtzehn Jahren", so wird die Verführung einer Fünfzehnjährigen vom bislang — unter dem Aspekt des Alters — mildesten Fall zu einem Fall gehobener Quantität. Bei gleichem Strafrahmen wäre also das alte Gesetz milder. **74**

---

hingegen bei bloßer Ersetzung einer Regelung durch eine andere *AK-Hassemer* § 2 Rdn. 38. — *A. A.* speziell zu § 164 StGB BayObLG JR 1975 S. 68 f (dagegen *Meyer* JR 1975 S. 69 ff; *Wenner* MDR 1975 S. 161 f); zu § 145 d StGB siehe OLG Düsseldorf NJW 1969 S. 1679 f. — Siehe ferner *Mohrbotter* ZStW 88 S. 923 ff, 956 ff.

105 *Mezger* ZStW 42 S. 348 ff, 375; insoweit überwiegende Ansicht.

106 Im Ergebnis ebenso BGH 20 S. 178 ff, 181; *Franzen-Gast-Samson* § 369 AO Rdn. 25; *Samson* wistra 1983 S. 235 ff, 237 ff; *Franzheim* NStZ 1982 S. 137 ff, 138; *Schäfer* wistra 1983 S. 167 ff, 169; *Bergmann* NJW 1986 S. 233 ff; *a. A. Kunert* NStZ 1982 S. 276 ff; *Rüping* NStZ 1984 S. 450 f; *Tiedemann* Milderung S. 18 ff, 29; *ders.* NJW 1986 S. 2475 ff. *Tiedemann* wendet zum Regelungseffekt der Fremdheit bei Eigentumsdelikten ein, wenn der Gesetzgeber „das Eigentum gänzlich abschafft oder die Eigentumsordnung wesentlich ändert", sei „nicht recht ersichtlich", weshalb keine Rückwirkung stattfinden soll (Milderung S. 20); aus diesem Einwand folgt freilich nur, daß revolutionäre Änderungen und Kontinuität unverträglich sind, bei Eigentumsdelikten wie anderswo. Für die weniger einschneidenden Veränderungen verkennt *Tiedemann* den Zusammenhang zwischen dem Anknüpfungspunkt des Blanketts und dem Inhalt des tatbestandlichen Unrechts: Würde das Strafrecht bei Blankettgesetzen immer nur auf „außerstrafrechtliche Normen" verweisen, so gehörten nur stets deren Voraussetzungen zum Unrecht; der Regelungseffekt hätte keine Stellung im objektiven Tatbestand und wäre deshalb auch kein Vorsatzgegenstand. Eine solche Lösung wäre mit zahlreichen Tatbeständen offenbar unverträglich (bei Eigentumsdelikten gehört die *Fremdheit* der Sache zum Tatbestand, bei der Steuerhinterziehung die Verkürzung von *Steuern*, also der jeweilige Regelungseffekt). — Siehe auch oben zum Zeitgesetz 4/66 und unten zum subjektiven Tatbestand 8/47, 48 ff).

107 *KKOWiG-Rogall* § 4 Rdn. 26; zu eng *Sommer* Das „mildeste Gesetz" S. 169, 192: Identität nur, wenn „beide Gesetze tatsächlich an dieselben Merkmale des Sachverhalts anknüpfen" (inkonsequent dazu die Berücksichtigung des „typischen Gesamtgeschehensablaufs" oder der „typischen Beschreibung" S. 191 f und passim). — Jede Norm regelt ein Bündel von Sachverhalten. Die gebündelten Sachverhalte bleiben unberührt, wenn das Gesetz weitere Sachverhalte hinzugibt (generalisiert, also an weniger Merkmale anknüpft) und die gebündelt bleibenden Sachverhalte berührt es auch nicht, wenn das Gesetz einzelne ausklammert (spezialisiert, also an mehr Merkmale anknüpft). — Zu weit *Loos* JR 1975 S. 248 ff, 249, der auf den identischen „unmittelbaren Regelungseffekt" abstellt (ebenso OLG *Köln* NJW 1974 S. 1830 f; KG NJW 1976 S. 813 f, zu §§ 180 StGB a. F., 180 a Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB n. F.). Daß ein Verhalten zur Tatzeit wie zur Entscheidungszeit überhaupt normwidrig ist, garantiert nicht die Identität von Unrecht und Schuld, wie ja auch sonst bei Einheitlichkeit des Verhaltens (bei Idealkonkurrenz) unterschiedliche Unrechts- und Schuldgehalte zusammentreffen können.

108 *Sommer* Das „mildeste Gesetz" S. 81 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

75 bb) *Der Austausch strafbarkeitskonstitutiver Merkmale:* Das Gesetz bleibt nicht identisch, wenn auch nur eine der Bestrafungsvoraussetzungen durch eine neue Voraussetzung ersetzt wird. Geschieht der Austausch bei qualifizierenden Merkmalen, kann noch aus dem Grunddelikt bestraft werden; bei einem Austausch von Merkmalen des Grunddelikts wird die Strafbarkeit ganz aufgehoben. Ein Merkmal ist gegenüber dem bisherigen Merkmal neu, wenn es weder Gattungsbegriff (Strafbarkeitserweiterung, oben 4/74) noch Artbegriff (Strafbarkeitsbeschränkung, unten 4/76) zum alten Merkmal ist; denn fehlt es an beidem, dann umfaßt die neue Regelung nicht die alte (kein Gattungsbegriff) und setzt auch nicht einen Teil der alten Regelung fort (kein Artbegriff). Beispiele: Erweitert das Gesetz das Angriffsobjekt der Körperverletzung (§ 223 StGB) auf den menschlichen Embryo oder das Angriffsobjekt der Beleidigung (§ 185 StGB) auf juristische Personen, so bleibt das Gesetz, was Taten gegen Menschen angeht, identisch; denn die neue Bestimmung (menschliches Lebewesen überhaupt, Person überhaupt) ist Gattungsbegriff zur alten (Mensch von der Geburt an, natürliche Person). — Verengt das Gesetz den Schwangerschaftsabbruch (§ 218 Abs. 1 StGB) durch Beschränkung des Angriffsobjekts auf den menschlichen Embryo vom 6. Monat an, bleibt das Gesetz, was Taten gegen den mindestens 6 Monate alten Embryo angeht, gleichfalls identisch; denn das Merkmal nach neuem Recht ist Artbegriff zum Merkmal nach altem Recht. — Ersetzt aber das Gesetz bei der unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels (§ 284 StGB) den Begriff des Glücksspiels durch die Angabe, es müsse sich um ein Spiel handeln, bei dem in einem Durchlauf mehr als eintausend DM verloren werden können, so ist das Gesetz nicht mehr identisch, auch nicht für diejenigen Fälle, in denen ein Glücksspiel im Sinn der alten Bestimmung dieser neuen Spezifizierung genügt; denn das neue Merkmal ist weder Gattungsbegriff (bei Glücksspielen kann es um kleinere Beträge gehen) noch Artbegriff (auch bei Geschicklichkeitsspielen kann der Betrag verloren werden) zum alten Begriff.

Demgegenüber soll es nach der Rechtsprechung und einer verbreiteten Lehre zur Bestrafung hinreichen, wenn das Täterverhalten die Merkmale des alten wie des neuen Gesetzes verwirklicht, auch wenn dies durch jeweils unterschiedliche Teile des Verhaltens geschieht, sofern nur der Unrechtstyp gleich bleibt[109]. Bei dieser Lösung können Bestrafungsvoraussetzungen ausgetauscht werden: Weder ist das alte Gesetz notwendig eine genauere Bestimmung des neuen, noch umgekehrt. Beispiel [110]: Wird Straßenraub (§ 250 Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F.) gegen Raub mit Waffen (§ 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB n. F.) ausgetauscht, kann nach dieser Ansicht ein Straßenraub, der mit Waffen stattfindet, nach der Gesetzesänderung aus der neuen Qualifizierung bestraft werden, wenn man den Austausch nicht als Wechsel des Unrechtstyps definieren muß[111]. Diese Lösung verstößt gegen den Grundsatz der Gesetzesbindung, da bei ihr keine Identität von Tatzeitgesetz und Entscheidungszeitgesetz (scil. der *Qualifizierung* des Raubs) besteht: Die zur Entscheidungszeit maßgeblichen Tatmerkmale sind zur Tatzeit nicht, auch nicht in genereller Form, benannt; dieser Mangel kann durch eine vage Wertung (Kontinuität des Unrechtstyps) nicht geheilt werden.

---

109 BGH GS 26 S. 168 ff, 172 ff; BGH GA 1978 S. 147 f; BGH JZ 1979 S. 75 ff, 77; *Mohrbotter* ZStW 88 S. 923 ff; *Tiedemann* Peters-Festschrift S. 193 ff, 202 ff; *ders.* JZ 1975 S. 692 ff; *Mazurek* JZ 1976 S. 233 ff, 234; *Schönke-Schröder-Eser* § 2 Rdn. 24; *LK-Tröndle* § 2 Rdn. 29; *Maurach-Zipf* AT I § 12 Rdn. 16; *SK*[2]*-Schreiber* § 2 Rdn. 10 a.

110 BGH GS 26 S. 168 ff, 173 f.

111 Der BGH aaO S. 173 hat die „Kontinuität des Unrechtstyps" bejaht; das wird — zutreffend — auch von Verfechtern dieses Lösungsansatzes kritisiert; der BGH hält das Grunddelikt für den Unrechtskern, statt bei der Qualifikation auf den Unrechtskern des qualifizierenden Merkmals abzustellen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

cc) *Die Beschränkung der Strafbarkeit:* Das Gesetz bleibt identisch, wenn sein An- **76**
wendungsbereich nur beschränkt wird. Da die beschränkenden Merkmale im Gesetz der Tatzeit nicht spezifiziert sind, wird teils angenommen, sie seien zur Tatzeit auch nicht bestimmt; die nachträgliche Benennung habe also zur Folge, daß an bisher irrelevante Tatteile angeknüpft, also die Identität zwischen den Gesetzen der Tatzeit und der Urteilszeit unterbrochen werde und Altfälle somit straffrei seien[112]. Dabei wird verkannt, daß die alte Norm diejenigen Merkmale, die eine Verengung spezifizieren, auch benennt, nur zusammen mit jeder möglichen anderen Spezies, eben generell. Beispiel: Bei der Bestimmung eines Angriffsobjekts durch den Begriff der Sache sind die öffentlichen Sachen oder die fremden Sachen oder die Sachen, die einen bestimmten Wert haben, nicht etwa unbestimmt, sondern sie sind nur nicht spezifiziert, d. h. sie sind alle miteinander zusammen bestimmt. Die Gegenansicht führt zu der zumindest befremdlichen Lösung, daß eine Gesetzesänderung, die etwa den Diebstahl auf Objekte von mindestens einhundert DM Wert beschränkt, auch diejenigen Alttaten straffrei stellt, bei denen Millionen gestohlen wurden. — Freilich ist der Gegenansicht einzuräumen, daß es Zufall (also kein tauglicher Zurechnungsgrund) sein kann, ob der Täter bei einer zur Tatzeit generell beschriebenen Tat Spezifikationen erkennt, die nach dem Gesetz der Tatzeit zur Zurechnung nichts beitragen, aber nach dem Gesetz der Entscheidungszeit erforderlich sind. Beispiel: Ob der Diebstahl einer Sache eine juristische oder eine natürliche Person schädigt, mag der Täter nach geltendem Recht wissen, ohne daß dieses Wissen die Rechtsfolge beeinflußt; es ist also zufällig; würde das Gesetz die Opfer entsprechend differenzieren, wäre die Grenze tatbestandskonstitutiv und ginge deshalb auch in den Vorsatz ein. Zu Zufallsergebnissen kommt es immer, wenn die Gesetzesbeschränkung einen anderen Regelungszweck verfolgt als das beschränkte Gesetz; die Identität der Gesetze bleibt dann nur-formal. Um auch eine materielle Identität zu garantieren, muß die Beschränkung eines Gesetzes deshalb an Differenzierungen anknüpfen, die auch nach der alten Norm sinnvolle Grenzen ergeben. Das ist immer dann der Fall, wenn Spezifizierungen genannt werden, die im Rahmen der alten Norm legitime Strafzumessungserwägungen sind. Etwa eine Wertgrenze beim Diebstahl ließe deshalb die materielle Identität unangetastet, nicht aber die Abgrenzung nach Investitions- oder Verbrauchsgütern.

2. Die Bestimmung der mildesten Variante

a) Bleibt die Strafbarkeit bei einer Gesetzesänderung erhalten, so muß das bei der **77**
Anwendung auf den konkreten Fall mildeste Gesetz bestimmt werden, genauer: Das Gesetz der Entscheidungszeit muß zurückgeschnitten werden, soweit es strenger ist als das Gesetz der Tatzeit oder ein eventuelles Zwischengesetz[112a]. Das mildeste Gesetz wird nicht nach der allgemeinen gesetzlichen Wertung, sondern nach der Auswirkung auf den Täter bei der konkreten Tat bestimmt, und zwar bei Beteiligung für jeden Beteiligten gesondert. Bei Realkonkurrenz ist jede Einzelstrafe als mildeste Strafe zu bilden.

b) Nach einer verbreiteten Ansicht sind die Gewichte der Tatfolgen des alten Gesetzes kumuliert denjenigen des geänderten Gesetzes gegenüberzustellen, nicht getrennt nach den einzelnen strafrechtlichen Reaktionen (Alternativität der Gesetze)[113]. Da- **78**

---

112 *SK-Rudolphi* § 2 Rdn. 10; *Schroeder* Bockelmann-Festschrift S. 785 ff, 796; *Schünemann* Nulla poena S. 26 f; siehe auch *AK-Hassemer* § 2 Rdn. 32.

112a *Tiedemann* Milderung S. 17.

113 BGH 20 S. 22 ff, 30 (mit Nachweisen der gleichsinnigen Rechtsprechung des Reichsgerichts); 24 S. 94 ff, 97; BGH NJW 1965 S. 1723 f; BGH bei *Holtz* MDR 1983 S. 619 ff, 623; OLG Karlsruhe NJW 1970 S. 2072 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

nach kann im Ergebnis nur das alte oder das geänderte Gesetz milder sein, nicht aber bezogen auf eine Folge das alte, auf eine andere das geänderte. Diese Lösung kann nicht durchgehalten werden; jedenfalls bei den in § 2 Abs. 5 StGB genannten Reaktionen muß eine Einzelbestimmung erfolgen[114]: Das Rückwirkungsverbot von § 2 Abs. 5 StGB ist mit dem Gebot, insoweit das neue Gesetz bis zum Umfang der alten Regelung zurückzuschneiden, voll identisch, durchbricht also die Alternativität. Die auf Alternativität abstellende Lösung wird auch dem Grundsatz der Gesetzesbindung nicht gerecht, und zwar zum einen nicht, wenn das Gesetz der Entscheidungszeit in der Hauptsache milder ist, aber zudem zwingende Reaktionen kennt, die das Gesetz der Tatzeit nicht vorsieht. Zum anderen verstößt die kritisierte Lösung gegen den Grundsatz der Gesetzesbindung, wenn die Strafberechnung nach dem Gesetz der Entscheidungszeit den Täter zwar im Ergebnis schon entlastet, bei einzelnen Berechnungsschritten aber in einem Maß belastet, das nach dem Gesetz der Tatzeit zu hoch ist. Beispiel: Kennt das Gesetz der Entscheidungszeit die Erhöhung der Mindeststrafe bei Rückfall (§ 48 StGB) nicht mehr, hat es aber die bislang nicht limitierte Mindeststrafe für das betreffende Delikt auf 3 Monate angehoben, so ist das Gesetz im Ergebnis milder, wenn nach alter Rechtslage 7, nach neuer 4 Monate verwirkt sind; das Ergebnis kommt jedoch durch eine zur Tatzeit nicht vorliegende gesetzliche Belastung des Täters (scil. die neue Mindeststrafe) zustande. Diese Belastung ist ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gesetzesbindung. — Zur Vermeidung dieser Verstöße hat die Bestimmung des mildesten Gesetzes für jede Reaktionsart und für jeden Schritt der Bestimmung getrennt zu erfolgen, so daß je nach der strafrechtlichen Reaktion oder nach dem anstehenden Berechnungsschritt unterschiedliche Gesetze als jeweils mildere Gesetze anzuwenden sein können[115]. Im Beispielsfall wäre im Rahmen der Strafdrohung des Tatzeitgesetzes (insoweit größere Milde des alten Gesetzes), aber ohne Berücksichtigung des Rückfalls (insoweit größere Milde des neuen Gesetzes) zuzumessen.

79 c) Das Gewicht verschiedener Reaktionen wird objektiv bestimmt[116]. Geldstrafe ist milder als eine ebenso lange Freiheitsstrafe. Wäre nach einem Gesetz eine kürzere Freiheitsstrafe verwirkt als das andere Gesetz als Laufzeit der Geldstrafe festlegt, ist die Strafzumessung in eine Bestimmung der Strafdauer und eine Bestimmung der Strafart zu zerlegen und das jeweils mildere Gesetz anzuwenden[117]. — Freiheitsstrafe ist schwerer als Strafarrest nach § 9 WStG, Jugendstrafe schwerer als Jugendarrest. Geldbuße nach dem OWiG rangiert nach Geldstrafe.

D. Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungsänderung?

80 1. Würde jedes Gericht an die Maximen jeder seiner früheren Entscheidungen und jeder Entscheidung der ihm vorgehenden Gerichte gebunden, so käme das dem Verbot an die Justiz gleich, aus ihren Fehlern zu lernen. Freilich kann allein aus der Notwendigkeit, Änderungen der Rechtsprechung zuzulassen, nicht auf die Zulässigkeit ge-

114 Dies einräumend, ansonsten für Alternativität *Maurach-Zipf* AT I § 12 Rdn. 14; *LK-Tröndle* § 2 Rdn. 40 in Verbindung mit 51; *SK-Rudolphi* § 2 Rdn. 12.

115 *Schröder* JR 1966 S. 68 ff; *Schönke-Schröder-Eser* § 2 Rdn. 34; *Sommer* Das „mildeste Gesetz" S. 85 ff, 92 ff; *AK-Hassemer* § 2 Rdn. 45.

116 Einzelheiten mit Nachweisen bei *LK-Tröndle* § 2 Rdn. 38; *Sommer* Das „mildeste Gesetz" S. 110 ff, 114.

117 *A. A.* die überwiegende Ansicht, wonach jede Geldstrafe milder sein soll als jede Freiheitsstrafe; RG 2 S. 205 ff; 42 S. 427 ff, 430; 51 S. 327 ff; 57 S. 121 ff, 122; 57 S. 193 ff, 198; 59 S. 91 ff, 98; 65 S. 229 ff, 230; BayObLG MDR 1972 S. 884; *LK-Tröndle* § 2 Rdn. 38; *SK-Rudolphi* § 2 Rdn. 12.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

schlossen werden, jede Änderung jederzeit durchzusetzen. Bei gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung kann die Lage eintreten, daß die Entscheidungsmaximen gesetzliche Regelungen vertreten (etwa im Straßenverkehrsrecht), und deshalb wird vorgeschlagen, diese Maximen mit einer Objektivitätsgarantie durch ein Rückwirkungsverbot auszustatten[118]. Wenn demgegenüber vorgebracht wird, der richterliche Erkenntnisakt sei notwendig retrospektiv und auf einen Einzelfall bezogen[119], so wird diese Charakterisierung der Aufgabe der Rechtsprechung nicht gerecht, einen Fall systematisch, d. h. axiologisch passend zu allen anderen möglichen, auch für die Zukunft erwarteten Fällen zu beurteilen.

2. Trotz der möglichen Wirkungsgleichheit von höchstrichterlicher Rechtsprechung und Gesetz trifft die Rechtsprechung jedoch kein Rückwirkungsverbot[120]; denn der Wirkungsgleichheit entspricht keine Funktionsgleichheit. Die Rechtsprechung hat die Aufgabe, ihre Entscheidungen aus dem Gesetz zu begründen. Die bestehenden Bindungen, scil. Gesetzesbindung und Begründungszwang, werden verwässert, wenn ein Rückwirkungsverbot hinzukommt. Denn neben einer Bindung, bei der die (wörtlich) selbstherrlichen Akte des Gesetzgebers erträglich werden, verlören die Bindungen der Rechtsprechung (scil. Gesetzesbindung und Begründungszwang) an Gewicht; mit anderen Worten, eine Judikative, die wie ein Gesetzgeber gebunden wäre, würde auch judizieren, als gebe sie Gesetze. **81**

Soweit das Rückwirkungsverbot für die Rechtsprechung auf Vertrauensschutz gestützt wird, ist bislang nicht ausgemacht, ob die Vorteile des Schutzes nicht durch die Nachteile der erhöhten Immobilität der Rechtsprechung kompensiert werden. Auch wenn das Vertrauen faktisch bestehen sollte, kann es doch rechtlich unerwünscht sein, weil es die Judikative überfordert.

3. Nach geltendem Prozeßrecht ist ein Rückwirkungsverbot zudem nicht durchführbar[121]. Es sollte auch de lege ferenda nicht durchführbar gemacht werden. Vielmehr liegt die Lösung für diejenigen Regelungsbereiche, in denen ein Bedürfnis nach einem Rückwirkungsverbot besteht, weil die Rechtsprechung den Gesetzgeber vertritt, in einer intensiveren *gesetzlichen* Regelung, insbesondere im Straßenverkehrsrecht[122]. **82**

---

118 *Dürig* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 103 Rdn. 112 mit Fn. 2 f; *Schreiber* JZ 1973 S. 713 ff; *Müller-Dietz* Maurach-Festschrift S. 41 ff; *Mattil* GA 1965 S. 129 ff, 140; *Kohlmann* Begriff des Staatsgeheimnisses S. 271 ff; *Gross* GA 1971 S. 13 ff, 18; *Straßburg* ZStW 82 S. 948 ff, 964; *Grunsky* Grenzen S. 14 ff; *SK²-Schreiber* § 1 Rdn. 6; *Baumann-Weber* AT § 12 I 2 a; *Schönke-Schröder-Eser* § 2 Rdn. 9; *AK-Hassemer* § 1 Rdn. 50 ff. — Speziell gegen die Erlaubnis einer rückwirkenden Senkung der Promillegrenze als Indiz für Fahruntüchtigkeit *Naucke* NJW 1968 S. 758 f; *ders.* NJW 1968 S. 2321 ff; *Messmer* und *Bergschneider* DAR 1967 S. 45 ff; siehe auch OLG Düsseldorf NJW 1973 S. 1054. — Weitere Nachweise bei *LK-Tröndle* § 2 Rdn. 17 Fn. 34 ff.

119 *Schünemann* Nulla poena S. 28; *Tröndle* Dreher-Festschrift S. 117 ff, 133 f u. a. m.

120 Im Ergebnis ebenso *Tröndle* Dreher-Festschrift S. 117 ff, 135 f; *Stree* Deliktsfolgen S. 80 ff; *Meyer-Ladewig* MDR 1962 S. 262 ff; *Schünemann* Nulla poena S. 27 f; *Bockelmann-Volk* AT § 4 C II 4; *Jescheck* AT § 15 IV 3 mit Fn. 34; *Schmidhäuser* AT 5/39; *LK-Tröndle* § 2 Rdn. 17 ff; *SK-Rudolphi* § 1 Rdn. 8; siehe auch *Stratenwerth* AT Rdn. 97; *Krey* Keine Strafe Rdn. 112 f; *KKOWiG-Rogall* § 1 Rdn. 48 ff. — Speziell für die Erlaubnis der Rückwirkung bei der Senkung der Promillegrenze durch BGH 21 S. 157 ff siehe OLG Karlsruhe NJW 1967 S. 2167 f; KG NJW 1967 S. 1766; OLG Frankfurt NJW 1969 S. 1634 ff; *Sarstedt* E. Hirsch-Festschrift S. 171 ff, 184; *Haffke* Blutalkohol 1972 S. 32 ff; *Riese* NJW 1969 S. 549 f; *Händel* NJW 1967 S. 537 f. Zur erneuten Senkung durch BGH StV 1990 S. 353 ff siehe schon *Salger* Blutalkohol 1990 S. 1 ff, 6 ff.

121 Dazu mit Nachweisen *Tröndle* Dreher-Festschrift S. 117 ff, 124 ff; *LK-Tröndle* § 2 Rdn. 22; auch *Schreiber* JZ 1973 S. 713 ff, 716 f.

122 Das gilt zum einen für die üblich gewordene Präzisierung der StVO durch Leitsätze der Obergerichte. Das gilt aber auch für den Ausgangsfall der neueren Diskussion, scil. für die Senkung der Promillegrenze als zwingendes Indiz für die

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Im übrigen schützt die Regelung des Verbotsirrtums in § 17 StGB vor einer Überforderung des Täters bei einem Wechsel der Rechtsprechung[123]; das gilt bei der hier vorgenommenen Normativierung der Vermeidbarkeit (unten 19/30) insbesondere auch für Fälle gefestigter, aber in ihrer Berechtigung zweifelhafter Rechtsprechung (also bei verbleibendem bedingten Unrechtsbewußtsein).

5. ABSCHNITT
Die räumliche und personelle Geltung

Literatur

F. Becker Anmerkung zu LG Ravensburg, NStZ 1984 S. 459, NStZ 1985 S. 269 f; *E.-W. Böckenförde* Die Teilung Deutschlands und die deutsche Staatsangehörigkeit, Epirrhosis (Festgabe für Carl Schmitt) S. 423 ff; *K. Cornils* Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht, 1978; *H. Dichgans* Zur Rechtsnatur des mitteldeutschen Regimes, NJW 1966 S. 2255 ff; *W. Gallas* Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 S. 1 ff; *L. Gardocki* Über den Begriff des internationalen Strafrechts, ZStW 98 S. 703 ff; *K. Geppert* Zum Geltungsbereich des § 170b StGB bei Unterhaltsverletzungen zum Nachteil von DDR-Bürgern, JR 1988 S. 221 ff; *K. H. Gössel* Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal, Oehler-Festschrift S. 97 ff; *G. Grünwald* Ist der Schußwaffengebrauch an der Zonengrenze strafbar? JZ 1966 S. 633 ff; *ders.* Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, 1971; *H. Johannes* Zur Angleichung des Straf- und Strafprozeßrechts in der EWG, ZStW 83 S. 531 ff; *H. Jung* Die Inlandsteilnahme an ausländischer strafloser Haupttat, JZ 1979 S. 325 ff; *N. Kilian* Strafbarkeit der Denunziation eines Fluchtunternehmens, NJW 1983 S. 2305 f; *E. Klein* DDR-Staatsbürgerschafterwerb und deutsche Staatsangehörigkeit, NJW 1983 S. 2289 ff; *J. Kohler* Internationales Strafrecht, 1917; *V. Krey* Zum innerdeutschen Strafanwendungsrecht de lege lata und de lege ferenda, 1969; *ders.* Anwendung des „internationalen Strafrechts" im Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zur DDR, JR 1980 S. 45 ff; *ders.* Deutsch-deutsche Kollisionen im Strafrecht, in: *G. Zieger* u. a. (Hrsg.) Die strafrechtliche Entwicklung in Deutschland, 1988, S. 199 ff; *ders.* und *N. Arenz* Schutz von DDR-Bürgern durch das Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland, JR 1985 S. 399 ff; *W. Kunz* Zum Geltungsbereich des § 170b StGB, NJW 1987 S. 881 f; *K. Lenzen* Das Mitführen von Waffen durch ausländische Sicherheitsbeamte in deutschen Luftfahrzeugen, JR 1983 S. 181 ff; *ders.* Anmerkung zu KG JR 1985 S. 516, aaO S. 516 f; *G. Liebelt* Zum deutschen internationalen Strafrecht . . ., 1978; *ders.* Anmerkung zu OLG Karlsruhe NStZ 1985 S. 317, NStZ 1989 S. 182 f; *R. Linke* Grenzen der Strafgerichtsbarkeit, ÖJZ 1984 S. 487 ff; *H. Lüttger* Bemerkungen zur Methodik und Dogmatik des Strafschutzes für nichtdeutsche öffentliche Rechtsgüter, Jescheck-Festschrift S. 121 ff; *H. v. Mangoldt* Anmerkung zu BVerwG JZ 1983 S. 539 ff, aaO S. 543 ff; *J. Martin* Strafbarkeitgrenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen, 1986; *H. Mayer* Völkerrecht und internationales Strafrecht, JZ 1952 S. 609 ff; *F. Nowakowski* Anwendung des inländischen Strafrechts und außerstrafrechtliche Rechtssätze, JZ 1971 S. 633 ff; *D. Oehler* Internationales Strafrecht, 2. Auflage 1983; *ders.* Theorie des Strafanwendungsrechts, Grützner-Geburtstagsgabe S. 110 ff; *ders.* Die Ausbildung von Frankreichs Internationalem Strafrecht in der Neuzeit, Engisch-Festschrift S. 289 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JZ 1968 S. 189 ff, aaO S. 191 ff; *ders.* Anmerkung zu OLG Karlsruhe JR 1978 S. 379 ff, aaO S. 381 ff;

Fahruntüchtigkeit nach § 316 StGB. Wenn die Promillegrenze ein zwingendes Indiz für die Fahruntüchtigkeit ist und sich zur Verhaltenslenkung besser eignet, als der Begriff der Fahruntüchtigkeit selbst, sollte der Gesetzgeber sie im Gesetz auch nennen. Soll die Promillegrenze nicht notwendiger Vorsatzgegenstand werden, mag der Gesetzgeber sie *alternativ* zur materiellen Fahruntüchtigkeit anführen (siehe dazu, daß die Promillegrenze bei der gegenwärtigen Fassung von § 316 StGB kein Tatbestandsmerkmal ist, *Sarstedt* E. Hirsch-Festschrift S. 171 ff, 184 f; *Eckert* NJW 1968 S. 1390 f; *Horn* Blutalkoholgehalt S. 54 und passim).

123 *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 98 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

ders. Zur Rückwirkung des Begriffs des Deutschen im geltenden deutschen Internationalen Strafrecht, Bockelmann-Festschrift S. 771 ff; *ders.* Die internationalstrafrechtlichen Bestimmungen des künftigen Umweltstrafrechts, GA 1980 S. 241 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 29 S. 85 ff, JR 1980 S. 381 ff; *ders.* Strafrechtlicher Schutz ausländischer Rechtsgüter, insbesondere bei Urkunden, in der Bundesrepublik Deutschland, JR 1980 S. 485 ff; *ders.* Anmerkung zu BayObLG JR 1982 S. 159 f, aaO S. 160; *ders.* Anmerkung zu BGH 32 S. 293 ff, JZ 1984 S. 948 ff; *ders.* Neuer Wandel in den Bestimmungen über den strafrechtlichen Geltungsbereich in den völkerrechtlichen Verträgen, Carstens-Festschrift S. 435 ff; *H. Roggemann* Grenzübertritt und Strafanwendung zwischen beiden deutschen Staaten, ZRP 1976 S. 243 ff; *E. Roßwog* Das Problem der Vereinbarkeit des aktiven und passiven Personalgrundsatzes mit dem Völkerrecht, 1965; *C. F. Rüther* und *Th. Vogler* Besprechung von BGH 34 S. 334 ff, JR 1988 S. 136 ff; *H.-J. Sack* Das Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität, NJW 1980 S. 1424 ff; *W. Sax* Zur Frage der Notwehr bei Widerstandsleistung gegen Akte sowjetzonaler Strafjustiz, JZ 1959 S. 385 ff; *F.-C. Schroeder* Der „räumliche Geltungsbereich" der Strafgesetze, GA 1968 S. 353 ff; *ders.* Zur Strafbarkeit der Fluchthilfe, JZ 1974 S. 113 ff; *ders.* Anmerkung zu LG Berlin JZ 1976 S. 98 f und KG JZ 1976 S. 99 f, aaO S. 100 f; *ders.* Notwehr bei Flucht aus der DDR, NJW 1978 S. 2577 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 30 S. 1 ff, NStZ 1981 S. 179 ff; *ders.* Urkundenfälschung mit Auslandsberührung, NJW 1990 S. 1406 f; *H. Schröder* Teilnahme im internationalen Strafrecht, ZStW 61 S. 57 ff; *ders.* Grundlagen und Grenzen des Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht, JZ 1968 S. 241 ff; *H. J. Schroth* Differenzierung zwischen Inland und räumlichem Geltungsbereich des Strafrechts? NJW 1981 S. 500 f; *D. Sternberg-Lieben* Internationaler Musikdiebstahl und deutsches Strafanwendungsrecht, NJW 1985 S. 2121 ff; *Th. Vogler* Der Fall Kappler in internationalstrafrechtlicher Sicht, NJW 1977 S. 1866 f; *ders.* Geltungsanspruch und Geltungsbereich der Strafgesetze, Grützner-Geburtstagsgabe S. 149 ff; *ders.* Die Ahndung im Ausland begangener Verkehrsdelikte nach dem Entwurf eines Gesetzes über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, DAR 1982 S. 73 ff; *H. v. Weber* Interlokales Strafrecht, Kohlrausch-Festschrift S. 120 ff; *ders.* Das passive Personalitätsprinzip, in: *E. Wolff* (Hrsg.) Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London, 1950, S. 894 ff; *W. Wengler* Anmerkung zu BGH 30 S. 1 ff, JR 1981 S. 206 ff; *W. Woesner* Deutsch-deutsche Strafrechtskonflikte, ZRP 1976 S. 248 ff; *W. Zieher* Das sogenannte internationale Strafrecht nach der Reform, 1977.

I. Die Prinzipien und die dogmatische Stellung

A. Die Prinzipien der Geltung

1. Der Gesetzeswortlaut nach dem Besonderen Teil

a) Der BT beschreibt das zu bestrafende Verhalten überwiegend ohne Bezug auf die **1**
Belegenheit der Tat, die Staatsangehörigkeit des Täters und die staatliche Zuordnung des Betroffenen. Der Ausländer, der im Ausland einen Ausländer verletzt, tötet, nötigt, beleidigt, betrügt etc., wäre allein nach dem Wortlaut der entsprechenden Vorschriften des BT nach deutschem Strafrecht strafbar. Diese weite Geltung der Vorschriften des BT wird durch die §§ 3 ff StGB, die Normen des sogenannten *internationalen Strafrechts*[1], verengt.

Freilich sind teils schon die Vorschriften des BT nach ihrem Wortlaut spezieller oder werden durch Interpretation spezialisiert, und zwar bei den Delikten, die den Staat unmittelbar, d. h. nicht nur über die Güter der Bürger vermittelt, betreffen oder die vor staatlicher Bedrückung schützen, sowie bei nur ordnenden Vorschriften ohne Eigenwert der garantierten Ordnung (z. B. Straßenverkehrsvorschriften).

---

1 Zum Begriff: *Gardocki* ZStW 98 S. 703 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Beispiele zum Ort: Zahlreiche Staatsschutzdelikte stellen aus außenpolitischen Rücksichten auf einen Erfolg oder eine Tätigkeit im räumlichen Geltungsbereich des StGB ab (§§ 84 ff, 91 StGB); — Repräsentanten ausländischer Staaten erhalten im Inland besonderen Schutz (§§ 102 ff StGB); — Bannkreisverletzung (§ 106 a StGB) kann praktisch täterschaftlich nur in der Bundesrepublik begangen werden; — Verschleppung (§ 234 a StGB) setzt einen Erfolg außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des StGB voraus.

Beispiele zum Täter: Friedensgefährdende Beziehungen (§ 100 StGB) setzen die Tat eines Deutschen voraus (Treubruch); — Umkehrung: Das Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG rechtfertigt nur Deutsche. — Die Täter von Amtsdelikten müssen zwar nicht, werden aber praktisch je nach Tätergruppe ausschließlich (Richter, siehe § 9 Nr. 1 DRiG) oder überwiegend Deutsche sein, jedenfalls müssen sie in einem Amtsverhältnis nach *deutschem* Recht stehen (§ 11 Abs. 1 Nr. 2, 3 StGB[1a]).

Beispiele zum Betroffenen: Bei den Staatsschutzdelikten schützt der Staat — mangels der Möglichkeit einer einigermaßen generellen Bewertung der Schutzwürdigkeit anderer Staaten — ausdrücklich nur seinen eigenen Bestand, den seiner Organe, den Vollzug für ihn selbst vorzunehmender Amtshandlungen etc. (siehe §§ 84 ff StGB[1b], Ausnahmen in den §§ 102 ff StGB; siehe auch § 113 Abs. 1 sowie §§ 331 ff StGB, jeweils i. V. m. § 11 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 StGB). Soweit internationale Verflechtungen eine Ausdehnung des Schutzes auf fremde Staaten notwendig machen, ist eine Erweiterung des Tatbestands erforderlich, wie das für einige Vorschriften zum Schutz der Truppen der Nato-Vertragsstaaten geschehen ist[1c].

2 b aa) Die Legalordnung läßt folgende Maxime erkennen: Delikte gegen Güter, deren Schutzwürdigkeit nicht von Eigentümlichkeiten eines fremden Staates abhängt, werden generell ausformuliert, Delikte zum Schutz des Staats und der Eigentümlichkeiten seiner Ordnung werden spezialisiert[2]. — Folglich sind auch Gefangenenbefreiung (§ 120 StGB)[3], Vortäuschen einer Straftat (§ 145 d StGB)[4], uneidliche Falschaussage und Meineid (§§ 153 ff StGB) sowie Strafvereitelung (§ 258 StGB) so zu interpretieren, daß sie nur die inländische Rechtspflege schützen[5]; Steuerhinterziehung (§ 370 AO) ist aus entsprechenden Gründen ein Delikt nur gegen innerstaatliche Finanzinter-

---

1a Zu Nr. 4 siehe *LK-Tröndle* § 11 Rdn. 61.

1b Zu § 99 StGB („geheimdienstliche Tätigkeit gegen die Bundesrepublik Deutschland") siehe BGH 29 S. 325 ff.

1c Art. 7 des 4. StrÄndG vom 11. 6. 1957, BGBl. I S. 597, in der Fassung des Art. 147 EGStGB; zur Auswirkung auf § 99 StGB siehe BGH NJW 1984 S. 2769 ff.

2 Siehe im einzelnen den Katalog bei *LK-Tröndle* Rdn. 25 ff vor § 3; zum Streitstand eingehend und kritisch *Lüttger* Jescheck-Festschrift S. 121 ff, 131 ff, 145 ff, der die Anwendung deutschen Strafrechts zum Schutz nichtdeutscher öffentlicher Rechtsgüter in der Hauptsache auf Fälle *ausdrücklichen* Auslandsbezugs beschränken will (§§ 102 ff, 132 a Abs. 1 Nr. 1, 4, §§ 152, 184 Abs. 1 Nr. 9, § 264 Abs. 6 StGB u. a. m.); dem ist zu folgen; freilich hindert dies nicht die Bestrafung ohne ausdrücklichen Auslandsbezug bei tatbestandsmäßiger (§ 9 Abs. 1 StGB) Inlandswirkung (siehe das Beispiel zu Fn. 7). — Zu § 304 StGB siehe zutreffend *Schroeder* JZ 1976 S. 100 f gegen LG Berlin und KG JZ 1976 S. 98 ff; — zu § 123 StGB beim Eindringen in eine (in Deutschland gelegene) ausländische Botschaft siehe OLG Köln StV 1982 S. 471 f; — eingehend zu Urkundsdelikten *Schroeder* NJW 1990 S. 1406 f; — zur Verletzung von Urheberrechten siehe *Sternberg-Lieben* NJW 1985 S. 2121 ff, 2124 f; — zu zahlreichen Vorschriften *Gössel* Oehler-Festschrift S. 97 ff, 104 ff.

3 Hierzu *Vogler* NJW 1977 S. 1866.

4 OLG Düsseldorf JZ 1982 S. 340.

5 Für die §§ 153 ff StGB streitig; wie hier *SK-Rudolphi* Rdn. 4 vor § 153; *Schröder* JZ 1968 S. 244; *LK-Tröndle* Rdn. 28 vor § 3. — Zur Erweiterung der §§ 153 ff StGB auf internationale Organisationen siehe *Vogler* Grützner-Geburtstagsgabe S. 149 ff, 153; *Jescheck* AT § 18 III 8 mit Fn. 70.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

essen[6]. — Ausländische Reisepässe sind auch im Inland geschützte Urkunden, da auf ihren Inhalt allgemein vertraut wird[7], wobei geschützter Rechtsverkehr auch die zwischenstaatlichen Vereinbarungen entsprechende Ausweiskontrolle durch DDR-Beamte war[8]. — Die Pflicht, zum Schutz von Gläubigern Handelsbücher zu führen (§ 283b StGB i. V. m. den blankettausfüllenden Normen des Handelsrechts), besteht generell[8a]. — Werden kriminelle oder terroristische Vereinigungen als Mißbrauch der Organisationsfreiheit verstanden, muß die Vereinigung nach den §§ 129, 129 a StGB im räumlichen Geltungsbereich des Grundgesetzes bestehen[9]. — Die Anwendbarkeit von § 170b StGB hat zwei Voraussetzungen: (1) Es muß sich um eine Unterhaltspflicht nach deutschem Zivilrecht handeln oder, wenn sie aus fremdem Recht begründet wird, um eine Pflicht, wie sie nach deutschem Zivilrecht auch bestünde; denn fremdrechtsbegründete Unterhaltsansprüche können nicht per se den Schutz deutschen *Straf*rechts erhalten. (2) Zudem muß die Nichtzahlung die Gefahr der Inanspruchnahme deutscher Sozialbehörden vergrößert haben[10].

bb) Umstritten ist die Interpretation der Straßenverkehrsdelikte (im Ergebnis irrele- **3**
vant für Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr, § 5 OWiG). Die Normen dienen dem Schutz von Gütern, deren Schutzwürdigkeit von der staatlichen Ordnung unabhängig ist; für die Art, in der dieser Schutz erreicht werden soll, gibt es aber mehrere äquivalente Lösungen (Rechtsverkehr/Linksverkehr etc.), so daß die Strafvorschriften, mögen sie auch im Einzelfall auf die Verkehrsregeln in einem anderen Land passen, immer nur im Blick auf eine bestimmte Verkehrsregelung (unter mehreren möglichen) geschaffen worden sind. Deshalb sind die Strafvorschriften, die auf ein bestimmtes Verkehrsverhalten abstellen, restriktiv zu interpretieren, wenn nicht das Verhalten in jeglichem Verkehr die gleiche Bedeutung hat (wie es wohl bei den §§ 142, 315c, 316 StGB der Fall ist)[11]. — Die allgemeinen Vorschriften zum Individualschutz (insbesondere die §§ 222, 230 StGB) sind sowieso generell zu interpretieren, auch im Bereich des Straßenverkehrs.

cc) Aus einer generellen Ausformulierung von Normen folgt nicht, daß sich die **4**
Bestimmung der Zugehörigkeit des Guts sowie das Verbot des Angriffs etc. nur nach deutschem Recht zu richten hätten; denn soweit das Strafrecht Blankettcharakter hat, ist mit seiner Generalität nicht auch ausgemacht, daß die Ausfüllung des Blanketts durch Normen deutschen Rechts erfolgen müsse. Insbesondere in zivil- oder verwaltungsrechtlichen Vorfragen können ausländische Rechtsordnungen entscheiden (für die Fremdheit einer im Ausland belegenen Sache, für Aneignungs- und Pfandrechte, für das Bestehen einer privaten oder öffentlich-rechtlichen Forderung, für Buchführungspflichten bei Konkursstraftaten[11a] etc.)[12].

6 BayObLG NJW 1980 S. 1057 f; — was die §§ 267 ff StGB angeht, wird in der Entscheidung verkannt, daß der Aussteller eines schlichten Datumsstempels nicht erkennbar ist und es deshalb an der Urkundsqualität mangelt.

7 KG JR 1980 S. 516 ff; *Oehler* JR 1980 S. 485 ff.

8 KG JR 1981 S. 37 f.

8a OLG Karlsruhe NStZ 1985 S. 317, zweifelhaft.

9 Streitig; BGH 30 S. 328 ff mit Nachweisen.

10 Sehr streitig; im Ansatz wie hier *Oehler* JR 1978 S. 381 ff; *ders.* JR 1980 S. 485 ff; BGH 29 S. 85 ff (dagegen *Kunz* NJW 1987 S. 881 f) mit Nachweisen der vor dieser Entscheidung unterschiedlichen Rechtsprechung der Oberlandesgerichte; BayObLG NJW 1982 S. 1243 (zur subsidiären Haftung der Sozialbehörden); LG Ravensburg NStZ 1984 S. 450 mit ablehnender Anmerkung *Becker* NStZ 1985 S. 269 f (keine Anwendbarkeit bei Berechtigten in der DDR). — Neuerdings wird stärker auf den Schutz des Anspruchsberechtigten abgestellt: KG JR 1985 S. 516 mit zustimmender Anmerkung *Lenzen* aaO S. 516 f; BayObLG JR 1988 S. 261 ff; *Geppert* JR 1988 S. 221 ff; *Krey* in: Entwicklung S. 199 ff, 234 ff, jeweils mit eingehenden Nachweisen.

11 Sehr streitig; BGH 21 S. 277; OLG Karlsruhe NJW 1985 S. 2905; *LK-Tröndle* Rdn. 38 vor § 3; *a. A. Oehler* JZ 1968 S. 191 ff. — Zur lex ferenda bei Verkehrsdelikten siehe *Vogler* DAR 1982 S. 73 ff, 76 ff.

11a *Liebelt* NStZ 1989 S. 182 f; siehe auch OLG Karlsruhe NStZ 1985 S. 317.

12 Einzelheiten bei *Cornils* Fremdrechtsanwendung S. 71 ff, 98, 120; siehe unten zu § 9 StGB.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

2. Die beschränkenden Prinzipien der Geltung

5 a) Der trotz der genannten Einschränkungen des BT verbleibende Regelungsbereich ist noch zu weit. Es herrscht heute — schon wegen des völkerrechtlichen Grundsatzes der Nichteinmischung — Einigkeit, daß kein Staat dazu berufen ist, gegen jedermann und überall auf der Welt per Strafrecht für die Stabilisierung von Ordnung zu sorgen, daß vielmehr ein legitimierender Anknüpfungspunkt erforderlich ist[13]. Vindiziert ein Staat einen Anspruch ohne Legitimation, ist der Konflikt von innerstaatlichem Recht und Völkerrecht nach allgemeinen Grundsätzen zu lösen.

6 b) Die anerkannten Legitimationsgründe sind, zumal bei ihrer Kombination, sehr weit. Sämtliche Prinzipien werden — in freilich unterschiedlichem Maß — vom geltenden Recht beansprucht.

aa) Vom aktiven *Personalitätsprinzip*[14] werden Taten der Staatsangehörigen ohne Blick auf den Ort der Tat erfaßt. Das Prinzip ist aus dem Stammesprinzip entstanden (lex ossibus inhaeret)[15]. Als *Domizil-* oder *Heimatprinzip* wird es auf den Wohnsitz bezogen. Da andere Völker mit gutem Grund andere Rechtsordnungen haben können, nach denen sogar geboten sein mag, was der Heimatstaat verbietet oder umgekehrt[16], ist mit diesem Prinzip bei Auslandstaten ohne Nachprüfung, ob die Norm auf die Verhältnisse im Ausland paßt (siehe § 3 Abs. 2 StGB a. F.), nicht auszukommen[17]. — Freilich kommt ein Staat, der sich mit seiner Rechtsordnung international isoliert hat, ohne das Prinzip nicht aus (§ 3 StGB a. F. wurde 1940 eingeführt!).

7 bb) Nach dem *Territorialitätsprinzip* bestraft ein Staat Taten auf dem Staatsgebiet, teils unter Hinzunahme des Festlandsockels (siehe unten 5/15), ohne Blick auf die Staatsangehörigkeit der Beteiligten und Betroffenen. Die Anerkennung dieses Prinzips ist — bei im einzelnen heterogenen Wurzeln — maßgeblich durch die Entwicklung des Souveränitätsbegriffs und insbesondere dessen negativer Seite, der Anerkennung fremder (Gebiets-)Hoheit, gefördert worden[18]. Ein entsprechendes Bestrafungsrecht wird heute von allen Staaten beansprucht. — Seine Ergänzung findet das Prinzip im *Flaggenprinzip* für Schiffe und Luftfahrzeuge[19], wobei Flaggen- und Territorialitätsprinzip konkurrieren können (ein privates Schiff mit der Flagge eines Staats in den Hoheitsgewässern eines anderen). — Für Distanz- und Transitverbrechen bringt das Territorialitätsprinzip schwer zu lösende Probleme (siehe unten 5/22 f).

8 cc) Nach dem *Schutzprinzip (Realprinzip;* bezogen auf Individualschutz auch: *passives Personalitätsprinzip)*[20] bestraft ein Staat Angriffe gegen sich oder die Güter seiner Bürger. Bestimmend ist also die staatliche Zugehörigkeit des Betroffenen; Täter kann somit auch sein, wer durch die verletzte Rechtsordnung nicht seinerseits geschützt ist: Der zu leistende Gehorsam findet dann kein Synallagma in einem Schutz als

---

13 *Oehler* Internationales Strafrecht S. 123 ff; *ders.* GA 1980 S. 241 ff, 242; *ders.* Carstens-Festschrift S. 435 ff (speziell zu völkerrechtlichen Verträgen mit zahlreichen Nachweisen); *Linke* ÖJZ 1984 S. 487 ff; treffend zur Willkür der internationalrechtlichen „Spiele" *Schultz* Tröndle-Festschrift S. 895 ff.

14 Rechtsvergleichend *Oehler* Internationales Strafrecht S. 443 ff; verfassungsrechtliche Bedenken gegen das Personalitätsprinzip bei *H. Mayer* JZ 1952 S. 609 ff. — Zur Begründung des aktiven Personalitätsprinzips aus der Solidarität der Staaten siehe *Schröder* JZ 1968 S. 241 ff.

15 *Kohler* Internationales Strafrecht S. 6 ff; *Oehler* Internationales Strafrecht S. 45 ff.

16 Zur völkerrechtlichen Konsequenz siehe *Jescheck* AT § 18 II 3.

17 *Schröder* JZ 1968 S. 241 ff, 242 f.

18 *Oehler* Internationales Strafrecht S. 54 ff, 117 ff; *ders.* Engisch-Festschrift S. 289 ff.

19 Zu der teilweise bestehenden Bestrafungs*pflicht* nach internationalen Abkommen siehe *Jescheck* AT § 18 II 2.

20 Hierzu *Oehler* Internationales Strafrecht S. 367 ff; *ders.* Grützner-Geburtstagsausgabe S. 110 ff, 118.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Gegenleistung[21]. Beim Staatsschutz ist dieses Prinzip wegen des allgemein nationalen Zuschnitts der Delikte unumgänglich: Da kein anderer Staat „Nothilfe" übt, bleibt nur „Notwehr". — Beim Individualschutz ist umstritten, ob eine „identische Norm" (strafbewehrte Norm gleichen Regelungsinhalts) am Tatort erforderlich ist[22]; da das passive Personalitätsprinzip gerade bei diskriminierender Behandlung der Güter von Ausländern nötig ist, würde dieses Erfordernis das Prinzip entwerten und im Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege aufgehen lassen. Auf den Ausgleich von Diskriminierungen sollte seine Anwendung ohne identische Norm dann aber auch beschränkt bleiben.

dd) Das *Universalitätsprinzip (Weltrechtsprinzip)* soll dem Schutz von Gütern die- **9**
nen, die jede Kulturnation anerkennt und die typisch durch international organisierte Verbrecherbanden angegriffen werden, so daß jede Tat für jede Nation (zumindest) abstrakt gefährlich ist. Gegen den Willen derjenigen Staaten, auf deren Territorium die Taten begangen wurden, und zu den derjenigen, denen die Tatopfer angehören, wäre diese Anwendung des Weltrechtsprinzips freilich eine wohl völkerrechtlich unzulässige Einmischung. — Das Prinzip ist nur erforderlich, weil einige Nationen die betreffenden Güter nicht anerkennen; denn ansonsten reichten die anderen Prinzipien aus[23].

ee) Das *Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege* ist bei engem Verständnis die **10**
Kehrseite unterbleibender Auslieferung: Aut dedere aut punire *(Grotius)*. Im weiteren Sinn kann darunter jede Bestrafung einer Tat verstanden werden, die auch von einem anderen Staat mit legitimem Grund vorgenommen werden könnte.

B. Die dogmatische Stellung

1. Die dogmatische Stellung, insbesondere die normlogische Bedeutung der §§ 3 ff **11**
StGB, ist wenig geklärt[24]. Teils (a) werden die Vorschriften als Regelung des Umfangs einer Strafgewalt verstanden, die dem materiellen Recht vorgehen soll[25], teils (b) als Spezifizierung der „sekundären Norm" (also der Norm des Strafgesetzes, die den Straforganen gebietet, auf Straftaten mit Sanktionen zu reagieren[26]); die Festlegung des schuldhaften Unrechts soll nach diesem Verständnis universell erfolgen, so daß die primäre Norm, auf deren schuldhafte Übertretung hin gestraft werden soll, generalisiert bleibt. Schließlich (c) findet sich auch das Verständnis als Spezifizierung der Anwendung des Tatbestands, also auch der primären Norm[27].

2 a) Für eine befriedigende Lösung ist zu differenzieren: Die Legitimation zur **12**
Strafe liegt beim aktiven Personalitäts-, beim Territorialitäts- und beim Schutzprinzip, teils auch beim Universalitätsprinzip darin, daß die Tat die Ordnung des strafenden Staats stört, während dies eben bei einer schlicht fremden Tat nicht der Fall ist. Deshalb sind die Voraussetzungen der Anwendung des Strafrechts nach diesen Prinzipien Teil der Bestimmung dessen, was nach der Ordnung des Staats Unrecht ist, also Tatbe-

---

21 Siehe *E. W. Böckenförde* Epirrhosis (C. Schmitt-Festgabe) S. 423 ff, 434; *Gallas* ZStW 80 S. 1 ff, 15.

22 So *Roßwog* Vereinbarkeit S. 184.

23 *Oehler* Internationales Strafrecht S. 519 f; zur Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht siehe BGH 27 S. 30 ff; BGH 34 S. 334 ff (wo wahrscheinlich die Annahme einer Inlandstat begründbar gewesen wäre; das Hauptproblem des Falles liegt auf prozessualem Gebiet: ne bis in idem bei ausländischer Vorverurteilung? Siehe zu der Entscheidung *Rüther* und *Vogler* JR 1988 S. 136 ff, 139 ff).

24 Hierzu *Zieher* Das sogenannte internationale Strafrecht S. 35 ff.

25 *Jescheck* AT § 18 I 1; *LK-Tröndle* Rdn. 2 vor § 3.

26 Hierzu *Schroeder* GA 1968 S. 353 ff; *Baumann-Weber* AT § 6 II; *Schröder* ZStW 61 S. 57 ff, 90 ff.

27 *Oehler* Grützner-Geburtstagsgabe S. 110 ff; unklar — auch die primäre Norm betreffend? — *Krey* Strafanwendungsrecht S. 86: „strafbegründendes materielles Recht"; differenzierend *Liebelt* Zum deutschen internationalen Strafrecht S. 150 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

standsmerkmale. Daß das geltende deutsche Recht aus politischen Rücksichten (nicht wegen Verneinung einer Störung) Lücken läßt, verschlägt nichts; auch der BT läßt aus diversen Gründen Lücken. Es geht also insoweit um Strafgewalt oder Normanwendung nur in dem Sinn, daß spezifiziert wird, was Unrecht ist.

b) Beim Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege einschließlich der nicht zum Selbstschutz, sondern aus Solidarität zu vollziehenden Bestrafungen nach dem Universalitätsprinzip geht es um die Ahndung von Störungen fremder Ordnungen. Hierbei wird beim Universalitätsprinzip eine allgemein gleiche Unrechtsdefinition präsumiert; der Tatbestand ist insoweit schrankenlos. Beim Stellvertretungsprinzip dient das deutsche Strafrecht nur als Transformationsregel für die fremdstaatliche identische Norm.

13 3. Die Konsequenzen für die subjektive Seite sind bislang nur punktuell erörtert worden[28]. Soweit vom Begehungsort die Strafbarkeit überhaupt abhängt oder aber die Bestimmung des geschützten Guts (etwa bei § 109 g Abs. 2 StGB), wird der Ort wie jedes andere Tatbestandsmerkmal zu behandeln sein[29]. Soweit der Ort für die Bestimmung der Strafbarkeit und des geschützten Guts irrelevant ist, also zumindest relative Universalität praktiziert wird, dürfte die (Un-)Kenntnis des Orts für den Tatbestandsvorsatz bedeutungslos sein. — Die irrige Annahme, Deutscher zu sein, führt beim aktiven Personalitätsprinzip zum Wahndelikt, da es um eine Statusbestimmung geht (siehe unten 25/43 ff). — Beim Stellvertretungsprinzip ist die *fremd*staatliche Norm für die Schuld (§ 17 StGB) maßgeblich.

II. Die Ausgestaltung nach geltendem Recht

A. Die Anwendung der einzelnen Prinzipien

14 1 a) Das geltende Recht ordnet in dem bei Auslegung des BT verbleibenden Rahmen voll das Bestrafungsrecht nach dem *Territorialitätsprinzip* an (§ 3 StGB), was nach völkerrechtlichen Regeln die *Staats*schiffe als territoire flottant umfaßt[30]. Es wird ergänzt durch das für Privatfahrzeuge relevante *Flaggenprinzip* (§ 4 StGB)[31], das auf die Berechtigung zur Führung der Bundesflagge (§§ 1, 2, 10, 11 Flaggenrechtsgesetz) oder des Staatszugehörigkeitszeichens (§§ 2, 3 Luftverkehrsgesetz), nicht auf die tatsächliche Ausübung abstellt.

15 b) Die Interpretation der Bezeichnung *Inland* (§ 3 StGB) für das Territorium konnte von der Entstehung der Bundesrepublik Deutschland an nicht an einem völkerrechtlichen Anspruch auf das Staatsgebiet in den Grenzen vom 31. 12. 1937 ausgerichtet werden[32], da die Normen des BT nach Inhalt und Strafmaß auf eine faktische Lage

---

28 *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 73 vor § 3; *Jescheck* AT § 18 V; *AK-Lemke* § 9 Rdn. 25, jeweils mit Nachweisen. — Zum Universalitätsprinzip zutreffend (aber in der auch andere Prinzipien gleichstellenden Formulierung zu weit) BGH 27 S. 30 ff, 34.

29 *A. A. Dreher-Tröndle* § 3 Rdn. 14; wie hier wohl RG 1 S. 274 ff, 276; 25 S. 424 ff, 426.

30 Kritisch *Oehler* Internationales Strafrecht S. 313 f, 333 ff.

31 Daran knüpfen — neben dem Prinzip des Beladungsorts des Schiffs oder Fahrzeugs — auch das Osloer und das Londoner Abkommen zur Verhütung der Meeresverschmutzung an; siehe Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes zu den Übereinkommen ... zur Verhütung der Meeresverschmutzung ... vom 11. 2. 1977 (BGBl. II S. 165). — Freilich dürfte (entgegen dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes) auch für ein *deutsches* Schiff eine Erlaubnis eines *anderen* Vertragspartners ein unbefugtes Handeln nach § 324 Abs. 1 StGB ausschließen, wenn das Schiff deutsches Territorium nicht berührt und wenn der Täter nicht im Bereich des Festlandsockels (§ 5 Nr. 11 StGB) handelt. — Zum Verhältnis von Flaggen- und Territorialitätsprinzip zueinander *Lenzen* JR 1983 S. 181 ff, 182 ff.

32 So aber zunächst die Rechtsprechung; BGH 5 S. 364 ff; 8 S. 169 ff, 170; offengelassen in BGH 27 S. 5 ff; anders (funktionelle Inlandsbestimmung) dann BGH 30 S. 1 ff; OLG Düsseldorf JR 1980 S. 73 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

bezogen sind, der die Lage in der DDR wie jenseits der Oder-Neisse-Linie nicht entsprach, ohne daß dies — mit Ausnahmen bei den Staatsschutzdelikten — berücksichtigt worden wäre. Selbst ungeachtet der allenfalls sporadisch gegebenen tatsächlichen Möglichkeit einer Strafverfolgung, die allein schon die Übernahme der Ordnungsgarantie in diesen Gebieten ausschloß, fehlten also die Voraussetzungen einer sinnvollen Erstreckung des StGB. Ein von der faktischen Lage absehender, normativer Inlandsbegriff bezüglich der nunmehr Polen zugeordneten Gebiete hatte spätestens nach Anerkennung der Oder-Neisse-Linie in Art. 1 Abs. 1 des Warschauer Vertrags vom 7. 12. 1970[33] keine rechtliche Basis mehr (überwiegende Ansicht); für das ehemalige Gebiet der DDR war dies trotz Art. 6 des Grundlagenvertrags vom 21. 12. 1972[34], wonach „die Hoheitsgewalt jedes der beiden Staaten ... auf sein Staatsgebiet beschränkt" ist, umstritten[35], aber ebenso zu entscheiden[36].

Inland war somit das Bundesgebiet sowie Westberlin: sogenannter funktioneller Inlandsbegriff[37]; gemeint war ein *strafrechts*funktioneller Begriff, der den staats- und völkerrechtlichen Inlandsbegriff[38] nicht präjudizieren sollte. Der Begriff war unter der Voraussetzung entsprechender Überleitungsgesetze für Berlin[39] praktisch deckungsgleich mit dem des *räumlichen Geltungsbereichs* (nach den §§ 5, 48, 84 ff, 91 StGB u. a. m.), womit nicht das Gebiet gemeint war, auf das die Bundesrepublik Deutschland Normen erstrecken konnte (das war und ist nach den §§ 5 bis 7 StGB auch das Ausland), sondern das Gebiet, in dem sie die Garantie der Normen zu vollziehen hatte, also Gerichtshoheit ausübte[40]. Bei einzelnen Vorschriften, insbesondere den §§ 109 bis 109 k StGB, fehlte es daran für Berlin.

Die verschleiernde Terminologie, die den Zweck hatte, eine politisch brisante Entscheidung der Rechtsprechung zu überlassen[41], war mangels der nach Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB erforderlichen Bestimmtheit rechtsstaatlich nicht korrekt[42].

c aa) Seit dem Wirksamwerden des Beitritts der DDR am 3. 10. 1990 ist deren ehemaliges Gebiet Teil des Inlands. Die Vorbehaltsrechte der Alliierten ruhen (und werden demnächst wohl ausgesetzt), so daß auch alle Besonderheiten der Geltung für Berlin entfallen sind. Das StGB gilt auf dem Gebiet der ehemaligen DDR einschließlich Ostberlins freilich mit den Änderungen gemäß Art. 8 des Einigungsvertrages[42a] i. V. m. Anlage I Kapitel 3, Sachgebiet C; insoweit gelten die Regeln des interlokalen Strafrechts (unten 5/27).

bb) Das Ob und das Wie der Strafbarkeit von Taten, die in der DDR vor dem Wirksamwerden des Beitritts begangen wurden, richtet sich nach § 2 StGB, es sei denn, das Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland habe schon zuvor für solche Taten gegolten (so die zutreffende Klarstellung in § 315 Abs. 4 EGStGB in der Fassung von

---

33 BGBl. 1972 II S. 353.

34 BGBl. 1973 II S. 421.

35 Für die Einbeziehung der DDR in das Inland insbesondere *Dreher*[37] § 3 Rdn. 3; abgeschwächt *Dreher-Tröndle*[38] § 3 Rdn. 3.

36 Überwiegende Ansicht, insbesondere *Oehler* Internationales Strafrecht S. 284; *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 29, 62 f vor § 3; *LK-Tröndle* Rdn. 46 vor § 3; *Lackner* § 3 Vorbemerkung 4 a, jeweils mit Nachweisen; jetzt auch BGH 30 S. 1 ff.

37 Für die Rechtsprechung jetzt BGH 30 S. 1 ff; OLG Düsseldorf JR 1980 S. 73 ff mit ausführlichen Nachweisen; BayObLG JR 1982 S. 159.

38 Siehe BVerfG 36 S. 1 ff, 23, 31.

39 *Dreher-Tröndle* Rdn. 2 vor § 80.

40 *Schroeder* GA 1968 S. 353 ff.

41 BT-Drucksache V/4095 S. 4; auch Protokolle Sonderausschuß V S. 2346 f.

42 Siehe auch BGH 7 S. 54 ff, 55.

42a Art. 1 des Vertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31. 8. 1990, BGBl. II S. 889; Bundesgesetz gemäß Art. 1 des Einigungsvertragsgesetzes vom 23. 9. 1990, BGBl. II S. 885.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Anlage I, Kapitel III, Sachgebiet C, Abschnitt II des Einigungsvertrags). Waren nach dem Recht der DDR nur andere Rechtsfolgen als Freiheitsstrafe, Verurteilung auf Bewährung oder Geldstrafe verwirkt, so wird von Strafe abgesehen (Abs. 1 des § 315 EGStGB in der soeben genannten Fassung; zu weiteren Einzelheiten siehe Sachgebiet C aaO).

d) § 5 Nr. 11 StGB bringt für einige Delikte gegen die Umwelt (§§ 324, 326, 330 und 330 a StGB) eine Erweiterung des relevanten Territoriums um den deutschen Festlandsockel[43].

16 2 a) Das Territorialitätsprinzip wird in den §§ 5 bis 7 StGB erheblich, ohne durchgehende Plausibilität und teils unübersichtlich durch weitere Prinzipien, insbesondere durch das Schutzprinzip, ergänzt.

Das *Schutzprinzip* gilt in den Fällen, in denen die Staaten üblicherweise nur ihre eigenen Güter schützen, also im Bereich des Schutzes des Staats und (der Tätigkeit) seiner Organe: § 5 Nr. 1, 2, 3 b, 4, 5 a, 10 und 14 StGB. Aus dem Schutzprinzip folgt auch die Bestrafung derjenigen Taten deutscher oder ausländischer Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 und 4 StGB) nach § 5 Nr. 12 und 13 StGB, die sich gegen das Funktionieren der staatlichen Tätigkeit richten, etwa Vorteilsannahme und Bestechlichkeit (§§ 331 f StGB) oder Rechtsbeugung (§ 336 StGB). In anderen Fällen von § 5 Nr. 12 und 13 StGB handelt es sich um die Ausprägung eines auf ausländische Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete ausgedehnten (aktiven) *Personalitätsprinzips:* Amtliche Tätigkeit soll überall den Beschränkungen deutschen Strafrechts unterliegen. Der Verzicht auf eine identische Norm im Ausland ist insoweit noch plausibel, obgleich die besonderen Verhältnisse am Tatort wie in § 3 Abs. 2 StGB a. F. hätten berücksichtigt werden sollen[44]. Jedenfalls ist die Erfassung der deutschen Amtsträger und für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten auch bei Taten schlicht „während eines dienstlichen Aufenthalts" (§ 5 Nr. 12, 1. Fallgruppe StGB) durch eine (das Gesetz zugunsten des Täters korrigierende) Berücksichtigung des Gedankens von § 3 Abs. 2 StGB a. F. einzuschränken: Wenn die Tat am Tatort wegen der dortigen Verhältnisse zu tolerieren ist, fehlt ein Schutzgut und selbst der „diffuse Gesichtspunkt", über das private Verhalten der dienstlich Tätigen das Ansehen des Dienstes zu schützen[45], trägt in diesen Fällen mangels Gefährdung des Ansehens nicht.

Zum *Schutzprinzip* zugunsten privater Güter ohne Blick auf eine identische Norm am Tatort oder die dortigen Verhältnisse siehe § 5 Nr. 6 und 7 StGB[46]; zum Begriff Deutscher in Nr. 6 siehe unten 5/18. Der Inlandsbegriff in Nr. 6 hat eine Schutzfunktion und umgriff deshalb — anders als derjenige des § 3 StGB — auch das Gebiet der DDR[47]. Praktische Bedeutung hatte das nur für § 241 a StGB[48].

---

43 Gegen den ursprünglichen Versuch, die Problematik nach dem Weltrechtprinzip zu regeln, siehe *Oehler* GA 1980 S. 241 ff, der die geltende Lösung dem Schutzprinzip zuordnet, aaO S. 245 f; ebenso *Sack* NJW 1980 S. 1424 ff.

44 Relevant etwa bei einer Tat nach § 203 Abs. 2 Satz 2 StGB in einem Land, in dem mangels hinreichender Entwicklung für Datenschutz kein Bedürfnis besteht.

45 Zutreffend kritisch *SK-Samson* § 5 Rdn. 20.

46 Zu Nr. 7 zutreffend kritisch *SK-Samson* § 5 Rdn. 16.

47 BGH 30 S. 1 ff, 5 ff mit Anmerkung *Schroeder* NStZ 1981 S. 179 ff; BGH 32 S. 293 ff, 294 ff; *Lackner* § 5 Anm. 3; siehe auch OLG Düsseldorf JR 1980 S. 73 ff, 75; — *a. A.* mit beachtlichen Argumenten *SK-Samson* § 5 Rdn. 15; *Wengler* JR 1981 S. 206 ff; *Schroth* NJW 1981 S. 500 f; *Krey* und *Arenz* JR 1985 S. 399 ff, 405 f, 407 f.

48 Zu § 234 a StGB siehe die Vorauflage 5/17 a. E. und BGH 30 S. 1 ff, 5 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

b) Zu § 5 Nr. 3 a, 5 b, 8 und 9 StGB wird für den Täter — bei Nr. 8 auch für das **17**
Opfer — auf die deutsche Staatsangehörigkeit und auf die „Lebensgrundlage im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes" abgestellt. Dieser Sprachgebrauch ist unglücklich: Bei § 5 Nr. 3 a und 5 b StGB rührt die Einschränkung des Schutzprinzips durch ein personales Moment insbesondere aus der ehemals bestehenden Notwendigkeit her, die Bürger der DDR zu entlasten, so daß die Lebensgrundlage weniger räumlich als nach der Abhängigkeit von der Bundesrepublik und der deshalb zu erwartenden Treue gegenüber deren Normen zu definieren ist[49]. Bei Nr. 8 und 9 sollen — ohne zwingende Anknüpfung an das Schutzprinzip (Nr. 9!) — Umgehungen der Auswirkung des Territorialitätsprinzips erfaßt werden; insoweit hat die Lebensgrundlage streng das räumliche Zentrum zu sein[50], da ansonsten nicht einmal der Anschein der Umgehung entstehen kann. — Nr. 8 gilt auf dem ehemaligen DDR-Gebiet ohne § 175 StGB, Nr. 9 gilt dort überhaupt nicht (Anlage I, Kapitel III, Sachgebiet C, Abschnitt III des Einigungsvertrags, siehe 5/Fn. 42 a).

c) Das *Schutzprinzip* gilt nach § 7 Abs. 1 StGB ferner für Taten gegen Deutsche im **18**
Ausland, freilich unter der Voraussetzung einer identischen Norm am Tatort oder des Fehlens einer Strafgewalt am Tatort; es ist damit dem Stellvertretungsprinzip angenähert. Wer Deutscher ist, ist unter Ausgang von Art. 116 Abs. 1 GG und dem RuStG funktional zu bestimmen: Als Deutsche waren auch Bürger der DDR geschützt, soweit es um Delikte ging, durch die es dem Opfer erschwert oder unmöglich gemacht wurde, im Schutz der Bundesrepublik Deutschland zu bleiben oder sich in deren Schutz zu begeben[51]. Bürger der DDR waren aber nicht mit Pflichten belastet; zu ihren Gunsten — bei § 5 Nr. 3 a, 5 b, 8 (nur auf der Täterseite), 9, § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB — waren sie wie Ausländer zu behandeln, da sie bereits der Strafgewalt der DDR unterlagen[52]; siedelten sie nach der Tat in die Bundesrepublik Deutschland um, standen sie wie ein Ausländer, der die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat[52a]. Die identische Norm

---

49 So im Ergebnis die überwiegende Ansicht; *Schönke-Schröder-Eser* § 5 Rdn. 9 mit Nachweisen.

50 So *SK-Samson* § 5 Rdn. 8 ff.

51 Siehe BVerfG 36 S. 1 ff, 30 f. — Versuche einer Einengung des Schutzes auf Fälle, in denen Bürger der DDR ihre Lebensgrundlage im Geltungsbereich des StGB hatten oder sich dort aufhielten (*Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 66 vor § 3, § 7 Rdn. 5 f; *Kilian* NJW 1983 S. 2305; überhaupt gegen die Erstreckung des Schutzes des § 7 Absatz 1 StGB auf Bürger der DDR *Krey* und *Arenz* JR 1985 S. 329 ff, 406 f), ließen Personen schutzlos, die daran gehindert wurden, sich in die Bundesrepublik Deutschland zu begeben. Zwar fiel dieser Schutz für Taten auf dem Territorium der ehemaligen DDR und paktierender Staaten mangels einer identischen Norm (unten 5/29) regelmäßig weg; aber Bürger der DDR, die von einem anderen Land aus nach Deutschland einreisen wollten (etwa indem sie von einer Reisegruppe absprangen) verdienten Schutz speziell durch die Bundesrepublik Deutschland. Es wäre freilich unnötig und wohl auch völkerrechtlich von zweifelhafter Legitimität gewesen, Bürger der DDR bei schlechthin allen gegen sie gerichteten Taten den Bürgern der Bundesrepublik Deutschland gleichzustellen (Zuständigkeit der Bundesrepublik Deutschland bei einer Kirmesschlägerei in Leipzig im Jahr 1988 oder bei einem Betrug gegen einen Bürger der DDR in Schweden?): Die DDR gewährte ihren Bürgern eigenen Schutz. Dieser Schutz umfaßte allerdings nicht Optionen der Bürger für die Bundesrepublik Deutschland; auf diesen Schutz war deshalb § 7 Abs. 1 StGB zu beschränken, was die Bürger der DDR angeht. Ähnlich BGH 32 S. 293 ff, 298, bei freilich anderer Bestimmung der identischen Norm am Tatort S. 294 f. — Zur teilweisen Berücksichtigung der Vorschriften der DDR über den Erwerb der Staatsangehörigkeit siehe BVerfG JZ 1983 S. 539 ff mit zustimmender Anmerkung von *v. Mangoldt* aaO S. 534 ff und ablehnender Besprechung von *Klein* NJW 1983 S. 2289 ff; zur Nichtberücksichtigung des Verlustes der DDR-Staatsangehörigkeit siehe die zivilrechtliche Entscheidung KG NJW 1983 S. 2324 f.

52 *Krey* und *Arenz* JR 1985 S. 399 ff, 400 f; *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 64 vor § 3; *Jescheck* AT § 20 III 3 b; *Maurach-Zipf* AT I § 11 Rdn. 25; *Dreher-Tröndle* § 7 Rdn. 3 mit Nachweisen; *a. A.* BGH NJW 1978 S. 113 ff, 115 in einem obiter dictum zu § 7 StGB; *Dreher*[37] § 7 Rdn. 3.

52a KG JR 1988 S. 345 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

am Tatort muß kriminelle Strafe vorsehen[53], und zwar zum Schutz von Individualrechtsgütern. Die Fassung des Tatbestands wie auch Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe am Tatort sowie in prozessuale Form gekleidete materiellrechtliche Strafbarkeitsvoraussetzungen sind zu beachten[54]. Dies ist zwar insbesondere für diejenigen Fälle streitig, in denen nicht zum Tatbestand gehörende Regelungen gegen allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze verstoßen[55], aber die Gegenmeinung übersieht, daß das nach dem Gesetz nun einmal erforderliche Faktum einer Strafdrohung ein Produkt positiven Rechts ist und durch das naturrechtliche Postulat einer Strafdrohung nicht ersetzt werden kann (siehe oben zum Grundsatz der Gesetzesbindung 4/Fn. 23; ferner unten 5/29): Die identische Norm muß eine am Tatort bestehende, nicht nur nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen erst zu errichtende, Norm sein. — Ist eine juristische Person verletzt, so kommt es darauf an, ob sie ihren Sitz im Inland hat[56]. Eine juristische Person mit Sitz im Ausland wird nicht geschützt, auch wenn die Mitglieder alle Deutsche sind.

19 3. Das *Stellvertretungsprinzip* gilt — unter der Voraussetzung einer identischen Norm (die kriminelle Strafe vorsehen muß[57]) oder des Fehlens von Strafgewalt am Tatort — nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB für die Fälle der nach Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG unzulässigen Auslieferung (auch für „Neu"-Bürger aus der DDR[58]) sowie nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB für die Fälle der nach dem IRG zulässigen, aber unterbleibenden Auslieferung[58a]. Die für § 7 Abs. 2 StGB maßgebliche Tatzeit bestimmt sich nach § 8 StGB (dazu oben 4/53 f). — Da das Stellvertretungsprinzip an persönliche Verhältnisse anknüpft, kann es vorkommen, daß von mehreren Beteiligten einige erfaßt werden, andere nicht. — Die Berücksichtigung einer gegebenenfalls milderen Strafdrohung am Tatort entspräche dem Stellvertretungsprinzip und ist deshalb de lege ferenda für § 7 Abs. 2 StGB zu fordern. — Soweit § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht durch das Stellvertretungsprinzip erklärt werden kann (so etwa bei einer Tat, für die kein Staat außer der Bundesrepublik Deutschland Strafgewalt beansprucht), beruht diese Vorschrift auf dem aktiven Personalitätsprinzip[59]. Dieses Prinzip mag bei einigen schwersten Delikten angebracht sein (Beispiel: Mord durch einen Deutschen an einem Staatenlosen, wobei der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt); ansonsten ist freilich seine Berechtigung zumindest zweifelhaft.

20 4. Schließlich ordnet § 6 StGB Bestrafung nach dem *Weltrechtsprinzip* für Völkermord (Nr. 1) sowie für Delikte an, die nur bei internationaler Solidarität wirksam bekämpft werden können (Nr. 2 bis 8). Der Inhalt des Katalogs wird überwiegend durch internationale Abkommen bestimmt. Die Generalklausel in Nr. 9, nach der auch Taten einbezogen werden, zu deren Verfolgung[60] sich die Bundesrepublik Deutschland durch zwischenstaatliche Abkommen verpflichtet hat, ist überflüssig: Ist das Abkommen ratifiziert und damit innerstaatliches Recht, so wird die Geltung[61] schon

---

53 BGH 27 S. 5 ff, 9; erweiternd *LK-Tröndle* § 7 Rdn. 4 a.

54 *Roggemann* ZRP 1976 S. 243 ff; *Krey* und *Arenz* JR 1985 S. 399 ff, 403 f, jeweils mit Nachweisen; verfehlt *Woesner* ZRP 1976 S. 248 ff, 250; OLG Düsseldorf NJW 1983 S. 1277 f.

55 Siehe *LK-Tröndle* § 7 Rdn. 5; *Lackner* § 7 Anm. 2; *Kilian* NJW 1983 S. 2305 f, jeweils mit Nachweisen.

56 *ders.* LK-Tröndle § 7 Rdn. 10 mit Nachweisen.

57 BayObLG JR 1982 S. 159 f mit Anmerkung *Oehler* JR 1982 S. 160.

58 *Krey* und *Arenz* JR 1985 S. 399 ff, 402.

58a BGH NStZ 1985 S. 545. — Zur Behandlung der in der NS-Zeit bis zum Kriegsende per „Zwangsakt" Deutschen nach § 7 Abs. 2 StGB siehe *Oehler* Bockelmann-Festschrift S. 771 ff.

59 Siehe *Schönke-Schröder-Eser* § 7 Rdn. 1 mit Nachweisen.

60 Gemeint ist: zu deren Umfassung durch den Geltungsbereich des deutschen Strafrechts; *Schönke-Schröder-Eser* § 6 Rdn. 10.

61 Gemeint ist die Geltung der *bestehenden* Strafvorschriften; *Dreher-Tröndle* § 6 Rdn. 9.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

deshalb erweitert; ist das Abkommen nur völkerrechtlich verbindlich, fehlt es an hinreichender *gesetzlicher* Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB)[62].

B. Die Probleme des Tatorts

1. Der für das Territorialitäts- und Flaggenprinzip sowie ansonsten beim Erfordernis einer identischen Norm wichtige *Tatort* wird in § 9 StGB nach dem *Ubiquitätsprinzip* weit bestimmt: Tatort ist bei Täterschaft der Ort der Handlung (i. e. der Ausführungshandlung und des Versuchs[63] und der Vorbereitung nach § 30 StGB sowie nach Sonderregelungen, etwa § 159 StGB) wie auch der Ort des (beim Versuch: vorgestellten und im Versuchsbeginn objektivierten[63a]) *tatbestandlichen* Erfolgs, bei der Teilnahme der Ort der Teilnehmerhandlung wie auch der Ort der (beim Teilnahmeversuch: vorgestellten) Haupttat, und zwar bei der Inlandsteilnahme ohne Blick auf die Strafbarkeit der Haupttat an deren Tatort. Für die praktisch zentralen Fälle der Bestimmung des Orts für das Territorialitätsprinzip werden also die Handlungen im Inland (Tabuierung deliktischen Verhaltens) wie die Erfolge im Inland (Schutzprinzip) erfaßt, ersteres freilich nur, wenn das ausländische Gut durch die inländische Norm geschützt ist (siehe oben 5/2 f). Letzteres ist beim Eingriff im Ausland und bloßem Erfolgseintritt im Inland (der im Ausland Angeschossene schleppt sich über die Grenze und stirbt im Inland) eine bedenklich weite Regelung (unbedenklich: Der Schuß von jenseits der Grenze trifft im Inland)[64]. — Zur Bestimmung der Handlung siehe oben 4/53 f. — Die Bestimmung des Erfolgsorts bereitet bei nicht dinglich fixierbaren Erfolgen (etwa Vermögensschaden durch Verlust einer Forderung, Ehrverletzung) Schwierigkeiten; die Bestimmung wird hier in Analogie zur Lage bei dinglich fixierbaren Erfolgen (etwa Sachbeschädigung) ohne Blick auf den Aufenthaltsort des Inhabers des verletzten Guts zu erfolgen haben[64a]. — Abstrakte Gefährdungsdelikte werden am Ort des Handlungsvollzugs und eines eventuell tatbestandlichen Zwischenerfolgs begangen (Gebrauchmachen von einer Urkunde, § 267 Abs. 1 3. Variante geschieht am Orte der Beweiserhebung), nicht aber auch am Ort eines möglichen oder wirklichen Schadenseintritts (Trunkenheitsfahrten im Ausland, aber hart an der Grenze und deshalb mit möglichen Inlandsfolgen, sind keine Inlandstaten nach § 316 StGB, anders bei § 315 c StGB); denn der mögliche oder reale Schadenseintritt ist bei abstrakten Gefährdungsdelikten kein *tatbestandlich* relevanter Umstand[64b] (zweifelhaft). **21**

Erfolg im Sinn von § 9 Absatz 1 StGB ist immer nur der *tatbestandsmäßige* Erfolg, nicht ein sonstiger Schaden, und zwar auch dann nicht, wenn er strafzumessungsrelevant wäre. Beispiel: Der allein gegenüber einer ausländischen Tochtergesellschaft Treupflichtige begeht im Ausland eine Untreue, deren Schaden freilich von der inländischen Muttergesellschaft getragen werden muß; — keine Geltung deutschen Strafrechts nach den §§ 3, 9 Abs. 1 StGB, da der *tatbestandsmäßige* Schaden (nämlich der Schaden bei einer Person, deren Vermögensinteressen zu betreuen sind, § 266 StGB) im Ausland eintritt[64c]. — Zu den objektiven Bedingungen siehe unten 10/8.

2. Bezieht sich eine Handlung im Ausland *tatbestandlich* auf eine Situation im Inland, so ist sie auch im Inland begangen; Beispiel: Wer bei einer im Inland eingetrete- **22**

---

62 Siehe auch *LK-Tröndle* § 6 Rdn. 9; *Schönke-Schröder-Eser* § 6 Rdn. 10.

63 KG JR 1981 S. 37 f, 38.

63a Für keinen ausreichenden Anknüpfungspunkt hält die *bloße* Vorstellung *Oehler* Internationales Strafrecht S. 215.

64 Siehe *Krey* Strafanwendungsrecht S. 133 ff.

64a *Oehler* Internationales Strafrecht S. 211 f.

64b *A. A. Martin* Strafbarkeit S. 79 ff, 118 ff, passim, mit differenzierten Entscheidungen, wie sich die inländischen Sicherheitsstandards zu den ausländischen verhalten S. 287 ff, 305 ff.

64c OLG Frankfurt NJW 1989 S. 675 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

nen Zahlungsunfähigkeit im Ausland eine Konkurshandlung nach § 283 Abs. 1 StGB vollzieht, begeht (auch) im Inland (zweifelhaft).

Bei täterschaftlicher Handlung im Inland und Erfolg im Ausland *(Distanzdelikt)* oder Teilnahmehandlung im Inland bei ansonsten im Ausland stattfindender Tat (Distanzteilnahme) sind die Ergebnisse einer wörtlichen Anwendung des § 9 StGB dann unbefriedigend, wenn die Erfolgsherbeiführung am Ort des Erfolgs oder der Haupttat aus plausiblen Gründen straffrei ist. Beispiele finden sich nicht nur im Bereich der stark kultureigentümlichen Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, sondern bei nahezu allen Delikten, die überhaupt Güter ohne Blick auf deren Belegenheit schützen, ferner bei den Handlungspflichten der Unterlassungsdelikte und der durch Sonderpflichten gekennzeichneten Begehungsdelikte wie auch bei Rechtfertigungsgründen. Konkret: Industrielle Einrichtungen werden in ein wenig entwickeltes Land geliefert, wobei der Betrieb solcher Einrichtungen in Deutschland das erlaubte Risiko einer Gesundheitsgefährdung überschreiten würde; für das Empfängerland bieten die Einrichtungen jedoch ein Höchstmaß an finanzierbarer Sicherheit[65]. Soweit das Problem gesehen wird, wird vorgeschlagen, die Zugehörigkeit des angegriffenen Guts (etwa die Fremdheit der Sache), das erlaubte Risiko, die Garantenstellung bei den unechten Unterlassungsdelikten u. a. m. nach dem jeweils ausländischen Recht zu beurteilen[66]. Dem ist zu folgen; ferner ist — wie schon zu § 5 Nr. 12 und 13 StGB — überhaupt der Rechtsgedanke von § 3 Abs. 2 StGB a. F. anzuwenden: Wenn es am Ort des Erfolgs oder der Haupttat wegen der dortigen besonderen Verhältnisse an einem strafwürdigen Unrecht fehlt (was für die §§ 5 bis 7 StGB ex lege negativ entschieden ist!), wird deutsches Recht nicht auf Erfolge oder Haupttaten an diesen Orten erstreckt[67]. Daß das deutsche Strafrecht manche Güter ohne Blick auf deren Belegenheit schützt, heißt nicht, daß Schutzumfang, besondere Pflichten, Rechtfertigung und Entschuldigung auch ohne Blick auf *deren* räumlichen Bezug übertragbar wären. Nationale Spezifika lassen sich eben nicht nur beim angegriffenen Gut ausmachen. — Nur so ist auch zu vermeiden, daß die Auslieferung wegen einer Straftat, die im empfangenden, rechtsstaatlich verfaßten Land mit Todesstrafe bedroht ist, als Beihilfe zum Totschlag qualifiziert werden muß[68].

23 3. Handlung ist in § 9 StGB das jeweils *eigene* Verhalten des Beteiligten. Wer sich freilich an objektiv und subjektiv tatbestandsmäßigem und rechtswidrigem Verhalten anderer Beteiligter in zurechenbarer Weise beteiligt, begeht nach § 9 Absatz 2 StGB auch an dem Ort, an dem der andere Beteiligte handelt. Beispiel: Wer vom Ausland aus einen Gehilfen im Inland zur Übersendung von Mordmitteln bewegt, begeht wegen der (selbständigen oder hinter der Täterschaft zurücktretenden) Anstiftung zur im Inland begangenen Beihilfe (zur eigenen Auslandstat oder zur Auslandstat einer dritten Person) auch im Inland. — Wird im Ausland ein im Inland begangenes Unrecht fortgesetzt, so begründet allein die Fortsetzung nicht schon ein Begehen im Inland. Beispiel: Wird vom Inland aus eine im Ausland befindliche Person zu einer Tat im Ausland angestiftet, so wird die Anstiftung zwar nach § 9 Absatz 2 StGB im Inland begangen, aber der Angestiftete begeht im Ausland (wenn er nicht, etwa durch das Verlangen nach

---

65 Weitere Fälle bei *SK-Samson* § 9 Rdn. 15.

66 *Nowakowski* JZ 1971 S. 633 ff; je nach Anknüpfungsprinzip differenzierend (außer bei der Bestimmung der Zugehörigkeit des Guts) *Liebelt* Zum deutschen internationalen Strafrecht S. 239; für eine Anwendung deutschen Rechts *einschließlich des zugehörigen Kollisionsrechts Cornils* Fremdrechtsanwendung S. 71 ff.

67 *SK-Samson* § 9 Rdn. 20; *Jescheck* AT § 18 I 1; anders die überwiegende Ansicht; für eine verfahrensrechtliche Lösung *LK-Tröndle* § 9 Rdn. 15.

68 Für die Zulässigkeit der Auslieferung zutreffend BVerfG 18 S. 112 ff; sehr streitig; Nachweise bei *Maurach-Zipf* AT I § 11 Rdn. 38. — Für eine Zurücknahme des weiten § 9 StGB auf Fälle der in den §§ 5 bis 7 StGB beschriebenen Art *Jung* JZ 1979 S. 325 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Belohnung, die Anstiftung zurechenbar bewirkt hat). Von mehreren Tatbeiträgen können also einige dem deutschen Strafrecht unterfallen, andere nicht (siehe auch oben 5/19 a. E.). — Handelt ein Beteiligter nicht tatbestandsmäßig oder nicht rechtswidrig, also insbesondere als irrendes Werkzeug, so ist sein Beitrag kein Unrecht und deshalb weder eine Handlung im Sinn von § 9 StGB noch ein Verhalten, an das sich eine akzessorische Beteiligung anlehnen könnte; ein solcher Beitrag ist nur kausale Durchgangsstelle zum Erfolg (wie ein Naturereignis): *Transitdelikte,* die das Inland kausal durchlaufen, ohne daß im Inland ein Unrechtsverhalten vollzogen würde (oder der tatbestandsmäßige Erfolg einträte), werden nicht im Inland begangen[69], da solche Delikte mangels eines im Inland vollzogenen unrechten Verhaltens nicht die Normgeltung im Inland und mangels Erfolgs im Inland nicht den inländischen Güterbestand beeinträchtigen, also kein Kriterium für eine Anknüpfung bieten. Beispiel: Ob der beleidigende Brief von Dänemark nach der Schweiz in Frankfurt per Hand oder von einem Automaten umgeladen wird, steht gleich — jedenfalls kein Begehen im Inland (anders, wenn der Brief in Frankfurt von einem Gehilfen in den Briefkasten geworfen wird).

4. Bei Unterlassungsdelikten ist — neben dem Ort des (vorgestellten) Erfolgs — statt **24** des Orts der Handlung derjenige Ort maßgeblich, an dem der Täter hätte handeln müssen, und zwar für Täterschaft wie für Teilnahme. Das ist immer der Ort, an dem der Unterlassungstäter sich befunden hat; denn dort hätte er mit seinen Handlungen beginnen müssen[70]. Mußte er sich zum Zweck der Rettung an andere Orte begeben, so werden diese dadurch nicht zu Tatorten; denn es geht nicht um jeden Ort eines hypothetisch rechtmäßigen Verhaltens (unterbliebener Rettung), sondern nur um den Ort der realen Verweigerung gegenüber dem Recht (abweichend die überwiegende Ansicht). Bei Unterlassungshaftung aus Verkehrspflichten und Ingerenz ist dies auch der Ort, an dem die Gefahrenquelle liegt.

C. Prozessuale Besonderheiten

1. Soweit sich aus den §§ 3 ff StGB die Anwendung deutschen Strafrechts ergibt, **25** kann auch konkurrierend eine ausländische Zuständigkeit gegeben sein. Bei ausländischer Vorverurteilung gilt der auf die Rechtssicherheit nach der eigenen Rechtsordnung bezogene Art. 103 Abs. 3 GG nicht[71]. Die Anrechnung einer *verbüßten* Strafe ordnet § 53 Abs. 3 Satz 1 StGB an, sowie die regelmäßige Anrechnung einer sonstigen Freiheitsentziehung im Zusammenhang mit der Tat, § 53 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. Abs. 1 StGB (siehe auch § 153 d Abs. 1 Nr. 3 StPO).

2. Die teilweise wenig billigenswerten Folgen des Ubiquitätsprinzips und Flaggen- **26** prinzips bereinigt § 153 c Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 bis 4 StPO auf prozeßrechtlicher Ebene. § 154 b StPO ermöglicht es, bei Auslieferung und Ausweisung auf die Durchsetzung der Bestrafung in der Bundesrepublik Deutschland zu verzichten.

D. Das interlokale Strafrecht

Beim *interlokalen* Strafrecht geht es um die Anwendung des Strafrechts einzelner **27** Länder der Bundesrepublik Deutschland, handele es sich um partiell geltendes Bundesstrafrecht (siehe Art. 125 GG; ferner oben 5/15) oder um Landesstrafrecht. Nach

---

69 Sehr streitig; wie hier *Oehler* Internationales Strafrecht S. 217 f; *Schönke-Schröder-Eser* § 9 Rdn. 6; *KKOWiG-Rogall* § 7 Rdn. 9, jeweils mit Nachweisen; *a. A. Jescheck* AT § 18 IV 2 a; Vorauflage. — Sonderregelungen sind möglich, etwa § 29 Abs. 1 Nr. 5 BtMG.

70 Unklar *Schönke-Schröder-Eser* § 9 Rdn. 5.

71 BGH NJW 1969 S. 1542 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

üblicher Auffassung soll es sich beim interlokalen Strafrecht im Gegensatz zum internationalen Strafrecht um Kollisionsrecht handeln[72]. Diese Ansicht ist zumindest verwirrend: Das internationale Strafrecht regelt auch Kollisionsfälle, freilich nach geltenden Vorschriften stets durch Verzicht auf jede Strafrechtsanwendung (Auslandstat eines Ausländers beim Fehlen der Voraussetzungen der §§ 4, 5, 6, 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 StGB) oder durch Anwendung allein des deutschen Strafrechts, bei immerhin teilweise *mittelbarem* Bezug auf ausländisches Strafrecht, nämlich in den Fällen, in denen eine identische Norm am Tatort erforderlich ist. Daß im internationalen Strafrecht die *unmittelbare* Anwendung ausländischen Strafrechts nicht vorgesehen ist (wie etwa in Art. 6 des schweizerischen Strafgesetzbuchs) und eine konkurrierende ausländische Zuständigkeit erhalten bleiben kann, ist kein Verzicht auf die Entscheidung, sondern das Ergebnis der Entscheidung einer Kollision. Auch regelt das interlokale Strafrecht nicht *nur* Kollisionen, sondern zudem den Anwendungsbereich, und zwar — gewohnheitsrechtlich, besser: nach allgemeinen Prinzipien eines Bundesstaats — nach dem analog §§ 3 und 9 StGB bestimmten Tatortprinzip[73]. Ein daneben noch teilweise behauptetes Wohnsitzprinzip[74] ist abzulehnen, da die Störung der Ordnung im Land vom Wohnsitz unabhängig ist. Der Bierbrauer mit Wohnsitz in München, der in Hessen Bier vertreibt, das den bayerischen Reinheitsvorschriften nicht genügt (§§ 9, 18 BierStG[74a]), ist von Haftung frei, so wie der Frankfurter, der entsprechende Produkte in München vertreibt, haftet.

Die Kollision von Strafbarkeit in einem Land und Straffreiheit in einem anderen oder unterschiedlicher Strafbarkeit in den Ländern ist folgendermaßen aufzulösen: Die Gerichte des Landes wenden das Recht des Tatorts an, auch wenn es sich um Recht eines anderen Lands handelt; bei mehreren Begehungsorten wird das strengste Gesetz angewendet[75].

Gilt bei Auslandstaten deutsches Strafrecht, so kommt es im Fall divergierenden Inlandsrechts darauf an, an welchem Ort der Täter seine Lebensgrundlage hat (so auch Art. 1b EGStGB in der Fassung von Anlage I, Kapitel III, Sachgebiet C, Abschnitt II des Einigungsvertrags; siehe Fn. 42a).

E. Das ehemalige Verhältnis zur DDR

28 1a) Das ehemalige Verhältnis zur DDR ist für eine Übergangszeit noch strafrechtlich bedeutsam; denn Taten auf dem Gebiet der DDR vor dem Wirksamwerden des Beitritts, für die bereits seinerzeit das StGB galt, sind auch nach dem Beitritt *ohne Filterung durch § 2 StGB* zu beurteilen (oben 5/15).

b) Für Taten aus der Zeit rechtsstaatswidriger Zustände in der DDR gilt folgendes:

Der Bundesgerichtshof in seiner früheren Rechtsprechung und die ehemals überwiegende Lehre wandten die Regeln des interlokalen Strafrechts auch auf das Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zur DDR an[76]. Schon die Notwendigkeit, das

---

72 *Jescheck* AT § 20 I 1; *LK-Tröndle* Rdn. 85 vor § 3; *SK-Samson* § 3 Rdn. 15.

73 Schon *Kohler* Internationales Strafrecht S. 223; RG 74 S. 219 ff; ganz überwiegende Ansicht.

74 *Jescheck* AT § 20 I 3; differenzierend *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 54 vor § 3; dagegen *Baumann-Weber* AT § 6 II 4.

74a Zum Landesrecht siehe BGH 11 S. 365 ff, 368 f.

75 RG 75 S. 385 ff; 76 S. 201 ff; *v. Weber* Kohlrausch-Festschrift S. 120 ff.

76 BGH 2 S. 300 ff, 308; 7 S. 54 ff, 55; LG Stuttgart JZ 1964 S. 101 ff; offen dann aber BGH 27 S. 5 ff; siehe auch BGH NJW 1978 S. 113 ff, 115, zu § 7 Abs. 2 StGB. — *A. A.* — entsprechende Anwendung der §§ 3 ff StGB — nunmehr BGH 30 S. 1 ff; mit Ausdehnungen zu § 7 Abs. 1 StGB (dazu sogleich 5/29) BGH 32 S. 293 ff, 294 ff; — siehe schon OLG Düsseldorf JR 1980 S. 73 ff; — unentschieden KG JR 1981 S. 37 f, 38.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Strafrecht der DDR am ordre public der Bundesrepublik Deutschland zu prüfen[77] zeigt jedoch, daß die jeweiligen Normen einem kraß unterschiedlichen Rechtsverständnis entspringen, so daß die Anwendung von Normen (auch Rechtfertigungsgründen etc.) der DDR in der Bundesrepublik Deutschland eine Isolierung aus dem Normkontext, also aus der zu schützenden Ordnung, und damit eine Umbestimmung des materialen Gehalts voraussetzt. Es geht somit nicht, wie beim interlokalen Strafrecht, um *eine* in den wesentlichen Prinzipien gemeinsame und nur in den Konkretisierungen räumlich aufgeteilte Ordnung[78]. Richtiger dürfte deshalb die heute weit überwiegend, auch vom Bundesgerichtshof, vertretene Anwendung der §§ 3 ff StGB sein[79], siehe schon oben 5/15.

c) Auch für Taten nach der Veränderung der politischen Verhältnisse in der DDR (1989) gab es bis zum Wirksamwerden des Beitritts der DDR zur Bundesrepublik Deutschland keine vorzugswürdige Alternative zu dieser Regelung[79a], weil die Gesetzgebungskompetenzen im Strafrecht in der Bundesrepublik Deutschland und in der DDR nicht durch eine einheitliche Verfassung gebunden waren.

2. Es bleiben für Taten aus der Zeit, in der innerhalb der DDR rechtsstaatswidrige **29**
Zustände herrschten, schwere Probleme bei der praktisch wichtigen Anwendung von § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB (zu § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB siehe oben 5/18).

a) Die Verhinderung von „Republikflucht" durch Tötung des Flüchtlings oder durch Freiheitsberaubung war nach dem innerstaatlichen Recht der DDR nicht strafbar[80]. Daran ändert auch der klare Verstoß gegen elementare humanitäre Grundsätze nichts, da selbst die Verneinung der Rechtfertigungswirkung des Schießbefehls die *Straf*barkeit nicht „wiederherstellen" kann. Entsprechendes gilt bei Denunziationen von Fluchtwilligen, die daraufhin in der DDR Freiheitsstrafe erlitten[80a]. Eine Normenordnung wird verfälscht, wenn aus ihrem Zusammenhang einzelne Normen gestrichen und damit die verbleibenden Normen inhaltlich verändert werden; die veränderten Normen sind dann nicht mehr die des betreffenden Staats[81]. Die — zugegebenermaßen unbefriedigende — Lage kann nur durch die Änderung des positiven Rechts, nicht aber durch die Konstruktion „natürlicher Strafbarkeit" verbessert werden (siehe schon oben 5/18)[82].

b aa) Noch ungeklärt ist die Lage bei der Erzwingung von „Republikflucht" mit **30**
Notrechten, die gegenüber Grenzsoldaten der DDR geltend gemacht wurden (§§ 32 ff StGB bei Tötung der Grenzsoldaten?). Die Rechtswidrigkeit der Flucht nach der

---

77 BGH 7 S. 54 ff, 55; *Maurach* AT[4] § 11 II C b.

78 *Jescheck* AT § 20 III 1.

79 Eingehend *Krey* JR 1980 S. 45 ff; *ders.* in: Entwicklung S. 199 ff; *Krey* und *Arenz* JR 1985 S. 399 ff, 401 f mit ausführlichen Nachweisen zu der Kontroverse um eine direkte oder analoge Anwendung.

79a *A. A.* — interlokales Strafrecht — *Wessels* AT § 2 III 3.

80 *Grünwald* JZ 1966, S. 633 ff.

80a Soweit nicht § 5 Absatz 1 Nr. 6 eingreift; — *a. A.* BGH 32 S. 293 ff, 298 f „jedenfalls", soweit es um Delikte geht, „in denen sich die mit der politischen Verdächtigung (oder Verschleppung) verbundene und von diesem Tatbestand vorausgesetzte Gefährdung verwirklicht und in eine Verletzung übergeht". — Durch diese Auslegung des § 7 Absatz 1 StGB (noch entschiedener für die Anwendung dieser Vorschrift *Oehler* JZ 1984 S. 948 ff, 949) wird die strenge Enumeration in § 5 Absatz 1 Nr. 6 StGB unterlaufen.

81 *Grünwald* Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht S. 11; *Krey* und *Arenz* JR 1985 S. 399 ff, 403 f.

82 Äußerst streitig; siehe zu den unterschiedlichen Positionen *Grünwald* JZ 1966 S. 633 ff; *Dichgans* NJW 1966 S. 2255 ff; *Krey* Strafanwendungsrecht S. 150 f; *LK-Tröndle* Rdn. 99 f vor § 3; *Dreher-Tröndle* § 3 Rdn. 12; *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 70 vor § 3; *Schroeder* JZ 1974 S. 113 ff; *Roggemann* ZRP 1976 S. 243 ff; *Woesner* ZRP 1976 S. 248 ff; LG Stuttgart JZ 1964 S. 101 ff (Fall Hanke); *Oehler* Internationales Strafrecht S. 286 Fn. 19; differenzierend OLG Düsseldorf JR 1980 S. 73 ff, 75.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Ordnung der DDR bindet die Bundesrepublik Deutschland nicht[83]. Mangels einer solchen Bindung wird aber nicht jede Verhinderung eines Grenzübertritts zu einem nach deutschem Strafrecht rechtswidrigen Akt, so etwa nicht bei fliehenden Tätern nicht politisch gefärbter Delikte. In den anderen Fällen ist bei der Entscheidung über ein Notwehrrecht des Flüchtenden zu berücksichtigen, daß die DDR-Grenzsoldaten teils ohne die Chance agierten, ihrerseits für das System der Bundesrepublik Deutschland zu optieren.

bb) Im Ergebnis wird der Flüchtling, der ohne einen nach materiell rechtsstaatlichen Normen akzeptablen Grund in seiner Freizügigkeit behindert wurde und sein Recht deshalb gewaltsam reklamierte, gegen den Grenzsoldaten, der ihn hinderte, nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland ein Notwehrrecht haben, in vollem Umfang freilich nur, wenn der Grenzsoldat bei Duldung der Flucht nicht in eine Notlage nach § 35 StGB geriet[84] (zu den Notrechten bei entschuldigtem Angriff siehe unten 12/18). Daß es ein allgemein völkerrechtlich anerkanntes Auswanderungsrecht nicht gibt[85], ist irrelevant; denn das deutsche Strafrecht garantiert nicht nur völkerrechtlich anerkannte Positionen. — Die Konsequenzen dieser Lösung für Notwehrhilfe und polizeilich legitimierte Hilfe, insbesondere durch den Bundesgrenzschutz, und die jeweilige Unsicherheit der tatsächlichen Lage (will der Flüchtling nur Freizügigkeit?) können freilich wenig befriedigen[86].

---

83 Abweichend *Roggemann* aaO; *Grünwald* aaO, der freilich bei der Ermittlung der Verhältnismäßigkeit des Schießbefehls die Wertigkeit der vom Flüchtling verfolgten Zwecke unbeachtet läßt (S. 638).

84 Hierzu *Schroeder* NJW 1978 S. 2577 ff, 2578.

85 Zur davon abweichenden völkervertragsrechtlichen Lage siehe *Jescheck* AT § 20 III 3 b; *Woesner* ZRP 1976 S. 248 ff; *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 70 vor § 3.

86 Alles äußerst streitig; OLG Hamm JZ 1976 S. 610 ff; BGH NJW 1978 S. 113 ff (beides Fall Weinhold); OLG Düsseldorf MDR 1985 S. 521 (die Grenzorgane der DDR sollen — allenfalls abgesehen von flagranten Verletzungen des Rechts auf Ausreise — die üblichen „Kontroll- und Eingriffsbefugnisse" gehabt haben); zur Literatur siehe die vorangehenden Fn., zudem *Sax* JZ 1959 S. 385 ff; *Schroeder* NJW 1978 S. 2277 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

2. BUCH

Die Zurechnungslehre

1. TITEL

Der Inhalt und die Aufgabe der Zurechnung, hauptsächlich beim Begehungsdelikt

1. KAPITEL

Die Tatbestandsverwirklichung

6. ABSCHNITT

Die Grundlagen und die Grundbegriffe der Tatbestandsverwirklichung durch Handlung

I. Der Handlungsbegriff

Literatur

H. Achenbach Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *ders.* Die Sanktionen gegen die Unternehmensdelinquenz im Umbruch, JuS 1990, S. 601 ff; *B. Ackermann* Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen, 1984; *H. Alwart* Recht und Handlung, 1987; *A. Baratta* Über Jherings Bedeutung für die Strafrechtswissenschaft, Jherings Erbe, S. 17 ff; *H.-J. Behrendt* Die Unterlassung im Strafrecht, 1979; *ders.* Affekt und Vorverschulden, 1983; *ders.* Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht, Jescheck-Festschrift S. 303 ff; *R. Bloy* Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW 90 S. 609 ff; *P. Bockelmann* Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949; *E. v. Bubnoff* Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966; *B. Burkhardt* Der Wille als konstruktives Prinzip der Strafrechtsdogmatik, in: *Heckhausen* u. a. (Hrsg.) Jenseits des Rubikon, 1987 S. 319 ff; *R. Busch* Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, 1933; *ders.* Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; *G. Dornseifer* Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merkels, 1979; *K. Engisch* Der finale Handlungsbegriff, Kohlrausch-Festschrift S. 141 ff; *ders.* Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen? Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages Bd. II (E), 1954, S. 12 ff; *ders.* Tun und Unterlassen, Gallas-Festschrift S. 163 ff; *ders.* Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, Welzel-Festschrift S. 343 ff; *H. A. Fischer* Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911; *H. Franzheim* Sind falsche Reflexe des Kraftfahrers strafbar? NJW 1965 S. 2000 f; *W. Gallas* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 S. 1 ff; *ders.* Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989; *H. Geser* Elemente einer soziologischen Theorie des Unterlassens, Kölner Zeitschrift 1986 S. 644 ff; *E. Gimbernat Ordeig* Handlung, Unterlassung und Verhalten, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 159 ff; *E. Göhler* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen, Beiheft ZStW 1978 S. 100 ff; *K. H. Gössel* Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung, 1966; *K. A. Hall* Fahrlässigkeit im Vorsatz, 1959; *W. Hardwig* Die Zurechnung, 1957; *F. Hartung* Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen? Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Bd. II (E), 1954 S. 43 ff; *E. Heinitz* Der Ausbau des Strafensystems, ZStW 65 S. 26 ff; *ders.* Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit juristischer Personen gesetzlich vorzusehen? Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages Bd. II (E), 1954, S. 73 ff; *R. D. Herzberg* Die Unterlassung im

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *ders.* Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten, JZ 1988 S. 573 ff, 635 ff; *H. J. Hirsch* Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW 93 S. 831 ff, 94 S. 239 ff; *A. Hold v. Ferneck* Die Rechtswidrigkeit Bd. I, 1903; *J. Hruschka* Strukturen der Zurechnung, 1976; *ders.* und *J. C. Joerden* Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck, ARSP Bd. LXXIII (1987) S. 93 ff; *A. Huss* Die Strafbarkeit der juristischen Person, ZStW 90 S. 237 ff; *G. Jakobs* Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Welzel-Festschrift S. 307 ff; *ders.* Die juristische Perspektive zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat, in: *J. Gerchow* (Hrsg.) Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983 S. 21 ff; *ders.* Über die Aufgabe der subjektiven Deliktseite im Strafrecht, in: *H. Witter* (Hrsg.) Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht, 1987 S. 271 ff; *H.-H. Jescheck* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände, ZStW 65 S. 210 ff; *ders.* Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht, SchwZStr. 70 (1955) S. 243 ff; *ders.* Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 S. 179 ff; *ders.* Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, Eb. Schmidt-Festschrift S. 139 ff; *ders.* Grundlagen der Dogmatik und Kriminalpolitik, ZStW 93 S. 1 ff; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *ders.* Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-Festschrift S. 393 ff; *ders.* Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft, Tjong-Gedächtnisschrift S. 100 ff; *Arthur Kaufmann* Einleitung zu: *G. Radbruch* Der Handlungsbegriff, Nachdruck 1967, S. VII ff; *ders.* Die ontische Struktur der Handlung, H. Mayer-Festschrift S. 79 ff; *ders.* Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit, JuS 1967 S. 145 ff; *U. K. Kindhäuser* Intentionale Handlung, 1980; *ders.* Basis-Handlungen, Rechtstheorie 1980 S. 479 ff; *ders.* Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982 S. 477 ff; *ders.* Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96 S. 1 ff; *ders.* Gefährdung als Straftat, 1989; *ders.* Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum, GA 1990 S. 407 ff; *U. Klug* Der Handlungsbegriff des Finalismus als methodisches Problem, Emge-Festschrift S. 33 ff; *E. Kohlrausch* Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903; *J. Krümpelmann* Motivation und Handlung im Affekt, Welzel-Festschrift S. 327 ff; *ders.* Vorsatz und Motivation, ZStW 87 S. 888 ff; *E.-J. Lampe* Das personale Unrecht, 1967; *ders.* Verantwortung und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: *W. Maihofer* u. a. (Hrsg.) Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. XIV, 1989 S. 286 ff; *D. Lang-Hinrichsen* „Verbandsunrecht", H. Mayer-Festschrift S. 49 ff; *K. Larenz* Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927; *H. von der Linde* Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht? 1988; *R. Lippold* Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin, 1989; *K. Luff* Die biologische Betrachtung von Verkehrsunfällen und ihre Bedeutung für die Verkehrsrechtsprechung, DAR 1959 S. 89 ff; *N. Luhmann* Soziologische Aufklärung Bd. III, 1981; *W. Maihofer* Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953; *ders.* Zur Systematik der Fahrlässigkeit, ZStW 70 S. 159 ff; *ders.* Der Unrechtsvorwurf, Rittler-Festschrift S. 141 ff; *ders.* Der soziale Handlungsbegriff, Eb. Schmidt-Festschrift S. 156 ff; *M. Maiwald* Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff? ZStW 86 S. 636 ff; *H. Mayer* Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, v. Weber-Festschrift S. 137 ff; *A. Merkel* Kriminalistische Abhandlungen Bd. I, 1867; *E. Mezger* Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 S. 207 ff; *ders.* Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; *K. Michaelowa* Der Begriff der strafrechtswidrigen Handlung, 1968; *R. Moos* Die finale Handlungslehre, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart Bd. II, 1974, S. 5 ff; *J. Nagler* Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Binding-Festschrift Bd. II S. 273 ff; *W. Niese* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *P. Noll* Der strafrechtliche Handlungsbegriff, in: *A. Mergen* (Hrsg.) Kriminologische Schriftenreihe Bd. 54, 1971, S. 21 ff; *F. Nowakowski* Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ 1958 S. 335 ff, 388 ff; *ders.* Probleme der Strafrechtsdogmatik, JurBl. 1972 S. 19 ff; *D. Oehler* Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959; *ders.* Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit, Eb. Schmidt-Festschrift S. 232 ff; *K. Otter* Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechensaufbau, 1973; *R. Pohl-Sichtermann* Geldbuße gegen Verbände, 1974; *G. Radbruch* Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904; *ders.* Zur Systematik der Verbrechenslehre, Frank-Festgabe Bd. I S. 158 ff; *ders.* Rechtsidee und Rechtsstoff, ARSP 17 S. 343 ff; *ders.* Rechtsphilosophie (Literaturbericht), ZStW 25 S. 251 ff; *Th. Rittler* Die finale Handlungstheorie im Strafrechtssystem Maurachs, JurBl. 1955 S. 613 f; *H.*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

E. Rotberg Für Strafe gegen Verbände, DJT-Festschrift Bd. II S. 193 ff; *C. Roxin* Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, Radbruch-Gedächtnisschrift S. 260 ff; *ders.* Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 S. 515 ff; *H.-J. Rudolphi* Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, in: *B. Schünemann* (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984 S. 69 ff; *G. Schewe* Reflexbewegung Handlung Vorsatz, 1972; *ders.* Alkoholdelinquenz aus medizinischer Sicht, Beiheft ZStW 1981 S. 39 ff; *ders.* Wille und Freiheit — juristische und medizinisch-psychologische Aspekte, in: *J. Gerchow* (Hrsg.) Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983 S. 1 ff; *W. Schild* Die „Merkmale" der Straftat und ihres Begriffs, 1979; *E. Schmidhäuser* Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmale im Strafrechtssystem, ZStW 66 S. 27 ff; *ders.* Zur Systematik der Verbrechenslehre, Radbruch-Gedächtnisschrift S. 268 ff; *ders.* Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden? JZ 1986 S. 109 ff; *ders.* Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, S. 131 ff; *Eb. Schmidt* Soziale Handlungslehre, Engisch-Festschrift S. 339 ff; *ders.* Der Arzt im Strafrecht, 1939; *R. Schmitt* Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, 1958; *K. Schneider* Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, 4. Auflage 1961; *Chr. Schöneborn* Zum „Erfolgsunwert" im Lichte der sozialpsychologischen Attributionstheorie, GA 1981 S. 70 ff; *B. Schünemann* Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: *ders.* (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984 S. 1 ff; *ders.* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 S. 341 ff, GA 1986 S. 293 ff; *R. Seiler* Strafrechtliche Maßnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, 1967; *R. Spiegel* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Kraftfahrers für Fehlreaktionen, DAR 1968 S. 283 ff; *G. Stratenwerth* Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht, SchwZStr. 81 (1965) S. 179 ff; *ders.* Literaturbericht, ZStW 85 S. 469 ff; *ders.* Unbewußte Finalität? Welzel-Festschrift S. 289 ff; *E. Struensee* Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987 S. 53 ff; *K. Tiedemann* Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität Bd. I, 1976; *ders.* Die „Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, NJW 1988 S. 1169 ff; *Z. U. Tjong* Der Ursprung und die philosophische Grundlage der Lehre von den „sachlogischen Strukturen" im Strafrecht, ARSP 54 S. 411 ff; *H. v. Weber* Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts, 1929; *ders.* Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935; *ders.* Über die Strafbarkeit juristischer Personen, GA 1954 S. 237 ff; *ders.* Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, Engisch-Festschrift S. 328 ff; *H. Wegener* Zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat — die psychologische Perspektive, in: *J. Gerchow* (Hrsg.) Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983 S. 35 ff; *O. Weinberger* Die formal-finalistische Handlungstheorie und das Strafrecht, Klug-Festschrift S. 199 ff; *H. Welzel* Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; *ders.* Kausalität und Handlung, ZStW 51 S. 703 ff; *ders.* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 S. 491 ff; *ders.* Um die finale Handlungslehre, 1949; *ders.* Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, Grünhut-Erinnerungsgabe S. 173 ff; *ders.* Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1951, 4. Auflage 1961; *ders.* Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen, JZ 1956 S. 316 ff; *ders.* Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1958; *ders.* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961; *ders.* Zur Dogmatik im Strafrecht, Maurach-Festschrift S. 3 ff; *ders.* Ein unausrottbares Mißverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre, NJW 1968 S. 425 ff; *ders.* Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966 S. 421 ff; *ders.* Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975; *E. A. Wolff* Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, 1964; *ders.* Das Problem der Handlung im Strafrecht, Radbruch-Gedächtnisschrift S. 291 ff; *J. Wolter* Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *G. H. v. Wright* und *G. Meggle* Das Verstehen von Handlungen, Rechtstheorie 20 (1989) S. 3 ff; *U. Ziegert* Vorsatzschuld und Vorverschulden, 1987.

A. Die strafrechtlichen Handlungstheorien

1. Die Handlungslehre als Teil der Zurechnungslehre

Die Aufgabe der Zurechnung ergibt sich aus der Aufgabe von Strafe und wurde **1**
schon im Zusammenhang mit der Strafe skizziert (oben 1/1 ff). Die Zurechnung legt fest, welche Person zur Stabilisierung der Normgeltung zu bestrafen ist. Das Ergebnis

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

lautet: Zu bestrafen ist ein Subjekt, das sich normwidrig und schuldhaft verhalten hat (wenn nicht das Gesetz auf Strafe verzichtet, was aus diversen Gründen möglich ist). *Die Lehre von der Zurechnung entwickelt die verwendeten Begriffe: Verhalten des Subjekts, Normbruch, Schuld.*

Die Darstellung beginnt mit der Handlung; diese ist das Verhalten des Subjekts beim Begehungsdelikt. Die zur Bestimmung der Handlung zu lösenden Probleme sind mit nahezu allen Problemen der Zurechnung als Delikt[1] verknüpfbar, insbesondere mit der Lehre vom Tatbestand (gehen die allgemeinen Merkmale der Handlung dem Tatbestand vor oder werden sie durch den Tatbestand bestimmt?), der Lehre vom Unrecht (wie stark darf mit der Handlung das Unrecht individualisiert oder subjektiviert werden?), der Lehre von der Schuld (ist überhaupt eine nicht voll zurechenbare, also nicht schuldhafte Handlung eine spezifisch menschliche Handlung?) und schließlich mit der Differenzierung zwischen Tun und Unterlassen (ist beides Handlung, weil beides Delikt sein kann?). Entsprechend variantenreich und komplex sind die Lösungsvorschläge, wobei die literarische Lage noch dadurch verdunkelt wird, daß zwischen dem Sachproblem (was sind die Voraussetzungen der Zurechnung und wie sind sie zu ordnen; wie ist ein Verbrechen aufgebaut?) und dem terminologischen Problem (was kann oder muß als Handlung bezeichnet werden?) nicht stets deutlich unterschieden wird[2].

2. Die Möglichkeit einer schuldlosen Handlung

2 a) Es besteht kein logisches Hindernis, nur die voll zurechenbare, also schuldhafte Tat eine Handlung zu nennen. Ein nur rechtswidriges, aber schuldloses Verhalten ist bei diesem Sprachgebrauch keine komplette, sondern eine unvollständige Handlung.

Die Wahl dieser Lösung bedeutet nicht, daß überhaupt nur Straftaten Handlungen sein könnten, also rechtmäßiges Verhalten schon keine Handlung wäre. Der Begriff der Handlung kann vielmehr an der vollen Zurechenbarkeit ohne Berücksichtigung der Rechtswidrigkeit festgemacht werden; zurechenbar können nicht nur „böse", sondern auch „gute" Werke sein, und Zurechnung ist nicht nur eine rechtliche, sondern auch eine sozialethische Kategorie. Beispiel: Ob jemand ein Gerät baut, um Menschen zu retten oder rechtswidrig zu vernichten, die Frage nach der Zugehörigkeit von Werk und Folge zum Konstrukteur, also die Frage nach der Zurechnung, läßt sich jedenfalls stellen [2a]. Der Bestand einer Handlung von *rechtlicher* Erheblichkeit bleibt bei dieser Lösung freilich von den *rechtlichen* Zurechnungsvoraussetzungen abhängig; die Handlung wird zu einem Begriff, der relativ zum jeweils relevanten Zurechnungssystem ist.

3 b) Ein Handlungsbegriff, der — in moderner Terminologie — das Nicht-Schuldhafte ausschließt, ist von *Hegel* entwickelt[3] und von den Hegelianern, insbesondere von *Abegg*[4], *Berner*[5] und *Köstlin*[6], in die Strafrechtswissenschaft eingeführt worden[7].

---

1 Die ältere Lehre differenziert zwischen Delikt und Verbrechen. Delikt ist danach „die schuldhafte normwidrige Handlung, einerlei ob sie strafbar ist oder nicht"; Verbrechen ist die strafbare Erscheinungsform des Delikts (*Binding* Handbuch S. 499 ff, 503; dazu *Armin Kaufmann* Normentheorie S. 30). Diese Differenzierung wird hier nur bei Anlehnungen an ältere Literatur durchgeführt; ansonsten wird als Oberbegriff der des Delikts verwendet. — Zum Begriff des Verbrechens im gesetzestechnischen Sinn siehe unten 6/102 ff.

2 Zur terminologischen Kontroverse siehe *Klug* Emge-Festschrift S. 33 ff. — Eine kritische Darstellung der hiesigen Position bringt *Schmidhäuser* JZ 1986 S. 109 ff, 115 ff. — Einen kritischen Vergleich wissenschaftlich möglicher Systeme versucht *Lippold* Rechtslehre S. 179 ff.

2a *Hruschka* und *Joerden* ARSP 73 (1987) S. 93 ff.

3 Zur Zurückführung auf *Pufendorf* siehe *Welzel* Die Naturrechtslehre S. Pufendorfs S. 19 ff, 84 ff; *ders.* Strafrecht § 8 III 1.

4 Lehrbuch S. 124 ff.

5 Lehrbuch § 35 I, § 62.

6 System § 56.

7 Eingehend hierzu *v. Bubnoff* Entwicklung S. 36 ff; siehe auch *Otter* Funktionen S. 30 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Hegel[8]: „Die Äußerung des Willens als subjektiven oder moralischen ist Handlung . . . Erst die Äußerung des moralischen Willens ist Handlung".

Der Vorteil eines so gebildeten Handlungsbegriffs liegt darin, daß die Handlung nicht nach ihren äußeren Teilen (Körperbewegung oder Erfolg), sondern nach ihrem Sinnbezug zur Norm bestimmt wird. Das heißt für die verbrecherische Handlung: Nicht das äußere Geschehen ist das Schlimme, sondern die im Faktum des Handlungsvollzugs erkennbar werdende Haltung des Täters zur Norm, also zur Ordnung allgemein. Wiederum *Hegel*[9]: In des Täters „als eines Vernünftigen Handlung liegt, daß sie etwas Allgemeines, daß durch sie ein Gesetz aufgestellt ist, das er in ihr für sich anerkannt hat, unter welches er also, als unter sein Recht subsumiert werden darf". Dieser Handlungsbegriff paßt für eine Straftheorie, nach der die Strafe gleichfalls nicht einem äußeren Zustand, sondern dem Bestand der Normen gilt; *Hegels* Konzeption hierzu ist bekannt: Es geht bei der Bestrafung des Verbrechers um „das Aufheben des Verbrechens, das sonst gelten würde", und das heißt um „die Wiederherstellung des Rechts"[10].

Ein so gestalteter Handlungsbegriff leistet nichts bei der Ermittlung und didaktischen Aufbereitung dessen, was ein Delikt ist; er läßt vielmehr die Zurechnungsvoraussetzungen in einer ungegliederten Gemengelage[11]. Dies allein führt freilich nicht zur Ablösung des Handlungsbegriffs *Hegels*. Bedingung für die Entwicklung ist vielmehr auch, daß *Hegels* Deutung des Delikts als Sinnausdruck abdankt. Bei *Hegel* geht es so deutlich um einen Handlungssinn, um den in der Handlung „geäußerten" Entwurf einer Weltgestaltung, daß die Lösung nur für den wirklich gemeinten Sinn, also bei Vorsatztaten, paßt: „Das Recht des Willens aber ist, in seiner Tat nur dies als seine Handlung anzuerkennen, . . . was davon in seinem Vorsatze lag"[12]. Fahrlässigkeitstaten sind bei dieser Konzeption nicht erfaßt[13].

4 c) Die Gegenposition zum Verständnis der Handlung als Sinnausdruck ist das Verständnis der Handlung als äußerlich gefährlicher Vorgang, und dieser Wechsel, die Naturalisierung des Strafgrunds, also der Wandel der Straftheorie von der Vergeltung am vernünftigen Menschen hin zur Sicherung vor Gefahren für Interessen, ist die Basis, auf der am Ende des vorigen Jahrhunderts ein Umbau der Handlungslehre zunächst dahin erfolgt, daß Handlung nicht mehr das voll zurechenbare Verhalten ist, sondern ein für Interessen gefährlicher Willkürakt[14]. Prägnant zeigt diesen Wechsel *Mezgers* (spätere) Definition des Unrechts: „*Unrecht* ist Widerspruch gegen das Recht als *Bewertungsnorm*, Veränderung eines rechtlich gebilligten bzw. Herbeiführung eines rechtlich mißbilligten Zustandes, *nicht* rechtlich mißbilligte Veränderung eines Zustandes. Das Verbrechen ist rechtswidrig, weil es Rechtswidrigkeit bewirkt"[15].

8 Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 113; — bei *Hegel* findet sich freilich auch die Rede von Handlungen (!) zur Moralität unfähiger Personen, aaO § 120.

9 *Hegel* aaO § 100.

10 *Hegel* aaO § 99.

11 Das ist kein Spezifikum der Handlungslehre *Hegels*, sondern trifft die im 19. Jahrhundert ganz übliche Konfundierung von Unrecht und Schuld; siehe hierzu, insbesondere zu *A. Merkel* und *Hold v. Ferneck*, *Mezger* GS 89 S. 207 ff, 208 ff; siehe auch unten 6/74.

12 *Hegel* aaO § 117.

13 Streitig; siehe *Larenz* Hegels Zurechnungslehre S. 33, 55; *Jakobs* Studien S. 41 f.

14 Freilich wird von *v. Liszt* und *Radbruch* gerade nicht eine *teleologisch* am Strafzweck ausgerichtete Systembildung intendiert, sondern ein *klassifikatorisches* System; siehe *v. Liszt* Strafrecht[2] § 28; *Radbruch* Handlungsbegriff S. 7 ff, 66 f. — *Radbruch* hat diese Sichtweise später preisgegeben; *ders.* ZStW 25 S. 251 ff, 256; *ders.* ARSP 17 S. 343 ff; *ders.* Frank-Festgabe Bd. I S. 158 ff. — Zur Systematik *Radbruchs* eingehend *Schmidhäuser* Radbruch-Gedächtnisschrift S. 268 ff; siehe auch *Arthur Kaufmann* Einleitung zum Nachdruck von *Radbruch* Handlungsbegriff (Darmstadt 1967) S. VII ff, X f. — Aber die Wahl des klassifikatorischen Systems und die Einordnung der Handlung nach diesem System hat die latente Funktion der Darstellung auch einer Straftheorie.

15 GS 89 S. 207 ff, 245 f; Hervorhebungen original.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Dieser Umbau hat ein Ergebnis gebracht, das bis heute nützlich ist, scil. die Stufung der Zurechnungsvoraussetzungen. Ungeachtet der Entscheidung, welcher Teil des gestuften Zurechnungsgefüges als Handlung bezeichnet wird, bleibt doch die Trennung von mindestens zwei Stufen: einer Zurechnung als Unrecht und einer Zurechnung als Schuld. Diese Trennung ist notwendig; denn für einen Teil der Zurechnung, eben für die Schuld, kann die Beziehung des Täters zu einem vorgehenden Teil, eben zum Unrecht, bedeutsam sein. Es geht vorweg um die Fähigkeit zur Einsicht in das Unrecht und zum Verhalten gemäß der Einsicht (§§ 17, 20, 21 StGB, § 3 JGG[16]). Mit anderen Worten, die *erste* Zurechnungsfrage, ob jemand durch sein Verhalten gegen eine Norm verstößt, sich also unrecht verhält, ist von der *zweiten* Zurechnungsfrage zu trennen, ob der Normverstoß durch einsichtiges Verhalten zu vermeiden war. Keine Norm kann nur für den Fall ihrer Einsehbarkeit gelten; denn sie muß als schon geltende Norm Gegenstand der Einsicht sein[17].

5 d) Wenn die Beziehung des Täters zum Unrecht nicht Voraussetzung des Unrechts sein kann, so könnte aber trotz der Notwendigkeit einer Stufung nur dasjenige Verhalten Handlung genannt werden, das nicht nur Unrecht ist, sondern auch von einem einsichtsfähigen etc. Täter vollzogen wird: Der Handlungsbegriff *Hegels* bliebe im Ergebnis unangetastet. Eine solche Verwendung des Handlungsbegriffs entspräche sogar einer gebräuchlichen rechtlichen Terminologie, nach der Handlung dasjenige Verhalten genannt wird, das Rechtswirkungen (hier Strafe) erzeugen kann. Diese zunächst auch in der Strafrechtswissenschaft trotz vollzogener Stufung der Zurechnungsvoraussetzungen beibehaltene Terminologie[18] tritt jedoch hinter der Verwendung des Handlungsbegriffs schon allein für das unrechte Tun zurück: Der Streit um den Handlungsbegriff wird zum Streit um den Unrechtsbegriff. Neben dem schon erwähnten Blickwechsel vom Normbruch hin zur Interessenverletzung ist ein Grund für diese Zuweisung des Handlungsbegriffs an den Zurechnungs-„Anfang", daß die Aufgliederung der Zurechnungsvoraussetzungen in einem klassifikatorischen System den Blick vom Zusammenhang der Glieder ablenkt. — Die Konzentration auf das

---

16 Vergleiche demgegenüber die Formulierung von § 51 StGB in der Fassung von 1871, nach der die Schuld nicht reflexiv zum Unrecht, also nicht als Zurechnungs*stufe* bestimmt wird, sondern ungestuft als „freie Willensbestimmung".

17 Eingehend *Jakobs* Studien S. 9 ff, 11 f mit Nachweisen; *ders.* Welzel-Festschrift S. 307 ff, 317 ff. — Allerdings kann der konkret verpflichtete Adressatenkreis einer Norm durch die Fähigkeiten der jeweiligen Individuen eingeschränkt werden — darauf beruht die Lehre vom personalen Unrecht (unten 6/8) —, nur eben logisch nicht durch die Fähigkeit zur Einsicht in eben die Norm als Norm, die aufgestellt werden soll. Freilich läßt sich — nicht die Konstruktion, aber — das Ergebnis einer durch die eigene Einsehbarkeit beschränkten Norm erzielen, indem die *konkrete* Norm nur an denjenigen adressiert wird, der eine — im Adressatenkreis unbeschränkte — *hypothetische* Norm der in Frage stehenden Art einsehen könnte. — Dazu siehe *Mezger* GS 89 S. 207 ff, 208 ff; *Lampe* Personales Unrecht S. 11 ff; *Nagler* Binding-Festschrift Bd. I S. 273 ff; *Armin Kaufmann* Normentheorie S. 121 ff; *ders.* Welzel-Festschrift S. 393 ff, 396 Fn. 4. — Gegen die Trennung von Unrecht und Schuld *von der Linde* Rechtfertigung S. 137 ff.

18 Und zwar *neben* der Handlung als Willkürakt beibehalten insbesondere von *v. Liszt* selbst: „Wir können die Zurechnungsfähigkeit auch bestimmen als strafrechtliche Handlungsfähigkeit. Denn Handlungsfähigkeit im juristischen Sinne ist die Fähigkeit, . . . solche Handlungen (vorzunehmen), an welche als Thatbestand das Recht den Eintritt von Rechtsfolgen knüpft"; Strafrecht[5] § 35 I. — Parallel liegt die Lösung von *E. A. Wolff*, der neben einem sozialen Handlungsbegriff (dazu unten 6/23) einen individuellen Handlungsbegriff entwickelt und diesen durch die Schuldhaftigkeit definiert („freies, sinnbezogenes Ergreifen einer dem einzelnen offenstehenden Möglichkeit"); Handlungsbegriff S. 17; *ders.* Radbruch-Gedächtnisschrift S. 291 ff, 298. — Siehe auch *Jakobs* Welzel-Festschrift S. 307 ff, 318 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Unrecht wird ferner durch die Formulierung einer objektiven (also jedenfalls schuldlosen) Rechtswidrigkeit im Zivilrecht durch *v. Jhering* verstärkt[19].

3. Der kausale Handlungsbegriff

a) *Jherings* objektive Rechtswidrigkeit stößt zunächst im Strafrecht auf Wider- **6**
spruch; Schuld und Unrecht sollen nach ganz überwiegender Ansicht untrennbar sein[20]. Die bis zur Gegenwart entscheidende Abwendung von dieser Ansicht erfolgt erst durch *v. Liszt*[21], *Beling*[22] und *Radbruch*[23], und zwar dergestalt, daß das deliktische Tun in zwei verschiedenartige Bestandteile zu zerlegen sein soll: In den äußeren (objektiven) Kausalvorgang einerseits und den inneren (subjektiven) Willensinhalt andererseits. Handlung soll hierbei ein Kausalvorgang sein, soweit er auf menschliches Wollen *gleich welchen Inhalts,* auf willkürliche Körperbewegung, zurückgeführt werden kann. Willkürliche Körperbewegung wiederum wird definiert als „die durch Vorstellung bewirkte, durch die Innervation der Bewegungsnerven erfolgende Anspannung (Kontraktion) der Muskeln"[24]. Der Wille des Menschen wird also als Faktum genommen ohne Blick auf seinen Inhalt und schon deshalb ohne Blick auf seinen Sinn. „Für die Feststellung, *daß* eine ‚Handlung vorliegt genügt die Gewißheit, daß der Täter willentlich thätig geworden bzw. unthätig geblieben ist. *Was* er gewollt hat, ist hierfür gleichgültig; der Willensinhalt ist nur von Bedeutung für die Frage der Schuld"[25]. Grund dieser Verkürzung des Willens ist das Bemühen um die Reinlichkeit einer Scheidung des Kausalzusammenhangs vom Schuldzusammenhang, und zwar „nicht nur bis zur Körperbewegung", also im Bereich der dem körperlichen Akt nachfolgenden Kausalität, „sondern bis zum Willen hinauf"[26].

Bei dieser Trennung der Deliktsaußenseite als Unrecht und der Deliktsinnenseite als Schuld wird die Außenseite zunächst drastisch als eine „sinnlich wahrnehmbare Veränderung" definiert, etwa bei der Beleidigung als „Erregung von Luftschwingungen und von physiologischen Prozessen im Nervensystem des Angegriffenen"[27]. Das ändert sich nachfolgend dahin, daß ein Erfolg auch in seiner sozialen Bedeutung Außenwirkung sein kann, etwa eine Beleidigung als Abwertung[28]. Ferner ändert sich die Gleichung: Unrecht zu Schuld ist gleich Außen zu Innen, und zwar durch die Herausarbeitung subjektiver Unrechtselemente[28a] (unten 8/93). Es kommt noch die Erkenntnis hinzu, daß das beim Versuch allein vorhandene objektive Bruchstück ohne Berücksichtigung des Vorsatzes nur schwer als ein Unrecht spezifiziert werden kann[28b]. Wenn aber der Vorsatz zum Unrecht des Versuchs gehört, kann er bei der Vollendung nicht

---

19 Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht (Birnbaum-Festschrift), 1867, S. 4 ff; dazu *H. A. Fischer* Rechtswidrigkeit S. 120 ff; *Mezger* GS 89 S. 207 ff, 211 ff; *Welzel* JuS 1966 S. 421 ff; *Baratta* in: Jherings Erbe S. 17 ff, 18 ff; *Achenbach* Grundlagen S. 23 ff. — Das nicht schuldhafte Unrecht ist als „unbefangenes Unrecht" schon von *Hegel* entwickelt worden (aaO § 83, § 84 ff; dazu *v. Jhering* aaO S. 5 Fn. 1), aber für dessen Handlungsbegriff ohne Folgen geblieben.

20 So kurz vor *Jherings* Schrift dezidiert *A. Merkel* Kriminalistische Abhandlungen Bd. I S. 42 ff; ferner *Binding* Normen Bd. I[1] S. 153 f (anders schon Bd. I[2] S. 245); *Kohlrausch* Irrtum und Schuldbegriff S. 23 ff und passim; *Hold v. Ferneck* Rechtswidrigkeit Bd. I S. 276 ff, 370 ff; *zu Dohna* Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal S. 55 ff.

21 Strafrecht[2] § 28.

22 Grundzüge des Strafrechts[2] S. 38.

23 Handlungsbegriff S. 68 ff, 129 f.

24 *v. Liszt* aaO II.

25 *Beling* aaO S. 38, Hervorhebungen original; *Radbruch* aaO S. 130 f.

26 *Radbruch* aaO S. 131.

27 *v. Liszt* Strafrecht[2] § 28.

28 *Radbruch* Frank-Festgabe Bd. I S. 158 ff, 161.

28a Kritisch *Lippold* Rechtslehre S. 292 ff.

28b *Lippold* Rechtslehre S. 262 skizziert zwei — praktisch aber kaum befriedigende — Konzepte einer rein objektiven Versuchsbestimmung (objektive Gefährlichkeit des Versuchs und Versuchsschuld ohne Versuchsunrecht), gegen die das im Text genannte Versuchsargument nicht vorgebracht werden kann.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

nur ein Schuldmoment sein, zumal die Abgrenzung von Versuch und Vollendung teils ohne materiale Bedeutung ist (dazu unten 25/1). Schließlich ist auch das Verständnis der Schuld als etwas Inneres nicht nur insoweit verfehlt, als das Innere als eine psychische Beziehung zu einem äußeren Erfolg verstanden wird (eine solche Beziehung zu einem tatbestandlich relevanten Erfolg fehlt bei der Fahrlässigkeit überhaupt, unten 9/3, 5), sondern die Bezeichnung als etwas Inneres ist auch verkürzend; denn es geht — abgesehen von der Zugehörigkeit des Unrechts zum Schuldtatbestand (unten 17/44, 47) — bei der Schuld nicht allein um eine psychische Lage, sondern auch um deren Bewertung (normativer Schuldbegriff[29], unten 17/7, 46 und passim). Die klassifizierende und systembildende Bedeutung des kausalen Handlungsbegriffs ist also aus mehreren Gründen zerbrochen[30].

7 b) Daß eine Handlung ein Willkürakt ohne Blick auf den Inhalt der Willkür sei, wird allerdings bis in die Gegenwart vertreten[31]. Aber nachdem das Unrecht nicht mehr als äußere Seite des Delikts verstanden werden kann, kann dieser Handlungsbegriff nicht mehr das Unrecht bündeln; er scheidet nur Reflexbewegungen, Krampfakte, Körperbewegungen im Schlaf und in Bewußtlosigkeit sowie mit absoluter (unwiderstehlicher) Gewalt erzwungene Bewegungen aus dem Zurechnungszusammenhang aus[32], leistet aber sonst nichts; ja selbst die Ausscheidung bringt nichts, soweit die Körperbewegung, die nicht Willkürakt ist, unter Bedingungen vorgenommen wird, die ihrerseits durch Willkürakte zustandegekommen sind. Beispielhaft: Das finale Erschlagen eines Menschen mit einem Hammer ist nach dieser Lehre Tötungshandlung, wie es die arglose Produktion des Hammers oder die Zeugung von Täter wie Opfer (!) sind; Willkürakte liegen allemal vor. Zwar ist ein Krampfanfall im Porzellanladen nicht Handlung, wohl aber das Hineingehen in den Laden etc. Gerade diese Unverbindlichkeit des kausalen Handlungsbegriffs dürfte Grund seiner Verbreitung sein: Er präjudiziert nahezu nichts.

4. Der finale Handlungsbegriff

8 a) Es ist das Verdienst der finalen Handlungslehre, im Handlungsbegriff und damit im Unrecht die Trennung von objektiver und subjektiver Deliktseite überwunden zu haben: Das Unrecht wird vom naturalistischen Unrecht zum sogenannten personalen Unrecht. Es geht hierbei darum, die Überlegung dogmatisch umzusetzen, daß ein Willkürakt ohne Blick auf seinen Inhalt ein Kausalfaktor wie jeder andere auch ist und deshalb zur Bestimmung dessen, was eine Normwidrigkeit ist, nichts beiträgt. Es ist sinnlos, Normen an Kausalfaktoren zu adressieren, und auch sinnlos, sie an Menschen zu adressieren, soweit diese ohne Fähigkeit zur Beeinflussung des Kausalverlaufs nur Glieder im natürlichen Kausalnexus sind. Die Norm kann sich also allein auf vermeidbare Verläufe beziehen: Handlung ist das für den Verursacher vermeidbare Bewirken eines Erfolgs.

9 b aa) Die Entwicklung der finalen Handlungslehre ist ein Werk *Welzels*[33]. Er stellt

---

29 Zur Dogmengeschichte eingehend *Achenbach* Grundlagen S. 97 ff.

30 Siehe *v. Bubnoff* Entwicklung S. 135; beachtliche Gegeneinwendungen aber bei *Lippold* Rechtslehre S. 233 ff, 292 ff und passim.

31 *Baumann-Weber* AT § 16 II; *LK*[9]*-Heimann-Trosien* Einleitung Rdn. 31; *Dreher-Tröndle* Rdn. 3 vor § 13; — aus der Zwischenzeit ist insbesondere zu nennen *Mezger* Strafrecht § 14; zur österreichischen Schule siehe *Moos* in: Strafrechtliche Probleme S. 5 ff. — Zur Diskussion zwischen Spanien und Deutschland siehe *Gimbernat Ordeig* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 159 ff, 163 ff.

32 *v. Liszt* Strafrecht[2] § 28; *Mezger* Strafrecht § 14 I; *Baumann-Weber* AT § 16 I 2.

33 Die erste — freilich unausgebildete — Lehre, wo nach der Vorsatz als subjektiver Tatbestand zum Unrecht gehört, findet sich bei *v. Weber* Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts § 9; *v.*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

in Anlehnung an denkpsychologische Überlegungen[34] neben die Determinationsform der Kausalität diejenige der „Intentionalität". Damit ist gemeint, daß ein Mensch die Folgen seiner Körperbewegungen gedanklich antizipieren, die kausalen Prozesse zur Erreichung eines intendierten Ziels auswählen und die zum Ablauf der Prozesse notwendigen Bedingungen „setzen" kann[35]. Intentionalität soll freilich auch vorliegen, wenn nicht Bedingungen eines kausalen Prozesses gesetzt werden, sondern wenn des Ziels wegen Kausalfaktoren *nicht* eingesetzt werden, nämlich bei Unterlassungsdelikten. Auch soll nicht nur das aktuell Intendierte (also nur das Vorsätzliche oder gar nur das Absichtliche) zurechenbar sein; vielmehr soll hinreichen, daß jemand die intentionale Steuerung hätte übernehmen können (bei Fahrlässigkeit). Das Ergebnis umgreift vorsätzliches und fahrlässiges Handeln wie Unterlassen: „Als eigene Tat oder Handlung einem Subjekt zugehörig und in diesem Sinne objektiv zurechenbar ist jeder tatbestandlich festgelegte Erfolg, der vom Täter sinnhaft gesetzt oder dessen Abwendung vorhersehbar und sinnhaft setzbar war"[36].

bb) Der Handlungsbegriff, der also zunächst das Intendierte und das Intendierbare **10** umfaßt, und zwar durch Tun wie durch Unterlassen, schrumpft nachfolgend auf den Bereich des Prototyps intentionalen Verhaltens, auf das finale Tun[37]. Da die Handlung ohne planvolle Steuerung nur ein „blinder Kausalprozeß" sein könne, wird der „zielbewußte, das kausale Geschehen lenkende Wille" zum „Rückgrat der finalen Handlung". „Menschliche Handlung ist Ausübung der Zwecktätigkeit. Handlung ist darum ‚finales', nicht lediglich ‚kausales Geschehen. Die ‚Finalität' oder Zweckhaftigkeit der Handlung beruht darauf, daß der Mensch auf Grund seines Kausalwissens die möglichen Folgen seines Tätigwerdens in bestimmtem Umfang voraussehen, sich darum verschiedenartige Ziele setzen und sein Tätigwerden auf diese Zielerreichung hin planvoll lenken kann. Auf Grund seines kausalen Vorauswissens vermag er die einzelnen Akte seiner Tätigkeit so zu steuern, daß er das äußere Kausalgeschehen auf ein Ziel hinlenkt und es so final überdeterminiert. Finale Tätigkeit ist ein bewußt vom Ziel her gelenktes Wirken, während das reine Kausalgeschehen nicht vom Ziel her gesteuert, sondern die zufällige Resultante der jeweils vorliegenden Ursachenkomponenten ist. Finalität ist darum — bildlich gesprochen — ‚sehend', Kausalität ‚blind'"[38].

Die finale Steuerung soll sich nach dieser Lehre in zwei Phasen vollziehen, und zwar (1) in der Phase der Vorwegnahme des Ziels sowie der Auswahl der zur Erreichung des Ziels erforderlichen Mittel unter Berücksichtigung der Nebenfolgen und (2) in der Phase der Verwirklichung „in der Realwelt", was die Handlung (auch) zum Kausalprozeß, aber zum „überdeterminierten" Kausalprozeß macht[39]. Beispiel[40]: Der Täter eines

---

Weber hat nachfolgend nie die finale Handlung als strafrechtlich allein relevante Handlungsgestalt anerkannt; siehe *ders.* Zum Aufbau des Strafrechtssystems S. 11 ff; *ders.* Grundriß[2] § 8; *ders.* Engisch-Festschrift S. 328 ff. — Außer den nachfolgend genannten Schriften *Welzels* sind für die Entwicklung der finalen Handlungslehre vorweg anzuführen: *Busch* Moderne Wandlungen S. 7 ff; *Niese* Finalität S. 12, 15 ff und passim; *Maurach* AT[1] § 16 I A 1 und 2; *Armin Kaufmann* Normentheorie S. 282 ff und passim; *Stratenwerth* SchwZStr. 81 (1965) S. 179 ff, 197 ff; *ders.* AT Rdn. 144 ff; *Gössel* Wertungsprobleme S. 91 ff; — weitere Nachweise zur Situation in den 30er Jahren bei *Welzel* ZStW 58 S. 491 ff, 498 ff; — zu Einzelfragen siehe den nachfolgenden Text.

34 Zur Geschichte der finalen Handlungslehre siehe *Welzel* Das neue Bild[4] Vorwort S. IX; *ders.* JuS 1966 S. 421 ff, 423 ff; *Tjong* ARSP 54 (1968) S. 411 ff, 415 ff.

35 Strafrecht und Philosophie (1930), jetzt in: Abhandlungen S. 1 ff, 4; *ders.* ZStW 51 S. 703 ff, 709 ff.

36 *Welzel* ZStW 51 S. 703 ff, 720; siehe auch *ders.* Naturalismus S. 81 ff.

37 *Welzel* ZStW 58 S. 491 ff, 505 ff; *ders.* Um die finale Handlungslehre S. 9 ff; *ders.* Das neue Bild § 1; *ders.* Grünhut-Erinnerungsgabe S. 173 ff; *ders.* NJW 1968 S. 425 ff; *ders.* Strafrecht § 8.

38 *Welzel* Strafrecht § 8 I vor 1.

39 *Welzel* Strafrecht § 8 I 1a und b.

40 Nach BGH 7 S. 363 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Raubs (Ziel: Zueignung) plant zunächst eine Gewaltanwendung (Zwischenziel) durch Drosseln mit einem Riemen (Tatmittel), verwirft dieses Mittel aber wegen des hohen Todesrisikos (Nebenfolge) und plant sodann Schläge mit einem Sandsack (neues Mittel; Abschluß der ersten Phase). Als diese in die Tat umgesetzte Planung nicht wirkt (das Zwischenziel wird verfehlt; Fehlschlag in der Verwirklichungsphase), greift der Täter auf den vorangehenden, riskanten Tatplan zurück (auf das „alte" Mittel zum Zwischenziel; Rückkehr in die erste Phase); das Opfer erstickt (die Nebenfolge tritt ein; Verwirklichung in der Realwelt). — Es soll sich in diesem Beispielsfall nicht nur um eine finale Raubhandlung, sondern auch um eine finale Tötungshandlung handeln[41].

11 cc) Vor der erforderlichen Kritik und Weiterführung des finalen Handlungsbegriffs sei der mit dieser Lehre erreichte Stand markiert: Die Handlung ist nicht — wie beim kausalen Handlungsbegriff — nur Bindeglied zwischen einem Täter und einem die Rechtswidrigkeit begründenden Erfolg, sondern ist selbst „Sinnausdruck"[42] und trägt als verbotene Handlung selbst das Rechtswidrigkeitsurteil, ist also Unrecht. Daß beim Vorsatzdelikt der Vorsatz als subjektiver Tatbestand Unrechtsvoraussetzung ist, ist heute — in dieser Beschränkung — überwiegende Ansicht und das Minimum einer sogenannten personalen Unrechtslehre. Allerdings darf hierbei unter „Sinnausdruck" nicht die individuelle Stellungnahme zur *Norm* verstanden werden; denn die Finalität besteht unabhängig von einer normativen Regelung des final gestalteten Gegenstandsbereichs. Im Bereich der Verstöße gegen rechtliche Regelungen ist die finale Handlung Eigenschaft des unrechten Verhaltens, mag es schuldhaft sein oder nicht. Es geht also um den „Sinnausdruck" als Stellungnahme *zur Gestalt des Gegenstandsbereichs* der Normen, nicht zur Gestalt der Normen selbst. Beispiel: Der Arzt, der einem schwer leidenden Patienten auf dessen Bitte hin eine tödliche Injektion verabreicht, äußert mit seiner Handlung nicht jedenfalls eine Mißachtung der Norm gegen Tötung als allgemeiner Norm; denn er mag sein Verhalten unvermeidbar für rechtmäßig halten; — er äußert aber, daß in der ihm bekannten Situation die Tötungshandlung sein soll und verstößt deshalb gegen die — in dieser Situation Tötung verbietende — Norm. Er äußert dies auch, wenn er als Geisteskranker nach § 20 StGB nicht schuldhaft handeln sollte, nur dann als eben nicht voll zurechenbaren „Sinnausdruck"[43].

---

41 Siehe *Welzel* Strafrecht § 8 I 1 b.

42 *Welzel* ZStW 58 S. 491 ff, 503.

43 Dem Ergebnis dürften neuere sprachphilosophische Entwürfe nahestehen. *Hruschka* interpretiert die Handlung als — von den jeweils anderen Subjekten — anzunehmende Regelanwendung durch ein Subjekt (Strukturen S. 13 und passim), *Kindhäuser* als entscheidbares Tun, durch das der Handelnde in der Lage ist, ein Ereignis herbeizuführen (Intentionale Handlung S. 175, 202 und passim; siehe auch *ders.* Rechtstheorie 1980 S. 479 ff; *ders.* GA 1982 S. 477 ff, 487 ff). Die letztgenannte Version ist von der Perspektive des Subjekts entwickelt, die erstgenannte von der Perspektive der Mit-Subjekte (*Hruschka* aaO S. 16 f, 21 f und passim; — *Kindhäusers* Argumente gegen *Hruschka* sind die stereotypen Argumente der finalen Handlungslehre! AaO S. 200 ff). Jedenfalls geht es nach diesen Lehren bei der Feststellung einer Handlung nicht um die Wahrnehmung eines Faktums, sondern (bei *Hruschka*) um eine *Deutung* (aaO S. 13); (bei *Kindhäuser*:) „Handeln ist ... die Interpretation einer intentionalen Selbstverwirklichung" (aaO S. 207). *Kindhäuser* will freilich neuerdings die Straftat nicht mehr als Handlung verstehen, sondern als „Ergebnis einer gestuften Zuschreibung von Verantwortung, die den Vorwurf zum Gegenstand hat, nicht um der Normbefolgung willen die Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung intendiert zu haben" (Gefährdung S. 25). — Zur Fahrlässigkeit siehe *Kindhäuser* Intentionale Handlung S. 210 und ZStW 96 S. 1 ff, 15 Fn. 56, sowie insbesondere Gefährdung S. 62 ff, 91 ff, 102 ff, 120 ff: „Fahrlässig ist ... eine ... Tatbestandsverwirklichung, die der Täter hätte vermeiden oder verhindern können, wenn er hierzu nicht aufgrund einer Obliegenheitsverletzung ... zum Tatzeitpunkt unfähig gewesen wäre" (Gefährdung S. 351). Für *Kindhäuser* ist also die fahrlässige Erfolgsherbeiführung selbst keine Handlung (Gefährdung S. 129). Fahrlässigkeit wird vielmehr zu einer Art actio libera in causa (aaO). Aber es geht beim fahrlässigen Begehungs-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

c) Gegen die Konzeption *Welzels* sind zahlreiche Einwände formuliert worden, die **12** teils zu einer Weiterbildung nötigen[44].

aa) So wird — nicht nur unter der Suggestivkraft des Worts „final" — vorgebracht, die Lehre passe überhaupt nur auf Absichtstaten[45], — ein Einwand, den *Welzel* durch die Betonung der Zwecktätigkeit provoziert hatte; denn bei bloßen Nebenfolgen kann von deren zweckhafter Herbeiführung nicht die Rede sein. Allerdings findet sich auch eine finale Handlung, wenn die Zwecktätigkeit nicht bis hin auf die Folgen erstreckt wird; denn der Handlungs*vollzug* ist, solange ein bewußter Willkürakt vorliegt, immer bezweckt, mögen die Folgen bezweckt sein oder nicht. Wenn die Folgen nicht bezweckt, aber dem Täter bekannt sind, ist der finale Handlungsvollzug auch für diese Nebenfolgen ein „Sinnausdruck", und zwar des Inhalts, daß ihre Vermeidung hinter dem Interesse am Handlungsvollzug zurückzutreten hat. Freilich verlagert sich der Akzent der rechtlichen Relevanz der Handlung in diesem Fall vom Bezweckten hin zum In-den-Kauf-Genommenen: Das Bezweckte interessiert nicht seines Inhalts wegen, sondern weil der Täter, so wie er das Bezweckte vollzieht, es auch bleiben lassen und damit die Nebenfolgen vermeiden könnte. Mit anderen Worten, das Finale interessiert nur als Moment, das die Vermeidbarkeit von erkannten Nebenfolgen indiziert.

bb) In der Umkehrung wird eingewandt, die Scheidung zwischen sehender Überde- **13** termination und blinder Kausalität sei nicht diejenige zwischen Vorsatz und Nicht-Vorsatz, sondern sei die Scheidung zwischen Vorsatz plus bewußter Fahrlässigkeit und Nicht-Bewußtem[46]. Dieser Einwand läuft bei der hiesigen Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit leer, da nach dieser Lösung kein Raum für die bewußte Fahrlässigkeit bleibt (siehe unten 9/3). Soweit aber die bewußte Fahrlässigkeit als Form der Fahrlässigkeit anerkannt wird, lautet das Problem nicht, wie *sie* aus der Handlung auszuklammern, sondern wie die *un*bewußte Fahrlässigkeit als Handlung zu begründen ist.

cc) Daß es ein Verhalten aus „interessenlose(r) ungerichtete(r) Freude" gibt, steht **14** seiner Beurteilung als Zwecktätigkeit nicht entgegen[47]. Es kommt nicht auf die Nützlichkeit eines Verhaltens an und auch nicht darauf, ob jenseits des Verhaltensvollzugs weitere Ziele verfolgt werden. So ist z. B. ein Spazierengehen, das nichts bezweckt als das Gehen, immer noch ein finales Tun (zu den Automatismen unten 6/35 ff).

dd) Deutlicher noch als bei den vom Vorsatz umfaßten Nebenfolgen einer finalen **15** Handlung wird die auf Handlungsfolgen bezogene Finalität als Zweckhaftigkeit bei den fahrlässigen Handlungen unerheblich. Das Verhältnis von (unbewußter) Fahrlässigkeit und finaler Handlung ist seit je ein Problemfall für die finale Handlungslehre.

---

delikt nicht um die Verletzung einer Pflicht, erst nach sorgfältiger Kontrolle (causa libera) zu handeln (actio), sondern *nicht* ohne Kontrolle *zu handeln* (siehe dazu das Beispiel bei *Kindhäuser*, Gefährdung S. 77). — Neuere Entwürfe rücken vom individuellen Sinn näher an den kommunikativen Sinn; siehe *v. Wright* und *Meggle* Rechtstherorie 20 (1989) S. 3 ff.

44 Es geht um die Handlung als Voraussetzung des Unrechts. Soweit vom finalen Handlungsbegriff her systematische Konsequenzen behauptet werden, die über die Bildung eines Oberbegriffs des unrechten Verhaltens hinausgehen (etwa zum Erfordernis einer vorsätzlichen Haupttat bei der Teilnahme; zur Notwendigkeit finaler Tatherrschaft bei der Täterschaft; zur Notwendigkeit einer Trennung von Vorsatz und Unrechtsbewußtsein), so werden diese Behauptungen hier nicht übernommen. Nach der hier entwickelten Systematik ist die Funktion von Zurechnung der leitende Gesichtspunkt der Systembildung, nicht der Handlungsbegriff. — Einwände gegen die systematische Ertragskraft des finalen Handlungsbegriffs werden deshalb nicht zum Handlungsbegriff, sondern jeweils bei der entsprechenden Zurechnungsvoraussetzung behandelt.

45 *Hardwig* Zurechnung S. 81; *Schmidhäuser* ZStW 66 S. 27 ff, 36 f.

46 *Engisch* Kohlrausch-Festschrift S. 141 ff, 155 f; *Gallas* ZStW 67 S. 1 ff, 43.

47 Anders aber *Hall* Fahrlässigkeit im Vorsatz S. 13 ff, 15.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Nach mannigfaltigen Wandlungen[48] hat sich insbesondere unter dem Einfluß von *Niese*[49] bei den Anhängern der finalen Handlungslehre folgende Konzeption durchgesetzt: Auch die fahrlässige Handlung soll final sein, aber nicht final zur fahrlässig herbeigeführten Folge, sondern außertatbestandlich final[50]. Hierbei ist an Fälle gedacht, in denen der fahrlässig Handelnde mit seiner Handlung bestimmte Erfolge bezweckt, nur eben nicht den fahrlässig herbeigeführten Erfolg. Die Fahrlässigkeit soll zu der finalen Handlung als Eigenschaft hinzukommen, scil. als Art und Weise der Steuerung und Lenkung, die der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" widerspricht[51].

Die Lösung kann in dieser Gestalt nicht befriedigen; denn bei ihr ist der Inhalt des Gewollten mit dem Tatbestand unverbunden, eben außertatbestandlich. Insoweit handelt es sich also um den Willkürakt der kausalen Handlungslehre mit einer überflüssigen Benennung des Inhalts der aber gerade im Inhalt rechtlich irrelevanten Willkür[52]. Beispiel: Wenn bei identischer Gestalt des *Handlungsvollzugs* ein Stein, der durch die Wucht des Falls einen Menschen voraussehbar tötet, von einem Weg bergab gestoßen wird, so ist das nach dieser Lehre eine fahrlässige Tötungshandlung, gleich ob der Täter auf ein anderes Objekt zielte oder nur sehen wollte, wie weit der Stein rollt oder nur den Weg räumen wollte oder erproben wollte, ob er es leistet, ihn vom Weg fortzubewegen etc. Die final angestrebten Handlungs*folgen* interessieren nicht; relevant ist allein der — auch finale — Handlungs*vollzug*. Und in dieser Beschränkung auf den Handlungsvollzug behält der finale Handlungsbegriff seine Berechtigung; denn er bezeichnet bei Körperbewegungen, die willkürlich vollzogen werden, das verbotene Verhalten in einer konkreten Gestalt. Freilich ist das Finale am finalen Handlungsvollzug mit den voraussehbaren Folgen eines Fahrlässigkeitstatbestands nicht wegen der Finalität das Unrechte, sondern wegen der finalen Vermeidbarkeit. Die Finalität ist also hier nur Erscheinungsform der relevanten Gattung „Vermeidbarkeit".

16 ee) Noch gewichtiger sind die Einwände bei den automatisierten Reaktionen (eingehender unten 6/35 ff), d. h. bei Reaktionen, die so eingeschliffen sind, daß sie auf einen auslösenden Reiz hin ohne Beteiligung des wachen Bewußtseins und also ohne bewußten Willen ablaufen. Diesen Reaktionen, die insbesondere im Bereich des Straßenverkehrs strafrechtlich bedeutsam werden, fehlt die bewußte Finalität und damit die „sehende" Überdetermination. Trotzdem fehlt nicht jede Finalität, vielmehr ist eine vorgeformte, aktuell freilich unbewußt ablaufende Finalität vorhanden. Diese unbewußte Finalität interessiert — wie die bewußte — nicht per se, sondern nur soweit sie motivatorisch überformt werden kann. Daran fehlt es etwa, wenn der Automatismus so schnell abläuft, daß für Korrekturen keine Zeit bleibt. Die motivatorische Überformung wiederum hängt nicht zwingend von der Finalität des Automatismus ab: Sollte es unkoordinierte Handlungsvollzüge geben, die motivatorisch überformbar sind, spräche nichts gegen ihre Einbeziehung in den Handlungsbegriff. Selbst auf unbewußte Finalität kann also im Grenzfall verzichtet werden: Es geht nicht um finale Erfolgsbewirkungen oder auch nur um finale Handlungsvollzüge, sondern um die Bedingungen

---

48 Siehe *Jakobs* Studien S. 70 ff mit Nachweisen; *Welzel* Strafrecht § 18 Einleitung 4.

49 Finalität S. 53, 62 f.

50 Dabei ist nur das Fehlen einer Finalität zum Erfolg des Tatbestands des fahrlässigen Delikts gemeint; natürlich kann sich die Finalität *ihrerseits* auf den Erfolg eines Vorsatztatbestands richten. Beispiel: Wer beim finalen Schießen mit einem Gewehr auf ein Ziel versehentlich einen Passanten trifft, handelt bezüglich dessen Verletzung unfinal, mag das finale Schießen auf das ausersehene Ziel tatbestandsmäßig oder nicht tatbestandsmäßig sein. — Siehe auch unten 9/10 zu b.

51 *Welzel* Strafrecht § 18 Einleitung 4; eingehend zur Fahrlässigkeit unten 9/1 ff.

52 So die Kritik von *Arthur Kaufmann* H. Mayer-Festschrift S. 79 ff, 95; *ders.* JuS 1967 S. 145 ff, 147; *Struensee* JZ 1987 S. 53 ff, 55 f; *Jescheck* AT § 23 III 2b; *H. Mayer* Studienbuch § 9 II; *Blei* AT § 20.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

der Vermeidbarkeit des Verhaltens. Freilich konkretisieren sich diese Bedingungen weit überwiegend, jedoch nicht notwendig in (zumindest äußerlich) finalen Handlungsvollzügen.

ff) Zusammenfassung der Kritik[53]: Finalität als bewußte und zweckhafte Lenkung **17** von *Folgen* des Handlungsvollzugs erstreckt sich nicht auf vorsätzlich verwirklichte Nebenfolgen und erst recht nicht auf fahrlässig verwirklichte Folgen. Aber auch die Erweiterung des Begriffs der Finalität auf eine bewußte Lenkung des *Vollzugs* einer Handlung bringt noch keinen geeigneten Generalnenner, da Automatismen nicht notwendig bewußt ablaufen. Im Ergebnis ist die Finalität eine verkürzende (!) Metapher für die Bedingungen vermeidbaren Verhaltens, mehr nicht[54].

5. Die Handlung als äußere Finalität?

a) Nicht nur bei Automatismen, sondern auch in Grenzfällen von Affekttaten (unten **18** 8/13; 18/17) und Taten stark berauschter Personen (unten 6/41) fehlt ein Bewußtsein, mit körperlichen Aktionen irgendeinen Zweck zu verfolgen, also eine Finalität im Sinn der finalen Handlungslehre. Es ist deshalb vorgeschlagen worden, bei der Bestimmung des Handlungsbegriffs auf das Bewußtsein des Agierenden von der Zweckhaftigkeit seiner Aktion zu verzichten (was auch bei der hier vertretenen Lösung für erforderlich gehalten wird), nicht aber auf die Finalität, diese vielmehr als äußere Finalität von begleitenden subjektiven Erlebnissen zu lösen. Handlung ist dann, was in noch erkennbarer „regulativer Anpassung" oder „adaptiver Veränderlichkeit" der Körperreaktionen unter „Beibehaltung eines gleichbleibenden Ziels" vollzogen wird[55]. Die aktuell vorliegende äußere Finalität mag hierbei mehr oder weniger deutlich sein; das zur Bejahung einer Handlung hinreichende Quantum soll in „wertender Entscheidung" bestimmt werden[56]. „Von den eigentlichen Willenshandlungen mit klar erlebter subjektiver Beteiligung am Bewegungsakt über die Gewöhnungen bis zu den einfachen Reflexen wie dem Patellarsehnenreflex lassen sich . . . nicht nur insofern gleitende Übergänge aufweisen, als die subjektive Beteiligung des Handelnden am Bewegungsakt immer mehr zurücktritt, so daß die niederen Motilitätsvorgänge schließlich ohne das mindeste Bewußtseinskorrelat ablaufen (. . .); auch für den Betrachter tritt die regulative Anpassung an künftig erwartete Ereignisse und erstrebte Ziele, die Finalität also, immer mehr in den Hintergrund, und bei den niederen Reflexen wie bei dem Patellarsehnenreflex entsteht endlich der Eindruck einer nur noch mechanischen Verursachung der Bewegung durch den Schlag auf die Sehne. Aber die regulative Anpassung verschwindet keineswegs"[57].

---

53 Zum Streit um die finale Handlungslehre siehe zudem folgende Kontroversen: *Engisch* Kohlrausch-Festschrift S. 141 ff; dazu *Welzel* Lehrbuch[2] S. 24 f; — *Bockelmann* Über das Verhältnis etc. S. 20 ff; dazu *Welzel* Um die finale Handlungslehre passim; — *Mezger* Moderne Wege passim; dazu *Niese* Finalität passim; — *Rittler* JurBl. 1955 S. 613 f; dazu *Welzel* JZ 1956 S. 316; — *Nowakowski* JZ 1958 S. 335 ff, 388 ff; dazu aber *ders.* JurBl. 1972 S. 19 ff; — *Roxin* ZStW 74 S. 515 ff; dazu *Welzel* Vom Bleibenden und Vergänglichen passim, = Grünhut-Erinnerungsgabe S. 173 ff; — weitere Nachweise bei *Welzel* Strafrecht § 8 III 2 a. E. — Kritisch zum gegenwärtigen Stand *Schmidhäuser* JZ 1986 S. 109 ff.

54 *Welzels* späte Erklärung des finalen Handlungsbegriffs als „biokybernetische Betrachtungsweise" (Strafrecht § 8 I 1 b a. E.; aaO § 18 vor I a. E.; *ders.* Maurach-Festschrift S. 3 ff, 8) deutet die Wendung zu den Bedingungen der Verhaltenssteuerung an; freilich geht die hier vorgenommene Verlagerung des Akzents von dem aktuell Gesteuerten auf das Vermeidbare über *Welzels* Umdeutung hinaus; siehe auch *Stratenwerth* Welzel-Festschrift S. 289 ff, 299 f; — zum gegenwärtigen Stand siehe *Hirsch* ZStW 93 S. 831 ff, 94 S. 329 ff.

55 *Schewe* Reflexbewegung S. 57 ff, 109 mit Fn. 169.

56 *Schewe* aaO S. 67, 70, 146.

57 *Schewe* aaO S. 67; *ders.* in: Handlungsanalyse S. 1 ff, 7.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

19 b) Dieser Lösungsentwurf[58] wiederholt den Fehler der finalen Handlungslehre: Er macht den Begriff der Handlung allein an den Eigenschaften des vollzogenen Akts fest und vernachlässigt die Frage nach den Alternativen, die der Akteur hat. Im Ergebnis ist die Lösung teils zu eng und teils zu weit. Zu eng ist sie, da die äußere Finalität Mindestbedingung für eine Handlung sein soll; — aber nicht das Geformte des Akts entscheidet, sondern seine Vermeidbarkeit. Zu weit ist die Lösung insoweit, als sie auch solche äußerlich finalen Körperreaktionen noch zur Handlung zählt, die nicht vermieden werden können; — damit verliert der Handlungsbegriff seine begrenzende Funktion. Schließlich vermischt die Lösung die Unterscheidung von Begehung und Unterlassung: Der motivatorisch aufhebbare Automatismus und die kurzgeschlossene Reflexbewegung, die nur *durch Gegenaktivität* (Verkrampfung eines Muskels etc.) vermeidbar ist, werden beide per äußere Finalität zur Handlung.

B. Die Handlung als individuell vermeidbare Erfolgsverursachung

1. Die Trennung von Handlungssteuerung und Antriebssteuerung

20 Es geht bei der Bestimmung des Handlungsbegriffs nicht nur darum, einem Subjekt seine Aktion zuzurechnen, sondern mit der Festlegung des Handlungsbegriffs wird zugleich bestimmt, was ein Subjekt und was seine Aktion ist. Allerdings bestimmt das geltende Strafrecht, daß ein handelndes Subjekt nur ein Mensch und nicht etwa eine juristische Person sein kann (siehe unten 6/43 ff). Die für strafrechtliches Unrecht relevante psychophysische Konstitution des Menschen ist jedoch nicht von vornherein festgelegt. Schon die Differenz der bislang zum Unrecht behandelten Handlungsbegriffe ist auch eine Differenz der handelnden Subjekte: Das überhaupt willkürlich agierende Subjekt des kausalen Handlungsbegriffs ist weniger spezifiziert als das gesteuert agierende Subjekt des finalen Handlungsbegriffs.

21 Nach dem kausalen wie nach dem finalen Handlungsbegriff soll es auf *Willensakte* ankommen. Damit ist entschieden, daß es auf die *Entstehung* des Willens nicht ankommen soll; die Steuerung des Willens (die Antriebssteuerung im Gegensatz zur Handlungssteuerung als der Verwirklichung des Willens) hat auf das Vorliegen einer Handlung keinen Einfluß[59]. Diese Entscheidung ist auch eine Entscheidung über das Subjekt, dem zugerechnet wird: Es kann sich im Unrechtsbereich von der Entstehung seines Willens nicht distanzieren, indem es etwa darauf hinweist, daß sein Wille zur Aktion in einer ihm selbst ungeheueren Art und Stärke entstanden sei und es ihm nicht gelungen sei, die Entstehung des Willens zu unterdrücken; auch wenn das plausibel sein sollte, bleibt doch die gewollte Aktion unrechtes Handeln. Beispiel: Wenn angesichts eines begehrten fremden Gegenstands „Gegenstrebungen . . . von dem Besitztrieb einfach überrannt werden" und die Wegnahme der Sache aus dem „reine(n) Kräftespiel der Triebe" resultiert[60], ändert das an der Handlungsqualität der Wegnahme nichts. *Es wird also bei der Bestimmung des Zurechnungssubjekts ein psychophysisches Gefüge zu einem System erklärt, bei dem im Unrechtsbereich nur der Output in Form von Willkürakten* (kausaler Handlungsbegriff) *oder gesteuerten Akten* (finaler Handlungsbegriff) *interessiert,* die Antriebssteuerung ist im Unrechtsbereich eigene (innere) Sache des Systems, d. h. des Zurechnungssubjekts. Deshalb liegt überhaupt keine Handlung und

---

58 Zu *Schewe* siehe *Stratenwerth* AT Rdn. 148; *ders.* ZStW 85 S. 469 ff; *ders.* Welzel-Festschrift S. 289 ff; *Jakobs* Welzel-Festschrift S. 307 ff, 310 ff; *ders.* in: Handlungsanalyse S. 21 ff, 26 f; *Krümpelmann* Welzel-Festschrift S. 328 ff, 337 f; *Ziegert* Vorsatz S. 31 ff.

59 Eingehend, auch zu den Schwierigkeiten der Differenzierung, *Krümpelmann* ZStW 87 S. 888 ff; siehe ferner *Burkhardt* in: Jenseits des Rubikon S. 319 ff, 329 ff.

60 Beispiel nach *K. Schneider* Zurechnungsfähigkeit S. 21.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

nicht etwa eine rechtmäßige Handlung vor, wenn das Subjekt die zur rechtswidrigen Betätigung drängenden Strebungen mühsam und in langem Kampf unterdrückt; motivatorisch bleibende Regungen sind kein Output, sondern eben eigene Sache des Systems „Zurechnungssubjekt". Selbstbeherrschung ist strafrechtlich keine Handlung, — aber das von der Explosion seiner Antriebe mitgerissene Subjekt handelt. *„Handlungsbegriff" ist also eine mißverständliche Bezeichnung für das, was es abzuhandeln gilt; es geht darum, was überhaupt ein Subjekt und was für das Subjekt Außenwelt ist und wann die Gestalt der Außenwelt mit dem Subjekt verbunden (ihm zugerechnet) werden kann* [61].

Der soeben skizzierte Ausschluß der Antriebssteuerung aus dem Handlungsbegriff **22**
und damit aus dem Unrecht erfolgt nicht etwa ontologisch oder sachlogisch zwingend, sondern ist das Ergebnis des Versuchs, die Art der strafrechtlich relevanten Erwartungen und ihrer Garantien bei sozialem Kontakt zu formulieren [62]. Eine für alle sozialen Formationen gleichermaßen richtige Entscheidung gibt es hier nicht [62a]. So dürften etwa — im außerrechtlichen Bereich — die Erwartungen der Eltern an ihr temperamentvolles vierjähriges Kind dahin gehen, daß es lernt, sich dem Ansturm der Antriebe entgegenzusetzen; das Gelingen der Erwartung wird als positive Leistung (Handlung) gelobt und das Mißlingen als Unterlassung einer erwarteten Handlung getadelt. Es wird also — anders als im Strafrecht — nicht das Kind einschließlich seiner Antriebe als Zurechnungssystem definiert, sondern Zurechnungssystem ist nur das mit der Antriebshemmung umgehende Subjekt; die Antriebe sind vielmehr bei diesem Handlungsmodell die vom Subjekt zu gestaltende Welt, das Objektive. — In ganz entsprechender Weise eigentümlich sind psychologische und psychiatrische Handlungsmodelle gestaltet, die von den jeweils fachwissenschaftlich geprägten Erwartungen an die Probanden oder Patienten bestimmt werden.

Die strafrechtliche Unrechtszurechnung kann sich ein so hohes Maß an Berücksichtigung der jeweils individuellen Konstitution nicht leisten; denn das Strafrecht muß auch Erwartenssicherheit bei lockeren und anonymen sozialen Kontakten ermöglichen, also in Lagen, in denen eine Berücksichtigung der Antriebsseite schon mangels Erkennbarkeit ausgeschlossen ist. Kraß: Die Erwartungen an einen Mitreisenden in der Straßenbahn gehen unabhängig von Spekulationen über seine Antriebskonstellation

---

61 *Luhmann* Soziologische Aufklärung Bd. III S. 50 ff, 57 f, auch 67 ff.

62 Siehe *Bloy* ZStW 90 S. 609 ff, 656. — Trotz der Ausklammerung der Antriebs*steuerung* aus dem Unrecht können bestimmte Antriebs*arten* zum Unrecht gehören; dies ist sogar häufig der Fall, siehe unten zu den subjektiven Unrechtselementen 8/91 ff. Es geht allein darum, daß die *Beherrschung* des Antriebs kein Unrechtsproblem ist. — Siehe hierzu *Krümpelmann* ZStW 87 S. 888 ff, 896 f.

62a Deshalb ist *Gallas* insoweit zuzustimmen, als er einen „natürlichen Handlungsbegriff, an den die übrigen Verbrechensmerkmale als Attribute anknüpfen" für die Begehung wie für die Unterlassung verwirft (Studien S. 49; *ders.* ZStW 67 S. 1 ff, 8 ff). Es geht nicht um Natur, sondern um Zurechnung, und hier wiederum speziell um strafrechtliche Zurechnung. Wenn *Gallas* weiterhin eine Anknüpfung an vorrechtliche Gegebenheiten mit der Begründung ausscheidet, „das Recht als autonomes Prinzip zweckmäßiger Gestaltung des Gemeinschaftslebens" schaffe sich „den sozialen Stoff, an den es anknüpft, selbst" (Studien S. 42), so ist dies zwar übertrieben, aber im hier interessierenden Ausschnitt richtig: *Strafrechtliche* Zurechnung läßt sich nicht komplett einer strafrechtsfreien Sozialität ablauschen. Das alles schließt es aber nicht aus, *innerhalb* der strafrechtlichen Zurechnung zum Unrecht Zurechnungsstufen zu ermitteln (Verhalten, weitere objektive Zurechenbarkeit, Vorsatz und Fahrlässigkeit). Wenn *Gallas* meint, die Verhaltensebene lasse sich nicht als gemeinsame Stufe einrichten, da das Unterlassen nur „Gedankengebilde" sei, während das Handeln einen „Ausschnitt aus der sozialen Wirklichkeit" darstelle (Studien S. 54), so ist dem zu widersprechen: Eine Handlung ist nicht als verursachende Körperbewegung sozial relevant, sondern als Deutungsschema sozialen Geschehens; dem steht eine Unterlassung in nichts nach. Verhalten ist ein Teilschema im Deutungsschema „Unrecht".

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

dahin, er werde sich rechtskonform motiviert verhalten. Dementsprechend berücksichtigen weder der kausale noch der finale Handlungsbegriff die Konstellation der Antriebsseite. Sie unterscheiden sich allein im Bereich der Handlungssteuerung: Der kausale Handlungsbegriff wählt die höchstmögliche Weite (Gleichsetzung mit der Kausalität), der finale Handlungsbegriff beschränkt das Unrecht jedenfalls im Vorsatzbereich auf individuell gesteuerte Verläufe.

2. Exkurs: Der soziale Handlungsbegriff

23 Einen Mittelweg sucht die Lehre vom *sozialen Handlungsbegriff*, nach der die Handlungssteuerung sich weder in der Kausalität erschöpfen noch individuell bestimmt werden soll; vielmehr soll die Handlungssteuerung objektiv-generalisierend ermittelt werden, d. h. daß im Unrechtsbereich Abweichungen von dem objektiv-generalisierend festgelegten Standard zur inneren Angelegenheit des Subjekts werden. Die hierzu vorgelegten Vorschläge differieren stark[63]. Teils wird insoweit generalisiert, als der Täter als „eine mit normalem Verständnis begabte verantwortliche Person" angesehen wird[64], teils wird — enger — auf „den typischen sozialen Durchschnitt des Jemand in bestimmter sozialer Rolle und Lage (etwa als Kraftfahrer, als Arzt)" abgestellt[65] oder — in der Blickwendung vom potentiellen Opfer her — auf die erwartbaren Fähigkeiten[66], teils auf den „objektiv erkennbare(n) Sinngehalt" der Handlung als „funktionale Sinneinheit"[67]. Vergröbernd: Eine Handlung bestimmter Art, etwa eine Tötungshandlung, liegt nach dieser Lehre vor, wenn der Normalbegabte oder der durchschnittliche Rollenträger, hätte *er* eine identische Aktion vollzogen, die Folgen eben der bestimmten Art (die Tötung) einkalkuliert hätte.

---

63 Sie sind teils nur Hervorhebungen der sozialen Relevanz anderweit begründeter Handlungsbegriffe oder Beschränkungen solcher Handlungsbegriffe durch das Erfordernis sozialer Relevanz. Den Ausgang nimmt die Lehre mit *Eb. Schmidt* (Arzt im Strafrecht S. 75 Fn. 29; siehe auch *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 28 und § 30) durch einen Rekurs auf die „soziale Sinnhaftigkeit" eines Verhaltens, wobei „Muskelinnervation" und „Körperbewegung" nicht einmal mehr „Beziehungsobjekt rechtlicher Wertung" sein sollen. Neben dieser genuin sozial bezogenen Konzeption stehen sekundär-soziale Konzeptionen, so die auf objektive Bezweckbarkeit abstellenden Lehren bei *Engisch* (Kohlrausch-Festschrift S. 141 ff, 160 f), *Larenz* (Hegels Zurechnungslehre S. 94 ff), *Oehler* (Objektives Zweckmoment S. 71 ff, 124 ff; *ders.* Eb. Schmidt-Festschrift S. 232 ff, 236 f) u. a. m.; — es geht um Beschränkungen der uferlosen Weite des kausalen Handlungsbegriffs. — *Jescheck* faßt das finale Handeln bei vorsätzlichem Verhalten und objektiv steuerbares Verhalten bei fahrlässigem Verhalten (bezüglich der Objektivität zweifelhaft: AT § 23 IV 1 geht es um die dem Täter „nach seiner Freiheit zu Gebote stehende Reaktionsmöglichkeit", — aaO § 55 I geht es um objektive Sorgfalt) sowie Untätigkeit beim Bestehen einer Handlungserwartung beim Unterlassen zum „sozialerhebliche(n) menschliche(n) Verhalten" zusammen (AT § 23 IV 1; *ders.* Eb. Schmidt-Festschrift S. 139 ff, 151 f; ebenso *Wessels* AT § 3 II 2c); — jedenfalls ist im Bereich vorsätzlicher Begehung das Beziehungsobjekt noch vor-sozial, der Handlungsbegriff also sekundär-sozial. — Weitere Nachweise sogleich zum Text. — Zur Kritik siehe *Otter* Funktionen S. 37 ff, 74 ff; *Bloy* ZStW 90 S. 609 ff; *Schünemann* GA 1985 S. 341 ff, 346 f; *Maurach-Zipf* AT I § 16 Rdn. 50 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 33 ff vor § 13. — Zum Problem des Oberbegriffs für Tun und Unterlassen siehe unten 6/31 f.

64 *E. A. Wolff* Handlungsbegriff S. 32 mit treffenden Bemerkungen zur sozialen Realität der Individualität Fn. 9 zu S. 31; *ders.* Radbruch-Gedächtnisschrift S. 291 ff, 299.

65 *Maihofer* Eb. Schmidt-Festschrift S. 156 ff, 177; siehe auch *ders.* Rittler-Festschrift S. 141 ff, 148; *ders.* ZStW 70 S. 159 ff, 171; — damit ist wohl *Maihofers* Definition der Handlung als nur-äußerlicher Vorgang („auf die Verletzung von Sozialgütern gerichtetes Verhalten", Handlungsbegriff S. 72; ähnlich *v. Weber* Engisch-Festschrift S. 328 ff, 332 f) preisgegeben; gegen die letztere Version *Gallas* ZStW 67 S. 1 ff, 12 Fn. 36; *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 23 f; *Welzel* Strafrecht § 7 II.

66 *Schöneborn* GA 1981 S. 70 ff, 78 ff.

67 *Eb. Schmidt* Engisch-Festschrift S. 339 ff, 341.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

3. Die individuelle Vermeidbarkeit

a) Trotz dieser Nivellierung der Handlungssteuerung behält die Handlung beim **24**
sozialen Handlungsbegriff mehr Konturen als beim kausalen Handlungsbegriff. Aber durch die Nivellierung schon der Handlungssteuerung verschwindet das Subjekt im Standard, als sei nicht ein Subjekt, sondern ein Phantom des Normalbegabten Träger des sozialen Kontakts. Eine solche Nivellierung mag im Zivilrecht berechtigt sein, für das Strafrecht kann sie nicht überzeugen; denn strafrechtliche Zurechnung, die an den individuellen Fähigkeiten ausgerichtet wird, übergreift Rollen. Das soll nicht heißen, aus dem individuell vorwerfbaren Versagen in *einer* Rolle müßten zwingend überall, in jeder Rolle, Konsequenzen gezogen werden, aber es kann doch so sein; denn das Versagen beruht bei individueller Vorwerfbarkeit nicht nur auf den Identitätsmerkmalen eines Rollenträgers, sondern betrifft auch den Teil des Subjekts, der bei verschiedenen Rollen die Einheit des Trägers stiftet, also die rollenunabhängigen Identitätsmerkmale. Beispielhaft gesprochen: Ein Chirurg, der bei seiner Arbeit individuell vermeidbar nicht aufpaßt, kann Zweifel an seiner Kompetenz in anderen Rollen nicht durch den Hinweis ausräumen, sein Versagen sei rollenspezifisch gewesen; denn es war ein Versagen desjenigen Teils des Subjekts, das mehreren, wenn nicht allen Rollen gemeinsam ist. Der Täter muß deshalb das Stigma, das er in einem Lebensbereich erworben hat, auch in anderen Lebensbereichen tragen. Deshalb gibt die Tat nicht nur den Personen Anlaß, sich zu distanzieren, die in derjenigen Rolle mit ihm verkehren, in der er versagt hat, sondern er wird rollenübergreifend isoliert. Es ist die Aufgabe individualisierender Zurechnung eine möglichst umfassende Distanzierung vom Täter zu ermöglichen[67a]. Der Standard bleibt bei dieser Lösung nicht unberücksichtigt: Er bestimmt Institute der objektiven Zurechnung (garantenbezogene Begehung, erlaubtes Risiko, Vertrauensgrundsatz), dies aber *neben*, nicht statt der Individualisierung.

Die individualisierende Garantie hat zum Inhalt, daß die rechtlichen Normen stets dominantes Motiv sind. Was aufgrund des dominanten Motivs beim einzelnen Menschen an Handlungsvollzügen herauskommt, hängt von der individuellen Fähigkeit zur Handlungssteuerung ab. Wenn schon die Möglichkeiten der individuellen Handlungssteuerung versagen, der einzelne also unvermeidbar (nicht einmal fahrlässig) einen Erfolg, etwa eine Tötung, verursacht, fehlt ein individueller Sinnausdruck des Inhalts, daß anderes wichtiger sei, als das Leben der Menschen dominant in Acht zu nehmen; es fehlt also ein nicht rechtskonformer Weltentwurf und die Norm ist nicht verletzt. „Individueller Sinnausdruck" wird eine Tat dabei nicht durch psychische (oder sonstige) Eigenschaften per se, sondern durch die Verständigung darüber, was ein Subjekt ist und wann es für die Folgen seiner Organisation zuständig ist. Es geht also nicht um ein Problem der Psychologie, sondern der Zurechnungslehre. — Die solchermaßen stark subjektiv orientierte Deutung der Norm ist freilich nicht allgemein gültig[67b], sondern der Versuch einer Beschreibung gegenwärtig im Geltungsbereich des Strafrechts praktizierter Interaktionsbedingungen. Die Möglichkeit, bei der Zurechnung auf das individuell Gemeinte (Vorsatz) oder individuell Meinbare (Fahrlässigkeit) und nicht auf das Bewirkte abzustellen, dürfte voraussetzen, daß die Interaktionen mit hoher Wahrscheinlichkeit sowieso nicht schädlich ausgehen. Wo ein Grund zu großem Mißtrauen besteht, wird der Handlungsbegriff objektivistischer (siehe auch unten zur Schuld 17/3), ebenso bei ritualisierten Interaktionen; Beispiel: Wer im Foyer der Oper einen Besucher anrempelt, kann sich nicht die Entschuldigung mit der Begründung sparen, er habe das Rempeln nicht vermeiden können.

[67a] *Jakobs* in: Der Sachverständige S. 271 ff, 274 f.

[67b] Die Deutung kann hier auch nicht bewiesen, sondern nur plausibel gemacht werden; kritisch *Lippold* Rechtslehre S. 308 f Fn. 67.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

25 Im Ergebnis ist also die Antriebssteuerung aus dem Handlungsbegriff auszuklammern, aber die Handlungssteuerung durchgehend nach den individuellen Fähigkeiten des Täters zu bestimmen[68]. Nur so läßt sich garantieren, daß der Sinnausdruck der Handlung jeweils Sinnausdruck eines Subjekts ist. Die finale Handlungslehre verfährt im Ergebnis bei Vorsatztaten ebenso; es gilt nur, die im Vorsatzbereich in der Finalität steckende Vermeidbarkeit als das entscheidende Kriterium auf Fahrlässigkeitstaten und automatisierte Reaktionen zu übertragen.

Bei der hier gewählten Lösung ist Unrecht weder Störung des Rechtsgutsbestands (wie aber beim kausalen Handlungsbegriff) noch Störung der Rechtsgutssicherheit (wie bei den kausalistisch orientierten Versuchstheorien) noch allein Rollen- oder Standardverletzung (wie beim sozialen Handlungsbegriff), sondern Objektivierung einer falschen Haltung zur Norm (wobei die Norm einen Standard etablieren mag, wie insbesondere bei abstrakten Gefährdungsdelikten, oder über Standards interpretiert werden mag, scil. vermittels objektiver Zurechnung). Auf die bezeichnete Haltung kommt es an, weil sie die Möglichkeit dichter Interaktion mit der Möglichkeit freier Bestimmung der eigenen Organisation vermittelt. Beispielhaft gesprochen: Wäre jede Körperbewegung reguliert, gäbe es also — bei erschöpfender Standardisierung durch das Gesetz — keine freie Bestimmung der eigenen Organisation, so bliebe dem Handlungsbegriff ebensowenig etwas zu leisten wie in der Umkehrung im Hobbesschen Naturzustand völliger Freiheit, in dem keine Interaktionsmöglichkeit garantiert wird.

26 b) *Der Begriff der Vermeidbarkeit:* Bei der Vermeidbarkeit kommt es nicht darauf an, ob der Täter erkennen kann, daß der Vollzug einer Aktion für sich (Tätigkeitsdelikte, Versuch) oder wegen der Folgen (Erfolgsdelikte) verboten ist. Die Vermeidbarkeit ist also unabhängig von der Erkennbarkeit einer rechtlichen Regelung und muß das auch sein, weil die Erkennbarkeit der Rechtsnorm zur Macht des Täters, etwas herbeizuführen oder nicht herbeizuführen, nichts beiträgt, sondern nur dem rechtstreuen Täter einen guten Grund gibt, seine Macht zur Vermeidung von Verbotenem (wie zur Befolgung von Gebotenem) zu gebrauchen: Die Erkennbarkeit des Rechts gehört zur Antriebssteuerung, nicht zur Handlungssteuerung, ist also im Bereich des Unrechts eigene (innere) Sache des Subjekts, dem zugerechnet wird.

27 Die Vermeidbarkeit wird mit Hilfe der Hypothese bestimmt, daß der Täter, hätte er

---

68 Zum intentionalen Handlungsbegriff *Schmidhäusers* besteht folgender Unterschied: *Schmidhäuser* versteht das Unrecht als Verletzung eines Achtungsanspruchs (AT 6/6), wobei die Verletzung durch ein Willensverhalten erfolgen soll (AT 6/7 f; 8/19 ff; ähnlich *Alwart* Recht S. 114 ff); Willensverhalten wiederum soll mindestens Wollen der körperlichen Bewegung sein (AT 8/23; Studienbuch 5/10: die Basishandlung). Sieht man vom so nicht lösbaren Problem der Automatismen oder der schon im Handlungsvollzug mißlingenden Körperaktivitäten ab, bleibt das weitere Problem, wie ein Achtungsanspruch als geistiges Sein (AT 2/30, 35) von einem Willensverhalten verletzt werden kann. Das ist der Fall, wenn das Willensverhalten gleichfalls mehr als ein psychisches Faktum ist, wenn also nicht allein darauf abgestellt wird, daß etwas gewollt wird, was dann Folgen zeitigt, sondern daß der Wollende zu dem geistigen Sein, um das es geht, Zugang hat. Der Zugang aber, die Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit des Willensverhaltens, fällt bei *Schmidhäuser* wie bei den Kausalisten aus dem Handlungsbegriff und dem Unrecht hinaus und ist Bestandteil der Schuld (AT 6/13, 10/32 ff). Das ändert sich nur marginal, wenn unter dem Oberbegriff der intentionalen Handlung neben der Basishandlung eine Folgenhandlung eingeführt wird, die auch noch die gewollten (beabsichtigten) Folgen als Bestandteil der Handlung erfaßt (Studienbuch 5/10, 5/13 ff); denn bei dieser Erweiterung wird die Handlung immer noch als psychisches Faktum (nach dem Gewollten) bestimmt. — Die freilich vorzugswürdige Konsequenz des Ansatzes von *Schmidhäuser,* scil. die Befreiung der Vorsätzlichkeit vom Willen (AT 7/36 ff; 8/26 ff; 10/31 ff), läßt sich bei dem hier gewählten Ansatz, die Handlung mit Hilfe einer Hypothese zu bestimmen, gleichfalls erzielen; siehe unten 8/8.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

das dominante Motiv[69] zur Vermeidung einer bestimmten Aktion, diese Aktion real vermeiden würde. Das Motiv wird also schlechthin unterstellt; wie es zustandekommt, interessiert im Unrechtsbereich nicht[70]. Beispiel: Wirft jemand Ziegel von einem Dach auf einen Weg, so kann er die Aktion „Werfen von Ziegeln auf einen Weg" vermeiden, und zwar wenn er bewußt Ziegel auf einen Weg wirft, indem er es schlicht unterläßt; ist ihm freilich nicht aktuell bewußt, daß dort, wohin er die Ziegel bewußt wirft, ein Weg ist, oder wirft er gar ohne Beteiligung des wachen Bewußtseins automatisch, kann er die Aktion immer noch vermeiden, wenn er bei dominanter Motivierung, ja keine Ziegel auf einen Weg zu werfen, die entsprechenden Eigenschaften seiner Handlung erkennen und diese dann unterlassen würde. Dabei kann sich der Täter die Mühe, die Konsequenzen seiner Aktionen zu beurteilen, dadurch ersparen, daß er Aktionen mit unbekannten Konsequenzen per se unterläßt. Ob der Täter überhaupt daran interessiert ist, keine Ziegel auf den Weg zu werfen, oder ob ihm das gleichgültig ist, etwa weil es nicht verboten ist oder weil der Täter von einem Verbot nichts weiß oder sich um ein Verbot nicht schert, ist für die Vermeidbarkeit gleichgültig: Die Antriebssteuerung ist im Unrechtsbereich seine Sache. — Unvermeidbar ist die Aktion freilich, wenn der Täter nicht erkennen kann, daß dort, wohin er die Ziegel wirft, ein Weg verläuft, oder daß die Ziegel, die er wirft, dort auftreffen, wo ein — an sich bekannter — Weg verläuft: Dann vollzieht der Täter immer noch die Handlung „Werfen von Ziegeln", aber nicht mehr die Handlung „Werfen von Ziegeln auf einen Weg". Was Inhalt einer Handlung ist, hängt also vom jeweiligen Erkenntnisvermögen des Agierenden ab. Das mindeste an äußerem Erfolg ist eine (eben beim Motiv ihrer Vermeidung vermeidbare) Körperbewegung. Wenn hier Handlung als vermeidbare Erfolgsverursachung definiert wird, so geht es nicht um Verursachung von Erfolgen im Sinn der Erfolgsdelikte (auch beim Versuch wird gehandelt!) und nicht einmal notwendig um die Verursachung eines tatbestandlichen Geschehens, sondern um alle in ihrer Gestalt erkennbaren Körperbewegungen und — wenn ihrerseits erkennbar — deren Konsequenzen[70a].

Die individuell vermeidbare Erfolgsverursachung ist der Oberbegriff für vorsätzliches und (individuell) fahrlässiges Handeln. Die Erkenntnis des Verhaltensvollzugs und gegebenenfalls seiner Folgen (bei Vorsatz) oder die individuelle Erkennbarkeit (bei Fahrlässigkeit) gehören als Bedingungen der Vermeidung zur Handlung und damit zum Unrecht. Im Vorsatzbereich besteht also im Ergebnis kein Unterschied zum finalen Handlungsbegriff; nur hat sich der Blick von der Finalität zum Erfolg auf die Bedingungen der Vermeidbarkeit des Erfolgs verschoben. Diese Wendung des Blicks ergibt einen Handlungsbegriff, der fahrlässige Handlungen, auch als fahrlässige automatisierte Reaktionen, genuin miterfaßt, scil. über die jeweiligen Bedingungen der Vermeidbarkeit[71].

---

69 Dieses Modell geht von der Vorstellung aus, daß die dominante Überzeugung von der Vorzugswürdigkeit einer Verhaltensalternative die Antriebsseite „klärt". Diese Vorstellung ist *schon für die Handlungsebene* wenig plausibel, soweit die Antriebsseite während des relevanten Verhaltens aktuell von körperlich fundierten Gegenantrieben gestört wird. Beispiel: Ist das Herausziehen der Hand aus kochendem Wasser Handlung, weil die Hand bei dominanter Motivation zum Verbleiben nicht herausgezogen würde? Oder für die Unterlassung: Ist jedermann fähig, auch bei stärksten Schmerzen jeden Schrei zu unterdrücken, indem er sich dominant zum Verschließen des Munds motiviert? — Bei elementaren Gegenantrieben massiver Stärke wird man das Subjekt — wie im Zustand des Schlafs oder der Bewußtlosigkeit — für nicht dominant zur Vermeidung motivierbar ansehen müssen.

70 Siehe hierzu *Jakobs* Welzel-Festschrift S. 307 ff, 309 f; *ders.* Studien S. 34 ff; *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 38 ff; *Kindhäuser* GA 1990 S. 407 ff, 416.

70a Dies mißversteht wohl *Lippold* Rechtslehre S. 253 mit Fn. 9.

71 Im Ergebnis wie hier *Stratenwerth* AT Rdn. 158 ff, 161; *SK-Samson* § 16 Anhang Rdn. 13 ff; zum Ganzen siehe *Jakobs* Welzel-Festschrift S. 307 ff, 308 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

4. Die Trennung von Handlung und Unterlassung

a) Die Unterscheidung

28 Die vorangegangene Argumentation stellt darauf ab, daß der Täter eine Aktion bestimmter Art (Tätigkeitsdelikt) oder bestimmter, über die Tätigkeit hinausgehender Folgen (Erfolgsdelikt) vollzieht, also etwas tut. Der Handlungsbegriff wird hierbei als Begriff der Begehungsdelikte behandelt, bei denen der Täter ein Ereignis (einen Handlungsvollzug oder einen Handlungsvollzug nebst Folgen) verursacht. Es gibt freilich nicht nur Haftung für Verursachungen, sondern auch Haftung für das *Unterlassen,* ein schon anderweit hinreichend bedingtes Ereignis abzuwenden. Auch das Unterlassungsdelikt setzt Vermeidbarkeit voraus, freilich gegenüber der Begehung mit umgekehrtem Bezug zur Motivation und zur Körperbewegung: Bei der Begehung führt eine bewußte oder unbewußte Antriebslage zur Bildung eines Motivs zur Körperbewegung und diese verursacht ein Ereignis, — bei der Unterlassung tritt ein Ereignis ein, das ausgeblieben wäre, wenn der Täter sich zur Hinderung motiviert und die nötigen Körperbewegungen vollzogen hätte. Wie bei der Begehung die Vermeidbarkeit der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit des *eigenen* Verhaltens ist, so ist auch bei der Unterlassung die Vermeidbarkeit an das eigene Verhalten gebunden. Sie enthält also nicht nur die Kenntnis oder Erkennbarkeit der Bedingungen eines Erfolgseintritts, sondern die Abhängigkeit der Bedingungen vom eigenen Verhalten muß hinzukommen, also die Beeinflußbarkeit.

29 Setzt man Vermeidbarkeit und Handlung gleich und definiert die Handlung als einen Vorgang, der eine *Differenz* (etwa Leben) zwischen einem Tun (etwa Erschießen oder vor dem Tod Retten) und einem Unterlassen (etwa Nicht-Erschießen oder Nicht-Retten) bezeichnet, *gleich welche* der Alternativen realisiert wird, so paßt auch die Unterlassung unter den Begriff der Handlung und die Handlung ist Oberbegriff für Begehen wie für Unterlassen. — Stellt man aber darauf ab, *welche* der Alternativen verwirklicht wird, so muß für die Verwirklichung durch Kausal-Werden (Handeln, Begehen, Tun) ein anderer Name gesucht werden als für den Eintritt eines Ereignisses, der nicht abgewendet wird (Unterlassen, Begehen durch Unterlassen), obgleich beide Alternativen eben in der Erfolgs*differenz* identisch bleiben und auch insoweit gemeinsam benannt werden können: Beide sind menschliche *Verhaltens*weisen.

30 Hier wird eine Terminologie gewählt, nach der nur das Tun als eine Handlung benannt wird. Bei dieser Terminologie ist eine Unterlassung ein Verhalten, bei dem eine Handlung fehlt. Handlung und Unterlassung haben aber gemeinsam, Verhaltensweisen des Menschen zu sein. Bezogen auf deliktisches Verhalten: Bei der Handlung ist ein Motiv und in dessen Konsequenz eine Körperbewegung zuviel vorhanden, eben das deliktische Motiv (der Täter hat Verbotenes verursacht, hätte aber unterlassen sollen), — bei der Unterlassung ist ein Motiv etc. zuwenig vorhanden, eben das deliktsabwendende Motiv (der Täter hat Gebotenes nicht verursacht, er hätte aber handeln sollen) (zum Ganzen siehe unten 28/3).

b) Der gemeinsame Oberbegriff

31 Unabhängig von dieser terminologischen Trennung[72] von Handlungen und Unterlassungen besteht das Problem, wie weit im Oberbegriff des menschlichen Verhaltens mehr steckt als die bloße Summierung der Voraussetzungen des Handelns einerseits und Unterlassens andererseits, wie weit also Handlung wie Unterlassung gemeinsame

---

72 Zu den terminologischen Möglichkeiten siehe *Maihofer* Handlungsbegriff S. 12 ff; *Klug* Engc-Festschrift S. 33 ff; eingehend mit Darstellung des — teils widersprüchlichen — Sprachgebrauchs *Schmidhäuser* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 131 ff, 137 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Merkmale aufweisen. Eine Gemeinsamkeit[73] fehlt um so eher, je mehr der Handlungsbegriff ohne Blick auf die dem Subjekt eröffneten Alternativen *allein* an den psychischen und physischen Fakten festgemacht wird, die sich beim Handeln ereignen. Deshalb kann zum kausalen Handlungsbegriff allenfalls ein Ober-„Begriff" für Handlung und Unterlassung gebildet werden, der einen Namen (eben keinen Begriff) für das Faktum abgibt, daß im Strafrecht Handlungen wie Unterlassungen strafbar sein können. *Radbruch:* „Die Unterlassung hat also nicht nur die Merkmale Wille, Tat und Kausalität zwischen beiden nicht mit der Handlung gemein, sie erschöpft sich vielmehr gerade darin, sie zu verneinen. Besäße sie an Stelle jener Merkmale andere positive Merkmale, so wäre noch Hoffnung, sie mit der Handlung unter einen Hut zu bringen. So aber lassen sich, so wahr man nicht Position und Negation, a und non-a unter einen Oberbegriff bringen kann, auch Handlung und Unterlassung nicht unter einem solchen zusammenbiegen, er nenne sich nun Handlung im weiteren Sinne, menschliches Verhalten oder, wie immer sonst!"[74]. — Der finale Handlungsbegriff benennt mit der Finalität das Merkmal, in dem sich die Fähigkeit zur Entscheidung einer Alternative konzentrieren soll und kann deshalb in der „Handlungsfähigkeit" das „Gemeinschaft stiftende Moment zwischen Handlung und Unterlassung" finden[75]. — Der soziale Handlungsbegriff wird z. T. gerade mit der Funktion entwickelt, Gemeinsamkeit zwischen Handlung und Unterlassung zu stiften[76].

Nach dem hier verwendeten Begriff der Handlung als vermeidbare Erfolgsverursa- **32**
chung und dem korrespondierenden Unterlassungsbegriff als vermeidbare Nichthinderung eines Erfolgs läßt sich ein Oberbegriff des Verhaltens bilden, der in der vermeidbaren jeweiligen Erfolgs*differenz* die Gemeinsamkeit von Handeln wie Unterlassen umfaßt. Beispiel: Ob jemand den Tod eines anderen vermeidbar verursacht oder aber die anderweit angelegten hinreichenden Bedingungen zum Tod vermeidbar (vorsätzlich oder fahrlässig) nicht abwendet, ist trotz des Unterschieds zwischen Handlung und Unterlassung in der vermeidbaren Differenz zwischen den jeweiligen Alternativen gleich; es ist eben die Differenz zwischen Tod und Leben[77]. Formelhaft: Verhalten ist die Vermeidbarkeit einer Erfolgsdifferenz.

c) Negativer Handlungsbegriff?

Daß schon für den Handlungsbegriff die dem Täter eröffnete Alternative in den **33**
Blick zu nehmen ist, hat dazu verführt, beim Begehungsdelikt überhaupt nur noch die Alternative zu beachten und die Lösung des Handlungsbegriffs für Begehung wie Unterlassung einheitlich über das — weniger durch Naturalismen vorbelastete — Unterlassen zu versuchen: Handlung (hier als Oberbegriff von Tun und Unterlassen) soll nach dieser Lehre vom *negativen Handlungsbegriff* das „vermeidbare Nichtvermei-

---

73 Zu den logischen Problemen der Begriffsbildung siehe *Engisch* Welzel-Festschrift S. 343 ff, 355 ff; siehe auch *Weinberger* Klug-Festschrift S. 199 ff, 208 f. Zur Position von *Gallas* siehe oben 6/Fn. 62 a. — Soziologisch (Handlung und Unterlassung zu stark trennend, als setze nicht auch Handlung soziale Erwartungen voraus) *Geser* Kölner Zeitschrift 1986 S. 644 ff.

74 Handlungsbegriff S. 140. — Zutreffende logische Kritik bei *Lippold* Rechtslehre S. 255.

75 *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 84 f; — anders freilich *Maurach-Gössel* AT II § 45 Rdn. 17 ff; *Gössel* Wertungsprobleme S. 94 f, wonach auch die Unterlassung final sei: Auch körperliche Untätigkeit werde zielgerichtet eingesetzt und sei deshalb Handlung. — Aber das Vergessen eines Termins (Unterlassung) oder das desinteressierte Betrachten eines Unglücks, ohne zu helfen (Unterlassung), sind keine *zweckvollen* Einsätze von Untätigkeit. — Eingehender unten zur subjektiven Seite des Unterlassungsdelikts 29/82 ff.

76 *Jescheck* AT § 23 IV mit Nachweisen; *E. A. Wolff* Handlungsbegriff S. 17 ff; *Wessels* AT § 3 II 2c.

77 *Jakobs* Studien S. 27; *ders.* Welzel-Festschrift S. 307 ff, 309 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

den in Garantenstellung" sein[78] oder die Nichtvornahme einer gefahrvermeidenden Handlung, wobei die Gefahr vom eigenen „Destruktionstrieb" des Täters oder unabhängig vom Täter produziert werden kann[79]. Dieser Versuch, das Begehungsdelikt über die Unterlassung aus den Fesseln der naturalistischen Betrachtung[80] zu lösen, ist ein später Gegenschlag auf die abgetanen, aber in der Blütezeit naturalistischer Betrachtung gängigen Versuche, der Unterlassung Kausalität für den Erfolg zuzuschreiben und sie so in Begehung umzudeuten (unten 28/2; 29/15 ff). Das Ergebnis ist wiederum terminologische Wirrnis: Daß der Begehungstäter schon als Produzent der Verursachung haftet, wird mit einem Nichtvermeiden oder mit der Fähigkeit, sich selbst zu hindern, wenig vollkommen bezeichnet. Der Begehungstäter erscheint nur als Aussparung in der Beschreibung dessen, was er nicht ist[81].

5. Grenzprobleme

34 a) Eine Handlung fehlt, wenn die Erfolgsherbeiführung unvermeidbar, also nicht einmal fahrlässig geschieht. Da bei mehreren Folgen einer einzigen Körperbewegung die Vermeidbarkeit unterschiedlich zu beurteilen sein kann, ist die Handlung ein relativer Begriff[82]: Im Blick auf bestimmte Folgen mag eine Handlung gegeben sein, auf andere hingegen nicht. Beispiel: Wer ein vermeidbar für ungeladen gehaltenes Gewehr in ein Gebüsch hin abdrückt und einen dort verborgenen Menschen verletzt, mit dessen Aufenthalt an dieser Stelle er unvermeidbar nicht rechnet, handelt in bezug auf das Abdrücken vorsätzlich, in bezug auf das Losgehen eines Schusses fahrlässig, und in bezug auf die Verletzung des Menschen handelt er nicht.

Der Erfolg einer Handlung kann schon der äußere Vollzug des Verhaltens sein. Vollzug und Folgen können auch im Körper oder auch nur im Kopf des Subjekts

---

78 *Herzberg* Unterlassung S. 172 ff; *ders.* JZ 1988 S. 573 ff, 576 f. — Daß der Handlungsbegriff mit seinem Bezug auf die Garantenstellung nicht das strafrechtlich relevante Verhalten abdeckt, scil. nicht die echten, nicht begehungsgleichen Unterlassungen (unten 28/11), hat *Herzberg* gesehen (S. 176 f); damit zerbricht aber nicht nur die systematische Bedeutung seines Handlungsbegriffs überhaupt, sondern in einer von *Herzberg* auch weit unterschätzten Quantität; denn im Nebenstrafrecht sind echte, nicht begehungsgleiche Unterlassungen eine geläufige Regelungsform (einige Beispiele unten 29/Fn. 54 und bei *Herzberg* aaO); — zutreffend kritisch *Stratenwerth* Welzel-Festschrift S. 289 ff, 296 Fn. 21. — Was soll schließlich der Inhalt der Garantenstellung sein, wenn nicht ein „vermeidbares Nichtvermeiden", das also unabhängig von der Garantenstellung (wieso dann nicht als Handlung?) Bestand haben muß.

79 *Behrendt* Unterlassung S. 121 ff, 130; *ders.* Jescheck-Festschrift S. 303 ff. — Die Materialisierung durch Anknüpfung an die Destruktivität dürfte zu eng sein; sollten im rechtfertigenden Notstand begangene Taten (als Interessenerhaltung das Gegenteil von Destruktivität) keine Handlungen mehr sein? Für *Behrendt* ergibt sich weiterhin die Schwierigkeit, die Bekämpfung des Destruktionstriebs als rein *inneres* Verhalten zum Gegenstand rechtlicher Wertung machen zu müssen (Tatprinzip?) oder aber — so seine Lösung (Unterlassung S. 155 ff, 165 ff, 169 ff) — erst an die Objektivierungen des Destruktionstriebs in Körperbewegungen anknüpfen zu können; zum Zeitpunkt dieser Objektivierungen kann es jedoch — etwa bei schnellen Automatismen, aber auch bei anderen knappen Handlungsvollzügen (ein Faustschlag) — für eine Gegensteuerung schon zu spät sein: Die gesteuerte (!) Handlung ist dann nicht mehr zu bremsen und wäre nach *Behrendt* strafrechtlich irrelevant. — Eine entsprechende Lösung zum Affekt entwickelt *ders.* Affekt S. 77 ff, 100.

80 Siehe *Herzberg* aaO S. 184: „durch und durch normative Materie".

81 Freilich bleibt es ein Verdienst der Lehre, für das Begehungsdelikt die Notwendigkeit herausgestellt zu haben, daß die Handlungsalternative zu berücksichtigen ist. — Die Lehre ist bisher überwiegend abgelehnt worden, ohne daß freilich ihre Positiva hinreichend gewürdigt werden; *LK-Jescheck* Rdn. 30 vor § 13; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 36 vor § 13; *Stratenwerth* Welzel-Festschrift S. 289 ff, 296 f; *Maiwald* ZStW 86 S. 626 ff, 653 Fn. 86; *Engisch* Gallas-Festschrift S. 163 ff, 193 ff; *Maurach-Gössel* AT II § 45 Rdn. 12 ff ; siehe aber auch *Jakobs* Welzel-Festschrift S. 307 ff, 310 Fn. 12.

82 *Welzel* Strafrecht § 8 I 1b; *ders.* NJW 1968 S. 425 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

stattfinden. Auch Kopfrechnen, Nachdenken etc. sind Handlungen[83]. Unabhängig davon kann freilich wegen des Tatprinzips der bloße Gedanke als Handlung nicht *ver*boten und das bloße Denken ohne Ziel einer Objektivation nicht *ge*boten sein. Als Zwischenstufe zur Objektivation kann jedoch Denken die *ge*botene Handlung sein und ist es bei Unterlassungsdelikten in geläufiger Weise; Beispiel: Dem Notarzt ist geboten, die sinnlich wahrgenommenen Tatsachen gedanklich zu einer Diagnose zu verarbeiten (Handeln!), um dann eine Therapie beginnen zu können etc.

b) *Das Problem der Automatismen:* Es gibt Bereiche, in denen die Unterscheidung **35** von Handlung und Unterlassung ohne Konsequenzen für die Zurechnung ist, da der Täter jedenfalls haftet. Hierzu zählen die Fälle, in denen Handeln und Unterlassen durch einen Organisationsakt austauschbar sind. Beispiel: Ob ein Autofahrer Gas gibt (Handlung) oder nicht bremst (Unterlassung) ist — gleiche Vermeidbarkeit unterstellt — bedeutungslos (siehe unten zur Haftung kraft Organisationszuständigkeit bei der Unterlassung 29/29 ff). Entsprechend spitz wird die Differenzierung von Handlung und Unterlassen, wenn es um die Organisiertheit des Körpers des Täters geht; die Differenzierung hat hier keinen Eigenwert mehr, sondern ergibt sich nur aus der konsequenten Anwendung der zu anderen Bereichen entwickelten Maximen auf einen Grenzfall.

aa) Es würde üblicher Terminologie entsprechen, die Fälle der Körperbewegungen, **36** die durch eine unmittelbare (nicht zentral vermittelte) Überleitung eines sensorischen Reizes in eine motorische Aktion entstehen, als *Reflexe* aus dem Handlungsbegriff auszuscheiden[84], hingegen die eingeübten oder instinkthaften, jedenfalls ohne Beteiligung des wachen Bewußtseins ablaufenden Reaktionen, die zentral koordiniert vollzogen werden, als *Automatismen* der Handlung zuzuordnen[85]. Diese Lösung, orientiert an der zentralen, wenn auch unbewußten Steuerung, mag im großen und ganzen das Richtige treffen, sie ist jedoch methodisch und in der Beschreibung der zu behandelnden Gegenstände fragwürdig: Methodisch geht die Lösung allein von dem Ereignis aus, das sich vollzieht, ohne auf die Alternative zu blicken, was bei dominant auf Vermeidung gerichteter Motivation geschähe; zudem dürfte sich die Trennung von Steuerung und Nicht-Steuerung mit dem Kriterium der zentralen Vermittlung eines Reizes allenfalls grob phänotypisch ziehen lassen[86].

bb) Bei der Berücksichtigung der Alternative ergibt sich folgende Differenzierung: **37**

α) Da das Strafrecht dominante Motivation zur Vermeidung verbotenen Verhaltens garantiert, sind diejenigen Körperreaktionen, deren Antriebsseite bei dominanter Moti-

---

83 *Gössel* Wertungsprobleme S. 94 f; *Maurach-Gössel* AT II § 45 Rdn. 20; *a. A. LK-Jescheck* Rdn. 36 vor § 13; wohl auch *Herzberg* Unterlassung S. 188; siehe auch *Maiwald* ZStW 86 S. 626 ff, 640 ff.

84 OLG Frankfurt VRS 28 S. 365 ff; OLG Hamm NJW 1975 S. 657 f; überwiegende Ansicht; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 40 vor § 13; *Jescheck* AT § 23 IV 2 a; *SK-Rudolphi* Rdn. 21 vor § 1; *Gössel* Wertungsprobleme S. 102 f; *Franzheim* NJW 1965 S. 2000 f; *Spiegel* DAR 1968 S. 283 ff; 286. — *A. A.* freilich *Maihofer* Handlungsbegriff S. 33 ff; *v. Weber* Engisch-Festschrift S. 328 ff, 335; *Nowakowski* Grundzüge S. 43. — Weitere Nachweise bei *Jakobs* Studien S. 76 ff.

85 So überwiegende Ansicht; *H. Mayer* AT S. 42 ff, 44; *ders.* Studienbuch § 8 II 4; *Hall* Fahrlässigkeit im Vorsatz S. 13 ff; *Arthur Kaufmann* JuS 1967 S. 145 ff, 151 f; *ders.* H. Mayer-Festschrift S. 79 ff, 109 ff; weitere Nachweise bei *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 41 vor § 13 und *Jakobs* Studien S. 76 ff. — *Welzel* hat bei den Automatismen darauf abgestellt, ob bei einem finalen Verhalten die „Funktionsgrenze" der „automatisierten Handlungsbereitschaften" mangelhaft be rücksichtigt wird; Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte S. 34; *ders.* Strafrecht § 20 II a. E.; *ders.* Das neue Bild S. 57; — das Problem der überraschend, aber noch beherrschbar ausgelösten Automatismen läßt sich so nicht erfassen.

86 *Schewe* Reflexbewegung S. 63 ff, 67.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

vation zur Vermeidung keinen Bestand hätte, Handlungen; denn die Organisation der Antriebsseite ist beim Handlungsbegriff Sache des Subjekts.

β) Diejenigen Körperreaktionen aber, die nicht nur-motivatorisch erledigt, jedoch durch eine körperliche Gegenaktivität in ihren Auswirkungen gestoppt werden können, sind keine Handlungen, aber durch Handlungen beherrschbar, also Unterlassungen [86a]; denn die dominant auf Vermeidung gerichtete Motivation hebt in diesen Fällen nicht den Antrieb auf, sondern bewirkt eine gegensteuernde Handlung (das Verkrampfen eines Muskels hindert die Bewegungswirkung des Patellarsehnenreflexes; das Aufeinanderbeißen der Zähne hindert das Kältezittern des Unterkiefers etc.). Zur Haftung in diesem Bereich ist für die praktisch relevante unechte Unterlassung eine Garantenstellung erforderlich (§ 13 StGB), die freilich regelmäßig wegen der Organisationszuständigkeit für den eigenen Körper vorliegt [87].

γ) Schließlich können Reaktionen unvermeidbar sein, und zwar weil sie sich entweder überhaupt nicht vermeiden lassen (z. B. starke Formen des Erbrechens) oder aber zumindest nicht in Situationen, in denen nur wenig Reaktionszeit zur Verfügung steht.

38 cc) Für den praktisch wichtigen Fall der Automatismen, insbesondere der automatisierten Reaktionen beim Führen eines Kraftfahrzeugs, scheidet also eine einheitliche Klassifizierung aus.

α) Soweit der Automatismus motivatorisch aufhebbar ist und es an der Zeit, die der Motivationsprozeß dauert, nicht fehlt, handelt es sich um eine Handlung: Bei dominanter Motivation zur Vermeidung fände die Körperbewegung nicht statt. Beispiel: Bei Glatteis muß der Autofahrer besonders sanft beschleunigen oder bremsen etc., um nicht ins Schleudern zu geraten; er darf deshalb beim Aufleuchten der Bremslichter eines Vorfahrenden nicht „wie sonst" kräftig auf die Bremse treten, sondern muß den Impuls dazu aufheben und die Steuerungsmaßnahmen — ähnlich wie ein Anfänger — wieder wachbewußt übernehmen.

β) Ist der Automatismus so verselbständigt, daß er nur-motivatorisch nicht aufgehoben werden kann, so kann er trotzdem in einzelnen Fällen durch einen bewußten Willensakt im Ablauf gestört werden. Er ist dann keine Handlung, aber durch eine Handlung sind seine Folgen paralysierbar, und das Ausbleiben der paralysierenden Handlung ist Unterlassung. Beispiel: Das bei hoher Geschwindigkeit vor ein Kraftfahrzeug laufende Kleintier wird kaum ein Fahrer, zumindest wenn er erstmals in der Situation ist, ohne bewußtes krampfhaftes Einhalten der Fahrrichtung (zur Vermeidung von Ausweichbewegungen) überfahren können. — Das Schreien bei starken Schmerzen läßt sich durch das sprichwörtliche Zusammenbeißen der Zähne in Maßen vermeiden (zu den Grenzproblemen siehe oben 6/Fn. 69).

γ) Der Automatismus kann schon ablaufen, ehe das Subjekt die Situation oder die Fehlerhaftigkeit des automatischen Reagierens in der Situation wahrgenommen hat: Er ist dann weder Handlung noch ist das Ausbleiben einer paralysierenden Handlung eine Unterlassung. Beispiel: Der Fahrer bremst automatisch, als das Fahrzeug auf vermeintlich nasser, in Wirklichkeit aber ölverschmierter Straße leicht schlingert; durch das Bremsen gerät das Fahrzeug sofort ins Schleudern und verletzt einen anderen Menschen.

[86a] *AK-Zielinski* §§ 15, 16 Rdn. 26.

[87] Sie kann aber auch durch die Übernahme der Organisation durch Dritte überspielt werden; Beispiel: Der Patient, dem der Assistenzarzt zur Reflexprüfung auf das Knie schlägt, während sich der kurzsichtige Oberarzt — in eine andere Untersuchung vertieft — dicht über den Fuß beugt, ist nicht Garant für die Vermeidung einer Körperverletzung beim Oberarzt.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

dd) Fehlt eine Vermeidbarkeit *in* der Situation, so kann freilich das Verhalten, mit **39**
dem das Subjekt in die Situation gekommen ist, einen Haftungsgrund abgeben (Vermeidbarkeit durch *Übernahme* einer Situation)[88]. Mit dieser Haftung für die Übernahme ist auch zu begründen, daß bei der Bestimmung der Vermeidbarkeit eine — psychisch unvermeidbare — Schrecksekunde nicht stets berücksichtigt wird. Wenn sich jemand vermeidbar in eine Situation manövriert, in der er wegen Schreckens automatisiert falsche Reaktionen leistet[89] oder richtige Reaktionen nicht leistet[90], so ist die Übernahme dieser Situation die Überschreitung des erlaubten Risikos. Nicht das Ausbleiben der Schrecksekunde wird erwartet, sondern das Ausbleiben der Übernahme[91].

c) Daß die mit *vis absoluta* erzwungenen Körperbewegungen keine Handlungen **40**
sind, entspricht allgemeiner Meinung, ist auch richtig, aber mißverständlich begrenzt: Lageveränderungen des Körpers eines Subjekts, die sich vom Subjekt nicht rein motivatorisch erledigen lassen, sind sämtlich keine Handlungen; bei absoluter Gewalt lassen sie sich auch nicht durch Gegenaktivität erledigen, sind also auch keine Unterlassungen; nur letzteres ist bei nicht absolut gewaltsamer Einwirkung anders. Beispiel: Wenn einem seinerseits antriebslos bleibendem Subjekt zur Herstellung einer unechten Urkunde (§ 267 StGB) die Hand geführt wird, fehlt es jedenfalls an einer Fälschungshandlung des Subjekts; wird die Hand mit nicht unwiderstehlicher Gewalt geführt, mag eine Urkundenfälschung durch Unterlassung vorliegen. — Handlungen sind freilich die durch erzwungene Motivation des Subjekts bewirkten Aktionen. Beispiel: Der Lithograph wird so lange gefoltert, bis er die Druckplatten zur Fälschung herstellt (§ 149 StGB).

d) Keine Handlungen sind die — unbewußt motivierten und auch äußerlich finalen **41**
— *Reaktionen von Subjekten im Tiefschlaf und in völliger Bewußtlosigkeit;* denn dem Subjekt fehlt während der Dauer der bezeichneten Zustände die Möglichkeit des bewußten Erlebens der eigenen Aktion; damit fehlt die Ebene, auf der eine dominante andere Motivation hergestellt werden soll. Die bei der Bestimmung der Handlung vorgenommene Unterstellung anderer dominanter Motivation stört zwar immer das konkrete *Sinn*gefüge des Subjekts; bei einem Schlafenden oder Bewußtlosen würde die Unterstellung aber das *Seins*gefüge (Schlaf, Bewußtlosigkeit) zerstören.

Bei schweren Graden von *Trunkenheit* dürfte die Grenze zwischen der noch bewußt — nicht notwendig reflektiert — erlebbaren eigenen Aktion und dem Fehlen der Erlebnismöglichkeit praktisch schwer zu bestimmen sein[92]. — Bei Affekttaten (siehe auch unten zum Vorsatz 8/13 und unten zur Schuld 18/17) handelt es sich um Hand-

---

88 Deshalb wird die Abgrenzungsfunktion des Handlungsbegriffs teils bezweifelt; *Armin Kaufmann* Welzel-Festschrift S. 393 ff, 394; *Otter* Funktionen S. 179 ff, aber zu Unrecht: Das vorverlagerte Verhalten muß vermeidbar in bezug auf die relevanten Folgen sein; daß es sich überhaupt unter irgendeinem Aspekt um ein Verhalten handelt, reicht nicht aus. Beispiel: Wer in einen Porzellanladen geht und dort bei einem plötzlichen Knall unvermeidbar zusammenzuckt und eine Sache beschädigt, hat, so das Geschehen beim Hineingehen nicht voraussehbar war, zwar beim Hineingehen eine Handlung, nicht aber eine Sachbeschädigungshandlung vollzogen.

89 OLG Frankfurt VRS 28 S. 364 ff (mit freilich viel zu weitgehenden Pflichten zur Einstellung auf Gefahren); BGH VRS 33 S. 358 ff, 361 f.

90 BGH VRS 23 S. 376 ff, 378; 25 S. 51 f; 26 S. 203 ff, 205; 27 S. 119 ff, 123; 34 S. 205 ff, 207; 34 S. 434 ff, 435; 38 S. 119 f.

91 Siehe *Spiegel* DAR 1968 S. 283 ff, 291 f (bei freilich verfehlter Behandlung als Schuldproblem); *Luff* DAR 1959 S. 89 ff, 92. — Weitere Nachweise bei *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 216; *Jakobs* Studien S. 81 Fn. 157.

92 Siehe BGH 1 S. 124 ff, 126 f; *LK-Jescheck* Rdn. 33 vor § 13; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 42 vor § 13; — kritisch zur strafrechtlichen Abgrenzung *Schewe* Reflexbewegung S. 40 ff, 68 ff; *ders.* Alkoholdelinquenz S. 39 ff, 68 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

lungen, solange überhaupt noch ein Bewußtsein des Agierens bestehen kann, mag das Subjekt sich auch als von den eigenen Antrieben getrieben empfinden[93].

42 Wenn es in den genannten Fällen an einer Handlung fehlt, kann — wie bei den Automatismen (oben 6/39) — immer noch die *Übernahme* der Situation ein Verhalten sein, das zur Haftung führt. Beispiel: Die Mutter, die sich bezecht oder nach Einnahme von Schlafmitteln mit ihrem Säugling in ein enges Bett legt, haftet dieses Verhaltens wegen, wenn sie das Kind durch ihre Bewegungen im Tiefschlaf erdrückt. — § 323 a StGB erfordert freilich, daß in der Situation des (nicht auszuschließenden) Schuldausschlusses noch gehandelt (oder unterlassen) wird; denn die Vorschrift soll dem Verlust der Zurechenbarkeit des Verhaltens entgegenwirken, nicht aber der Gefahr, daß eine Person mangels Beherrschbarkeit der massa carnis handlungsunfähig wird.

6. Das Unvermeidbare

42a Für Unvermeidbares selbst ist strafrechtlich nicht zu haften. Dies heißt aber nicht, etwas Unvermeidbares könne niemals zur strafrechtlichen Haftung beitragen. Vielmehr kann dadurch die Pflicht begründet werden, ein eventuell nachfolgendes Stadium der Vermeidbarkeit zu nutzen oder für eine von anderen Personen arrangierte Vermeidung die Kosten zu tragen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ein Organisationskreis einer Person unvermeidbar in den Organisationskreis anderer Personen eindringt; es ist dann Aufgabe des Inhabers des eindringenden Organisationskreises, das Geschehen nachträglich zu revozieren. Beispiel: Der soeben erworbene Haushund entpuppt sich plötzlich als tollwütig und fällt einen Passanten an. Hier ist der Erwerb mangels Vermeidbarkeit keine Körperverletzungshandlung, aber aus der Herrschaftsbegründung über das Tier folgt eine Pflicht zum Schutz und zur Rettung des Opfers (durch Zurückziehen, notfalls durch Tötung des Hundes), die ansonsten nicht bestünde. Was unvermeidbar ist, kann also trotzdem die Zuständigkeit für einen Schadensverlauf begründen[93a]. Eine solche Zuständigkeit wird aber nicht von der Kausalität per se ausgelöst. Beispiel: Der soeben erworbene Hund lockt ein streunendes Tier an, das sodann einen Passanten anfällt etc. Hier fehlt nicht die Kausalität, wohl aber eine hinreichend umfassende Herrschaft. — Eingehender unten 29/29 ff.

C. Deliktsfähigkeit eines Verbands, insbesondere: Verbandshandlungen?

43 1. Juristische Personen (des privaten oder öffentlichen Rechts) und andere Verbände können nach geltendem deutschen Strafrecht nicht bestraft werden. Gegen juristische Personen, nicht rechtsfähige Vereine und Personenhandelsgesellschaften kann freilich nach dem OWiG bei Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten ihrer Organe, Vorstände oder vertretungsberechtigten Gesellschafter eine Geldbuße festgesetzt werden, wenn die Tat Pflichten des Verbands verletzt hat oder der Verband bereichert wurde oder werden sollte (§ 30 Abs. 1 OWiG; siehe auch die weiteren Absätze). Diese doppelt halbherzige Lösung — keine Strafe, aber Geldbuße, und dies nur als Kannvorschrift — wurde gewählt, weil die Strafe vorgeblich wegen ihrer Bindung an ein abwertendes Schuldurteil gegenüber Verbänden im Gegensatz zur sozialethisch eher

---

93 *Krümpelmann* Welzel-Festschrift S. 327 ff, 337 f, gegen *Schewe* aaO.

93a Hierauf beruht die Plausibilität des Ansatzes von *Schmidhäuser* AT 8/19 ff (oben 6/Fn. 68), der freilich zu naturalistisch argumentiert: Er erschließt die Zuständigkeit aus dem Faktum des Zusammentreffens mehrerer Organisationskreise (siehe die Beispiele 8/33).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

indifferenten Geldbuße unangemessen sein soll[94]. — Zur Vertreterhaftung siehe unten 21/10 ff.

44 In der Literatur[95] ist umstritten, ob eine juristische Person (oder ein sonstiger Verband) im strafrechtlichen Sinn überhaupt *handlungsfähig* ist, was überwiegend nicht nur für die lex lata verneint wird[96] (societas delinquere non potest), jedoch zu Unrecht[97]: Schon bei der natürlichen Person ist die Feststellung einer Handlung nicht nur-naturalistisch zu erledigen; vielmehr geht es um die wertende Bestimmung des Zurechnungssubjekts, also darum, welches System aus Psyche und Körper nach seinen Außenwirkungen beurteilt wird (oben 6/21). Daß bei der Bestimmung des Subjekts das zu bildende System stets aus den Ingredienzen einer natürlichen Person (Psyche und Körper) zusammengesetzt werden müsse und nicht auch aus denjenigen einer juristischen Person (Verfassung und Organe) zusammengesetzt werden dürfe, läßt sich nicht begründen. Vielmehr lassen sich auch Verfassung und Organe der juristischen Person als ein System definieren, bei dem — entsprechend der Lage bei der natürlichen Person — Interna nicht interessieren (Beispiel: Die Verabredung zweier Organe zu einem Verbrechen ist noch kein nach § 30 StGB strafbares Handeln *der juristischen Person*), wohl aber der Output. Verfassungsgemäße Organhandlungen werden dadurch zu eigenen Handlungen der juristischen Person.

45 2. Schwieriger ist es, die Schuld der juristischen Person zu bestimmen. Mit der Schuld ihrer Organe ist eine Schuld der juristischen Person so wenig gegeben, wie bei Beteiligungen nach den §§ 25 ff StGB an der Schuld der anderen Beteiligten teilgenommen wird (§ 29 StGB). Auch ist es ausgeschlossen, auf die Feststellung von Schuld überhaupt zu verzichten. Wie bei natürlichen Personen gibt es Fallgestaltungen, in denen die Person zwar handelt, aber plausibel machen kann, daß die internen Handlungsbedingungen als unverfügbar gelten müssen, d. h. zu entschuldigen sind. Insbesondere geht es darum, daß ein Organ mit Wirkung für die juristische Person handelt, ohne daß die Kompetenz des Organs durch die Verfassung der juristischen Person beschnitten werden könnte. Auch wenn das Organ der Person oktroyiert worden ist, sind dessen Handlungen zwar auch Handlungen der juristischen Person, beruhen aber nicht auf den Eigenheiten dieser Person. In solchen Fällen ist der unverfügbare gesetzliche Verfassungsrahmen eine Bedingung der Handlung und die juristische Person daher entschuldigt. — Für die Handlung wie für die Schuld sind also die dogmatischen Formen (nicht nur die Namen) bei der natürlichen und der juristischen Person identisch.

---

94 *Göhler* Beratungen Sonderausschuß V S. 1079; *ders.* Beiheft ZStW 1978 S. 100 ff, 102. Immerhin ist die frühere Bezeichnung der Buße als *Nebenfolge* entfallen; dazu eingehend *Tiedemann* NJW 1988 S. 1169 ff; *Achenbach* JuS 1990 S. 602 ff, 605 ff. Als Maßregeln sind im Strafrecht wie im Ordnungswidrigkeitenrecht Verfall und Einziehung möglich (§§ 73, 73a, 75 StGB; § 29 OWiG).

95 Zur Rechtsvergleichung siehe *Huss* ZStW 90 S. 237 ff; *Jescheck* SchwZStr. 70 (1955) S. 243 ff, 252 ff; *Schmitt* Maßnahmen S. 29 ff; *Ackermann* Strafbarkeit S. 75 ff.

96 *LK-Jescheck* Rdn. 35 vor § 13; *Jescheck* AT § 23 V 1; *ders.* SchwZStr. 70 (1955) S. 243 ff, 259 (anders *ders.* ZStW 65 S. 210 ff, 212 f: Verbände sollen handlungsfähig, aber nicht schuldfähig sein); *Maurach-Zipf* AT I § 15 Rdn. 6 ff; *Engisch* Verhandlungen 40. DJT II(E) S. 7 ff; *Hartung* ebendort S. 43 ff; *Heinitz* ebendort S. 67 ff; *ders.* ZStW 65 S. 26 ff, 51; *Lang-Hinrichsen* H. Mayer-Festschrift S. 49 ff, 53 Fn. 21; *Schmitt* Maßnahmen S. 178 ff; *Schmidhäuser* AT 8/15; *Pohl-Sichtermann* Geldbuße S. 3 ff. — Verneinend auch die Rechtsprechung seit RG 16 S. 121 ff, 123 ff; BGH 3 S. 130 ff, 132.

97 Im Ergebnis hauptsächlich wie hier *Baumann-Weber* AT § 16 II 3a; *M. E. Mayer* AT S. 96 f; *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 28 I 2 mit Fn. 4; *Busch* Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit S. 89 ff; *Rotberg* DJT-Festschrift Bd. II S. 193 ff, 197; *v. Weber* GA 1954 S. 237 ff, 241; *Ackermann* Strafbarkeit S. 186 ff; — siehe auch *Tiedemann* Wirtschaftsstrafrecht Bd. I S. 204 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

II. Der Tatbestandsbegriff

Literatur

I. Andrejew Die integrierende Lehre vom Tatbestand, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 639 ff; *G. Arzt* Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen, JuS 1972 S. 515 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH StV 1985 S. 103 f, aaO S. 104 ff; *ders.* Erfolgsdelikt und Tätigkeitsdelikt, SchwZStr. 107 (1990) S. 168 ff; *J. Baumann* Folgenlose Verkehrsgefährdung als Massenerscheinung, 1961; *ders.* Haltet den Dieb! DAR 1962 S. 93 ff; *ders.* Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion? Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 181 ff; *E. Beling* Die Lehre vom Tatbestand, 1930; *H. Blei* Literaturübersicht, JA 1975 S. 237 ff; *M. Bergmann* Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB, 1988; *U. Berz* Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz, 1986; *J. Bohnert* Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte — BGH NJW 1982, 2329, JuS 1984 S. 182 ff; *W. Brehm* Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts, 1973; *ders.* Die ungefährliche Brandstiftung — BGH NJW 1975, 1369, JuS 1976 S. 22 ff; *H. Bruns* Kritik der Lehre vom Tatbestande, 1932; *H.-J. Bruns* Anmerkung zu BGH JR 1986 S. 336 f, aaO S. 337 ff; *ders.* Über Strafrahmenänderungen bei unterschiedlich Beteiligten an unbenannten Falldifferenzierungen, GA 1988 S. 339 ff; *E. Buchholz* Tatbestandslehre in der DDR, ZStW 101 S. 943 ff; *R.-P. Calliess* Die Rechtsnatur der „besonders schweren Fälle" und Regelbeispiele im Strafrecht, JZ 1975 S. 112 ff; *W. Class* Grenzen des Tatbestandes, 1933; *H. Demuth* Der normative Gefahrbegriff, 1980; *F. Dencker* Erfolg und Schuldidee, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 441 ff; *G. Dornseifer* Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merkels, 1979; *E. Dreher* Anmerkung zu BGH 20 S. 140 ff, JZ 1965 S. 455 f; *ders.* Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Heinitz-Festschrift S. 207 ff; *ders.* Nochmals zur Sphinx des § 113 StGB, JR 1984 S. 401 ff; *U. Ebert* und *K. Kühl* Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981 S. 225 ff; *K. Engisch* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *ders.* Anmerkung zu OLG Frankfurt SJZ 1946 Sp. 231 f, aaO Sp. 232 ff; *ders.* Die neuere Rechtsprechung zur Trichotomie der Straftaten, SJZ 1948 Sp. 660 ff; *ders.* Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift Bd. I S. 401 ff; *ders.* Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, Mezger-Festschrift S. 127 ff; *ders.* Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 S. 566 ff; *J. Fabry* Der besonders schwere Fall der versuchten Tat, NJW 1986 S. 15 ff; *M. Fincke* Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, 1975; *R. Frank* Rechtsprechung des Reichsgerichts, ZStW 14 S. 354 ff; *W. Frisch* Vorsatz und Risiko, 1983; *ders.* Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? — BGH 36, 1, JuS 1990 S. 362 ff; *W. Gallas* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 S. 1 ff; *ders.* Abstrakte und konkrete Gefährdung, Heinitz-Festschrift S. 171 ff; *ders.* Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Bockelmann-Festschrift S. 155 ff; *M. Grünhut* Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Frank-Festgabe Bd. I S. 1 ff; *B. Haffke* Delictum sui generis und Begriffsjurisprudenz, JuS 1973 S. 402 ff; *K. A. Hall* Die Lehre vom corpus delicti, 1933; *V. Hassemer* Delictum sui generis, 1974; *W. Hassemer* Tatbestand und Typus, 1968; *E. Heinitz* Empfiehlt sich die Dreiteilung der Straftaten auch für ein neues Strafgesetzbuch, Materialien Bd. I S. 55 ff; *R. v. Hippel* Gefahrenurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis, 1972; *H. J. Hirsch* Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *ders.* Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 S. 78 ff; *ders.* Literaturbericht, ZStW 84 S. 380 ff; *ders.* Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW 93 S. 831 ff, 94 S. 239 ff; *ders.* Zur Reform der Reform des Widerstandsparagraphen (§ 113 StGB), Klug-Festschrift S. 235 ff; *A. Hold v. Ferneck* Die Rechtswidrigkeit Bd. I, 1903; *E. Horn* Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *A. Hoyer,* Die Eignungsdelikte, 1987; *ders.* Zum Begriff der „abstrakten Gefahr", JA 1990 S. 183 ff; *J. Hruschka* Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung, GA 1968 S. 193 ff; *B. Imhof* Die Einteilung der strafbaren Handlungen, Materialien Bd. II (1) S. 1 ff; *H.-Chr. Jahr* Die Bedeutung des Erfolges für das Problem der Strafmilderung beim Versuch, 1981; *G. Jakobs* Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt, Peters-Festschrift S. 69 ff; *ders.* Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 S. 751 ff; *ders.* Nötigung durch Gewalt, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 791 ff; *H.-H. Jescheck* Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 S. 179 ff; *ders.* Neue Strafrechts-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

dogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, ZStW 98 S. 1 ff; *J. C. Joerden* Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988; *A. Kastenbauer* Die Regelbeispiele im Strafzumessungsvorgang, 1986; *Armin Kaufmann* Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955 S. 37 ff; *ders.* Die Dogmatik im Alternativentwurf, ZStW 80 S. 34 ff; *ders.* Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-Festschrift S. 393 ff; *ders.* Die Funktion des Handlungsbegriffs im Strafrecht, in: *G. Dornseifer* u. a. (Hrsg.) Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982 S. 21 ff; *ders.* Die Rechtswidrigkeit im Zivil- und Strafrecht, aaO S. 35 ff; *ders.* Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Klug-Festschrift S. 277 ff; *Arthur Kaufmann* Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954 S. 653 ff; *ders.* Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956 S. 353 ff, 393 ff; *ders.* Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit, JZ 1963 S. 425 ff; *ders.* Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Lackner-Festschrift S. 185 ff; *U. Kindhäuser* Gefährdung als Straftat, 1989; *E. F. Klein* Grundsätze des Gemeinen Deutschen und Preußischen Peinlichen Rechts, 1796; *U. Klug* Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift S. 249 ff; *M. Köhler* Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; *D. Kratzsch* Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; *ders.* Prävention und Unrecht — eine Replik, GA 1989 S. 49 ff; *D. Krauß* Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW 76 S. 19 ff; *J. Krümpelmann* Die Bagatelldelikte, 1966; *M. Kruse* Die scheinbare Rechtsgutsverletzung bei den auf Enteignung gerichteten Eigentumsdelikten, 1986; *K. Kühl* Landfriedensbruch durch Vermummung und Schutzbewaffnung? NJW 1986 S. 874 ff; *W. Küper* Deliktsversuch, Regelbeispiel und Versuch des Regelbeispiels, JZ 1986 S. 519 ff; *G. Küpper* Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW 100 S. 758 ff; *L. Kuhlen* Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), GA 1986 S. 389 ff; *K. Lackner* Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, 1967; *E. J. Lampe* Das personale Unrecht, 1967; *D. Lang-Hinrichsen* Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR 1952 S. 302 ff; *ders.* Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, JZ 1953 S. 362 ff; *R. Lange* Die Systematik der Strafdrohungen, Materialien Bd. I S. 69 ff; *W. Langer* Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung, GA 1976 S. 193 ff; *K. Laubenthal* Der Versuch des qualifizierten Delikts einschließlich des Versuchs eines besonders schweren Falls bei Regelbeispielen, JZ 1987 S. 1065 ff; *H. Luden* Über den Thatbestand des Verbrechens nach gemeinem teutschen Rechte, 1840; *K. Lüderssen* Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts, ZStW 85 S. 288 ff; *ders.* Erfolgszurechnung und „Kriminalisierung", Bockelmann-Festschrift S. 181 ff; *W. Maihofer* Objektive Schuldelemente, H. Mayer-Festschrift S. 185 ff; *M. Maiwald* Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele, Gallas-Festschrift S. 137 ff; *ders.* Zur Problematik der „besonders schweren Fälle" im Stafrecht, NStZ 1984 S. 433 ff; *ders.* Die Bedeutung des Erfolgsunwertes im Unrecht, in: *H. Schöch* (Hrsg.) Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987 S. 64 ff; *K. Marxen* Straftatsystem und Strafprozeß, 1984; *E. Mezger* Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953 S. 2 ff; *J. Minas-v. Savigny* Negative Tatbestandsmerkmale, 1972; *S. Mir Puig* Die „ex ante"-Betrachtung im Strafrecht, Jescheck-Festschrift S. 338 ff; *A. Montenbruck* Strafrahmen und Strafzumessung, 1983; *ders.* Zur Aufgabe der besonders schweren Fälle, NStZ 1987 S. 311 ff; *Chr. Mylonopoulos* Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981; *J. Nagler* Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Binding-Festschrift Bd. II S. 273 ff; *F. Nowakowski* Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 S. 287 ff; *ders.* Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW 65 S. 379 ff; *ders.* Probleme der Strafrechtsdogmatik, JurBl. 1972 S. 19 ff; *H. Ostendorf* Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts, JuS 1982 S. 426 ff; *H.-U. Paeffgen* Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979; *C. Roxin* Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959; *ders.* Die Irrtumsregelung des Entwurfs 1960 und die strenge Schuldtheorie, MonSchrKrim. 1961 S. 213 ff; *ders.* Ein neues Bild des Strafrechtssystems, ZStW 83 S. 369 ff; *ders.* Literaturbericht, ZStW 82 S. 675 ff; *H.-J. Rudolphi* Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Maurach-Festschrift S. 51 ff; *F. Sack* Die Kriminologie auf fremdem Boden, in: *K. Lüderssen* und *F. Sack* (Hrsg.) Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht Bd. I, 1980, S. 35 ff; *W. Sax* „Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976 S. 9 ff, 80 ff, 429 ff; *G. Schäfer* Anmerkung zu BGH 33 S. 370 ff, JR 1986 S. 522 ff; *F. Schaffstein* Handlungsunwert, Erfolgsun-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

wert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-Festschrift S. 557 ff; *W. Schild* Die „Merkmale" der Straftat und ihres Begriffs, 1979; *U. Schittenhelm* Probleme der umweltgefährdenden Abfallbeseitigung nach § 326 StGB, GA 1983 S. 310 ff; *E. Schmidhäuser* Der Unrechtstatbestand, Engisch-Festschrift S. 433 ff; *ders.* Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, Lackner-Festschrift S. 77 ff; *R. Schmitt* Juristische „Aufrichtigkeit" am Beispiel des § 243 StGB, Tröndle-Festschrift S. 313 ff; *Chr. Schöneborn* Zum „Erfolgsunwert" im Lichte der sozialpsychologischen Attributionstheorie, GA 1981 S. 70 ff; *F. C. Schroeder* Die Gefährdungsdelikte, Beiheft ZStW 1982 S. 1 ff; *H. Schröder* Gesetzliche und richterliche Strafzumessung, Mezger-Festschrift S. 415 ff; *ders.* Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81 S. 7 ff; *B. Schünemann* Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975 S. 435 ff, 511 ff, 575 ff, 647 ff, 715 ff, 787 ff; *ders.* Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: *ders.* (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984 S. 1 ff; *ders.* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 S. 341 ff, GA 1986 S. 293 ff; *H. Schweikert* Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957; *W. Stöckl* Ist durch die Neufassung des § 1 StGB durch das 1. Strafrechtsreformgesetz (bzw. § 12 des 2. Strafrechtsreformgesetzes) der Theorienstreit über die Dreiteilung der Straftaten beendet? GA 1971 S. 236 ff; *E. Steininger* Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, JurBl. 1987 S. 205 ff, 287 ff; *D. Sternberg-Lieben* Versuch und § 243 StGB, Jura 1986 S. 183 ff; *ders.* Gleichstellung von „versuchtem" und „vollendetem" Regelbeispiel? NStZ 1984 S. 538 ff; *G. Stratenwerth* Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, SchwZStr. 79 (1963) S. 233 ff; *ders.* Zur Relevanz des Erfolgsunwerts im Strafrecht, Schaffstein-Festschrift S. 177 ff; *W. Stree* Beteiligung an einer Schlägerei — BGHSt. 16, 130, JuS 1962 S. 93 ff; *R. F. Suarez-Montes* Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre? Welzel-Festschrift S. 379 ff; *K. Tiedemann* Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *ders.* Neue Auslegungs- und Methodenfragen des Strafrechts, in: Studi in memoria di Giaccomo Dalita, Bd. 3, 1984 S. 2149 ff; *G. Timpe* Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1986 S. 75 f, aaO S. 76 f; *H. Vianden-Grüter* Der Irrtum über Voraussetzungen, die für § 240 II StGB beachtlich sind, GA 1954 S. 359 ff; *E. Wahle* Zur strafrechtlichen Problematik „besonders schwerer Fälle", erläutert am Beispiel der Verkehrsunfallflucht, GA 1969 S. 161 ff; *H. v. Weber* Negative Tatbestandsmerkmale, Mezger-Festschrift S. 183 ff; *U. Weber* Die Überspannung der staatlichen Bußgewalt, ZStW 92 S. 313 ff; *ders.* Die Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte, Beiheft ZStW 1987 S. 1 ff; *H. Welzel* Zur Systematik der Tötungsdelikte, JZ 1952 S. 72 ff; *ders.* Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde, JZ 1952 S. 133 ff; *ders.* Der Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung, JZ 1952 S. 19 f; *ders.* Anmerkung zu BGH 3 S. 248 ff, JZ 1953 S. 119 ff; *ders.* Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW 67 S. 196 ff; *ders.* Diskussionsbemerkungen zum Thema „Die Irrtumsregelung im Entwurf", ZStW 76 S. 619 ff; *ders.* Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Auflage 1961; *J. Wessels* Zur Problematik der Regelbeispiele für „schwere" und „besonders schwere Fälle", Maurach-Festschrift S. 295 ff; *ders.* Zur Indizwirkung der Regelbeispiele für besonders schwere Fälle einer Straftat, Lackner-Festschrift S. 423 ff; *E. Wolf* Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931; *J. Wolter* Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefahrerfolg im Strafrecht — OLG Frankfurt NJW 1975, 840, JuS 1978 S. 748 ff; *ders.* Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *D. Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; *H. Zipf* Anmerkung zu BayObLG JR 1981 S. 118 f, aaO S. 119 ff; *R. Zippelius* Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg, AcP 157 S. 390 ff.

A. Die Tatbestandsverwirklichung als Stufe der Zurechnung

46 1. Bei der strafrechtlichen Zurechnung folgt allein aus dem Umstand nichts, daß etwas eine Handlung ist; vielmehr interessiert zur Zurechnung zum Handelnden immer nur die straftatbestandliche Handlung. Allein aus dem Vorliegen einer straftatbestandlichen Handlung folgt freilich auch nichts, was die Zurechnung zum Handelnden als strafbar angeht: Die Rechtsfolge Strafe setzt rechtswidriges und schuldhaftes straftat-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

bestandliches Handeln (oder Unterlassen unten 28/9 ff) voraus. — Nur bei einzelnen Maßregeln (siehe §§ 63 ff, 71 StGB, §§ 69, 70 StGB) oder bei Verfall und Einziehung (§§ 73 ff, 76 StGB) reicht straftatbestandlich-rechtswidriges Handeln.

Diese alleinige Relevanz der tatbestandlichen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung darf freilich nicht zu der Annahme verleiten, alle Bedingungen der Zurechnung seien überhaupt äquivalent; sie sind dies nur für das Endergebnis der Strafbarkeit; dafür spielt es keine Rolle, ob ein Tatbestandsmerkmal fehlt oder ein Täter entschuldigt handelt. Aber das Ergebnis läßt sich nur sicher ermitteln, wenn die Zurechnungsvoraussetzungen in bestimmter Weise gegliedert werden[98], und zwar nicht nur aus didaktischen Gründen. Denn zum einen sind einzelne Zurechnungsvoraussetzungen vom Bestand anderer abhängig (§ 16 StGB bestimmt den Vorsatz mit Hilfe des Begriffs Tatbestand, §§ 17, 20, 21 StGB bestimmen die Schuld mit Hilfe des Begriffs Unrecht). Zum anderen ist die gesetzliche Regelung der Zurechnungsvoraussetzungen, insbesondere derjenigen subjektiver Art, nur lückenhaft erfolgt; das Problem der Zuordnung eines nicht geregelten Bereichs ist aber nicht mit der pauschalen Erkenntnis lösbar, daß es überhaupt um Zurechnung geht, sondern nur mit der Differenzierung, zu welchem — eigenen Regeln folgenden — Teilkomplex das Problem gehört. Beispiel: Wer irrig meint, er werde angegriffen und sich durch Verletzung des vermeintlichen Angreifers wehrt, irrt über einen Rechtfertigungstatbestand; die Relevanz des Irrtums (§ 16 oder § 17 StGB oder Sonderform?) ist allein mit der Erkenntnis, daß der Täter das Deliktische seines Tuns nicht kennt, nicht zu leisten (zur Lösung unten 11/42 ff).

47 2. Eine Gliederung ist auch nötig, weil bei der Bestimmung von Zurechnung als Vorfrage auch ein nicht straftatbestandliches oder straftatbestandlich-rechtswidriges, aber nicht schuldhaftes Handeln einer *anderen* Person bedeutsam sein kann. Beispiele: Notwehr ist nicht nur gegen straftatbestandlich-rechtswidrige, sondern überhaupt gegen rechtswidrige (und zudem schuldhafte) Angriffe erlaubt (§ 32 StGB, unten 12/14 ff); — Beteiligung mehrerer Personen setzt nicht allseits schuldhaftes, sondern nur straftatbestandlich-rechtswidriges Verhalten voraus (§ 29 StGB, unten 23/5), bei einigen Formen der mittelbaren Täterschaft sogar nicht einmal allseits straftatbestandliches Handeln (unten 21/77 ff, 88 ff, 97 ff).

Der hier verwendete Begriff des Tatbestands und sein Verhältnis zu den benachbarten Deliktsstufen Handlung und Unrecht sind erklärungsbedürftig:

B. Die Entwicklung des Tatbestandsbegriffs

48 1. Der Begriff Tatbestand wurde bei der Entwicklung der Lehre vom *corpus delicti* gewonnen [99]. Diejenigen äußeren Zeichen eines Verbrechens nannte man das corpus delicti, die zu besonderen Verfolgungsmaßnahmen („Spezialinquisition") berechtigten. Corpus delicti war also ein — nach heutigem Verständnis — prozessualer Begriff. Der Begriff des Tatbestands verdrängt den des corpus delicti bei der Wendung des Blicks

---

98 Das schließt nicht aus, daß im Einzelfall das Ergebnis ohne Blick auf die einzelnen Gliederungsschritte vorweggenommen werden kann; z. B. ist der dauernd schwer Psychotische dauernd schuldunfähig und die Frage nach einer rechtswidrigen Tat ist, was die Strafbarkeit (und nicht die Sicherung) des Täters angeht, mit dem Feststehen der Psychose vor aller Prüfung zu Tatbestand und Rechtswidrigkeit und sonstiger Entschuldigung entschieden.

99 Zum folgenden Text siehe *Schweikert* Wandlungen S. 7 ff; *Hall* Lehre vom corpus delicti S. 12 ff und passim; *Bruns* Kritik S. 10 ff; *Marxen* Straftatsystem S. 44 ff; *Luden* Über den Thatbestand des Verbrechens S. 5 ff; *Mittermaier* Noten I und II in: *Feuerbach* Lehrbuch[14] § 81. — Zur Entwicklung in der DDR bis 1989 *Buchholz* ZStW 101 S. 943 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

vom Prozessualen (was ist als geschehen anzunehmen?) zum Materiellen (wie ist Geschehenes zu werten?).

Auch nach dieser Wendung — die nur Hand in Hand mit einem Wandel der Prozeßformen möglich war — wird zunächst noch mit corpus delicti oder Tatbestand das konkret Geschehene (in heutiger Terminologie: ein Sachverhalt) bezeichnet, aber nicht mehr als prozessual relevanter Sachverhalt, sondern als ein nach materiellrechtlicher Erheblichkeit bestimmter Sachverhalt. *E. F. Klein*[100]: „Diejenigen Thatsachen, welche zusammengenommen den Begriff einer gewissen Gattung von Verbrechen bestimmen, machen den Thatbestand aus (corpus delicti)". Mit zunehmender wissenschaftlicher Durchdringung des Strafrechts schwindet das Interesse an den Tatsachen zugunsten der Gattung. Schon bei *Feuerbach*[101] ist Tatbestand ein „Inbegriff von Merkmalen": „Der Inbegriff der Merkmale einer besonderen Handlung oder Thatsache, welche in dem gesetzlichen Begriff von einer bestimmten Art rechtswidriger Handlungen enthalten sind, heißt der Thatbestand des Verbrechens (corpus delicti)".

49 2 a) Mit dem so bestimmten Begriff des Tatbestands läßt sich neben dem des Verbrechens nichts anfangen: Tatbestand und Verbrechen decken sich in der Hauptsache (streitig blieb, ob die Zurechnungsfähigkeit zum Tatbestand gehören sollte). Erst zu Beginn dieses Jahrhunderts wird der Begriff dogmatisch aktiviert, indem *Beling* ihn als selbständige Stufe des Verbrechens vor Rechtswidrigkeit und Schuld etabliert (Lehre vom Verbrechen, 1906). Nach *Beling*[102] ist jedes Verbrechen eine Handlung und zwar eine „tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhafte, einer auf sie passenden Strafdrohung unterstellbare und den Strafdrohungsbedingungen genügende Handlung"[103]. Dabei wird der Tatbestand verstanden als „Inbegriff der Merkmale, die ergeben, um welches Verbrechen es sich typisch handelt"[104], als „Verbrechenstyp"[105]; dieser Tatbestand als Verbrechenstyp soll aber kein Werturteil enthalten[106]. Zugleich soll der Tatbestand „ganz objektiv", also frei von Vorsatz und Fahrlässigkeit oder sonstigen subjektiven Beimengungen sein[107], mit Ausnahme der Willkürlichkeit, die jeder Handlung nach dem Verständnis der kausalen Handlungslehre eignet. Vorsatz und Fahrlässigkeit sollen die „Beziehung der Psyche zum Tatbestand" sein, nicht Teil des Tatbestands[108]. Schließlich soll der Tatbestand die Bestimmtheit des Strafgesetzes garantieren: Nur die Bestimmung des Tatbestands im positiven Recht soll ein Verbrechen konstituieren (§ 2 StGB a. F.; jetzt Art. 103 Abs. 2 GG; § 1 StGB)[109].

50 b) *Beling* hat mit dieser Fülle von Funktionen des Tatbestands den Tatbestandsbegriff überfrachtet und die systematischen Implikationen einzelner Funktionen unterschätzt. Wenn der Tatbestand den Verbrechenstyp bezeichnen soll, kann er, wie schon die bald nach *Beling* entwickelte Lehre von den subjektiven Unrechtselementen erbrachte (unten 8/93), nicht nur objektive Merkmale enthalten. Enthält er aber nur objektive Merkmale, so kann er wiederum nicht die Bestimmtheit der Tat garantieren; denn garantiert ist das Verbrechen in seiner ganzen gesetzlichen Gestalt, mögen die Merkmale objektiv oder subjektiv sein (oben 4/9). Schließlich kann die angebliche Wertfreiheit eines Verbrechenstyps nur dahin verstanden werden, daß mit der Tatbestandlichkeit noch nichts über eine Rechtfertigung oder Entschuldigung ausgemacht ist, während das Werturteil, daß das Tatbestandliche nicht sozial unauffällig ist, mit dem Verbrechenstyp unlösbar verknüpft ist.

---

100 Grundsätze § 68.
101 Lehrbuch § 81.
102 Eingehend dazu *Schweikert* Wandlungen S. 14 ff.
103 Lehre vom Verbrechen S. 7.
104 AaO S. 3.
105 AaO S. V, 21, 110.
106 AaO S. 147.
107 AaO S. 178 f.
108 AaO S. 179.
109 AaO S. 23 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Ist also *Belings* Konzept in sich nicht konsequent[110], so ist doch sein Versuch, neben der Handlung, noch vor dem Unrecht eine weitere Deliktsstufe zu etablieren, durchführbar, und die sich dabei ergebende Gliederung des Delikts als eine tatbestandliche rechtswidrige und schuldhafte Handlung ist vorzugswürdig. Das ist freilich bis in die Gegenwart streitig.

C. Die dogmatische Bedeutung des Tatbestands

1. Der Begriff des Tatbestands

Unrecht ist eine Handlung, die sozial nicht erträglich ist. Handlungen, die nicht **51**
Unrecht sind, können sich von unrechten Handlungen in doppelter Weise unterscheiden: (a) Sie können die Merkmale der unrechten Handlung nicht aufweisen (ein erkanntermaßen folgenloser Schuß in die Luft ist eben keine Tötung oder Körperverletzung oder Sachbeschädigung) oder aber (b) sie können sämtliche Merkmale der unrechten Handlung aufweisen, aber zudem weitere Merkmale, Rechtfertigungsmerkmale, die das an sich sozial Unerträgliche tolerabel machen (eine vorsätzliche Körperverletzung in erforderlicher Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs ist erlaubt, § 32 StGB). Im ersteren Fall ist nichts geschehen, was sozial auffällig wäre (jedenfalls nichts in der strafrechtlich vorausgesetzten Massivität und gesetzlichen Bestimmtheit), im letzteren muß die Erträglichkeit des Geschehens positiv begründet werden. Beispielhaft gesprochen: Im ersteren Fall wirkt auf einen Hebel (dessen Bewegung in eine bestimmte Richtung das Unrecht anzeigt) keine Kraft; im letzteren Fall wirkt eine Kraft, aber sie wird durch eine Gegenkraft aufgehoben. Jedenfalls fehlt es am Unrecht; in der Wirkung für das Unrecht sind also das Fehlen von Merkmalen einer Unrechtshandlung und das Vorhandensein von Rechtfertigungsmerkmalen äquivalent, aber nur insoweit. Inhaltlich, in ihrer Zusammensetzung, ist eine Handlung, die nicht die Merkmale einer Unrechtshandlung aufweist, von einer solche Merkmale aufweisenden, aber gerechtfertigten Handlung verschieden: Erstere ist *ohne Blick auf den sozialen Zusammenhang,* in dem sie steht, kein Unrecht, letztere ist dies *nur wegen des Blicks auf den Zusammenhang.* Die Unterscheidung ist trotz der Äquivalenz für das Unrecht wichtig; wären die bezeichneten Handlungen nicht nur in ihren Wirkungen für das Unrecht, sondern auch gegenständlich gleich, *müßten* auch die subjektiven Seiten, insbesondere auch im Irrtumsfall, gleich behandelt werden; Unkenntnis von Unrechtsvoraussetzungen und irrige Annahme von Rechtfertigungsvoraussetzungen müßten gleiche Wirkung zeigen. Da aber die bezeichneten Handlungen gegenständlich unterschieden sind, mögen auch die Irrtumskonsequenzen differieren (eingehend siehe unten 11/18 ff, 42 ff).

Der Inbegriff der Merkmale, mit denen ein Verhalten beschrieben wird, das allenfalls **52**
in einem Rechtfertigungszusammenhang tolerierbar ist, heißt Unrechtstatbestand (zu den Besonderheiten bei nur-objektiven Bedingungen siehe unten 10/1 ff, 15 ff). Die Feststellung, daß ein Unrechtstatbestand verwirklicht ist, erfolgt unabhängig vom Bestand eines Rechtfertigungszusammenhangs. Dieser Unrechtstatbestand ist gemeint, wenn nachfolgend der Tatbestandsbegriff ohne Zusatz verwendet wird. Es gibt so viele Tatbestände, wie es im positiven Recht Ausformulierungen verschiedener Handlungen gibt; hierbei kann eine Gesetzesbestimmung mehrere Tatbestände enthalten (etwa § 266 Abs. 1 StGB enthält in der ersten Fallgruppe einen Mißbrauchstatbestand, in der weiteren einen Treubruchstatbestand) oder einen Tatbestand mit mehreren Unterfallgrup-

---

110 *Beling* hat das Konzept später korrigiert, in: Die Lehre vom Tatbestand, 1930; insbesondere hat *Beling* bei der Korrektur die Verbindung von Tatbestand und Deliktstyp oder auch nur Unrechtstyp preisgegeben; aaO S. 10 ff; eingehend *Schweikert* Wandlungen S. 76 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

pen (etwa § 240 StGB enthält die Differenzierung nach der Tatbegehung durch Gewalt oder durch Drohung).

2. Weitere Tatbestandsbegriffe

53 Vor einer Behandlung der Kontroversen zu dieser Bestimmung des Tatbestands sei bezeichnet, was sich rein terminologisch erledigen läßt:

a) Die Bezeichnung eines tatsächlichen Geschehens (Sachverhalt) als Tatbestand, also die Anknüpfung an die konkrete Seite des corpus delicti, ist heute strafrechtlich ungebräuchlich (anders im Zivilprozeßrecht, siehe §§ 313 ff, 543 ZPO).

b) Daß die Garantie des Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB sich nicht auf den Unrechtstatbestand beschränkt, sondern auf einen umfassenderen Garantietatbestand bezogen werden muß, ist allgemein anerkannt (siehe oben 4/9).

c) Ansonsten kann als Tatbestand jeder Inbegriff von Merkmalen bezeichnet werden, der ein rechtlich relevantes Urteil begründet[111]. So kann man neben einem Unrechtstatbestand auch einen *Rechtfertigungstatbestand*, scil. die Voraussetzungen einer Rechtfertigung, anerkennen und kann den Unrechtstatbestand mit dem Fehlen des Rechtfertigungstatbestands zu einem *Gesamtunrechtstatbestand*[112] verbinden; denn Unrecht liegt immer und nur beim Vorliegen des Unrechtstatbestands und Fehlen des Rechtfertigungstatbestands vor. Entsprechend dem Unrechtstatbestand kann ein *Schuldtatbestand* gebildet werden[113], der die positiven Merkmale der Schuld zusammenfaßt, und wiederum entsprechend dem Rechtfertigungstatbestand ein *Entschuldigungstatbestand*, der die Merkmale der Entschuldigungsgründe vereinigt; beide lassen sich — entsprechend dem Gesamtunrechtstatbestand — zu einem *Gesamtschuldtatbestand* verbinden. — Die Merkmale, die bei Vorsatzdelikten vom Vorsatz umfaßt werden müssen, kann man zu einem *Leitbildtatbestand* vereinen[114]; entsprechend können die Merkmale, deren Verwirklichung zur Schuld erkannt oder erkennbar sein muß, Tatbestände genannt werden. Es ist nur eine Frage der terminologischen Zweckmäßigkeit, ob man auch für sämtliche materiellrechtlichen Bestrafungsvoraussetzungen, einschließlich der nur-objektiven Bedingungen (unten 10/1 ff), einen eigenen Tatbestandsbegriff bildet (teils genannt: *Tatbestand im Sinn der Rechtstheorie*[115]) oder sogar für alle materiellen und prozessualen Voraussetzungen, dies wiederum generell oder konkretisiert auf ein einzelnes Verfahren (im letzteren Fall wird z. B. die aktuelle Anwesenheit eines zuständigen Richters zum Tatbestandsmerkmal der konkreten Verurteilung eines Delinquenten). Schließlich kann man auch von einem *Handlungstatbestand* als von den Merkmalen der Handlung im Strafrecht oder von einem *Strafanwendungstatbestand* als von den nach §§ 3 ff StGB erforderlichen Merkmalen der Anwendung deutschen Strafrechts reden u. a. m.

3. Kritik der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

54 a) Die Selbständigkeit der beschriebenen Wertungsstufe des Unrechtstatbestands vor der Wertungsstufe des Unrechts ist höchst umstritten und mit der üblichen Teilung

---

111 *Engisch* Mezger-Festschrift S. 127 ff, 130 ff; *Jescheck* AT § 25 I 3.

112 *Engisch* DJT-Festschrift Bd. I S. 401 ff, 409; der Gesamtunrechtstatbestand wird von den Vertretern der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen — unten 6/54 ff — teils auch schlicht Unrechtstatbestand genannt.

113 *Gallas* ZStW 67 S. 1 ff, 31; *Schmidhäuser* Engisch-Festschrift S. 433 ff, 446; *Engisch* DJT-Festschrift Bd. I S. 401 ff, 413; *Maihofer* H. Mayer-Festschrift S. 185 ff, 191, 201.

114 Siehe *Engisch* Mezger-Festschrift S. 127 ff, 132 mit Nachweisen.

115 *Mezger* NJW 1953 S. 2 ff; *ders.* Strafrecht § 21 II 1; *Jescheck* AT § 25 I 3; *Engisch* Mezger-Festschrift S. 127 ff, 130.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

von Tatbestand und Rechtswidrigkeit auch nur unvollkommen bezeichnet. Versuche, die Lage dadurch zu vereinfachen, daß die Rechtfertigungsvoraussetzungen zu negativen Tatbestandsmerkmalen erklärt werden, so daß Tatbestandsverwirklichung und Unrecht stets zusammenfallen, sind freilich verfehlt:

55 aa) Die radikalste Position *gegen* die Anerkennung des Tatbestands als rechtliche Wertungsstufe bezieht die von *A. Merkel*[116] und *Frank*[117] begründete Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen[118], nach der die Merkmale des hier als Unrechtstatbestand bezeichneten sogenannten positiven Tatbestands mit dem Fehlen der Merkmale eines Rechtfertigungstatbestands zu einem einzigen Gesamtunrechtstatbestand vereinigt werden[119]. Nach dieser Lehre soll der Gesamtunrechtstatbestand die Merkmale des Unrechtstatbestands plus das Fehlen (deshalb: negativ) sämtlicher Rechtfertigungstatbestände umfassen. Beispiel: Der Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB lautet nach dieser Lehre: Jemand beschädigt oder zerstört eine fremde Sache außer in den Fällen (1) der erforderlichen Abwehr eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs (etc., § 32 StGB) oder (2) der Abwendung einer gegenwärtigen . . . Gefahr (etc., § 34 StGB) etc.

56 bb) Es geht bei der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen also *nicht um negativ gefaßte Merkmale des Unrechtstatbestands*[120], wie z. B. das *Fehlen* einer tatbestandsausschließenden Einwilligung (unten 7/111 ff) oder das Aufheben fremden Gewahrsams *ohne* Willen des Gewahrsamsinhabers bei der Diebstahlswegnahme oder das Eintreten *ohne* Willen des Berechtigten beim Eindringen des Hausfriedensbruchs oder das *nicht* öffentliche Wort bei der Vertraulichkeitsverletzung. Solche negativ gefaßten Tatbestandsmerkmale bezeichnen nicht den besonderen Zusammenhang, in dem eine sozial auffällige Handlung tolerierbar ist (so aber die Rechtfertigungstatbestände), sondern ihr Fehlen macht die Handlung erst sozial auffällig. In der Regel geht es bei den negativ gefaßten Tatbestandsmerkmalen darum, daß eine Handlung gegen ein Gut gerichtet ist, das nur nach der Willkür des Betroffenen geschützt ist; deshalb ist das Fehlen eines konformen Willens Bedingung dafür, daß die Handlung überhaupt etwas Geschütztes verletzt. Beispiel: Wenn jemand mit seinem Willen kahlgeschoren wird, ist das nicht eine tatbestandliche, aber wegen des Zusammenhangs (Einwilligung) gerechtfertigte Körperverletzung, sondern überhaupt keine tatbestandliche Körperverletzung; denn insoweit ist nicht ein Bestand an Haaren garantiert, sondern das Bestehende nach der Willkür des Inhabers. — Alle negativ gefaßten Tatbestandsmerkmale lassen sich in positive Merkmale umformulieren; insbesondere geht es beim Fehlen einer tatbestandsausschließenden Einwilligung um das Vorliegen eines Angriffs auf fremde Dispositionsbefugnisse.

57 b) Der auf den Rechtfertigungstatbestand bezogenen Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen ist einzuräumen, daß über das Unrechtsurteil allein der Gesamtunrechtstatbestand entscheidet. Ein gerechtfertigtes Verhalten ist nicht weniger rechtmäßig als ein nicht erst tatbestandsmäßiges Verhalten, und es ist ebensowenig

---

116 Lehrbuch 1 § 30.

117 ZStW 14 S. 354 ff, 363; *ders.* StGB 1, 1897, § 59 Anm. II 2.

118 Eingehend zur Dogmengeschichte *Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 13 bis 219.

119 *Baumann-Weber* AT § 19 III 3 b γ; *SK-Samson* Rdn. 9 ff vor § 32; *Engisch* DJT-Festschrift S. 401 ff, 406; *ders.* ZStW 70 S. 566 ff, 583 ff; *Arthur Kaufmann* JZ 1954 S. 653 ff; *ders.* JZ 1956 S. 353 ff, 393 ff; *ders.* Lackner-Festschrift S. 185 ff, 187; *Roxin* Offene Tatbestände S. 174 ff; *ders.* MonSchrKrim. 1961 S. 213 ff; *Lang-Hinrichsen* JR 1952 S. 306 ff; *ders.* JZ 1953 S. 363 ff; *v. Weber* Mezger-Festschrift S. 183 ff; *Schünemann* GA 1985 S. 341 ff, 347 ff, 351, 373 f; — Nachweis des Meinungsstands der älteren Literatur bei *Mezger* Strafrecht § 22 II Fn. 8.

120 Beides vereinigt aber *v. Weber* Mezger-Festschrift S. 183 ff; dagegen zutreffend *Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 256 ff; *Jescheck* AT § 25 III 3.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

verboten oder normwidrig wie ein solches[121]. Aber das gilt nur, was das Ergebnis angeht, und besagt über den Grund des Unrechts wie über die Relevanz der dem Unrecht vorgehenden Wertungsstufe nichts[122]. Daß der Unrechtstatbestand und die Rechtfertigungsvoraussetzungen entgegen der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen zu trennen sind[123], zeigt sich deutlich bei den Konsequenzen für die subjektive Seite, und zwar unabhängig von einer Entscheidung der Irrtumsfälle. Der Vorsatz hat sich nach § 16 StGB bei Begehung der Tat auf alle Umstände zu erstrecken, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Das Verlangen einer Kenntnis bei der Tat vom Fehlen sämtlicher Rechtfertigungstatbestände (eben vom negativen Teil des Gesamtunrechtstatbestands) wäre aber auch bei Berücksichtigung nicht reflektierter Bewußtseinsinhalte nicht nur psychologisch monströs, sondern bezogen auf *sämtliche* Rechtfertigungstatbestände überhaupt nie zu leisten (siehe nur die unten 12. bis 16. Abschnitt beispielhaft genannten Rechtfertigungsgründe). Im Regelfall ist nicht mehr zu erwarten als das Fehlen der Annahme eines Rechtfertigungstatbestands, also das Fehlen einer psychischen Vergegenwärtigung der Rechtfertigungslage, allenfalls verbunden mit der pauschalen Annahme, unrecht zu handeln und nur in Einzelfällen mit der Annahme vom Fehlen eines bestimmten einzelnen Rechtfertigungsgrunds[124].

58 Dieser Befund resultiert nicht aus der negativen Fassung der Rechtfertigungsvoraussetzungen; negativ gefaßte Tatbestandsmerkmale bieten bei § 16 StGB keine Besonderheiten. Er resultiert auch nicht allein aus der großen Anzahl von Rechtfertigungsgründen, die es gibt und deren Vergegenwärtigung rein quantitativ nicht zu leisten ist. Der Befund folgt vielmehr aus dem materiellen Verhältnis von Unrechtstatbestand und Rechtfertigung[125]: Der Unrechtstatbestand ist eine eigene rechtliche (und soziale) Sinneinheit, unabhängig von einer gegebenen Rechtfertigungslage; denn die Rechtfertigung kann das Unrecht, nicht aber die soziale Auffälligkeit des Geschehens beseitigen. Das Töten eines Menschen in Notwehr ist zwar kein Unrecht, aber seine soziale Auffälligkeit wird daran deutlich, daß die Tötung mit der Notwehr verklammert werden muß, um tolerierbar zu werden; das Töten allein ist nicht tolerierbar, während sich bei einem tatbestandslosen Vorgang, etwa bei dem Erschlagen einer Mücke, die Frage nach dem Handlungskontext nicht erst stellt[126]. Mit anderen Worten, die strafrecht-

---

121 *Stratenwerth* AT Rdn. 178.

122 Siehe *Minas-v. Savigny* Negative Tatbestandsmerkmale S. 78 ff.

123 *Dreher* Heinitz-Festschrift S. 207 ff; *Armin Kaufmann* Normentheorie S. 138 ff, 248 ff; *ders.* JZ 1955 S. 37 ff; *Welzel* ZStW 67 S. 196 ff, 208 ff; *ders.* ZStW 76 S. 619 ff, 621 ff; *ders.* Das neue Bild[4] S. 22 ff; *ders.* Niederschriften Bd. II S. 31 ff; *ders.* Strafrecht § 10 III, § 14 I 1; *Nowakowski* ZStW 65 S. 379 ff, 392; *Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 220 ff, 267 ff, 332 ff, 347; *LK-Hirsch* Rdn. 7 ff vor § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 4 vor § 32; *Maurach-Zipf* AT I § 37 Rdn. 24 ff; *Lackner* Anm. III 3 vor § 13; *Bockelmann* AT § 10 II; *Wessels* AT § 5 II 3; § 11 III 1a; *Jescheck* AT § 25 I bis III; *Paeffgen* Verrat S. 78 ff; — im Ergebnis auch *Gallas* ZStW 67 S. 1 ff, 16 ff; hierzu eingehend *Welzel* Strafrecht § 10 III.

124 In der Literatur wird teils das Fehlen der Annahme eines Rechtfertigungstatbestands, also entgegen § 16 StGB das Ausbleiben eines psychischen Ereignisses, für hinreichend gehalten; *v. Weber* Mezger-Festschrift S. 183 ff, 185 will das sogar für negativ gefaßte Unrechtstatbestandsmerkmale gelten lassen; zutreffend hiergegen *Armin Kaufmann* JZ 1955 S. 37 ff, 38; *Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 267 ff.

125 *Armin Kaufmann* hat nachgewiesen, daß auch wegen der Beschränkung von gerechtfertigten Eingriffen auf das Erforderliche eine dem Unrecht vorgehende Wertungsstufe anzuerkennen ist; JZ 1955 S. 37 ff, 40 f; *ders.* Normentheorie S. 255 f; — jedoch ist zweifelhaft, ob diese Stufe durch den Tatbestand oder nicht vielmehr durch eine tatbestandsunabhängige Interessengewichtung gebildet wird. Stehen etwa zur Abwehr einer Gefahr eine minimale (aber tatbestandliche!) Sachbeschädigung oder eine gravierende (tatbestandslose!) Sachentziehung zur Alternative, muß die Gewichtung ohne Berücksichtigung tatbestandlich ausformulierter Eingriffe erfolgen können.

126 *Welzel* Strafrecht § 14 I 1. — Das Gesagte gilt auch, wenn die *Verbots*materie Inhalt eines *Ge-*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

lichen Folgen tatbestandslosen oder tatbestandlich-gerechtfertigten Tuns sind zwar gleich, aber die rechtlichen Begründungen der Folgen sind unterschiedlich, je ob der Tatbestand verwirklicht wurde oder nicht; im letzteren Fall bedarf es der Berücksichtigung von Rechtfertigung nicht. Wenn demgegenüber argumentiert wird, die Gemeinsamkeit zwischen einer tatbestandsmäßig-rechtswidrigen und einer tatbestandsmäßig-gerechtfertigten Tat, eben die Tatbestandserfüllung, sei ein „juristisches Kunstprodukt“[127], so wird der Blick einseitig auf die Folge gerichtet und der Begründungsgang vernachlässigt; mit diesem Verfahren läßt sich nicht nur der Tatbestand, sondern selbst das Unrecht zum „juristischen Kunstprodukt“ stilisieren: Über die Strafe fallen die Würfel erst bei der Schuld, und auf *allen* vorgehenden Stufen fallen nur Vorbehaltsurteile.

4. Das Verhältnis von Tatbestand und Unrecht

a) Der Grundsatz

Die beschriebene Selbständigkeit des Tatbestands wird überwiegend als Selbständigkeit gegenüber dem Unrechtsurteil wie gegenüber dem Rechtfertigungsurteil verstanden. Der verwirklichte Tatbestand soll demgemäß bei fehlender Rechtfertigung nicht das Unrecht sein, sondern es nur „indizieren“; bei gegebener Rechtfertigung soll er die soziale Auffälligkeit trotz Fehlens eines Unrechts bezeichnen. Als Konsequenz wird ein dreistufiger Deliktsaufbau vorgeschlagen: Delikt soll die tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhafte Handlung sein. — *Mit dieser Dreistufigkeit wird das Verhältnis von Tatbestand und Unrecht nicht zutreffend bezeichnet.* Tatbestand und Unrecht (oder formell: Rechtswidrigkeit) sind nur dann gesonderte Stufen des Delikts, wenn die Stufe Rechtswidrigkeit zur Stufe Tatbestand etwas hinzufügt. Das ist bei gegebener Rechtfertigung der Fall, da dann zum Unrechtstatbestand der Rechtfertigungstatbestand hinzukommt. Im Fall fehlender Rechtfertigung jedoch muß zwar dieses Fehlen in einem Gedankenschritt festgestellt werden, der von der Ermittlung der Tatbestandsverwirklichung verschieden ist, und insofern mag man von einer Stufe der Delikts*ermittlung* sprechen, aber eine Stufe des Delikts selbst ist das Fehlen von Rechtfertigung nicht; *vielmehr ist der verwirklichte Tatbestand im Fall des Fehlens von Rechtfertigungsgründen das Unrecht*[128]. **59**

Meint man aber mit den Stufen des Delikts nicht das jeweilige Urteil mit seinem sachlichen Substrat, sondern den Ermittlungsgang, so ist es zwar konsequent, Tatbestand und Unrecht auch im Fall fehlender Rechtfertigungsgründe getrennt zu zählen; man muß dann freilich konsequent auch bei der Schuld die positiven Schuldvoraussetzungen und das Fehlen von Entschuldigungsgründen trennen[129]. — Allein im Fall einer

---

bots ist (der einen Haftbefehl vollstreckende Polizist *soll* Feiheit nehmen); *a. A. Armin Kaufmann* Klug-Festschrift S. 277 ff, 280 mit der Begründung, in diesen Fällen fehle die den Rechtfertigungsgründen eigentümliche Limitierung durch die Erforderlichkeit (siehe auch *Klug* Eb. Schmidt-Festschrift S. 249 ff, 260 ff). — Jedoch ist die Erforderlichkeitsprüfung Bestandteil der Gebotsbegründung durch das Gesetz oder der Gebotskonkretisierung durch eine zuständige Stelle (bei Erlaß des Haftbefehls). Bei „Arbeitsteilung“ muß nicht jeder Beteiligte die Erforderlichkeit *selbst* beurteilen.

127 *Roxin* Offene Tatbestände S. 181.

128 *Schmidhäuser* Engisch-Festschrift S. 433 ff, 454; *ders.* AT 8/2, 8/11, 9/5 f; *ders.* Lackner-Festschrift S. 77 ff, 89 f; *Kruse* Rechtsgutsverletzung S. 219 ff. — Der Tatbestand ist also — in der älteren Terminologie — nicht mit *M. E. Mayer* als ratio cognoscendi des Unrechts anzusehen (AT S. 52, 182 ff, 185), sondern mit *Mezger* als ratio essendi (Strafrecht § 22 I); freilich steht *Mezgers* Option für den Unrechtstatbestand als ratio essendi mit seiner Anerkennung der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen (aaO II; *LK*[8]*-Mezger* Einleitung S. 11) in Widerspruch. Siehe hierzu *Class* Grenzen des Tatbestandes S. 142 ff, 147; *Welzel* Strafrecht § 10 III.

129 Siehe *Schmidhäuser* Engisch-Festschrift aaO.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

— aus objektiven oder subjektiven Gründen — nur partiellen Rechtfertigung gelangt man zu einem Unrecht über zwei Stufen mit je eigenem Substrat: über den Tatbestand und über die unrechtsmindernde partielle Rechtfertigung.

Es handelt sich bei der Zählung von negativen Deliktsvoraussetzungen um einen Abkömmling der verfehlten Gleichstellung negativer Bedingungen mit positiven Bedingungen bei der Kausalität; der nur-hypothetische Charakter der negativen Bedingungen geht dabei verloren (unten 7/25).

b) Problemfälle

60 Die Gleichstellung von Tatbestandsverwirklichung und Unrecht beim Fall fehlender Rechtfertigung gilt freilich nur, wenn der Tatbestand als komplettes Unrechtssubstrat verstanden wird und die Ermittlung der Rechtswidrigkeit sich allein auf die Feststellung des Fehlens von Rechtfertigung beschränkt. Das ist zu zwei Problemkreisen streitig; es geht hierbei um (aa) die Lehre von den offenen Tatbeständen und (bb) die Lehre von den speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmalen (auch Rechtspflichtmerkmale genannt). Nach beiden Lehren soll es tatbestandsunabhängige *positive* Unrechtsvoraussetzungen geben.

61 aa) Zu den *offenen Tatbeständen:*

α) Nach der Lehre von den offenen Tatbeständen sollen bei einzelnen Tatbeständen — es geht hauptsächlich um Nötigung und Erpressung (§§ 240, 253, 255 StGB) — die Tatbestandsmerkmale mehr als das Unrecht der jeweiligen Art umschreiben, und diese Tatbestände sollen nicht durch einschränkend-ergänzende Tatbestandsinterpretation auf das Maß des Unrechts zu reduzieren sein. Vielmehr soll der Tatbestand seine Weite behalten, aber es soll „durch ein selbständiges richterliches Werturteil" festgelegt werden, ob die Tatbestandsverwirklichung Unrecht ist[130]. Das Urteil — in den §§ 240 Abs. 2 und 253 Abs. 2 StGB als die Verwerflichkeit der Tat beschrieben — ist gesetzlich nur durch den Rekurs auf eine soziale Wertung angedeutet; diese Wertung soll nicht in Tatbestandsmerkmale aufgelöst werden, sondern Rechtswidrigkeitswertung bleiben. Bei dieser — überwiegend abgelehnten[131] — Lösung gibt es außerhalb des Tatbestands positive Unrechtsmerkmale, eben die Merkmale des „richterlichen Werturteils"; in Konsequenz dessen ist die Rechtswidrigkeit eine eigene Deliktsstufe mit positivem Inhalt.

62 β) Eine unvollkommene gesetzliche Ausformulierung von Tatbestandsmerkmalen ist nichts besonderes; sie findet sich bei den Garantenstellungen der unechten Unterlassungsdelikte (unten 29/26 ff), beim erlaubten Risiko (unten 7/35 ff) und bei weiteren Merkmalen in schwankendem Maße, ohne daß die entsprechenden Tatbestände dadurch zum Unrecht hin offen würden; sie sind nur „offen" für intensive Konkretisierung durch Interpretation. Das ist bei den sogenannten offenen Tatbeständen nicht anders: Auch hier gilt es nicht, die gesetzlich bezeichneten Merkmale nur zu bewerten; vielmehr ist die Wertung nur möglich, wenn zunächst ermittelt wird, in welchem

---

130 *Welzel* Strafrecht § 14 I 2b; siehe auch Niederschriften Bd. VI S. 276 ff.

131 Mit freilich heterogenen Begründungen; siehe *Engisch* DJT-Festschrift Bd. I S. 401 ff, 411 f; *Gallas* ZStW 67 S. 1 ff, 24 f; *Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 289 ff; *ders.* ZStW 74 S. 78 ff, 117 ff; *Roxin* Offene Tatbestände S. 153 f und passim, dort zahlreiche Nachweise S. 15 ff; *Jescheck* AT § 25 II 1; *LK-Jescheck* Rdn. 43 vor § 13; *LK-Hirsch* Rdn. 19 ff vor § 32; *Baumann-Weber* AT § 19 III 2a; *Stratenwerth* AT Rdn. 352; — die Stellungnahme von *Schmidhäuser ser* AT 9/11 wird durch das Verständnis bestimmt, § 240 StGB sei tatbestandlich geschlossen *beschrieben;* hiergegen *Roxin* ZStW 83 S. 369 ff, 385; *Jakobs* Peters-Festschrift S. 69 ff, 70.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

sozialen Zusammenhang die gesetzlich bezeichneten Merkmale verwirklicht werden. Die Merkmale des sozialen Zusammenhangs ergänzen die gesetzlich bezeichneten Merkmale zu einem Inbegriff, der ein komplettes Substrat des Unrechts ist. Die Konkretisierung erfolgt also durch *Tatbestands*ergänzung; daß hierbei den Interpreten der Vorgriff auf ein mögliches Unrecht leitet, schließt es nicht aus, daß als Ergebnis der Konkretisierung ein Unrechts*tatbestand* herauskommt. Beispiel: Droht bei einem Dauerlieferungsvertrag der Lieferant mit einem für den Bezieher ruinösen Kontraktbruch, wenn der Bezieher nicht ohne Zinsvergütung Vorkasse leistet, so gehören die besonderen Bedingungen der Drohung, scil. die Ankündigung der Verweigerung vertraglich garantierter Leistungen, zum Tatbestand (Vorsatzerfordernis!) [132].

Bei dieser Ergänzung des Tatbestands ist das Fehlen von Rechtfertigungsvoraussetzungen so wenig negatives Tatbestandsmerkmal, wie bei bestimmt-geschlossenen Tatbeständen. Im Fall einer Rechtfertigung bleibt also die Tatbestandsmäßigkeit bestehen [133]. Die Grenze zwischen Tatbestandslosigkeit und Rechtfertigung richtet sich auch bei den offenen Tatbeständen danach, ob ein Verhalten nur in einem bestimmten Kontext tolerierbar ist (Rechtfertigung) oder ob es schon ohne Blick auf den Kontext nicht stört (Tatbestandslosigkeit) (oben 6/58). Insbesondere für Nötigungsdelikte heißt das: Ist der *Gezwungene* selbst dafür zuständig, daß sich ein Organisationsverhalten des Zwingenden auf seinen (des Gezwungenen) Organisationskreis als Zwang auswirkt, so fehlt schon der Nötigungstatbestand. Beispiel: Der Student muß, um nicht eingeschlossen zu werden, bei Öffnungsschluß die Bibliothek verlassen. Ist der Zwingende für den Konnex zuständig, hat aber ein Recht zum Zwang, so verhält er sich tatbestandsmäßig, aber gerechtfertigt. Beispiel: Ein Garant kann nur mit einer Ohrfeige dazu gebracht werden, seiner Pflicht zur Hilfe nachzukommen; — dies ist zwar (neben Körperverletzung) eine Beeinträchtigung der Freiheitssphäre, also eine tatbestandliche Nötigung, aber wegen des zugleich bestehenden Rechtfertigungstatbestands (§ 32 StGB) kein Unrecht.

γ) Die Ablehnung der Lehre von den offenen Tatbeständen zugunsten unbestimmt- **63**
geschlossener Tatbestände hat Konsequenzen für die subjektive Deliktsseite: Der Vorsatz muß sich auf die ergänzenden Tatbestandsmerkmale beziehen. Daß diese Merkmale nicht nur-deskriptiv sein können, sondern auch die *Zuordnung* von Gütern umgreifen müssen, hindert das Vorsatzerfordernis so wenig wie sonst bei normativen Tatbestandsmerkmalen (unten 8/48 ff). Nicht zum Tatbestand gehört freilich das Verwerflichkeitsurteil selbst [134].

bb) Zu den *speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmalen:* **64**

α) Zahlreiche Merkmale, die eine staatliche (oder private) Zuständigkeit bezeichnen (insbesondere „zuständig" in den §§ 110, 116, 137 StGB a. F., „rechtmäßig" in den §§ 113 Abs. 3 und 136 Abs. 3 StGB), behandelt die Rechtsprechung als vorsatzunabhängig (sogenannte objektive Strafbarkeitsbedingungen), obgleich ihr Fehlen schon das Unrecht beseitigt. Beispiel: § 113 StGB schützt überhaupt nur vor Angriffen auf rechtmäßiges Vollstreckungshandeln. Die Lehre von den speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmalen bringt gegenüber der Gruppierung der Merkmale zu den sogenannten objektiven Strafbarkeitsbedingungen eine bessere Deckung von objektiver und subjek-

---

132 BGH LM Nr. 3 zu § 240; *Vianden-Grüter* GA 1954 S. 359 ff; *Armin Kaufmann* Klug-Festschrift S. 277 ff, 282 f.

133 Insoweit *a. A. Roxin* Offene Tatbestände, S. 186 f; *ders.* ZStW 82 S. 675 ff, 683; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 66 vor § 13; wie hier *LK-Hirsch* Rdn. 21 vor § 32; *Armin Kaufmann* aaO Fn. 132; *Jakobs* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 791 ff, 797 f mit Fn. 26.

134 *A. A. Langer* GA 1976 S. 193 ff, 200.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

tiver Seite, weil sie die Merkmale zwar nicht dem Tatbestand (dann Vorsatzerfordernis) zuordnen, aber doch als positive Rechtswidrigkeitsvoraussetzung verstehen will, so daß immerhin die Regeln des Verbotsirrtums gelten[135]. Sofern jedoch die Merkmale überhaupt zur Konstituierung von Unrecht nötig sind, müssen sie auf ein Substrat verweisen, dessen Begriff dann aber auch sämtliche Voraussetzungen erfüllt, die an ein Tatbestandsmerkmal zu stellen sind: Der Begriff bezeichnet also eine positive Unrechtsvoraussetzung[136]. Daß solcherart pauschal ausformulierte Tatbestandsmerkmale sich ihrerseits auf eine Rechtswidrigkeit beziehen, die der Rechtswidrigkeit, die durch den Tatbestand erst begründet wird, entspricht (sogenannte gesamttatbewertende Merkmale), ist keine Besonderheit dieser Merkmale, sondern kommt bei zahlreichen normativen Tatbestandsmerkmalen geläufig vor. Beispiel: In der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung ist das — freilich an diesem Ort noch nicht strafrechtlich garantierte — Verbot des Widerstrebens enthalten (siehe unten 8/57).

65 β) Rechtspflichtmerkmale sind also in normative Tatbestandsmerkmale aufzulösen. Für die hauptsächlich relevanten Fälle der §§ 113 und 136 StGB heißt das[137]: Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung ist in § 113 Abs. 1 StGB Tatbestandsmerkmal (also Vorsatzerfordernis! — Zur irrigen Annahme der Rechtmäßigkeit siehe unten 25/51 a); die Störung einer rechtswidrigen Amtshandlung ist — was allein die Hinderung der rechtswidrigen Amtstätigkeit, nicht Eingriffe in Güter des Beamten oder des Staats angeht — nicht erst gerechtfertigt, sondern trifft kein Schutzobjekt[138]. § 113 Abs. 4 Satz 1 StGB regelt den Fall von Fahrlässigkeit.

Absatz 4 Satz 2 der Vorschrift bringt einen weiteren Tatbestand, und zwar als Verbot abstrakter Gefährdung: Selbst gegen eine vermeintlich rechtswidrige Amts-

---

135 *Welzel* Strafrecht § 14 I 2 c; *ders.* JZ 1952 S. 19 f; *ders.* JZ 1952 S. 133 ff; *ders.* JZ 1953 S. 119 ff; *ders.* ZStW 67 S. 196 ff, 224; *Armin Kaufmann* Normentheorie S. 101, 257 ff, 285 f; *ders.* Klug-Festschrift S. 277 ff, 287 ff; weitere Nachweise bei *Roxin* Offene Tatbestände S. 15. — *Ablehnend* mit freilich unterschiedlicher Begründung die überwiegende Ansicht; *Baumann-Weber* AT § 26 II 4 a; *Engisch* Mezger-Festschrift S. 127 ff, 157 f; *ders.* DJT-Festschrift Bd. I S. 401 ff, 411 f; *Gallas* ZStW 67 S. 1 ff, 24; *Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 296 ff; *Roxin* Offene Tatbestände S. 132 ff, 188; *Steininger* JurBl. 1987 S. 205 ff, 287 ff, 293 ff; *LK-Hirsch* Rdn. 19 ff vor § 32 mit weiteren Nachweisen.

136 Hauptsächlich wie hier *Jescheck* AT § 25 II 2; *LK-Jescheck* Rdn. 43 vor § 13; *Engisch* Mezger-Festschrift S. 127 ff, 157 ff; *Roxin* Offene Tatbestände S. 132 ff, 135; — teils findet sich freilich die mißverständliche Gegenüberstellung von beschreibenden Teilen des Merkmals einerseits gegen das Verbot andererseits. Diese Differenzierung geht daran vorbei, daß Tatbestände — im schwankenden Maß — formell oder informell *geregelte* (und deshalb schon Verbote enthaltende) Wirklichkeit erfassen.

137 Zu den zahlreichen Lösungsvorschlägen zu diesen Vorschriften siehe *Dreher* JR 1984 S. 401 ff (u. a. mit Nachweis *seiner* vorangehenden Arbeiten); *Hirsch* Klug-Festschrift S. 235 ff, 243 ff; *Schünemann* in: Strafrechtssystem S. 1 ff, 16 ff; *Bergmann* Milderung S. 109 ff; *Maurach-Schroeder* BT II § 69 II 3; *Schönke-Schröder-Eser* § 113 Rdn. 19 ff, jeweils mit Nachweisen.

138 *Hirsch* ZStW 84 S. 380 ff, 390 ff; anders jetzt *Hirsch* Klug-Festschrift S. 235 ff, 249, u. a. mit dem beachtlichen Argument, auch bei § 240 StGB sei das Recht zur Nötigung ein Problem der Rechtfertigung, nicht des Tatbestands (dazu differenzierend oben 6/62 Fn. 133). Jedoch ist es für einen freiheitlichen Staat nützlich, einen rechtswidrig vollstreckenden Beamten *bezüglich seiner rechtswidrig ausgeübten Amtstätigkeit* nicht durch das Merkmal der Erforderlichkeit zu schützen, das die einschlägigen Rechtfertigungsgründe kennzeichnet. Insbesondere soll sich der Bürger auch bei erkannter Nutzlosigkeit oder Überflüssigkeit von Abwehrversuchen gegen rechtswidrige Vollstreckungshandlungen stellen dürfen (siehe den Sachverhalt, der OLG Düsseldorf NStZ 1984 S. 316 f zugrunde liegt). Diese Lösung harmoniert mit der Privilegierung, die § 113 StGB gegenüber § 240 StGB bringt. Beispiel: Man darf den Gerichtsvollzieher bei einer rechtswidrigen Vollstreckung auch dann gewaltsam hindern, ein Pfandobjekt zu untersuchen, wenn man weiß, daß er es bei der Untersuchung als unpfändbar erkennen wird. — Sollte freilich die Privilegierung aufgehoben werden, wofür *Hirsch* plädiert (aaO S. 241 ff), so wäre die Rechtfertigungslösung vorzugswürdig.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

handlung soll nur angemessen, d. h. mit Rechtsmitteln vorgegangen werden, solange dies ohne Preisgabe erheblicher Interessen möglich ist, wobei die Erheblichkeit relativ zur (angenommenen) Drastik der Rechtswidrigkeit der Amtshandlung steht (das Gesetz bezeichnet dies schlecht als Zumutbarkeit). Bei der Verwirklichung dieses Tatbestands eines abstrakten Gefährdungsdelikts ist die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung eine unrechtsunabhängige sogenannte objektive Strafbarkeitsbedingung, genauer, eine nur-objektive Unrechtsbedingung (siehe unten 10/1 ff, 2). — Entsprechendes gilt für § 136 StGB. — Zu den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Amtshandlung siehe unten bei den Rechtfertigungsgründen 16/2 ff.

cc) Im Ergebnis ist also die Tatbestandsverwirklichung die einzige positive Un- **66**
rechtsvoraussetzung.

III. Das Verhältnis von Tatbestand und Handlung

Literatur

Siehe zu II

A. Die Handlung als gemeinsamer Mindestinhalt der Tatbestände

1. Auch Tatbestand und Handlung sind nicht verschiedene Deliktsstufen. Die **67**
Handlung ist ein relativer Begriff, d. h. es gibt keine Handlung-an-Sich, sondern nur jeweils durch die vermeidbaren Außenwirkungen des Subjekts bestimmte Handlungen (oben 6/27, 34). Diese Wirkungen sind als nicht tatbestandsmäßige Wirkungen rechtlich unerheblich (Spazierengehen ist nicht, weil es Handlung ist, strafrechtlich relevant), als tatbestandsmäßige Wirkungen aber sind sie selbst Tatbestandsverwirklichungen. Diese Identität von Handlung und Tatbestandsverwirklichung schließt es aus, beide als getrennte Deliktsstufen zu behandeln.

Trotzdem wäre es verfehlt, den Handlungsbegriff in demjenigen des Tatbestands aufgehen zu lassen, was verbreitet mit der — in sich zutreffenden — Begründung vorgeschlagen wird, strafrechtlich relevant sei (frühestens) die Tatbestandsverwirklichung. Denn der Begriff des Tatbestands steht überhaupt nicht *vor* demjenigen der Handlung fest; das Problem, was eine Handlung ist, kann durch seine Einordnung als Tatbestandsproblem also nicht erledigt werden [138a]. Auch wenn man nicht den Anspruch einiger Finalisten erhebt, die „finale Struktur menschlichen Handelns" den „strafrechtlichen Normen" als „schlechthin konstitutiv" vorzusetzen [139], bleibt zu lösen, was Handlung ist. Die Lösung hat dann freilich nicht ohne, sondern mit Blick auf die bestehenden Normen zu erfolgen (z. B. ist die Beschränkung der Handlungssubjekte auf natürliche Personen kein vortatbestandliches Spezifikum des Handlungsbegriffs, siehe oben 6/22). Bei diesem Verständnis ist *die Handlung beim Begehungsdelikt der größte gemeinsame Nenner restlos aller Tatbestände.* Die Handlung wurde oben (6/20 f) als Begriff davon bezeichnet, was als ein Subjekt zu definieren ist, das sich enttäuschend verhalten kann und was als von diesem Subjekt gestaltete Welt. Alle Tatbestände beschreiben enttäuschende Weltgestaltungen von Subjekten; die Bedingungen der Handlung sind die Mindestbedingungen der Tatbestände.

2. Die Merkmale der Handlung sind also Merkmale des Tatbestands. Aus dem oben **68**
entwickelten Handlungsbegriff als individuell vermeidbare Erfolgsverursachung folgt

[138a] Zutreffend *Armin Kaufmann* in: Strafrechtsdogmatik S. 21 ff, 31 ff, 33: die Handlung als Regulator für den Unrechtsbereich (dazu *Baumann* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 181 ff).

[139] *Welzel* Strafrecht § 8 II vor 1; unter Erstreckung auf das Zivilrecht *Armin Kaufmann* in: Strafrechtsdogmatik S. 35 ff, 40 ff; neuestens nachdrücklich für einen dem Recht *vorgegebenen* Handlungsbegriff *Hirsch* ZStW 93 S. 831 ff, 863 und passim, 94 S. 239 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

für den Tatbestand, daß dieser — wie die Handlung — nicht etwa Nur-Objektives (etwa nur erfolgbringende Körperaktivität) oder etwas Nur-Subjektives (etwa nur Vorsatz) ist, sondern eine Gestalt aus objektiven und subjektiven Momenten: die (subjektiv) Vermeidbarkeit von (objektiv) einem Erfolg im weiteren Sinn, der mindestens eine Körperaktivität ist, aber auch eine solche nebst Folgen sein kann. Demgemäß werden ein objektiver und ein subjektiver Tatbestand unterschieden, wobei als objektiv die Deliktsaußenseite von der Körperaktivität an verstanden wird, als subjektiv die psychische (innere) Verfassung der jeweils Beteiligten. Was objektiv ist, hängt also vom einzelnen Beteiligten ab; z. B. ist der Vorsatz des Angestifteten für diesen subjektiv, für den Anstifter aber objektiv.

Diese Trennung von objektivem und subjektivem Tatbestand bedeutet keine Beziehungslosigkeit der Teile: Der subjektive Tatbestand ist die Bedingung des objektiven. Wenn trotzdem nachfolgend zum vollendeten Delikt der objektive Tatbestand dem subjektiven vorangestellt wird, so erfolgt diese Abkehr von der Reihenfolge bei der Deliktsgenese hauptsächlich der besseren Darstellbarkeit wegen; denn da der subjektive Tatbestand die Vermeidbarkeit der Verwirklichung des objektiven ist, müßte bei vorgezogener Darstellung des subjektiven Tatbestands der gesamte objektive Tatbestand implizit abgehandelt werden. Eine gewisse sachliche Berechtigung mag der Beginn mit dem objektiven Tatbestand auch darin finden, daß die individuelle Deliktsgenese für das Delikt als soziale Erscheinung etwas ist, das nur im Rückschluß erkannt wird: Als soziale Erscheinung wird das Delikt erst mit seiner Objektivation erfahrbar. — Die gesonderte Darstellung von objektivem und subjektivem Tatbestand darf auch nicht zu der Annahme verleiten, jeder der Teile sei für sich qualitativ Unrecht; vielmehr ist eine nur-objektive Tatbestandsverwirklichung — etwa eine unvermeidbare Tötung — Unglück, aber kein Unrecht, und ein Deliktsvorsatz ohne Außenseite ist nicht einmal ein Tatversuch.

B. Die Zugehörigkeit des tatbestandlichen Erfolgs zur Handlung und zum Unrecht

1. Das Problem

69 Daß zum Unrecht eine Außenseite gehört, ist des Tatprinzips wegen unstreitig; streitig ist freilich, ob diese Außenseite potentiell mehr umschließt als den Handlungsvollzug, scil. auch vermeidbare Vollzugs*folgen*. So wie der Handlungsbegriff hier unter dem Aspekt einer Regelung von Erwartungszusammenhängen und damit zweckorientiert gebildet wurde, so läßt sich auch die Frage, ob zur unrechten Handlung nur der Handlungsvollzug, oder aber bei Erfolgsdelikten auch ein darüber hinausgehender Handlungserfolg (einschließlich einer konkreten Gefährdung) gehört, nicht a priori entscheiden[140]. Der Streit um die Zugehörigkeit des Erfolgs zum Unrecht hat nur Sinn, wenn er als Streit darum geführt wird, ob ein Unrechtsbegriff mit zugehörigem Erfolg oder ein solcher ohne zugehörigen Erfolg besser zur Systematisierung eines Strafrechts taugt, dem es um Stabilisierung von Erwartungen geht; — entsprechendes gilt für den Zusammenhang von Erfolg und Handlung. Hierbei hilft insbesondere auch kein Rückschluß von der Schuld auf das Unrecht weiter; daß der Abhängigkeit einer strafrechtlichen Haftung vom Erfolgseintritt das Schuldprinzip entgegensteht[141], läßt sich nicht ausmachen, da die Schuld ebensowenig systemunabhängig definierbar ist wie das Unrecht (hierzu unten 17/18 ff).

140 Zu den möglichen Verwendungen des Begriffs Unrecht siehe auch *Schmidhäuser* AT 8/82; abweichend noch ders. AT[1] 8/89.

141 So *Krauß* ZStW 76 S. 19 ff, 62, bei allerdings vermittelnder Lösung.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

2. Kein Unrecht ohne tatbestandsmäßigen Erfolg?

a aa) Man kann den Unrechtsbegriff für ein objektives Geschehen, etwa für eine **70** Rechtsgutsverletzung, reservieren und dann beim Versuch konsequent nicht wegen eines Versuchsunrechts strafen, das es dann nicht gibt, sondern wegen des Versuchs, ein (real nicht vorhandenes!) Unrecht zu verwirklichen[142]. Der Unrechtsbegriff wird dann unter einem anderen Aspekt gebildet als der Handlungsbegriff.

bb) Die gleiche Konsequenz für den Versuch ergibt sich bei einer Betrachtung, die beim Zweck der Norm ansetzt, Verletzungen oder Gefährdungen an Rechtsgütern, Angriffsobjekten etc. zu verhüten, und zwar durch Beeinflussung der menschlichen Motivation dahin, die negativ beurteilten Folgen nach Kräften zu vermeiden[143]. Objektive und subjektive Seite bestimmen dann zusammen, und zwar jeweils notwendig und jeweils nicht hinreichend das Unrecht. Wenn der Erfolg ausbleibt, also beim Versuch, gibt es nichts zu vermeiden und das Unrecht des Versuchs ist wiederum kein reales, sondern nur vorgestelltes Unrecht[144].

b) Beide Lösungen sind konsequent durchführbar, haben aber keinen Begriff für die **71** Störung, die beim Versuch nicht nur im Täterbewußtsein vorgesetzt, sondern wegen der Sichtbarkeit des Normangriffs schon perfekt ist, eben für das Versuchsunrecht. Solange deutlich bleibt, daß Unrecht als zwingende Basis einer Strafe in diesem System nicht gefordert wird, sondern vorgestelltes Unrecht hinreicht[145], bleibt diese Art der Begriffsverwendung schadlos. Da die Begriffsbildung freilich vom (polizeilichen) Aspekt der Erfolgsvermeidung ausgeht statt vom strafrechtlichen Aspekt der Abarbeitung einer Normverletzung, kann sie strafrechtliche Gegenstände nicht adäquat erfassen.

3. Unrecht stets ohne tatbestandsmäßigen Erfolg?

a) Im gegenteiligen Extrem werden Unrecht und Handlung um den Erfolg gekappt. **72** Unrecht soll am Handlungs*vollzug* kleben und mit dem beendeten Versuch komplett sein[146]. Auch das ist konsequent durchführbar, wenn Unrecht und Strafe offen voneinander abgekoppelt werden, wenn also zum einen in Kauf genommen wird, daß ein identisches Unrecht teils strafbar ist, teils nicht, scil. stets strafbar bei Vollendung, nicht aber stets strafbar beim beendeten Versuch (§ 23 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB), zum anderen, daß die Milderungsmöglichkeit beim Versuch (§ 23 Abs. 2 StGB) nichts mit dem Unrecht des Versuchs, jedenfalls des beendeten Versuchs zu tun hat. Mit anderen Worten, die Position zeigt konsequent den maximalen Anteil eines Subjekts an einem enttäuschenden Verhalten, zeigt aber nicht, daß etwa nur dieser maximale Anteil eine geeignete Basis zur Entwicklung der Rechtsfolge ist[147]. Gegenteiliges wird allerdings behauptet: Allein das Handlungsunrecht im geschilderten Verständnis soll Basis der Strafe sein[148], da der Verlauf *nach* beendetem Versuch nicht mehr in der Hand des Täters liege und insoweit Zufall und für Strafe irrelevant sei. Als Konsequenz wird der Ausschluß einer Strafmilderung für den beendeten Versuch vorgeschlagen. Kraß:

142 Aus neuerer Zeit *Nowakowski* Österreichisches Strafrecht S. 42 f mit weiteren Nachweisen; *ders.* ZStW 63 S. 287 ff, 299 ff, 313; — *Nowakowski* hat diese Lehre preisgegeben; JurBl. 1972 S. 19 ff, 22 f.

143 Ausführlich *Jakobs* Studien S. 1 ff mit Nachweisen.

144 *Jakobs* aaO S. 120 ff.

145 *Jakobs* aaO S. 125.

146 *Armin Kaufmann* ZStW 80 S. 34 ff, 50 f; *ders.* Welzel-Festschrift S. 393 ff, 403; auch schon *ders.* Normentheorie S. 72; *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 127 ff und passim. — Aus zivilistischer Sicht *Zippelius* AcP 157 S. 390 ff, 395.

147 So insbesondere kritisch *Stratenwerth* Schaffstein-Festschrift S. 177 ff, 185.

148 *Armin Kaufmann* wie oben Fn. 146; *Zielinski* aaO S. 136 ff, 144; *Horn* Konkrete Gefährdungsdelikte S. 82.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

„Wieso, wenn das Opfer lange nach der Tat dem Plan des Täters gemäß . . . stirbt, sich Handlungsunrecht und Tatschuld erhöhen könnten, ist nicht erfindlich“[149].

73 b) Bei dieser Position wird die Unrechtsrelevanz des Erfolgs mit derjenigen des Erfolgs*eintritts* vertauscht. Die erfolgreiche Handlung ist schon *vor* dem Erfolgseintritt gelungene Objektivation eines Vorsatzes, die erfolglose nicht, mag auch in zahlreichen Fällen das Gelingen vor dem Erfolgseintritt nicht zu ermitteln sein. — Ferner gilt: Wie es bei allen Tätern, die einen durchhaltbaren Vorsatz haben (und ansonsten steht eine Bestrafung des Versuchs nicht zur Diskussion), Zufall ist, ob der Schritt von der (meist straflosen) Vorbereitung zum (seltener straflosen) Versuchsbeginn oder vom Versuchsbeginn zur Versuchsbeendigung gelingt, so kann es auch als Zufall bezeichnet werden, ob die Versuchshandlung so ausfällt, daß sie einen Erfolg bringt oder nicht. Für ein Unrecht als Basis von Strafe wäre dies alles aber nur irrelevant, wenn gerade die im Erfolg sich erweisende Tauglichkeit für die Strafe irrelevant wäre; daß dies nicht der Fall ist, entspricht geltendem Recht und zeigt sich in der weiten Straffreiheit des Versuchs bei Vergehen und der prinzipiellen Straffreiheit des Versuchs bei Fahrlässigkeitstaten, in der Milderungsmöglichkeit beim Versuch[150] und in der noch weitergehenden Reduzierung der Strafbarkeit beim grob unverständigen Versuch.

Diese gesetzlichen Regelungen sind auch nicht etwa verfehlt: Es geht nicht um die individuelle, sondern um die soziale Bedeutung von Verhalten[151], und die soziale Bedeutung ist nicht am Kopf des Täters ablesbar, sondern muß aus der Tat in den Kopf des Täters zurückgeschlossen werden: Nur für den Täter beginnt die Tat mit dem Vorsatz; für die anderen Menschen beginnt sie mit ihrer Objektivation[152]. Wenn nun die Tatbestände richtig gebildet sind, d. h. wenn die Vollendung auf eine Gutsverletzung, zumindest aber auf ein für den Normbruch signifikantes Ereignis festgelegt ist, so hat zwingend die vollendete Tat mehr Signifikanz. Weshalb gerade dieser Umstand unrechtsirrelevant sein soll, *solange das Unrecht überhaupt eine äußere Seite hat,* ist bislang nicht begründet worden. Die oft behauptete Schuldgleichheit des Vollendungstäters mit demjenigen eines zufällig scheiternden beendeten Versuchs[153] besteht nicht, da bei letzterem mangels vollendeten Unrechts die Frage nach der vollen Schuld nicht auftaucht, jedenfalls wiederum *solange man am Tatprinzip festhält*[154].

---

149 *Armin Kaufmann* wie oben Fn. 146.

150 Gegen die unrechtsunabhängige Erklärung dieser Differenzen bei *Zielinski* aaO S. 205 ff (das Strafbedürfnis soll differieren) und *Horn* aaO S. 100 ff (die Eindruckskraft des Erfolgs soll spezialpräventive Konsequenzen haben) zutreffend *Stratenwerth* Schaffstein-Festschrift S. 177 ff, 187; *Timpe* Strafmilderungen S. 95 ff, 105 ff; *Dencker* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 441 ff, 448; siehe ferner *Schöneborn* GA 1981 S. 70 ff, 75; *Mylonopoulos* Verhältnis S. 59 ff; *Maiwald* in: Wiedergutmachung S. 64 ff, 66 ff.

151 *Gallas* Bockelmann-Festschrift S. 153 ff, 164 f.

152 So für das Fahrlässigkeitsdelikt schon treffend *Engisch* Untersuchungen S. 342. — *Dornseifer* wendet ein, der Handlungsvollzug reiche zur Objektivation hin (Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 427 ff, 438). Da aber auch der Handlungsvollzug schon Motivations*folge* ist, bleibt offen, wieso weitere Folgen ausgeklammert werden sollen.

153 *Armin Kaufmann* Welzel-Festschrift S. 393 ff, 403; siehe das obige Zitat zu Fn. 149; siehe auch *Krauß* wie oben Fn. 141.

154 Literatur *außer den schon Genannten:* im Ergebnis hauptsächlich wie hier *Stratenwerth* SchwZStr. 79 (1963) S. 233 ff; *Krümpelmann* Bagatelldelikte S. 62 ff; *Hirsch* ZStW 93 S. 831 ff, 94 S. 239 ff, 240 ff, 248; *Lampe* Das personale Unrecht S. 210 ff; *Rudolphi* Maurach-Festschrift S. 51 ff, 58 ff; *Wolter* Objektive und personale Zurechnung S. 109 ff, 113 ff; *Ebert* und *Kühl* Jura 1981 S. 225 ff, 234 f; *Paeffgen* Verrat S. 103 ff, 110 ff; siehe auch *Jahr* Bedeutung S. 36 f und passim; — *gegen* die hier eingenommene Position *Suarez-Montes* Welzel-Festschrift S. 379 ff; *Mir Puig* Jescheck-Festschrift S. 338 ff, 345; *Schaffstein* Welzel-Festschrift S. 557 ff, 561; *Lüderssen* ZStW 85 S. 288 ff, 292; *ders.* Bockelmann-Festschrift S. 181 ff, mit beachtlichen Ausführungen zur Bedeutung des Erfolgs für Selektion und Verfahren; diese Ausführungen gelten bei einer Inkorporierung des Erfolgs in das Unrecht gleichermaßen. Das kommt aber nicht in *Lüderssens* Perspektive, weil

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

c) Eine weitere Position, nach der die Norm des Gesetzes sich nur an den schuldfähigen Täter wenden soll, so daß Unrecht und Schuld zu einem Begriff verschmelzen, ist in ihrer normlogischen Durchführbarkeit ungeklärt und heute nur noch von historischem Interesse[155]. **74**

4. Ergebnis

a) Im Ergebnis zwingt nichts zur Bildung erfolgsgelöster Handlungs- und Unrechtsbegriffe, die dann als Basis der Strafe unmaßgeblich sein müßten. Aber auch Begriffe, in denen der Erfolg Handlung und Unrecht unverzichtbar mit bedingt, sind wegen der Strafbarkeit des Versuchs nicht angebracht (zu den nur-objektiven Bedingungen siehe unten 10/1 ff). Also bietet es sich an, den Erfolg als Handlungs- und Unrechtsbestandteil zu definieren, ohne daß jedoch dieser Bestandteil notwendig oder hinreichend wäre, so wie — beispielhaft gesprochen — Rosinen Bestandteil eines Kuchens sein können, ohne daß jeder Kuchen Rosinen enthalten müßte. Anders formuliert: Der Erfolg ergänzt die Versuchshandlung zur Vollendungshandlung und das Versuchsunrecht zum Vollendungsunrecht. **75**

b) Teils wird in dem beschriebenen Zusammenhang mit einer Unterscheidung der Begriffe Handlungs- und Erfolgsunwert operiert. Soweit der Handlungsunwert dabei als Intentionsunwert[156] und der Erfolgsunwert als Sachverhaltsunwert verstanden wird[157], geht es allein um die Trennung der subjektiven von der objektiven Seite des Unrechts. Eine genauere Analyse kommt mit dieser Differenzierung nicht aus. Vielmehr tritt neben den Sachverhaltsunwert der Verlaufsunwert als Unwert eines erfolgbringenden Handlungsvollzugs, und neben den Intentionsunwert tritt derjenige der Objektivierung dieser Intention[158]. Beispiel: Wer eine fremde Fensterscheibe einwerfen will und vermeidbar statt der Scheibe einen Menschen schmerzhaft trifft, verwirklicht den Verlaufs- und den Sachverhaltsunwert der Körperverletzung wie den Objektivierungsunwerte und den „Intentions"-Unwert einer vorsätzlichen Sachbeschädigung und einer fahrlässigen Körperverletzung. — Diese Trennung von Unwerten gilt nur der Klärung des möglichen Aufbaus von Unrecht; so wenig ein objektiver Tatbestand für sich Unrecht ist, so wenig ist es allein ein Erfolgsunwert oder ein Verlaufsunwert: Mindestbedingungen für Unrecht sind stets die Mindestbedingungen der Handlung. Demnach erfordert Unrecht mindestens Intentions- und Objektivierungsunwert; Handlung ist eben das vermeidbare („Intention") Bewirken mindestens einer Körperbewegung (Objektivierung). **76**

---

er wie selbstverständlich bei einem ontologisierenden Normbegriff ansetzt (S. 182 f) und damit den Weg zu einer funktionalen Betrachtung von vornherein versperrt; dagegen eingehend *Schöneborn* GA 1981, S. 70 ff, 78 ff. — Zum sozialwissenschaftlichen Impetus bei *Lüderssen* siehe *Sack* in: Vom Nutzen und Nachteil Bd. I S. 35 ff; — ausführliche Nachweise bei *Zielinski* wie in Fn. 146.

155 Zur Kontroverse um die Position von *Binding* siehe *Nagler* Binding-Festschrift Bd. II S. 273 ff; *Armin Kaufmann* Normentheorie S. 145 ff; — zu *Hold von Ferneck* Die Rechtswidrigkeit Bd. I siehe *Armin Kaufmann* Normentheorie S. 109 f und passim; siehe auch *Jakobs* Studien S. 9 ff; — zu *A. Merkel* Kriminalistische Abhandlungen Bd. I S. 44 (klassisch: „Als rechtsverletzend ist ... eine Wirksamkeit stets nur insofern und insoweit zu charakterisieren, als sie eine Zurechenbare ist") siehe jetzt *Dornseifer* Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merkels S. 82 ff.

156 Der Begriff ist auf das absichtlich begangene Delikt hin formuliert; für Vorsatz und Fahrlässigkeit insgesamt geht es um den Vermeidbarkeitsunwert.

157 *Rudolphi* Maurach-Festschrift S. 51 ff.

158 Siehe *Gallas* Bockelmann-Festschrift S. 155 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

IV. Die Gestalten der Tatbestände

Literatur

Siehe zu II

77 A. Einige Tatbestandsgestalten sind von so durchgehender Bedeutung, daß sie zumindest teilweise im AT geregelt sind; ihre Behandlung erfolgt hier in jeweils eigenen Abschnitten. Es handelt sich um die Unterscheidung von Begehungsdelikten und Unterlassungsdelikten, die schon eine Unterscheidung nach den Tatbeständen ist (§ 13 StGB) (unten 28/1 ff), um die Unterscheidung von Vollendung, Versuch (einschließlich der Unternehmung) und Vorbereitung (§§ 22 ff, 11 Abs. 1 Nr. 6, 30 f StGB) (unten 25/1 ff), um die Unterscheidung von Tätertatbeständen und Teilnehmertatbeständen (§§ 25 ff StGB) (unten 21/1 ff; 22/1 ff) und um die Unterscheidung von Vorsatztatbeständen und Fahrlässigkeitstatbeständen (§ 15 StGB) (unten 8/1 ff; 9/1 ff) mit der Mischform der Vorsatz-Fahrlässigkeitskombination (siehe § 18 StGB) (unten 9/28 ff).

Über diese ausdrücklich geregelten Tatbestandsgestalten hinaus weisen zahlreiche Tatbestände des BT ohne Blick auf die jeweils geschützten Güter Gemeinsamkeiten der Gestalt auf, die Klassifizierungen zulassen[159]. Auf diese Klassifizierungen ist hier hinzuweisen, insbesondere soweit die Anwendbarkeit allgemeiner Regeln von der Gestalt abhängt.

78 B 1 a) Jedes Delikt muß des Tatprinzips wegen einen Erfolg außerhalb der Täterpsyche aufweisen, also zumindest eine Körperaktion[160]. Bei *Erfolgsdelikten* muß darüber hinaus ein vom Handlungsvollzug bedingter Erfolg eintreten. Nur bei diesen Erfolgsdelikten stellt sich das strafrechtliche Kausalproblem. Der Erfolg im engeren Sinn der Erfolgsdelikte wird vom Gesetz überwiegend als perfekte Veränderung an einem Einwirkungsobjekt bezeichnet, etwa als Tod bei den Tötungsdelikten, als Wegnahme beim Diebstahl etc.; dabei geht es nur bei den *Verletzungsdelikten,* nicht aber notwendig bei allen Delikten, um die Schädigung eines Angriffsobjekts, so z. B. nicht bei der Herstellung einer Urkunde in der 1. Fallgruppe von § 267 StGB (die hergestellte Urkunde ist Erfolg, aber kein verletztes Objekt). Neben die perfekte Veränderung als Erfolg tritt die *konkrete Gefährdung* eines Angriffsobjekts, etwa von Leib oder Leben eines anderen oder von fremden Sachen von bedeutendem Wert bei den §§ 315, 315 a ff StGB.

Bei reinen Verletzungsdelikten wird vom Gesetz nur der Erfolg beschrieben, den — irgendwie — herbeizuführen verboten ist. Bei solchen Delikten muß der Täter selbst bestimmen, welches Verhalten den Erfolg herbeiführen könnte, und er muß die ermittelten Verhaltensweisen meiden. Beispiel: Bei § 303 StGB (ein Verletzungserfolgsdelikt) muß der Täter *jedes* unerlaubte Risiko für eine Sache meiden, aber bei § 316 StGB (ein abstraktes Gefährdungsdelikt) muß er nur Fahren in rauschmittelbedingter Unfähigkeit meiden, dies zwar auch beim Fehlen einer Erfolgsgefahr, aber sonst nichts. Beim Verletzungserfolgsdelikt muß demnach die Norm stärker als bei anderen Delikten konkretisiert werden, bis sie das konkrete Verhalten exakt beschreibt. Diese Konkretisierung leistet vor der Tat der Täter selbst (so er mit Unrechtsbewußtsein handelt; ansonsten könnte er sie leisten, solange er das Unrecht vermeiden könnte), danach das Strafverfolgungsorgan, jedenfalls leistet sie nicht der Gesetzgeber. Das Verletzungserfolgsdelikt ist also ein Kennzeichen dezentraler gesellschaftlicher Regulierung, wäh-

---

159 Meist Tatbestandstypen genannt, *E. Wolf* Typen S. 12 ff; *Jescheck* AT § 26 II. — Die Zuordnung der Klassifikationsprobleme zum AT ist nicht eindeutig. Der Text folgt *Fincke* Verhältnis S. 27 (allgemein, formell, Gestalt — besonders, materiell, Inhalt).

160 *Maurach-Zipf* AT § 20 Rdn. 27 f; *Baumann-Weber* AT § 16 III 1a.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

rend Delikte, die das normwidrige Verhalten stärker konkretisiert beschreiben, einer eher zentralen Regulierung zugehören.

b) Die *konkrete Gefahr* ist ein Erfolg, weil sie mehr ist als der Vollzug einer **79** Handlung bei bestimmter subjektiver Lage, nämlich die Herstellung einer Gefahrenlage für ein bestimmtes, wirklich gegebenes Angriffsobjekt[161]. Einzelheiten zum Begriff sind streitig, wobei Schwierigkeiten bei der Berücksichtigung derjenigen Tatumstände auftreten, die sich aus der Täterperspektive (subjektiv ex ante) anders darstellen als nach allgemeinem Urteil (objektiv ex ante) oder gar nach dem Tatvollzug (ex post); es geht also u. a. darum, ob und wann aus dem Ausbleiben einer Verletzung auf das Fehlen einer Gefahr beim Handlungsvollzug und wann aus dem Eintritt einer Verletzung auf das Vorliegen einer Gefahr beim Handlungsvollzug geschlossen werden darf. Frühere Lösungsversuche verschieben das Problem in den Begriff der Wahrscheinlichkeit; es soll unter Verzicht „auf genaue wissenschaftliche Umschreibung" um dasjenige gehen, was „nach allgemeiner Lebenserfahrung im Einzelfall" nicht unwahrscheinlich ist[162] oder um das nach der Entscheidung des „bestmöglichen Beurteilers" nicht Unwahrscheinliche[163]. Nach neueren Entwürfen soll diese Unschärfe beseitigt werden, indem auf die Erklärbarkeit der Verlaufsnotwendigkeit (ex post!) durch „einschlägige Fachkreise" abgestellt[164], oder — wohl erfolgversprechender — eine normative Lösung versucht wird: Es soll beim Ausbleiben des Erfolgs darauf ankommen, ob auf die hindernden Momente zu „vertrauen" war[165] oder ob diese „normal" verfügbar waren[166] oder ob ein Gut noch mit den Mitteln des Organisationsbereichs, dem es angehört, gezielt vor einer Verletzung bewahrt werden konnte[166a] (dann jeweils keine konkrete Gefahr). — Einzelheiten sind ungeklärt[167].

Soweit der Täter beim konkreten Gefährdungsdelikt das Gefahrurteil nachvollzieht, hat er Gefährdungsvorsatz und zugleich dolus eventualis der Verletzung, wenn die Gefahr von entscheidungsrelevanter Dichte ist. Beispiel: Wer weiß, daß er bei einem bestimmt gearteten Sexualkontakt den Partner mit einer Krankheit infizieren kann, von der, wie er gleichfalls weiß, es nicht unwahrscheinlich ist, daß sie tödlich verläuft, hat nicht nur Lebensgefährdungsvorsatz, sondern auch Tötungsvorsatz (siehe auch unten 8/23). Ein Gefährdungsvorsatz ohne Verletzungsvorsatz ist nur möglich, wenn der Täter das objektive Gefahrenurteil kennt, ohne daß es für ihn einsichtig ist, oder wenn die Gefahr von nicht entscheidungsrelevanter Dichte ist[168].

---

161 *Horn* Konkrete Gefährdungsdelikte S. 161 ff mit weiteren Nachweisen.

162 BGH 18 S. 271 ff, 272 mit Nachweisen der vorgehenden Rechtsprechung.

163 *Schröder* ZStW 81 S. 7 ff, 8 f.

164 *Horn* Konkrete Gefährdungsdelikte S. 192; zur Gefahr bei Erfolgseintritt siehe aaO S. 52 ff.

165 *Schünemann* JA 1975 S. 787 ff, 796.

166 *Demuth* Gefahrbegriff S. 218.

166a *Kindhäuser* Gefährdung S. 201 ff, 214.

167 Siehe außer den schon Genannten *Lackner* Das konkrete Gefährdungsdelikt S. 16 ff; *v. Hippel* Gefahrenurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis S. 83 ff; *Gallas* Heinitz-Festschrift S. 171 ff; *Hoyer* Eignungsdelikte S. 73 ff; *Schmidhäuser* AT 8/33; *SK-Horn* Rdn. 4 ff vor § 306; *Ostendorf* JuS 1982 S. 426 ff; *Maurach-Schroeder* BT II § 51 II 1; *Schroeder* Beiheft ZStW 1982 S. 1 ff, 11 ff; *Wolter* JuS 1978 S. 748 ff; *ders.* Objektive und personale Zurechnung S. 197 ff mit weiteren Nachweisen.

168 Sehr streitig; in der Hauptsache wie hier *Horn* Konkrete Gefährdungsdelikte S. 204 ff, 210; *Frisch* Vorsatz S. 297 ff; *ders.* JuS 1990 S. 362 ff, 366; *Joerden* Strukturen S. 150 ff; *a.A. Köhler* Bewußte Fahrlässigkeit S. 287 f; *Küpper* ZStW 100 S. 758 ff, 768 f (Verletzungsvorsatz als Kenntnis des — nicht notwendig wahrscheinlichen — Erfolgseintritts plus Hinnahme des Erfolgseintritts; Gefährdungsvorsatz als Kenntnis der Erfolgswahrscheinlichkeit plus Hinnahme dieser Wahrscheinlichkeit; bewußte Fahrlässigkeit als Kenntnis bloßer Erfolgsmöglichkeit bei beliebiger Einstellung oder aber Kenntnis von Erfolgswahrscheinlichkeit bei Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolgs; — das ist ebenso theorielos wie unpraktikabel), jeweils mit Nachweisen. — Beispiel: Zum Gefährdungsvorsatz

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

80 c) Die Erfolgsdelikte werden meist in die Untergruppen der *Zustandsdelikte* und der *Dauerdelikte* unterteilt. Beim Zustandsdelikt soll mit der Herbeiführung eines Zustands die Tat abgeschlossen (vollendet und beendet) sein (Beispiel ist § 303 StGB); bei Dauerdelikten soll der Zustand vom Täter nach seiner ersten Herbeiführung (also nach der Vollendung) aufrechterhalten werden (Beispiel ist § 316 StGB). Eine Differenzierung in der angedeuteten Richtung ist für den Zeitpunkt der Teilnahme (unten 21/60; 22/38 ff), für die Sicherungs- und Rettungspflichten bei den Unterlassungsdelikten (unten 29/8), für Fragen der Konkurrenz (unten 32/27), der Verjährung (§ 78 a StGB), der Strafanwendung (§ 9 StGB) u. a. m. bedeutsam, aber mit der bezeichneten Gegenüberstellung allein nicht zu leisten und auch nicht mit einer für alle Problemkreise gleichermaßen gültigen Lösung[169].

Fallgruppen:

81 aa) Bei einigen Delikten, den Dauerdelikten im engeren Sinn, wird das Unrecht mit dem Maß des Eingriffs in ein Gut durch weiteres Handeln oder Unterlassen des Täters intensiviert. Das deliktische Verhalten verlängert sich dann um das folgende Verhalten, an dem Teilnahme möglich ist, das die Verjährung hindert etc. Beispiele sind die Freiheitsberaubung, falls der Täter die Beraubung während ihrer Dauer durch sein Verhalten aufrecht erhält, also das Opfer handelnd festhält oder unterlassend nicht befreit, ferner die fortdauernde Nötigung oder die fortdauernde Trunkenheitsfahrt nach § 315 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a StGB[170] oder § 316 StGB[171].

82 bb) Bei einigen der genannten Tatbestände kann die Fallgestaltung eintreten, daß sich das Maß des Eingriffs noch nicht verwirklicht, obgleich der Täter bereits seinen Einfluß über das Geschehen verloren hat. Dann ist das deliktische Verhalten abgeschlossen, aber der Erfolgseintritt ist noch nicht perfekt, obgleich ein zur Vollendung genügender Erfolg bereits vorliegt. Beispiele: Der Täter wirft das Opfer in einen Schacht, wo er es allein oder mit fremder Hilfe nicht mehr herausbekommt; das freiheitsberaubende Verhalten ist mangels noch bestehender Einflußmöglichkeit vollzogen, der Freiheitsberaubungserfolg hat aber, solange das Opfer eingeschlossen ist, noch nicht sein volles Maß erreicht. — Der Täter verletzt das Opfer, das nunmehr unbeeinflußbar dauernde Schmerzen leidet. — In solchen Fällen kann von Dauerdelikten im weiteren Sinn gesprochen werden; strafrechtliche Institutionen, die ein Täter*verhalten* voraussetzen (Teilnahme), sind nicht mehr anwendbar, wohl aber solche, die auf den Zeitpunkt eines Erfolgseintritts abstellen (trotz Vollendung kein Beginn der Verjährungsfrist).

83 cc) Die Abgrenzung der Delikte, bei denen sich potentiell in der Zeit das Unrecht summieren kann, von denjenigen mit sogleich perfektem Erfolg (Zustandsdelikte) ist schwierig und geht quer durch einzelne Tatbestände. Der Gesetzgeber hat in den einzelnen Tatbeständen überwiegend nicht das Gut benannt, dem der strafrechtliche Schutz gilt, sondern ein Objekt oder abgeleitetes Gut, in dem sich das Hauptgut verdinglicht. So besteht der gesamte Eigentumsschutz nicht wegen der eigentumsfähi-

---

nach § 145 a StGB bedarf es also nur des Wissens, daß ein Verstoß gegen Weisungen nach *objektivem Urteil* die Verwirklichung des Maßregelzwecks hindern kann; der subjektiven Überzeugung von dieser Konsequenz bedarf es nicht (im Fall OLG Hamburg NJW 1985 S. 1232 f war die subjektive Einsicht gegeben, so daß es auf die Kenntnis nur-objektiv beurteilter Gefährlichkeit nicht ankam). — Zum dolus eventualis siehe unten 8/21 ff.

169 Zum folgenden Text siehe *Hruschka* GA 1968 S. 193 ff; speziell zu den abstrakten Gefährdungsdelikten als Dauerdelikten siehe *Hau* Beendigung S. 90 f, 94 ff; *Jescheck* Welzel-Festschrift S. 683 ff, 686; *Schittenhelm* GA 1983 S. 310 ff, 322 ff (zu § 326 StGB).

170 BGH 22 S. 67 ff, 71; siehe aber unten zur Konkurrenz 32/Fn. 42.

171 BGH VRS 48 S. 354 ff, 355; 49 S. 177 ff; 49 S. 185 u. a. m.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

gen Sachen, sondern wegen der Beziehung des Eigentümers zu seinen Sachen, also wegen der Freiheit des Eigentümers. Wird bei solcher Lage das abgeleitete Gut perfekt verändert (eine Sache zerstört oder gestohlen), so ist das nicht notwendig eine perfekte Veränderung des Hauptguts, dessen Schutz intendiert wird (die Sache fehlt tagtäglich fortlaufend und zwingt immer erneut zu freiheitsbeschränkenden Dispositionen). Da der Tatbestand jedoch allein auf den Bestand des abgeleiteten Guts abstellt, sind die Summierungen der Verluste, die mit der Zeit beim Hauptgut anlaufen, keine tatbestandlichen Erfolge; der Erfolg ist mit der Veränderung am abgeleiteten Gut perfekt. Beispiel: In § 223 StGB werden die Funktionen der Körperlichkeit für den Menschen geschützt. Der tatbestandsmäßige Erfolg ist mit dem körperlichen Prozeß perfekt, der zum Verlust einer Funktion führt (der Arm ist gelähmt), auch wenn das Opfer die Auswirkungen des Verlusts (die Bewegungseinschränkungen) zukünftig tagtäglich neu erfährt und darunter seelisch leidet. Die Wiederholung der Leiden vermehrt nicht per se, sondern nur bei weiterer körperlicher Fundierung (etwa bei fortdauernden Schmerzen oder fortdauernder Sucht[171a]) den tatbestandsmäßigen Körperverletzungserfolg (nur dann Dauerdelikt). Insbesondere ist der Erfolg der §§ 224 f StGB mit dem Eintritt der Schädigung von unabsehbarer Dauer schon vor Ablauf eines längeren Zeitraums perfekt, wenn nicht, wie es allerdings bei einzelnen Fallgruppen der Vorschriften regelmäßig der Fall sein dürfte, weitere funktionsstörende *körperliche* Prozesse ablaufen. — Soweit trotz *perfekten tatbestandlichen* Erfolgs eine Reversion der Lage möglich ist (die zerstörte Sache kann repariert werden, der gelähmte Arm reaktiviert), führt — anders als beim Dauerdelikt — die Hinderung der Reversion keinen tatbestandsmäßigen Erfolg herbei und die pflichtwidrige Unterlassung der Reversion ist kein Unterlassungsdelikt. — Einzelheiten gehören zur Interpretation der Tatbestände des BT.

d) Die Tatbestände aller Erfolgsdelikte können sich entweder mit der Beschreibung **84** von Täter und Erfolg begnügen („wer . . . verletzt"; §§ 212, 222, 223 Abs. 1, 2. Fallgruppe, 230, 303 StGB) oder aber eine *Verhaltensbindung* hinzufügen, also Art und Weise der Erfolgserreichung auf einzelne der praktisch möglichen Varianten beschränken. So gibt es z. B. keinen Tatbestand, der überhaupt die Entziehung von Eigentum oder Vermögen erfaßt, sondern stets findet sich eine Verhaltensbindung (Wegnahme, Täuschung, Gewalt oder Drohung etc.). Die Verhaltensbindung ist bei der Übertragung von Begehungsdelikten in unechte Unterlassungsdelikte entsprechend zu übertragen, § 13 StGB (unten 29/78 ff).

2. Bei den *Tätigkeitsdelikten* beschreibt der Tatbestand einen Handlungsvollzug. Da **85** der Handlungsvollzug aber seinerseits wieder eine Außenseite und in dem Sinn einen Erfolg aufweist, läßt sich die so definierte Deliktsgruppe von verhaltensgebundenen Erfolgsdelikten nicht sauber trennen[171b]. Beispiele: Hausfriedensbruch in der Form des Eindringens (§ 123 StGB) mag man als Tätigkeitsdelikt bezeichnen, aber auch als Delikt, bei dem ein „Darinnensein" auf bestimmte Art und Weise bewirkt wird; Meineid (§ 154 StGB) kann als Schwören oder als eigenhändiges Bewirken eines Eides definiert werden[172] (oder gar als Kommunikation mit der dem Eid abnehmenden Stelle, dann nur verhaltensgebundenes Erfolgsdelikt).

Eine eigene Gruppe bilden allenfalls diejenigen Delikte, bei denen eine Verlängerung des Unrechts über die Zeit der Tätigkeit hinaus ausgeschlossen ist; dies ist wohl

---

171a Siehe OLG Frankfurt NJW 1988 S. 2965.

171b *Arzt* SchwZStr. 107 (1990) S. 168 ff, 172.

172 Beide Delikte werden als Tätigkeitsdelikte häufig genannt, siehe *Jescheck* AT § 26 II 1 b; *Maurach-Zipf* AT I § 20 Rdn. 28; — der teils genannte Widerstand nach § 113 StGB ist kein Tätigkeitsdelikt, sondern ein verkapptes Unternehmensdelikt: Der Erfolg des Widerstands ist nicht zur Vollendung nötig, gehört aber, wenn er eintritt, zum Unrechtstatbestand.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

bei der Trunkenheitsfahrt (§ 316 StGB), beim Verwandtenbeischlaf (§ 173 StGB) und bei einigen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 174 ff StGB) der Fall, ferner bei denjenigen Delikten mit materiellem Versuchscharakter, bei denen das Ausbleiben der Vollendung mit dem Handlungsabschluß feststeht. Tätigkeitsdelikte in diesem Sinn sind also Delikte, die keine Ingerenzhaftung auslösen können. Nicht hierher gehören Hausfriedensbruch (die Dauer des Verweilens nach dem Eindringen bestimmt das Unrecht mit) und Meineid (bis zur Aufdeckung bleibt die Rechtspflege gefährdet).

86 3 a) Sowohl Tätigkeitsdelikte als auch Erfolgsdelikte können *abstrakte Gefährdungsdelikte* sein. Sie sind dies, wenn weder der objektive noch der subjektive Tatbestand auf die Verletzung oder konkrete Gefährdung eines Guts abstellen[173]. Strafgrund ist die generelle (vom Einzelfall abstrahierte) Gefährlichkeit eines bestimmten Verhaltens oder eines Verhaltens mit bestimmter Folge[174]. Beispiele[175] sind die §§ 153 ff (eine Gefährdung der Rechtspflege kann objektiv und subjektiv auszuschließen sein), 306 (keine Gefahr für ein konkretes Menschenleben erforderlich), 308 (die Gefahr ist nur nach Beschaffenheit und Lage konkretisiert, andere Faktoren können eine konkrete Gefahr ausschließen), 316 (kein Personen- oder Sachgut muß konkret gefährdet sein), 331 StGB (die Gefahr, auch nur der Anschein parteiischen Verwaltungshandelns könne entstehen, kann fehlen).

86a b) *Die generelle Problematik*

aa) Ein Bedürfnis nach abstrakten Gefährdungsdelikten[175a] besteht immer dann, wenn ein sozialer Bereich nur bei Standardisierung des Verhaltens organisiert werden kann. Dies ist der Fall, wenn etwa wegen der Kompliziertheit des Bereichs nicht zu erwarten ist, die sich darin bewegenden Personen würden sich selbst so steuern, daß Schäden ausbleiben. Beispiele: Ein Zeuge vor Gericht kann nicht die Relevanz seiner Aussage selbst beurteilen (§§ 153 ff StGB) oder ein Nichtfachmann nicht die Konsequenzen eines Wohnhausbrands (§§ 306 f StGB). Weiterhin lassen sich massenhaft gleichförmige Entscheidungen, wie sie etwa im Straßenverkehr erforderlich sind (Auf welches Verhalten der anderen Verkehrsteilnehmer muß man sich einstellen?), nur bei einer Standardisierung des Verhaltens der Beteiligten ermöglichen. Schließlich kann ein

---

173 Nur objektiv gesehen kann eine konkrete Gefährdung bei allen Delikten mit vorverlagerter Vollendung, bei Unternehmensdelikten und beim Versuch fehlen, unten 25/1, 57.

174 *Kindhäuser* (Gefährdung S. 225 ff, 238 ff, 277 ff) meint, mit der „generellen Schadensrelevanz" könne die Haftung im Einzelfall nicht begründet werden: „Zugunsten des Täters ist ... anzunehmen, daß das fragliche Verhalten nicht zu einer Verletzung hätte führen können" (S. 238). Er deutet die abstrakten Gefährdungsdelikte deshalb als Verletzungen eines spezifischen Gutes: „Sicherheit, die durch abstrakte Gefährdung tangiert wird, ist der dem über Güter Verfügenden rechtlich garantierte Zustand, daß hinreichend vorgesorgt ist" (S. 280). — Es dürfte sich dabei nur um ein Partialgut handeln, das bei den Verletzungsdelikten auch tangiert wird (siehe dazu aaO. S. 337 f). — Daß abstrakte Gefährdungsdelikte stets Tätigkeitsdelikte seien — so etwa *Ostendorf* JuS 1982 S. 426 ff, 429 u. a. m. — ist falsch; siehe die Beispiele sogleich im Text.

175 Auch die §§ 264, 265 b StGB werden überwiegend als abstrakte Gefährdungsdelikte verstanden (*Schönke-Schröder-Lenckner* § 264 Rdn. 5, § 265b Rdn. 4, jeweils mit Nachweisen); dem widerspricht jedoch die Rücktrittsregelung in den §§ 264 Abs. 4, 265 b Abs. 2 StGB; denn wenn die Verhinderung einer Leistung *nach* der Tat befreit, muß auch die *zutreffende* Erkenntnis *bei* der Tat, daß eine Leistung ausgeschlossen ist, zur Straffreiheit führen. — Jedenfalls ist § 23 Abs. 3 StGB entsprechend anzuwenden; Beispiel: Der Täter gibt allgemein offenkundige Tatsachen kraß falsch an.

175a Zum folgenden Text: *Jakobs* ZStW 97 S. 751 ff, 777 ff; *Weber Beiheft* ZStW 1987 S. 1 ff, 15 ff; *ders.* ZStW 92 S. 313 ff; *Berz* Tatbestandsverwirklichung S. 100 ff; *Kühl* NJW 1986 S. 874 ff; *Kindhäuser* Gefährdung S. 177 ff, 225 ff. Eingehend zur Beherrschung des Zufalls durch das Verbot abstrakter Gefährdung *Kratzsch* Verhaltenssteuerung S. 274 ff, 283 ff; *ders.* GA 1989 S. 49 ff, 67 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

im Einzelfall nur marginal riskantes Verhalten durch Häufung erheblich riskant werden; kann sich die Häufung jederzeit ereignen, muß es zum Standard gehören, solches Verhalten überhaupt zu vermeiden [175b]. Beispiele: *Eine* Autofahrt in mäßiger Trunkenheit oder *ein* Liter Altöl in einem großen Fluß bewirken kein darstellbares Risiko, wohl aber massenhaftes Vorkommen solchen Verhaltens (§§ 316, 324 StGB).

bb) Freilich muß sich auch das Bedürfnis nach Standardisierung daran orientieren, daß es um Normen zur Regelung sozialen Verhaltens geht; eine Standardisierung privater (interner) Bereiche per Strafrecht scheidet also aus; der Täter muß sich vielmehr eine ihm nicht zustehende Organisation anmaßen (unten 25/1 a ff). Zur Lösung der sich ergebenden Abgrenzungsschwierigkeiten ist zu unterscheiden:

α) In einer ersten Fallgruppe liegt ein externes Verhalten vor, das eo ipso stört; lediglich die Schadensneigung dieses Verhaltens wird generalisierend bestimmt. Beispiele sind Falschaussage, Meineid oder Brandstiftung an bewohnten Gebäuden.

β) Bei der nächsten Gruppe wird nicht nur die Schadensneigung, sondern auch das Extern-Störende generalisierend festgelegt. Ein Verhaltenstyp, bei dem der Täter sich manchmal eine fremde Organisation anmaßt, wird als generell anmaßend definiert. Beispiele bilden die Trunkenheit im Verkehr, Bankrott nach § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB oder unerlaubter Umgang mit Kernbrennstoffen.

In beiden bislang genannten Gruppen ist das gefährliche Verhalten komplett vollzogen worden: Die Vorverlagerung der Strafbarkeit ist also nicht größer als beim beendeten Versuch.

γ) Die Beurteilung wird schwieriger, wenn ein Verhalten kriminalisiert wird, das ohne nachfolgendes und seinerseits deliktisches Zutun des Täters oder einer anderen Person überhaupt nicht oder allenfalls minimal gefährlich ist. Als Beispiel mag die Produktion automatischer Selbstladewaffen ohne Erlaubnis dienen (§ 52 a WaffG). So evident es einerseits sein mag, daß mit dem Verhalten ein gefährlicher Verlauf beginnt, so evident ist auf der anderen Seite, daß die Realisierung der Gefahr erst von Taten droht, die vielleicht noch nicht einmal geplant, jedenfalls aber noch nicht versucht oder sonst externalisiert worden sind. Es geht also um ein Verhalten, das selbst bei Voraussicht der möglichen Weiterungen noch keine Deliktsausführung wäre, sondern Vorbereitung eines eigenen Delikts oder Teilnahme an einem fremden, noch im Vorbereitungsstadium steckenden Delikt, mit anderen Worten, die Strafbarkeit wird ins Vorbereitungsstadium vorverlagert. Diese Vorverlagerung ist in einigen Fällen unumgänglich, etwa wenn Prototypen von Deliktsmitteln produziert, aber zunächst noch im internen Bereich aufbewahrt werden: Waffen, Falschgeld, gefälschte Pässe, Rauschgift etc.; denn bei solchen Gegenständen besteht die erhöhte Gefahr, daß, wenn nicht der Produzent selbst, so doch irgend jemand sie deliktisch nutzt (ein Maschinengewehr ist generell verbrechenstauglicher als ein Küchenmesser, Falschgeld mehr als Schreibmaschinenpapier), eventuell auch ohne den Willen ihres Produzenten. Freilich legitimiert diese Überlegung nur eine Strafe für das Schaffen der abstrakten Gefahr, daß künftige Delikte *irgendeiner* Person erleichtert werden. Der Täter darf nicht befragt werden, was er plant, weil seine Planung noch in seinem Internbereich liegt. Es darf einzig darauf ankommen, ob er ohne Blick auf seine Planung eine generell gefährliche Situation herbeiführt.

Abstrakte Gefährdungsdelikte der zuletzt in Rede stehenden Art dringen dann in den Internbereich ein, mißachten somit das Tatprinzip und sind rechtsstaatlich nicht korrekt, wenn der Planungszusammenhang des Täters zur Strafbegründung oder

[175b] *Kuhlen* GA 1986 S. 389 ff, 399 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Straferhöhung herangezogen wird[175c]. Hauptbeispiele finden sich bei den Geldfälschungs- und Urkundsdelikten: Eine Fälschung *zum Gebrauch* wird wie der Gebrauch selbst pönalisiert (§§ 146 f, 267 StGB); daran wird deutlich, daß das gefährliche Schaffen von Falsifikaten als externe Tat definiert wird, um etwas anderes, nämlich die Gebrauchsabsicht, zu pönalisieren. Solche Delikte sind durch ein abstrakt gefährliches Verhalten verkappte Bestrafungen für bloße Planung, also für Gedanken. Weitere Beispiele geben die §§ 311 b, 316 c Abs. 3 StGB.

87 c) *Einzelprobleme:* Weder ist stets eindeutig (aa) welche Delikte abstrakte Gefährdungsdelikte sind, noch (bb) wie abstrakt sie jeweils sind.

aa) Bei der Gruppe derjenigen Tatbestände, die auf die „Eignung" eines Verhaltens für einen Erfolg abstellen (etwa die §§ 130, 130 a, 186, 187, 229, 308, 326 StGB) oder allgemein auf eine „Gefährdung" (§ 223 a StGB) ist streitig, ob die Eignung oder Gefährdung konkret oder abstrakt zu verstehen ist[176]. Gegen die Interpretation als abstraktes Gefährdungsdelikt spricht, daß eine abstrakte Gefahr allein durch Benennung des zu schützenden Guts nicht in einer Weise bestimmt werden kann, die Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB genügt; denn die Zahl der Faktoren, von denen abstrahiert werden kann, ist prinzipiell unbeschränkt und dementsprechend unbegrenzt wäre der Begriff der Gefahr. Das heißt aber nicht, die Gefahr müsse konkret sein; denn verletzungsgeeignet ist nicht nur der Angriff auf ein am Einwirkungsort vorhandenes, bestimmt geartetes Angriffsobjekt (siehe oben 6/79), sondern auch der Angriff auf ein Objekt, das überhaupt nicht oder nicht mit bestimmten Eigenschaften vorhanden ist, mit dessen Vorhandensein und bestimmten Eigenschaften aber gerechnet werden muß. Beispiel: Wer Warenvorräte anzündet, die er neben fremden Vorräten gelagert hat, verwirklicht auch dann den Tatbestand des § 308 StGB, wenn die fremden Vorräte kurz zuvor unbemerkt gestohlen wurden (kein konkretes Angriffsobjekt vorhanden) oder unbemerkt so abgedeckt oder angefeuchtet wurden, daß sie nicht entflammt werden können (konkret keine Eigenschaft „entflammbar").

88 bb α) Die abstrakten Gefährdungsdelikte sind als Ungehorsamsdelikte formuliert, d. h. vom Normunterworfenen wird auch dann Befolgung verlangt, wenn eine konkrete Gefährdung auszuschließen ist (das dürfte in bestimmten Bereichen des Straßenverkehrsrechts sogar die Mehrzahl der Fälle sein). Beispiele: Die 50jährige Zeugin gibt sich bei den Angaben zur Person als 49jährig aus; — vor dem In-Brand-Setzen des Wohnhauses hat der Täter alle erdenklichen Kontrollen dahin vorgenommen, daß sich kein Mensch im Gebäude aufhält; — der Täter fährt tief in der Nacht mit 1,3 Promille wenige Meter über eine weithin als völlig leer erkennbare, abgelegene Nebenstraße. Die Gehorsamsübung hat trotz evidenter Gefahrlosigkeit dann immer noch einen Sinn, wenn Regelbefolgung eingeübt werden muß[177]. Beispiel: Wenn Autofahrer im Stadtbereich jedesmal reflektieren, ob es sich lohnt, an einer rot zeigenden Ampel anzuhalten,

---

175c *Jakobs* ZStW 97 S. 751 ff, 770 ff; *Weber* Beiheft ZStW 1987 S. 1 ff, 15 ff, 17 ff, freilich *a. A.* für die Geldfälschung.

176 Eingehend *Gallas* Heinitz-Festschrift S. 171 ff; *SK-Horn* Rdn. 15 ff vor § 306; *Schönke-Schröder-Cramer* Rdn. 3 ff vor § 306 jeweils mit Nachweisen; zu § 326 StGB *Schittenhelm* GA 1983 S. 310 ff, 317 ff.

177 *Lackner* Gefährdungsdelikte S. 9. — Die Lösung *Horns*, das abstrakte Gefährdungsdelikt durch eine objektive Sorgfaltswidrigkeit des Verhaltens anzureichern (Konkrete Gefährdungsdelikte S. 94 f mit Fn. 114) führt mangels eines subjektiven Bezugs auf die Sorgfaltswidrigkeit zu einer objektiven Strafbarkeitsbedingung. — Wird — jedenfalls beim Fehlen einer konkreten Gefahr — auch individuelle Fahrlässigkeit verlangt (*Hoyer* Eignungsdelikte S. 41 ff; *ders.* JA 1990 S. 183 ff), geht die Einübung in Regelbefolgung verloren. — Wenn *Schünemann* auf Normen mit bloß formaler Ordnungsfunktion abstellt (JA 1975 S. 787 ff, 798), so ist dies das Ergebnis, gibt aber keine Begründung für die Notwendigkeit solcher Normen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

wird sich kein zugleich flüssiger wie sicherer Straßenverkehr ergeben. Ansonsten gelten die allgemeinen Regeln für Bagatellfälle.

Ferner ist zur Rechtfertigung der abstrakten Gefährdungsdelikte zu berücksichtigen, daß der Begriff der abstrakten Gefahr mit der Konsequenz notfalls nutzlosen Gehorsamsverlangens relativ zu dem willkürlich wählbaren Abstraktionsniveau ist, auf dem die Rechtsgüter angesiedelt werden. Stellt man z. B. bei den Vermögensdelikten nicht auf das Vermögen als Gut ab, sondern — abstrakter — auf die im Vermögen verdinglichte Freiheit, so werden die Vermögensdelikte zu abstrakten Freiheitsgefährdungsdelikten (die Gefahr einer konkreten Freiheitsbeeinträchtigung kann fehlen, etwa weil der Betrag für den Inhaber quantité negligeable ist oder vor seiner nächsten Nutzung bei einer Naturkatastrophe sowieso verlorengegangen wäre). Wenn ein Delikt ein abstraktes Gefährdungsdelikt ist, so heißt dies also nicht, daß sein Erfolg nicht dennoch ein Objekt verletzen könne, welches das Gut auf einer weniger abstrakten Ebene repräsentiert. Wie diese Repräsentationsfunktion bei Eigentum und bei Vermögen als selbstverständlich hingenommen wird, so daß Eigentum und Vermögen ohne Blick auf die Weiterungen als selbst schutzwürdige Güter behandelt werden können, so stehen im Bereich der abstrakten Gefährdungsdelikte etwa auch die Wahrheit im Verfahren für die ordnungsgemäße Rechtspflege (§§ 153 ff StGB) oder die Uneigennützigkeit des Beamten für die Funktionsfähigkeit des Verwaltungsapparats (§ 331 StGB)[178].

89 β) Somit bleiben als Problemfälle diejenigen Delikte, bei denen es weder um Regelbefolgung geht noch um die Repräsentanzfunktion eines Objekts und die zudem einen erhöhten Mindeststrafrahmen haben, so daß die zu erwartenden Minimalfälle nicht entsprechend minimal zugemessen werden können. Bei diesen Delikten, insbesondere bei § 306 StGB, ist der Tatbestand durch das ungeschriebene Erfordernis einer — auch folgenlosen — Fahrlässigkeit bezüglich des geschützten Guts anzureichern, um Strafrahmen und Unrechtsquantität in eine Balance zu bringen[179].

90 4. *Eigenhändige Delikte* haben mit den abstrakten Gefährdungsdelikten gemeinsam, daß es um den Vollzug eines (durch seine Gestalt oder seine Folgen) bestimmten Verhaltens geht; das Unrecht ist jedoch bei ihnen nicht die generelle Gefährlichkeit dieses Verhaltens, sondern die persönliche Insuffizienz des Täters, die sich im deliktischen Verhalten objektiviert. Eigenhändige Delikte können bei der Deliktsbeteiligung

---

178 Im Ergebnis ebenso *Schünemann* aaO: „vergeistigtes Zwischenrechtsgut".

179 Sehr streitig; offengelassen für § 306 StGB in BGH 26 S. 121 ff, 124 f mit Nachweisen; nach BGH NJW 1982 S. 2369 (mit einer — jede Einschränkung ablehnenden — Besprechung durch *Bohnert* JuS 1984 S. 182 ff); BGH StV 1984 S. 446 f; BGH NStZ 1985 S. 408 f soll bei § 306 StGB eine hinreichende Sorgfalt zur Vermeidung einer Todesfolge allenfalls bei sehr übersichtlichen Gebäuden geleistet werden können; ansonsten soll Sorgfalt bei der Strafzumessung honoriert werden; großzügig § 306 StGB verneinend aber BGH NStZ 1984 S. 455. — *Berz* Formelle Tatbestandsverwirklichung S. 110 ff, 115 will bei abstrakten Gefährdungsdelikten überhaupt Handlungen aus dem Tatbestand ausnehmen, die im sicheren Wissen der Schadlosigkeit vollzogen werden, wenn sich nicht das Verhalten doch als verletzend erweist. — *Kindhäuser* verwirft die Möglichkeit einer Tatbestandseinschränkung mit dem Argument, die Haftung aus dem eingeschränkten, also spezielleren Tatbestand geschehe sine lege (Gefährdung S. 225 ff, 228). Freilich werden jedenfalls diejenigen Einschränkungen zulässig bleiben, die bei einem unbeschränkten Tatbestand im Rahmen der Strafzumessung belasten würden. — Zum Problem der Tatbestandseinschränkung siehe außer den schon Genannten *Schröder* ZStW 81 S. 7 ff, 10 f; *Stree* JuS 1962 S. 93 ff; *Baumann-Weber* AT § 12 II 2 b; *ders.* Folgenlose Verkehrsgefährdung S. 173; *ders.* DAR 1962 S. 93 ff, 99; *Arthur Kaufmann* JZ 1963 S. 425 ff, 432; *Brehm* JuS 1976 S. 22 ff; *ders.* Dogmatik S. 105 ff, 137 ff; *Tiedemann* in: Studi S. 2149 ff, 2151 ff; *Wolter* Zurechnung S. 276 ff; *Weber* Beiheft ZStW 1987 S. 1 ff, 32 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

nicht nach allgemeinen Regeln behandelt werden (unten 21/22); ferner bestehen Besonderheiten bei der unechten Unterlassung (unten 29/2, 79).

91 5. Bei *Sonderdelikten* im weiteren Sinn kann nicht jedermann Täter (für Teilnehmer siehe unten zu § 28 StGB 23/24 ff) eines vollendeten Delikts sein, sondern nur eine Person mit bestimmten Eigenschaften oder in bestimmter Lage. Die Weite dieser Definition reicht vom Beamten als dem alleinigen Täter von Amtsdelikten (insbesondere §§ 331 ff StGB) bis hin zum Täter der vollendeten Eigentumsdelikte (§§ 242 ff, 303 StGB), der immer nur der Nichteigentümer sein kann, oder bis hin zum Täter der vollendeten Tötung, der immer nur nicht-identisch mit dem Opfer sein kann.

Die wegen dieser Weite unbrauchbare Deliktsgruppe gewinnt Konturen, wenn sie auf die Alternative verengt wird, ob Täter des betreffenden Delikts nur eine Person sein kann, die unabhängig von der Deliktsbegehung in einer Beziehung (Status) zu dem geschützten Gut steht (Sonderdelikt im engeren Sinn), oder ob die Beziehung zum Gut nur durch das deliktische Verhalten vermittelt wird; es ergeben sich sodann für Beteiligung (unten 21/115 ff; 23/25) und Versuch (unten 25/43 ff) Besonderheiten, auch beim Unterlassungsdelikt (unten 29/57 ff, 106 f, 112, 115). Begründet die Sonderpflicht die Strafbarkeit (Beispiel: § 331 StGB), so spricht man von *echten*, ansonsten (bei bloßer Straferhöhung) von *unechten* Sonderdelikten (Beispiel: § 340 Abs. 1, 1. Fallgruppe StGB).

92 6. Häufig sind der objektive und der subjektive Tatbestand *nicht kongruent*, vielmehr ist der subjektive Tatbestand genauer spezifiziert, d. h. er hat mehr kumulativ zu erfüllende Merkmale als der objektive Tatbestand [180, 180a]. Diese Deliktsgestalt ist sehr variantenreich; die Terminologie ist uneinheitlich [181].

93 a) Es kann darum gehen, daß das Delikt als vollendet beschrieben wird, bevor eine Gutsverletzung eingetreten ist (zur Vollendung als formeller Begriff unten 25/1 f). Weil ein Erfolg an einem Gut fehlt, spricht man von kupierten Erfolgsdelikten. Diese Erfolgskupierung kann in doppelter Weise erfolgen: Zum einen kann der Gesetzgeber in seiner Ungeduld auf einen Teil des zur Gutsverletzung erforderlichen Verhaltens verzichten; dann ist das Delikt vollendet, obgleich die Gutsverletzung nicht einmal beendet versucht wurde (unvollkommen oder verkümmert zweiaktige Delikte). Der Tatbestand lautet abstrakt: „Wer mit dem Vorsatz, ein Gut zu verletzen, die erste(n) von mehreren Handlungen vollzieht . . .". Zum anderen kann der Gesetzgeber zwar bis zur Beendigung des Täterverhaltens warten, aber doch auf den Eintritt des Erfolgs verzichten. Der Tatbestand lautet abstrakt: „Wer alles getan hat, was nach seinem Vorsatz zur Gutsverletzung erforderlich ist . . .". — Die Zugehörigkeit dieser subjektiven Merkmale zum Unrecht folgt daraus, daß es sich um die Vermeidbarkeitsbedingungen (also Handlungsbedingungen) des geplanten Gesamtunrechtsverhaltens handelt.

94 b) Aber auch unabhängig von der Gutsverletzung sind überschießende subjektive Merkmale häufig, und zwar als Absichten („wer ein Gut schädigt, um etwas — isoliert strafrechtlich irrelevantes — zu erreichen"), Bewertungen von Handlungsantrieben („wer aus nichtigem Anlaß . . .") oder als Konstitutions- und Gesinnungsmerkmale

---

180 Das Gegenteil, scil. die genauere Spezifizierung des objektiven Tatbestands, ist wegen der Regelung des § 16 Abs. 1 StGB ausgeschlossen. Freilich kann für einen Teil des subjektiven Tatbestands Fahrlässigkeit hinreichen, so insbesondere bei den erfolgsqualifizierten Delikten, § 18 StGB, unten 9/30. Zu den nur-objektiven Merkmalen als vorsatzunabhängige Bestrafungsvoraussetzungen siehe unten 10/1 ff, 15 ff.

180a Wird selbst das Rudiment des objektiven Tatbestands verfehlt, bleibt es beim Versuch. Beispiel: Wer Geld aus einer Tasche (nicht aber die Tasche selbst) stehlen will, freilich nur die leere Tasche erlangt, versucht nur einen Diebstahl; BGH StV 1990 S. 205 f.

181 Siehe zum folgenden Text *Mezger* AT § 21 III 1 und 2; *LK*[9]*-Heimann-Trosien* Einleitung Rdn. 75; *Maurach-Zipf* AT I § 20 Rdn. 38 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

(Absichts- und Tendenzdelikte; „wer mit bestimmter Haltung . . ."). Die Zugehörigkeit zum Unrecht kann im Einzelfall zweifelhaft sein. Die Aufgliederung in Deliktstypen ist für die Entscheidung unergiebig. Zu Einzelheiten siehe unten zu der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen 8/91 ff.

95 7. Erhebliche Bedeutung hat die Unterscheidung von Grundtatbeständen und abgewandelten Tatbeständen, wobei die Abwandlung immer in der Weise geschieht, daß zum Grundtatbestand kumulativ zu erfüllende Tatbestandsmerkmale ergänzt werden[182].

96 a) Die Ergänzung erfolgt bei den — seltenen — Unrechts*privilegierungen* durch Hinzufügung unrechtsmildernder Merkmale; so wird z. B. bei der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) zum Totschlag (§ 212 StGB) das ausdrückliche und ernsthafte Verlangen des Getöteten hinzugefügt. Nicht jede Privilegierung ist jedoch eine Unrechtsprivilegierung; vielmehr können auch schuldmildernde Umstände bei gleichbleibendem Unrechtstatbestand nur den Schuldtatbestand ergänzen. So gleicht bei der Kindstötung der Unrechtstatbestand demjenigen des Totschlags, aber der Schuldtatbestand wird um die in § 217 StGB genannten objektivierten Schuldmilderungsmerkmale ergänzt. — Die Privilegierung kann sich auch allein auf ein Antragserfordernis beziehen, z. B. bei den §§ 247, 248 a, 263 Abs. 4 StGB. — Unrechtsprivilegierungen bieten Besonderheiten bei Vorsatz und Irrtum (§ 16 Abs. 2 StGB, unten 8/83 ff), Schuldprivilegierungen beim Irrtum (unten 17/77 ff), alle Privilegierungen bei der Konkurrenzlehre (unten 31/19, 32, 37, 39, 45, 47).

97 b) Bei den Unrechts*qualifizierungen* erfolgt die Ergänzung durch unrechtserhöhende Merkmale, teils nur-subjektiver Art[183]. Die ergänzenden Merkmale bilden überwiegend *für sich* allein keinen eigenen Deliktstatbestand, ja nicht einmal eine Handlung, so z. B. nicht die Mordmerkmale, die Sonderpflichten bei allen unechten Sonderdelikten und die Qualifizierungen, die nur Merkmale der Tat- oder Tätersituation sind. Teils ergänzt jedoch der Gesetzgeber den Grundtatbestand um ein schon für sich strafbares Verhalten (zusammengesetzte Tatbestände). So verfährt er insbesondere bei den durch fahrlässige Tötung oder Körperverletzung (erfolgs-) qualifizierten Delikten, wie den §§ 224, 226, 239 Abs. 2 und 3, 251, 307 Nr. 1 StGB u. a. m. Es werden aber auch (Ausschnitte aus) Vorsatzdelikten ergänzt, so besteht z. B. der Raub (§ 249 StGB) aus einem durch qualifizierte Nötigung (ein Ausschnitt aus § 240 StGB) begangenen Diebstahl (§ 242 StGB); der räuberische Diebstahl (§ 252 StGB) besteht aus Diebstahl und dem Versuch qualifizierter Nötigung in getrennten Handlungsabschnitten.

98 c) Teils wird bei den bezeichneten Abwandlungen danach differenziert, ob ein *eigenständiges Verbrechen* (delictum sui generis) entsteht (so angeblich der Raub gegenüber dem Diebstahl oder nach älterer Ansicht der Mord gegenüber dem Totschlag[184]) oder aber die Abwandlung *unselbständig* bleibt. An diese Differenzierung sollen sich insbesondere Konsequenzen für die Teilnahme knüpfen: Besondere persönliche Merkmale, die ein eigenständiges Delikt begründen, sollen nach § 28 Abs. 1 StGB, diejenigen, die einen Tatbestand zur unselbständigen Abwandlung ergänzen, nach § 28 Abs. 2 StGB zu behandeln sein. — Diese Differenzierung findet im Gesetz keine Stütze und

---

182 Den Versuch, die Strafrahmenstufung kodifizierter Deliktsabwandlungen (seien es Qualifizierungen und Privilegierungen, seien es besonders und minder schwere Fälle, 6/99 ff) auf Delikte ohne Strafrahmenstufungen zu übertragen und dadurch die Strafrahmen dieser Delikte zu konkretisieren, unternimmt *Montenbruck* Strafrahmen S. 67 ff.

183 Letzteres bei den Mordmerkmalen des § 211 Abs. 2, 1. und 3. Gruppe StGB (der Mord ist freilich seit BVerfG 45 S. 187 ff ein ergänzungsbedürftiger Tatbestand).

184 Dagegen zutreffend *Welzel* JZ 1952 S. 72 ff; *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 2 ff vor § 211 mit Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

opfert die gesetzliche Tatbestandstechnik zu Gunsten unklarer vorrechtlicher Vorstellungen von einem Deliktstyp; sie ist deshalb abzulehnen[185].

Qualifizierungen sind auch bei gleichbleibendem Unrecht durch einen ergänzten Schuldtatbestand denkbar; ob das geltende Recht solche reinen Schuldqualifizierungen kennt (§ 211 Abs. 2, 1. und 3. Gruppe StGB?), hängt von der Auslegung einzelner Merkmale als subjektive Unrechtselemente oder als Schuldelemente ab; dazu unten 8/96, 98.

99 8 a) Nach verbreiteter Ansicht ergänzen die Merkmale der *besonders schweren Fälle* (§§ 240 Abs. 1, 263 Abs. 3, 266 Abs. 2, 267 Abs. 3 StGB u. a. m.) oder der *minder schweren Fälle* (§§ 177 Abs. 2, 217 Abs. 2, 249 Abs. 2, 311 Abs. 2 StGB u. a. m.) nicht den Tatbestand, und zwar selbst dann nicht, wenn sie durch zwingende Beispiele (§ 213 StGB) oder durch *Regelbeispiele* (§§ 218 Abs. 2, 243 StGB u. a. m.) benannt werden. Es soll sich vielmehr um Strafzumessungsregeln handeln[186]. In dieser Allgemeinheit — Tatbestand contra Strafzumessungsregel — ist dies freilich überhaupt kein Gegensatz. So wie einige Grundtatbestände *unbestimmt*-geschlossen sind (siehe oben zur Lehre von den offenen Tatbeständen 6/60 ff), so besagt die Unbestimmtheit der besonders schweren oder minder schweren Fälle nichts gegen die Zugehörigkeit zum Tatbestand, und da die Quantität an Tatbestandserfüllung, vermittelt über die ceteris paribus entsprechende Quantität an Schuld, die wichtigste Strafzumessungsregel ist (§ 46 Abs. 1 Satz 1 StGB), besagt die Zugehörigkeit zu diesen Regeln nichts gegen diejenige zum Unrechtstatbestand. Wie also z. B. das Gesetz in § 242 StGB nicht zwischen dem Diebstahl einer kleinen Summe und dem einer großen Summe etc. differenziert, trotzdem aber die Differenz zwischen beiden Diebstählen eine Unrechtsdifferenz ist, so ist auch alles das, was der Richter — einem bindenden Beispiel oder einem Regelbeispiel folgend oder frei — als Merkmal eines besonders schweren oder minder schweren Falls zusammenträgt, als mindernd oder erschwerend zurechenbares Material dem Tatbestand zugehörig. Die Merkmale dieses Materials sind von anderen strafbegründenden oder strafändernden Deliktsmerkmalen nicht einmal durch ihre gesetzliche Unbestimmtheit unterschieden; eine solche Unbestimmtheit weisen auch die zu ergänzenden Merkmale der unbestimmt-geschlossenen Tatbestände auf.

Wie bei den Privilegierungen und Qualifizierungen können die minder schweren oder besonders schweren Fälle freilich vom Unrechtstatbestand unabhängig und nur dem Schuldtatbestand zuzuordnen sein. Die Merkmale sind also (Unrechts- oder Schuld-) Tatbestandsmerkmale[187], seien sie unbenannt oder als Regelbeispiel oder als bindendes Beispiel benannt.

100 b) Damit freilich ist wenig gelöst. Ob der zu ergänzende Tatbestandsteil, soweit es überhaupt um den Unrechtstatbestand geht, vorsätzlich oder fahrlässig oder teils fahrlässig (etwa analog § 18 StGB) zu verwirklichen ist, läßt sich nur zu jedem Sachkom-

---

185 *Jescheck* AT § 26 III 1 und 3; *V. Hassemer* Delictum sui generis S. 88 ff; *Haffke* JuS 1973 S. 402 ff, 407 ff.

186 *Jescheck* AT § 26 V; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 44 vor § 38; *LK-G. Hirsch* Rdn. 45 vor § 46; *Arzt* JuS 1972 S. 515 ff; *Blei* JA 1975 S. 237; *Schröder* Mezger-Festschrift S. 415 ff, 427; *Kastenbauer* Regelbeispiele S. 125 ff, 177; *Schmitt* Tröndle-Festschrift S. 313 ff; *Wessels* Maurach-Festschrift S. 295 ff, 299 mit zahlreichen Nachweisen; — ebenso BGH 23 S. 254 ff, 256, aber nicht den Unrechtstatbestand betreffend, sondern den Tatbestand im Sinn des § 12 StGB und die Tat im Sinn von § 260 Abs. 4 StPO (zu letzterem siehe BGH NJW 1970 S. 2120; dagegen freilich wiederum BGH 27 S. 287 ff, 289); BGH 26 S. 104 ff, 105 dort als überflüssiges obiter dictum; siehe auch BayObLG NJW 1980 S. 2207.

187 *Calliess* JZ 1975 S. 112 ff, 117 mit weiteren Nachweisen S. 113 Fn. 8; *Wahle* GA 1969 S. 161 ff; — als normatives Tatbestandsmerkmal will *Maiwald* den gesamten besonders schweren Fall verstehen, Gallas-Festschrift S. 137 ff, 150; *ders.* NStZ 1984 S. 433 ff, 435.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

plex gesondert entscheiden (siehe unten zum Vorsatz 8/43). — Für den Versuch ergeben sich nach der hier vertretenen Versuchslösung keine Besonderheiten, da zum einen die Verwirklichung eines einzelnen Tatbestandsmerkmals sowieso den Versuch nicht bedingt und zum anderen der Versuch des besonders schweren Falls keine Vollendung der erschwerenden Umstände erfordert[188]. — Auch die Konkurrenzlehre hindert die Tatbestandslösung nicht, sondern begünstigt sie: Wenn der besonders schwere Fall in einem für sich strafbaren Delikt besteht, ist die gesonderte Benennung dieses Delikts zur Benennung dessen, was zugerechnet wird, nicht mehr angebracht; die Folge ist Gesetzeskonkurrenz wie bei einer ausformulierten Qualifizierung[189].

Ob nicht nur an der Verwirklichung des Grundtatbestands, sondern auch an der Verwirklichung der Merkmale für einen minder oder besonders schweren Fall teilgenommen werden kann, richtet sich nach allgemeinen Regeln[189a], was hauptsächlich heißt: Vorsatz und Fahrlässigkeit sowie alle allgemeinen oder speziellen Schuldmerkmale sind nicht akzessorisch, Sonderpflichten und Eigenhändigkeit sind beschränkt akzessorisch (was sich wegen § 28 Abs. 2 StGB bei den hier allein interessierenden strafmodifizierenden Merkmalen auf den Strafrahmen nicht auswirkt), andere Merkmale sind voll akzessorisch (eingehend unten 23. Abschnitt). Beispiel: Bildet der Richter bei § 263 StGB einen besonders schweren Fall nach Abs. 3 der Vorschrift, weil der Schaden Millionen beträgt *und* die wirtschaftliche Existenz mehrerer Opfer vernichtet wurde, so trifft das nicht einen Teilnehmer, der von der Existenzvernichtung nichts wußte (entsprechend § 16 Abs. 1 StGB). Liegt der Grund für den besonders schweren Fall in der Amtsstellung des Täters, so gilt für die Beteiligung § 28 Abs. 2 StGB. — Da die Rechtsprechung freilich auf eine Gesamtbetrachtung abstellt, also den besonders oder minder schweren Fall aus einem Konglomerat höchstpersönlicher, beschränkt akzessorischer und voll akzessorischer Merkmale zusammensetzt (unten 6/101), ist sie praktisch gezwungen, die Entscheidung für jeden Beteiligten von Grund auf neu zu treffen[189b].

Die Tatbestandslösung bedeutet nicht, daß bei entsprechenden Strafrahmendifferenzen § 12 StGB anwendbar wäre: § 12 StGB hat eine gesetzestechnische Funktion und ist deshalb gegen materiale Überlegungen resistent (unten 6/103). — Auch ist es terminologisch vorzugswürdig, als Qualifizierung oder Privilegierung nur die gesetzlich-bestimmt bezeichneten Tatbestandsvarianten zu bezeichnen.

c) In der Anreicherung besonders schwerer oder minder schwerer Fälle durch **101**
Beispiele[190] liegt gegenüber undifferenziert weiten Strafrahmen ein Gewinn an Tatbestandsbestimmtheit, wenn die Beispiele als belastende Beispiele abschließend, aber für den Richter unverbindlich, und als entlastende Beispiele nicht abschließend, aber für den Richter verbindlich sind: Das Gesetz legt dann immerhin das Höchstmaß des Eingriffs fest (so z. B. in § 213 StGB). Wenn das Gesetz jedoch mittlerweile überwie-

---

188 BGH 33 S. 370 ff, 373 ff mit Anmerkung *Schäfer* JR 1986 S. 522 ff; BGH NStZ 1984 S. 262 f; *Maiwald* NStZ 1984 S. 433 ff, 437; *Laubenthal* JZ 1987 S. 1065 ff, 1068 ff; *Fabry* NJW 1986 S. 15 ff, 18 ff; *Kastenbauer* Regelbeispiele S. 307 ff; hauptsächlich auch BGH StV 1985 S. 103 f; *a. A.* BayObLG JR 1981 S. 118 f mit zutreffend kritischer Anmerkung *Zipf* aaO S. 119 ff; *Wessels* Lackner-Festschrift S. 423 ff, 430 ff; *Küper* JZ 1986 S. 518 ff, 522 ff; *Sternberg-Lieben* Jura 1986 S. 183 ff, 187 f; *ders.* NStZ 1984 S. 538 ff, 540 f mit Nachweisen; überhaupt gegen die Verbindung von Versuch in besonders schwerem Fall *Arzt* StV 1985 S. 104 ff.

189 Im Ergebnis ebenso *Wessels* Maurach-Festschrift S. 295 ff, 308; *Jescheck* AT § 26 V 2 a. E.; § 69 II 3 b.

189a *Jescheck* AT § 26 V 2; *Maiwald* NStZ 1984 S. 433 ff, 437 f.

189b Für diese Lösung auch *Bruns* GA 1988 S. 339 ff, 353 ff; *Kastenbauer* Regelbeispiele S. 328 ff; wohl auch *Blei* JA 1975 S. 237.

190 Zur Entstehung dieser Technik siehe *Lange* Materialien Bd. I S. 69 ff, 84 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

gend nur noch in jeder Richtung unverbindliche Regelbeispiele anbietet, besteht kaum mehr ein qualitativer Gewinn gegenüber undifferenziert weiten Strafrahmen. „Ein Gesetz, das ‚ein bißchen' bestimmt ist, bleibt eben ein unbestimmtes Gesetz"[191] und zeugt von der Scheu des Gesetzgebers, präzise, wenn auch lückenhafte Straftatbestände zu verantworten. Die Ungenauigkeit der Regelung wird von der Rechtsprechung noch dadurch vergrößert, daß sie allgemeine Strafmilderungen — etwa bei Versuch oder verminderter Schuldfähigkeit — in minder schwere Fälle umdeutet[192] oder sonst eine Gesamtbetrachtung anstellt[192a], als gehe es nicht darum, mit dem Strafrahmen die Strafe, sondern mit der Strafe den Strafrahmen zu finden. Dieses Verfahren ist auch deshalb verfehlt, weil sich die Bindung des minder schweren Falls an einen *bestimmten* Tatbestand bei der Ausfüllung durch Umstände, die bei *jedem* Delikt möglich sind, nicht mehr erklären läßt.

V. Anhang: Die gesetzestechnische Unterscheidung von Verbrechen und Vergehen

Literatur

Siehe zu II

102 A 1. Rechtswidrige Taten nach § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB, also straftatbestandserfüllende Taten, nicht bloße Ordnungswidrigkeiten oder bloße unerlaubte Handlungen etc., sind nach positivem Recht abschließend[193] in Verbrechen[194] und Vergehen aufgeteilt (§ 12 StGB). Durch das Zweiteilungsschema wurde eine lange Tradition[195] einer Dreiteilung von Taten in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen abgelöst. Die Übertretungen sind dabei teils zu Ordnungswidrigkeiten abgewertet und teils zu Vergehen aufgewertet worden (letzteres insbesondere bei § 370 Abs. 1 Nr. 5 StGB a. F., der sogenannte Mundraub). Sowohl der Verzicht auf eine stärkere Differenzierung wie auch die Beibehaltung der noch vorhandenen Differenzierung sind umstritten[196]. — Die Aufteilung richtet sich nach der Mindeststrafe, mit der die Verwirklichung aller strafrahmenrelevanten bindenden Merkmale des BT bedroht ist.

103 2. Obgleich die Scheidung eine solche nach dem generalisierten Tatgewicht ist, hat sie in § 12 StGB selbst nur gesetzestechnische Bedeutung[197]: Aus der Scheidung folgt, ob eine bestimmte strafrechtliche, strafprozessuale, oder andere Institution anzuwenden ist oder nicht, was dann freilich materiale Auswirkungen hat. Da die Scheidung der rechtssicheren Anwendung bestimmter Rechtsinstitute dienen soll, darf die vom Gesetz

191 *Maiwald* Gallas-Festschrift S. 137 ff, 159; *ders.* NStZ 1984 S. 433 ff, 440; zur Kritik siehe auch *Baumann-Weber* AT § 12 II 2 d; *Maurach-Zipf* AT II § 62 Rdn. 56 ff.

192 BGH 16 S. 360 ff, 362 f; 27 S. 298 ff, 299; BGH StV 1982 S. 70, S. 71, S. 113, S. 221, S. 417; BGH GA 1986 S. 120; JR 1986 S. 75 f mit ablehnender Anmerkung *Timpe* aaO S. 76 f; JR 1986 S. 336 f mit Anmerkung *Bruns* aaO S. 337 ff; — oder die Milderung nach § 21 StGB wird als Hinderung eines besonders schweren Falls verwertet, so BGH NJW 1986 S. 1699. — Auch innerhalb des BT hält die Rechtsprechung den Grundsatz nicht ein, daß die speziellere Regelung vorgeht; so sollen nach BGH 33 S. 92 f die Gründe für die Milderung nach § 31 BtMG auch als Gründe für einen minder schweren Fall gemäß § 30 Abs. 2 BtMG einzuordnen sein; dazu *Frisch* JR 1986 S. 89 ff, 91, der beide Vorschriften kombiniert; aber das ist nur richtig, wenn für beide je *gesonderte* Gründe vorliegen.

192a BGH 23 S. 254 ff, 257; 26 S. 97 ff, 99; 28 S. 318 ff, 319 f; 29 S. 319 ff, 322; BGH StV 1984 S. 73, S. 284; NStZ 1984 S. 357; StV 1988 S. 249 f. — Dagegen *Montenbruck* NStZ 1987 S. 311 ff, 313 mit Nachweisen der Literatur. Siehe auch unten 25/78.

193 BGH 28 S. 93 ff, 94.

194 Hier im gesetzestechnischen Sinn; zum Begriff des Verbrechens als dogmatischer Begriff siehe oben 6/Fn. 1.

195 Zur Geschichte *Heinitz* Materialien Bd. I S. 55 ff; *Maurach-Zipf* AT I § 13 Rdn. 20; *Blei* AT § 25 I. — Rechtsvergleichend *Imhof* Materialien Bd. II (1) S. 1 ff.

196 Zu letzterem kritisch *Stöckel* GA 1971 S. 236 ff, 242 mit Nachweisen.

197 *Schönke-Schröder-Eser* § 12 Rdn. 4.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

vorgenommene Formalisierung nicht durch materiale Überlegungen unterlaufen werden. Beispiel: § 213 StGB ist auch im bindend genannten Teil nach dem Wortlaut ein minder schwerer Fall des Totschlags, also Verbrechen nach den §§ 212, 12 Abs. 1 und 3 StGB. Eine materiale Begründung dafür, weshalb dieser Teil nicht von dem unbenannten Teil gelöst und als geschlossene Privilegierung ausgestaltet wird (dann Vergehen nach § 12 Abs. 2 StGB), läßt sich nicht geben. Trotzdem darf § 213 StGB auch nicht zugunsten Gunsten des Täters wie ein Vergehen behandelt werden, da einige der rein technischen Regelungsfolgen dann unterlaufen würden; insbesondere würde die Anordnung der Versuchsstrafbarkeit fehlen, die bei Verbrechen — eine Methode ohne materiale Bedeutung — generell in § 23 Abs. 1 StGB erfolgt[198].

Die Scheidung von Verbrechen und Vergehen hat Konsequenzen für die Versuchsstrafbarkeit (§ 23 Abs. 1 StGB), den Beteiligungsversuch (§ 30 StGB), für Nebenfolgen (§ 45 StGB), für einzelne Tatbestände des BT (§ 241 StGB), ferner für die Gerichtszuständigkeit (§§ 25, 74 GVG) und in erheblichem Maß für das Strafverfahren (§§ 140 Abs. 1 Nr. 2, 153, 153a, 407 StPO).

104 B 1. Mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe bedrohte rechtswidrige Taten sind Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB); ist die Mindeststrafe geringer, handelt es sich um Vergehen (§ 12 Abs. 2 StGB; die Vorschrift ist redundant). Es kommt auf die mindestens *angedrohte* Strafe an; von der konkret *verwirkten* Strafe wird also abstrahiert. Die Mindeststrafe ist zudem nicht jedenfalls dem auf die Tat *anzuwendenden* Strafrahmen zu entnehmen; auch insoweit wird abstrahiert; denn es bleiben nach § 12 Abs. 3 StGB bei der Bestimmung des Strafrahmens (des sogenannten *Regelstrafrahmens*) folgende Veränderungen des anzuwendenden Strafrahmens außer Betracht: (a) Schärfungen und Milderungen nach dem AT (§ 49 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB), seien sie fakultativ (§§ 13 Abs. 2, 17 Satz 2, 21, 23 Abs. 2, 3, 30 Abs. 1 Satz 3, 35 Abs. 1 Satz 2 StGB) oder obligatorisch (§§ 27, 28 Abs. 1, 30 Abs. 1 Satz 2, 35 Abs. 2 Satz 2 StGB[199]). — § 28 Abs. 2 StGB führt freilich zu einem anderen Strafrahmen nach dem BT und deshalb auch im Sinn des § 12 StGB[200]. (b) Ferner bleiben besonders schwere oder minder schwere Fälle unberücksichtigt, seien sie unbenannt, bindend benannt oder mit Regelbeispielen benannt[201]. (c) Nach § 4 JGG bleiben ferner die besonderen jugendstrafrechtlichen Rechtsfolgen unberücksichtigt.

105 2. Da die Strafrahmen von Qualifizierungen und Privilegierungen berücksichtigt werden, heißt das Ergebnis positiv gewendet: Es entscheidet die Mindeststrafe des Strafrahmens vom Grunddelikt oder von der Qualifizierung oder Privilegierung, die im Normalfall (wenn kein besonders schwerer oder minder schwerer Fall vorliegt) für den voll schuldhaft handelnden Täter des vollendeten Begehungsdelikts gilt. Beispiele: Der Raubgehilfe (§§ 250, 27, 49 Abs. 1 Nr. 3, 2. Fallgruppe StGB) begeht ein Verbrechen, obgleich die Mindeststrafe des auf ihn anzuwendenden Rahmens nur 3 Monate beträgt. — Die Mißhandlung von Schutzbefohlenen in einem besonders schweren Fall (§ 223b Abs. 2 StGB) bleibt Vergehen (also ist der Versuch straffrei, § 23 Abs. 1 StGB). — § 216 StGB (Privilegierung) ist ein Vergehen (deshalb ist in § 216 Abs. 2 StGB die Versuchs-

198 *A. A.* — Straffreiheit des Versuchs — *Bockelmann* BT Bd. II § 4 I vor 1; wohl auch *Otto* BT § 5 I 1. Es ist aber axiologisch ungereimt, den Versuch nach § 213 StGB straflos zu lassen, wenn die Versuche nach § 216 StGB und selbst nach § 223a StGB strafbar sind. Eingehend wie hier *LK-Lange* § 213 Rdn. 2.

199 § 48 StGB ist für die Grenze von einem Jahr ohne Bedeutung.

200 BGH 6 S. 309 ff; *Schönke-Schröder-Eser* § 12 Rdn. 13.

201 BGH 11 S. 233 ff, 241; 20 S. 184 ff, 185 f; überwiegende Ansicht; die Zweifel von *Dreher* JZ 1965 S. 455 f und *Stöckel* GA 1971 S. 236 ff, 241 dürften durch die neue Gesetzesfassung überholt sein.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

strafbarkeit ausdrücklich geregelt), § 213 StGB (minder schwerer Fall) ist hingegen bei gleichem Strafrahmen Verbrechen (die Versuchsstrafbarkeit folgt aus §§ 212, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 3 StGB).

106 3. Die doppelte Abstrahierung — von der konkret verwirkten Strafe und vom anzuwendenden Strafrahmen — paßt schlecht zu dem System des StGB, da das Gesetz ansonsten entweder hochgradig differenziert oder doch zumindest innerhalb eines Rahmens hochgradige Differenzierungen zuläßt (etwa bei den besonders schweren oder minder schweren Fällen des BT), um eine einzelfalladäquate Lösung zu ermöglichen[202].

7. ABSCHNITT
Die Einzelheiten der Tatbestandsverwirklichung durch Handlung; 1. Teil: Der objektive Tatbestand

I. Der objektive Tatbestand als Gegenstand des Allgemeinen Teils

Literatur

E. Beling Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Versuchslehre, GS 101 S. 1 ff; *H. J. Bruns* Ungeklärte verfahrensrechtliche Fragen des Contergan-Prozesses, Maurach-Festschrift S. 469 ff; *M. v. Buri* Über Causalität und deren Verantwortung, 1873; *ders.* Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885; *M. Burgstaller* Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *J. Bustos Ramirez* Die objektive Zurechnung, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 213 ff; *G. Dornseifer* Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg — ein Relikt der Verdachtsstrafe? Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 427 ff; *U. Ebert* und *K. Kühl* Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979 S. 561 ff; *K. Engisch* Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; *ders.* Vom Weltbild des Juristen, 2. Auflage 1965; *ders.* Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, v. Weber-Festschrift S. 247 ff; *W. Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *J. Glaser* Abhandlungen aus dem Oesterreichischen Strafrecht, 1858; *A. Gmür* Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1958; *W. Hardwig* Die Zurechnung, 1957; *K. Hertel* Anmerkung zu BGH NJW 1966 S. 1823 ff, aaO S. 2418 f; *A. Horn* Causalitäts- und Wirkensbegriff, dessen empirische Feststellung und criminalrechtliche Bedeutung, GS 54 S. 321 ff; *ders.* Der Versuch, ZStW 20 S. 309 ff; *E. Horn* Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *G. Jakobs* Risikokonkurrenz — Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht, Lackner-Festschrift S. 53 ff; J. C. Joerden Die „Verdoppelung" — ein zentrales Strukturproblem des Strafrechts; *ders.* Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, 1986; *ders.* OGH JBl 1987, 191 — ein Fall alternativer Kausalität? JurBl. 1988 S. 433 ff; *M. Kahlo* Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen, GA 1987 S. 66 ff; *H. J. Kahrs* Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *ders.* Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, JZ 1971 S. 569 ff; *ders.* Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt? Jescheck-Festschrift S. 251 ff; *Arthur Kaufmann* Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift S. 200 ff; *D. Kion* Grundfragen der Kausalität bei Tötungsdelikten, JuS 1967 S. 499 ff; *E. Kleine-Kosack* Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht, 1988; *L. Kuhlen* Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989; *E.-J. Lampe* Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 189 ff; *M. Maiwald* Kausalität und Strafrecht, 1980; *ders.* Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte — BGHSt 31, 96, JuS 1984 S. 439 ff; *M. L. Müller* Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912; *W. Naucke* Über das Regreß-

---

202 Kritisch auch *Stratenwerth* AT Rdn. 138 ff; *Engisch* SJZ 1946 Sp. 232 ff; *ders.* SJZ 1948 Sp. 660 ff; anders aber *LK-Tröndle* § 12 Rdn. 15 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

verbot im Strafrecht, ZStW 76 S. 409 ff; *I. Puppe* Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 S. 863 ff; *dies.* Kausalität, SchwZStr. 107 (1990) S. 141 ff; *J. Rödig* Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, 1969; *C. Roxin* Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, Klug-Festschrift S. 303 ff; *ders.* Finalität und objektive Zurechnung, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 237 ff; *E. Samson* Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972; *ders.* Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht, ZStW 99 S. 617 ff; *E. Schlüchter* Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, JuS 1976 S. 312 ff, 378 ff, 518 ff, 793 ff; *E. Schmidhäuser* „Objektiver" und „subjektiver" Tatbestand: Eine verfehlte Unterscheidung, Schultz-Festgabe S. 61 ff; *F. C. Schroeder* Der Kausalzusammenhang im Strafrecht der DDR, Meisner-Festschrift S. 499 ff; *J. Schulz* Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung, Lackner-Festschrift S. 39 ff; *G. Spendel* Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, 1948; *H. Tarnowski* Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriff, 1927; *L. Träger* Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 2. Auflage 1929; *O. Triffterer* Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung, Klug-Festschrift S. 419 ff; *H. Walder* Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr. 93 (1977) S. 113 ff; *H. Wegscheider* Kausalitätsfragen im Umweltstrafrecht, ÖJZ 1983 S. 90 ff; *E. A. Wolff* Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965.

A. Der objektive Tatbestand ist die Außenseite des Unrechts; mit dem objektiven **1**
Tatbestand tritt das Delikt als soziale und deshalb strafrechtlich überhaupt relevante Größe in Erscheinung. Der objektive Tatbestand ist für sich allein aber kein Unrecht, da er für sich keine tatbestandsmäßige Handlung enthält und somit die Mindestbedingungen des Unrechts nicht erfüllt. Seine Behandlung vor dem — zeitlich früher beginnenden — subjektiven Tatbestand hat vornehmlich einen darstellerischen Grund: Der objektive Tatbestand ist Gegenstand des subjektiven Tatbestands, er ist in antizipierter (Vorsatz) oder antizipierbarer (Fahrlässigkeit) Gestalt ein Teil der Täterpsyche und müßte deshalb bei anderem Vorgehen in seiner subjektiven Spiegelung, also indirekt, abgehandelt werden.

Um das zu vermeiden, ist zunächst von der konkreten Gestalt einer Handlung abzusehen, also davon, daß ein Handlungsvollzug (nebst Folgen) nur dann ein *bestimmter* Handlungsvollzug (nebst Folgen) ist, wenn die bestimmt geartete Körperbewegung (nebst Folgen) gerade wegen ihrer Art (oder wegen ihrer Folgen) motivatorisch beeinflußbar, also individuell vermeidbar, ist. Statt dessen ist hier unter Verzicht auf die Vermeidbarkeit der bestimmten Handlung (nebst Folgen) darauf abzustellen, ob die Körperbewegung überhaupt zu einer Handlung gehört. Die Handlung in diesem Sinn ist zwar nur eine Modifikation des oben abgelehnten Willkürakts im System von *v. Liszt, Beling* und *Radbruch,* erfüllt aber an der hiesigen Stelle eine andere Funktion als im alten System: Sie ist hier nicht die einzige Verbindung von Subjekt und Unrecht, sondern sie ist nur der erste Schritt einer im subjektiven Tatbestand (den das alte System nicht kannte!) *bis zur bestimmten Handlung* fortzusetzenden Verbindung von Subjekt und Unrecht.

Es geht also um folgende Prüfungsschritte: Zunächst wird ermittelt, ob bestimmte **2**
Außenwirkungen irgendeiner Handlung vorliegen (objektiver Tatbestand), sodann ob gerade diese Außenwirkungen eine Verwirklichung einer durch sie bestimmten Handlung sind (der auf den objektiven Tatbestand bezogene subjektive Tatbestand). — Freilich könnte man das Objektive des objektiven Tatbestands noch objektiver nehmen und jedes körperliche Bewirken ausreichen lassen, also auf den „Willkürakt" verzichten und allein bei der Äußerlichkeit der Körperbewegung ansetzen. Die Lösungen wären voll äquivalent, da der subjektive Tatbestand dem objektiven Tatbestand mindestens kongruent sein muß: Wird der objektive Tatbestand weiter gefaßt, als es hier geschieht, so klammert eben der subjektive Tatbestand weitere Verwirklichungen des

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

objektiven Tatbestands aus dem Unrecht aus. Jedenfalls muß man sich vor der Annahme hüten, allein die Verwirklichung eines objektiven Tatbestands sei schon ein Stück Unrecht; fehlt dem objektiven Tatbestand die subjektive Entsprechung, so ist er qualitativ kein Unrecht: Außenwirkungen ohne subjektive Entsprechungen sind in den Beschreibungen der einzelnen Verbrechen überhaupt nicht gemeint. Die hier gewählte Weise der Darstellung zerreißt also die Unrechtshandlung in zwei Teile, die isoliert rechtlich unerheblich sind[1].

3 B. Die Interpretation einzelner objektiver Tatbestände ist Angelegenheit des BT. Freilich bieten einzelne Klassen objektiver Tatbestandsmerkmale spezifische Schwierigkeiten bei der Anwendung der allgemeinen Regeln; die Behandlung dieser Merkmale erfolgt im jeweiligen Sachzusammenhang; zu nennen sind insbesondere die sogenannten normativen Tatbestandsmerkmale (unten 8/48 ff), die Tätermerkmale (unten 7/56 ff; 8/88 ff; 21/115 ff; 29/29 ff, 57 ff, passim) und die verhaltensbeschreibenden Merkmale (unten 29/78 ff, passim).

4 C 1. Bei der Lehre von der objektiven Zurechnung geht es um die Bestimmung der allgemeinen objektiven Eigenschaften eines zurechenbaren Verhaltens, wobei von den hier zu entwickelnden Instituten im BT allenfalls die Kausalität ausdrücklich oder implizit genannt wird. Freilich sind nicht alle Institute der objektiven Zurechnung bei allen Delikten des BT gleich bedeutsam. Insbesondere betreffen Kausalitätsprobleme praktisch nur Erfolgsdelikte im engeren Sinn (oben 6/78). Zwar hat jedes strafrechtlich relevante Verhalten einer Außenseite und damit etwas, das vom Täter bewirkt wird. Auch die Produktion dieser Außenseite läßt sich als Kausalwerden darstellen[2]. In aller Regel ist freilich bei einem Delikt, das schon mit dem Vollzug eines bestimmten Verhaltens vollendet ist, die Rede von einem Kausalzusammenhang verwirrend: Der Vollzug ist vom Subjekt verursacht, wenn er überhaupt Handlung ist (und nicht etwa durch vis absoluta erzwungen).

4a 2. Insbesondere bei Erfolgsdelikten ergibt sich die Notwendigkeit, allgemeine Regeln objektiver Zurechnung zu entwickeln, aus folgendem Grund: Das Gesetz benennt nur das Bewirken eines Erfolgs; dieses Bewirken kann aber nur genügen, wenn es rechtlich wesentlich ist. Die Wesentlichkeit fehlt nicht nur, wenn sich zum subjektiven Tatbestand herausstellt, daß der Erfolg subjektiv nicht vermeidbar war; die rechtliche Wesentlichkeit fehlt vielmehr schon, wenn der Täter für das, was er bewirkt, nicht zuständig ist. Beispiel: Der Veranstalter eines Volksfests ist für die in dessen Verlauf stattfindenden mannigfachen Straftaten (Raufhandel, Körperverletzung, Beleidigung, Trunkenheitsfahrt, Zechprellerei) jedenfalls nicht schon deshalb zuständig, weil er das Volksfest bewirkt hat.

Die Bezeichnung der objektiven Bedingungen der Zuständigkeit als objektive Zurechnung darf weder dahin verstanden werden, es gehe nur hier um Zurechnung; um Zurechnung geht es vielmehr auch beim subjektiven Tatbestand und bei der Schuld. Noch darf angenommen werden, es komme bei der objektiven Zurechnung eine komplette strafrechtliche Zurechnung heraus (siehe 7/1); dazu bedarf es noch eines subjektiven Tatbestands und der Schuld. Es geht allein um die allgemeinen objektiven Eigenschaften zurechenbaren Verhaltens.

4b 3. Die Institute der objektiven Zurechnung lassen sich sämtlich auf zwei Wurzeln zurückführen und haben — den unterschiedlichen Wurzeln entsprechend — zwei

---

1 Zur hier gewählten — ganz üblichen — Darstellung siehe die Kritik bei *Schmidhäuser* Schultz-Festgabe S. 61 ff.

2 *Welzel* Strafrecht § 9 I; dagegen *Gmür* Kausalzusammenhang S. 18.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

unterschiedliche Inhalte[2a]. Zum einen geht es um den Zweck des Strafrechts, Erwartenssicherheit zu gewährleisten. Aus diesem Regelungszweck ergibt sich, daß sozialadäquates Verhalten nicht als Unrecht zugerechnet werden kann, und zwar auch dann nicht, wenn es durch eine unglückliche Verkettung schädigend wirkt. Der Vollzug sozialadäquaten Verhaltens ist erlaubt. Insbesondere die Institute: erlaubtes Risiko, Vertrauensgrundsatz, garantenbezogene Begehung und Regreßverbot sind Explikationen der Sozialadäquanz[2b]. Diese Institute überschneiden sich, so daß die Zuordnung einzelner Fälle zweifelhaft bleiben mag. — Zum anderen ist es die strafrechtlich dominierende Regelungsform des Erfolgsdelikts, der die Institute der objektiven Zurechnung dienen. Hier liegt der Hauptanwendungsbereich der zur Kausalität zu entwickelnden Regeln. Zudem bringt es die Regelungsform mit sich, daß ein vom Täter unerlaubt gesetztes Risiko sich auch verwirklichen muß, wenn es zur Vollendung kommen soll. Die Voraussetzungen dieser Verwirklichung werden zur Risikokonkurrenz erläutert. Aber Kausalität und Risikoverwirklichung sind nicht nur Probleme der Vollendung bei Erfolgsdelikten; auch das erlaubte Risiko und andere Institute, auf die bei folgenlosem Verhalten nicht verzichtet werden kann, lassen sich ohne Kenntnis der Kausalität und der Risikoverwirklichung nicht bestimmen: Wenn bei diesen Instituten der Verlauf zum Erfolg in der Perspektive ex ante erscheint, so ist es doch dieselbe Verlaufsart, die bei der Vollendung ex post ermittelt wird.

II. Die objektive Zurechnung: Die Kausalität

Literatur

Siehe zu I

A. Die Äquivalenztheorie

1. Soweit ein Erfolg objektives Tatbestandsmerkmal ist, läßt sich nicht immer ein- **5**
fach entscheiden, ob der Erfolg mit dem Verhaltensvollzug in dem Zusammenhang steht, den das Gesetz „verursachen" nennt (§§ 222, 230 StGB u. a. m.) oder als „Folge" bezeichnet (alle erfolgsqualifizierten Delikte, § 18 StGB; siehe auch § 225 StGB), in der Regel aber mit dem Gebrauch eines Verbs impliziert („töten" bei den §§ 211 ff StGB, „mißhandeln" und „beschädigen" bei § 223 StGB; „beschädigen" oder „zerstören" bei

---

[2a] Sachlich ebenso *Frisch* Verhalten S. 9 ff und passim, der den Zurechnungsbegriff allein für die Erfolgsverursachungen im engeren Sinn reserviert und die restlichen Teile der objektiven Zurechnung als Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten bezeichnet. Aber auch der Erfolg gehört — bei der Vollendung — zum tatbestandsmäßigen Verhalten und auch das Verhalten ist kein naturwüchsiges Ereignis, sondern normativ, also per Zurechnung bestimmt (was *Frisch* auch nicht bezweifelt). — Kritisch zur Lehre von der objektiven Zurechnung bei Vorsatzdelikten *Armin Kaufmann* Jescheck-Festschrift S. 251 ff, 269 ff; dazu *Lampe* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 189 ff; zur deutsch-spanischen Diskussion *Bustos Ramirez* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 213 ff; zum Stand der Lehre in der höchstrichterlichen Rechtsprechung siehe den materialreichen Bericht von *Triffterer* Klug-Festschrift S. 419 ff.

[2b] Zur Geschichte und Verwendung dieses Begriffs zuletzt *Roxin* Klug-Festschrift S. 303 ff mit Nachweisen. — Der Anspruch der Lehre von der objektiven Zurechnung geht also über die Lösung von Einzelfragen im BT hinaus; dagegen *Armin Kaufmann* Jescheck-Festschrift S. 251 ff, 269 ff (wiederum zutreffend gegen *Armin Kaufmann Roxin* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 237 ff, 242 ff). Dabei hängt von der positiven (objektive Zurechnung als Zurechnungsvoraussetzung) oder negativen (Fehlen der objektiven Zurechnung als Zurechnungshindernis) Formulierung mangels Bestimmbarkeit einer Normallage nichts ab (siehe unten 7/41; anders *Armin Kaufmann* aaO S. 266); daß jedenfalls bei Tötungsdelikten „jeden vorsätzlich Tötenden" (verstanden als vorsätzlich einen Tod Verursachenden) „sein Opfer etwas an(geht)" (aaO S. 270), wird hier bestritten; siehe etwa die Beispiele unten 7/64, 24/16.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

§ 303 StGB etc.). Die Zuordnung dieser Problematik zum AT[3] erfolgt nicht nur, weil das Gesetz beim überwiegenden Teil aller Delikte das deliktische Verhalten (auch) über einen Erfolg im engeren Sinn definiert, sondern vorweg wegen der beispielhaften Bedeutung der an den Erfolgsdelikten entwickelten Prinzipien der Zurechnung für alle Delikte.

6 2. Einerseits besteht zwischen schlechthin allen Ereignissen, die stattfinden, eine wirkliche Beziehung im zeitlichen Kontinuum: Sie lassen sich nach vorzeitig, gleichzeitig und nachzeitig ordnen. Diese Beziehung allein ist jedoch strafrechtlich irrelevant, da sie zur Zurechnung ungeeignet ist; denn sie verbindet nicht ein bestimmtes Subjekt mit einem Ereignis, sondern alle Subjekte mit allen Ereignissen. Andererseits ist zur Verbindung von Subjekt und Ereignis nicht erforderlich, daß die Kraft, die bei einem raum-zeitlichen Ereignis wirkt, vom Subjekt geliefert wird. Es gilt also nicht: „causa aequat effectum"[4]. Strafrechtlich kann eine „kleine Ursache große Wirkung" haben; denn ob jemand erhebliche eigene Körperkraft aktiviert oder geringe eigene Kraft zur Entfesselung latent vorhandener Potentiale nutzt, zählt wegen des gleichen Effekts gleich. Beispiel: Ein Dolchstich (eigene Körperkraft) ins Herz des Opfers hat keine andere Wirkung als ein Pistolenschuß (Entfesselung des im Pulver enthaltenen Potentials).

7 3. Der strafrechtliche Kausalbegriff[4a] liegt zwischen den bezeichneten Extremen. Er muß alles erfassen, was äußerstenfalls noch als Beziehung Subjekt-Erfolg hinreicht, aber ausscheiden, was nie hinreicht. Bei Begehungsdelikten wird dem Täter nie mehr verboten, als ein Verhalten zu vollziehen, das *Bedingung des tatbestandlichen Erfolgs* ist (Bedingungstheorie), wobei die Bewertung der Bedingung (liegt sie im Zuständigkeitsbereich des Täters, des Opfers oder eines Dritten?) als Gegenstand der sonstigen objektiven Zurechnung und die Erkennbarkeit der Bedingung (vorsätzlich oder fahrlässig oder unvermeidbar?) als Gegenstand des subjektiven Tatbestands zunächst dahinstehen: Alle Bedingungen zählen gleich (*Äquivalenztheorie*). — Es wird noch zu zeigen sein, daß die Grenze zwischen Erfolgsbedingungen und Nicht-Erfolgsbedingungen durchaus unscharf ist.

B. Kritik der Formel von der condicio sine qua non

8 1. Die Äquivalenztheorie ist im Anschluß an *Glaser*[5] von *v. Buri* entwickelt worden[6]. Eine verwirrende, das Kausalproblem verfälschende und letztlich restlos überflüssige Rolle spielt dabei freilich bis in die Gegenwart die Fassung der Bedingung als condicio (conditio) sine qua non; nach dieser Fassung soll Ursache eines strafrechtlich

---

3 Die Zuordnung ist nicht selbstverständlich; anders noch *Berner* Strafrecht § 62, der das Kausalproblem dem BT und dort vorweg den Tötungsdelikten zuordnet. Historisch setzt sich die Zuordnung zum AT mit dem Aufkommen der naturalistischen Verbrechensbetrachtung und der Trennung von objektiver Außenseite als Unrecht und subjektiver Innenseite als Schuld durch; oben 6/6.

4 *Traeger* Kausalbegriff S. 30; *Engisch* Weltbild S. 127 ff, 135; *Jakobs* Studien S. 19; — anders eine Version der heute bedeutungslosen sogenannten individualisierenden, d. h. die Bedingungen gewichtenden, Kausaltheorien; siehe *Horn* GS 54 S. 321 ff; *ders.* ZStW 20 S. 309 ff, 315. — Siehe zur Kritik der individualisierenden Theorien *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 29 VII 2 und 3, mit weiteren Nachweisen.

4a Zu der im Strafrecht der DDR mit dem Begriff „Kausalität" bislang behandelten Problematik siehe *Schroeder* Meisner-Festschrift S. 499 ff mit Nachweisen.

5 Abhandlungen S. 298.

6 Über Causalität und deren Verantwortung 1873; Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885, und in zahlreichen weiteren Publikationen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

bedeutsamen Erfolgs „jede Bedingung" sein, „die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele"[7].

2 a) Die Formel ist überflüssig, weil sie nicht einmal eine Definition, noch weniger **9**
eine Formel zur Ermittlung von Kausalität ist; denn das Resultat, das sich beim Wegdenken der Bedingung ergibt, kann nur ermittelt werden, wenn man schon vorab weiß, ob die Bedingung kausal ist: Die Formel ist ein Zirkel, da der zu definierende Begriff verkappt in dem Material erscheint, mit dem definiert wird[8].

b) Die Formel zerstört ferner die Äquivalenz aller Bedingungen, da diejenige Bedin- **10**
gung, die eine ansonsten wirkende Bedingung (Ersatzbedingung) verdrängt, nach der Formel nicht kausal sein soll. Beispiel: Vergiftet der Vater den Tee des Kinds, was, hätte er das unterlassen, die Mutter getan hätte, so wäre der Vater nach der Formel bei deren wörtlicher Anwendung nicht kausal, da sein Verhalten keine Erfolgsdifferenz bringt. Bei solchen Ergebnissen werden unter dem Namen der Kausalität — überdies falsche — Entscheidungen zur Zuständigkeit für Kausalität, also zur sonstigen objektiven Zurechnung gefällt[9]. — *Spendel* versucht, dem Dilemma durch eine variierte Fassung der Formel zu entkommen: Es sollen in der hypothetischen Lage, die sich per „Wegdenken" von Bedingungen ergibt, nicht andere Bedingungen mit ihren Wirkungen „hinzugedacht" werden dürfen[10]. Wenn man freilich schon weiß, was Bedingung und was Ersatzbedingung ist, bleibt das „Wegdenken" überflüssiger Ballast. Schlimmer noch: Wenn Wirkungen nur „wegzudenken", nicht aber „hinzuzudenken" sind, dürfen auch die Wirkungen von Kausalverläufen, die einen Erfolg *hindern* (sogenannte rettende Verläufe), nicht „hinzugedacht" werden[11]. Beispiel: Wer einen Menschen ins Herz sticht, wäre nicht für dessen Tod kausal, da der Mensch ohne den Stich nur als lebendig zu denken ist, wenn die Herzschläge und der funktionierende Blutkreislauf, die realiter wegen des Stichs ausgeblieben sind, „hinzugedacht" werden[12].

c) Der methodische Fehler der Formel liegt in folgendem: Die Formel arbeitet mit **11**
einer Hypothese; diese Vorgehensweise ist angebracht, wenn das Verhältnis von Input und Output eines Systems zu prüfen und der gesamte Input (und der Output) kontrollierbar ist, also beim Ausbleiben des Inputs (beim „Wegdenken") nichts an dessen Stelle treten kann. Wenn aber unbekannt ist, was in das System (in den Kausalverlauf zum Erfolg) an Ersatzbedingungen einfließen kann, läßt sich am Output (am Erfolg) allen-

---

7 BGH 1 S. 332 ff, 333; 7 S. 112 ff, 114; OLG Stuttgart JZ 1980 S. 618 ff, 619; so schon das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung: RG 1 S. 373 ff, 374; 5 S. 29 ff, 31; bis hin zu RG 75 S. 372 ff, 374; 77 S. 18 ff. — Siehe ferner *Mezger* Strafrecht § 15 II; *H. Mayer* AT § 19 II vor 1; *Baumann-Weber* AT § 17 II 2a; *Frisch* Verhalten S. 521 ff; als Definition — nicht als Formel zur Kausalitätsermittlung — auch *Stratenwerth* AT Rdn. 218 f.

8 Zur Kritik grundlegend *Engisch* Kausalität S. 16; *ders.* Weltbild S. 130 und dort Fn. 288; *ders.* v. Weber-Festschrift S. 247 ff, 261; — siehe zur Kritik ferner *Arthur Kaufmann* Eb. Schmidt-Festschrift S. 200 ff, 207 ff; *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 59 ff; *Jakobs* Studien S. 20; *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 81 ff; 84 ff; *Puppe* ZStW 92 S. 863 ff, 865 ff *dies.* SchwZStr. 107 (1990) S. 141 ff; *Maiwald* Kausalität S. 57; *ders.* JuS 1984 S. 439 ff, 440; *Jescheck* AT § 28 II 4 mit weiteren Nachweisen.

9 Das übersieht *Rödig* Denkform S. 110 ff, 123, 125; *Rödig* fragt nicht nach der Kausalität, sondern gleich nach der Erfolgs*differenz* von Verhaltensalternativen (S. 125). Ob aber das Recht stets eine Erfolgs*differenz* verlangt, ist vorab nicht ausgemacht und gerade in dem von *Rödig* wie selbstverständlich der Nicht-Kausalität zugeschlagenen Fall, daß die Ersatzbedingung ihrerseits rechtswidrig gesetzt wurde (S. 123), auch zu verneinen (unten 7/92).

10 Kausalitätsformel S. 34 ff, 38, 92.

11 *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 60.

12 Bei der Unterbrechung rettender Verläufe sieht freilich auch ein Teil der Literatur, die zur condicio-sine-qua-non-Formel kritisch steht, Schwierigkeiten, eine wirkliche Kausalbeziehung aus machen (*Jescheck* AT § 28 I 2; *E. A. Wolff* Kausalität S. 18; *Kahrs* Vermeidbarkeitsprinzip S. 22; siehe auch *Engisch* Kausalität S. 27); dazu unten 7/22 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

falls ablesen, ob die Bedingung notwendig war, nicht aber daß sie nicht hinreichend gewesen wäre (nicht gewirkt hätte). — Die Formel vertauscht die Voraussetzungen, unter ter denen man *lernt,* was eine Bedingung ist, mit den Voraussetzungen des Stattfindens von Bedingungen überhaupt. Was ein Bedingungszusammenhang ist, kann man freilich nur lernen, indem man Sachverhalte mit Erfolgseintritt und solche ohne Erfolgseintritt auf die differierenden Momente untersucht. Das ist gerade wegen der Schwierigkeit der Input-Kontrolle oft ein langwieriger Prozeß. Die zum Lernen notwendige Hypothese darf aber nicht fälschlich dem stattfindenden Bedingungszusammenhang als Eigenschaft zugeschrieben werden.

C. Kausalität als Bedingung

12 Der Begriff der Bedingung ist deshalb — u. a. gerade wegen der Äquivalenz aller Bedingungen — von Hypothesen freizuhalten. Es kommt allein darauf an, ob ein Verhalten einen Erfolg (gesetzmäßig)[13] bedingt, was mit Hilfe der allgemeinen oder sachverständigen Erfahrung[14] zu beurteilen ist.

Einzelheiten:

13 1. Die Bedingung muß wirklich (objektiv ex post) wirken; eine ex ante beurteilte Wirksamkeit plus Erfolgseintritt reichen nicht hin, da der Erfolg auf einer *überholenden Bedingung* beruhen mag, mit anderen Worten, auf einem *Abbruch* der in ex-ante-Sicht angelegten Bedingung. Beispiel[15]: Ein Zeuge belügt in einem Zivilprozeß den Richter, der dem Zeugen glaubt, aber ein zur Aussage des Zeugen passendes Urteil aus Überlegungen fällt, die von der Aussage nicht bedingt sind; — keine Kausierung des Vermögensschadens (kein vollendeter Prozeßbetrug).

---

13 Die Gesetzmäßigkeit wird im Anschluß an *Engisch* Kausalität S. 21 ff allgemein hervorgehoben; *Jescheck* AT § 28 II 4; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 75 vor § 13; *SK-Rudolphi* Rdn. 41 vor § 1; *Walder* SchwZStr. 93 (1977) S. 113 ff, 136 ff, 137 ff; *Arthur Kaufmann* Eb. Schmidt-Festschrift S. 200 ff, 207 ff; *Samson* Hypothetische Kausalverläufe S. 31 f; *Schlüchter* JuS 1976 S. 312 ff, 793 ff. Da es jedoch im strafrechtlich relevanten Bereich nur gesetzmäßige Bedingungen gibt, ist die besondere Nennung überflüssig. — Zu den naturwissenschaftlichen Zweifeln am Kausalprinzip und zu der strafrechtlichen Irrelevanz dieser Zweifel siehe *Maiwald* Kausalität S. 13 f, 84 ff, 87 ff.

14 Dabei kann von einer Bedingung auf den Erfolg geschlossen werden (Beispiel: Die herabstürzende Vase muß zerschellen.) oder vom Erfolg auf die Bedingung (Beispiel: Die zerschellte Vase muß herabgestürzt sein.); dazu *Schulz* Lackner-Festschrift S. 39 ff, 41 ff. — Ob ein Gericht im naturwissenschaftlichen Bereich auch wissenschaftlich umstrittene Erfahrungssätze anwenden darf, ist streitig; bejahend LG Aachen JZ 1971 S. 507 ff, 510 ff („Conterganbeschluß"). Soweit dies — zutreffend — verneint wird, divergieren die Begründungen zwischen einer Lozierung des Problems im materiellen Recht und im Prozeßrecht. *Armin Kaufmann* versteht den erfahrungsgemäßen Zusammenhang, der nur im Faktum wissenschaftlicher Anerkennung greifbar ist, als Tatbestandsmerkmal (*Armin Kaufmann* JZ 1971 S. 569 ff, 574; wohl ebenso *Bruns* Maurach-Festschrift S. 469 ff, 478 ff); dagegen aber *Maiwald* (Kausalität S. 106 ff, 109), der in einer prozeßrechtlich orientierten Lösung darauf abstellt, daß bei divergierenden Fachmeinungen die Chance der Akzeptanz des Urteils fehlt. — Es dürfte darauf ankommen, ob ein Gericht plausible Gründe zur Nichtberücksichtigung einzelner Angehöriger der maßgeblichen Fachkreise hat, wie dies z. B. im Bereich der Psychiatrie und Psychologie nicht selten der Fall ist. Im Kernbereich der Naturwissenschaften dürfte es freilich derzeit keine plausiblen Gründe geben. Diese Lösung ist nicht zwingend mit *Maiwald* prozessual zu verstehen; was die Kausalität angeht, so mögen die Tatbestände ein Blankett bilden, das durch die Faktizität der Meinung in den maßgeblichen *und anzuerkennenden* Fachkreisen gebildet wird; *Frisch* Verhalten S. 523 f. — Siehe auch *Kuhlen* Fragen S. 63 ff; *Horn* Gefährdungsdelikte S. 141 f; *Kleine-Kosack* Kausalitätsprobleme S. 44 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 216; *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 75 vor § 13; *SK-Rudolphi* Rdn. 42 vor § 1.

15 RG 69 S. 45 ff, 47 f; siehe ferner RG 64 S. 370 ff, 373; BGH 4 S. 360 ff, 362; BGH GA 1960 S. 111 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

2. Die Bedingung interessiert einzig im Blick auf den Weg zum tatbestandlichen Erfolg; Bedingungen für Begleitumstände des Erfolgs (Variationen innerhalb eines schon bestehenden Risikos) sind irrelevant[16]. Beispiel: Wer das vergiftete Opfer umbettet, ohne daß dies Einfluß auf den Verlauf der Vergiftung hat, wird zwar für die räumliche Lage des Opfers beim Todeseintritt ursächlich, aber diese allein interessiert im strafrechtlichen Zurechnungszusammenhang nicht (anders freilich, wenn von ihr Rettungschancen abhängen). Es gilt also die Verursachung des Erfolgs von der Verursachung bloßer Begleitumstände zu sondern. **14**

3 a) Nach der heute überwiegenden, freilich zumindest mißverständlich formulierten Lehre, soll es darauf ankommen, ob der *Erfolg in seiner konkreten Gestalt* verursacht wird[17]; was die konkrete Gestalt des Erfolgs nicht betrifft, soll demgemäß irrelevanter Begleitumstand sein. Das ist aus zwei Gründen nicht korrekt. Erstens ist nicht jedes Detail an der Gestalt eines Erfolgs tatbestandlich relevant. Beispiel: Ob eine Vase nach einem Sturz in 100 oder in 101 Stücke zerspringt, gibt in der Regel keine Differenz der Enttäuschung ab (anders allenfalls in Sonderfällen, etwa bei einem Experiment). Und zweitens suggeriert die Formel vom Erfolg in seiner konkreten Gestalt, es komme nur auf den Erfolg und nicht auf den Weg dorthin an. Beispielhaft gefragt: Bedingt den Diebstahlserfolg in seiner konkreten Gestalt, wer dem Einbruchsdieb die Leiter zum Tatort trägt, die dieser aber notfalls auch selbst getragen hätte? Da der Helfende die Leiter wirklich getragen hat, hat er den Erfolg bedingt, und zwar auch dann, wenn sich ohne seinen Beitrag hypothetisch derselbe Diebstahlserfolg ergeben hätte. — Bedingt den Tod in seiner konkreten Gestalt, wer dem Mörder die Pistole lädt, was dieser aber notfalls auch selbst bewerkstelligt hätte? Da der Helfende die Waffe wirklich geladen hat, hat er den Erfolg bedingt, und zwar ohne Blick darauf, was sich ohne seinen Beitrag hypothetisch ereignet hätte. **15**

b) Zur Lösung ist dabei anzusetzen, daß sich die Differenzierung zwischen einer tatbestandlichen Erfolgsverursachung und einem bloßen Bewirken von Begleitumständen nicht bei der Betrachtung der natürlichen Elemente eines Schadensverlaufs ergibt, sondern daß sie vom Zweck der Normen abhängt: Ein Geschehen, das die Welt nicht gefährlicher macht und auch einen Komplex von Erfolgsbedingungen (ein Risiko) nicht gegen ein anderes austauscht, kann nicht sinnvoll Gegenstand eines rechtlichen Erfolgsherbeiführungsverbots sein. Wer also ein schon bestehendes Risiko nicht vergrößert (siehe das obige Beispiel zum Todesort) und auch den Rang von Risiken nicht ändert (nicht die Brandstiftung eines Täters gegen das Sprengstoffdelikt eines anderen tauscht), der bedingt bloß Begleitumstände. Da sich dieses Bedingen von Begleitumständen innerhalb eines schon bestehenden Risikos ereignet, kann man dabei auch von einer bloßen *Variation dieses schon bestehenden Risikos* sprechen. Beispiel: Wenn ein rettungslos Abstürzender sich im Luftstrom dreht und deshalb mit der linken statt mit der rechten Seite aufprallt, wird, sofern von der Drehung keine Rettungschancen abhängen, niemand den Luftstrom als das Unglück des Abstürzenden bezeichnen; dementsprechend bedingt bloße Begleitumstände, wer den rettungslos Abstürzenden herumdreht. **16**

Die Grenze zwischen bloßer Risikovariation und dem Schaffen neuer Risiken bildet

16 *M. L. Müller* Bedeutung S. 10 ff; *Engisch* Kausalität S. 11 f; *Samson* Hypothetische Kausalverläufe S. 30; *Jakobs* Lackner-Festschrift S. 53 ff, 54 f; *Frisch* Verhalten S. 383 f und passim. *SK-Rudolphi* Rdn. 44 vor § 1; beiläufig auch BGH 10 S. 369 ff, 370; hauptsächlich ebenso *Puppe* ZStW 92 S. 863 ff, 881 mit freilich teils inkonsequenter Lösung der Beispiele (S. 881 unten).

17 Nachweise wie in der vorigen Fn., zudem *Maurach-Zipf* AT I § 18 Rdn. 54; — anders früher *Traeger* Kausalbegriff S. 38 ff, 41 ff; *Tarnowski* Kausalitätstheorie S. 34 ff, 38; eingehend dazu *Samson* Hypothetische Kausalverläufe S. 26 ff; kritisch *Puppe* ZStW 92 S. 863 ff, 870 ff, 878 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

sich nicht natürwüchsig, sondern hängt davon ab, in welchen Zusammenhängen die riskante Welt geordnet wird, und diese Bildung von Ordnungen hängt wiederum davon ab, auf welche Differenzierungen man sich zur Beherrschung (Erzeugung oder Vernichtung) riskanter Verläufe einstellen muß, und insbesondere, wo die Grenzen der Zuständigkeit für die Beherrschung verlaufen. Es geht um das normative Problem, wann ein Geschehen trotz der Variation noch als Folge ein und desselben Normbruchs, einer und derselben Obliegenheitsverletzung oder eines und desselben Unglücks verstanden wird und wann hingegen *ein* dräuendes Unheil durch ein *anderes* verdrängt wird. Je mehr man zum Schutz vor den Gefahren unterschiedliche Sicherheitsmaßnahmen ergreift, je eher man das eine Risiko isoliert von variierten Risiken anzutreffen gewohnt ist, je deutlicher für die Risiken unterschiedliche Zuständigkeiten bestehen etc., um so mehr geht es nicht um bloße Variation, sondern um neue Risiken. Wenn aber Differenzierungen unter keinem Aspekt mehr sinnvoll erscheinen, geht es um eine Risikovariation. Ein spitzes Beispiel: Wenn das Opfer mit einem völlig vergifteten Essen beginnen will und jemand bringt das Opfer dazu, nicht mit dem Fleisch, sondern mit der Beilage zu beginnen, so bedingt das einen bloßen Begleitumstand, wenn für die gesamte Vergiftung ein und dieselbe Person zuständig ist, das Gift in allen Nahrungsteilen dasselbe ist etc. Aber schon, wenn Fleisch und Beilage mit unterschiedlich wirkenden Giften versetzt sind, wird die Entscheidung fraglich, und gewiß liegt ein Austausch des Risikos vor, wenn für das Gift im Fleisch und in den Beilagen unterschiedliche Personen zuständig sind. *Diese* Entscheidung läßt sich nicht mit naturwissenschaftlicher Genauigkeit treffen. Weitere Beispiele: Wer aus einer sechsschüssigen Pistole eines Mörders die erste Kugel in die Luft abfeuert, so daß das Opfer mit der zweiten Kugel erschossen wird, bedingt nur einen Begleitumstand; anders verhält es sich aber schon, wenn die zweite Kugel signifikant stärker oder andersartig wirkt (als Schrapnell oder als Giftschuß). — Wer bei einem Gebäudebrand ein Möbelstück herumdreht, so daß es von rechts nach links statt von links nach rechts verbrennt, variiert nur das Risiko der Sachbeschädigung, nicht aber, wer die Sache aus dem Gebäude trägt, woraufhin sie im Regen verdirbt. Ob aber beim Chaos eines Großbrands eine Sache verbrennt oder im Löschwasser verdirbt, mag man dann als bloße Variation der Gesamtgefahr „Feuer und Wasser" deuten, wenn unterschiedliche Zuständigkeiten für die Gefahren nicht in Betracht kommen (also scheidet die Bildung einer Gesamtgefahr jedenfalls im Zivilrecht aus, wenn eine Versicherung nur bei einer der Gefahren leistungspflichtig wird).

Es handelt sich nicht um eine bloße Risikovariation, wenn der Täter das Risiko *austauscht.* Beispiel: Ein Retter stößt ein Opfer, auf dessen Kopf ein starker Schlag geführt werden soll, heftig beiseite, so daß der Schlag ins Leere geht; aber das Opfer stürzt ob des Stoßes und wird *dabei* verletzt[17a].

17 c) Nach diesen pragmatischen Grundsätzen bedingt den Erfolg, wer ihn beschleunigt, und sei es nur geringfügig[18] (auch Verzögern kann den Erfolg bedingen[19]).

[17a] Bei einem neuen, aber weniger gewichtigen Risiko kommt Rechtfertigung durch rechtfertigenden Notstand oder mutmaßliche Einwilligung in Betracht (so im genannten Beispiel). Weiteres Beispiel: Ein unberechtigt weggenommenes Kraftfahrzeug (§ 248b StGB) wird dem Berechtigten wieder gestellt; — die Fahrt zum Berechtigten ist eine unbefugte Benutzung in mutmaßlicher Einwilligung (*a. A.* OLG Düsseldorf NStZ 1985 S. 413 in einem Fall von Beihilfe zur Rückführung des Fahrzeugs: keine objektive Zurechnug; dann aber wäre schon die objektive Zurechenbarkeit der Haupttat zu verneinen gewesen!).

[18] BGH 21 S. 59 ff, 61; siehe aber auch *Frisch* Verhalten S. 555 ff.

[19] *A. A. Puppe* ZStW 92, S. 863 ff, 880, wonach nur einem Gut *nachteilige* Veränderungen Erfolge sein sollen; Verzögern kann nachteilig sein, insbesondere wenn ein Gut dadurch nicht nützlich aufgeopfert wird, wie es zum früheren Zeitpunkt der Fall gewesen wäre, sondern umsonst.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Beispiele: Wer ein schon rettungslos brennendes Gebäude an einer noch intakten Stelle anzündet, verursacht ein In-Brand-Setzen bezüglich der Teile, die vorzeitig abbrennen können[20]; — wer den sowieso demnächst sterbenden Kranken zu vorzeitigem Tode kuriert, tötet im Sinn der §§ 211 ff StGB[21]; — wer eine tödliche Vergiftung durch ein Gegengift aufhebt, das dann seinerseits — zum gleichen, zu einem früheren oder zu einem späteren Zeitpunkt — tödlich wirkt, bedingt den Todeserfolg (womit freilich nicht auch die Rechtswidrigkeit schon feststeht). — Soweit der Erfolg in seiner konkreten Gestalt tatbestandlich quantifizierbar ist, mag je nach Fallgestaltung der Täter nicht für das Gesamtquantum, sondern nur für ein Teilquantum kausal werden[21a]. Beispiel: Wer bedingt, daß statt drei sowieso nicht zu rettender Sachen nunmehr diese drei und zwei weitere zerstört werden, bedingt nur die Differenz[22]. Einzelheiten zur Quantifizierbarkeit von Erfolgen sind ungeklärt. — Bedingt wird ein konkreter Erfolg auch, wenn seine Gestalt verändert wird. Also wird z. B. kausal, wer bewirkt, daß statt des rechten Arms eines Menschen in gleicher Weise der linke Arm verletzt wird (auch dazu unten zur objektiven Zurechnung 7/89, 90 ff).

4 a) Es kommt auf die Kausalität für den *konkreten Verlauf* zum Erfolg an, so daß **18**
— entgegen der Formel von der condicio sine qua non — ein hypothetisch gleicher Erfolg die Kausalität nicht aufhebt[23]. Da hypothetische Verläufe mangels Realität nicht zurechenbar sind, hängt die Zurechnung davon ab, welcher von mehreren erfolgsäquivalenten Verläufen sich realisiert hat.

Ersetzbar sind — per Definition der Ersetzbarkeit — nur hinreichende, nicht aber notwendige Bedingungen[24]. Beispiel[25]: Wer einen Menschen ins Konzentrationslager bringt, bedingt die Freiheitsberaubung auch dann, wenn ansonsten ein anderer das Opfer in die Lage gebracht hätte. Nach einem „spitzen" Beispiel von *Engisch*[26] bringt es bei einer Hinrichtung „der Vater ... des ermordeten Opfers ... fertig, sich in die Nähe des Schafotts zu schleichen und ... im entscheidenden Augenblick an der Stelle des von ihm uno actu zurückgestoßenen Scharfrichters auf den Knopf" zu drücken; — das „Drücken" des Vaters ist Bedingung, ungeachtet der ausgeschalteten Ersatzbedingung des Scharfrichters. Nach einem gleichfalls von *Engisch* gebildeten Beispiel[27] ruft

---

20 OGH JR 1950 S. 404 f; RG 22 S. 325 f.

21 RG 50 S. 37 ff, 43; siehe auch RG 19 S. 141 ff, 145 f.

21a Von mehreren Quanten, die zusammen einen tatbestandlichen Erfolg kausieren, mögen einige Quanten *für sich* nicht tatbestandsmäßig sein. Beispiel (nach *Samson* ZStW 87 S. 617 ff, 627, dort weitere Nachweise): Ein Gewässer mit dem Soll-ph-Wert von 7 hat einen Ist-Wert von 6. Der erste Einleiter erhöht den Wert auf 6,6 (er verbessert also!), der zweite auf 7,2. Im Grundfall haftet der Zweite und der Erste hat nur straffrei die Gelegenheit zu dessen Delikt geschaffen. Aber der Erste haftet, wenn er (etwa als Verkehrssicherungspflichtiger des einzuleitenden Stoffs) Garant dafür ist, daß im Blick auf nachfolgende (zurechenbare oder unvermeidbare oder wegen der Geltung des Vertrauensgrundsatzes objektiv nicht zurechenbare oder gerechtfertigte etc.) Einleitungen die Veränderung des Istwerts unterbleibt: Dem Ersten gegenüber ändert sich dann der Sollwert. Der Zweite haftet nicht, wenn er darauf vertrauen darf, daß seine Einleitung den Istwert nicht über 7 verändert.

22 *E. A. Wolff* Kausalität S. 23; *Kühl* und *Ebert* Jura 1979, S. 561 ff, 571.

23 Nachweise siehe oben zur Kritik der condicio-sine-qua-non-Formel 7/Fn. 8. — Die Rechtsprechung behandelt beim Fahrlässigkeitsdelikt den hypothetischen Verlauf verbal als Kausalproblem (BGH 11 S. 1 ff, 3 ff; 21 S. 59 ff, 61; 24 S. 32 ff, 34 u. a. m.), wobei jedoch — in allerdings verwirrender Terminologie — die sachliche Zuordnung zur objektiven Zurechnung erhalten bleibt: Der „Bedingung im mechanistisch-naturwissenschaftlichen Sinn" (?) wird eine „wertende Betrachtungsweise" gegenübergestellt (BGH 11 S. 1 ff, 7); — zum Problem siehe unten 7/72 ff.

24 *Engisch* Kausalität S. 17.

25 BGH 2 S. 20 ff, 24; siehe auch BGH 13 S. 13 ff, 14 f: Eine irrtumsbedingte Verfügung bleibt auch dann irrtumsbedingt, wenn der Verfügende ohne den Irrtum aus anderen Gründen verfügt hätte.

26 Kausalität S. 15 f.

27 AaO.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

„A, der den sich tapfer wehrenden B verprügelt, . . . seinen Freunden D und C zu, sie möchten ihm doch den in der Ecke stehenden Stock reichen. C und D greifen zu, C aber erwischt, indem er zugleich die Hand des D beiseite stößt, den Stock vor diesem und reicht ihn dem A, der nun mit dem Stock auf B einschlägt". — Wiederum bedingt die Handlung des C die Stockschläge wirklich, ungeachtet der Ersatzbereitschaft des D.

19 b) Eine Bedingung entfällt auch nicht dann, wenn die Ersatzbedingung nicht vermeidbar von Menschen gesetzt würde, sondern ein natürlicher Verlauf wäre. Beispiel: Wer den rettungslos Abstürzenden erschießt, bedingt seinen Tod. — Bei der Variation des Wegs zum Erfolg ist die Bedingung der Variante selbst dann eine Bedingung des Erfolgs, wenn dieser durch die Variation nicht verändert wird. Erst recht handelt es sich um eine Bedingung des Erfolgs, wenn von der Variante eine Änderung des Erfolgs abhängt, sei der geänderte Erfolg von höherem, gleichem oder geringerem Gewicht, als er es bei unbeeinflußtem Verlauf wäre. Beispiel: Wer durch einen Zuruf an eine Person, die von einem Schlag bedroht wird, eine Änderung von deren Körperhaltung bewirkt, so daß der Schlag anders trifft, ist für den Erfolg kausal, gleich ob das Verletzungsergebnis schwerer, gleich oder leichter wiegt, als es ohne den Zuruf ausgefallen wäre. — Für quantifizierbare Erfolge gelten die diesbezüglichen Ausführungen zum konkreten Erfolg entsprechend (oben 7/15 ff).

20 5. Die Bedingung für einen Erfolg wirkt stets nur in einem Zusammenhang mit anderen Bedingungen, so daß immer von kumulativer Kausalität gesprochen werden kann. Im engeren Sinn versteht man unter *kumulativer Kausalität* das Zusammentreffen von allein je nicht hinreichenden Verläufen, deren Setzung nicht verabredet ist[28]. — Die Kausalität ist unproblematisch; zur Zurechnung des Erfolgs (Verwirklichung der Gefahr) siehe unten 7/72 ff.

21 6. Die sich um die sogenannte *Doppelkausalität* (auch: alternative Kausalität) rankende Problematik[29] erledigt sich nach den schon genannten Regeln: Diese Kausalitätsgestalt ist ein Ableger der condicio-sine-qua-non-Formel und verliert mit dieser Formel ihre Relevanz. Es geht darum, daß mehrere Personen den Erfolg je für sich hinreichend, aber jeweils nicht notwendig bedingen. Beispiele: Zwei Täter schießen gleichzeitig einem Opfer ins Herz; — zwei Täter schütten gleichzeitig eine für sich hinreichende Menge Gift in das Essen des Opfers. Bei dieser Lage ist die Ermittlung der bedingenden Handlung ein Beweisproblem, nicht aber ein besonderes Kausalitätsproblem: Welche der hinreichenden Bedingungen allein oder kumulativ (oben 7/20) mit einer anderen gewirkt hat, mag tatsächlich unklar sein; die Annahme, stets seien alle Handlungen auch Bedingungen zum Erfolg[30], verfälscht beendete Versuche zu Vollendungen. Wirken die Beiträge kumulativ, so kann trotzdem die Zurechnung nicht in Mittäterschaft erbrachter Beiträge mangels Verwirklichung der vermeidbar gesetzten Gefahr ausscheiden (unten 8/70 f; 9/16). Werden die Beiträge jedoch unter den Voraussetzungen der Mittäterschaft erbracht, so ist neben der Kausalität der eigenen Ausführungshandlung auch die Kausalität für eine fremde Ausführungshandlung zurechenbar. Beispiel: Ein Peloton von 10 Soldaten erschießt ein Opfer; — diejenigen, die die real zum Tode führende Wunde bedingen, kausieren direkt, die anderen dadurch

---

28 *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 83 vor § 13; *LK*[8]*-Nagler* Anhang 1 zur Einleitung II B 4 b (S. 30 f).

29 *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 82 vor § 13; *Baumann-Weber* AT § 17 II 4 b; *Welzel* Strafrecht § 9 II d; *Kion* JuS 1967 S. 499 ff.

30 So zumindest der Formulierung nach *Welzel* Strafrecht § 9 II d; *Tarnowski* Kausalitätstheorie S. 45 ff; dazu *Spendel* Kausalitätsformel S. 80 ff; — wie hier *SK-Rudolphi* Rdn. 51 vor § 1; *Joerden* JurBl. 1988 S. 432 ff, 433: Eine Alternative kann die andere überholen; siehe auch *ders.* GA 1984 S. 249 ff, 258 f; *ders.* Fallsysteme S. 141 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

indirekt, daß sie durch ihr Mitmachen die Bildung eines Pelotons ermöglichen. Zu den Grenzen der Mittäterschaft in solchen Fällen siehe unten 21/55.

7 a) Kausalität für einen Erfolg besteht auch beim handelnden *Abbruch rettender* **22**
Verläufe (d. h. einen schädlichen Erfolg hindernder Verläufe); dies wird freilich unterschiedlich begründet und teilweise sogar verneint, wobei jedoch Einigkeit darüber herrscht, daß der Abbruch — kausal oder nicht — zurechenbar sein kann. Es geht darum, daß der Bedingungszusammenhang Handlung—Erfolg in diesen Fällen weniger real sein soll; er soll vielmehr ein hypothetisches oder „irreales" Moment aufweisen, da zwar der rettende Verlauf den Erfolg beeinflußt *hätte*, der verwirklichte ihn aber nicht beeinflußt *hat*[31]. Das ist jedoch ein naturalistisches Mißverständnis dessen, was „real bedingen" heißt. Es geht nicht um die Vermittlung von Kraft oder Impulsen, sondern um das, was sich ereignen muß, damit der Erfolg eintritt. Wenn ein vor dem Erfolg rettender Verlauf vorhanden ist, so reichen alle gegebenen Erfolgsbedingungen erst unter der weiteren Voraussetzung hin, daß der vor dem Erfolg rettende Verlauf aufgehalten wird. Das Aufhalten ist wiederum nicht als Stoppen eines Impulses (Fesseln eines hilfsfähigen und hilfswilligen Arztes), sondern überhaupt als Bedingen der Nicht-Rettung zu verstehen, was auch durch ein Ausgestalten der Situation geschehen kann (Wegtragen des Opfers aus dem Bereich des Arztes). Dieses Ereignis bedingt also den Erfolg, und zwar nicht nur hypothetisch[32]. Der Bedingungszusammenhang zwischen dem Lösen einer auf schiefer Ebene befestigten Kugel und deren Bewegung ist nicht weniger real als derjenige zwischen dem Anstoßen einer Kugel auf gerader Ebene und wiederum deren Bewegung. — Zu denjenigen Fällen, in denen die Beibehaltung des rettenden Verlaufs dem Opfer nicht garantiert ist, siehe unten 7/60 ff.

b) Oft dürfte mangels Einblick in den konkreten Verlauf unentscheidbar sein, ob es **23**
sich um den Abbruch eines rettenden Verlaufs handelt oder nicht, so etwa bei komplizierten chemischen Prozessen. Bei jeder Beendigung eines organischen Prozesses, insbesondere bei jeder Tötung, wird der Erfolg durch den Abbruch rettender Verläufe (der Nahrungsresorption, des Blutkreislaufs, der Spontanatmung etc.) bedingt. Jede Differenzierung zwischen dieser Bedingungsart und anderen Arten wäre deshalb unangebracht.

c) Auch bei einem Abbruch rettender Verläufe ist für die Kausalität (nicht aber für **24**
die objektive Zurechnung) irrelevant, ob die abbrechende Bedingung im Fall ihres Ausbleibens ersetzt worden wäre. Beispiel: Bringt ein Täter einen an sich Rettungswilligen und Rettungsfähigen durch Hingabe von Geld dazu, das in Not befindliche Opfer umkommen zu lassen, so bedingt er den Tod des Opfers auch dann, wenn ein anderer bereitsteht, den Retter mit Gewalt zu hindern, falls er durch das Geld nicht korrumpierbar sein sollte; — die Hinderung mit Gewalt ereignet sich nicht und ist deshalb nur Ersatzbedingung. — Ein Verlauf, der für alle Beteiligten unvermeidbar fehlschlagen wird, ist freilich überhaupt kein rettender Verlauf, sondern allenfalls ein untauglicher Rettungsversuch.

d) Daß der Abbruch des rettenden Verlaufs den Erfolg bedingt, heißt freilich nicht, **25**
auch das Fehlen eines rettenden Verlaufs sei Bedingung des Erfolgs; denn das Fehlen ist — im Gegensatz zum Abbruch — überhaupt kein Ereignis, sondern das Ausbleiben eines Ereignisses[33]. Ungeachtet des Umstands, daß im Sinn der Logik das Fehlen von etwas Folgen haben kann (im Sinn von „Folgerungen zulassen", nicht von „Erfolg

---

31 *Engisch* Kausalität S. 27 f mit Fn. 6; *Hardwig* Zurechnung S. 148 f; *E. A. Wolff* Kausalität S. 18 mit Fn. 24; *Kahrs* Vermeidbarkeitsprinzip S. 22; *Jescheck* AT § 28 I 2; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 71 vor § 13.

32 *Jakobs* Studien S. 21 f.

33 Das übersieht *Puppe* ZStW 92 S. 863 ff, 898.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

haben"), hat in derjenigen Wirklichkeit, in der die Folgen des Strafrechts belegen sind, dasjenige, was nicht ist, auch keine Folgen (im Sinn von „Erfolg"). Vielmehr ist das Fehlen von Hindernissen immer schon in der Aussage mitbedacht, ein Erfolg sei durch ein Ereignis hinreichend bedingt; das Fehlen ist also *nicht weitere* Bedingung *neben* dem Ereignis[34]. Durch die Anerkennung von nur-negierenden Bedingungen würde jedes Bedingtsein doppelt gezählt: als hinreichende Bedingung eines Ereignisses und als fehlende Hinderung[35].

26 8. Da nur ein Ereignis einen Erfolg bedingen kann, nicht aber das Fehlen eines Ereignisses, ist eine *Unterlassung* für einen Erfolg *nicht kausal* (siehe unten 29/15 ff). Da Unterlassungen aber zurechenbar sein können, ist der Zurechnungszusammenhang demgemäß weiter als der Kausalzusammenhang.

27 9. Eine Bedingung kann auch ein *psychisches Ereignis,* insbesondere einen Tatentschluß oder die Preisgabe eines Tatentschlusses, zur Folge haben[35a]. Daran ändert sich nichts, wenn das psychische Ereignis dem Subjekt, bei dem es stattfindet, selbst voll zurechenbar ist. Auch wer einen voll Schuldfähigen zu einer Tat anstiftet, wird für den Taterfolg kausal, wenn die Tat vollzogen wird. Beispiel[36]: Die Geliebte besorgt ihrem verheirateten Geliebten Gift, mit dem dieser vorsätzlich und schuldhaft seine Frau umbringt; — Kausalität der Geliebten für den Tod der Frau. Die ältere Version der Lehre vom Regreßverbot[37], wonach ein Kausalzusammenhang durch einen vorsätzlich und schuldhaft Handelnden nicht vermittelt, sondern unterbrochen werden soll, ist also verfehlt: Es geht nicht um das Unterbrechen eines Kausalzusammenhangs[38], sondern um das Fehlen eines Zurechnungszusammenhangs bei gegebener Kausalität (unten 24/13 ff).

---

34 *Jakobs* Studien S. 22. — *Abstrakt:* Die Hinderung eines Ereignisses ist überhaupt nur eine Hinderung, wenn das Ereignis ansonsten hinreichend bedingt ist; beim Fehlen der Hinderung besteht also in den verbleibenden Stücken eine hinreichend bedingende Lage. *Konkret:* Wird ein Ball mit einem bestimmten Impuls gegen eine Scheibe geworfen, die zerbricht (Ereignis), so ist das Fehlen eines den Flug des Balls hindernden Fangnetzes so wenig eine Bedingung des Ereignisses, wie dasjenige, was an der Stelle des Fehlenden wirklich vorhanden ist, nämlich Luft bestimmter Dichte, das Ereignis bedingt. — Freilich wäre beim Vorhandensein eines Fangnetzes das Ereignis „Bruch der Scheibe" nicht hinreichend bedingt (aber das Ereignis „Impuls des Balles wird gebremst" wäre es). Erwartet man das Vorhandensein eines Fangnetzes (und somit das Nicht-Zerbrechen der Scheibe, insoweit ein Nicht-Ereignis) als Normalfall, mag das Fehlen das einzige an der Lage sein, das zu erwähnen sich lohnt; es ist der Indikator dafür, daß der Bruch ausnahmsweise hinreichend bedingt ist. — Im sozialen Leben kann ein Nicht-Sein je nach dem Kontext höchst Unterschiedliches *bedeuten* (die Generalpause in einer Symphonie und das verlegene Schweigen eines Prüfungskandidaten haben, obgleich jedesmal Laute fehlen, nicht dieselbe Bedeutung); dies liegt an der Unterschiedlichkeit der Erwartungen, was statt dessen sein könnte. — Siehe auch 29/16.

35 Man könnte diese Zählung fortsetzen zur fehlenden Hinderung der fehlenden Hinderung etc.

35a Nach *Puppe* ZStW 95 S. 287 ff, 293 ff sollen bei psychischen Prozessen nur Wahrscheinlichkeitsaussagen möglich sein, soweit es sich um einen „nicht determinierten Bereich" handele; ähnlich *Kahlo* GA 1987 S. 66 ff, 77; sehr zweifelhaft; zutreffend kritisch *Schulz* Lackner-Festschrift S. 39 ff, 45 ff.

36 RG 64 S. 370 ff, 372; weitere Entscheidungen, die ein Regreßverbot im älteren Verständnis ablehnen: RG 61 S. 318 ff, 320; 63 S. 383 ff, 386; 64 S. 316 ff, 318; OGH 2 S. 1 ff, 2; BGH 4 S. 360 ff, 362; OLG Braunschweig SJZ 1949 Sp. 130 ff mit Anmerkung *Spendel* aaO Sp. 133 ff. — Anders (Vertauschung von Kausal- und Zurechnungszusammenhang) aber BGH NJW 1966 S. 1823 mit ablehnender Anmerkung *Hertel* aaO S. 2418 und *Kion* JuS 1967 S. 499 ff.

37 Begründet von *Frank* StGB 3/4 § 1 IV 1, ferner IV vor § 47; von *Frank* selbst als Problem nicht des Kausalzusammenhangs, sondern des Zurechnungszusammenhangs formuliert in StGB 18 § 1 III 2 a; weitere Nachweise zu der älteren Version bei *Naucke* ZStW 76 S. 409 ff, 432 ff.

38 Daß es sich nicht um ein Kausalproblem handelt, ist heute der Sache nach einhellige Meinung; einige Autoren behandeln freilich die objektive Zurechnung unter dem Namen der Kausalität; Nachweise bei *Jakobs* ZStW 89 S. 1 ff, 4 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Psychische Ereignisse als Erfolg sind auch der Irrtum beim Betrug[39] und die Motivationsbelastung bei den durch Drohung oder durch vis compulsiva begangenen Nötigungsdelikten (§§ 240, 253 StGB u. a. m.).

10. In wessen *Zuständigkeitsbereich* ein Bedingungszusammenhang fällt, ist für **28** seinen Bestand *unmaßgeblich*. Es kommt für die Kausalität nicht darauf an, ob der Verursacher für sie zuständig ist oder die Kausalität mangels Vermeidbarkeit als Zufall abschieben kann oder gar dem Opfer zuschieben kann, soweit etwa die Kausalität wesentlich durch die Leichtfertigkeit des Opfers bedingt wird[40]. Entsprechendes gilt für eine anfällige Konstitution des Opfers. Wer also ein Opfer verletzt, das unerkennbar ein Leichtbluter ist, verursacht auch die Folgen, die nur im Zusammenhang mit der Konstitution des Opfers eintreten[41].

III. Die objektive Zurechnung, 1. Fortsetzung: Adäquanz?

Literatur

L. v. Bar Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht, 1871; *ders.* Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. II, 1907; *K. Engisch* Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; *ders.* Anmerkung zu BGH JZ 1951 S. 787, aaO S. 787 f; *M. Fraenkel* Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, 1979; *R. M. Honig* Kausalität und objektive Zurechnung, Frank-Festgabe Bd. I S. 174 ff; *H. Kamps* Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; *J. v. Kries* Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte, ZStW 9 S. 528 ff; *ders.* Principien der Wahrscheinlichkeitszurechnung, 1886; *K. Larenz* Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927; *W. Maihofer* Zur Systematik der Fahrlässigkeit, ZStW 70 S. 159 ff; *R. Maurach* Adäquanz der Verursachung oder der Fahrlässigkeit? GA 1960 S. 97 ff; *W. Naucke* Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug, Peters-Festschrift S. 109 ff; *D. Oehler* Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959; *G. Radbruch* Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902; *H.-J. Rudolphi* Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969 S. 549 ff; *H. Stoll* Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968; *H. Tarnowski* Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, 1927; *L. Traeger* Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 2. Auflage 1929; *H. Walder* Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr. 93 (1977) S. 113 ff; *J. Wolter* Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, GA 1977 S. 257 ff.

A. Die Grundbegriffe

Für die objektive Zurechnung des Erfolgs ist die Kausalität nur die Mindestbedin- **29** gung; es muß noch die rechtliche Relevanz der Kausalbeziehung zwischen dem Handelnden und dem Erfolg hinzukommen. Freilich wird die Relevanz von Kausalverläufen nicht nur objektiv beschränkt; vielmehr wirkt auch das Erfordernis einer kongruenten subjektiven Tatseite beschränkend. Hier sollen jedoch zunächst diejenigen Zurechnungsvoraussetzungen spezifiziert werden, die — wie schon die Kausalität — von der Beziehung des Subjekts zu ihnen unabhängig sind. — Siehe auch oben 7/4 ff.

B. Die Adäquanztheorie

1 a) Der historisch bedeutsamste Versuch einer Beschränkung der Kausalität auf **30** objektiv zurechenbare Kausalität ist durch die Adäquanztheorie unternommen worden. Das Bedürfnis zur Einschränkung der Kausalität unabhängig von der sowieso

39 Dazu *Engisch* v. Weber-Festschrift S. 247 ff.

40 RG 6 S. 249 f, 250; 22 S. 173 ff, 175; BGH 7 S. 112 ff, 114.

41 RG 54 S. 349 ff; BGH 14 S. 52 ff; siehe auch RG 5 S. 29 ff, 31; 27 S. 93; BGH 1 S. 332 ff, 333; OLG Stuttgart NJW 1956 S. 1451 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

erfolgenden Haftungsbegrenzung durch Vorsatz und Fahrlässigkeit entstand hauptsächlich[42] durch die erfolgsqualifizierten Delikte alter Art; bei diesen Delikten war bezüglich des qualifizierenden Erfolgs nicht „wenigstens Fahrlässigkeit", sondern überhaupt keine subjektive Beziehung erforderlich, da eine dem heutigen § 18 StGB entsprechende Gesetzesbestimmung bis 1953 fehlte[43]. Bei dieser Gesetzeslage hing die Erfolgsqualifizierung einzig davon ab, ob sie verursacht war, wobei nach den Maximen der Äquivalenztheorie auch aus der Qualifizierung zu haften war, wenn bei wertender Betrachtung der Täter für den Erfolg nicht zuständig war, etwa wegen eines überwiegenden Selbstverschuldens des Opfers oder wegen zufällig unglücklicher Fallkonstellation.

31 b) Die Adäquanztheorie ersetzt nicht die Äquivalenztheorie, sondern beschneidet die Relevanz äquivalenter Ursachen. Nach der Adäquanztheorie soll eine Kausierung rechtlich nur relevant sein (in der älteren Fassung: als Kausierung im strafrechtlichen Sinn nur gelten), wenn sie nicht unwahrscheinlich ist. Diese Theorie wurde von *v. Kries* begründet[44] und wird seitdem als Lösungsvehikel für diverse Problemfälle angeboten (allgemeine Haftungsbegrenzung, Gefahrbegriff, Vorsatzabweichung, Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts, vorzeitige Vollendung u. a. m.). Die strafrechtliche Rechtsprechung hat die Anwendung der Adäquanztheorie durchgehend, selbst bei den erfolgsqualifizierten Delikten alter Art, abgelehnt[45], dies im Gegensatz zur zivilrechtlichen Rechtsprechung[46], die sich der Adäquanztheorie insbesondere zur Limitierung von Gefährdungshaftung und zur haftungsausfüllenden Kausalität bedient[47]. Im strafrechtlichen Schrifttum wird die Adäquanztheorie bis in die Gegenwart breit vertreten[48]. — Im Ergebnis läuft auch die Lehre von der objektiven Bezweckbarkeit[49], wonach die Haftung auf überhaupt von vernünftigen Menschen steuerbare Kausalverläufe beschränkt werden soll, auf die Adäquanztheorie hinaus.

32 c) Wie das Wahrscheinlichkeitsurteil zu bilden ist, war umstritten[50]. Es hat sich ergeben, daß bei einer rein subjektiven Prognose das Urteil auf die Vermeidbarkeit hinausläuft, also neben Vorsatz und Fahrlässigkeit keine Berechtigung hat, während

---

42 Weitere Gründe bei *Engisch* Kausalität S. 49; zum heutigen Verwendungsumfang der Adäquanztheorie siehe *Wolter* GA 1977 S. 257 ff.

43 § 56 StGB a. F. wurde durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. 8. 1953, BGBl. I S. 739, eingefügt.

44 Principien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, 1886, S. 75 ff; *ders.* ZStW 9 S. 528 ff; — bemerkenswert: *v. Kries* war nicht Jurist, sondern Physiologe. — Vor *v. Kries* schon der Sache nach *v. Bar* Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Rechte, besonders im Strafrecht, 1871, S. 11 f; *ders.* Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. II 1907, S. 178.

45 RG 54 S. 349 f; BGH 1 S. 332 ff, 333 mit ablehnender Anmerkung *Engisch* JZ 1951 S. 787 f.

46 RGZ 78 S. 270 ff, 272 („ständige Rechtsprechung"); RGZ 133 S. 126 ff; BGHZ 3 S. 262 ff, 267 mit weiteren Nachweisen.

47 Dem neueren Verständnis der zivilrechtlichen Problematik genügt die Adäquanztheorie nicht mehr; siehe BGHZ 27 S. 138 ff; *Stoll* Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht S. 5 ff; *Fraenkel* Tatbestand und Zurechnung S. 193 ff und passim.

48 Grundlegend für die neuere Zeit *Engisch* Kausalität S. 41 ff; ferner *Bockelmann-Volk* AT § 13 V 4; *Maurach-Zipf* AT § 18 Rdn. 30 ff; *Wolter* GA 1977 S. 257 ff; *Maurach* GA 1960 S. 97 ff; *Walder* SchwZStr. 93 (1977) S. 113 ff, 144 ff; mit Einschränkungen auch *Welzel* Strafrecht § 9 III 2 und 3; *Stratenwerth* AT Rdn. 221 ff; *Baumann-Weber* AT § 17 III 2. — Beschränkt auf den Kausalzusammenhang von Täuschung und Irrtum beim Betrug *Naucke* Peters-Festschrift S. 109 ff, 118. — Aus dem älteren Schrifttum siehe *Traeger* Kausalbegriff S. 159 ff, 187; *Radbruch* Adäquate Verursachung S. 64 ff (beschränkt auf erfolgsqualifizierte Delikte alter Art); *Tarnowski* Kausalitätstheorie S. 330 ff, 333, 338, 345; und ansonsten das Register bei *v. Hippel* Strafrecht Bd. II S. 144 Fn. 1.

49 *Larenz* Hegels Zurechnungslehre S. 94; *Oehler* Das objektive Zweckmoment S. 65 ff, 73 f; *Honig* Frank-Festgabe Bd. I S. 174 ff, 184, 188; *Maihofer* ZStW 70 S. 159 ff, 171, 182; — siehe dazu *Jakobs* Studien S. 53 ff.

50 Nachweise bei *Engisch* Kausalität S. 51 ff; *Maurach-Zipf* AT I § 18 Rdn. 30 ff; *Wolter* GA 1977 S. 257 ff, 263.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

bei einer rein objektiven Prognose[51] ein Täter mit überlegenem Sonderwissen dieses Wissen straffrei einsetzen kann. Deshalb werden beide Perspektiven zu einer — sehr schlecht sogenannten[52] — objektiv nachträglichen Prognose kumuliert. Gemeint ist ein Urteil mit kumuliert subjektiver und objektiver Urteilsmöglichkeit ex ante, wobei die Vorschläge zur objektiven Urteilsmöglichkeit zwischen dem schwanken, was bei Personen in einer bestimmten Rolle zu erwarten ist, bis hin zur Zusammenfassung restlos allen Erfahrungswissens einer bestimmten Zeit in einer idealen Person. Jedenfalls läuft die gemischt subjektiv-objektive Prognose auf eine unklare Vermischung der subjektiven und der objektiven Tatseite hinaus (unten 7/49 ff). — *Wie hoch* wahrscheinlich eine Kausierung sein muß, um rechtlich relevant zu sein, regelt die Adäquanztheorie nicht.

2. Bei einer Würdigung der Adäquanztheorie ist zwischen (a) der Adäquanz einer **33** Folge bestimmter Art und (b) derjenigen eines bestimmten Verlaufs zu einer Folge zu unterscheiden.

a) Die Wahrscheinlichkeit einer Folge ist im Grenzfall ein Kriterium der Zurechnung. Es gibt Handlungen, deren geringe Erfolgswahrscheinlichkeit Haftung auch dann ausschließt, wenn der Erfolg trotz der dürftigen Wahrscheinlichkeit eintritt. Beispiel: Wer — ohne weiteres Zutun und Wissen — sein Kind mit einem Verkehrsflugzeug in der sich erfüllenden Hoffnung reisen läßt, das Kind möge bei einem Absturz umkommen, haftet nicht, weil er das erlaubte Risiko nicht überschreitet. Das erlaubte Risiko hängt aber nicht nur vom Wahrscheinlichkeitsgrad ab, sondern auch von der Art des Risikos, der Situation, in der es ausgelöst wird u. a. m. Ein Adäquanzurteil kann die differenzierende Beurteilung durch das erlaubte Risiko nicht ersetzen und ist neben dem erlaubten Risiko überflüssig[53].

b) Eine Adäquanz eines bestimmten Verlaufs zu einer Folge, und das ist die Ad- **34** äquanz des Hauptanwendungsbereichs der Theorie, gibt es nicht[54]. — Es geht darum, daß ein Verhalten (ein Schuß auf einen Menschen) einen Erfolg (den Tod) bedingt, aber auf einem ungewöhnlichen und in diesem Sinn inadäquaten Weg (das angeschossene Opfer erstickt bei einem nächtlichen Zimmerbrand im Krankenhaus, wohin es verbracht wurde). Diese Inadäquanz soll die objektive Zurechnung aufheben, nach einem Teil der Lösungen freilich erst die Zurechnung zum Vorsatz, jedenfalls nach der hiesigen Lösung die Zurechnung als Unrecht[55]. — Bei hinreichend detaillierter Verlaufsanalyse ist aber jeder Verlauf vereinzelt. Beispiel[56]: Wenn ein Autofahrer, der mit abgefahrenen Reifen ins Schleudern gerät, gerade in der konkreten Weise vor die konkret gestaltete Vorderseite eines gerade hier entgegenkommenden Lastwagens schleudert etc., wobei ein Lungenflügel des Beifahrers zerquetscht wird, was bei der schon bestehenden Insuffizienz des anderen Flügels über weitere Komplikationen letztlich zu dessen Tod führt, so ist das nur eine Verlaufsvariante aus dem Bereich unabsehbar vieler Varianten. Bei Hinzunahme der Konkreta ist speziell der geschehene Verlauf nicht adäquater, als es etwa ein unerkennbarer Reifendefekt wäre. Freilich ist

---

51 Dehnt man das Objektive bis zum überhaupt irgendeinem Menschen Prognostizierbaren, also bis zum Einschluß alles Subjektiven, so verliert es seine generalisierende Bedeutung.

52 Die Prognose ist weder nur objektiv, sondern umfaßt das Täterwissen, noch ist sie nachträglich: Wann sie psychisch vollzogen wird, ist restlos gleichgültig (auch Verläufe, von denen ein Richter nie erfährt, können adäquat sein), sondern es geht um das *ideale* Urteil, und das besteht zeitlos.

53 Wenn *Wolter* (GA 1977 S. 257 ff, 271 ff) in Erkenntnis dessen das Äquivalenzurteil je nach Lebensbereichen stuft, so läßt sich nur noch nutzlos über den Namen (gestufte Adäquanz oder erlaubtes Risiko?) streiten.

54 Zum folgenden Text siehe *Jakobs* Studien S. 63 f mit Fn. 83.

55 Grundlegend wiederum *Engisch* Kausalität S. 51 ff, 61 ff.

56 Siehe auch den Sachverhalt zu OLG Stuttgart NJW 1982 S. 295 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

eine Kette nicht unwahrscheinlicher Ereignisse prognostizierbar (im Beispiel: abgefahrene Reifen, Schleudern, Zusammenstoß, Verletzung, Tod), aber diese Ereignisse sind gerade nicht konkret prognostizierbar, sondern nur im Rahmen eines üblichen Erscheinungsbilds. Man kann auch nicht die Adäquanztheorie dahin modifizieren, daß unter Preisgabe der Wahrscheinlichkeit des konkreten Verlaufs nur noch auf die Wahrscheinlichkeit eines üblichen Erscheinungsbilds abgestellt wird. Denn dieses Erscheinungsbild könnte nur an solchen Zwischenfolgen festgemacht werden, die sich erfahrungsgemäß häufig ergeben. Die Adäquanz der Verläufe *zwischen* diesen Zwischenfolgen bliebe dabei ungeklärt. Beispiel: Zusammenstöße von Kraftfahrzeugen bringen häufig Verletzungen; trotzdem mag im Einzelfall die Verbindung Zusammenstoß—Verletzung auf Grund einer unglücklichen Verkettung von Bedingungen bestehen. Soll die Adäquanz nicht preisgegeben werden, muß also auch nach der adäquaten Verknüpfung der sinnenfällig häufigen Zwischenfolgen gefragt werden: Der Adäquanz bis hin zum Detail läßt sich nicht umgehen. — Ein genuiner Fehler der Adäquanztheorie kommt hinzu: Die Theorie qualifiziert Kausalverläufe nach Kriterien der Statistik (wahrscheinlich?) und der allgemeinen Sinnenfälligkeit (übliches Erscheinungsbild?), ohne die normative Relevanz[57] dieser Kriterien dartun zu können[58]. Es können — entgegen der Adäquanztheorie — auch vereinzelte konkrete Verläufe ohne Entsprechung zu einem üblichen Erscheinungsbild normativ relevant sein. Beispielhaft gesprochen: Wenn ein gebräuchliches Gift bei einem Menschen, der ein höchst selten verwendetes Medikament süchtig mißbraucht hat, wegen der dadurch veränderten Konstitution nicht — wie üblich — im Magen, sondern schon in der Speiseröhre (oder erst im Darmtrakt) wirkt, so läßt sich trotz der extremen Unwahrscheinlichkeit des konkreten Verlaufs keine Begründung dafür geben, den Erfolg nicht zuzurechnen; denn die Folge ist eine Verwirklichung der vom Täter verursachten Gefahr unter den Bedingungen des Einzelfalls (siehe unten 7/85).

Abgesehen von den geschilderten Mängeln der Adäquanztheorie, ist die Adäquanz des konkreten Verlaufs wie auch die Adäquanz des dem üblichen Erscheinungsbild entsprechenden Verlaufs in einer praktisch gewichtigen Zahl von Fällen überhaupt nicht feststellbar. Daß eine bestimmte Bedingung bestimmte Folgen hat, ist in der Medizin oder der Pharmazie oder der Chemie häufig bekannt und auch planvoll einsetzbar (etwa zu Therapien, Vergiftungen, Explosionen), obgleich der Verlauf zwischen Bedingung und Erfolg unbekannt und deshalb nach seiner Adäquanz nicht zu beurteilen ist. — Auch bei Fällen je vereinzelter, insgesamt aber häufig erfolgbringender Verläufe versagt die Adäquanztheorie[59] (Beispiel: individuelle psychische Reaktionen auf komplexe Stimuli).

IV. Die objektive Zurechnung, 2. Fortsetzung: Der Ausschluß bei erlaubtem Risiko

Literatur

W. Beulke Die Strafbarkeit des Verteidigers, 1989; *J. Bohnert* Fahrlässigkeitsvorwurf und Sondernorm, JR 1982 S. 6 ff; *M. Burgstaller* Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *ders.*

57 Um diese Relevanz bemüht sich die deshalb sogenannte *Relevanztheorie;* ihre Bedeutung erschöpft sich darin, nach der Trennung der Äquivalenz-Ursachenfrage von der Adäquanz-Zurechnungsfrage eine Verschiedenheit der Adäquanzlösung je nach dem einschlägigen Tatbestand zu behaupten. Details — und damit praktische Relevanzen — fehlen. Siehe *Mezger* Strafrecht § 15 IV; *ders.* AT[2] § 24 VI; *Blei* AT § 28 IV mit wörtlichem Bezug auf *Mezger; Wessels* AT § 6 I 5, 6.

58 Kritisch so auch *Wolter* GA 1977 S. 257 ff, 261; *SK-Rudolphi* Rdn. 55 vor § 1; *Rudolphi* JuS 1969 S. 549 ff, 551.

59 Siehe aber hierzu und zu der vorigen Fallgruppe *Engisch* Kausalität S. 62.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst, Jescheck-Festschrift S. 357 ff; *ders.* Spezielle Fragen der Erfolgszurechnung und der objektiven Sorgfaltswidrigkeit, Pallin-Festschrift S. 39 ff; *P. Bockelmann* Strafrecht des Arztes, 1968; *E. Deutsch* Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 1963; *M. Ellmer* Betrug und Opfermitverantwortung, 1986; *K. Engisch* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *ders.* Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift Bd. I S. 401 ff; *ders.* Die Haftung des operierenden Chirurgen nach den §§ 222, 230 StGB für Fehler der Operationsschwester, Langenbecks Archiv 288 (1958) S. 573 ff; *ders.* Wie ist rechtlich die Verantwortlichkeit des Chirurgen im Verhältnis zur Verantwortlichkeit des Anaesthesisten ...? Langenbecks Archiv 297 (1961) S. 236 ff; *P. Frisch* Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; *W. Frisch* Vorsatz und Risiko, 1983; *ders.* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *W. Gallas* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67, S. 1 ff; *P. Harneit* Überschuldung und erlaubtes Risiko, 1984; *R. D. Herzberg* Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984; *ders.* Vorsatz und erlaubtes Risiko — insbesondere bei der Verfolgung Unschuldiger, JR 1986 S. 6 ff.; *H. J. Hirsch* Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 S. 78 ff; *ders.* Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Universität zu Köln-Festschrift S. 399 ff; *G. Jakobs* Das Fahrlässigkeitsdelikt, Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff; *ders.* Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW 89 S. 1 ff; *ders.* Tätervorstellung und objektive Zurechnung, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 271 ff; *H. Kamps* Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; *Armin Kaufmann* Das fahrlässige Delikt, ZRV 1964 S. 41 ff; *ders.* Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt? Jescheck-Festschrift S. 251 ff; *D. Kienapfel* Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966; *K. Kirschbaum* Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht, 1980; *D. Krauß* Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW 76 S. 19 ff; *J. Krümpelmann* Die Verwirkung des Vertrauensgrundsatzes, Lackner-Festschrift S. 289 ff; *L. Kuhlen* Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989; *R. Kusch* Die Strafbarkeit von Vollzugsbediensteten bei fehlgeschlagenen Lockerungen, NStZ 1985 S. 385 ff; *E.-J. Lampe* Tat und Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte, ZStW 101 S. 19 ff; *Th. Lenckner* Technische Normen und Fahrlässigkeit, Engisch-Festschrift S. 490 ff; *M. Maiwald* Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs „erlaubtes Risiko" für die Strafrechtssystematik, Jescheck-Festschrift S. 405 ff; *S. Mir Puig* Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 253 ff; *F. Nowakowski* Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ 1958 S. 388 ff; *ders.* Probleme der Strafrechtsdogmatik, JurBl. 1972 S. 19 ff; *W. Preuß* Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974; *J. Rehberg* Zur Lehre vom „Erlaubten Risiko", 1962; *H. Roeder* Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; *C. Roxin* Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-Festschrift S. 241 ff; *ders.* Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, Klug-Festschrift S. 303 ff; *ders.* Bemerkungen zum Regreßverbot, Tröndle-Festschrift S. 177 ff; *H.-J. Rudolphi* Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969 S. 549 ff; *E. Samson* Rechtliche Modelle zur Regelung des Risiko-Nutzen-Problems, in: *G. Rohrmoser* und *E. Lindenlaub* (Hrsg.) Fortschritt und Sicherheit, 1980, S. 289 ff; *F. Schaffstein* Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-Festschrift S. 557 ff; *ders.* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit Vollzugsbediensteter für den Mißbrauch von Vollzugslockerungen, Lackner-Festschrift S. 795 ff; *J. Schmidt-Salzer* Strafrechtliche Produktverantwortung, NJW 1988 S. 1937 ff; *B. Schünemann* Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975 S. 435 ff, 511 ff, 575 ff, 647 ff, 715 ff; *ders.* Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik? Schaffstein-Festschrift S. 159 ff; *ders.* Die Regeln der Technik im Strafrecht, Lackner-Festschrift S. 367 ff; *H. Schumann* Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; *G. Stratenwerth* Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Eb. Schmidt-Festschrift S. 383 ff; *ders.* Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jescheck-Festschrift S. 285 ff; *E. Struensee* Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987 S. 53 ff; *ders.* Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, GA 1987 S. 97 ff; *O. Triffterer* Die „objektive Voraussehbarkeit" (des Erfolges und des Kausalverlaufs) — unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte? Bockelmann-Festschrift S. 200 ff; *Chr. Wastl* Die Problematik der Arbeitsteilung im Krankenhaus, in: *Arthur Kaufmann* (Hrsg.) Moderne Medizin und Strafrecht,

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

1989 S. 243 ff; *S. Wehrle* Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt — Regreßverbot? 1986; *H. Welzel* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 S. 491 ff; *ders.* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961; *D. Wilhelm* Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, 1984; *dies.* Strafrechtliche Fahrlässigkeit bei Arbeitsteilung in der Medizin, Jura 1985 S. 183 ff; *G. Wolfslast* Zur Haftung für Suizide während klinisch-psychiatrischer Therapie, NStZ 1984 S. 105 ff; *J. Wolter* Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, GA 1977 S. 257 ff; *D. Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; *H. Zipf* Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht, ZStW 82 S. 633 ff; *ders.* Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970.

A. Die Begründung des erlaubten Risikos

35 1. Es ist der Hauptfehler der Adäquanztheorie, genuin falsch bezogen zu sein, scil. auf Statistik, Erfahrung und sinnenfällige Bilder, statt auf den Zweck von Strafrechtsnormen. Freilich wäre es gleichermaßen falsch, nunmehr allein auf die durch das Strafrecht zu leistende Erwartenssicherheit abzustellen, ohne zu berücksichtigen, daß diese Sicherheit nicht ihrerseits ein Endziel ist.

Die strafrechtlich sanktionierten Normen regulieren menschliches Verhalten nicht um der Regulierung willen, sondern zur Ermöglichung sozialen Lebens, das ohne Erwartenssicherheit keinen Bestand hat. Auch wenn die Strenge der Regulierung und die Sicherheit der Erwartung sich entsprechen sollten, so bringt diese Sicherheit doch nicht die Möglichkeit der größeren Differenzierung des sozialen Lebens. Denn je mehr Enttäuschungen um jeden Preis vermieden werden, um so stärker schrumpft das Arsenal möglicher Verhaltensweisen, bis hin zu standardisierten gefahrlosen Stereotypen. Kraß: Wenn man als Passant vor restlos jeglicher Gefährdung durch Kraftfahrzeuge verschont sein will, kann ein auf dem Dorf wohnender Kranker nicht erwarten, daß der Arzt trotz Glatteisgefahr zur Hausvisite kommt. Schon zur Erhaltung eines differenzierten Angebots an Möglichkeiten sozialen Kontakts müssen also einige Enttäuschungsmöglichkeiten in Kauf genommen werden. Dabei ist es um so eher möglich, ein Risiko als erlaubt zu akzeptieren, als es auch die jeweils eigene Handlungsfreiheit erweitert. Die Entlastung von der Verantwortung für bestimmte Folgen macht dann nicht nur die Palette fremden Verhaltens reichhaltiger, sondern auch die Zahl der Handlungen, aus der jeder selbst wählen kann, ohne sich falsch zu verhalten, und ermöglicht deshalb, wenn eine riskante Wahl getroffen wird, die Erledigung durch Zurechnung zum Opfer selbst. Die Begründung des erlaubten Risikos[59a] ist insoweit der Interessenabwägung beim Notstand verwandt[60]. Sie läßt sich dementsprechend nur leisten, wenn — wiederum wie beim Notstand — nicht nur die Risikohöhe abschätzbar ist, sondern auch Nutzen und Schaden als Gewinn und Verlust nach rechtlich verbindlichen Maßstäben, also als rechtlich anerkannte oder nicht anerkannte Interessen bestimmt werden können[61]. Deshalb kann das erlaubte Risiko auch nicht allein durch Berücksichtigung eines technischen Standards gewonnen werden; der technische Standard bestimmt das Übliche oder auch Bestmögliche, erledigt aber das Bewertungsproblem nicht.

[59a] *Maiwald* Jescheck-Festschrift S. 405 ff, 409 behandelt das erlaubte Risiko als „Formalbegriff"; das beruht auf einer reinen Wortlautinterpretation ohne Berücksichtigung der Stellung des Instituts: Es geht um die Gestaltung, die ein riskantes Verhalten annehmen kann, ohne als Störung definiert zu werden (zur Trennung von erlaubtem Risiko und Rechtfertigung siehe unten 7/41). *Maiwald* vermischt den Fall des Fehlens einer Störung mit dem Fall der Erträglichkeit einer Störung.

[60] Siehe auch die Abwägung der Interessen in BGH 7 S. 118 ff, 120 ff (zum Vertrauensgrundsatz).

[61] *Samson* in: Fortschritt und Sicherheit S. 289 ff, 294.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

2 a) Bei der überwiegenden Zahl heute allgemein als erlaubt anerkannter Risiken **36**
kann eine solche Kosten-Nutzen-Saldierung jedoch nicht geleistet werden, und zwar teils trotz genauer Prognosen über die Risikohöhe (etwa über die Relation zwischen einer erlaubten Höchstgeschwindigkeit und einer Unfallhäufigkeit im Straßenverkehr; über die Risiken von privatem Feiertags-Straßenverkehr etc.). Die Saldierung ist ausgeschlossen, weil ein hinreichend konkretes und zugleich verbindliches Gesellschaftsmodell fehlt, an dem Abweichungen nach Art und Maß bestimmt werden könnten[62]. Was z. B. der Nutzen des nicht-gewerblichen Anteils am Straßenverkehr ist, kann nicht durch Vergleich mit einer fiktiven Gesellschaft ohne nicht-gewerblichen Straßenverkehr ermittelt werden, da es an der erforderlichen Vorab-Bestimmung von legitimen Gesellschaftsgestalten fehlt, an denen die Differenz erst als positiv oder negativ bestimmt werden könnte. Deshalb tritt neben das erlaubte Risiko per Risikoabwägung ein erlaubtes Risiko per „historische Legitimation"[63]: Bestimmte Formen erlaubter Betätigung sind historisch überkommen, oft unter Strapazierung des Rahmens (Straßenverkehr) und werden deshalb als sozialadäquat akzeptiert[64].

b) Die zuletzt genannte Form des erlaubten Risikos ist nur möglich, weil das **37**
Strafrecht nicht ein Arsenal ruhender Güter zu schützen und auch nicht nur Güter zu maximieren, sondern Erwartungen auf bestimmte Verhaltensweisen zu stabilisieren hat[65]. Wenn ein Verhalten zwar Güter schädigt, aber trotzdem nicht enttäuscht, weil nämlich seine Akzeptation Gewohnheit geworden ist, so ist dies nur bei einem „polizeilichen" Blick auf die Sicherheit der Güter ein Widerspruch.

3. Eine weitere Voraussetzung des erlaubten Risikos ist wenig geklärt. Es geht **38**
darum, daß erlaubte Risiken nur toleriert werden, wenn das potentielle Opfer allenfalls vage konkretisiert ist, mit anderen Worten, es darf niemand Anlaß haben, darüber zu klagen, daß er unverhältnismäßig stark an den Nachteilen (und entsprechend schwach an den Vorteilen) der allgemeinen Handlungsfreiheit beteiligt sei. So ist z. B. die Zahl der Tötungen und Verletzungen im Straßenverkehr an einem bestimmten Feiertag schon mit laienhaftem statistischem Material ex ante einigermaßen genau prognostizierbar; wären jedoch auch die potentiellen Opfer ähnlich genau persönlich zu benennen und nicht ex ante anonym, so wäre nicht einmal rechtfertigender Notstand diskutabel, viel weniger noch die Tötung und die Verletzung im erlaubten Risiko.

B. Die dogmatische Stellung des erlaubten Risikos

1 a) Die Überschreitung des erlaubten Risikos ist eine positive Voraussetzung des **39**
Unrechts, nicht etwa ist die Einhaltung des erlaubten Risikos ein Rechtfertigungsgrund. Kausal-Werden für einen Erfolg, etwa für eine Tötung, ist als nur solches sozial unauffällig. Beispiel: Jeder Produzent von (auch ordnungsgemäßen) Kraftfahrzeugen

---

62 Die Trennung, die *Schünemann* (JA 1975 S. 435 ff, 575 ff, 576) in Luxushandlungen, sozial übliche Handlungen, sozial nützliche Handlungen und sozial notwendige Handlungen vornimmt, ist deshalb praktisch nicht durchführbar. Ob etwa der Bau von Atomkraftwerken (oder Autobahnen etc.) eine Luxushandlung oder eine sozial notwendige Handlung ist, läßt sich ohne Blick auf das zugestandene Risiko (das aber mit der Differenz erst ermittelt werden soll) nicht entscheiden.

63 Genauer: Nicht die Geschichtlichkeit legitimiert, sondern das Übereinkommensein suggeriert, die Legitimationsfrage sei ehemals gelöst worden; — eine historisch *ersparte* Legitimation. — Auch das in diesem Sinn historisch „legitimierte" erlaubte Risiko bringt Handlungsfreiheit auf Kosten von Gütersicherheit; insoweit übereinstimmend *Frisch* Verhalten S. 72 ff, 76 und passim. Aber das Ergebnis ist — entgegen *Frisch* — nicht stets ein Produkt rationaler „Abwägung", sondern teils Akzeptation des Überkommenen.

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

65 Zum Widerspruch zwischen Güterschutz und erlaubtem Risiko siehe schon *Welzel* ZStW 58 S. 491 ff, 514 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

wird durch die Produktion für alle Unfälle mit diesen Fahrzeugen kausal, ohne daß die Produktion deshalb zu einem Geschehen würde, das nur im Zusammenhang mit einem rechtfertigenden Kontext tolerierbar wäre[66]. Erst bei einer Risikoüberschreitung (etwa bei der Produktion von Fahrzeugen mit Bremsen nicht hinreichender Mindestverzögerung) werden Fragen nach Vorsatz, Fahrlässigkeit und gegebenenfalls einem rechtfertigenden Kontext strafrechtlich relevant (zur Trennung von Unrecht und Rechtfertigung siehe oben 6/51).

40 b) Diese Konzeption entspricht der heute zumindest beim Fahrlässigkeitsdelikt wohl überwiegenden Lehre[67], wobei die Problematik mit der Differenzierung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit allerdings nichts zu tun hat[68], da ein erlaubtes Risiko nicht dadurch verboten wird, daß der Täter sich die Erfolgschance (oder bei Tätigkeitsdelikten — oben 6/85 — die Chance, in einer tatbestandsmäßigen Situation zu handeln[68a]) vergegenwärtigt und nicht dadurch unverboten, daß er nicht an sie denkt. Freilich ist eine praktische Affinität des erlaubten Risikos zur Fahrlässigkeit gegeben; das Problem firmiert dort zumeist unter der Bezeichnung der Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Diese Affinität beruht darauf, daß die Auslösung der — regelmäßig minimalen — erlaubten Risiken und der dicht darüber liegenden Risiken kaum je mit dem Bewußtsein der Schadensfolge erfolgt[69]. Beispiel: Wer ordnungsgemäß oder ein wenig zu schnell durch eine belebte Stadt fährt, denkt in der Regel nicht aktuell an das minimale Risiko, das er durch sein Verhalten setzt; zumindest ist Gegenteiliges nicht nachweisbar. — Zur Problematik der Fahrlässigkeit bei Risikogewöhnung siehe unten 9/15.

---

66 Hiergegen zu Unrecht *Schmidhäuser* AT 9/32; sein Hinweis, der Bau von Kraftfahrzeugen sei gefährlicher als etwa derjenige von Karren für die Gartenpflege, betrifft freilich nicht nur ein Quantitätsproblem. Auch wenn man berücksichtigt, daß mit Gartengeräten Unfälle möglich bleiben, so ist doch das Risiko eines Kraftfahrzeugs der Art wie auch der Höhe nach zumindest theoretisch umgehbar, während das Risiko eines Gartengeräts wenn nicht der Art, so doch der Höhe nach ein überhaupt mit jedem Leben verbundenes Risiko sein dürfte. Es besteht jedoch kein Zwang, das erlaubte Risiko nur nach einer nicht-technisierten Welt zu bestimmen.

67 *Welzel* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte S. 14 ff; *ders.* Strafrecht § 10 IV vor a und § 18 I 1 a β; *Gallas* ZStW 67 S. 1 ff, 26; *Engisch* DJT-Festschrift Bd. I S. 401 ff, 417 f; *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 160; *Blei* AT § 82 II 1; *Schaffstein* Welzel-Festschrift §§ 557 ff, 559; *Stratenwerth* AT Rdn. 337 ff, 344; *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 26 f; *Jakobs* Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff, 12 ff; *ders.* Studien S. 52, 88 f und passim; *Schünemann* JA 1975 S. 435 ff, 439 f, 442; *Zipf* ZStW 82 S. 633 ff, 647 ff; *Maurach-Gössel* AT II § 43 Rdn. 39; der Sache nach auch *Preuß* Untersuchungen S. 185 mit zahlreichen Nachweisen passim. — *A. A.* (Rechtfertigung:) BGHZ 24 S. 21 ff; *Schmidhäuser* AT 8/78, 9/30 ff, 31; *ders.* Studienbuch 6/102 ff; *Engisch* Untersuchungen S. 285 ff; — (Ausschluß der *Tatverantwortung:*) *Maurach* AT [4] § 43 II B 2 und § 44 II A; *Rehberg* Erlaubtes Risiko S. 186; — (Ausschluß der Schuld:) *Kienapfel* Erlaubtes Risiko S. 21, 27 f; *Roeder* Einhaltung S. 77 mit antiquierten Argumenten zur Notwehr; (Problem des Fahrlässigkeitsbegriffs, ansonsten überflüssig:) *LK-Hirsch* Rdn. 32 vor § 32; *Hirsch* Universität zu Köln-Festschrift S. 399 ff, 404 ff; *Armin Kaufmann* Jescheck-Festschrift S. 251 ff; („gemeinsames Strukturprinzip für verschiedene Rechtfertigungsgründe":) *Jescheck* AT § 36 I 1.

68 Insoweit wie hier *Schmidhäuser* AT 9/31; *Krauß* ZStW 76 S. 19, 47; *Nowakowski* JZ 1958 S. 388 ff, 390; *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 160; *Preuß* Untersuchungen S. 194 ff; *Frisch* Vorsatz passim; *Maiwald* Jescheck-Festschrift S. 405 ff, 422 f; *Herzberg* JR 1986 S. 6 ff, 7 f; *Jescheck* AT § 25 IV 1; *Triffterer* Bockelmann-Festschrift S. 200 ff, 212 ff; zweifelnd *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 160 f.

68a Das erlaubte Risiko ist kein Spezifikum von Erfolgsdelikten und dort nicht für das Tatbestandsmerkmal „Erfolgsverursachung" reserviert. So gibt es etwa auch bei der Wahrheitspflicht gemäß den §§ 153 ff StGB ein erlaubtes Risiko oder für den Strafverfolgungsbeamten bei der Beurteilung der Schuld des Verfolgten im Rahmen eines nötigenden Verhaltens (§ 240 StGB); *Herzberg* JR 1986 S. 6 ff, 7.

69 Im Einzelfall, besonders bei einer Bündelung vieler Einzelrisiken in einer Handlung zu einem dichten Gesamtrisiko, findet die Vergegenwärtigung des Risikos statt. Dies zeigt sich an den dann getroffenen Rettungseinrichtungen. Beispiel: Bei der Einrichtung einer Großbaustelle wird für die

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

2. Das erlaubte Risiko als Hindernis der objektiven Zurechnung, also als *Tatbestands*hindernis, muß, zumal bei dem durch Interessenabwägung begründeten erlaubten Risiko, vom *rechtfertigenden* Notstand abgeschichtet werden. Auch beim rechtfertigenden Notstand gibt es eine Berücksichtigung von Risiken („Gefahren") für Interessen, die zur Erlaubnis eines riskanten Verhaltens führen kann. Jedoch kommt es beim rechtfertigenden Notstand stets auf den speziellen Zweckzusammenhang an, in dem die Handlung steht: Der Handlungskontext rechtfertigt. Beim erlaubten Risko hingegen mag der als typisch erwartete Handlungskontext das Motiv zur Risikoerlaubnis abgegeben haben, ohne daß es aber bei der einzelnen Handlung darauf ankäme, ob sie in einem entsprechenden Kontext steht. Beispiel: Der Fahrer eines Krankenwagens darf die den Straßenverkehr regelnden Normen einzig zur Abwehr einer sonst nicht zu beseitigenden Gefahrenlage brechen (Rechtfertigung), aber auch die nutzlose Spazierfahrt mit einem Schwerlastwagen ist erlaubt (Tatbestandsausschluß). Im letzteren Fall geht es allein um Handlungsfreiheit, im ersteren um den Einsatz der Handlung für ein Interesse. Damit fügt sich die Grenze zwischen erlaubtem Risiko und rechtfertigendem Notstand ohne jede Modifikation in die allgemeine Grenze zwischen Tatbestandsausschluß und Rechtfertigung ein: Was ohne Blick auf den Kontext nicht enttäuscht, erfüllt schon nicht einen Tatbestand[70]. — Nach den genannten Kriterien der Differenzierung wäre es verfehlt, allein schon daraus, daß eine lex artis eingehalten wurde — etwa bei einer riskanten Operation —, auf die Einhaltung des erlaubten Risikos zu schließen[71]; denn die Erlaubnis zur Vornahme einer der lex artis entsprechenden Handlung kann, aber muß nicht ohne Blick auf den Zweckzusammenhang erfolgen. So ist z. B. das „kunstgerechte" Autofahren allemal erlaubt, während für eine der lex artis gemäße Beinamputation zur Rechtfertigung neben einer Einwilligung ein vernünftiger Zweck erforderlich ist. Man mag freilich den Zweckzusammenhang in die lex artis eingliedern: Nur die medizinisch indizierte Indikation ist dann kunstgerecht; aber dadurch wird die Relevanz des Zweckbezugs nicht beseitigt. **41**

Ein erlaubtes Risiko, das aufgrund objektiv erkennbarer unglücklicher Bedingungen in der Zuständigkeit des Handelnden zu einem Schaden führt, kann es nicht geben; denn bei so gearteter besonderer Gefährlichkeit endet das erlaubte Risiko (unten 7/47). Beispiel: Ein Auto mit objektiv erkennbar defekten Bremsen darf niemand benutzen. Eine Abwehr solcher Gefahren erfolgt nach den Regeln des defensiven Notstands oder, bei sogar schuldhaftem Handeln, nach den Regeln der Notwehr. — Liegen die unglücklichen Bedingungen allein in der Zuständigkeit des Opfers oder dritter Personen, bleibt das Risiko erlaubt, aber der Handelnde haftet nach § 323 c StGB (unten 7/59 ff mit Beispielen). Eine Abwehr solchen Verhaltens folgt den Regeln des aggressiven Notstands. Schwieriger wird die Entscheidung über die Abwehrrechte, wenn ein Schaden wegen objektiv nicht erkennbar unglücklicher Bedingungen in der Zuständigkeit **41a**

Anwesenheit einer Ambulanz, oder bei der Errichtung eines Hochhauses wird für eine Feuerwehrzufahrt gesorgt, *weil* die Unfallmöglichkeiten bedacht werden. Aber auch bei einem vereinzelten minimalen Erfolgsrisiko ergibt sich bei Vorsatz kein besonderes (d. h. nicht auch der Fahrlässigkeit eigenes) Problem. Es fehlt — entgegen *Hirsch* ZStW 74 S. 78 ff, 98 — auch nicht die Tatherrschaft: Diese ist nie stärker, als es die Verwirklichungschance ist. — Eingehend zum Verhältnis von erlaubtem Risiko und Vorsatz *Preuß* Untersuchungen S. 194 ff, 207 ff. — Verfehlt *Bockelmann-Volk* AT § 14 IV 2 a, der in Fällen des erlaubten Risikos Vorsatz und Fahrlässigkeit verneinen will; — wenn aber der objektive Tatbestand vorliegt, kann der subjektive nicht *prinzipiell* fehlen. — Umgekehrt falsch *Zipf* ZStW 82 S. 633 ff, der ein erlaubtes Risiko bei Absicht ausschließen will; — als wenn sich die Absicht den objektiven Tatbestand schaffen könnte!

70 Ebenso *Preuß* Untersuchungen S. 186; *Roxin* Klug-Festschrift S. 303 ff, 310 ff.

71 So aber *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 94 vor § 32; bezüglich der Pflichten eines Krankenhausarztes gegenüber suizidgefährdeten Patienten auch *Wolfslast* NStZ 1984 S. 105 ff, 107.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

des Täters zu einem Schaden führt (also aufgrund erlaubt riskanten Verhaltens), aber das Opfer oder eine dritte Person mit Sonderkenntnissen inhibiert den Schadensverlauf durch Eingriff in die Güter des Handelnden (oder dies geschieht ohne Kenntnis der Gefahrenlage als Abwehr in Unkenntnis einer gegebenen Rechtfertigungslage). Beispiel: Der Start eines bestens gewarteten Flugzeugs wird im letzten Augenblick durch einen Schuß auf den Piloten verhindert; da ein wichtiges Aggregat durch Sabotage zerstört wurde, wäre das Flugzeug ansonsten auf ein Wohngebiet gestürzt. Wegen der Zuständigkeit für den Schadensverlauf gelten die Regeln des defensiven Notstands[71a]; Rechtmäßigkeit des Verhaltens und vorrangige Zuständigkeit für die Hinderung von Schadensfolgen schließen sich nicht aus. Im Beispielsfall mag also der Schießende gerechtfertigt handeln oder, wenn er die Rettung nicht kennt, nur nach den Regeln des Versuchs haften.

C. Einzelheiten

1. Die Bewertungsmaximen

42 a) Weniger genau als die Bestimmung der dogmatischen Stellung des erlaubten Risikos fällt die Bestimmung seiner konkreten Gestalt aus. Immerhin kann der oben für das erlaubte Risiko gegebenen Begründung entnommen werden, daß Risiken, die der soziale Kontakt mindestens mit sich bringt, erlaubt sind[71b] (erlaubtes *Mindestrisiko*), weil ansonsten der Zweck der Erwartensstabilisierung dahin wäre. Beispiel: Daß ein Mensch ohne Krankheitsanzeichen und ohne Kontakt zu Bereichen erhöhter Infektionsgefahr doch mit einer ansteckenden Krankheit behaftet sein könnte und deshalb andere Menschen anstecken könnte, ist kein rechtlich relevantes Risiko[71c].

43 b) Zudem läßt sich einiges, was *nicht* mehr ein erlaubtes Risiko ist, exakt ausgrenzen; denn durch das Verbot eines bestimmten Verhaltens, das der Vermeidung von Verletzungen oder auch nur abstrakten Gefährdungen dient, wird dieses Verhalten aus dem Kreis dessen ausgeschieden, was möglicherweise trotz eines Folgenrisikos als sozial unauffällig toleriert wird. Der Vollzug eines solchen Verhaltens mag im Einzelfall gerechtfertigt sein, er ist aber nicht tatbestandslos[72]. Beispiel: Der einzig verfügbare Arzt, der mäßig betrunken zu einem Notfalleinsatz fährt, handelt tatbestandsmäßig (§ 316 StGB), wenn auch gerechtfertigt (§ 34 StGB). Auch bei geringen Risiken sind die gesetzlich ausgeschiedenen Verhaltensweisen nicht mehr erlaubt. Da die risikoträchtigen Lebensbereiche in der Regel rechtlich normiert sind (Straßenverkehr, Luftverkehr, Voraussetzungen zur Ausübung gefährlicher Berufe und Tätigkeiten etc.), sind die ausgeschiedenen Bereiche quantitativ gewichtig. Beispiel: Straßenverkehrsverhalten entgegen den (abstrakte) Gefährdungen verbietenden Normen im StGB, in der StVO und in der StVZO etc. ist unerlaubt; deshalb kann auch das durch konzentrierte Aufmerksamkeit minimalisierte Risiko eines Fahrens im Zustand der Trunkenheit oder bei Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit oder mit einem Kraftfahrzeug ohne zwei unabhängige Bremssysteme etc. nicht erlaubt sein (im Sinn von tatbestandslos; Rechtfertigung bleibt möglich). — Freilich dient das Verbot eines Verhaltens nicht der Vermeidung schlechthin aller überhaupt eintretenden Folgen, so daß es am

---

71a So wohl auch *Lampe* ZStW 101 S. 3 ff, 18 f.

71b *Frisch* Verhalten S. 90 ff.

71c Zum Risiko der Übertragung des Humanen Immunmangel-Virus siehe BGH 36 S. 1 ff, 16 f.

72 *Jakobs* Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff, 13 f; *Frisch* Verhalten S. 90 ff; schwächer (nur „Indizwirkung") *SK-Samson* § 16 Anhang Rdn. 20; siehe auch *Kuhlen* Fragen S. 114 ff; *a. A.* („objektive Sorgfaltspflicht und Sondernorm sind grundsätzlich unabhängig voneinander", wobei aber — genau entgegen der hier vertretenen Ansicht — eine *Limitierung* der Sorgfalt durch Sondernormen möglich sein soll) *Bohnert* JZ 1982 S. 6 ff, 7 f. — Natürlich kann trotz des unerlaubten Risikos der subjektive Tatbestand fehlen; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 163, 166.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Normzweckzusammenhang fehlen mag (dazu unten 7/72 ff). Beispiel[73] : Das Verbot, an Kreuzungen zu überholen, soll die Verkehrsteilnehmer der einmündenden Straßen, nicht aber die Überholten schützen; das Überholen ist also ein zwar unerlaubtes Risiko, das sich freilich in einer Schädigung des Überholten nicht verwirklicht.

c) Neben die gesetzlichen Regelungen gefährlicher Lebensbereiche treten Kunstre- **44** geln, technische Normen und weitere eher informelle Regelungssysteme. Das in diesen Normen Verpönte ist freilich nicht mehr als ein Indiz[74] für das Unerlaubte eines Risikos[75], da der Konsens einer Fachvereinigung zwar „geronnene Erfahrung"[76] ist, aber im Gegensatz zum Gesetz keine verbindliche Wertung enthält.

d) Der negativen Bedeutung verhaltensregulierender Normen entspricht nicht eine **45** positive Bedeutung des Inhalts, daß das Nicht-Ausgeschlossene erlaubt sei; denn der jeweilige Regelungskomplex ist entweder nicht vollständig oder aber er enthält — so insbesondere § 1 Abs. 2 StVO — einen allgemeinen Verbotsvorbehalt[77]. Durch diesen Vorbehalt wird die Ausschöpfung des Nicht-Verbotenen auf ideale Begleitbedingungen beschränkt, aber immerhin wird anerkannt, daß das Risiko des Betriebs bei idealen Bedingungen zu tolerieren ist (erlaubtes *Grundrisiko* eines gefährlichen Bereichs), und zwar ohne solche Beschränkungen des Betriebs, durch die er seine Daseinsberechtigung verlöre[78]. Beispiel: Das Grundrisiko eines Verkehrs auf Straßen außerhalb geschlossener Ortschaften darf nicht an einem Tempo wie innerhalb, dasjenige auf Autobahnen nicht an ein Tempo wie auf anderen Straßen gebunden werden, solange das Gesetz zwischen den Straßen differenziert. — Neben dieses erlaubte Grundrisiko tritt die Erlaubnis zu *erhöhten Einzelrisiken,* sofern der Betrieb unter nicht idealen Bedingungen als nützlicher angesehen wird als ein völliges Verbot. Beispiele: Auch vorsichtiges Fahren bei Nebel oder Glatteis oder bei Regen im Berufsverkehr ist — wie die Unfallstatistiken lehren — gefährlicher als unter Idealbedingungen, trotzdem aber ohne Blick auf den konkreten Zweck der Fahrt erlaubt.

Es gibt also nicht einen bestimmten, als Zahlenwert ausdrückbaren Bruchteil von Gefährdungserlaubnis, sondern nur ein je nach dem Gebiet und den Begleitumständen schwankendes Maß[79]. Kraß: Kein leicht betrunkener Routinier kann sich darauf berufen, daß er immer noch besser sein Auto fährt als ein Anfänger; — der Handlungs*typ* „Trunkenheit im Verkehr" ist unerlaubt. Freilich dürfte es angebracht sein, beim Vollzug einer Handlung eines verbotenen Typs, der das *Mindestrisiko* nicht überschreitet, der allgemeinen Handlungsfreiheit den Vorrang einzuräumen. Beispiel: Wer sein Auto mit abgefahrenen Reifen auf einer einsamen, übersichtlichen Straße mit nur 10 Stundenkilometern fährt, setzt kein unerlaubtes Risiko.

e) Erlaubte Sonderrisiken und erlaubte erhöhte Einzelrisiken sind keine Besonder- **46** heit technischer Unternehmungen, sondern ubiquitär. So wäre z. B. ohne ein erlaubtes Risiko die Verbreitung einer ehrenrührigen Tatsache wegen der Gefahr einer Fehlinformation schlechthin nie zu verantworten (§§ 186 ff StGB), desgleichen nicht die Bekräftigung einer Aussage vor Gericht als exakt der Erinnerung entsprechend

---

73 BGH 4 S. 182 ff, 184.

74 Häufiger Mißbrauch hebt die „Indizwirkung" nicht auf; so hält sich z. B. im Sport ein Foulspiel mit dichter Verletzungschance nicht im Rahmen des erlaubten Risikos, auch wenn es häufig ist; *a. A. Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 53 f; *Zipf* Einwilligung S. 94 ff. — Es handelt sich um ein vom erlaubten Risiko zu trennendes Problem der Risikoeinwilligung, unten 7/127.

75 Zu den technischen Normen siehe *Lenckner* Engisch-Festschrift S. 490 ff; *Frisch* Verhalten S. 101 ff (der freilich mehr als bloße Indizwirkung annimmt); — zur Zuständigkeit der Gerichte zur Konkretisierung des Standards *Schünemann* Lackner-Festschrift S. 367 ff, 389 ff.

76 *Stratenwerth* AT Rdn. 1102.

77 *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 163.

78 *Schünemann* JA 1975 S. 435 ff, 575 ff, 576.

79 *Jakobs* Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff, 15 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

(§§ 153 ff StGB). Ohne erlaubtes Risiko dürften Eltern ihre minderjährigen Kinder nicht zu einer Besorgung über die Straße schicken und ohne ein erhöhtes Einzelrisiko dürften keine Lockerungen im Straf- oder Maßregelvollzug zugelassen werden[79a] etc. — Einzelheiten gehören zur Interpretation der Normen des jeweiligen Sachbereichs.

2. Die Beurteilungsbasis

47 a aa) Bislang wurde dargestellt, nach welchen Maximen ein gegebenes Risiko rechtlich bewertet wird. Hinzu kommt das Problem, wer beurteilt, ob ein Risiko vorliegt und wie hoch es ist. Es herrscht Einigkeit, daß es nicht auf das Urteil des jeweiligen Täters ankommt; auch die subjektive Fahrlässigkeitslehre (unten 9/5 f) bestimmt das erlaubte Risiko nicht nur subjektiv[80]. — Es geht beim erlaubten Risiko darum, daß bestimmte Handlungen schon nach ihrer äußeren Gestalt nicht enttäuschen, weil ihre Akzeptation zur Erhaltung der Möglichkeit von sozialem Kontakt nötig oder aber gewöhnlich ist. Die Konkretisierung der betreffenden Handlungen muß bei dieser Funktion des erlaubten Risikos *ex ante* erfolgen, da die Akzeptation nicht vom Ausbleiben des Erfolgs, sondern von der Handlungsgestalt abhängt[81]. Die Bestimmung muß weiterhin so erfolgen, daß eine generell akzeptable Handlungsgestalt dabei herauskommt, also *objektiv.* Welche Fähigkeiten dem gedachten objektiven Beurteiler zugeschrieben werden, ist je von der Situation und den risikobefangenen Gütern abhängig[82]. Während z. B. für die Beurteilung des Risikos eines Atomreaktors jegliches sachverständige Wissen heranzuziehen ist, kommt es bei der Beurteilung der Betriebssicherheit eines Automobils nur noch auf das Wissen eines erfahrenen Technikers an und beim Urteil, ob Lebensmittel verdorben sind, entscheidet bei deren industrieller Konservierung das Urteil eines Lebensmittelchemikers, bei deren individuellem Verbrauch jedoch dasjenige einer erfahrenen Hausfrau. Wenn in allen Fällen auf ein sachverständiges Höchstwissen abgestellt würde, so würde das schon dem durch Kosten-Nutzen-Saldierung begründeten erlaubten Risiko nicht gerecht und noch weniger dem erlaubten Risiko mit „historischer Legitimation". Mit anderen Worten, die Absicherung des Risikourteils ist seinerseits unter Berücksichtigung einer je nach Sachgebiet schwankenden Risikomarge zu bestimmen.

48 bb) Auch die Rechtsprechung differenziert nach „Verkehrskreisen", etwa nach dem Urteilsvermögen eines „gewissenhaften Kraftfahrers"[83] oder „verantwortungsbewußten Kraftfahrers"[84], eines „mit einer gefahrvollen Führungsaufgabe betrauten Offiziers"[85], eines „Trägers eines so verantwortungsvollen Berufs, wie es der eines Arztes ist"[86], eines „gewissenhaften nichtärztlichen Heilbehandlers"[87], ärztlicher Hilfspersonen[88], oder stellt (bei Beurteilung der Konkursreife eines Unternehmens) auf den Umfang „kaufmännischer Sorgfalt" ab[88a] u. a. m.

[79a] Siehe LG Göttingen NStZ 1985 S. 410 f; zum Umfang des hierbei erlaubten Risikos *Schaffstein* Lackner-Festschrift S. 795 ff, 801 ff; *Kusch* NStZ 1985 S. 385 ff.

[80] Mißverständlich *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 139.

[81] Überwiegende Ansicht; zu den vereinzelt vorgenommenen Versuchen, zwischen Handlungen mit und ohne schädliche Folgen zu differenzieren, siehe *Jakobs* Studien S. 51 mit Fn. 11 und 12.

[82] So zur objektiven Voraussehbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt die überwiegende Ansicht; *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 31 ff, 56; *Armin Kaufmann* ZRV 1964 S. 41 ff, 51; *Schünemann* JA 1975 S. 435 ff, 575 ff, 576; *Deutsch* Fahrlässigkeit S. 128 ff; *Engisch* Untersuchungen S. 283 ff, 334 ff; *Nowakowski* JurBl. 1972 S. 31 f; *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 168 ff; *Welzel* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte S. 24 f; *Frisch* Vorsatz S. 128 ff; *Herzberg* Verantwortung S. 166 ff; *Kuhlen* Fragen S. 101 ff; weitere Nachweise bei *Jescheck* AT § 55 I 2 b Fn. 6.

[83] BGH 16 S. 145 ff, 151.

[84] BGH 7 S. 307 ff, 309.

[85] BGH 20 S. 315 ff, 319.

[86] BGH 3 S. 91 ff, 95.

[87] RG 67 S. 12 ff, 23.

[88] BGH 6 S. 283 ff, 288.

[88a] BGHZ 75 S. 97 ff, 110, 113; dazu *Harneit* Überschuldung S. 81 ff, 90 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

b aa) Schwierig ist die Entscheidung, wenn aufgrund eines überlegenen *Sonderwissens* des Täters ein erhöhtes Risiko oder gar die Sicherheit eines Erfolgs prognostiziert werden kann. Das Problem ist mit demjenigen identisch, ob beim Unterlassungsdelikt zur Abwendung von Erfolgen auch besondere individuelle Fähigkeiten einzusetzen sind[89]. Für die Berücksichtigung von Sonderwissen bei der Prognose spricht, daß ansonsten unter Ausnutzung von Risikolagen Erfolge manipuliert werden könnten; Beispiel: Der Neffe, ein einschlägig kundiger Biologe, legt den im Konservengericht zufällig erkannten Giftpilz gerade seinem Erbonkel auf den Teller. Gegen eine Berücksichtigung spricht freilich, daß eine überobligationsmäßig erbrachte Aufmerksamkeit ansonsten Vermeidepflichten und eine entsprechende Beschränkung des Handlungsspielraums zur Folge hätte (zum genannten Beispiel: Niemand muß Konservenpilze vor dem Verzehr kontrollieren). **49**

bb) Die Problematik des Sonderwissens entsteht, weil der zur Entscheidung über die Situation kompetente Beurteiler (oben 7/47 f) je danach, wofür der Täter Garant ist, in mehr oder weniger eng geschnittene Rollen versetzt wird. Im Grundfall ist der Zuschnitt eng; kraß: Ein Radfahrer muß zur Ermittlung des erlaubten Risikos auch dann nicht als Mathematiker oder als Elektroingenieur gedacht werden, wenn der realiter radfahrende Mensch die genannten Qualifizierungen besitzt. Diese enge Rollenbegrenzung gilt freilich nur so lange, wie ein Täter nicht Garant dafür ist, daß ein Sonderrisiko beherrscht wird oder daß dem Opfer aus institutionellen Gründen geholfen wird. Besteht aber eine solche Garantenpflicht, so wird nicht etwa ein Wissen des Täters zum Wissen des kompetenten Beurteilers addiert (das liefe auf eine Vermischung der objektiven und der subjektiven Tatseite hinaus[89a]), sondern der Beurteiler selbst wird in eine weiter zugeschnittene Rolle des Täters versetzt. Weil es um ein Wissen des Beurteilers geht, kommt es auf überängstlich zustande gekommene Annahmen des Täters nicht an. Beispiel: Wer den herben Geruch von Waldpilzen als Giftgeruch mißdeutet, handelt trotzdem innerhalb des erlaubten Risikos, wenn er die Pilze serviert.

cc) Zur Lösung ist also zu unterscheiden[89b]: **50**

α) Bei Organisationszuständigkeit wird die Rolle des Täters immer negativ bestimmt: Es geht um Schadensvermeidung. Im Grundfall, soweit der Täter gegenüber dem Opfer kein Sonderrisiko beansprucht, kann das Opfer auch keine Aktivierung von Sonderfähigkeiten des Täters verlangen[89c]. Beispiele: Ein Ingenieur, der einen Ge-

89 Dazu unten 29/14; praktisch spielt das Problem nur eine geringe Rolle (siehe die bei *Stratenwerth* Jescheck-Festschrift S. 285 ff, 300 mit Fn. 54 genannten Entscheidungen). Nach Sonderwissen und Sonderkönnen differenzierend (wie aber für ein Wissen-Können?) *Schünemann* Schaffstein-Festschrift S. 159 ff, 165 f; ebenso *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 64 ff; Können und Wissen-Können ausdrücklich vereinigend (aber wieso anders für Wissen als für Wissen-Können?) *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 147; nach dem Regelfall und der konkreten Gefahrensituation differenziert *Stratenwerth* Jescheck-Festschrift S. 285 ff, 301 f; — objektivierend, aber wohl nur für Fahrlässigkeitsfälle, *Frisch* Fahrlässigkeitsdelikt S. 80, 94; *Roeder* Einhaltung S. 54 f; — differenzierend *Wolter* GA 1977 S. 257 ff, 270 f; — subjektivierend bei objektiver Bestimmung des Mindestmaßes *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 139 f; wohl auch *Mir Puig* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 253 ff, 266 ff; schlechthin jede Sonderfähigkeit soll das erlaubte Risiko verengen nach *Wilhelm* Verantwortung S. 15 f.

89a Zutreffend kritisch gegen diese Methode *Struensee* JZ 1987 S. 53 ff, 58 f, der freilich ein Sonderwissen des Täters *immer* bei der Zurechnung berücksichtigt, GA 1987 S. 97 ff, 99, 102 f; ebenso *AK-Zielinski* §§ 15, 16 Rdn. 92 (bei zutreffend objektiver Bestimmung der Risikobewertung, Rdn. 95); dagegen *Jakobs* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 271 ff, 287 ff und sogleich im Text.

89b Siehe auch zum Regreßverbot unten 24/15 und zur Ingerenz 29/105 a.

89c Hierher gehört auch die Erlaubtheit des prozessualen Vorbringens eines Strafverteidigers, der weiß, daß das Tatbild, wie es sich prozessual darstellt, für den Angeklagten zu günstig ist: Jedes Wissen, das nicht auf der Darstellung der Tat im Prozeß beruht, ist Sonderwissen und löst keine Pflichten aus. Eingehend mit Nachweisen *Beulke* Strafbarkeit passim.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

brauchtwagen erwerben will und bei der Probefahrt aufgrund seiner besonderen technischen Kenntnisse bemerkt, daß die Bremsen des Fahrzeugs demnächst versagen werden, begeht keine Tötung oder Sachbeschädigung, wenn er in Kenntnis der Folgen das Auto zurückgibt (Tun!), ohne den Schaden anzuzeigen. — Ein bei einem Bauunternehmen aushilfsweise beschäftigter Student einer technischen Hochschule haftet nicht für die Folgen, wenn er anweisungsgemäß eine Betonmischung in eine Verschalung schüttet, wobei er erkennt, daß die Tragfähigkeit falsch berechnet ist. — In solchen Fällen ist der Organisationskreis des Opfers seinerseits erfolgsbezogen organisiert oder aber von dritter Seite bedroht (dazu eingehender unten 7/61, 65, 65 a und zum Regreßverbot 24/15 ff). — Droht eine Katastrophe, bleibt eine Haftung aus § 323 c StGB.

β) Der Rollenzuschnitt ist zu erweitern, wenn der Täter Garant für die Beherrschung eines Sonderrisikos ist: Zur Rolle gehört dann alles, was erforderlich ist, um das Ausbleiben eines Schadens zu leisten. Es handelt sich um Situationen, in denen das potentielle Opfer berechtigt wäre, die Schadensabwendung, würde sie nicht vom Täter besorgt, nach den Regeln der Notwehr oder des defensiven Notstands auf dessen Kosten vorzunehmen. So wie das potentielle Opfer die Güter des Täters im Rahmen des Erforderlichen beanspruchen dürfte, muß der Täter das Erforderliche leisten. Beispiel: Sieht ein Kraftfahrzeughalter, der für sein Kind ein unter das Fahrzeug gerolltes Spielzeug hervorzieht, daß die Bremsleitung leckt, so sieht er das nicht nur anläßlich seiner Rolle als Vater, sondern auch in seiner Rolle als Kraftfahrzeughalter (wie ihn jeder Dritte, der ihm das kritische Ereignis mitteilt, in die Rolle als Kraftfahrzeughalter zwingt, und deshalb wird auch der kompetente Beurteiler mit der Kenntnis dieses Ereignisses ausgestattet).

γ) Bei institutioneller Zuständigkeit wird die Rolle nie über die Pflicht definiert, einen Erfolg abzuwenden, sondern über ein Spektrum von Interaktionen (bei Eltern, Ehegatten, Vertrauensnehmern u. a. m.). Zu diesem Spektrum kann — etwa beim Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern — auch die Aktivierung von Sonderfähigkeiten gehören; in der Regel zielen institutionelle Pflichten jedoch nur auf eine Standardleistung; eingehender unten 15/12 ff, 15.

δ) Bringt der Täter von sich aus das Sonderwissen in die Beziehung zum Opfer ein, gehört das Wissen damit zu der Rolle, die diese Beziehung prägt, auch wenn der Täter an sich zur Berücksichtigung des Sonderwissens nicht verpflichtet wäre. Es ist also ausgeschlossen, daß ein Täter, der ein Sonderwissen nicht zugunsten des Opfers berücksichtigen muß, es zu Lasten des Opfers ausnutzt. Im eingangs (7/49) genannten Beispiel der zufälligen Entdeckung eines Giftpilzes in einer Speise bleibt es also nur dann bei einer Strafe aus § 323 c StGB, wenn der Servierende sich verhält, als wisse er nichts; sucht er aber unter den Gästen sein Opfer aus, orientiert er sich an seinem Sonderwissen und verhält sich damit unerlaubt riskant.

V. Die objektive Zurechnung, 3. Fortsetzung: Der Ausschluß bei erlaubtem Vertrauen (Vertrauensgrundsatz)

Literatur

Siehe zu IV

51 A. Vertrauensgrundsatz[90] heißt die Erlaubnis, trotz der Erfahrung, daß andere Menschen Fehler machen, auf deren richtiges Verhalten — in einem noch zu bestim-

90 Terminologische Bedenken bei *Kirschbaum* Vertrauensschutz S. 220 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

menden Maß — zu vertrauen (verstanden nicht als psychisches Ereignis, sondern als Vertrauen-*Dürfen*). Der Vertrauensgrundsatz ist nicht nur ein Unterfall des erlaubten Risikos, sondern auch des Regreßverbots[91]: Es geht nicht allein darum, daß Menschen bei gemeinsamen Aktionen oder anonymen Kontakten Störfaktoren sein können wie unberechenbare natürliche Verläufe (insoweit erlaubtes Risiko), sondern es geht auch um die Verantwortlichkeit[92] dieser Menschen für ihre Fehler (insoweit Regreßverbot). Während beim erlaubten Risiko ein Konflikt entweder als Fehler des Täters oder des Opfers oder als Unglück definiert werden muß, kommt beim Vertrauensgrundsatz die Möglichkeit hinzu, den Konflikt als Fehler des dritten Beteiligten zu definieren; diese Möglichkeit des Umgangs mit einem Konflikt dürfte die Hauptwurzel des Vertrauensgrundsatzes bilden.

B 1. Nun geht, wie zum Regreßverbot noch darzulegen ist, bei Vermittlung einer **52**
Verursachung durch andere Personen der schädigende Verlauf sowieso nur diejenigen Beteiligten etwas an, die Garanten für die Schadlosigkeit des Verlaufs sind; eine Garantenstellung ist allein mit der Verursachung nicht ausgemacht. Beispiel: Ein Tankwart haftet nicht für die Verkehrstauglichkeit der Fahrzeuge, die er betankt (unberührt bleibt die Haftung aus § 323 c StGB). Mit anderen Worten, problematisch ist nicht nur die potentielle Haftungs*befreiung* des Vertrauenden trotz Voraussehbarkeit eines Fehlverhaltens anderer Beteiligter (die Haftungsbefreiung per Vertrauen), sondern problematisch ist auch schon die potentielle *Haftung* des Vertrauenden in einer Lage, die einzig andere Personen deliktisch gestalten (die mögliche Zurechnung fremder Fehler). *Eines Vertrauensgrundsatzes bedarf es also nur, wenn der Kausalverlauf an sich von dem Vertrauenden zu verantworten ist, obgleich ein anderer ihn durch ein fehlerhaftes Verhalten ins Schädigende lenkt.* Das ist freilich in den Bereichen, denen die Beispielsfälle für den Vertrauensgrundsatz entnommen werden[93], auch der Fall, da der Vertrauende dort Garant für einen guten Ausgang ist: Das Lenken eines Autos geschieht im jeweils eigenen Organisationsbereich des Fahrers und begründet eine Garantenstellung der Gefährlichkeit der Sache wegen; entsprechend handeln Ärzte bei einer Operation in ihrem Organisationsbereich, sind Eltern Garanten, soweit Kinder ihren Weisungen unterliegen etc.[94].

---

91 *Jakobs* ZStW 89 S. 1 ff, 13 ff. — Anders *Roxin* Tröndle-Festschrift S. 177 ff, 185 ff: Regreßverbot als Unterfall des Vertrauensgrundsatzes, dieser wiederum als Unterfall des erlaubten Risikos. Konsequent endet der Vertrauensgrundsatz nach *Roxin* bei „erkennbarer Tatgeneigtheit" (S. 190). Aber das läßt sich nicht ausnahmslos durchhalten (siehe S. 191: keine Haftung bei mangelndem objektiven Sinn einer Förderung; S. 197: generelle Unerkennbarkeit der Tatgeneigtheit bei Alltagshandlungen).

92 Grundlegend zur Verantwortlichkeit als Wurzel des Vertrauensgrundsatzes *Stratenwerth* Eb. Schmidt-Festschrift S. 383 ff; *Schumann* Handlungsunrecht S. 7 ff; *Wehrle* Beteiligung S. 52 ff; *Frisch* Verhalten S. 189 ff; — *Wilhelm* Verantwortung S. 62 ff verfehlt mit der Annahme, es gehe um die Ausscheidung der Haftung für *leicht fahrlässiges* Verhalten, die qualitative Besonderheit gerade des Vertrauensprinzips.

93 Ob der Vertrauensgrundsatz überhaupt außerhalb des Straßenverkehrs gilt, ist im einzelnen streitig; wesentlich ist, daß es im Straßenverkehr keine Kontroll- und Weisungsbefugnis der Verkehrsteilnehmer gibt, wohl aber in anderen Bereichen: Auf Kontrolle und Weisung darf natürlich nicht im Vertrauen darauf verzichtet werden, der Untergebene werde von allein richtig handeln; BGH 3 S. 91 ff, 95; 6 S. 283 ff, 287; StV 1988 S. 251 f; *Stratenwerth* AT Rdn. 1160 f; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 176; zur fehlerhaften Weisung eingehend *Wilhelm* Verantwortung S. 119 ff. — Eine Anwendung des Vertrauensgrundsatzes zum Verständnis des Betrugsverhaltens versucht *Ellmer* Betrug S. 273 ff.

94 Die Unsicherheit der Anwendung des Vertrauensgrundsatzes auf nicht motorisierte Verkehrsteilnehmer (siehe dazu *Kirschbaum* Vertrauensschutz S. 225 ff mit Nachweisen) ist Konsequenz der schwächeren Verantwortung dieser Personen für die Gefahren des Verkehrs: Es fehlt die Zuständigkeit für die Sondergefahr „Automobil" o. ä.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

53 2 a) In dem überhaupt verbleibenden Bereich, in dem die Fehlerhaftigkeit fremden Verhaltens die eigene Verantwortung nicht schon nach den Regeln des Regreßverbots ausschließt, wäre häufig effektive Arbeitsteilung unmöglich (im ärztlichen Operationsteam[95], bei den Bedienungs- und Wartungsteams eines Flugzeugs, der Bahn, eines Busses, bei arbeitsteiliger Produktion[95a], im Sport[95b] etc.), wenn jeder alles Kontrollierbare kontrollieren müßte; zumindest schlösse die kontrollierende Zuwendung zu fremder Tätigkeit eine volle Zuwendung zur eigenen Tätigkeit aus. Entsprechendes gilt für nicht-gemeinsame Aktionen (Straßenverkehr); auch hier bedarf es an den Punkten, bei denen sich die jeweiligen Kausalverläufe gegenseitig beeinflussen können, einer Arbeitsteilung dahin, daß nicht jeder der Beteiligten alle Beeinflussungsmöglichkeiten kontrollieren muß, sondern nur bestimmte, diese aber mit dann ungeteilter Aufmerksamkeit. Diese Aufteilung von Zuständigkeiten kann aus den schon genannten zwei Gründen ohne Schaden für die Erwartenssicherheit geleistet werden: Zum einen wäre ohne die Aufteilung wegen der dann eintretenden Überforderung der Beteiligten das Ergebnis per Saldo schlechter; zum anderen kann der Fehler eben als Fehler des Zuständigen verarbeitet werden.

54 b) Aus dem zuletzt genannten Grund folgt, daß ein erlaubtes Vertrauen ausscheidet, soweit den an sich Zuständigen erkennbar Regelkenntnis oder eine Befolgungsmöglichkeit der Regeln fehlt oder sie von der Regelbefolgung dispensiert sind; so darf ein Autofahrer im Straßenverkehr nicht auf korrektes Verhalten von gebrechlichen Personen oder von nicht beaufsichtigten Kindern[96] oder Teilnehmern eines Karnevalszugs vertrauen. — Zur Behandlung von Sonderwissen siehe oben zum erlaubten Risiko 7/49 ff.

55 c aa) Ein erlaubtes Vertrauen scheidet weiterhin aus, wenn es Aufgabe eines (oder auch jedes) Beteiligten ist, ein Fehlverhalten anderer zu kompensieren. Beispiel: Ein Autofahrer, der einen Radfahrer überholt, muß zwar nicht damit rechnen, daß dieser unvermittelt nach links abbiegt (Vertrauensgrundsatz), aber er darf nicht ausschließen, daß dessen Spur ein paar Dezimeter nach links schwankt. Entsprechend muß der Radfahrer nicht damit rechnen, daß der Überholende nur wenige Zentimeter Sicherheitsabstand läßt (Vertrauensgrundsatz), aber er darf nicht davon ausgehen, den zustehenden Sicherheitsabstand bis zum letzten Zentimeter schadlos ausnutzen zu können. In solchen Fällen wird *mehrfach* normativ garantiert, daß ein bestimmter Schadensverlauf ausbleibt, und zwar durch Pflichten bei verschiedenen Personen (der Radfahrer soll nicht vermeidbar schwanken, der Autofahrer soll aber bei der Bestimmung seines Sicherheitsabstands ein Schwanken einkalkulieren). Eine *einfache* Garantie wäre zu wenig, weil ein Fehlverhalten der in Rede stehenden Art im alltäglichen Leben nicht nur häufig stattfindet, sondern sich zudem von sozialadäquatem Verhalten nicht drastisch unterscheidet: Der sich falsch Verhaltende bleibt in seiner Rolle, und der andere muß ihn mit seiner Fehlsamkeit akzeptieren, solange er die Rolle nicht verläßt[97].

---

95 Zu ärztlichem Handeln siehe BGH StV 1988 S. 251 f und die zahlreichen Fallkonstellationen bei *Engisch* Langenbecks Archiv 288 (1958) S. 573 ff und 291 (1961) S. 236 ff; *Kamps* Arbeitsteilung S. 170 ff, 241 f; *Wilhelm* Verantwortung S. 85 ff, 119 ff; *dies.* Jura 1985 S. 183 ff; *Wastl* in: Medizin S. 243 ff.

95a Dazu *Schmidt-Salzer* NJW 1988 S. 1937 ff.

95b Siehe — den freilich zu vertrauensgrundsatzfreundlich entschiedenen — Fall bei *Burgstaller* Pallin-Festschrift S. 39 ff, 45 ff.

96 BGH 3 S. 49 ff, 51; 12 S. 162 ff, 165 f; 14 S. 97 ff, 99; zur Aufsicht siehe BGH 9 S. 92 ff, 94; — Einzelheiten und weitere Nachweise bei *Kirschbaum* Vertrauensschutz S. 239 ff; *Schumann* Handlungsunrecht S. 12 ff; *Krümpelmann* Lackner-Festschrift S. 289 ff.

97 Ähnlich die Rechtsprechung, die den Vertrauensgrundsatz bei *typischen* Fehlern ausschließt; BGH 13 S. 169 ff, 173 f; hierzu *Kirschbaum* Vertrauensschutz S. 177 ff mit Nachweisen; *Schumann* Handlungsunrecht S. 16. — Anders die Begründung bei *Frisch* Verhalten S. 408 ff, 423 ff:

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

bb) Auf das Ausbleiben drastisch deliktischen, also rollensprengenden Verhaltens darf freilich vertraut werden, und zwar auch dann, wenn sich der Vertrauende selbst rechtswidrig verhält[98]; denn die Vermeidung von Schäden durch solches Verhalten läßt sich effektiv nur vom Inhaber des Organisationskreises selbst organisieren. Insbesondere ist es Zufall, ob ein solches Verhalten an das rechtswidrige Verhalten eines anderen anknüpft oder einer solchen Anknüpfung nicht bedarf. Beispiel: Wer sich zum Zweck einer Nötigung mitten auf eine übersichtliche Straße legt, darf darauf vertrauen, daß Heranfahrende ihn erkennen, abbremsen und daß die Bremsen ordentlich gewartet sind. Aber wer sich hinter eine scharfe Straßenkurve legt, darf nicht darauf vertrauen, eine Notbremsung werde gelingen.

cc) Nach entsprechenden Regeln richtet sich die Zurechnung sogenannter *Folgeschäden* (auch: Zweitschäden): In der komplexen Lage, die durch einen ersten Schadensfall entstanden ist, gelingt es dritten Personen nicht, weitere Schädigungen zu vermeiden oder ihre Pflicht bei der Beseitigung des ersten Schadens zu erfüllen. Beispiele: Nach einem Unfall fährt ein unaufmerksamer Autofahrer gegen die auf der Straße herumliegenden Unfalltrümmer. — Ein Arzt stellt nach einem Unfall eine falsche Diagnose; (auch) deshalb bleiben die Schäden des Unfallopfers irreparabel. Daß die Zweitschädiger sich anders verhalten müßten, heißt nicht, es dürfe jedenfalls darauf vertraut werden, dies werde auch geschehen[99]. Solange dem Zweitschädiger ein eher beiläufiger Fehler unterläuft, verwirklicht sich ein Geschehen, für das auch der Erstschädiger verantwortlich ist, weil insoweit eine mehrfache Garantie durch verschiedene Personen sinnvoll ist. Erst wenn der Zweitschädiger die Rolle verläßt, die er zu erfüllen hat, insbesondere indem er sich hochgradig unvernünftig verhält[100], geschieht dies allein auf dessen eigene Verantwortung: Auf das Ausbleiben solcher Exzesse darf man vertrauen; denn ob ein Fehlverhalten solcher Art an einen Fehler des Erstschädigers anknüpft, ist Zufall. Beispiel: Schlechthin unsinnige ärztliche Diagnosen können auch für gesunde Menschen, die nicht an den Folgen einer Erstschädigung leiden, gefährlich sein.

d) Einzelheiten dazu, wie je nach der Situation die Pflichten unter den Beteiligten aufgeteilt oder als allseitige Pflichten belassen werden[101], gehören zur Interpretation der jeweiligen Regelungsbereiche, etwa der StVO. — Besteht kein Vertrauensgrundsatz, so haften mehrere Beteiligte nebeneinander; siehe dazu unten 7/83. — Zum fehlerhaften Folgeverhalten des Opfers selbst siehe auch unten 7/59, zu Spätfolgen eines Dauerschadens unten 7/81.

3. Auch der auf das Ausbleiben drastisch deliktischen, rollensprengenden Verhal- **55a**
tens ausgerichtete Vertrauensgrundsatz endet, wenn das enttäuschende Verhalten vorliegt. Dazu muß es vollzogen worden sein; die bloße Aussicht, es werde demnächst

---

Die Notwendigkeit, fremde Fehler einzukalkulieren, führe zu einer noch erträglichen Einbuße an Handlungsfreiheit.

98 *A. A.* BGH 17 S. 299 ff, 301 f; eingehend *Kirschbaum* Vertrauensschutz S. 118 ff mit Nachweisen.

99 BGH VGS 16 S. 145 ff; anders *Roxin* Gallas-Festschrift S. 241 ff, 257 f.

100 BayObLG JZ 1982 S. 731 f; ähnlich *Burgstaller* Jescheck-Festschrift S. 357 ff, wonach der Haftungszusammenhang bei grober Fahrlässigkeit unterbrochen werden soll. Für Haftung ohne Beschränkung *Frisch* Verhalten S. 408 ff.

101 Die Rechtsprechung erkennt in freilich schwankendem Maß die Erlaubnis zum Vertrauen auf Fehlerfreiheit fremden Verhaltens an: RG 70 S. 71 ff, 74 (anders noch RG 65 S. 135 ff); grundlegend dann BGH VGS 7 S. 118 ff; ferner BGH VGS 16 S. 145 ff, 148 f; BGH 21 S. 91 ff, 93 (mit Abwägungen zu den Vor- und Nachteilen der möglichen Pflichtenverteilungen); BayObLG VRS 64 S. 385; BGHZ NJW 1982 S. 1756; speziell zur ärztlichen Arbeitsteilung BGH NStZ 1983 S. 263 f. Zur Geschichte der Rechtsprechung in Straßenverkehrssachen zum Vertrauensgrundsatz *Kirschbaum* Vertrauensschutz S. 72 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

vollzogen, reicht nicht hin; denn solange die Chance, einen schädlichen Verlauf gewiß abzuwenden, für den Vertrauenden und für den Übeltäter noch gleichermaßen gegeben ist, besteht kein Grund, den Vertrauenden mit der Problemlösung zu belasten. Erst wenn dem sich fehlerhaft Verhaltenden die Herrschaft in dem Sinn entgleitet, daß nunmehr schon beiläufige Fehler schlimme Folgen haben können, muß der sich korrekt Verhaltende die Notlösung übernehmen[102] (eine mehrfache Garantie durch verschiedene Personen ist dann wieder sinnvoll). Beispiel: Auch wenn ein Wartepflichtiger forsch an eine Straße mit Vorfahrt heranfährt, darf der dort Fahrende auf die Beachtung der Vorfahrt vertrauen; wenn dem Heranfahrenden jedoch allenfalls noch eine Notbremsung glücken kann, hat das erlaubte Vertrauen geendet.

VI. Die objektive Zurechnung, 4. Fortsetzung: Die Garantenstellung und der Ausschluß der Zurechnung beim Regreßverbot

Literatur

N. K. Androulakis Rechtsproblematische Studien über die unechten Unterlassungsdelikte, 1962; *Chr. Bertel* Begehungs- oder Unterlassungsdelikt? JZ 1965 S. 53 ff; *P. Bockelmann* Strafrecht des Arztes, 1968; *A. Breit* Probleme der Intensivmedizin unter besonderer Berücksichtigung des Abstellens eines Reanimators, in: *Arthur Kaufmann* (Hrsg.) Moderne Medizin und Strafrecht, 1989 S. 117 ff; *M. Burgstaller* Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *ders.* Erfolgsverursachung bei nachfolgendem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst, Jescheck-Festschrift S. 357 ff; *ders.* Spezielle Fragen der Erfolgszurechnung und der objektiven Sorgfaltswidrigkeit, Pallin-Festschrift S. 39 ff; *K. Engisch* Tun und Unterlassen, Gallas-Festschrift S. 163 ff; *F. Exner* Fahrlässiges Zusammenwirken, Frank-Festgabe Bd. I S. 569 ff; *W. Frisch* Tatbestandsprobleme der Strafvollstreckungsvereitelung, NJW 1983 S. 2471 ff; *ders.* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *G. Geilen* Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme, JZ 1968 S. 145 ff; *ders.* Euthanasie und Selbstbestimmung, 1975; *K. H. Gössel* Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, ZStW 96 S. 321 ff; *R. D. Herzberg* Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *ders.* Strafbare Beteiligung am Suizid und gerechtfertigte Tötung auf Verlangen, JZ 1988 S. 182 ff; *Th. Hillenkamp* Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *H. J. Hirsch* Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, Lackner-Festschrift S. 597 ff; *J. Hruschka* Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit, Bockelmann-Festschrift S. 421 ff; *J. C. Joerden* Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988; *H. Kamps* Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *G. Küpper* Der „unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1982; *D. Kratzsch* Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht, Oehler-Festschrift S. 65 ff; *M. Maeck* Opfer und Strafzumessung, 1983; *R. Maurach* Fragen der actio libera in causa, JuS 1961 S. 373 ff; *H. Meyer-Bahlburg* Unterlassen durch Begehen, GA 1968 S. 49 ff; *A. v. Overbeck* Unterlassung durch Begehung, GS 88 S. 319 ff; *L. Philipps* Der Handlungsspielraum, 1974; *O. Ranft* Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht, JuS 1963 S. 340 ff; *C. Roxin* Täterschaft und Tatherrschaft, 5. Auflage 1989; *ders.* An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Engisch-Festschrift S. 380 ff; *ders.* Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-Festschrift S. 133 ff; *ders.* Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-Festschrift S. 241 ff; *ders.* Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen, NStZ 1987 S. 345 ff; *E. Samson* Begehung und Unterlassung, Welzel-Festschrift S. 579 ff; *W. Sax* Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ 1975 S. 137 ff; *B. Schünemann* Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971; *M. Schubarth* Begünstigung durch Beherbergen? Schultz-Festgabe S. 158 ff; *H. Tröndle* Sterbehilfe als rechtliches Problem, ZStW 99 S. 1 ff; *ders.* Strafrechtlicher Lebensschutz und Selbstbestimmung

---

102 *Jakobs* Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff, 17 ff; ähnlich *Stratenwerth* AT Rdn. 1157.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

des Patienten, Göppinger-Festschrift S. 595 ff; *K. Volk* Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, Tröndle-Festschrift S. 219 ff; *J. Welp* Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; *J. Wolter* Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981.

A. Die Notwendigkeit einer Garantenstellung

1. Haftungsgrund ist im Grundfall der Begehungsdelikte, daß der Täter durch sein **56**
Kausalwerden seinen Organisationskreis ohne Rücksicht auf andere Personen und auf deren Kosten ausdehnt. Nach § 13 Abs. 1 StGB sind Begehungsdelikte um eine Unterlassungsvariante zu ergänzen (sogenannte unechte Unterlassungsdelikte, unten 29/1 ff), wenn der Unterlassende — neben weiteren, kumulativen Voraussetzungen — Garant für die Vermeidung eines Erfolgs ist („dafür einzustehen hat"). Das Problem der Bestimmung dieser Garantenpflichten ist zum Teil, scil. bei den Garantenstellungen kraft Organisationszuständigkeit (eingehend unten 29/29 ff), so zu lösen, daß die Fälle bestimmt werden, in denen zwar der Täter nicht mehr handelnd kausal wird, wohl aber sein Organisationskreis noch Außenwirkungen hat. Der meist evidente Fall solcher Außenwirkungen des eigenen Zuständigkeitsbereichs, wenn auch ohne aktuelle Handlung, liegt vor, wenn der Täter sich die Notwendigkeit zu irgendwelchen Handlungen durch den Einsatz von Automaten (oder weisungsgebundenen Menschen oder abgerichteten Tieren) erspart. Beispiel: Ob jemand mit einem Auto bewußt einen Menschen überfährt, indem er Gas gibt (Handeln) oder den vorhandenen Schwung nicht bremst (Unterlassen), zählt gleich.

2. Wie beim Unterlassungsdelikt der Täter für Kausalverläufe wegen ihrer Verbin- **57**
dung mit seinem Organisationskreis zuständig sein kann, so können in der Umkehrung beim Begehungsdelikt aktuell handelnd ins Werk gesetzte Kausalverläufe vom Organisationskreis des Handelnden (oder von dem Organisationskreis, den der Handelnde für einen anderen verwaltet) distanziert werden. Diese Distanzierung des Handelnden von der Tatbestandsverwirklichung kann erfolgen, weil die Tatbestandsverwirklichung als Folge der Willkür eines anderen Menschen oder sonst als fremder Organisationszuständigkeit zugehörig definiert werden kann, insbesondere auch als zur eigenen Organisation des Opfers gehörig[103]. In diesen Fällen besteht trotz Kausalität keine Organisationszuständigkeit des Handelnden. Kraß: Wer würde bei einem Schachspiel oder bei einem anderen Kampf, bei dem die Beteiligten als Gleiche zu gelten haben, das Unglück des Unterlegenen dem Sieger tadelnd zurechnen?

Bei Begehung wie bei Unterlassung mag freilich bei fehlender Organisationszuständigkeit eine Haftung wegen institutioneller Zuständigkeit bestehen, d. h. wegen einer Pflicht zur solidarischen Zuwendung (unten 29/57 ff). Überhaupt von Garantenstellungen unabhängig ist die — schwächere — Pflicht zur Berücksichtigung der Mindestsolidarität gemäß den §§ 138, 323 c StGB.

3. *Im Ergebnis muß also nicht nur der Unterlassungstäter, sondern auch der Bege-* **58**
hungstäter ein Garant sein, wenn er aus einem Begehungs-Erfolgsdelikt haften soll; nur ist der Begehungstäter in den meisten Fällen, die praktisch erörtert werden, schon seiner Begehung wegen Garant (Organisationszuständigkeit), aber eben nicht prinzipiell. — Wenn nachfolgend die Fälle des Regreßverbots von denjenigen der erfolgsbezogenen Opferorganisation und der Bedrohung des Opfers durch dritte Personen geschieden werden, so geschieht das nur, weil mit dem Regreßverbot ein anerkannter

---

103 Siehe *Roxin* Engisch-Festschrift S. 380 ff, 393 ff;
Kratzsch Oehler-Festschrift S. 65 ff, 69 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Begriff für einen Teilbereich zur Verfügung steht. Materielle Differenzen ergeben sich aus der Scheidung nicht.

B. Fallgruppen fehlender Zurechnung

59 1. Haftung aus einem Begehungs-Erfolgsdelikt scheidet aus, wenn eine Handlung nur deshalb für einen tatbestandsmäßigen Erfolg ursächlich wird, weil ein Dritter die Handlungsfolgen ohne Gemeinsamkeit mit dem Handelnden erst ins Schädigende umlenkt[103a]. Beispiel: Der Schuldner bezahlt seine Schuld, der Gläubiger kauft von dem Geld, wie der Schuldner wußte, eine Waffe und erschießt in gleichfalls vom Schuldner vorausgesehener Weise einen Menschen; — keine Beihilfe zur Tötung durch den Schuldner. Es handelt sich um den Bereich des *Regreßverbots,* der im Zusammenhang mit der Lehre von Täterschaft und Teilnahme dargestellt wird (unten 24/13 ff); die Haftungsbeschränkung betrifft freilich auch Fahrlässigkeitstaten (bei denen das geltende Recht nicht nach Beteiligungsformen differenziert). Beispiel: Fehlt im soeben genannten Fall ein Vorsatz, nicht aber die Voraussehbarkeit des Verlaufs, so haftet der Zahlende gleichfalls nicht (wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB). Die Tatbestandsverwirklichung wird hier als Folge der Willkür des Umlenkenden definiert und dadurch vom zuvor Handelnden distanziert.

Die Haftungsbeschränkung gilt auch, wenn die dritte Person mit dem Geschädigten identisch ist, solange nicht die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft — einschließlich der Benutzung eines sich unvorsätzlich Verhaltenden — vorliegen. Beispiel: Wenn das Opfer einer Körperverletzung die Wunde ohne plausiblen Grund unversorgt läßt (Unterlassung) oder immer wieder aufkratzt (Tun), haftet der Täter nicht für die Weiterungen[104] (siehe unten 21/56 ff).

60 2. Haftung aus einem Begehungs-Erfolgsdelikt scheidet auch aus, wenn der tatbestandsmäßige Erfolg nur eintritt, weil der *Organisationskreis des Verletzten seinerseits erfolgsbezogen organisiert* ist. Entsprechendes gilt für den Fall, daß der Organisationskreis des Verletzten *von dritter Seite bedroht* ist.

61 a aa) Die Schadlosigkeit der Güter des Verletzten kann davon abhängig sein, daß vom Organisationskreis des Handelnden bestimmte rettende Kausalverläufe ausgehen, deren Bestand aber nicht rechtlich garantiert ist; wenn der Inhaber des Organisationskreises (oder wer für ihn handelt) durch eine Handlung die Quelle dieser Verläufe stopft, schädigt er die Güter des anderen durch Begehung, haftet aber nicht aus einem Begehungs-Erfolgsdelikt. Beispiel: Die Blumen auf einem tiefer gelegenen Grundstück in trockener Gegend verdorren (§ 303 StGB), wenn auf dem höher gelegenen Grundstück die Berieselungsanlage, deren Sickerwasser das tiefere tränkt, abgeschaltet wird. — Da der Bestand nicht rechtlich garantiert ist, wäre der Handelnde zur Eröffnung einer Quelle nicht verpflichtet. Eine Haftung läßt sich in solchen Fällen also jedenfalls umgehen, wenn der Organisationskreis des Täters so gestaltet wird, daß sich die Quelle von selbst verstopft; im Beispielsfall: Die Berieselungsanlage erhält während eines sowieso erfolgenden Stillstands eine Schaltautomatik. Aber die rechtliche Wertung hängt von manipulierbaren Techniken nicht ab[105]: So wie bei der Ingerenz eine Pflicht

---

103a *Frisch* Verhalten S. 230 ff mit eingehenden Nachweisen.

104 Siehe *Burgstaller* Jescheck-Festschrift S. 357 ff; *ders.* Pallin-Festschrift S. 39 ff, 41 ff; *Frisch* Verhalten S. 148 ff, 446 ff; *Hillenkamp* Vorsatztat und Opferverhalten S. 301 f; *Roxin* Gallas-Festschrift S. 241 ff, 248 f; *Küpper* Unmittelbarkeit S. 91 ff; *a. A.* (Strafzumessungsproblem) *Maeck* Opfer S. 45 ff; siehe auch oben 7/55 f.

105 Siehe *Welp* Vorangegangenes Tun S. 114; *Philipps* Handlungsspielraum S. 140 ff; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 283; *Frisch* Verhalten S. 132 f; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 160 vor § 13.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

dadurch begründet wird, daß nicht — wie bei der Handlung — auf den Output eines psychophysischen Systems, sondern auf denjenigen eines erweiterten Systems abgestellt wird (unten 29/29, 39 ff), so kann die Ausrichtung nach dem erweiterten System auch Haftung ausschließen; das ist der Fall, wenn zwar das psychophysische System noch Output hat (eine Handlung liegt vor), der Organisationskreis aber nicht mehr (von ihm gehen keine Kausalverläufe mehr aus). Das alles gilt vorbehaltlich bestehender Sonderpflichten und einer Haftung aus den §§ 138, 323 c StGB.

62 bb) Das Problem wird häufig unter der verkürzenden Bezeichnung[106] des Rücktritts vom Rettungsversuch behandelt, wobei das Ergebnis von vorgeblichen Differenzen zwischen dem Haftungsumfang bei Begehungsdelikten und demjenigen bei Unterlassungsdelikten abhängig sein soll. Revoziert ein Retter seine Rettungsmaßnahme, wenn diese schon so weit gediehen ist, daß sie unbeeinflußt dem gefährdeten Objekt *selbsttätig* Hilfe bringen würde, so soll, wenn das Objekt wegen der Revokation (Handlung) verletzt wird, vorgeblich die Anwendung der Grundsätze des Begehungsdelikts *stets* zur Haftung aus einem Begehungs-Erfolgsdelikt führen, hingegen die Anwendung der Grundsätze des Unterlassungsdelikts (sogenanntes Unterlassungsdelikt durch Begehung) *je nach der Pflichtenlage* zu begehungsgleicher Haftung oder Haftung aus § 323 c StGB oder zur Straffreiheit[107]. — Die skizzierte unbeschränkte Haftung bei der Anwendung vorgeblicher Begehungsgrundsätze hängt von dem — nicht begründbaren — Satz ab, jede vermeidbare (vorsätzliche oder fahrlässige) Verursachung sei geeignet, Begehungshaftung auszulösen. Dieser Satz berücksichtigt aber nicht, daß die Maximen der Zurechnung nach sozialen und nicht nach naturalistischen Kategorien zu formen sind. Die Anwendung der Grundsätze des Unterlassungsdelikts auf die genannte Fallgruppe bewegt sich zwar in der richtigen Kategorie, da nach diesen Grundsätzen nicht schon die Antwort auf die Frage nach der Kausalität, sondern erst diejenige auf die Frage nach der Pflicht über die Tatbestandsverwirklichung entscheidet. Dieser Lösungsweg ist aber verschlossen, weil es nun einmal um die Bewertung einer *Handlung* geht. So bleibt nur das hier eingeschlagene Verfahren, wonach auch beim *Begehungs*delikt nach der Pflichtenlage zu differenzieren und insbesondere bei bloßer Begrenzung von Kausalverläufen innerhalb des eigenen Organisationskreises Haftung auszuschließen ist, solange es an einer Sonderpflicht oder an einer § 323 c StGB genügenden Katastrophenlage fehlt.

63 cc) Sobald der rettende Verlauf den Organisationskreis des Handelnden auch nur partiell verlassen hat, führt seine Revokation zur vollen Haftung. Die Grenze des Innenbereichs eines Organisationskreises mag im Einzelfall schwer zu fixieren sein; die Bestimmung bietet aber keine anderen Probleme, als bei der Bestimmung der Verkehrspflichten auftreten (siehe unten zur Unterlassung 29/29 ff): Soweit das notfalls per Notrecht durchsetzbare Recht auf ungehinderte Gestaltung geht, reicht auch der Organisationskreis[108]. Er endet also schon bei Duldungspflichten (etwa aus § 34

106 Verkürzend, weil das effektiv rettende Handeln ohne Bewußtsein der Notlage vorgenommen sein mag, also nicht als Rettungsversuch, und weil zudem das Problem der Rettung durch *Verzicht* auf Handlungen nicht erfaßt wird.

107 Für Begehung *Samson* Welzel-Festschrift S. 579 ff, 598 f; für Unterlassungsgrundsätze *Roxin* Engisch-Festschrift S. 380 ff, 386 f (im Ergebnis mit der hiesigen Lösung weitgehend gleich); siehe ferner *Schmidhäuser* AT 16/105, 107 mit zutreffenden methodischen Bemerkungen; *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 106 ff; siehe auch die unten Fn. 110 zur arztrechtlichen Problematik des Abbruchs einer automatisierten Behandlung Genannten.

108 Noch weiter *Roxin* Engisch-Festschrift S. 380 ff, 386 f. — Ein bloßer Anspruch, eine Gestaltungsmöglichkeit wieder einzuräumen, reicht nicht aus. Beispiel (nach *v. Overbeck* GS 88 S. 319 ff, 327 f, 332): Die briefliche Verbrechensanzeige ist mit dem Übergang in den Herrschaftsbereich der Post aus dem Organisationskreis ausgeschieden; das Herausangeln der Anzeige aus dem Briefkasten ist nicht eine nach § 138 StGB, sondern nach

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

StGB), und zwar ohne Blick darauf, ob der Duldungspflicht keine Handlungspflicht, eine eigene Handlungspflicht (als Garant oder nach den §§ 138, 323 c StGB) oder eine Handlungspflicht dritter Personen korrespondiert; denn schon die Duldungspflicht allein nimmt das Bestimmungsrecht über die Organisationsgestalt. Beispiel: Wer ohne sonstige Veranlassung schnell sein Fahrrad wegschließt, wenn der benachbarte Bauer es benutzen will, um für sein erkranktes Vieh Medikamente zu holen, haftet wegen der sich aus § 34 StGB ergebenden Duldungspflicht bei entsprechendem Vorsatz und entsprechendem Erfolg nach § 303 StGB, auch wenn er zu irgendeinem rettenden Verhalten (etwa zur Herausgabe des schon verschlossenen Rads) mangels einer § 323 c StGB genügenden Katastrophenlage nicht verpflichtet wäre[109]. Eine Duldungspflicht bedeutet freilich nicht, daß das betreffende Gut vom Inhaber bereitgehalten werden müsse; vor dem Beginn des zu duldenden Eingriffs kann er darüber beliebig verfügen.

64 dd) Praktisch bedeutsam sind Fälle, in denen ein Arzt eine automatisch fortlaufende (Intensiv-)Behandlung (per Respirator oder Herz-Lungen-Maschine) zu einem Zeitpunkt abbricht (Handlung), zu dem eine Pflicht zur Weiterbehandlung nicht besteht. Auch wenn der Abbruch der Voraussicht des Arztes entsprechend den Tod des Patienten zur Folge hat, ist er — obgleich Handlung — so wenig ein Totschlag durch Handeln nach § 212 StGB, wie die Nicht-Behandlung eines Patienten beim Fehlen einer Pflicht zur Behandlung ein Totschlag durch Unterlassen ist[110].

Da es um das Fehlen der Pflicht geht, den *eigenen* oder für einen anderen verwalteten Organisationskreis in einer Ausgestaltung zu belassen, die für Güter dritter Personen günstig ist, führen Eingriffe fremder (nicht organisationsbefugter) Personen zur Haftung nach allgemeinen Grundsätzen. Beispiel: Wenn nicht der Arzt, sondern der ungeduldige Erbe die medizinisch nicht mehr indizierte Intensivbehandlung am Erblasser auf eigene Faust abbricht, führt das zur Haftung nach den §§ 211 ff StGB[111] (solange er nicht mit dem Willen des Patienten handelt).

---

den Begehungs-Erfolgsdelikten zu beurteilende Handlung. Bleibt *nach* dieser Handlung noch die Möglichkeit einer Erfolgsabwendung, richtet sich deren Beurteilung nach § 24 StGB.

109 Insoweit übereinstimmend *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 194 ff; *Roxin* Engisch-Festschrift S. 380 ff, 389. — *A. A.* (keine Haftung aus dem Begehungs-Erfolgsdelikt) mit unterschiedlichen Begründungen *Meyer-Bahlburg* GA 1968 S. 49 ff, 51; *Ranft* JuS 1963 S. 340 ff, 341; *Herzberg* Unterlassung S. 43 f.

110 Sehr streitig; im Ergebnis wie hier *Geilen* Euthanasie und Selbstbestimmung S. 22; *ders.* JZ 1968 S. 145 ff, 151; *Engisch* Gallas-Festschrift S. 163 ff, 177 ff; *Roxin* Engisch-Festschrift S. 380 ff, 399; *Kamps* Arbeitsteilung S. 86 ff; *Hirsch* Lackner-Festschrift S. 597 ff, 605; *Tröndle* ZStW 99 S. 1 ff, 31; *ders.* Göppinger-Festschrift S. 595 ff, 603; *Breit* in: Medizin S. 117 ff, 123 f; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 160 vor § 13. — *A. A.* (keine Haftungsbegrenzung wegen des Handelns im eigenen Lebenskreis) *Samson* Welzel-Festschrift S. 579 ff, 601 ff; *Bokkelmann* Strafrecht des Arztes S. 112, 114 f, 125 Fn. 45; *Blei* AT § 84 II 5; *Maurach-Gössel* AT II § 45 Rdn. 32 f; *Sax* JZ 1975 S. 137 ff; *Wessels* AT § 16 I 2; *AK-Seelmann* § 13 Rdn. 23 f; *Jescheck* AT § 58 II 2; unentschieden aber *ders.* in: *LK-Jescheck* Rdn. 83 vor § 13.

111 Damit erledigen sich die Bedenken von *Samson* Welzel-Festschrift S. 579 ff, 603 Fn. 92. — Praktisch bedeutsam dürfte der von *Samson* angesprochene ärztliche Schichtdienst sein: Es geht nicht darum, wer zufällig Dienst hatte, als die Maschine angeschlossen wurde, sondern wer zum Zeitpunkt der Handlung die ärztliche Maßnahme zu verantworten hat. — Da der Patient die Leistungen des Arztes nicht gegen seinen Willen zu dulden braucht (kein Behandlungszwang) darf er auch ihre Beendigung durch eine dritte Person veranlassen: Wer mit dem Willen des Patienten die Behandlung abbricht, begeht keine Tötung auf Verlangen, sondern einen tatbestandslosen Behandlungsabbruch; LG Ravensburg NStZ 1988 S. 229 f; *Roxin* NStZ 1987 S. 345 ff, 348 ff; *a. A. Herzberg* JZ 1988 S. 182 ff, 185 ff (der zwar eine Tatbestandsverwirklichung, aber zugleich in weitem Umfang Rechtfertigung annimmt). Die Lösung gilt wohl auch, wenn die Behandlung medizinisch noch indiziert ist. Sie gilt aber nicht, wenn es nicht um eine Leistung aus einem *fremden* Organisationskreis geht; Beispiel: Wer nicht die Leistungen der Herz-Lungen-Maschine, sondern den natürlichen Blutkreislauf auf Verlangen des Opfers unterbricht, begeht keine garantenlose Tat, sondern eine Tötung auf Verlangen (siehe aber auch unten 29/56).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

b) Der Lebenskreis des Verletzten ist auch dann erfolgsbezogen organisiert, wenn **65**
seine Güter schon bei solchen Einwirkungen keinen Bestand mehr haben, die *wegen ihrer Ubiquität sozialadäquat* sind. So wie — von Sonderpflichten abgesehen — ein Vertrauen auf besondere Zuwendung nicht strafrechtlich abgesichert ist, so gibt es für den Regelfall auch kein strafrechtlich abgesichertes Vertrauen auf ein Ausbleiben derjenigen Berührungen einzelner Organisationskreise, ohne die ein Zusammenleben nicht mehr oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand organisierbar wäre. Beispiele: Wenn ein Mensch auf Grund einer Hypersensibilität durch den Lärm jedes vorbeifahrenden Lastwagens in einem für § 223 StGB relevanten Maß körperlich verletzt wird, sind die öffentlichen Straßen in seiner Umgebung trotzdem nicht bei ansonsten drohender Körperverletzungsstrafe von Lastwagen zu meiden. — Wer seinen auf der Reise vorbeikommenden Freund beherbergt, begeht nicht eine Strafvereitelung (§ 258 StGB), nur weil die Beherbergung zugleich den wegen einer Straftat gesuchten Freund vor der Polizei verbirgt[112]. — In diesen Zusammenhang gehören auch die *Zweitschäden* in Form von „Schockschäden"[113]. Beispiel: Die Eltern erleiden bei der Nachricht vom Verkehrsunfall, bei dem ihr Kind durch unerlaubtes Handeln des Täters getötet wurde, einen „Nervenzusammenbruch". Wie man mit seelischen Belastungen fertig wird, ist in bestimmtem Rahmen eigene Angelegenheit jedes Menschen. Die Grenzen sind freilich wenig klar. Nicht nur gegenüber Abhängigen kann die Rücksicht auf die seelische Konstitution zur Rechtspflicht werden. So dürfte insbesondere eine Haftung auch dann diskutabel sein, wenn das Opfer den Schockschaden auf Grund erlogener Berichte erleidet. Wenn es eigene Angelegenheit jedes Menschen ist, mit der Wirklichkeit fertig zu werden, so nicht schon deswegen auch mit einer Lüge (siehe auch unten zur Verteilung von Zuständigkeit bei mittelbarer Täterschaft 21/68 ff, 78).

c) Nicht vom Handelnden, sondern von dritter Seite ist der Verletzte bedroht, wenn **65a**
der Dritte das vom Handelnden Bewirkte in eigener Zuständigkeit ins Deliktische umbiegt. Es geht insoweit um Fälle des Regreßverbots (unten 24/13 ff). Zudem kann der Dritte schon *vor* dem Handlungsvollzug arrangieren, daß die Handlung in einen Zusammenhang gerät, in dem sie schädigend wirken muß; der Handelnde wäre dann, läge auch eine Garantenstellung vor, selbst Begehender (§ 25 Absatz 1, 1. Variante StGB). Beispiel: Ein Terrorist installiert in einer Wohnung eine Sprengladung so, daß sie explodieren wird, wenn der Nachbar seine Wohnungstür öffnet. Da der Nachbar kein Garant dafür ist, was Dritte mit — nicht genuin gefährlichen — Gegenständen seines Organisationskreises anstellen, darf er sie vorbehaltlich der nachfolgend genannten Einschränkungen ohne Blick auf die von dritter Seite willkürlich daran geknüpften Folgen nutzen.

Es ist nicht erforderlich, daß der Dritte, um für den deliktischen Zusammenhang zuständig zu sein, vorsätzlich oder auch nur vermeidbar handelt. Zuständigkeit eines Dritten ohne bewußt schädigendes Organisationsverhalten ist insbesondere dann möglich, wenn der Handelnde eine auf die Organisation des Dritten abgestimmte Leistung

---

112 Siehe *Schubarth* Schultz-Festgabe S. 158 ff, 162 ff; *Frisch* NJW 1983 S. 2471 f, 2473; siehe auch OLG Stuttgart NJW 1981 S. 1569 f. — Im Ergebnis zutreffend, aber ohne Problembewußtsein BGH JZ 1983 S. 810 f. — Verfehlt OLG Koblenz NJW 1982 S. 2785 f.

113 *Roxin* Honig-Festschrift S. 133 ff, 141f; *ders.* Gallas-Festschrift S. 241 ff, 256 ff; *SK-Rudolphi* Rdn. 78 vor § 1; *Schünemann* JA 1975 S. 435 ff, 715 ff, 720; *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 125 f; *Wolter* Objektive und personale Zurechnung S. 55 f, 341; die übliche Erklärung, das Tötungs- oder Verletzungsverbot sollte nicht „andere als den Betroffenen vor den körperlichen Auswirkungen seelischer Erschütterungen" bewahren (*Roxin* Gallas-Festschrift S. 241 ff, 256 f) ist freilich ein Zirkel: Das Schockopfer ist *selbst* körperlich betroffen; so zutreffend kritisch *Frisch* Verhalten S. 397 ff. — Zum Zivilrecht siehe BGHZ NJW 1985 S. 1390.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

erbringt. Beispiel: Liefert ein Fabrikant im Auftrag eines selbständigen Händlers ein ordnungsgemäß gekennzeichnetes Reinigungsmittel direkt an einen Kunden des Händlers, so haftet er — auch bei sicherer Voraussicht — nicht für die Schäden, die der Kunde erleidet, weil diesem der Händler irrtümlich von der Tauglichkeit des Reinigungsmittels als Genußmittel berichtet hatte. — Siehe auch oben zum erlaubten Risiko 7/50, 50a.

66 3. Von der Haftung aus einem Begehungs-Erfolgsdelikt wird der Handelnde jedoch nicht befreit, wenn er *unabhängig von der Handlung Garant* dafür ist, daß das betroffene Gut überhaupt unversehrt bleibt oder zumindest von bestimmten Gefahren nicht bedroht wird. Der Arzt, der einer Behandlungspflicht zuwider eine Intensivbehandlung mit der Folge des Todes des Patienten beendet, haftet also nach den §§ 211 ff StGB, gleich ob er seine manuelle Tätigkeit einstellt (Unterlassung; §§ 211 ff, 13 StGB) oder eine selbsttätig laufende Maschine abstellt (Handlung). Die Garantenstellung kann durch eine institutionelle Verbindung entstehen, die zur Solidarität verpflichtet (besonderes Vertrauen etc.); sie kann aber auch auf einer unabhängig von der jeweiligen Handlung begründeten Organisationszuständigkeit beruhen (wie ja auch beim Unterlassungstäter der Umstand, daß *ein* bestimmtes Verhalten keine Garantenstellung aus Organisationszuständigkeit begründet, nicht besagt, daß nicht ein *anderes* Verhalten eine solche Zuständigkeit schon begründet hat).

Der Garant hat nur für schädigende Verläufe zu haften, die ein Gut treffen, das durch die Garantenstellung begünstigt werden soll. Beispiele[114]: Das Verbot, abends eine Straßenbeleuchtung abzuschalten, dient den im Straßenverkehr eingesetzten Gütern, nicht aber den Sportfliegern, die sich an der Lichterkette orientieren. — Das Verbot gefährlichen Vorbeifahrens an einem Schulbus dient dem Verkehr der Schulkinder, nicht aber erwachsenen Busbenutzern, die der Fahrer aus Gefälligkeit mitnimmt[115].

67 4. Auch ohne Sonderpflicht entfällt in den beschriebenen Fällen nur die Haftung aus einem Begehungs-Erfolgsdelikt. Führt die Handlung zu einer gemeinen Gefahr oder zu einem Unglücksfall im Sinn von § 323 c StGB (praktisch weniger relevant ist § 138 StGB), so besteht die Hilfe bei der Katastrophe im *Unterlassen der Handlung*[116]. Wie der nicht garantenpflichtwidrig Unterlassende die in § 323 c StGB geforderte Mindestsolidarität durch eine Rettungshandlung leisten soll, so soll der Handelnde bei Unanwendbarkeit der Begehungs-Erfolgsdelikte immer noch wegen der geforderten Mindestsolidarität unterlassen. Beispiel: Wer seinem Darlehensgläubiger die Valuta zu-

---

114 Im Fall RG 63 S. 392 ff, 394 fahren zwei Radfahrer bei Dunkelheit hintereinander ohne Beleuchtung. Der Vordere kollidiert mit einem entgegenkommenden Fahrzeug und wird verletzt; das wäre nicht geschehen, wenn der Hintere sein Rad beleuchtet hätte, da der Vordere dann bestrahlt worden und sichtbar gewesen wäre. — Bei unkoordiniertem Hintereinanderfahren fehlt schon die Kausalität des Hinteren für den Unfall: Sein Fahren ist nicht Bedingung des Fahrens des Vorderen. Bei koordiniert gemeinsamem Fahren verhindert das Regreßverbot Haftung. — Eine Pflicht zum tätigen Beleuchten besteht nicht, sondern nur ein Verbot, ohne Beleuchtung zu fahren. Bestünde eine Beleuchtungspflicht, so käme es darauf an, welches Risiko diese Pflicht verkleinern soll; da dies kaum das für voranfahrende Personen bestehende Risiko sein dürfte; ist der Erfolg nicht zurechenbar; siehe schon *Exner* Frank-Festgabe Bd. I S. 569 ff, 585.

115 BGH VRS 60 S. 38 ff.

116 Die Anwendung von § 323 c StGB ist wegen des Unbestimmtheitsverbots, Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB, verfassungsrechtlich problematisch, da eine § 13 StGB entsprechende Vorschrift zur Umformung von Unterlassungsdelikten zu Begehungsdelikten fehlt. Gegenüber der Haftung aus einem Begehungsdelikt, die durch die lex scripta nicht ausgeschlossen wird, begünstigt jedoch die Reduktion der Haftung auf § 323 c StGB den Täter. — Zur Anwendung von echten Unterlassungsdelikten auf Begehung siehe *Maurach-Gössel* AT II § 45 Rdn. 45 ff, dort allerdings nur konkurrierend zu den Begehungsdelikten.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

rückzahlt, obgleich er weiß, daß der Gläubiger das Geld zur Finanzierung einer Menschen gefährdenden Terroraktion benutzen wird, haftet zwar nicht wegen Beihilfe zu den Delikten, die durch die Aktion verwirklicht werden, wohl aber nach § 323 c StGB.

5. *Zusammenfassung:* Es gibt Handlungen, die zu einem tatbestandsmäßigen Erfolg **68** führen, ohne daß der Handelnde durch diese Handlungen seinen Organisationskreis ohne Rücksicht auf andere Personen gestaltet hätte. Für solche Handlungen ist eine Haftung aus einem Begehungs-Erfolgsdelikt nur begründet, wenn der Handelnde unabhängig von seiner aktuellen Handlung Garant ist, also wegen anderer Vorhandlungen (Ingerenz) oder wegen seiner Verkehrspflichten zu besonderen Handlungsbeschränkungen verpflichtet ist, oder aber wegen seiner institutionellen Solidaritätspflichten zur Aufopferung seiner Handlungsfreiheit. Ohne Garantenstellung bleibt die Möglichkeit einer Haftung wegen Verletzung der Mindestsolidarität (durch Handlung!) nach den §§ 138, 323 c StGB.

C. Die sogenannten Unterlassungsdelikte durch Begehung

1. Mit der Erkenntnis, daß der Haftungsumfang bei den Begehungsdelikten enger ist **69** als der Umfang der vermeidbaren Erfolgsherbeiführung durch Handeln, erledigen sich auch diejenigen Fälle der sogenannten Unterlassungsdelikte durch Begehung, in denen der Täter seine eigene Fähigkeit, einen tatbestandsmäßigen Erfolg abzuwehren, paralysiert. Geläufige Beispiele: Ein Schrankenwärter betrinkt sich vorsätzlich so stark, daß er die Schranken nicht mehr betätigen kann, etc. bis zur Todesfolge für Passanten[117]. — Ein Soldat auf Urlaub betrinkt sich so stark, daß er drei Tage das Bett hüten muß und nicht zur Truppe zurückkehren kann (§ 15 WStG). — Es handelt sich bei diesen Fällen um Begehungen[118], deren Wirkungen jedoch den eigenen Organisationskreis nicht überschreiten; wegen eines Begehungs-Erfolgsdelikts kann also nur bestraft werden, wenn — wie in den genannten Beispielen — eine Garantenstellung besteht. Ansonsten bleibt der Täter, so die Voraussetzungen der §§ 138, 323 c StGB fehlen, straffrei. Beispiel: Der Mitwisser eines Delikts zerstört die Telefonverbindung und kann deshalb keine Verbrechensanzeige abgeben etc.; — bei einer Garantenstellung des Mitwissers erfolgt Haftung aus dem Erfolgsdelikt; ohne Garantenstellung bleibt es bei der Haftung aus dem um eine Begehungsvariante zu ergänzenden § 138 StGB, soweit es um eines der dort genannten Delikte geht; ansonsten ist die Tat straffrei[119].

---

117 Das relevante Verhalten kann auch ein Unterlassen sein: Der Schrankenwärter geht bei Sauerstoffmangel nicht an die frische Luft, so daß er ohnmächtig wird etc.; die überwiegende Lehre, die ihre Lösung über ein Unterlassungsdelikt durch Begehung konstruiert, muß hier ein Unterlassungsdelikt durch Unterlassung annehmen.

118 Siehe das unten 28/3 angegebene Unterscheidungsmerkmal: ein Motiv zuviel. — Freilich hätte der Täter zur Erfolgsabwendung auch noch eine Rettungshandlung vollziehen müssen, und es mag sein, daß z. B. der Schrankenwärter sich ohne Trinkmotiv auch nicht zur Betätigung der Schranken entschlossen hätte (ihm also auch ein Motiv gefehlt hätte). Jedoch wäre der bestehenden Rechtspflicht wegen das Nichtbetätigen dann auch als Unterlassungsdelikt strafbar gewesen. Als Kausalproblem formuliert: In einer Lage *ohne* Rettungsmotiv ist das Sich-Betrinken nicht Bedingung des Erfolgs. Es geht aber nicht um eine nach den psychischen Fakten festgestellte Lage ohne Rettungsmotiv, sondern um Zurechnung: Es soll gerettet werden, und in einer Lage *mit* Rettungsmotiv ist das Sich-Betrinken Bedingung des Erfolgs.

119 Im Ergebnis überwiegende Ansicht, freilich soll es sich im Fall der vollen Haftung um eine Bestrafung für Begehung aus einem Unterlassungsdelikt handeln; da eine Begehung aber stets nur verbotswidrig ist, muß das Unterlassungsdelikt von der Norm an um ein Begehungsdelikt ergänzt (transformiert) werden. — *Roxin* Engisch-Festschrift S. 380 ff, 383; *Bertel* JZ 1965 S. 53 ff, 55; *Meyer-Bahlburg* GA 1968 S. 49 ff, 51; *v. Overbeck* GS 88 S. 319 ff, 331 f; *H. Mayer* AT § 17 I; siehe auch *Gössel* ZStW 96 S. 321 ff, 328 ff; zweifelnd *AK-Seelmann* § 13 Rdn. 26, 60. — Zur Argumentationsfigur der omissio libera in causa siehe *Welp* Vorangegangenes Tun S. 137 ff; *Maurach* JuS 1961 S. 373 ff, 376 f; *Androulakis* Studien

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

2. Zum Problem angeblicher Unterlassungsdelikte durch Begehung in Form der Begehungsbeteiligung am Unterlassungsdelikt siehe unten zum Unterlassungsdelikt 29/108 ff.

D. Die Pflichtdelikte

70 1. Bislang ging es um die Konsequenzen, die daraus zu ziehen sind, daß im Grundfall der Begehungsdelikte Haftungsgrund die Zuständigkeit für die Ausdehnung eines Organisationskreises ist. Neben diese Haftung, die das komplementäre Stück zur Handlungsfreiheit ist, tritt eine Haftung wegen Verletzung von Pflichten zur besonderen, institutionell abgesicherten solidarischen Sorge für ein Gut. In den Fällen dieser *Pflichtdelikte*[120] besteht unabhängig von der Tat eine Beziehung zwischen dem Täter und dem Gut. Das Verhältnis Täter—Gut ist bei diesen Delikten nicht nur-negativ durch ein Nicht-Verletzen bestimmt, sondern positiv durch einen Status des Täters im Verhältnis zum Gut. Dieser Status ist an vorgeformte und allenfalls in engen Grenzen disponible Regelungskontexte gebunden (Eltern, Vormund, Beamter), also an Institutionen. Bei diesen Delikten wird die Zuständigkeit des Täters durch den Status bestimmt, nicht durch den Organisationskreis des Täters. Der Status begründet, anders als es bei der Jedermannspflicht des Nicht-Verletzens oder ihren Derivaten (die Pflichten kraft Organisationszuständigkeit beim Unterlassungsdelikt) der Fall ist, eine Sonderpflicht im strengen Sinn.

Bei Pflichtdelikten ist regelmäßig nicht zwischen Begehung und Unterlassung zu differenzieren. Alle unechten Unterlassungsdelikte mit einer Garantenpflicht kraft institutioneller Zuständigkeit (unten 29/57 ff) sind Pflichtdelikte, ebenso alle Begehungsdelikte, die von Personen begangen werden, die zugleich Garanten kraft institutioneller Zuständigkeit sind. Beispiel: Der Leiter eines Kinderheims ist ohne Blick auf die Art seines handelnden Beitrags und selbst ohne Beitrag (also per Unterlassung) als Täter dafür verantwortlich, daß die Kinder nicht durch schlechtes Essen einen Gesundheitsschaden erleiden (§ 223 b StGB).

71 2. *Begehungs- wie Unterlassungsdelikte kennen also einerseits eine Haftungsbegründung durch Organisationszuständigkeit und andererseits eine solche durch institutionelle Zuständigkeit;* daraus erhellt, daß die Trennung Begehung—Unterlassung nur eine von mehreren möglichen Schnitten durch den Komplex des überhaupt objektiv Tatbestandsmäßigen verfolgt. Ein weiterer Schnitt verläuft zwischen den organisationsbezogenen Haftungen einerseits und den institutionsbezogenen Haftungen andererseits, jeweils bei Begehung wie Unterlassung. Allein der letztere Schnitt trifft den Haftungsgrund; er ist deshalb der material bedeutsamere[120a].

VII. Die objektive Zurechnung, 5. Fortsetzung: Risikoverwirklichung bei Risikokonkurrenz

Literatur

E. S. Binavince Die vier Momente der Fahrlässigkeit, 1969; *H. Bindokat* Versari in re illicita und Erfolgszurechnung, JZ 1977 S. 549 ff; *ders.* Verursachung durch Fahrlässigkeit, JuS 1985 S. 32 ff; *B. Bottke* Die Immission infektiösen Ejakulats bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr zwischen HIV-Infizierten und minderjährigen Jugendlichen, AIFO 1988 S. 628 ff; *M. Burgstaller*

S. 152 ff; *Hruschka* Bockelmann-Festschrift S. 421 ff; *ders.* AT S. 57 ff; *Joerden* Strukturen S. 52 ff; — siehe auch oben zur actio libera in causa 17/64 ff.

120 *Roxin* Kriminalpolitik S. 17; *ders.* Täterschaft und Tatherrschaft S. 352 ff; siehe unten 21/115 ff.

120a Siehe *Volk* Tröndle-Festschrift S. 219 ff, 237.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *U. Ebert* und *K. Kühl* Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979 S. 561 ff; *U. Ebert* Anmerkung zu OLG Stuttgart JR 1982 S. 419 ff, aaO S. 421 ff; *ders.* Der Schutzzweck von Geschwindigkeitsvorschriften als Problem objektiver Erfolgszurechnung, JR 1985 S. 356 ff; *F. Exner* Fahrlässiges Zusammenwirken, Frank-Festgabe Bd. I S. 569 ff; *M. Fincke* Arzneimittelprüfung. Strafbare Versuchsmethoden, 1977; *W. Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *W. Hardwig* Verursachung und Erfolgszurechnung, JZ 1968 S. 289 ff; *R. D. Herzberg* Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984; *G. Jakobs* Das Fahrlässigkeitsdelikt, Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 32 S. 88 ff, JR 1984 S. 385 ff; *ders.* Risikokonkurrenz — Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht, Lackner-Festschrift S. 53 ff; *M. Kahlo* Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen, GA 1987 S. 66 ff; *ders.* Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes im Zusammenhang mit der Ausstellung einer Todesbescheinigung, NJW 1990 S. 1521 ff; *H. J. Kahrs* Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968; *H. Kamps* Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; *Arthur Kaufmann* Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift S. 200 ff; *ders.* Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie, Jescheck-Festschrift S. 273 ff; *U. Kindhäuser* Anmerkung zu OLG Karlsruhe, JR 1985 S. 479 ff, aaO S. 480 ff; *K. H. Knauber* Anmerkung zu BGH NJW 1971 S. 388, aaO S. 627; *J. Krümpelmann* Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht, Bockelmann-Festschrift S. 443 ff; *ders.* Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten, GA 1984 S. 491 ff; *ders.* Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten, Jescheck-Festschrift S. 313 ff; *ders.* Zurechnungsfragen bei mißlungener ärztlicher Fehlerkorrektur, JR 1989 S. 353 ff; *W. Küper* Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt, Lackner-Festschrift S. 247 ff; *E.-J. Lampe* Tat und Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte, ZStW 101 S. 3 ff; *H. Niewenhuis* Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht, 1984; *F. Nowakowski* Probleme der Strafrechtsdogmatik, JurBl. 1972 S. 19 ff; *H. Otto* Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht — OLG Hamm NJW 1973, 1422, JuS 1974 S. 702 ff; *ders.* Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, NJW 1980 S. 417 ff; *ders.* Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Maurach-Festschrift S. 91 ff; *I. Puppe* Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, JuS 1982 S. 660 ff; *dies.* Zurechnung und Wahrscheinlichkeit, ZStW 95 S. 287 ff; *dies.* Anmerkung zu BGH 33 S. 61 ff, JZ 1985 S. 295 ff; *dies.* Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW 99 S. 595 ff; *O. Ranft* Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt? NJW 1984 S. 1425 ff; *C. Roxin* Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74 S. 411 ff; *ders.* Literaturbericht, ZStW 78 S. 214 ff; *ders.* Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-Festschrift S. 133 ff; *ders.* Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-Festschrift S. 241 ff; *H.-J. Rudolphi* Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969 S. 549 ff; *E. Samson* Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972; *ders.* Begehung und Unterlassung, Welzel-Festschrift S. 579 ff; *ders.* Die Kausalität der Beihilfe, Peters-Festschrift S. 121 ff; *F. Schaffstein* Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Honig-Festschrift S. 169 ff; *H. Schlehofer* Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten, NJW 1989 S. 2017 ff; *E. Schlüchter* Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitstatbeständen, JA 1984 S. 673 ff; *Eb. Schmidt* Der Arzt im Strafrecht, 1939; *B. Schünemann* Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975 S. 435 ff, 511 ff, 575 ff, 647 ff, 715 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH StV 1985 S. 229, aaO S. 229 ff; *ders.* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 S. 341 ff, GA 1986 S. 293 ff; *ders.* Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung, in: *ders.* u. a. (Hrsg.) Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988 S. 373 ff; *ders.* Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung, JR 1989 S. 89 ff; *J.-M. Silva Sanchez* Zur strafrechtlichen Relevanz der Nicht-Unmittelbarkeit des Erfolgseintritts, GA 1990 S. 207 ff; *G. Spendel* Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, Eb. Schmidt-Festschrift S. 183 ff; *ders.* Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund. Zugleich ein Bei-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

trag zum Besonderen Teil der Strafzumessungslehre, Engisch-Festschrift S. 509 ff; *ders.* Der hypothetisch gleiche oder schwerere Deliktserfolg als Strafmaßproblem. Zum Fall der Giftgaslieferungen für die Auschwitzmorde, Bruns-Festschrift S. 249 ff; *G. Stratenwerth* Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Gallas-Festschrift S. 227 ff; *F. Streng* Zum rechtlichen Zusammenhang zwischen überhöhter Geschwindigkeit und Verkehrsunfall, NJW 1985 S. 2809 ff; *K. Ulsenheimer* Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965; *ders.* Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte, JZ 1969 S. 364 ff; *J. Wessels* Anmerkung zu BGH 21 S. 59 ff, JZ 1967 S. 449 ff; *E. A. Wolff* Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965.

A. Die Notwendigkeit der Isolierung eines Risikos

72 1. Für jeden Schaden lassen sich mehrere Bedingungen, genauer: Bedingungskomplexe, nennen; so kann für das Überfahren eines Kindes im Straßenverkehr angeführt werden, daß eine Straße bestimmter Beschaffenheit für das Publikum eröffnet wurde, daß ein Kraftfahrzeug zur Unfallzeit am Unfallort fuhr, daß ein Kind die Straße überqueren wollte etc., und diese Bedingungen könnten wiederum auf ihre Vorbedingungen hin untersucht werden, etwa daß die Straße unübersichtlich geführt wurde, weil für eine sichere Führung kein Geld bewilligt worden war etc. Eine Aufzählung aller Bedingungen im gleichen Rang erbrächte keine Orientierung, sondern verdeutlichte nur den unübersehbar vielfältigen Zusammenhang allen Geschehens. Deshalb wird der Schaden durch die Zurückführung auf *einen* der Bedingungskomplexe erklärt, das heißt, dieser Komplex wird als maßgeblich definiert. Klassen solcher maßgeblicher Bedingungskomplexe sind etwa: Fehlverhalten eines Täters, Schuld eines Täters, Selbstverschulden, Unglück. Ein Bedingungskomplex, der zu einem Erklärungszusammenhang gehört, heißt nachfolgend: ein Risiko.

73 2. Das Problem der Risikokonkurrenz[121] resultiert aus dem Umstand, daß das unerlaubt riskante Verhalten eines Täters (also das Risiko: Fehlverhalten) auf eine Situation treffen kann, die ihrerseits risikobefangen ist (etwa: Das Opfer erfüllt nicht die Obliegenheiten zum Selbstschutz oder hat eine unglückliche, schwache Konstitution oder wird noch von einem anderen Täter in Gefahr gebracht). Bei solchen Lagen muß zur Festlegung der Haftung für Vollendung bestimmt werden, ob sich das vom Täter zu verantwortende oder aber ein anderes Risiko verwirklicht hat.

Bevor die Voraussetzungen einer Risikoverwirklichung dargelegt werden, läßt sich schon feststellen, daß für jeden Schaden irgendein Risiko benennbar sein muß. Wenn sich das Fehlverhalten eines Täters nicht verwirklicht, wird das Opfer auf andere Erklärungen verwiesen, und je stärker sich andere Erklärungen aufdrängen, um so weniger besteht Anlaß, einem Täter zuzurechnen. Die Ermittlung des einschlägigen Erklärungsmodus ist also im Zweifelsfall auszuhandeln.

Mehrere Täter können auch zusammen für ein sich verwirklichendes Risiko zuständig sein. Das ist beim Zusammenwirken mehrerer Personen geläufig (Mittäterschaft oder Teilnahme), kann aber auch in Nebentäterschaft geschehen, etwa wenn ein Vater ein Kind leicht unsorgfältig losschickt, die Straße zu überqueren, wobei das Kind von einem gleichfalls leicht unsorgfältigen Autofahrer überfahren wird (der Vater muß mit

---

121 Die sonst verwendeten Begriffe: Normzweckzusammenhang, Schutzbereich der Norm sind zu weit; auch Kausalität, unerlaubtes Risiko, garantenbezogene Begehung, Vorsatz und Fahrlässigkeit lassen sich darunter fassen. Der auch verwendete Begriff: Rechtswidrigkeitszusammenhang erstreckt sich zudem noch auf alle Rechtfertigung. — Überhaupt gegen entlastende Berücksichtigung von Risikokonkurrenzen *Eb. Schmidt*, Arzt im Strafrecht S. 200 ff; *Spendel*, Eb. Schmidt-Festschrift S. 183 ff, 196 ff; *Binavince* Momente S. 220 f; *Bindokat* JZ 1977 S. 549 ff, 551 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

leicht unsorgfältigen Autofahrern rechnen, der Autofahrer mit leicht unsorgfältigen Fußgängern). — Bei Obliegenheitsverletzungen kann auch das Opfer selbst neben dem Täter für das sich verwirklichende Risiko zuständig sein. Beispiel: Jemand überquert unsorgfältig eine Straße, wo er von einem gleichfalls unsorgfältigen Autofahrer überfahren wird. Dabei wird vorausgesetzt, daß jeweils die Unsorgfalt beider Beteiligter zur Erklärung des Schadensverlaufs notwendig ist (dazu genauer unten 7/83).

B. Die Irrelevanz von Hypothesen

74 1. Der schädliche Erfolg, dessen Herbeiführung durch die Nennung eines Risikos erklärt werden soll, ist im hier hauptsächlich interessierenden Fall der Verletzungs-Erfolgsdelikte die Verletzung eines gegenständlichen Guts; es geht also darum, einen wirklich schädigenden Verlauf auszumachen. Ein solcher Schadensverlauf muß von einem Verlauf unterschieden werden, der, ohne zu einem Schaden zu führen, einem Gut seine Bestandschance nimmt: Ein Erfolgsdelikt ist erst mit dem Erfolg, nicht aber schon mit der Zerstörung seiner Bestandschance vollendet. Beispiel: Droht ein Hagelwetter (Risiko: Unglück), während Buben beim Indianerspiel ein Getreidefeld zertreten (Risiko: Fehlverhalten), so mag die Ernte beim Zertreten wegen des kommenden Unwetters keine Bestandschance mehr gehabt haben, sie ist aber nicht durch Unwetter, sondern durch die spielenden Buben vernichtet worden. Freilich verschlechtert es den Chancensaldo eines Guts nicht, wenn ein sowieso verlorenes Gut zerstört wird (dazu unten 7/90 ff). Man könnte ein Strafrechtssystem konstruieren, das den Chancenstand berücksichtigt und als tatbestandlichen Erfolg die Zerstörung einer Bestandschance oder die Verschlechterung eines Chancensaldos formuliert. Das geltende Recht stellt aber darauf nicht ab, sondern auf den Schadenseintritt[122].

75 2. Da es um den Schadenseintritt, nicht aber um den Verlust der Bestandschance geht, kann die verbreitete Formel nicht akzeptiert werden, eine Risikoverwirklichung fehle schon dann, wenn sich ohne das vom Täter gesetzte Risiko ein anderes verwirklicht *hätte*. Insbesondere ist die Formel unbrauchbar, ein unerlaubtes Risiko habe sich nicht verwirklicht, wenn der Erfolg bei erlaubtem Verhalten des Täters auch eingetreten *wäre*[123]. Das ist formuliert, als gelte einem Gut, dem faktisch nicht mehr zu helfen ist, auch keine normative Garantie mehr. Wenn also das Opfer zu verhungern droht, kann man es straflos mit vergifteter Speise umbringen? So ist die Hypothese in der Regel freilich nicht gemeint[124], vielmehr sollen dem Gut seine normativen Garantien erhalten bleiben. Aber auch in diesem reduzierten Rahmen ist die Formel falsch ge-

122 Die Lösung des geltenden Rechts ist jedenfalls für diejenigen Güter vorzugswürdig, deren Wert nicht verrechenbar ist. — Eingehender *Jakobs* Lackner-Festschrift S. 53 ff, 60 ff; a. A. *Arthur Kaufmann* Eb. Schmidt-Festschrift S. 200, 229 und teils auch *Samson* Kausalverläufe S. 88 ff; siehe ferner *Rödig* Alternative S. 110 ff; *Wolff* Kausalität S. 19 ff. — Ein Schadensverlauf, zu dessen voller Realisierung es nicht kommt, mag sich immerhin teilweise realisieren. Beispiel: Der erste Täter vergiftet ein Tier so, daß dieses demnächst sterben wird; aber bevor der Tod eintritt, erschießt es ein zweiter Täter. Durch die Giftzufügung ist das Tier bereits *vollendet* beschädigt (§ 303 StGB); die Tötung ist deshalb nur Zerstörung einer bereits im Wert geminderten Sache.

123 *Jescheck* AT § 55 II 2 b aa; *LK-Jescheck* Rdn. 63 vor § 13; *Bockelmann-Volk* AT § 20 I 4 c; *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 161 ff, 163; *Wessels* AT § 15 II 5; *Lackner* § 15 III 1 a bb; *Arthur Kaufmann* Eb. Schmidt-Festschrift S. 200 ff, 229; *Ulsenheimer* Verhältnis S. 146 f, 148 f; *ders.* JZ 1969 S. 364 ff; aus der Rechtsprechung: BGH 11 S. 1 ff. — Die Hypothesenmethode anwendend, aber im einzelnen differenzierend *Kahrs* Vermeidbarkeitsprinzip S. 69 ff, 99 ff; *Hardwig* JZ 1968 S. 289 ff, 291; *Samson* Hypothetische Kausalverläufe S. 68 ff und passim.

124 Siehe nur LK-*Jescheck* Rdn. 63 vor § 13: Es soll auf die Unausweichlichkeit der *objektiv* gegebenen Situation ankommen; BGH 30 S. 228 ff, 231 f; *Niewenhuis* Gefahr S. 94 ff; *anders* freilich *Arthur Kaufmann* Eb. Schmidt-Festschrift S. 200 ff, 229 f. — Siehe unten 7/92 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

wählt, da sie den Grund eines Erfolgs und die Konkurrenzlosigkeit dieses Grunds in eins setzt.

Ob sich ein Risiko verwirklicht, hängt nicht davon ab, was sich ohne dieses Risiko ereignet hätte, sondern was sich mit ihm ereignet hat[125]. Ganz parallel der Fehlerhaftigkeit der Formel von der conditio sine qua non (oben 7/8 ff) führt bei der Feststellung der Risikoverwirklichung die Berücksichtigung von Hypothesen[126] zu Fehlern, wenn ein Ersatzrisiko bereitsteht. Das zu prüfende Risiko und das Ersatzrisiko blockieren gegenseitig die Feststellung ihrer Verwirklichung. Beispiel[127]: Ein Radfahrer wird von einem Lastwagen mit zu geringem Seitenabstand überholt; der Radfahrer erschrickt, torkelt gegen den Lastwagen und wird getötet; der Radfahrer war betrunken und wäre bei ordnungsgemäßem Seitenabstand auch erschrocken und gegen den Lastwagen getorkelt. Bei — ganz üblicher, aber falscher — Ermittlung der Risikoverwirklichung mit Hilfe einer Hypothese ergibt sich, daß die Gefahr des zu engen Überholens sich nicht verwirklicht hat; aber bei Anwendung dieser Methode mag es auch an einer Verwirklichung des Trunkenheitsrisikos des Radfahrers fehlen, scil. wenn es ohne Trunkenheit bei der Enge des Abstands gleichfalls zu einem Unfall gekommen wäre. Da der Erfolg aber eingetreten ist, muß dieser Lösungsweg falsch sein: An einem der beiden Risiken muß der Radfahrer zu Tode gekommen sein, da andere Risiken, deren Verwirklichung diskutabel wäre, nicht ersichtlich sind. Wie die Kausalität einer Bedingung nicht darin besteht, daß ohne die Bedingung der Erfolg ausgeblieben wäre, sondern daß sie kausiert, und zwar real, nicht nur hypothetisch, so muß auch die Risikoverwirklichung eine Bestimmung der realen Verbindung zum Erfolg sein.

C. Die Relativität des Unerlaubten

76 1. Wenn ein Mensch sich falsch verhält, so immer nur in bestimmter Hinsicht, scil. insoweit er fremden Gütern ein Risiko nicht mehr tolerierbarer Höhe aufbürdet. Soweit er zugleich denselben Gütern oder anderen Gütern ein erlaubtes Risiko aufbürdet, bleibt sein Verhalten erlaubt[128]. Verwirklicht sich das erlaubte Risiko[129], so geschieht dies *anläßlich*, aber nicht *wegen* des unerlaubten Verhaltens, das heißt, die das Verhalten (sei es ein Tun, sei es ein Unterlassen) als unerlaubt spezifizierenden Eigenschaften sind zur Erklärung des Schadensverlaufs nicht geeignet.

125 *Ranft* NJW 1984 S. 1425 ff, 1427; *Puppe* ZStW 99 S. 595 ff, 600; *Jakobs* Lackner-Festschrift S. 53 ff, 56 ff; *Krümpelmann* Jescheck-Festschrift S. 326 ff, 329 f; in der Hauptsache auch *Frisch* Verhalten S. 529 ff mit Fn. 89: Die Hypothesenformulierung sei eine „ungenaue bildhaft-heuristische Umschreibung für die maßgebende Frage, ob der konkrete Verlauf durch Normeinhaltung planmäßig vermeidbar gewesen wäre"; auch aaO S. 565 ff.

126 Kausalität wird durch Gegenüberstellen von definierten Alternativen in definierten Systemen gelernt und demonstriert. Soweit es um das Erfahren und Demonstrieren von Kausalität geht, ist also die Gegenüberstellung von hypothetischen Alternativen sinnvoll. Der Satz „Ein Risiko hat sich verwirklicht, wenn der Erfolg bei einer Lage ohne die Risikofaktoren ausgeblieben wäre", darf aber nur wie folgt verstanden werden: Die benannten Risikofaktoren haben den Erfolg bedingt; soll diese Erfahrungstatsache demonstriert werden, so muß der insgesamt kontrollierte Input eines identischen Systems um die bestimmten Faktoren verkleinert werden etc. Dazu *Jakobs* Lackner-Festschrift S. 53 ff, 58 f.

127 BGH 11 S. 1 ff; vergleichbarer Fall: OLG Karlsruhe JR 1985 S. 479 f mit Anmerkung *Kindhäuser* aaO S. 480 f.

128 Zweifelnd *Küper* Lackner-Festschrift S. 247 ff, 278 ff, aber die gegenteilige Lösung liefe auf ein versari in re illicita hinaus.

129 Die Verwirklichung eines erlaubten Risikos kann verschiedenes bedeuten: Es können — in eben erlaubter Weise — die Bedingungen komplettiert werden, die (1) zu einer zurechenbaren Schädigung des Opfers durch dritte Personen oder zu einer (2) obliegenheitswidrigen Selbstschädigung des Opfers führen; dann erklärt sich der Schadensverlauf durch Verschulden dritter Personen oder durch Obliegenheitsverletzung des Opfers. Es mag aber auch (3) ohne Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung zur Schädigung kommen; dann geht es um Unglück.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Beispiel: Der Inhaber einer Pension in der Innenstadt, der abends das Licht im Eingang löscht (Handlung), handelt nur beschränkt auf noch eintreffende Hotelgäste unerlaubt, nicht etwa auch im Blick auf Passanten, die sich bei Regen unterstellen wollen. Er handelt bezüglich seiner Gäste aber auch nur insoweit unerlaubt, als es auf seinem Betriebsgrundstück dunkel wird; das Risiko, daß auf der dunkel gewordenen Straße vor seinem Betriebsgrundstück bezechte Gäste die Orientierung verlieren, schafft er erlaubt. Selbst was die Dunkelheit auf seinem Grundstück angeht, schafft er nur das Risiko eines Sturzes o. ä. unerlaubt, nicht aber das Risiko eines Überfalls im Dunkeln. Im Ergebnis ist also nur die Wirkung „Stolpergefahr auf dem Betriebsgrundstück für Gäste" unerlaubt. — Die Lösung gilt entsprechend, wenn der Täter die automatisch erlöschende Beleuchtung nicht wieder in Gang setzt (Unterlassung). — Der Täter kann, wie das Beispiel zeigt, durch ein einziges Organisationsverhalten zu einem Gut erlaubte Risiken eingehen (im Beispiel: zur Körperintegrität der Passanten) und zudem zu einem anderen sowohl erlaubte wie unerlaubte (im Beispiel: zur Körperintegrität der Gäste).

2. Die Schwierigkeiten, die verschiedenen Risiken auseinanderzuhalten und je ein- **77**
zeln im Blick auf die Erlaubnis zu beurteilen, resultieren aus einem naturalistischen Mißverständnis. Dabei werden alle Folgen auf eine Körperbewegung zurückgeführt (bei Begehung; bei Unterlassung auf die nicht gehinderte riskante Situation), so daß sich über ihren Bestand nur noch in cumulo befinden läßt: Der Täter *wird* (wirklich oder hypothetisch) die Folgen durch eine bestimmte Handlung alle zusammen herbeiführen (oder durch Unterlassen einer Rettung den Eintritt aller Folgen nicht hindern) und *wird* (wirklich oder hypothetisch) durch die Unterlassung dieser Handlung (oder durch den Vollzug der Rettungshandlung) erreichen, daß alle Folgen des Bündels zusammen ausbleiben. Strafrechtlich interessiert aber nicht, an welche Folgenkombinationen der Täter faktisch oder hypothetisch gebunden ist, sondern welche Beziehungen sein Organisationskreis zu einem anderen eingehen *darf* und welche nicht (ob Tun oder Unterlassen vorliegt, zählt gleich). Man muß also von der faktischen oder hypothetischen Folgenkombination mit allen Zufälligkeiten absehen und für jedes einzelne wirkliche[130] Risiko, das vom Organisationskreis des Täters einem fremden Organisationskreis aufgebürdet wird, gesondert bestimmen, ob dieses Risiko unerlaubt riskant ist oder nicht. Sind einzelne Risiken unerlaubt riskant, andere nicht, kommt es nicht darauf an, ob der Täter faktisch eine Organisation hätte besorgen können, bei der allein die unerlaubten Risiken vermieden worden wären; denn die Möglichkeit einer solchen Organisation hängt von Zufälligkeiten ab. Ob etwa der Täter im genannten Beispiel nur Betriebsgrundstück und Straße zusammen beleuchten kann oder ob er auch fähig ist, allein die Straße auszublenden, hängt ebenso von Zufälligkeiten ab, wie die Entscheidung, ob er hypothetisch zum Gebrauch einer eventuell gegebenen Fähigkeit entschlossen wäre. Es reicht also für die strafrechtliche Haftung nicht hin, wenn bestimmte Risiken eines Organisationskreises ohne eine unerlaubte Organisationsgestalt faktisch nicht bestehen würden; es entscheidet vielmehr, ob es unerlaubt ist, daß solche Risiken bestehen.

---

130 Daß es um Dürfen und nicht um Können geht, also nicht um die wirkliche Abspaltbarkeit des unerlaubten Risikos, ist dahin mißdeutet worden, wenn man sich irgendwelche — eventuell praktisch undurchführbare — erlaubten Verhaltensalternativen ausdenken könne, die auch schädigend wirken, entfalle die Haftung (*Frisch* Verhalten S. 536 f mit Fn. 110). Es geht freilich nur um eine Isolierung der *wirklich* unerlaubten Beziehung, ohne Blick darauf, womit diese Beziehung faktisch zwingend verbunden ist.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

D. Die Bestimmung der Risikoverwirklichung

1. Die Grundregel

78 a) Ein unerlaubtes Risiko verwirklicht sich dann, wenn man zur Erklärung des Schadens diejenigen Informationen vom Geschehen sämtlich benötigt, aus denen sich das Unerlaubte des Risikos ergibt[131]. Benötigt man auch nur eine dieser Informationen nicht, hat sich die unerlaubte Beziehung nicht verwirklicht. Ob man eine bestimmte Information zur Erklärung eines Schadens benötigt, weiß man aus Erfahrung oder lernt man, indem man sich Erfahrung verschafft[131a]. Es handelt sich um die Umkehrung des Vorgangs bei der Bildung von (unerlaubten) Risiken: Wie die erfahrungsgemäße Gefährlichkeit eines Bedingungskomplexes dazu führt, diesen prospektiv als *ein* Risiko zu definieren, wird bei der Risikoverwirklichung der Erfolg retrospektiv mit dem Vorliegen des Risikos erklärt. Diejenigen Fallgestaltungen, die man bei der Risikodefinition meint, sind genau diejenigen, bei deren Eintritt sich das Risiko verwirklicht[131b]. Wenn im schon oben angeführten Beispiel ein Lastwagen einen betrunkenen Radfahrer mit ungenügendem Seitenabstand (unerlaubte Beziehung) überholt (erlaubte Beziehung) und der Radfahrer in seiner Trunkenheit erschrickt und mit Todesfolge gegen den Lastwagen torkelt, bedingt entweder die Enge des Abstands das Erschrecken (eventuell zusammen mit der Trunkenheit, dazu unten 7/83), dann wird sie zur Erklärung des Schadens benötigt, oder aber die Enge trägt zum Erschrecken nichts bei (etwa weil der Radfahrer nichts gesehen, sondern nur ein Geräusch üblicher Stärke gehört hat und in seiner Trunkenheit darüber erschrocken ist; es verwirklicht sich allein das Risiko seiner Trunkenheit), dann wird sie nicht zur Erklärung benötigt, oder aber es läßt sich nicht ausmachen, ob die Enge etwas zur Erklärung beiträgt, dann kommt es auf die Verteilung der Beweislast an (dazu unten 7/98 ff). — Die ehemals übliche Formulierung, es fehle in den Fällen ausgebliebener Risikoverwirklichung an der Kausalität[131c], war zu weit, nicht aber kategorial falsch: Es fehlt — solange sich überhaupt Probleme einstellen[131d] — zwar nicht die Kausalität irgendeines vom Täter geschaffenen Risikos, aber doch diejenige eines speziell unerlaubten Risikos; es fehlt also die relevante Kausalität.

79 b) Ein speziell unerlaubtes Risiko wird auch in denjenigen Fällen nicht zur Erklärung eines Schadensverlaufs benötigt, die traditionell als „inadäquate Verläufe" be-

---

131 Der hiesigen Lösung einer Trennung von erlaubtem und unerlaubtem Risiko ist diejenige von *Puppe* ZStW 99 S. 595 hauptsächlich vergleichbar; *Puppe* fordert zur Risikoverwirklichung eine „ununterbrochene Kette unerlaubter Zustände" (aaO S. 610 f, 615; siehe aber auch unten Fn. 131j. Trotz der Verwendung höchst unterschiedlicher Lösungsformen besteht nahezu Einigkeit über den Grundsatz, daß unerlaubtes Verhalten plus Erfolgskausalität nicht stets auch unerlaubtes vollendetes Verhalten ist (siehe aber *Küper* Lackner-Festschrift S. 247 ff, 253). Umstritten ist die Entscheidung bei Ungewißheit (dazu unten 7/38 ff). — Einen neuen Ansatz entwirft *Krümpelmann* Jeschek-Festschrift S. 313 ff; schon *ders.* GA 1984 S. 491 ff, 503 ff; *ders.* Bokkelmann-Festschrift S. 443 ff; *Krümpelmann* prüft aus der Sicht ex ante, welche Pflicht der Täter gegenüber dem Opfer hat. Verletzt der Täter seine Pflicht (was im Prozeß bewiesen werden muß), so behandelt *Krümpelmann* das Restrisiko, das auch ohne Pflichtverletzung bestanden hätte, stets als *anderes* Risiko, also als Hypothese, die nichts erklärt. Zur Kritik siehe *Jakobs* Lackner-Festschrift S. 53 ff, 54 f mit Fn. 4.

131a Zu den *dabei* zu verwendenden Hypothesen siehe oben Fn. 126.

131b *Frisch* Verhalten S. 526 f.

131c So noch BGH 11 S. 1 ff.

131d Fehlt schon die Kausalität sämtlicher Elemente einer Beziehung, so steht fest, daß ein in dieser Beziehung bestehendes Risiko in der Konkurrenz die anderen Risiken nicht überragt. Beispiel: Wer in Bonn zu einem bestimmten Zeitpunkt zu schnell mit dem Auto fährt, bedingt nicht einen Unfall, der zu diesem Zeitpunkt in Köln geschieht. Schwierigkeiten tauchen immer dann auf, wenn es um die Zuordnung kausal wirkender Elemente zu einer erlaubten oder unerlaubten Beziehung geht (dazu sogleich im Text) und wenn es gilt, eine bloß risikovariierende Wirkung von der Verwirklichung eines Risikos zu scheiden (dazu oben 7/14 ff und unten 7/82).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

zeichnet werden (hiergegen oben 7/31 ff). In neuerer Zeit wird — schlecht[131e] — formuliert, es fehle der Schutzbereich der Norm (dazu auch unten 7/81). Es geht darum, daß der Täter durch ein unerlaubtes Verhalten ein Risiko auslöst, das durch die Vermeidung dieses Verhaltens zufällig gehindert, aber nicht planmäßig beherrscht werden kann. Beispiele: Das Opfer wird mit dem Auto entführt und kommt bei einem unvermeidbaren Autounfall ums Leben. — Das niedergestochene Opfer kommt im Krankenhaus durch einen Brand[131f] oder auf dem Weg dorthin durch einen Verkehrsunfall ums Leben, ohne daß mit dem Rettungsfahrzeug anders als allgemein (ohne Rechtfertigung) erlaubt gefahren worden wäre[131g]. In diesen Fällen ist die Beziehung zum betroffenen Gut insoweit rechtmäßig, als das Gut den üblichen Risiken des Straßenverkehrs oder des Aufenthalts in einem Gebäude ausgesetzt wird; denn solche oder ähnliche Risiken fehlen — abgesehen von musealer Verwahrung — nirgendwo völlig. Das Opfer hat diese mit der aufgezwungenen Lebensweise verbundenen Bestandsrisiken zu tragen, weil sie das Übliche nicht übersteigen und das Opfer von denjenigen Risiken befreien, die es bei einer Lebensweise seiner Wahl getroffen hätten[131h]. Entsprechend ist selbst dann noch zu entscheiden, wenn ein rechtswidrig an einen anderen Ort verbrachtes Gut dort bei einem solchen Verbrechen verletzt wird, wie es jedes Gut so oder ähnlich überall treffen kann: Das allgemeine Opferrisiko ist kein unerlaubtes Risiko desjenigen Täters, der einen Ortswechsel des Guts organisiert.

c) Die Lösung gilt ferner, wenn der Täter bei seinem unerlaubten Verhalten nicht ein **80** allgemeines Lebensrisiko des Opfers auslöst, sondern ein Risiko, für welches das Opfer wegen einer Obliegenheitsverletzung selbst oder eine dritte Person zuständig ist. Beispiel[131i]: Der Täter fährt unerlaubt schnell auf einer bevorrechtigten Straße. Das wartepflichtige Opfer übersieht ihn; es kommt zum Zusammenstoß. Wäre der Täter nicht schneller als erlaubt gefahren, so hätte er zwar auch nicht vor der Kreuzung anhalten können, aber die Bremsverzögerung seines Fahrzeugs hätte intensiver eingesetzt und das Opfer hätte die Kreuzung verlassen gehabt, bevor der Täter sie erreichte. Das Risiko, die Kreuzung eine besonders kurze Zeit nach einer Vorfahrtsverletzung zu

---

131e Stets wenn eine Voraussetzung des Unrechts fehlt, liegt das Geschehen nicht im Schutzbereich der Norm; kritisch auch *Frisch* Verhalten S. 80 ff.

131f Zurechnung findet auch dann nicht statt, wenn das Opfer nur im Brand umkommt, weil es wegen seiner Verletzung gehandicapt ist: Die Unmöglichkeit einer Flucht in ex ante gefahrlosen Zeiten vergrößert nicht das allgemeine Bestandsrisiko; *Frisch* Verhalten S. 392 f.

131g Die Folgen einer per Notstand *gerechtfertigten* oder *entschuldigten* waghalsigen Rettungsfahrt sind demjenigen zuzurechnen, der die Rettung nötig gemacht hat; siehe unten zur mittelbaren Täterschaft 21/81 ff. — Ebenso haftet, wer den Schutz vor einer Gefahr unerlaubt reduziert (etwa durch eine Tablettenvergiftung den Immunschutz) für die Folgen der Gefahr (für die Infektion). In solchen Fällen setzt der Täter durch *ein* Verhalten *mehrere* Risiken (zur Verletzung zusätzlich dasjenige einer Rettungsfahrt; zur Tablettenvergiftung zusätzlich dasjenige der Infektion). Siehe OLG Köln NJW 1956 S. 1884; OLG Stuttgart NJW 1982 S. 295 f mit Anmerkung *Ebert* JR 1982 S. 421 f; *SK-Rudolphi* Rdn. 75 vor § 1. Nach den genannten Regeln erledigt sich auch die (bei unklarer Beweislage verfehlt Haftung bejahende) Entscheidung BGH JR 1989 S. 382 f mit kritischer Besprechung *Krümpelmann* aaO S. 353 ff: Ein Arzt führt eine Operation vermeidbar falsch aus (unerlaubtes Risiko) und muß sie deshalb wiederholen; bei der Wiederholung stirbt das Opfer, weil es die Narkotisierung nicht verträgt. Beruht die Unverträglichkeit auf einer Schwächung durch die erste Operation und war sie als solche vorauszusehen, so ist die erste Operation *auch insoweit* ein unerlaubt riskantes Verhalten; anders verhält es sich, wenn die Unverträglichkeit auf einem unerkennbaren konstitutionellen Fehler beruht.

131h Im Ergebnis ganz überwiegende Ansicht: *Roxin* Honig-Festschrift S. 333 ff; *ders.* Gallas-Festschrift S. 241 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 95 ff vor § 13; *Jescheck* AT § 55 II 2b bb; *LK-Jescheck* Rdn. 62 vor § 13; *SK-Samson* § 16 Anhang Rdn. 28; siehe schon *Exner* Frank-Festgabe Bd. I S. 569 ff.

131i Nach BGH 33 S. 61 ff, 63 ff; dort falsch entschieden; zutreffende Kritik bei *Puppe* JZ 1985 S. 295 ff; *Ebert* JR 1985 S. 356 ff; *Streng* NJW 1985 S. 2809 ff, 2811; *Frisch* Verhalten S. 98 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

erreichen, schafft der Täter freilich nicht unerlaubt[131j], wie daran zu sehen ist, daß die Kürze für das Opfer günstig sein kann (wenn nämlich der Fahrer auf der bevorrechtigten Straße wegen seines besonders hohen Tempos die Kreuzung schon wieder verlassen hat, bevor der Wartepflichtige nach seiner Pflichtverletzung den möglichen Kollisionspunkt erreicht hat). Damit ist der Unfall aus einem vom Täter erlaubt geschaffenen Risiko (und aus der Obliegenheitsverletzung des Opfers selbst) zu erklären; das unerlaubt geschaffene Risiko hat sich also nicht verwirklicht.

81 d) Noch drastischer fehlt die Risikoverwirklichung, wenn das unerlaubte Risiko überhaupt nicht zum später betroffenen Opfer besteht. Beispiel: Der Täter fährt an einer Halt gebietenden Ampel vorbei und überfährt einen Kilometer weiter ohne erneut unerlaubt riskantes Verhalten einen Fußgänger, der plötzlich auf die Fahrbahn fällt; hätte der Täter an der Ampel gehalten, so hätte er die Unfallstelle zur Zeit des Hinfallens noch nicht erreicht gehabt und hätte also das Opfer nicht verletzt[131k]. Der Fehler an der Ampel bedingt zwar den Unfall, aber nur über den Zeitpunkt, zu dem der Fahrer die Unfallstelle erreicht, und dieser Zeitpunkt, welcher er auch sei, gehört nicht zu einem unerlaubten Risiko; denn die in Rede stehenden Straßenverkehrsrisiken lassen sich nicht dadurch beherrschen, daß man eine Fahrt einige Zeit unterbricht, bevor man sie fortsetzt. Also kann das unerlaubte Verhalten wiederum den Erfolgseintritt nicht erklären.

Auch Fälle dieser Art werden verbreitet einem „Schutzbereich der Norm" genannten Problembereich zugeordnet (siehe schon oben 7/79). Sie bieten allerdings überhaupt keine besonderen Probleme. Es kann allenfalls im Einzelfall schwierig zu entscheiden sein, ob ein Risiko erlaubt oder unerlaubt ist. Dies ist durch Auslegung der zugehörigen Normen zu ermitteln und hat keinen speziellen Bezug zur Risikokonkurrenz. Beispiel: Wer vor einem Altersheim, wo (zum Schutz der alten Menschen) eine Geschwindigkeitsbegrenzung auf 30 Stundenkilometer angeordnet worden ist, zu schnell fährt, aber nicht schneller als in Normallagen, schafft damit auch eine unerlaubte Beziehung zu einem jungen Menschen, der sich dort aufhält, wenn das Begrenzungsschild keinen Vorbehalt trägt. Der junge Mensch wird also vom „Schutzbereich der Norm" umfaßt, weil die Begrenzung Motiv des Normgebers geblieben, nicht aber in der Norm ausgedrückt worden ist. In dem oben genannten Fall des Überfahrens einer Ampel liegt hingegen auf der Hand, daß der einen Kilometer weiter angefahrene Fußgänger nicht in den Schutzbereich des Haltegebots an der Ampel fällt.

Umstritten ist die Entscheidung, wenn ein Schaden als *Spätfolge* eines früher herbeigeführten *Dauerschadens* eintritt. Beispiele: Der vom Täter fahrlässig bewirkte Verlust eines Beins des Opfers führt nach fünf Jahren zu einem Sturz bei Glatteis mit der Folge

[131j] Genauer: Daß der Täter nicht vor dem Ort der Kollision anhalten kann, erklärt sich nicht aus der Tempoerhöhung. — Daß der Täter dem Opfer keine Zeit zu einem Ausweichmanöver läßt, ist gleichfalls nicht aus dem spezifisch Unerlaubten erklärbar. Eine *solche* Zeitverkürzung wäre freilich, läge sie vor, ein unerlaubtes Risiko. — Es bleibt der Umstand, daß der Täter nicht erst in der Zeit „t", sondern schon in einer Zeit „kleiner als t" die Kreuzung erreicht: Dies ist durch das überhöhte Tempo bedingt, — aber ist es *seinerseits* (als Zeitverkürzung) ein unerlaubtes Risiko? Dann müßte ein Geschwindigkeitslimit gerade zur Vermeidung solcher Verläufe planvoll einsetzbar sein, mit anderen Worten, je heftiger das Limit mißachtet würde, um so eher müßte es zum Unfall kommen. Dazu, daß eine solche Relation nicht besteht, siehe sogleich im Text. — *Puppe* ZStW 99 S. 595 ff, 612 ff rechnet Fälle der vorliegenden Art zu einer eigenen Gruppe konkurrierender Risiken, wohl weil im Fall ein erlaubter Zwischen*zustand* fehlt. Es kommt aber nicht auf Zustände an, sondern auf Risiken, und eine Beziehung, die nur umschichtet, wann Zufall der Fall ist (insoweit treffend *Puppe* aaO), ist nicht unerlaubt, *was diese Umschichtung angeht*, das heißt, sie bürdet einem fremden Oganisationskreis kein Risiko auf, das dieser nicht sowieso zu tragen hat.

[131k] Ähnliche Fälle: BGH VRS 5 S. 284 ff, 286; VRS 20 S. 129 ff, 131; OLG Karlsruhe NJW 1958 S. 430; AG Wennigsen NJW 1989 S. 786 f, dazu *Kahlo* NJW 1990 S. 1521 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

weiterer Verletzungen und nach zehn Jahren zu einem tödlichen Unfall. — Der Allgemeinzustand eines Unfallopfers bleibt reduziert; deshalb stirbt es zehn Jahre nach dem Unfall bei einer Influenzaepidemie. Soweit argumentiert wird, die frühere Verletzung sei zum Zeitpunkt der späteren „ausgeheilt" gewesen[131l], ist dies zumindest falsch formuliert: Die Fallgruppe ist durch einen dauernden Restschaden definiert. Aber es ist möglich, daß es Aufgabe des Opfers wird, sein Leben auf das Vorhandensein des Dauerschadens auszurichten, insbesondere, ihn durch Schutzmaßnahmen zu kompensieren. Wenn dies der Fall ist, muß das Opfer das Spätschadensrisiko selbst tragen. Beispiel: Wer nach der Amputation eines Arms eine Klettertour an einer Steilwand unternimmt, verletzt seine Obliegenheit zum Selbstschutz. Soweit aber Kompensationen nicht möglich oder vom Opfer nicht zu verlangen sind, ist die Spätfolge dem Verursacher des Dauerschadens zuzurechnen, falls der Dauerschaden ein hinreichend dichtes Folgenrisiko indiziert. Allerdings kann es nach langer Zeit *praktisch* unmöglich sein, aus einem höchst komplexen Bedingungsgeflecht den Dauerschaden als relevante Ursache herauszuschälen; zudem mag die Rechtskraft einer schon ergangenen gerichtlichen Entscheidung die *prozessuale* Erledigung hindern. *Materiellrechtlich* ist die Länge der Zeit bis zum Folgeneintritt irrelevant. Kraß: Ein Arzt, der für eine Infusion offenbar HIV-infiziertes Blut verwendet, haftet, falls der Patient mangels Abwehrkraft (schon nach sechs Monaten oder auch erst) nach zwölf Jahren stirbt[131m].

e) Eine bloße Risikovariation (ein Bedingen von Begleitumständen des Erfolgs) ist **82** kein unerlaubtes Verhalten (oben 7/14 ff). Bewirkt der Täter bei einem aus anderen Gründen unerlaubten Verhalten nur eine Variation eines erlaubten Risikos, so hat sich das unerlaubte Risiko eben nicht verwirklicht. Variante des schon mehrfach herangezogenen Beispiels: Ein völlig betrunkener Radfahrer stürzt auf die Fahrbahn; da ein überholender Lastwagen den Sicherheitsabstand nicht einhält, überrollt er nicht den Brustkorb, sondern den Unterleib des Gestürzten (das eine wie das andere wirkt sofort tödlich). Wenn der Lastwagen in einem Abstand fuhr, bei dem ein übliches (nicht durch Trunkenheit verstärktes) Schwanken noch schadlos ausgegangen wäre, erklärt die Trunkenheit Sturz und Tod und das Unterschreiten des Sicherheitsabstands variiert nur das Trunkenheitsrisiko.

2. Risiken in mehrfacher Zuständigkeit

Nicht stets ist für ein Risiko nur eine einzige Person zuständig. Dabei bietet es keine **83** besonderen Schwierigkeiten, wenn mehrere Personen ein riskantes Verhalten gemeinsam veranstalten. Beispiele: Mehrere Personen spielen gemeinsam mit Feuer oder segeln gemeinsam mit einem nicht seetüchtigen Boot etc. Aber mehrere Personen

---

131l *SK-Rudolphi* Rdn. 77 vor § 1; *Schünemann* JA 1975 S. 435 ff, 715 ff, 720. Die Argumentation steht auch im Widerspruch zu der Aussage, die Gefahr einer Spätfolge sei Strafzumessungsgrund bei der Beurteilung der Primärverletzung (*SK-Rudolphi* aaO; *Roxin* Gallas-Festschrift S. 241 ff, 254): Offenbar soll der Fall so gestaltet sein, daß die Gefahr zurechenbar geschaffen wurde. — Gegen Zurechnung der Folge auch *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 127 ff. *A. A.* (im Ansatz wie hier) *Rudolphi* JuS 1969 S. 549 ff; *Wolter* Objektive und personale Zurechnung S. 53 ff, 341, und eingehend *Frisch* Verhalten S. 494 ff mit weiteren Nachweisen.

131m Anders schon zum *objektiven* Tatbestand *Schünemann* JR 1989 S. 89 ff, 91 f; *ders.* Rechtsprobleme S. 373 ff, 469 ff, 485 f; *Schlehofer* NJW 1989 S. 2017 ff, 2022 ff; dagegen *Bottke* AIFO 1988 S. 628 ff, 635 ff; *Silva-Sanchez* GA 1990 S. 206 ff, 210 ff. *Schünemann* meint, aus „alltagssemantischen" Gründen paßten die Tötungsdelikte nicht auf langwierige Prozesse. Solche Gründe sind freilich weder relevant (oben 4/35, 39) noch stimmen sie in sich: So entspricht es etwa geläufigem Sprachgebrauch, daß durch die Atombombenabwürfe auf Japan auch diejenigen Menschen *getötet* wurden, die nicht sofort, sondern nach langwierigen Strahlenkrankheiten starben.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

können auch *neben*einander die Aufgabe haben, *ein* Risiko hintanzuhalten. Das ist immer dann der Fall, wenn wechselseitig mit schon angelegten Risiken, insbesondere mit Fehlverhalten gerechnet werden muß. Im schon mitgeteilten Beispiel, in dem ein Lastwagen in zu engem Seitenabstand an einem betrunkenen Radfahrer vorbeigelenkt wird, ist es Aufgabe des Lastwagenfahrers, sich auch auf Radfahrer mit unterdurchschnittlichen Fähigkeiten einzustellen, und es ist Aufgabe des Radfahrers, sein Verhalten nicht an Idealbedingungen auszurichten. Erschrickt der Radfahrer trunkenheitsbedingt (seine Zuständigkeit) über die Enge des Abstands (Zuständigkeit des Lastwagenfahrers), so verwirklicht sich ein Risiko, daß die Beteiligten kumulativ verwalten: die Unbeherrschbarkeit einer heiklen Verkehrssituation.

Die Zuständigkeitsaufteilung muß nicht gerade zwischen einem Täter (Pflichtverletzung) und einem Opfer (Obliegenheitsverletzung) erfolgen; es können auch mehrere Täter nebeneinander beteiligt sein. Beispiel: Ein Autofahrer verletzt die Vorfahrt; der Fahrer auf der bevorrechtigten Straße nähert sich in unerlaubt schnellem Tempo; bei seinem Bremsmanöver wegen der Vorfahrtsverletzung (Zuständigkeit des anderen) gerät er infolge seines überhöhten Tempos (seine Zuständigkeit) ins Schleudern und verletzt einen Passanten. Beide Fahrer sind Täter der fahrlässigen Körperverletzung (siehe auch oben zum Vertrauensgrundsatz 7/54 f).

3. Überbedingte Erfolge

83a a) Wenig beachtet wird das Problem, daß ein Schadensverlauf auch überbedingt sein kann. Dies ist der Fall, wenn von mehreren Risiken wechselseitig jedes deshalb nur noch Begleitbedingungen, nicht aber mehr den Verlauf zum Erfolg erklärt, weil noch andere Risiken vorhanden sind. Beispiel[131n]: Ein schlecht gewarteter Aufzug trägt nur noch die Hälfte der Sollast. Es wird eine Ladung hineingeworfen, die das Mehrfache der Sollast wiegt. Der Aufzug stürzt ab. Die Überschreitung der Sollast und die mangelnde Tragkraft könnten den Absturz je allein erklären. Es ist aber nicht zulässig, sie zu kumulieren; denn wenn ein Risiko schon *perfekt* ist, bevor das andere geschaffen wird (etwa die Seile sind beschädigt, bevor die Entscheidung über das einzuladende Gut fällt), verlieren Normen zur Vermeidung des jeweils anderen Risikos ihren Sinn: Ein Gebot, bei Beladung auf die Sollast zu achten, wird sinnlos, sobald auch diese nicht mehr getragen wird, wie ein Verbot, die Seile zu schwächen, den Sinn verliert, wenn sowieso eine Überlast eingeworfen wird. Deshalb ist darauf abzustellen, welches Risiko als erstes perfekt gesetzt worden, das heißt, aus dem Organisationskreis des Zuständigen entlassen worden ist[131o]. Zum angeführten Beispiel: Wenn der für die Beladung Zuständige die Überladung angeordnet hat, bevor bei einer Wartung die Seile beschädigt werden, verwirklicht sich beim Absturz einzig das Risiko des Überladens, weil von dem Zeitpunkt an, in dem es feststeht, der Absturz nicht mehr davon abhängt, ob der Aufzug die Sollast trägt.

Fälle solcher Art dürften in denjenigen Lebensbereichen, in denen unerlaubte Risiken massenhaft vorkommen, nicht selten sein. Im schon mehrfach herangezogenen Beispiel einer Kollision zwischen einem Lastwagenfahrer, der mit zu engem Seitenabstand überholt, und einem betrunkenen Radfahrer geht es um folgende Variante: Ein betrunkener Radfahrer schwankt über die Schutzzone hinaus, so daß ihn auch ein Lastwagen mit ordnungsgemäßem Abstand überrollen würde; aber der Lastwagen setzt so dicht zum Überholen an, daß selbst übliches Schwanken zur Kollision und zum

[131n] Siehe BGHZ NJW 1967 S. 551 f.

[131o] Eingehend *Jakobs* Lackner-Festschrift S. 53 ff; 63 ff, 68 ff; kritisch *Puppe* ZStW 99 S. 595 ff, 606. — Bei Gleichzeitigkeit bleibt die Norm für beide bis zum Handlungsabschluß sinnvoll, also haften beide.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Überrollen führen muß. Da zwar das Unterschreiten des Sicherheitsabstands nur Begleitumstände bei der Verwirklichung des Trunkenheitsrisikos erklärt, aber zugleich auch die Trunkenheit nur Begleitumstände des Risikos der Abstandsunterschreitung, ist der Erfolg überbedingt: Es kommt darauf an, welches Risiko zuerst perfekt wird. Torkelt der Radfahrer schon unhinderbar, wenn der Lastwagen zum Überholen ansetzt, verwirklicht sich das Trunkenheitsrisiko; ist aber der Lastwagen nicht mehr in einen ordnungsgemäßen Abstand zu bringen, wenn der Radfahrer torkelt, so bedingt das Torkeln nur Begleitumstände.

b) Überbedingte Erfolge unterscheiden sich von Risiken in mehrfacher Zuständig- **84** keit in folgendem: Bei mehrfacher Zuständigkeit ist der Erfolg nur hinreichend bedingt, wenn sich alle Beteiligten falsch verhalten. Bei Überbedingung ist der Erfolg schon beim Fehlverhalten auch nur eines der Beteiligten hinreichend bedingt. Beispiel: Haben mehrere Personen je für sich allein die Pflicht, ein Kind aus dem Wasser zu ziehen, haften sie alle, wenn keiner rettet. Können sie aber nur gemeinsam retten, haftet nur derjenige, der sein Versagen als erster perfekt macht.

E. Einzelfragen zur Risikoverwirklichung

1. Da es um die Erklärbarkeit von Schadensverläufen geht, nicht aber um deren **85** Wahrscheinlichkeit, ist irrelevant, ob der konkrete Verlauf erwartungsgemäß mehr oder weniger typisch ist; auch in *inadäquaten* Verläufen kann sich ein Risiko verwirklichen. Beispiel: Wirkt ein Gift bei einer vereinzelt resistenten Person nicht schon im Magen, sondern erst im Darm, so verwirklicht sich das Vergiftungsrisiko trotz der extremen Seltenheit des Verlaufs.

2. Weil allein das reale Geschehen interessiert, nicht aber, was bei einem hypothetischen Verlauf eingetreten wäre, ist auch irrelevant, ob ein Risiko, das sich *nicht* verwirklicht, immerhin den Erfolg gegenüber einer hypothetischen Lage *beschleunigt* (oder verzögert oder intensiviert oder vermindert)[132]. So wenig eine Erfolgsbeschleunigung durch ein erlaubtes Risiko zur Zurechnung führt, so wenig auch beim Hinzutritt eines unerlaubten Risikos, das nicht wirkt, also zur Erklärung des Schadensverlaufs nichts beiträgt[133]. Beispiel: Wenn der Täter dem Opfer vergiftetes Konfekt gibt, das vom Opfer so gierig verschlungen wird, daß es im Hals stecken bleibt und das Opfer daran erstickt, so hat sich das Vergiftungsrisiko nicht verwirklicht, gleich ob das Opfer ohne den Vergiftungsversuch des Täters schon früher oder gleichzeitig oder später Konfekt mit der Folge des Erstickens verschlungen hätte (oder überhaupt nicht, dazu sogleich). — Selbst wenn feststeht, daß die Vermeidung eines unerlaubt riskanten **86**

---

132 Verwirrend BGH 24 S. 32 ff, 35 f mit zutreffend ablehnender Anmerkung *Knauber* NJW 1971 S. 627, wonach zur Verwirklichung des Risikos einer Trunkenheitsfahrt nicht darauf abgestellt werden soll, was die Trunkenheit zum Schadensverlauf beiträgt, auch nicht, üblicher Methode entsprechend, was ohne die Trunkenheit geschehen wäre, sondern wie die Situation wäre, wenn der Täter das Trunkenheitsrisiko durch erhöhte Vorsicht (besonders langsames Fahren) eliminiert hätte. — Der Bundesgerichtshof meint zu Unrecht, diese Betrachtung führe zu einer anderen Lösung als das Hypothesenverfahren. Hätte sich bei der tatsächlich eingeschlagenen Fahrweise ein nüchterner Fahrer im Rahmen des erlaubten Risikos gehalten und trotzdem einen Schaden soeben nicht mehr vermeiden können (so deutet das Gericht aaO den Sachverhalt), so kann eine entsprechende Fahrweise für den seine Trunkenheit in Rechnung stellenden Fahrer auch nur von der Art sein, daß eine Schädigung soeben nicht mehr vermieden werden kann. — Siehe zur genannten Entscheidung auch *Puppe* JuS 1982 S. 660 f, 662; *Schlüchter* JA 1984 S. 673 ff, 678 f; *Niewenhuis* Gefahr S. 179 ff.

133 Im Ergebnis ebenso BGH 21 S. 59 ff, 61; ferner die bei *Kahrs* Vermeidbarkeitsprinzip S. 199 ff mitgeteilte Entscheidung des Bundesgerichtshofs: *Jescheck* AT § 55 II; *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 169; *Hardwig* JZ 1968 S. 289 ff; *Ulsenheimer* JZ 1969 S. 364 ff, 369; siehe auch *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 186.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Verhaltens einen Erfolg *verhindert* hätte, so ist dies weder ein notwendiges noch ein hinreichendes Indiz für die Verwirklichung einer Gefahr[134]. Wenn sich etwa im oben mitgeteilten Fall eines falschen Überholmanövers die Gefahr des unerlaubten Risikos nicht verwirklicht, so bleibt es dabei auch dann, wenn ein ordnungsgemäßes Überholen unmöglich war, etwa weil die Straße zur Durchführung eines Überholmanövers mit hinreichendem Sicherheitsabstand zu schmal war. Erlaubte Risiken werden nicht unerlaubt, weil der Täter sie *faktisch* nicht von unerlaubten abspalten kann[135]. Freilich können Fahrspuren zweckvoll so angelegt werden, daß auch zum Schutz unbesonnener Personen schlechthin jedes Überholen unterbleiben soll; in diesem Fall geht aber das Überholrisiko selbst dann noch zu Lasten des Überholenden, wenn der Überholte unbesonnen oder unglücklich reagiert: Der Umfang des unerlaubten Risikos ist zu Lasten des Überholenden vergrößert worden.

87 3. Soweit es um *hypothetische Verläufe* geht, ist die Irrelevanz für die Gefahrverwirklichung nach dem hiesigen Lösungsvorschlag selbstverständlich. Beispiel[136]: Wird zu einer Narkose fehlerhaft Kokain statt Novokain verwendet[137] oder bewirkt ein Täter eine Darlehenshingabe durch Täuschung[138], so entfällt die Gefahrverwirklichung nicht deshalb, weil der Erfolg auch mit einem erlaubten Mittel (Novokain, mit wahren Angaben) bewirkt worden wäre.

88 4. a) Die genannten Maximen gelten auch, wenn ein unerlaubtes Risiko durch *„negative Bedingungen"* (oben 7/25) ausgezeichnet ist. Auch hierbei kommt es allein auf den realen Verlauf an. Es geht um Fälle, in denen ein Verhalten unerlaubt ist, soweit nicht ein Verfahren zur Risikominderung vorgeschaltet wird, wobei aber dieses Vorschaltverfahren im Einzelfall wirkungslos geblieben wäre. Allerdings kann auch ein wirkungsloses Verfahren immer noch einen normativ plangemäßen Schutz bieten, scil. wenn die Wirkungslosigkeit auf einem zurechenbaren Fehlverhalten beruht. Wäre also das Vorschaltverfahren wirkungslos, weil sich der dafür Verantwortliche zurechenbar falsch verhielte oder das Opfer Obliegenheiten zum Selbstschutz nicht ergriffe, so nähme die Berücksichtigung der faktischen Nutzlosigkeit des Vorschaltverfahrens dem Gut die normative Garantie. Beispiele: Werden mit infizierenden Stoffen verseuchte Ziegenhaare in nicht desinfiziertem Zustand zur Verarbeitung gegeben[139] oder gibt ein Apotheker ein gefährliches Medikament ohne Rezept aus[140] oder narkotisiert ein Zahnarzt einen Patienten ohne indizierte (!) internistische Untersuchung[141], hätte aber das jeweilige Vorschaltverfahren (Desinfektion, Rezeptur, internistische Untersuchung) wegen eines Fehlers des Zuständigen den Schaden nicht verhindert, so verwirklicht sich das unerlaubte Risiko, das durch ein Verhalten ohne Vorschaltverfahren eingegangen wird[142]: Ein hypothetischer Fehler erklärt keinen realen Schadensverlauf,

---

134 So insbesondere in den Fällen eines Fahrens mit überhöhter Geschwindigkeit, wobei es zu einem Unfall kommt, der — nach üblicher Formulierung — auch bei ordnungsgemäßer Geschwindigkeit nicht zu vermeiden gewesen wäre. Stets wäre der Täter bei ordnungsgemäßer Geschwindigkeit nicht am Unfallort gewesen und der Unfall deshalb ausgeblieben. Entscheidend ist, daß die unerlaubte Beziehung des zu schnellen Fahrens nur Risiken erklärt, die durch Geschwindigkeitsregulierung beherrschbar sind.

135 Siehe *Puppe* JZ 1985 S. 295 ff, 296; *Jakobs* Studien S. 102.

136 Siehe aus der Rechtsprechung ferner OGH 1 S. 49 ff; BGH 2 S. 20 ff.

137 RG HRR 1926 Nr. 2302. — Es wird vorausgesetzt, daß nicht ein Stoff wirkt, der in Kokain und Novokain gleichermaßen vorhanden ist; so zutreffend differenzierend *Roxin* ZStW 74 S. 411 ff, 439 f; *Schünemann* JA 1975 S. 435 ff, 647 ff, 654.

138 BGH 13 S. 13 ff.

139 RG 63 S. 211 ff.

140 RG 15 S. 151 ff.

141 BGH 21 S. 59 ff mit Anmerkung *Wessels* JZ 1967 S. 449 ff.

142 Im Grundsatz ebenso *Kahrs* Vermeidbarkeitsprinzip S. 69 ff, 99 ff; *Hardwig* JZ 1968 S. 289 f, 292 Fn. 4.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

d. h. ein Gut wird nicht schutzlos, weil andere Personen es bei einem anderen Verlauf zurechenbar verletzen würden.

Wäre das Vorschaltverfahren jedoch ohne zurechenbares Fehlverhalten im Ergebnis nutzlos (so wohl in den genannten Entscheidungen), so verwirklicht sich das unerlaubte Risiko nicht; denn es ist dann mit einem erlaubtem Risiko restlos oder doch bis auf irrelevante Begleitumstände identisch. Was es unerlaubt macht, kann also zum Schadensverlauf nichts beitragen. Ob der Täter ad hoc ein Risiko mit erledigtem Vorschaltverfahren eingehen *könnte,* ist eine nicht entscheidungserhebliche Hypothese; jedenfalls *dürfte* er es.

Auch bei „negativen Bedingungen" kommt es bei mangelnder Risikoverwirklichung nicht darauf an, ob ein erlaubtes Verhalten den Erfolg immerhin verzögert oder überhaupt verhindert hätte (siehe oben 7/86).

89 b) Trifft ein Defekt des Vorschaltverfahrens mit einem Risiko zusammen, das den Zweck des Vorschaltverfahrens paralysiert, so ist der Erfolg überbedingt[142a] (siehe oben 7/83 a f). Beispiel: Der gerufene Notarzt kehrt unterwegs ins Wirtshaus ein, während der Verunglückte von seinem Feind unauffindbar im Gebüsch verborgen wird. Es kommt darauf an, welcher der beiden Gründe für das Scheitern der Rettung eher perfekt wird.

F. Die Berücksichtigung hypothetischer Erfolgsursachen bei der Strafzumessung

1. Der Grundsatz

90 Was ohne ein unerlaubt riskantes Verhalten geschehen wäre, ist für die Risikoverwirklichung und im Regelfall auch für die Strafzumessung gleichgültig. So wie dem Täter der Erfolg nicht schon bei Kausalität, sondern erst bei Risikoverwirklichung zuzurechnen ist, so wird er in der Umkehrung bei gegebener Risikoverwirklichung regelmäßig nicht schon deshalb frei, weil sein Verhalten zwar verletzt, das verletzte Gut aber zugleich auch vor anderen Kausalverläufen zum Erfolg bewahrt. Es gibt keinen Satz des Inhalts, ein sowieso in seinem Bestand gefährdetes Gut sei nicht mehr normativ garantiert. Beispiel: Dem Verursacher einer Körperverletzung ist diese auch dann zuzurechnen, wenn die Verletzung das Opfer zwingt, auf eine geplante Flugreise zu verzichten und diese Reise vielleicht oder gewiß mit einem Absturz und schlimmeren Verletzungen geendet hätte. In Grenzfällen mag die an sich unerlaubte Handlung allenfalls gerechtfertigt sein, insbesondere durch Notstand[143] (siehe auch unten zur Unterlassung 29/25).

91 Die Nichtberücksichtigung des Hypothetischen — abgesehen von den noch zu behandelnden Strafzumessungsproblemen — hat folgenden Grund: Jedes Gut ist dauernd einer Reihe von Risiken ausgesetzt, und zwar dritten Personen zurechenbaren Risiken oder dem Gutsinhaber selbst wegen einer Obliegenheitsverletzung zurechenbaren oder als Unglück in seiner Zuständigkeit stehenden Risiken. Was die zurechenbaren Risiken angeht, so wurde schon dargelegt, daß eine Berücksichtigung dem Gut die normative Garantie nehmen würde. Jeder Arzt, dessen Vertreter nichts taugt, dürfte schlecht kurieren; wer mit sich selbst ruinös umgeht, dürfte ruiniert werden etc. Aber auch was das Unglück angeht, so kann das Opfer darauf verweisen, daß die Bedingungen eines unglücklichen Verlaufs aktuell nicht komplett waren, wenn sich ein zurechen-

---

142a Einzelheiten bei *Jakobs* Lackner-Festschrift S. 53 ff, 69 Fn. 21.

143 Siehe hierzu *Samson* Hypothetische Kausalverläufe S. 86 ff und oben zur Risikovariation 7/16.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

barer Verlauf verwirklicht hat. Das entspricht auch dem Gebot einer gleichmäßigen Risikoverteilung: So wie das Opfer nach einer Tat mit neuen Bestandsrisiken allein fertig werden muß (Beispiel: Das verletzte Opfer wird im Krankenhaus von einem Brand bedroht; — keine Zurechnung zum Täter der Verletzung), so ist es von den alten Risiken zu entlasten (Beispiel: Das Opfer wurde verletzt, als es im Begriff stand, mit einem unerkennbar schwer defekten Auto abzufahren). Es geht in diesen Fällen um Zufallsfolgen der Lebensgestaltung des Opfers, und dieses hat Anspruch auf das Glück, wie es das Unglück zu tragen hat[144].

2. Die Möglichkeit einer Strafrahmenmilderung wegen hypothetischer Erfolgsursachen (Ähnlichkeit mit abstrakter Gefährdung oder Versuch)

92 a) Soweit der Täter durch sein Verhalten einen hypothetischen Schadensverlauf verdrängt, haftet er für den Verlauf zum Erfolg und für die Art und Weise des Erfolgseintritts, ohne daß von ihm der *Bestand* des Erfolgs abhinge; denn ohne den Beitrag des Täters wäre der Erfolg zwar auf Grund eines anderen Risikos eingetreten, hätte aber gleichfalls Bestand. Das nähert — trotz eingetretener Vollendung — das Verhalten des Täters, der die Lage überblickt, insoweit abstrakter Gefährdung an, als dem Täter der *dauernde* Verlust des Guts nicht anzulasten ist. Überblickt der Täter die Lage nicht, so wird er vermeintlich (oder bei Fahrlässigkeit: erkennbar) auch für die Dauer des Verlusts ursächlich, nicht aber objektiv: Sein Verhalten wird versuchsähnlich.

93 b aa) Wäre der hypothetische Schadensverlauf freilich seinerseits zurechenbar (dem Täter, einem anderen Täter, dem Opfer selbst[144a]), bleibt er außer Betracht; denn normative Garantien, auch in Form von Obliegenheiten zum Selbstschutz, werden dem Gut nie genommen. Deshalb fehlt eine Ähnlichkeit mit der abstrakten Gefährdung oder dem Versuch sowohl bei der Bereitschaft von Bandenmitgliedern zum wechselseitigen Ersatz ihrer Beiträge als auch bei Zurechenbarkeit der hypothetischen Verläufe zum Täter selbst; dabei kommt auch eine Zurechnung als Unterlassungstat in Betracht (Ingerenz).

94 bb) Eine Berücksichtigung des hypothetischen Verlaufs ist auch ausgeschlossen, wenn die Bedingung hypothetisch durch ein Eintriffsrecht gerechtfertigt herbeigeführt würde; denn der rechtlich sinnvolle (gerechtfertigte) Verlust eines Guts steht dem

---

144 Die überwiegende Ansicht beschränkt die Berücksichtigung hypothetischer Verläufe nicht, sondern vermischt die Frage mit der Risikoverwirklichung, wobei durchaus unklar bleibt, wo die Grenzen der Saldierung von Realität und Hypothetischem liegen. Daß durch die Berücksichtigung der Hypothese dem Gut nicht eine normative Garantie genommen werden darf, wird anerkannt: BGH 30 S. 228 ff, 231 f; *Kahrs* Vermeidbarkeitsprinzip S. 75 ff, 283; *Stratenwerth* AT Rdn. 227; *Otto* Maurach-Festschrift S. 91 ff, 103; *Samson* Hypothetische Kausalverläufe S. 125 ff, 141; wohl auch *Baumann-Weber* AT § 19 III 2 c (*objektive* Unvermeidbarkeit als Rechtfertigungsgrund, bei zutreffender Gleichbehandlung von Vorsatz und Fahrlässigkeit); *Puppe* JuS 1982 S. 660 ff, 664 f (nur hypothetische „Naturereignisse" — im Gegensatz zu „Sorgfaltspflichtverletzungen" — sollen zu berücksichtigen sein); siehe auch *Jescheck* AT § 28 IV 2, § 55 II 2 b bb; *Nowakowski* JurBl. 1972 S. 19 ff, 31; *E. A. Wolff* Kausalität S. 21 ff; *Schmidhäuser* AT 8/75; *Blei* AT § 28 II 1 a bis c; *Kahlo* GA 1987 S. 66 ff, 78. — *A. A. Arthur Kaufmann* Eb. Schmidt-Festschrift S. 200 ff, 226, 229 f; siehe auch *ders.* Jescheck-Festschrift S. 273 ff, 274. — Weitere Nachweise bei *Kahrs* und *Samson* aaO. — Die gegenteilige Ansicht (*Jakobs* Studien S. 24 mit Fn. 23) gebe ich auf; sie beruht auf einer Überschätzung der Erfolgsrelevanz für den expressiven Gehalt eines Verhaltens. — Gegen jede Berücksichtigung hypothetischer Verläufe (allenfalls Strafmilderungsgründe), ohne freilich zwischen Risikoverwirklichungen und Zufallsfolgen zu differenzieren, *Spendel* Engisch-Festschrift S. 509 ff; *ders.* Bruns-Festschrift S. 249 ff.

144a Dazu *Jakobs* JR 1984 S. 385 ff, 386.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

rechtlich sinnlosen (rechtswidrigen) Verlust nicht gleich. Kraß: Dem Hinzurichtenden ist garantiert, daß er vom Zuständigen getötet wird[145].

cc) Eine Ähnlichkeit mit der abstrakten Gefährdung oder dem Versuch fehlt ferner, **95**
wenn die Verdrängung des hypothetischen Schadensverlaufs von Zufälligkeiten im Fortgang der Lebensgestaltung des Opfers abhängt. Beispiel: Eine Körperverletzung ist einer abstrakten Gefährdung oder einem Versuch ähnlich, wenn sie das Opfer zum Taumeln bringt und gerade dadurch vor einem umstürzenden Baum rettet, nicht aber, wenn sie das Opfer aufs Krankenlager zwingt und dadurch vor einer Infektion auf einer zuvor geplanten Tropenreise bewahrt. Die Ähnlichkeit besteht also im Ergebnis nur in den Fällen, in denen die Situation der Lage bei rechtfertigendem Notstand gleicht, insbesondere die Gefahr schon gegenwärtig vorliegt, mag auch die Erforderlichkeit des Eingriffs fehlen.

c) Ähnlichkeit mit der abstrakten Gefährdung oder dem Versuch bedeutet zugleich **96**
eine Minderung des Unrechts der Handlung. Deshalb kann eine Notstandsrechtfertigung (§ 34 StGB) für den sich verwirklichenden, eingreifenden Akt eher in Betracht kommen, als wenn der Akt auch über den Bestand des Guts entschiede (siehe unten zur Notstandsrechtfertigung 13/26 und auch zur Entschuldigung bei Interessenkollisionen 20/41 f).

d) Bei gegebener Ähnlichkeit mit einer abstrakten Gefährdung ist wegen der Un- **97**
rechtsminderung § 49 Abs. 2 StGB — auch ohne positivrechtlichen Hinweis — anzuwenden; eine Ähnlichkeit mit dem Versuch führt zur Kannmilderung nach den §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB.

G. Risikoerhöhung?

1 a) Sowohl bei der Risikoverwirklichung als auch bei der Berücksichtigung hypo- **98**
thetischer Verläufe (zur Strafrahmensenkung) stellt sich die Frage, wer das Aufklärungsrisiko trägt. Zu den erheblichen Meinungsverschiedenheiten, die hierzu bestehen, ist es u. a. gekommen, weil die — entgegen der hier vorgenommenen Beschränkung — übliche, unklar begrenzte Berücksichtigung hypothetischer Verläufe einen Haftungsausschluß auch in Fällen nahelegt, in denen an einer Risikoverwirklichung nicht zu zweifeln und deshalb allenfalls eine Ähnlichkeit des Verhaltens mit abstrakten Gefährdungen diskutabel ist[146]. Bei dieser Lage ist versucht worden, die durch unklare Hypothesenberücksichtigung an sich beseitigte Haftung dadurch wieder beizubringen, daß auf die Erhöhung des Erfolgsrisikos[147] durch den Täter abgestellt wird. Weiterhin hat

145 Im Ergebnis ebenso *SK-Rudolphi* Rdn. 61 vor § 1; *Schmidhäuser* AT 8/75; teils *a. A. Samson* Hypothetische Kausalverläufe S. 142 f; *ders.* Peters-Festschrift S. 121 ff, 132 ff; — zum Beispielsfall *a. A.* schon *Feuerbach* Lehrbuch § 34.

146 So etwa im Fall BGH 11 S. 1 ff.

147 So mit zahlreichen Varianten im Anschluß an *Roxin* ZStW 74 S. 411 ff, 430 ff; *ders.* Honig-Festschrift S. 133 ff, 138 ff; *ders.* ZStW 78 S. 214 ff, 218 ff; *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 140 ff; *Otto* JuS 1974 S. 702 ff, 708; *ders.* NJW 1980 S. 417 ff; *ders.* Maurach-Festschrift S. 92 ff, 101 ff; *Schaffstein* Honig-Festschrift S. 169 ff; *E. A. Wolff* Kausalität S. 21 ff; *Rudolphi* JuS 1969 S. 549 ff, 554; *SK-Rudolphi* Rdn. 65 ff vor § 1; *Stratenwerth* Gallas-Festschrift S. 227 ff, 230 ff; *ders.* AT Rdn. 224 f; *Jescheck* AT § 55 II 2 b aa; *Lackner* § 15 Anm. III 2 b cc; *Wolter* Objektive und personale Zurechnung S. 334 ff; *Kamps* Arbeitsteilung S. 121 ff; *Herzberg* Verantwortung S. 177 ff; *AK-Zielinski* §§ 15, 16 Rdn. 120; im Ergebnis ähnlich *Maurach-Gössel* AT II § 43 Rdn. 105 ff; mit Einschränkungen auch *Schmidhäuser* AT 9/38; *ders.* Studienbuch 6/117 ff; in einer einschränkenden normativen Variante *Schünemann* JA 1975 S. 435 ff, 647 ff, 651 ff; *ders.* StV 1985 S. 229 ff; *ders.* GA 1985 S. 341 ff, 354 ff. — *Küper* Lackner-Festschrift S. 247 ff untersucht zwei Argumentationsstränge: (1) Den Gedanken, eine das Rechtsgut vielleicht nicht rettende Sorgfalt sei sinnlos, verwirft er mit dem Argument, die normative Garantie bleibe sinnvoll (S. 269); „im Zweifel für die Präponderanz der normativen Garantie". (2) Was die Überschreitung eines erlaubten Risikos angeht, so bezweifelt er, ob sich bei erwiesener Risikoerhöhung

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

die Risikoerhöhungslehre die Funktion eines strafrechtlichen Substituten für den nach geltendem Recht stets straffreien fahrlässigen Versuch. Dementsprechend wird das Problem teils verkürzt für ein spezielles Fahrlässigkeitsproblem gehalten.

99 b) Die Risikoerhöhungslehre wäre konsequent durchführbar, und zwar müßte dazu überhaupt von der Risikoverwirklichung und von hypothetischen Verläufen abgesehen werden; zur Haftung für Vollendung wäre im objektiven Tatbestand erforderlich, daß der Täter ein Risiko unerlaubter Höhe geschaffen hat und daß kausal durch die Täterhandlung der Erfolg am ex ante bedrohten Gut eingetreten ist. Der Zurechnungszusammenhang wäre handlungsbezogen; der Erfolg hätte die Funktion einer nur-objektiven Bedingung der Straftatbestandlichkeit. Erfolgsdelikte wären als erfolgsbedingte Gefährdungsdelikte zu verstehen. — Die mit einer solchen Konzeption verbundenen Schwierigkeiten der Vorsatz- und Versuchslehre dürften freilich unüberwindbar sein.

100 2. So wird die Risikoerhöhungslehre von ihren Vertretern einhellig jedoch nicht gemeint; vielmehr soll nicht zu haften sein, wenn die Irrelevanz der Risikoerhöhung für den Erfolgseintritt *gewiß* im Sinn von objektiv-ex-post-nachweisbar ist. Dann aber ist der Fall des Zweifels über die Relevanz kein materiellrechtliches, sondern ein prozessuales Problem, das nach dem Prinzip „in dubio pro reo" zu lösen ist. Die Anwendbarkeit dieses Prinzips wird allerdings mit folgenden Argumenten bestritten:

101 a) Nur derjenige Zweifel soll den Täter belasten, der nicht allein im Einzelfall, sondern „überhaupt nicht" aufklärbar ist, da er einen Bereich betrifft, für den ex ante wie ex post nur statistische Aussagen getroffen werden können[148]. — Ob diese Risiken ausgrenzbar sind, kann dahinstehen[149], jedenfalls ist das behauptete Prinzipielle der Unaufklärbarkeit kein Grund, einen Zweifel contra reum wirken zu lassen.

b) Die Risikoerhöhung soll objektiv ex post festgestellt werden[150]. — Mit dieser Methode läßt sich etwas zu Risiken einer bestimmten Art ausmachen, nicht aber zur Risikoverwirklichung im konkreten Einzelfall. Beispiel: Die Frage, ob ein bestimmtes, ex ante als schädlich geltendes Mittel einen schon bestehenden Krankheitsverlauf negativ beeinflussen kann, mag ex post bejaht (Risikoerhöhung) oder verneint werden. Wenn sie bejaht wird, ergibt sich daraus aber keine Erkenntnis für das konkurrierende Risiko (die Krankheit). Dieses Risiko mag man nun wiederum ex post beurteilen (bis hin zu Versuchsreihen in Kliniken), aber solange das Ergebnis nicht null Prozent oder hundert Prozent ergibt (und dann bedarf es der Risikoerhöhungslehre nicht), kann man ihm nicht entnehmen, wie der Krankheitsverlauf im konkreten Fall angelegt war

(S. 283 f) ein unerlaubter (eventuell nicht wirkender) von einem erlaubten (eventuell wirkenden) Teil abspalten läßt: Das *ganze* Verhalten habe keine Berechtigung (S. 270 ff, 281, 286). Kritisch dazu *Frisch* Verhalten S. 542 mit Fn. 127. — Nach *Lampe* ZStW 101 S. 3 ff, 40 ff soll die Berücksichtigung von Alternativen die sichere Voraussage des Kausalverlaufs prinzipiell ausschließen, so daß „kraft Gesetzes eine Wahrscheinlichkeitsaussage über die Vermeidbarkeit des Erfolgs" ausreichen soll (S. 47).

148 *Stratenwerth* Gallas-Festschrift S. 227 ff, 233; *ders.* AT Rdn. 225; teils zustimmend *Puppe* ZStW 95 S. 287 ff, 305.

149 Begründete Zweifel daran bei *SK-Samson* Rdn. 27 Anhang § 16; *ders.* Welzel-Festschrift S. 579 ff, 593 Fn. 68; *Krümpelmann* GA 1984 S. 491 ff, 501.

150 *SK-Rudolphi* Rdn. 69 vor § 1; *Stratenwerth* Gallas-Festschrift S. 227 ff, 230; wohl auch *Roxin* ZStW 78 S. 214 ff, 221; *ders.* Honig-Festschrift S. 133 ff, 138 f; *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 141 ff; das ist eine Wendung gegen die Lösung bei *Roxin* ZStW 74 S. 411 ff, 434. Im Ergebnis auch *Arthur Kaufmann* (Jescheck-Festschrift S. 273 ff), der zwischen dem Risiko des hypothetischen Verlaufs (mindestens „wahrscheinlich", verstanden als: eher zu erwarten als Schadlosigkeit, aaO S. 279 f) und dem Aufklärungsrisiko (in dubio pro reo, aaO S. 280) unterscheidet. — Soweit sich weiterhin die Ankündigung findet, auch die Realisierung des Risikos im Erfolgseintritt (dazu *Puppe* ZStW 95 S. 287 ff, 314) sei objektiv ex post zu ermitteln (so etwa bei *SK-Rudolphi* Rdn. 67, 69 vor § 1 u. a. m.), bleibt dies ein unausgefüllter Programmpunkt.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

und wie er durch die Eingabe des Mittels beeinflußt wurde. Natürlich kann man auch dies objektiv ex post zu ermitteln versuchen; das aber wäre nicht mehr die Ermittlung einer Risikoerhöhung, sondern die Ermittlung einer Risikoverwirklichung.

c) Es soll — bei einer normativen Variante der Risikoerhöhungslehre — darauf abzustellen sein, „ob die ex ante formulierte Norm auch auf der Grundlage des Ex-post-Wissens noch als sinnvolles, das Erfolgsrisiko reduzierendes Verbot anerkannt werden kann"[151]. — Da bei Zweifeln über Wirkungszusammenhänge auch ex post jedes Verbot sinnvoll bleibt, das überhaupt *mögliche* Bedingungen betrifft, zielt diese Variante insoweit nicht mehr auf den wirklichen Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg[152]. Die Erfolgsdelikte im Bereich zweifelhafter Wirkungszusammenhänge werden also — gemessen an den Erfolgsdelikten im Bereich bekannter Wirkungszusammenhänge — als erfolgsbedingte Gefährdungsdelikte verstanden (hierzu oben 7/99), ohne daß der dadurch entstehende Bruch innerhalb des Bereichs der Erfolgsdelikte zu rechtfertigen wäre.

102 3. Die Risikoerhöhungslehre wäre im Bereich gewichtiger Risikodifferenzen praktisch tolerierbar, da insoweit Gründe für die unterschiedliche Behandlung von (vorsätzlichen oder fahrlässigen) beendeten, konkret gefährlichen Versuchen und Vollendung schwer zu finden sind. Beispiel: Wenn die falsche Applikation eines Medikaments gewiß schädigt, die richtige aber in seltenen Fällen auch, kann die Beschränkung der Haftung auf dem Umfang der Haftung für Versuch — und das heißt bei Fahrlässigkeit Haftungsfreiheit — nicht überzeugen. Die zutreffende Lösung liegt insoweit jedoch nicht in der Risikoerhöhungslehre, sondern in einer Erweiterung der Haftung für konkret gefährliche Versuche bei massiven Gefahren[152a]. Das hat durch Sondertatbestände zu geschehen; entsprechende Tatbestände zum Schutz von Leib und Leben im Bereich des Verkehrs und der Medizin nähmen der Risikoerhöhungslehre jede Relevanz und wären auch rechtssicher anwendbar, da die genannten Bereiche durch objektivierte Regeln (Verkehrsregeln, lex artis) vorgeformt sind. Die Risikoerhöhungslehre geht zudem viel weiter, als nötig ist, indem sie ihrem Prinzip gemäß geringe Risikoerhöhungen ausreichen lassen muß; daß aber derjenige, der etwa im Straßenverkehr wenige Prozent schneller als erlaubt fährt, bei einem Unfall das Aufklärungsrisiko tragen soll, wenn sich nicht klären läßt, ob sich das Risiko der unerlaubten Beziehung verwirklicht hat, läßt sich jedenfalls so lange nicht begründen, wie andernorts an der Differenz von beendetem Versuch und Vollendung festgehalten wird[153] (siehe auch unten zur unterlassenen Risikominderung beim Unterlassungsdelikt 29/20).

103 4. Im Ergebnis ist die Risikoerhöhung ein unentbehrliches Merkmal zur Definition eines unerlaubten Verhaltens, aber untauglich, über den Normzweckzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg etwas auszusagen. Zweifel an der tatsächlichen Seite dieses Zusammenhangs sind vielmehr ein prozessuales Problem und nach dem In-dubio-Prinzip zu lösen[154].

---

151 *Schünemann* JA 1975 S. 435 ff, 647 ff, 652; *ders.* StV 1985 S. 229 ff, 230 f; *ders.* GA 1985 S. 341 ff, 357.

152 Siehe auch die Beispiele bei *Schünemann* JA 1975 S. 653 f.

152a *Frisch* Verhalten S. 546.

153 Siehe auch *Schünemann* JA 1975 S. 653.

154 So der BGH 11 S. 1 ff; 21 S. 59 ff; 24 S. 32 ff, 34; OLG Karlsruhe GA 1970 S. 313; *Ulsenheimer* Verhältnis S. 132 ff; *ders.* JZ 1969 S. 364 ff, 366 f; *Ebert* und *Kühl* Jura 1979 S. 561 ff, 572 f; *Fincke* Arzneimittelprüfung S. 46 ff; *Frisch* Verhalten S. 543 ff; *Samson* Hypothetische Kausalverläufe S. 47 f, 144 ff, 153 ff; *SK-Samson* § 16 Anhang Rdn. 27 f: *Jakobs* Studien S. 96 Fn. 185; *ders.* Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff, 26 ff; *Kahrs* Vermeidbarkeitsprinzip S. 238, 275; *Niewenhuis* Gefahr S. 43 ff; *Wessels* AT § 19 III 2 c β; *Baumann-Weber* AT § 17 I 4; *Bockelmann-Volk* AT § 13 V; *Blei* AT § 28 II; *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 172 f mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 190; *Welzel* Strafrecht § 18 II 2 a.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

VIII. Die objektive Zurechnung des Erfolgs, 6. Fortsetzung: Der Ausschluß der Zurechnung bei Einverständnis, tatbestandsausschließender Einwilligung und Handeln auf eigene Gefahr

Literatur

K. Amelung Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsguts, 1981; *ders.* Die Zulässigkeit der Einwilligung bei den Amtsdelikten, Dünnebier-Festschrift S. 487 ff; *ders.* Die Einwilligung des Unfreien, ZStW 95 S. 1 ff; *ders.* Zulässigkeit und Freiwilligkeit der Einwilligung bei strafprozessualen Grundrechtsbeeinträchtigungen, in: *B. Rüthers* u. a. (Hrsg.) Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat, 1984 S. 1 ff; *ders.* Probleme der Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen, StV 1985 S. 257 ff; *ders.* und *G. Pauli* Einwilligung und Verfügungsbefugnis bei staatlichen Beeinträchtigungen des Fernmeldegeheimnisses, MDR 1980 S. 801 ff; *G. Arzt* Willensmängel bei der Einwilligung, 1970; *W. Bottke* Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung, in: *B. Schünemann* u. a. (Hrsg.) Die Rechtsprobleme von AIDS, 1989 S. 171 ff; *D. Dölling* Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984 S. 71 ff; *A. Donatsch* Die Selbstgefährdung des Verletzten im Strafrecht, SchwZStr. 105 (1988) S. 361 ff; *W. Eberbach* Heimliche AIDS-Tests, NJW 1987 S. 1471 ff; *M. Ellmer* Betrug und Opfermitverantwortung, 1986; *A. Eser* Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, insbesondere des Fußballspielers, JZ 1978 S. 368 ff; *R. P. Fiedler* Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung, 1990; *P. Frisch* Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; *F. Geerds* Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954 S. 262 ff; *ders.* Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, ZStW 72 S. 42 ff; *K. Geppert* Rechtfertigende „Einwilligung" des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr? ZStW 83 S. 947 ff; *W. Hassemer* Rücksichten auf das Verbrechensopfer, Klug-Festschrift S. 217 ff; *R. D. Herzberg* Täterschaft und Teilnahme, 1977; *F. Herzog* und *C. Nestler-Tremel* AIDS und Strafrecht — Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung, StV 1987 S. 360 ff; *Th. Hillenkamp* Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *ders.* Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat, 1983; *ders.* Anmerkung zu OLG Celle, JR 1987 S. 253 f, aaO S. 254 ff; *H. J. Hirsch* Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 S. 78 ff; *R. M. Honig* Die Einwilligung des Verletzten Teil I, 1919; *H. Janker* Heimliche HIV-Antikörpertests — strafbare Körperverletzung? NJW 1987 S. 2897 ff; *Armin Kaufmann* Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-Festschrift S. 393 ff; *R. Kessler* Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884; *D. Kienapfel* Anmerkung zu BayObLG JR 1978 S. 296 f, aaO S. 297 f; *D. Kientzy* Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, 1970; *H. H. Kühne* Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, JZ 1979 S. 241 ff; *W. Küper* „Autonomie", Irrtum und Zwang bei mittelbarer Täterschaft und Einwilligung, JZ 1986 S. 219 ff; *K. L. Kunz* Die strafrechtliche Beurteilung heimlicher HIV-Tests, SchwZStr. 107 (1990) S. 259 ff; *Th. Lenckner* Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 72 S. 446 ff; *H. Lesch* Die strafrechtliche Einwilligung beim HIV-Antikörpertest an Minderjährigen, NJW 1989 S. 2309 ff; *M. Maeck* Opfer und Strafzumessung, 1983; *M.-K. Meyer* Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984; *F. P. Michel* AIDS-Test ohne Einwilligung — Körperverletzung oder Strafbarkeitslücke, JuS 1988 S. 8 ff; *P. Noll* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *H. Otto* Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht — OLG Hamm NJW 73, 1422, JuS 1974 S. 702 ff; *ders.* Selbstgefährdung und Fremdverantwortung — BGH NJW 1984, 1469, Jura 1984 S. 536 ff; *ders.* Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung, Tröndle-Festschrift S. 157 ff; *H. Pfeffer* Die Durchführung von HIV-Tests ohne Willen des Betroffenen, 1989; *W. Preuß* Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974; *C. Prittwitz* Strafbarkeit des HIV-Virusträgers trotz Aufklärung des Sexualpartners? NJW 1988 S. 2942 f; *C. Roxin* DerSchutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-Festschrift S. 241 ff; *ders.* Über die mutmaßliche Einwilligung, Welzel-Festschrift S. 447 ff; *ders.* Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, Noll-Gedächtnisschrift S. 275 ff; *ders.* Über die Einwilligung im Strafrecht, 1987; *H.-J. Rudolphi* Literaturbericht, ZStW 86 S. 82 ff; *W. Sax* „Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976 S. 9 ff, 80 ff, 429 ff; *F. Schaffstein* Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfer-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

tigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-Festschrift S. 557 ff; *W. Schild* Das strafrechtliche Problem der Sportverletzung, Jura 1982 S. 477 ff, 520 ff, 585 ff; *H. Schlehofer* Einwilligung und Einverständnis, 1985; *E. Schmidt-Elsaeßer* Medizinische Forschung an Kindern und Geisteskranken, 1987; *R. Schrey* Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten, 1928; *H. Stoll* Das Handeln auf eigene Gefahr, 1961; *G. Timpe* Die Nötigung, 1989; *L. Traeger* Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafrecht, GS 94 S. 112 ff; *O. Triffterer* Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe, Oehler-Festschrift S. 209 ff; *P. Velten* Nicht nur ein Loch in der Mauer — rechtliche Überlegungen zum Sprengstoffanschlag des Verfassungsschutzes in Celle, StV 1987 S. 544 ff; *H.-D. Weber* Der zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, 1986; *Th. Weigend* Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98 S. 44 ff; *H. Welzel* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 S. 491 ff; *ders.* Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975; *K. Wimmer* Die Bedeutung des zustimmenden Willens ... bei ausgewählten strafrechtlichen Deliktsdefinitionen, 1980, *H. Zipf* Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970; *ders.* Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ 1977 S. 379 ff; *E. Zitelmann* Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99 S. 1 ff.

A. Das Einverständnis

104 1 a) Zahlreiche strafrechtlich geschützte Güter stehen zur Disposition ihres Inhabers. Soweit sie zur *willkürlichen* Disposition stehen, schließt eine Einwilligung des Inhabers schon die Tatbestandsverwirklichung aus; der Einwilligende ist dann für das Geschehen selbst zuständig. Beispiel: Jemand zerstört mit dem Willen des Eigentümers eine Tür — keine tatbestandsmäßige Sachbeschädigung (eingehender dazu unten 7/111 ff). Kommt die Einwilligung des Dispositionsbefugten in einer Notsituation zustande (er muß durch die Tür vor einem Zimmerbrand fliehen) oder in Verkennung der Zusammenhänge (er meint irrig, die Türe sei an dieser Stelle baurechtlich nicht erlaubt), so schließt das die Wirksamkeit der Einwilligung nicht aus. Das gilt auch dann, wenn die Not auf einem rechtswidrigen Verhalten eines anderen beruht (ein Wüterich verfolgt das Opfer, das einen Helfer bittet, durch Zerstörung der Tür die Flucht zu ermöglichen) oder wenn für den Irrtum des Opfers eine andere Person zuständig ist (ein nicht hinreichend Sachverständiger hat dem Opfer eingeredet, die Tür befinde sich an einer baurechtlich nicht erlaubten Stelle). Selbst wenn der auf die Einwilligung hin Handelnde der für die Not oder den Irrtum Zuständige ist (er hat das Zimmer in Brand gesetzt und zertrümmert dann auf Bitten des Opfers hin die Tür; — er hat dem Opfer die baurechtlich falsche Auskunft gegeben), bleibt die Einwilligung wirksam (wie im Beispiel eines Brandes jedenfalls dann evident sein sollte, wenn der Täter das Feuer nicht mehr beherrschen kann); aber er kann dann trotzdem haften, scil. als mittelbarer Täter wegen der Beherrschung des Opfers, das durch seine Einwilligung bei seiner unmittelbar tatbestandslosen Selbsverletzung mitwirkt.

Es gibt also bei tatbestandsmäßigen Angriffen auf disponible Güter zwei Vorgehensweisen: Der Täter kann das Gut ohne den Willen des Gutsinhabers zerstören oder er kann den Gutsinhaber zurechenbar (durch Zwang oder Täuschung) dazu bringen, die Gutspreisgabe zu wollen. Tathandlung ist im letzteren Fall die Willensbeugung, die über die Einwilligung zur Gutszerstörung führt (eingehender unten 7/116 ff).

104a b) Diese Gleichsetzung des unvermittelten Zugriffs mit dem Zugriff über das einwilligende, aber in seiner Einwilligung vom Täter beherrschte Opfer ist der Regelfall. Schon eine Variante der Regel bilden die Nötigungsdelikte: Bei diesen erfolgt die Gleichsetzung nicht über die Regeln des AT, sondern durch Formulierung im BT; Nötigung mit vis absoluta ist der unvermittelte Zugriff, Nötigung mit schlicht-compul-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

siv wirkenden Mitteln der Zugriff über das einwilligende Opfer[155]. Dabei wird im compulsiven Bereich durch die Bestimmung des Nötigungsmittels festgelegt, daß auf *anderen* Gründen beruhende Einwilligungen in den Gutsverlust nicht zur Tatbestandsverwirklichung hinreichen (eine Drohung allein mit dem Verlust von wertvollen Sachen kann eben nicht zur Vergewaltigung führen, § 177 StGB).

Ausnahmen von dieser Regel bilden diejenigen Tatbestände, bei denen — nach dem Wortlaut oder der Systematik — entweder *nur* der unmittelbare Zugriff oder *nur* der Zugriff über das einwilligende Opfer, meist sogar nur der Zugriff über das aus bestimmten Gründen (Zwang oder qualifizierter Zwang oder Irrtum) einwilligende Opfer erfaßt wird. Bei den ersteren handelt es sich hauptsächlich um Eigentumsdelikte mit dem Merkmal „Wegnahme" (aber auch etwa Hausfriedensbruch — „Eindringen" — oder Verkehrsunfallflucht — „sich Entfernen" — gehören hierher), bei den letzteren geht es um diverse Vermögensdelikte mit dem Tatbestand einer Verfügung. Für die Einwilligung ergeben sich daraus Besonderheiten: Der unmittelbare Zugriff und damit das ganze auf den unmittelbaren Zugriff beschränkte Delikt wird ausgeschlossen, wenn das Opfer — und sei es gezwungen oder getäuscht — hingeben will. Die Verfügung hinwiederum muß bei einigen auf Verfügung abstellenden Delikten täuschungsbedingt sein (Betrug) bei anderen (gewalt- oder) drohungsbedingt oder spezifiziert (gewalt- oder) drohungsbedingt; eine jeweils nicht tatbestandsmäßig bedingte Einwilligung schließt die Tatbestandsverwirklichung aus (Beispiel: Eine erzwungene Verfügung führt so wenig zum Betrug, wie eine durch Täuschung bedingte Verfügung zur Erpressung führt).

Bei einer tatbestandsausschließenden Einwilligung mit solchen durch den BT erzwungenen Besonderheiten spricht man von *Einverständnis*[156]. Von der Terminologie hängt nichts ab; es geht einzig darum, daß die allgemeinen Regeln der Einwilligung im BT bei einzelnen Deliktsbeschreibungen modifiziert werden.

105 2. Die häufig verwendete Formel, für das Einverständnis reiche das „faktische" Vorliegen des Willens[157], ist insoweit richtig, als das Einverständnis gegen Rechts- oder Sittenwidrigkeit resistent ist. Ansonsten ist die Formel teils mißverständlich und teils nichtssagend.

106 a) Die Formel ist für Tatbestände mißverständlich, bei denen nur ein Wille des nach zivilrechtlichen Grundsätzen Verfügungsbefugten den Tatbestand ausschließt[158]. So kann etwa eine nicht voll geschäftsfähige Person nach einem Verkehrsunfall mit der Entfernung vom Unfallort eines Unfallbeteiligten (§ 142 StGB) nicht wirksam einverstanden sein.

107 b) Im übrigen besagt die Formel nichts, da sich nach den Vorschriften des BT richtet, *was* faktisch vorliegen muß. Beispiel zum *erzwungenen* Einverständnis: So hindert das durch (qualifizierte) Drohung abgenötigte Einverständnis nicht die Vollendung von Vergewaltigung oder Erpressung (das tatbestandsausschließende Einverständnis muß bei diesen Delikten also frei von — qualifiziertem — Zwang sein), während die mit Drohung oder compulsiver Gewalt erzwungene Gewahrsamsübertra-

---

Lenckner ZStW 72 S. 446 ff, 448 ff; *Zipf* Einwilligung S. 15 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 370.

155 Dementsprechend hängt es von der Interpretation der genannten Mittel ab, ob auch *List* Nötigungsmittel ist; dazu *Timpe* Nötigung S. 133 ff.

156 Zur Abschichtung von der Einwilligung siehe *Geerds* GA 1954 S. 262 ff.

157 *SK-Samson* Rdn. 37 vor § 32; *Geerds* GA 1954 S. 262 ff, 265; *Wessels* AT § 9 I 1 u. a. m.; für § 236 StGB (dort zutreffend) BGH 23 S. 1 ff, 3.

158 Zutreffend *Jescheck* AT § 34 I 2; siehe auch

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

gung nicht (Raub-)Wegnahme ist, sondern (Erpressungs-)Verfügung (das tatbestandsausschließende Einverständnis kann also bei Wegnahmedelikten durch Drohung oder vis compulsiva belastet sein). Beispiel zum *täuschungsbedingten* Einverständnis: Der Irrtum über die zu erwartende wirtschaftliche Gegenleistung hindert nicht die Vollendung eines Betrugs (das tatbestandsausschließende Einverständnis muß bezüglich der wirtschaftlichen Seite irrtumsfrei sein), während die durch Täuschung erlistete Preisgabe von Gewahrsam oder die so erlistete sexuelle Hingabe Vollendung von Diebstahl oder Vergewaltigung ausschließen (ein Irrtum über wirtschaftliche Konsequenzen ist gleichgültig). Zur Täuschung läßt sich insbesondere auch nicht dahin generalisieren, zumindest ein rechtsgutsbezogener Irrtum schließe ein wirksames Einverständnis aus; in zahlreichen Fällen sind die Tatbestände allein auf den Beginn einer längeren Verlustperiode hin formuliert, so daß ein — eindeutig rechtsgutsbezogener — Irrtum über die Dauer des Verlusts das Einverständnis nicht ausschließt. Beispiel: Wer seinen Gewahrsam in dem irrigen Glauben aufgibt, ihn nach kurzer Frist zurückzuerhalten, hat ihn nicht wider Willen verloren, also scheidet Wegnahme aus (§§ 242, 249, 289 StGB). Anders beim Betrug: Der rechtsgutsbezogene Irrtum (nämlich der Irrtum über das Vermögensschädigende der Verfügung) ist Kausalglied zur Vollendung [159].

c) Immerhin läßt sich negativ formulieren, daß das Einverständnis nicht jedenfalls **108** frei von Zwang und Irrtum zustande kommen muß und nicht jedenfalls eine rechtswirksame Erlaubnis geben muß, um die Vollendung auszuschließen.

3. Das Einverständnis ist mehr als ein bewußtes Dulden [160]. Beispiel: Wer ohne **109** einzugreifen zusieht, wie er bestohlen wird, schließt dadurch nicht die Wegnahme durch ein Einverständnis aus. Vielmehr ist bei einer ersten Fallgruppe des Einverständnisses — *finales Einverständnis* — erforderlich, daß die Person, um deren Einverständnis es geht, die betreffenden Verhaltensfolgen „beabsichtigt", d. h. ihrer selbst wegen oder wegen ihrer erwarteten weiteren Wirkungen will. Diese Form des Einverständnisses entspricht der Absicht beim subjektiven Tatbestand. Daneben tritt ein Einverständnis — *unfinales Einverständnis* —, bei dem keine Verhaltensfolge gewollt ist, wohl aber das erkanntermaßen folgenreiche Verhalten oder doch zumindest ein sozialer Kontakt, der ohne ein folgenreiches Verhalten erkanntermaßen nicht zu haben ist. Beispiele: Wer mit der Zündung einer Sprengladung einverstanden ist (Gewalt), wird daran auch dann festgehalten, wenn die Konsequenzen in voraus erkannter Weise ihn selbst betreffen (abgenötigtes Verhalten, § 240 StGB), auch wenn die Konsequenzen nicht gewollt

---

159 Die Lozierung des Problems im BT entspricht zunehmend vertretener Ansicht: *Arzt* Willensmängel S. 24 ff; *Zipf* Einwilligung S. 15 ff; *Wimmer* Bedeutung S. 1 ff, 250 ff; *Jescheck* AT § 34 I 2; *LK*[9]*-Hirsch* Rdn. 103 vor § 51; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 32 vor § 32; siehe auch *SK-Samson* Rdn. 37 vor § 32; *Wessels* AT § 9 I 1; — natürlich bedeutet die Verweisung in den BT keine Maximenlosigkeit; es sind vielmehr nach den Ordnungsgesichtspunkten des BT Typen des Einverständnisses zu bilden. — Problematisch ist die Entscheidung zu § 142 StGB bei einer durch Täuschung über den Aufklärungsstand erschlichenen Einwilligung zum Entfernen. Die Rechtsprechung (zuletzt OLG Stuttgart VRS 63 S. 203 ff, 205) und die überwiegende Lehre (*LK-Rüth* § 142 Rdn. 45; *SK-Rudolphi* § 142 Rdn. 20; *Schönke-Schröder-Cramer* § 142 Rdn. 63 mit weiteren Nachweisen) behandeln die Einwilligung als rechtfertigend und lassen bei einer Täuschung der genannten Art die Wirksamkeit der Einwilligung entfallen. Das dürfte in doppelter Hinsicht nicht richtig sein: Erstens schützt die Vorschrift ein unbeschränkt disponibles Gut (mit der Folge eines *Tatbestandsausschlusses* bei Einwilligung). Zweitens scheidet auch bei täuschungsbedingter Einwilligung eine Haftung jedenfalls aus; denn die — allein mögliche — Haftung per mittelbare Täterschaft scheitert an der tatbestandlichen Verhaltensbindung (Sich-Entfernen, nicht nur Irgendwie-die-Aufklärung-Hindern). Das Ergebnis paßt axiologisch zur — unbestrittenen — Haftungsfreiheit desjenigen, der täuschend bewirkt, daß sich ein anderer Unfallbeteiligter entfernt, während er selbst anwesend bleibt.

160 Zu Grundrechtsbeeinträchtigungen ebenso *Amelung* StV 1985 S. 257 ff, 258.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

sind. — Wer an einem sportlichen Faustkampf teilnimmt, will in der Regel nicht die Angriffe seines Gegners; trotzdem ist der regelgerechte Angriff, der zum Ausweichen zwingt, wegen des Einverständnisses in den sozialen Kontakt dieser Art nicht Nötigung im Sinn von § 240 Abs. 1 StGB (ohne daß es für dieses Ergebnis der Verwerflichkeitsklausel bedürfte).

Im Ergebnis kann es für die tatbestandsausschließende Wirkung des Einverständnisses also zwei verschiedene Gründe geben. Zum einen geht es um die Preisgabe eines Guts aufgrund eines beachtlichen Willens; dieses Einverständnis wirkt kraft des Inhalts der Willkür. Zum anderen geht es um das Wollen einer Situation, zu der die Gutspreisgabe notwendig dazugehört. Die praktische Bedeutung der letzten Fallgruppe liegt nicht beim Einverständnis, sondern bei der tatbestandsausschließenden Einwilligung.

110 4 a) Das Einverständnis kann nur für einen bestimmten Täter gelten.

b) Eine Äußerung des Einverständnisses ist nach überwiegender Ansicht nicht erforderlich. Unkenntnis des Täters vom Einverständnis führt zum Versuch (wer in die Diebesfalle tappt — den zur Überführung eines Diebs ausgelegten Köder in Gewahrsam nimmt —, begeht trotz Begründung neuen Gewahrsams nur einen Diebstahlsversuch[161]); irrige Annahme eines Einverständnisses schließt Vorsatz aus; bei Vermeidbarkeit bleibt Fahrlässigkeit. — Diese Radizierung auf eine innere Lage des Betroffenen ohne Blick auf die Objektivierung befriedigt in den Fällen eines mit Mentalreservation oder im Erklärungsirrtum *geäußerten* Einverständnisses nicht. Jedenfalls soweit das Einverständnis rechtswirksam sein muß, dürften zugunsten des Täters die allgemeinen Regeln über Willenserklärungen gelten. Ansonsten entfällt beim Vertrauen des Eingreifenden auf die Richtigkeit der Erklärung der Tatbestandsvorsatz; bei vermeidbar fehlerhaften Erklärungen des Betroffenen wird die Haftung des Eingreifenden durch ein erlaubtes Risiko limitiert (Vertrauensgrundsatz)[162].

c) Das Einverständnis ist jederzeit widerrufbar, soweit es nicht als zugleich rechtswirksame Erklärung nach allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts bindet[163] (dann gelten aber auch, was die Bindungswirkung angeht, die §§ 134, 138 BGB). Beispiel: Die gegen ein Schuldanerkenntnis gegebene Erlaubnis zur Entfernung vom Unfallort (§ 142 StGB) bindet. Ein Widerruf scheidet auch aus, wenn die Dispositionsmöglichkeit verloren worden ist; Beispiel: Wer einem anderen eine Wohnung voll überläßt, kann über kein „Hausrecht" (im Sinn des § 123 StGB) mehr disponieren[164].

B. Die tatbestandsausschließende Einwilligung und das Handeln auf eigene Gefahr

1. Die Abgrenzung der tatbestandsausschließenden Einwilligung von der rechtfertigenden Einwilligung

111 a) Auch außerhalb des Bereichs des Einverständnisses schließt die Einwilligung in die Verletzung von Gütern, die dem Inhaber zu seiner Disposition zustehen, den

---

161 OLG Köln NJW 1961 S. 2360 f; BayObLG JZ 1979 S. 146; siehe auch BGH 4 S. 199 f.

162 Siehe auch *Schlehofer* Einwilligung S. 56 ff, 58. — Die Problematik ist noch nicht hinreichend geklärt. Der Wille zur Gutspreisgabe als ein psychisches Faktum nimmt dem Gut seine Zuordnung zu einer Person und damit die Eigenschaft, überhaupt ein Gut zu sein. Ob dieser Wille ohne jede Objektivierung, allein als Innerlichkeit, sozial relevant ist (wie es die auch hier vertretene Willensrichtungstheorie annimmt, unten 7/115), mag freilich zweifelhaft sein. — Die Äußerung der Person über ihre Willenslage ist Willensdarstellung; die Darstellung als zurechenbarer Akt erlaubt es, von der wirklichen Willenslage beim Darstellenden abzusehen: Der dargestellte Wille steht für den wirklichen.

163 Eingehend mit umfassenden Nachweisen *Weber* Vertrag S. 77 ff, 163 ff.

164 *Honig* Einwilligung S. 152.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Tatbestand aus; Beispiele: Ob ein Kurzschneiden der Haare oder die Einnahme empfängnishindernder Mittel Körperverletzung sind oder tatbestandslos oder ob das Umgraben eines Rasenstücks oder das Fällen eines Baums Sachbeschädigung oder tatbestandslos sind, richtet sich nach dem Willen des Gutsinhabers. — Zum Zweck der Disposition zustehende Güter[165], bei denen eine Einwilligung schon die Erfüllung des Tatbestands ausschließt, sind insbesondere Eigentum, Vermögen[166], höchstpersönliche Güter wie Bewegungsfreiheit[167], Ehre[168], Briefgeheimnis und selbst körperliche Integrität, letztere wie auch Ehre und Bewegungsfreiheit aber nur in dem Maß, in dem sie Entfaltungsmittel sind (z. B. mäßige Verletzungen bei sexuellen Praktiken) und nicht Basis von Entfaltung überhaupt; mit anderen Worten, es geht um den Bereich der tauschbaren[169] Güter, mögen sie auch im Einzelfall ohne allgemein anerkanntes Äquivalent hingegeben werden. In diesem Bereich hängt es vom Willen des Inhabers ab, welcher Umgang mit den Gütern ein Verlust oder neutral oder gar ein Gewinn ist: Eine Einwilligung in das, was an sich Unrecht ist, also in das Verhalten und den Verhaltenserfolg, schließt eine negative Bewertung des Erfolgs aus.

b) Nur bei einer naturalistischen Bestimmung der tatbestandlichen Erfolge käme es **112**
auf den Willen des Gutsinhabers für die Tatbestandsverwirklichung nicht an; Einwilligung könnte dann allenfalls rechtfertigen[170]. Dabei würde jedoch verkannt, daß in den hier relevanten Fällen das Verhalten von vornherein nicht enttäuscht; denn wenn das Verhalten dem Willen des Gutsinhabers entspricht, so wird dadurch nicht ein an sich gegebener sozialer Konflikt (Tatbestand erfüllt!) als ausnahmsweise tolerierbar erklärt (also gerechtfertigt!), sondern *allein wegen des Willens, ohne Blick auf seine Gründe,* wird der Bereich des Konflikthaften nicht erreicht. — Es ist freilich verfehlt, wenn eine neuere Lehre jede überhaupt wirksame Einwilligung als tatbestandsausschließend einordnet[171]. Zwar dienen zahlreiche tatbestandlich geschützten Güter der Entfaltung „autonomer Herrschaft"[172], und bei Einwilligung fehlt es an einem Verstoß gegen diese

165 Bei nicht oder nicht voll disponiblen Gütern scheidet eine wirksame Einwilligung aus; Beispiel: In eine Trunkenheitsfahrt auf öffentlichen Straßen kann nicht wirksam eingewilligt werden (BGH 23 S. 261 ff, 264), was die abstrakte Gefährdung nach § 316 StGB oder die konkrete Gefährdung dritter Personen nach § 315c StGB angeht; in die konkrete Gefährdung der eigenen Person kann jedoch — je nach Gewicht der gefährdeten Güter und nach der Höhe der Gefahr mit tatbestandsausschließender oder rechtfertigender Wirkung — wirksam eingewilligt werden; streitig; differenzierend *Geppert* ZStW 83 S. 947 ff, 984 ff. — Für die Amtsdelikte hat *Amelung* (Dünnebier-Festschrift S. 487 ff) nachgewiesen, daß sie teils der Garantie *individueller* Freiheit gegen staatliche Beeinträchtigung dienen; demnach sind die geschützten Güter in diesem Rahmen disponibel (etwa bei § 340 StGB; zu den einzelnen Amtsdelikten siehe *Amelung* aaO S. 510 ff).

166 Zu den Verfügungsgrenzen bei Kapitalgesellschaften siehe BGH 9 S. 204 ff, 216. — In Grenzfällen ist auch eine Wirkungslosigkeit der Einwilligung wegen der Sozialbindung des Eigentums nicht auszuschließen; Beispiel: Einwilligung in die Sprengung einer wirtschaftlich angepaßten Fabrik aus Protest gegen die Steuergesetzgebung; Einwilligung in die Zerstörung eines voll funktionsfähigen Wohnhauses wegen der Mietbindung etc.

167 Zu § 239b StGB siehe BGH 26 S. 70 ff.

168 BGH 11 S. 68 ff, 72.

169 Gemeint ist nicht allein der wirtschaftlich relevante Tausch, obgleich er zentral ist; es soll auch der Tausch etwa von Geld oder Körperintegrität zur ideellen oder körperlichen, jedoch nicht wirtschaftlich meßbaren Befriedigung erfaßt sein.

170 So allerdings im Ergebnis *Jescheck* AT § 34 I 3, vermittelnd aber aaO a. E. *Baumann-Weber* AT § 21 II 4 e; *Blei* AT § 37 I; *Bockelmann-Volk* AT § 15 C 1; *Dreher-Tröndle* Rdn. 3b vor § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 33 vor § 32; *Lackner* Anm. 5 vor § 32; *LK-Hirsch* Rdn. 92, 96 vor § 32; *Geerds* ZStW 72 S. 42 ff, 43; *ders.* GA 1954 S. 262 ff; wohl auch *SK-Samson* Rdn. 38 f vor § 32.

171 *Kientzy* Einwilligung S. 65 ff; *Zipf* Einwilligung S. 28 ff; *ders.* ÖJZ 1977 S. 379 ff, 380 f; *Schmidhäuser* AT 8/123 ff; *Roxin* Kriminalpolitik S. 25 Fn. 57; *ders.* Welzel-Festschrift S. 447 ff, 449; *ders.* Einwilligung S. 11 ff; *Hirsch* ZStW 74 S. 78 ff, 104 Fn. 101; *Armin Kaufmann* Welzel-Festschrift S. 393 ff, 397 Fn. 9; *Sax* JZ 1976 S. 9 ff; *Weigend* ZStW 98 S. 44 ff, 61; *Maurach-Zipf* AT I § 17 Rdn. 30 ff; *SK-Horn* § 226a Rdn. 2.

172 *Schmidhäuser* AT 8/130.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Autonomie. Aber so wie die Autonomie nicht direkt, sondern nur über die betreffenden Tatbestände geschützt ist, der Gesetzgeber also die Autonomie meint, sie aber nur verdinglicht im tatbestandlichen Geschehen nennt, so kann in der Umkehrung das Verdinglichte, der Tatbestand, erfüllt sein, obgleich keine Autonomieverletzung vorliegt. Es handelt sich bei dieser rechtfertigenden Einwilligung, die neben die tatbestandsausschließende Einwilligung und das tatbestandsausschließende Einverständnis tritt, um diejenigen Fälle von Einwilligung in eine Verletzung, bei denen das betroffene Gut keine Tauschfunktion hat, also nicht Entfaltungsmittel ist. Der ausnahmsweise Einsatz eines solchen Guts als Mittel ist dann nur in einer Sondersituation möglich und bringt eine Enttäuschung, die allein mit der Einwilligung nicht zu erledigen ist, sondern auch Rücksicht auf den Kontext erfordert (dazu ausführlich unten zur rechtfertigenden Einwilligung 14/1 ff). Beispiel: Die Explantation einer Niere durch einen Arzt zu Transplantationszwecken ist trotz der Einwilligung des Spenders von einer schlichten Blutspende dadurch unterschieden, daß wegen der Gewichtigkeit des Guts jede Disposition darüber nur in einer Ausnahmesituation (Kontext) als vernünftig begründbar ist.

113 c) Ob also eine Einwilligung rechtfertigend oder tatbestandsausschließend wirkt, kann je nach der Fallgestaltung bei ein und demselben Tatbestand, insbesondere bei der Körperverletzung, unterschiedlich zu entscheiden sein[173]. — Der Bereich der tatbestandsausschließenden Einwilligung ist bei einer Risikoeinwilligung (unten 7/128) weiter als bei Gewißheit, daß die an sich verletzende Folge eintritt; denn im Bereich der dem allgemeinen Lebensrisiko angenäherten erlaubten Risiken werden auch Güter zu beliebigen Zwecken eingesetzt, die ansonsten nicht Entfaltungsmittel sind. Tatbestandsausschluß wegen erlaubten Risikos und Einwilligung sind hier kongruent. Beispiele bilden die Teilnahme an mäßig riskanten Sportarten wie Reiten oder Skilaufen, soweit es dabei zu der Verletzung eines Teilnehmers durch einen anderen kommt.

2. Der zur Einwilligung Berechtigte

114 Nur der zur Disposition befugte Inhaber des Guts kann wirksam in den Eingriff einwilligen; Beispiele[173a]: Die Einwilligung eines Tiereigentümers in die Quälerei des Tiers wirkt nur, soweit es um ein Eigentumsdelikt geht (insbesondere § 303 StGB), nicht aber auch bei Verstößen gegen das Tierschutzgesetz[173b]. — In die Verletzung der rechtsstaatlichen Verfahrensprinzipien kann ein Angeklagter nicht wirksam einwilligen[173c]. Sind mehrere Personen für ein Gut gemeinsam zuständig, ist nur die gemeinsame Einwilligung aller wirksam[174]. Soweit Sonderregeln fehlen, kommt es auf die natürliche (im Sinn von konkrete, nicht generalisiert bestimmte) Einsichts- und Urteilsfähigkeit an, vorweg bei Körperverletzungen kleinerer Art, etwa bei sportlicher Betätigung[175]. Bei gegebener Fähigkeit geht die Entscheidung eines nicht voll Geschäftsfähigen derjenigen seines gesetzlichen Vertreters vor[176]. Bestehen Sonderregeln, so gehen

---

173 Im Ergebnis ebenso *Stratenwerth* AT Rdn. 369, der daraus schließt, die Differenz entbehre einer tieferen Berechtigung; gleichwohl spricht *Stratenwerth* selbst die Differenz zwischen dem Normalen (nicht Tatbestandlichen) und dem Erklärungsbedürftigen (zu Rechtfertigenden) an, Rdn. 368. Wie hier *Triffterer* Oehler-Festschrift S. 209 ff, 220; *ders.* AT S. 240 f.

173a Eingehend *Roxin* Einwilligung S. 26 ff.

173b OLG Hamm NStZ 1985 S. 275 ff.

173c *Amelung* Einwilligung S. 42 ff; *ders.* StV 1985 S. 257 ff, 259 f.

174 Zum Fernmeldegeheimnis (relevant für § 201 StGB) zutreffend *Amelung* und *Pauli* MDR 1980 S. 801 ff.

175 BGH 4 S. 89 ff, 90; 12 S. 379 ff, 383 (nach hiesiger Einteilung die rechtfertigende Einwilligung betreffend); 23 S. 1 ff, 3 f. — Zur Einwilligung eines Minderjährigen in die Blutentnahme bei einem HIV-Antikörpertest zutreffend *Lesch* NJW 1989 S. 2309 ff (nur die Blutentnahme, nicht die Folge des Testergebnisses ist Einwilligungsgegenstand, was § 223 StGB angeht).

176 *Schmidt-Elsaeßer* Forschung S. 194 ff; *Schmidhäuser* AT 8/143; das gilt entgegen der ansonsten übereinstimmenden Ansicht von *Lenckner*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

diese vor; insbesondere gelten also für die Einwilligung bei Eingriffen ins Eigentum und in das Vermögen die §§ 105 ff BGB[177]. Zwar regeln diese Vorschriften ausdrücklich nur die rechtsgeschäftlichen Konsequenzen, und im Einzelfall mag die Einsicht trotz fehlender (voller) Geschäftsfähigkeit gegeben sein, zumal in Grenzfällen; das Strafrecht bleibt aber, was die Zuerkennung einer Verfügungsfähigkeit angeht, an das Zivilrecht gebunden, weil sich sonst faktisch über eine Einwilligung gerade das Ergebnis erreichen ließe, welches rechtsgeschäftlich nicht erreicht werden kann. Auch kann eine abweichende Lösung den Widerspruch zwischen etwa der Einwilligung eines Minderjährigen, aber Einsichtsfähigen in die Zerstörung einer Sache und der Verweigerung der Einwilligung durch den Vormund des Minderjährigen nicht lösen: Beide Entscheidungen müßten gelten. Beispiel: Wenn der einsichtige 17jährige Eigentümer darum bittet, einen Baum auf seinem Grundstück zu fällen, während der Vormund widerspricht, bleibt die Tat nach der hier vertretenen Ansicht rechtswidrige Sachbeschädigung[178]. — Allerdings wandelt sich bei der hier vertretenen Ansicht der Zweck der Einwilligungsregeln vom Schutz des Gutsinhabers hin zum Schutz von Kompetenznormen, eben der §§ 105 ff BGB (zum Problem des Unrechtswandels siehe auch unten 12/44).

3. Die Objektivierung der Einwilligung

Was die Objektivierung der Einwilligung angeht, so soll nach der Willensrichtungstheorie[179] das Wollen ohne Objektivierung hinreichen, während die Willenserklärungstheorie auf eine Erklärung nach rechtsgeschäftlichen Regeln abstellt[180]. Überwiegend wird vermittelnd eine Objektivierung des Willens verlangt, aber nicht nach rechtsgeschäftlichen Regeln und nicht unbedingt gegenüber dem Eingreifenden[181]. Da es bei der tatbestandsausschließenden Einwilligung um die Änderung der Beziehung des Dispositionsbefugten zum Gut geht, kann es nur auf dasjenige ankommen, was diese Beziehung trägt, also auf den inneren Willen (bei der unmittelbaren Einwilligung) oder auf die Preisgabe der Situation, in der die Willkür des Betroffenen den Täter bindet (bei der mittelbaren Einwilligung); die Äußerung der Beziehung ist irrelevant (zweifelhaft, siehe oben 7/Fn. 162). Bei Unkenntnis des Eingreifenden von der tatbestandsausschließenden Einwilligung bleibt der Vorsatz bestehen. Irrige Annahme beläßt allenfalls Fahrlässigkeit. Beispiel: Sieht ein Landwirt, wie Spaziergänger seine Obstbäume plündern und unternimmt er nichts, so ist zu unterscheiden: Will er den Tätern das gering- **115**

ZStW 72 S. 446 ff, 463 auch dann, wenn es sich um eine Fehlentscheidung handelt, solange nicht der Fehler ein Manko an Fähigkeit signalisiert.

177 Grundlegend *Lenckner* ZStW 72 S. 446 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 39 vor § 32; *SK-Samson* Rdn. 41 vor § 32; *Dreher-Tröndle* Rdn. 3b vor § 32; — *anders* die überwiegende Ansicht; *LK-Hirsch* Rdn. 118 vor § 32; *Jescheck* AT § 34 IV 1; *Maurach-Zipf* AT I § 17 Rdn. 30 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 379 f; *Welzel* Strafrecht § 14 VI 2 a α.

178 Daß es — so das zumeist gegen diese Lösung vorgebrachte Argument — „seltsam" sei, wenn „ein 17-jähriger zwar in eine Verletzung seines Körpers, nicht aber seines Eigentums . . . einwilligen könnte" (*Stratenwerth* AT Rdn. 380; ähnlich *Noll* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe S. 128; *Zipf* Einwilligung S. 41 u. a. m.), ist nicht zuzugeben: Weder die Komplexität der Einwilligungsfolgen noch die intuitiv spürbare Drastik dieser Folgen hängt vom strafrechtlichen Gewicht der betroffenen Güter ab; siehe auch die Begründung für die hier vertretene Lösung bei *Traeger* GS 94 S. 112 ff, 148 f.

179 *Schrey* Gegenstand der Einwilligung S. 21 f; *Frank* Anm. III vor § 51; *Schmidhäuser* AT 8/144; *Mezger* Strafrecht § 28 I.

180 *Zitelmann* AcP 99 S. 1 ff, 62; *Keßler* Einwilligung S. 99 ff, 100 f, 105 f.

181 *Honig* Einwilligung S. 145 f, der allerdings auch ein Nicht-Eingreifen als Objektivierung der Einwilligung ansieht; *Zipf* ÖJZ 1977 S. 379 ff, 381; *Roxin* Einwilligung S. 35 ff; *Jescheck* AT § 34 IV 2; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 43 vor § 32; *LK-Hirsch* Rdn. 109 vor § 32, jeweils mit Nachweisen; aus der Rechtsprechung siehe BGH 17 S. 359 f; BayObLG NJW 1968 S. 665 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

wertige Obst gönnen, so ist diese Tat nur versuchter Diebstahl; ist ihm aber das geringe Gut die Mühe des Einschreitens nicht wert, so verzichtet er zwar faktisch auf die Chance eines Rechtsschutzes, die Tat aber bleibt rechtswidrig und strafbar.

Problematisch ist die Lage bei einer erklärten, aber wegen Erklärungsirrtums oder wegen Mentalreservation nicht gewollten Einwilligung. Teils wird eine Bindung bis zum Widerruf mit der Begründung angenommen, der Eingreifende dürfe nicht das Risiko der korrekten Äußerung des Dispositionsbefugten tragen[182]. Diese Überlegung betrifft jedoch nur die Fälle der eigennützig gegebenen Einwilligung. Zur Lösung gelten die Ausführungen zum Einverständnis entsprechend (oben 7/110); — wenn die Erklärung nicht rechtsgeschäftlich bindet, wird die Haftung des Eingreifenden über den Vertrauensgrundsatz und den subjektiven Tatbestand limitiert[183].

4. Die Einwilligung bei Zwang und Irrtum

116 a) Die Behandlung durch Zwang[183a] und Irrtum beeinflußter Einwilligung ist streitig. Zwar sollen nach überwiegender Ansicht zumindest bestimmte Irrtümer und Zwangslagen bestimmten Gewichts die Wirksamkeit einer Einwilligung schlechthin ausschließen[184]; unterschiedlich beurteilt wird aber, ob nur rechtsgutsbezogene Irrtümer (Irrtümer über das Ob und das Maß des Eingriffs in das Gut) diese Wirkung haben[185] und wie die Gewichtigkeit des Drucks zu bestimmen ist, wobei in der Regel ein „empfindliches Übel" im Sinn des § 240 StGB verlangt wird[186].

117 b) Bei dieser Behandlung werden heterogene Problemkreise vermengt:

aa) Soweit der Dispositionsbefugte, sei es auf Grund einer Täuschung oder sonstiger Ursachen, über das Ob oder das Gewicht der durch die Eingriffshandlung mit dem Gut stattfindenden nachteiligen Veränderung irrt, also rechtsgutsbezogen irrt, fehlt schon mangels Bewußtseins der (vollen) Preisgabe ein Wille dazu[186a]: Der Dispositionsbefugte ist (ganz oder partiell) „undolos". Soweit er bei dem Eingriff mitwirkt, kann er sich selbst verletzendes Werkzeug sein (siehe unten zur mittelbaren Täterschaft 21/77 ff).

Bei einem Irrtum über die Qualifikation des Eingreifenden ist zu unterscheiden: (a) Ruft ein Nichtqualifizierter Folgen hervor, mit denen bei einem Qualifizierten nicht zu rechnen ist, so sind diese Folgen im Fall eines Irrtums über die Qualifikation nicht von einer Einwilligung gedeckt. Beispiel: Wer in eine ärztliche Injektion einwilligt, hat nicht konkludent auch in diejenigen Belastungen eingewilligt, die dadurch entstehen, daß ein Laie die Spritze falsch handhabt (so wie auch bei einer falschen Handhabung durch einen Arzt keine Einwilligung vorläge). (b) Hängt der tatbestandsmäßige Erfolg davon ab, daß der Täter die Qualifikation nicht besitzt, so ist die Täuschung rechtsgutsbezo-

---

182 *Arzt* Willensmängel S. 49; *Zipf* Einwilligung S. 46; *Kühne* JZ 1979 S. 241 ff, 244; siehe auch BGH 16 S. 309 ff, 311.

183 *Baumann-Weber* AT § 21 II 4 b α.

183a Zur Problematik von Einwilligungen während einer Freiheitsentziehung *Amelung* ZStW 95 S. 1 ff.

184 BGH 4 S. 114 ff, 118; BGHZ NJW 1964 S. 1177 ff; OLG Stuttgart VRS 63 S. 203 ff, 205.

185 So grundlegend *Arzt* Willensmängel S. 19 ff, 22 ff; siehe ferner *Zipf* Einwilligung S. 23; *Kientzy* Einwilligung S. 108 f; *Rudolphi* ZStW 86 S. 82 ff, 83 f; *SK-Samson* Rdn. 43 vor § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 46 f vor § 32; *Jescheck* AT § 34 IV 4; — für die Berücksichtigung auch anderer Irrtumsarten und im Ergebnis hauptsächlich wie hier (siehe aber auch 7/Fn. 189) *Roxin* Noll-Gedächtnisschrift S. 275 ff, 286 ff; zudem *Baumann-Weber* AT § 21 IV b δ; *LK-Hirsch* Rdn. 119 ff vor § 32 mit weiteren Nachweisen; — nach entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäften differenzierend *Kühne* JZ 1979 S. 241 ff, 246.

186 *Arzt* Willensmängel S. 31 ff; *LK-Hirsch* Rdn. 119 ff vor § 32; *Jescheck* AT § 34 IV 4; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 48 vor § 32.

186a *Roxin* Noll-Gedächtnisschrift S. 275 ff, 283. — Zum Umfang der Rechtsgutsbezogenheit eingehend *Meyer*, Ausschluß S. 164 ff (freilich teils zu weit, da Motivirrtümer umfassend, S. 180 f); zu *Meyer* kritisch *Küper* JZ 1986 S. 219 ff, 225 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

gen. Beispiele: Nimmt ein Laie ein Rad aus einer komplizierten Uhr, ist diese damit defekt, anders als diejenige Uhr, der ein Meister im Rahmen einer Reparatur fachmännisch ein Rad entnimmt. Der Kontext gehört hier zum Begriff des Erfolgs. (c) In allen anderen Fällen ist der Qualifikationsirrtum kein Irrtum über das Ob oder das Maß der Verletzung, und damit bleibt die Einwilligung wirksam. Sie kann aber gegenüber einem Nichtqualifizierten unvernünftig sein, während sie gegenüber einem Qualifizierten vernünftig wäre. Für diesen Fall begründet die Täuschung über die Qualifikation mittelbare Täterschaft des Täuschenden[186b] (dazu sogleich). Daß der Irrende, wenn alles gutgeht, nichts verliert, was er nicht auch beim Handeln eines Qualifizierten verloren hätte, ist nur Hypothese (zu deren Bedeutung oben 7/92 ff). Beispiel: Ein Scharlatan, der über seine Qualifikation als Arzt täuscht, begeht auch bei denjenigen Eingriffen eine Körperverletzung (als mittelbarer Täter durch Erschleichen einer Einwilligung), die ein Arzt ebenso vorgenommen hätte.

bb) Kommt eine Einwilligung durch nicht rechtsgutsbezogene Täuschung oder **118**
durch Drohung zustande, so ist sie wirksam[186c]. Für ihre Erzeugung oder Ausnutzung kann freilich nach den Regeln der mittelbaren Täterschaft, aber auch nur nach diesen Regeln, zu haften sein: als Nötigung oder Täuschung zur mittelbaren Selbstverletzung durch Benutzung einer — vom mittelbaren Täter selbst oder von einem Dritten ausgenutzten — Einwilligung (siehe unten zur mittelbaren Täterschaft 21/88 ff). Die Konstruktion ist folgende: Werkzeug ist der Einwilligende; mittelbarer Täter ist derjenige, der für den Einwilligungsdefekt zuständig ist; er kann mit dem per Einwilligung tatbestandslos Eingreifenden identisch sein, muß dies aber nicht; bei Identität handelt er als mittelbarer Täter (Beherrschung des Defekts) tatbestandlich, als unmittelbarer Täter (Eingriff) tatbestandslos. — Wie ein erzwungener Vorsatz oder etwa ein Vorsatz bei einer Handlung im Motivirrtum trotz des Mangels an Freiheit ein Vorsatz bleibt, so gehört auch zum Begriff der Einwilligung nicht deren Freiheit[186d].

cc) Die Lösung, die im Ergebnis weitgehend mit der üblichen Lösung über eine **119**
Wirkungslosigkeit der Einwilligung korrespondiert (der Eingreifende haftet als mittelbarer Täter, nach der üblichen Lösung als unmittelbarer Täter), ist für drei Problemkreise bedeutsam: (α) Einmal lassen sich nur so die Ergebnisse der Bewirkung einer Einwilligung mit denjenigen der Bewirkung einer Selbstverletzung harmonisieren, (β) zum anderen ergibt diese Harmonisierung einen Maßstab für die Bewertung von Täuschung oder Drohung und (γ) drittens können die Fälle, in denen der Zuständige keine Herrschaft über den Einwilligungsdefekt mehr hat, angemessen gelöst werden.

α) Ob jemand durch eine Täuschung oder Drohung zu einer — sowieso tatbe- **120**
standslosen — Selbstverletzung, oder aber zur Einwilligung in eine Fremdverletzung

---

186b Zur Unwirksamkeit der Einwilligung BGH 16 S. 309 ff mit Ausnahmen für geringfügige Fälle S. 311 (gemeint ist, für Fälle, in denen es auch vernünftig wäre, in die Verletzung durch einen Nichtqualifizierten einzustimmen; der Sache nach werden die Regeln der mittelbaren Täterschaft also anerkannt); BGH JR 1988 S. 122 ff; LK-*Hirsch* § 226a Rdn. 18; zu den Nachteilen dieser Unwirksamkeitslösung gegenüber der Lösung über mittelbare Täterschaft unten 7/119 ff.

186c So auch implizit OLG Hamm NJW 1987 S. 1034 f.

186d *Meyer* Ausschluß S. 130 Fn. 82 (ähnlich *Schlehofer* Einwilligung S. 73 Fn. 207) kritisiert, eine Einwilligung könne nicht zugleich wirksam und insoweit defekt sein, daß ihre Erregung oder Ausnutzung zur mittelbaren Täterschaft führe. — Für mittelbare Täterschaft kommt es freilich nicht auf einen *Defekt der Einwilligung* des Tatmittlers an, sondern auf die Zuständigkeit des mittelbaren Täters für den *defekten Grund* der wirksamen Einwilligung. Die Bestandskraft der Einwilligung trotz defekten Grunds dürfte bei solchen Defekten deutlich werden, für die kein Hintermann zuständig ist; Beispiel: Jemand läßt seine Zisterne entleeren, um Platz für das erwartete frische Regenwasser zu schaffen, aber es regnet zu allseitiger Überraschung doch nicht. Keine Einwilligung zum Entleeren?

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

gebracht wird, ist axiologisch gleichwertig[186e]; deshalb müssen die Haftungsvoraussetzungen für das Bewirken einer defekten Einwilligung den Haftungsvoraussetzungen des Bewirkens einer Selbstverletzung angepaßt werden[187].

Wie bei einer Selbstverletzung diejenigen Beteiligten, die nicht für die Täuschung oder die Drohung zuständig sind, tatbestandslos handeln (sie sind mangels Zuständigkeit keine mittelbaren Täter und mangels Haupttat nicht akzessorisch beteiligt), so kann auch das Verhalten von Personen, die auf eine tatbestandsausschließende Einwilligung hin handeln, ohne für deren Gründe zuständig zu sein, nicht als Tatbestandsverwirklichung gewertet werden. Dies gilt — wiederum bei Beteiligung an einer Selbstverletzung wie beim Handeln auf Einwilligung — selbst dann, wenn sie von der Drohung oder Täuschung wissen. Auch gegenüber zuständigen Personen ist die Einwilligung wirksam, aber diese Personen sind mittelbare Täter; auch diese Lösung entspricht derjenigen bei Selbstverletzung.

Bei der Drohung führt die übliche, gegenteilige Lösung (erzwungene Einwilligung wirkungslos) zu dem befremdlichen Ergebnis, daß dem Helfer des Opfers ein Notrecht erwächst, wo dessen Einwilligung wirkungslos ist, und zwar ohne daß der Helfer dem Einwilligenden an Kenntnis oder Urteilsvermögen überlegen wäre. Beispiel: Wenn ein Vater seinem langhaarigen Sohn die Alternative zwischen einem Hinauswurf und einem Friseurbesuch stellt, müßte nach üblicher Lehre der Friseur, so er eingeweiht ist, eine objektiv und subjektiv tatbestandsmäßige Körperverletzung begehen, die dann freilich wegen Notstands gerechtfertigt wäre. Aber es fehlt jeder Grund, dem Bedrohten selbst die Entscheidungsmacht zu nehmen.

Eine Zuständigkeit des Eingreifenden fehlt auch bei Zwängen und Irrtümern, die durch Naturkatastrophen oder durch eine unübersichtliche Sachlage oder durch einen eigenen Fehler des Einwilligenden entstanden sind (aber der Eingreifende kann aus anderen Gründen, etwa als institutionell Verpflichteter, für den Gütererhalt beim Einwilligenden zuständig sein). Bei wirklich bestehenden Gefahren drängt sich das Ergebnis auf: Der Eingreifende hilft dem Einwilligenden bei der Schadensminderung oder Schadensumschichtung nach dessen Belieben. Aber auch bei Scheingefahren oder sonstigen Irrtümern des Einwilligenden muß sich der Eingreifende — wie bei Selbstverletzung eines Irrenden — erst dann auf den Organisationsfehler beim Einwilligenden einstellen, wenn ansonsten eine Katastrophe droht: § 323 c StGB; denn allein durch die Befolgung der Einwilligung maßt er sich keine ihm fremde Organisationsmacht an.

121 β) Zur Haftungsbegründung kommen nur Drohungen in Betracht, bei denen der Einwilligende den Schaden in noch plausibler Weise umverteilt; die Grenze entspricht exakt der unten bezeichneten und sowieso zu ziehenden Grenze bei der Nötigung zur Selbstverletzung (21/88 ff). Insbesondere begründet nicht jedes angedrohte empfind-

---

[186e] Diese Gleichwertigkeit dürfte auch bestehen, soweit es um die Einwilligung in eine Grundrechtsverletzung gegenüber dem Staat und die eigenhändige Preisgabe des Grundrechts an den Staat geht. Bei der von staatlicher Seite erschlichenen oder durch Drohung erreichten Einwilligung bleibt ein Verfahrensverstoß (darauf stellt *Amelung* ab, Einwilligung S. 102 ff; *ders.* StV 1985 S. 257 ff, 262 f), der aber nicht den Inhalt, sondern die Gründe der Einwilligung betrifft; für diese Gründe ist der falsch Verfahrende zuständig: mittelbare Täterschaft. Die Lösung über eine mittelbare Täterschaft versagt freilich, wenn die wirkliche Willkür des Einwilligenden selbst das geschützte Gut (oder Teil dessen) ist, also beim Einverständnis (oben 7/104 ff). Beispiel: Wenn sich ein „Verfassungsschützer" als angeblicher Bekannter des Sohnes Zutritt zur Wohnung der Eltern erschleicht, ist dies so wenig ein Hausfriedensbruch wie in den Fällen, in denen er zuvor die wirkliche Bekanntschaft des Sohnes erschlichen hat oder auf Grund der — angeblichen oder wirklichen — Bekanntschaft auf Initiative der Eltern eingeladen wird.

[187] Für eine einheitliche Lösung, nur in entgegengesetzter Richtung, *Herzberg* Täterschaft S. 35 ff, 38; siehe auch unten zur mittelbaren Täterschaft 21/90.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

liche Übel bei jeder Einwilligung mittelbare Täterschaft, sondern nur jeweils ein Übel, dessen Gewicht relativ, also in Abhängigkeit vom preisgegebenen Gut, zu bestimmen ist. Beispiel: Wer einem anderen androht, ihm ein paar Fensterscheiben einzuwerfen, wenn er nicht sein Auto für eine Bruchfahrt zur Verfügung stelle, haftet zwar für Nötigung, aber nicht für die Zerstörung des Autos, ob nun bei der Fahrt der Drohende selbst (Einwilligung), ein Dritter (Einwilligung) oder das Opfer (mangels hinreichend qualifizierter Drohung kein Werkzeug) steuert. — Wer eine Frau schwer bedroht, damit diese in sadistische Verletzungen einwilligt, haftet für Körperverletzung, gleich ob diese Verletzungen die Frau selbst (Werkzeug), ein Dritter oder der Drohende vollzieht.

Entsprechend verhält es sich bei der nicht rechtsgutsbezogenen Täuschung: Die Einwilligung ist wirksam; wenn aber eine Situation vorgespiegelt wird, in der ein Handlungsanlaß besteht, ist die Umschichtung von Gütern im Rahmen des Vernünftigen ein Vorgang, dessen Kosten nicht mehr mit dem Belieben des Einwilligenden erklärt werden können, d. h. der Schöpfer der Situation muß als mittelbarer Täter haften. Insbesondere ist an Fälle der Art zu denken, daß Notsituationen vorgespiegelt werden, aus denen sich der Einwilligende durch notstandsähnliches Handeln im Wege der Preisgabe eines Guts zu befreien sucht. Beispiele: Der Einwilligende, dem vorgespiegelt wird, er habe Kopfläuse, läßt sich die Haare abschneiden [188]. — Einem Patienten wird vorgespiegelt, man benötige eine Blutprobe zur Diagnose der Erkrankungen, deren Behandlung er wünscht, aber die Blutabnahme (oder die Vergrößerung der Menge des zu entnehmenden Bluts) dient der Diagnose einer Erkrankung, über die der Patient nichts wissen will [189] (siehe auch zur mutmaßlichen Einwilligung unten 16/18). — Vernünftig ist eine Umschichtung, solange sie nach allgemeinen Wertungsmaßstäben, die insbesondere zum Notstand und zur mittelbaren Täterschaft zu entwickeln sind, per Saldo zumindest ohne Verlust abgeht. — Mittelbare Täterschaft dürfte auch in Frage kommen, soweit es nicht um eine Einwilligung zur Vermeidung vermeintlich anderweit drohender Schäden geht, sondern um die Erzielung eines Gewinns (zweifelhaft) [190]. Beispiel: Ein Student spendet eine kleinere Menge Blut, weil ihm vorgespiegelt wurde, er erhalte dafür eine extrem hohe Belohnung.

γ) Wer für eine Gefahr zuständig ist, aber die Herrschaft über das Geschehen **122**
insoweit verloren hat, als er sie nicht mehr revozieren kann, haftet nicht unmittelbar für sein Verhalten, wenn er auf eine Einwilligung des Bedrohten hin handelt, sondern weil und soweit er für die Situation zuständig ist, in der die Güter des Bedrohten vernünftigerweise umgeschichtet werden. Er kann sogar verpflichtet sein, dem Bedrohten zu helfen. Beispiel: Wer eine Tischdecke in Brand setzt und dabei weiß, daß der Eigentümer mangels anderer Flüssigkeiten nur mit Champagner löschen kann, muß, wenn auch

---

188 Will man nicht bei der Körperintegrität das Rechtsgut „von Kopf bis Fuß" verrechnen, ist der Irrtum nicht rechtsgutsbezogen; zu den Schwierigkeiten der Abgrenzung siehe *Arzt* Willensmängel S. 22 f.

189 Etwa AIDS; siehe Staatsanwaltschaft beim KG NJW 1987 S. 1495 ff; Staatsanwaltschaft Mainz NJW 1987 S. 2946 ff; *Eberbach* NJW 1987 S. 1471 ff; *Bottke* in: Rechtsprobleme S. 171 ff, 222 ff; eingehend *Pfeffer* Durchführung S. 44 ff; *Kunz* SchwZStr. 107 (1990) S. 259 ff; weniger streng *Janker* NJW 1987 S. 2897 ff, 2899 ff; *Michel* JuS 1988 S. 8 ff.

190 Nach *Roxin* (Noll-Gedächtnisschrift S. 275 ff, 284, 286) soll beim gegenseitigen Vertrag die Täuschung über die Chance, die Gegenleistung zu erhalten, nur für Delikte relevant sein, die die Chancen beim Güteraustausch garantieren (hauptsächlich § 263 StGB), nicht aber für Delikte, die dem Schutz der zu tauschenden Güter dienen. Beispielhaft gesprochen wäre demnach die Frau, die einem fremden Kind eine Niere spendet, damit ihr eigenes Kind von einem Dritten ein Auge erhält, bei Täuschung über den Spendenzweck nicht geschützt (Tausch), wohl aber diejenige, die ihrem Kind sogleich ihr Organ zuwenden will (*Roxin* aaO S. 280). — Es ist freilich einzuräumen, daß es beim Betrug zufällig ist, ob der Getäuschte durch *Eingriff* in seine Güter oder durch *Übertragung* seiner Güter leistet.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

er selbst den Brand nicht anders beherrschen kann, bei gegebener Einwilligung mit Champagner löschen (und er darf dies bei gegebener Einwilligung selbst dann noch, wenn die Proportionalitäten der Notstandsrechtfertigung nicht mehr passen). Will der Gefährdete anders umschichten, als es der Täter vorhersah, solange er die Herrschaft über das Drohgeschehen noch besaß, haftet er nicht für die Quantität, die der Gefährdete unnötigerweise opfern will. Haftung ist auch ausgeschlossen, wenn dieser ein Gut anderer Art preisgibt, als vom Täter vorhergesehen wurde (etwa Gesundheit statt Eigentum). Anders verhält es sich bei Gefahren, die der Täter noch beherrscht, insbesondere bei der Täuschung: Hier hat der Zuständige das Geschehen dann noch in der Hand, wenn er dafür sorgen kann, daß weder er noch ein anderer auf die (wirksame!) Einwilligung des Opfers hin handeln und sich das Opfer auch nicht selbst verletzt. Will dieses anders umschichten, als vorausgesehen wurde, bleibt also Vollendung möglich, so etwa, wenn im zuvor angeführten Beispiel der Brand in der irrigen Meinung vorgetäuscht wurde, der Eigentümer werde nicht löschen wollen, sondern sogleich fliehen.

123 dd) Das Ergebnis läßt sich dahin zusammenfassen, daß der Verursacher eines Konflikts (der Täuschende oder Drohende) für die Kosten der Lösung (das durch Einwilligung Preisgegebene) nicht deshalb haftet, weil die Preisgabe unwirksam wäre, sondern weil und soweit er für die Situation, in der Preisgabe vernünftig ist oder dem Einwilligenden vernünftig erscheint, zuständig ist (siehe dazu unten zur mittelbaren Täterschaft 21/68 ff).

5. Die Rechts- und Sittenwidrigkeit von Tat und Einwilligung

124 Eine Rechts- oder Sittenwidrigkeit der Tat wie eine solche der Einwilligung hindern die Wirksamkeit nicht. Bei der tatbestandsausschließenden Einwilligung steht das Gut zur vollen Disposition des Inhabers, geschehe diese durch — sowieso tatbestandslose — Selbstverletzung oder durch Einwilligung in eine Fremdverletzung. Allerdings begründet eine Täuschung über rechts- oder sittenwidrige Ziele, die mit der Einwilligung verfolgt werden, keine Haftung des Täuschenden als mittelbarer Täter, da die mittelbare Täterschaft (anders als die Wirksamkeit der Einwilligung) von der objektiven Vernünftigkeit abhängt. Beispiel: Wer die Erlaubnis zur Demontage der Uhr eines anderen durch die Täuschung erreicht, die Einzelteile seien zur Konstruktion einer Höllenmaschine notwendig, haftet nicht wegen Sachbeschädigung.

6. Der Gegenstand und die Intensität der Einwilligung und das Handeln auf eigene Gefahr

125 a) Gegenstand der tatbestandsausschließenden Einwilligung sind wie beim Einverständnis in einer ersten Fallgruppe — *finale Einwilligung* — die Verhaltensfolgen dergestalt, daß sie gewollt im Sinn von „beabsichtigt" sind[191].

126 b aa) Probleme entstehen in der zweiten Fallgruppe — *unfinale Einwilligung* —, bei der nicht die Folgen gewollt sind, sondern bei der vom Betroffenen eine Lage geschaffen wird, in der seine Willkür nicht mehr beachtlich ist. Es geht um die Zuständigkeit für unerwünschte *Kosten eines sozialen Kontakts,* wenn der Dispositionsbefugte das (an sich) verletzende Verhalten des Täters nicht will, wohl aber auf eine bestimmte Art des sozialen Kontakts abzielt, die ohne dieses folgenreiche Verhalten nicht zu haben ist.

191 Insoweit übereinstimmend die überwiegend vertretene Ansicht, siehe *Geppert* ZStW 83 S. 947 ff, 974 ff. — Zum nachfolgenden Text siehe *Fiedler* Strafbarkeit S. 145 ff, 175 ff, der — im Ergebnis überwiegend wie hier, freilich ohne Differenzierung nach Tatbestandsausschluß und Rechtfertigung — gemäß einer „Interessenabwägung auf Tatbestandsebene" entscheidet (S. 178); Kritik des hiesigen Ansatzes S. 97 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Beispiel: Der Fußballspieler will nicht angerempelt werden, noch weniger als Folge blessiert[192]; er weiß aber, daß er am sportlichen Wettkampf nicht teilnehmen kann, ohne Härten hinzunehmen. Die Lösung kann nicht dahin ausfallen, daß eine jede vorausgesehene Folge des sozialen Kontakts als von der Einwilligung gedeckt gilt; denn dann könnte jeder Teilnehmer den sozialen Kontakt mißbrauchen, solange dies nur voraussehbar bleibt. Beispiel: Wer eine berüchtigte Gegend besucht, willigt nicht in das Risiko ein, bestohlen zu werden. Vielmehr kommt es darauf an, inwieweit der rechtlich erhebliche Inhalt des sozialen Kontakts einseitig vom Betroffenen festgelegt werden kann — dann bleibt seine Willkür maßgeblich und es wird in das unerwünschte Verhalten nicht eingewilligt — und inwieweit der Inhalt durch die Interessen mehrerer Beteiligter bestimmt wird — dann kann auch ein Verhalten als Inhalt eingebracht werden, das dem jeweils anderen Beteiligten unerwünscht ist. Beispiel: Wer einen Schlag gegen die eigene Schulter will, wird bei dessen Durchführung nicht tatbestandlich körperlich verletzt; eine tatbestandliche Körperverletzung fehlt auch, was die beiläufigen Körperfolgen angeht, beim regelgerechten Faustkampf, obgleich jeder Kämpfer hier nicht nur die Verletzung durch den Gegner, sondern schon dessen kausierendes Verhalten nicht will, vielmehr gerade zum Hauptziel hat, es zu verhindern: Der soziale Kontakt ist durch die Interessen *beider* Faustkämpfer definiert. Anders liegt es bei der Abwehr eines Angreifers in Notwehr, die der Angreifer zum Anlaß für weitere Attacken nimmt: Die Definition der Situation als aggressiv durch den Angreifer ist rechtlich irrelevant; rechtlich zählt allein das Abwehrinteresse; nur dieses geht in die Definition des Kontakts ein, so daß der Abwehrende in weitere Angriffe und deren Folgen nicht einwilligt, auch wenn er bei der Abwehr ein entsprechendes Risiko voraussieht. — Wer einen präparierten Geldschein auslegt, um denjenigen zu überführen, der den Schein anfaßt, will die Wegnahme (finale Einwilligung, wenn gründliches Anfassen ohne Gewahrsamswechsel nicht zu erlangen ist), aber nicht die Zueignung des Scheins durch den zu Überführenden. Daß er bei gegebener Wegnahme die Zueignung nicht wird verhindern können, mag er wissen, aber dies führt nicht zur unfinalen Einwilligung, weil der zu Überführende die Situation nicht maßgeblich definiert, sondern nur faktisch gestaltet[192a].

bb) Praktisch bedeutsam ist die Differenzierung insbesondere bei der Mitfahrt mit **127** einem fahruntüchtigen Fahrer oder in einem fahruntauglichen Fahrzeug im Verkehr. Während bei einem Anspruch auf ordnungsgemäße Beförderung (im öffentlichen Linienverkehr etc.) im Fall einer Schädigung eine Einwilligung wegen der Fixierung an das Ordnungsgemäße fehlt, besteht bei Gefälligkeitsfahrten noch beiderseits eine Definitionsmacht, so daß der soziale Kontakt als Beförderung durch einen Fahruntüchtigen oder als Beförderung mit einem untauglichen Fahrzeug zu definieren sein mag[193]. — Bei Sportverletzungen wird die Situation durch die üblichen oder festgelegten Regeln definiert; darüber hinaus dürfte beiderseits ein Interesse an der Hinnahme leicht fahr-

---

192 BGHZ 63 S. 140 ff, 144.

192a OLG Celle JR 1987 S. 253 f mit kritischer Anmerkung *Hillenkamp* aaO S. 254 ff.

193 Dabei hängt es von der Art des betroffenen Guts ab, ob ein Tatbestandsausschluß oder nur eine Rechtfertigung in Betracht kommt; — siehe auch unten zur rechtfertigenden Einwilligung 14/12; — natürlich ist jede Einwilligung für § 316 StGB und für die Gefährdung dritter Personen in § 315c StGB bedeutungslos (verfehlt — wirkungslos auch bezüglich der eigenen Gefährdung bei § 315c StGB — OLG Karlsruhe NJW 1967 S. 2321 ff).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

lässig erfolgender Regelverstöße mit voraussehbaren geringfügigen Folgen eingebracht werden[194], nicht aber mehr[195].

128 c) Schon bei der finalen Einwilligung ist eine *Einwilligung in ein Risiko* dergestalt möglich, daß der Erfolg nicht gewiß ist. Die Wirksamkeit der Einwilligung wird dadurch so lange nicht berührt, wie eine entsprechende Risikovorstellung noch bei der Bildung eines Tätervorsatzes ausreichen würde. Beispiel: Wenn ein Wurf auf eine sehr weit entfernte Fensterscheibe noch ein Sachbeschädigungsrisiko bringt, das für den Tätervorsatz hinreichend dicht ist, so auch für eine wirksame Einwilligung durch den Dispositionsbefugten. Eine Einwilligung in ein Risiko wird jedoch praktisch häufiger unfinal als Einwilligung in einen bestimmten sozialen Kontakt vorkommen, z. B. in den oben beschriebenen Bereichen des Straßenverkehrs und des Sports[195a]. Es geht hierbei — entgegen der in doppelter Hinsicht ungenauen üblichen Terminologie — nicht nur um eine Einwilligung in fahrlässiges Verhalten, genauer: um eine Einwilligung in einen sozialen Kontakt, der fahrlässiges Verhalten einschließt. Vielmehr kommt auch vorsätzliches Verhalten in Betracht, und zwar nicht nur bei Sportarten mit finalem „Verletzungs"-Verhalten (Boxen, Ringen), sondern stets bei hinreichend dichtem Folgenbezug. Es kommt allein darauf an, wie der soziale Kontakt zu definieren ist; diese Definition kann auch objektiv erfolgen, d. h. unabhängig von Reflexionen der Beteiligten über die Lage[196]. Beispiel: Ob ein Eishockeyspieler die Folgen seines Verhaltens für die Mitspieler in vorsatzbegründender Weise bedenkt oder aber nicht reflektiert, ist für die Rechtfertigung gleichgültig, solange der Bereich des Regelgerechten eingehalten wird. — Die Gründe, aus denen der Betroffene das erkannte Risiko eingeht, sind im Bereich der hier allein interessierenden tatbestandsausschließenden Einwilligung so gleichgültig wie bei der Einwilligung in eine gewisse Beeinträchtigung.

Die hier dargestellte Verbindung zwischen Risikoerkenntnis und Einwilligung entspricht verbreiteter, aber nicht einhelliger Lehre, wobei meist nur eine Einwilligung in Fahrlässigkeitstaten behandelt wird und überwiegend die hier vorgenommene Differenzierung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Einwilligung fehlt[197].

---

194 *Jescheck* AT § 56 II 3; *LK-Hirsch* § 226 a Rdn. 12; *Schönke-Schröder-Stree* § 226 a Rdn. 16; *Eser* JZ 1978 S. 368 ff, 372 f; *Zipf* Einwilligung S. 93 ff unter allerdings problematischer Berufung auf Sozialadäquanz: Sollte auch die regelgerechte Verletzung gegen den Willen des Betroffenen, der die Härte der Sportart nicht kennen kann, zulässig sein? — Sport*zuschauer* lassen sich nicht auf die Definition ein, die Situation dürfe riskant werden; OLG Karlsruhe NJW 1982 S. 394 f.

195 BayObLG NJW 1961 S. 2072 ff.

195a Sportliche Betätigung kann nicht nur nach den Regeln der finalen und unfinalen Einwilligung, sondern auch wegen des nachfolgend (7/129) genannten Handelns auf eigene Gefahr trotz erkannter oder erkennbarer Verletzungsfolge tatbestandsfrei sein. Zahlreiche Sonderlösungen, die in der Literatur für sportliche Betätigung vorgeschlagen werden, führen zu ähnlichen Ergebnissen: Wer sich auf ein über normal riskantes gemeinsames Unternehmen *zurechenbar* einläßt, soll sich das besondere Risiko selbst zuschreiben. Siehe *Schild* Jura 1982 S. 477 ff, 520 ff, 585 ff, 587 ff (fairer Sportbetrieb als rechtsfreier Raum); *Dölling* ZStW 96 S. 36 ff, 55 (Sozialadäquanz mit „Berührungspunkten zur Einwilligung" S. 60); *Zipf* Einwilligung S. 77 ff, 93 (Sozialadäquanz); weitere Nachweise bei *Dölling* aaO S. 41 ff.

196 *A. A.* insbesondere *Zipf* Einwilligung S. 91, der selbst bei regelgerechtem Sportverhalten die Rechtswidrigkeit von der subjektiven Seite — Vorsatz oder Fahrlässigkeit — abhängig macht: Das ist eine Verletzung des Tatprinzips; denn speziell der Vorsatz objektiviert sich bei regelgerechtem Sportverhalten nicht.

197 RG 57 S. 172 ff; BGH 4 S. 89 ff, 93; 6 S. 232 ff, 234; 7 S. 112 ff, 115; BGH VRS 17 S. 277 ff, 279; BGH DAR 1959 S. 300 ff; OLG Celle NJW 1964 S. 736; OLG Karlsruhe NJW 1967 S. 2321 ff, 2322; BayObLG NJW 1968 S. 665 f; *Jescheck* AT § 56 II 3 mit Nachweisen der Literatur; *Baumann-Weber* AT § 21 II 4 a a. E.; *LK-Hirsch* Rdn. 106 vor § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 102 vor § 32 mit Nachweisen der Rechtsprechung; *Schaffstein* Welzel-Festschrift S. 557 ff; *Zipf* ÖJZ 1977 S. 379 ff, 383; *Dölling* GA 1984 S. 71 ff, 90 ff mit weiteren Nachweisen (unter Beschränkung auf Fälle, in denen ein guter Grund zur Gefährdung vorhanden ist; siehe dazu unten 14/12); — im Grundsatz auch *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 179 bei freilich starker Ausdehnung der

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

d) Einwilligung entspricht dem Vorsatz; eine „fahrlässige Einwilligung" gibt es **129**
nicht[198]. Die zum Merkmal der Kenntnis psychologisierend festgelegte Grenze zwischen Vorsatz (Einwilligung) und Fahrlässigkeit (keine Einwilligung) kann freilich auch hier axiologisch nicht befriedigen. Ob die Güter des Betroffenen nach dessen Willkür zu behandeln sind oder ob der Betroffene den Anspruch auf Rücksicht verspielt hat, richtet sich nicht (allein) nach dem, was er aktuell bedenkt, sondern nach seiner Zuständigkeit für Selbstschutz. Deshalb ist es möglich, daß ein Betroffener, der sich auf eine riskante Situation einläßt oder sich zurechenbar nicht aus ihr löst, für die erkannten *oder auch nicht erkannten* Folgen selbst zuständig ist. Ein *unbewußt*-sorgloser Umgang mit eigenen Gütern kann zu einem *Handeln auf eigene Gefahr* führen, das den „Schädiger" entlastet. Entsprechend der Lösung beim Regreßverbot ist dann trotz gegebener Kausalität eines Dritten der rechtlich relevante Grund der Verletzung allein im Bereich des Gutsinhabers auszumachen. Es geht hauptsächlich um Fälle, in denen der Gutsinhaber das relevante Risiko mindestens ebenso gut überblicken kann wie der „Schädiger" und zudem seinerseits ohne rechtlich gewichtigen Grund das schadensträchtige Verhalten veranlaßt[199]. Dritte Personen müssen ihre Organisation auf Risiken, die der Gutsinhaber selbst veranlaßt hat, nicht sorgfältiger einstellen als dieser selbst[200]. Beispiel: Wer seinem offensichtlich betrunkenen Freund sein Auto leiht, ohne die Folgen zu bedenken, verliert allein dadurch nicht den Schutz des § 303 StGB, wohl aber, wenn er den Freund trotz seines Zustands zu einer Fahrt veranlaßt, mag er auch die Möglichkeit einer Schadensfolge leichtfertig nicht bedacht haben. Daneben gibt es auch Fallgestaltungen, in denen der Gutsinhaber den möglichen Schadensverlauf nicht einmal erkennen kann, aber trotzdem für ihn selbst zuständig ist, weil er ein Sonderrisiko heraufbeschworen hat. Die Parallele des Handelns auf eigene Gefahr zur finalen Einwilligung besteht also nicht im Psychologischen (Erkennbarkeit statt Wollen), sondern im Normativen (Zuständigkeit ohne Kenntnis statt Zuständigkeit durch Wollen, oben 7/104). Beispiel: Wer sich mit der Lüge, er sei Luftwaffenoffizier, einen Flug in einem Jagdflugzeug erschleicht, handelt, was die üblichen Folgen eines solchen Flugs für Ungeübte angeht (Übelkeit, Kopfschmerz u. a. m.), auch dann auf eigene Gefahr, wenn er nicht wissen konnte, daß solche Folgen eintreten können. — Ob das Risiko von dem „Schädiger" in einer Vorsatz begründenden Weise bedacht wurde, ist in solchen Fällen für die Zuständigkeit des Betroffenen ebenfalls gleichgültig.

Das Ergebnis bringt eine Annäherung an das zivilrechtliche Handeln auf eigene Gefahr, mit dem die Rechtsprechung in Zivilsachen[201] die Einwilligung überhaupt

---

Selbstgefährdung Rdn. 181. Andere Lösungswege: Zur Verneinung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bei Fahrlässigkeit siehe *Frisch* Fahrlässigkeitsdelikt S. 116 ff; *Preuß* Erlaubtes Risiko S. 133 ff; siehe auch *Geppert* ZStW 83 S. 947 ff, 992 ff; — zur Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs siehe *Otto* JuS 1974 S. 702 ff, 710; *ders.* Jura 1984 S. 536 ff, 539 ff; *Donatsch* SchwZStr. 105 (1988) S. 361 ff, 377 f.

198 *Meyer* Ausschluß S. 192 ff; siehe aber *Baumann-Weber* AT § 21 II 4 a: Erkennbarkeit der Verletzung eigener Güter als mutmaßliche Einwilligung.

199 Der Text folgt insoweit in der Hauptsache *Roxin* Gallas-Festschrift S. 241 ff, 249 ff; eine Berücksichtigung erkennbarer Risiken über die im Verkehr erforderliche Sorgfalt versucht *Frisch* Fahrlässigkeitsdelikt S. 118 ff; siehe auch *Geppert* ZStW 83 S. 947 ff, 988 ff; *Preuß* Erlaubtes Risiko S. 78 ff; *Hillenkamp* Vorsatztat S. 18 ff und passim; *ders.* Einfluß passim; *Ellmer* Betrug S. 187 ff, 189 f; *Maeck* Opfer S. 56 ff; *Dölling* GA 1984 S. 71 ff, 80 ff mit Nachweisen; *Otto* Tröndle-Festschrift S. 157 ff, 169 ff; *Herzog* und *Nestler-Tremel* StV 1987 S. 360 ff, 366 ff; *Donatsch* SchwZStr. 105 (1988) S. 361 ff, 377 ff; *Prittwitz* NJW 1988 S. 2942 f. — Zum Sport siehe oben Fn. 195 a.

200 Das übersieht BayObLG JR 1978 S. 296 f mit kritischer Anmerkung *Kienapfel* aaO S. 297 f; — wie beim Regreßverbot bleiben Sonderpflichten vorrangig; siehe 7/66; 24/19.

201 Seit BGHZ 34 S. 355 ff; grundlegend *Stoll* Das Handeln auf eigene Gefahr, insbesondere S. 305 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

durch eine Risikoverteilung nach den §§ 242, 254 BGB ersetzt. Die Einwilligung ist nur der Unterfall einer Zuständigkeit (kraft Wollens) im Bereich der Opferzuständigkeit überhaupt.

130 e) Das bisher beschriebene Handeln auf eigene Gefahr ist eine tatbestandsausschließend wirkende Beteiligung an einem Verletzungsverhalten, das eine andere Person vornimmt, das also für diese andere Person *Fremd*verletzung ist. Deshalb gelten auch die Grenzen des Tatbestandsausschlusses bei Fremdverletzungen: Die Tatbestandsverwirklichung wird nur gehindert, soweit das betreffende Gut zur willkürlichen Disposition des Inhabers steht (oben 7/111); ansonsten kann ein Handeln auf eigene Gefahr freilich rechtfertigend wirken, scil. beim Vorliegen eines guten Grunds zum Handlungsvollzug (dazu unten 14/12). Aber die Verletzung eines nicht willkürlicher Disposition unterliegenden Guts ohne guten Grund verliert bei einem Handeln auf eigene Gefahr so wenig wie in Fällen der Einwilligung im engeren Sinn die Eigenschaft, Unrecht zu sein. Anders verhält es sich, wenn der Inhaber sein Gut dem schädigenden Verhalten eines anderen so aussetzt, daß er selbst die Entscheidungsherrschaft über den Verlauf zum Erfolg behält oder doch gleichrangig mit dem anderen entscheidet. Es handelt sich dann um die Abgrenzung einer Verletzung in mittelbarer Täterschaft durch ein quasi-unvorsätzliches Werkzeug von einer tatbestandsfreien *Selbst*verletzung (dazu unten 21/56 ff und 78). Beispiel: Wer als Beifahrer in einem Auto in ein — wie er weiß oder wie auf der Hand liegt — strahlenverseuchtes Gelände mit einfährt, schädigt sich selbst (und willigt nicht nur etwa in eine Fremdschädigung ein oder handelt auf eigene Gefahr), wenn er jederzeit eine Umkehr des Fahrzeugs veranlassen könnte. — In diesen Bereich — nicht aber zum Handeln auf eigene Gefahr — gehören auch die praktisch relevanten Fälle des Geschlechtsverkehrs trotz Infektionsgefahr etc.

131 **7. Weitere Einzelheiten**

a) Zur Rücknahme gelten die Ausführungen zum Einverständnis entsprechend (oben 7/110).

b) Die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) ist für das Unrecht bedeutungslos[202].

c) Soweit die Dispositionsbefugnis wirksam übertragen worden ist, was insbesondere bei vermögensrechtlichen Gütern möglich ist, kann der Übertragungsempfänger[202a] einwilligen (etwa der Prokurist für den Geschäftsherrn). Die Auflösung widersprechender Entscheidungen des Übertragenden und des Übertragungsempfängers regelt sich nach den Vorschriften des Rechtsbereichs, zu dem der Übertragungsakt gehört. Haben die widersprechenden Entscheidungen beide Bestand, so liegt immerhin auch eine Einwilligung vor, und die Verwirklichung des objektiven Tatbestands scheidet aus.

---

202 BGH 7 S. 294 ff, 295; 17 S. 359 f.

202a Zur Einwilligung der Verwaltungsspitze in die Zerstörung öffentlichen Eigentums zu verwaltungsfremden Zwecken siehe *Velten* StV 1987 S. 544 ff, 546.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

8. ABSCHNITT

Einzelheiten der Tatbestandsverwirklichung durch Handlung; 2. Teil: Der subjektive Tatbestand als Vorsatz

I. Der für den Vorsatz maßgebliche Zeitpunkt; Allgemeines

Literatur

M. Adams, St. Shavell Zur Strafbarkeit des Versuchs, GA 1990 S. 337 ff; *J. Ambrosius* Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966; *G. Arzt* Falschaussage mit bedingtem Vorsatz, Jescheck-Festschrift S. 391 ff; *P. Bockelmann* Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, Radbruch-Gedächtnisschrift S. 252 ff; *J. Brammsen* Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes — Neue Wege in der Vorsatzdogmatik, JZ 1989 S. 71 ff; *H.-J. Bruns* Anmerkung zu BGH JR 1981 S. 512, aaO S. 512 ff; *B. Burkhardt* Der Wille als konstruktives Prinzip der Strafrechtsdogmatik, in: *Heckhausen* u. a. (Hrsg.) Jenseits des Rubikon, 1987 S. 319 ff; *E. Dreher* Zum Meinungsstreit im Bundesgerichtshof um § 237 StGB, NJW 1972 S. 1641 ff; *ders.* Nochmals § 237 StGB. Eine Erwiderung auf Hruschka JZ 1973, S. 12, JZ 1973 S. 276 ff; *K. Engisch* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *R. Frank* Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907; *W. Frisch* Vorsatz und Risiko, 1983; *ders.* Vorsatz und Mitbewußtsein — Strukturen des Vorsatzes, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 311 ff; *ders.* Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? — BGH 36, 1, JuS 1990 S. 362 ff; *H. Frister* Anmerkung zu BGH StV 1988 S. 486 f, StV 1989 S. 343 ff; *W. Gallas* Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 S. 1 ff; *G. Geilen* Bedingter Tötungsvorsatz bei beabsichtigter Ermöglichung und Verdeckung einer Straftat (§ 211 StGB)? Lackner-Festschrift S. 571 ff; *G. Gribbohm* Anmerkung zu BGH 26 S. 104 ff, NJW 1975 S. 2213; *G. Grünwald* Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, H. Mayer-Festschrift S. 281 ff; *K. A. Hall* Über die Leichtfertigkeit. Ein Vorschlag de lege ferenda, Mezger-Festschrift S. 229 ff; *ders.* Fahrlässigkeit im Vorsatz, 1959; *W. Hassemer* Kennzeichen des Vorsatzes, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 289 ff; *E. Heims* Zur Lehre vom Schuldbegriff, ZStW 40 S. 580 ff und 743 ff; *ders.* Die Tat als Gegenstand oder als Inhalt des Bewußtseins beim Vorsatz, MonSchrKrim. 13 (1922) S. 94 ff; *R. D. Herzberg* Abergläubische Gefahrabwendnung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums, Jura 1990 S. 16 ff; *Th. Hillenkamp* Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971; *R. v. Hippel* Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, VDAT Bd. III S. 373 ff; *J. Hruschka* Zum Tatvorsatz bei zweiaktigen Delikten, insbesondere bei der Entführung des § 237 n. F. StGB, JZ 1973 S. 12 ff; *ders.* Rückkehr zum dolus subsequens? JZ 1973 S. 278 f; *ders.* Anmerkung zu BGH JZ 1983 S. 864, aaO S. 864 f; *ders.* Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, Kleinknecht-Festschrift S. 191 ff; *G. Jakobs* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *ders.* Das Fahrlässigkeitsdelikt, Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff; *ders.* Die juristische Perspektive zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat, in: *J. Gerschow* (Hrsg.) Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983 S. 21 ff; *ders.* Über die Aufgabe der subjektiven Deliktseite im Strafrecht, in: *H. Witter* (Hrsg.) Der medizinische Sachverständige im Strafrecht, 1987 S. 271 ff; *ders.* Über die Behandlung von Wollensfehlern und Wissensfehlern, ZStW 101 S. 516 ff; *H.-H. Jescheck* Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, Eb. Schmidt-Festschrift S. 139 ff; *F. Kaufmann* Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, 1929; *U. Kindhäuser* Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96 S. 1 ff; *ders.* Gefährdung als Straftat, 1989; *M. Köhler* Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes, GA 1981 S. 285 ff; *ders.* Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; *J. Krümpelmann* Motivation und Handlung im Affekt, Welzel-Festschrift S. 327 ff; *E. J. Lampe* Ingerenz oder dolus subsequens, ZStW 72 S. 93 ff; *D. Lang-Hinrichsen* Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW 73 S. 210 ff; *E. Mezger* Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; *ders.* Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, Kohlrausch-Festschrift S. 180 ff; *W. Platzgummer* Die Bewußtseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage, 1964; *W. Rasch* Tötung des Intimpartners, 1964; *ders.* Schuldfähigkeit, in: *A. Ponsold* (Hrsg.) Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3. Auflage 1967, S. 55 ff; *R. Rengier* Die Unterscheidung von Zwischenzielen und unvermeidlichen Nebenfolgen bei Betrugsabsicht, JZ 1990 S. 321 ff; *H.-J. Rudolphi* Literaturbericht, ZStW 86 S. 68 ff; *C. Roxin* Literaturbericht, ZStW 78 S. 214 ff; *G. Schewe* Bewußtsein und

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Vorsatz, 1967; *ders.* Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz. Strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems aus medizinisch-psychologischer Sicht, 1972; *ders.* „Subjektiver Tatbestand" und Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, Lange-Festschrift S. 687 ff; *ders.* Wille und Freiheit — juristische und medizinisch-psychologische Aspekte, in: *J. Gerchow* (Hrsg.) Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983 S. 1 ff; *E. Schmidhäuser* Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, H. Mayer-Festschrift S. 317 ff; *ders.* Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968; *ders.* Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat („dolus eventualis" und „bewußte Fahrlässigkeit"), JuS 1980 S. 241 ff; *ders.* Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch, Oehler-Festschrift S. 135 ff; *B. Schünemann* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 S. 341 ff, GA 1986 S. 293 ff; *M. Walter* Läßt sich der Handlungsunwert an der aufgewendeten „kriminellen Energie" ermessen? GA 1985 S. 197 ff; *H. Welzel* Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, 1964; *R. Zaczyk* Das Unrecht der versuchten Tat, 1989; *U. Ziegert* Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987; *D. Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert im Handlungsbegriff, 1973.

1 1. Zum subjektiven Tatbestand gehören diejenigen Umstände, die eine Verwirklichung des objektiven Tatbestands erst zur tatbestandsmäßigen Handlung machen, also Vorsatz und Fahrlässigkeit, sowie diejenigen weiteren subjektiven Unrechtselemente, die das Gesetz zur Charakterisierung des Unrechts oder zur Fixierung eines bestimmten Unrechtsquantums nennt. Der subjektive Tatbestand muß zur Zeit der Vornahme der Ausführungshandlung vorliegen. Ausführungshandlung ist der Vollzug derjenigen Handlung, mit der ein Täter wirklich (Vollendung) oder nach seiner Vorstellung (Versuch) den Verlauf zum Erfolg aus seinem Organisationskreis entläßt; Einzelheiten ergeben sich aus der Lehre von der Beteiligung und vom Versuch. Es reicht nicht, daß der subjektive Tatbestand nur *vor* der Ausführungshandlung vorliegt (kein dolus antecedens); Beispiel: Ist einem Täter beim Genuß von Alkohol bewußt, daß er demnächst noch ein Fahrzeug führen wird (§ 316 StGB), hat er aber beim Führen den Alkoholgenuß wieder vergessen, so ist die Trunkenheitsfahrt mangels aktuellen Bewußtseins jedenfalls keine vorsätzliche Tat (zur actio libera in causa siehe unten 17/64 ff). Auch eine subjektive Entsprechung zum Tatbestand, die *nach* der Tatausführung auftaucht, ergänzt das objektive Geschehen nicht mehr zu einem Deliktstatbestand; insbesondere kann ein nachfolgender „Vorsatz" die vorangegangene Ausführungshandlung nicht ergänzen[1] (kein dolus subsequens). Beispiel: Der Lagerverwalter, der sieht, daß er versehentlich die Warenvorräte in Brand gesetzt hat (§ 308 StGB) und sich darüber sogar freut, da er der Firmenleitung jedes Unglück gönnt, hat keine vorsätzliche Brandstiftungshandlung begangen. Freilich kann sich an eine unvorsätzliche Ausführungshandlung bei nachfolgendem Vorsatz ein vorsätzliches Ausführungsverhalten in Form eines Unterlassens anschließen[1a] (so im zuletzt genannten Beispiel, wenn der Täter die drohenden Folgen seines versehentlichen Handelns unter den Voraussetzungen des § 13 StGB vorsätzlich nicht abwendet).

2 Ist zu dem Zeitpunkt, in dem der Täter den Vorsatz faßt, immerhin schon ein Teil des objektiven Tatgeschehens abgeschlossen, so kann dieser Teil nicht zugerechnet werden; das wird in Fällen eines Vorsatzwechsels während eines äußerlich gleichförmigen Ausführungsverhaltens praktisch bedeutsam. Beispiele: Der Täter schlägt einen Geldboten nieder, um ihm das Geld abzunehmen; da sich die Transporttasche als leer erweist, nimmt er dem Ohnmächtigen die Privatbörse weg. — Der Täter schlägt eine

---

1 BGH JZ 1983 S. 864 mit Anmerkung *Hruschka* aaO S. 864 f; BGH NStZ 1984 S. 214 f.

1a Darauf stellt *Lampe* ZStW 72 S. 93 ff, 105 ff ab, der insoweit den dolus subsequens erhalten will.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Passantin in Vergewaltigungsabsicht nieder; als er ihren reichen Schmuck sieht, nimmt er diesen und entfernt sich unter Verzicht auf eine Verwirklichung des ursprünglichen Vorsatzes. — In beiden Fällen kann die Gewalt nicht mit dem nachfolgenden Diebstahl verbunden werden; es bleibt bei einem versuchten Gewaltdelikt (im Fall der Vergewaltigung mit strafbefreiendem Rücktritt) und real konkurrierendem Diebstahl (gegen Fortsetzungszusammenhang siehe unten 32/50). — Hat der Täter einen generellen (auf alle möglichen Raubobjekte bezogenen)[2] oder alternativen (auf Raub oder Vergewaltigung bezogenen) Vorsatz, so liegt ein vollendetes Gewaltdelikt vor, neben das bei alternativem Vorsatz ideal konkurrierend ein versuchtes Gewaltdelikt tritt (zum alternativen Vorsatz genauer unten 8/33). — Die Rechtsprechung beachtet beim Diebstahl Beschränkungen des Vorsatzes auf einzelne Gegenstände nicht[3], bestimmt vielmehr den Vorsatzinhalt in rechtlich-wertender Sicht; auch in der Literatur wird vorgeschlagen, bei „materieller Gleichwertigkeit" des ursprünglichen Vorsatzes mit dem geänderten Vorsatz (d. h. hauptsächlich bei Vermögensdelikten und hauptsächlich nicht bei Angriffen auf höchstpersönliche Güter) trotz Vorsatzwechsels wegen vorsätzlicher Vollendung zu strafen[4]. Diese Lösung kann nicht befriedigen; denn der rechtlich bestehenden Gleichwertigkeit[5] korrespondiert kein psychisches Faktum: Der Täter, der auf bestimmte Objekte aus ist, hat nun einmal keinen Vorsatz auf beliebige Objekte der Gattung.

Bei mehraktigen Delikten muß der erste Akt mit den nachfolgenden in einem Planungszusammenhang stehen[6]. Beispiel: Beim Raub (§ 249 StGB) muß schon bei der Drohung und der Gewaltanwendung der Vorsatz vorliegen, eine Wegnahme in Zueignungsabsicht zu ermöglichen. — Freilich kann ein außerhalb eines Planungszusammenhangs vorangegangenes Verhalten zu der Tatsituation (nicht der Tatausführung) gehören, die das Deliktische an einem nachfolgenden Verhalten nach Art oder Gewicht mitbestimmt. Beispiel: Die Ausführungshandlung des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB) ist eine qualifizierte Nötigungshandlung in bestimmter Absicht; zur Tatsituation gehört das Betroffensein bei einem Diebstahl, der in Kenntnis des kommenden Nötigungsakts vollzogen worden sein mag, aber nicht muß. — Bei einigen kupierten Erfolgsdelikten hängt die Möglichkeit des Erfolgseintritts von der *Fortdauer* des Vorsatzes nach Versuchsbeendigung bis zur Vollendung ab; dazu unten 8/92 und 26/18.

3 2. Da alle Merkmale des subjektiven Tatbestands Voraussetzungen des Unrechts oder doch einer spezifischen Unrechtsart oder besonderen Unrechtsquantität sind,

---

2 So bezüglich §§ 242, 243 StGB im Fall BGH 26 S. 104 ff mit Anmerkung *Gribbohm* NJW 1975 S. 2213; — das Problem dieser Entscheidungen liegt darin, daß der Täter im unbeschränkten Vorsatz unter den Voraussetzungen des § 243 Abs. 1 StGB zu stehlen begonnen, dann aber nur Geringwertiges (§ 243 Abs. 2 StGB!) gefunden hatte. Da das Gesetz — verfehlt — den besonders schweren Fall bei geringer Beute kategorisch ausschließt, muß es — entgegen der Entscheidung — beim versuchten Diebstahl in einem besonders schweren Fall bleiben; hinzu tritt real konkurrierend vollendeter Diebstahl einer geringwertigen Sache, §§ 242, 248 a StGB.

3 BGH 22 S. 350 f mit Nachweisen früherer Entscheidungen; widersprüchlich *Maurach-Zipf* AT I § 22 II B 3 (S. 324 vorletzter Absatz).

4 *Hillenkamp* Bedeutung S. 85 ff, 125 f mit zahlreichen Beispielen passim.

5 Die zudem je nach der Lage des Vermögensinhabers höchst zweifelhaft ist; hierzu *Rudolphi* ZStW 86 S. 68 ff, 89 ff, 94 ff.

6 So zutreffend *Hruschka* JZ 1973 S. 12 ff; *ders.* JZ 1973 S. 278 f; *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 28; *a. A. Dreher* NJW 1972 S. 1641 ff; *ders.* JZ 1973 S. 276 ff; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 112 mit weiteren Nachweisen zum hauptsächlich streitigen § 237 StGB in Fn. 144. Der Gegenansicht ist einzuräumen, daß die Ausnutzung einer vom Täter selbst deliktisch geschaffenen Situation mehr ist als die Ausnutzung einer von anderen geschaffenen oder objektiv gegebenen Notlage; freilich läßt sich damit nicht erklären, weshalb der erste Akt nicht nur rechtswidrig, sondern auch schuldhaft sein muß: Die besondere Zuständigkeit des Täters für die Notlage müßte sich nach den Regeln der Ingerenz richten.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

kann dieses Unrecht nicht wiederum Gegenstand des subjektiven Tatbestands sein. Die Kenntnis oder Erkennbarkeit des Unrechts ist nicht schon Teil von Vorsatz oder Fahrlässigkeit, sondern gehört erst zur Schuld (Schuldtheorie, eingehend unten 19/1 ff). Entsprechend kann ein subjektives Unrechtselement nicht durch eine besondere Beziehung des Täters zum Unrecht der Tat definiert werden. Es wird sich freilich bei einigen normativen Tatbestandsmerkmalen zeigen, daß die subjektive Beziehung des Täters zur Tatbestandsverwirklichung von der subjektiven Beziehung zum Unrecht praktisch nicht stets abtrennbar ist (unten 8/57).

4 3. Das Gesetz bedient sich folgender — rein äußerer — Regelungstechnik: (a) Subjektive Unrechtselemente jenseits von Vorsatz und Fahrlässigkeit werden stets zum jeweiligen konkreten Tatbestand genannt. (b) Die Strafbarkeit von Fahrlässigkeit muß zum jeweiligen konkreten Tatbestand besonders angeordnet werden, was auch beschränkt auf einzelne Tatbestandsmerkmale erfolgen kann[7] (etwa bei § 315 Abs. 4 StGB), ansonsten muß — abgesehen von Erfolgsqualifikationen — der gesamte Tatbestand vorsätzlich verwirklicht werden: § 15 StGB. Für die weitaus meisten Tatbestände fehlt eine Bezeichnung der subjektiven Tatseite, so daß Vorsatz erforderlich ist[8], so insbesondere mit Ausnahme der §§ 264 Abs. 3, 283 Abs. 4 und 5, 283 b Abs. 2 StGB im gesamten Bereich der Eigentums- und Vermögensdelikte. Die Anordnung der Strafbarkeit auch bei Fahrlässigkeit erfolgt überwiegend unter Benennung eines gegenüber dem Vorsatzdelikt milderen Strafrahmens (§§ 222, 230, 309 StGB u. a. m.; Ausnahmen: §§ 316, 323 a StGB; Mischform: § 315 c Abs. 3 StGB). (c) In bezug auf Folgen, durch deren Eintritt die Strafe eines (Grund-)Delikts verschärft wird, reicht auch ohne besondere Angabe zum konkreten Tatbestand stets Fahrlässigkeit: § 18 StGB (unten 9/30 ff).

II. Der Vorsatz als Wissen

Literatur

Siehe zu I

A. Der Grund der Trennung von Vorsatz und Fahrlässigkeit und das Problem der Tatsachenblindheit

5 1. Daß die Individualisierung bei der Zurechnung die Aufgabe hat, Rollentrennung aufzuheben (oben 6/24), erklärt noch nicht, weshalb *innerhalb* des individuell Vermeidbaren zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit unterschieden wird, indem für Vorsatztaten — mit wenigen Ausnahmen — eine strengere Strafe angedroht wird als für Fahrlässigkeitstaten. Den üblichen psychologisierenden (leichtere Vermeidbarkeit bei Vorsatz[8a]) oder ethisierenden (Entscheidung für eine Gutsverletzung bei Vorsatz[8b]) Erklärungen fehlt ein hinreichend dichter Bezug zur Funktion des Strafrechts. Die daneben anzutreffende Behauptung größerer Gütergefährlichkeit des Vorsatztäters[8c] überzeugt nicht: Auch ein Fahrlässigkeitstäter bedingt eine Gutsverletzung hinreichend, also in nicht steigerbarer Weise.

Fahrlässigkeitstaten tangieren die Normgeltung weniger als Vorsatztaten, da Fahrlässigkeit von der Inkompetenz des Täters zur Verwaltung auch *eigener* Angelegenhei-

---

7 Ob eine Beschränkung auch — bei unbeschränkter Benennung von Fahrlässigkeit — per Interpretation gewonnen werden kann, ist streitig; zutreffend bejahend *LK-Schroeder* § 15 Rdn. 2 mit Nachweisen; zur alten Rechtslage ebenso schon RG 48 S. 321 ff, 323.

8 Eine Auflistung der Fahrlässigkeitstatbestände findet sich bei *LK-Schroeder* § 15 Rdn. 5.

8a SK-*Samson* § 16 Anhang Rdn. 36.

8b *Ziegert* Vorsatz S. 165, siehe auch S. 113 f.

8c *Frisch* Vorsatz S. 99 f neben zahlreichen anderen Argumenten S. 48 ff; *Frisch* erkennt die größere Erschütterung des Normvertrauens durch Vorsatztäter, begründet diese aber nicht.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

ten zeugt. Das hat folgenden Grund[8d]: Die Konsequenzen eines Versehens oder einer Unaufmerksamkeit sind vom Fahrlässigkeitstäter, weil sie ihm aktuell unbekannt waren, auch nicht bewertet worden; es besteht also für ihn keine Gewißheit, daß das Ergebnis seines Verhaltens ihm genehm oder auch nur für ihn akzeptabel sein wird, und er wird es, wenn es eingetreten ist, anders als bei Vorsatztaten häufig auch nicht akzeptieren können. Die Lage bei Fahrlässigkeit unterscheidet sich also von derjenigen bei Vorsatz nicht nur durch das Fehlen von Folgenkenntnis, sondern auch durch die unaufgeklärte Akzeptabilität der Folgen: Vorsatztatfolgen sind akzeptabel, sonst würde der Täter nicht handeln, bei Fahrlässigkeitstatfolgen ist die Akzeptabilität der Folgen im Tatzeitpunkt hingegen offen. Der Täter trägt bei der Fahrlässigkeit ein natürliches Risiko, wie es dem Vorsatz nicht eigentümlich ist, eben das Risiko, daß auch er selbst der Geschädigte sein kann oder aber ein anderer, dessen Schädigung der Täter wie eine eigene Schädigung miterleidet. Solange sich Fahrlässigkeit nicht aus einem spezifischen Desinteresse speist (zum Problem der Tatsachenblindheit siehe den anschließenden Text), sondern aus einer allgemeinen, in der Folge diffusen, ungerichteten Unaufmerksamkeit, ist sie mit der Gefahr einer poena naturalis belastet, und dieses Risiko der Selbstschädigung mindert die Maßgeblichkeit des Fahrlässigkeitstäters gegenüber dem Vorsatztäter.

2a) Das Gesetz gibt zum Vorsatz nur eine partielle und negative Definition: Nach **5a** § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB ist bei Unkenntnis der Tatbestandsverwirklichung Vorsatz ausgeschlossen, ohne daß es auf den Grund der Unkenntnis ankäme. Damit wird die Vorsatzgrenze an zumindest einer Stelle starr nach psychischen Fakten bestimmt (Kenntnis, Unkenntnis), nicht aber nach einer Wertung dieser Fakten[8e]. Dieser starren Bindung wegen ist eine axiologisch bruchlose Einordnung der Vorsatzgrenzen in das Zurechnungssystem von vornherein ausgeschlossen: Wenn die Kenntnis bei erkennbar unrechtem Handeln aus Gründen fehlt, die nach allgemeiner Systematik den Täter belasten (Gleichgültigkeit), fehlt der Vorsatz trotzdem; wenn die Kenntnis aus Gründen gegeben ist, die nach allgemeiner Systematik den Täter entlasten (überobligationsmäßige Skrupelhaftigkeit), ist der Vorsatz nicht gehindert. Letzteres läßt sich mit allgemeinen Prinzipien der objektiven Zurechnung (erlaubtes Risiko etc.) korrigieren, ersteres ist hingegen unkorrigierbar: Wer die Folgen seines Handelns nicht bedenkt, weil ihm bei erkennbar unrechtem Handeln der Bereich, in den die Folgen fallen, nicht bedenkenswert ist, handelt allenfalls fahrlässig. Beispiel[8f]: Rast ein betrunkener Autofahrer auf einen die Straße sperrenden Polizisten zu, um die Durchfahrt zu erzwingen, so liegt Tötungsvorsatz nur vor, wenn der Täter zumindest einen Gedanken darauf richtet, daß der Polizist vielleicht zu spät beiseite springen wird; ist ihm das Leben eines Polizisten nichts Bedenkenswertes, so liegt allenfalls Fahrlässigkeit vor. Die mit dieser Differenz verbundene Strafrahmendifferenz zwischen den §§ 212 (211) und 222 StGB ist im Einzelfall, scil. für den Fall der *Tatsachenblindheit* aus belastenden Gründen, axiologisch nicht zu rechtfertigen[9], sondern nur generell mit dem Interesse des Geset-

---

[8d] *Jakobs* in: Der Sachverständige S. 271 ff, 277 f; *ders.* ZStW 101 S. 516 ff, 527 ff. — Die Deutung von *Adams* und *Shavell* GA 1990 S. 337 ff, 356 f, die Kosten für eine Verbesserung des Wollens seien niedriger als diejenigen für eine Verbesserung des Wissens, beruht auf einem Zirkel: Daß ein „einfacher Willensentschluß" jederzeit kostenlos möglich wäre, ist empirisch falsch, und normativ gesehen sind die Kosten eines Willensentschlusses gerade das Problem.

[8e] Anders *Hruschka* Kleinknecht-Festschrift S. 191 ff, 202: Feststellung von Vorsatz als askriptives, nicht deskriptives Urteil.

[8f] Nach BGH NStZ 1983 S. 407; siehe auch 8/Fn. 49 a.

[9] *Mezger* Moderne Wege S. 45 f; *ders.* Kohlrausch-Festschrift S. 180 ff, 184; *Hall* Mezger-Festschrift S. 229 ff, 245 f; *ders.* Fahrlässigkeit im Vorsatz S. 60; *Jakobs* Studien S. 104 f; *ders.* Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff, 8; ansatzweise auch *Schünemann* GA 1985 S. 341 ff, 360 ff; *kritisch* aber *Lang-Hinrichsen* ZStW 73 S. 210 ff, 233; *Engisch*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

zes an einer *rechtssicheren* Grenzziehung zwischen einer schwerer und einer leichter zu bewertenden Gestalt der Steuerung. Wenn das Gesetz die Strafrahmen von Vorsatztaten und Fahrlässigkeitstaten in Fällen einander angleicht, in denen die Unkenntnis der Tatbestandsverwirklichung praktisch stets auf belastenden Gründen beruhen dürfte, so geschieht dies zur Lösung des geschilderten Problems (etwa bei den §§ 316, 323a StGB). Auch die erfolgsqualifizierten Delikte lassen sich teils dahin verstehen, daß sie Tatsachenblindheit bezüglich der Folge erfassen sollen (unten 9/33 ff).

5b b) Beim Parallelproblem der Erkennbarkeit des Unrechts wählt das Gesetz den umgekehrten Weg und schreibt zu Lasten der Rechtssicherheit eine im Einzelfall axiologisch befriedigende, elastische Regelung fest: Bei vermeidbar fehlender Einsicht in das Unrecht der Tat kann (nicht: muß) die Strafe gemildert werden (§ 17 Satz 2 StGB; — die Umkehrung, scil. daß Kenntnis nicht stets belastet, legt das Gesetz in § 17 StGB nicht fest). Eine Übernahme dieser Regelungsmethode für den subjektiven Tatbestand ist wegen der Eindeutigkeit des Wortlauts in § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB de lege lata ausgeschlossen: Fehlende Tatbestandskenntnis führt ohne Blick auf den Grund des Defizits zur Fahrlässigkeit und damit weit überwiegend zu einem gemilderten Strafrahmen (zum entsprechenden Problem beim Unterlassungsvorsatz siehe unten 29/87). — Die Tatsachenblindheit kann auch schon vor dem letzten Verhalten des Täters vorliegen und bewirken, daß der Täter zur Zeit seines letzten Verhaltens die Tatbestandsverwirklichung nicht erkennen kann, etwa weil er aufgrund vorangegangener Blindheit jetzt von einer falschen Basis aus urteilt. In diesem Fall kann nicht das letzte Verhalten, sondern allenfalls das vorangegangene unaufmerksame Verhalten als Tatverhalten definiert werden (sogenannte Übernahme, die praktisch nur als Übernahmefahrlässigkeit relevant ist, unten 9/14 mit Beispielen).

6 3. Gegenstand des Wissens ist das irdische Geschehen, wie es generell verstanden

---

Untersuchungen S. 50; *Felix Kaufmann* Grundprobleme S. 121. — *Hassemer* Einführung § 22 IV Exkurs I (S. 207) führt aus, der Vorsatztäter vollziehe „einen Akt der personellen und sozialen Unterwerfung des Opfers, von dem ein Fahrlässigkeitstäter weit entfernt ist"; — dabei wird verkannt, daß die Unterwerfung auch darin liegen kann, daß potentielles Leid des anderen dem Täter bei seiner Tat nicht einmal bedenkenswert ist. Siehe auch *ders.* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 289 ff, 296 f; zutreffend *AK-Zielinski* §§ 15, 16 Rdn. 11. — *Köhler* Bewußte Fahrlässigkeit S. 369 Fn. 18 (siehe auch S. 322 ff und *Zaczyk* Unrecht S. 209 ff) kritisiert die hiesige Position als „extrem objektivistische-normativistische Vorstellung . . ., für die Selbsteinbezug des Subjekts und die daraus sich ergebende Differenzierung der Zurechnungsbegriffe für die Strafbarkeitsbegründung keine wesentliche Bedeutung mehr haben". Das ist eine ganz individualisierende und psychologisierende Deutung von „Selbsteinbezug". Auch Blindheit gegenüber anderen Menschen ist eine Interpretation des Verhältnisses zu ihnen, scil. deren Abwertung; es besteht kein Anlaß, diese Interpretation zu honorieren. — Nach *Frisch* (Vorsatz S. 46 ff und passim) soll sich die Vorsatzlehre aus der Strafzwecklehre harmonisch entwickeln lassen. Aber für Probleme der Tatsachenblindheit muß *Frisch* den Vorsatzbegriff modifizieren (S. 235 ff; ähnlich *SK-Rudolphi* § 16 Rdn. 45 f). Er stellt darauf ab, ob der Täter eine „Entscheidung gegen das Gut" vollzogen hat (Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 311 ff, 325); zu dieser Entscheidung soll die Kenntnis von Täterqualifikationen (S. 326 ff), einigen „Objekteigenschaften" (Schutzalter bei Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, S. 332), Einzelheiten des Kausalverlaufs (S. 333 f) u. a. m. verzichtbar sein; insoweit soll die Möglichkeit jederzeitiger Aktualisierung der Kenntnis hinreichen. Aktuell zu kennen seien lediglich „jene Merkmale, die das im Tatbestand vorausgesetzte und von der Verhaltensnorm umschriebene Verhalten nach seiner typischen, die Unwertigkeit . . . begründenden Sinnbezüglichkeit charakterisieren" (S. 342). Aber dazu gehören auch Täterqualifikationen, Objekteigenschaften, die Verwirklichung der gesetzten Gefahr über den Kausalverlauf etc. (und in der Umkehrung mag man bei bewußt massiv unerlaubt riskantem Handeln selbst dann von der Kenntnis der „die Unwertigkeit begründenden Sinnbezüglichkeit" ausgehen, wenn der — sich aufdrängende — Erfolgseintritt nicht bedacht wurde). Der Tatbestand ist eine Sinneinheit, die durch Beschneidung verfälscht wird. Deshalb läßt sich das Problem der Tatsachenblindheit nicht selektiv für einige Tatbestandsmerkmalsgruppen lösen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

wird. Wer meint, ein insoweit hinreichend bedingter Schadensverlauf werde durch überirdische Kräfte aufgehalten, hat trotzdem Vorsatz, sofern er zugleich weiß, daß die Hinderung generell nicht als solche verstanden wird; denn er hat dann Kenntnis vom unerlaubten Risiko der Tatbestandsverwirklichung[9a]. In der Umkehrung fehlt Vorsatz, wenn ein Täter davon ausgeht, ein Geschehen sei überirdisch bedingt (siehe unten zum sogenannten abergläubischen Versuch 25/22).

B. Die Unterscheidung von Hauptfolgen und Nebenfolgen

1. Im damit für den Vorsatz festgeschriebenen Bereich gegebener Tatbestands- **7**
kenntnis bleiben folgende Unterscheidungen möglich: Der Täter kann *wegen* der erkannten Tatbestandsverwirklichung handeln, mag er die Tatbestandsverwirklichung um ihrer selbst willen oder nur um ihrer Folgen willen wollen; jedenfalls ist in diesem Bereich die Antizipation der Tatbestandsverwirklichung hinreichende Bedingung der Handlung. Das ist der Bereich der *Hauptfolgen.* Weiterhin kann der Täter in Erkenntnis der Tatbestandsverwirklichung handeln, *ohne* daß das Erkannte auch Inhalt des Wollens würde; es wird als vom Wollen abhängig erkannt, seine Verwirklichung ist aber nicht Grund des Handelns. Das ist der Bereich der *Nebenfolgen.*

2. Die Hauptfolgen sind also Inhalt des Wissens wie des Wollens; die Nebenfolgen **8**
sind Inhalt des Wissens und werden als vom Wollen abhängig erkannt. Bezogen auf den Normzweck der Vermeidung enttäuschenden Verhaltens heißt das: Im Bereich der Hauptfolgen hat sich der Täter voluntativ und intellektuell von der Vermeidung der Folgen gelöst, im Bereich der Nebenfolgen nur intellektuell, während die voluntative Seite leer läuft. Damit erweist sich die geläufige Formel vom Vorsatz als dem Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung[10] von vornherein als unangemessen: Wenn das Wollen irgend etwas positiv Gegebenes an der Antriebsseite des Verhaltens bezeichnen soll, und jeder andere Sprachgebrauch verdunkelt mehr als er erklärt, so fehlt das Wollen bei den Nebenfolgen. Die Formel muß richtig lauten: Vorsatz ist das Wissen, daß die Tatbestandsverwirklichung vom gewollten (!) Handlungsvollzug abhängt, mag sie auch nicht selbst gewollt sein; kurz: *Vorsatz ist Wissen um die Handlung nebst ihren Folgen*[11].

Innerhalb des Vorsatzes besteht keine Stufung der Art, daß dem Bewirken einer Hauptfolge eine ceteris paribus mehr wiegende Schuld entspräche als dem Bewirken einer Nebenfolge; denn der Täter mag einen rechtlich weniger nichtigen Grund haben, eine Hauptfolge herbeizuführen, als eine Handlung trotz ihrer Nebenfolge zu vollziehen[12].

[9a] Siehe *Herzberg* Jura 1990 S. 16 ff, 19.

[10] RG 51 S. 306 ff, 311; 58 S. 247 ff, 248 f; 70 S. 257 ff, 258; *Jescheck* AT § 29 II 2; *Welzel* Strafrecht § 13 I 1; *SK-Samson* § 16 Rdn. 1; *Brammsen* JZ 1989 S. 71 ff, 76 ff; *kritisch* schon *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 9; *Lackner* § 15 Anm. II; *Dreher-Tröndle* § 15 Rdn. 2. — Wissen und Wollen halten *Köhler* Bewußte Fahrlässigkeit S. 186 ff, 191 ff und *Ziegert* Vorsatz S. 110 und passim für untrennbar.

[11] Hauptsächlich wie hier *Schmidhäuser* Begriffsjurisprudenz S. 11 f; *ders.* JuS 1980 S. 241 ff, 247 und passim; *ders.* AT 10/28 ff; *ders.* Studienbuch 7/35 ff; *ders.* Oehler-Festschrift S. 135 ff; *Grünwald* H. Mayer-Festschrift S. 281 ff, 286 ff; *Jakobs* Studien S. 38 f, 113 ff; *Frisch* Vorsatz S. 255 ff, 300; *Kindhäuser* ZStW 96 S. 1 ff, 21 ff; *ders.* Gefährdung S. 94 ff; siehe auch *Gallas* ZStW 80 S. 1 ff, 28 f; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 74; *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 162 ff; *AK-Zielinski* §§ 15, 16 Rdn. 18, 28. — In dem Streit lebt immer noch die alte Differenz von Willenstheorie und Vorstellungstheorie zum Vorsatz fort; dazu *v. Hippel* VDAT Bd. III S. 373 ff, 487 ff mit umfangreichen Nachweisen; *Engisch* Untersuchungen S. 126 ff; *Burkhardt* in: Jenseits des Rubikon, S. 319 ff, 324 ff.

[12] BGH JZ 1981 S. 595 f mit zustimmender Anmerkung *Bruns* JR 1981 S. 512 ff; *Walter* GA 1985 S. 197 ff, 204.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

9 3. Sofern der Täter mit seinem Handeln überhaupt bewußt äußere Ziele verfolgt, muß irgend etwas am äußeren Verlauf auch gewollt sein, zumindest der Handlungsvollzug, mögen die Folgen des Handlungsvollzugs (teils oder sämtlich) auch nur als vom Handlungsvollzug abhängig erkannt sein. Bei dieser Lage ergibt sich die Möglichkeit, den Handlungsablauf teils durch den gewollten Verlaufsstrang zu definieren und teils durch den ungewollten (nur als abhängig erkannten). So verfährt das Gesetz u. a.[13] beim Mordtatbestand, indem es die Handlung durch die — nicht notwendig gewollte — Todesfolge definiert („töten") und zudem durch das Ziel, „eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken" (§ 211 Abs. 2 StGB letzte Gruppe). Verdeckungsabsicht ist also nicht stets auch Tötungsabsicht[14]. Beispiel: Der Täter will nach einer Tat einen Verfolger durch einen Schuß ins Bein an der weiteren Verfolgung hindern; daß die Verletzung tödlich sein kann, erkennt er, ohne den Tod auch zu wollen, da ihm bloße Bewegungsunfähigkeit des Opfers genügt.

C. Die Intensität des Wissens

10 1. Die Bestimmung der Intensität dessen, was das Gesetz in § 16 Abs. 1 StGB „kennen" nennt, ist seit jeher problematisch[15], wobei sich freilich die praktische Problematik de lege lata teils mit der schuldtheoretischen Regelung der Erkennbarkeit des Unrechts in § 17 StGB erledigt hat: Das Maß der Kenntnis (oder Erkennbarkeit) des Unrechts steht nicht notwendig in einer fixen Relation zum Maß der Schuld. — Zur Tatbestandskenntnis ist in der neueren Lehre anerkannt, daß eine bloß potentielle Kenntnis zum Vorsatz nicht hinreicht[16]; das ist nach dem soeben zur Tatsachenblindheit (immer potentielle Kenntnis!) Ausgeführten material zweifelhaft, aber positivrechtlich wegen des Gesetzeswortlauts einzig akzeptabel.

11 2. Im verbleibenden Bereich der aktuellen Kenntnis ist außer Streit, daß ein Reflektieren der Folgen nicht notwendig ist. Ansonsten werden unterschiedliche Konzepte vorgeschlagen:

a) So soll es genügen, wenn ein Merkmal nur *mitbewußt* ist; als mitbewußt sollen dabei die Ergänzungen verstanden werden, die von der Erfahrung zum Inhalt einer durch Wahrnehmung ausgelösten Vorstellung beigesteuert werden[17], was teils formuliert wird, als gehe es um die zwangsläufigen Assoziationen bei einer Wahrnehmung, teils, als gehe es (eher gestalttheoretisch) um die Momente des Koordinatensystems, in dem Außenreize mehr oder weniger vage erfaßt werden. Hauptbeispiel: Stets (!) mitbe-

---

13 So auch die Auslegung des § 89 Abs. 1 StGB durch den BGH (BGH 18 S. 151 ff, 155 f): Die Tathandlung („einwirken") wird durch den nicht notwendig gewollten Einwirkungserfolg definiert und zudem durch das Ziel, die „Ordnung zu untergraben".

14 BGH 11 S. 268 ff, 269 f; 15 S. 291 ff, 296 f; 21 S. 283 ff, 284 (mit dem zutreffenden Hinweis, daß freilich der Tod stets beabsichtigt ist, wenn anders als durch den Tod die Verdeckung nach der Tätervorstellung nicht zu erreichen ist; so auch BGH GA 1983 S. 565 f; BGH NStZ 1984 S. 116; siehe auch BGH NStZ 1985 S. 166); 23 S. 176 ff, 194 (mit nicht konsequenten Ausführungen zur Ermöglichungsabsicht); BGH NJW 1978 S. 1490; BGH StV 1988 S. 486 mit kritischer Anmerkung *Frister* StV 1989 S. 343 ff; eingehend *Geilen* Lackner-Festschrift S. 571 ff; — zum Handeln zur Befriedigung des Geschlechtstriebs siehe BGH 19 S. 102 ff, 105; — ungenau aber BGH 7 S. 287 ff, 290.

15 Zuerst wohl *Frank* Aufbau S. 29; siehe ferner *Heims* ZStW 40 S. 580 ff, 743 ff; *ders.* MonSchrKrim. 13 (1922) S. 94 ff; *Mezger* Strafrecht § 42; *LK*[8]-*Mezger* § 59 Anm. II 9; *Welzel* Strafrecht § 13 I 2 a; *Bockelmann* Radbruch-Gedächtnisschrift S. 252 ff, 254 ff.

16 Eingehend *Platzgummer* Bewußtseinsform S. 55 ff mit Nachweisen; aus der Rechtsprechung zuletzt BGH NJW 1983 S. 2268.

17 *Platzgummer* (unter Bezug auf *Rohracher*) Bewußtseinsform S. 81 ff, 84. — Verfehlt die Behauptung eines minderen Unwerts beim Mitbewußtsein, aaO S. 93; siehe dazu oben zur Tatsachenblindheit und bei *Schewe* Bewußtsein S. 58 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

wußt sollen die hauptsächlichen Rollen des handelnden Subjekts sein[18] (Ehemann, Vormund, Beamter etc.), wobei wohl einschränkend zu ergänzen ist, daß sich die betreffende Handlung im Bereich der jeweiligen Rolle abspielt. — Stets mitbewußt sollen ferner das hauptsächliche Ambiente der Tat sein („zur Kriegszeit", „in einer Kirche") und die früher erfahrenen wesentlichen Eigenschaften des Opfers[19] (Altersgrenzen bei Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung; sehr zweifelhaft). — Das Konzept dürfte den rechtlichen Sinnzusammenhang zu stark in den individuellen Zusammenhang projizieren.

b) Nach einem weiteren Konzept wird zwischen einem — zum Vorsatz nicht erforderlichen — sprachgedanklichen Bewußtsein und einem *sachgedanklichen* Bewußtsein unterschieden[20]; das früher einmal sprachgedanklich Begriffene sei, ohne daß es wieder aktuell sprachlich formulierbar sein müsse, doch sachgedanklich in einer Situation aktuell begreifbar und dann im Sinn des § 16 Abs. 1 StGB gekannt.

c) Schließlich wird auch geleugnet, daß dem Erlebniszusammenhang stets ein Bewußtseinszusammenhang entsprechen müsse, und deshalb vorgeschlagen, die Aktualität nicht auf das Bewußtsein, sondern umfassender auf das *Erlebnis* zu beziehen und auch das „apperzeptiv unbewußt" Erlebte (i. e. die triviale Basis, auf der das bewußte Erleben aufbaut) als aktuell Erlebtes zum Vorsatz zu ziehen[21].

3. Die Lösung[22] kann nur der gemeinsame Nenner der Ansätze bieten. Das Strafrecht kann wegen des Grundsatzes der Gesetzesbindung entgegen der zuletzt genannten Lösung nicht die rationalistische Ausdrucksweise des Gesetzes als bloße Hülle einer nicht-rationalistischen Psychologie nehmen: Erlebnis und Kenntnis sind nun einmal nicht dasselbe. Das wirkt auf die erstgenannten Lösungen zurück: Auch ein Erlebniszusammenhang und ein Bewußtseinszusammenhang sind nicht dasselbe; aus einem Schematismus eines Miterlebens kann also nicht auf Mitbewußtsein oder sachgedankliches Bewußtsein geschlossen werden. Im Ergebnis ist deshalb in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die psychischen Aktionen und Reaktionen des Täters die Bewußtseinsebene erreicht haben. Eine zumindest bildhafte (nicht: begriffliche) aktuelle Vorstellung ist de lege lata unverzichtbar. Psychologische Regeln, die bei allen subjektiv-selbstverständlichen und subjektiv-wichtigen Gegebenheiten einen Schluß auf ein Bewußtsein zulassen, sind bislang nicht auszumachen. Erst recht fehlt es an einer Regel, wonach das Ensemble der Tatbestandsmerkmale auch für jeden Täter selbstverständlich zusammengehört. Beispiel: Daß die tatbestandlich relevanten Eigenschaften der Opfer bei den Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (etwa das Alter bei § 180 StGB) stets mitbewußt seien, wenn sie irgendwann erfahren wurden[22a], ist eine doppelte Fiktion: Weder ist alles Erlebte bewußt, noch gehören solche Eigenschaften zwingend zum individuellen Erlebniszusammenhang des Täters. **12**

---

18 *Platzgummer* aaO S. 88 ff.

19 *Platzgummer* aaO S. 83 f; zustimmend *Roxin* ZStW 78 S. 214 ff, 248 ff, 253 f; kritisch *Köhler* GA 1981 S. 285 ff, 293.

20 *Schmidhäuser* H. Mayer-Festschrift S. 317 ff, 322 ff; *ders.* AT 10/54; *ders.* Studienbuch 7/65 ff.

21 *Schewe* Bewußtsein S. 114 f, 120 ff, 126.

22 Die überwiegende Ansicht folgt den beiden erstgenannten Lösungen: *Platzgummer, Schmidhäuser, Roxin* jeweils aaO; siehe ferner *SK-Rudolphi* § 16 Rdn. 24 f; *LK-Schröder* § 16 Rdn. 99; *Stratenwerth* AT Rdn. 64; *Baumann-Weber* AT § 26 II 3; *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 50 ff; *Dreher-Tröndle* § 15 Rdn. 3. — Ein Beispiel für die Überdehnung des Mitbewußten: BayObLG NJW 1977 S. 1974 f; zu dieser Entscheidung kritisch *Köhler* GA 1981, S. 285 ff, 296 ff. — Zutreffende Kritik der Anlehnung an eine — zudem umstrittene — psychologische Begriffsbildung und der Vermengung psychologischer und normativer Daten durch die Lehre vom Mitbewußtsein bei *Frisch* Vorsatz S. 178 ff, 190; *ders.* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 311 ff, 317 ff; zu *Frisch* siehe auch oben 8/Fn. 9.

22a So *Stratenwerth, Platzgummer* aaO u. a. m.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

13 4. Umstritten ist auch die Möglichkeit eines Vorsatzes bei Taten im hochgradigen *Affekt* (auch im hochgradigen Rausch). Der Besonnenheitsverlust kann Grund dafür sein, daß der Täter die Tatbestandsverwirklichung nicht kennt[23]. Insbesondere mag das Erlebnisfeld des Täters im Affekt so verengt sein, daß normalerweise im Erlebnis integrierte Umstände nicht mehr erfaßt, noch weniger aber bewußt werden. Von psychologischer und psychiatrischer Seite wird jedoch überhaupt bestritten, daß das juristische „Begriffssystem" die „psychologische Wirklichkeit" adäquat erfassen könne[24]; und zwar soll das Vorverhalten hochgradig affektiven Handelns bis in die Tatausführung hinein häufig ein ambivalentes Bild ergeben, bei dem sich tatfinale und retardierende Gestalten gegenüberstehen, so daß die Bestimmung der Zielrichtung (hin zu einer Tat oder nicht) davon abhängt, welche Verhaltensteile man jeweils zusammenfaßt[25]. Radikaler noch wird behauptet, daß einem äußeren Finalstrang, so er vorliegt, innere Vorgänge, wie Wille und Entschluß nicht notwendig entsprechen[26]; diese Kritik zielt darauf, den Vorsatz überhaupt durch die äußere Finalität zu ersetzen (siehe schon oben zum Handlungsbegriff 6/18). — Da § 16 StGB auf die Kenntnis des Täters als auf ein psychisches Faktum abstellt, ist — wie soeben dargelegt wurde — Mindestvoraussetzung, daß der Täter ein Bild davon hat, mit welchen Folgen er agiert. Fehlt es daran, so scheidet de lege lata Vorsatz aus[27]. Ansonsten aber kann es bei dem Bild auch sein Bewenden haben: Ein Wollen, Entschließen etc., also eine subjektiv erlebte Zielrichtung, ist dem Vorsatz nicht wesentlich[28].

14 5. Auch eine *automatisierte Handlung* (oben 6/35 ff) kann vorsätzlich vollzogen werden, scil. wenn sie nicht nur Handlung, sondern bewußte Aktion ist[29]. Beispiel: Jemand geht zur Provokation über einen gesperrten Weg; — die Gehbewegungen sind automatisiert, aber geschehen bewußt.

III. Die Gestalten des Vorsatzes

Literatur

H. Alwart Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht, GA 1983 S. 433 ff; *G. Arzt* Leichtfertigkeit und recklessness, Schröder-Gedächtnisschrift S. 119 ff; *J. Ambrosius* Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966; *P. Bockelmann* Anmerkung zu BGH 4 S. 107 ff, JZ 1956 S. 698 ff; *ders.* Zur Auslegung des § 164 Abs. 5 StGB, NJW 1959 S. 1849 ff; *ders.* Strafrecht des Arztes, 1968; *W. Bottke* Anmerkung zu AG Kempten AIFO 1988 S. 640, aaO S. 628 ff; *ders.* Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung, in: *B. Schünemann* u. a. (Hrsg.) Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988 S. 171 ff; *ders.* Rechtsfragen beim ungeschützten Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten, AIFO 1989 S. 468 ff; *J. Brammsen* Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes — Neue Wege in der Vorsatzdogmatik, JZ 1989 S. 71 ff; *M. Bruns* Nochmals: AIDS und Strafrecht, NJW 1987 S. 2281 f; *K. Buchala* Der Dolus eventualis in der polnischen Strafrechtslehre und Rechtsprechung, Jescheck-Festschrift S. 377 ff; *P. Cramer* Anmerkung zu BayObLG JZ

---

23 BGH 6 S. 329 ff, 332 f bezüglich der Heimtücke bei Mord; 11 S. 139 ff, 144; BGH GA 1975 S. 306 ff.

24 *Rasch* in: *Ponsold* S. 55 ff, 69; *Schewe* Lange-Festschrift S. 687 ff, 698, 700.

25 *Rasch* Tötung des Intimpartners S. 58 ff und passim.

26 *Schewe* Reflexbewegung S. 106 ff, 107; *ders.* in: Handlungsanalyse S. 1 ff, 8 ff.

27 Zu pauschal — als gebe es keinen affektbedingten Irrtum — deshalb *Bockelmann* Radbruch-Gedächtnisschrift S. 252 ff, 255 f; *Welzel* Vom Bleibenden S. 19 f mit Fn. 45: „Man sieht nur noch ‚rot, aber man sieht!"

28 *Jakobs* in: Handlungsanalyse S. 21 ff, 25 f; ähnlich *Krümpelmann* Welzel-Festschrift S. 327 ff, 338; *Ambrosius* Untersuchungen S. 71 ff, 73; kritisch *Ziegert* S. 22 ff; — eine Lösung über das Mitbewußtsein versucht *Platzgummer* Bewußtseinsform S. 92 f; — zur älteren Literatur und zur Regelung im StGB der DDR siehe *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 107 ff.

29 Siehe die Literatur oben zu 6/35 ff und zudem *Jescheck* Eb. Schmidt-Festschrift S. 139 ff, 148; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 110.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

1968, S. 29 ff, aaO S. 30 ff; *K. Engisch* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *ders.* Anmerkung zu BGH 7 S. 363 ff, NJW 1955 S. 1688 f; *G. Freund* Anmerkung zu BGH JR 1988 S. 115 f, aaO S. 116 f; *W. Frisch* Vorsatz und Risiko, 1983; *ders.* Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? — BGH 36, 1, JuS 1990 S. 362 ff; *K. Gehrig* Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, 1986; *K. Geppert* Strafbares Verhalten durch — mögliche — AIDS-Übertragung, Jura 1987 S. 668 ff; *O. A. Germann* Vorsatzprobleme, dargestellt auf Grund kritischer Analyse der neueren Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichtes, SchwZStr. 77 (1961) S. 345 ff; *E. Göhler* Das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, NJW 1974 S. 825 ff; *G. Grünwald* Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, H. Mayer-Festschrift S. 281 ff; *F. Haft* Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs, ZStW 88 S. 365 ff; *W. Hassemer* Kennzeichen des Vorsatzes, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 289 ff; *R. D. Herzberg* Die Problematik der „besonderen persönlichen Merkmale" im Strafrecht, ZStW 88 S. 68 ff; *ders.* Der Agent provocateur und die besonderen persönlichen Merkmale (§ 28 StGB), JuS 1983 S. 737 ff; *ders.* Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit — ein Problem des objektiven Tatbestandes, JuS 1986 S. 249 ff; *ders.* Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen AIDS, NJW 1987 S. 1461 ff; *ders.* Zur Strafbarkeit des AIDS-Infizierten bei unabgeschirmtem Geschlechtsverkehr, NJW 1987 S. 2283 f; *ders.* Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des AIDS-Infizierten — AG München, NJW 1987, 2314, JuS 1987 S. 777 ff; *ders.* Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten, JZ 1988 S. 573 ff, 635 ff; *ders.* AIDS: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts, JZ 1989 S. 470 ff; *F. Herzog* und *C. Nestler-Tremel* Aids und Strafrecht — Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung, StV 1986 S. 360 ff; *Th. Hillenkamp* Dolus eventualis und Vermeidewille, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 315 ff; *R. v. Hippel* Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Eine dogmatische Studie, 1903; *ders.* Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, VDAT Bd. III S. 373 ff; *R. M. Honig* Zur gesetzlichen Regelung des bedingten Vorsatzes, GA 1973 S. 257 ff; *J. Hruschka* Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, Kleinknecht-Festschrift S. 191 ff; *G. Jakobs* Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten, 1967; *ders.* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *ders.* Das Fahrlässigkeitsdelikt, Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff; *ders.* Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt, Peters-Festschrift S. 69 ff; *ders.* Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung, Bruns-Festschrift S. 31 ff; *H.-H. Jescheck* Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, E. Wolf-Festschrift S. 473 ff; *J. C. Joerden* Der auf Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz, ZStW 95 S. 565 ff; *ders.* Die „Verdoppelung" — ein zentrales Strukturproblem des Strafrechts, GA 1984 S. 249 ff; *ders.* Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, 1986; *H. Jung* u. a. Problemkreis AIDS — seine juristische Dimension, 1988; *Armin Kaufmann* Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze, ZStW 70 S. 64 ff; *U. Kindhäuser* Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96 S. 1 ff; *M. Köhler* Anmerkungen zu BGH JZ 1981 S. 35, aaO S. 35 ff; *ders.* Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; *D. Kratzsch* Der „Angriff" — ein Schlüsselbegriff des Notwehrrechts, StV 1987 S. 224 ff; *H. Krauth, W. Kurfess* und *H. Wulf* Zur Reform des Staatsschutz-Strafrechts durch das Achte Strafrechtsänderungsgesetz, JZ 1968 S. 577 ff; *G. Küpper* Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW 100 S. 758 ff; *W. Lacmann* Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes, GA Bd. 58 (1911) S. 109 ff; *ders.* Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, ZStW 31 S. 142 ff; *W. Langer* Aktuelle Probleme der falschen Verdächtigung, GA 1987 S. 289 ff; *Th. Lenckner* Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB, NJW 1967 S. 1890 ff; *B.-D. Meyer* Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung, GA 1989 S. 207 ff; *D. W. Morkel* Abgrenzung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, NStZ 1981 S. 177 ff; *D. Oehler* Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffs, NJW 1966 S. 1633 ff; *H. Otto* Anmerkung zu BGH NJW 1979 S. 1512, aaO S. 2414 f; *L. Philipps* Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko, ZStW 85 S. 27 ff; *C. Prittwitz* Das „AIDS-Urteil" des Bundesgerichtshofs, StV 1989 S. 123 ff; *ders.* Die Ansteckungsgefahr bei Aids, JA 1988 S. 427 ff, 486 ff; *I. Puppe* Anmerkung zu BGH NStZ 1987 S. 362 f, aaO S. 363 f; *W. Rasch* Der Stellenwert des Täterverhaltens bei der psychologisch-psychiatrischen Begutachtung, in: *J. Gerchow* (Hrsg.) Zur Hand-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

lungsanalyse einer Tat, 1983 S. 46 ff; *R. Rengier* AIDS und Strafrecht, Jura 1989 S. 225 ff; *A. Ross* Über den Vorsatz, 1979; *C. Roxin* Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit — BGHSt. 7, 363, JuS 1964 S. 53 ff; *E. Samson* Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht, JA 1989 S. 449 ff; *H. Schlehofer* Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten, NJW 1989 S. 2017 ff; *E. Schlüchter* Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983; *E. Schmidhäuser* Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit, GA 1957 S. 305 ff; *ders.* Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und in § 16 Komm.Entw. StGB Allg. Teil 1958, GA 1958 S. 161 ff; *ders.* Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, H. Mayer-Festschrift S. 317 ff; *ders.* Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat („dolus eventualis" und „bewußte Fahrlässigkeit"), JuS 1980 S. 241 ff; *K. Schmoller* Das voluntative Vorsatzelement, ÖJZ 1982 S. 259 ff, 281 ff; *E. Schneider* Über die Behandlung des alternativen Vorsatzes, GA 1956 S. 257 ff; *F. C. Schroeder* Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht. Eine systematische Darstellung, entwickelt aus Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, 1970; *ders.* Anmerkung zu BGH JZ 1983 S. 669 ff, aaO S. 671 ff; *H. Schröder* Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, Sauer-Festschrift S. 207 ff; *U. Schroth* Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des „dolus eventualis", NStZ 1990 S. 324 ff; *H. Schumann* Zur Wiederbelebung des „voluntativen" Vorsatzelements durch den BGH, JZ 1989 S. 427 ff; *K. Sessar* Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität, 1981; *G. Spendel* Zum Begriff des Vorsatzes, Lackner-Festschrift S. 167 ff; *U. Stein* Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *G. Stratenwerth* Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit, ZStW 71 S. 51 ff; *E. A. Wolff* Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung, Gallas-Festschrift S. 197 ff; *J. Wolter* Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1972; *Th. Weigend* Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 93 S. 657 ff; *H. Welzel* Vorteilsabsicht beim Betrug, NJW 1962 S. 20 ff; *U. Ziegert,* Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987.

A. Der Vorsatz bei Hauptfolgen

15 1. Die subjektive Beziehung des Täters zu den Hauptfolgen heißt Absicht (auch: dolus directus ersten Grads, unmittelbarer Vorsatz). Der *positive Bezug zur Antriebsseite* besteht darin, daß der Täter der Hauptfolgen wegen handelt und in diesem Sinn die Folgen will. Nach seiner Wertung hat er, so die Hauptfolgen ausbleiben, „umsonst" gehandelt[29a]. Des Endziels seines Wollens wird er sich dabei selten bewußt sein (Erzielung von Glück?). Das ist aber auch nicht erforderlich; um Hauptfolgen geht es vielmehr bei allen Tatbestandsverwirklichungen, die der Täter um ihrer selbst willen oder ihrer erwarteten Wirkungen wegen will[30]. Hauptfolgen können also auch solche Folgen sein, die der Täter nur „schweren Herzens" will, ohne die er aber nach seiner Vorstellung nicht an sein Ziel kommt[31]. Hauptfolgen sind aber nicht mehr diejenigen Ereignisse, die nach der Vorstellung des Täters nicht nötig sind, um das Handlungsziel zu erreichen, mögen sie auch, so der Täter handelt, unvermeidbar sein[32]. Der Eintritt einer Nebenfolge kann dem Täter sogar gelegen kommen; solange der Täter nicht der Folge wegen handelt, bleibt sie trotzdem Nebenfolge[33]. Beispiel: Wer auf einer Dienst-

[29a] Das verkennt *Rengier* JZ 1990 S. 321 ff, 324 ff, der beim Betrug Hauptfolgen und sichere (warum nur diese?) Nebenfolgen gleich behandeln will.

[30] *Engisch* Untersuchungen S. 144 und passim; *Germann* SchwZStr. 77 (1961) S. 345 ff, 353; *Bockelmann* JZ 1956 S. 698 ff, 699.

[31] BGH 21 S. 283 ff, 284 f; *Oehler* NJW 1966 S. 1633 ff, 1636; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 77.

[32] Verfehlt also BGH 4 S. 107 ff, 110 (der Entscheidung zustimmend *Bockelmann* JZ 1956 S. 698 ff, 699; *Jescheck* AT § 29 III 1 a; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 80), wonach ein Taxifahrer, der des tariflichen Entgelts wegen Diebe nebst Beute transportiert, Begünstigungsabsicht haben soll; — die Vorteilssicherung ist eine Folge des Fahrens, die das Handeln des Fahrers nicht bedingt; denn dieser erhält das Entgelt für die — beabsichtigte! — Fahrt; wie hier *Oehler* NJW 1966 S. 1633 ff, 1638.

[33] *Welzel* NJW 1962 S. 20 ff, 22; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 77.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

reise aus Sicherheitsgründen fliegen muß, aber vorschriftswidrig mit dem Auto reist und bei der Reisekostenabrechnung die höheren Flugkosten angibt, um nicht disziplinarrechtlich belangt zu werden, hat keine Bereicherungsabsicht, da er nicht des finanziellen Vorteils wegen täuscht, mag ihm dieser auch eine willkommene Beigabe sein[34]. — Der Täter kann auch zugleich mehrerer Folgen wegen handeln[34a]; sie sind dann alle beabsichtigt (die Folgen können sich dabei gegenseitig sogar ausschließen, siehe unten zum dolus alternativus 8/33).

Beispiel zur Abgrenzung von Hauptfolgen und Nebenfolgen: Um den Eltern die Versicherungssumme für ein überversichertes altes Haus zuzuschanzen (Hauptfolge), steckt es der Täter schweren Herzens, denn er verbindet mit dem Haus angenehme Kindheitserinnerungen, in Brand (Hauptfolge, die ihrer Wirkungen wegen gewollt ist), wobei er erkennt, daß das — nicht versicherte — Mobiliar der Eltern mit verbrennen wird, was ihn freut, soweit ihn das Zeug schon längere Zeit ärgert (Nebenfolge, die zwar erwünscht ist, aber nicht Handlungsgrund), ihm aber unlieb ist, soweit es sich um wertvolle Antiquitäten handelt (Nebenfolge). Wäre das Mobiliar auch versichert und handelte der Täter auch dieser Summe wegen, so wäre auch die Vernichtung des Mobiliars Hauptfolge.

16 2. Daß eine *Folge* gewollt ist oder nicht, darf nicht zu der Annahme verleiten, es gehe allein um die Beziehung zwischen Antriebsseite und einer naturalistisch beschreibbaren Veränderung. Vielmehr ist die Folge stets durch den tatbestandlichen Kontext spezifiziert, in dem sie steht. Diese Situationsbeschreibungen (Tätermerkmale, Objekt- und Mittelspezifizierungen) gehören zur Folge dazu. Die Verkennung dieses Umstands hat zu der Annahme geführt, die Situationsbeschreibungen bestünden neben der Tathandlung und könnten nicht gewollt werden, da sie vom Täter nicht bewirkt werden; auf sie bezogen könne der Vorsatz stets nur durch die Beziehung zur intellektuellen Seite gekennzeichnet werden[35]. Diese Ansicht löst die Situationsbeschreibungen aus dem Handlungszusammenhang, als sei die Situation ein unabhängig von der Handlung des Täters bestandskräftiger Tatbestandsteil. Jedoch sind die Situationsbeschreibungen überhaupt nur in Verbindung mit einer Täterhandlung Teil eines Tatbestands. In dieser Verbindung werden sie dann auch Gegenstand des Vorsatzes; denn der Täter hat nicht die Freiheit, eine Folge ohne die dazugehörige Situationsbeschreibung zu wollen: Dann will er die Tatbestandsverwirklichung nicht, und Absicht scheidet überhaupt aus[36]. Beispiel: Zerstört ein Täter, etwa um Aufmerksamkeit zu erregen, die nächste ihm erreichbare Sache und ist diese gerade eine fremde Sache, so könnte man zwar das Zerstören als beabsichtigt, das Fremdsein hingegen als bloßen Nebenumstand bezeichnen; dies wäre jedoch auf eine nicht tatbestandsmäßige Handlung bezogen und deshalb rechtlich unverbindlich. Das Zerstören einer fremden Sache (so der Tatbestand des § 303 StGB) ist nicht beabsichtigt. Im Ergebnis muß die Folge also als etwas begriffen werden, das die Situationsbeschreibung umfaßt.

---

34 Im Ergebnis ebenso KG NJW 1957 S. 882 f. — Im Fall BGH 16 S. 1 ff täuscht der Täter, der keine Fahrkarte besitzt, bei der Eingangskontrolle der Bahn und bei der Ausgangskontrolle, weil er am Ankunftsort einen Kurs besuchen will und befürchtet, bei wahrheitsgemäßen Angaben viel Zeit zu verlieren und dann den Kurs zu versäumen. Die Täuschung am Ankunftsort geschieht nicht der Bereicherung, sondern der Zeitersparnis wegen; die Täuschung am Abfahrtsort geschieht jedoch auch zur Erlangung des Transports durch die Bahn, und diese Dienstleistung ist ein Vermögenswert; das übersieht wohl *Jescheck* AT § 29 III 1 a.

34a Differenzierend *Alwart* GA 1983, S. 433 ff, 437 ff.

35 *Jescheck* AT § 29 III 1 a; *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 67.

36 *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 78; *Engisch* Untersuchungen S. 146 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

17 3. Der *positive Bezug zur Vorstellungsseite* besteht in der Erkenntnis des Täters, daß der Eintritt des Gewollten nicht unwahrscheinlich ist. Nur dieser Vorstellung wegen ist das Gewollte überhaupt mehr als nur ohnmächtig erwünscht oder erhofft, scil. tatmächtig erstrebt. Die Grenze zwischen dem Nicht-Unwahrscheinlichen und dem gewiß Eintretenden ist nur quantitativ und spielt für die Absicht keine Rolle[37]: Der Grad der vom Täter angenommenen Wahrscheinlichkeit ist gleichgültig. Es gibt also eine mit Gewißheit verbundene Absicht (Wissentlichkeit bei Hauptfolgen) und eine Absicht bei Ungewißheit über die Tatbestandsverwirklichung.

Die Grenze zwischen dem Nicht-Unwahrscheinlichen und dem Unwahrscheinlichen hat bei der Absicht eine (a) subjektive und (b) objektive Bestimmung. (a) Nur wenn das Risiko der Tatbestandsverwirklichung für den individuellen Täter von entscheidungsrelevanter Dichte ist, kann er überhaupt der Folge wegen handeln. Beispiel: Wer einem Schuß auf weite Entfernung keine entscheidungsrelevante Erfolgschance zumißt, kann sich nicht dazu motivieren, des Erfolgs wegen zu schießen. (b) Sind für den individuellen Täter Risiken von rechtlich nicht mehr relevanter Dichte noch entscheidungsrelevant, so bleibt sein Handeln trotzdem im Rahmen des erlaubten Risikos.

B. Der Vorsatz bei Nebenfolgen

1. Wissentlichkeit bei Nebenfolgen

18 a) Soweit der Täter prognostiziert, die Tatbestandsverwirklichung werde sich *gewiß* ereignen, geht es um die Wissentlichkeit (auch: dolus directus zweiten Grads). Dieser Vorsatz ist dadurch gekennzeichnet, daß sich der Täter intellektuell voll von der Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung gelöst hat: Er will zwar nicht die Tatbestandsverwirklichung, aber erkennt, daß deren Vermeidung mit seinem Wollen unverträglich ist. Die Lösung von der Vermeidung kann einmal so erfolgen, daß der Täter den tatbestandsmäßigen Erfolg als mit dem gewollten *Handlungsvollzug* zwingend verknüpft sieht; dann ist der Erfolg, so der Täter handelt, für ihn überhaupt gewiß (Wissentlichkeit im engeren Sinn). Beispiel: Der Täter läßt zur Erlangung der Versicherungssumme ein falsch deklariertes und hoch versichertes Faß mit Sprengstoff und Zeitzünder auf ein Schiff bringen, wobei er davon ausgeht, daß bei der auf hoher See erfolgenden Explosion auch die Schiffsmannschaft unrettbar verloren ist; — wissentliche Tötung der Menschen[38]. Die Lösung von der Vermeidung erfolgt aber auch, wenn der Täter den Erfolg als mit einer *Hauptfolge* gewiß verknüpft sieht, deren Eintritt ungewiß sein mag (Wissentlichkeit im weiteren Sinn). Dann ist der Erfolg zwar nicht gewiß, so der Täter handelt, wohl aber, so sich das von ihm Gewollte verwirklicht[39]. Wenn also im soeben genannten Beispiel der Täter nicht sicher weiß, ob das Faß explodieren wird, für den Fall der gewollten Explosion jedoch den Tod der Menschen für sicher hält, liegt trotzdem eine im weiteren Sinn wissentliche Tötung vor. Jedenfalls erkennt der Täter, daß die von ihm angestrebte Weltgestaltung und ein Ausbleiben der Tatbestandsverwirklichung nicht zusammen bestehen können.

19 b) Mit dem Erfordernis der Gewißheit ist nicht gemeint, der Täter müsse das Ausbleiben des Erfolgseintritts für schlechthin ausgeschlossen halten; es reicht, daß die Möglichkeit des Ausbleibens nicht von entscheidungsrelevanter Dichte ist[40]. Die so

---

37 BGH 21 S. 283 ff, 284 f; anders BGH 16 S. 1 ff, 5, wonach bei ungewissem Erfolgseintritt Absicht ausscheiden soll; dagegen zutreffend *Welzel* NJW 1962 S. 20 ff.

38 Fall Thomas; Schilderung bei *Binding* Normen Bd. II (2) S. 851 mit Fn. 1.

39 *Welzel* Strafrecht § 13 I 2 c α; *Stratenwerth* AT Rdn. 295; *Samson* JA 1989 S. 449 ff, 450.

40 Ähnlich RG 31 S. 211 ff, 217; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 83; *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 68.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

bestimmte Gewißheit ist von der Höchstwahrscheinlichkeit zu trennen: Letztere beläßt eine Restunsicherheit, die im Grenzfall einer Entscheidung den Ausschlag geben kann, erstere nicht[41].

c) Daß der Täter bei beurteilter Gewißheit keine Möglichkeit hat, sich durch eine **20** emotionale Einstellung in einer den Vorsatz hindernden Weise von dem Erfolg zu distanzieren, entspricht bei der Wissentlichkeit — im Gegensatz zum dolus eventualis — allgemeiner Ansicht. Ob der Täter also die Tatbestandsverwirklichung „innerlich" (wo sonst?) billigt oder nicht etc. [42], ist für den Vorsatz gleichgültig.

2. Bedingter Vorsatz

a) Es geht nicht um einen bedingten Handlungs*willen* (dazu unten zum Versuch **21** 25/29 ff), sondern um die Erkenntnis des Täters, daß eine Nebenfolge[42a] sich selbst dann, wenn alle Hauptfolgen seines unbedingt gewollten Handelns eintreten, nur eventualiter verwirklicht (auch: *dolus eventualis*). Die Entscheidung, was bei einer solchen Lage noch Vorsatz und was schon Fahrlässigkeit ist, hat im Blick auf den Zweck der Trennung von Vorsatz und Fahrlässigkeit zu erfolgen, also im Blick auf die Scheidung der leichter zu vermeidenden Erfolgsverursachung von der schwerer zu vermeidenden. Das ist in doppelter Hinsicht erklärungsbedürftig[42b]:

Zum einen wurde schon oben zur Tatsachenblindheit ausgeführt, daß sich die Scheidung der Vermeidbarkeitsstufen nicht voll mit derjenigen zwischen dem weniger Belastenden und mehr Belastenden deckt, weil gerade das Fehlen eines genauen Überblicks über die Lage bei rechtswidrigem Handeln je nach Fallgestaltung nur belastend zu erklären sein mag. Das läßt sich auch beim dolus eventualis nicht ausgleichen. Wenn es bei der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit um die Abstufung der Steuerbarkeit von Tatbestandsverwirklichungen geht, so entspricht dieser Abstufung nur ceteris paribus auch eine solche der Belastung des Täters. D. h. es ist völlig davon abzusehen, wie der Täter in die Lage gekommen ist, die Folgen besser oder weniger gut steuern zu können; das mag jedenfalls einen belastenden oder einen entlastenden Grund haben[43]. — Deshalb ist es auch verfehlt, bei der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit darauf abzustellen, wie weit sich der Täter in seiner Einstellung von der Vermeidung der Folge entfernt hat, also danach zu trennen, ob der Täter den Folgeneintritt wenn nicht billigt, so doch gleichgültig hinnimmt oder aber ablehnt oder sogar bedauert. So wenig solche Einstellungen — soweit sie überhaupt mehr als Floskeln, vielmehr praktisch möglich sind — bei der Wissentlichkeit eine Rolle spielen, so wenig beim dolus eventualis; denn solche Einstellungen haben mit der Steuerung nichts zu

---

41 Für die Einbeziehung der Höchstwahrscheinlichkeit allerdings *Engisch* Untersuchungen S. 175 ff; *Jescheck* AT § 29 III 2.

42 So und ähnlich verbreitete Formeln zum dolus eventualis, dazu sogleich im Text.

42a Zum Begriff der Folge siehe oben 8/16; — aus den dort genannten Gründen ist die Formulierung eines besonderen Bereichs „nicht erfolgsbezogene Risikovorstellungen" bei *Frisch* Vorsatz S. 345 ff überflüssig.

42b Nach *Frisch* Vorsatz S. 411, 488 ff und passim soll es nicht um eine besondere Gestalt des Vorsatzes gehen, sondern um einen besonderen Vorsatzgegenstand: nicht um Für-nicht-unwahrscheinlich-Halten eines Verlaufs zu einem Erfolg, sondern um *Wissen* (wie bei dolus directus) von einem nicht unwahrscheinlichen Risiko. — Es dürfte sich um eine bloße Umformulierung handeln: Wissen von einem nicht unwahrscheinlichen Risiko ist zwar Wissen, aber solange nicht der riskante Verlauf ein sicher bekannter Verlauf ist, zugleich auch immer Nichtwissen verlaufsentscheidender Bedingungen. Man kann deshalb den dolus eventualis nicht nur durch den Wissensgegenstand, sondern auch durch seine Kombination von partiellem Wissen und partiellem Nichtwissen definieren. Die Ergebnisse sind äquivalent.

43 Zur Methode der Trennung von Vorsatz und Fahrlässigkeit eingehend *Jakobs* Studien S. 106 ff; *Armin Kaufmann* ZStW 70 S. 64 ff, 66 ff; *Ziegert* Vorsatz S. 81 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

tun, sondern allenfalls mit den Gründen, von der Steuerungsmöglichkeit keinen Gebrauch zu machen. Zudem können zwar die Gründe, aus denen ein Täter sich von der Vermeidung subjektiv entfernt, den Täter belasten, aber das muß nicht jedenfalls so sein; insbesondere fehlt es an einer Belastung im Fall der Rechtfertigung (wie ja auch die Tatsachenblindheit nur bei rechtswidrigem Verhalten belasten müßte); die Gründe geben also für die Abstufung der subjektiven Seite einer Handlung nichts her[43a].

Zum anderen ist die Leichtigkeit oder Schwierigkeit der Erfolgsvermeidung zu erläutern: Es geht nicht darum, ob der individuelle Täter es subjektiv leicht oder schwer hat, sich zur Vermeidung umzumotivieren. Wäre dem so, dann handelte der Absichtstäter um so stärker im Zustand *erschwerter* Vermeidbarkeit, je mehr ihm die Handlungsfolgen erwünscht sind. Vielmehr kommt es — wie schon zum Handlungsbegriff ausgeführt wurde — darauf an, wie leicht oder wie schwer ein als dominant unterstelltes Motiv zur Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung sich auswirken würde.

22 b aa) Bei dieser Lage hängt die Leichtigkeit oder Schwierigkeit, eine wirklich (Vollendung) oder vermeintlich (Versuch) erfolgende Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden, einzig von der Genauigkeit ab, mit welcher der Täter[43b] die Situation und die zu erwartenden Folgen (vermeintlich) überblickt. Wenn ihm bekannt ist, daß die Verbindung zwischen Handlung und Folge nicht unwahrscheinlich ist, so ergibt sich für ihn bei einem dominanten Vermeidemotiv ohne weiteres Nachdenken die Notwendigkeit, die Handlung zu unterlassen, während ein Täter, dem die Verbindung zwischen Handlung und Folge nicht bekannt ist, den Sinn des Unterlassens bezweifeln kann[44].

Daß es darauf ankommt, was der Täter von der Situation und vom Verlauf kennt oder zu kennen glaubt, und daß diese (vermeintliche) Kenntnis eine intellektuelle Leistung ist, hat der auf die Kenntnis zentrierten Lösung die Bezeichnung einer intellektuellen Theorie eingetragen[45], was aber nicht darüber hinwegtäuschen darf, daß die Bedingungen des Erkenntnisakts nicht nur intellektueller Art sind. Kraß: Wem restlos jede Lust zum Nachdenken fehlt und wer auch nicht zum Nachdenken gezwungen wird, denkt nicht nach und erkennt deshalb nichts jenseits dessen, was sowieso vor

---

43a Zutreffend *Schumann* JZ 1989 S. 427 ff, 430: Nur bezogen auf das *Unrecht* der Tat wäre die Einstellung relevant.

43b Nicht: ein objektiver Urteilender; BGH NStZ 1987 S. 424.

44 Es ist vorgeschlagen worden, die Zweiteilung Vorsatz—Fahrlässigkeit durch eine Dreiteilung Vorsatz—„Leichtfertigkeit" (im Sinn von recklessness)—Fahrlässigkeit zu ersetzen und die Fälle des konkreten Gefährdungsbewußtseins ohne sicheres Verletzungswissen und ohne Verletzungsabsicht der mittleren Position zuzuschlagen (*Weigend* ZStW 93 S. 657 ff, 687 ff). Das bringt freilich — allenfalls abgesehen vom Bereich der Kenntnis minimaler Risiken — keinen Gewinn: Zur Differenzierung zwischen der Kenntnis eines massiven Risikos (noch „Leichtfertigkeit") und Sicherheit besteht axiologisch kein Grund. Überhaupt läßt sich — wegen des Fehlens einer zwingenden Relation zwischen psychischem Befund einerseits und andererseits Bewertung der Psyche — durch weitere Differenzierung innerhalb des Befunds keine axiologisch stimmende Differenzierung des Zurechnungsmaßes erreichen. De lege ferenda dürfte eine Normativierung des Vorsatzbegriffs der Erreichung dieses Ziels eher dienen (zu einer Aktivierung der recklessness in diesem Sinn *Arzt* Schröder-Gedächtnisschrift S. 119 ff, 142 f).

45 Wie hier schon *Jakobs* Studien S. 117 ff; im Ergebnis hauptsächlich wie hier, teils freilich mit vorsatztheoretischer Begründung, wird diese Theorie vertreten von *Schröder* Sauer-Festschrift S. 207 ff; *Schmidhäuser* GA 1957 S. 305 ff; *ders.* GA 1958 S. 161 ff, 165; *ders.* JuS 1980 S. 241 ff; *ders.* AT 10/32 ff, 51; *ders.* Studienbuch 7/36 ff; *Grünwald* H. Mayer-Festschrift S. 281 ff, 288; *Frisch* Vorsatz S. 162 ff, 255 ff; *Kindhäuser* ZStW 96 S. 1 ff, 21 ff (mit einer unklaren Zone für bewußte Fahrlässigkeit S. 26 ff); *AK-Zielinski* §§ 15, 16 Rdn. 73 ff; *Otto* AT § 7 III 3 c; *ders.* NJW 1979 S. 2414 f; *Schmoller* ÖJZ 1982 S. 259 ff, 281 ff, 285; der Sache nach auch BGH 7 S. 363 ff; BGH NJW 1979 S. 1512; BGH JZ 1981 S. 35 mit Anmerkung *Köhler* aaO S. 35 ff; BGH VRS 63 S. 119; weitere Nachweise der Rechtsprechung bei *Köhler* Bewußte Fahrlässigkeit S. 45 bis 102; *Honig* GA 1973 S. 257 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

seinem Auge steht. Die intellektuelle Theorie darf deshalb nicht dahin verstanden werden, Vorsatz sei eine überhaupt nur vom Intellekt abhängige psychische Lage[46].

bb) Immerhin ist das Produkt mannigfacher psychischer Regungen, auf das es an **23** kommt, intellektueller Art: Es geht um die Kenntnis, daß die Tatbestandsverwirklichung nicht unwahrscheinlich ist. Bei dieser Kenntnis muß es sich um ein für den Täter *gültiges Urteil* handeln; ein bloßes Denken an die Möglichkeit des Erfolgs reicht nicht aus; denn nur bei einer Kenntnis, die den Täter nach gültiger Erfahrung und nicht spekulativ oder aus vermeintlicher Überängstlichkeit als Urheber des Erfolgs ausweist, könnte das Vermeidemotiv unvermittelt, d. h. ohne Notwendigkeit weiteren Nachdenkens wirken. Wer sich also zwischen einer Gefahrenvorstellung und der Erwartung, die Handlung werde folgenlos ausgehen, nicht entschieden hat, hat auch nicht geurteilt, der Erfolg sei nicht unwahrscheinlich[46a]. Freilich ist zum Urteil nicht erforderlich, daß der Täter es als unabänderlich fällt; der Täter mag wissen, daß sich sein Kenntnisstand wie auch die Maximen der Verarbeitung des Stands ändern können; relevant ist der im Handlungszeitpunkt für den Täter gültige Stand. *Bedingter Vorsatz liegt also vor, wenn der Täter zum Handlungszeitpunkt urteilt, die Tatbestandsverwirklichung sei als Folge der Handlung nicht unwahrscheinlich* (zum Grad der Wahrscheinlichkeit[47] siehe unten 8/30 ff, 44). Ein bloßes Daran-Denken ohne Urteilsqualität mag man bewußte Fahrlässigkeit nennen; zu beachten ist hierbei aber, daß das Bewußtsein bei dieser Fahrlässigkeit schon nach seinem Inhalt nicht der zum Vorsatz gehörenden Folgenkenntnis entspricht.

Beispiele: Wer auf Grund einer Wette versucht, eine Glaskugel aus der Hand eines Menschen[48] zu schießen, hat bedingten Körperverletzungsvorsatz, wenn er erkennt, daß das Unternehmen mit einer Verletzung des Menschen ausgehen kann; irgendwelcher weiterer seelischer Vorgänge oder Zustände bedarf es nicht, und das Bemühen um eine Vermeidung des Erfolgs (und des Verlustes der Wette) reicht für sich nicht zur Hinderung des Vorsatzes. Bleibt die Kenntnis aus, weil der Täter aus Zeitmangel, Leichtfertigkeit, Gleichgültigkeit oder Angst die Konsequenz nicht bedenkt und das sich Aufdrängende verdrängt, liegt kein Vorsatz vor. Beispiele: Drosselt der Täter sein

---

46 *Weigend* ZStW 93 S. 657 ff, 669 f. — Damit dürften sich die Bedenken bei *Stratenwerth* AT Rdn. 306, bei *Ziegert* Vorsatz S. 107 ff und ein Teil derjenigen bei *Köhler* Bewußte Fahrlässigkeit S. 301 ff, 304 ff erledigen: Daß stets ein Erkenntnisprozeß zum Ende kommt, wird von der Theorie nicht behauptet.

46a Siehe *Frisch* Vorsatz S. 192 ff, 197 f, 218 ff; *AK-Zielinski* §§ 15, 16 Rdn. 78.

47 Nach der *Wahrscheinlichkeitstheorie* (*H. Mayer* AT § 38 V 2 b; *ders.* Studienbuch § 27 IV 2; auch der Lösungsvorschlag bei *Haft* ZStW 88 S. 365 ff, 385 ff ist eine durch einige Differenzierungen verbrämte Wiederholung der Wahrscheinlichkeitstheorie) liegt bedingter Vorsatz bei der Voraussicht als wahrscheinlich vor, wobei die Wahrscheinlichkeit mehr als bloße Möglichkeit und weniger als überwiegende Wahrscheinlichkeit sein soll. — Das ist zu unbestimmt, um im Einzelfall eine Entscheidungsmaxime ergeben zu können (1 Prozent, 20 Prozent?) und paßt überhaupt nicht bei im einzelnen recht geringen, summiert aber beachtlichen Wahrscheinlichkeiten. Beispiel: Wenn der Täter sämtliche Schüler einer großen Schule *gleichzeitig* am Badestrand unbeaufsichtigt läßt und dann der Tod eines Kindes wahrscheinlich ist, kann bei *sukzessiver* Vernachlässigung der Aufsicht in tausend Fällen der Tod nicht unwahrscheinlich sein; wenn die Wahrscheinlichkeitstheorie jedoch Risiken bis hinab zur — je nach dem Gewicht des gefährdeten Guts schwankenden — Grenze der Entscheidungserheblichkeit abdeckt, wird sie mit der intellektuellen Theorie identisch (zur Kritik der Wahrscheinlichkeitstheorie eingehend *Engisch* Untersuchungen S. 209 ff; *Köhler* Bewußte Fahrlässigkeit S. 274 ff, der insbesondere anmerkt, daß die Theorie den praktisch erlebten, bestimmten Handlungszusammenhang nicht berücksichtigen kann). — Der richtige Kern der Wahrscheinlichkeitstheorie liegt in ihrer Wendung gegen die Einstellungstheorien: Diese vernachlässigen die Steuerung zugunsten einer Gesinnung (*H. Mayer* AT aaO).

48 Eines von *Lacmann* in die Diskussion eingebrachten „Schießbudenfräuleins"; *Lacmann* GA Bd. 58 (1911) S. 109 ff, 119; *ders.* ZStW 31 S. 142 ff, 159.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Opfer mit einem Lederriemen, nachdem ein weniger gefährliches Mittel zur Betäubung fehlgeschlagen ist und nachdem er das Drosseln wegen seiner Gefährlichkeit zunächst unterlassen hat, und erstickt das Opfer wegen des Drosselns, so hat der Täter nur Vorsatz, wenn er sich — wie regelmäßig zu erwarten ist — die vor der Tat erkannte Tödlichkeit der Drosselmethode beim Rückgriff auf den Lederriemen nach dem Fehlschlag des weniger gefährlichen Mittels wieder vergegenwärtigt[49]. — Wer weiß, daß er bei bestimmter Art von Sexualkontakten den Partner mit einer Krankheit infizieren kann, hat Körperverletzungsvorsatz, wenn er solche Kontakte vollzieht[49a], und wenn er zudem weiß, daß der Partner an der Infektion sterben kann, hat er auch Tötungsvorsatz[49b]. — Ein Karatesportler, der ein Kleinkind heftig mit der Handkante gegen den Kopf schlägt, hat — wenn nicht besondere Umstände die Vergegenwärtigung der sich aufdrängenden Folge hindern — Tötungsvorsatz[49c]. — Liegt der Reiz eines Spiels im Risiko der Tatbestandsverwirklichung („Russisches Roulett"), so haben die Spieler regelmäßig Vorsatz[49d]. — Zum Verhältnis des dolus eventualis zum Gefährdungsvorsatz siehe oben 6/79.

24 cc) Als Konsequenz dieser Lösung werden auch solche Handlungsfolgen vorsätzlich herbeigeführt, die der Täter zu vermeiden strebt, bei denen er aber erkennt, daß ein Fehlschlag seines Vermeidungsbemühens nicht unwahrscheinlich ist. Insbesondere ist auch der Fehlschlag einer erkanntermaßen riskanten ärztlichen Operation vom Vorsatz umfaßt[50]. Die Gegenansicht[51] verwechselt nicht nur den Tatvorsatz mit einem dolus malus, sondern verwischt auch den Ernst der Entscheidung, die ansteht: Wenn eine Handlung Leben wie Tod bringen kann, ist dem betroffenen Gut nicht mit gutem Willen gedient[52], sondern nur mit der Wahrung des überwiegenden Interesses (Rechtfertigung)[53].

---

49 BGH 7 S. 363 ff, 369 mit Anmerkung *Engisch* NJW 1955 S. 1688 f.

49a BGH 36 S. 1 ff, 6 ff, 9 ff mit Anmerkung *Helgert* NStZ 1989 S. 117 f und Besprechung *Bottke* AIFO 1989 S. 468 ff mit weiteren Nachweisen; BGH 36 S. 262 ff, 266 f; kritisch *Prittwitz* StV 1989 S. 123 ff, 124 f; wie der BGH AG München NJW 1987 S. 2314; AG Hamburg NJW 1989 S. 2071 f; *Herzberg* JZ 1989 S. 470 ff, 476 f.

49b *Herzberg* NJW 1987 S. 1461 ff, 1463 ff; *ders.* NJW 1987 S. 2283 f; *ders.* JuS 1987 S. 777 ff, 778 ff; *ders.* JZ 1989 S. 470 ff, 481; *Bottke* in: Rechtsprobleme S. 171 ff, 202 f; *ders.* AIFO 1988 S. 628 ff, 632; *Meier* GA 1989 S. 207 ff, 227; *Rengier* Jura 1989 S. 225 ff, 229; *Geppert* Jura 1987 S. 668 ff; hauptsächlich auch *Frisch* JuS 1990 S. 362 ff, 366 ff; *a. A.* BGH 36 S. 1 ff, 15 f; 36 S. 262 ff, 267; LG München NJW 1987 S. 1495; *Herzog* und *Nestler-Tremel* StV 1987 S. 360 ff, 364 f; *Schlehofer* NJW 1989 S. 2017 ff, 2021 ff; *Prittwitz* JA 1988 S. 427 ff, 486 ff, 497 ff; zweifelnd *Jung* Problemkreis S. 18; — siehe auch unten 8/28.

49c *A. A.* BGH JZ 1989 S. 449 f; siehe auch unten 8/28.

49d Siehe *Köhler* Bewußte Fahrlässigkeit S. 45; *a. A.* BGH NStZ 1983 S. 365; — siehe auch hierzu unten 8/28.

50 *Welzel* Strafrecht § 13 I 2 c β ββ (S. 70); *Schmidhäuser* AT 10/94 mit Fn. 67; *ders.* GA 1957 S. 305 ff, 307; weitere Nachweise bei *Wolter* Alternative und eindeutige Verurteilung S. 178 Fn. 164.

51 *Dreher* Niederschriften Bd. XII S. 104; *Maurach-Zipf* AT I § 22 Rdn. 40; *Bockelmann* Strafrecht des Arztes S. 70 f; *Jescheck* E. Wolf-Festschrift S. 473 ff, 483; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 94 mit weiteren Nachweisen; wenig hilfreich der Vorschlag von *Haft* ZStW 88 S. 365 ff, 389: „Der Arzt muß die ungünstige Prognose verdrängen".

52 *A. A.* wohl *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 94, der wegen der Irrtumskonsequenzen eine Rechtfertigung für unangebracht hält, als sei im Konfliktfall der gute Wille per se auch der richtige.

53 Diese Rechtfertigung wird teils mit dem tatbestandsausschließenden erlaubten Risiko vermischt; so *Frisch* Vorsatz S. 143 ff, 212, 257, 366 ff; zur Trennung beider Bereiche siehe oben 7/41. — Nach *Philipps* ZStW 85 S. 27 ff, 38 soll dolus eventualis vorliegen, „wenn der Handelnde sich bewußt für ein Verhalten entscheidet, das mit einer in der Rechtsordnung geltenden Risikomaxime unverträglich ist". Diese Lösung ist ein Fortschritt gegenüber den Einstellungstheorien, da nicht eine subjektive Lage in ihrer Zufälligkeit über den Vorsatz entscheidet, sondern ein — vordergründig — normatives Prinzip. Dieses Prinzip freilich ist nichts als eine — zugunsten des Täters vergröbernde (und recht unklar hypothetische Verläufe berücksichtigende, S. 41) — Vorwegnahme von Rechtfertigungsprinzipien. So ist im Ergebnis auch kein Fall einer gerechtfertigten

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

c) Der hier entwickelten Beschreibung des bedingten Vorsatzes stehen Ansichten **25**
nahe, nach denen bedingter Vorsatz vorliegt, wenn sich der Täter mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet[54] (in diesem Sinn auch teils: sie in Kauf nimmt) oder sie aber ernst nimmt[55] oder mit ihr rechnet und nicht auf ihr Ausbleiben vertraut[56]. Die Differenz zur hier vertretenen Ansicht liegt darin, daß diese Meinungen (obgleich sie gegen die hier vertretene Lehre den Vorwurf einer Überbetonung des Intellektuellen geläufig erheben!) die Rückwirkung von Leichtsinn, Verdrängung etc. auf die intellektuelle Seite unterschätzen und deshalb versuchen, die Ernsthaftigkeit des Urteils anderweitig zu beschreiben. Dies führt auch prompt zu Schwierigkeiten, wenn ein ernsthaftes Urteil vorhanden, aber keine weitere „Einstellung" zu ermitteln ist[57]. Diese Problemfälle dürften nicht nur seltene Ausnahmen sein; insbesondere beim gesamten Komplex gerechtfertigter Tatbestandsverwirklichung ist nicht einzusehen, wieso der Täter zur Tatbestandsverwirklichung irgendeine Stellung beziehen soll: Er weiß doch, daß er für die Verwirklichung des Tatbestands sowieso nicht haftet[58].

Die genannten Einstellungen dürften deshalb präziser in ihrem Rückbezug auf die intellektuelle Seite faßbar sein: Der Täter, der ernsthaft urteilt, kann nicht unabhängig davon über ein Sich-nicht-Abfinden, Nicht-Ernstnehmen o. ä. disponieren; es kann aber durch seine Einstellung die Entstehung eines ernsthaften Urteils gehindert sein oder ein entstandenes Urteil kann verdrängt werden; dann und nur dann fehlt dolus eventualis, und zwar weil schon ein ernsthaftes Urteil dahin fehlt, die Tatbestandsverwirklichung sei nicht unwahrscheinlich.

d aa) Im Gegensatz zu den bislang erörterten Lösungsvorschlägen, die sich alle **26**
noch als Versuche verstehen lassen, die bewußte Steuerung von der nicht mehr bewußten zu scheiden[59], unternehmen es weitere Theorien, dem bedingten Vorsatz eine Einstellung zuzuordnen, die nicht mehr durch ihre Rückwirkung auf die Erkenntnis bestimmt werden kann. So soll die erkannte Verwirklichung eines Tatbestands nur dann vorsätzlich (und ansonsten bewußt fahrlässig) erfolgen, wenn der Täter das Geschehen hinnimmt[59a] oder billigt[60] oder billigend in Kauf nimmt oder ihm gleichgül-

---

Vorsatztat mehr denkbar: Der gerechtfertigte Täter verstößt nie gegen eine geltende Risikomaxime, und zwar auch nicht bei *direktem* Vorsatz. Dieser gewaltige Umbau der Dogmatik bringt jedenfalls keinen Ertrag an Rechtssicherheit; denn bei der praktisch wichtigsten Risikomaxime, dem erlaubten Risiko, differenziert *Philipps* zwischen der gesetzlichen Perspektive, die die Massenhaftigkeit des Geschehens erfaßt, und der individuellen Perspektive (S. 42 f), so daß die bloße bewußte Überschreitung des erlaubten Risikos nicht zum Vorsatz hinreichen soll (inkonsequent für Absicht, S. 40 Fn. 24). Es mischen sich also normative und psychologisierend zu bestimmende Elemente in unklarer Weise.

54 § 16 E 1962; *Ambrosius* Untersuchungen S. 70 und passim; *Jescheck* AT § 29 III 3 a; *SK-Rudolphi* § 16 Rdn. 43; *Roxin* JuS 1964 S. 53 ff, 61; so sind wohl auch die Ausführungen gemeint bei *Germann* SchwZStr. 77 (1961) S. 345 ff, 376 f (der freilich von einer Einbeziehung in den Willensentschluß spricht, was nach der hier vertrete nen Ansicht selbst für die Wissentlichkeit nicht nur nicht erforderlich ist, sondern nicht einmal möglich wäre).

55 *Stratenwerth* AT Rdn. 308; *ders.* ZStW 71 S. 51 ff, 57 f, 64.

56 *Welzel* Strafrecht § 13 I 2 c β.

57 Treffend dargelegt bei *Stratenwerth* AT Rdn. 309; *Herzberg* JuS 1986 S. 249 ff, 251 f.

58 Daran scheitert auch *Gallas'* Formulierung, es komme darauf an, ob der Täter „die Kälte aufbringt, daß er ernstlich den Gedanken des Erfolgsrisikos besteht" (Niederschriften Bd. XII S. 121); — bei Rechtfertigung ist nichts zu „bestehen".

59 Zum folgenden Text eingehend *Frisch* Vorsatz S. 255 ff, 473 ff. — Zur Trennung der Lösungsvorschläge in solche, die auf die Einschätzung des Erfolgs oder aber auf die Einstellung zum Erfolg abstellen, siehe *Roxin* JuS 1964 S. 53 ff, 58. Zur Differenzierung von Schätzung und Stellungnahme siehe *Haft* ZStW 88 S. 365 ff, 376, der freilich die Rückwirkung der Schätzung auf die Stellungnahme ver kennt.

59a *Küpper* ZStW 100 S. 758 ff, 766 f.

60 So insbesondere die Rechtsprechung: RG 33 S. 4 ff, 5; 72 S. 36 ff, 43 f; 76 S. 115 ff, 116; BGH bei *Schmidhäuser* GA 1958 S. 161 ff, 165; BGH 21 S. 283 ff, 285; BGH NStZ 1987

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

tig[61] gegenübersteht. Auch abgesehen davon, daß stets nähere Angaben unterbleiben, wie diese Billigung etc. bei Nebenfolgen vor sich gehen soll, sind die Ergebnisse dieser Lösungsvorschläge nicht plausibel. Man stelle sich vor, daß eine Mehrzahl von Gütern gleicher Art (mehrere Menschen) in gleicher Weise durch eine einzige Handlung (das Anstecken eines Hauses, in dem sie sich befinden) verletzt werden, und daß der Täter die als gleich wahrscheinlich erkannten Verletzungen teils nicht billigt etc., weil ihm die Güter lieb sind, teils aber wohl, weil er zu den Gütern keine Beziehung hat: Weshalb an die wirkungslose und sich auch nicht sonst in der Tat objektivierende Einstellung eine Differenz im Maß der Absicherung der jeweiligen Erwartungen geknüpft werden soll, läßt sich nicht begründen[62]. — Siehe auch schon oben 8/21.

27 bb) Diese Einstellungstheorien führen vollends zu Fiktionen, wenn die Einstellung mit Hilfe einer von *Frank* entwickelten Formel ermittelt wird. *Frank:* „Was in erster Linie bewiesen werden muß, ist, daß sich der Täter zum gesetzlichen Tatbestand gehörende Tatumstände als möglicherweise vorliegend oder eintretend vorgestellt hat. Ist dieser Beweis geführt, so hat man weiter zu fragen: wie würde sich der Täter bei bestimmter Kenntnis der Tatumstände verhalten haben? ... Kommt man zu dem Ergebnis, daß der Täter auch bei bestimmter Kenntnis gehandelt hätte, so ist ... der Vorsatz ... zu bejahen; kommt man zu dem Ergebnis, daß er bei bestimmter Kenntnis die Handlung unterlassen hätte, so ist der Vorsatz zu verneinen"[63]. Da der Täter sich nun einmal nicht in einer Situation „bestimmter Kenntnis" entschieden hat, sondern in einer Situation des Zweifels, führt diese Methode zur Beurteilung einer anderen psychischen Lage, als sie bei der Tat vorliegt. Handeln in Risiko und in Gewißheit sind entscheidungstheoretisch und auch praktisch unvergleichbar. Zudem kommt es auf Zufälligkeiten bei der Fallgestaltung an, ob für den Täter die Tat bei gewisser Nebenfolge überhaupt noch sinnvoll und deshalb möglicherweise nach der Formel vorsätzlich ist. Wer genau weiß, daß er *statt* des Hasen den Treiber treffen wird, hat keinen Grund zum Schuß mehr, wenn er einen Hasenbraten will; das mag aber anders sein, wenn er genau weiß, daß er mit seinem Schrotschuß *neben* dem Hasen auch den Treiber treffen wird. Ein Schluß von solchen Zufälligkeiten der hypothetischen Fallgestaltung (real weiß der Jäger nicht gewiß, ob die Nebenfolge eintritt) auf die Beurteilung der realen Beziehung des Täters zur Nebenfolge kann axiologisch nicht befriedigen; die Formeln sind unbrauchbar.

28 cc) Teils werden die Einstellungstheorien, insbesondere die Theorien vom Billigen oder In-Kauf-Nehmen des Erfolgs in einer Version vertreten, bei der aus der intellektuellen Seite und dem Faktum des Tatvollzugs auf die Einstellung geschlossen wird. Diese Versionen zielen auf eine verkappte intellektuelle Abgrenzung und sind bis auf Stücke des Begründungsgangs mit der hier vertretenen Lehre identisch. So hat der Bundesgerichtshof in einer schon oben mitgeteilten Entscheidung[64] ausgeführt, „im Rechtssinne" werde ein Erfolg schon gebilligt, wenn der Täter „um des erstrebten Zieles willen ..., wofern er anders sein Ziel nicht erreichen kann, sich auch damit abfindet, daß seine

S. 362 f; im Sinne der Billigungstheorie ferner *v. Hippel* Vorsatz und Fahrlässigkeit S. 111 ff; *ders.* VDAT Bd. III S. 373 ff, 498 ff; *Maurach-Zipf* AT I § 22 Rdn. 34 ff; *Bockelmann* NJW 1959 S. 1849 ff, 1850; *Baumann-Weber* AT § 26 III 2 b; wenig hilfreich die Definitionsversuche bei *Spendel* Lackner-Festschrift S. 167 ff, 174: „(billigend) *in Kauf* nehmen, ‚ein *willigen*' = ‚bedingtes' Wollen"; „ein-*willigen*" soll dabei heißen: „die als *möglich* vorgestellte Folge für *einen* (bestimmten) Fall, den ihres *Eintritts*, in sein Wollen aufnehmen"; — neben anderen Formulierungen auch *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 92 f; — offengelassen im AE, siehe Begründung zu § 17 S. 53.

61 So für Fälle nicht hochgradiger Wahrscheinlichkeit *Engisch* Untersuchungen S. 186 ff.

62 So auch *Roxin* JuS 1964 S. 53 ff, 58.

63 *Frank* § 59 Anm. V; BGH 14 S. 241 ff, 257; siehe auch *Bockelmann* AT § 14 IV 2 b bb; *Schlüchter* Irrtum S. 34 f; — zur Kritik: *Engisch* Untersuchungen S. 179 ff, 205 ff.

64 BGH 7 S. 363 ff, 369.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Handlung den an sich unerwünschten Erfolg herbeiführt, und ihn damit für den Fall seines Eintritts will". Da dem Täter, so er trotz Folgenkenntnis handelt, nie eine andere Möglichkeit bleibt, als sich „abzufinden" und „im Rechtssinne" zu „billigen" oder zu „wollen"[64a], sollte auf die Garnierung der Handlung mit Einstellungen, deren Aussagekraft zumindest höchst fragwürdig sein dürfte, verzichtet werden, obgleich sie im Ergebnis schadlos ist[64b].

29 dd) Nur im Ansatz, nicht in der Durchführung, steht der hier vertretenen Vorsatzlehre im Rahmen des bedingten Vorsatzes die Theorie von der „Selbstbegrenzung des Verwirklichungswillens" nahe[65], nach welcher der getätigte Wille zur Vermeidung des Erfolgs einen Herbeiführungswillen ausschließen soll: Jedenfalls sind Einstellungen aller Art für die Vorsatzabgrenzung irrelevant[66]. Freilich ist die Selbstbegrenzungstheorie in sich nicht schlüssig: Der trotz Betätigung des Vermeidewillens — etwa trotz besorgten Umgangs mit offenem Licht in der Nähe leicht brennbarer Materialien — verbleibenden Vorstellung eines Restrisikos[67] steht kein betätigter Vermeidewille gegenüber; insoweit bleibt also auch ein „Restvorsatz". Zudem sind nach dieser Theorie die Ergebnisse von Zufälligkeiten der Fallgestaltung abhängig: Wer überhaupt nur ein

---

64a Insoweit übereinstimmend *Hruschka* Kleinknecht-Festschrift S. 191 ff, 194.

64b Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist schwer verständlich, insbesondere zu den Tötungsdelikten; sie ist zu einer voluntativen Vorsatzkomponente — besser zu einer Einstellungskomponente — zurückgekehrt. Zunächst läßt sich die Rechtsprechung noch dahin verstehen, daß der Bundesgerichtshof bei Tötungen ohne plausibles Motiv besondere Anforderungen an den *Beweis* (nicht: den Begriff) des Vorsatzes stellt; BGH NStZ 1983 S. 407; 1984 S. 19 (mit wenig klaren Darlegungen zu einem voluntativen Element); StV 1984 S. 187 f; 1985 S. 100 f; NJW 1985 S. 2428; StV 1986 S. 197 f; NStZ 1986 S. 549 f; 1987 S. 362 f mit Anmerkungen *Puppe* aaO S. 363 und *Freund* JR 1988 S. 116 ff; NStZ 1988 S. 361 f. Daran ist folgendes richtig: So wie von der allgemeinen Evidenz schädlicher Folgen einer Handlung auf die Kenntnis des Täters von diesen Folgen geschlossen werden kann, *mag* in der Umkehrung auch der Schluß zutreffen, daß dem Täter die Evidenz deshalb verschlossen war, weil es inplausibel ist, daß er in Kenntnis der Folgen gehandelt haben könnte. Es *mag* aber auch so sein, daß der Täter inplausibel motiviert war! Wenn der Bundesgerichtshof mehrfach die hohe Hemmschwelle des Tötungstabus bei seinen Darlegungen zum Vorsatz bemüht (StV 1989 S. 61 ff, 64; JZ 1989 S. 449 f, 450; NJW 1989 S. 3027 f und in vorangehenden Entscheidungen; ebenso *Bruns* NJW 1987 S. 2281 f, 2282), so trifft das also nur die eine Hälfte der Möglichkeiten; in der anderen Hälfte hat der Täter — zumal in affektiver Besonnenheitsstörung — diese Hemmschwelle überwunden. Könnte die Halbierung der Möglichkeiten noch durch die Regel „in dubio pro reo" erklärt werden, also als Problem des Vorsatz*beweises* (obgleich auch dann wenig plausibel sein dürfte, weshalb die Hemmschwelle genau zwischen dem Lebensgefährdungsvorsatz bei § 223 a StGB und dem Tötungsvorsatz verlaufen soll, also säuberlich parallel zu den Strafrahmen; so aber BGH StV 1989 S. 62 ff, 64), so versagt diese Erklärung jedoch bei den neuerdings unzweideutigen Aussagen, es gehe um ein „selbständig neben dem Wissenselement stehendes voluntatives Vorsatzelement" (JZ 1989 S. 450): Es ist also doch der *Begriff* des Vorsatzes betroffen, und es gelten die 8/21, 26 angeführten Einwendungen. Hauptsächlich wie der Bundesgerichtshof (Vorsatz verlange neben Wissen ein „Sich-zu-eigen-machen" der Rechtsgutsverletzung) *Schroth* NStZ 1990 S. 324 ff; zutreffend kritisch zur neuesten Rechtsprechung *Schumann* JZ 1989 S. 427 ff. — Zur prozessualen Konstruktion des Tötungsvorsatzes siehe *Sessar* Prozesse S. 18 ff, 149 ff, 181 ff, 207 ff. — *Hassemer* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 289 ff, 305 ff bewertet die Rechtsprechung als (im Grundsatz zutreffende) Hinwendung zu Vorsatz*indikatoren*.

65 *Armin Kaufmann* ZStW 70 S. 64 ff, 73 ff; zu historischen Vorläufern der Theorie siehe *Engisch Untersuchungen S. 95 ff; Hillenkamp* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 351 ff, 355 ff (Nach *Hillenkamps* Lösung soll das Nichtbetätigen einer Vermeidechance gleich einer Entscheidung für die mögliche Rechtsgutsverletzung sein, S. 362 f, 367 f. — Dies müßte zur sogenannten intellektuellen Theorie führen; denn die stets gegebene Chance der Vermeidung durch Verzicht auf das riskante Verhalten ergreift der Täter nie.); siehe auch *Kindhäuser* ZStW 96 S. 1 ff, 27 ff.

66 Eingehend *Armin Kaufmann* aaO S. 66 ff; auch *H. Mayer* AT § 38 V 2 b.

67 Wenn wegen der Betätigung die Erkenntnis eines Restrisikos entfällt, fehlt schon die intellektuelle Seite des Vorsatzes; *Armin Kaufmann* aaO S. 74.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

geringes Risiko setzt, dieses aber auch nicht noch tätig verkleinert (wer etwa sogleich mit einer gesicherten Lampe in die Nähe explosiver Materialien geht), handelt mangels getätigten Vermeidungsvorsatzes vorsätzlich, nicht aber derjenige, der die gleiche Handlung nach tätiger Verkleinerung eines zunächst vorhandenen größeren Risikos vollzieht (wer etwa seine zunächst ungesicherte Lampe mit Vermeidewillen sichert).

29a ee) Neuerdings wird vorgeschlagen, zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit nach dem Kenntnis*gegenstand* zu differenzieren, nämlich nach der Art der Gefahr[67a]. Und zwar soll eine Gefahr, die, nachdem sie geschaffen wurde, noch weiter durch menschliche Aufmerksamkeit „abgeschirmt" wird (was heißt, sie wird durch die Aufmerksamkeit erfahrungsgemäß dezimiert, beläßt aber ein unerlaubtes Restrisiko), der Kenntnisgegenstand bewußter Fahrlässigkeit sein, während die Kenntnis einer „unabgeschirmten" Gefahr einen Vorsatz ergeben soll. Beispiel: Ein Polier schickt einen Lehrling auf ein nicht hinreichend gesichertes Gerüst; die Gefahr soll nach dieser Lehre durch die Selbstvorsorge des Lehrlings abgeschirmt werden. — Genauere Betrachtung zeigt freilich: Nur die beherrschbaren Gefahren werden abgeschirmt (im Beispiel diejenigen Gefahren, die sich nur bei Unaufmerksamkeit des Lehrlings verwirklichen können); daneben kann es weitere Gefahren geben, die nicht beherrschbar und also auch nicht abgeschirmt sind (im Beispiel etwa die Gefahr des Stolperns über einen verborgenen Nagel, des Schreckens über ein plötzliches Ereignis, der falschen Reaktion auf ein mißverständliches Verhalten anderer Menschen, stets mit der Folge eines Sturzes vom mangelhaft gesicherten Gerüst). Die Kenntnis *dieser* Gefahren müßte auch bei ansonsten gegebener Abschirmung Vorsatz begründen. Aber auch im verbleibenden Bereich überzeugt die Lösung nur, soweit die Abschirmung durch den Vertrauensgrundsatz (oben 7/51 ff) garantiert ist. Ansonsten ist sie faktischer Natur und nicht anders zu behandeln als eine Gefahrreduzierung durch eine vielleicht funktionierende Maschine oder eine vielleicht günstige Weltgestaltung. Zudem ist es willkürlich, zwischen einer vor Gefahrschaffung erfolgenden Gefahrreduzierung (Beispiel: Der Täter zielt sorgfältig, bevor er einen Stein auf eine Stelle neben dem Kopf eines Menschen wirft; keine Abschirmung) und einer späteren Reduzierung zu differenzieren (Beispiel: Das Opfer kann dem Wurf vielleicht ausweichen; Abschirmung).

Ein Ausgangspunkt der kritisierten Lehre wird hier freilich geteilt: Es läßt sich weder begründen, daß auch überskrupelhaft gewonnene Kenntnis belastet (dazu oben 7/49 ff), noch, daß jede minimale Überschreitung eines erlaubten Risikos vom Täter als entscheidungserheblich angesehen werden kann (dazu sogleich 8/30 ff).

30 e aa) Zum dolus eventualis ist noch die *Untergrenze der Wahrscheinlichkeit* zu bestimmen, die nach ernsthaftem Urteil bestehen muß. Diese Untergrenze wird durch die Entscheidungserheblichkeit des erkannten Risikos bestimmt; das Risiko muß so gewichtig sein, daß es bei einem — unterstellten! — dominanten Motiv zur Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung zur realen Vermeidung führt und nicht als quantité négligeable ohne Einfluß bleibt. Die Entscheidungserheblichkeit hängt vom Gewicht des betroffenen Guts und der Dichte des Risikos ab.

31 bb) Die Gewichtigung des Guts erfolgt objektiv: Die rechtliche Einschätzung, nicht aber die subjektive Einschätzung des Täters entscheidet. Wenn also ein erkanntes Risiko für einen Täter nicht entscheidungserheblich ist, weil er das Gut aus Gleichgültigkeit zu gering bewertet oder in Rechtsunkenntnis (Verbotsirrtum) unterschätzt,

---

[67a] *Herzberg* JuS 1986 S. 249 ff, 254 ff; *ders.* NJW 1987 S. 1461 ff, 1464; *ders.* JZ 1988 S. 573 ff, 635 ff, 639 ff; — [illegible]st keine Differenzierung nach dem objektiven Tatbestand (mißverständlich *Herzberg* JuS 1986 S. 249), sondern nach der *Vorstellung* vom objektiven Tatbestand. — Gegen *Herzberg Brammsen* JZ 1989 S. 71 ff, 72 ff; *Küpper* ZStW 100 S. 758 ff, 781 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

hindert das den Vorsatz nicht, falls sich bei rechtlicher Gewichtung ein entscheidungserhebliches Maß ergibt.

Auch die Bestimmung der zur Entscheidungsrelevanz hinreichenden Risikohöhe erfolgt jedenfalls im Ansatz nach rechtlichem und nicht nach individuellem Urteil[68]: Das nicht mehr erlaubte Risiko hat entscheidungsrelevant zu sein, auch wenn es der Täter noch für beiläufig hält. Davon erfolgen jedoch erhebliche Abstriche. Eine große Zahl unerlaubter Risiken, insbesondere im Straßenverkehr, ist nicht auf Situationen bezogen, die in nennenswerter Häufigkeit individuell als schadensträchtig erlebt werden, sondern die nur wegen ihres massenhaften Vorkommens statistisch als schadensträchtig ausgewiesen sind[69]. Da die menschliche Psyche aber nicht schlicht den Regeln der Statistik folgt, gibt es einen Bereich des zwar noch statistisch, im individuellen Erleben aber nicht mehr aufweisbaren Risikos. Beispiel: Wer mäßig betrunken ein Auto lenkt, setzt ein statistisch kalkulierbares, individuell aber bei einiger Gewöhnung im Erfolgsbezug (nicht: im Ungehorsam; das Verbot abstrakter Gefährdung bleibt einsichtig) bedeutungsloses Risiko. Risiken solcher Art sind aber nicht nur wegen ihrer geringen Höhe individuell bedeutungslos; vielmehr kann ein Subjekt praktisch nur existieren, wenn es lernt, sich mit solchen Risiken trotz der immerhin noch gegebenen, wenn auch geringen, Höhe zu arrangieren: Im Alltag werden dem Subjekt diese unerlaubten Risiken ubiquitär aufgezwungen, und wenn es lernt, sie wegen der Vorteile sozialen Kontakts zu tolerieren, verlernt es damit zugleich, daß sie schon ihres, wenn auch geringen, Erfolgsbezugs wegen zu meiden sein sollen. Beispiel: Ein Autofahrer, der jedesmal, wenn ein Nachfolgender den Sicherheitsabstand unterschreitet, seines eigenen Lebens wegen in Angst gerät, muß das Fahren wegen psychischer Erschöpfung bald einstellen; er muß lernen, in solchen Situationen zu reagieren, ohne sich seinen Tod vorzustellen. Verhält er sich aber selbst entsprechend falsch, so kann er den Tod der anderen auch nicht mehr als entscheidungserheblich prognostizieren (siehe unten 8/102).

Gewiß hindert das nicht die Möglichkeit, die Entscheidungsrelevanz normativ herzustellen. Aber die mit der Normativierung einhergehende Überforderung des Subjekts dürfte nur tolerabel sein, wenn die psychische Disposition des Subjekts, also seine Gewöhnung an das Risiko, als seine eigene Angelegenheit dargetan werden kann[69a]. Niemand kann sich darauf berufen, er habe sich ein besonders gefährliches Leben angewöhnt und mute Sondergefahren nunmehr auch anderen Personen zu[69b]. Wenn aber die Risikogewöhnung Folge eines praktisch unumgehbaren Verhaltens ist, also insbesondere Folge rechtmäßiger Teilnahme am Straßenverkehr, dann liegt ihr Grund nicht im Verantwortungsbereich des Täters und eine Normativierung ist ausgeschlossen[70].

---

68 *A. A. E. A. Wolff* Gallas-Festschrift S. 197 ff, 222 ff, der in Fällen der Gleichgültigkeit normativiert, ansonsten aber darauf abstellt, ob die Gefahr individuell „nicht-übergehbar" (Vorsatz) ist oder nicht; individualisierend auch *Stratenwerth* AT Rdn. 309.— Zur Position von *Köhler* siehe unten 9/Fn. 7.

69 *Philipps* ZStW 85 S. 27 ff, 42; *Jakobs* Bruns-Festschrift S. 31 ff, 32 f.

69a Vorsatz liegt also nur vor, wenn es Aufgabe des Täters ist, das *gekannte* Risiko als beachtliches Risiko zu interpretieren. Daß hier, wie *Köhler* Bewußte Fahrlässigkeit S. 292 Fn. 4 ausführt, der „Einbezug der subjektiv-intersubjektiven Autonomiestruktur" vernachlässigt werde (ähnlich die Kritik bei *Ziegert* Vorsatz S. 109), wäre nur richtig, wenn die „Autonomiestruktur" als aktuelle Befindlichkeit, also psychologisierend, verstanden werden müßte, — so als gehörte die Zuständigkeit für die eigene Befindlichkeit nicht zur Autonomie! Einem Subjekt, das für die eigene Haltung nicht mehr zuständig ist, fehlt Autonomie überhaupt.

69b Zu weit deshalb die Berücksichtigung der Risikogewöhnung bei *Herzog* und *Nestler-Tremel* StV 1987 S. 360 ff, 364.

70 Dazu eingehend *Jakobs* Bruns-Festschrift S. 31 ff; *ders.* Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff, 23 ff;

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

32 cc) Ein Risiko ist demnach erst dann entscheidungserheblich und reicht zum Vorsatz hin, wenn es nicht nur der Höhe nach unerlaubt ist, sondern zudem das Maß übersteigt, das noch allgemein als aufgedrängtes unerlaubtes Risiko hingenommen werden muß, sofern bestimmte Lebensbereiche nicht überhaupt gemieden werden sollen. Beispiel: Wer im Straßenverkehr — jeweils in aktueller Kenntnis des Erfolgsrisikos — in noch mäßigem Rahmen die Höchstgeschwindigkeit überschreitet oder den Sicherheitsabstand unterschreitet etc., hat trotz seiner Kenntnis nur Vorsatz zu einem abstrakten Gefährdungstatbestand; wer aber vor einer Bergkuppe auf enger Straße überholt oder blindlings eine Ampel bei Rotlicht überfährt, hat Verletzungsvorsatz; solche Situationen werden ja auch nicht selten als brenzlig erlebt. — Wichtiger noch sind diese Grenzen für das fahrlässige Delikt, siehe unten 9/15.

C. Alternativer Vorsatz

33 Der alternative Vorsatz (auch: *dolus alternativus*) ist kein Vorsatz von selbständiger Gestalt, sondern eine Verbindung von zwei Vorsätzen, deren Verwirklichungen sich nach dem Urteil des Täters gegenseitig ausschließen. Beispiel: Der Täter schießt auf das Opfer, das vor einer großen Fensterscheibe steht; ihm ist klar, daß er entweder das Opfer oder aber die Scheibe treffen wird. — Es können sich zum alternativen Vorsatz alle Vorsätze verbinden, die nicht den sicheren Eintritt der Handlungskonsequenz zum Inhalt haben[71] (also ist selbst bei Wissentlichkeit im weiteren Sinn ein alternativer Vorsatz möglich).

Abgesehen von der Wissentlichkeit im engeren Sinn ist jeder Vorsatz alternativ, nur bezieht sich meist eine der Möglichkeiten nicht auf eine Tatbestandsverwirklichung, sondern auf einen sonstigen Erfolg im natürlichen Sinn. Beispiel: Wer als Haupt- oder Nebenfolge erkennt, daß ein Angriffsobjekt vielleicht von einer Kugel getroffen werden wird, weiß zugleich, daß andernfalls die Kugel sonstwohin fliegen wird. Da es zum Vorsatz hinreicht, wenn eine der Möglichkeiten einen Tatbestand verwirklicht und die andere nicht, ebenso umgekehrt, müssen in dem Fall, daß beide Möglichkeiten einen Tatbestand verwirklichen (so das obige Beispiel des Schusses auf einen Menschen vor einer Glasscheibe), zwei Vorsätze vorliegen[72], so daß Vollendung *und* Versuch handlungseinheitlich verwirklicht werden[73]. Alle anderen Lösungsvorschläge[74] leiden

---

Philipps ZStW 85 S. 27 ff; *E. A. Wolff* Gallas-Festschrift S. 197 ff, 214 ff; siehe auch *AK-Zielinski* §§ 15, 16 Rdn. 76 f; *Rasch* in: Handlungsanalyse S. 46 ff, 52.

71 *Welzel* Strafrecht § 13 I 2 d; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 106; *Jescheck* AT § 29 III 4; *Jakobs* Konkurrenz S. 147 ff mit weiteren Nachweisen.

72 *Stratenwerth* AT Rdn. 301 mit dem freilich verwirrenden Hinweis, es handele sich um bedingten Vorsatz, der nicht Nebenfolgen betreffe.

73 *Welzel* Strafrecht § 13 I 2 d; *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 91; *Jescheck* AT § 29 III 4; *SK-Rudolphi* § 16 Rdn. 47; eingehend *Jakobs* Konkurrenz S. 147 ff mit weiteren Nachweisen. Zur Handlungseinheit bei homogenem Unrecht siehe unten 32/16 ff. — Gegen die Lösung wird von *Joerden* (ZStW 95 S. 565 ff; *ders.* Dyadische Fallsysteme S. 57) vorgebracht, der Täter dürfe mangels eines kumulativen Vorsatzes nicht wegen mehrerer Vollendungen haften, wenn sich entgegen seinen Erwartungen mehr als eine Möglichkeit realisierte (freilich betrifft die Zurechnung eines per Irrtum produzierten Überschusses kein spezifisches Problem des alternativen Vorsatzes). Bei der Lösung verkennt *Joerden*, daß zur Haftung für Vollendung nicht schon Vorsatz plus Erfolgseintritt hinreichen, sondern auch die Verwirklichung der vom Täter gesehenen Gefahr erforderlich ist. Danach mag überhaupt keine der kumulierten Erfolgsverursachungen zurechenbar sein oder jede nur als fahrlässig herbeigeführt oder ein Teil nur als fahrlässig herbeigeführt! Sind mehrere Möglichkeiten je für sich als vorsätzlich herbeigeführt zurechenbar, begrenzen die allgemeinen Regeln zum Quantitätsirrtum die Haftung (unten 8/64 ff). — Bei Auswertung seiner logischen Studien verkennt *Joerden* (ZStW 95 S. 569 ff, 573 ff; Dyadische Fallsysteme S. 55 ff) folgendes: Er bejaht Vorsatz bei Postnonpendenz (von zwei Sachverhalten mag der erste vorliegen oder keiner, aber nicht der zweite und auch keine Kumulation beider), ferner bei Pränonpen-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

daran, das Maß des bekannten Unrechts nicht voll abdecken zu können. — Geht es um mehr als zwei sich ausschließende Möglichkeiten, gilt die Lösung entsprechend.

Die alternative Vorsatzverbindung ist im Verhältnis von Tötungsdelikten zu Körperverletzungsdelikten viel behandelt worden. Tötung und die zur Tötung erforderliche Körperverletzung verhalten sich nicht alternativ, wohl aber baldige Tötung und eine durch die Fortdauer in der Zeit gekennzeichnete schwere Körperverletzung (§§ 224 f StGB)[75].

D. Die zur Tatbestandsverwirklichung erforderliche Vorsatzgestalt

34 Die Bestimmung der erforderlichen Gestalt des Vorsatzes bereitet bei einzelnen Delikten erhebliche Schwierigkeiten, weil die Terminologie des Gesetzes (insbesondere bei Verwendung des Begriffs Absicht) und die Gründe für das Verlangen nach einem qualifizierten Vorsatz durchweg unklar sind[76]. Es lassen sich folgende Prinzipien ausmachen, die auch kumuliert werden können:

35 1. Häufig stuft der Gesetzgeber die Haftung unmittelbar nach den Stufen der Steuerung; die Gewichtung des Unrechts entspricht dann dem Steuerungsmaß. Es geht um die im Kernstrafrecht überwiegende Stufung von (milderen) Fahrlässigkeitsdelikten zu Vorsatzdelikten, dies vereinzelt über die Zwischenform der erfolgsqualifizierten Delikte.

36 2. Bedingter Vorsatz reicht bei einigen Delikten generell oder bezüglich einzelner Tatbestandsmerkmale nicht aus, weil ein noch erlaubt riskantes Verhalten aus dem Tatbestand ausgeschieden werden soll[76a]. Dies geschieht insbesondere durch Verschärfung des schlicht Vorsätzlichen zum Wissentlichen[77]. Beispiele bilden § 187 StGB, der die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) ausschließt[78], und § 164 Abs. 1 und 2 StGB im Merkmal „wider besseres Wissen" (die Aufklärungsanzeige soll erlaubt sein[79]) und wohl auch in dem Merkmal der Absicht, „behördliche Maßnahmen" herbeizuführen (das riskante Verteidigungsverhalten eines selbst Verdächtigen soll straffrei sein[80]).

---

denz (der zweite Sachverhalt liegt vor oder keiner, aber nicht der erste und auch keine Kumulation), nicht aber einen doppelten Vorsatz bei Kontravalenz (der erste oder der zweite Sachverhalt liegt vor, jedenfalls aber einer der Sachverhalte und keine Kumulation). *Joerden* begründet letzteres damit, Kontravalenz kumuliere nicht Post- und Pränonpendenz, da der bei Post- und Pränonpendenz sichere Ausschluß je eines Sachverhalts sich bei Kontravalenz nicht kumuliert finde (Dyadische Fallsysteme S. 58 Fn. 25). Auf die Kumulation der *Ausschlüsse* kommt es aber überhaupt nicht an, da bei Post- und Pränonpendenz Vorsatz nicht etwa vorliegt, weil jeweils ein Sachverhalt ausgeschlossen ist, sondern weil der jeweils andere möglich ist, und die Möglichkeiten werden bei Kontravalenz kumuliert (siehe auch *ders.* GA 1984 S. 249 ff, 254 ff).

74 Vorrang des Vollendeten, Vorrang des Schwereren u. a. m. (mit diversen Topoi *Wessels* AT § 7 II 4; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 106 mit weiteren Nachweisen; *LK-Vogler* § 22 Rdn. 6; *Maurach-Zipf* AT I § 22 Rdn. 27; *Schneider* GA 1956 S. 257 ff, 259); für Idealkonkurrenz, aber beim Ausbleiben jeden Erfolgs für den Vorrang des Schwereren *Haft* AT 6. Teil § 2, 3 b dd.

75 Eingehend *Jakobs* Konkurrenz S. 119 ff, 145 ff, 161 ff; siehe auch unten 31/32.

76 Zum folgenden Text siehe *Gehrig* Absichtsbegriff S. 32 ff; *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 355 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 315 ff; siehe auch *Eser* Studienkurs Bd. IV 15/24 ff.

76a Zur Absicht bei § 257 StGB ähnlich *Gehrig* Absichtsbegriff S. 110 ff.

77 *Göhler* NJW 1974 S. 825 ff, 826; *Frisch* Vorsatz S. 392 ff, 404.

78 *Schönke-Schröder-Lenckner* § 193 Rdn. 2; streitig.

79 Zur alten Rechtslage siehe *Bockelmann* NJW 1959 S. 1849 ff.

80 Streitig, siehe *Schönke-Schröder-Lenckner* § 164 Rdn. 32; *a. A. Langer* GA 1987 S. 289 ff, 305 f. — Die Regelung ist auf die §§ 153 ff StGB nicht übertragbar; im Ergebnis für Versuchsfälle *a. A. Arzt* Jescheck-Festschrift S. 391 ff, 403; siehe auch unten 25/Fn. 34.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

37 3. In zahlreichen Fällen wird der Vorsatz als Planungszusammenhang beschrieben, etwa mit dem Begriff der Absicht oder mit der Formulierung „um . . . zu". Hierbei ist zu differenzieren:

a) Vereinzelt ist die Absicht auf einen bloßen Teilschaden gerichtet und dann Kennzeichen einer dem ganzen Gut feindlichen Willensrichtung, so etwa bei § 229 StGB. Absicht ist dann im eigentlichen Sinn zu verstehen.

38 b) Weiterhin kennzeichnen einige Absichten auf einen Schaden am ganzen Gut denjenigen Täter, der sich bei Handlungen, die noch im Vorfeld der Schädigung liegen, koordinierend einsetzt und deshalb nicht ein bloßer Mitläufer ist, so bei den §§ 87 Abs. 1 (unklar wegen der hinzutretenden Wissentlichkeit[81]), 88 Abs. 1, 89 Abs. 1 StGB[82]. Auch in diesem Fall ist die Absicht im eigentlichen Sinn zu verstehen mit dem Ergebnis, daß eine gedungene Person, die des Geldes wegen handelt, selbst bei massivem Einsatz nicht erfaßt werden kann[83].

39 c) Häufiger geht es jedoch um einen überschießenden Verletzungsvorsatz. Die Lage ist hier einigermaßen verwickelt. Es handelt sich um Delikte, deren Vollendung auf ein signifikantes Stadium der Gefährdung vorverlagert ist. Dieses Stadium der Gefährdung wird aber nicht unmittelbar tatbestandlich beschrieben, sondern durch eine bestimmte Handlung (etwa eine Fälschungshandlung) und den Planungszusammenhang, in dem die Handlung steht (etwa die Absicht, das Falsifikat zu gebrauchen). Bei Arbeitsteilung unter mehreren Beteiligten können nun Handlung und Planung auseinanderfallen: Einer handelt (etwa fälscht verabredungsgemäß die Urkunde) und ein anderer plant die Weiterungen (etwa beabsichtigt den Gebrauch der Urkunde), wobei diese Weiterungen dem ersten gleichgültig sein mögen. Beispiel: Den Lohnfälscher interessiert weder, ob dem Auftraggeber mit den Falsifikaten eine Täuschung gelingt, noch ist er sich auch nur sicher, ob die Tat bis zur Täuschung gedeihen wird. An Art und Maß der Gefährdung ändert dieses Auseinanderfallen von Handlung und Planung bei solchen Delikten nichts (hauptsächlich Geldfälschungsdelikte und Urkundsdelikte). Würde nun für die Handlungen, die bei Eintritt der Vollendung noch ausstehen, jeder Vorsatz hinreichen[84], entfiele der Planungszusammenhang als Spezifikum der Gefährdung. Beharrt man freilich auf Absicht im eigentlichen Sinn[85] oder auf direktem Vorsatz[86], kann der Täter nicht mehr erfaßt werden, der neutraler Ziele willen (etwa der Bezahlung wegen) fremder Planung zuarbeitet und sich des Gelingens der fremden Planung nicht gewiß ist. Im Ergebnis muß also für die noch ausstehenden Handlungen bei Arbeitsteilung zwar jeder Vorsatz hinreichen[87], aber ergänzt um die Kenntnis, daß der andere Beteiligte die Fortführung im eigentlichen Sinn beabsichtigt[88].

40 Will der Täter alle Akte allein vollziehen, so erledigen sich Zweifel daran, ob er sich selbst zum zweiten Akt entschließen wird, nach den Regeln des bedingten Wollens[88a]

---

81 Dazu *Dreher-Tröndle* § 87 Rdn. 13.

82 *Krauth* u. a. JZ 1968 S. 577 ff, 582 f.

83 *Schönke-Schröder-Stree* § 88 Rdn. 22; *a. A.* freilich *LK-Willms* § 87 Rdn. 16; grundlegend zur Absicht bei Staatsschutzdelikten *F.-C. Schroeder* Schutz S. 296 ff; speziell zu § 99 StGB siehe BGH 31 S. 317 ff, 320 ff mit Anmerkung *Schroeder* JZ 1983 S. 671 ff, 672 f.

84 So *Stratenwerth* AT Rdn. 318.

85 So für § 146 StGB *Schönke-Schröder-Stree* § 146 Rdn. 7, was wegen der in § 146 StGB genannten Ermöglichungsabsicht auch die relevanten Fälle abdeckt.

86 So für § 267 StGB *Schönke-Schröder-Cramer* § 267 Rdn. 91; ferner *Cramer* JZ 1968 S. 30 ff; *Lenckner* NJW 1967 S. 1890 ff; beide gegen BayObLG JZ 1968 S. 29 f (dort: Absicht im engeren Sinn).

87 *Herzberg* ZStW 88 S. 68 ff, 95 f; *ders.* JuS 1983 S. 337 ff, 338.

88 Ähnlich *Gehrig* Absichtsbegriff S. 79 ff, 92; siehe auch *Schmidhäuser* AT 14/81; BT 14/24 (zu § 267 StGB).

88a *Gehrig* Absichtsbegriff S. 33 ff, 39.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

(siehe unten 25/29 ff). Vollzieht der Täter des ersten Akts diesen Akt ohne eigenen Vorsatz zur Vornahme des nachfolgenden Akts und auch ohne Abstimmung mit einem anderen Täter, der den nachfolgenden Akt vollzieht, so ist er nach den Regeln des Regreßverbots straffrei; d. h. er haftet für das Ergebnis seines Akts, regelmäßig ein Falsifikat, nur nach den Regeln der Haftung für ein gefährliches Objekt. Beispiel: Der Täter erkennt, daß der von ihm zu Demonstrationszwecken geschriebene unechte Wechsel möglicherweise mißbraucht wird; — Haftung nur, wenn eine Garantenstellung besteht. Soweit Handlung und Plan nicht auseinanderfallen können, weil mit der Handlung alles zum Erfolgseintritt Notwendige vollzogen worden ist (so etwa bei der 3. Fallgruppe von § 267 Abs. 1 StGB), reicht bezüglich des Erfolgs jeder Vorsatz aus, aber diejenigen Momente, die das Planungsrisiko bezeichnen, müssen auch hier — und zwar notwendig vom Täter selbst — im eigentlichen Sinn beabsichtigt sein. So muß der Täter bei § 267 Abs. 1, 3. Fallgruppe StGB oder bei § 273, 1. Fallgruppe StGB den Gebrauch in der Beweissituation beabsichtigen (etwa: ein gefälschtes Dokument zu einem Beweisantrag vorzulegen), nicht aber muß er den Täuschungserfolg beabsichtigen (daß das Gericht den Beweis überhaupt erhebt und sich täuschen läßt etc.).

d) Manche Güter, insbesondere Eigentum und Vermögen, sind nicht nur gegen ihre **41**
Zerstörung anfällig, sondern auch gegen ihre Verschiebung (Wegnahme in Zueignungsabsicht, Vermögensverschiebung in Vorteilsabsicht), das heißt, gegen ihre Verlagerung zu einem anderen Begünstigten zu dessen Nutzung. Eine bloße Entziehung ohne Verschiebung (etwa eine Sachentziehung aus Sadismus) ist so untypisch, daß das Gesetz darauf verzichtet, sie zu erfassen; untypisch ist auch eine Entziehung mit zufällig folgendem Verschiebungseffekt: Wer sich die Mühe einer Entziehung macht, will in der Regel einen Vorteil herausschlagen. Die Anfälligkeit der betreffenden Güter besteht gerade darin, daß sie zur Verschiebung reizen. Das Gesetz formuliert deshalb eine Absichtsbeziehung, etwa Zueignungsabsicht als Aneignungsabsicht bei den §§ 242, 249 StGB (zum Enteignungsvorsatz siehe die vorige Gruppe oben 8/40) oder Vorteilsabsicht (oder *um* zu bereichern) bei den §§ 253, 263 StGB. Die ganz herrschende Lehre fordert hier Absicht im eigentlichen Sinn[89], was auch in der Regel paßt, aber die Lösung in Grenzfällen verfehlt. Zwar ist in dieser Gruppe — wie in der vorigen Gruppe — das Vorliegen einer Absicht unerläßlich, weil hier gerade der Tatzweck den Tattyp bestimmt, wie dort der Tatzweck den gefährlichen Zusammenhang kennzeichnet. Bei Arbeitsteilung können aber auch hier Handlung und Planung auseinanderfallen, insbesondere wenn der Planende für die gesamte Tatausführung einen Beteiligten dingt, den der Ausgang nicht interessiert. Beispiel: Der Inhaber eines Betriebs bestimmt einen Angestellten gegen eine vorab gezahlte Belohnung zu täuschenden Erklärungen gegenüber dritten Personen, durch die dem Betrieb per Irrtum etc. (§ 263 StGB) Vorteile zufließen sollen. Der Inhaber hat die Absicht, aber er ist nach der Tatherrschaftslehre nicht Täter (der subjektiven Theorie bleibt das Problem verborgen). Der Angestellte beabsichtigt keine Vorteile für die Firma, zumal er schon vorab belohnt wurde, weiß aber von der Absicht des Inhabers. — Es muß auch hier ausreichen, daß die Tat in einem fremden Planungszusammenhang steht; die typisierende „Absicht" umfaßt also jeden Vorsatz, jedoch muß das Wissen des Ausführenden hinzukommen, daß die Tat wegen der Pläne eines absichtlich handelnden Beteiligten vollzogen wird[89a].

Bei § 242 StGB ist wegen der engen Fassung (*sich* zueignen) erforderlich, daß einer der an einem Kollektiv Beteiligten sich selbst zueignen will; allseitig fremdnützige Taten

---

89 Unklar allerdings BGH 16 S. 1 ff; hierzu *Welzel* NJW 1962 S. 20 ff.

89a Siehe auch *Samson* JA 1989 S. 449 ff, 454; — gegen diese Lösung *Gehrig* Absichtsbegriff S. 46.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

scheiden aus, ohne daß dies an dem Mindestinhalt des Vorsatzes (jeder Vorsatz plus Kenntnis eines Planungszusammenhangs) etwas ändern würde (wichtig für die Teilnahme, siehe unten zu § 28 StGB, 23/20).

Meist überschießt die Verschiebungsabsicht den objektiven Tatbestand, nicht aber notwendig; so muß bei der Nötigung (§ 240 StGB) das zur Vollendung erforderliche Opferverhalten in einem Planungszusammenhang stehen; erst dieser Planungszusammenhang typisiert ein ansonsten nicht gesondert strafbares „gewaltsames Bewirken fremden Verhaltens" gerade zu einer Nötigung[90].

42 4. Bei den Motivmerkmalen schließlich (genauer unten 8/94) geht es um die quantitativ unverhältnismäßige oder aber gefährliche Verbindung zwischen Antrieb und *Handlung,* nicht notwendig auch zwischen Antrieb und Handlungserfolg. Die Merkmale sollen also Situationen kennzeichnen, bei denen der Antrieb zum Vollzug einer bestimmten Handlung drängt, wobei sich auf die Folgen dieser Handlung sehr wohl nur dolus eventualis beziehen kann (schon oben 8/9).

IV. Der Gegenstand des Vorsatzes und Abweichungsprobleme

Literatur

L. Backmann Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, JuS 1971 S. 113 ff; *ders.* Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, JuS 1972 S. 196 ff; *J. Baumann* Grenzfälle im Bereich des Verbotsirrtums, Welzel-Festschrift S. 533 ff; *J. Brammsen* Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes — Neue Wege in der Vorsatzdogmatik, JZ 1989 S. 71 ff; *H.-J. Bruns* Strafzumessungsrecht, 2. Auflage 1974; *Th. Darnstädt* Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JuS 1978 S. 441 ff; *N. Dölp* Anmerkung zu BGH NStZ 1989 S. 475, aaO S. 475 f; *U. Dopslaff* Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA 1987 S. 1 ff; *J. Driendl* Irrtum oder Fehlerprognose über abweichende Kausalverläufe, GA 1986 S. 253 ff; *K. Engisch* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *ders.* Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Mezger-Festschrift S. 127 ff; *ders.* Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Rittler-Festschrift S. 165 ff; *ders.* Methoden der Strafrechtswissenschaft, in: *M. Thiel* (Hrsg.), Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, Methoden der Rechtswissenschaft Teil I, 1972, S. 39 ff; *D. Franke* Probleme beim Irrtum über Strafmilderungsgründe: § 16 II StGB, JuS 1980 S. 172 ff; *K. Franzen, B. Gast-de Haan, E. Samson, W. Joecks* Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten und Verfahrensrecht, 3. Auflage 1985; *W. Frisch* Die „verschuldeten" Auswirkungen der Tat. Zugleich ein Beitrag zur Irrtumsproblematik im Strafzumessungsrecht, GA 1972 S. 321 ff; *ders.* Vorsatz und Risiko, 1983; *ders.* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *G. Geilen* Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Unterbringung und Rücktritt — BGHSt. 23, 356, JuS 1972 S. 73 ff; *ders.* Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, Maurach-Festschrift S. 173 ff; *A. Geyer* Zur Lehre vom dolus generalis und vom Kausalzusammenhang, GA Bd. 13 (1865) S. 239 ff und 313 ff; *F. Haft* Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JA 1981 S. 281 ff; *ders.* Der doppelte Irrtum im Strafrecht, JuS 1980 S. 430 ff, 588 ff, 659 ff; *K. A. Hall* Irrtum über Strafmilderungs- und Straferhöhungsgründe, Maurach-Festschrift S. 107 ff; *A. Hegler* Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Frank-Festgabe Bd. I S. 251 ff; *R. D. Herzberg* Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, ZStW 85 S. 867 ff; *ders.* Aberratio ictus und error in obiecto, JA 1981 S. 369 ff und 470 ff; *ders.* Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit — ein Problem des objektiven Tatbestandes, JuS 1986 S. 249 ff; *Th. Hillenkamp* Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971; *H. J. Hirsch* Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *ders.* Ehre und Beleidigung, 1967; *J. Hruschka* Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen, JuS 1982 S. 317 ff; *G. Jakobs* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *ders.* Anmerkung zu BGH NJW 1974 S. 958 f, aaO S. 1829 f; *ders.*

90 *Jakobs* Peters-Festschrift S. 69 ff, 78; streitig.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt, Peters-Festschrift S. 69 ff; *U. Janiszewski* Zur Problematik der aberratio ictus, MDR 1985 S. 533 ff; *Armin Kaufmann* Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt? Jescheck-Festschrift S. 251 ff; *Arthur Kaufmann* Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982; *ders.* Recht und Sprache, in: *U. Dürrmüller* u. a. (Hrsg.) Sprache und Wissenschaft, 1984 S. 9 ff; *ders.* Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Lackner-Festschrift S. 185 ff; *U. Kindhäuser* Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale, JA 1984 S. 465 ff; *ders.* Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum, GA 1990 S. 407 ff; *M. Köhler* Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; *J. Krümpelmann* Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, Beiheft ZStW 1978 S. 6 ff; *W. Küper* Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründen, GA 1968 S. 321 ff; *ders.* Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch, GA 1987 S. 479 ff; *G. Küpper* Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW 100 S. 758 ff; *L. Kuhlen* Anmerkung zu BGH StV 1986 S. 179 f, StV 1987 S. 437 ff; *ders.* Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum, 1987; *K. H. Kunert* Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, 1958; *R. Lange* Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre. Zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff bei den Zuwiderhandlungen, JZ 1956 S. 73 ff; *ders.* Nur eine Ordnungswidrigkeit? JZ 1957 S. 233 ff; *U. Loewenheim* Error in obiecto und aberratio ictus — OLG Neustadt, NJW 1964, 311, JuS 1966 S. 310 ff; *K. Lüderssen* Die Parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht — Vorsatz und Irrtum, wistra 1983 S. 223 ff; *W. Maihofer* Objektive Schuldelemente, H. Mayer-Festschrift S. 185 ff; *M. Maiwald* Der „dolus generalis". Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung, ZStW 78 S. 30 ff; *ders.* Zur Problematik der „besonders schweren Fälle" im Strafrecht, NStZ 1984 S. 433 ff; *ders.* Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984; *H. Mayer* Das Problem des sogenannten dolus generalis, JZ 1956 S. 109 ff; *F. Meyer* Der Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht, NStZ 1986 S. 443 ff; *ders.* Enthält der Tatbestand der Steuerhinterziehung ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das jeglichen Verbotsirrtum ausschließt? NStZ 1987 S. 500 f; *E. Mezger* Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Traeger-Festschrift S. 187 ff; *R. Nierwetberg* Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum, Jura 1985 S. 238 ff; *P. Noll* Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 S. 1 ff; *D. Oehler* Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während der Ausführungshandlung, GA 1956 S. 1 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 23 S. 133 ff, JZ 1970 S. 380 ff; *E. Osenbrüggen* Casuistik des Criminalrechts, 1854; *C. Prittwitz* Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983 S. 110 ff; *I. Puppe* Zur Revision der Lehre vom „konkreten" Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981 S. 1 ff; *dies.* Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990 S. 145 ff; *W. Reiß* Zur Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt am Beispiel der Steuerhinterziehung, wistra 1986 S. 193 ff; *C. Roxin* Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Auflage 1970; *ders.* Gedanken zum „dolus generalis", Würtenberger-Festschrift S. 109 ff; *W. Sax* „Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976 S. 9 ff, 80 ff, 429 ff; *F. Schaffstein* Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, OLG Celle-Festschrift S. 175 ff; *G. v. Scheurl* Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 1972; *E. Schlüchter* Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983; *dies.* Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht, wistra 1985 S. 43 ff, 94 ff; *dies.* Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB, JuS 1985 S. 373 ff, 527 ff, 617 ff; *H. L. Schreiber* Grundfälle zu „error in objecto" und „aberratio ictus" im Strafrecht, JuS 1985 S. 873 ff; *F. C. Schroeder* Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA 1979 S. 321 ff; *B. Schünemann* Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975 S. 435 ff, 511 ff, 575 ff, 647 ff, 715 ff, 787 ff; *J. M. Silva-Sanchez* Aberratio ictus und objektive Zurechnung, ZStW 101 S. 353 ff; *E. Steininger* Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, JurBl. 1987 S. 205 ff, 287 ff; *F. Streng* Anmerkung zu BayObLG JR 1987 S. 431, aaO S. 431 ff; *K. Thomas* Die Steueranspruchstheorie und der Tatbestandsirrtum im Steuerstrafrecht, NStZ 1987 S. 260 ff; *K. Tiedemann* Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *ders.* Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrecht, ZStW 81 S. 869 ff; *W. G. Tischler* Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1984; *G. Warda* Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955; *ders.* Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1979 S. 1 ff, 71 ff, 113 ff, 286 ff; *ders.* Zur Gleichwertigkeit der verwechselten Objekte bei error in objecto, Blau-Festschrift S. 159 ff; *Weber* Über die verschiedenen Arten des

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Dolus, NArchCrimR Bd. 7 S. 551 ff; *H. Welzel* Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; *ders.* Irrtumsfragen im Steuerstrafrecht, NJW 1953 S. 486 ff; *ders.* Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte, insbesondere des § 330 c StGB, NJW 1953 S. 327 ff; *ders.* Der Parteiverrat und die Irrtumslehre (Tatbestands-, Verbots- und Subsumtionsirrtum), JZ 1954 S. 276 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JZ 1955 S. 454 f, aaO S. 455 f; *ders.* Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbstbedienungsläden, GA 1960 S. 257 ff; *J. Wessels* Zur Problematik der Regelbeispiele für „schwere" und „besonders schwere Fälle", Maurach-Festschrift S. 295 ff; *E. Wolf* Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Vorstudien zur Allgemeinen Lehre vom Besonderen Teil des Strafrechts, 1931; *ders.* Der Sachbegriff im Strafrecht. Beiträge zur Allgemeinen Lehre vom Besonderen Teil des Strafrechts, RG-Festgabe Bd. V S. 44 ff; *J. Wolter* Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung — zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW 89 S. 649 ff; *ders.* Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *ders.* Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum „Strafgrund der Vollendung", Leferenz-Festschrift S. 545 ff; *ders.* Objektive und personale Zurechnung im Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus, in: *B. Schünemann* (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 103 ff.

A. Allgemeines

43 1. Der Vorsatz muß sich auf sämtliche Merkmale des objektiven Tatbestands[91, 92] erstrecken, auch auf die zu ergänzenden Merkmale der sogenannten offenen Tatbestände (oben 6/61 ff), nicht aber auf das Ergänzungsprinzip (nicht auf die Verwerflichkeit nach den §§ 240 Abs. 2, 253 Abs. 2 StGB). Auch die Merkmale, die einen Grundtatbestand zur Qualifizierung abwandeln sowie die benannten Merkmale der besonders schweren Fälle müssen — vorbehaltlich speziellerer Bestimmungen im BT (etwa §§ 315

91 Jedenfalls nur des Tatbestands; zum Irrtum über Rechtfertigungsvoraussetzungen und über das Verbot siehe unten 11/18 ff, 42 ff; 19/32 ff; nur-objektive Bedingungen (der Ausschließung) des Unrechts oder seiner Straftatbestandlichkeit, unten 10/2 ff, sind überhaupt irrtumsresistent (*a. A. Sax* JZ 1976 S. 9 ff, 80 ff, 429 ff). — Zum Ganzen siehe *Warda* Jura 1979 S. 1 ff, 71 ff, 113 ff, 286 ff, 289. — *Frisch* Vorsatz S. 57 und passim (zu *Frisch* eingehend *Küper* GA 1987 S. 479 ff; siehe auch *Küpper* ZStW 100 S. 758 ff, 776 ff; *Herzberg* JuS 1986 S. 249 ff, 259 f; *Brammsen* JZ 1989 S. 71 ff, 80 f) wendet ein, zum objektiven Tatbestand gehöre der *eingetretene* Erfolg, auf den sich ein Vorsatz zum Tatzeitpunkt nicht beziehe, so daß der Tatbestand nicht Vorsatzgegenstand sein könne. Daran ist richtig, daß *Vorsatz* stets Antizipation ist: Der Täter setzt voraus, daß der Erfolg demnächst eingetreten sein wird. Triviale Konsequenz: Vorsatz hat nicht einen schon verwirklichten, sondern einen (vermeintlich) demnächst erst verwirklichten Tatbestand zum Gegenstand. Wenn *Frisch* statt dessen das riskante Verhalten als Vorsatzgegenstand herausstellt (S. 57, 67, 94 ff, 480 und passim), so in der zutreffenden Intention, die Kenntnis eines Risikos, das nicht mehr im Bereich des erlaubten Risikos liegt, als Vorsatzgegenstand zu reklamieren. Insoweit stimmt die hiesige Position mit derjenigen von *Frisch* überein (wobei *Frisch* freilich das *erlaubte* Risiko mit einer *Rechtfertigung* bei der Wahl eines kleineren Risikos vermischt, S. 143, 212, 257, 366 ff). Dieses Ergebnis stellt sich aber auch ein, wenn man den Vorsatz auf den objektiven Tatbestand bezieht; denn dazu gehört alles, was Element der objektiven Zurechnung ist und damit insbesondere auch die Überschreitung eines erlaubten Risikos (siehe 8/44).

92 Nach *F.-C. Schroeder* GA 1979 S. 321 ff, 325 ff, soll bei alternativen Tatbestandsmerkmalen eine Fehlvorstellung unbeachtlich sein, „wenn das Gesetz die möglichen Angriffsformen oder Angriffsobjekte offensichtlich erschöpfend oder jedenfalls bis auf unbedeutende Randbereiche erfassen will" (327). So soll es bei § 315 c Abs. 1 StGB vorsätzliche Vollendung nicht hindern, wenn die konkrete Gefahr für ein Menschenleben eintritt, der Täter aber — den Menschen für eine wertvolle Statue haltend — eine Gefahr für einen bedeutenden Sachwert annimmt. Da der Täter freilich in diesen Fällen das konkrete Unrecht der Art nach nicht kennt, ist die Lösung zu weit: Es muß hinzukommen, daß die Tatbestandsmerkmale Unrecht gleicher Art vertypen und diese nur begrifflich aufteilen, wie etwa bei § 306 Nr. 2 und Nr. 3 StGB (artgleiche Gefährdungen) oder aber bei § 142 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB (artgleiche Angriffsweisen); ähnlich *SK-Rudolphi* § 16 Rdn. 28 d; siehe auch *Kuhlen* Unterscheidung S. 512 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Abs. 4, 5, 315 a Abs. 3, 315 b Abs. 4, 5, 315 c Abs. 3 StGB) und vorbehaltlich § 18 StGB — vom Vorsatz umfaßt sein (zu den Privilegierungen und minder schweren Fällen siehe unten 8/83 f). Für unbenannte Merkmale eines besonders schweren Falls gibt es freilich keine Regel, wonach die richterliche Tatbestandsergänzung stets Ergänzung um einen Vorsatzteil oder allenfalls im Rahmen des § 18 StGB auch um einen Fahrlässigkeitsteil sein könne; vielmehr mögen auch sonstige Umstände, die fahrlässig verkannt werden, Voraussetzungen eines — aus Vorsatz und Fahrlässigkeit kombinierten — besonders schweren Falls sein[93]. Beispiel: Beim Diebstahl führt eine gesteigerte Hilflosigkeit des Opfers nur im Vorsatzfall zu einem benannten besonders schweren Fall (§ 243 Abs. 1 Nr. 6 StGB); das heißt aber nicht, eine leichtfertig verkannte extreme Hilflosigkeit könne nicht ihrerseits ein unbenannter besonders schwerer Fall sein[93a]. Insbesondere bei erkennbaren Sonderpflichten des Täters dürfte es häufig für die Bildung eines besonders schweren Falls gleichgültig sein, ob dem Täter die Voraussetzungen der Pflicht bewußt sind oder nicht. Das kann auf eine partielle Korrektur der unbefriedigenden Lage bei Tatsachenblindheit (oben 8/5) hinauslaufen. — Entsprechendes gilt für die objektiven Strafzumessungstatsachen[94]. — Das zu den besonders schweren Fällen und den Strafzumessungstatsachen häufig gebrachte Argument, die Anwendung der §§ 15 und 18 StGB wäre selbstverständlich (also meist Vorsatz erforderlich), wenn die Bestrafungsvoraussetzungen gesetzlich detailliert ausformuliert wären[95], ist unvollständig: Es gälte zu klären, ob die §§ 15 ff StGB überhaupt noch sinnvoll wären, wenn sämtliche Bestrafungsvoraussetzungen ohne spezielle Bezeichnung der subjektiven Seite detailliert ausformuliert wären. — Daß Fahrlässigkeit hinreichen kann, bedeutet natürlich weder zu den besonders schweren Fällen noch zu den Strafzumessungstatsachen, daß stets dort, wo Vorsatz zu berücksichtigen wäre, auch die Berücksichtigung von Fahrlässigkeit angebracht ist.

2. Auch die Voraussetzungen der sogenannten objektiven Zurechnung müssen vom **44**
Vorsatz umfaßt sein, insbesondere muß der Täter ein Risiko von solcher Höhe erkennen, daß der Rahmen des erlaubten Risikos überstiegen wird[95a]. Meint der Täter trotz Kenntnis eines solchen Risikos, er halte sich noch im Rahmen des Erlaubten, so liegt bei auch ansonsten gegebenem Vorsatz ein Verbotsirrtum vor. Die irrige Annahme, ein erlaubt riskantes Verhalten sei nicht mehr erlaubt, ist Annahme eines Verbots ohne Tatbestandsvorsatz, also Wahndelikt. Hält der Täter ein nicht mehr erlaubt riskantes Verhalten für erlaubt, weil er das Maß des Risikos so unterschätzt, daß bei der angenommenen Risikohöhe ein erlaubtes Risiko vorläge, so fehlt Vorsatz. Beispiel: Ein soeben als Gastarbeiter angeheuerter Schafhirte treibt seine Herde ohne Sicherung über eine Bundesstraße, was in seinem Heimatland allgemein üblich ist und von den

---

93 Anders die überwiegende Lehre, die teils nicht einmal eine analoge Anwendung von § 18 StGB für zulässig hält; *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 33; zumeist wird bei grundsätzlichem Vorsatzerfordernis für erschwerende Folgen § 18 StGB angewandt; *Jescheck* AT § 29 II 3 b; *Wessels* Maurach-Festschrift S. 295 ff, 300 f; *SK-Rudolphi* § 16 Rdn. 8; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 65; *Frisch* GA 1972 S. 321 ff. — Nach BGH 26 S. 176 ff, 180 ff; 26 S. 244 ff soll die konkrete Gefahr des Todes nur bei Vorsatz einen besonders schweren Fall bilden (etwa bei § 113 Abs. 2 Nr. 2 StGB); sehr zweifelhaft.

93a *Maiwald* NStZ 1984 S. 433 ff, 439.

94 Sehr streitig; jedenfalls was Tatfolgen angeht wie hier (also: Fahrlässigkeit hinreichend) *Dreher-Tröndle* § 46 Rdn. 23; *LK-G. Hirsch* § 46 Rdn. 57; *Schmidhäuser* AT 20/64; *Maurach-Zipf* AT II § 63 Rdn. 36 ff; — *a. A.* (nur bei typischen Folgen soll analog § 18 StGB Fahrlässigkeit hinreichen) *Jescheck* AT § 29 II 3 b; *Frisch* GA 1972 S. 321 ff; *Bruns* Strafzumessungsrecht S. 424; *SK-Horn* § 46 Rdn. 70 f; — beim Vorsatzdelikt überhaupt für Beschränkung auf vom Vorsatz umfaßte Strafzumessungstatsachen *Schönke-Schröder-Stree* § 46 Rdn. 26.

95 *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 35; *Schönke- Schröder-Stree* § 46 Rdn. 26; *Jescheck* AT § 29 II 3 b.

95a Nachdrücklich *Frisch* Vorsatz passim.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Autofahrern berücksichtigt wird; die anderen Verkehrsverhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland kennt er noch nicht. — Das erlaubte Risiko folgt also den Regeln normativer Tatbestandsmerkmale (unten 8/48 ff).

45 3. Soweit subjektive Unrechtselemente nicht genuin Bestandteil des — dann: den objektiven Tatbestand überschießenden — Vorsatzes sind, müssen sie vom Vorsatz umfaßt sein. Daran kann es praktisch allenfalls bei solchen Merkmalen fehlen, die nicht auf Grund ihrer Gestalt dem Täter sowieso bewußt sind und als zur Handlung gehörig erlebt werden (wie etwa die Absichten der 3. Gruppe in § 211 Abs. 2 StGB). Als Problemfälle verbleiben nur die affektiv bestimmten Antriebe (etwa Mordlust in § 211 Abs. 2, 1. Gruppe StGB) (unten 8/95) und die Konstitutions- und Gesinnungsmerkmale (unten 8/97). Würde bei diesen Merkmalen auf ein korrespondierendes Bewußtsein verzichtet, so würde dem Täter das volle Bild vom Tatunrecht fehlen. Unbewußte psychische Konstellationen, mögen sie auch tiefenpsychologisch als mächtig wirksam erweisbar sein, reichen also nicht aus[96].

B. Der Vorsatz bei Blankettgesetzen

1. Das Problem

46 Bei einem Blankettgesetz (i. e. ein Rahmengesetz, das durch eine weitere Norm ausgefüllt wird) ist der Vorsatzgegenstand schwierig zu bestimmen. Nach einer schuldtheoretisch orientierten Version werden die Tatbestände (nicht die Existenz oder die Rechtsfolge) der ausfüllenden Norm und der Rahmennorm zu einem Gesamttatbestand addiert, so daß sich der Vorsatz auf die diesem Gesamttatbestand unterfallenden Merkmale, nicht aber auf den Bestand der Blankettnorm und der ausfüllenden Norm, erstrecken muß[97]. Beispiel: Nach den §§ 38 in Verbindung mit 22 BJagdG ist die Jagd auf Wild außerhalb der Jagdzeiten eine Straftat (Blankettgesetz); die Jagdzeiten werden durch die Verordnung über Jagdzeiten[98] (ausfüllende Norm) festgelegt, beispielsweise für Rackelhähne vom 1. bis 31. Mai (§ 1 Abs. 1 Nr. 14 der Verordnung). Zum Vorsatz bei der Jagd auf Rackelhähne zählt nach dieser (und nur für diese Fallgruppe richtiger) Ansicht die Kenntnis, daß der Mai noch nicht angebrochen oder schon vorbei ist; die Meinung, Jagdzeit sei ein anderer Monat[99] oder eine Beschränkung bestehe überhaupt nicht, wäre Verbotsirrtum. — Da sich freilich aus dieser Kenntnis selbst bei hinzukommender positiver Kenntnis des Bestands der Blankettnorm keine Handlungsanweisung für den Einzellfall ergibt (daß es überhaupt Jagdzeiten gibt und daß nicht Mai ist, ergibt nicht, daß die Jagd auf Rackelhähne verboten ist), soll sich nach einer vorsatztheoretisch orientierten Version der Vorsatz auch auf den konkreten Bestand

---

96 Streitig und in Einzelheiten — wie weit muß auch die Bewertung (etwa der Gesinnung) nachvollzogen werden? — ungeklärt. Daß sich bei den Gesinnungsmerkmalen auf deren objektiven Teil Vorsatz erstrecken muß, ist allgemein anerkannt; Beispiel: Heimtückisch handelt nur, wer weiß, daß er die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzt. — Hauptsächlich wie hier: BGH GA 1975 S. 306 ff; *Engisch* Rittler-Festschrift S. 165 ff, 172; *ders.* Mezger-Festschrift S. 127 ff, 133; *Warda* Jura 1979 S. 1 ff, 71 ff, 78 f; im Ergebnis auch *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 25 (anders aber § 15 Rdn. 34: Kenntnis der Gewohnheitsmäßigkeit soll nicht erforderlich sein); siehe auch *Roxin* Offene Tatbestände S. 108 f; *Dreher-Tröndle* § 16 Rdn. 19; — einige Äußerungen, daß subjektive Unrechtselemente nicht vom Vorsatz umfaßt sein müßten, beziehen sich nur auf die sowieso zum Vorsatz gehörenden Absichten; so bei *Welzel* NJW 1953 S. 327 ff, 329 Fn. 14; *Hegler* Frank-Festgabe Bd. I S. 251 ff, 292.

97 *Welzel* Lehrbuch § 22 III 1 c (anders aber *ders.* NJW 1953 S. 486 ff; dazu *Warda* Abgrenzung S. 46 f; *Tiedemann* ZStW 81 S. 869 ff, 875); *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 39 mit einigen Ausnahmen; *Jescheck* AT § 29 V 3; *Maurach-Zipf* AT I § 23 Rdn. 8 ff; eingehend *Warda* Abgrenzung S. 36 ff.

98 Vom 2. 4. 1977, BGBl. I S. 531.

99 OLG Celle NJW 1954 S. 1618 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

der blankettausfüllenden Norm zu beziehen haben[100]; die zum obigen Beispiel genannten Fehlvorstellungen wären dann jeweils ein Tatbestandsirrtum.

2. Die Lösung

Zur Lösung ist danach zu differenzieren, was bei Übertretung der Blankettnorm überhaupt bestraft werden soll (siehe schon oben zur zeitlichen Geltung 4/66, 70 ff). **47**

a) Geht es nur um den Ungehorsam gegenüber den ausfüllenden Normen, so sind die dem Tatbestand der Blankettnorm und dem Tatbestand der ausfüllenden Norm unterfallenden Merkmale zu kennen, mehr nicht.

b) Geht es aber darum, daß auch der Regelungs*effekt* der ausfüllenden Norm in seinem Bestand gesichert werden soll, so muß dieser Effekt bekannt sein, wenn Vorsatz vorliegen soll; der Effekt ist dann normatives Tatbestandsmerkmal[101], wobei dessen Kenntnis häufig einer Verbotskenntnis gleichkommen mag.

c) Die Unterscheidung entspricht derjenigen zwischen eher abstrakte Gefährdungen erfassenden Deliktstatbeständen und eher konkrete Gefährdungen oder gar Verletzungen erfassenden Tatbeständen und ist im Grenzbereich zweifelhaft. Jedenfalls gehören alle Blankettgesetze zur zweiten Gruppe, bei denen es um die Absicherung von Rechten geht, die ihrerseits durch die ausfüllenden Normen konstituiert werden. Die ausfüllenden Normen schaffen dann das Angriffsobjekt und geraten so hinter dessen Rücken in den Tatbestand. Unstreitig ist das für die Eigentumsdelikte: Der Regelungseffekt der §§ 903, 929 ff BGB etc., also die Fremdheit der Sache, muß bekannt sein, nicht nur der Vollzug von Einigung und Übergabe o. ä. Ebenso gehört bei der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) die Kenntnis des Steueranspruchs zum Vorsatz; allein die Kenntnis des Vorgangs, der den Anspruch auslöst, reicht nicht hin (unten 8/56). Beim Ungehorsam (§ 19 WStG) muß der Befehl in seiner „normativen" Bedeutung erkannt sein[102]. Zur ersten Gruppe gehören hingegen Blankette, bei denen die ausfüllenden Normen auf Verhaltenslenkung abzielen und das Angriffsobjekt nicht erst durch sie geschaffen wird, so daß sie sich auch nicht über das Angriffsobjekt in den Tatbestand „einschleichen" können. Testfrage zur Differenzierung ist, ob aus dem Blankett auch bestraft werden soll, wenn der Täter die ausfüllenden Normen kennt und weiß, daß deren Tatbestand verwirklicht ist, aber nicht begreift, was das Regelungsergebnis ist, wenn also der Ungehorsam als Unrecht hinreicht. Danach dürfte kein Tatbestandsirrtum vorliegen, wenn der Täter nicht weiß, daß die Erlaubnis zur Führung eines Titels an den Besitz einer Verleihungsurkunde gebunden ist[103] oder daß das Fällen von Bäumen im Stadtbereich zum Schutz des Baumbestands einer Genehmigung bedarf[104], ebenso dürfte die Annahme eines Ausnahmefalls von der Wohnraumbewirtschaftung nicht Tatbestandsirrtum sein[105]. Überhaupt dürften Bewirtschaftungsvorschriften, soweit sie nicht durch Beschlagnahme o. ä. abgesichert sind, nicht über ein durch sie bestimmtes Angriffsobjekt geschützt sein, also zur ersten Gruppe gehören.

---

100 *Lange* JZ 1956 S. 73 ff, 75; *ders.* JZ 1957 S. 233 ff, 234; *Kohlrausch-Lange* § 59 Anm. VI; *Tiedemann* Tatbestandsfunktionen S. 387 ff. — Zur Lösung von *Kuhlen* siehe unten 8/Fn. 109.

101 Teils im Ergebnis ähnlich *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 99 ff; *AK-Zielinski* §§ 15, 16 Rdn. 52. — *Puppe* GA 1990 S. 145 ff, 166 ff erkennt nur diese Gruppe an — als sei es dem Gesetzgeber verboten, Ungehorsamsdelikte in Blankettform zu schaffen.

102 *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 102.

103 BGH 14 S. 224 ff, 227; BayObLG GA 1961 S. 152 f, 153.

104 Siehe OLG Düsseldorf NStZ 1981 S. 444.

105 BGH 9 S. 358 ff, 361; *a. A.* BayObLG GA 1956 S. 90 f; weitere Rechtsprechung bei *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 39.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

C. Die normativen Tatbestandsmerkmale als Vorsatzgegenstand

1. Das Problem

48 a) In den Tatbeständen beschreibt das Gesetz ein bestimmtes (a-)soziales Verhalten: Tötung eines Menschen, Zueignung einer fremden Sache, Fälschung einer Urkunde etc. Tatumstand kann nicht nur eine sinnlich-erfaßbare oder gar naturwissenschaftlich experimentell demonstrierbare Begebenheit sein, obgleich dies, etwa bei einzelnen Kausalitäten, auch der Fall sein mag, sondern auch geistiges Sein, teils mit mehr oder weniger deutlichem Bezug auf eine rechtliche oder vorrechtliche Wertung (das Verunglimpfen in § 189 StGB, die Fremdheit einer Sache bei den Eigentumsdelikten). Zudem hängt die Interpretation aller Tatbestandsmerkmale vom Sinn der Regelung ab; selbst wenn die Interpretation durch Benennung eines Arsenals von Vorgängen in der Erfahrungswelt möglich ist, wie z. B. beim strafrechtlichen Beginn des Menschseins *in* der Geburt (arg. § 217 StGB) oder beim Ende des Menschseins mit dem irreversiblen Ende der Hirnfunktion, so ist der Zuschnitt des Arsenals wertend bestimmt; z. B. läßt sich rein quantitativ am Hirntoten u. U. mehr an Körperzellen abtöten als an manchem Nicht-Hirntoten, ohne daß dies den Sinn der Tötung eines Menschen hätte. — Bei dieser Lage ist nicht selbstverständlich, was Gegenstand des Verwirklichungsvorsatzes zu sein hat: die erfahrbare Basis eines Tatumstands, seine soziale Bedeutung oder eine Zwischenform.

49 b aa) Im Anschluß an *Binding*[106] und *Mezger*[107] ist heute unbestritten, daß eine bloße Kenntnis des erfahrbaren Substrats einer Tatbestandsverwirklichung zum Vorsatz nicht hinreicht (Kenntnis von tintenbeschriebenem Papier ist nicht schon Kenntnis von einer Urkunde), daß aber auch eine Subsumtion des Geschehenen unter das Gesetz nach Art der richterlichen Subsumtion nicht erforderlich ist. Beispiel: Die Definition einer Urkunde im strafrechtlichen Sinn mag der Täter unbeschadet für seinen Vorsatz nicht kennen, wenn er nur weiß, daß mit dem Objekt eine Erklärung des Ausstellers im Rechtsverkehr belegt werden kann. Es ist eine „parallele Bewertung in der Laiensphäre", besser, eine parallele Beurteilung im Täterbewußtsein[108] notwendig, aber auch hinreichend[109].

---

106 Normen Bd. III S. 146 ff.

107 Strafrecht § 44 I.

108 *Welzel* JZ 1954 S. 276 ff, 279; es geht nicht stets um juristische Laien, etwa nicht bei der Beurteilung der Nämlichkeit der Sache beim Parteiverrat, § 356 StGB, und auch nicht stets um eine Bewertung; so ist die Kenntnis der Fremdheit einer Sache beim Eigentumsdelikt und bei der Sachbeschädigung Kenntnis einer Rechtslage, die ohne Wertung des Täters beurteilt werden kann; insoweit übereinstimmend *Puppe* GA 1990 S. 145 ff, 157.

109 Ganz überwiegende Ansicht; *Jescheck* AT § 29 II 3 a; *Maurach-Zipf* AT I § 22 Rdn. 49 f; *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 45; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 43; jeweils mit Nachweisen; — eine Subsumtion nach Art der richterlichen verlangte *v. Liszt* Strafrecht (bis 21./22. Auflage) § 39. — Wenn *Arthur Kaufmann* (Parallelwertung S. 40; *ders.* in: Sprache und Wissenschaft S. 9 ff, 20) neuerdings ausführt, die Parallelwertung vollziehe sich „im Richter und nirgendwo sonst", so betrifft das nur die *Ermittlung* der Parallelität von Täterbewußtsein und Gesetz. — *Schlüchter* Irrtum S. 100 ff geht zutreffend davon aus, daß der Täter regelmäßig nicht vom Detail zum Ganzen voranschreitet, also nicht Tatbestandssplitter zu einem bedeutungshaltigen Geschehen zusammensetzt. Sie will deshalb den Vorsatz nicht auf einzelne Merkmale, sondern in „teleologisch reduzierter Sichtweise" auf die „Verletzungsbedeutung" der Tatbestandsverwirklichung beziehen (S. 116; *dies.* JuS 1985 S. 373 ff, 375, 527 ff, 530; ebenso *Nierwetberg* Jura 1985 S. 238 ff, 241). — Dieses Abstellen auf „Komponenten", die den „Rechtsgüterschutz" betreffen (S. 109 und passim; *dies.* wistra 1985 S. 43 ff, 44), scheidet schutzbegrenzende, aber tattypisierende Merkmale aus dem Vorsatz aus (anders aber *Schlüchter* Irrtum S. 116) und bietet auch nur einen höchst ungenauen Bezugsgegenstand für den Vorsatz, da das Abstraktionsniveau des Rechtsguts nicht sicher fixiert werden kann; Beispiel: Geht es beim Urkundenschutz um den Schutz des Rechtsverkehrs, des Beweismittels im Verkehr, ist nach Urkunden mit oder ohne öffentlichen Glauben zu differenzieren etc.? Die Bindung an den Tatbestand läßt sich nicht auflösen, ohne daß der Vor-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

bb) Die *negative* Konsequenz ist klar: Es geht nicht darum, ob der Täter den **50**
Namen von Tatbestandsmerkmalen kennt, sondern um die Kenntnis der Sache. Der *Subsumtionsirrtum* hindert den Vorsatz nicht. Beispiele: Wer bewußt ein Pferd „kitzlig" macht, hat Vorsatz der Sachbeschädigung (§ 303 StGB), auch wenn er nicht ahnt, daß im Strafrecht Tiere unter den Begriff der Sache fallen[110], wie auch Sachbeschädigungsvorsatz hat, wer in Kenntnis der Konsequenzen Klebstoff in eine Uhr gießt, aber meint, der Rechtsbegriff des Beschädigens erfordere eine Substanzverletzung[111]. — Wer weiß, daß er seinen Gewinn nicht aus einem Warenumschlag, sondern aus der Annahme und Anlage fremder Gelder zieht, weiß, daß er ein Kreditgeschäft betreibt[112]. — Der Anwalt, der weiß, daß er bei einem einheitlichen materiellen Rechtsverhältnis verschiedene Personen mit unterschiedlicher Interessenrichtung vertritt (etwa im Verfahren zwischen Gläubiger und Hauptschuldner einerseits und zwischen Gläubiger und Ausfallbürgen andererseits), hat Tatbestandsvorsatz bezüglich der Nämlichkeit der Sache beim Parteiverrat (§ 356 StGB), auch wenn er irrig meint, der Begriff sei enger und beschränke sich etwa auf ein einzelnes Verfahren im prozessualen Sinn[113]. — Daß der Subsumtionsirrtum den Vorsatz unberührt läßt, heißt nicht, er könne nicht Quelle eines Verbotsirrtums (§ 17 StGB) sein.

cc) Unklar ist die *positive* Bedeutung der Parallelbeurteilung, zumal in ihrer Verbin- **51**
dung mit einer Einordnung der Tatbestandsmerkmale als teils deskriptiv (Tatsachenkenntnis soll zum Vorsatz hinreichen) und teils normativ (eine parallele Beurteilung soll zum Vorsatz erforderlich sein). Die Diskussion hierzu ist uneinheitlich verlaufen und hat wenig erbracht[113a].

---

satz zu dem Wissen verkümmert, daß man in eine gefährliche Richtung agiert. Gegen *Schlüchter Steininger* JurBl. 1987 S. 205 ff, 287 ff, 289 f; *Tischler* Verbotsirrtum S. 367 ff; siehe auch unten 11/Fn. 57. — *Kuhlen* behauptet, die Trennung des RG nach einem vorsatzausschließenden *außerstrafrechtlichen* und einem den Vorsatz belassenden (und heute nach § 17 StGB zu behandelnden) strafrechtlichen Irrtum liege auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zugrunde (Unterscheidung S. 161 ff) und sei zudem vorzugswürdig; denn es gehe darum, einerseits die „strafrechtliche Definitionsmacht" nicht an die Zufälligkeiten subjektiver Vorstellungen preiszugeben (deshalb kein Vorsatzausschluß beim strafrechtlichen Irrtum), andererseits aber den Bürger vom Irrtumsrisiko eines zunehmend dynamisierten (auf sich häufig wandelnde Normen blankettartig bezogenen) Strafrechts zu entlasten (deshalb Vorsatzausschluß bei außerstrafrechtlichem Irrtum) (S. 33 f, 398 ff, passim). Damit wird nach der „Zeitstruktur" der Normen des BT entschieden: Beziehen sie sich auf einen Regelungskomplex zur Zeit ihres Erlasses, so inkorporieren sie diesen Komplex; der Irrtum über die in bezug genommenen Normen ist strafrechtlich. Beziehen sie sich auf einen Regelungskomplex, wie er zur Tatzeit besteht, so verweisen sie auf Außerstrafrechtliches mit der entsprechenden Folge im Irrtumsfall (S. 413 ff). Der damit gegenüber der üblichen Lehre ausgedehnte Bereich des Vorsatzausschlusses (aber nach hiesiger Ansicht ist eine treffende Parallelbeurteilung trotz Normunkenntnis praktisch nicht möglich), soll beim umgekehrten Irrtum (Überdehnung der in bezug genommenen Normen) freilich nicht zum Versuch führen, sondern zum Wahndelikt (S. 558 ff). — Dieser Lehre ist nicht zu folgen. Zunächst ist die Differenzierung zwischen statischen und dynamischen Anknüpfungen zu grobschlächtig. Zumindest bei Anknüpfungen, bei denen derselbe Gesetzgeber die in bezug genommenen Normen wie auch die strafrechtlichen (Blankett-)Normen verwaltet, kann die Änderung der in bezug genommenen Normen auch als Änderung statisch anknüpfender Strafrechtsnormen verstanden werden. Schwerer wiegt folgendes: Besteht ein Bedürfnis nach Dynamisierung, so muß das Strafrecht das Funktionieren des speziell Dynamischen der Anknüpfung auch garantieren; für den Bürger entstehen dann Informationsobliegenheiten, zumal bei beruflich einschlägigen Normen. Die pauschale Entlastung des Bürgers vom Irrtumsrisiko (eine differenzierte Entlastung leistet § 17 StGB) unterläuft den Zweck der Dynamisierung.

110 RG 37 S. 412.

111 RG 20 S. 182 ff, 183.

112 BGH 4 S. 347 ff, 352.

113 BGH 7 S. 17 ff, 22; 18 S. 192 ff, 196 ff; ausführlich mit Nachweisen *Welzel* JZ 1954 S. 276 ff; *ders.* JZ 1955 S. 455 f; *ders.* Strafrecht § 22 III 3 b, § 76 VI 2 a. — Siehe zum Subsumtionsirrtum auch BGH 13 S. 135 ff, 138.

113a Eingehende Dogmengeschichte bei *Tischler* Verbotsirrtum S. 45 ff, 103 ff, 167 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Die normativen Tatbestandsmerkmale werden in einer Extremposition auf diejenigen Merkmale beschränkt, die die Rechtswidrigkeit der Tat begründen (nicht nur indizieren). Hauptbeispiel ist die Fremdheit der Sache bei den Eigentumsdelikten. Es geht hierbei um Momente, die in einem Tatbestand, der — anders als nach hiesigem Verständnis (oben 6/59) — bloßer Erkenntnisgrund (nicht Realgrund) der Rechtswidrigkeit sein soll[114], die Rechtswidrigkeit doch real tragen. Diese enge Version der normativen Tatbestandsmerkmale[115] wurde später — freilich ohne direkte Anknüpfung und bei einem materialisierten Tatbestandsbegriff (Tatbestand als Verbotsmaterie) — in der Diskussion um die speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmale oder Rechtspflichtmerkmale wieder aufgenommen[116] (siehe oben 6/64 f). Im anderen Extrem wurden gemäß der (neukantischen) Einsicht, daß der Wertbezug jedes Tatbestands eine bewertende Auswahl und Begrenzung der Tatbestandsmerkmale bedingt, alle Tatbestandsmerkmale zu normativen Merkmalen deklariert[117]. Ansätze dieser Lösung haben sich bis in die Gegenwart erhalten[118].

Ferner gibt es Versuche, die normativen Tatbestandsmerkmale durch den offenen Wertbezug im Begriffsinhalt zu bestimmen, wobei ein Bezug auf rechtliche Regelungen immer als Wertbezug gelten soll[119], oder — den Begriff weiter fassend — die normativen Tatbestandsmerkmale durch den Sinn- und Bedeutungsbezug des Inhalts festzulegen. Es geht bei der letzteren Lösung nicht mehr um den Gegensatz zwischen Normierung und Deskription, sondern um den Gegensatz zwischen sinnlicher Wahrnehmbarkeit und geistiger Verstehbarkeit[120].

2. Die Lösung

a) Die Differenzierung der Merkmale

52 Die konfuse Lage[120a] läßt sich nicht über einen Begriff des Normativen an sich, sondern nur über die Konsequenzen für Tatbestandslehre und Vorsatz klären[121].

114 *M. E. Mayer* Lehrbuch S. 10: Der Tatbestand als Rauch zum Feuer der Rechtswidrigkeit.

115 Noch enger (nämlich alle Merkmale sollen deskriptiv sein) *Kunert* Merkmale S. 93.

116 Treffend hierzu *Engisch* Mezger-Festschrift S. 127 ff, 145.

117 *E. Wolf* Typen der Tatbestandsmäßigkeit S. 56 ff, 59; *ders.* RG-Festgabe Bd.V S. 44 ff, 54 ff; eingehend hierzu *Engisch* aaO S. 138 f; *Kunert* aaO S. 41 ff. — Die den Wert und das Sein nicht verbindende, sondern als verbunden sehende Perspektive bringt *Welzel* Naturalismus S. 72 ff, 75; auch hierzu *Engisch* aaO S. 141.

118 So etwa noch *Stratenwerth* AT Rdn. 258; tendenziell, aber beim Vorsatz differenzierend, auch *Baumann-Weber* AT § 12 II 1 a.

119 So die überwiegende Ansicht; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 64 vor § 13; *Jescheck* AT § 26 IV 2; zum Ganzen mit ausführlichen Nachweisen *Engisch* aaO.

120 *Welzel* Strafrecht § 13 I 4; die Terminologie ist von den Irrtumskonsequenzen her zu verstehen: Wo nur mehr als bloßes „Hinschauen" Tatbestandskenntnis bringt, spricht *Welzel* von normativen Merkmalen. Dem gleicht die Scheidung in „natürliche" und „institutionelle" Tatsachen bei *Darnstädt* JuS 1978 S. 441 ff, 443 ff; dazu zutreffend kritisch *Köhler* Bewußte Fahrlässigkeit S. 312. — *Kindhäuser* JA 1984 S. 465 ff, 474 scheidet nach „natürlichen Eigenschaften", auf die sich deskriptive Tatbestandsmerkmale beziehen sollen, und „konventionalen Eigenschaften" als Bezugsgegenstand der normativen Tatbestandsmerkmale. Neuestens trennt *Kindhäuser* zwischen nicht vorsatzrelevanter *Sinn*kenntnis und vorsatzrelevanter *Wahrheits*kenntnis (GA 1990 S. 407 ff, 411, 413 ff). Aber diese Zweiteilung spart wohl das Problem aus. Beispiel: Nach *Kindhäuser* soll zur Kenntnis der Eigenschaft eines Buches, pornographisch zu sein, die Kenntnis des Inhalts genügen (aaO S. 408, 410, 419); — aber ein Inhalt ist nur in einem bestimmten sozialen Kontext pornographisch (für Belletristik gelten andere Regeln als für Fachbücher, für Gesellschaften mit gleichberechtigten Geschlechtern andere als für solche, die ein Geschlecht bevorzugen, für Gesellschaften mit rein privater Kindererziehung andere als für solche mit öffentlicher Rücksicht auf Kinder etc.), und um die Kenntnis dieses Kontextes geht es auch.

120a Eingehende Schilderung bei *Schlüchter* Irrtum S. 44 ff, 65 ff; *Puppe* GA 1990 S. 145 ff.

121 Ebenso *Maurach-Zipf* AT I § 37 Rdn. 44; siehe auch *Engisch* Methoden S. 39 ff, 44 ff. — Zur Widerlegung der Ansichten von *Dopslaff* GA 1987 S. 1 ff, es gebe keine Konsequenzen, siehe den Text.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Insbesondere sind die Behauptungen zu überprüfen, zu *jeder* Tatsachenkenntnis müsse eine Bedeutungskenntnis treten und *allein* die Bedeutungskenntnis trage den Vorsatz.

aa) Alle Merkmale[122] sind *normbegrenzt.* Stets wird der Inhalt von tatbestandlichen **53** Begriffen unter dem Aspekt des Regelungszwecks zugeschnitten. Das besagt jedoch nicht, der Täter müsse mehr als das Abgegrenzte, also auch den Regelungszweck kennen[123].

α) Auf die Kenntnis des Regelungszwecks kommt es dann nicht an, wenn es um Begriffe von naturwüchsigen, auch biologischen, jedenfalls aber nicht sozialen Vorgängen oder Zuständen geht. Solche Begriffe erhalten ihre soziale Relevanz einzig durch den Kontext. Beispiele geben Begriffe ab wie Sache (§§ 242, 246, 249, 303 StGB), beweglich (§§ 242 ff StGB), Frau (§ 177 StGB), Beischlaf (§ 182 StGB), Mutter (§ 217 StGB), Inbrandsetzen (§§ 306 ff StGB) etc. Soweit das Abgegrenzte nur geistig verstehbar ist, ergeben sich keine Besonderheiten; Beispiele sind Zahlbegriffe oder der Begriff des Irrtums (§ 263 StGB).

β) In einer weiteren Gruppe, in der es auf die Kenntnis des Regelungszwecks nicht ankommt, geht es um Merkmale, bei denen demonstriert werden soll, der Regelungszweck könne oder dürfe nicht mißdeutet werden. Der Täter, der das Normbegrenzte kennt, ist dann selbst dafür zuständig, eine Bedeutungskenntnis herzustellen; mißlingt die Herstellung, steht er nicht anders da, als wenn sie gelingt. Hauptbeispiel dieser Gruppe ist das Tatbestandsmerkmal Mensch (als Bezeichnung des Opfers, aber auch für andere Rollen): Zur Kenntnis (etwa) des Beginns und des Endes des Menschseins gehört das Wissen, daß mindestens ein Zustand in der Geburt erreicht wurde und kein völliger Gehirntod eingetreten ist. Irgendwelche Bedeutungen, die diesen Fakten die Wertindifferenz nehmen, müssen nicht gekannt sein[124]. Eine Regelung solcher Art, genauer: eine Interpretation der gesetzlichen Regelung in solcher Art, führt dazu, daß kein Täter entlastend vorbringen kann, er habe sein Opfer nicht für einen Menschen im Sinn eines Gleichen gehalten, sondern zwar biologisch für einen Menschen, aber sozial — etwa — für einen Sklaven von Natur; nicht das Verständnis vom Sozialen entscheidet, sondern dasjenige vom Biologischen. Eine solche Norminterpretation hat praktische Bedeutung für die Sicherung des Grenzbereichs; ein Täter, der — vielleicht sogar plausibel — anders wertet als das Gesetz bei der Bildung des Tatbestands, handelt trotzdem vorsätzlich. Beispiel: Ein Arzt, der einem großhirnlosen Menschen Organe in der Meinung entnimmt, alleinige Stammhirnfunktionen seien kein Indikator menschlichen Lebens, handelt bei bloßer Normbegrenzung des Merkmals Mensch selbst dann vorsätzlich, wenn er nicht einmal wissen könnte, daß auch eine andere Sicht möglich wäre; ginge es nicht nur um Biologisches, sondern um dessen soziale Relevanz selbst, so schlösse die abweichende Wertung des Täters Vorsatz aus. Der Verzicht auf eine Materialisierung des Tatbestandsmerkmals Mensch führt in solchen Fällen zu einer Ähnlichkeit mit abstrakten Gefährdungsdelikten; an die Stelle von Einsicht tritt Gesetzesgehorsam.

---

122 Man mag die Namen für Individuen und die Zahlen ausnehmen; aber auch dabei kann es als Ergebnis einer Interpretation angesehen werden, daß das Individuum nicht pars pro toto genannt und die Zahl (etwa eine Altersgrenze) nicht eine bloße Verkürzung des gemeinten Materialen (etwa einer reifebedingten Eigenschaft) ist.

123 Ähnlich wie hier *Kunert* Merkmale S. 90; seine andere Lösung zum Begriff der Sache beruht auf einer Vermengung mit dem Begriff des Beschädigens: — Falsch dürfte allerdings *Kunerts* Ausklammerung des Begriffs Mensch sein, die er vornimmt, da mindestens historisch der Begriff anders, etwa ohne die „Wilden", gefaßt gewesen sei. Die Gleichheit wird aber strafrechtlich nicht durch ein den Tatbeständen zu subintelligierendes Merkmal (und dann Vorsatzerfordernis!) garantiert, sondern durch tatbestandliche *Nichtberücksichtigung* von Ungleichheiten.

124 Anders wohl *Stratenwerth* AT Rdn. 258.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

γ) Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich einzig auf Tatbestandsmerkmale, die in einem engeren Sinn normative Tatbestandsmerkmale sind.

54 bb) Einige Merkmale sind *normbezogen.* Eine Gruppe von tatbestandlichen Begriffen bezieht sich auf eine soziale Ordnung. So setzen Begriffe wie Wohnung und Geschäftsraum (§ 123 StGB), Unfall, Geschädigter (§ 142 StGB[124a]), Geld (§§ 146 ff StGB), Vereinigung (§ 166 StGB), verletzen, beschädigen, zerstören (§§ 223, 303 StGB[125]) einen Kanon verfestigter Erwartungen im sozialen Leben und deshalb soziale Normen voraus, ohne daß aber aus dem Begriff ersichtlich wäre, ob das Recht diese Erwartungen billigt, was auch prompt häufig nicht der Fall ist, etwa bei den Begriffen: Bande (§ 250 Abs. 1 Nr. 4 StGB), gemeinschaftlich (§ 223 a StGB), pornographische Schrift (§ 184 StGB) oder Vereinigung (§§ 129 f StGB). — Der Vorsatz muß sich auf das erstrecken, was im Begriff steckt, also auf die Ordnung. Spekulationen über deren Bedeutung sind überflüssig. Beispiel: Pornographische Schriften kennt auch, wer bei deren Verbreitung keine pädagogischen Befürchtungen hegt, sich vielmehr positive Effekte verspricht, die Bedeutung also anders sieht als der Gesetzgeber. — Die Grenze zur folgenden Gruppe verläuft durchaus unscharf.

55 cc) Einige Merkmale sind *normgefüllt.* Es gibt Merkmale, deren Inhalt einen anderweitig konstituierten, rechtlichen oder außerrechtlichen (informellen) Normbefehl übernimmt.

α) Das Merkmal kann den Verstoß gegen eine außerrechtliche Norm zum Inhalt haben. So ist die Mißhandlung in § 223 StGB u. a. durch den Verstoß gegen die üblichen Regeln sozialen Umgangs definiert, entsprechend die Diebstahlswegnahme bei einem normativen Gewahrsamsbegriff als Verstoß gegen die übliche Zuordnung von Sachgewalt (nicht nur Störung eines Kräfteverhältnisses)[126], die Beleidigung bei einem normativen Ehrbegriff als Verstoß gegen die zukommende (nicht nur bestehende) Achtung[127] etc. Da es darum geht, daß der Täter dem Opfer das diesem Zukommende nimmt oder nicht gewährt, ist Kenntnis der Ordnung nötig, aber auch ausreichend; ein subjektiver Nachvollzug der Bewertung oder auch nur eine Anerkennung der Brauchbarkeit der Bewertung sind nicht erforderlich. Beispielsweise hat also auch Mißhandlungsvorsatz, wer einem anderen heimlich Haschisch eingibt und subjektiv überzeugt ist, daß die Einnahme zu einem erfüllten Leben gehört, oder es hat Beleidigungsvorsatz, wer einer Person Promiskuität nachsagt, auch wenn er selbst diese positiv beurteilt, sofern er jeweils nur die anerkannte andere Beurteilung kennt[128]. Diese Kenntnis kann natürlich randunscharf und laienhaft sein. Jedenfalls geht es nicht um eine Neuwertung oder Nachwertung, sondern um Wertungskenntnis.

56 β) Entsprechend verhält es sich bei Merkmalen, die (den Verstoß gegen) eine rechtliche Zuordnung zum Inhalt haben. So verweist das Merkmal „fremd" in den Eigentumsdelikten auf die Eigentumsordnung des bürgerlichen Rechts und des Rechts der öffentlichen Sachen. Zum Vorsatz gehört die Kenntnis des dortigen Regelungseffekts, die wiederum randunscharf sein kann. Beispiel: Über die zum Teil recht schwierigen und bestrittenen Eigentumsverhältnisse an wilden Tieren (etwa an Wild in Wildgattern oder in Schlingen[129]), dürften nur Spezialisten Bescheid wissen. Für den Vorsatz der Fremdheit bei § 242 StGB wie für denjenigen des fremden Jagdrechts bei § 292 StGB

124a Unklar OLG Düsseldorf StV 1986 S. 159 f mit kritischer Anmerkung *Kuhlen* StV 1987 S. 437 ff.

125 Zweifelhaft, jedenfalls das Mißhandeln des § 223 StGB geht über in die folgende Gruppe, siehe dort.

126 Grundlegend *Welzel* GA 1960 S. 257 ff.

127 *Welzel* Strafrecht § 42 I 1 vor a und a; *Hirsch* Ehre und Beleidigung S. 29 ff.

128 Ähnlich *Kunert* Merkmale S. 93 ff, 101 ff; dagegen *Schaffstein* OLG Celle-Festschrift S. 175 ff, 197.

129 RG 26 S. 218 f; 29 S. 216 f; 60 S. 273 ff, 275 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

genügt gleichermaßen das Bewußtsein, daß das wilde Tier einem anderen „gehört“[130]. — Nach diesen Maximen muß bei der vorsätzlichen Steuerhinterziehung (§ 370 AO) das Bestehen eines Steueranspruchs gekannt sein[131]; bei der Verletzung der Unterhaltspflicht (§ 170 b StGB) muß der Täter den Unterhaltsanspruch wie seine Leistungsfähigkeit kennen[132]. Beim Urkundsbegriff (§§ 267, 271, 346 StGB) kommt es darauf an, ob bei seiner Definition am Faktum des Vertrauens (dann nur ein normbezogener Begriff) oder an der Legitimität des Rechtsverkehrs (dann normgefüllt) angesetzt wird. Vorsätzlich „ohne (tatbestandsausschließende) Erlaubnis“ handelt nur, wer die Erlaubnisbedürftigkeit kennt[132a]. Zum Vorsatz des Mißbrauchs von Amtsbezeichnungen (§ 132 a Abs. 1 Satz 1 StGB) gehört das Wissen, daß die Bezeichnung für Amtsinhaber reserviert ist[132b]. — In diese Gruppe gehört auch der Gegenstand der Verwerflichkeit bei der Nötigung und der Erpressung (§§ 240, 253, 255 StGB), scil. die Beschneidung der rechtlich garantierten Freiheit des Opfers durch den Täter[133]. — Schließlich gehören in diese Gruppe die früher von *Welzel* sogenannten speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmale[133a] (Rechtspflichtmerkmale), soweit sie den Unrechtstatbestand betreffen (siehe oben 6/64 f), etwa die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung bei § 113 StGB, und die Tätermerkmale der Sonderdelikte: Beamte, Vormünder und als Sondermerkmal auch Eltern werden nämlich u. a. durch die Pflicht definiert, die sie beim Sonderdelikt verletzen (siehe unten zum Versuch 25/43 ff und zur Unterlassung 29/90). Ein Beamter ist eine Person, die u. a. nicht bestechlich sein darf, ein Vormund eine Person, die für das Mündel zu sorgen hat etc. Freilich kann auch hier die Kenntnis des Täters randunscharf sein.

b) Die Konsequenzen für die Scheidung von Vorsatz und Unrechtsbewußtsein

Die normgefüllten Merkmale übernehmen eine anderweitig konstituierte Norm. **57**
Damit gibt es bei ihnen eine Normwidrigkeit als Tatbestandsvoraussetzung[134]: Je nach Anknüpfungsart an eine informelle oder an eine rechtliche Norm kommt bei gegebenem Vorsatz ein Verbotsirrtum praktisch oder gar überhaupt nicht mehr als direkter

130 *Binding* Normen Bd. III S. 146 ff, 150.

131 BGH 5 S. 90 ff; OLG Bremen StV 1985 S. 283 ff mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen; *Welzel* NJW 1953 S. 486 ff; *Franzen-Gast-Samson* Steuerstrafrecht § 370 Rdn. 187; *Thomas* NStZ 1987 S. 260 ff; *Schlüchter* wistra 1985 S. 43 ff, 46 ff; *Reiß* wistra 1986 S. 193 ff; *a. A. Meyer* NStZ 1986 S. 443 ff und S. 500 f; BayObLG Betrieb 1981 S. 874 ff, 875 (nur die Merkmale, von denen das Bestehen des Anspruchs abhängt, müssen gekannt sein); *Warda* Abgrenzung S. 47 f; *Maiwald* Unrechtskenntnis S. 15 ff und passim; siehe dazu *Tiedemann* ZStW 81 S. 869 ff, 874 f; siehe auch *Lüderssen* wistra 1983 S. 223 ff.

132 OLG Köln NJW 1981 S. 63 f.

132a *Meyer* JuS 1983 S. 513 ff, 514 f.

132b *A. A.* (diesbezügliche Unkenntnis als Verbotsirrtum) OLG Düsseldorf NJW 1984 S. 2959 f, 2960.

133 *Jakobs* Peters-Festschrift S. 69 ff, 77 ff; die wucherähnlichen Fälle, die von der überwiegenden Ansicht unter den Namen von Nötigung und Erpressung erfaßt werden (hierzu *Jakobs* aaO S. 69 ff, 71 ff) rechnen zur vorigen Gruppe. — Zur Verwerfung der Lehre von den offenen Tatbeständen zugunsten eines unbestimmt-geschlossenen Tatbestands siehe oben 6/61 ff.

133a Nicht hierher gehört die Berufsuntersagung nach § 145 c StGB: Die gerichtliche Untersagung ist bereits die Norm, die durch § 145 c StGB nur als strafbewehrte Norm verstärkt wird („Das gerichtliche Verbot ist strafbewehrt.“); nicht aber übernimmt § 145 c StGB das gerichtliche Verbot als Tatbestandsmerkmal (nicht: „Achtet gerichtliche Verbote bei Strafe.“). Daß der Tatbestand dabei nur eine höchst abstrakte soziale Störung indiziert (die Berufsausübung ist die Tatbestandsverwirklichung), liegt am Regelungszweck: Es geht um eine bloße Normwidrigkeit ohne weiteren materialen Regelungsgehalt. Der Irrtum über den Bestand des Berufsverbots ist also Verbotsirrtum. *A. A.* die überwiegende Ansicht; BGH NStZ 1989 S. 475 (mit kritischer Anmerkung *Dölp* aaO S. 475 f) mit Nachweisen.

134 Das berücksichtigt *Haft* JA 1981 S. 281 ff, 283 ff nicht, der meint, einen „gegenstandsbezogenen“ von einem „begriffsbezogenen“ Irrtum trennen zu können: Aber der Begriff kann schon im Gegenstand stecken; — kritisch zu *Haft* auch *Tischler* Verbotsirrtum S. 336 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Irrtum in Betracht[134a], sondern nur noch als Irrtum über die Geltung oder den Umfang eines Rechtfertigungsgrunds; bei Tätermerkmalen der Sonderdelikte ist auch ein Irrtum über beiläufige Pflichten möglich[135]. Beispiel: Das Verständnis der rechtlichen Regelung der Fremdheit bei den Eigentumsdelikten ist ohne Verständnis der Rechtszuständigkeit des Eigentümers und des Verbots, den Berechtigten zu stören, nicht zu leisten. Abgeschwächt gilt das auch für die normbezogenen Merkmale; die Kenntnis der Störung rechtlich gebilligter Erwartungen ist Kenntnis der materiellen Rechtswidrigkeit, ebenso die Kenntnis der Erfüllung rechtlich mißbilligter Erwartungen.

c) Irrtumsprobleme

58 aa) Es ist zu unterscheiden, ob der Täter die Beurteilung *vor* ihrem Substrat kennt (α) oder nur mit Hilfe des Substrats die Beurteilung erschließen kann (β und γ).

α) Zur Kenntnis einer Ordnung oder Zuordnung kommt der Täter nicht stets über die Kenntnis des Substrats; Beispiel: Wie fremdes Eigentum entstanden ist, weiß man selten; daß es entstanden ist, weiß man hingegen in der Regel; falsche Spekulationen über den Entstehungsgrund hindern den Vorsatz nicht. So liegt Vorsatz vor, wenn der Täter meint, er stehle dem Eigentümer eine ererbte Sache, während in Wirklichkeit diese Sache nicht per Erbgang, sondern durch die Erfüllung eines Vermächtnisses erworben wurde. Oder: Ob eine echte Urkunde, die der Täter verfälschen will, eigenhändig oder legitimiert fremdhändig (per „Geistigkeit") entstanden ist, ist für den Fälschungsvorsatz bedeutungslos, wenn es sich um Rückschlüsse des Täters aus der sowieso gekannten Echtheit handelt. Jedenfalls liegt Vorsatz vor, wenn der Täter bei Kenntnis des Tatumstands über den Entstehungsgrund falsch mutmaßt.

59 β) Der Schluß aus einem *ungeeigneten* Substrat auf den Tatumstand ergibt keinen Vorsatz, und zwar auch dann nicht, wenn der Schluß aus anderen Substraten angemessen wäre (beim „doppelten" Irrtum hebt nicht ein Irrtum den anderen auf). Beispiel zu den normbezogenen Merkmalen: Wer eine Schrift wegen ihres atheistischen Gehalts für pornographisch hält, deren grob sadistische Tendenz jedoch nicht kennt, hat keinen Vorsatz. Beispiele zu den normgefüllten Merkmalen: Wer den Erben für einen Vermächtnisnehmer hält, diesem aber durch die irrige Annahme eines Vindikationslegats (i. e. ein unvermittelt Eigentum verschaffendes Vermächtnis) Eigentum zuordnet, hat keinen Vorsatz bezüglich dieses Eigentums; denn es ist nicht Zweck der Eigentum schützenden Normen, Forderungen als Eigentum zu schützen[136]. Nimmt ein Neffe

---

[134a] Insoweit zutreffend *Arthur Kaufmann* Lackner-Festschrift S. 185 ff, 190 ff; *a. A. Puppe* GA 1990 S. 145 ff, 157 f mit Fn. 24, S. 162 ff.

[135] Siehe *Baumann* Welzel-Festschrift S. 533 ff mit zahlreichen Beispielen; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 46.

[136] Zweifelhaft also BayObLG NJW 1963 S. 310 mit der Annahme von vollendeter Unterschlagung in folgendem Fall: Der Täter meint, man werde auch ohne besondere Vereinbarung stets erst mit voller Bezahlung Eigentümer einer gekauften Sache; den bestehenden Eigentumsvorbehalt kennt er nicht. — § 246 StGB unterläuft auch dann nicht das Abstraktionsprinzip, wenn der Täter dieses nicht kennt. Freilich kann die Unkenntnis dazu führen, daß der Täter eine Übereignungserklärung als konkludent durch volle Bezahlung bedingt ansieht. Da eine solche Gestaltung rechtlich zulässig wäre, kennt der Täter dann den bestehenden Eigentumsvorbehalt. — In der Umkehrung kann die Unkenntnis des Abstraktionsprinzips dazu führen, daß der Täter einer Verpflichtungserklärung irrtümlich zugleich den Inhalt einer Verfügungserklärung beilegt: Da eine solche Kombination wiederum nach geltendem Recht zulässig wäre, ist diese vorgestellte Erklärung geeignetes Substrat einer Übereignung. Wie das BayObLG *Schlüchter* Irrtum S. 121 f; sachlich ebenso *Puppe* GA 1990 S. 145 ff, 155 f, aber anders für „gesamttatbewertende Merkmale" S. 170 ff und „Wertprädikate" S. 174 ff, bei denen die Kenntnis der „tatsächlichen Grundlage" — ohne Parallelbeurteilung! — hinreichen soll; ähnlich *Kuhlen* Unterscheidung S. 494 ff; *Jescheck* AT § 50 II 2 mit weiteren Nachweisen; hauptsächlich gegen die „Aufrechnung" der Irrtümer wie hier *Haft* JuS 1980 S. 430 ff, 588 ff; siehe auch *Steininger* JurBl. 1987 S. 205 ff, 287 ff, 301 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

irrig an, wenn er die Lagerhalle seines Onkels anzünde, habe dieser — auch wenn es an einer Kollusion fehle — keinen Anspruch aus der Brandversicherung, so handelt er nicht in betrügerischer, sondern in wahndeliktischer Absicht (zu § 265 StGB). — Dazu auch unten 25/42.

γ) Schließt der Täter aus einem *an sich geeigneten* Substrat auf den Tatumstand, so **60** liegt Vorsatz vor; besteht der Tatumstand freilich mangels Substrats nicht oder nur wegen eines anderen Substrats, so bleibt es beim Versuch; Beispiel: Nur ein versuchter Diebstahl liegt beim Diebesgriff des Schmuckfabrikanten vor, der meint, gesehen zu haben, wie der Prokurist einem Käufer Rohdiamanten veräußerte, während in Wahrheit ein Diamantenlieferant sein Vorbehaltseigentum zurückforderte. Anders verhält es sich aber, wenn der Täter nicht aus dem Substrat auf die Rechtsfolge (auf den Tatumstand) schließt, sondern den Tatumstand aus allgemeinen Erwägungen kennt und über das Substrat spekuliert (so bei der oben eingangs genannten Fallgruppe). Insgesamt gilt, daß der Vorsatz so unteilbar ist, wie das Unrechtsbewußtsein unteilbar ist[137].

bb) Wer bei zutreffender Verbindung von Substrat und Folge meint, auch andere, **61** objektiv ungeeignete Umstände würden die Folge auslösen, hat nur Vorsatz, wenn sein Irrtum nur Randfälle betrifft. Beispiel: Der Begriff des Eigentums wird nicht dadurch falsch, daß der Täter irrig und ohne Bezug zum konkreten Verhalten meint, ein Vermächtnisnehmer erwerbe unvermittelt Eigentum, oder daß der Täter etwa vom Erwerb in öffentlichen Versteigerungen keine Ahnung hat. Ein richtiger Begriff vom Eigentum fehlt aber, wenn der Täter meint, es handele sich beim Eigentum um ein Recht, das u. a. auch von jedem Dieb durch den Diebesgriff erworben werde; in solchen Fällen fehlt eine hinreichende Kenntnis des Regelungseffekts.

Zu aa) und bb); Regel: Eine zu strenge Parallelbeurteilung und das Fehlen einer **62** Parallelbeurteilung belasten nie. — Siehe auch unten zum Versuch 25/43 ff, dort auch zum Umkehrprinzip, und zur subjektiven Seite bei der Rechtfertigung 11/39 ff.

D. Die Kausalität als Vorsatzgegenstand

Der Vorsatz muß auch die Kausalität der Handlung für den Erfolg umfassen. **63** Freilich ist teils diffizil zu bestimmen, ob und in welchem Maß sich der Vorsatz auch auf den Verlauf zum Erfolg und auf den Erfolg in seiner konkreten Gestalt beziehen muß. — Im Ergebnis muß der Täter das Risiko kennen, das sich verwirklicht, nicht aber den konkreten Verlauf, durch den es sich verwirklicht.

1. Die Verwirklichung des gesehenen Risikos

a) Grundsatz: Übertragung der Regeln der objektiven Zurechnung

aa) Was zunächst bei konstantem Erfolg die *Abweichung* des objektiven *Kausalverlaufs* vom subjektiv vorgestellten Kausalverlauf angeht, so herrscht Einigkeit darüber, **64** daß nicht jede Detaildifferenz zwischen subjektiver und objektiver Lage es ausschließt, den Erfolg als vorsätzlich herbeigeführt zuzurechnen. Nach üblicher Formulierung soll nur eine wesentliche Abweichung vorsätzliche Vollendung hindern, wobei die Wesentlichkeit danach bestimmt wird, ob die Abweichung vom Vorstellungsbild des Täters ausgehend noch adäquat ist[138] (oben 7/31 ff). Eine neuere Lehre, die auf Prinzi-

137 Konsequent anders von der Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins aus deshalb auch *Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 229.

138 RG 51 S. 306 ff, 311; 70 S. 257 ff, 258; RG HRR 1939 Nr. 395; OGH 2 S. 63 ff, 64 (dazu *Jescheck* AT § 29 V 6 b); BGH 1 S. 278 ff, 279; 7 S. 326 ff, 329; 9 S. 240 ff, 242; 10 S. 313 ff; 14 S. 193 ff, 194; 23 S. 133 ff, 135; *Welzel* Strafrecht § 13 I 3 d vor α; *Baumann-Weber* AT § 26 II 4 b β; *Maurach-Zipf* AT I § 23 Rdn. 27 ff; *Driendl* GA 1986 S. 253 ff, 265 ff für Kausalverläufe, die objektiv prognostiziert werden können. — Stärker

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

pien zurückgreift, die zur objektiven Zurechnung entwickelt wurden, bestimmt — höchst präzisierungsbedürftig — die Wesentlichkeit danach, ob der konkrete Verlauf noch eine Realisierung des vom Täter vorsätzlich gesetzten Risikos ist[139]. Es handelt sich um Fälle der Art, daß der Täter sein Opfer von einer Brücke in einen Fluß werfen will, damit es ertrinke, das Opfer aber auf einen Eisbrecher vor einem Brückenpfeiler aufprallt und dadurch getötet wird (keine vorsätzliche Vollendung[139a], streitig), oder aber daß der Täter das Opfer erschlagen will, dieses jedoch an einer schweren Infektion der großen Wunde stirbt[140] (vorsätzliche Vollendung) etc.[141].

65 bb) Daß die Lösung nicht über die Adäquanz des Verlaufs gefunden werden kann, folgt aus dem Ergebnis der oben zur objektiven Zurechnung ausgeführten Kritik an der Adäquanztheorie. Es ist deshalb — unter Preisgabe aller Verbindungen zur Adäquanz des Verlaufs — mit der neueren Lehre bei dem vom Täter vorsätzlich gesetzten Risiko anzusetzen und die Verwirklichung dieses Risikos zu prüfen. Der Gang dieser Prüfung erfolgt entsprechend der Prüfung einer Risikoverwirklichung bei der objektiven Zurechnung (oben 7/72 ff). Eine vorsätzliche Erfolgsherbeiführung liegt dann vor, wenn das vom Täter vorsätzlich geschaffene Risiko (allein oder zusammen mit einem anderen Risiko) den Schadensverlauf erklärt (zum Begriff der Erklärung oben 7/72). Wie zur objektiven Zurechnung ist zur Ermittlung dieser Erklärung das Verhalten des Täters zum angegriffenen Objekt in einzelne unerlaubt oder erlaubt riskante Beziehungen zu zerlegen, wobei im hiesigen Bereich insbesondere die Fallkonstellation möglich ist, daß der Täter mehrere unerlaubt riskante Beziehungen schafft, diese aber nur teils als riskant erkennt. Wie es bei der objektiven Zurechnung nicht allein darauf ankommt, ob ein unerlaubt riskantes Verhalten den Erfolg bedingt, so kommt es bei der Zurechnung als vorsätzliche Tat nicht allein darauf an, ob eine vorsätzlich geschaffene riskante Beziehung eine Erfolgsbedingung ist; der Erfolg muß vielmehr *wegen* des vorsätzlich geschaffenen Risikos und nicht nur *gelegentlich* dieses Risikos eintreten[141a].

---

subjektiv *Hruschka* AT S. 12 f (die Wesentlichkeit soll sich nach dem Standpunkt — nicht nur: Vorstellungsbild — des Täters bestimmen).

139 *AK-Zielinski* §§ 15, 16 Rdn. 59 f; *SK-Rudolphi* § 16 Rdn. 31; *Stratenwerth* AT Rdn. 276; *Jescheck* AT § 29 V 6 b; *Jakobs* Studien S. 89 ff; *Wolter* ZStW 89 S. 649 ff, 680 f, 703; *ders.* Objektive und personale Zurechnung S. 27 f, 127 ff, 357; *ders.* in: Grundfragen S. 103 ff, 112 ff (stärker objektivierend, als es hier geschieht; dagegen *Armin Kaufmann* Jescheck-Festschrift S. 251 ff, 261 ff); wohl auch *Schmidhäuser* AT 10/44 in Verbindung mit 10/41; siehe auch BayObLG VRS 64 S. 368 f. — Nach *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 20 soll es auf die „dem Täter bekannte konkrete Erfolgstauglichkeit der Handlung" ankommen; auch *ders.* GA 1979 S. 321 ff, 327 f; freilich ist der Schluß aus der Tauglichkeit eines Risikos auf seine Verwirklichung nicht gesichert. — *Herzberg* ZStW 85 S. 867 ff, 886 ff (anders *ders.* JA 1981 S. 369 ff, 470 ff) will Abweichungen unberücksichtigt lassen, solange sie im Rahmen des Mitbewußtseins liegen. Das versagt schon bei simplen Alltagsfällen: Die — je nach Detaillierung — nahezu grenzenlosen Verlaufsvarianten etwa eines Schusses in die Brust eines Menschen mit Todesfolge können unmöglich auch nur in wesentlichen Teilen mitbewußt sein. Zudem mag einem uninteressierten Täter überhaupt nur mitbewußt sein, *daß* ein Verlauf stattfindet; *was* etwa nach einer Giftinfektion bis zum Ende geschieht, mag den Täter nicht interessieren: deshalb kein Vorsatz?

139a *A. A. Frisch* Verhalten S. 610 mit Nachweisen.

140 RG 70 S. 257 ff, 258 ff.

141 Bekannt ist auch der von *H. Mayer* JZ 1956 S. 109 ff, 111 gebildete Fall: Ein Kind wird vom Ponte Rialto in den Canale Grande geworfen, wo es nicht wie erwartet ertrinkt, sondern von einem überraschend auftauchenden Hai zerrissen wird.

141a *Frisch* Verhalten S. 588 ff, 606 ff wendet hiergegen ein, es genüge, wenn der Täter das Verhalten in seiner „normativ relevanten Dimension" erfaßt habe; die einzelnen Verlaufsvarianten seien dann „naturalistische Ausprägungsfälle ein und desselben normativen Sachverhalts". Unstimmigkeiten entstehen bei dieser Lösung schon, wenn ein quantitativ größerer Erfolg eintritt, als der Täter voraussah; *Frisch* will dann das zurechenbare Quantum auf das vorgesetzte Maß beschränken. — Aber wieso nicht auf die Verwirklichungs*weise*? Die Täterentscheidung ist entweder auf die erklärenden Umstände bezogen (dagegen *Frisch* aaO S. 592), oder sie ist eine normative Konstruktion (was axiologisch vorzugswürdig sein mag, aber de lege lata durch § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB ausgeschlossen wird).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

cc α) Ein Risiko, das sich der Täter nur vorstellt, weil er abergläubisch oder sonst **65a** nicht verständig denkt, kann sich nicht verwirklichen. Damit scheidet insoweit Vollendung aus. Versuch wäre nur dann möglich, wenn eine solche Risikovorstellung des Täters einen *tatbestandlichen* Vorsatz bildete, wenn sich also die Tatbestände auch auf nicht verständige und deshalb in der verständigenden Kommunikation irrelevante Risiken bezögen. Da aber Tatbestände nur sozial relevante Störungen erfassen, fallen solche Vorstellungen als Tatbestandsvorsätze aus. Das Problem wird beim Versuch genauer behandelt (unten 25/22 f); es geht freilich nicht um ein spezifisches Versuchsproblem, sondern um ein Problem des Vorsatzgegenstandes.

β) Der Vorsatzgegenstand ist *partiell* nicht tatbestandlich, wenn der Täter die Größe eines Risikos aufgrund kommunikativ irrelevanter Umstände überschätzt. Beispiel: Wer bei einem Schuß auf eine sehr entfernte Person einen Treffer aufgrund eines innigen Gebets (oder einer albernen Trefferstatistik) für sicher hält, hat subjektiv eine sichere Vorstellung, aber diese ist partiell — eben in dem Maß, in dem sie durch unverständige Vorstellung bestimmt wird — keine tatbestandsmäßig relevante Vorstellung. — Verkennt der Täter eine bei verständigem Urteil gegebene Gefahr und nimmt zugleich eine kommunikativ irrelevante Gefahr an, so handelt er allenfalls fahrlässig, da der Gegenstand seines Vorsatzes wiederum nicht eine *Tatbestands*verwirklichung ist. Beispiel: Der aus „Dreck und Feuer" zusammengebraute Schadenstrank enthält — was der Täter nicht bedenkt — krankheitserregende Keime.

γ) Die Entscheidung ist schwieriger, wenn der Täter ein aufgrund verständiger Annahmen vorgestelltes Risiko wegen kommunikativ irrelevanter Annahmen für paralysiert hält. Soweit der verständige und der unverständige Teil getrennt werden können, bleibt wohl eine Kenntnis von der Verwirklichung des Tatbestands (zweifelhaft). Beispiel: Arsen, dessen gesundheitszerstörende Wirkung dem Täter bekannt ist, gibt dieser nach einigen Zaubereien seiner Angebeteten als vermeintlich gesundheitsförderndes Aphrodisiacum: Vergiftung (siehe auch zum Rücktritt unten 26/23). Meist werden sich freilich Verstand und Unverstand untrennbar verschlingen.

b) Einzelheiten

aa) Ob sich das vom Täter erkannte Risiko verwirklicht, hängt nicht von den **66** Vorstellungen des Täters davon ab, wie es sich verwirklichen werde; der Täter mag falsche Vorstellungen haben, wie selbst Fachleute teils falsche Vorstellungen von Vorgängen auch auf ihrem Fachgebiet haben, etwa Pharmazeuten von der Wirkungsweise pharmazeutischer Mittel; der Täter mag auch überhaupt keine Vorstellungen haben[141b]. Beispiel: Ob ein Stoff, den der Täter als tödliches Gift kennt und dem Opfer eingibt, entgegen den Erwartungen des Täters, oder ohne daß der Täter über die Wirkungsweise nachgedacht hätte, den Magen verätzt, so daß das Opfer innerlich verblutet, oder zur Atemlähmung führt, ist gleichgültig, sofern es sich nur um die Verwirklichung des Risikos dieses Gifts handelt. Vorsatzgegenstand ist nicht ein konkreter Verlauf, sondern die Verwirklichung eines Risikos[142].

bb) Entsprechend der Lage bei der objektiven Zurechnung lassen sich auch bei der **67** Zurechnung als vorsätzliche Tat diejenigen Fallgestaltungen ohne größere Wertungsprobleme entscheiden, in denen das erkannte Risiko ein nicht erkanntes Risiko auslöst, aber auf dessen weitere Entwicklung ohne Einfluß bleibt. So kann sich etwa der Täter gelegentlich eines erkannten Erfolgsrisikos zusätzlich auch noch unerkannt riskant

---

141b *Frisch* Verhalten S. 586 f, 609.

142 Ähnlich, freilich von der Adäquanztheorie her argumentierend, *Krümpelmann* Beiheft ZStW 1978 S. 6 ff, 25.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

verhalten. Fällt etwa bei einer Operation unter klinischen Bedingungen das Operationsbesteck dem Patienten mit einer Verletzungsfolge auf ein Bein, so ist diese Verletzung allenfalls fahrlässig herbeigeführt; denn nicht das vorsätzlich geschaffene (erlaubte oder, bei fehlender Einwilligung oder Indikation, unerlaubte) Risiko der Operation erklärt den Verlauf, sondern das gelegentlich dieses Risikos geschaffene weitere, nicht erkannte Risiko des unvorsichtigen Umgangs mit scharfen oder spitzen Gegenständen. — Zu diesem Bereich gehören auch diejenigen Fallgestaltungen, in denen der Täter ein Risiko *zu weit, also durch zu wenige Bedingungen* definiert. Beispiel: Der Täter meint, für Kleinkinder seien alle Pilze giftig, und serviert dem Kind eine Portion Dosenchampignons, die — erkennbar oder unerkennbar — verdorben sind; — keine vorsätzliche Körperverletzung oder Tötung, da das gesehene Risiko keine unerlaubt riskante Beziehung ist; das verwirklichte Risiko wird hingegen nicht gesehen (liegt das verwirklichte Risiko auch noch im Rahmen des Erlaubten, fehlt schon die objektive Zurechnung).

68 cc α) Schwieriger ist die Entscheidung der Fallgestaltungen, in denen der Täter das Risiko *zu eng, also durch zu viele Bedingungen* definiert. Zur Lösung ist zunächst zu berücksichtigen, daß von jedem Menschen Risiken im alltäglichen Leben üblicherweise als ein Bündel teils kumulativ und teils alternativ notwendiger Bedingungen erfahren werden; daß Details austauschbar sind, gehört zur üblichen Risikodefinition dazu. Was ein Täter als Risiko erkennt, hängt entsprechend davon ab, wie die Fälle gestaltet waren, an denen er die Erfolgseignung selbst gelernt hat, oder — wohl häufiger — die Fälle, die eine dem Täter vermittelte Erfahrungstradition und damit das vom Täter angewendete Risikomodell gebildet haben. Beispiel: Daß ein unkontrolliertes Einstechen auf einen Menschen tödlich ausgehen kann, mag an der Verletzung lebenswichtiger Organe, am Blutverlust, an einer Infektion durch Verschmutzungen des Tatmittels oder an einer Infektion durch erhöhte Anfälligkeit wegen der körperlichen Schwächung liegen u. a. m.; je nach der Variante bilden andere Bedingungen das Risiko: Einmal muß ein Organ getroffen werden, das andere Mal eine wichtige Ader, die Wunde muß infiziert werden oder es muß zu einer interkurrenten Krankheit kommen etc. In der Regel wird ein Täter diese Risiken aber nicht auseinanderhalten; dann erkennt er die generelle Gefahr des Zustechens.

69 β) Zur Erfahrungstradition kann auch gehören, daß ein Verlauf gefährlich bleibt, wenn er die anvisierte Stelle verfehlt. Kraß: Auf das Herz eines Menschen zu schießen, ist nicht nur als tödliches Handeln bekannt, weil man manchmal genau trifft. Deshalb verwirklicht sich die gekannte Gefahr auch noch, wenn das Objekt an einer anderen Stelle getroffen wird[143]. — Häufig wird zweifelhaft bleiben, welches Risikomodell dem Täter vor Augen gestanden hat. Jedenfalls wäre es verfehlt, entsprechend der oben verworfenen Lösung über die Adäquanz dem Täter alles das als Risikokenntnis anzudichten, was ein besorgter Mensch als Risiko erkannt hätte[144]. So mag ein in plötzlicher Erregung zuschlagender Täter überhaupt nur das Risiko kennen, daß seine Faust den Körper des Opfers trifft, während bei einem längeren Kampf auch das Risiko, daß sich das Opfer bei Ausweichversuchen oder bei einem Sturz verletzt, also das Risiko der ganzen Situation, gesehen werden mag. Da der Vorsatz vom Gesetz als psychisches

---

143 Siehe *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 11 mit zutreffendem Hinweis auf die Notwendigkeit einer Begrenzung: Bei einer Attacke auf eine Fensterscheibe liegt nicht jede Stelle einer breiten Gebäudefront in dem Bereich, dessen potentielle Beschädigung in die Risikodefinition der Handlung eingegangen ist. Zu eng ist freilich die Beschränkung *Schroeders* zu § 225 StGB auf die erkannte schwere Folge (zutreffend weiter OLG Bremen MDR 1959 S. 777 f); siehe ferner *Backmann* JuS 1971 S. 113 ff, 118; *Schmidhäuser* AT 10/47; *Herzberg* JA 1981 S. 369 ff, 470 ff, 472.

144 Ganz uferlos BGH bei *Dallinger* MDR 1975 S. 22.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Faktum festgeschrieben ist, darf nicht anläßlich eines erkannten Risikos jedes erkennbare Risiko dem erkannten gleichgestellt werden.

dd) Wirkt auf den Verlauf des vom Täter erkannten Risikos ein weiteres — erkennbares oder nicht erkennbares, jedenfalls nicht aktuell erkanntes — Risiko ein, so kommt es darauf an, ob die Einwirkung das erkannte Risiko verdrängt (keine vorsätzliche Erfolgsbewirkung) oder nur relative Begleitumstände variiert (vorsätzliche Erfolgsbewirkung). Die Grenze zwischen Risikoverwirklichung und bloßer Variation relativer Begleitumstände ist wie die Grenze im Bereich der objektiven Zurechnung zu ziehen (oben 7/82): Das vom Täter erkannte Risiko verwirklicht sich, wenn es zur Erklärung des konkreten Verlaufs notwendig ist. Um das zu ermitteln, sind die Bedingungen des erkannten Risikos so variiert zu denken, daß der Täter sie nicht mehr als riskant erkennt. Ändern sich bei dieser variierten Lage gegenüber dem konkreten Verlauf allenfalls Umstände, von denen die Enttäuschung des Opfers nicht abhängt, also relative Begleitumstände (oben 7/16), so hat sich das erkannte Risiko nicht verwirklicht, ansonsten wohl. Eine Risikoverwirklichung liegt natürlich insbesondere vor, wenn bei jeder Variante der Erfolg überhaupt ausbleibt. Bei der Variation ist zu berücksichtigen, daß die Bedingungen eines Risikos üblicherweise (anders etwa in wissenschaftlichen Experimenten) nur so grob bestimmt werden, wie alltägliche Erfahrung randunscharf ist; entsprechend kann sich die Variation auch nur auf Merkmale beziehen, die man im praktischen Leben hinzufügt oder wegläßt, nicht aber auf nur theoretisch oder allenfalls im wissenschaftlichen Experiment isolierbare Merkmale. Freilich ist es gleichgültig (wiederum entsprechend der Lage bei der objektiven Zurechnung), ob der Täter in jedem Einzelfall die Variante vollziehen könnte; denn es geht nicht um die Berücksichtigung hypothetischer Kausalität, sondern um die Bildung einer Hypothese zum Zweck der Ermittlung einer realen Risikoverwirklichung. **70**

Ein Beispiel bildet der schon angeführte Fall eines Infektionstods statt eines erwarteten Tods an Blutverlust o. ä. Kann man eine Variante bilden, in der die Wunde so geringfügig ist, daß der Täter sie nicht mehr für tödlich gehalten hätte und ändern sich dann ohne Beeinflussung der Rettungschancen allenfalls der Todeszeitpunkt in geringfügigem Maß oder die Verlaufsart der Infektion oder der Sterbeort o. ä., so geht es um Differenzen, von denen die Enttäuschung des Opfers nicht abhängt, also um relative Begleitumstände, und das vom Täter erkannte Risiko hat sich nicht verwirklicht (wobei das verwirklichte Risiko sogar nicht einmal objektiv zurechenbar sein mag). Eine Risikoverwirklichung liegt aber vor, wenn bei einer kleineren Wunde die Infektion beherrschbar oder das Leben immerhin nennenswert zu verlängern gewesen wären o. ä.

Zur Abgrenzung: Das vergiftete Opfer erbricht im Todeskampf und erstickt; — Risikoverwirklichung, weil im alltäglichen Leben zwischen einer Vergiftung bis scharf an den Rand des Todes und bis hin zum Tod selbst nicht differenziert werden kann. Bei größeren Differenzen wäre aber der Erfolg überhaupt ausgeblieben. — Aber: Das vergiftete Opfer will wegen des üblen Geschmacks den Mund ausspülen, stürzt zum Waschbecken, fällt und erleidet einen Schädelbruch; — keine Risikoverwirklichung, weil man im alltäglichen Leben auch über übelschmeckende Substanzen verfügt, die nicht giftig sind. — Grenzfall: Das vergiftete Opfer torkelt benommen, stürzt und sein Schädel bricht. — Die Grenze kann also niemals exakter bestimmt werden, als im alltäglichen Leben Erfolgsbedingungen gehandhabt werden, und auch niemals exakter, als sich nicht enttäuschende relative Begleitumstände von enttäuschungsrelevanten Verlaufsänderungen unterscheiden lassen. **71**

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

72 ee) Hat der Täter das sich verwirklichende Risiko erkannt, so ist gleichgültig, ob der Verlauf zum Erfolg häufig oder nur vereinzelt vorkommt. Beispiel: Der mit Tötungsvorsatz durch einen Stich mit einem nicht desinfizierten Messer schwer Verletzte stirbt an einer wegen des Ausmaßes der Verletzung nicht beherrschbaren Infektion, die freilich durch die Verschmutzung des Messers mit einem extrem seltenen Erreger verursacht wurde[145]; — der seltene Erreger steht dem wirkungsgleichen (!) häufigen Erreger so gleich, wie die jeweiligen (je höchst seltenen) Einzelexemplare einer Spezies gleich stehen.

73 ff) Sind die vorgesetzte und die eingetretene Verletzung nicht von gleicher Quantität, so wird mindestens und höchstens das gesehene Quantum als vorsätzlich zugerechnet; tritt weniger ein, so bleibt die Handlung partiell Versuch; tritt mehr ein, so kommt zur vorsätzlichen Vollendung eine unvorsätzliche Erfolgsherbeiführung hinzu[146].

74 gg) Soweit sich das vom Täter gesehene Risiko verwirklicht, es aber für den *Bestand* des Erfolgs ohne Bedeutung ist, gelten die Ausführungen zur Strafrahmenmilderung wegen hypothetischer Erfolgsursachen (oben 7/92 ff).

2. Die vorzeitige Vollendung und der dolus generalis

75 Im bislang behandelten Bereich irrt der Täter, *wie* er von seiner Handlung zum vorgestellten Erfolg kommt. Davon ist der Irrtum zu trennen, *welche* von mehreren Handlungen des Täters den vorgestellten Erfolg bringt. Der Täter kann sich nach seiner Vorstellung noch im Stadium des unbeendeten Versuchs befinden, aber den Erfolg schon hinreichend bedingt haben (vorzeitige Vollendung), und er kann meinen, den Erfolg schon bewirkt zu haben, während er ihn erst danach durch ein beiläufiges Tun bewirkt (sogenannter dolus generalis).

76 a) Zur *vorzeitigen Vollendung:* Natürlich handelt es sich nicht um einen Irrtum, wenn der Täter das vorzeitige Bewirken kennt und — etwa der größeren Erfolgssicherheit wegen — weitere erfolgsgeeignete Handlungen plant. Beispiel: Wer bei einer Brandstiftung Benzin für den Fall bereithält, daß die angezündete Lunte nicht hinreichen sollte, begeht vorsätzliche Brandstiftung, wenn schon die Lunte das Objekt in Brand setzt. Vielmehr geht es um Fälle, in denen der Täter meint, noch nicht genug getan zu haben, um den Erfolg herbeizuführen, er aber objektiv schon genug getan hat. Beispiele: Das Opfer einer Lynchjustiz wehrt sich gegen seine „Hinrichtung" und kommt schon bei diesem Handgemenge ums Leben[147]. — Der Täter will das Opfer, das er betäubt hat, mit Tötungsvorsatz aus einem fahrenden Zug werfen; schon die Betäubung wirkt tödlich[148]. Überwiegend wird angenommen, wenn der Versuch begonnen worden sei[149], könne die eintretende Vollendung als vorsätzlich zugerechnet werden, sofern der Verlauf nur unwesentlich (adäquat) abweiche[150]. Das ist nicht richtig; denn

---

145 Siehe *Jakobs* Studien S. 97; — nach *Schünemann* JA 1975 S. 435 ff, 575 ff, 582 soll der Verlauf noch adäquat sein, was aber bei „extrem seltenen" Verläufen per definitionem falsch sein dürfte; — eine verfälschte Wiedergabe des Falls (das Maß der Stichverletzungen wird nicht als Bedingung des tödlichen Ausgangs der Infektion berücksichtigt) bringt *Wolter* ZStW 89 S. 649 ff, 685 f; *ders.* Objektive und personale Zurechnung, S. 71 f, 89 ff.

146 RG 26 S. 61 ff; die alte Lehre von der Irrelevanz des Quantitätsirrtums (*Binding* Normen Bd. II 1. Auflage, 1877, S. 421, 425) ist überholt; etwa die §§ 224, 226 StGB sind Delikte, die einen relevanten Qualitätsirrtum voraussetzen.

147 BGH GA 1955 S. 123 ff.

148 RG DStr. 1939 S. 178 f.

149 Also jedenfalls keine Vollendung, wenn der Täter seine Frau unter Vortäuschung eines Jagdunfalls erschießen will und es auf der Fahrt zur Jagd zu einem für die Frau tödlichen Autounfall kommt. Anschaulich zu einem ähnlichen Fall *Fischer* bei *Noll* AT S. 80.

150 So die soeben angeführten Entscheidungen und ferner *SK-Rudolphi* § 16 Rdn. 34; *Welzel* Lehrbuch § 13 I 3 d β; *Krümpelmann* Beiheft ZStW

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

der Täter kennt in den bezeichneten Fallgestaltungen nun einmal die Bedingungen des Erfolgs nicht, so daß sich kein ihm bekanntes Risiko verwirklicht. Der Versuch des Täters, ein anderes Risiko für das identische Gut zu verwirklichen, bleibt natürlich zurechenbar, ebenso eine gegebenenfalls vorliegende ideal konkurrierende fahrlässige Erfolgsherbeiführung[151]. — Zu den Rücktrittskonsequenzen siehe unten 26/13.

Die Lösung gilt auch dann, wenn der Täter während der Versuchsausführung die Schuldfähigkeit verliert: Ein schuldhaft begonnener Versuch und dazu ein schuldlos beendeter Versuch ergeben zusammen nicht eine zurechenbar vollendete Tat[152]. Eine andere Frage ist, ob ein durch die Tat oder frühere Planungsstadien zurechenbar bewirkter Affekt (etwa ein während des Tötens den Täter überkommender „Blutrausch") überhaupt die Schuld ausschließt (dazu unten 17/68, siehe ferner 17/69 ff; 18/14 ff, 17 f, 25, 32 ff).

b aa) *Zum dolus generalis*[153]: Nicht um einen Irrtumsfall handelt es sich, wenn der **77** Täter nach einem schon vermuteten Erfolg nochmals — etwa größerer Sicherheit wegen — mit Vorsatz auf das Opfer einwirkt. Beispiel: Der Täter schießt dem mit Tötungsvorsatz niedergeschossenen und mutmaßlich toten Opfer nochmals durch den Kopf, um jede Überlebenschance auszuschließen; erst der letzte Schuß tötet das Opfer; — eine vorsätzliche vollendete Tat. Es geht beim dolus generalis vielmehr um Fälle, in denen der Täter meint, den Erfolg schon hinreichend bedingt zu haben, während er ihn erst durch nachfolgende, nicht als erfolgsrelevant erkannte Handlungen herbeiführt. Beispiele: Der Täter hat einen Brandsatz mit Zeitzünder installiert; er raucht noch eine Zigarette, wirft die glimmende Kippe weg und verläßt den Tatort; die Kippe bewirkt einen Brand, wobei der Brandsatz an sich tauglich oder aber nur vermeintlich tauglich gewesen sein mag. — Der Täter hat sein Opfer vermeintlich getötet; er wirft es in einen Fluß oder vergräbt es oder knüpft es zur Vortäuschung eines Suizids auf oder überfährt es mit dem Auto zur Vortäuschung eines Verkehrsunfalls; erst das jeweils letztere Verhalten bewirkt den Tod[154].

Die Lage weicht hier insofern von derjenigen bei vorzeitiger Vollendung ab, als der **78** Täter immerhin mit dem ersten Akt vorsätzlich ein Risiko gesetzt hat, das sich trotz des

---

1978 S. 6 ff, 24 ff; *Maurach-Zipf* AT I § 23 Rdn. 36; *Stratenwerth* AT Rdn. 283; *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 56; *Schmidhäuser* AT 10/46 u. a. m.

151 *AK-Zielinski* §§ 15, 16 Rdn. 61; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 34 (freilich für Realkonkurrenz); *Herzberg* ZStW 85 S. 867 ff, 872, 883; *Frisch* Verhalten S. 603; *Hruschka* JuS 1982 S. 317 ff, 320 f; *ders.* AT S. 33 ff; *Wolter* ZStW 89 S. 649 ff, 697 f und Leferenz-Festschrift S. 545 ff, 557 ff (mit einer Sonderlösung für Rücktrittsfälle); *v. Scheurl* Rücktritt S. 47 f; *Armin Kaufmann* Jescheck-Festschrift S. 251 ff, 264 mit Fn. 28.

152 Anders wiederum die überwiegende Ansicht; Nachweise bei *Frisch* Verhalten S. 615 f, 623; aus der Rechtsprechung: BGH 7 S. 326 ff, 329 (behandelt als Abweichungsproblem, wenn der Verlust der Schuldfähigkeit duch den *Versuchsbeginn* erfolgt); 23 S. 133 ff, 136 mit Anmerkung *Oehler* JZ 1970 S. 380 ff (unwesentliche Abweichung auch, wenn der Verlust der Zurechnungsfähigkeit aus einem Verhalten *vor* Versuchsbeginn folgt, jedenfalls aber nicht aus Umständen, die nicht zur Disposition des Täters stehen); BGH 23 S. 356 ff, 358 (keine Zurechnung, wenn der Täter schon vor Versuchsbeginn die Schuldfähigkeit verliert). — Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich bei den beiden ersten Entscheidungen nur um Versuche, vorbehaltlich einer anderen Lösung der Entschuldigung. Ebenso *Geilen* JuS 1972 S. 73 ff, 76 ff; *ders.* Maurach-Festschrift S. 173 ff, 194 f; auch BGH GA 1956 S. 27 f; dazu *Oehler* GA 1956 S. 1 ff.

153 Der Begriff stammt aus einem früheren, heute nicht mehr vertretenen Lösungsversuch (alles mit der Tat zusammenhängende Handeln soll mit generellem Vorsatz geschehen); *Weber* NArchCrimR 7 S. 551 ff, 577; dagegen schon *Geyer* GA 13 (1865) S. 239 ff, 313 ff; klar gegen die Konstruktion eines generellen Vorsatzes BGH 14 S. 193 f; zumindest verbal noch am dolus generalis klebend *Welzel* Strafrecht § 13 I 3 d β.

154 Siehe die ähnlichen Fälle RG 67 S. 258 f; BGH 14 S. 193 f; OGH 1 S. 74 ff, 75; siehe auch schon die Fälle bei *Osenbrüggen* Casuistik des Criminalrechts Nr. 16 (S. 40 ff) und 17 (S. 44 ff).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

zweiten Akts oder modifiziert durch den zweiten Akt verwirklichen kann. Das ist zwar in den soeben genannten Beispielen nicht der Fall — die Tödlichkeit des vorsätzlich gesetzten Risikos erklärt dort nicht den Verlauf zum Tod —, wohl aber bei Konstellationen, bei denen der zweite Akt in seiner Wirkung an die Erfolgseignung des ersten anknüpft[155]. Beispiel: Der Täter hat dem Opfer bei einer Messerstecherei mit Tötungsvorsatz eine große Ader durchgestochen und ein lebenswichtiges Organ verletzt; das Opfer bricht so zusammen, daß die Ader weit aufklafft und das Opfer, bliebe es in die ser Lage, verbluten würde, bevor sich der Defekt am Organ auswirken würde; der Täter verbirgt aber die vermeintliche Leiche bald unter einem Holzstoß; dabei wird die Ader abgeklemmt und das Opfer stirbt nicht an Blutverlust, sondern des defekten Organs wegen; — das Risiko der Stecherei hat sich verwirklicht, also liegt eine vorsätzliche vollendete Tat vor[156]. Der Erfolg ist aber nicht als vorsätzlich zurechenbar, wenn das Risiko des ersten Akts von einem durch den zweiten Akt gesetzten neuen Risiko verdrängt wird: Das vorsätzlich gesetzte Risiko verwirklicht sich nicht, und das verwirklichte Risiko wird unvorsätzlich gesetzt.

79 bb) Wenn verbreitet argumentiert wird, es handele sich um einen Sonderfall der Abweichung vom Kausalverlauf[157], so ist das richtig, berechtigt aber nicht dazu, die Verwirklichung eines nicht erkannten Risikos zum Vorsatz zuzurechnen. — Soweit dahin entschieden wird, es liege stets nur Versuch vor, bei Vermeidbarkeit des zweiten Akts real konkurrierend mit Fahrlässigkeit[158], so wird verkannt, daß das Risiko des

---

155 *Jakobs* Studien S. 99 f; *Frisch* Verhalten S. 620 ff mit Fn. 240.

156 Natürlich läge eine solche auch vor, wenn das Opfer liegengeblieben und verblutet wäre; das ist nur zu erwähnen, weil *Roxin* Würtenberger-Festschrift S. 109 ff, 120 die Lösung entsprechend mißdeutend hat.

157 So die oben genannten Entscheidungen und zahlreiche auch hier mit der Adäquanz operierende Autoren für den Fall, daß der zweite Akt von vornherein geplant war: *Welzel* Strafrecht § 13 I 3 d β; *Stratenwerth* AT Rdn. 281 (mit Bemerkungen zur Bedeutung der Planung für die Adäquanz); *SK-Rudolphi* § 16 Rdn. 35; *Wolter* Leferenz-Festschrift S. 545 ff, 549 f (noch weiter vorsätzliche Vollendung annehmend wohl *ders.* ZStW 89 S. 649 ff, 659 f, 683 ff, 694); *Driendl* GA 1986 S. 253 ff; — für Vollendung sogar ohne das Erfordernis einer umfassenden Planung (aber was ist etwa ein adäquater Umgang mit einer vermeintlichen Leiche?) *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 58; *Jescheck* AT § 29 V 6 d; *H. Mayer* JZ 1956 S. 109 ff; *Baumann-Weber* AT § 26 II 4 b β.

158 So wohl RG 70 S. 257 ff, 258; entschieden so schon *Engisch* Untersuchungen S. 72; *Frank* § 59 Anm. IX a. E.; ferner *Maurach-Zipf* AT I § 23 Rdn. 33 ff; *Maiwald* ZStW 78 S. 30 ff; *Schmidhäuser* AT 10/46; *Backmann* JuS 1972 S. 196 ff, 199; *Herzberg* ZStW 85 S. 867 ff, 888; *Hruschka* JuS 1982 S. 317 ff, 319 f; *ders.* AT S. 28 ff. — *Weitere Ansichten:* Nach *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 31 in Verbindung mit Rdn. 29 soll es darauf ankommen, ob der erste Akt ein konkret erfolgstaugliches Ergebnis hatte (dann vorsätzliche Vollendung) oder nicht. Diese Lösung setzt nicht jeden, sondern nur den tauglichen beendeten Versuch der Vollendung gleich, immerhin aber einen Versuch. — *Roxin* (Würtenberger-Festschrift S. 109 ff, 120 ff) will nicht nach der Risikoverwirklichung, sondern nach der Planverwirklichung entscheiden, was heißen soll, daß nur, aber auch stets bei Absicht Vollendung, ansonsten Versuch anzunehmen sei: „Die Probe aufs Exempel bietet die hypothetische Annahme, daß der Täter nach dem Erstakt bemerkt hätte, sein Opfer lebe noch; der Absichtsmörder hätte dann die todbringende Zweithandlung ungerührt vollzogen, während ein schlichter Vorsatztäter dies nicht getan hätte, weil es seinen Zielen nicht entsprochen hätte". Dagegen ist einzuwenden: (1) Wenn dem Absichtstäter der Erfolg, den er errungen zu haben glaubt, in Wahrheit in den Schoß fällt, ist die Absicht kein Grund, das Fallen in ein vorsätzliches Bewirken umzudeuten. (2) Die Lösung paßt nur, wenn dem Absichtstäter die Begehungsform gleichgültig ist. Beispiele: Der Täter, der sein Opfer mit Tabletten vergiftet zu haben meint und in dessen Schlafzimmer trägt, um das Tatbild eines Suizids zu arrangieren, wobei ihm die vermeintliche Leiche entgleitet, hart aufschlägt und dabei getötet wird, hätte in Kenntnis der Wirklichkeit keineswegs den Sturz auf den Boden vorsätzlich herbeigeführt. (3) Zudem kann die Absicht nach dem ersten Akt „verbraucht" sein, etwa weil der Täter nunmehr sieht, daß das Opfer die erwartete Beute nicht bei sich trägt; wieso sollte er es vorsätzlich nochmals attackieren? — Zur Kritik siehe auch *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 31 mit Fn. 28; *Prittwitz* GA 1983 S. 110 ff, 114 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

zweiten Akts bloß modifizierend oder ergänzend hinzukommen mag, ohne das Risiko des ersten Akts zu verdrängen (oben 8/70 ff).

3. Der Objektsirrtum

a) Verfehlt der Täter das anvisierte Objekt (im Sinn von Angriffsobjekt; es kann **80**
sich dabei auch um eine Person handeln) und trifft statt dessen ein anderes, wobei er diese Verlaufsmöglichkeit als nicht unwahrscheinlich erkannt hatte, so liegt ein alternativer Vorsatz vor (oben 8/33).

Ist dem Täter jedoch nicht bekannt, daß ein anderes Objekt getroffen werden könnte *(aberratio ictus, Objektsirrtum)*, so haftet er wegen versuchten Angriffs auf das anvisierte Objekt, allenfalls noch wegen fahrlässiger Verletzung des getroffenen Objekts[159], nicht aber wegen vorsätzlicher Vollendung, und zwar auch dann nicht, wenn die Objekte gattungsgleich sind[160]. Das hat folgenden Grund: Mit dem Angriff auf das anvisierte Objekt setzt der Täter auch ein Risiko für Objekte, die sich im Streubereich des Tatmittels befinden; dieses Risiko kennt er aber nicht (und es muß auch nicht unerlaubt sein, so etwa, wenn sich ex ante im Streubereich niemand befinden kann). Die Verwirklichung des Abweichungsrisikos ist auch nicht eine bloße Verlaufsvariante des gekannten Risikos; denn das Abweichungsrisiko hängt in jedem Fall von vereinzelten situativen Momenten ab, ist also nach Maß und Art durch das gesehene Risiko nicht zu bestimmen. Konkret: Zielt jemand auf die rechte Seite eines Menschen, so ist es eine vorsätzliche Vollendung nicht hindernde Abweichung, wenn er die linke Seite trifft[160a], denn diese Möglichkeit ist dadurch mitgegeben, daß auf einen Menschen geschossen wird; ob aber neben dem Menschen noch ein Mensch steht oder ein zerbrechlicher Gegenstand etc. oder nicht, ist dadurch, daß auf einen Menschen geschossen wird, nicht bestimmt, also von der gesehenen Gefahr her Zufall.

Beispiel: Der in der Dunkelheit von seinem Hausgenossen angegriffene Täter wehrt sich mit einem Stock, trifft aber dessen hinter dem Angreifer unbemerkt stehende Frau, die den Angreifer beruhigen wollte[161]; — wegen Notwehr straffreie versuchte gefährliche Körperverletzung am Angreifer (§§ 223 a, 22, 32 StGB) und unvermeidbare (und wohl auch schon objektiv nicht zurechenbare) Verletzung der Frau.

b) Eine aberratio ictus liegt nicht vor (vielmehr ein Vorsatzzurechnung nicht hin- **81**
dernder error in persona etc., dazu sogleich unten 8/82), wenn der Täter das angegriffene Objekt überhaupt nur über dessen Stellung im Kausalverlauf identifiziert, mag er sich auch einbilden, das so zutreffend definierte Objekt durch weitere Identifikationsmerkmale benennen zu können („das wird der X sein" o. ä.). Die Lage ist verwickelt

---

159 So die überwiegende Ansicht; *Jescheck* AT § 29 V 6 c; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 9; *Backmann* JuS 1971 S. 113 ff, 118; *Jakobs* Studien S. 99; *Silva-Sanchez* ZStW 101 S. 352 ff (der zutreffend auf die Verwirklichung des gesehenen Risikos abstellt, S. 373); *Wolter* ZStW 89 S. 649 ff, 650 Fn. 5; *ders.* Leferenz-Festschrift S. 545 ff, 551 f (*Wolter* kennt freilich erhebliche Ausnahmen, bei denen für Vollendung zu strafen sein soll, insbesondere wenn es für den Täter gleichgültig ist, wer das Opfer sein wird; *ders.* in: Grundfragen S. 103 ff, 130; — was aber der Täter akzeptieren *würde*, wenn er es bedächte, ist damit nicht schon vorgesetzt); *Frisch* Verhalten S. 616 f; *Janiszewski* MDR 1985 S. 533, 537 f; *Schreiber* JuS 1985 S. 873 ff, 874 ff; *Herzberg* ZStW 85 S. 867 ff, 890 f mit weiteren Nachweisen S. 867 Fn. 2; differenzierend aber *ders.* JA 1981 S. 369 ff, 373, 470 ff, 472 ff; siehe auch die unten zu den Beispielen genannte Rechtsprechung.

160 *A. A. v. Weber* Grundriß § 9 II 1; *Welzel* Strafrecht § 13 I 3 d α mit Nachweisen älterer Literatur; *Noll* ZStW 77 S. 1 ff, 5; *Loewenheim* JuS 1966 S. 310 ff; *Puppe* GA 1981 S. 1 ff, 20; *Kuhlen* Unterscheidung S. 479 ff; *AK-Zielinski* §§ 15, 16 Rdn. 64; beschränkt auf materiell gleichwertige Güter (d. h. nicht bei höchstpersönlichen Gütern) *Hillenkamp* Bedeutung S. 127 ff.

160a *Frisch* Verhalten S. 618 ff.

161 RG 58 S. 27 ff, 28; — siehe schon RG 2 S. 335 ff, 337; 3 S. 384; 19 S. 179 f, 180; 54 S. 349 ff, 350.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

und im Grenzbereich ungeklärt[162]. Beispiele[163]: Der Täter installiert eine Bombe mit einer Induktionsschleife und einem Zählwerk hinter einer Brücke, wobei das zweite passierende Fahrzeug die Explosion auslösen wird; der Täter nimmt an, das zweite Fahrzeug (er selbst lenkt das erste) werde ein Regierungsmitglied lenken, aber ein Landwirt mit seinem Trecker kommt diesem zuvor. — Der Täter schickt vergifteten Schnaps an seinen Freund und ist subjektiv sicher, dieser werde das Getränk allein verzehren; der Empfänger verschenkt die Flasche, der Beschenkte stirbt[164]. — Der Täter vergiftet das Essen an dem Platz des Tisches, an dem alltäglich der Vorsitzende ißt; gerade am Tag der Tat tauscht dieser mit einem anderen. — Der Täter wählt am Telefon die Nummer des ausersehenen Beleidigungsopfers, verwählt sich aber und beginnt, sobald der wirklich Angewählte den Hörer abhebt, mit der Durchgabe der auf jedermann „passenden" Injurien[165]. — Der Täter manipuliert einen mit Haftfarbe präparierten Fangbrief an die Arbeitsstelle seines Vorgesetzten, um diesen in Verdacht zu bringen, aber dessen Sekretärin öffnet den Brief und gerät in Verdacht[165a].

In Fällen dieser Art hat der Täter das betreffende Opfer vermeintlich durch Umstände individualisiert, die vom Kausalverlauf unabhängig sind (Regierungsmitglied, Freund, Vorsitzender, zu Beleidigender, Vorgesetzter); er kommt zu dieser Annahme aber nur, weil er von dem bereits zutreffend durch seine Stellung im Kausalverlauf individualisierten Opfer (der zweite Passant der Brücke, der Trinker des Schnapses, der auf dem Platz des Vorsitzenden Sitzende, der Hörer am Telefon, der den Fangbrief Öffnende) irrig annimmt, es werde sich um eine auch anderweitig individualisierbare Person handeln. Letzteres ist jedoch eine tatbestandlich irrelevante Zusatzindividualisierung[166]. Besteht freilich das vom Täter gesehene Risiko in entscheidungsrelevanter Dichte nur für ein Opfer bestimmter Individualität, so begründet die Individualisierung die Risikokenntnis mit der Folge, daß sich das gesehene Risiko an einem anderen Opfer nicht verwirklichen kann. Beispiel: Ein Mann vergiftet den Schlaftrunk, den er seiner Frau allabendlich ans Bett stellt (bleibt seine Frau aus, ist sein Verhalten ex ante ungefährlich und schon objektiv nicht zurechenbar); ein Einbrecher trinkt das Gift[166a]. — Weiß der Täter, daß die Stellung im Kausalverlauf entweder von einem oder aber von einem anderen Opfer eingenommen werden kann, so liegt ein alternativer Vorsatz vor (siehe oben 8/80 eingangs).

---

162 Das Problem wird erkannt bei *Blei* AT § 33 I 1 c a. E.; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 13; *Backmann* JuS 1971 S. 113 ff, 119; jetzt eingehend *Puppe* GA 1981 S. 1 ff, 4 ff, die zutreffend bei der Individualisierung des Objekts ansetzt, aber unberücksichtigt läßt, ob sich die vom Täter *gesehene* Gefahr verwirklicht; *Herzberg* JA 1981 S. 369 ff, 470 ff, 472 ff (von angeblichen Evidenzen des Rechtsgefühls her argumentierend); *Prittwitz* GA 1983 S. 110 ff; *Janiszewski* MDR 1985 S. 533 ff.

163 Siehe auch OLG Neustadt NJW 1964 S. 311.

164 Für aberratio ictus aber *Jescheck* AT § 29 V 6 c.

165 BayObLG JZ 1986 S. 911 f mit differenzierender Anmerkung *Streng* JR 1987 S. 431 ff.

165a BGH 9 S. 240 ff, 242.

166 Kritisch *Wolter* in: Grundfragen S. 103 ff, 126. — Die Zusatzindividualisierung kann aber für die Rechtfertigung bedeutsam werden, wenn etwa im zuletzt genannten Beispiel die Invektiven gegenüber dem gewollten Adressaten in Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt wären. Dieses Problem kann freilich auch beim error in persona etc. auftreten (das übersehen wohl *Blei* AT § 33 I 1 c; *Jescheck* AT § 29 V 6 c, die die Möglichkeit eines Irrtums über Rechtfertigungsvoraussetzungen für ein Indiz einer Abirrungslage halten). Beispiel: Der bewußtlos Geschlagene schlägt seinerseits, als er wieder zur Besinnung kommt, auf den sich über ihn beugenden Notarzt ein, den er irrig für den Angreifer hält; — Irrtum über Rechtfertigungsvoraussetzungen.

166a Nach diesen Grundsätzen entscheidet sich auch der von *Herzberg* JA 1981 S. 369 ff, 470 ff, 474 eingebrachte Fall, in dem ein Täter auf das geparkte Auto seines Feindes schießt und ein Liebespaar trifft, das sich heimlich in dem abgestellten Fahrzeug niedergelassen hat. Es geht darum, ob das Risiko, daß sich in einem abgestellten Auto ein Nichtberechtigter befindet, noch von entscheidungsrelevanter Dichte ist. — Auf den Erfolgseintritt beim „sinnlich wahrgenommenen Angriffsobjekt" stellt *Prittwitz* ab, GA 1983, S. 110 ff, 127 f; dagegen zutreffend *Janiszewski* MDR 1985 S. 533 ff, 536.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

4. Der Individualisierungsirrtum und der Motivirrtum

Irrt der Täter beim konkreten Objekt, das er zutreffend einer bestimmten tatbe- **82**
standlich beschriebenen Gattung zugeordnet hat, über weitere, für den bestimmten Tatbestand nicht relevante Individualisierungen, so hindert dieser Irrtum *(error in persona vel objecto)* wie auch ein sonstiger Irrtum über die tatbestandlich irrelevante subjektive Bedeutung der Tat *(Motivirrtum)* die Zurechnung als vorsätzliche vollendete Tat nicht[167]. Diese Irrtümer sind irrelevant, weil sie keine Merkmale betreffen, von denen die Tatbestandsverwirklichung abhängt [168].

Beispiele für error in persona: Der Täter erschießt, angestiftet vom Schuldner, in der Dämmerung eine Person, in der er irrig meint, dessen Gläubiger zu erkennen[169]; — vollendete Tötung des Opfers. — Ein flüchtender Dieb erschießt eine ihn vermeintlich verfolgende Person, bei der es sich jedoch um einen mitflüchtenden Mittäter handelt[170]; — vorsätzliche vollendete Tötung. Beispiel zum Motivirrtum: Der Täter verprügelt des Nachbars Kind, wobei er irrig annimmt, dieses habe ihm eine Fensterscheibe eingeworfen; vorsätzliche vollendete Körperverletzung. — Zu den Auswirkungen eines Individualisierungsirrtums auf Tatbeteiligte siehe unten 21/45, 106.

E. Die privilegierenden Tatbestandsmerkmale als Vorsatzgegenstand

1. Kennt der Täter privilegierende Tatbestandsmerkmale nicht, so kann er wegen **83**
vorsätzlicher Vollendung nur nach dem privilegierten Tatbestand verurteilt werden, sofern es sich um *Unrechtstatbestands*merkmale handelt; denn es fehlt dann eben ein objektives Merkmal zum vollen (nicht privilegierten) Unrecht[171]. Daneben tritt Versuch des nicht privilegierten Tatbestands. Beispiel[172]: Der Täter verstümmelt sich nur relativ (§ 109 Abs. 2 StGB), hatte sich aber eine absolute Verstümmelung vorgesetzt (§ 109 Abs. 1 StGB); — Versuch der absoluten Verstümmelung und Vollendung der relativen.

Bei minder schweren Fällen, bei Schaffung eines unrechtsabhängigen „Antragsprivilegs" (§ 248 a StGB) oder beim Ausschluß von Regelbeispielen (§ 243 Abs. 2 StGB) gilt die Lösung entsprechend, wohl auch bei der Verfolgungsprivilegierung durch Retorsion (§§ 199, 230 StGB, zweifelhaft). Beispiel zu letzterem: Der Täter schlägt in einer gespannten Situation auf das Opfer ein, obgleich er dessen letzte verbale, grob beleidigende Attacke zwar gehört, aber noch nicht als beleidigend verstanden hat; — Retorsion ist möglich.

Bei Unkenntnis von Merkmalen, die eine partielle Rechtfertigung bringen (so neben weiteren Gründen bei § 216 StGB, dazu sogleich), ist das Ergebnis nach der Anwen-

---

167 Das gilt freilich nur, soweit der Täter nicht auf Grund der Identitätstäuschung über *andere* tatbestandlich relevante Spezifizierungen irrt; *Warda* Blau-Festschrift S. 159 ff, 161 ff. Beispiel: Wenn der Friseurmeister den Gesellen anweist, der Kunde mit dem schwarzen Haar wünsche einen sehr kurzen Schnitt und der Geselle daraufhin das Haar eines nicht gemeinten Dunkelhaarigen kupiert, so nimmt er auf Grund der Verwechslung eine tatbestandsausschließende Einwilligung an; — kein Körperverletzungsvorsatz. — Zu den Fällen sich aufhebenden Doppelirrtums (der Täter hält die fünfzehnjährige Tochter des Nachbarn irrtümlich für dreizehnjährig; er nimmt sexuelle Handlungen an einem dreizehnjährigen Mädchen vor, von dem er meint, es sei das Nachbarskind; — vollendeter Mißbrauch nach § 176 Abs. 1 StGB) siehe *Warda* aaO.

168 Im Ergebnis unstreitig, wobei freilich die Begründungen wechseln; dazu zutreffend *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 8.

169 Fall Rose (Täter) — Rosahl (Anstifter); Preuß. Obertribunal GA Bd. 7 (1859) S. 332; siehe ferner RG 18 S. 337 ff; 19 S. 179 f.

170 Siehe BGH 11 S. 268 ff; die Tat war dort Versuch geblieben.

171 *Schönke-Schröder-Cramer* § 16 Rdn. 28; *Jescheck* AT § 29 V 5 b; *a. A. Maurach-Zipf* AT I § 23 Rdn. 19 ff; siehe auch *Warda* Jura 1979 S. 1 ff, 71 ff, 113 ff, 115 f.

172 Siehe dazu aber *Warda* aaO S. 115 Fn. 77.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

dung der allgemeinen Regeln für die Unkenntnis von Rechtfertigungsvoraussetzungen dasselbe (unten 11/23). — Bei Unkenntnis der objektiven Seite schuldprivilegierender Merkmale des *Schuld*tatbestands (etwa § 217 StGB) einschließlich schuldbezogener minder schwerer Fälle (etwa § 213 StGB) ist aus dem nicht privilegierten (ungemilderten) Delikt zu strafen. Beispiel: Die Gebärende tötet das Kind, das sie irrig für ehelich hält; — nicht Kindestötung, § 217 StGB[173], sondern Totschlag, § 212 StGB.

84 2. Nimmt der Täter irrig privilegierende Unrechtstatbestandsmerkmale an, so kann er nach § 16 Abs. 2 StGB wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem milderen Gesetz bestraft werden[174]. § 16 Abs. 2 StGB klärt zweierlei, einmal, daß das nicht privilegierte Delikt allenfalls fahrlässig verwirklicht ist, und zum anderen, daß das privilegierte Delikt vollendet werden kann[175]. — § 16 Abs. 2 StGB gilt nur für Privilegierungen des Unrechtstatbestands[176], Privilegierungen durch partielle Rechtfertigung folgen den allgemeinen Regeln für die irrige Annahme von Rechtfertigungsvoraussetzungen (unten 11/42 ff, 58), was auf dasselbe Ergebnis hinausläuft: Der Strafrahmen der vorsätzlich bleibenden Tat wird dem des Fahrlässigkeitsdelikts angeglichen[177]. Die Differenzierung ist also ohne praktische Bedeutung. Beispiel: Weil bei § 216 StGB der Wille einer Person nicht gebrochen, sondern befolgt wird, ist schon die Gutsverletzung nicht von dem Gewicht derjenigen bei einem Totschlag und insoweit ist die Vorschrift eine Unrechtstatbestandsprivilegierung. In dem Maß, in dem der Täter einen rechtlich plausiblen Grund für ein Verlangen hat, wird die Handlung auch wegen der Zweckverfolgung eher rechtlich tolerabel; insoweit ermöglicht die Vorschrift auch eine Privilegierung durch partielle Rechtfertigung.

85 3. § 16 Abs. 2 StGB ist auf minder schwere Fälle, „Antragsprivilegierungen" (§ 248 a StGB) und den Ausschluß von Regelbeispielen (§ 243 Abs. 2 StGB) entsprechend anzuwenden, soweit die genannten Institute den Unrechtstatbestand treffen. Eine entsprechende Anwendung auf die Retorsion ist nicht möglich, da beim Fehlen eines korrespondierenden Delikts die Möglichkeit entfällt, einem Korrespondenztäter seine Verletzung als eigene Angelegenheit zuzurechnen[178]. Beispiel: Wer sich irrig beleidigt glaubt und den vermeintlichen Täter ohrfeigt, kann mangels objektiver Gegenseitigkeit nicht „aufrechnen".

86 4. Die Annahme einer Privilegierung bei zutreffender Parallelbeurteilung im Täterbewußtsein, aber irriger Grenzbestimmung eines Tatbestandsmerkmals ist als Subsumtionsirrtum irrelevant[179] (siehe oben 8/50). Beispiel (zur analogen Anwendung von § 16 Abs. 2 StGB): Wer meint, die Geringwertigkeit einer Sache sei relativ zu bestim-

---

173 Wegen der nur-objektiven Formulierung in § 217 StGB ist im Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB die Entscheidung zweifelhaft, durch die in den Tatbestand interpoliert wird, ein seelischer Druck müsse zumindest abstrakt präsumierbar sein; siehe *Küper* GA 1968 S. 321 ff, 325 mit Fn. 21; *Maihofer* H. Mayer-Festschrift S. 185 ff, 195; *Hall* Maurach-Festschrift S. 107 ff, 111 f.

174 So schon zum alten Recht RG 31 S. 285 f; BGH 24 S. 168 f (bei zweifelhafter Bestimmung der Abstufung der Gesetze).

175 *Horstkotte* in: Sonderausschuß BT V S. 1779 ff, 1780, der freilich eine Fahrlässigkeit des nicht privilegierten Delikts fälschlich ausschließt, aaO rechte Spalte oben; *Franke* JuS 1980 S. 172 ff, 173.

176 *A. A. Krümpelmann* Beiheft ZStW 1978 S. 6 ff, 14, der alle Privilegierungen, einschließlich der partiellen Entschuldigungen, nach § 16 Abs. 2 StGB behandeln will; für § 217 StGB auch *Schönke-Schröder-Eser* § 217 Rdn. 11 mit Nachweisen.

177 Zur Parallelisierung der Lösungen siehe insbesondere *Schaffstein* OLG Celle-Festschrift S. 175 ff, 186; *Küper* GA 1968 S. 321 ff, 331, wobei freilich beide Autoren die Unterschiede zwischen den Merkmalen, die ein enttäuschendes Verhalten (partiell) tolerabel machen (Rechtfertigung) und Merkmalen, die es schon ohne Blick auf den Kontext nicht (voll) enttäuschend sein lassen (Tatbestandsprivilegierungen), einebnen.

178 *A. A. LK-Schroeder* § 16 Rdn. 73 mit Nachweisen.

179 *Küper* GA 1968 S. 321 ff, 334.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

men, und in der Hoffnung auf die Benefizien nach den §§ 243 Abs. 2, 248 a StGB einem Multimillionär einen Gegenstand im Wert des Durchschnittsmonatslohns eines Arbeiters stiehlt, haftet voll.

5. Die irrtümliche Annahme von Privilegierungen auf Grund eines privilegierenden **87**
*Schuld*tatbestands folgt analoger Anwendung von § 35 Abs. 2 StGB; dazu unten 17/79 ff.

V. Die Steuerungsmerkmale und sonstige subjektive Unrechtselemente

Literatur

H. Alwart Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht, GA 1983 S. 433 ff; *K. Engisch* Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Rittler-Festschrift S. 165 ff; *H. A. Fischer* Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911; *W. Gallas* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 S. 1 ff; *W. Hardwig* Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, ZStW 68 S. 14 ff; *A. Hegler* Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 S. 19 ff; *G. Heine* Anmerkung zu BGH JR 1990 S. 297 f, aaO S. 299 ff; *R. D. Herzberg* Wegfall subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen vor Vollendung der Tat, Oehler-Festschrift S. 163 ff; *G. Jakobs* Niedrige Beweggründe beim Mord und die besonderen persönlichen Merkmale in § 50 Abs. 2 und 3 StGB, NJW 1969 S. 485 ff; *ders.* Die subjektive Seite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung, Bruns-Festschrift S. 31 ff; *H.-H. Jescheck* Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 S. 179 ff; *E. J. Lampe* Das personale Unrecht, 1967; *F. Loos* Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in die Praxis, in: *U. Immenga* (Hrsg.) Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, S. 261 ff; *E. Mezger* Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 S. 207 ff; *ders.* Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Traeger-Festschrift S. 187 ff; *F. Nowakowski* Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 S. 287 ff; *ders.* Probleme der Strafrechtsdogmatik. Zugleich eine Besprechung von Jeschecks Lehrbuch des Strafrechts, JurBl. 1972 S. 19 ff; *H.-U. Paeffgen* Einmal mehr — Habgier und niedrige Beweggründe, GA 1982 S. 255 ff; *E. Schmidhäuser* Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; *R. Sieverts* Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934; *G. Stratenwerth* Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale, v. Weber-Festschrift S. 171 ff; *ders.* Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht, Schultz-Festgabe S. 88 ff; *H. Welzel* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 S. 491 ff; *ders.* Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975; *D. Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

A. Die Erfüllung des objektiven Tatbestands ist Handlung eines Täters, wenn sie **88**
vermeidbar geschieht, also vorsätzlich oder fahrlässig. Die Tatbestände des BT begnügen sich jedoch im subjektiven Teil in der Regel nicht damit, daß überhaupt eine Handlung bestimmter Art vorliegt — dies reicht nur bei den (im Kernstrafrecht) vereinzelten fahrlässig begehbaren Delikten —, sondern verlangen eine *qualifizierte Vermeidbarkeit*, eben Vorsatz (§ 15 StGB) oder sogar qualifizierten Vorsatz, und zwar bezüglich des ganzen Tatbestands oder aber einzelner Merkmale. Dieses Plus gegenüber den Mindestanforderungen an eine Handlung gehört zum Unrechtstatbestand, da in diesen Fällen ohne die Qualifizierungen der Vermeidbarkeit ein strafrechtlich-tatbestandliches Unrecht nicht ausgemacht werden kann. Zu den Prinzipien, nach denen ein qualifizierter Vorsatz zu verlangen ist, siehe oben 8/34 ff.

B 1. Die Kongruenz von objektivem und subjektivem Tatbestand wird bei den **89**
Delikten verlassen, die wie ein beendeter Versuch aufgebaut sind (*kupierte Erfolgsdelikte*, oben 6/93): Sie sind vollendet, wenn der Täter mit dem Vorsatz einer (weiteren) Gutsverletzung seine Handlung vollzogen hat; Beispiele: §§ 164, 229, 267 Abs. 1, 3. Fallgruppe StGB; — ferner Unternehmensdelikte (§ 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB) im Fall eines beendeten Versuchs. Die Zugehörigkeit zu dieser oder der folgenden, dem unbeendeten Versuch und der Vorbereitungshandlung analogen Gruppe kann ganz von der

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Gestaltung eines einzelnen Falls abhängen; so kommt es etwa bei § 274 StGB darauf an, ob mit der Urkundenvernichtung der Nachteil hinreichend bedingt ist oder aber dazu noch weitere Akte (etwa eine Klage) vollzogen werden müssen. — Die überschießende subjektive Seite gehört in dieser Gruppe so selbstverständlich zum Unrecht wie der Vorsatz beim Versuch.

90 2. Der subjektive Überschuß ist noch größer, wenn das (kupierte Erfolgs-)Delikt schon vollendet ist, obwohl zu einer (weiteren) Gutsverletzung noch weitere Handlungen vollzogen werden müssen: Das Delikt ist wie ein unbeendeter Versuch oder wie eine Vorbereitungshandlung aufgebaut. Beispiele: §§ 146 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 148 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 149 Abs. 1, 242 (mit der Enteignungskomponente der Zueignungsabsicht bei üblicher Fallgestaltung), 267 Abs. 1, 1. und 2. Fallgruppe StGB; — äußerst weit: § 80 StGB; — ferner Unternehmensdelikte (§ 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB) im Fall eines unbeendeten Versuchs. — Bei den Absichten der Nachteils- oder Schadenszufügung kommt es darauf an, ob der Nachteil deliktsspezifisch sein muß (*Beweis*nachteil bei den §§ 272, 274 StGB; streitig), dann sind die Merkmale zur hiesigen Gruppe zu zählen, oder aber beliebig sein kann, dann geht es — mangels tatbestandlicher Bestimmung des Nachteils — nur noch um das unwertige Motiv (dazu sogleich). — Auch hier gehört der überschießende Vorsatz zum Unrecht, wie er beim Versuch das Unrecht bestimmt.

91 C 1. Bei den bislang genannten Fallgruppen überschießenden Vorsatzes geht es um die (vorgesetzte) Gutsverletzung und ihre Steuerung. Die Merkmale einer weiteren Gruppe überschießender Absichten bezeichnen eine *Planung* des Täters, die die Gutsverletzung erst *in ihrer Art* bestimmt. Beispiele: Diebstahl (§ 242 StGB) ist nicht nur ein Eigentumseingriff durch Wegnahme, sondern erfordert zudem Zueignungsabsicht, ist also eine Tat, durch die (bei dauernder Enteignung) eine Verschiebung der faktischen Verfügungszuständigkeit bewirkt werden soll (mit der *Ent*eignungskomponente gehört die Zueignungsabsicht noch zu der vorgehend bezeichneten Gruppe). Betrug (§ 263 StGB) erfordert entsprechend die Absicht der stoffgleichen Bereicherung aus dem Schaden, ebenso Erpressung (§ 253 StGB).

Zu dieser Gruppe gehören auch alle Vorteilsabsichten, bei denen der Vorteil deliktsspezifisch begrenzt ist, etwa die stoffgleiche Bereicherung bei der Hehlerei[180] (§ 259 StGB), der aus dem Dirnenvermögen stammende Vorteil bei der Zuhälterei[181] (§ 181 a Abs. 1 Nr. 2 StGB), der durch den Urkundsgebrauch — und nicht etwa durch die Belohnung der Tat von dritter Seite o. ä. — beschaffte Vorteil bei der schweren mittelbaren Falschbeurkundung[182] (§ 272 StGB).

92 2 a) Auch diese subjektiven Momente gehören zum Unrecht; sie sind als Beschreibungen der geplanten Verfahrensweise *nach* der Vollendung die subjektiven Gegenstücke der zahlreichen Beschreibungen eines Verfahrens *zur* Gutsverletzung, also der Wegbeschreibungen wie der Wegnahme beim Diebstahl oder der Täuschung beim Betrug. So wie die Wegbeschreibungen nicht aus einem an sich (wie?) begründeten Verletzungsunrecht mehr oder weniger willkürlich einzelne Verletzungen herausstanzen, sondern aus dem gesamten Arsenal der üblichen, unvermeidlichen, noch zu duldenden oder aber unerträglichen Verletzungen die letzteren als Unrecht mehr oder weniger exakt typisieren, so sind auch die Absichten nicht bloße Begrenzungen eines anderweitig schon (wie?) bestimmten Unrechts; durch die Benennung der Absichten sollen vielmehr aus dem Kreis der Verletzungshandlungen die sozial unerträglichen und deshalb unrechten Handlungen bezeichnet werden, was allerdings teils mehr und

180 Sehr streitig, Nachweise bei *Schönke-Schröder-Stree* § 259 Rdn. 48.

181 Streitig, siehe *Schönke-Schröder-Lenckner* § 181 a Rdn. 12.

182 Streitig, siehe *Schönke-Schröder-Cramer* § 272 Rdn. 1.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

teils weniger gut gelungen ist. Hier liegt der *Übergang von subjektiven Steuerungsmerkmalen zu subjektiven Unrechtselementen* im engeren Sinn. Wie im objektiven Tatbestand das Unrecht nicht stets nur Erfolgsverursachung zum Inhalt hat, so geht es beim subjektiven Tatbestand nicht stets nur um vorsätzliche oder fahrlässige Erfolgsverursachung: Das Unrecht ist nicht stets naturalistisch an einer Gutsverletzung ausgerichtet.

b) Die Interpretation derjenigen Delikte, bei denen ein Verhalten kupiert ist, kann **92a** ergeben, daß der Vorsatz zum Vollzug des subjektiven Verhaltensteils (etwa zum Gebrauch der noch herzustellenden Urkunde) nicht nur beim vorangehenden Verhalten (bei der Herstellung der Urkunde), sondern auch dann noch vorliegen muß, wenn dem Täter der Erfolg des vorangehenden Verhaltens zufließt (wenn er über die in seinem Auftrag hergestellte unechte Urkunde verfügen kann). Tatbestandsmäßiger Erfolg ist bei solchen Delikten nicht schon der Zufluß per se, sondern erst der Zufluß bei einem Täter, der zum Weitermachen bereit ist; mit anderen Worten, der Eintritt des Erfolgs hängt davon ab, daß der Täter seinen Vorsatz durchhält. In solchen Fällen muß also — abweichend vom Grundsatz (oben 8/1 f) — der gesamte Vorsatz nicht nur bei der Tathandlung vorliegen, sondern — soweit er nicht schon verwirklicht ist — auch noch beim Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs. Beispiel: Läßt der Täter von einem gutgläubigen Werkzeug eine unechte Urkunde in der Absicht täuschenden Gebrauchs herstellen und gibt er nach dem Verlust des Einflusses auf das Werkzeug (Versuchsbeendigung, unten 21/105), aber vor Erhalt des Falsifikats die Gebrauchsabsicht preis, verhindert er dadurch die Vollendung der Urkundenfälschung in Gestalt des Herstellens einer unechten Urkunde (§ 267 Abs. 1, 1. Variante StGB) und tritt zurück (ohne Präjudizierung der Freiwilligkeit, unten 26/18) [182a].

3. Die subjektiven Unrechtselemente wurden (noch vermischt mit den überschießen- **93** den subjektiven Steuerungen von Gutsverletzungen, siehe die vorgenannte Gruppe) entdeckt, lange bevor der Vorsatz als Kern des subjektiven Tatbestands entwickelt wurde [183]. Versuche, die Elemente nicht als Unrechtsinhalt, sondern als bloße Bedingungen dafür zu verstehen, daß ein naturalistisch als Rechtsgutsverletzung gedeutetes Unrecht positiv-strafrechtlich relevant wird, haben sie von Anfang an begleitet [184].

D 1. Bei einer weiteren Fallgruppe nennt das Gesetz *Motive* des Täters, jedoch nicht **94** der geplanten Tat*gestalt,* sondern der Bewertung des Tatantriebs wegen. Neben den nicht deliktsspezifisch mit der Tathandlung verknüpften Vorteils- und Nachteilsabsichten geht es um das Handeln zur Befriedigung des Geschlechtstriebs, aus Habgier, sonst aus niedrigen Beweggründen und zur Ermöglichung einer Straftat in § 211 Abs. 2 StGB (siehe oben 8/9). Ferner kann diese Antriebsbewertung zu allen oben genannten überschießenden Absichten konkurrierend hinzutreten (so zielt § 181 a Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht nur auf die Tat*gestalt* der Bereicherung aus dem Dirnenvermögen, sondern auch auf den Bereicherungs*antrieb*).

2. Eine im Einzelfall exakte Abgrenzung dieser Motive zu der *nur noch affektiv* **95** *bestimmten Antriebsseite* (Mordlust in § 211 Abs. 2 StGB) ist weder möglich noch

182a *Herzberg* Oehler-Festschrift S. 163 ff, 174 ff.

183 Grundlegend *H. A. Fischer* Rechtswidrigkeit; *Hegler* ZStW 36 S. 19 ff; *M. E. Mayer* AT S. 12, 185 ff; *Mezger* GS 89 S. 207 ff; siehe ferner *Welzel* ZStW 58 S. 491 ff, 505 ff. — Darstellung der Geschichte bei *Lampe* Das personale Unrecht S. 13 ff, 31 ff; *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 26 ff. — *Ablehnend* insbesondere *Rittler* Lehrbuch Bd. I § 18 (hierzu *Engisch* Rittler-Festschrift S. 165 ff; *Jescheck* ZStW 73 S. 179 ff, 197 ff); *Nowakowski* Grundriß S. 54 f; *ders.* ZStW 63 S. 287 ff, 308 ff; anders aber jetzt *ders.* JurBl. 1972 S. 19 ff, 25. — Speziell zu den Absichten siehe *Stratenwerth* AT Rdn. 315 ff.

184 Ganz entschieden in diesem nur bedingenden Sinn *Beling* Grundzüge, 10. Auflage S. 17 („gewisse Gestaltungen der Schuld" werden „von keinem Strafgesetz ergriffen") und teilweise auch *Sieverts* Lehre von den subjektiven Unrechtselementen; hierzu *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 31 ff mit Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

notwendig, solange es bei dem Antrieb um dessen Inhalt, nicht aber um das Ob oder Maß geht. Eine Abgrenzung wird auch vom Gesetz nicht genau vollzogen. So ist die Mordlust beim Mord überhaupt nur als Absicht der Lustbefriedigung ein Beweggrund, wie auch die Habgier wörtlich genommen mehr Antrieb als Motiv ist, während wiederum die Verdeckungsabsicht als Motiv formuliert ist, aber sehr wohl überwiegend auf die antreibende Wirkung der Entdeckungsangst abstellt. Der Sache nach geht es um eine Bewertung des Handlungsantriebs als im Blick auf die Tat nichtswürdig, nichtig[185] oder um ihre Beurteilung als besonders gefährlich (Verdeckungsabsicht beim Mord).

Die Gefährlichkeit einer starken affektiven Besetzung des Handlungsziels mag hinzukommen. Diese affektive Besetzung wirkt nicht entschuldigend, weil der Täter für die Genese der Besetzung zuständig ist (Verdeckungsabsicht! Siehe den Ausschluß der Entschuldigung bei § 35 Abs. 1 Satz 2 StGB).

96 3. Die Zugehörigkeit dieser Merkmale zum Unrecht kann zweifelhaft sein, wie die Lage des Schnitts zwischen Unrecht, Schuld und unvermittelt präventiven Momenten (Verdeckungsabsicht!) im Gefüge der Zurechnungsmerkmale überhaupt zweifelhaft sein kann[186]. Da es jedoch bei den Merkmalen nicht nur um die Vorwerfbarkeit eines Handlungswillens geht, sondern schon um den vom Handlungswillen hergestellten Zweckzusammenhang, dürfte die Deutung als subjektive Unrechtselemente den Merkmalen am ehesten gerecht werden[186a].

97 E 1. Als letzte Gruppe sind die *Konstitutions-* und *Gesinnungsmerkmale* zu nennen; erstere sind die Gewerbs-, Gewohnheits- und Geschäftsmäßigkeit (§§ 144, 180 a, 260, 292 Abs. 3, 293 Abs. 3 StGB u. a. m.)[187]; letztere sind zunehmend zahlreich verwendete wertende Begriffe höchst unterschiedlicher Präzision: heimtückisch, grausam (§ 211 StGB), hinterlistig (§ 223 a StGB), roh, böswillig (§ 223 b StGB), rücksichtslos (§ 315 c StGB) etc.

Die Gesinnungsmerkmale sind überwiegend nicht rein subjektive Merkmale (wie die Konstitutionsmerkmale nicht rein objektiv sind), sondern zu der Gesinnung muß ein gesinnungsrelevanter Sachverhalt treten (wichtig für die Bestimmung der Vollendung!)[188] oder doch zumindest intendiert sein, da sich die Gesinnung, soll sie nicht für die Tat unverbindlich bleiben, in einer Handlung „bewähren" muß[189]. — Der gesinnungsrelevante Sachverhalt ist freilich nicht bei allen Merkmalen der subjektiven Seite voll kongruent; die subjektive Seite kann mehr umfassen als die Steuerung des Objektiven, insbesondere kann es auf die affektive Lage ankommen.

98 2. Die Merkmale gehören allesamt zumindest auch zum Unrecht[190]. Nur soweit ihre Interpretation ergibt, daß die bezeichnete Bewertung zugleich auf Momente ab-

---

185 So bei den niedrigen Beweggründen und der Ermöglichungsabsicht beim Mord; hierzu *Jakobs* NJW 1969 S. 489 ff, 490; *SK-Horn* § 211 Rdn. 8 ff.

186 Zur Trennung von Handlungssteuerung und Antriebs*steuerung* — nicht wie hier: Antriebs*art* — siehe oben zum Handlungsbegriff 6/21 f.

186a Die Konsequenzen (§ 16 StGB: Ist Kenntnis des Antriebs bei Vorsatztaten erforderlich?) sind unklar; siehe BGH JR 1990 S. 297 f mit kritischer Anmerkung *Heine* S. 299 ff.

187 Zur Gewerbsmäßigkeit siehe *Stratenwerth* Schultz-Festgabe S. 88 ff, 104 ff.

188 *Stratenwerth* AT Rdn. 332 f; *ders.* v. Weber-Festschrift S. 171 ff.

189 *Jakobs* NJW 1974 S. 1829 f.

190 Bei den Stellungnahmen zu Gesinnungsmerkmalen sind die jeweils unterschiedlichen Differenzierungen von Unrecht und Schuld zu berücksichtigen; Deutung als Schuldmerkmale bei *Gallas* ZStW 67 S. 1 ff, 46; *Schmidhäuser* Gesinnungsmerkmale S. 217 ff und passim (jetzt aber abweichend *ders.* AT 8/92 ff, 10/124 ff; *ders.* Studienbuch 5/93 f, 7/131: Schuldmerkmale, zum Teil auch Unrechtsmerkmale); Deutung als Unrechtsmerkmale bei *Maurach-Zipf* AT I § 22 Rdn. 51 f; zwischen Unrecht und Schuld vermittelnd *Hardwig* ZStW 68 S. 14 ff; differenzierend *Jescheck* AT § 30 I 1, 3; *Lampe* Das personale Unrecht S. 229 ff, 238 ff, 241 ff; siehe auch *Paeffgen* GA 1982 S. 255 ff, 266 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

stellt, die von der Handlung unabhängig sind und nur ein erhöhtes Maß an Rechtsuntreue bezeichnen, gehören sie *auch* zur Schuld. Das dürfte bei den Merkmalen der Fall sein, die auf die Zuständigkeit oder gesteigerte Zuständigkeit für einen Pflichtverstoß abstellen, wie es etwa beim Merkmal „böswillig" der Fall ist. Soweit eine Zuordnung zum Unrecht erfolgt, bedeutet dies hier wie auch sonst keine Irrelevanz für die Schuld; denn Unrechtssteigerungen oder Unrechtsfärbungen sind ceteris paribus immer auch Schuldsteigerungen oder Schuldfärbungen, nur eben durch das Unrecht vermittelt. — Zur Behandlung der Merkmale bei Teilnahme siehe unten 23/21 f.

F. Zahlreiche Motivmerkmale sowie sämtliche Gesinnungsmerkmale sind ein Indiz **99** gleichermaßen der Ethisierung des Strafrechts wie der gesetzgeberischen Unfähigkeit: Das Strafrecht umreißt nicht mehr präzise, welche Handlungen nicht sein sollen, sondern ergänzt nur noch die Andeutung einer Handlungsbeschreibung um die Andeutung, mit welcher Einstellung nicht gehandelt werden soll. Damit verschwindet die Tatbestandsbestimmtheit zugunsten einer Bewertung, die einen unkontrollierbaren Auslegungsspielraum gewährt.

VI. Der subjektive Tatbestand aus psychologischer Sicht

Literatur

K. Binding Die Normen und ihre Übertretung Bd. II (1), 2. Auflage 1914; *P. Bockelmann* Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, Radbruch-Gedächtnisschrift S. 252 ff; *B. Burkhardt* Der Wille als konstruktives Prinzip der Strafrechtsdogmatik, in: *Heckhausen* u. a. (Hrsg.) Jenseits des Rubikon, 1987 S. 319 ff; *G. Freund* Die normative Problematik der „Tatsachenfeststellung", 1987; *J. Glatzel* Zur psychiatrischen Begutachtung von Ladendieben, StV 1982 S. 40 ff; *B. Haffke* Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA 1978 S. 33 ff; *Th. Hillenkamp* Beweisnot und materielles Recht, Wassermann-Festschrift S. 861 ff; *H. Jäger* Strafrecht und psychoanalytische Theorie, Henkel-Festschrift S. 125 ff; *ders.* Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, MonSchrKrim. 1978 S. 297 ff; *G. Jakobs* Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung, Bruns-Festschrift S. 31 ff; *ders.* Die juristische Perspektive zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat, in: *J. Gerchow (Hrsg.)* Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983 S. 21 ff; *G. Kaiser* Strafrecht und Psychologie, in: *D. Grimm* (Hrsg.) Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften Bd. I S. 195 ff; *W. Köberer* Strafbedürfnis, Generalprävention und subjektive Verbrechensmerkmale, KrimJ 1983 S. 184 ff; *D. Krauß* Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß, Schaffstein-Festschrift S. 411 ff; *ders.* Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht, Bruns-Festschrift S. 11 ff; *F. Loos* Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in die Praxis, in: *U. Immenga* (Hrsg.) Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, S. 261 ff; *E. Müller-Luckmann* Psychologie und Strafrecht, in: *D. Grimm* (Hrsg.) Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Bd. I S. 215 ff; *W. Rasch* Schuldfähigkeit, in: *A. Ponsold* (Hrsg.) Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3. Auflage 1967, S. 55 ff; *ders.* Der Stellenwert des Tatverhaltens bei der psychologisch-psychiatrischen Begutachtung, in: *J. Gerchow* (Hrsg.) Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983 S. 46 ff; *ders.* Forensische Psychiatrie, 1986; *G. Schewe* Bewußtsein und Vorsatz, 1967; *ders.* Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz. Strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems aus medizinisch-psychologischer Sicht, 1972; *ders.* „Subjektiver Tatbestand" und Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, Lange-Festschrift S. 687 ff; *ders.* Wille und Freiheit — juristische und medizinisch-psychologische Aspekte, in: *J. Gerchow* (Hrsg.) Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983 S. 1 ff; *E. Schorsch* und *N. Becker* Angst, Lust, Zerstörung, 1977; *W. Schumacher* Die Tathandlung und ihre Bewertung in psychoanalytischer Sicht, in: *J. Gerchow* (Hrsg.) Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983 S. 61 ff; *St. Trechsel* Das unbewußte Motiv im Strafrecht, ZStW 98 S. 397 ff; *H. Vest* Vorsatznachweis und materielles Strafrecht, 1986; *M. Walter* Die subjektive Struktur der Handlung und Strafrecht, KrimJ 1981 S. 207 ff. *H. Wegener* Zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat — die psychologische Perspektive, in: *J. Gerchow* (Hrsg.) Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983 S. 35 ff; *U. Ziegert* Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

100 A. Das Strafrecht hat eine „esoterische Psychologie"[191]; das heißt nicht, das Strafrecht dürfe als psychisches Faktum nehmen, was nach anerkannter psychologischer Erkenntnis kein Faktum sein kann; wohl aber wählt das Strafrecht die psychischen Fakten nach seinen Maximen aus und bewertet sie nach seinen Maximen, die häufig individualpsychologisch wenig plausibel sein mögen.

Die psychologisch orientierte Kritik geht (bislang) am psychologiefremdesten Teil des subjektiven Tatbestands überwiegend vorbei, scil. an der Fahrlässigkeit[192]; vielmehr konzentriert sie sich auf Bereiche, in denen die psychischen Anknüpfungstatsachen offenliegen, hauptsächlich beim Vorsatz. Der Vorsatz ist als Teil der Handlung ein Abkömmling der Vermeidbarkeit, die zu speziell strafrechtlichen Zwecken aus dem Vergleich einer realen und einer hypothetischen Motivationslage gebildet wird (oben 6/27). Die psychischen Fakten können beim Vorsatz deshalb bis auf das Bewußtsein folgenreichen Agierens zurückgeschnitten werden (beim dolus eventualis, oben 8/23). Irgendwelche individuellen Höhepunkte des Erlebens oder auch nur eine Erlebnisrichtung kennzeichnet dieser an der sozialen Bewertung orientierte Vorsatzbegriff nicht mehr. Deshalb dürfte diese Sichtweise psychologisch unergiebig sein, und der Vorwurf, das strafrechtliche Begriffssystem reiche nicht aus, „die psychologische Wirklichkeit des Geschehenen zu erfassen und zu deuten"[193], dürfte ebenso richtig sein, wie er die Größe des Winkels strafrechtlicher Blickrichtung überschätzt: Das Strafrecht stellt auf die ganze psychologische Wirklichkeit überhaupt nicht ab, sondern rastert nach seinen Maximen aus dieser ganzen Wirklichkeit einzelne Momente heraus, die psychologisch als bloße Bruchstücke erscheinen mögen[194]. Beispiel: Die strafrechtliche Zueignungsabsicht ist ein nach strafrechtlichen Bedürfnissen zugeschnittener psychischer Be fund, und es kommt nicht darauf an, ob sie auch eine in individualpsychologischer Sicht sinnvoll abgegrenzte Einheit ist und daß sie in tiefenpsychologischer Sicht — wegen der Fundierung in ganz unterschiedlichen Triebkonstellationen — keine sinnvolle Einheit ist. Ähnliches gilt für den Vorschlag, einige Schwierigkeiten des Vorsatzbegriffs durch einen Verzicht auf das aktuelle Bewußtsein zu lösen, sei es in Richtung auf äußere Finalität[195], sei es in Richtung auf ein aktuelles — nicht notwendig bewußtes — Erleben[196] (siehe oben zu Fn. 21); der Vorschlag widerspricht — ungeachtet seiner Bedeutung für die lex ferenda — in seinem Zuschnitt der relevanten Fakten dem Kenntniserfordernis in § 16 StGB, wählt also eine andere psychologische Wirklichkeit aus als das Gesetz.

101 B. Vom Handlungsbegriff an ist die Entwicklung einer Straftat zugleich Entwicklung dessen, was ein Subjekt im Strafrecht ist. Dabei zeigt sich schon zum Handlungsbegriff, daß die Binnenverfassung des Subjekts insoweit unaufgeklärt bleibt, als es jedenfalls Sache des Subjekts ist, mit ihr fertig zu werden (oben 6/21 f). Was strafrechtlich interessiert, ist der Output eines Subjekts, nach dessen Zustandekommen auf der Unrechtsebene nicht — und auf der Schuldebene nicht erschöpfend — gefragt wird.

---

191 *Binding* Normen Bd. II (1) S. 3 Fn. 1; *Bockelmann* Radbruch-Gedächtnisschrift S. 252 ff, 253.

192 Zu psychoanalytisch orientierten Versuchen, unbewußte Motive zur Deutung von Fahrlässigkeitstaten heranzuziehen, siehe *Trechsel* ZStW 93 S. 397 ff, 408 mit Nachweisen.

193 *Rasch* in: *Ponsold* S. 55 ff, 69.

194 *Jakobs* in: Handlungsanalyse S. 21 ff, 22, 25; ähnlich *Krauß* Bruns-Festschrift S. 11 ff, 18 ff; *Glatzel* StV 1982 S. 40 ff; *Ziegert* Vorsatz S. 53 ff.

195 *Schewe* Reflexbewegung S. 57 ff, 106 ff.

196 *Schewe* Bewußtsein S. 120 und passim; *ders.* in: Handlungsanalyse S. 1 ff, 8 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Das wiederum dürfte psychologisch, insbesondere tiefenpsychologisch, inakzeptabel sein. Beispielhaft gesprochen: Während das Strafrecht auf den Saldo blickt (Handlung oder keine Handlung), gilt das tiefenpsychologische Interesse gerade den Kontenbewegungen (der Triebdynamik)[197]. Was sich z. B. strafrechtlich als Tötung zur Befriedigung des Geschlechtstriebs darstellt, also als ein gezielter Output eines Subjekts, mag psychoanalytisch ein „Zusammenbruch der psychischen Abwehrmechanismen" sein[198], also Indiz eines nicht mehr intakten Subjekts.

C. Da das Strafrecht psychische Fakten nur selektiv und nicht in ihrem individuellen **102**
Zusammenhang berücksichtigt, kann es vorkommen, daß Fakten mit einem identischen Entstehungsgrund teils positiv und teils negativ bewertet werden. In solchen Fällen werden die rechtlichen Ansprüche insgesamt praktisch unerfüllbar, da die mittelbare Bewertung des Entstehungsgrunds ambivalent ist. Hauptbeispiel ist die Risikogewöhnung; als Voraussetzung der Routinisierung im Straßenverkehr wird sie positiv bewertet, als Voraussetzung eigenen Fehlverhaltens negativ (siehe oben 8/31 f und unten 9/15). Diese psychologische Inkonstanz der Wertung wird bislang wenig berücksichtigt[199].

Insgesamt dürften verbindliche Lösungen zum Problembereich derzeit noch nicht vorliegen[200].

9. ABSCHNITT

Einzelheiten der Tatbestandsverwirklichung durch Handlung; 3. Teil: Der subjektive Tatbestand als Fahrlässigkeit und als Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination

Literatur

H. Alwart Anmerkung zu BGH 35 S. 257 ff, NStZ 1989 S. 225 f; *G. Arzt* Leichtfertigkeit und recklessness, Schröder-Gedächtnisschrift S. 119 ff; *ders.* Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW 91 S. 857 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 35 S. 257 ff, StV 1989 S. 57 f; *L. E. Backmann* Gefahr als „besondere Folge der Tat" i. S. der erfolgsqualifizierten Delikte? MDR 1976 S. 969 ff; *J. Baumann* Kritische Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW 70 S. 227 ff; *ders.* Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht! NJW 1959 S. 2293 f; *ders.* Verkehrsgefährdung als Ordnungswidrigkeit, Dogma und Praxis, in: *ders.* Folgenlose Verkehrsgefährdung als Massenerscheinung, 1961; *H. Blei* Die Neugestaltung der Raubtatbestände (EGStGB 1975), JA 1974 S. 233 ff; *P. Bockelmann* Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken? Materialien Bd. I S. 29 ff; *ders.* Verkehrsstraf-

197 Eingehend zu diesen verschiedenen Blickrichtungen *Trechsel* ZStW 93 S. 397 ff, 409 ff, 415 ff, 421 ff.

198 *Schorsch* und *Becker* Angst etc. S. 26.

199 Eingehender *Jakobs* Bruns-Festschrift S. 31 ff.

200 Siehe außer den schon genannten Abhandlungen *Schewe* Lange-Festschrift S. 687 ff; *Rasch* in: Handlungsanalyse S. 46 ff; *ders.* Psychiatrie S. 153 ff; *Kaiser* in: Rechtswissenschaft etc. S. 195 ff; *Müller-Luckmann* ebendort S. 215 ff; *Walter* KrimJ 1981 S. 207 ff; *Burkhardt* in: Jenseits des Rubikon S. 319 ff. — Speziell zur Behandlung der subjektiven Tatseite im Prozeß *Krauß* Schaffstein-Festschrift S. 411 ff; gegen die dort vorgetragene prozeßtheoretisch orientierte Sicht *Jäger* MonSchrKrim. 1978 S. 297 ff; siehe auch *Köberer* KrimJ 1983 S. 184 ff; — zur kognitiven Wende in der psychologischen Handlungstheorie *Wegener in: Handlungsanalyse S. 35 ff; — zur Beweisproblematik Loos* Grenzen S. 261 ff, 267 ff; *Hillenkamp* Wassermann-Festschrift S. 861 ff, 867 ff; *Vest* Vorsatznachweis S. 93 ff; *Freund* Normative Problematik S. 56 ff, 135 ff (der, wenn die äußere Tatgestalt für Vorsatz spricht und die Beweismittel erschöpft sind, eine Obliegenheit des Täters annimmt, in zumutbarem Rahmen eine entlastende subjektive Gestalt oder Indizien dafür vorzubringen. — Sehr zweifelhaft); — zur Tiefenpsychologie *Jäger* Henkel-Festschrift S. 125 ff, 136 ff; *Haffke* GA 1978 S. 33 ff; *Schumacher* in: Handlungsanalyse S. 61 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

rechtliche Aufsätze und Vorträge, 1967; *J. Bohnert* Fahrlässigkeitsvorwurf und Sondernorm, JR 1982 S. 6 ff; *ders.* Das Bestimmtheitserfordernis im Fahrlässigkeitstatbestand, ZStW 94 S. 68 ff; *G. Boldt* Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat, ZStW 68 S. 335 ff; *H. Booß* Keine Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht! NJW 1960 S. 373; *M. Burgstaller* Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen, 1974; *P. Cramer* Gedanken zur Reform der fahrlässigen Körperverletzung im Verkehrsstrafrecht, DAR 1974 S. 317 ff; *W. Dallinger* Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, MDR 1976 S. 13 ff; *E. Deutsch* Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 1963; *ders.* Finalität, Sozialadäquanz und Schuldtheorie als zivilrechtliche Strukturbegriffe. Welzels Fernwirkung auf die Zivilrechtsdogmatik, Welzel-Festschrift S. 227 ff; *J. L. Diez Ripollez* Die durch eine fahrlässig herbeigeführte schwere Tatfolge qualifizierten Delikte und das Schuldprinzip, ZStW 96 S. 1049 ff; *A. Donatsch* Unrechtsbewußsein und Verbotsirrtum, SchwZStr. 102 (1985) S. 16 ff; *G. Dornseifer* Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg – ein Relikt der Verdachtsstrafe? Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 427 ff; *L. Enneccerus* und *H. C. Nipperdey* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage 1960; *K. Engisch* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *ders.* Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift Bd. I S. 401 ff; *F. Exner* Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910; *K. Franzen, B. Gast-de Haan, E. Samson* Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten, 2. Auflage 1978; *G. Geilen* Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung, Welzel-Festschrift S. 655 ff; *K. H. Gössel* Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, 1974; *ders.* Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB, Lange-Festschrift S. 219 ff; *ders.* Norm und fahrlässiges Verbrechen, Bruns-Festschrift S. 43 ff; *ders.* Die Fahrlässigkeitsdelikte, Vorbeugung und Behandlung der Täter, ZStW 91 S. 270 ff; *ders.* Alte und neue Wege der Fahrlässigkeitslehre, Acta Universitatis wratislaviensis 858, 1987 S. 125 ff; *K. A. Hall* Über die Leichtfertigkeit, Ein Vorschlag de lege ferenda, Mezger-Festschrift S. 229 ff; *W. Hardwig* Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt, GA 1965 S. 97 ff; *ders.* Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 78 S. 1 ff; *W. Hassemer* Besprechung von BGH NJW 1975 S. 1893, JuS 1975 S. 814 f; *R. D. Herzberg* Die Schuld beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1984 S. 402 ff; *ders.* Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und der vorsätzlichen Straftat, JZ 1987 S. 536 ff; *H.-J. Hirsch* Zur Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte, GA 1972 S. 65 ff; *ders.* Der „unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, Oehler-Festschrift S. 111 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 31 S. 96 ff, JR 1983 S. 78 ff; *ders.* Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Universität zu Köln-Festschrift S. 399 ff; *G. Jakobs* Probleme der Wahlfeststellung, GA 1971 S. 256 ff; *ders.* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *ders.* Das Fahrlässigkeitsdelikt, Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff; *ders.* Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung, Bruns-Festschrift S. 31 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1986 S. 380, aaO S. 380 ff; *ders.* Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW 101 S. 516 ff; *H. Kamps* Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; *Armin Kaufmann* Das fahrlässige Delikt, ZRV 1964 S. 41 ff; *Arthur Kaufmann* Das Schuldprinzip, 1961; *M. Köhler* Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; *ders.* Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis, Lackner-Festschrift S. 11 ff; *V. Krey* und *T. Schneider* Die eigentliche Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination nach geltendem und künftigem Recht, NJW 1970 S. 640 ff; *W. Küper* Gefährdung als Erfolgsqualifikation? NJW 1976 S. 543 ff; *G. Küpper* Der „unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1982; *ders.* Anmerkung zu BGH 31 S. 96 ff, JA 1983 S. 229 f; *D. Lang-Hinrichsen* Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW 73 S. 210 ff; *K. Laubenthal* Anmerkung zu BGH 35 S. 257 f, JR 1988 S. 335 f; *H. Lohmeyer* Was ist „leichtfertig" i. S. des § 402 RAbgO? NJW 1960 S. 1798 f; *C. Lorenzen* Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte, 1981; *M. Maiwald* Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1974 S. 257 ff; *ders.* Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte – BGH 31, 96, JuS 1984 S. 439 ff; *R. Maurach* Probleme des erfolgsqualifizierten Delikts bei Menschenraub, Geiselnahme und Luftpiraterie, Heinitz-Festschrift S. 403 ff; *H. Mayer* Die folgenschwere Unmäßigkeit (§ 330a StGB), ZStW 59 S. 283 ff; *A. Montenbruck* Strafrahmen und Strafzumessung, 1983; *H. Mühlhaus* Die Fahrlässigkeit in Rechtsprechung und Rechtslehre unter besonderer Berücksichtigung des Straßenverkehrsrechts, 1967; *Chr. Mylonopoulos* Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Strafrecht, 1981; *ders.* Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo, ZStW 99 S. 685 ff; *U. Neumann* Zurechnung und Vorverschulden, 1985; *W. Niese* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *F. Nowakowski* Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ 1958 S. 335 ff; *ders.* Buchbesprechung, JZ 1958 S. 380 f; *D. Oehler* Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme an ihm, GA 1954 S. 33 ff; *ders.* Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW 69 S. 503 ff; *H.-U. Paeffgen* Die erfolgsqualifizierten Delikte — eine in die allgemeine Unrechtslehre integrierbare Deliktsgruppe? JZ 1989 S. 220 ff; *I. Puppe* Anmerkung zu BGH 31 S. 96 ff, NStZ 1983 S. 22 ff; *G. Radbruch* Über den Schuldbegriff, ZStW 24 S. 335 ff; *ders.* Aussetzung, VDBT Bd. V S. 185 ff; *R. Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986; *ders.* Opfer- und Drittverhalten als zurechnungsausschließende Faktoren bei § 226 StGB, Jura 1986 S. 143 ff; *C. Roxin* Literaturbericht, ZStW 84 S. 993 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 33 S. 66 ff, NStZ 1985 S. 320 f; *H.-J. Rudolphi* Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969 S. 549 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1976 S. 73 f, aaO S. 74 f; *ders.* Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, in: *B. Schünemann* (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984 S. 69 ff; *T. Schlapp* Anmerkung zu BGH 31 S. 96 ff, StV 1983 S. 62 f; *E. Schmidhäuser* Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung, Schaffstein-Festschrift S. 129 ff; *K. Schmoller* Ist die versuchte Herbeiführung einer qualifizierenden Folge strafbar? JurBl. 1984 S. 654 ff; *ders.* Sind auch vorsätzliche Verhaltensweisen im § 303 (österreichisches) StGB zu unterstellen? ÖJZ 1984 S. 655 ff; *W. Schöne* Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 649 ff; *F. C. Schroeder* Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung, JZ 1989 S. 776 ff; *H. Schröder* Anmerkung zu BGH JR 1971 S. 205 f, aaO S. 206 ff; *M. Schubarth* Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW 85 S. 754 ff; *B. Schünemann* Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975 S. 435 ff, 511 ff, 575 ff, 647 ff, 715 ff, 787 ff; *ders.* Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik? Schaffstein-Festschrift S. 159 ff; *G. Stratenwerth* Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht, SchwZStr. 81 (1965) S. 179 ff; *ders.* Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jescheck-Festschrift S. 285 ff; *W. Stree* Anmerkung zu BGH 31 S. 96 ff, JZ 1983 S. 73 f; *E. Struensee* Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987 S. 53 ff; *ders.* „Objektives" Risiko und subjektiver Tatbestand, JZ 1987 S. 541 ff; *J. Tenckhoff* Die leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen, ZStW 88 S. 897 ff; *H. Tröndle* Abschaffung der Strafbarkeit der fahrlässigen Tötung und fahrlässigen Körperverletzung bei leichtem Verschulden? DRiZ 1976 S. 129 ff; *K. Ulsenheimer* Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1966 S. 257 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1986 S. 249 f, aaO S. 250 f; *K. Volk* Anscheinsbeweis und Fahrlässigkeit im Strafprozeß, GA 1973 S. 161 ff; *ders.* Reformüberlegungen zur Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Straßenverkehr, GA 1976 S. 161 ff; *H. Wegscheider* Zum Begriff der Leichtfertigkeit, ZStW 98 S. 624 ff; *J. Weidemann* Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt, GA 1984 S. 408 ff; *ders.* Unkenntnis geänderter Rechtsprechung als Entschuldigungsgrund? DAR 1984 S. 410 ff; *H. Welzel* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 S. 491 ff; *ders.* Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Auflage 1961; *ders.* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte, 1961; *A. Wimmer* Über unzulässige Vertiefung der Schuldfrage bei Fehlleistungen von Kraftfahrern, NJW 1959 S. 1753 ff; *J. Wolter* Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972; *ders.* Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981 S. 168 ff; *ders.* Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *ders.* Der „unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, GA 1984 S. 443 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 33 S. 322 ff, JR 1986 S. 465 ff; *D. Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

I. Die individuelle Fahrlässigkeit

A. Allgemeines

1. *Fahrlässigkeit als Irrtum:* Fahrlässigkeit ist einer der Fälle, in der sich Vorstellung **1** und Wirklichkeit nicht entsprechen, also ein Fall von Irrtum[1], wenn es sich nicht um

[1] Eingehend *Gössel* Bedeutung S. 22 ff, 28 ff, 31.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Tatsachenblindheit handelt[1a] (dazu oben 8/5 ff). Im Gegensatz zum Irrtum beim Versuch, bei dem sich der Täter eine Tatbestandsverwirklichung vorstellt, die sich nicht ereignet, irrt der Täter bei Fahrlässigkeit dergestalt, daß er die sich ereignende Verwirklichung des objektiven Tatbestands nicht erkennt. Dieser Irrtum kann in zwei Formen auftreten: Der Täter mag überhaupt nicht daran denken, ob etwas wirklich ist oder nicht, und er mag sich positiv falsch vorstellen, etwas sei nicht wirklich, was doch wirklich ist. Beispiel: Wer ein Auto mit defekten Bremsen lenkt, mag nicht an die Möglichkeit eines Unfalls denken oder aber positiv annehmen, es werde nicht zu einem Unfall kommen; jedenfalls liegt ein Irrtum vor, wenn es doch zu einem Unfall kommt. — Die Frage des Irrtums ist von seiner Vermeidbarkeit zu trennen. Auch die mangels Vermeidbarkeit nicht mehr fahrlässige und deshalb nicht mehr tatbestandsmäßige Handlung wird mit irriger Vorstellung vollzogen.

2 2. *Strafbar* ist fahrlässiges Verhalten nur bei ausdrücklicher Anordnung, § 15 StGB, sowie bezüglich straferschwerender Folgen im Rahmen von § 18 StGB. — Kennt der Täter nicht sämtliche Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, so handelt er nicht vorsätzlich, § 16 Abs. 1 StGB; sind die Umstände immerhin erkennbar, handelt er fahrlässig. Die Umstände sind erkennbar, wenn der Täter mit dem unterstellten Motiv[1b], ein Verhalten der bestimmten Art und mit den bestimmten Folgen zu unterlassen, sein Verhalten und dessen Folgen im Tatzeitpunkt[2] als nicht unwahrscheinlich so bestimmt erkennen und somit unterlassen würde. Wie der Vorsatz nicht direkt als psychisches Faktum zur Handlung gehört, sondern als Form einer qualifizierten Vermeidbarkeit, so geht es auch bei der Fahrlässigkeit nicht direkt um eine Disposition des Täters, die Kenntnis möglich macht, sondern um diese Disposition als Form von Vermeidbarkeit. Demgemäß ist eine fahrlässige Handlung nicht Unrecht, weil die Tatbestandsverwirklichung erkennbar ist (die Erkenntnis verwandelt nur Fahrlässigkeit in Vorsatz), sondern weil eine erkennbare Tatbestandsverwirklichung vermeidbar ist. Es gibt keine Pflicht, sich Kenntnis zu verschaffen, sondern nur eine Pflicht, erkennbar tatbestandsmäßige Handlungen im Fall ihrer Rechtswidrigkeit zu vermeiden; letzteres mag der Täter über eine Kenntnisverschaffung leisten oder, wenn sich der dafür erforderliche Aufwand seines Erachtens nicht lohnt, indem er blind unterläßt[3].

Das heißt nicht, ein Mensch habe praktisch nur die Möglichkeit, sich aller Handlungen zu enthalten oder aber dauernd über die Tatbestandlichkeit seines Handelns zu urteilen; denn der weitaus größte Teil alltäglichen Handelns ist schon so oft beurteilt

---

[1a] Die Bezeichnung eines Nichtwissens als Irrtum, also als ein Defizit, ist nur sinnvoll, wenn das Wissen dem Nichtwissenden irgendetwas bedeutet. Das ist bei Tatsachenblindheit gerade nicht der Fall. Beispiel aus einem fremden Normensystem: Die meisten Menschen in Deutschland irren nicht zu Beginn einer Mahlzeit über das Tischgebet, weil ihnen die Befolgung der religiösen Norm und damit auch die Tatbestandslage (Wurde gebetet oder nicht?) völlig gleichgültig geworden ist. — Eingehender Jakobs ZStW 101 S. 516 ff, 527 ff; siehe schon *Hall* Mezger-Festschrift S. 229 ff, 233.

[1b] Da das Motiv als *dominant* unterstellt wird (oben 6/27), erübrigt sich die Bestimmung seiner absoluten Stärke: Das Motiv wirkt jedenfalls optimal; *a. A. Herzberg* Jura 1984 S. 402 ff, 405

[2] Kann der Täter die Tatbestandsverwirklichung erst zu einem Zeitpunkt erkennen, in dem er die Folgen seines Verhaltens nicht mehr revozieren kann, oder erkennt er dann sogar wirklich, so fehlt es an einem vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhalten. Beispiel: Der Autofahrer kann im Augenblick vor einem nunmehr unvermeidbaren Zusammenstoß erkennen (oder erkennt wirklich), was sich ereignen wird. — eine eigene Fahrlässigkeitskomponente „Vermeidbarkeit" zusätzlich zur Erkennbarkeit ist überflüssig, da die Vermeidbarkeit schon im Handlungsbegriff steckt; anders *Maurach-Gössel* AT II § 43 Rdn. 19.

[3] *Jakobs* Studien S. 83 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

worden, daß Gefährlichkeit oder Ungefährlichkeit der jeweiligen Situation ohne weitere Prüfung begriffen werden. Eine Beurteilung der Situation kommt deshalb überhaupt nur bei ungewöhnlichen Situationen in Betracht. Beispiel: Daß die Betätigung eines Lichtschalters in einem Zimmer ungefährlich ist, das zügige Überfahren einer Kreuzung bei Rotlicht zeigender Ampel hingegen gefährlich, muß nicht durch ein Urteil ermittelt werden, sondern ist mit der Situation als deren Eigenschaft bekannt.

3. Da der dolus eventualis den gesamten Bereich abdeckt, in dem der Täter die **3** Tatbestandsverwirklichung als nicht unwahrscheinlich beurteilt, läßt sich *keine bewußte Fahrlässigkeit* (luxuria) mit einer intellektuellen Seite bilden, die mit der intellektuellen Seite beim Vorsatz identisch wäre. Vielmehr kann es nur um Fälle eines nichturteilenden Daran-Denkens gehen[4]; insbesondere mag der Täter zwischen der Akzeptation und der Verdrängung einer Gefahrvorstellung unentschieden schwanken. Alle Fahrlässigkeit, bewußte wie unbewußte (negligentia), ist deshalb auch negativ ausgezeichnet: Es fehlt die Kenntnis der Tatbestandsverwirklichung. Die Trennung von bewußter und unbewußter Fahrlässigkeit ist bedeutungslos; insbesondere entspricht die Trennung nicht derjenigen von schwerer Fahrlässigkeit (Leichtfertigkeit) und leichter Fahrlässigkeit[5] (unten 9/23 ff).

4. *Im Ergebnis ist also die Fahrlässigkeit diejenige Form der Vermeidbarkeit, bei der* **4** *aktuelle Kenntnis des zu Vermeidenden fehlt.* Diese negative Auszeichnung dient allein der Abgrenzung zum Vorsatz; die Vermeidbarkeit selbst besteht ohne Blick auf das Vorhandensein oder das Fehlen von Kenntnis allein der Erkennbarkeit wegen. Deshalb ist die *Fahrlässigkeit mit ihren positiven Merkmalen gegenüber dem Vorsatz der generellere Begriff* (wie entsprechend der dolus eventualis gegenüber dem direkten Vorsatz der generellere Begriff ist: Das Fehlen einer voluntativen Beziehung oder das Fehlen sicherer Voraussicht sind nur Abgrenzungsmerkmale). Vorsatz wie Fahrlässigkeit sind Formen der Vermeidbarkeit; beide sind auch durch die Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung bestimmt; beim Vorsatz ist die Erkennbarkeit zur Kenntnis entfaltet, bei der Fahrlässigkeit nicht. Ist im Prozeß Kenntnis nicht nachweisbar, aber jedenfalls Erkennbarkeit, so ist wegen fahrlässiger Tat zu verurteilen, da das Fehlen von Kenntnis bei der Fahrlässigkeit kein sachhaltiges, sondern nur ein abgrenzendes Merkmal ist[6].

---

4 *Jakobs* Studien S. 118; *ders.* Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff, 10; *Schmidhäuser* AT 10/87, 95; *ders.* Studienbuch 7/91 ff.

5 *A. A. Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 162 (bei unbewußter Fahrlässigkeit soll keine Schuld im materiellen Sinne bestehen); gegen diesen Psychologismus gelten entsprechend die oben zur Tatsachenblindheit angeführten Argumente.

6 Sehr streitig; siehe *Jescheck* AT § 54 I 2; eingehend *Jakobs* GA 1971 S. 257 ff, 260 ff mit Nachweisen; *Wolter* Alternative und eindeutige Verurteilung S. 154 ff, 201 ff, 241 f; *Schmoller* ÖJZ 1984 S. 655 ff, 658 f. — Wenn *Mylonopoulos* (ZStW 99 S. 685 ff, 693, 705) einwendet, es gebe Fälle, in denen Wissen durch Zufall zustandekomme, „normalerweise aber nicht erlangbar gewesen" sei, verkennt er, daß in der *Zufalls*lage Wissen offenbar erlangbar, also auch Fahrlässigkeit gegeben ist (womit für Vorsatz wie für Fahrlässigkeit nicht entschieden ist, daß jedes Zufallswissen bei der Bestimmung des erlaubten Risikos relevant ist). Weiterhin trifft es nicht zu, daß man bei der Annahme eines Stufenverhältnisses „konsequenterweise den Vorsatz erst an Hand der Fahrlässigkeit ermitteln" müßte (aaO S. 695) (obgleich man es könnte). Wie man, um Wurzeln einer Pflanze festzustellen, nicht nachzugraben braucht, wenn man einen Sproß sieht, genügt zur Ermittlung von Erkennbarkeit, daß erkannt wurde. — Siehe auch oben 6/27 mit Fn. 71. — Die Rechtsprechung hat zunächst auf die Stufung der „Schuld"-Grade abgestellt (RG 41 S. 389 ff, 391), dann Wahlfeststellung angenommen (BGH 4 S. 340 ff) und schließlich die Fahrlässigkeitstatbestände als Auffangtatbestände (d. h. als Tatbestände, die Fälle nicht bewiesenen Vorsatzes auffangen sollen) interpretiert (BGH 17 S. 210 ff, 212).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

B. Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung

1. Ob der Täter einen sinnvollen Anlaß hat, die erkennbar tatbestandsmäßige Handlung zu unterlassen, ist — wie beim Vorsatz — gleichgültig; insbesondere ist die Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung nicht davon abhängig, daß der Täter die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens erkennen kann[7], zumal auch fahrlässige Handlungen gerechtfertigt sein können. Eine fahrlässige Handlung ist eine vermeid*bare*, aber nicht jedenfalls eine individuell sinnvoll zu meidende und auch nicht eine rechtlich jedenfalls zu meidende Handlung. Wie der Handlungsbegriff so ist auch derjenige der Fahrlässigkeit zwar für rechtliche Zwecke zurechtgeschnitten, besteht aber unabhängig vom Ergebnis einer rechtlichen Bewertung und ist in diesem Sinn natürlich. Beispiel:

---

[7] *A. A. Arzt* ZStW 91 S. 857 ff, 877: Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum sollen „auf einer sich zum Kreis schließenden Linie" liegen. Daran ist richtig, daß eine Erkenntnisblockierung entweder im Tatbestandsbereich oder aber im Normbereich den rechtlich vernünftigen Anlaß blockiert, im jeweils anderen Bereich die Lage zu beurteilen (oder die Handlung blind zu unterlassen), also die vorhandene Fähigkeit *zu gebrauchen*. Das heißt aber nicht, die Maßstäbe für Fahrlässigkeit und Verbotsirrtum müßten vereinheitlicht werden, wie *Arzt* aaO S. 883 ff meint; vielmehr ist die Frage, ob eine Fähigkeit nach dem für *ihren* Bereich geltenden Maßstab hinreichend stark ist, von der Frage zu trennen, ob aus dem jeweils *anderen* Bereich ein Anlaß geliefert wird, die Fähigkeit auch zu gebrauchen. Kraß: Wie Vorsatz selbst im unvermeidbaren Verbotsirrtum Vorsatz bleibt, obgleich jeder Anlaß zum Anders-Handeln fehlt, so auch Fahrlässigkeit. — Ähnlich wie *Arzt* auch *Donatsch* SchwZStr. 102 (1985) S. 16 ff, 44 ff („Sachverhalts- und Verbotsirrtum" als „untrennbare Bestandteile einer einzigen Fehlvorstellung", S. 47); *Schünemann* JA 1975 S. 435 ff, 787 ff; *ders.* Schaffstein-Festschrift S. 159 ff, 164; *Schünemann* argumentiert, wenn ein Einsichts- oder Geschicklichkeitsmangel das Unrecht ausschließe, dürfe nicht ein gravierendes Persönlichkeitsdefizit (scil. nach § 20 StGB) das Unrecht belassen. — Man wende das auf den Vorsatz! — Zutreffend zur Trennung von Unrecht und Schuld *Stratenwerth* Jescheck-Festschrift S. 283 ff, 286 ff; siehe auch *Schöne* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 649 ff, 668 ff. — Für *Köhler* Bewußte Fahrlässigkeit, ist *Unrecht* ein Widerspruch gegen die Normallgemeinheit. Beim *Vorsatz*delikt behandelt der Täter die Norm als bereichsweise ungültig (scil. in dem Bereich, in dem er sich bewegt) und negiert damit den „Allgemeinwillen in seiner Allgemeinheit" (S. 328). Diese Negation beruht auch bei Unrechtskenntnis auf einem *Mangel* an konkreter Normeinsicht; denn hätte der Täter „die volle Einsicht . . . als für sich gültige Bestimmung . . ., dann könnte er schlechthin nicht ihr zuwiderhandeln" (S. 332). Beim Fahrlässigkeitsunrecht wird hingegen „der übergreifende Normallgemeinwille nicht in seiner Besonderheit überhaupt, sondern in seiner einzelnen Besonderung verfehlt" (S. 357), das heißt, der Täter verfehlt die Verletzungseinsicht. *Schuld* kann nach *Köhler* nur im „Prozeß des sich selbst zum Unrecht bestimmenden Willens" stattfinden, und zwar „ausgehend von richtiger Einsicht" (S. 374, 397). Der Täter muß sich also aktuell selbst korrumpieren — bei bewußter Fahrlässigkeit: „Sich-leichtsinnig-Machen" (S. 391) — oder vor der Tat zum habituell Korrumpierten gemacht haben. Die Korrumpierung geschieht beim Vorsatzdelikt „unvermittelt" durch „selbstsüchtige Motivation", bei Fahrlässigkeit „vermittelter": „Das Interesse macht sich . . . nicht unmittelbar zur Norm vorgeblicher Richtigkeit auch eines eingesehenen Verletzens . . ., sondern die ihm subsumierte Bedeutungsallgemeinheit schwächt die Gültigkeit des Verletzungswissens als eines praktischen ein" (S. 396). — Dieser gründliche Versuch einer Restitution einer idealistischen Schuldlehre via bewußte Fahrlässigkeit muß an seiner Überschätzung der aktuellen Konstitution des Subjekts scheitern: Ohne die „nach natürlichen Voraussetzungen und kulturell-sozialem Bildungsprozeß konstituierte praktische Vernünftigkeit des Subjekts" (S. 397) kommt *Köhler* nicht aus; — aber schon diese praktische Vernünftigkeit ist nicht notwendig ein Befund beim Subjekt, sondern möglicherweise auch ein Anspruch an das Subjekt, das die ihm gebotenen Chancen nicht genutzt hat. Um eine normative Bestimmung des Subjekts kommt auch *Köhler* nicht herum; irgendwann muß er, so Schuld überhaupt möglich sein soll, das Subjekt, das von ihm wie eine ontologische fixe Größe behandelt wird, nehmen, wie es sein soll, aber nicht ist. Wenn *Köhler* in den zahlreichen Fällen, in denen das Zurückbleiben des Ist-Subjekts hinter dem Soll-Subjekt plausibel (aber nicht tolerierbar!) ist, den relevanten Zeitpunkt vorverlegt, so muß das mangels *gesetzlicher* Wertung für die Zeit, in der die Person ihre „richtige Einsicht" korrumpiert hat (die Tatbestandsverwirklichung läßt sich nicht auch vorverlegen) zu einer immensen Herummoralisiererei führen. *Köhler* versagt sich ein solches Moralisieren, bleibt deshalb aber auch insoweit ganz vage. Siehe auch *ders.* Lackner-Festschrift S. 11 ff, 30; *AK-Schild* Rdn. 197 ff vor § 13.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Wer gedankenverloren spazierengehend Weinbergschnecken zertritt, handelt insoweit fahrlässig, gleich ob das Zertreten erkennbar oder unerkennbar verboten ist, oder gar erlaubt; denn mit dem Motiv zur Vermeidung unterbliebe das Zertreten jedenfalls.

2. Die bezeichnete Bestimmung der Fahrlässigkeit als *individuelle* Erkennbarkeit **6** (gleichbedeutend: Voraussehbarkeit) der Tatbestandsverwirklichung ist umstritten. Nach verbreiteter Ansicht soll es im Rahmen des Tatbestands um eine *objektiv* bestimmte Voraussehbarkeit gehen, die teils zu einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung angereichert wird; nach dieser Lösung soll die individuelle Voraussehbarkeit ein Schuldproblem sein.

Was zunächst eine angeblich bestehende Sorgfalts*pflicht* angeht oder einen die Fahrlässigkeit kennzeichnenden Sorgfalts*verstoß*[8], so gibt es bei Fahrlässigkeit — wie bei Vorsatz — keine andere Pflicht als die sich aus der Norm ergebende Pflicht, und nur gegen diese Pflicht wird verstoßen: Der Täter soll bei fahrlässiger Begehung die Tat unterlassen, bei fahrlässiger Unterlassung soll er sie (sorgfältig!) vornehmen. Insbesondere ist beim Begehungsdelikt die geläufige Rede, der Täter habe die *gebotene* Sorgfalt fehlen lassen, normlogisch falsch: Der Täter hat beim Begehungsdelikt nicht sorgfältig zu handeln, sondern unsorgfältiges Handeln zu lassen[9]. Beispiel: Im Begehungsbereich ist nicht etwa sorgfältiger Umgang mit Streichhölzern geboten, sondern sorgloser Umgang verboten; eine Pflicht zum Umgang besteht nicht.

3. Gibt es demnach keine besondere Sorgfaltspflicht o. ä., so ist doch — parallel **7** zum Vorsatz — nicht jede Voraussehbarkeit einer Folge eine strafrechtlich relevante Fahrlässigkeit; vielmehr schlagen die Einschränkungen des objektiven Tatbestands, die durch die objektive Zurechnung erfolgen, auch auf die Fahrlässigkeit durch: Strafrechtlich relevant ist nur die *Voraussehbarkeit eines Risikos, das außerhalb des erlaubten Risikos liegt und auch sonst objektiv zurechenbar ist*[10]. Beispiel: Ob ein sich korrekt verhaltender Autofahrer die Möglichkeit eines Unfalls bedenkt oder erkennen könnte, ist gleichgültig; eine Tatbestandsverwirklichung liegt jedenfalls nicht vor. Das erlaubte Risiko begrenzt aber nicht den Begriff der Fahrlässigkeit, sondern nur die rechtliche Relevanz von Fahrlässigkeit. Auch im Rahmen sowieso erlaubten Verhaltens (gerechtfertigte Handlungen, Handlungen mit minimalem Risiko oder sonst tatbestandslose Handlungen) gibt es Fahrlässigkeit[11]. Beispiel: Schneller als 50 Stundenkilometer kann ein Täter vorsätzlich wie fahrlässig sowohl dort fahren, wo es verboten ist, wie auch dort, wo es erlaubt ist, sei es überhaupt erlaubt oder kraft einer Rechtfertigung.

---

8 RG 56 S. 343 ff, 349 f; *Bockelmann-Volk* AT § 20 B I 2; *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 19; *ders.* Wiener Kommentar § 6 Rdn. 23 f; *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 131 (Überschrift!); *Wessels* AT § 15 II 3 vor a und die überwiegende Ansicht; in subjektivierender Formulierung auch *Stratenwerth* AT Rdn. 1099 ff.

9 Zutreffend *Schmidhäuser* Schaffstein-Festschrift S. 129 ff; *ders.* AT 10/82; *ders.* Studienbuch 7/93; *Schöne* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 649 ff, 653; *Jakobs* Studien S. 67 f; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 157 f mit weiteren Nachweisen; *Schroeder* JZ 1989 S. 776 ff; hauptsächlich auch *Maurach-Gössel* AT II § 43 Rdn. 19; siehe auch *Hardwig* ZStW 78 S. 1 ff, 27.

10 Die Behauptung, durch das Erfordernis objektiver Zurechenbarkeit und das Erfordernis der Erkennbarkeit eines schon objektiv unerlaubten Risikos werde die individuelle Fahrlässigkeitsbestimmung verwässert (*Schünemann* JA 1975 S. 435 ff, 511 ff, 514), ist dogmatisch ganz ungereimt: Das Objektive ist beim Vorsatz wie bei Fahrlässigkeit Bezugspunkt des Subjektiven, ohne daß dadurch jedoch die Beziehung objektiv würde; der subjektive Tatbestand ist nicht objektiv, weil er sich auf den objektiven Tatbestand zu beziehen hat.

11 Die Lehre, die Fahrlässigkeit durch einen „Sorgfaltsverstoß" definieren will (oben Fn. 8), muß bei Rechtfertigung zwischen dem an sich Sorgfaltswidrigen und dem im Ergebnis Erlaubten trennen. Tatbestandslose Fahrlässigkeit kann diese Lehre überhaupt nicht erfassen. — Gegenwärtig plädiert *Arzt* (ZStW 91 S. 857 ff, 871) für einen „situationsbezogenen Sorgfaltsmaßstab, der Rechtfertigungsüberlegungen aufsaugt". Einen Vorzug dieser Gleichbehandlung von tatbestandsloser Fahrlässigkeit (ohne Blick auf den so-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

II. Kritik der objektiven Fahrlässigkeit

8 A. Was die verbreitete *objektive* Bestimmung der Voraussehbarkeit[12] angeht, so wird die dadurch bedingte Entindividualisierung der Handlung teils kaschiert, indem darauf verwiesen wird, auch der in objektiver Sicht tatbestandsmäßige Akt bleibe individuell vermeidbar; denn jedermann könne seine Aktionen vermeiden, wenn er nur wolle[13]. Bei dieser Argumentation wird jedoch verkannt, daß der Handlungsbegriff relativ ist (oben 6/27, 34). Was mit dem Motiv, schlechthin überhaupt nicht zu handeln, vermieden würde, und deshalb überhaupt erst Handlung ist, muß nicht schon deshalb auch mit dem Motiv vermeidbar sein, eine bestimmte (scil. tatbestandsmäßige) Handlung nicht zu vollziehen. Eine *bestimmte* Handlung ist vielmehr erst gegeben, wenn die Aktion als so bestimmt erkennbar ist, und das ist gerade nicht der Fall, wenn dem Täter nur zugänglich ist, daß *irgendeine* Aktion stattfindet[14].

9 B 1. Die objektive Bestimmung der Voraussehbarkeit ist deshalb mit einem individuellen Handlungsbegriff unvereinbar. So werden für die objektive Voraussehbarkeit auch vorweg Argumente angeführt, die mit der Zurechnung zum individuellen Täter

---

zialen Zusammenhang nicht rechtswidrig) und gerechtfertigter Fahrlässigkeit (wegen des sozialen Zusammenhangs nicht rechtswidrig) nennt *Arzt* nicht.

12 Die objektive Voraussehbarkeit hat als Lockerung eines objektiv-naturalistischen Handlungsbegriffs im System von *v. Liszt, Beling* und *Radbruch* ihren dogmengeschichtlichen Platz; siehe oben 6/6 ff; und zwar drängte das bei der Fahrlässigkeit nicht genuin, aber praktisch angesiedelte Problem des erlaubten Risikos zu einer Lösung, die mit dem Fahrlässigkeitsbegriff vermischt wurde. Zur Entwicklung der objektiv verkehrsgemäßen Sorgfalt insbesondere durch *Radbruch* (ZStW 24 S. 333 ff, 346 f), *Exner* (Wesen S. 179 ff) und hauptsächlich *Engisch* (Untersuchungen S. 283 ff, 343 f; *ders.* DJT-Festschrift Bd. I S. 401 ff, 417 f) siehe eingehend *Jakobs* Studien S. 56 ff. — Siehe auch die zum erlaubten Risiko angeführte Literatur oben 7/Fn. 67. — Die Entwicklung der Fahrlässigkeit im Bereich des finalen Handlungsbegriffs verlief vom Individuellen zum Objektiven (eingehend *Jakobs* Studien S. 70 ff). Nach *Welzels* früher Konzeption sollte es bei der Fahrlässigkeit um die individuelle Vermeidbarkeit gehen; da *Welzel* (ZStW 58 S. 491 ff, 559 ff) jedoch meinte, die Vermeidbarkeit als *sinnvolle* Vermeidbarkeit verstehen zu müssen (obgleich er die Vermeidbarkeitsform „Vorsatz" längst vom Unrechtsbewußtsein gelöst hatte), konnte er sie nicht von der Schuld sondern: „Damit fallen Schuld und Unrecht untrennbar zusammen" (aaO S. 562; ganz entsprechend schon *Exner* aaO S. 193). Nachfolgend wurde nicht die individuelle Vermeidbarkeit von der individuellen Sinnhaftigkeit des Vermeidens getrennt, sondern die Vermeidbarkeit objektiviert. Statt parallel zum Vorsatz als Form von Vermeidbarkeit eine individuelle Fahrlässigkeit zu bilden, wurde insbesondere durch *Niese* (Finalität S. 53, 62 f) der Vorsatz als psychisches Faktum genommen und argumentiert, dieses Faktum finde sich auch bei der fahrlässigen Handlung (was freilich für die Automatismen nicht zutrifft), dort nur nicht auf den Tatbestand bezogen. Nun ist ein nicht auf den Tatbestand bezogener Vorsatz nichts anderes als ein Willkürakt im Sinn der kausalen Handlungslehre, und deshalb erscheint nach diesem Irrweg der Dogmatik die *objektive* Sorgfalt als Rettung vor einem „Kausierungsunrecht" (so *Welzel* Strafrecht[3] S. 413; ferner *ders.* Neues Bild S. 32 ff; *ders.* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte S. 31 f; *Boldt* ZStW 68 S. 335 ff, 345 f; *Armin Kaufmann* ZRV 1964 S. 41 ff, 47 ff; *Hirsch* ZStW 93 S. 831 ff, 94 S. 239 ff, 251 ff; — *Stratenwerth* hat seine Ansicht aus SchwZStr. 81 (1965) S. 179 ff, 205 f in der 1. Auflage *seines* AT, 1976, dort Rdn. 1165 ff, revidiert). Das objektivierende finalistische System, der Sache nach eine Theorie des erlaubten Risikos, hat über *Nipperdey* AT Bd. II §§ 208 ff Eingang in das Zivilrecht gefunden; eingehend *Deutsch* Fahrlässigkeit S. 93 ff; *ders.* Welzel-Fest schrift S. 227 ff; siehe auch BGHZ 24 S. 21 ff (mit verfehlter Deutung der Verkehrsrichtigkeit eines Verhaltens als Rechtfertigungsgrund); BGH VRS 14 S. 30 ff. — Zum Problembereich siehe *Welzel* Strafrecht § 18 Einleitung und I 1, dort auch zum sozialen Handlungsbegriff (Einleitung 4); zu den Einwendungen von *Nowakowski* (JZ 1958 S. 335 ff, 380 f) gegen die Konzeption *Welzels* siehe *Welzel* Strafrecht[7] S. V ff.

13 *Armin Kaufmann* ZRV 1964 S. 41 ff, 47; *Schünemann* Schaffstein-Festschrift S. 159 ff, 163; *ders.* JA 1975 S. 435 ff, 511 ff, 514.

14 *Jakobs* Studien S. 65 f; *Stratenwerth* Jescheck-Festschrift S. 285 ff, 292.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

nichts zu tun haben[15], wobei hauptsächlich darauf abgestellt wird, daß die Situation, in der eine Folge objektiv voraussehbar ist, plakativ als zu vermeidende Situation ausformuliert werden kann („wer sich in bestimmter Weise verhält, muß mit bestimmten Folgen rechnen").

2. Diese Ausformulierung von Tattypen objektiver Fahrlässigkeit bringt jedoch **10** keinen Vorteil gegenüber einer individuellen Bestimmung der Erkennbarkeit. Das ist zunächst für die Fälle evident, in denen das objektive Urteil subjektiv nachvollziehbar ist; dann ist die Objektivierung ganz überflüssig. Ist der subjektive Nachvollzug nicht möglich, so ist zwischen zwei dogmatischen Folgerungen, die gezogen werden, zu unterscheiden:

a) Wird bei nur-objektiver Voraussehbarkeit die Fahrlässigkeitsschuld verneint[16], so kommt es nicht zur Zurechnung, und die Objektivierung erschöpft sich in dem Ergebnis, daß immerhin Unrecht vorliegt. Das wird teils für vorzugswürdig gehalten, da nur so Maßregeln und eine Strafe bei einem Vollrausch (§ 323a StGB) verhängt werden könnten. Diese Annahme beruht jedoch auf einer nur-begriffsjuristischen Konstruktion[17]: Was im Maßregelrecht „Rechtswidrigkeit" heißt, ist aus dem Regelungszweck dieses Bereichs herzuleiten, wobei sich Objektivierungen für Fahrlässigkeit wie Vorsatz ergeben mögen. Beim Vollrausch schließlich geht es allein um die Schuldfähigkeit; ein Verzicht auf ein Schuldmerkmal der individuellen Voraussehbarkeit wäre also schon nach dem Wortlaut von § 323a StGB ausgeschlossen und wäre auch allenfalls im Bereich rauschbedingter Unfähigkeit sachgerecht.

b) Wird jedoch auf den Nachvollzug des objektiven Urteils verzichtet, das maßstäbliche Verhalten also nicht als Erkenntnishilfe eingesetzt, sondern als Leitbild vorgeschrieben[18], so geht im subjektiven Tatbestand der Folgenbezug verloren und die Verletzungsdelikte wandeln sich in subjektiv-abstrakte Gefährdungsdelikte. Bei dieser Lösung könnte dasjenige, was als Erkennbares Fahrlässigkeit begründet, als Erkanntes keinen Vorsatz bilden. Beispiel: Ein Arzt, der an die Richtigkeit einer Rezeptur glaubt, von der allgemein angenommen wird, sie widerspreche der lex artis, und der das aktuell

---

15 Siehe *Jescheck* AT § 54 I 3 a. E.; *ders.* Aufbau und Behandlung S. 11 f; *Schünemann* JA 1975 S. 435 ff, 511 ff, 513 ff; *Köhler* Bewußte Fahrlässigkeit S. 411 ff; *Mylonopoulos* Verhältnis S. 104 ff; *Kamps* Arbeitsteilung S. 75 ff; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 146 ff.

16 So die übliche Lehre und auch die Rechtsprechung; RG 3 S. 208 f, 209; 24 S. 417 ff, 418; 30 S. 25 ff, 28; 73 S. 257 ff, 262; 74 S. 195 ff, 198; BGH 24 S. 213 ff, 215 f; OLG Köln NJW 1963 S. 2381 ff, 2383.

17 *Stratenwerth* Jescheck-Festschrift S. 285 ff, 297 ff; *Jakobs* Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff, 20 f mit Fn. 45.

18 So *Armin Kaufmann* ZRV 1964 S. 41 ff, 52 f in der Version, daß die Erkennbarkeit des nach objektivem Urteil Riskanten eine Frage der Erkennbarkeit des Verbots sein soll; so auch *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 168 ff, 179 ff; *AK-Zielinski* §§ 15, 16 Rdn. 13, 89, 130; *Weidemann* GA 1984 S. 408 ff, 423; *ders.* DAR 1984 S. 310 ff; siehe dagegen *Jakobs* Studien S. 66 f; siehe auch *Arzt* ZStW 91 S. 857 ff, 884 Fn. 64. — Nach der kritisierten Ansicht *kann* der Gesetzgeber keine Tatbestände mit nur fahrlässigem Folgenbezug bilden; so zuletzt *Struensee* JZ 1987 S. 53 ff, 57 f und S. 541 ff, wonach als Tatbestand des fahrlässigen Delikts ein „unwertiger Sachverhalt herauspräpariert werden" soll, „auf den sich die Finalität des Handelnden bezieht". Dieser Sachverhalt soll im vorsätzlichen Handlungsteil gefunden werden, besteht also etwa beim fahrlässigen Erschießen eines Menschen, der hinter einer Tür steht, im vorsätzlichen Schießen auf die Tür in einem bewohnten Haus (ein solches vorsätzliches Handlungsstück fehlt freilich bei Automatismen). Konsequenz: „Die Erfolgsmöglichkeit selbst wird . . . nicht Merkmal der begrifflichen Beschreibung (Begriffsinhalt), sondern bleibt Motiv der Zusammenstellung erfolgsträchtiger Faktoren". Es gibt aber keine Gleichung, man könne nur zwecktätig vermeiden, was man aktuell zwecktätig herbeiführt. Gäbe es diese Gleichung, gälte sie auch für die Vermeidbarkeit der Tatbestandsverwirklichung als *Unrecht*, das heißt, die Vorsatztheorie wäre einzig richtig (dagegen unten 19/14 ff). Gegen *Struensee* siehe *Herzberg* JZ 1987 S. 536 ff; zum Hauptpunkt des Streits, dem Sonderwissen beim erlaubten Risiko, siehe oben 7/49 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

bedenkt, mag besonderen Anlaß haben, seine Ansicht zu überprüfen; sofern er aber handelt, sind die zur eigenen Überraschung auftretenden Verletzungen nicht vorsätzlich herbeigeführt, da sie nicht erkannt worden sind; — wie sollte dann aber die Erkennbarkeit des Verstoßes gegen die lex artis ohne Erkennbarkeit der Folgen Fahrlässigkeit begründen[18a]?

11 3. Weiterhin wird beim Streit um die Bestimmung der Fahrlässigkeit das Argument vorgebracht, eine Objektivierung sei nötig, um besonders befähigte Personen vor exzessiv hohen Anforderungen zu bewahren[19]. Das Argument ist wenig klar; eine pauschale Erledigung ist der differenzierten Problemlage unangemessen:

Beim Begehungsdelikt kann es überhaupt nur um die besondere Fähigkeit zur Prognose einer Tatbestandsverwirklichung gehen. Die Berücksichtigung dieser Fähigkeit ist aber schon ein Problem des erlaubten Risikos (oben 7/35 ff, 49 f) und entscheidet sich nach der Zuständigkeit des Täters für den schadensträchtigen Umstand, also nach einem normativen Prinzip. Beispiel: Ein Forscher muß eine riskante Versuchsanordnung auch mit Hilfe seiner Sonderfähigkeiten beherrschen, aber ein Student des Bauwesens muß seine Sonderfähigkeiten nicht aktivieren, wenn er in den Semesterferien als Handlanger auf einer Baustelle arbeitet. Besonderheiten für die Fahrlässigkeit ergeben sich dabei nicht, insbesondere bleibt bei *geleisteter* Voraussicht aber mangelnder Zuständigkeit nur eine Haftung aus § 323c StGB. Beispiel: Erkennt im zuletzt genannten Beispiel der Student, daß die von ihm herzustellende Betonmischung nicht tragfähig sein wird, so haftet er trotz seines vorsätzlichen Handelns nicht aus einem Begehungs-Verletzungsdelikt. — Zum Einsatz von Sonderfähigkeiten bei der Unterlassung siehe unten zur Pflichtenkollision 15/12 ff und zum Unterlassungsdelikt 29/14.

12 4. Es ist schließlich auch nicht erforderlich, bei Fahrlässigkeitsdelikten das verbotene Verhalten durch die Angabe des Sorgfaltswidrigen genauer zu detaillieren, als es bei Vorsatz geschieht, insbesondere auch nicht bei Erfolgsdelikten. Die Tatbestände der Fahrlässigkeitsdelikte sind keine offenen Tatbestände und nicht einmal relativ weniger bestimmt als Vorsatzdelikte. Beim Vorsatzdelikt wie beim Fahrlässigkeitsdelikt muß der Täter aus dem Verursachungsverbot das Verbot des konkret verursachenden Verhaltens selbst ableiten (etwa bei der Tötung: das Verbot des Erschlagens oder Vergiftens etc.). Es gibt so viele Modalitäten fahrlässigen Handelns, wie es Modalitäten vorsätzlichen Handelns gibt, und eine Bündelung des Fahrlässigen im Begriff des Sorgfaltswidrigen ergibt über das sowieso zu Benennende hinaus, also jenseits der Erkennbarkeit eines nicht mehr erlaubten Risikos, keine Präzisierung des Verbotenen[20].

18a Zutreffend *Stratenwerth* Jescheck-Festschrift S. 285 ff, 292 mit Fn. 27.

19 *Jescheck* AT § 54 I 3 a. E.; *Schünemann* JA 1975 S. 435 ff, 511 ff, 513 ff; *ders.* Schaffstein-Festschrift S. 159 ff, 165 f; *Mylonopoulos* Verhältnis S. 104 ff, 108; *Schroeder* ZStW 91 S. 257 ff, 263; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 163 ff; *Hirsch* Universität zu Köln-Festschrift S. 399 ff, 410 f; — dagegen *Stratenwerth* AT Rdn. 1098; *ders.* Jescheck-Festschrift S. 285 ff, 299 ff; siehe zur Kontroverse auch *SK-Samson* § 16 Anhang Rdn. 11. — Umgekehrt *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 138 ff, der individuelle Sonderfähigkeiten zu einem objektiv bestimmten Standard hinzufügen will. *Cramers* Einwand, bei der Übernahmefahrlässigkeit (unten 9/14) versage die subjektive Bestimmung, weil der Übernehmende ja unfähig sei, den zu übernehmenden Aufgabenkreis zu bewältigen (aaO Rdn. 140a), läßt unberücksichtigt, daß der Übernehmende *bei* der Übernahme subjektiv zur Vermeidung fähig ist.

20 *Jakobs* Studien S. 74; siehe auch *Bohnert* ZStW 94 S. 68 ff, 74 ff; *AK-Zielinski* §§ 15, 16 Rdn. 13; *a. A. Schöne* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 649 ff, 656 ff und passim, von dem Ansatz aus, bei Fahrlässigkeit sei ein Verhalten mit bestimmter, aber eben nicht tatbestandlich fixierter Finalität verboten; gegen diesen Ansatz oben 6/15.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

5. Im Ergebnis hat die objektive Voraussehbarkeit keine Funktion, die nicht schon **13** das erlaubte Risiko erfüllen würde. Sie ist so überflüssig, wie es ein „objektiver Vorsatz" wäre. Zum Fahrlässigkeitsunrecht (und nicht erst zur Schuld) gehört die individuelle Voraussehbarkeit[21]. Das Unrecht hängt also von den Fähigkeiten des jeweiligen Täters ab, seine Handlung ihrer tatbestandserfüllenden Wirkung wegen zu vermeiden. Beispiel: Werfen ein Dachdeckermeister und sein Lehrling Ziegel vom Dach auf einen Weg und kann der Meister, nicht aber der Lehrling erkennen, daß Stücke der beim Aufprall zersplitternden Ziegel bis auf eine 20 m entfernte Straße streuen und dort Passanten verletzen können, so handelt der Meister fahrlässig, der Lehrling nicht. Diese Individualisierung entspricht auch der Funktion des Strafrechts, das nicht die Erwartung garantiert, alle Menschen seien gleich befähigt, sondern die Erwartung rechtstreuer Motivation[22].

III. Einzelprobleme der Fahrlässigkeit

A. Die Übernahmefahrlässigkeit

Die individuelle Voraussehbarkeit muß — wie der Vorsatz — zur Zeit der Tathand- **14** lung gegeben sein. Tathandlung muß aber nicht die letzte kausierende Handlung des Täters vor dem Erfolgseintritt sein; vielmehr ist es möglich, daß der Täter sich selbst fahrlässig als unvermeidbar handelndes Werkzeug entläßt. Beispiel: Der Täter beginnt eine Autofahrt, obgleich er erkennbar übermüdet ist; wegen der Übermüdung verkennt er später unvermeidbar eine Verkehrssituation etc. (sogenannte Übernahmefahrlässigkeit oder fahrlässige Tätigkeitsübernahme)[23]. Eine Vorverlagerung des Handlungszeitpunkts ist nur möglich, wenn der Täter zur früheren Zeit nicht nur fähig ist, die Konsequenzen seines kommenden Tuns zu überblicken, sondern auch verpflichtet, für ein Ausbleiben der Konsequenzen zu sorgen. Daran fehlt es, wenn der Täter im späteren Zeitpunkt nur eine Leistung nach seinen ad hoc aktivierbaren Fähigkeiten erbringen muß. Beispiel: Wer Zeuge eines schweren Unfalls wird, kann erkennen, daß er später vor Gericht als Zeuge wird aussagen müssen und ohne Fixierung des Erlebten vielleicht unvermeidbar falsch aussagen wird. Trotzdem hat er keine Pflicht, sich um eine Fixierung zu bemühen oder ein der Fixierung hinderliches Verhalten zu unterlassen. Die *Übernahmefahrlässigkeit besteht nur, wenn der Täter zum früheren Zeitpunkt schon Garant für die Qualität seines späteren Verhaltens ist* (es besteht also eine Parallele zu den nach üblicher Terminologie als Unterlassung durch Begehung bezeichneten Konstellationen, oben 7/69).

---

21 Ebenso *Stratenwerth* AT Rdn. 1099; *SK-Samson* § 16 Anhang Rdn. 13 ff; *Jakobs* Studien S. 48 ff, 69; *ders.* Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff, 20; *Otto* AT § 10 I 3; zusätzlich (als subjektiven Tatbestand) zu einer (im objektiven Tatbestand lozierten) objektiven Voraussehbarkeit erkennen die individuelle Voraussehbarkeit als Unrechtsmoment an *Gössel*/Bruns-Festschrift S. 43 ff, 51 f; *ders.* Bengel-Festschrift S. 25 ff, 35 ff; *Maurach-Gössel* AT II § 43 Rdn. 110 ff; *Gössel* in: Acta S. 125 ff, 138; *Rudolphi* in: Strafrechtsystem S. 69 ff, 81 f. — Für eine „Doppelrelevanz" der subjektiven Voraussehbarkeit als Fahrlässigkeit für Unrecht und Schuld siehe *Wolter* Objektive und personale Zurechnung S. 153 ff.

22 Siehe dazu schon oben zum sozialen Handlungsbegriff. — Bei massenhaften, gefährlichen, anonymen Kontakten tritt das Vertrauen auf rechtstreue Motivierung zur Erfolgsvermeidung hinter dem Vertrauen auf faktische Motivierung gemäß den abstrakten Gefährdungsverboten zurück. Deshalb finden sich insbesondere im Straßenverkehrsstrafrecht Vorschläge zur Objektivierung der Fahrlässigkeit *bis in die Schuld: Booß* NJW 1960 S. 373; *Wimmer* NJW 1959 S. 1753 ff, 1757; — dagegen zutreffend *Baumann* NJW 1959 S. 2293 f; *ders.* Folgenlose Verkehrsgefährdung S. 168; *Baumann-Weber* AT § 28 III 2; siehe auch *Volk* GA 1973 S. 161 ff.

23 *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 141 f; *Stratenwerth* AT Rdn. 1105; *Neumann* Zurechnung S. 186 ff; *Jakobs* Studien S. 151; *Gössel* ZStW 91 S. 270 ff, 271 f; *Maurach-Gössel* AT II § 43 Rdn. 62 f. — Beispiel aus der Rechtsprechung: BGH JR 1986 S. 249 f mit Anmerkung *Ulsenheimer* aaO S. 250 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Sowohl das Tatverhalten (die Übernahme) wie das dann folgende unvermeidbare Verhalten können eine Handlung oder eine Unterlassung sein. Beispiele: (a) (beides Handlung) Ein Arzt übernimmt eine ihm nicht geläufige Operation, fahrlässig nicht berücksichtigend, daß er sich dadurch in die Lage bringt, nach Öffnung des Körpers (und dann unvermeidbar) eine verletzende Fehlhandlung zu vollziehen oder (b) (Handlung mit folgender Unterlassung) eine notwendige Rettungshandlung nicht vornehmen zu können. — (c) (Unterlassung mit folgender Handlung) Ein Notarzt, der sich krank fühlt, unterläßt es, rechtzeitig für eine Vertretung zu sorgen, fahrlässig nicht bedenkend, daß der Fortschritt seiner Krankheit ihn dazu bringt, unvermeidbar eine verletzende Fehlhandlung zu vollziehen oder (d) (beides Unterlassung) eine notwendige Rettungshandlung nicht vornehmen zu können.

B. Die Entscheidungsrelevanz des erkennbaren Risikos

15 Gegenstand der Erkennbarkeit bei Fahrlässigkeit muß dasjenige sein, was beim Vorsatz erkannt ist; nach der Formulierung von *Engisch*[24] muß „dem fahrlässigen Täter . . . ebenso viel erkennbar sein, wie ihm im Falle wirklicher Kenntnis zum Vorsatz gereichen kann, denn die Motivation, die wir beim vorsätzlichen Täter aufgrund seiner Vorstellung erwarten, muß, damit dem Täter Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann, erreichbar gewesen sein". Danach muß dem Fahrlässigkeitstäter nicht nur ein Risiko erkennbar sein, das den Rahmen der Risikoerlaubnis überschreitet, sondern das Risiko muß — wie bei Vorsatz — auch von entscheidungserheblicher Dichte sein (siehe oben 8/30 ff). Unerlaubte Risiken der Art, wie sie ubiquitär als aufgedrängt unerlaubte Risiken hingenommen werden müssen, wenn bestimmte Lebensbereiche nicht überhaupt gemieden werden sollen, reichen nicht aus[25]. So wenig eine geringfügige, aber folgenreiche Überschreitung der zugelassenen Höchstgeschwindigkeit im Straßenverkehr bei Kenntnis des sich dann auch verwirklichenden Risikos eine vorsätzliche Verletzungshandlung ist, so wenig bei Erkennbarkeit eine fahrlässige.

Das Problem wird in Rechtsprechung und Lehre durchweg übergangen. Vielmehr wird Fahrlässigkeit auch in dem Bereich unerlaubter, aber nicht entscheidungserheblicher Risiken für möglich gehalten. Damit werden die Fahrlässigkeitsdelikte in abstrakte Gefährdungsdelikte (Schaffen eines unerlaubten Risikos) verwandelt, die um einen nur noch objektiv zurechenbaren Erfolg angereichert werden.

C. Die Erkennbarkeit eines objektiv zurechenbaren Risikos

16 1. Was die *Kausalität* als Gegenstand der Erkennbarkeit angeht, so muß dem Täter — wiederum entsprechend der Lage bei Vorsatz — die Kausalität der von ihm gesetzten Bedingungen für den tatbestandlichen Erfolg erkennbar sein, nicht aber der konkrete Verlauf zwischen fahrlässiger Handlung und Erfolg[26]. Jedoch muß der Täter

---

24 Untersuchungen S. 373.

25 Eingehend *Jakobs* Bruns-Festschrift S. 31 ff; *ders.* Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff, 23 ff; *AK-Zielinkski* §§ 15, 16 Rdn. 105; ferner die oben 8/Fn. 70 zum Vorsatz angegebene Literatur.

26 So auch die Rechtsprechung, freilich ohne Beschränkung auf Erkennbarkeit des sich verwirklichenden Risikos (dazu sogleich); RG 24 S. 417 ff, 418; 73 S. 370 ff, 372; BGH 12 S. 75 ff, 77; wie die Rechtsprechung auch *Mühlhaus* Fahrlässigkeit S. 45 f; — objektiv inadäquate Verläufe werden freilich ausgeschieden; BGH 3 S. 62 ff; OLG Karlsruhe NJW 1976 S. 1853 f. — In der Literatur wird verbreitet die Voraussehbarkeit des konkreten Verlaufs „in seinen wesentlichen Zügen" verlangt: *Welzel* Strafrecht § 22 III 5 b; *Wessels* AT § 15 III 2; *Jescheck* AT § 57 III 1; *Baumann-Weber* AT § 28 II 3 b β; *Bockelmann* Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze S. 98 f; *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 200. — Dagegen siehe oben zur Adäquanz 7/34.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

gerade *dasjenige Risiko* erkennen können, *das sich verwirklicht*[27]. Das ist nach den Grundsätzen zu ermitteln, die oben (7/72 ff) zur objektiven Zurechnung entwickelt wurden; nur ist hier nicht auf jedes vom Täter geschaffene, sondern nur auf das ihm erkennbare Risiko abzustellen (wie bei der Zurechnung als vorsätzliche Tat auf die Verwirklichung des erkannten Risikos abzustellen ist). An einer Risikoverwirklichung fehlt es demnach, wenn die Bedingungen des dem Täter erkennbaren Risikos die Schadensneigung des Verlaufs nicht erklären. Beispiel: Wer auf einem Bauernhof in der Nähe einer strohgefüllten Scheune arglos eine brennende Zigarette wegwirft, die in eine Benzinlache fällt und deshalb einen Brand auslöst, haftet wegen fahrlässiger Brandstiftung nur, wenn ihm nicht allein das Risiko des Zusammentreffens von Feuer und Stroh, sondern auch dasjenige des Zusammentreffens von Feuer und Benzin erkennbar ist. — Für Einzelheiten gelten die Ausführungen zur Kausalität als Vorsatzgegenstand entsprechend (oben 8/63 ff).

2. Nur um einen Anwendungsfall dieser Risikoverwirklichung handelt es sich bei **17**
dem üblicherweise als *Normzweckzusammenhang* bezeichneten Problembereich, dessen Behandlung in der Literatur überwiegend nicht zum Zweck einer objektiven Zurechnung erfolgt, sondern anläßlich subjektiver Zurechnung und dort wiederum besonders der Zurechnung als Fahrlässigkeitstat. — Die zur objektiven Zurechnung genannten Maximen gelten mit der Maßgabe, daß an die Stelle des vom Täter geschaffenen Risikos das ihm erkennbare Risiko tritt.

Die Übertragung der Zurechnungsprinzipien vom objektiven Bereich in denjenigen der Fahrlässigkeit führt insbesondere dazu, daß — entgegen verbreiteter Lehre — hypothetische Erfolgsursachen die Zurechnung als fahrlässige Tat nicht hindern. Hypothetische Erfolgsursachen können die Haftung allenfalls mildern, und zwar nach den oben genannten Prinzipien in analoger Anwendung der Regeln des Versuchs, §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB, wenn der Täter die hypothetische Lage nicht überblickt, und nach § 49 Abs. 2 StGB, wenn dem Täter die hypothetische Unvermeidbarkeit der Folge bekannt ist (eingehend oben 7/92 ff). Letzteres dürfte bei Fahrlässigkeit selten der Fall sein; immerhin ist es nicht ausgeschlossen, daß der Täter fahrlässig ein Gut verletzt, weil er das Gut sowieso für verloren hält und auf seinen Bestand deshalb nicht mehr achtet.

Die Lehre, eine *Risikoerhöhung* reiche zur Zurechnung eines Erfolgs hin, ist auch zur Fahrlässigkeit aus den oben 7/98 ff spezifizierten Gründen abzulehnen.

3 a) Die sonst zum Vorsatz genannten Probleme der Abweichung von Vorstellung **18**
und Verlauf treten bei der Fahrlässigkeit sämtlich als Probleme der *Abweichung zwischen erkennbarem und eintretendem Verlauf* auf, sind aber praktisch weitgehend bedeutungslos.

b) Beispiele: **19**

aa) Zur *vorzeitigen Vollendung:* Wer einen im Ergebnis erkennbar gefährlichen Plan durchzuführen beginnt, haftet nicht, wenn schon erste, für sich nicht als gefährlich erkennbare Handlungen den Erfolg bringen.

bb) Zur *culpa generalis*[28]: Wirkt ein Täter mehrfach auf ein Objekt ein und sind **20**
deshalb alle Einwirkungen ursächlich für einen Erfolg, ist aber nur die erste als ursächlich erkennbar, so haftet er nur, wenn die nachfolgenden Einwirkungen das Risiko der

---

27 *SK-Samson* § 16 Anhang Rdn. 29 f; *Rudolphi* JuS 1969 S. 549 ff, 552; *Jakobs* Studien S. 90 f; siehe ferner die oben 8/Fn. 139 zum Vorsatz angegebene Literatur.

28 *Jakobs* Studien S. 100; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 31; *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 124 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

ersten fortsetzen aber nicht ersetzen. Konkret: Nach einem fahrlässig verursachten Autounfall wirft der Fahrer das von ihm unvermeidbar, aber irrig für tot gehaltene Opfer in den Straßengraben, wo es ertrinkt; — keine Haftung für vollendete fahrlässige Tötung. — Wird aber das Opfer, das zu verbluten droht, unter einem Holzstapel versteckt, so daß zwar die blutende Arterie abgeklemmt wird, das Opfer aber an einer beim Unfall gleichfalls erlittenen Organverletzung stirbt, so verwirklicht sich durch die nachfolgende Handlung das Risiko des Unfalls.

21 cc) Zur *aberratio ictus:* Wer gegenüber einem erkennbaren Objekt fahrlässig handelt, aber ein unerkennbares trifft, haftet nicht für den Erfolg. Konkret: Wer in einem Zimmer mit einer Schußwaffe spielt, so daß erkennbar eine andere Person in diesem Zimmer durch einen Schuß verletzt werden könnte, haftet nicht für den Erfolg, wenn ein Schuß losgeht und einen Voyeur trifft.

22 dd) Zum *error in persona vel objecto:* Eine nicht tatbestandliche Identität des Objekts muß dem Täter nicht erkennbar sein. Konkret: Wer mit einer Schußwaffe, die er vermeidbar irrend für ungeladen hält, im Scherz eine Person bedroht, die er unvermeidbar irrend für einen seiner Bekannten hält, haftet für die Verletzung des Fremden, wenn ein Schuß losgeht.

D. Die Leichtfertigkeit

23 1. Zunehmend häufig verlangt der Gesetzgeber statt schlichter Fahrlässigkeit eine Leichtfertigkeit des Verhaltens (§§ 138 Abs. 3, 176 Abs. 4, 177 Abs. 3, 264 Abs. 3, 251 StGB u. a. m.). Leichtfertigkeit wird allgemein als grobe Fahrlässigkeit verstanden[29] (so auch die Definition in § 18 Abs. 3 E 1962). Eine allgemein anerkannte Konkretisierung der Grobheit ist bislang nicht gelungen.

Man könnte zur Bestimmung des Groben die Leichtfertigkeit mit der vorsatzähnlichen bewußten Fahrlässigkeit — sofern man diese überhaupt anerkennt — gleichsetzen[30]. Eine solche Lösung übertrüge aber ohne Notwendigkeit den mit der Tatsachenblindheit gekoppelten axiologischen Widerspruch (oben 8/5) in die Fahrlässigkeit.

24 2. Zur Vermeidung dieses Widerspruchs muß die Leichtfertigkeit wertend abgeschichtet werden. Dabei entsteht das Problem, *was* gewertet werden soll, nur die Fahrlässigkeit als Merkmal der Steuerbarkeit oder auch der Anlaß, vom Steuerungsvermögen Gebrauch zu machen. Mit anderen Worten, soll Leichtfertigkeit nur eine besonders starke Fahrlässigkeit sein, so daß es auch gerechtfertigte und entschuldigte Leichtfertigkeit gibt, oder soll Leichtfertigkeit eine um subjektive Unrechtsmerkmale angereicherte Fahrlässigkeit sein oder gar auch die Schuld kennzeichnen? Zur Lösung ist zu berücksichtigen, daß mit der Strafe für Leichtfertigkeit auch immer eine Strafe für jeden Vorsatz korrespondiert (einzig zweifelhaft für § 251 StGB). Wenn aber der Vorsatz an seiner Untergrenze ein Steuerungsmerkmal ohne Blick auf den Gebrauchsanlaß ist, besteht kein Grund, an der Obergrenze der Fahrlässigkeit anders zu verfahren. Leichtfertigkeit ist also so wenig durch gesteigerte Vorwerfbarkeit zu definieren[31], wie Vorsatz stets — gegenüber Fahrlässigkeit — gesteigerte Vorwerfbarkeit bringt.

---

29 BGH 20 S. 315 ff, 323 f, 327; BGH StV 1987 S. 254 f; — zur Leichtfertigkeit in § 378 AO siehe *Samson* in: *Franzen-Gast-Samson* § 378 Rdn. 22 f.

30 *Sauer* Allgemeine Strafrechtslehre § 22 I 2; *Lohmeyer* NJW 1960 S. 1798 f, 1799; im Ansatz auch *Arzt* Schröder-Gedächtnisschrift S. 119 ff, 127 f; so müßte auch die insbesondere von *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 162 verfochtene Lehre verfahren, die nur bei der bewußten Fahrlässigkeit überhaupt schuldhaftes Verhalten für möglich hält, ohne daß dann *jede* bewußte Fahrlässigkeit zugleich Leichtfertigkeit sein müßte.

31 So aber *Hall* Mezger-Festschrift S. 229 ff, 248.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Auch ist Leichtfertigkeit nicht durch eine Rücksichtslosigkeit gekennzeichnet[32]; es mag gerechtfertigte Taten mit Leichtfertigkeit geben, wie es solche mit Vorsatz gibt. Vielmehr ist allein darauf abzustellen, wie leicht die Erfolgsherbeiführung vermeidbar war, also ob auch schon ein geringes Interesse an der Vermeidung genügt hätte (dann Leichtfertigkeit) oder nicht[33]. Das Maß schwankt je nach dem Gewicht des betreffenden Guts, wie die Höhe des jeweiligen erlaubten Risikos schwankt. Beispiel: Leichtfertigkeit des Umgangs mit einer Schußwaffe ist eher anzunehmen, wenn ein Menschenleben in Gefahr ist, als wenn es höchstens um den Bruch einer Fensterscheibe geht. Ansonsten ist die Schärfe des Maßstabs im Blick auf den Strafrahmen zu bestimmen, d. h. bei Erfolgsqualifikationen mit gewichtigen Mindeststrafen (etwa bei den §§ 239 a Abs. 2, 239 b Abs. 2, 251 StGB) geht es nur um Fälle, in denen schon das geringste Interesse an der Vermeidung der Folge zur Vermeidung genügt hätte, während bei Delikten ohne Mindeststrafe (etwa bei § 21 WStG) weniger streng verfahren werden kann.

Die bezeichnete Lösung kennt auch Leichtfertigkeit im Fall von Rechtfertigung. **25**
Beispiel: Der Angegriffene schießt mit einer großkalibrigen Waffe in erforderlicher Abwehr freihändig auf die Beine des Angreifers und bedenkt nicht, daß die Handlung tödlich ausgehen könnte. Ebenso ist bei Schuldlosigkeit Leichtfertigkeit möglich, etwa bei geisteskranken Personen. Auch nach allgemeinen Regeln mangels Zumutbarkeit entschuldigtes Verhalten kann leichtfertig vollzogen werden. Daneben ist die spezielle Zumutbarkeit bei Fahrlässigkeitsdelikten zu berücksichtigen (unten 20/35 ff); es handelt sich um Fälle, in denen nicht zu bezweifeln ist, daß bei Aufmerksamkeit der Erfolg vermieden würde, wohl aber, ob Aufmerksamkeit überhaupt verlangt werden kann, weil der Täter eine Motivationsblockierung aufweist, für die er — zumindest partiell — nicht zuständig ist. Beispiel: Der Täter übersieht eine Rotlicht zeigende Ampel, nachdem sein Beifahrer ihm soeben unvermittelt den Tod eines nahen Freunds berichtet hat. Auch in diesen Fällen bleibt Leichtfertigkeit, aber die Schuld ist gemildert oder aufgehoben.

E. Die scheinbare Fahrlässigkeit

Die Fahrlässigkeit kennt — wie der Vorsatz — eine Untergrenze des Riskanten. **26**
Zudem muß aber auch das — beim Vorsatz nicht erforderliche — Maß des Interesses an der Erfolgsvermeidung begrenzt werden. Die Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung hängt ja nicht nur von der Intelligenz des Täters und seinem Wissensstand ab, sondern auch von der Intensität, mit der er seine Handlung prüft. Nun „vermag niemand die Idealforderung ständiger, gespanntester Aufmerksamkeit und raschester, zweckmäßigster Reaktion zu verwirklichen“[34]; zu ergänzen ist: Und niemandem ist anzusinnen, immer dann, wenn diese Zuwendung nicht zu leisten ist, zu unterlassen. Es ist deshalb auch insoweit ein erlaubtes Risiko anzuerkennen, als es um das Maß des Interesses an der Erfolgsvermeidung geht. Dieses Risiko ist zwischen einer nur theoretisch möglichen Höchstleistung und dem Verzicht auf sozialen Kontakt auszutarieren. So wie bei der Erkennbarkeit nur Risiken zählen, die den Rahmen des Erlaubten überschreiten, so auch nur Erkenntnisse, die sich mit einem generell noch verhältnismäßigen Aufwand gewinnen lassen; denn es besteht kein rechtliches Interesse daran, daß

---

32 So aber *Volk* GA 1976 S. 161 ff, 178 f; *Maurach* Heinitz-Festschrift S. 403 ff, 415 f; sachlich ebenso *Maiwald* GA 1974 S. 257 ff, 262 ff.

33 So wohl auch *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 213; *Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte S. 124 ff; ähnlich *Tenckhoff* ZStW 88 S. 897 ff, 911 mit freilich auf eine Sorgfaltspflicht (dagegen oben 9/6) bezogener Formulierung; siehe auch *Wegscheider* ZStW 98 S. 624 ff, 650 ff (objektiv und subjektiv besonders sorgfaltswidrig bei objektiv und subjektiv leichter Voraussehbarkeit der Erfolgs).

34 *Stratenwerth* AT Rdn. 1137.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

alle Menschen ihre Energie restlos zur Schadensvermeidung einsetzen oder sich aber von sozialen Kontakten zurückziehen. Im Ergebnis entspricht diese Einschränkung der Fahrlässigkeitshaftung einem verbreiteten Postulat[35] (siehe auch § 16 Abs. 2 AE).

F. Fahrlässigkeit und Erfolg (fahrlässiger Versuch?)

27 Fahrlässiger Versuch ist straffrei (einzige Ausnahme ist § 315 c Abs. 3 Nr. 2 i. V. m. Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe f StGB); hierbei ist gleichgültig, ob sich eine erkennbare Kausalität nicht verwirklicht oder ein situativer Tatumstand vermeidbar verkannt wird. Beispiel: Wer nach einem Voreid seine Aussage leichtfertig in mißverständlicher Weise leistet, aber richtig verstanden wird (deshalb nur Versuch), ist ebenso straffrei wie derjenige, der nach bewußter Falschaussage zum Nacheid nur ansetzt (deshalb nur Versuch) und leichtfertig davon ausgeht, er agiere vor einer Verwaltungsbehörde (zu den §§ 154 bis 156, 163 StGB). Wenn ein Verhalten im Blick auf mehrere mögliche Tatbestandsverwirklichungen fahrlässig ist, kommt es für die Haftung zudem darauf an, welcher Tatbestand verwirklicht wird. Ob also ein fahrlässiges Überfahren einer Rotlicht zeigenden Ampel bloß Ordnungswidrigkeit ist, oder aber fahrlässige Körperverletzung oder gar fahrlässige Tötung (gegebenenfalls mehrerer Menschen), hängt vom Verlauf ab. Man hat deshalb gemeint, bei der Zurechnung fahrlässiger Handlungen von einer „verschämten Zufallshaftung" sprechen zu müssen[36], jedoch zu Unrecht: Zufall wäre der Erfolg, wenn er sich aus der vorangegangenen Handlung nicht erklären ließe, aber gerade das ist nicht der Fall, da das Risiko erkennbar und der Erfolg somit planvoll vermeidbar war. Man mag umgekehrt das Ausbleiben des Erfolgs auf ein fahrlässiges Handeln hin Zufall nennen.

Freilich gibt es kein Dogma, auch de lege ferenda dürfe der fahrlässige Versuch nicht bestraft werden; insbesondere ist die Annahme falsch, es gebe überhaupt nur vorsätzliche Versuche[37]. Für Bereiche mit verfestigten Regeln in Form von Beschreibungen unerlaubter Risiken oder einer lex artis ist eine Bestrafung folgenloser Unsorgfalt, jedenfalls Unsorgfalt grober Art, in Ergänzung der für Vorsatz geltenden Versuchsregeln diskutabel. Sogar eine generelle Bestrafung aller fahrlässigen Versuche wäre dogmatisch möglich; diese würde aber wegen der dann evident werdenden Ubiquität fehlerhaften Verhaltens weder der Norm dienen, erkennbar tatbestandsverwirklichendes Handeln zu unterlassen, noch der Eindruckskraft der Strafe. — Siehe auch unten zum Versuch 25/28.

IV. Die aus Vorsatz und Fahrlässigkeit zusammengesetzten Delikte (sogenannte Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen)

28 A. Bei zahlreichen Delikten begnügt sich das Gesetz für einen Teil des Tatbestands mit Fahrlässigkeit. Handelt es sich bei dem Teil um einen qualifizierenden Erfolg, so

35 *Stratenwerth* AT Rdn. 1139 f, der auf die Nichterweislichkeit der Vermeidbarkeit im Einzelfall abstellt; zustimmend *Roxin* ZStW 84 S. 993 ff, 1014; siehe ferner *Bockelmann* Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze S. 216 ff; *Cramer* DAR 1974 S. 317 ff, 322; *Volk* GA 1976 S. 161 ff, 177; — *a. A. Tröndle* DRiZ 1976 S. 129 ff.

36 *Radbruch* VDBT Bd. V S. 185 ff, 201 Fn. 2; *H. Mayer* ZStW 59 S. 283 ff, 324; *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 162 f; siehe auch *Bockelmann* Materialien Bd. I S. 29 ff, 33; weitere Nachweise bei *Armin Kaufmann* ZRV 1964 S. 41 ff, 42 f.

37 Als Strafzumessungsgrund ist der fahrlässige Versuch der Rechtsprechung geläufig: Hat sich bei einem bezüglich zweier Güter fahrlässigen Verhalten *eine* Fahrlässigkeit in der Verletzung realisiert, so wird die (insoweit folgenlose) Fahrlässigkeit bezüglich des anderen Guts strafverschwerend angelastet: BGH VRS 12 S. 185 ff, 188; 13 S. 25 ff, 26; 13 S. 204 ff, 207; 14 S. 282 ff, 285; 22 S. 273 ff, 274 u. a. m.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

zählen die Delikte zu den erfolgsqualifizierten Delikten, die freilich auch in Form einer qualifizierten Fahrlässigkeitstat möglich sind. Ist der Fahrlässigkeitsteil strafbarkeitsbegründend, so spricht man von „eigentlichen" Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen[38], genauer von nicht-qualifizierenden Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen. Nach § 11 Abs. 2 StGB sollen die aus Vorsatz und Fahrlässigkeit zusammengesetzten Delikte den Regeln der Vorsatzdelikte folgen, was freilich nur mit erheblichen Modifikationen möglich ist, da das Gesetz für — auch nur partielle — Fahrlässigkeit keine ausdifferenzierte Regelung der Beteiligung kennt und ausdrücklich auch nur den vorsätzlichen Versuch regelt. Zur Beteiligung siehe unten 21/46; 22/29; zum Versuch siehe unten 25/25 ff; zum Rücktritt vom Versuch siehe unten 26/49. — Die Zuordnung zum Vorsatz bindet für die §§ 48, 56 g Abs. 2, 66 StGB.

29 B. *Nicht-qualifizierende Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen* sind z. B. die §§ 97 Abs. 1, 311 Abs. 4, 315 a Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. Abs. 1 Nr. 2, 315 b Abs. 4 i. V. m. Abs. 1; 315 c Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 b und 2 StGB. — Die erkennbar konkret gefährliche Verkehrsteilnahme bei erkannter Trunkenheit (§§ 315 a Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 und 315 c Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 a StGB) ist weder nicht-qualifizierende Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination (da die Grundlage nach § 316 StGB durch eine Gefahr qualifiziert wird) noch ein erfolgsqualifiziertes Delikt im Sinne des § 18 StGB (da der Erfolg nur eine Gefährdung ist, hierzu unten 9/30). — Ob es sich bei den Delikten um Vorsatzdelikte handelt, bei denen das Erfordernis fahrlässiger Gefährdung nur garantieren soll, daß die Schwelle des Strafwürdigen nicht unterschritten wird[39], oder aber um Fahrlässigkeitsdelikte mit erkannter „Pflichtverletzung"[40] ist streitig; die Positionen schließen sich nicht aus. Im Ergebnis folgen die nicht-qualifizierenden Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen den Regeln der erfolgsqualifizierten Vorsatzdelikte[41].

30 C 1. Der Wortlaut der Regelung *der erfolgsqualifizierten Delikte* in § 18 StGB ist in doppelter Hinsicht verfehlt. Einmal geht es — entgegen dem Wortlaut — nicht darum, daß *nur* bei „wenigstens Fahrlässigkeit" gestraft werden soll. Da nach § 15 StGB im Grundfall Vorsatz zu verlangen ist, soll vielmehr *schon* bei Fahrlässigkeit und nicht *erst* bei Vorsatz bezüglich der Folge gestraft werden. § 18 StGB ist also ein im AT geregelter Fall, in dem ein partiell fahrlässiges Verhalten „ausdrücklich mit Strafe bedroht" wird (§ 15 StGB)[42]. Weiterhin geht es — wiederum entgegen dem Wortlaut — nicht um alle qualifizierenden besonderen Tatfolgen; vielmehr scheidet ein *Gefährdungs*erfolg aus[43]; das ist schon dem technischen System der Regelung des Gesetzes zu entnehmen: Teils wird bei einem Gefährdungserfolg die subjektive Seite ausdrücklich benannt (so zu den Gefährlichkeitsqualifizierungen des § 316 StGB in den §§ 315 a Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 oder 315 c Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 a StGB), teils sind die Qualifizierungen durch einen Gefährdungserfolg nicht zu den Erfolgsqualifizierungen

---

38 Seit *Krey* und *Schneider* NJW 1970 S. 640 ff; zutreffende Kritik an der Bezeichnung bei *LK-Schroeder* § 18 Rdn. 5.

39 *Lackner* § 11 Anm. 11 a; *ders.* Gefährdungsdelikt S. 10.

40 *LK*[9]*-Schroeder* § 56 Rdn. 49; *Gössel* Lange-Festschrift S. 219 ff, 235 f.

41 Im Ergebnis ebenso *LK-Tröndle* § 11 Rdn. 98 f.

42 *LK-Schroeder* § 18 Rdn. 1; *AK-Paeffgen* § 18 Rdn. 2; der Formulierungsfehler ist durch die Anknüpfung an § 56 StGB a. F. entstanden, der für die bis dahin schon durch den objektiven Folgeneintritt qualifizierten Delikte die Haftung *limitierte*, während § 18 StGB bei heutiger Gesetzeslage Haftung *erweitert*.

43 Streitig; wie hier *Küper* NJW 1976 S. 543 ff, 546; *Backmann* MDR 1976 S. 969 ff; *LK-Schroeder* § 18 Rdn. 8; *SK-Rudolphi* § 18 Rdn. 2; im Ergebnis auch *Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte S. 94 ff, 273 ff, 280 mit Fn. 80; BGH 26 S. 176 ff, 178 mit freilich unglücklicher Begründung (eine Gefährdung soll keine Folge sein); siehe auch *Lorenzen* Rechtsnatur S. 22 f, 157 f. — *A. A. Dreher-Tröndle* § 18 Rdn. 2; *Gössel* Lange-Festschrift S. 219 ff, 221.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

gruppiert, sondern zu den Vorsatz erfordernden Qualifizierungen (so steht der gefährliche Raub in § 250 Abs. 1 Nr. 3, nicht aber in § 251 StGB). Hauptsächlich aber fehlt der konkreten Gefährdung wegen ihrer Versuchsähnlichkeit das Gewicht im objektiven Tatbestand, dem die ganze Deliktsgruppe ihr Dasein verdankt.

Erfolgsqualifizierte Delikte nach § 18 StGB mit einer Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination sind beispielsweise die §§ 176 Abs. 4, 177 Abs. 3, 178 Abs. 3, 221 Abs. 3, 224 Abs. 1, 226, 229 Abs. 2, 239 Abs. 2, 239a Abs. 2, 239b Abs. 2, 251, 307 Nr. 1 StGB. Die besondere Folge kann auch eine bloße Quantitätsübersteigerung des Grundtatbestands sein, wie etwa bei § 224 StGB und bei allen konkreten Gefährdungsdelikten, bei denen der Erfolgseintritt qualifiziert (§§ 221 Abs. 3, 312, 2. Tatbestand StGB); auch im letzteren Fall bleibt natürlich bei fahrlässiger Erfolgsherbeiführung das Erfordernis der vorsätzlichen Verwirklichung des zum Grundtatbestand gehörenden Quantums, also beispielsweise der vorsätzlichen Gefährdung[44]. — Beispiele für rein fahrlässige erfolgsqualifizierte Delikte sind die §§ 309, 2. Tatbestand, 314, 2. Tatbestand StGB.

31 2. Die in § 18 StGB zur subjektiven Seite bei der Folgenverwirklichung genannten Mindestbedingungen werden teils im BT verschärft. Soweit nicht überhaupt Vorsatz verlangt wird (etwa in § 225 StGB), womit die Erfolgsqualifizierung im vorsätzlichen Verletzungsdelikt aufgeht, findet sich zunehmend häufig das Erfordernis leichtfertigen, also grob fahrlässigen Verhaltens (§§ 176 Abs. 4, 177 Abs. 3, 178 Abs. 3, 239a Abs. 2, 239b Abs. 2, 251 StGB u. a. m.). Obgleich diese Benennung nicht als *mindestens* leichtfertig erfolgt, ist auch vorsätzliches Handeln erfaßt[45], und zwar einmal wegen des sowieso bestehenden Stufenverhältnisses der Vermeidbarkeitsformen (oben 9/4) und zum anderen, weil die Benennung nur den Sinn hat, den von § 18 StGB für die subjektive Seite eröffneten Rahmen im unteren Bereich zu verengen und deshalb vor dem Hintergrund des in jede Erfolgsqualifizierung des BT hineinzulesenden § 18 StGB zu interpretieren ist. Mit anderen Worten, da § 18 StGB das „mindestens" schon enthält, braucht es im BT nicht jeweils wiederholt zu werden.

32 3. Nicht von § 18 StGB werden diejenigen Handlungsfolgen erfaßt, durch die eine Strafbarkeit wegen Vollendung begründet wird[46], also der Normalfall des Erfolgsdelikts, oder die als nur-objektive Bedingungen des Unrechts oder seiner Straftatbestandlichkeit keiner subjektiven Entsprechung bedürfen (zu letzterem: §§ 227, 323a StGB, streitig, eingehend unten 10/1 ff). — Zu den Regelbeispielen und Strafzumessungsgründen siehe oben 8/43.

33 4 a) Erhebliche Schwierigkeiten der erfolgsqualifizierten Delikte gründen in der Unklarheit, wann und warum das Gesetz von Idealkonkurrenz zwischen einem (vor-

---

44 *LK-Schroeder* § 18 Rdn. 9.

45 Streitig; wie hier *LK-Schroeder* § 18 Rdn. 25; *Schönke-Schröder-Cramer* § 18 Rdn. 5 f; *Paeffgen* JZ 1989 S. 220 ff, 223 f; *AK-Paeffgen* § 18 Rdn. 80 ff; im Ergebnis auch *Montenbruck* Strafrahmen S. 205 und BGH 35 S. 257 f mit zustimmenden Anmerkungen *Alwart* NStZ 1989 S. 225 f sowie *Laubenthal* JR 1988 S. 335 f und ablehnender Anmerkung *Arzt* StV 1989 S. 57 f; — *Dreher-Tröndle* § 18 Rdn. 6; *a. A.* BGH 26 S. 175; BGH bei *Dallinger* MDR 1976 S. 15; BGH GA 1984 S. 476 f; *Rudolphi* JR 1976 S. 74 f; *Hassemer* JuS 1975 S. 814 f; *Tenckhoff* ZStW 88 S. 897 ff, 919; *Maiwald* GA 1974 S. 257 ff, 270; *Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte S. 107 ff; *Jescheck* AT § 54 III 2.

46 Bei wörtlicher Auslegung korrekt, aber nach dem Regelungszweck verfehlt ist folgender Begründungsgang: Da der Versuch milder bestraft werden kann als die Vollendung (§ 23 Abs. 2 StGB), verschärft der Erfolgseintritt die Versuchsstrafe; nach § 18 StGB reicht also bezüglich des eingetretenen Erfolgs Fahrlässigkeit; danach muß sich — beim Vorsatzdelikt — nicht der erkannte Erfolg verwirklicht haben, sondern die Verwirklichung eines erkennbaren Erfolgs reicht aus (soweit der Versuch strafbar ist; ansonsten wirkt der Erfolgseintritt strafbarkeits*begründend*). Insbesondere würde bei dieser wörtlichen Auslegung die aberratio ictus bei Fahrlässigkeit bezüglich des eingetretenen Erfolgs zur vollendeten Vorsatztat, oben 8/80 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

sätzlichen oder fahrlässigen) Grunddelikt plus mindestens fahrlässiger Herbeiführung eines weiteren Erfolgs zu einer regelmäßig erheblich verschärften strafbaren Erfolgsqualifizierung übergeht[47]. Nicht bei jedem rechtswidrigen Tun wirkt jede fahrlässige Erfolgsverursachung qualifizierend, sondern nur bei bestimmten Verhaltensweisen und nur bei bestimmten Folgen, so daß der Gedanke des versari in re illicita allein die erfolgsqualifizierten Delikte nicht tragen kann. Freilich ist dieser Gedanke auch nicht restlos zu verwerfen[48]. Das Gesetz kann demjenigen, der sich auf verbotenes Terrain begibt, die Konsequenzen einer Fehlhandlung schärfer zurechnen als dem sich erlaubt Verhaltenden, dies auch bei gleicher Voraussehbarkeit; denn es besteht zwar ein rechtlich anerkanntes Interesse, nicht durch zu starke Fahrlässigkeitshaftung die Handlungsfreiheit abzuschnüren (siehe oben zum erlaubten Risiko 7/35), aber eben nur die Freiheit zum unverbotenen Handeln, nicht zu rechtswidrigem Tun. Zu diesem Gedanken kommt bei den erfolgsqualifizierten Delikten hinzu — zumeist im Verein mit einer kriminologischen Typizität[49] —, daß die Verwirklichung eines Grunddelikts oder des zum Grunddelikt führenden Verhaltens in noch zu konkretisierender Weise besonders riskant ist. Deshalb sind die erfolgsqualifizierten Delikte keine schlichten Summierungen aus Grunddelikt plus Folge (sonst müßten alle Delikte durch alle schweren Folgen qualifiziert sein), sondern im Folgeneintritt muß sich ein besonderes Risiko verwirklichen.

b) Für diese Risikoverwirklichung[50] werden insbesondere zur Körperverletzung **34** mit Todesfolge unterschiedliche Formeln angeführt: Die Folge müsse sich *unmittelbar* aus der Grundhandlung ergeben[51] (das heißt, nicht vermittelt durch zurechenbares

---

47 Ob dieser Übergang überhaupt zu rechtfertigen ist, ist streitig; zur Geschichte *Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte S. 13 ff; *Küpper* Zusammenhang S. 14 ff mit Nachweisen; umfassende Darstellung des gegenwärtigen Meinungsstands bei *Lorenzen* Rechtsnatur S. 34 ff; *Küpper* Zusammenhang S. 45 ff, 64 ff; *Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte S. 98 ff und passim. Für erfolgsqualifizierte Delikte, selbst ohne Fahrlässigkeitslimitierung, *Baumann* ZStW 70 S. 227 ff, 236 ff; dagegen *Lang-Hinrichsen* ZStW 73 S. 210 ff, 224 ff; — eingehend zur Notwendigkeit erfolgsqualifizierter Delikte *Hirsch* GA 1972 S. 65 ff, 75 ff; *Küpper* Zusammenhang S. 32 ff, 44; *Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte S. 132 und passim deutet die Delikte als „knapp unterhalb des Vorsatzes" angesiedelt und interpretiert sie unter Vernachlässigung der Bindung an ein Grunddelikt als Lückenfüller zwischen einerseits fahrlässiger und andererseits vorsätzlicher Erfolgsherbeiführung; den Schwerpunkt auf die *subjektive* Seite der Erfolgsverursachung legt *Dornseifer* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 427 ff, 432 f; — gegen die Figur der erfolgsqualifizierten Delikte überhaupt *Schubarth* ZStW 85 S. 754 ff, 775 ff; — für die Umwandlung in Gefährdungsdelikte *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 240 ff; siehe auch *Jescheck* Niederschriften Bd. II S. 246 ff, 250; — *Diez Ripollez* ZStW 96 S. 1059 ff, 1074 ff schlägt eine Auflösung in Idealkonkurrenz des Grunddelikts mit fahrlässiger Folgenbewirkung bei *Asperation* des Strafrahmens vor; für den Fall, daß die Folge ausbleibt, sollen Gefährdungsdelikte geschaffen werden; — speziell zu den überhöhten Strafrahmen siehe unten Fn. 61.

48 *A. A. Lorenzen* Rechtsnatur S. 35 ff mit Nachweisen.

49 Nur dadurch dürfte zu erklären sein, daß es zwar eine allgemeine Körperverletzung mit Todesfolge gibt, § 226 StGB, nicht aber eine *allgemeine* Nötigung mit Todesfolge, wohl aber wieder Raub und räuberische Erpressung mit Todesfolge, § 251 StGB.

50 Das Erfordernis der Gefahrverwirklichung ist nicht allgemein anerkannt; dagegen *Schröder* JR 1971 S. 206 ff; *Schönke-Schröder-Cramer*[20] § 18 Rdn. 4; wohl auch *Montenbruck* Strafrahmen S. 72; für das österreichische Recht *Schmoller* JurBl. 1984 S. 654 ff, 655 f.

51 BGH JR 1971 S. 205 f (mit ablehnender Anmerkung *Schröder* JR 1971 S. 206 ff; ablehnend auch *Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte S. 168 ff; *ders.* Jura 1986 S. 143 ff); BGH bei *Holtz* MDR 1982 S. 100 ff, 101 f; BGH 31 S. 96 ff mit Besprechung *Maiwald* JuS 1984 S. 439 ff und Anmerkungen *Hirsch* JR 1983 S. 78 ff, *Stree* JZ 1983 S. 75 f, *Puppe* NStZ 1983 S. 22 ff, *Schlapp* StV 1983 S. 62 f, *Küpper* JA 1983 S. 29 f. Zur Entscheidung siehe auch 9/35 a. E. — Eingehend zur Unmittelbarkeit *Küpper* Zusammenhang S. 64 ff, 80 ff; eingehend *dagegen Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte, passim.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Verhalten des Opfers[51a] oder dritter Personen oder durch ein *anderes* riskantes Verhalten des Täters selbst[51b], es sei denn, diese Vermittlung hebe die Risikoverwirklichung nicht auf[51c]; dazu oben 7/55) oder *typische* Folge des Grunddelikts sein[52]; sie müsse unter Nichtberücksichtigung *außertatbestandlicher* Gefährdungsmomente prognostiziert werden können[53] oder aus dem Täter *bekannten* Umständen hervorgehen[54], in der Folge müsse sich ein *grunddeliktadäquates und zwangsläufiges* (i. e. hohes oder unbeherrschbares) Risiko verwirklichen[55] oder sie müsse *leichtfertig* bewirkt worden sein[55a].

35 c) Zur Lösung ist zu unterscheiden:

aa) Bei den meisten erfolgsqualifizierten Delikten geht es darum, daß der Täter in die Güter des Opfers der qualifizierenden Folge schon durch das Grunddelikt — oder, bei mehraktigen Delikten (z. B. § 251 StGB), durch Teile des Grunddelikts[56] — eingreift, dabei aber über das Maß der Verletzung irrt, die das von ihm erkannte Risiko entweder am vorsätzlich angegriffenen Gut anrichtet (Beispiel: § 224 StGB oder § 226 StGB dann, wenn der Täter schon die Tauglichkeit seiner Eingriffsmittel unterschätzt[56a]) oder an einem vom vorsätzlich angegriffenen Gut notwendig abhängigen Gut (Beispiel: § 226 StGB für den Fall, daß der Täter das volle Maß der Verwundung erkennt und nur die Tödlichkeit des Eingriffs verkennt). Es geht also um einen Quantitätsirrtum, und zwar im weiteren Sinn, weil der Irrtum sowohl das vorsätzlich angegriffene Gut wie auch ein davon notwendig abhängiges Gut betreffen kann. Grund der Schärfung ist der Umstand, daß das Risiko, aus dem sich das Grunddelikt verwirklicht, häufig quantitativ nicht beherrschbar, also eine signifikante Gefahr ist. Schlagwortartig: Es geht um einen Quantitätsirrtum bei identischem Risiko[57]. Eine Gefahr, die vom Bestand des Risikos, daß der Täter gesehen hat, unabhängig ist, reicht nicht hin[57a], da eine solche Gefahr — meist Gefahr der Grund*handlung* genannt — mit dem Grundde-

---

[51a] Das gilt auch für § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG: Vom *Täter* zurechenbar leichtfertig kann der Tod des Empfängers nur verursacht werden, wenn dieser Werkzeug des Täters ist (dazu unten 21/66 ff); siehe BGH 33 S. 66 ff.

[51b] Siehe BGH 33 S. 66 ff, 68 mit insoweit zustimmender Anmerkung *Roxin* NStZ 1984 S. 320 f; BGH JR 1986 S. 380 mit Anmerkung *Jakobs* aaO S. 380 ff.

[51c] § 226 StGB sollte nicht ausgeschlossen werden, wenn der Täter sein Opfer in schwerster Weise verletzt, was sich freilich nur tödlich auswirkt, weil sich die Rettung durch ein leichtes Versehen geringfügig verzögert. — Setzt der Dritte (oder das Opfer selbst) ein *neues* Risiko (der Arzt verwechselt in der Hektik der Rettung eine Spritze; das Opfer stirbt an dem injizierten Mittel), so mag dies auch dem Täter zurechenbar sein, aber nicht als Folge spezifisch seiner vorsätzlichen Körperverletzung (jede andere, hektische Rettung auslösende Maßnahme hätte dasselbe bewirkt), sondern als Folge eines — für Körperverletzung unspezifischen — „Auslösens einer riskanten Rettungsmaßnahme"; er verwirklicht also handlungseinheitlich § 223 StGB und § 222 StGB.

[52] *Gössel* Lange-Festschrift S. 219 ff, 235.

[53] *Geilen* Welzel-Festschrift S. 655 ff, 681.

[54] *SK-Horn* § 226 Rdn. 11.

[55] *Wolter* JuS 1981 S. 168 ff, 177; *ders.* GA 1984 S. 443 ff, 448; gegen *Wolter* eingehend *Hirsch* Oehler-Festschrift S. 111 ff, 114 ff.

[55a] *Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte S. 130 ff und passim; *Paeffgen* JZ 1989 S. 220 ff; *AK-Paeffgen* § 18 Rdn. 43, 45 ff.

[56] *LK-Schroeder* § 18 Rdn. 20; bei § 251 StGB geht es überhaupt nur um die Gefahr des ersten Handlungsabschnitts, nicht aber auch um die Gefahr der Wegnahme. Ein Quantitätsirrtum bei der Wegnahme ist zwar denkbar (die geraubten Subsidien waren lebensnotwendig), aber kaum ein kriminologisch relevanter Typ, und dies noch weniger beschränkt auf Wegnahme gerade per Raub; *Blei* JA 1974 S. 233 ff, 236; *Schönke-Schröder-Eser* § 251 Rdn. 4; *a. A. Maurach-Schroeder* BT I § 35 Rdn. 32.

[56a] Beispiel: Das Messer ritzt nicht nur die Haut, sondern dringt tief ein (Quantitätsirrtum bezüglich des vorsätzlich angegriffenen Guts) und wirkt tödlich (Quantitätsirrtum bezüglich des abhängigen Guts).

[57] Im Ergebnis deckt sich diese Lösung in den meisten Fällen mit derjenigen von *Geilen* Welzel-Festschrift S. 655 ff, 681; *Küpper* Unmittelbarkeit S. 85 ff; *Hirsch* Oehler-Festschrift S. 111 ff; siehe auch *Jakobs* Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff, 35 ff.

[57a] Sehr streitig; *a. A.* insbesondere die Rechtsprechung, zuletzt BGH JR 1986 S. 380.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

likt so zufällig verbunden ist, wie es jedes per Idealkonkurrenz hinzutretende Delikt wäre: *Eine* Körperbewegung bringt je nach der zufälligen Gestaltung der Situation mehrere Risiken[57b].

Beispiele: Wer das Opfer am Rand einer viel befahrenen Landstraße vorsätzlich niederschlägt, so daß es danach voraussehbar mit Todesfolge von einem Auto überfahren wird, irrt nicht über die Quantität des Risikos, das sich im Erfolg des Grunddelikts verwirklicht (der Schlag); also fehlt die Risikoidentität. Zudem ist der Erfolg des Schlags nicht das erste Quantum des Eingriffs, der zum Tod führt (das Überfahren)[58]. — Wer auf sein Opfer mit einer geladenen Pistole vorsätzlich einschlägt, wobei die Pistole losgeht und der Schuß das Opfer tötet, irrt über das Risiko der Pistole als Schußwaffe; im Grunddelikt verwirklicht sich das Risiko einer Schlagwaffe, also fehlt wiederum die Risikoidentität. Zudem ist der Erfolg als Schlag nicht das erste Quantum des Eingriffs, der zum Tod führt (der Schuß)[59]. — Wohl aber haftet nach § 226 StGB, wer seinem Opfer mit Verletzungsvorsatz auf den Kopf schlägt, wobei erkennbar ist, daß der Schlag tödlich wirkt, weil er stärker ausfällt, als geplant ist, oder weil er schon in geplanter Stärke den Schädel des Opfers zertrümmert oder weil das Schlaginstrument scharfkantig ist etc.

Häufig ist Effekt einer Körperverletzung ein Funktionsverlust: Das Opfer ist dann (wegen Ohnmacht oder Lähmung oder Siechtum o. ä.) gegen weitere Risiken anfällig (es kann nicht vom Kalten ins Warme fliehen, es kann seinen Feind — oder auch eine Infektion — nicht überwinden etc.). Dieses Risiko „Funktionsverlust" wird teils über den Nötigungseffekt einer Körperverletzung vermittelt und ist dann nicht *Körperverletzungs*risiko, sondern Risiko eines *Freiheitsverlustes* und deshalb mit dem Körperverletzungsrisiko nicht identisch: Es läge auch vor, wenn der Nötigungseffekt ohne körperlichen Eingriff erzeugt würde. Beispiele: Wer das Opfer mit einem Virus infiziert, der seine Widerstandskraft gegen andere Infektionen lähmt, haftet nach § 226 StGB, wenn das Opfer mangels Abwehrkraft an Lungenentzündung oder Grippe oder Meningitis stirbt, gleich, ob die lähmende Wirkung bekannt war oder nicht; denn nicht erst die Unkenntnis der Weiterung zum Tod, sondern schon die Unkenntnis der Weiterung zur Anfälligkeit ist ein Quantitätsirrtum bei identischem *Körperverletzungs*risiko. Es bleibt freilich bei Idealkonkurrenz von vorsätzlicher Körperverletzung und fahrlässiger Tötung, wenn der Täter das Opfer dort zusammenschlägt, wo es erkennbar in seiner Ohnmacht erfrieren oder von einem Feind getötet werden wird; denn die Unfähigkeit zur handelnden oder unterlassenden, jedenfalls *gesteuerten* Organisation einer Abwehr ist *Nötigungs*effekt[59a].

bb) Vereinzelt sind Delikte erfolgsqualifiziert, weil eine Attacke auf ein Gut typi- **36**
scherweise nicht beherrschbare *weitere* Risiken für dasselbe Gut bringt (Beispiel: § 239 Abs. 3 StGB) oder typischerweise nicht beherrschbare Risiken für nicht notwendig, aber häufig im Bestand verbundene Güter (Beispiele: §§ 307 Nr. 1, 309 StGB). In diesen Fällen sind weder die Risikoidentität noch die Beschränkung des Irrtums auf die

---

57b *Jakobs* JR 1986 S. 380 ff.

58 Streitig; wie hier *Geilen* Welzel-Festschrift S. 655 ff, 681; *LK-Hirsch* § 226 Rdn. 4 mit Nachweisen des Streitstands; *a. A. Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte S. 209 ff; *AK-Paeffgen* § 18 Rdn. 56.

59 Im Ergebnis *a. A.* BGH 14 S. 110 ff und insbesondere *Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte S. 213 ff.

59a Ein Grenzfall ist BGH 31 S. 96 ff (siehe dazu schon oben 9/Fn. 51): Ein als vorsätzliche Körperverletzung verursachter Sturz eines alten Menschen führt zu Siechtum und Tod. Es kommt darauf an, ob Siechtum und Tod Folge der Bettlägerigkeit nach dem Sturz waren (Nötigungseffekt, kein § 226 StGB) oder aber Folge der Sturzverletzung (so daß sie nicht zu erklären wären, wenn man das Opfer unverletzt ans Bett gefesselt hätte).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Quantität zur Begründung der besonderen Gefahr des erfolgsqualifizierten Delikts erforderlich; vielmehr reicht die typische Entwicklung der Gefahr. Das Folgenrisiko verwirklicht sich selbst dann noch, wenn es durch ein Verhalten des Opfers oder anderer Personen vermittelt wird, solange dieses Verhalten nach den zur mittelbaren Täterschaft genannten Maximen dem Täter zurechenbar ist. Beispiel: Das seiner Freiheit voraussichtlich langdauernd beraubte Opfer stürzt bei einem riskanten Fluchtversuch tödlich; bei Fahrlässigkeit bezüglich der Folge: § 239 Abs. 3 StGB[60]. Stets muß es sich jedoch um ein Risiko handeln, das mit dem Grunddelikt typisch verbunden ist, also durch Vermeidung des Grunddelikts planvoll vermieden werden kann. Teilweise beschränkt das Gesetz selbst die Risiken noch stärker, so etwa in § 307 Nr. 1 StGB durch das Erfordernis, das Opfer müsse sich zur Zeit der Tat in einer der in Brand gesetzten Räumlichkeiten befunden haben. — Einzelheiten können nur bei der Interpretation der Delikte im BT entwickelt werden[60a].

37 d) Alle Beschränkungen der erfolgsqualifizierten Delikte können jedoch nicht darüber hinweghelfen, daß das Gesetz bei den Strafrahmen der Delikte die Orientierung im System zum Teil verloren hat[61]. Das zeigt sich — deutlich, aber nicht nur — bei denjenigen Delikten, die auch bei leichter Fahrlässigkeit verwirklicht werden können: So wie sich die Fahrlässigkeit zur leichtesten Fahrlässigkeit minimalisieren kann, kann sich auch die Strafwürdigkeit der Folgenverwirklichung minimalisieren. Selbst wenn sich das Gesetz bei erfolgsqualifizierten Delikten entgegen der sonst bei Idealkonkurrenz geltenden Strafrahmenabsorption für eine Asperation entscheidet, muß es die Möglichkeit von minimaler Vermeidbarkeit bei der Strafuntergrenze berücksichtigen. Beispiel für eine verfehlte Regelung: Die Mindeststrafe nach § 307 Nr. 1 StGB beträgt das zehnfache der Mindeststrafe nach § 306 StGB und das doppelte der Höchststrafe nach § 222 StGB. — Bei den auf Leichtfertigkeit beschränkten erfolgsqualifizierten Delikten harmonieren die besonders hohen Strafdrohungen nicht mit den Strafdrohungen für gerade nicht mehr leichtfertiges Verhalten und auch nicht mit den Strafdrohungen für leichtfertige, aber nicht-qualifizierende Erfolgsherbeiführungen, insbesondere bei der fahrlässigen Tötung. Beispiel: Wenn leichtfertige Tötung beim Raub bis zu lebenslänglicher Strafe führen kann, dürfte die Obergrenze der fahrlässigen Tötung (5 Jahre) zu niedrig sein, etwa für Fälle leichtfertiger Tötung unter Verletzung von Berufspflichten.

---

60 BGH 19 S. 382 ff, 386 f; *Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte S. 232 f und passim; *Paeffgen* JZ 1989 S. 220 ff, 227.

60a Zu § 239a Abs. 2 StGB siehe BGH 33 S. 322 ff mit Anmerkung *Wolter* JR 1986 S. 465 ff.

61 Für eine Revision der Strafrahmen *Jescheck* AT § 54 III 2; *Jakobs* Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff, 37 f; *SK-Rudolphi* § 18 Rdn. 1; *Wolter* JuS 1981 S. 168 f; auch *Hirsch* GA 1972 S. 65 ff, 75; *Küpper* Zusammenhang S. 35 ff, 42; auch (freilich sehr einschränkt) *Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte S. 136 ff; *Paeffgen* JZ 1989 S. 220 ff. — *Lorenzen* Rechtsnatur S. 145 ff, will die Obergrenzen der Strafrahmen nur bei vorsätzlicher Erfolgsherbeiführung berücksichtigen; soweit eine Vorsatztat ausscheidet (etwa bei § 226 StGB), soll die Vorschrift verfassungswidrig sein. Bei fahrlässiger Erfolgsherbeiführung soll der Strafrahmen durch das bei Idealkonkurrenz geltende Höchstmaß limitiert werden. — Man wird freilich den Gesetzgeber weder hindern können, die axiologisch unbefriedigende Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit (oben 8/5) wenigstens bei den erfolgsqualifizierten Delikten zu nivellieren, noch bei Idealkonkurrenz wenigstens in Einzelfällen den Strafrahmen zu asperieren (unten 32/5; 33/13). *Lorenzen* aaO S. 166 akzeptiert de lege ferenda Asperation nur als *generelles* Prinzip für Idealkonkurrenz; für eine *generelle* Strafrahmenschärfung besteht aber kein Bedürfnis; *a. A. Diez Ripollez* ZStW 96 S. 1049 ff, 1082. — Gegen *Lorenzen* siehe auch *Küpper* aaO S. 42 ff; *Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte S. 104 f und passim.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

10. ABSCHNITT

Die objektiven Bedingungen (der Ausschließung) des Unrechts oder seiner Straftatbestandlichkeit

I. Die nur-objektiven Bedingungen des Unrechts oder seiner Straftatbestandlichkeit (die sogenannten objektiven Strafbarkeitsbedingungen)

Literatur

G. Bemmann Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, 1957; *R. Birkhahn* Teilnahme an einem Raufhandel nach Eintritt der schweren Folge? MDR 1962 S. 625 f; *R. Bloy* Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976; *ders.* Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *H. Frister,* Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988; *H.-L. Günther* Anmerkung zu BGH 33 S. 100 ff, JZ 1985 S. 585 ff; *W. Hardwig* Studien zum Vollrauschtatbestand, Eb. Schmidt-Festschrift S. 459 ff; *G. Hass* Abschied von der objektiven Strafbarkeitsbedingung, ZRP 1970 S. 196 f; *ders.* Zu Wesen und Funktion der objektiven Strafbarkeitsbedingung. Bemerkungen zur Entstehungsgeschichte des Begriffs, Rechtstheorie 1972 S. 23 ff; *ders.* Wie entstehen Rechtsbegriffe? Dargestellt am Beispiel der objektiven Strafbarkeitsbedingung, 1973; *W. Heinz* Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität mit strafrechtlichen Mitteln — unter besonderer Berücksichtigung des 1. WiKG, GA 1977 S. 193 ff; *H. J. Hirsch* Ehre und Beleidigung, 1967; *H. Kantorowicz* Tat und Schuld, 1933; *Arthur Kaufmann* Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1961; *ders.* Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit, JZ 1963 S. 425 ff; *U. Kindhäuser* Gefährdung als Straftat, 1989; *F.-W. Krause* Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Jura 1980 S. 449 ff; *E. Land* System der äußeren Strafbarkeitsbedingungen. Ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand, 1927; *D. Lang-Hinrichsen* Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW 73 S. 210 ff; *A. Montenbruck* Zur „Beteiligung an einer Schlägerei", JR 1986 S. 138 ff; *H. Otto* Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien? Überlegungen zum Deliktsaufbau, Schröder-Gedächtnisschrift S. 53 ff; *ders.* Der Zusammenhang zwischen Krise, Bankrotthandlung und Bankrott im Konkursstrafrecht, R. Bruns-Gedächtnisschrift S. 265 ff; *M. Polaino Navarrete* Die Strafbarkeit im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 501 ff; *G. Radbruch* Tat und Schuld. Zu einem Buche von Hermann Kantorowicz, SchwZStr. Bd. 51 (1937) S. 245 ff; *Th. Rittler* Strafbarkeitsbedingungen, Frank-Festgabe Bd. II S. 1 ff; *W. Sauer* Die beiden Tatbestandsbegriffe. Zur Lehre von den äußeren Strafbarkeitsvoraussetzungen, Mezger-Festschrift S. 117 ff; *W. Sax* „Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung. Überlegungen zur Neubestimmung von Gehalt und Funktion des „gesetzlichen Tatbestandes" und des „Unrechtstatbestandes", JZ 1976 S. 9 ff, 80 ff, 429 ff; *E. Schmidhäuser* Objektive Strafbarkeitsbedingungen, ZStW 71 S. 545 ff; *J. Schulz* Anmerkung zu BGH 33 S. 100 ff, StV 1986 S. 250 f; *G. Schwalm* Gibt es objektive Strafbarkeitsbedingungen? MDR 1959 S. 906; *H. Schweikert* Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957; *ders.* Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten, ZStW 70 S. 394 ff; *G. Stratenwerth* Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959, ZStW 71 S. 565 ff; *W. Stree* Beteiligung an einer Schlägerei — BGHSt. 16, 130, JuS 1962 S. 93 ff; *ders.* Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, JuS 1965 S. 465 ff; *K. Tiedemann* Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts, ZRP 1975 S. 129 ff; *ders.* Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursstrafrechts, NJW 1977 S. 777 ff; *ders.* Der BGH zum neuen Konkursstrafrecht, NJW 1979 S. 254 f; *K. Volk* Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus, ZStW 97 S. 87 ff; *L. Zimmerl* Zur Lehre vom Tatbestand (Übersehene und vernachlässigte Probleme), 1928.

A. Das Problem

In zahlreichen Fällen, etwa bei Beteiligung an einer Schlägerei (§ 227 StGB) und bei **1** Vollrausch (§ 323 a StGB), besteht für den Gesetzgeber folgendes Dilemma: Wird die Vollendung einer Tat schon bei einer abstrakten Gefahr für das zu schützende Gut

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

festgelegt, so wird der Tatbestand auch durch Handlungen verwirklicht, die im sozialen Leben nicht oder zumindest weit überwiegend nicht als Störungen registriert werden oder doch jedenfalls nicht als Störungen, die eine förmliche Reaktion erfordern; die Strafe erscheint in diesem Fall als unnötig scharfe Reaktion. Wird aber der Unrechtstatbestand um einen Schaden oder zumindest um dessen Nähe angereichert, so ist er nur verwirklicht, wenn der jeweilige Täter das konkrete Risiko erkennen kann, während dem Gesetz an der Vermeidung auch eines nur abstrakten Risikos gelegen ist. Beispiel (zu § 323 a StGB): Würde das Gesetz der Gefahr, die sich aus der Schuldunfähigkeit einer volltrunkenen Person ergibt, durch eine Bestrafung jeder Volltrunkenheit begegnen wollen, so würde die Strafe wegen der dann — trotz immenser Dunkelziffer — ubiquitären Anwendung, etwa beim rheinischen Karneval oder bei sonstigen Volksfesten, zu einer nicht mehr diskriminierenden und deshalb stumpfen Waffe. Würde das Gesetz aber nur auf eine individuell voraussehbare Trunkenheitstat hin Strafe verhängen, so bliebe Strafe auch in denjenigen Fällen aus, in denen sich der Täter im Bewußtsein der Gefahrvermutung des Gesetzes, aber in dem Glauben, es besser zu wissen, betrinkt und mit seinem Glauben irrt, scil. eine Tat im Rausch begeht. Es handelt sich also um Fälle, bei denen die Bestrafung einer abstrakten Gefährdung nicht generell, wohl aber bei Eintritt einer von der Vollendung unabhängigen Erfolgsmaterialisierung angebracht ist: Die Erfolgsmaterialisierung demonstriert die Notwendigkeit des Verbots der abstrakten Gefährdung. In diesen Fällen bedingt die Erfolgsmaterialisierung das Unrecht oder doch mindestens die Straftatbestandlichkeit des Unrechts. Der Begriff des Erfolgs ist hierbei im weiten Sinn zu verstehen und umfaßt auch Eigenschaften des Angriffsobjekts etc. Stets handelt es sich um Umstände, die das Schuldmaß erhöhen würden, wenn sich die Schuld doch auf sie bezöge[1]; deshalb rufen sie die Frage nach dem dafür Verantwortlichen hervor und — wenn mangels Schuld keiner verantwortlich ist — *verdeutlichen sie die Notwendigkeit des Verbots abstrakter Gefährdung.* Sie wirken also als Indikatoren der Notwendigkeit solcher Verbote[1a].

1 Siehe *Schmidhäuser* ZStW 71 S. 545 ff, 558; *Gallas* Niederschriften Bd. V S. 104.

1a *Frister* Schuldprinzip S. 49 bestreitet die Zulässigkeit „gefahrbegründender" schuldunabhängiger Strafvoraussetzungen, womit diejenigen Voraussetzungen gemeint sind, die „sich auf einen Umstand beziehen, dessen Eintritt notwendig ist, damit nach Art und Ausmaß diejenige Gefahr für die Normakzeptanz entsteht, deren Abwehr die Strafe bezweckt". Die Begründung lautet, ein Täter dürfe aus verfassungsrechtlichen Gründen (Schuldprinzip) „nur zur Abwehr derjenigen Gefahr für die Normakzeptanz in Anspruch genommen werden, die sich aus den ihm zurechenbaren Umständen" ergebe. Es sei „das öffentliche Interesse an der Bestrafung . . . also nur aus Umständen (abzuleiten) . . ., auf die sich die Schuld des Täters (beziehe)". Als Konsequenz sollen § 323 a StGB (S. 53 ff), § 227 StGB (S. 59 ff) und § 186 StGB (S. 64 ff) verfassungswidrig sein. — Kritisch: Die Gefahr für die Normakzeptanz entsteht aus zweierlei kumulativ notwendigen Voraussetzungen: (1) aus einer bestimmt gearteten Tat (2) bei bestimmten Verstehensbedingungen der Allgemeinheit; die Tat ist Sache des Täters, aber die Verstehensbedingungen sind es nicht. Kraß: Normakzeptanz wird nur gefährdet, wenn die Tat bekannt wird; wer mit dem Bekanntwerden der Tat unvermeidbar irrend nicht rechnet (wer etwa einen einsamen Landstreicher erschlägt und tief vergräbt), wer also die Gefahr für die Normakzeptanz nicht kennen kann, wird trotzdem bestraft. Um solche Verstehensbedingungen der Allgemeinheit handelt es sich auch bei den objektiven Bedingungen der genannten Vorschriften: Fehlt die objektive Bedingung, so ist die Gefahr der Normdesavouierung nicht etwa geringer — sie ist vielmehr eher größer, da sich das inkriminierte Verhalten als schadlos demonstriert, so daß die Notwendigkeit seiner Vermeidung, also der Normbefolgung, schwerer plausibel zu machen ist. Hat das Verhalten aber die objektive Bedingung zur Folge, so zeigt sich die Notwendigkeit seiner Vermeidung ad oculos und wird verstanden. — Zudem: Wie *Frister* den Konkursantritt bei den §§ 283 ff StGB für eine zulässige Bedingung hält, da ansonsten durch das Strafverfahren der Konkurseintritt bewirkt werden könnte (S. 61 f; Merkmale mit strafzweckunabhängiger Funktion sollen verfassungsgemäß sein, S. 51), so lassen sich auch die Bedingungen der §§ 186, 227, 323 a StGB durch die Überlegung legitimieren, daß ohne diese Bedingungen der Täter allzu leicht dem unbegründeten Verdacht ausgesetzt würde, sich unerlaubt gefährlich verhalten zu haben.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Systematisch sind die nur-objektiven Bedingungen Gegenstücke zu den subjektiven Unrechtselementen in Form überschießender Planungen: Dem Überschuß des Wollens bei diesen Planungen entspricht ein Überschuß des Vollbringens bei den nur-objektiven Bedingungen.

B. Die Dogmatik der Bedingungen des Unrechts und der Strafbestandlichkeit

1 a) Eine rückwirkende, aufschiebende Bedingung des Unrechts liegt vor, wenn das **2** Verhalten ohne die Erfolgsmaterialisierung überhaupt nicht als Unrecht zu behandeln ist. Das ist beim Vollrausch nach § 323 a StGB der Fall. Wäre die Berauschung jedenfalls Unrecht, so müßte die Polizei zu Festzeiten ganze Festversammlungen „sprengen", weil massenweise die abstrakte Gefahr der Entbindung von der Norm (oder nach neueren Konzepten: ein Zustand der Verkehrsuntauglichkeit, dazu unten 17/Fn. 111) naherückt. Ein solches Vorgehen gegen ein zwar nicht wünschenswertes, aber sozial allgemein toleriertes Verhalten wäre weder durchsetzbar, noch stünde es mit der allgemeinen Handlungsfreiheit im Einklang. — Hierher gehört auch die Nichterweislichkeit der Wahrheit bei der in unvermeidbar gutem Glauben an die Wahrheit begangenen üblen Nachrede (§ 186 StGB), sofern nicht — was vorzugswürdig ist — mit der neueren Lehre § 186 StGB als Delikt interpretiert wird, das bezüglich der Wahrheitsfrage eine Sorgfaltswidrigkeit voraussetzt[2]; Erfolgsmaterialisierung ist dabei das Offenbleiben der Wahrheitsfrage und damit der erhöhte Verdacht, daß die Herabwürdigung unverdient geschehen ist.

Da mit dem Unrecht auch die Norm bedingt ist, handelt der Täter zum Tatzeitpunkt auf sein eigenes Risiko: So ist z. B. die Berauschung nur erlaubt, solange keine Tat im Rausch erfolgt, und sie wird mit dem Eintritt dieser Tat rückwirkend verboten. Zum Tatzeitpunkt ist also noch nicht entscheidbar, ob die Tat Unrecht ist. Diese Überbürdung des Rechtswidrigkeitsrisikos auf den Täter setzt voraus, daß der Gebrauch der Handlungsfreiheit in dem betreffenden Bereich nicht als sozial vorteilhaft verstanden wird; wer sicher gehen will, sich nicht unrecht zu verhalten, mag auf Verdacht hin die Berauschung unterlassen. — Zu § 113 StGB siehe oben 6/65.

b) Nicht schon das Unrecht, aber doch seine Straftatbestandlichkeit ist rückwir- **3** kend, aufschiebend bedingt, wenn das Tatverhalten auch ohne Blick auf die Erfolgsmaterialisierung unterbleiben, aber nur bei eingetretenem Erfolg als tatbestandsmäßig behandelt werden soll. Das Verhalten wird in diesem Fall nicht toleriert, aber seine abstrakte Gefährlichkeit muß durch den Erfolg demonstriert werden, wenn es für eine strafrechtliche Reaktion hinreichend auffällig sein soll. Beispiele sind: der Bestand diplomatischer Beziehungen bei den Straftaten gegen ausländische Staaten (§§ 102 ff, 104 a StGB); denn nur, wenn durch die Attacke (die freilich einen *anderen* Unrechtstatbestand sowieso erfüllen mag) ein Staat betroffen wird, der seinerseits entsprechendes Verhalten gleichfalls ahndet, ist die Unverträglichkeit des Verhaltens mit geordneten Beziehungen der betreffenden Staaten deutlich; — ferner: die schwere Folge bei der Beteiligung an einer Schlägerei (§ 227 StGB) und der Konkurs (oder seine Ablehnung mangels Masse) bei den Konkursstraftaten (§§ 283 Abs. 6, 283 b Abs. 3, 283 c Abs. 3, 283 d Abs. 4 StGB); denn diese Umstände demonstrieren die Gefährlichkeit des tatbestandlichen Verhaltens. In diese Gruppe gehört auch die Nichterweislichkeit der Wahrheit bei derjenigen Auslegung des § 186 StGB, die bezüglich der Unwahrheit auf mangelnde Sorgfalt abstellt (oben Fn. 2).

---

2 Grundlegend *Hirsch* Ehre und Beleidigung S. 152 ff, 169 ff; *Welzel* Strafrecht § 42 II 2 a β.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

4 2 a) Nach weit üblicher Terminologie werden die nur-objektiven Bedingungen als objektive Strafbarkeitsbedingungen bezeichnet, wobei diese Bedingungen nach überwiegender Ansicht weder das Unrecht noch seine Behandlung als straftatbestandsverwirklichend hindern sollen[3]. Letzteres führt bei den Unrechtsbedingungen dazu, daß ein Verhalten als Unrecht definiert wird, ohne daß auch die Konsequenz dieser Definition, scil. die Verhinderung des Verhaltens im Rahmen des Möglichen, gezogen würde. Bei den Bedingungen der Straftatbestandlichkeit des Unrechts ist die Differenz zur hiesigen Lösung weniger gewichtig. Aber immerhin müßte die überwiegende Ansicht beispielsweise die Vorteilssicherung nach einer in der Strafbarkeit bedingten Tat, etwa nach einem Konkursdelikt, auch ohne Bedingungseintritt als Begünstigung behandeln (§§ 257 Abs. 1, 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB), obgleich dann der Vortat die zur Bestrafung erforderliche Signifikanz der Gefahr fehlt; auf die Perpetuierung einer Lage würde also strenger reagiert als auf ihre Herbeiführung, — ein axiologisch ungereimtes Ergebnis. Es ist deshalb vorzugswürdig, nicht erst die Strafbarkeit, sondern schon das Unrecht oder doch die Straftatbestandlichkeit als bedingt anzusehen.

5 b) Die Behandlung der Merkmale als Bedingungen bloß der Strafbarkeit wird zumeist damit begründet, schon das Verhalten des Täters sei für sich straf*würdig*, aber erst bei Hinzutritt der Erfolgsmaterialisierung sei es auch straf*bedürftig*; es sei also zwischen dem Verdientsein von Strafe und ihrer kriminalpolitischen Notwendigkeit zu

---

3 Die Bedingungen sind ein aus (vermeintlichen) kriminalpolitischen Notwendigkeiten erzwungenes Rechtsinstitut. Die Entwicklung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen erfolgte vorwiegend am Fall des Widerstands gegen die Staatsgewalt nach § 113 StGB a. F. (RG 2 S. 423 ff, 425; 3 S. 14 ff, 19; 47 S. 270 ff; 279 f; 55 S. 162 ff, 166; 60 S. 337 ff, 342; 64 S. 74 ff, 76; 72 S. 300 ff, 301 f; BGH 4 S. 161 ff, 163 f; 21 S. 335 ff, 364 ff); daneben waren bedeutsam: § 227 StGB (RG 59 S. 107 ff, 112 mit Nachweisen der vorgehenden Rechtsprechung; BGH 14 S. 132 ff; 16 S. 130 ff); § 186 StGB (RG 62 S. 83 ff, 95; 65 S. 422 ff, 425; BayObLG NJW 1965 S. 58 f); Konkursdelikte, jetzt: § 283 ff StGB (RG 45 S. 88 ff, 92 ff; 66 S. 268 f; BGH 1 S. 186 ff, 191); eingehend *Hass* Rechtbegriffe passim.
Hauptsächlich wie hier *Kindhäuser* Gefährdung S. 306, 308, 331 und passim (Bedingung materieller Normwidrigkeit); der hier vertretenen Ansicht ähnlich ist die Lehre vom riskanten Verhalten: *Schweikert* ZStW 70 S. 394 ff; *ders.* Wandlungen S. 86 ff; *Hardwig* Eb. Schmidt-Festschrift S. 459 ff, 459 Fn. 2; *Baumann-Weber* AT § 31, 1; *Wessels* AT § 5 IV 1. — Gegen diese Lehre vom riskanten Verhalten *Lang-Hinrichsen*, ZStW 73 S. 210 ff, 221 f. — Vereinzelt werden die objektiven Strafbarkeitsbedingungen als dogmatische Figur abgelehnt und den Unrechtsmerkmalen oder den Prozeßvoraussetzungen zugeteilt; *Bemmann* Zur Frage der objektiven Bedingungen S. 52 ff. — Teils wird bei einzelnen Vorschriften mindestens Fahrlässigkeit bezüglich der Bedingungen verlangt, so daß der jeweilige Tatbestand eine Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination enthalten soll; so speziell zu § 227 StGB *LK-Hirsch* § 227 Rdn. 15; speziell zu § 186 StGB siehe oben Fn. 2. — Für eine Abschaffung der Merkmale, da sie angeblich kriminalpolitische Entscheidungen verschleiern, plädiert *Hass* ZRP 1970 S. 196 f; *ders.* Rechtstheorie 1972 S. 23 ff; *ders.* Rechtsbegriffe S. 76 ff. — Ein Bruch mit dem „Schuldprinzip" wird angenommen von *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 247 ff; *ders.* JZ 1963 S. 425 ff (beschränkt auf „unechte" Bedingungen, d. h. „verkappte Strafschärfungsgründe" oder „der Sache nach strafbegründende Tatbestandsmerkmale", was die §§ 186, 227, 323 a StGB betreffen soll); auch *Jescheck* AT § 53 I 2 b; *LK-Jescheck* Rdn. 79 vor § 13; *Tiedemann* ZRP 1975 S. 129 ff, 132.
Eine Relevanz der Bedingungen für den Bestand oder das Maß von Unrecht bejahen — mit diversen Begründungen, insbesondere ausgehend von diversen Tatbestands- und Unrechtsbegriffen — die oben in dieser Fn. zum riskanten Verhalten Genannten, zudem diejenigen, die einen Verstoß gegen das Schuldprinzip annehmen; ferner *Sauer* Grundlagen S. 355 ff; *ders.* Mezger-Festschrift S. 117 ff, 119; *Land* System S. 22 ff; *Otto* Schröder-Gedächtnisschrift S. 53 ff, 65. — Die Bedingungen sollen dagegen nach *überwiegender Ansicht* unrechtsunabhängig sein; *Kantorowicz* Tat und Schuld S. 239, 242 ff; *Zimmerl* Lehre vom Tatbestand S. 24 ff, 29; *Rittler* Frank-Festgabe Bd. II S. 1 ff, 15, 17; *Stratenwerth* ZStW 71 S. 565 ff; *Schmidhäuser* ZStW 71 S. 545 ff, 547 ff; *Stree* JuS 1965 S. 465 ff; *Maurach-Zipf* AT I § 21 Rdn. 16 f; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 124 a vor § 13; *LK9-Hirsch* Rdn. 188 vor § 51; *SK-Rudolphi* Rdn. 12 vor § 19 (zweifelnd) u. a. m.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

trennen[4]. Bei dieser Unterscheidung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit wird verkannt, daß die Bestimmung aller Bestrafungsvoraussetzungen nur im Blick auf die Notwendigkeit erfolgen kann, einen Konflikt durch Strafe zu erledigen, also im Blick auf das Strafbedürfnis. Noch vor der Funktion des Straftatbestands, zur notwendigen Erledigung eines Konflikts beizutragen, gibt es keine dogmatische Aufgabe und deshalb auch keine Möglichkeit, ein ohne Blick auf die Funktion schon „an sich" zu bestrafendes Verhalten zu bestimmen. Was nicht bestraft werden muß, ist auch nicht strafwürdig[5]. Beispiel: Würde der Gesetzgeber sich entschließen, Diebstahl nur noch zu bestrafen, wenn der Berechtigte das gestohlene Objekt nach der Tat überhaupt vermißt, so würde sich der an dieser Bedingung sichtbare Wandel der sozialen Bedeutung von Eigentum auch bei der Bestimmung dessen auswirken müssen, was als tatbestandliches Unrecht zu behandeln ist; es ginge nicht allein um einen Wandel der Strafbarkeit.

3 a) Nach der hiesigen Lösung wie nach der überwiegenden Ansicht gehören die **6**
Bedingungen jedenfalls nicht zum Unrechtstatbestand als der Handlungsbeschreibung. Es ist gerade die Aufgabe der Bedingungen, eine Erfolgsmaterialisierung unabhängig von der subjektiven Beziehung zu ihr als Merkmal eines Delikts oder eines Verbrechens zu erfassen. Also sind weder § 16 StGB noch § 18 StGB anzuwenden[6]. Natürlich gehören die Merkmale zum Tatbestand im Sinn der Rechtstheorie als Zusammenfassung aller materiellrechtlichen Bestrafungsvoraussetzungen (oben 6/53). Wenn man alle objektiven Delikts- oder Verbrechensvoraussetzungen in einem „Erfolgstatbestand" vereinigt, so gehören die nur-objektiven Bedingungen auch zu diesem Tatbestand. Daß die Merkmale Bestandteile des Garantietatbestands im Sinn von Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB sind, steht außer Streit.

b) Welche Beziehung zwischen der Handlung und der Erfolgsmaterialisierung **7**
bestehen muß, richtet sich nach dem Schutzbereich der jeweiligen Vorschrift[7]. — So reicht bei den §§ 102 ff, 104 a StGB hin, daß die diplomatischen Beziehungen zur Zeit der Tat bestehen. — Bei § 323 a StGB muß die Tat im Rausch aus einem Grund erfolgen, der im Zuständigkeitsbereich des Täters liegt (eingehender unten 17/63). — Bei der Beteiligung an einer Schlägerei kommt es darauf an, ob die Beteiligung unter-

---

4 *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 124 vor § 13; *LK-Jescheck* Rdn. 79 vor § 13; *Jescheck* AT § 53 I 2 a; *Stratenwerth* AT Rdn. 196 f; *ders.* ZStW 71 S. 565 ff, 567 f; *Sax* JZ 1976 S. 9 ff, 80 ff; *Rittler* Frank-Festgabe Bd. II S. 1 ff, 14 f; *Schwalm* MDR 1959 S. 906; *Radbruch* SchwZStr. Bd. 51 (1937) S. 249 ff, 254 f. — Die damit behauptete strafeinschränkende Wirkung der Bedingungen ist zumindest in dogmengeschichtlicher Sicht nicht belegbar; siehe dazu *Hass* Rechtstheorie 1972 S. 23 ff; *ders.* Rechtsbegriffe S. 15 ff, 57 ff; kritisch auch *Maurach-Zipf* AT I § 21 Rdn. 18; *Frister* Schuldprinzip S. 46 ff. — Die Bedingungen werden speziell als Strafwürdigkeitsmerkmale eingeordnet von *Otto* Schröder-Gedächtnisschrift S. 53 ff, 64 f.

5 *Volk* ZStW 97 S. 871 ff, 899; *Baumann-Weber* AT § 31, 1; siehe auch *Bloy* Bedeutung S. 227 ff, 239 ff, 246 ff, 251 f; *ders.* Beteiligungsform S. 30 ff; *Polaino Navarrete* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 501 ff, 512 ff. — Ein krasses Beispiel: Wenn — in Abwandlung eines Beispiels von *Kant* — nach einem Mord *jede* menschliche Gesellschaft aufgelöst wird und deshalb das Bedürfnis entfallen sollte, diesen Mord zu ahnden (im Originalfall bei *Kant* Metaphysik der Sitten 2. Teil II E assoziieren sich die Mitglieder einer einzelnen aufgelösten Gesellschaft anderen Gesellschaften, siehe oben 1/20 mit Fn. 26), entfällt nachträglich auch die Strafwürdigkeit der Tat. Eine sowieso aufzulösende Ordnung kann in strafwürdiger Weise nicht angegriffen werden.

6 *A. A.* nur diejenigen, nach denen die Bedingungen *voll* als Unrechtstatbestandsmerkmale zu behandeln sein sollen, so daß mindestens Fahrlässigkeit erforderlich ist; siehe oben Fn. 3. — Nach *Sax* JZ 1976 S. 9 ff, 80 ff, 429 ff, 430 f soll entsprechend der Regelung bei § 113 StGB ein Verbotsirrtum anzunehmen sein (Irrtum „über die strafwürdige Beeinträchtigung des Schutzzweckes der Norm"); diese Lösung entspricht im Ergebnis der Deutung der Vorschriften als Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen; siehe auch hierzu oben Fn. 3.

7 Streitig; für das Erfordernis von Adäquanz *Schweikert* ZStW 70 S. 394 ff, 399; gegen jede spezielle Beziehung *Krause* Jura 1980 S. 449 ff, 454 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

bleiben soll, (1) weil sie — erkennbar oder nicht — ohne Zutun anderer Personen eine Verletzungsfolge bringen kann, oder (2) ob auch schon der Gefahr begegnet werden soll, daß bei einem inszenierten Raufhandel andere Personen Verletzungen verursachen, oder (3) ob sogar die Gefahr der Unaufklärbarkeit eventueller Verletzungshandlungen vom Schutzzweck erfaßt wird (weitere Deutungen sind möglich). Entsprechend dem Schutzzweck muß die Beziehung so gestaltet sein, daß (1) die Folge durch die Tathandlung ohne Zutun anderer Personen bedingt ist, oder aber (2) schlicht Folge der Tathandlung ist, oder gar (3) vor oder nach der Tathandlung, jedoch während des identischen Raufhandels und auf Grund seiner Gefahr entstanden ist[8]. — Bei den §§ 283 ff StGB müssen Zahlungseinstellung oder Konkurs auf derjenigen Krise beruhen, deren Bestand Grund ist, die Konkurstat zu mißbilligen[9]; deshalb kann die Tat auch nach der Zahlungseinstellung oder dem Konkurs vollzogen werden[10].

8 c) Auch wenn die Materialisierung in einem nach der Tathandlung eintretenden Erfolg besteht, bleibt sie für Zeit (§ 8 StGB) und Ort (§ 9 StGB) der Tat ohne Bedeutung[11]. Zu der Handlung, an welche die gesetzlichen Bestimmungen von Zeit und Ort (auch) anknüpfen, gehören die Bedingungen nicht. Die hinzukommende pauschale Bindung an einen *unrechts*tatbestandlichen Erfolg in § 9 StGB führt zu einem im Einzelfall recht weiten Geltungsbereich (oben 5/21 ff); deshalb besteht kein Anlaß zu einer extensiven Interpretation. Beispiel (zu den §§ 3, 9, 227 StGB): Das Opfer eines Angriffs mehrerer Personen im Ausland schleppt sich auf das Territorium der Bundesrepublik Deutschland und stirbt hier an den erlittenen Verletzungen; — keine Anwendung deutschen Strafrechts. — Die Erfolgsmaterialisierung ist auch kein Erfolg im Sinn der Regelung des Verjährungsbeginns (§ 78 a StGB)[12], wohl aber ruht die Verjährung bis zum Bedingungseintritt (§ 78 b StGB).

9 d) Eine Unterstützung des Täters nach Vollendung, aber vor Bedingungseintritt ist nicht mehr Beteiligung am Delikt, sondern Begünstigung oder Strafvereitelung (§§ 257 ff StGB), dies jedoch nur für den Fall, daß die Bedingung eintritt.

II. Die rollenbezogenen Bedingungen der Ausschließung des Unrechts oder seiner Straftatbestandlichkeit (die sogenannten persönlichen Ausnahmen von der Strafbarkeit)

Literatur

E. Beling Die strafrechtliche Behandlung der Exterritorialität, 1896; *M. Bergmann* Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB, 1988; *K. Bockslaff* und *M. Koch* Völkergewohnheitsrechtli-

---

8 Im letzteren Sinn im Ergebnis die Rechtsprechung; RG 72 S. 73 ff, 75; BGH 14 S. 132 ff, 133 f; 16 S. 130 ff; BGH 33 S. 100 ff mit insoweit zustimmender Besprechung *Montenbruck* JR 1986 S. 138 ff, 141 und ablehnenden Anmerkungen *Günther* JZ 1985 S. 585 ff und *Schulz* StV 1986 S. 250 f (gerechtfertigte Tötung durch das Angriffsopfer als Erfolgsmaterialisierung!). Die Literatur will teils Fälle der Beteiligung nach der Verursachung der Folge ausscheiden; *LK-Hirsch* § 227 Rdn. 8; *Stree* JuS 1962 S. 93 ff, 94; *Birkhahn* MDR 1962 S. 625 f.

9 Streitig; nach *Tiedemann* NJW 1977 S. 777 ff, 782; *ders.* NJW 1979 S. 254 f; *Heinz* GA 1977 S. 193 ff, 218 f; *Schönke-Schröder-Stree* § 283 Rdn. 59 soll die Nicht-Widerlegbarkeit der Kausalität hinreichen (so ausdrücklich § 192 Abs. 2 AE Wirtschaftsstrafrecht); das entspricht einem plausiblen Schutzzweck, wird aber durch den Wortlaut der Vorschrift nicht mehr gedeckt; *Lackner* § 283 Anm. 8 b; siehe auch *Otto* R. Bruns-Gedächtnisschrift S. 265 ff, 281 ff.

10 RG 65 S. 416 f; BGH 1 S. 186 ff, 191.

11 *Stree* JuS 1965 S. 465 ff, 473; *Krause* Jura 1980 S. 449 ff, 454; *LK-Jescheck* Rdn. 80 vor § 13; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 126 vor § 13 (nur für die Tatzeit); *a. A. Schmidhäuser* ZStW 71 S. 545 ff, 559; — für eine Relevanz des Bedingungseintritts für den Tatort *Schönke-Schröder-Eser* § 9 Rdn. 7; *LK-Tröndle* § 9 Rdn. 6; RG 16 S. 188 ff, 189; 43 S. 84 ff, 85.

12 *A. A. Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 126 vor § 13; *Schönke-Schröder-Stree* § 78 a Rdn. 13.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

che Anerkennung der Funktionstheorie, NJW 1984 S. 2742 f; *R. Bloy* Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976; *P. Bockelmann* Die Unverfolgbarkeit der Abgeordneten nach deutschem Immunitätsrecht, 1951; *C. Engel* Anmerkung zu LG Düsseldorf JZ 1983 S. 625 ff, aaO S. 627 ff; *F. Geerds* Gnade, Recht und Kriminalpolitik, 1960; *G. Geilen* Unterlassene Verbrechensanzeige und ernsthafte Abwendungsbemühung — BGHSt. 19, 295, JuS 1965 S. 426 ff; *W. Herlan* Die Immunität der Abgeordneten, JR 1951 S. 325 ff; *H. Huba* Gnade im Rechtsstaat? Der Staat 29 (1990) S. 117 ff; *G. Jakobs* Anmerkung zu OLG Düsseldorf NStZ 1987 S. 87 f, aaO S. 88 f; *H. Kantorowicz* Tat und Schuld, 1933; *H. Kaufmann* Strafanspruch, Strafklagerecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht, 1968; *G. Kielwein* „Unterlassung und Teilnahme", GA 1955 S. 225 ff; *M. Köhler* Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen in: *K. Schmidt* (Hrsg.) Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990 S. 56 ff; *R. Loening* Die Verjährung (§§ 66—72 RStrGB), VDAT Bd. I S. 379 ff; *M. Lorenz* Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung. Eine Untersuchung de lege lata und de lege ferenda, 1955; *ders.* Über das Wesen der strafrechtlichen Verjährung, GA 1966 S. 371 ff; *K. Marxen* Rechtliche Grenzen der Amnestie, 1984; *M.-K. Meyer* Zur Rechtsnatur und Funktion des Strafantrags, 1984; *A. Michael* Der Grundsatz in dubio pro reo im Strafverfahrensrecht. Zugleich ein Beitrag über das Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht, 1981; *D. Oehler* Immunität, Exterritorialität und Asylrecht im internationalen Strafrecht, ZStW 91 S. 395 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 32 S. 275 ff, JR 1985 S. 79 f; *K. Peters* Strafprozeß, 3. Auflage 1981; *J. Pföhler* Zur Unanwendbarkeit des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots im Strafprozeßrecht in dogmenhistorischer Sicht, 1988; *W. Reiß* Die Hinführung zur Steuerehrlichkeit, ZRP 1989 S. 168 ff; *J. Rinde* Die Indemnität des Abgeordneten im Bundesstaat des Bonner Grundgesetzes, JZ 1961 S. 248 ff; *H. Rüping* Die völkerrechtliche Immunität im Strafverfahren, Kleinknecht-Festschrift S. 397 ff; *W. Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung „unechter" Unterlassungsdelikte, 1974; *A. Schönke* Gegenwartsfragen des internationalen Strafrechts, Mezger-Festschrift S. 105 ff; *B. Schünemann* Amnestie und Grundgesetz, ZRP 1984 S. 137 ff, *ders.* Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: *ders.* (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984 S. 1 ff; *ders.* Die Zinssteueramnestie — Totgeburt oder Schlußstein der Steuerreform? Steuerliche Vierteljahresschrift 1989 S. 3 ff; *Th. Vogler* Immunität, Exterritorialität und Asylrecht im internationalen Strafrecht, ZStW 92 S. 1021 ff; *K. Volk* Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht, 1978; *ders.* Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus, ZStW 97 S. 871 ff; *G. Warda* Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1979 S. 1 ff, 71 ff, 113 ff, 286 ff; *D. Zielinski* Strafantrag — Strafantragsrecht, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 875 ff.

A. Die Abgrenzung zu den Verfahrenshindernissen

1. Ausnahmen von der Strafbarkeit[13] können unterschiedlichen dogmatischen Insti- **10**
tuten zuzuordnen sein. Teils gehören die Ausnahmen überhaupt nicht zum materiellen Recht, sondern zum Prozeßrecht. Die Abgrenzung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht ist freilich nicht nur im Einzelfall umstritten, sondern schon im Prinzip. Die Abgrenzung kann auch nicht generell geleistet werden, vielmehr allenfalls für je ein Sachgebiet (Tatbestandsbestimmtheit, Anforderungen an das Beweisverfahren im Prozeß etc.); denn je nach ihrer Funktion fällt sie unterschiedlich aus[14]. So ist zur Abgrenzung darauf abgestellt worden, ob ein Merkmal zur Begründung oder Aufhebung des „Strafanspruchs" gehört, was mit dem Anwendungsbereich des Grundsatzes nulla poena sine lege zusammenfallen soll[15] und dann wiederum von der Funktion dieses

13 Zu den im folgenden Text behandelten Gegenständen eingehend *Volk* ZStW 97 S. 871 ff. — Üblicherweise werden Straf*ausschließungs*gründe, die schon bei der Tat vorliegen, von Straf*aufhebungs*gründen, die erst nach der Tat eintreten, geschieden. Diese Scheidung ist ganz äußerlich und dogmatisch unergiebig; zutreffend *LK-Hirsch* Rdn. 213 ff, 216 vor § 32.

14 Zur materielles Recht und Prozeßrecht (außer Organisationsnormen) umgreifenden Anwendbarkeit des Satzes „in dubio pro reo" siehe *Michael* Grundsatz S. 149 ff.

15 *Gallas* Niederschriften Bd. V S. 104 f; *Schmidhäuser* AT 5/21.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Grundsatzes abhängt (Erkennbarkeit des Unrechts vor der Tat oder Selbstbindung der Strafgewalt? siehe oben 4/3 ff). Weiterhin ist eine Entscheidung nach folgender Testfrage vorgeschlagen worden: „Müßte der Eintritt bzw. Nichteintritt der Strafe, falls er ohne Prozeß möglich wäre, von . . . (dem) fraglichen Umstand abhängen . . .?“ [16], wobei eine positive Entscheidung die Zugehörigkeit zum materiellen Recht anzeigen soll, eine negative diejenige zum Prozeßrecht [17]. Nach einer am Prozeßziel orientierten Sicht soll es darauf ankommen, ob es um „typisierte Voraussetzungen der Sicherung des Rechtsfriedens“ geht — dann Prozeßvoraussetzung; „bei ihrem Fehlen besteht von Rechts wegen kein Anlaß zur Bewährung der Strafrechtsordnung“ [18]. Auch kann auf die prozessuale Reaktion abgestellt werden; danach ist ein Merkmal dann materiellrechtlich, wenn Freispruch angebracht ist, einer Prozeßvoraussetzung entspricht hingegen die Angemessenheit einer Verfahrenseinstellung [19].

11 2. Da die hiesige Darstellung dem strafbaren Verhalten gilt, stellt sie zur Bestimmung des Materiellrechtlichen darauf ab, ob das fragliche Merkmal für den Bestand, das Maß oder die Eindringlichkeit der Störung relevant ist [19a]. Damit gehören insbesondere *nicht* zum so bestimmten materiellen Recht:

12 a) Das *Fehlen eines Strafantrags* [20]. Der Antrag (§§ 77 ff StGB) ist zwar unter anderem ein Indiz für das Maß, in dem der Täter das Opfer verletzt hat, wenn auch nicht als Vergegenständlichung dieses Maßes (wie z. B. ein Erfolg Vergegenständlichung des Handlungsbemühens sein kann), sondern als Urteil des Opfers über das Maß; immerhin wäre insoweit eine materiellrechtliche Deutung möglich. Aber zudem hat das Antragserfordernis die prozessuale Aufgabe, dem Opfer ein ihm unerwünschtes Verfahren zu ersparen. — Entsprechendes gilt für Ermächtigung und Strafverlangen, § 77 e StGB.

13 b) Die *Exterritorialität* [21], §§ 18 ff GVG, ist der krasseste Fall der Einschränkung des Strafrechts aus strafrechts*externen* (hier: völkerrechtlichen) Gründen [21a]. Begünstigt sind nach den in § 18 GVG genannten Übereinkommen die Angehörigen diplomatischer Missionen und ihnen Gleichgestellte generell, ferner die Angehörigen konsularischer Vertretungen bei einem Verhalten in Wahrnehmung ihrer konsularischen Aufgaben [22, 23]. Die Exterritorialität hindert die Durchführung eines Strafverfahrens [24] durch

16 *H. Kaufmann* Strafanspruch S. 134.

17 Das Ergebnis des Verfahrens hängt wiederum vom Vorverständnis der Bedeutung des Prozesses für die Strafe ab; dazu *Volk* Prozeßvoraussetzungen S. 11 ff; siehe auch *Bloy* Bedeutung S. 25 ff.

18 *Volk* Prozeßvoraussetzungen S. 204; — bei dieser Lösung wird die Differenz zwischen dem (materiellrechtlichen) Bruch der Ordnung und ihrer (prozessualen) Bewährung vorausgesetzt.

19 *Stratenwerth* AT Rdn. 197.

19a Kritisch *Volk* ZStW 97 S. 871 ff, 906, der aber wohl die Bedeutung des Nachtatverhaltens für das materielle Recht unterschätzt.

20 *Meyer* Rechtsnatur S. 48 mit umfassenden Nachweisen des Meinungsstands passim; *Zielinski* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 875 ff (S. 881: nicht Prozeß — sondern *Verurteilungs*voraussetzung); siehe auch *Pföhler* Unanwendbarkeit S. 36 ff.

21 Teils findet sich in der Literatur eine systematische Gleichstellung der Exterritorialität mit den Geltungsbereichsregelungen der §§ 3 ff StGB. Aber die §§ 3 ff StGB legen fest, wie weit die Ordnung reicht, die durch eine Straftat gestört werden kann, während bei Exterritorialität nicht eine Störung fehlt, sondern die Möglichkeit einer prozessualen Erledigung der Störung. — Rechtsvergleichend und de lege ferenda *Vogler* ZStW 92 S. 1021 ff.

21a Dazu *Jakobs* NStZ 1987 S. 88 f.

22 BayObLG NJW 1974 S. 431; *Rüping* Kleinknecht-Festschrift S. 397 ff, 398 f.

23 Siehe ferner § 20 GVG. — Zu den Voraussetzungen des § 20 GVG bei „Sonderbotschaftern“ siehe BGH 32 S. 275 ff, 281 ff mit zustimmender Anmerkung *Oehler* JR 1985 S. 79 f gegen LG Düsseldorf JZ 1983 S. 625 ff mit Anmerkungen *Engel* aaO S. 627 ff, *Bockslaff* und *Koch* NJW 1984 S. 2742 f. — Für die Angehörigen in der Bundesrepublik Deutschland stationierter ausländischer Truppen siehe Art. VIII NATO-Truppenstatut vom 19. 6. 1951 (BGBl. 1961 II S. 1183, 1190), mit Art. 19 des Unterzeichnungsprotokolls zum Zusatzabkommen (BGBl. 1961 II S. 1313); — für die Mitglieder der ehemaligen ständigen Vertre-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

ein Strafverfolgungsorgan der Bundesrepublik Deutschland; nicht-exterritoriale Beteiligte sind nicht begünstigt.

c) Die *Immunität* der Bundestagsabgeordneten (Art. 46 Abs. 2 bis Abs. 4 GG), des **14** Bundespräsidenten (Art. 60 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 46 Abs. 2 bis 4 GG) und der Mitglieder eines Organs der Landesgesetzgebung (siehe § 152 a StPO) während der Dauer ihres Mandats. Die Immunität ist ein Verfahrenshindernis[25].

B. Die rollenbezogenen Bedingungen

1. Im Bereich des materiellen Rechts geht es — entsprechend der Lage bei den **15** nur-objektiven Bedingungen (oben 10/5) — wiederum nicht um Merkmale, deren Vorliegen das Strafbedürfnis betrifft, ohne die Strafwürdigkeit zu berühren[26]. Da vielmehr die Strafwürdigkeit ohne eine Notwendigkeit zur Strafe (also ohne ein Strafbedürfnis) nicht zu begründen ist, müssen die Merkmale auf den Bestand von Unrecht und Schuld einwirken. Dabei haben sie überhaupt nur eine eigene Bedeutung, wenn sie sich nicht in Merkmale des Unrechts- oder Schuldtatbestands auflösen lassen. Die selbständig bedeutsamen Merkmale sind *rollenbezogene Bedingungen der Ausschließung von Unrecht oder seiner Straftatbestandlichkeit.*

2 a) Im geltenden Recht geht es zum einen um die außerhalb der Körperschaft **16** bestehende Verantwortungsfreiheit für parlamentarische Äußerungen — ausgenommen verleumderische Beleidigung (§§ 90 Abs. 3, 103, 187, 187 a Abs. 2, 189 StGB) — nach Art. 46 Abs. 1 GG, § 36 StGB (Indemnität[27]; — zu § 37 StGB siehe unten zur Rechtfertigung 16/30 f). Die Verantwortungsbefreiung besteht, weil wegen des hohen Interesses an parlamentarischer Rede- und Abstimmungsfreiheit auf eine strafrechtliche Beurteilung des Verhaltens verzichtet werden soll. Es geht dabei nicht darum, daß der Abgeordnete sich frei fühlen soll — er soll sich vielmehr an die Gesetze gebunden fühlen —, sondern daß auch der Anschein einer gerichtlichen Maßregelung des Parlaments vermieden werden soll. Die Freiheit wäre aber nur schlecht anerkannt, wenn ihr Vorrang dadurch unterlaufen werden könnte, daß den Teilnehmern des Abgeordneten[28] mit Straffolge zugerechnet würde: Durch die Bestrafung des Teilnehmers würde das parlamentarische Verhalten des Abgeordneten mittelbar strafrechtlich gemaßregelt.

---

tung der DDR am Sitz der Bundesregierung und deren Angehörige siehe Gesetz vom 16. 11. 1973 (BGBl. I S. 1673) und VO vom 24. 4. 1974 (BGBl. I S. 1022); Einzelheiten zu den völkerrechtlichen Bindungen der Bundesrepublik Deutschland bei *Oehler* ZStW 91 S. 395 ff.

24 Sogenannte prozessuale Theorie; RG 52 S. 167 ff; BGH 14 S. 138 ff, 139; 21 S. 30 ff, 32 f; *Beling* Exterritorialität S. 117; *Rüping* Kleinknecht-Festschrift S. 397 ff, 405 f; *LK-Tröndle* Rdn. 74 vor § 3; *Baumann-Weber* AT § 6 I 1 b; *Jescheck* AT § 19 III 2; — für eine materiellrechtliche Exemtion in Gestalt eines „persönlichen Strafausschließungsgrundes" freilich *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 42 vor §§ 3 ff; *Welzel* Strafrecht § 10 V d; *Schönke* Mezger-Festschrift S. 105 ff, 109; *Bloy* Bedeutung S. 32 ff, 38 ff mit Nachweisen. Die letztere Lösung hat Schwierigkeiten, die Straffreiheit z. B. des Diplomaten für seine Taten vor Erhalt des Diplomatenstatus zu begründen. Nach dem Verlust des Status kann wegen einer Tat, die während der Dauer des Status begangen wurde, gestraft werden; OLG Düsseldorf NStZ 1987 S. 87 f mit Anmerkung *Jakobs* S. 88 f; anders die materiellrechtliche Theorie; siehe auch *Baumann-Weber* aaO; *SK-Rudolphi* Rdn. 14 vor § 19.

25 Überwiegende Ansicht; *Bockelmann* Unverfolgbarkeit S. 28; *Jescheck* AT § 19 II 2; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 36 Rdn. 2; teilweise abweichend aber *Bloy* Bedeutung S. 58 ff, 74 ff, 88; *H. Kaufmann* Strafanspruch S. 156 ff.

26 So aber die übliche Lehre; *SK-Rudolphi* Rdn. 12, 14 vor § 19; *LK-Hirsch* Rdn. 213 vor § 32; *LK-Jescheck* Rdn. 81 vor § 13; *Jescheck* AT § 52 I; *Stratenwerth* AT Rdn. 195 f; *Schmidhäuser* AT 13/2 u. a. m.

27 Einzelheiten bei *Bockelmann* Unverfolgbarkeit S. 38 ff; *Rinck* JZ 1961 S. 248 ff; *Herlan* JR 1951 S. 325 ff.

28 Das können nach dem Wortlaut von § 36 StGB auch andere Abgeordnete sein: Genannt sind nur *eigene* Äußerungen und Abstimmungen, nicht aber Äußerungen oder Abstimmungen, die der Abgeordnete einen anderen ausführen läßt.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Beispiel: Der Ghostwriter des Abgeordneten, wenn auch nicht dieser selbst, könnte nach einer beleidigenden Rede des Abgeordneten verurteilt werden, wenn die Indemnität ein nur persönlich wirkendes Merkmal wäre. Zur Vermeidung solcher Folgen ist die Indemnität — entgegen der üblichen Ansicht in der strafrechtlichen wie der öffentlich-rechtlichen Literatur[29] — nicht als bloßer persönlicher Strafausschließungsgrund zu interpretieren, sondern als Ausschluß der Behandlung der Tat als straftatbestandlich. An der Tat eines durch Indemnität Begünstigten ist also mangels Tatbestandlichkeit eine Teilnahme nicht möglich.

Da die Bedingung nicht in der vom Abgeordneten erlebten Situation gründet, sondern in seiner objektiven Stellung im Parlament, ist die Bedingung irrtumsresistent: Es kommt allein auf ihr objektives Vorliegen an.

17 b) Weiterhin wird die *Privilegierung der Rechtsanwälte, Verteidiger und Ärzte* nach § 139 Abs. 3 Satz 2 StGB durch eine Bedingung der Ausschließung der Tatbestandlichkeit bewirkt. Die Vorschrift wird teils als bloßer Strafausschließungsgrund gedeutet — aber warum sollte etwa bei einem Rechtsanwalt ein unrechtes und schuldhaftes Unterlassen straffrei bleiben?[30] —, teils als Rechtfertigung durch eine gesetzliche Entscheidung einer Pflichtenkollision (§ 203 StGB contra § 138 StGB)[31]; auch letzteres kann nicht befriedigen, da dann die alleinige Rechtmäßigkeit der Entscheidung für den Vorrang des Berufsgeheimnisses festgeschrieben und eine Entscheidung für die Verbrechensanzeige rechtswidrig wäre. Vielmehr soll die Entscheidung des Täters — entsprechend der Lage bei Indemnität nach § 36 StGB — wegen der Komplexität der abzuwägenden Interessen in dem von der Vorschrift bezeichneten Rahmen frei sein, d. h. die Einhaltung des Rahmens (ernsthaftes Bemühen, den Täter von der Tat abzuhalten, die nicht eine Tat nach § 139 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis 3 StGB sein darf) schließt die Tatbestandlichkeit des Verhaltens aus[32]. Nicht als Rechtsanwalt etc. qualifizierte „Teilnehmer" dürften in der Regel selbst verpflichtet sein, also selbst als Täter nach § 138 StGB haften; ansonsten sind sie mangels Haupttat straffrei. — Die Bedingung ist wiederum irrtumsresistent[33].

C. Die Abgrenzung zu anderen materiellrechtlichen oder komplexen Bestrafungshindernissen

18 Alle sonst als „Strafausschließungsgründe" genannten Bestrafungshindernisse erledigen sich auf den Deliktsstufen Unrecht und Schuld, wobei prozessuale Erwägungen hinzutreten mögen, oder erledigen sich wegen einer Änderung des Beurteilungsgegenstands. Das gilt — entgegen der üblichen Lehre — insbesondere für folgende Rechtsfiguren:

19 1. Die Privilegierung des *Verhaltens Angehöriger* bei der unterlassenen Verbrechensanzeige (§ 139 Abs. 3 Satz 1 StGB)[34] und der Strafvereitelung (§ 258 Abs. 6 StGB) und die Privilegierung beim Aussagenotstand (§ 157 StGB) sind Vertypungen von Entschul-

---

29 *Bloy* Bedeutung S. 65 mit Nachweisen in Fn. 29; — teils wird auch ein Prozeßhindernis angenommen, aber ein von vornherein bestehendes und unaufhebbares Prozeßhindernis nimmt dem materiellen Recht mit der Durchsetzungschance den Grund seines Bestands, muß also auch materiellrechtlich zu erklären sein: Die prozeßrechtliche Einkleidung kaschiert die materiellrechtliche Fundierung.

30 Insoweit zutreffend *LK-Hanack* § 139 Rdn. 31.

31 *Jescheck* AT § 52 II 2; *Dreher-Tröndle* § 139 Rdn. 7; *LK-Hanack* § 139 Rdn. 31.

32 Im Ergebnis ebenso *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 166 ff; *Kohlrausch-Lange* § 139 Anm. VI; siehe auch *Kielwein* GA 1955 S. 225 ff, 231.

33 *Warda* Jura 1979 S. 1 ff, 286 ff, 291 ff.

34 Die folgenden Ausführungen gelten für die Privilegierung der Geistlichen nach § 139 Abs. 2 StGB entsprechend.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

digungen[35] mit der Besonderheit, daß — anders als bei den allgemeinen Regeln der Zumutbarkeit — die Zuständigkeit des durch die Tat Begünstigten für den Konflikt die Entscheidung nicht hindert. Dem Privilegierten soll nachgesehen werden, wenn er den Vortäter nach dessen Angehörigenrolle und nicht nach dessen Täterrolle behandelt. Diese Begründung legt es sogar nahe, die Privilegierung als Bedingung der Ausschließung der Tatbestandlichkeit zu deuten[36], wie es ja auch keinen Straftatbestand erfüllt, wenn sich ein Täter selbst bloß der Bestrafung entzieht. Freilich blieben dann auch Teilnahmehandlungen Nicht-Angehöriger mangels einer als tatbestandsverwirklichend zu behandelnden Haupttat straffrei[37]. — Siehe zum Problem analoger Anwendung der genannten Vorschriften unten 29/Fn. 192 und zur Anwendung bei Gesetzeskonkurrenz unten 31/43 mit Fn. 89.

2. Die Privilegierung der *noch nicht 18-jährigen Personen* nach § 173 Abs. 3 StGB ist **20** eine Präsumtion einer auf Jugendlichkeit, speziell auf sexueller Unreife oder auch auf gestörter Sozialisation beruhenden Unfähigkeit, die Bedeutung der Norm zu erkennen oder nach der Norm zu handeln[38].

3. Verbreitet werden der *Rücktritt* und die im BT geregelten rücktrittsähnlichen **21** Fälle als Strafaufhebungsgründe bezeichnet. Rücktritt ist aber ein Institut, das Unrecht und Schuld ausgleicht (Deliktsausgleichsgrund, siehe unten 26/2 f, dort auch zur nurpersönlichen Wirkung) und deshalb nicht außerhalb von Unrecht und Schuld loziert werden muß.

4. Die *Verfolgungsverjährung*, §§ 78 ff StGB, ist zum einen Unrechts- und Schuld- **22** minderungsgrund, da die Strenge der Beurteilung eines Konflikts und die Notwendigkeit seiner Erledigung durch Zurechnung mit der Zeit nachlassen: Das schuldhafte Unrecht wird zur geschichtlichen Begebenheit. Ferner berücksichtigt die Verjährung, daß sich die Identität des Täters mit der Zeit wandeln kann, insbesondere bei Jugendlichen und Jungerwachsenen. Zum anderen ist die Verfolgungsverjährung ein Prozeßhindernis, da die Sicherheit einer exakten forensischen Rekonstruktion einer Straftat üblicherweise mit der Zeit sinkt[39, 40].

---

35 *Jescheck* AT § 42 II 1, § 52 II 2; *Kantorowicz* Tat und Schuld S. 255; ferner für § 258 Abs. 6 StGB auch *Schmidhäuser* AT 11/39, 13/7; für § 157 StGB *Bergmann* Milderung S. 83 ff, 108; siehe auch *Schünemann* in: Strafrechtssystem S. 1 ff, 12 ff; *Schönke-Schröder-Stree* § 258 Rdn. 39; *Bloy* Bedeutung S. 125 ff; zu § 139 Abs. 3 Satz 1 StGB siehe *Geilen* JuS 1965 S. 426 ff, 431 f; *LK-Hanack* § 139 Rdn. 23 (Schuldausschließungsgrund) mit Nachweisen.

36 So im Ergebnis *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 166 ff.

37 Dieser unerwünschte Effekt tritt allerdings, was die Teilnahme an einer vom Vortäter *selbst* vorgenommenen Strafvereitelung (§ 258 StGB) angeht, sowieso ein; siehe *SK-Samson* § 258 Rdn. 42 ff. Er läßt sich nur vermeiden, wenn das Gesetz — wie in § 257 StGB — die Akzessorietät der Teilnahme auflöst und isolierte Teilnahme vertatbestandlicht.

38 So schon *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 38 B I 3; ferner *Bloy* Bedeutung S. 140 ff, 144; — dagegen *SK-Horn* § 173 Rdn. 9; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 173 Rdn. 9 und die überwiegende Ansicht (persönlicher Strafausschließungsgrund). — Für Tatbestandsausschluß RG 19 S. 391 ff, 393, freilich zu einer Zeit, in der wegen des noch bestehenden Erfordernisses der strengen Akzessorietät für die Teilnahme zwischen Tatbestands- und Schuldausschluß kein Unterschied bestand.

39 Sogenannte „Doppelnatur" der Verjährung; die Rechtsprechung hat überwiegend die Verjährung als ein nur prozessuales Institut angesehen; BVerfG 25 S. 269 ff, 287; RG 76 S. 159 ff, 160; BGH 2 S. 301 ff, 306 ff; 8 S. 269 ff, 270; 11 S. 394 ff, 395; siehe aber auch BGH 18 S. 274 ff, 277 f. — Siehe zu den verschiedenen Theorien *Lorenz* Verjährung S. 49 ff (S. 55 f: Unrechtsaufhebung); *ders.* GA 1966 S. 371 ff; *Bloy* Bedeutung S. 180 ff; *Volk* Prozeßvoraussetzungen S. 225 ff; *Schäfer* Niederschriften Bd. II S. 332 ff; *Pföhler* Unanwendbarkeit S. 34 ff („Verfahrensoekonomie"); — zur Geschichte *Loening* VDAT Bd. I S. 379 ff, 384 ff.

40 Auch dürfte ein Grund sein, daß die Strafverfolgungsorgane von „alten Fällen" entlastet werden sollen; *v. Hippel* Strafrecht Bd. II § 40 V 2.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

23 5. Die *Bewährung* mit der Folge eines Straferlasses nach den §§ 56 g Abs. 1 Satz 1, 57 Abs. 3 StGB führt zum Ersatz des Strafurteils durch eine neue Entscheidung, die auch das Bewährungsverhalten einbezieht; die spätere Entscheidung hat also einen erweiterten Beurteilungsgegenstand.

24 6 a) Im Bereich des materiellen Rechts kann ein Merkmal entweder zu den *Wertungsmaßstäben* gehören (wie z. B. die Normen des Strafrechts) oder zum Bewertungsgegenstand. Auch die Wertungsmaßstäbe, etwa der Bestand eines Verbotstatbestands, können als Bedingungen tatbestandlichen Unrechts bezeichnet werden. Ihre gesonderte Benennung neben dem Bewertungsgegenstand führt aber zu einer doppelten Zählung der Bedingungen; denn der Gegenstand (das Verhalten) wird schon danach bestimmt, was nach den — in ihrem Bestand vorausgesetzten — Wertungsmaßstäben relevant ist. Beispiel: Änderungen des materiellen Rechts, die zum nachträglichen *Fortfall der Straftatbewertung* führen (§ 2 Abs. 3 StGB), haben zwar prozessual einen Freispruch mangels einer Tat zur Folge und nicht etwa eine Einstellung mangels einer Prozeßvoraussetzung, aber das Fehlen einer nunmehr strafbaren Tat und das Fehlen einer Norm sind ein und dieselbe Bedingung des Freispruchs.

25 b) Aus diesem Grund ist auch die *Begnadigung* kein „Strafaufhebungsgrund". Die Begnadigung mag zwar nicht nur (prozessual) der Vermeidung eines inopportunen Verfahrens dienen, sondern (materiellrechtlich) zur Korrektur einer falschen richterlichen Entscheidung oder zur Anpassung an eine geänderte gesetzliche Tatbewertung erfolgen. Es sind dann aber die Maßstäbe, durch die sich die Bewertung ändert; der Bewertungsgegenstand bleibt unberührt[41]. — Entsprechendes gilt für die *Amnestie*[42] (i. e. Begnadigung oder Abolition — Verfahrensniederschlagung — durch Gesetz).

---

41 Ähnlich *Bloy* Bedeutung S. 205 ff; sehr streitig; die überwiegende Ansicht nimmt eine „Doppelnatur" an; RG 50 S. 386 ff, 388; 54 S. 54 ff, 56; 69 S. 124 ff, 126; BGH 3 S. 134 ff, 136; 4 S. 287 ff, 289; *Jescheck* AT § 52 II 2, § 88 I 4; *Baumann-Weber* AT § 30 III; *v. Hippel* Strafrecht Bd. II § 41 VI 1; — für nur prozessuale Bedeutung *Geerds* Gnade S. 9 f; *Maurach-Zipf* AT II § 75 Rdn. 2, jeweils mit Nachweisen; *Peters* Strafprozeß § 79 I 5. — Beachtliche Gründe gegen die rechtsstaatliche Zulässigkeit von Begnadigungen bei *Huba* Der Staat 29 (1990) S. 117 ff; *Köhler* in: Rechtsdogmatik S. 57 ff, 68 ff zeigt freilich zutreffend die Möglichkeit der Begnadigung als (zwar nicht idealen, aber praktisch gangbaren) Ausweg aus einem Beharren in Selbstgerechtigkeit.

42 Zu deren rechtlichen Grenzen *Marxen* Grenzen S. 17 ff mit eingehenden Nachweisen; speziell zur „Parteispendenaffäre" (siehe BT-Drucksache 10/1421) *Schünemann* ZRP 1984 S. 137 ff; zur Zinssteueramnestie (siehe Art. 17 Steuerreformgesetz, BGBl. I 1988 S. 1093 ff) *ders.* Steuerliche Vierteljahresschrift 1989 S. 3 ff, 24 ff; *Reiß* ZRP 1989 S. 168 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

2. KAPITEL
Die Rechtfertigung
11. ABSCHNITT
Die allgemeinen Lehren

Literatur

H. Alwart Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht, GA 1983 S. 433 ff; *K. Amelung* Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, in: *B. Schünemann* (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984 S. 85 ff; *G. Arzt* Falschaussagen mit bedingtem Vorsatz, Jescheck-Festschrift S. 391 ff; *E. Bacigalupo* Unrechtsminderung und Tatverantwortung, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 459 ff; *P. Bockelmann* Anmerkung zu OGH NJW 1950 S. 551 f, aaO S. 830 ff; *U. Born* Die Rechtfertigung der Abwehr vorgetäuschter Angriffe, 1984; *M. Burgstaller* Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *A. Graf zu Dohna* Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905; *E. Dreher* Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Heinitz-Festschrift S. 207 ff; *K. Engisch* Die Einheit der Rechtsordnung, 1935; *ders.* Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 S. 566 ff; *A. Eser* und *P. Fletcher* (Hrsg.) Rechtfertigung und Entschuldigung Bd. 1, 1987; *P. Frisch* Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; *W. Frisch* Vorsatz und Risiko, 1983; *ders.* Grund und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, Lackner-Festschrift S. 113 ff; *H. Frister* Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988 S. 291 ff; *W. Gallas* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 S. 1 ff; *ders.* Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffes, Bockelmann-Festschrift S. 155 ff; *G. Grünwald* Zu den Varianten der eingeschränkten Schuldtheorie, Noll-Gedächtnisschrift S. 183 ff; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *ders.* Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem, in: *A. Eser* u. a. (Hrsg.) Rechtfertigung und Entschuldigung Bd. 1, 1987 S. 361 ff; *U. Hellmann* Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987; *H. Henkel* Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Mezger-Festschrift S. 249 ff; *G. Herdegen* Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGH, BGH-Festschrift S. 195 ff; *R. D. Herzberg* Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage, JA 1986 S. 190 ff; *ders.* Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau, JA 1989 S. 243 ff, 294 ff; *ders.* Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums, Jura 1990 S. 16 ff; *H. J. Hirsch* Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *ders.* Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen, Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungsstrafbestimmungen, JZ 1963 S. 149 ff; *J. Hruschka* Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils nach heutigem Strafrecht, GA 1980 S. 1 ff; *ders.* Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Dreher-Festschrift S. 189 ff; *G. Jakobs* Literaturbericht, ZStW 93 S. 901 ff; *Armin Kaufmann* Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955 S. 37 ff; *ders.* Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-Festschrift S. 393 ff; *ders.* Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Klug-Festschrift S. 277 ff; *Arthur Kaufmann* Die Irrtumsregelung im Strafgesetzentwurf 1962, ZStW 76 S. 543 ff; *ders.* Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Lackner-Festschrift S. 185 ff; *E. Kern* Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 S. 255 ff; *P. Kirchhof* Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, 1978; *D. Kratzsch* Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht, Oehler-Festschrift S. 65 ff; *J. Krümpelmann* Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum, GA 1968 S. 129 ff; *ders.* Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, Beiheft ZStW 1978 S. 6 ff; *W. Küper* Der „verschuldete" rechtfertigende Notstand, 1983; *ders.* Die dämonische Macht des „Katzenkönigs" oder: Probleme des Verbotsirrtums und den Putativnotstands an den Grenzen strafrechtlicher Begriffe, JZ 1989 S. 617 ff; *L. Kuhlen* Die Unterscheidung

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum, 1987; *E.-J. Lampe* Unvollkommene zweiaktige Rechtfertigungsgründe, GA 1978 S. 7 ff; *R. Lange* Gesetzgebungsfragen bei den Rechtfertigungsgründen, v. Weber-Festschrift S. 162 ff; *Th. Lenckner* Der rechtfertigende Notstand, 1965; *ders.* Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, H. Mayer-Festschrift S. 165 ff; *F. Loos* Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente, Oehler-Festschrift S. 227 ff; *E. Mezger* Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 S. 207 ff; *W. Mitsch* Trunkenheitsfahrt und Notstand — OLG Koblenz, NJW 1988, 2316, JuS 1989 S. 964 ff; *Chr. Mylonopoulos* Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981; *W. Niese* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *P. Noll* Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 S. 1 ff; *F. Nowakowski* Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 S. 287 ff; *ders.* Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW 65 S. 379 ff; *ders.* Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe, ÖJZ 1977 S. 573 ff; *D. Oehler* Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959; *H. Otto* Die vorgetäuschte Notwehr-/Nothilfelage, Jura 1988 S. 330 f; *H.-U. Paeffgen* Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979; *ders.* Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 399 ff; *K.-H. Peters* „Wertungsrahmen" und „Konflikttypen" bei der „Konkurrenz" zwischen § 34 StGB und den besonderen Rechtfertigungsgründen, GA 1981 S. 445 ff; *C. Prittwitz* Zum Verteidigungswillen bei der Notwehr, GA 1980 S. 381 ff; *ders.* Der Verteidigungswille als subjektives Merkmal der Notwehr, Jura 1984 S. 74 ff; *Th. Rittler* Gesetztes und nicht gesetztes Strafrecht, ZStW 49 S. 451 ff; *C. Roxin* Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962, ZStW 76 S. 582 ff; *ders.* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Auflage 1973; *ders.* Die notstandsähnliche Lage — ein Strafunrechtsausschließungsgrund? Oehler-Festschrift S. 181 ff; *ders.* Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, JuS 1988 S. 425 ff; *H.-J. Rudolphi* Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Schröder-Gedächtnisschrift S. 73 ff; *ders.* Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Maurach-Festschrift S. 51 ff; *ders.* Der Zweck des staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, in: *B. Schünemann* (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984 S. 69 ff; *ders.* Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 371 ff; *W. Sax* „Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976 S. 9 ff, 80 ff, 429 ff; *F. Schaffstein* Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR 1951 S. 196 ff; *ders.* Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, OLG Celle-Festschrift S. 175 ff; *ders.* Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-Festschrift S. 557 ff; *ders.* Der Maßstab für das Gefahrurteil beim rechtfertigenden Notstand, Bruns-Festschrift S. 89 ff; *E. Schlüchter* Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB, JuS 1985 S. 379 ff, 527 ff, 617 ff; *E. Schmidhäuser* Unrechtsbewußtsein und Schuldgrundsatz, NJW 1975 S. 1807 ff; *ders.* Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, Lackner-Festschrift S. 77 ff; *R. Schmitt* Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten? — OLG Hamm, NJW 1962, 1169, JuS 1963 S. 64 ff; *B. Schünemann* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 S. 341 ff, GA 1986 S. 293 ff; *H. Schumann* Anmerkung zu BGH 35 S. 347 ff, NStZ 1990 S. 32 ff; *K. Seelmann* Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, 1978; *G. Spendel* Gegen den „Verteidigungswillen" als Notwehrerfordernis, Bockelmann-Festschrift S. 245 ff; *ders.* Notwehr und „Verteidigungswille", objektiver Zweck und subjektive Absicht, Oehler-Festschrift S. 197 ff; *G. Stratenwerth* Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 S. 41 ff; *ders.* Zur Relevanz des Erfolgsunwerts im Strafrecht, Schaffstein-Festschrift S. 177 ff; *O. Triffterer* Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe, Oehler-Festschrift S. 209 ff; *H. Waider* Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts, 1970; *G. Warda* Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, Maurach-Festschrift S. 143 ff; *ders.* Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung über das Vorliegen strafbarkeitsausschließender, insbesondere rechtfertigender Tatumstände, Lange-Festschrift S. 119 ff; *ders.* Schuld und Strafe bei bedingtem Unrechtsbewußtsein, Welzel-Festschrift S. 499 ff; *H. v. Weber* Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, JZ 1951 S. 260 ff; *H. Welzel* Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ 1948 Sp. 368 ff; *ders.* Der Irrtum über einen Recht-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

fertigungsgrund, NJW 1952 S. 564 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 3 S. 195 ff, JZ 1952 S. 596 ff; *ders.* Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, JZ 1955 S. 142 ff; *ders.* Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW 67 S. 196 ff; *ders.* Diskussionsbemerkungen zum Thema „Die Irrtumsregelung im Entwurf", ZStW 76 S. 619 ff; *J. Wolter* Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *D. Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

I. Die Prinzipien der Rechtfertigung

A. Die Rechtfertigungsgründe sind die rechtlich guten Gründe, ein an sich verbote- **1**
nes Verhalten doch zu vollziehen. Anders als beim tatbestandslosen Verhalten geht es beim gerechtfertigten Verhalten nicht um sozial unauffälliges Verhalten, sondern um ein Verhalten, das als sozial erträglich nur im Blick auf seinen Kontext, eben auf die Rechtfertigungslage, akzeptiert wird. Vom rechtswidrigen, aber schuldlosen Verhalten unterscheidet sich gerechtfertigtes Verhalten dadurch, daß es keinen Mangel an dominanter rechtlicher Motivation aufweist[1]; das rechtswidrige, aber schuldlose Verhalten weist einen solchen Mangel auf, nur ist der Täter für diesen Mangel nicht zuständig (sonst wäre das Verhalten schuldhaft).

Die Versuche, die Rechtfertigungsgründe aus einem oder mehreren Grundgedanken herzuleiten, sind zahlreich. Die Ergebnisse sind aber notwendig wenig gehaltvoll: Mehr als daß Rechtfertigungsgründe gute Gründe sind, läßt sich allgemein nicht sagen, da der Inhalt von konkreten Rechtfertigungsgründen — ganz entsprechend dem Inhalt konkreter Normen — überhaupt nur unter Berücksichtigung des jeweiligen Stands der konkreten Gesellschaft abgeleitet werden kann, und der Stand pflegt in allen nicht primitiven Gesellschaften so komplex zu sein, daß es eine knappe „Gesellschaftsformel" nicht gibt. So wie sich nicht aus einer Formel ohne Bezug auf detaillierte Fixierungen des gesellschaftlichen Stands ein System von Normen des BT entwickeln läßt, so wenig helfen allein Formeln bei der Rechtfertigung. Allerdings sind Rechtfertigungsgründe nicht nur Beschreibungen eines im sozialen Leben zuvor anerkannten Regelungsvorgangs. Es kann vielmehr für die Rechtfertigung normative Vorgaben ohne Blick auf den gesellschaftlichen Stand geben. Wie der Personenschutz des StGB nicht nur Abbild eines gesellschaftlichen Stands ist, sondern auch Anspruch an diesen Stand, so gibt es auch bei der Rechtfertigung normative Präferenzen, etwa für das Verhalten zum Schutz von Personen etc.[1a]. Die Nennung dieser Vorgaben mündet aber wieder in die Behandlung einzelner Rechtfertigungsgründe ein.

B 1. Für die monistischen Theorien werden als Leitprinzip genannt: der Einsatz des **2**
richtigen Mittels zum richtigen Zweck[2] oder die Wertabwägung bei Wertkollisionen[3] oder die Beachtung des in der konkreten Situation vorgehenden Gutsanspruchs[4] oder

---

1 Eingehend zur Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung rechtsvergleichend und für das deutsche Recht die Beiträge in: *Eser* und *Fletcher* Rechtfertigung und Entschuldigung, Bd. 1, insbesondere: *Eser* S. 17 ff; *Fletcher* S. 67 ff; *Hruschka* S. 121 ff; *Hassemer* S. 175 ff; *Roxin* S. 229 ff (= JuS 1988 S. 425 ff) und *Greenwalt* S. 263 ff; speziell zum Notstand siehe unten 13/1 ff.

1a Eine wichtige Vorgabe hat *Stratenwerth* ZStW 68 S. 41 ff mit der Autonomie des Eingriffsopfers herausgestellt.

2 *Dohna* Aufbau S. 30 f; *ders.* Rechtswidrigkeit S. 48 ff; *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 32 II 2 a.

3 *Noll* ZStW 77 S. 1 ff, 9; siehe auch *Seelmann* Verhältnis S. 32.

4 *Schmidhäuser* AT 9/13; *ders.* Lackner-Festschrift S. 77 ff, 88, wo er jedoch nicht auf Rechtfertigungsprinzipien, sondern auf den Allgemeinbegriff von Rechtfertigung abstellt. — Die Formel wird konkretisiert („nach dem Grundsatz der Erforderlichkeit") von *Armin Kaufmann* Klug-Festschrift S. 277 ff, 281; *ders.* JZ 1955 S. 37 ff, 40 ff; danach soll die Einwilligung — mangels Erforderlichkeit des Eingriffs — kein Rechtfertigungsgrund sein (siehe auch *Roxin* Kriminalpolitik S. 25 Fn. 57; *Rudolphi* in: Strafrechtssystem S. 69 ff, 77, 82). Siehe dagegen aber zum *objektiv*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

die sozial richtige Regelung von Interesse oder Gegeninteresse[5]. — Mehr als die Formel vom guten Grund besagt das alles nicht.

2. Schon konkreter werden die pluralistischen Theorien, die in den am meisten verbreiteten Ausprägungen ein Prinzip mangelnden Interesses und ein Prinzip überwiegenden Interesses kombinieren[6], oder ein Prinzip überwiegenden Rechts (Eingriffsrecht, etwa bei Notwehr) mit einem solchen mangelnden Unrechts (etwa Einwilligung)[7].

3 C 1. Im Anschluß an die pluralistischen Theorien kann eine Gliederung der Rechtfertigungsgründe in drei Gruppen erfolgen[8]:

a) In der ersten Gruppe ist die Rechtfertigung Konsequenz eines Organisationsverhaltens des Eingriffsopfers. Der Grund der Rechtfertigung kann als *Prinzip der Verantwortung,* teils schwächer als *Prinzip der Veranlassung* durch das Eingriffsopfer bezeichnet werden. Der gute Grund für das gerechtfertigte Verhalten liegt darin, daß das Eingriffsopfer für die Folgen seines Organisationsverhaltens einstehen muß. Beispiele sind Notwehr, defensiver Notstand, Widerstandsrecht gegen Angreifende, vorläufige Festnahme, Selbsthilfe und zahlreiche Amtsrechte[9].

b) Die zweite Gruppe folgt dem *Prinzip der Interessendefinition durch das Eingriffsopfer* selbst. Der gute Grund liegt bei dieser Fallgruppe darin, daß das Eingriffsopfer den Eingriff als vorteilhaft oder zumindest akzeptabel definiert, das heißt, er verwaltet seine Interessen durch Umschichtung. Beispiele sind die rechtfertigende Einwilligung und die rechtfertigende behördliche Erlaubnis. Auch der Notstandseingriff in die Güter des durch die Gefahr Bedrohten sowie die mutmaßliche Einwilligung zählen zu dieser Fallgruppe; freilich wird bei ihnen die Definition — vorbehaltlich einer Korrektur durch das Eingriffsopfer — stellvertretend vollzogen.

c) Der Grund der Rechtfertigung bei der dritten Gruppe ist das *Solidaritätsprinzip.* Das Eingriffsopfer wird im Interesse anderer Personen, insbesondere auch der Allgemeinheit, in Anspruch genommen. Beispiele sind zahlreiche Amtsrechte, die schon bei einem Verdacht (also nicht stets durch das Verantwortungsprinzip gedeckt) ein Eingriffsrecht geben, und insbesondere der aggressive Notstand.

3a 2. Je nach dem einschlägigen Prinzip gelten für die Proportionalität zwischen Eingriffsschaden und gerettetem Gut folgende Grundsätze[9a]:

a) Wer einen Schadensverlauf schuldhaft ins Werk gesetzt hat, hat alle Kosten der Beseitigung zu tragen; allenfalls die allgemeine Mindestsolidarität (§ 323 c StGB) mag eine Belastungsgrenze bilden (siehe zur Notwehr unten 12/46 ff). Wer, ohne sich schuldhaft verhalten zu haben, für einen Verlauf zuständig ist, hat die Kosten so lange zu tragen, wie jedermann die Kosten, die sein Organisationskreis bringt, tragen muß: Unbeteiligte Personen müssen eine Belastung nur übernehmen, wenn der Schaden des Zuständigen den Schaden der Unbeteiligten wesentlich überwiegt; es darf also beim

---

guten Handlungsanlaß bei der rechtfertigenden Einwilligung unten 14/9.

5 *Roxin* Kriminalpolitik S. 15 mit Konkretisierungen S. 26 ff; *ders.* JuS 1988 S. 425 ff, 426 f.

6 *Mezger* GS 89 S. 207 ff, 270 ff; *ders.* Strafrecht § 27; dagegen schon *Rittler* ZStW 49 S. 451 ff, 469 ff.

7 *Blei* AT § 36 I 1 und 2; siehe zu den pluralistischen Theorien auch *Lenckner* Notstand S. 134; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 7 vor § 32.

8 Für eine pluralistische Fassung mit Abweichungen im einzelnen siehe außer den schon genannten *Jescheck* AT § 31 II; *Baumann-Weber* AT § 19 III 3 a; *Maurach-Zipf* AT I § 25 Rdn. 6 ff; *Kratzsch* Oehler-Festschrift S. 65 ff, 80.

9 Auch Untersuchungshaft am *schuldigen* Täter läßt sich zu dieser Gruppe zählen; sie wird jedoch *stets* vom Solidaritätsprinzip flankiert, so daß das Verantwortungsprinzip hier bedeutungslos ist.

9a Siehe *Frister* GA 1988 S. 291 ff; *Hruschka* Dreher-Festschrift S. 189 ff, 196 ff; *ders.* AT S. 124 ff, 142 ff; *Rudolphi* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 371 ff, 392 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Zuständigen eingegriffen werden, bis unverhältnismäßig viel mehr zerstört als gerettet wird (siehe zum defensiven Notstand unten 13/46).

b) Bei der Umschichtung im Interesse des Eingriffsopfers ohne dessen Mitwirkung muß der erreichte Saldo positiv sein (siehe zur mutmaßlichen Einwilligung unten 15/17 ff). Wirkt das Opfer mit, so reicht es hin, wenn die Umschichtung noch als rechtlich vernünftige Interessenverwaltung verstanden werden kann (siehe zur Einwilligung unten 14/9).

c) Eine Inanspruchnahme aus Solidarität erfordert nicht nur, daß der Saldo positiv wird (anderenfalls würde sogar Umschichtungen *innerhalb* eines Organisationskreises der gute Grund fehlen, wie zu b ausgeführt wurde), sondern daß er erheblich überwiegt (siehe unten zum Notstand 13/33). Diese Erheblichkeit korrespondiert der Beschränkung der allgemeinen Hilfspflicht nach § 323 c StGB auf Katastrophenlagen.

II. Das Postulat der „Einheit der Rechtsordnung"

A. Das StGB und die strafrechtlichen Nebengesetze nennen die meisten Rechtfertigungsgründe nicht, insbesondere nicht die Amtsrechte; diese Gründe finden sich vielmehr im geschriebenen oder ungeschriebenen Recht diverser Regelungsbereiche des privaten und öffentlichen Rechts. Nach üblicher Lehre soll die universelle Anwendbarkeit aller Rechtfertigungsgründe eine Konsequenz der sogenannten Einheit der Rechtsordnung sein; diese Einheit soll wiederum Konsequenz des einheitlichen Begriffs der Rechtswidrigkeit sein[10, 10a]. **4**

---

10 RG 61 S. 243 ff, 247; BGH 11 S. 242 ff, 244; *Jescheck* AT § 31 III 1; *LK-Hirsch* Rdn. 10, 34 vor § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 27 vor § 32; *Maurach-Zipf* AT I § 25 Rdn. 11 ff; *Lange* v. Weber-Festschrift S. 162 ff, 166; *Kern* ZStW 64 S. 255 ff, 262; — grundlegend *Engisch* Einheit S. 55 f, 58: Der Begriff der Rechtswidrigkeit soll einheitlich sein, aber als Postulat, nicht als Dogma.

10a *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 89 ff, 251 ff, 393 ff, (siehe auch *ders.* in: Rechtfertigung S. 361 ff, 386 ff) trennt die Rechtswidrigkeit von der Strafrechtswidrigkeit (i. e. die Rechtswidrigkeit in ihrer Funktion als Straftatmerkmal). Strafrechtswidrig soll ein Verhalten erst dann sein, wenn es Unrecht und zudem strafwürdig ist. Demgemäß erfordert ein *Straf*unrechtausschluß nicht so gute Gründe, daß das Verhalten toleriert werden kann, sondern es reicht schon hin, wenn „der straftatbestandlich indizierte Steigerungsgrad, der Strafwürdigkeitsgehalt, des Unrechts fehlt" (S. 394 f). Strafunrechtsausschließungsgründe „splitten" also das Unrecht (S. 359): Es sinkt unter die Strafwürdigkeitsschwelle, so daß Straffreiheit eintritt, bleibt aber mit einem Rest erhalten, so daß es per Notwehr bekämpft werden kann (S. 380 ff). — Die skizzierte Theorie versucht den bagatellhaften Rest, der nach weitgehender Kompensierung eines Unrechts durch anerkannte „Gegeninteressen" bleibt, schon materiellrechtlich (und nicht erst durch die §§ 153 ff StPO) sanktionslos zu stellen. Das geltende Recht kennt freilich keinen nur quantitativ bestimmten Strafwürdigkeitsgehalt eines Delikts (abgesehen von Entgleisungen des neueren Gesetzgebers in § 184 c Nr. 1 StGB u. a. m.), sondern behandelt alle Handlungen eines Typs als strafwürdig, um diesen Typ aus dem Arsenal diskutabler Verhaltensalternativen ohne Wenn und Aber auszuscheiden. Im Schaden plangemäß minimalisierte Verletzungsdelikte haben immer noch die Funktion abstrakter Gefährdungsdelikte! Beispielhaft gesprochen: Wenn die Zerstörung einer fremden Sache im Wert von einer Mark straftatbestandliches Unrecht ist, dürfte dies bei der Zerstörung eines Millionenobjekts in „notstandsähnlicher Lage" (im Sinn *Günthers* ein Strafunrechtsausschließungsgrund, der ein Restunrecht beläßt) kaum anders sein. So wenig ein Tatbestand legitim ist, wenn seine Verwirklichung im Kernbereich das Bagatellhafte knapp übersteigt, so wenig ist es ein „Strafunrechtsausschließungsgrund", wenn er im Kernbereich den Unrechtssaldo knapp unter die Bagatellgrenze senkt. Die Kernbereiche des Unrechtstyps wie des Unrechtaufhebungstyps müssen, sit venia verbo, satt im Ziel liegen. Freilich, wie bei der Tatbestandsverwirklichung im Grenzfall des Bagatellunrechts fraglich wird, ob überhaupt eine soziale Störung vorliegt, so wird im Grenzfall eines Rechtfertigungsgrundes fraglich, ob eine soziale Störung völlig aufgehoben wird. So wenig ersteres die Tatbestandsverwirklichung hindert, hindert letzteres die Rechtfertigung. — Die Strafunrechtsausschließungsgründe, die *Günther* nennt, sind teils positivrechtlich erzwungene und deshalb systemfremde Rechtfertigungsgründe (§ 218 a StGB), teils geht es um Tatbestandsergänzung (§§ 240

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

5 B 1) Zur Lösung ist zu unterscheiden:

a) Identische Bewertungsgegenstände im identischen Kontext muß die Rechtsordnung stets nach gleichen Maximen bewerten, auch wenn die Rechtsgebiete, denen die Wertung zugehört, wechseln; ein ansonsten entstehender Wertungswiderspruch ist nach allgemeinen Interpretationsgrundsätzen aufzulösen. Das Postulat der Einheit der Rechtsordnung ist insoweit eine Ausprägung des Postulats einer widerspruchsfreien Rechtsordnung. Beispiel: § 34 StGB darf schon deshalb nicht abschließend und zugleich so interpretiert werden, daß der defensive Notstand unberücksichtigt bleibt, weil dann ein Wertungswiderspruch zu § 228 BGB bestünde.

6 b) Gehört eine Rechtswidrigkeitsbewertung zu unterschiedlichen Rechtsgebieten, wird freilich häufig der Bewertungsgegenstand oder sein Kontext nicht identisch sein; ein Hin- und Herspringen zwischen den Gebieten ohne Sicherung der Identität ist dann unzulässig. Beispiel: Wer der Ansicht folgt, neben den speziellen Amtsrechten bleibe auch bei Amtshandlungen die Rechtfertigungsmöglichkeit durch Notwehr und Notstand bestehen, kann bei einem nicht durch Amtsrechte, wohl aber durch die allgemeinen Rechtsfertigungsgründe gerechtfertigten Verhalten ein disziplinarrechtliches Unrecht trotz strafrechtlicher Rechtfertigung annehmen (zu dem Sachproblem siehe unten 12/41 ff; 13/42). Bei dieser Ansicht gehört die besondere Stellung des Exekutivbeamten disziplinarrechtlich, nicht aber strafrechtlich zum Bewertungszusammenhang[11]. Es handelt sich dabei um die Wiederholung eines Vorgangs auf der Rechtfertigungsebene, der auf der Tatbestandsebene als rechtsgebietsspezifische Tatbestandsbildung geläufig ist (Beispiel: Eine Bauordnungswidrigkeit ist nicht zwingend straftatbestandsmäßig etc.). — Im Ergebnis gibt es also eine Einheit der Rechtsordnung bei den Wertungsmaximen, oder sie ist dort per Interpretation herzustellen, nicht aber wird in allen Rechtsgebieten stets derselbe Zusammenhang gewertet. Was den Wertungsgegenstand angeht, kann also eine Einheit generell weder behauptet noch ausgeschlossen werden. Wird freilich außerhalb des Strafrechts[12] eine Rechtfertigung so normiert, daß Gegenstand und Kontext auch den strafrechtlich zu entscheidenden Konflikt exakt identifizieren, so gilt diese Rechtfertigung auch strafrechtlich. Beispiele bilden Gesetze, die hoheitliche Eingriffsbefugnisse geben, ferner die Rechtfertigungsgründe des BGB[12a] etc.

6a 2) Soweit sich der Tatbestand einer Norm eines Rechtsgebiets auf die Regelung eines anderen Gebiets bezieht, ist diese Regelung unmodifiziert zu übernehmen (sogenannte Tatbestandswirkung). Beispiel: Die Verletzung einer Dienstpflicht bei den §§ 332, 334 StGB beurteilt sich nach Beamtenrecht.

Abs. 2, 253 Abs. 2 StGB, oben 6/61 ff), teils verwässert *Günther* die Rechtfertigungsgrenzen (beim Erzieherprivileg) — jedenfalls produziert die übliche Interpretation keine axiologisch ungereimten Ergebnisse (wenn diese nicht vom positiven Recht erzwungen werden, wie bei § 218 a StGB). Siehe zur Kritik auch LK-*Hirsch* Rdn. 10 vor § 32; *Roxin* Oehler-Festschrift S. 181 ff (speziell zur notstandsähnlichen Lage); *ders.* in: Rechtfertigung S. 229 ff, 251 ff; *Rudolphi* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 371 ff, 373 ff; *Bacigalupo* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 459 ff, 467 ff; siehe ferner *Amelung* in: Grundfragen S. 85 ff, 92 f; *Schünemann* GA 1985 S. 341 ff, 352 f; *Hellmann* Anwendbarkeit S. 91 (der die Eigenständigkeit der Strafrechtswidrigkeit mit *Günther* bejaht, aber keinen „Steigerungsgrad" der Strafrechtswidrigkeit gegenüber sonstiger Rechtswidrigkeit anerkennt).

11 Es ist verfehlt, dies nur als eine Differenzierung nach Rechtsfolgen und nicht schon nach der Rechtswidrigkeit (der Unrechtsqualität) zu behandeln (so aber *Engisch* Einheit S. 58). Wenn ein Vorgang in einem Rechtsgebiet schlechthin unerheblich ist oder ausnahmsweise auf Grund guter Gründe erlaubt ist, bleiben nicht nur die Folgen nach diesem Rechtsgebiet aus, sondern es fehlt überhaupt an einer Mißbilligung nach diesem Gebiet; — eingehend *Kirchhof* Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten, passim.

12 Auch Rechtfertigungsgründe aus Landesgesetzen rechtfertigen im Bundesstrafrecht; BGH 11 S. 242 ff, 244.

12a *A. A. Hellmann* Anwendbarkeit S. 90 ff, 95 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

III. Die Bestimmung prospektiver und auf Verdacht abstellender Rechtfertigungsmerkmale

A. Bei zahlreichen Merkmalen von Rechtfertigungstatbeständen geht es um die Frage, aus welcher Perspektive entweder das Drohen einer Gutsverletzung durch einen Angriff (Notwehr) oder die Gefahr für ein Gut und die Höhe des Risikos (Notstand) sowie die Erforderlichkeit der Gegenmaßnahmen zu bestimmen sind (Merkmale prospektiven Inhalts). Üblicherweise wird die Perspektive wegen des prospektiven Inhalts unter einem Bruch mit den sonstigen Irrtumsregeln objektiv, aber ex ante fixiert[13]. Vereinzelt erfolgt die Bestimmung nicht nur der vom Inhalt her prospektiven Merkmale, sondern aller Merkmale subjektiv[14] oder aller Merkmale ex ante[15], wobei diese beiden Lösungen in der Kontroverse um die Stellung des Erfolgs im Unrecht (oben 6/69 ff) derjenigen Position entsprechen, deren Vertreter für die alleinige Relevanz eines — mehr oder weniger stark subjektiv bestimmten — Handlungsunrechts plädieren[16]. — Analoge Probleme tauchen bei Rechtfertigungsgründen auf, die schon bei einem (wie bestimmten?) Verdacht bezüglich eines vergangenen Geschehens einen Eingriff erlauben, etwa Untersuchungshaft bei dringendem Tatverdacht (plus einem Haftgrund). **7**

B 1. Was die zuerst genannte, überwiegende Ansicht angeht, so ist sie zu pauschal; denn das Irrtumsrisiko etwa beim Notstand, bei dem in Güter Unbeteiligter eingegriffen werden kann, muß sich nicht zwingend so verteilen wie bei der Notwehr, bei der der Angreifer zugleich mit dem Angriff das Irrtumsrisiko des Abwehrenden produziert. **8**

2. Entsprechendes gilt für die zuletzt genannte Ansicht, nach der alle Merkmale des Rechtfertigungstatbestands — subjektiv oder objektiv — ex ante bestimmt werden. Insbesondere bei der Notwehr wird deutlich, daß zu differenzieren ist: Wenn ein rechtswidriger Angriff objektiv fehlt, so ist kein Angreifer da, dem wegen des Angriffs eine objektiv überflüssige Abwehr selbst zugerechnet werden könnte; wenn aber ein rechtswidriger Angriff vorliegt, mag der Irrtum des Abwehrenden eine Sache sein, mit der der Angreifer selbst fertig zu werden hat (siehe auch unten zu § 33 StGB 20/28 ff). Allgemein systematisch begründete Einwendungen kommen hinzu: Wie die Ansicht von der alleinigen Relevanz des Handlungsunrechts verkennt, daß die soziale Bedeu-

---

13 *Lenckner* Notstand S. 80; *Jescheck* AT § 31 IV 4 und § 32 II 2b; *Maurach-Zipf* AT I § 27 Rdn. 15; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 10a vor § 32 und § 32 Rdn. 34 und § 34 Rdn. 14; — hierbei bleibt unklar, wie die Perspektive beim Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage auszusehen hat; dazu unten 11/10, 12, 21 ff.

14 *Zielinski* Handlungs- und Erfolgungunswert S. 224 ff, 266 f, 267 ff. *Zielinski* (insoweit ihm folgend: *Schaffstein* Bruns-Festschrift S. 89 ff, 99 f) bringt folgendes Argument: Ein Garant (etwa ein Polizist) sei in einer auch nur vermeintlichen Notsituation für seinen Schützling (etwa bei einem rechtswidrigen Angriff auf diesen) bei ansonsten drohenden Versuchsstrafe verpflichtet, einen „Rettungs"-Versuch zu unternehmen (im Beispiel, den „Angreifer" abzuschlagen); dann müsse er auch, wenn er anders die Abwendung nicht sinnvoll versuchen könne, den vermeintlichen Angreifer verletzen dürfen (aaO S. 246 ff). — Das Problem ist wie bei Rettungshandlungen zu lösen, die eine nicht erkannte Nebenfolge mit sich bringen: Daß eine Handlungspflicht besteht, heißt nicht, bezüglich aller Folgen müsse auch ein Eingriffsrecht bestehen, so wenig in der Umkehrung, beim Begehungsdelikt, ein Handlungsverbot immer eines unrechten Eingriffs wegen besteht, scil. nicht beim Versuch. — *Zielinski* verwechselt also den Anteil der Handlung am Unrecht mit dem des Erfolgs.

15 *Armin Kaufmann* Welzel-Festschrift S. 393 ff, 396 ff, 401; *Frisch* Vorsatz S. 424 („objektive Beurteilung ex ante aus der Perspektive des Täters"); *Rudolphi* in: Strafrechtssystem S. 69 ff, 78; *ders.* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 371 ff, 377 ff, 381 ff (mit Differenzierungen nach der Sicherheit der Prognose und der Perspektive, aus der sie gefällt wird).

16 Hiergegen *Stratenwerth* Schaffstein-Festschrift S. 177 ff, 189 ff; *Paeffgen* Verrat S. 103 ff; *Mylonopoulos* Verhältnis S. 93 ff; *Wolter* Objektive und personale Zurechnung S. 137 ff, 165 ff; weitere Literatur oben 6/Fn. 146 bis 154.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

tung eines Verhaltens von dessen äußerer Seite her entwickelt wird, so verkennt die Ansicht von der allein ex ante zu bestimmenden Rechtfertigung, daß allein das Gemeinte (d. h. die ex ante beurteilte Rechtfertigungslage) nicht die volle soziale Bedeutung abgibt. Unstreitig ist zwar bei einem Eingriff in unvermeidbar irriger Annahme einer Rechtfertigungslage im Ergebnis nicht zu haften, aber die Störung durch den nun einmal geschehenen und nur vermeintlich erforderlichen Eingriff wird erst durch Verweis auf die subjektive Unvermeidbarkeit neutralisiert; nicht etwa ist der Eingriff nach seinem objektiven Kontext tolerabel.

9 C. Im Ergebnis kommt es darauf an, wer von den Beteiligten das Irrtumsrisiko trägt. Für die Entscheidung gelten folgende Grundsätze:

1 a) *Prinzip der Verantwortung oder Veranlassung:* Hängt bei einem Rechtfertigungsgrund der Inhalt des Erlaubten davon ab, daß dem Eingriffsopfer die Konfliktlage voll zugerechnet werden kann (wie z. B. bei der Notwehr) oder daß es zumindest vorrangig für die Konfliktlage zuständig ist (wie z. B. beim defensiven Notstand), so muß die Verbindung zwischen dem Konflikt und dem Organisationskreis des Eingriffsopfers *wirklich* (objektiv ex post) bestehen, ohne jede Möglichkeit der Ersetzung durch eine Prognose. Denn ohne wirklichen Bestand der Verbindung fehlt der Grund, das Eingriffsopfer zur Duldung einer Maßnahme zu verpflichten, die seine Zuständigkeit voraussetzt[17]. Die Perspektive des Eingriffsopfers (wann ist zu dulden?) dominiert also über die Perspektive des Eingreifenden (wann erscheint ein Eingriff als angebracht?).

Eine wirkliche Verbindung besteht nicht nur bei einer wirklichen (objektiv ex post beurteilten) Gefahr, die vom Organisationskreis des Eingriffsopfers droht (etwa bei einem objektiv ex post tauglichen Angriff), sondern schon bei einer vom Eingriffsopfer zurechenbar erregten Scheingefahr; denn wer den Schein einer Notsituation zurechenbar schafft und dann bei der gegen ihn gerichteten Abwehr behandelt wird, als habe er eine wirkliche Notsituation geschaffen, hat damit nicht eine Sonderbelastung zu tragen, sondern die Konsequenzen seines eigenen Täuschungsmanövers, durch das er den Abwehrenden in eine unterlegene Stellung gebracht hat. Es geht also um die Wirklichkeit der Bedingungen der Zurechnung zum Eingriffsopfer, nicht um die Wirklichkeit einer von diesem geschaffenen Notlage[17a]. Beispiele: Ist beim gemeinschaftlichen (§ 25 Abs. 2 StGB) Diebstahl einer Sache nicht ersichtlich, wer sie eingesteckt hat, so hat jeder für sich den Verdacht des Beutebesitzes zurechenbar erregt. — Bei der Drohung mit einer — dem Bedrohten als solche nicht erkennbaren — Scheinwaffe ist (je nach Angriffsart im Rahmen der Notwehr oder des defensiven Notstands) diejenige Abwehr gerechtfertigt, die bei Drohung mit einer tauglichen Waffe gerechtfertigt wäre, und zwar ohne Blick darauf, was eine Ex-post-Betrachtung der Tauglichkeit ergibt. — Das Ergebnis entspricht der — unbestrittenen — Gleichsetzung einer Drohung bei der Nötigung (§ 240 StGB), die der Drohende notfalls einlösen will, mit der Drohung, zu deren Einlösung Fähigkeit oder Wollen des Drohenden fehlen.

10 b aa) Bestehen bei den genannten Rechtfertigungsgründen die Bedingungen der Zurechnung wirklich, so zwingt das Eingriffsopfer dem Eingreifenden die Konfliktlage auf. Deshalb gibt es kein geschütztes Vertrauen des Eingriffsopfers darauf, nur so stark mit der Abwehr belastet zu werden, wie es bei optimaler Einrichtung der Abwehr noch erforderlich wäre (also bei der Abwehr durch eine objektiv bestimmte Modellperson). Das Eingriffsopfer muß vielmehr den Abwehrenden so hinnehmen, wie es ihm den sozialen Kontakt aufgezwungen hat. Die Erforderlichkeit der abwehrenden Maßnah-

17 Insbesondere streitig für § 127 Abs. 1 StPO; siehe die Nachweise unten 16/Fn. 25.

17a Das verkennt *Born* Rechtfertigung S. 129 ff; für Notwehr im Ergebnis ähnlich wie hier *Otto* Jura 1988 S. 330 ff, 331 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

men bestimmt sich also bei den genannten Rechtfertigungsgründen *subjektiv ex ante* (das ist bezüglich der physischen Fähigkeit auch unstreitig; streitig sind allein die psychisch-prognostischen und -diagnostischen Fähigkeiten). Beispiel: Wer den mit einer Pistolenattrappe angreifenden Volltrunkenen sofort niedersticht, weil er infolge persönlicher Unfähigkeit das als Attrappe erkennbare Angriffsmittel unvermeidbar für gefährlich hält, ist durch defensiven Notstand gerechtfertigt (nicht nur Putativrechtfertigung), wenn Niederstechen bei einem Angriff mit wirklich tauglicher Waffe objektiv erforderlich gewesen wäre. — Bei Betätigung mehrerer Personen mit unterschiedlichen Fähigkeiten kann sich eine je nach dem Abwehrenden relative Rechtfertigung ergeben (was bezüglich der physischen Fähigkeiten auch durchaus geläufig anerkannt wird).

bb) Das subjektiv ex ante Erforderliche wird um das objektiv ex post Erforderliche *ergänzt;* denn die Ex-ante-Sicht soll die Möglichkeit zu einer Handlung in einer Lage beschränkter Einsicht schaffen, nicht aber das ex post Richtige aus der Rechtfertigung herausnehmen[17b]. Beispiel: Wer die Waffe, mit der er bedroht wird, irrtümlich für ungeladen hält, aber den Angreifer aus Wut sofort niederschlägt, handelt in Unkenntnis einer *bestehenden* Rechtfertigungslage, wenn sich nachträglich herausstellt, daß der Angreifer sofort schießen wollte.

11 2. *Prinzip der Interessendefinition durch das Eingriffsopfer:* Ist die Rechtfertigung davon abhängig, daß der Verfügungsberechtigte ein Gut preisgibt (rechtfertigende Einwilligung, rechtfertigende behördliche Erlaubnis), so muß diese Preisgabe wiederum wirklich (objektiv ex post) vorliegen, da ohne die Willkür des Verfügungsberechtigten kein Grund vorhanden ist, ihn zur Duldung zu zwingen. Die Perspektive des Eingriffsopfers dominiert also auch hier über diejenige des Eingreifenden. — Die Willkür des Eingriffsopfers kann durch eine stellvertretende Interessendefinition ersetzt werden, wenn diese Ersetzung der (mutmaßlichen) Willkür des Eingriffsopfers entspricht, also bei mutmaßlicher Einwilligung und bei Notstandseingriffen in die Güter des von der Gefahr Bedrohten.

12 3 a) *Solidaritätsprinzip:* Liegt der Anlaß für das gerechtfertigte Verhalten nicht im Organisationsbereich des Opfers, so ist es eine Frage der Zweckmäßigkeit, ob die Duldungspflicht des Opfers an eine ex ante oder an eine ex post bestimmte Lage anknüpft. Für die erste Sicht spricht das Interesse des Eingreifenden, nicht nachträglich dadurch desavouiert zu werden, daß ex post das Fehlen eines Angriffsrechts konstatiert wird. Für die zweite Sicht spricht das Interesse des Eingriffsopfers, nur bei wirklicher (objektiv ex post bestimmter) Not solidarisch leisten zu müssen. Das Gesetz wählt mit Merkmalen wie Gefahr oder Verdacht die *Ex-ante-Sicht;* diese Begriffe verlieren bei einer Ex-post-Betrachtung ihren Inhalt (ex post ist nur gefährlich, was ohne Rettungshandlung kausiert).

b aa) Der soziale Kontakt wird beim Solidaritätsprinzip dem Eingriffsopfer aufgezwungen. Deshalb darf es auf eine optimale Ausrichtung des Verhaltens vertrauen, um dessen Rechtfertigung es geht; die Ex-ante-Perspektive ist also ohne Berücksichtigung individueller Schwächen *objektiv* zu bestimmen (zu Einzelheiten des objektiven Urteils siehe unten zur Gefahr beim Notstand 13/13). Insbesondere hat bei Amtshandlungen ein Beamter keinen Anspruch auf Berücksichtigung individueller Unfähigkeit.

bb) Beim Notstand wird die Ex-ante-Sicht wiederum um das ex post Erforderliche *ergänzt;* denn die Ex-ante-Sicht soll eine Handlungsmöglichkeit trotz beschränkten

---

[17b] Verkannt von LG München NStZ 1989 S. 25 f: Ein scharfer Schuß gegen einen Angreifer ist nicht nur deshalb unerlaubt, weil *ex ante* ein Warnschuß hingereicht hätte, der aber, wie sich ex post zeigt, den Angriff nicht abgewehrt hätte. Zu dieser Entscheidung siehe auch 12/Fn. 101.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Einsichtsvermögens eröffnen, nicht aber das nur ex post Richtige aus der Rechtfertigung herausnehmen. Beispiel: Wer eine Schwangerschaft abbricht, ohne daß die gegebene medizinische Indikation objektiv erkennbar wäre, handelt in Unkenntnis einer *bestehenden* Rechtfertigungslage.

Die Ergänzung findet bei Amtsrechten, die auf Verdacht abstellen, nicht statt; denn ein ex post richtiges Ergebnis kann den Mangel eines — rechtsstaatlich unverzichtbaren — angemessenen Verfahrens nicht heilen. Beispiel: Liegt kein Tatverdacht vor, so ist eine Untersuchungshaft rechtswidrig, auch wenn sich später herausstellt, daß der Inhaftierte doch der Täter ist.

D. *Die Konsequenzen der Differenzierung zwischen prospektiver und wirklicher Lage:*

13 1. Beim aggressiven Notstand soll mit der Ex-ante-Bestimmung der Gefahr und des Erforderlichen dem Handelnden ein Handlungsrecht gegeben werden, nicht aber das Gut, in das eingegriffen wird, seiner Schutzwürdigkeit beraubt werden. Wenn jemand zufällig über Sonderkenntnisse bezüglich der Geschehenslage verfügt und deshalb weiß, daß die in Aussicht genommene Rettungsmaßnahme nichts bewirken wird, weil keine Gefahr besteht, oder aber die Rettung in die falsche Richtung zielt, bleibt also eine Umschichtung des Schadens erlaubt, der dem Gut droht, in das nutzlos eingegriffen werden soll. Die Umschichtung folgt den Regeln des aggressiven Notstands. Beispiel: Wer zufällig weiß, daß die Symptome einer schweren Krankheit bei einer zusammengebrochenen Person nur simuliert sind, kann die Alarmierung des Rettungsdienstes mit sanftem Nachdruck hindern, ohne wegen Nötigung strafbar zu sein. — Nimmt der Retter nur nach subjektivem Urteil, aber unvermeidbar eine Erforderlichkeit an, fehlt es an einer Rechtfertigungslage und defensiver Notstand gegen die Rettungsmaßnahme bleibt möglich.

2. Soweit es aber um Rechtfertigungsgründe geht, bei denen das Eingriffsopfer für den Konflikt einzustehen hat, muß es den Eingriff dulden, auch wenn es die Nutzlosigkeit dieser Duldung erkennt; ansonsten könnte es seine eigene Einstandspflicht zumindest partiell unterlaufen[18]. Auch bei den Amtsrechten besteht eine Duldungspflicht, mit der bei ex post bestimmter Fehlerhaftigkeit der Maßnahme ein Entschädigungsanspruch nach Polizeirecht korrespondiert; durch eine andere Entscheidung würde nicht nur die alleinige Kompetenz des Berechtigten zur Konfliktlösung in Frage gestellt werden, sondern auch der numerus clausus der gegen rechtmäßiges Amtshandeln zulässigen (d. h. allein angemessenen) förmlichen Maßnahmen (z. B. Klage, Rechtsmittel etc.) würde durch ein formfreies Verfahren, eben den Notstand, erweitert. — Ein objektiv nur als gefährlich, nicht aber als Verfolgung von Amtsrechten erkennbares Verhalten eröffnet allerdings die Rechtfertigung in aggressivem Notstand.

E. *Beispiele:*

14 1. Der mit einer — ihm unerkennbar — ungeladenen Pistole bei einem rechtswidrigen Angriff im Sinn des § 32 StGB Bedrohte darf sich in demselben Maß wehren, wie er es bei geladener Waffe dürfte; gegen seine ex post nutzlose Abwehr bleibt dem Angreifer nicht einmal Rechtfertigung im aggressiven Notstand. — Die allgemein übliche Lehre müßte für den Fall, daß ein objektives Ex-ante-Urteil die Untauglichkeit des Angriffs ergeben hätte, defensiven Notstand zulassen.

---

18 Siehe *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 9 ff vor § 32.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

2. Wer unvermeidbar irrend den heranstürmenden Freund nicht erkennt, vielmehr für einen Angreifer hält, hat keine Abwehrrechte aus Notwehr; ihm bleiben bei auch objektivem Ex-ante-Urteil einer Gefahrenlage nur die Rechte aus dem aggressiven Notstand (insoweit überwiegende Ansicht). Gegen seine „Abwehr" ist bei nur subjektivem Urteil Handeln in defensivem Notstand, ansonsten in aggressivem Notstand gerechtfertigt. — Die vereinzelt vertretene Sicht subjektiv ex ante (oben 11/7) muß Rechtfertigung der „Abwehr" annehmen.

3. Der Wanderer, der das Überlaufen einer Talsperre unvermeidbar als Defekt mißdeutet und in ein verschlossenes Haus einbrechen will, um von dort aus telefonisch die Polizei zu informieren, greift zwar mangels „Schuld" nicht rechtswidrig im Sinn des § 32 StGB an (zur genauen Lozierung des Irrtums siehe unten 11/42 ff), kann aber, da er kein Handlungsrecht hat, in defensivem Notstand an seinem Einbruchsversuch gehindert werden; anders ist bei einer nach objektivem Ex-ante-Urteil vorliegenden Gefahr zu entscheiden (die Sperre bricht wirklich, aber wie sich später herausstellt, befindet sich im Überschwemmungsgebiet kein Gut, das gerettet werden könnte): Es bleibt nur aggressiver Notstand, da ein Handlungsrecht besteht.

4. Der Polizeibeamte, der auf Grund seines kurzen Gedächtnisses — ihm selbst unvermeidbar, da diese Schwäche bislang nicht auffällig geworden ist — das Opfer einer Wirtshausschlägerei mit dem seinerzeit entkommenen Täter verwechselt und vorläufig festnimmt, handelt rechtswidrig; mangels Schuldhaftigkeit des Verhaltens bleibt dem Festnahmeopfer defensiver Notstand. — Nimmt der Beamte aber nach einem Fahndungsfoto den — bislang in seiner Existenz verborgenen — Zwillingsbruder fest, handelt er rechtmäßig und selbst aggressiver Notstand als Gegenwehr scheidet aus. — Wenn aber nach objektivem Urteil nicht erkennbar ist, daß der Beamte in Verfolgung seiner Amtsrechte handelt, besteht eine Gefahrenlage, die Abwehr nach § 34 StGB rechtfertigt.

F. *Zusammenfassung:*

15 1. Die Bedingungen der Zuständigkeit für einen Konflikt oder für die Preisgabe eines Guts können nicht prospektiv bestimmt werden, sondern müssen wirklich vorliegen.

2. Wer für die Entstehung einer (vermeintlichen) Konfliktlage zuständig ist, muß sogar das nur subjektiv ex ante Erforderliche dulden.

3 a) Wer nicht für die Entstehung einer (vermeintlichen) Konfliktlage zuständig ist, behält bei den allgemein geltenden Rechtfertigungsgründen gegenüber dem objektiv ex ante Erforderlichen die Rechte aus aggressivem Notstand und gegenüber dem nur subjektiv ex ante Erforderlichen die Rechte aus defensivem Notstand.

b) Bei Amtsrechten muß der Betroffene das nach objektiver Ex-ante-Sicht Erforderliche dulden, solange das Verhalten objektiv überhaupt als Verfolgung von Amtsrechten erkennbar ist; ansonsten liegt eine Lage vor, die eine Abwehr nach den Regeln des aggressiven Notstands zuläßt.

IV. Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen

16 A. Ein Verhalten kann durch mehrere Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt sein. Die Kumulation ist bedeutsam, wenn derjenige, um dessen Verhalten es geht, nur eine der Rechtfertigungslagen kennt; er ist dann ebenso gerechtfertigt, wie wenn er andere oder alle der kumulierten Rechtfertigungslagen gekannt hätte. Beispiel: Wer einen ihm drohenden Schaden durch einen § 34 StGB entsprechenden Eingriff in die Güter eines

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Dritten verhütet, ist durch rechtfertigenden Notstand gerechtfertigt, auch wenn er nicht weiß, daß sein Eingriff in die Güter des schuldhaften Schadensverursachers erfolgt und zugleich durch Notwehr gerechtfertigt wäre.

17 B. Es gibt jedoch Rechtfertigungsgründe, nach denen für spezielle Bereiche die Rechtfertigung abschließend zu beurteilen ist; eine Erweiterung der Rechtfertigung durch generelle Rechtfertigungsgründe scheidet dann aus[19]. Wann das der Fall ist, kann im Einzelfall zweifelhaft sein und ist für den wichtigsten Fall, scil. die Konkurrenz von Notwehr und Notstand mit den öffentlich-rechtlichen Eingriffsbefugnissen nach den Polizeigesetzen und der StPO, heftig umstritten (hierzu unten 12/41 ff, 13/42). Als Grundsatz gilt, daß ein genereller Rechtfertigungsgrund für eine bestimmte Rechtfertigungssituation oder eine bestimmte zu rechtfertigende Person ausscheidet, wenn ein speziell für die Rechtfertigungssituation oder die zu rechtfertigende Person formulierter Rechtfertigungsgrund das gerechtfertigte Verhalten zumindest partiell *enger* regelt als der generelle Rechtfertigungsgrund, insbesondere die Rechtfertigung an ein *bestimmtes* Verfahren bindet, das der generelle Rechtfertigungsgrund nicht nennt. So tritt z. B. rechtfertigender Notstand nicht hinter Notwehr zurück, da trotz der engeren Situationsbestimmung der Notwehr (rechtswidriger Angriff, nicht jede Gefahr) *mehr* erlaubt wird als beim Notstand, scil. ein erforderlicher, wenn auch unproportionaler Eingriff. Nach der hiesigen Interpretation sind auch die §§ 228, 904 BGB nur Ergänzungen, nicht aber verdrängende Spezifizierungen des (aggressiven und defensiven) Notstands, da sie keine eigene Situationsbeschreibung aufweisen (streitig). Wohl aber ist § 218 a StGB wegen des geregelten Verfahrens eine § 34 StGB verdrängende Sonderregelung, soweit ein Arzt erreichbar, die Schwangere einwilligungsfähig ist etc., das Verfahren also praktisch durchgeführt werden kann; ansonsten gelten insoweit generelle Grundsätze. Die §§ 127 StPO und 229 BGB schließen die Anwendung von Notwehr und Notstand im geregelten Bereich aus, da sie bei speziellerer Situationsbeschreibung zumindest partiell nur beschränkte (nämlich nur bis zur Sicherung gehende) Eingriffsbefugnisse geben.

V. Die subjektive Seite der Rechtfertigung

A. Die sogenannte Rechtfertigungstendenz und die Unkenntnis der Merkmale eines Rechtfertigungstatbestands

18 1 a) Ob zur Rechtfertigung neben dem objektiven Bestand der Rechtfertigungslage und dem objektiven Ablauf des Verhaltens im Rahmen der Erlaubnis auch noch ein subjektives Rechtfertigungsmoment[19a] vorliegen muß, ist äußerst kontrovers[20]. Eine vom positiv zu beurteilenden Rechtfertigungserfolg her argumentierende Ansicht hält die Rechtfertigung für einen nur-objektiven Vorgang[21]. Im anderen Extrem wird zur

---

19 Insoweit allgemeine Meinung; *Warda* Maurach-Festschrift S. 143 ff, 166 (Funktionelle Spezialität); *Seelmann* Verhältnis S. 36 ff (gegen dessen Lösungsweg *Peters* GA 1981 S. 445 ff, 457 ff); siehe ferner *LK-Hirsch* Rdn. 46 vor § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 27 vor § 32 und § 34 Rdn. 6; — freilich ist die Interpretation einzelner Rechtfertigungsgründe als abschließende Regelung streitig.

19a Jedenfalls ist die Kenntnis nicht zum Rechtfertigungstatbestand gehörender Umstände kein Teil der subjektiven Seite der Rechtfertigung. Beispiel: *Welche* Tat der nach § 127 StPO Festzunehmende begangen hat oder *wem* die dem Dieb nach § 32 StGB abzujagende Beute gehört, muß der Eingreifende nicht wissen.

20 Ausführliche Darstellung des Meinungsstands bei *Waider* Bedeutung S. 83 ff; *Herzberg* JA 1986 S. 190 ff.

21 *Spendel* Bockelmann-Festschrift S. 245 ff, 252 f (der freilich jedenfalls bezüglich eines anderen als des gerechtfertigt verletzten Guts Versuch für möglich hält: Wer den Angreifer trifft, aber den Angegriffenen treffen wollte, haftet wegen rechtswidrigen Versuchs der Verletzung des Angegriffenen); *ders.* Oehler-Festschrift S. 197 ff, 203;

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Rechtfertigung ein Handeln zum Zweck der Ausübung der Befugnis verlangt, die auf Grund der betreffenden Rechtfertigungslage verliehen wird, beispielsweise Handeln zum Zweck der Gefahrenabwehr beim Notstand[22]. Nach einer dazwischen liegenden Ansicht soll zur Rechtfertigung Kenntnis der Rechtfertigungsvoraussetzungen hinreichen, ohne daß ein subjektiver Zweckbezug verlangt wird[23]. Nur ausnahmsweise bei den „unvollkommen zweiaktigen Rechtfertigungsgründen"[24] soll eine besondere Absicht erforderlich sein[25]; das betrifft Rechtfertigungsgründe, bei denen für einen Eingriff allein, ohne eine nachfolgende Ergänzung, kein guter Grund besteht, wie z. B. für die Festnahme nach § 127 Abs. 1 StPO, zu der eine nachfolgende Überstellung an die Polizei hinzutreten muß. Es finden sich auch zwischen den Rechtfertigungsgründen differenzierende Lösungen; so soll es einerseits ein objektiv wirkendes Handeln in „überindividueller Zweckhaftigkeit"[26] (etwa nach § 37 StGB) oder eine objektiv wirkende Rechtfertigungslage, die keinen Handlungswert erfordert[27] (etwa Einwilligung), geben und andererseits ein Handeln in individueller Zweckverfolgung (etwa im Notstand) oder in einer Rechtfertigungslage, die einen Handlungswert erfordern soll (etwa Notwehr)[28].

b) Die Kontroverse erweitert sich, wenn es um die Konsequenzen fehlender subjektiver Rechtfertigungselemente geht: Aus dem Faktum der Verletzung kann auf Vollendung geschlossen werden wie aus dem Fehlen der Verletzung eines aktuell geschützten Objekts auf Versuch[29].

2 a) Zur Lösung ist festzuhalten: Diejenigen Merkmale der Rechtfertigungsgründe, **19**
die wirklich (objektiv ex post) vorliegen müssen, bestehen unabhängig von ihrer Erkenntnis. Aber auch bei denjenigen Rechtfertigungsmerkmalen, die durch ein Urteil objektiv ex ante konstituiert werden, ist die Rechtfertigung an das virtuelle Urteil gebunden, nicht an das Faktum seines psychischen Vollzugs; und selbst bei denjenigen Merkmalen, bei denen die Bestimmung subjektiv ex ante zur Rechtfertigung hinreicht, läßt sich die Urteilssituation vom psychischen Faktum des Urteils trennen. Im Ergebnis ist also eine Trennung von objektiver und subjektiver Rechtfertigungslage möglich.

b) Bei diesem Stand ist das Erfordernis subjektiver Rechtfertigungsmomente allein **20**
nach den Konsequenzen zu entscheiden[30].

LK-Spendel § 32 Rdn. 138 ff. — Nach *Oehler* Zweckmoment S. 165 ff, 166 soll es auf den „objektiven Verteidigungszweck" ankommen, den freilich „nur der Verteidigungswille ... hervorbringen" könne.

22 *LK-Hirsch* Rdn. 53 vor § 32; *Niese* Finalität S. 17 f; *Jescheck* AT § 31 IV 1; *Maurach-Zipf* AT I § 25 Rdn. 24 ff; insbesondere auch die Rechtsprechung; für Notwehr siehe BGH 3 S. 195 ff, 198; BGH GA 1980 S. 67 f mit der Abschwächung, daß es sich zumindest um einen von mehreren Zwecken handeln müsse (so auch BGH StV 1983 S. 456 — nur Leitsatz); ebenso schon das Reichsgericht; RG 54 S. 196 ff, 199; für Notstand siehe BGH 2 S. 112 ff, 114; für das Züchtigungsrecht: BGH 11 S. 242 ff, 257; schon RG 67 S. 324 ff, 327; für die Wahrnehmung berechtigter Interessen siehe BGH 18 S. 182 ff, 186; schon RG 61 S. 400 ff; 66 S. 1 ff.

23 OLG Karlsruhe JZ 1984 S. 240 f, 241; *Stratenwerth* AT Rdn. 489; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 14 vor § 32; *Rudolphi* Maurach-Festschrift S. 51 ff, 57; *Prittwitz* GA 1980 S. 381 ff, 389; *Frisch* Vorsatz S. 457; *ders.* Lackner-Festschrift S. 113 ff, 130; *Loos* Oehler-Festschrift S. 227 ff, 235; siehe auch *Nowakowski* ZStW 63 S. 287 ff, 319. — Wieder anders *Alwart* GA 1983 S. 433 ff, 449 f, der ein Handeln „in Reaktion auf (den) Angriff" verlangt und auf Kenntnis des Abwehrerfolgs verzichtet.

24 *Lampe* GA 1978 S. 7 ff.

25 *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 16, 16a vor § 32; *Schünemann* GA 1985 S. 341 ff, 374.

26 *Schmidhäuser* AT 9/17.

27 *Gallas* Bockelmann-Festschrift S. 155 ff, 175 f.

28 Siehe auch *Baumann-Weber* AT § 21 I 3 c.

29 Für die objektive Lösung ist zumindest in Verbindung mit einer objektiv einengenden Versuchslehre (untaugliches Objekt) auch Straffreiheit diskutabel; so wohl *Spendel* Bockelmann-Festschrift S. 245 ff, 258 f; *LK-Spendel* § 32 Rdn. 138 ff.

30 Der Wortlaut von § 32 Abs. 2 StGB (... Verteidigung ..., um ...) und § 34 StGB (... begeht, um ...) mag auf den Abwehrzweck abstellen, (anders zur Notwehr die Deutung von *Frisch*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

aa) Die Lösung, die darauf abstellt, daß für Rechtfertigung das Verhalten als Abwehr etc. beabsichtigt sein müsse, müßte selbst dann noch wegen einer rechtswidrigen Vollendung zurechnen, wenn der Täter in Kenntnis der Rechtfertigungssituation und der — nach dieser Lösung freilich irrigen — Erwartung der Rechtfertigung handelt, nur eben nicht motiviert durch die Rechtfertigungslage. Beispiele: Der Arzt operiert nach der lex artis, aber nicht zur Heilung des Patienten, sondern allein des nach kunstvoller Operation fälligen Honorars wegen. — Der Helfer schießt den Angreifer in erforderlicher Abwehr nieder, aber nicht wegen der Güter des Angegriffenen, sondern allein aus Freude am Gebrauch der Waffe. — Eine Zurechnung dieser Erfolge als rechtswidrig würde auf Momente abstellen, die sich im Verhaltensvollzug nicht äußern; die Zurechnung könnte bei gleich bleibender Vorstellung des Täters jederzeit durch einen Motivationsaustausch unterlaufen werden; eine Zurechnung auf Grund solcher nur-subjektiven Merkmale widerspricht dem Tatprinzip[31]. Vereinzelt, etwa beim Züchtigungsrecht, dürfte allerdings praktisch ein Verhalten im Rahmen der Erlaubnis ohne Rechtfertigungsabsicht kaum je zustande kommen.

21 bb) Es ist also allenfalls Rechtfertigungsvorsatz, nicht aber Rechtfertigungsabsicht zu verlangen (jeweils bezogen auf das Rechtfertigungs*geschehen* — etwa die Abwehr —, nicht auf die rechtliche Wirkung der Rechtfertigung — die Erlaubnis). Das gilt auch für die schon genannten unvollkommen zweiaktigen Rechtfertigungsgründe[31a]; es geht nicht darum, daß der Täter den zweiten Akt, der den ersten erst rechtlich sinnvoll macht, anstrebt, sondern daß er davon ausgeht, auch der zweite Akt werde eintreten (bleibt der Akt objektiv aus, gelten die allgemeinen Regeln, oben 11/7 ff und unten 11/28 ff). Beispiel: Wer einen Einbrecher auf frischer Tat festnimmt (§ 127 Abs. 1 StPO) und weiß, daß die Polizei sowieso in Kürze kommt und den Festgenommenen übernehmen wird, verliert nicht die Rechtfertigung dadurch, daß er letzteres nicht erstrebt, gegebenenfalls sogar nur bedauernd in den Kauf nimmt. Praktisch wird allerdings — wie der Täter weiß — der zweite Akt häufig von seinem eigenen Verhalten abhängen.

22 cc) Somit bleibt zu entscheiden, ob beim Fehlen selbst eines Rechtfertigungsvorsatzes beliebiger Vorsatzform die Zurechnung einer rechtswidrigen Tat zu erfolgen hat.

α) Eine Zurechnung der Tat als rechtswidrige, *vollendete* Tat[32] scheidet der unangemessenen Folgen wegen aus: Wäre der Erfolg zurechenbar, so wäre es erlaubt, den Täter daran zu hindern, den Erfolg zu bewirken. Das Verhalten des Täters könnte also von jedermann — in Notwehr oder in defensivem Notstand — im Rahmen des Erforderlichen abgebrochen werden, um es nachfolgend selbst ebenso gestaltet zu vollziehen. Beispiel: Der Dieb, der nicht merkt, daß er durch das Aufbrechen einer Tür eine rechtswidrig eingesperrte Person befreien wird, dürfte an seinem Tun durch einen

---

Lackner-Festschrift S. 113 ff, 117), regelt damit aber nicht, wie bei fehlendem Abwehrzweck zu entscheiden ist; ein Umkehrschluß verbietet sich wegen der im geschriebenen Recht nur fragmentarischen Regelungen von Rechtfertigungsgründen.

31 *Stratenwerth* AT Rdn. 489; *Loos* Oehler-Festschrift S. 227 ff, 231.

31a *Herzberg* JA 1986 S. 190 ff, 199; *Loos* Oehler-Festschrift S. 227 ff, 237 f; *Frisch* Lackner-Festschrift S. 113 ff, 145 ff.

32 So allerdings für den Notstand BGH 2 S. 112 ff, 114 f; generell *LK-Hirsch* Rdn. 59 vor § 32; *Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 254 f; *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 259 ff mit weiteren Nachweisen; *Niese* Finalität S. 18 Fn. 37; *Welzel* Strafrecht § 14 IV a. E.; *Dreher-Tröndle* § 32 Rdn. 14; *Paeffgen* Verrat S. 156 Fn. 382; *Alwart* GA 1983 S. 433 ff, 454 f; je nach Rechtfertigungsgrund differenzierend (wie oben zu Fn. 26, 27 bezeichnet) *Gallas* Bockelmann-Festschrift S. 155 ff, 172 ff; *Schmidhäuser* AT 9/17; *Trifterer* Oehler-Festschrift S. 209 ff, 223, 225.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Eingriff in seine Güter gehindert werden, woraufhin der Hindernde die Tür selbst aufbrechen dürfte. — Unangemessene Folgen zeigen sich auch bei der Teilnahme. Der mit Rechtfertigungsvorsatz handelnde Gehilfe eines Täters ohne Rechtfertigungsvorsatz wäre nicht als agent provocateur straffrei, sondern strafbarer Teilnehmer einer rechtswidrigen Vollendung, obgleich er die Tat eigenhändig gerechtfertigt vollziehen dürfte. Beispiel: Der Arzt, der bei einem medizinisch dringend indizierten Schwangerschaftsabbruch seinem von der Rechtfertigungslage nichts ahnenden Kollegen hilft, beginge Beihilfe zu einer rechtswidrigen Tat, obgleich er den Abbruch selbst ausführen dürfte und — etwa als Notarzt — sogar müßte. — In beiden Fällen läßt sich nicht begründen, weshalb der Wissende den Unwissenden an einer Handlung soll hindern dürfen, die der Wissende danach in gleicher Form gerechtfertigt selbst vollziehen dürfte, teils sogar vollziehen müßte[33].

23 β) Straffreiheit ist gleichfalls keine angemessene Lösung: Der Täter vollzieht ein enttäuschendes Verhalten, ohne den guten Grund zum Vollzug zu kennen. Daß der Täter ein Gut *umsonst opfern* wollte, legt die Anwendung der Versuchsregeln nahe. Freilich gleicht das Geschehen einem Versuch nicht vollständig: Dem Versuchstäter mißlingt schon die *Opferung*, und deswegen ist nichts umsonst; hier gelingt die Opferung, aber sie ist nicht *umsonst*. Trotz dieses Unterschieds muß es bei der Anwendung der Versuchsregeln bleiben[34], denn Erfolgszurechnung wie Straffreiheit bringen unangemessene Ergebnisse, so daß *mangels einer Sonderregelung*[35] nur die Beurteilung des Verhaltens ohne Berücksichtigung des Erfolgeintritts bleibt. Daß der Versuch bei Vergehen teils straffrei bleibt (§ 23 Abs. 1 StGB), ist — anders als beim Versuch im eigentlichen Sinn — im Bereich der Unkenntnis einer Rechtfertigungslage ein sachlich nicht gerechtfertigtes Benefiz als Folge des beschränkten Formenkatalogs des StGB.

23a γ) Die gegebene Begründung betrifft nur einen Teil der Analogie zwischen einerseits der subjektiven Tatseite beim Versuch und andererseits der subjektiven Tatseite beim Handeln in Unkenntnis gegebener Rechtfertigungsvoraussetzungen. Die Analogie muß wie folgt ergänzt werden: Wie ein Vorsatz kein Tatbestandsvorsatz ist, wenn er nicht in kommunikativ relevanter Weise gebildet wurde (unten 25/23), so kann Unkenntnis von den gegebenen Rechtfertigungsvoraussetzungen die Versuchsbestrafung dann nicht tragen, wenn der Täter in kommunikativ relevanter Weise nur zur Annahme gegebener Rechtfertigung kommen könnte. Beispiel: Der Täter sieht den Angriff, aber eine „innere Stimme" sagt ihm, es sei ein harmloser Scherz; trotzdem wehrt er sich, über den

---

33 Das gilt auch, soweit die Rechtfertigungslage durch Merkmale konstituiert wird, für die eine Ex-ante-Sicht gilt (Verdachtsmerkmale und prospektive Merkmale): Wenn das Ex-ante-Urteil, ein Rechtfertigungseingriff sei notwendig, gefällt werden könnte, besteht zur Vornahme des Eingriffs ein rechtlich guter Grund; wer davon nichts weiß, mag subjektiv mit schlechtem Grund handeln, aber diese Fehleinschätzung gibt nicht die Erlaubnis, das äußere korrekte Verhalten zu verhindern und verbietet nicht, es zu fördern. Anders verhält es sich nur bei Amtsrechten; hier verbietet es die rechtsstaatliche Bindung, den Blick nur auf das Ergebnis zu richten; siehe oben 11/12. Beispiel: Nimmt ein Polizist aus purer Verärgerung einen Bürger fest (§ 127 Abs. 2 StPO), so darf ihm eine dritte Person nur dann helfen, wenn der Polizist aus subjektiver Schwäche aktuell gegebene Festnahmegründe nicht kennt. Sind die Gründe schon objektiv nicht erkennbar, kommt eine rechtmäßige Amtshandlung nicht in Betracht.

34 Für „entsprechende" Anwendung *Jescheck* AT § 31 IV 2; *Maurach-Zipf* AT I § 25 Rdn. 34; im Ergebnis überwiegende Ansicht; *Lenckner* Notstand S. 187 ff, 192 ff; *Rudolphi* Maurach-Festschrift S. 51 ff, 58; *v. Weber* JZ 1951 S. 260 ff, 263; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 15 vor § 32; *Stratenwerth* AT Rdn. 494; *SK-Samson* Rdn. 24 vor § 32; *Hruschka* GA 1980 S. 1 ff, 16 f; *Prittwitz* Jura 1984 S. 74 ff, 77; *Herzberg* JA 1986 S. 190 ff, 192 f (unmittelbare Anwendung); *Frisch* Lackner-Festschrift S. 113 ff, 128; — auch KG GA 1975 S. 213 ff, 215.

35 Zur Notwendigkeit einer Sonderregelung siehe unten zum analogen Problem bei der irrigen Annahme der Verwirklichung eines Rechtfertigungstatbestands 11/53 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

vermeintlichen Scherz verärgert, im erforderlichen Maß — keine Bestrafung wie beim Versuch. Ist kommunikative Relevanz gegeben, aber nur in minimalem Maß, muß § 23 Abs. 3 StGB analog angewendet werden. — Zur Risikoerlaubnis bei Zweifeln an einer Rechtfertigungslage siehe unten 11/29.

B. Zur Prüfungspflicht

24 1. Zur Rechtfertigung wird teils verlangt, daß die Rechtfertigungslage vom Täter in einer „pflichtgemäßen" oder „gewissenhaften" Prüfung ermittelt wird[36]. Ohne diese Prüfung soll der Täter auch bei objektiv bestehender Rechtfertigungslage wegen Vollendung strafbar sein[37]. Diese Lösung wird verbreitet als generelle Regel abgelehnt, wohl aber beschränkt auf Fälle fehlender objektiver Rechtfertigungsvoraussetzungen und beschränkt auf solche Rechtfertigungsgründe anerkannt, bei denen eine objektiv ex post nicht erforderliche Handlung im Blick auf die Zwecke des Täters bei einer Unsicherheit ex ante gebilligt werden soll. — Genannt werden § 193 StGB, mutmaßliche Einwilligung und Verdachtstatbestände[38]. Zur Begründung wird auf die Notwendigkeit verwiesen, das Risiko letztlich nutzloser Eingriffshandlungen zu minimieren[39].

25 2 a) Bei beiden Versionen handelt es sich sachlich um den Versuch, die Irrtumsregelung für Fälle leichtfertiger Annahme von Rechtfertigungsvoraussetzungen zu unterlaufen (der *fahrlässige Versuch*, einen Erfolg außerhalb eines Rechtfertigungszusammenhangs herbeizuführen, soll erfaßt werden; siehe unten zur irrigen Annahme von Rechtfertigungsvoraussetzungen 11/42 ff). Beide Versionen sind abzulehnen[40], da sie die Rechtfertigungslage und den Weg zur Ermittlung der Rechtfertigungslage vertauschen. Bei unterschiedlichem Weg (ein Beteiligter hat mit einem bestimmten Ergebnis geprüft, ein anderer ist leichtfertig zu demselben Ergebnis gekommen) bestünden nach beiden Versionen zwischen mehreren Beteiligten ebenso unangemessene Beziehungen, wie sie oben zum Fehlen einer Rechtfertigungstendenz beschrieben wurden: Ein Beteiligter mit vollzogener gewissenhafter Prüfung dürfte einen anderen, der nicht geprüft hat, am Eingriff hindern und dürfte sich an dessen Eingriff nicht beteiligen, obwohl er den Eingriff ebenso gestaltet selbst vollziehen dürfte oder gar müßte.

26 b) Die Unbrauchbarkeit einer Prüfungspflicht bedeutet nicht, daß bei Merkmalen, die subjektiv ex ante bestimmt werden, jede flüchtige subjektive Annahme eine Rechtfertigungslage konstituiert. Vielmehr kommt es allein auf das subjektiv bestmögliche Urteil an. Gleichgültig ist jedoch, ob dieses Urteil durch bestmöglichen Einsatz der Urteilskräfte (also durch „pflichtgemäße Prüfung") gewonnen oder leichtfertig zu Grunde gelegt wurde, wenn es nur im Ergebnis nicht optimierbar ist. Der Täter, der nicht prüft, trägt also das Fehlerrisiko, was sich freilich nur auswirkt, wenn eine Prüfung zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, also ein Fehler vorliegt. Mit anderen

---

36 So für den Notstand RG 62 S. 137 ff, 138; 64 S. 101 ff, 104; BGH 1 S. 329 ff, 320; 2 S. 112 ff, 114; 3 S. 8 ff, 11; 14 S. 1 ff, 2; *Blei* AT § 44 V; *Schaffstein* MDR 1951 S. 196 ff; siehe auch *Henkel* Mezger-Festschrift S. 249 ff, 274 f.

37 Insbesondere RG 62 S. 137 ff, 138 bei Schwangerschaftsabbruch aus medizinischer Indikation; im zu entscheidenden Fall fehlte freilich die Rechtfertigungslage schon objektiv; die Rechtsprechung hat bei zweifelsfrei gegebener objektiver Rechtfertigungslage überhaupt nie verurteilt; siehe *Welzel* JZ 1955 S. 142 ff; *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 271 ff.

38 Nach den hier aufgestellten Regeln für Rechtfertigungsgründe mit prospektiven Merkmalen und Verdachtsmerkmalen wäre der Kreis noch größer.

39 So *Lenckner* H. Mayer-Festschrift S. 165 ff, 178 ff; *LK*[9]*-Hirsch* Rdn. 39 vor § 51 (anders zu § 34 StGB n. F. *LK-Hirsch* § 34 Rdn. 77); *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 19 vor § 32; *Jescheck* AT § 31 IV 3.

40 Ausführlich ablehnend auch *Rudolphi* Schröder-Gedächtnisschrift S. 73 ff; *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 271 ff; *Küper* Notstand S. 115 ff, 169 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Worten, nicht das psychische Faktum eines Urteils bestimmten Inhalts rechtfertigt, sondern die Lage, in der ein Urteil bestimmten Inhalts bei optimalem Einsatz der Urteilskraft möglich ist. — Da die nach hiesiger Interpretation subjektiv ex ante zu bestimmenden Merkmale alle zu Situationen gehören, in denen schnell gehandelt werden muß, für Abwägungen also keine Zeit bleibt, dürfte die Problematik praktisch von geringer Bedeutung sein. Beispiel: Wer einen stark betrunkenen Autofahrer vorläufig festnimmt (§ 127 Abs. 1 StPO), indem er ihn einsperrt, in der Eile nicht bedenkend, daß die Sicherstellung des Zündschlüssels möglich und hinreichend wäre, handelt rechtmäßig, auch wenn bei mehr Überlegungszeit das schonendere Mittel erkennbar gewesen wäre.

c) Im übrigen dürfte die Größe des Irrtumsrisikos häufig überschätzt werden; denn **27** schon zur Vorstellung einer Rechtfertigungslage gehört in den relevanten Fällen stets die Annahme einer sonst nicht auflösbaren Interessenkollision. Beispiel: Wer eine beleidigende Nachricht in die Zeitung setzt, hat nur dann die Vorstellung einer Rechtfertigungslage (§ 193 StGB), wenn er positiv davon ausgeht, daß die Kollision von Informationsrecht und Persönlichkeitsrecht nicht vermieden werden kann, etwa durch weitere Recherchen[41].

C. Die ungewisse Vorstellung von einer Rechtfertigungslage

1. Häufig wird der Täter die Voraussetzungen der Rechtfertigung seines Handelns **28** bezweifeln oder er würde bei aufmerksamem Urteil zu Zweifeln kommen. Sind die Zweifel nicht durch gefahrloses Zuwarten oder durch gesteigerte Aufmerksamkeit zu beheben, so ist eine Entscheidung auf bewußt oder unbewußt unsicherer Grundlage unumgänglich.

2. Zweifel am Vorliegen einer Rechtfertigungslage, die auf der Erkenntnis beruhen, **29** daß ein Irrtum nie ganz ausgeschlossen werden kann und deshalb stets ein Restrisiko bleibt, führen weder zur Versuchsbestrafung (wenn eine Rechtfertigungslage vorliegt) noch zur Vollendungsbestrafung (wenn eine Rechtsfertigungslage fehlt), sondern enthalten — wie ihr Gegenstück zum Tatbestand: die Kenntnis eines erlaubten Risikos — keine Vorstellung von einem rechtlich relevanten Geschehen. Ansonsten richtet sich die Verteilung des Irrtumsrisikos nach den oben (11/9 ff) genannten Regeln[42].

a) Soweit eine Handlung gerechtfertigt ist, weil das Eingriffsopfer für die Konfliktlage selbst einzustehen hat (Notwehr etc.), ist die Rechtfertigung ohne Blick auf die subjektive Sicht der Lage vom wirklichen Bestehen der Einstandspflicht abhängig. Wenn beim Fehlen einer Einstandspflicht das zu schützende Gut nicht einmal im Weg des aggressiven Notstands bewahrt werden darf, weil es einzig angemessen durch einen Rechtfertigungsgrund verteidigt werden darf, der eine Einstandspflicht voraussetzt (so etwa die Rechtspflege nach § 127 *Abs. 1* StPO), so muß bei Zweifeln an deren Voraus-

---

41 Siehe BGH 14 S. 49 ff, 51; dort wird das Ergebnis freilich über die Verletzung einer „Prüfungspflicht" gewonnen.

42 Die Entscheidungen sind wenig gesichert; siehe auch unten 19/30 f zum Unrechtszweifel; grundlegend *Warda* Lange-Festschrift S. 119 ff, 126 ff; *ders.* Welzel-Festschrift S. 499 ff, 514 ff; *Warda* stellt bei Handlungszwang auf eine Entschuldigung mangels Vorwerfbarkeit ab. Für Rechtfertigung schon bei Gleichheit (!) der kollidierenden Interessen *Frisch* Vorsatz S. 427 ff, 439; siehe auch *Arzt* Jescheck-Festschrift S. 391 ff, 396 ff. — Wenn der Täter nicht der Rechtfertigung wegen handelt, wird teils eine Haftung angenommen, aber wohl ohne die Möglichkeit einer Notstandsrechtfertigung und einer Entschuldigung nach § 35 StGB ausschließen zu wollen; siehe *Baumann-Weber* AT § 21 II 1 e mit Fn. 84; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 28; ansonsten sollen die Regeln der — wohl unvermeidbaren — Putativrechtfertigung gelten. — Siehe auch BGH VRS 40 S. 104 ff, 107.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

setzungen auf den Vollzug einer zu rechtfertigenden Handlung überhaupt verzichtet werden; wird die Handlung „auf Verdacht" vorgenommen und entpuppt sich nachträglich als materiell richtig, bleibt noch Versuch (oben 11/23). Kann das Gut aber auch durch aggressiven Notstand verteidigt werden, so bleibt Rechtfertigung insoweit möglich; denn ein (objektiv begründeter) Zweifel signalisiert eine Gefahr. Beispiel: Wer eine Not*wehr*lage annimmt, wenn er sieht, wie von einem offensichtlich nicht ordnungsgemäß verwalteten Lagerplatz größere Mengen einer Flüssigkeit in einen Bach laufen, darf auch dann das Grundstück betreten und den Abfluß schließen, wenn sich die Flüssigkeit ex post als für Gewässer harmlos herausstellt; denn die Not*stands*rechtfertigung wird durch die Ex-post-Sicht nicht berührt.

b) Soweit es um Rechtfertigungsmomente geht, für die eine Ex-ante-Sicht gilt, sind Zweifel am Bestand des Risikos bei der Abwägung über das Erforderliche um so mehr zu berücksichtigen, je schwächer die Zuständigkeit des Veranlassers ist. Beispiel: Beim Angriff eines schuldhaft Handelnden muß der Angegriffene kein Effektivitätsrisiko der Abwehr eingehen, um den Angreifer zu schonen (unten 12/31), aber beim schuldlosen Angriff, etwa beim Angriff eines Kinds, dürfen auch die Risiken nicht außer Verhältnis stehen, so daß bei nur geringer Wahrscheinlichkeit nennenswerter Angriffsfolgen weniger an Abwehr erlaubt ist als bei hoher Wahrscheinlichkeit (siehe unten zur Risikoabwägung 13/30).

c) Ob der Täter rettungspflichtig ist (als Garant) oder nicht, zählt gleich. Das Verhältnis zwischen dem Handelnden und dem geschützten Gut ergibt keinen Titel gegen den Inhaber des Guts, in das eingegriffen wird (siehe auch unten zur Pflichtenkollision 15/8).

d) Bezieht sich die Ungewißheit auf die Bedrohung existentieller Güter, bleibt Entschuldigung nach § 35 StGB möglich.

D. Die Rechtfertigung bei Fahrlässigkeitstaten

30 1. Nach den zur Fahrlässigkeit und den zur Rechtfertigung entwickelten Maximen bereitet die Rechtfertigung von Fahrlässigkeitstaten keine Schwierigkeiten. Was die Gestalt der Fahrlässigkeitstat angeht, so ist die in der Literatur mehrfach aufgeworfene Frage, ob eine gerechtfertigte Handlung überhaupt sorgfaltswidrig sein kann[43], nach der hier entwickelten Konzeption eindeutig zu beantworten: Da es keine Sorgfalts*pflichtverletzung* gibt, vielmehr Unsorgfalt allenfalls ein — schlechter — Name dafür ist, daß der Täter ein erkennbar nicht mehr erlaubtes Risiko verwirklicht hat, kann auch der gerechtfertigte Täter, der ja keine Pflicht verletzt, unsorgfältig handeln; denn er kann ein erkennbar nicht mehr generell erlaubtes Risiko schaffen, wenn auch dieses Risiko im speziellen Rechtfertigungskontext tolerabel ist.

Aber auch die subjektiven Voraussetzungen der Rechtfertigung bieten keine besondere Problematik, da eine Rechtfertigungstendenz nicht erforderlich ist und es sogar zum Ausschluß der *Erfolgs*zurechnung nicht einmal einer Kenntnis der Rechtfertigungslage bedarf; ohne Kenntnis bleibt ein nach Versuchsregeln zu behandelnder Deliktsrest (oben 11/23), was für das Fahrlässigkeitsdelikt mangels Versuchsstrafbarkeit Straffreiheit bedeutet[43a].

31 2 a) Das Ergebnis ist für die Fälle unstreitig, in denen der Täter die Rechtfertigungslage kennt, zur Rechtfertigung handelt und den Erfolg hätte vorsätzlich herbeiführen dürfen. Beispiel: Der Täter gibt auf einen Angreifer einen als ungefährlichen Schreckschuß gewollten Schuß ab, obgleich bereits ein gezielter Schuß oder ein riskant naher

43 Siehe *Frisch* Fahrlässigkeitsdelikt S. 116 ff.

43a Dazu *Frisch* Lackner-Festschrift S. 115 ff, 132 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Schreckschuß gerechtfertigt wäre; der Schuß trifft aus Fahrlässigkeit; — Rechtfertigung der fahrlässigen Handlung[44]. — Soweit der Täter die Rechtfertigungslage kennt, aber nicht zum Zweck der Rechtfertigung handelt, wird teils Rechtswidrigkeit bejaht, da zumindest die Abwehr*handlung* mit Rechtfertigungstendenz vorgenommen sein müsse[45]; — dagegen gelten die Ausführungen zur Rechtfertigungstendenz oben 11/20.

32 b) Teils wird beschränkt auf fahrlässige Tätigkeitsdelikte Rechtfertigungstendenz verlangt[46]. Dabei ist insbesondere an Trunkenheitsfahrten nach § 316 StGB gedacht, die nur per Notstand gerechtfertigt sein sollen, wenn der Täter am Ankunftsort auch helfen will. Das Ergebnis hat freilich mit der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit nichts zu tun; auch ein vorsätzliches Tätigkeitsdelikt ist nur per Notstand gerechtfertigt, wenn es effektiv ist oder zumindest ex ante zur Schadensverhütung hilft. — Besonderheiten der Rechtfertigung bei Fahrlässigkeit sollen sich schließlich daraus ergeben, daß das Unrecht einer fahrlässigen Handlung schwächer und deshalb eher zu rechtfertigen sein soll als dasjenige einer vorsätzlichen[47]. Diese Lösung führt nicht nur für Fälle von Leichtfertigkeit in vorwerfbarer Tatsachenblindheit zu dem wenig befriedigenden Ergebnis, daß der Gleichgültige prämiiert wird, sondern verkürzt überhaupt den Blick auf die Lage beim Eingreifenden; das Eingriffsopfer bedarf vor vorsätzlichen wie vor fahrlässigen Eingriffen desselben Schutzes; denn es steht nicht besser da, wenn sich der Eingreifende nicht vergegenwärtigt, was geschieht.

33 3 a) Im Ergebnis gibt es keine Besonderheit der Rechtfertigung bei Fahrlässigkeit. Beispiele[48]: (Zum Notstand) Ob ein Arzt bei einem dringenden Krankenbesuch mit seinem Automobil die zulässige Höchstgeschwindigkeit vorsätzlich oder fahrlässig mäßig überschreitet[49] oder vorsätzlich oder fahrlässig in mäßiger Trunkenheit fährt, zählt für die Rechtfertigung gleich. — (Zur Notwehr) Wenn ein Kutscher einer Nötigung entkommen will, indem er mit der Peitsche die Pferde antreibt und dabei versehentlich den Nötigenden trifft, ist es für die Rechtfertigung gleichgültig, ob er dieses Risiko in Vorsatz begründender Weise erkannt hat oder nur hätte erkennen können[50].

Zur Einwilligung in riskantes Handeln siehe oben zur tatbestandsausschließenden Einwilligung 7/28 und unten zur rechtfertigenden Einwilligung 14/12.

34 b) Eine sich im Rahmen des Erforderlichen haltende fahrlässige Handlung, die in einer objektiven Rechtfertigungslage, die nicht einmal bekannt ist, vollzogen wird, dürfte praktisch selten vorkommen. Konstruiertes Beispiel: Ein Autofahrer wird bei einem Halt von einer Person belästigt, die mitgenommen werden will; er fährt verärgert unvorsichtig an und verletzt diese Person, die — vom Autofahrer unerkannt — schon angesetzt hatte, ihn mit einer Waffe zu bedrohen.

35 c) Im Rahmen der Rechtfertigung von Fahrlässigkeitstaten ist einzig die folgende und wenig beachtete Fallgestaltung heikel: Bei einem Angriff auf ein disponibles Gut will der Inhaber des Guts auf Abwehr verzichten, bringt dann aber fahrlässig dem Angreifer eine Verletzung bei, die an sich erforderlicher Abwehr entspricht. Beispiel: In

---

44 *A. A.* OLG Frankfurt NJW 1950 S. 119 f; wie hier BGH 25 S. 229 ff, 231 f; OLG Hamm NJW 1962 S. 1169 f; BayObLG JZ 1988 S. 725; RG JW 1925 S. 962 f; *Schmitt* JuS 1963 S. 64 ff, 66; *Schaffstein* Welzel-Festschrift S. 557 ff, 576; ganz überwiegende Ansicht; — eingehende Darstellung der Positionen bei *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 150 ff.

45 *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 255; *Niese* Finalität S. 47 Fn. 72.

46 OLG Hamm VRS 20 S. 232 ff; *Jescheck* AT § 56 I 2; dort auch zur Besonderheit bei Rechtfertigungsgründen, bei denen eine „gewissenhafte Prüfung" notwendig sein soll.

47 *Stratenwerth* AT Rdn. 1115; *Schaffstein* Welzel-Festschrift S. 557 ff, 576 f.

48 Eingehende Rechtsprechungsnachweise bei *Schmitt* JuS 1963 S. 64 ff.

49 OLG Düsseldorf VRS 30 S. 445 f; OLG Schleswig VRS 30 S. 462.

50 Siehe OLG Dresden JW 1929 S. 2760; OLG Karlsruhe NJW 1986 S. 1358 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

einer Situation, in der ein gezieltes Schießen erlaubt wäre, will der Angegriffene sich mit einem — als nutzlos erkannten und deshalb nicht erforderlichen — Schreckschuß begnügen, trifft aber dabei den Angreifer aus Fahrlässigkeit. Wenn es schlechthin im Belieben des Angegriffenen steht, durch einen bloßen Sinneswandel eine Rechtfertigungslage (wieder) herbeizuführen, so bleibt dessen Fehlen ein nur-innerer Vorgang, der eine Tat nicht zur rechtswidrigen Tat umbewerten kann. — Anders dürfte für den Nothelfer zu entscheiden sein, dem der Verzicht auf Abwehr erklärt wurde.

E. Der Subsumtionsirrtum bei Merkmalen des Rechtfertigungstatbestands und der Bestandsirrtum (der indirekte Verbotsirrtum)

36 1. Wenig umstritten ist die Behandlung eines Irrtums des Täters dahin, ihm stehe ein Rechtfertigungsgrund zur Seite, den das Recht überhaupt nicht (Bestandsirrtum) oder nur mit engeren Grenzen anerkennt (Grenzirrtum als Subsumtionsirrtum bezüglich eines Merkmals des Rechtfertigungstatbestands). Der Täter meint, sein Verhalten sei erlaubt, weil er — bei Kenntnis des Verbots an sich — irrig glaubt, eine Lage, die nach richtiger Wertung das Verbot unberührt läßt, hebe das Verbot auf: indirekter (weil durch eine Überdehnung der Erlaubnistatbestände bewirkter) Verbotsirrtum. Beispiel[51]: Der Täter meint, den auf frischer Tat Ertappten dürfe man zur Verhinderung der Flucht auch zusammenschlagen, notfalls sogar töten; — ob das noch ein Grenzirrtum zu § 127 Abs. 1 StPO ist oder schon Bestandsirrtum bezüglich eines anderen Rechtfertigungsgrunds, ist eine bloße façon de parler[52]; jedenfalls liegt kein Tatbestandsirrtum vor, sondern ein nach § 17 StGB zu behandelnder Verbotsirrtum[53].

37 2 a) Die Einhelligkeit mit der diese Zuordnung des Irrtums vertreten wird, steht freilich im Gegensatz zu den subtilen dogmatischen Differenzierungen, die beim Gegenstück, scil. zur irrigen Annahme eines Rechtfertigungstatbestands, vorgebracht werden (dazu unten 11/44 ff). Bei genauer Betrachtung zeigt sich auch, daß es beim indirekten Verbotsirrtum um einen — nach den Regeln des § 17 StGB im Ergebnis angemessen zu behandelnden — Irrtum eigener Art geht: Der Irrtum des Täters betrifft — anders als beim direkten Verbotsirrtum — das spezielle Verbot nur in dem Sinn zufällig, daß im tatsächlichen Zusammenhang der vermeintlichen Rechtfertigung gerade ein Handeln erforderlich ist, das die spezielle Norm übertritt. Beispiel: Ob der über die Notwehrgrenzen Irrende eine Körperverletzung, eine Nötigung, eine Freiheitsberaubung, eine Sachbeschädigung o. ä. *jeweils im indirekten Verbotsirrtum* begeht, hängt von den Zufälligkeiten der vermeintlichen Abwehrlage ab. Als Irrtum über das gerade zufällig einschlägige Verbot ist deshalb der Irrtum des Täters nur unvollkommen bezeichnet. Der Täter irrt vielmehr über eine Regel, nach der im Kollisionsfall *alle* Verbote oder doch ganze *Gruppen* von Verboten suspendiert werden. *Der Täter irrt also über die Begrenzung von mehr Normen, als im Einzelfall zum Spruch stehen, und irrt über die zum Spruch stehenden Normen nur in Grenzen.* Der Täter schätzt nicht falsch ein, was im Normalfall von ihm erwartet wird, sondern im Ausnahmefall oder was der Ausnahmefall ist. Deshalb kann der Randbereich des Ausnahmefalls, also der verzeihliche Bereich des Irrtums, Normen betreffen, die zum Kernbereich des Strafrechts gehören und gegen die deshalb im direkten Verbotsirrtum praktisch nicht verstoßen werden kann. Beispiel: Ein direkter Irrtum über das Körperverletzungsverbot ist

---

51 Siehe ferner BGH 2 S. 194 ff, 197; 3 S. 105 ff; 3 S. 358 ff, 363 ff; 12 S. 379 ff, 383; 22 S. 224 ff, 225 f; OLG Koblenz NJW 1988 S. 2316 f mit kritischer Besprechung *Mitsch* JuS 1989 S. 964 ff; siehe auch BGH 20 S. 343 ff, 372.

52 *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 10.

53 Soweit nicht der Vorsatztheorie gefolgt wird, einhellige Ansicht; statt aller *Jescheck* AT § 41 III 1; *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 9 mit Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

praktisch bei jedermann ausgeschlossen, aber indirekte Irrtümer über das Körperverletzungsverbot finden sich selbst in strafrechtlichen Lehrbüchern bei der Darstellung der Grenzen der Rechtfertigungsgründe. — § 17 StGB ist elastisch genug, um auch den Besonderheiten des indirekten Verbotsirrtums gerecht werden zu können[54].

b) Die Vorstellung des Täters, wegen überirdischer Konstellationen sei es angebracht, mit irdischen (!) Fremdverletzungen zu reagieren, ist kein indirekter Verbotsirrtum, da das Recht Reaktionen auf Überirdisches nicht regelt (unten 19/25). Das Recht kann die (wahnhafte oder nicht wahnhafte) Vorstellung allenfalls im Rahmen der *Gewissenhaftigkeit* des Verhaltens oder als Bewußtseinsstörung (§§ 20, 21 StGB) berücksichtigen[54a]. Beispiel: Wer meint, zur Abwehr des Weltuntergangs müsse einem überirdischen Wesen ein Menschenopfer gebracht werden, wird in der Regel auch wissen, daß die das Recht maßgeblich verwaltenden Instanzen anderer Ansicht sind und daß deren Ansicht nicht gültig widerlegt werden kann; also hat er Unrechtskenntnis. Meint er freilich, das geltende Recht erfasse auch überirdische Vorgänge, so hat er nicht verstanden, was überhaupt Recht ist (dazu unten 19/7).

3. Gesellt sich zu dem Irrtum über den Bestand oder die Grenzen eines Rechtferti- **38**
gungsgrunds noch ein Irrtum über das Vorliegen des Tatbestands dieses angenommenen Rechtfertigungsgrunds, so bleibt es beim Verbotsirrtum. Was, so es vorliegt, nicht rechtfertigt, hebt erst recht das Verbot nicht auf, wenn es irrig vermutet wird[55], so wie in der Umkehrung das Wahndelikt sich nicht zum strafbaren Versuch wandelt, wenn der Erfolg des wahnhaft Deliktischen ausbleibt. Beispiel: Wenn ein Erzieher in einem Kinderheim in der irrigen Meinung, so handeln zu sollen, ein Kind verprügelt, das nach seiner Ansicht das Bett eingenäßt hat, so verhält er sich gleichermaßen tatbestandsmäßig und rechtswidrig, ob nun das Kind wirklich oder nur vermeintlich Bettnässer ist. — Zum Zusammentreffen mit einem Irrtum über Entschuldigungsvoraussetzungen siehe unten 17/77.

F. Die Besonderheiten bei den normativen Merkmalen des Rechtfertigungstatbestands

Soweit die Merkmale des Rechtfertigungstatbestands *normative Merkmale* sind (ein- **39**
gehend dazu zum Vorsatz oben 8/48 ff und zum Versuch unten 25/38 ff, dort auch zum Umkehrprinzip), ergibt sich durch Anwendung der zum Vorsatz entwickelten Regel, daß eine zu strenge Parallelbeurteilung und das Fehlen einer Parallelbeurteilung nie belasten[56]:

---

54 Zum Problem der minimalen Vermeidbarkeit bei einem trotz Anwendung von § 49 Abs. 1 StGB erhöhten Mindeststrafrahmen siehe unten zum Verbotsirrtum 19/50.

54a *Schumann* NStZ 1990 S. 32 ff, 34 f; *Herzberg* Jura 1990 S. 16 ff, 18; *a. A.* BGH 35 S. 347 ff 350; differenzierend *Küper* JZ 1989 S. 621 ff.

55 BGH 3 S. 105 ff, 106 f; *Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 228 f; *Schönke-Schröder-Cramer* § 17 Rdn. 11. — Die Erklärung der Rechtsfolge gelingt am ehesten glatt in der Terminologie der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen: So wie die Fahrlässigkeit, die *stets* einen Verbotsirrtum im Gefolge hat (wer nicht weiß, was er bewirkt, weiß auch nicht aktuell, daß sein Verhalten des Bewirkens wegen verboten ist), trotz dieses Verbotsirrtums nicht nach § 17 StGB zu behandeln ist, so ist die irrige Annahme der Voraussetzungen eines vermeintlichen Rechtfertigungsgrunds trotz der Annahme, ein „negativer Tatbestand" liege vor, nicht nach § 16 StGB zu behandeln.

56 Die Lösungen sind — wie schon zu den normativen Merkmalen des Unrechtstatbestands — in verwirrendem Maß streitig. Speziell zum Rechtfertigungstatbestand siehe *Engisch* ZStW 70 S. 566 ff, 584 ff; *Rudolphi* Schröder-Gedächtnisschrift S. 73 ff, 94 f; *Dreher* Heinitz-Festschrift S. 207 ff, 209 f; *Jescheck* AT § 41 III 2 b a. E.; *Schönke-Schröder-Cramer* § 16 Rdn. 20; *Schaffstein* OLG Celle-Festschrift S. 175 ff, 187 ff. Üblicherweise wird die Möglichkeit der irrigen Annahme einer Rechtfertigungslage auf Grund eines ungeeigneten Substrats bejaht, so wie in der Um-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

1. So wie der Täter, der aus einem ungeeigneten Substrat auf einen *Unrechts*tatumstand schließt, keinen Vorsatz hat, sondern wahndeliktisch handelt, so hat der Täter, der auf Grund eines ungeeigneten Substrats einen *Rechtfertigungs*tatumstand annimmt (zu weite parallele Beurteilung), nicht das Bewußtsein einer Rechtfertigungslage, vielmehr handelt er im indirekten Verbotsirrtum. Beispiel[56a]: Wer meint, er wahre ein überwiegendes Interesse, wenn er zur Rettung vieler Menschen einen für den Konflikt nicht zuständigen Menschen töte, handelt im Verbotsirrtum. Enthält das Substrat freilich seinerseits eine falsche parallele Beurteilung, so kann diese falsche Beurteilung Basis der Annahme einer Rechtfertigungslage sein. Beispiel: Wer den Benutzer eines Wegs verjagt (§ 240 StGB), weil er meint, die Benutzung eines privateigenen, aber öffentlich gewidmeten Wegs sei nur den Anliegern erlaubt, hat schon die öffentliche Widmung mißverstanden, und es läge eine rechtswidrige Beeinträchtigung der Eigentümerrechte vor, wenn sein Verständnis zutreffend wäre.

40 2. Wenn der Täter das Substrat einer Rechtfertigungslage kennt, aber den Schluß auf das Vorliegen des Tatbestands nicht zieht, belastet ihn das nicht, d. h. er handelt dann nicht in einer analog dem Versuch zu behandelnden Unkenntnis der Rechtfertigungslage, sondern begeht ein Wahndelikt; denn die real bestehende Ordnung will er nicht angreifen[57] (Fehlen einer parallelen Beurteilung oder zu strenge parallele Beurteilung). Beispiel: Der Täter wird von einem Polizisten grundlos festgenommen und wehrt sich, meint aber, Meinungsverschiedenheiten mit der „Obrigkeit" dürften im Rechtsstaat nur auf dem Rechtsweg vor den Verwaltungsgerichten ausgetragen werden. — Diese Lösung gilt auch, wenn schon das Substrat durch falsche parallele Beurteilung zustande kommt; denn der Täter stellt sich auch dann die Ordnung für sich belastender vor (zu strenge parallele Beurteilung), als sie es ist. Beispiel: Der Alleinerbe, der meint, erst mit gerichtlicher Zuweisung Eigentümer einer Sache zu werden, trotzdem aber den rechtsgrundlosen Besitzer an der Benutzung hindert, könnte aus den bekannten Um-

---

kehrung zum Unrechtstatbestand — entgegen der hier zum Vorsatz vertretenen Ansicht (oben 8/59) — die Möglichkeit einer *belastenden* Parallelbeurteilung auf Grund eines ungeeigneten Substrats anerkannt wird; dadurch werden die Grenzen zwischen einem Erlaubnistatbestandsirrtum und einem Grenzirrtum (Subsumtionsirrtum, oben 8/50) verwischt; insoweit zustimmend *Schönke-Schröder-Cramer* § 16 Rdn. 21. — Die Rechtsprechung argumentiert teils mit der überholten Differenzierung von Tatirrtum und Rechtsirrtum; siehe BGH 3 S. 105 ff, 106; 3 S. 272 ff, 274; 3 S. 358 ff, 364 f; anders aber Bay-ObLG NJW 1965 S. 1924 ff, 1926 (zum rechtswidrigen Angriff bei der Notwehr, im Ergebnis zutreffend: Ein Schluß aus ungeeignetem Substrat auf das Vorliegen eines rechtswidrigen Angriffs ergibt keine vorgestellte Rechtfertigungslage; konkret: Nach einer willkürlichen Ad-hoc-„Entwidmung" eines Wegs ist dessen Benutzung nicht rechtswidrig).

56a BGH NStZ 1989 S. 176 ff.

57 *A. A.* (Versuch) *Nowakowski* ZStW 65 S. 379 ff, 395 f; siehe ferner *Schlüchter* JuS 1985 S. 617 ff, 619 f zu folgendem Fall: Ein Dieb verhindert den längere Zeit nach der Tat erfolgenden Versuch des Eigentümers, die Beute gewaltsam zurückzuerlangen, und hält dabei sein eigenes Vorgehen für unerlaubt. — (1) Kann der Zugriff des Eigentümers noch als Selbsthilfe interpretiert werden, so ist die Verhinderung rechtswidrig (der Dieb irrt nicht). — (2) Wird aber vom Eigentümer der Selbsthilferahmen überschritten, so darf der Dieb den Überschuß (!) abwehren; dabei ist gleichgültig, ob er sein Recht kennt (kein Irrtum) oder nicht (Irrtum zu eigenen Lasten über die Strenge des Rechts: Wahndelikt). Daß das Vorgehen des Eigentümers immerhin erlaubter Selbsthilfe ähnlich war und die Vorstellung des Diebs jedenfalls insoweit zutraf, als sie die Pflicht zur Duldung erlaubter Selbsthilfe umfaßte, bringt — entgegen *Schlüchter* („kein beachtlicher Mangel") — keine Haftung: Wie der Tatbestandsvorsatz sich auf einen in der Rechtsordnung gegebenen Tatbestand beziehen muß (jedes, auch knappes Verfehlen führt zum Wahndelikt und ist deshalb „beachtlich"), so kann die Unkenntnis von Rechtfertigungslagen auch nur Merkmale betreffen, die von der Rechtsordnung als Merkmale einer Rechtfertigungslage anerkannt werden. *Schlüchter* zieht aus der richtigen Erkenntnis, daß sich das Recht bei normativen Merkmalen oft mit randunscharfer Kenntnis begnügen muß, die falsche Konsequenz, das Recht gelte auch noch knapp jenseits seiner Ränder. Siehe auch oben 8/Fn. 109.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

ständen auf die Substrate einer Rechtfertigungslage schließen, scil. auf Eigentum und rechtswidrigen Angriff; das Fehlen dieses Schlusses belastet nicht.

41 3. Nach diesen Regeln richtet sich auch die Behandlung der Rechtswidrigkeit der Zueignung oder Bereicherung bei den Eigentums- und Vermögensdelikten. Die Rechtswidrigkeit ist kein (negatives) Tatbestandsmerkmal; denn sie begründet kein Unrecht, ist vielmehr nur Wiederholung des mit dem Eigentums- oder Vermögenseingriff schon gegebenen Unrechts. Der Eingriff kann aber im *Kontext* (also Rechtfertigung, siehe oben 6/51) einer bestimmten Anspruchslage tolerabel werden.

a) Wer seinen fälligen, konkretisierten, unbeschränkten Anspruch nicht kennt, weil er irrig meint, es sei noch eine behördliche Genehmigung des Geschäfts notwendig, zieht seine Pflichten weiter, als sie nach der Rechtsordnung sind: Wahndelikt.

b) Eine entsprechend dem Versuch zu behandelnde Lage liegt aber vor, wenn der Täter vom Fehlen eines Anspruchs ausgeht, weil ihm der Abschluß des anspruchsbegründenden Rechtsgeschäfts unbekannt geblieben ist.

c) Nimmt der Täter einen objektiv anspruchsbegründenden Vorgang an, so handelt er in irriger Annahme des Vorliegens eines Rechtfertigungstatbestands.

d) Meint der Täter, Gläubiger einer Gattungsschuld, sein Anspruch sei konkretisiert auf die nächste erreichbare Sache, oder hält jemand ein mündliches Schenkungsversprechen für wirksam, so befindet er sich im Verbotsirrtum[58].

41a 4. Ist eine Rechtfertigung davon abhängig, daß dem Eingriffsopfer die Entstehung der Rechtfertigungslage zugerechnet werden kann (oben 11/9 ff, 11) oder daß der Eingreifende die Eingriffsvoraussetzungen in einem angemessenen Verfahren festgestellt hat (oben 11/12 a. E.), so wird das Eingriffsopfer nur dann Adressat der Duldung verlangenden Norm, wenn die genannten Voraussetzungen wirklich vorliegen. Nimmt das Opfer irrig an, ihm sei eine Rechtfertigungslage zuzurechnen oder deren angemessene Feststellung habe stattgefunden, und wehrt es sich gegen den (nur aus seiner Sicht zulässigen) Eingriff im Rahmen des Erforderlichen (und — bei unvermeidbarem Irrtum des Eingreifenden — des Proportionalen), so sind nicht die Regeln des Versuchs anzuwenden (oben 11/23), sondern es liegt ein Wahndelikt vor. Beispiele: Schlägt ein Förster den Hund eines Spaziergängers und der Spaziergänger meint, dies geschehe in Abwehr einer Gefahr gemäß § 228 BGB, während eine Gefahr fehlt (der Förster vielmehr aus Verärgerung handelt), so liegt ein Wahndelikt vor, wenn der Spaziergänger seinen Hund im Rahmen des Erforderlichen durch Körperverletzung am Förster verteidigt. — Nimmt ein Privatmann aus Übermut eine vorläufige Festnahme entsprechend § 127 Abs. 2 (!) StPO vor, gegen die der Festgenommene sich durch Körperverletzung wehrt, obgleich er den Privatmann irrig für einen Beamten des Polizeidienstes hält, so begeht der Festgenommene — Erforderlichkeit der Abwehr unterstellt — ein Wahndelikt. — Ebenso ist zu entscheiden, wenn ein Beamter des Polizeidienstes willkürlich eine Person festhält, um sie als Zeuge zu vernehmen, wobei sich diese Person im Rahmen des Erforderlichen wehrt, obgleich sie meint, der Beamte dürfe Zeugen festhalten oder sie werde als zutreffend Verdächtigter zur Feststellung der Identität festgehalten (siehe § 163 b Abs. 1 StPO).

---

58 Anders (Tatbestandsirrtum) für diese praktisch wichtigen Fälle die Rechtsprechung; BGH 17 S. 88 ff; ständige Rechtsprechung, zuletzt BGH StV 1988 S. 526 f und die überwiegende Ansicht. — Für eine Bindung der Rechtfertigung an die Selbsthilfevoraussetzungen *Hirsch* JZ 1963 S. 149 ff mit umfassenden Nachweisen; *Welzel* Strafrecht § 47 3.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

G. Die irrige Annahme der Verwirklichung eines Rechtfertigungstatbestands

42 1. Es geht bei dieser Irrtumsvariante darum, daß der Täter irrig annimmt, der Tatbestand eines — nicht nur vermeintlich zur Rechtsordnung gehörenden — Rechtfertigungsgrunds sei gegeben, während es in Wahrheit daran fehlt. Ein Schulbeispiel gibt der Spaziergänger im abendlichen Park ab, der sich von einer hastig heranstürmenden Person angegriffen glaubt und diese deshalb wegstößt (§ 240 StGB), während die Person nur dringend den Weg zum Bahnhof wissen will.

Der Täter nimmt nur dann irrig an, er verwirkliche einen Rechtfertigungstatbestand, wenn er die Zusammenhänge des erfahrbaren, irdischen Daseins falsch einschätzt. Die Abwehr überirdisch vermittelter Angriffe oder Gefahrenlagen wird von den Rechtfertigungsgründen nicht erfaßt (nimmt der Täter Gegenteiliges an, irrt er auch nicht über den Bestand eines Rechtfertigungsgrunds, kein indirekter Verbotsirrtum, oben 11/37). Das Fehlen eines Rechtfertigungstatbestands für überirdische Geschehnisse ist das Gegenstück des Fehlens eines Versuchstatbestands dafür (unten 25/22). Beispiel: Um die Kinder des Nachbarn für den erwarteten Teufel unattraktiv werden zu lassen, beschmiert sie der Täter mit unlösbarer Farbe; — kein Irrtum über die Voraussetzung des rechtfertigenden Notstands oder der mutmaßlichen Einwilligung.

Im E 1962 war vorgesehen, die irrige Annahme der Verwirklichung eines Rechtfertigungstatbestands ausdrücklich zu regeln; und zwar sollte der so irrende Täter nicht wegen vorsätzlicher Tat bestraft werden und bei Vermeidbarkeit des Irrtums wegen fahrlässiger Tat auch nur dann, wenn Fahrlässigkeit sowieso mit Strafe bedroht ist (§ 20 E 1962). Das sollte aber nicht für rechtfertigenden Notstand gelten; dort sollte vielmehr jeder vermeidbare Irrtum aus dem zwingend gemilderten Rahmen für Vorsatztaten strafbar sein. Diese Sonderregelung erfolgte, weil der Notstand häufig Güter betrifft, deren fahrlässige Verletzung nicht strafbar ist (§ 218 StGB a. F.!), und um die Verletzung der Prüfungspflicht erfassen zu können[59] (dagegen oben 11/24 ff). Die genannten Entwurfsbestimmungen enthielten eine Positivierung der seinerzeitigen Praxis. — Der Gesetzgeber hat vornehmlich wegen der kontroversen Aufnahme, die diese Entwurfsregelung in der Literatur gefunden hat[60], auf eine Positivierung dieses Irrtums verzichtet.

43 2. Zur Behandlung der irrigen Annahme der Verwirklichung eines Rechtfertigungstatbestands werden allein zur Schuldtheorie — ohne Zählung von Varianten für einzelne Rechtfertigungsgründe wie etwa Wahrnehmung berechtigter Interessen und für systematische Implikationen wie etwa Teilnahme — gegenwärtig sechs unterschiedliche Lösungswege mit drei unterschiedlichen Ergebnissen vorgeschlagen[61].

44 a) Nach der *Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen* schließt die Annahme einer Rechtfertigungslage den Vorsatz aus und beläßt allenfalls Fahrlässigkeit (je nach Fassung der Lehre muß sogar schon das Fehlen der Kenntnis vom Fehlen der Rechtfertigung Vorsatz ausschließen). Dagegen spricht nicht unbedingt das Ergebnis, aber seine Herleitung; siehe dazu die Kritik zur Tatbestandslehre oben 6/54 ff.

---

59 Begründung E 1962, BT-Drucksache IV 650 S. 160.

60 Siehe hauptsächlich die Beiträge von *Arthur Kaufmann* ZStW 76 S. 543 ff; *Roxin* ZStW 76 S. 582 ff; *Welzel* ZStW 76 S. 619 ff; — dazu *Dreher* Heinitz-Festschrift S. 207 ff.

61 Gegen die Relevanz dieses Irrtums überhaupt noch *v. Liszt* Strafrecht 21/22 § 41 II 2; siehe dazu *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 40 I 2 a mit Fn. 4. — Zur älteren Literatur siehe *Welzel* ZStW 67 S. 196 ff; *ders.* Strafrecht § 22 III Eingang; eingehend *Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 33—132.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

b aa) Die Gegenposition bezieht die *strenge Schuldtheorie* (Schuldtheorie heißt: **45** Kenntnis und Erkennbarkeit des Unrechts sind kein Teil von Vorsatz und Fahrlässigkeit, sondern der Schuld; strenge Schuldtheorie heißt: Vorsatz und Fahrlässigkeit werden auf den Unrechtstatbestand beschränkt, die subjektive Beziehung zum Rechtfertigungstatbestand ist Schuldproblem)[62]. Danach bildet die irrige Annahme der Verwirklichung eines Rechtfertigungstatbestands nur einen Unterfall des Verbotsirrtums. Begründet wird das teils ex negativo: Die irrige Annahme von Rechtfertigungsvoraussetzungen sei kein Tatbestandsirrtum, also müsse sie Verbotsirrtum sein[63]. Hinzu kommt freilich eine materiale Argumentation: Die Kenntnis der Verwirklichung des Unrechtstatbestands (also der Unrechtstatbestandsvorsatz) soll sich dadurch von der Fahrlässigkeit unterscheiden, daß sie dem Täter Impulse vermitteln soll, die Annahme des rechtfertigenden Sachverhalts nachzuprüfen (Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes), und zwar soll das für den Täter, der das Verbot an sich kennt, gegenüber dem Täter im direkten Verbotsirrtum erst recht gelten[64]. Weiterhin sollen nur so die Lücken vermieden werden können, die sich mangels umfassender Strafbarkeit fahrlässigen Verhaltens bei der Fahrlässigkeitslösung nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen ergeben. Als Konsequenz wird nach dieser Theorie bei einem vermeidbaren Irrtum der Strafrahmen für Vorsatztaten angewendet, wobei sich die Milderungsmöglichkeit nach den §§ 17 Satz 2 i. V. m. 49 Abs. 1 StGB richtet. Teils wird für die hier zu behandelnde Irrtumsart über die genannten Vorschriften hinaus eine zwingende Milderung postuliert. — Wie man zur strengen Schuldtheorie auch stehen mag, jedenfalls reicht die Milderungsmöglichkeit nach § 49 Abs. 1 StGB nicht aus, da auch nach Anwendung dieser Vorschrift erhöhte Mindeststrafen bleiben können, was sich mit dem stufenlos sinkenden Vermeidbarkeitsmaß des Irrtums nicht verträgt[65].

bb) Gegen die Zugehörigkeit des Irrtums zum Verbotsirrtum nach der strengen **46** Schuldtheorie wird eingewendet, der Täter sei „an sich rechtstreu"; damit ist gemeint, daß ein Verhalten, wie der Täter es sich aktuell vorstellt, rechtlich zutreffend als rechtmäßig zu werten ist[66]. Dem Argument der strengen Schuldtheorie wie dem ge-

62 Vorweg entwickelt und vertreten von *Welzel* ZStW 67 S. 196 ff; *ders.* ZStW 76 S. 619 ff; *ders.* SJZ 1948 Sp. 368 ff; *ders.* NJW 1952 S. 564 ff; *ders.* JZ 1952 S. 596 ff; *ders.* JZ 1955 S. 142 ff; *ders.* Strafrecht § 22 III 1 f; — *Maurach* AT[4] § 37 I D und § 38 II B 2; *Maurach-Gössel* AT II § 42 Rdn. 36 und § 44 Rdn. 60 f (bei der Behandlung von Fahrlässigkeit); *Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, passim; *LK-Hirsch* § 34 Rdn. 89 ff; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 47 ff, 52 ff; *Armin Kaufmann* JZ 1955 S. 37 ff; *Paeffgen* Verrat S. 93 ff und passim (dazu *Jakobs* ZStW 93 S. 901 ff); *ders.* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 399 ff; *Bockelmann* NJW 1950 S. 830 ff; *Bockelmann-Volk* AT § 16 II 4 b cc; siehe auch *Sax* JZ 1976 S. 429 ff, 430 Fn. 5. — Weitere Angaben bei *Paeffgen* aaO S. 93 Fn. 181; *Hirsch* aaO. — Nach *Grünwald* Noll-Gedächtnisschrift S. 183 ff, 191, 196 sollen die Unterschiede innerhalb der eingeschränkten Schuldtheorie (unten 11/49 ff; teils wird auch die 11/44 dargestellte Lösung dazugerechnet) nur terminologisch sein; freilich folgen die unterschiedlichen Terminologien aus unterschiedlichen Begründungsgängen; die Koinzidenz der Ergebnisse ist deshalb zufällig.

63 *Welzel* Strafrecht § 22 III 1 f; *ders.* Niederschriften Bd. II S. 31 ff; *Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 200. — Dagegen ist eingewendet worden (*Dreher* Heinitz-Festschrift S. 207 ff, 213 u. a. m.), es gebe eine irrige Annahme von Rechtfertigungsvoraussetzungen in Verbotskenntnis; Beispiel soll sein: Jemand wehrt sich gegen eine vermeintliche Attacke eines Geisteskranken in dem bei Angriffen Geisteskranker eröffneten Rahmen, meint aber, gegenüber solchen Personen dürfe man sich überhaupt nicht wehren. — Aber so wie das Unrechtsbewußtsein teilbar ist, ist auch das Rechtfertigungsbewußtsein teilbar: Es liegen also die irrige Annahme eines Rechtfertigungsgrunds und ein Wahndelikt gemeinsam vor (so schon *Welzel* Niederschriften Bd. II S. 34; eingehend *Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 226 ff mit Nachweisen).

64 *Welzel* aaO; *Hirsch* aaO S. 314 ff.

65 Siehe *Paeffgen* Verrat S. 175 f.

66 Es geht dabei um die Vorstellung von dem *Gegenstand*, den Normen regeln, nicht um die Vorstellung von den tatsächlichen Voraussetzungen des *Bestands* der Normen; Beispiel: Wer bei flüchtiger Lektüre des Bundesgesetzblatts von der Auf-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

nannten Gegenargument liegt derselbe Fehlschluß zugrunde: Weder der Schluß von der Unrechtstatbestandskenntnis auf einen Verbotsirrtum noch derjenige von der Rechtstreue-an-Sich auf einen Tatbestandsirrtum berücksichtigen, daß die Irrtumslage weder mit einem Tatbestandsirrtum noch mit einem Verbotsirrtum identisch sein könnte (und auch nicht ist). Ein an sich rechtstreues Verhalten in Unrechtstatbestandskenntnis kann es nicht geben, wenn ein Irrtum stets nur entweder den Unrechtstatbestand oder das Verbot betrifft. Das Zusammentreffen von Unrechtstatbestandskenntnis und Rechtstreue-an-Sich spricht also dafür, daß es sich um einen Irrtum eigener Art handelt[66a].

47 cc) Unabhängig davon wird die Appellfunktion der Kenntnis des Unrechtstatbestands in doppelter Weise bestritten: Zum einen soll die Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts die Wirkung haben „die Impulse zur Prüfung der Rechtfertigung lahmzulegen"[67], zum anderen soll die Appellfunktion überhaupt nur im Kernstrafrecht und dort nur in dem Maß bestehen, wie der Tatbestand latent Träger des materiellen Unrechts ist, also bei abstrakten Gefährdungsdelikten nur abgeschwächt oder nicht mehr[68]. Gegen das erste Argument läßt sich vorbringen, daß Impulse nur im Maß der Unvermeidbarkeit der Annahme einer Rechtfertigungslage zwingend lahmgelegt sind; ansonsten bleiben sie wirkmächtig. Allerdings bleibt das zweite Argument, wonach ein Appell nur zu erwarten ist, wenn und soweit die Tatbestandsverwirklichung ohne Blick auf das Verbot ein enttäuschendes Verhalten ist. Besteht der Sinn einer Regelung darin, *daß* etwas geregelt ist, egal wie (alle können im Straßenverkehr je rechts fahren oder je links), so degeneriert der Tatbestand zu einem bloßen Vehikel der Rechtstechnik. Das freilich sind Randfälle (genauer unten zum Verbotsirrtum 19/19 ff). — Der entscheidende Einwand gegen die Bedeutung der Appellfunktion liegt darin, daß es auch eine Appellfunktion *ohne Tatbestandsvorsatz* gibt, die Funktion also keine Auszeichnung des Tatbestandsvorsatzes sein kann. Abgesehen davon, daß von überhaupt jeder Lage, in der Unrecht erkennbar ist, der Impuls ausgehen sollte, das Unrecht zu vermeiden, hat jede Kenntnis eine erhöhte Appellfunktion, die dem Täter das Irreguläre und das in Richtung auf ein Gut Gefährliche seines Verhaltens offenbart. Eine solche Kenntnis liegt bei jedem bewußt unerlaubt riskanten Verhalten vor. Beispiel: Ein Arzt, der bewußt betrunken operiert, ohne die Folgen zu bedenken (Fahrlässigkeit), hat eher Anlaß, über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens nachzudenken, als ein Arzt, der in der irrigen Annahme einer rechtfertigenden Einwilligung eine Routineoperation vornimmt, für die ein Patient eine Einwilligung üblicherweise erteilt (Vorsatz). Die Appellfunktion ist also keine Besonderheit des Vorsatzes gegenüber der Fahrlässigkeit, so daß die Behandlung der vermeidbar irrigen Annahme einer Rechtfertigungslage als Fahrlässigkeit nicht ihretwegen unangemessen sein kann.

48 dd) Das weiterhin häufig vorgebrachte Gegenargument, bei irriger Annahme einer Rechtfertigungsvoraussetzung sei die Behandlung des Verhaltens als *Vorsatz*tat unan-

---

hebung der „§§ 284 f" liest, dies auf das StGB bezieht und sich entsprechend verhält, handelt im Verbotsirrtum, wenn es bei der Aufhebung nicht um das StGB geht.

66a *Kuhlen* Unterscheidung S. 303 Fn. 168 verstümmelt die hiesige Argumentation: Neben das von *Kuhlen* herangezogene Argument, der Rechtstreue dürfe nicht mit Vorsatzstrafe belegt werden, tritt das von *Kuhlen* vernachlässigte, Unrechtstatbestandskenntnis sei Vorsatz, ein Irrtum, der diese Kenntnis unberührt lasse, könne also nicht den Vorsatz ausschließen. Gerade die Möglichkeit des Widerspruchs der Argumente zeigt, daß die alleinige Gegenüberstellung von Vorsatzausschluß und Verbotsunkenntnis verkürzt ist.

67 *Engisch* ZStW 70 S. 566 ff, 599; *Schaffstein* OLG Celle-Festschrift S. 175 ff, 183 f.

68 *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 114 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

gebracht[69], beruht auf einer unterschwelligen Fortwirkung der Gleichsetzung von Vorsatz und dolus malus und ist dogmatisch bedeutungslos[70].

49 c aa) Die weiteren Meinungen siedeln zwischen den bezeichneten Extremen (Tatbestand und Verbot). Teils wird eine entsprechende Anwendung von § 16 Abs. 1 StGB auf den Irrtum empfohlen, indem die Eigenständigkeit des Irrtums anerkannt, aber seine Ähnlichkeit mit der Fahrlässigkeit („an sich rechtstreu") herausgestrichen wird: *eingeschränkte Schuldtheorie* (eingeschränkt, weil diese Irrtumsvariante wie ein Tatbestandsirrtum zu behandeln sein soll)[71].

Hierbei findet sich auch eine Ansicht, nach der die entsprechende Anwendung bei Beteiligung für akzessorisch Beteiligte nicht stattfinden soll; vielmehr soll Beteiligung an einer Tat in irriger Annahme einer Rechtfertigungslage Beteiligung an einer vorsätzlichen Tat sein[72]. — Die hauptsächlichen Argumente[73] sind: Die Intention auf einen positiven Gesamterfolg gleiche die erkannte Tatbestandsverwirklichung aus, so daß per Saldo im Bereich der bewußten Erfolgsverursachung kein Unrecht verbleibe, sondern allenfalls im Bereich der unbewußten Erfolgsverursachung. Ferner sei das Fehlen einer angenommenen Rechtfertigungslage so Zufall, wie in der Umkehrung der Eintritt eines nicht einkalkulierten Erfolgs Zufall sei, so daß auch die Rechtsfolge — Fahrlässigkeit — jeweils gleich sein müsse. Das zuletzt genannte Argument läuft im Ergebnis auf die Vorsatztheorie hinaus: Auch der objektive Bestand von Normen ist zumindest von demjenigen Subjekt her gesehen Zufall, das ohne Normfeindschaft irrt.

50 bb) Ein — im Ergebnis nicht überwindbarer — Nachteil dieser Lehre (wie auch der nachfolgend 11/51 und 58 dargestellten Lehren) liegt in der Anbindung an die nur vereinzelt strafbare Fahrlässigkeit. Fahrlässigkeitstatbestände sind danach ausgewählt, wann mit einer nicht vorsätzlichen, aber vermeidbaren rechtswidrigen Tatbestandsverwirklichung zu rechnen ist (und andere Reaktionen nicht ausreichen, wie etwa die Schadensersatzverpflichtung bei fahrlässiger Sachbeschädigung ausreicht), und das stimmt mit der dogmatisch und kriminalpolitisch zutreffenden Behandlung der irrigen Annahme einer Rechtfertigungslage nicht bruchlos überein. So hat sich die Rechtsprechung bei Anwendung der eingeschränkten Schuldtheorie sachlich zutreffende Ergebnisse teils durch die gekünstelte Konstruktion einer Prüfungspflicht erschlichen.

---

69 Berühmt ist das Beispiel des Soldaten im Krieg, „der in vermeidbarem Irrtum den vermeintlichen Gegner tötet, in Wirklichkeit aber einen Angehörigen der eigenen Truppe" und der seines Irrtums wegen „im Fall des Werfens von Bomben sogar wegen Mordes bestraft werden" müßte (*Dreher* Heinitz-Festschrift S. 207 ff, 216 f; *ders.* Niederschriften Bd. II S. 29); freilich hat schon *M. E. Mayer* den Soldaten als Vorsatztäter behandelt (AT S. 321).

70 Zur Berücksichtigung der Irrtumsart im Urteilstenor siehe *Welzel* Strafrecht § 22 III 1 f; *Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 342 f; siehe auch *Paeffgen* Verrat S. 95 f.

71 BGH 3 S. 195 ff, 196; 3 S. 358 ff, 359; 31 S. 264 ff, 286 f (in der Entscheidung geht es freilich der Sache nach um einen Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale); BGH GA 1969 S. 117 f, 118; BGH NStZ 1988 S. 269 f, 270 (siehe aber die oben zur Prüfungspflicht genannten Entscheidungen zum Notstand, die im Ergebnis auf die strenge Schuldtheorie hinauslaufen; dazu *Schmidhäuser* NJW 1975 S. 1807 ff, 1808 f); *Schaffstein* MDR 1951 S. 196 ff; *ders.* OLG Celle-Festschrift S. 175 ff, 182 ff mit starker Annäherung an die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen; *Stratenwerth* AT Rdn. 503; *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 26 und § 16 Rdn. 18; *LK-Spendel* § 32 Rdn. 343; *Engisch* ZStW 70 S. 566 ff, 601; *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 230 ff; *Hruschka* GA 1980 S. 1 ff, 14 ff; *Arthur Kaufmann* Lackner-Festschrift S. 185 ff, 192 ff.

72 *SK-Rudolphi* § 16 Rdn. 13; *Frisch* Vorsatz S. 251, 253.

73 *Stratenwerth* AT Rdn. 502 i. V. m. Rdn. 343 führt noch an, zwischen einer Tatbestandseinschränkung per Sozialadäquanz und einer Rechtfertigung bestehe keine scharfe Grenze, so daß schon deshalb die Irrtumskonsequenzen anzunähern seien. Das trifft freilich nach der hier vertretenen Differenzierung von tatbestandslosem Verhalten (ohne Blick auf den Verhaltenszusammenhang erlaubtes Verhalten) und gerechtfertigtem Verhalten (nur im Blick auf den Kontext tolerables Verhalten) nicht zu.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

51 d) Weiterhin wird vorgeschlagen, nur die Rechtsfolge des § 16 StGB anzuwenden: *rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie*[74]. Hierbei wird der Irrtum als Irrtum eigener Art verstanden, durch den der Vorsatz nicht berührt werden soll, so daß ein Versuch und akzessorische Beteiligung möglich bleiben. Zur Begründung wird angeführt, der Handlungsunwert sei durch die positive Intention gemindert, aber es bleibe der Vorsatz mit seiner Appellfunktion, was im Ergebnis dazu führe, daß ein gemindertes Unrecht eines Vorsatzdelikts vorliege; der im Fall des vermeidbaren Irrtums zu erhebende Schuldvorwurf beruhe auf einem Aufmerksamkeitsmangel, nicht auf einem Bewertungsmangel („an sich rechtstreu") und sei deshalb der Fahrlässigkeitsschuld vergleichbar[75]. Teils wird die kriminalpolitisch unbefriedigende Beschränkung der Strafbarkeit auf Fälle, bei denen Fahrlässigkeit strafbar ist, für einzelne Rechtfertigungsgründe, hauptsächlich mutmaßliche Einwilligung und Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB), unterlaufen, indem eine pflichtgemäße Prüfung als Rechtfertigungsvoraussetzung interpoliert wird[76].

52 e) Schließlich wird die Eigenständigkeit des Irrtums ernst genommen und eine *eigene Rechtsfolge* entwickelt[77]. Diese soll zunächst darin bestehen, daß alle Strafrahmen für Vorsatztaten auf Fahrlässigkeitsmaßstäbe zurechtgeschnitten werden: Stets soll der Rahmen entsprechend § 49 Abs. 1 StGB zu mildern sein, ferner soll, da sich die Vermeidbarkeit des Irrtums minimalisieren kann, auch eine Milderung entsprechend § 49 Abs. 2 StGB möglich sein, insbesondere um Mindeststrafen entfallen zu lassen. Innerhalb des Rahmens soll das Unrecht jedoch regelmäßig wegen der Appellfunktion des Vorsatzes höher liegen als dasjenige einer Fahrlässigkeitstat[78]. Weiterhin soll akzessorische Beteiligung möglich bleiben, solange der Irrtum vermeidbar ist; bei Unvermeidbarkeit soll freilich trotz gegebenen Tatbestandsvorsatzes das Unrecht entfallen[79].

53 f aa) Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, daß die Fahrlässigkeit wie der Verbotsirrtum für die irrige Annahme der Verwirklichung eines Rechtfertigungstatbestands nur ein Prokrustesbett bieten. Die irrige Annahme einer Rechtfertigungslage ist ein so selbständiger Irrtum, wie die Rechtfertigung eine selbständige dogmatische Kategorie ist[80].

Mit dem indirekten Verbotsirrtum (oben 11/36 ff) hat der Irrtum gemeinsam, daß er die Norm nur zufällig trifft und schon deshalb vom direkten Verbotsirrtum unterschieden ist. Beispiele: Ob es bei der irrigen Annahme einer Lage aggressiven Notstands (etwa eines Großbrands) zu einem Hausfriedensbruch oder einer Sachbeschädigung oder leichten Körperverletzung oder Nötigung etc. kommt, oder gar zu einer Tötung (bei Risikoabwägung), hängt von Zufälligkeiten des Einzelfalls ab.

Anders als beim indirekten Verbotsirrtum paßt aber § 17 StGB trotz seiner Elastizität hier nur schlecht. Denn beim Täter, der in der irrigen Annahme einer Rechtferti-

---

74 Zuerst *Gallas* ZStW 67 S. 1 ff, 45 f Fn. 89; — *Jescheck* AT § 41 III 2 und 3; *Wessels* AT § 11 III 1 c; *Lackner* § 17 Anm. 5 b; *Krümpelmann* GA 1968 S. 129 ff, 139 ff; *Maurach-Zipf* AT I § 37 Rdn. 43.

75 Gegen diese Mischung aus Vorsatzunrecht und Fahrlässigkeitsschuld *Schmidhäuser* NJW 1975 S. 1807 ff, 1809.

76 *Jescheck* AT § 41 III 2 d; *Lenckner* H. Mayer-Festschrift S. 165 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 19 vor § 32.

77 *Krümpelmann* Beiheft ZStW 1978 S. 6 ff, 47 ff; de lege ferenda auch *Dreher* Heinitz-Festschrift S. 207 ff, 223 f; *Herdegen* BGH-Festschrift S. 195 ff, 208.

78 *Krümpelmann* Beiheft ZStW 1978 S. 6 ff, 50.

79 *Krümpelmann* aaO S. 48 f, 50; das Argument, das Unrecht entfalle bei Unvermeidbarkeit, deckt sich mit der auf den Handlungsunwert abstellenden Lösung bei *Armin Kaufmann* Welzel-Festschrift S. 393 ff, 398 ff; *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 218 ff, 266 f; letzterer hält freilich Teilnahme an einem erlaubten Verhalten für möglich, aaO S. 302 ff. — Siehe auch *Herzberg* JA 1989 S. 294 ff, 297 f.

80 *Dreher* Heinitz-Festschrift S. 207 ff, 223 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

gungslage handelt, klaffen nicht erst der Begriff vom sozialen Ereignis (Tatsachenkenntnis plus Parallelbeurteilung im Täterbewußtsein) und der Begriff von der rechtlichen Bewertung dieses Ereignisses auseinander, sondern er irrt darüber, welches soziale Ereignis der Fall ist. Der Täter erreicht mit seiner Handlung die Wirkung nicht, die er nach eigener — und rechtlich zutreffender — Vorstellung zur Rechtfertigung braucht; mit anderen Worten, er unternimmt den untauglichen Versuch einer gerechtfertigten Handlung[81]. Das liegt zwischen dem Versuch eines Fahrlässigkeitstäters, eine Handlung ohne rechtlich relevante Wirkungen zu vollziehen, und dem Versuch eines Täters im Verbotsirrtum, sich im Rahmen des Rechts zu halten. — Der unbezweifelbar *auch* vorliegende Verbotsirrtum entsteht sekundär: So wie ein nicht vorsätzlich handelnder Täter immer auch im Verbotsirrtum handelt (denn wer nicht weiß, was er aktuell bewirkt, weiß auch nicht, daß sein Verhalten des Bewirkens wegen verboten ist), ohne daß deshalb die Behandlung des Tatbestandsirrtums nach § 17 StGB angemessen wäre, so folgt auch hier der Verbotsirrtum aus einer Verkennung nicht des (indirekten) Verbotsinhalts, sondern des (indirekten) Verbotsgegenstands.

Das wiederum ändert nichts an der Vorsätzlichkeit der Tatbestandsverwirklichung, die sich auch als Schuldgegenstand nicht in eine fahrlässige Tatbestandsverwirkung (wie?) wandelt, sondern vorsätzlich bleibt, so daß es im Ergebnis um Schuld für eine Vorsatztat geht. Freilich wird die Schuld einer Vorsatztat mit abnehmender Vermeidbarkeit des Irrtums ausgehöhlt. Dadurch kann sich die verbleibende Schuld minimalisieren; erhöhte Mindeststrafen sind also unangebracht.

54 bb) Da der Irrtum, wie schon oben dargelegt wurde, entgegen verbreiteter Meinung nicht schon einer Appellfunktion wegen den Täter belastet, kann es bei dieser Lage nur noch darum gehen, ob für den Fall eines vermeidbaren Irrtums der Strafrahmen des Vorsatzdelikts gilt, aber stets entsprechend § 49 Abs. 2 StGB zu mildern ist, oder ob nur gestraft wird, wenn das Gesetz durch einen für Fahrlässigkeit geltenden Strafrahmen erkennen läßt, wie im unteren Bereich der Zurechenbarkeit zu haften sein soll. Letzteres ist trotz der entstehenden Strafbarkeitslücken[82] aus zwei Gründen vorzugswürdig:

55 α) Einmal beläßt eine Milderung nach § 49 Abs. 2 StGB zu scharfe Höchststrafen, weil die Vorschrift nur die Mindeststrafen senkt. Beispiel: Es ist axiologisch ungereimt, wenn dem Arzt, der infolge Trunkenheit eine Routineoperation mit letalem Ausgang verpfuscht, nur aus einem bis zu fünfjähriger Freiheitsstrafe reichenden Rahmen zugemessen werden soll (§ 222 StGB), dem Arzt aber, der in irriger Annahme einer Einwilligung eine lebensgefährliche Operation bei einem ansonsten aussichtslosen Fall nach der lex artis vornimmt (mindestens Versuch), aus einem Rahmen bis zu fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe (§§ 212, 38 Abs. 2, 49 Abs. 2 StGB). Auch die rechtsstaatswidrige Weite des Rahmens spricht gegen die Lösung.

56 β) Zum anderen können die Gründe für die Straffreiheit der Fahrlässigkeit bei irriger Annahme einer Rechtfertigungslage entsprechend gelten, so daß eine generelle Bestrafung bei vermeidbarem Irrtum zu kriminalpolitisch überhaupt nicht notwendigen Strafdrohungen führt. Beispiele: Wenn zum Schutz vor fahrlässiger Sachbeschädigung die daran anknüpfende Schadensersatzverpflichtung ausreicht, so mag sie auch zum Schutz vor Sachbeschädigung in irriger Annahme etwa eines Notstands genügen. — Wenn selbst leichtfertige Freiheitsberaubung straffrei ist, kann das Bedürfnis für die Bestrafung einer Freiheitsberaubung etwa bei irriger Annahme einer Notwehrlage nur per Gesetz, nicht aber per Dogmatik konstatiert werden. Eine durchgehend befriedi-

81 *Paeffgen* Verrat S. 125.

82 Zu deren Erträglichkeit siehe *Krümpelmann* GA 1968 S. 129 ff, 143 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

gende Parallelisierung der Strafbarkeit bei irriger Annahme der Verwirklichung eines Rechtfertigungstatbestands mit der Strafbarkeit bei Fahrlässigkeit kann freilich auch dieses Argument nicht herstellen.

57 cc) Gewichtiger ist das erste Argument: Nach geltendem Recht können die nicht auf die Fahrlässigkeit schielenden Theorien nur Strafrahmen anbieten, die im Höchstmaß zu scharf und insgesamt zu weit sind. Demgegenüber wiegt das zweite Argument gering: Minimales Vorsatzunrecht ist häufig strafbar, wenn gewichtiges Fahrlässigkeitsunrecht nicht erfaßt wird. Würde das geltende Recht eine Möglichkeit kennen, alle Strafrahmen auf ein Maß ohne Mindeststrafe und mit erheblich geminderter Höchststrafe zu reduzieren, so wäre für die Behandlung des Irrtums (im Fall seiner Vermeidbarkeit) dieser Weg zu wählen.

58 dd) *Ergebnis:*

α) Mangels einer solchen Möglichkeit sind die Vorsatzstrafrahmen für den Fall einer bestehenden Strafdrohung für Fahrlässigkeit auf den Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts zu reduzieren. Die Konsequenzen dieser Lösung unterscheiden sich von denjenigen der rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie nicht. Freilich geht es sachlich nicht um eine Verweisung auf die Rechtsfolge der Fahrlässigkeitstat, sondern um die Konkretisierung des Vorsatzstrafrahmens. Da es bei einer Vorsatztat bleibt und der Strafrahmen auch durch Reduzierung des für Vorsatztaten geltenden Rahmens festgelegt wird, freilich nur bei bestehender Strafbarkeit eines Fahrlässigkeitsdelikts, ist es vorzugswürdig, die Lösung nicht als rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie zu bezeichnen, sondern als *unselbständige Schuldtheorie* (scil. von Fahrlässigkeitsstrafe abhängige Schuldtheorie), wobei die Bezeichnung als Schuldtheorie hier — wie schon oben zur rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie — dahin negativ zu verstehen ist, daß der Irrtum Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht berührt; dagegen soll gerade nicht positiv eine Gleichheit des Irrtums mit dem Verbotsirrtum behauptet werden.

59 β) Wegen der Vorsätzlichkeit bleibt *akzessorische Beteiligung*, insbesondere Teilnahme, möglich. Das gilt auch bei Unvermeidbarkeit des Irrtums; denn auch dann liegt Unrecht vor. Das hat folgenden Grund[83]: Wenn ein enttäuschendes Verhalten in einem bestimmten Kontext tolerabel und dem Täter das Fehlen des Kontextes nicht erkennbar ist, so kann zwar das Defizit an Erkennbarkeit schon zur Uminterpretation des Verhaltenssinns herangezogen werden (analog der Lösung beim unvermeidbaren Tatbestandsirrtum); es fehlt dann Unrecht (siehe aber auch oben 6/42 a); — das Defizit kann aber auch erst zur Distanzierung des Täters vom objektiven Sinn seines Verhaltens eingesetzt werden (analog der Lösung beim unvermeidbaren Verbotsirrtum); es bleibt dann — nicht zurechenbares — Unrecht. Für akzessorische Beteiligung paßt die letztere Lösung besser, da ansonsten bei mangelnder Täterqualifikation des Beteiligten an einer Tat in unvermeidbarem Irrtum (wenn also mittelbare Täterschaft ausscheidet) sachlich nicht zu rechtfertigende Strafbarkeitslücken entstehen. — *Versuch* ist nach allgemeinen Regeln möglich.

VI. Die relative Rechtfertigung

60 1. Eine Rechtfertigung findet nur statt, wenn der Eingriff *erforderlich* ist (siehe unten 12/30 ff, 13/16 ff und passim). „Erforderlich" heißt: Der Eingriff ist unter den geeigneten Maßnahmen die schonendste. Was jeweils erforderlich ist, hängt also auch davon ab, über welche Kräfte und Mittel der Eingreifende verfügen kann. Beispiel: Ein kräftiger Mensch mag einen Angreifer mit bloßen Händen auf Distanz halten können, während ein schwacher Mensch bereits mit einem Messer zustoßen muß.

83 Siehe aber oben zu Fn. 79.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Beteiligen sich mehrere Personen an einem Eingriff, so mag dieser für einige von ihnen erforderlich sein, für andere aber nicht. Die Tat ist das *gemeinsame* Werk aller Beteiligten; aber die Erforderlichkeit richtet sich nach *individuellen* Fähigkeiten; deshalb kann die Beurteilung des Gemeinsamen relativ ausfallen. Für selbst ausgeführte („begangene") Eingriffe dürfte das außer Streit stehen. Beispiel: Wer eine Gefahr durch einen Telefonanruf beim Hilfsdienst abwenden kann, darf auch dann nicht in fremde Güter eingreifen, wenn andere Personen, die zusammen mit ihm gefährdet sind, das Telefon nicht bedienen können und ihrerseits zur Rettung fremde Güter verletzen müßten. Entsprechend ist auch dann zu entscheiden, wenn jemand den Eingriff eines anderen — mittäterschaftlich oder teilnehmend — unterstützt: Er muß seinen Beitrag zur gemeinsamen Unternehmung so gestalten, daß der Eingriff möglichst gering ausfällt; anderenfalls ist der Eingriff *bezogen auf die Person des Beitragenden* nicht erforderlich, mag er auch für den Ausführenden, dem andere Mittel nicht zur Verfügung stehen, erforderlich sein. Beispiel: Wer dem Verteidiger zur Abwehr des Angreifers ein Messer reicht, obgleich ein (dem Helfenden verfügbarer) Prügel auch genügt hätte, wirkt an einer Abwehr mit, die zwar für den Ausführenden rechtmäßig ist, für den Helfenden aber rechtswidrig. Es geht in solchen Fällen nicht etwa um Beteiligung an einer absolut rechtmäßigen, sondern an einer relativ rechtswidrigen Tat.

Bei dieser Relativität der Rechtfertigung ist freilich zu beachten, daß bei zahlreichen Rechtfertigungsgründen, insbesondere bei der Notwehr, keine Pflicht zugunsten des Eingriffsopfers besteht, den Eingriff selbst vorzunehmen. Wer in solchen Fällen einen fremden Eingriff unterstützt, handelt nicht deshalb rechtswidrig, weil er die Gefahr eigenhändig mit milderen Mitteln abwenden könnte. Beispiel: Wer dem rechtswidrig Angegriffenen das zu dessen Selbstverteidigung einzig verfügbare Abwehrmittel, ein Messer, hinreicht, verhält sich auch dann rechtmäßig, wenn er selbst — in Notwehrhilfe — den Angriff mit bloßen Händen abwehren könnte.

2. Mit dieser Relativität der Rechtfertigung kann die Lücke geschlossen werden, die **61**
bei mittelbarer Täterschaft durch ein gerechtfertigtes Werkzeug dann entsteht, wenn dem Hintermann (der die Rechtfertigungslage erzeugt oder manipuliert hat) eine Täterqualifikation fehlt: Der Hintermann nimmt zugleich an der *nur relativ gerechtfertigten* Tat des Werkzeugs teil. Beispiel: Jemand zwingt einen Vormund mit Todesdrohungen zu einer das Mündelvermögen schädigenden Disposition. Die Untreue (§ 266 StGB) des Vormunds ist gerechtfertigt (aggressiver Notstand, § 34 StGB, siehe unten 13/14), aber nicht in Relation zum Anstifter, weil dieser bei der Anstiftung über ein milderes Mittel verfügte — er konnte die Drohung überhaupt unterlassen. Siehe unten 21/84 a. E. — Die Problematik ist noch nicht hinreichend geklärt.

12. ABSCHNITT
Die Notwehr

Literatur

K. Amelung Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates? NJW 1977 S. 833 ff; *ders.* Nochmals: § 34 StGB als öffentlichrechtliche Eingriffsnorm? NJW 1978 S. 623 f; *ders.* Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981; *ders.* Das Problem der heimlichen Notwehr gegen die erpresserische Androhung kompromittierender Enthüllungen, GA 1982 S. 381 ff; *ders.* Rechtfertigung und Ent-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

schuldigung von Polizeibeamten, JuS 1986 S. 329 ff; *G. Arzt* Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr, Schaffstein-Festschrift S. 77 ff; *ders.* Notwehr gegen Erpressung, MDR 1965 S. 344 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1980 S. 210 f, aaO S. 211 ff; *R Batstone, E. Stiebritz* Die Selbstschutzrechte der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten verbündeten Streitkräfte, NJW 1984 S. 770 ff; *J. Baumann* § 53 StGB als Mittel der Selbstjustiz gegen Erpressung? MDR 1965 S. 346 f; *ders.* Rechtsmißbrauch bei Notwehr, MDR 1962 S. 349 f; *Chr. Bertel* Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 84 S. 1 ff; *U. Berz* An den Grenzen von Notwehr und Notwehrprovokation — BGH NJW 1983, 2267, JuS 1984 S. 340 ff; *W. Beulke* Die fehlgeschlagene Notwehr zur Sachwertverteidigung, Jura 1988 S. 641 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1990 S. 378 ff, aaO S. 380 ff; *N. Bitzilekis* Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984; *H. Blei* Probleme des polizeilichen Waffengebrauchs, JZ 1955 S. 625 ff; *P. Bockelmann* Anmerkung zu OLG Stuttgart NJW 1966 S. 745 ff, aaO; *ders.* Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht, Engisch-Festschrift, S. 456 ff; *ders.* Notwehr gegen verschuldete Angriffe, Honig-Festschrift S. 19 ff; *ders.* Notrechtsbefugnisse der Polizei, Dreher-Festschrift S. 235 ff; *U. Born* Die Rechtfertigung der Abwehr vorgetäuschter Angriffe, 1984; *W. Bottke* Anmerkung zu BayObLG JR 1986 S. 291 f, aaO S. 292 ff; *V. Busse* Nötigung im Straßenverkehr, 1968; *O.-C. Choi* Notwehr und „gesellschaftliche Sitten", 1988; *A. Constadinidis* Die „Actio illicita in causa", 1982; *K. Deubner* Anmerkung zu BGH NJW 1969 S. 802, aaO S. 1184; *H. Dilcher* Besteht für die Notwehr nach § 227 BGB das Gebot der Verhältnismäßigkeit oder ein Verschuldenserfordernis? Hübner-Festschrift S. 443 ff; *A. Donatsch* Die strafrechtliche Beurteilung von Rechtsgutsverletzungen bei der hoheitlichen Anwendung unmittelbaren Zwangs, 1981; *B. Drews, G. Wacke, K. Vogel, W. Martens* Gefahrenabwehr, 9. Auflage 1986; *H. Dubs* Notwehr, SchwZStr. 89 (1973) S. 337 ff; *R. Echterhölter* Die Europäische Menschenrechtskonvention in der juristischen Praxis, JZ 1956 S. 142 ff; *D. Engels* Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten, GA 1982 S. 109 ff; *J. Eue* Anmerkung zu BGH JZ 1990 S. 763 ff, aaO S. 765 ff; *R. Felber* Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen, 1979; *H. Fuchs* Probleme der Notwehr, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart Heft 8, 1981, S. 1 ff; *ders.* Grundfragen der Notwehr, 1986; *H. Frister* Zur Einschränkung des Notwehrrechts durch Art. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, GA 1989 S. 553 ff; *ders.* Die Notwehr in System der Notrechte, GA 1988 S. 291 ff; *W. Gallas* Anmerkung zu OLG Stuttgart DRZ 1949 S. 42, aaO S. 43; *G. Geilen* Eingeschränkte Notwehr unter Ehegatten? JR 1976 S. 314 ff; *ders.* Notwehr und Notwehrexzeß, Jura 1981 S. 200 ff, 256 ff, 308 ff, 370 ff; *K. H. Gössel* Über die Rechtmäßigkeit befugnisloser strafprozessualer rechtsgutsbeeinträchtigender Maßnahmen, JuS 1979 S. 162 ff; *V. Götz* Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Auflage 1988; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *ders.* Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente, JR 1985 S. 268 ff; *A. Gutmann* Die Berufung auf das Notwehrrecht als Rechtsmißbrauch? NJW 1962 S. 286 ff; *R. Haas* Notwehr und Nothilfe, 1978; *D. Haberstroh* Notwehr gegen unbefugte Bildaufnahmen — Angst als Rechtfertigungsgrund? JR 1983 S. 314 ff; *R. Hassemer* Ungewollte, über das erforderliche Maß hinausgehende Auswirkungen einer Notwehrhandlung — BGHSt 27, 313, JuS 1980 S. 412 ff; *W. Hassemer* Die provozierte Provokation und die Zukunft des Notwehrrechts, Bockelmann-Festschrift S. 225 ff; *W. Haug* Notwehr gegen Erpressung, MDR 1964 S. 548 ff; *ders.* Tonbandaufnahmen in Notwehr, NJW 1965 S. 2391 f; *J. Herrmann* Die Notwehr im amerikanischen Strafrecht, ZStW 93 S. 615 ff; *Th. Hillenkamp* Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *K. Himmelreich* Anmerkung zu AG Bensberg NJW 1966 S. 733 ff, aaO; *ders.* Erforderlichkeit der Abwehrhandlung, Gebotensein der Notwehrhandlung, Provokation und Rechtsmißbrauch, Notwehrexzeß, GA 1966 S. 129 ff; *ders.* Notwehr und unbewußte Fahrlässigkeit, 1971; *H. J. Hirsch* Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, Dreher-Festschrift S. 211 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1980 S. 114 f, aaO S. 115 ff; *W. Hoffmann-Riem* Übergang der Polizeigewalt auf Private? ZRP 1977 S. 277 ff; *R. Homann, H. Matt* Anmerkung zu BGH JR 1989 S. 160 f, aaO S. 161 f; *A. Hoyer* Das Rechtsinstitut der Notwehr, JuS 1988 S. 89 ff; *J. Hruschka* Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Dreher-Festschrift S. 189 ff; *ders.* Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand, NJW 1980 S. 21 ff; *E. Kern* Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 S. 255 ff; *G. Jakobs* Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt, Peters-Festschrift S. 69 ff; *D. Kienapfel* Anmerkung zu BGH 27 S. 336 ff, JR 1979 S. 72; *P. Kirchhof* Helfer in Not, JuS 1979 S. 428 ff; *P. Klose* Notrecht des Staates aus staatlicher Rechts-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

not, ZStW 89 S. 61 ff; *F.-W. Krause* Zur Problematik der Notwehr, Bruns-Festschrift S. 71 ff; *ders.* Notwehr bei Angriffen Schuldloser und bei Bagatellangriffen, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 673 ff; *D. Kratzsch* Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1968; *ders.* § 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege, GA 1971 S. 65 ff; *ders.* Verfassungsbeschwerde gegen fehlerhafte Anwendung des § 53 StGB, NJW 1974 S. 1546 f; *ders.* Das (Rechts-)Gebot zu sozialer Rücksichtnahme als Grenze des strafrechtlichen Notwehrrechts — BGH NJW 1975, 62, JuS 1975 S. 435 ff; *V. Krey* Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977; *ders.* Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern, JZ 1979 S. 701 ff; *V. Krey* und *W. Meyer* Zum Verhalten von Staatsanwaltschaft und Polizei bei Delikten mit Geiselnahme, ZRP 1973 S. 1 ff; *R. Krüger* Die Bedeutung der Menschenrechtskonvention für das deutsche Notwehrrecht, NJW 1970 S. 1483 ff; *J. Krümpelmann* Die Bagatelldelikte, 1966; *K. Kühl* Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, 1974; *ders.* „Sozialethische" Einschränkungen der Notwehr, Jura 1990 S. 244 ff; *G. Küpper* Fahrlässige Brandstiftung mit tödlichem Ausgang — BGH NJW 1989, 2479, JuS 1990 S. 184 ff; *K.-L. Kunz* Die organisierte Nothilfe, ZStW 95 S. 973 ff; *ders.* Die automatisierte Gegenwehr, GA 1984 S. 539 ff; *R. Lange* Der „gezielte Todesschuß", JZ 1976 S. 546 ff; *Th. Lenckner* Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, GA 1961 S. 299 ff; *ders.* „Gebotensein" und „Erforderlichkeit" der Notwehr, GA 1968 S. 1 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 24 S. 356 ff, JZ 1973 S. 253 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1984 S. 205 f, aaO S. 206 ff; *P. Lerche* Der gezielt tödlich wirkende Schuß nach künftigem einheitlichem Polizeirecht. Zum Verhältnis hoheitlicher Eingriffsbefugnisse zu den allgemeinen Notrechten, v. d. Heydte-Festschrift Bd. II S. 1033 ff; *F. Loos* Zur Einschränkung der Notwehr in Garantenbeziehungen — BGH NJW 1984, 986, JuS 1985 S. 859 ff; *G. Lübbe-Wolff* Die Selbstschutzrechte der in der Bundesrepublik stationierten verbündeten Streitkräfte, NJW 1983 S. 2222 ff; *K. Marxen* Die sozialethischen Grenzen der Notwehr, 1979; *ders.* Die Grenzen der Notwehr bei Auseinandersetzungen in der Ehe, in: *K. Lüderssen* und *F. Sack* (Hrsg.) Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht Bd. I, 1980, S. 63 ff; *D. Merten* Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975; *W. Mitsch* Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986 S. 533 ff; *ders.* Anmerkung zu LG München NStZ 1989 S. 25 f, aaO S. 26 f; *ders.* Tödliche Schüsse auf flüchtende Diebe, JA 1989 S. 79 ff; *A. Montenbruck* Thesen zur Notwehr, 1983; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1985 S. 113 ff, aaO S. 115 ff; *U. Neumann* Zurechnung und „Vorverschulden", 1985; *W. Niese* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *P. Noll* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *F. Oetker* Notwehr und Notstand, Frank-Festgabe Bd. I, S. 359 ff; *H. Otto* Rechtsverteidigung und Rechtsmißbrauch im Strafrecht, Würtenberger-Festschrift S. 129 ff; *H.-U. Paeffgen* Fotografieren von Demonstranten durch die Polizei und Rechtfertigungsirrtum, JZ 1978 S. 738 ff; *J. Partsch* Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention, in: *K. A. Bettermann, F. L. Neumann, H. C. Nipperdey* (Hrsg.) Die Grundrechte Bd. I (1), 1966, S. 235 ff; *I. Puppe* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und deren Folgen, JZ 1989 S. 728 ff; *J. M. Ritter* Der Volksgenosse als Helfer in Volksnot, GS 115 S. 239 ff; *C. Roxin* Die provozierte Notwehrlage, ZStW 75 S. 541 ff; *ders.* Ein „neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 S. 369 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 24 S. 356 ff, NJW 1972 S. 1821 f; *ders.* Die „sozialethischen Einschränkungen" des Notwehrrechts, ZStW 93 S. 68 ff; *ders.* Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Jescheck-Festschrift S. 457 ff; *ders.* Von welchem Zeitpunkt an ist ein Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus? Tjong-Gedächtnisschrift S. 137 ff; *ders.* Die notstandsähnliche Lage — ein Strafunrechtsausschließunggrund? Oehler-Festschrift S. 184 ff; *H.-J. Rudolphi* Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 371 ff; *R. Rupprecht* Die tödliche Abwehr des Angriffs auf menschliches Leben, JZ 1973 S. 263 ff; *J. Sauren* Anmerkung zu BGH NStZ 1988 S. 450 f, aaO S. 451; *F. Schaffstein* Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts, 1930; *ders.* Notwehr und Güterabwägungsprinzip, MDR 1952 S. 132 ff; *ders.* Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-Festschrift S. 557 ff; *ders.* Die strafrechtlichen Notrechte des Staates, Schröder-Gedächtnisschrift S. 97 ff; *E. Schmidhäuser* Über die Wertstruktur der Notwehr, Honig-Festschrift S. 185 ff; *ders.* Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten aus strafrechtlicher Sicht, in: *D. Merten* (Hrsg.) Aktuelle Probleme des Polizeirechts, 1977, S. 53 ff; *W. Schmidt* Anmerkung zu BGH JZ 1976 S. 31 f, aaO S. 32 f; *R. Schmitt* Tonbänder im Strafpro-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

zeß, JuS 1967 S. 19 ff; *ders.* Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten? — OLG Hamm, NJW 1962, 1169, JuS 1963 S. 64 ff; *Chr. Schöneborn* Zum Leitgedanken der Rechtfertigungseinschränkung bei Notwehrprovokation, NStZ 1981 S. 201 ff; *F.-C. Schroeder* Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, Maurach-Festschrift S. 127 ff; *ders.* Notstandslage bei Dauergefahr — BGH NJW 1979, 2053, JuS 1980 S. 336 ff; *ders.* Anmerkung zu LG München JZ 1988 S. 565 f, aaO S. 567 ff; *H. Schröder* Anmerkung zu BGH JR 1962 S. 186 f, aaO S. 187 ff; *ders.* Notwehr bei schuldhaftem Vorverhalten — BGH NJW 1972, 1821, JuS 1973 S. 157 ff; *U. Schroth* Notwehr bei Auseinandersetzungen in engen persönlichen Beziehungen, NJW 1984 S. 2562 ff; *B. Schünemann* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 S. 341 ff, GA 1986 S. 293 ff; *H. Schumann* Zum Notwehrrecht und seinen Schranken, JuS 1979 S. 559 ff; *J. Schwabe* Grenzen des Notwehrrechts, NJW 1974 S. 670 ff; *ders.* Die Notrechtsvorbehalte der Polizei, JZ 1974 S. 634 ff; *ders.* Zur Geltung von Rechtfertigungsgründen des StGB für Hoheitshandeln, NJW 1977 S. 1902 ff; *ders.* Die Notrechtsvorbehalte der Polizei, 1979; *M. Seebode* Polizeiliche Notwehr und Einheit der Rechtsordnung, Klug-Festschrift S. 359 ff; *K. Seelmann* Grenzen privater Nothilfe, ZStW 89 S. 36 ff; *J. Seier* Umfang und Grenzen der Nothilfe im Strafrecht, NJW 1987 S. 2476 ff; *G. Spendel* Keine Notwehreinschränkung unter Ehegatten, JZ 1984 S. 507 ff; *H. Suppert* Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen Lage", 1973; *F. Sydow* § 34 StGB — kein neues Ermächtigungsgesetz! JuS 1978 S. 222 ff; *St. Trechsel* Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention im Strafrecht, ZStW 101 S. 819 ff; *H. Wagner* Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984; *G. Warda* Die Eignung der Verteidigung als Rechtfertigungselement bei der Notwehr (§§ 32 StGB, 227 BGB), Jura 1990 S. 344 ff, 393 ff.

I. Vorbemerkungen

1 A. Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden (§ 32 Abs. 2 StGB; wortgleich § 15 Abs. 2 OWiG; inhaltsgleich § 227 Abs. 2 BGB). Eine durch Notwehr gebotene Tat ist nicht rechtswidrig (§ 32 Abs. 1 StGB; wortgleich § 15 Abs. 1 OWiG; inhaltsgleich § 227 Abs. 1 BGB).

Das Notwehrrecht legitimiert private Gewalt und ist deshalb im Maß seiner Ausgestaltung von politischen Konzepten des Verhältnisses Staat-Bürger abhängig. Die Indikationen „politischer Grundanschauungen"[1] sind dementsprechend deutlich[2].

2 B. Für die Gegenwart sind hauptsächlich die Diskussionen zu folgenden Problemkreisen zu nennen:

1. Staatsnotwehr und Vorrang staatlich organisierter Abwehr überhaupt; es geht um die Sicherung des staatlichen Anspruchs auf ein Monopol für die Garantie öffentlicher Ordnung per Gewalt (unten 12/6 ff, 45);

2. Geltung der Notwehrrechtfertigung auch für polizeiliches Handeln; im Streit ist das rechtsstaatlich erforderliche Maß der Bindung öffentlicher Gewalt (unten 12/39 ff, 41 ff);

---

1 *Schroeder* Maurach-Festschrift S. 127 ff; — zur Rückwirkung der Praxis staatlicher Gefahrenabwehr auf die Notwehr siehe *Arzt* Schaffstein-Festschrift S. 77 ff; siehe auch *Schaffstein* Schröder-Gedächtnisschrift S. 97 ff, 100. — Zum österreichischen Recht eingehend *Fuchs* Notwehr, passim.

2 Siehe die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur nationalsozialistischen Zeit; RG 71 S. 133 ff, 134 (Ausweichpflicht); RG 72 S. 57 ff, 58 f (Vorrang staatlicher Hilfe); besonders aber RG 69 S. 180 ff, 183 f; 72 S. 383 f, 384 (Sonderrechte für Uniformträger); siehe ferner zu der in nationalsozialistischer Zeit exzessiv und einseitig beanspruchten Staatsnotwehr das Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr vom 3. 7. 1934, RGBl. I S. 529; — eingehender *Schroeder* Maurach-Festschrift S. 127 ff, 131 f; — zur älteren Geschichte siehe *Haas* Notwehr S. 19 ff; zum gemeinen Recht siehe *Schaffstein* Die allgemeinen Lehren S. 68 ff; einen Überblick über die Geschichte gibt *LK-Spendel* § 32 Rdn. 15 ff. — Zu den (parallelen) Problemen des Notwehrrechts in den USA siehe *Herrmann* ZStW 93 S. 615 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

3. Einschränkungen des erlaubten Abwehrumfangs aus diversen Gründen, die sämtlich auf eine (Mindest-)Solidarität mit dem Angreifer abzielen (unten 12/46 ff, 49 ff, 57 f).

4. Zudem zeigt sich (auch) an der Notwehr ein Wandel des Rechtsverständnisses von einer Güterordnung hin zu einem Interaktionssystem, erkennbar am Wandel der Definition des rechtswidrigen Angriffs von einem schadensträchtigen Kausalvorgang zu einem schuldhaft schädigenden Verhalten (unten 12/16 ff).

II. Die notwehrfähigen Güter, die Staatsnotwehrhilfe

A 1. Ein Angriff setzt die drohende Verletzung rechtlich geschützter Güter[2a] vor- **3**
aus. Der Umfang der wehrfähigen Güter richtet sich nicht allein nach dem *Straf*rechtsschutz dieser Güter; erfaßt ist über die strafrechtlich geschützten Güter hinaus jedes rechtlich anerkannte, absolut ausgestaltete Gut (nicht notwendig ein absolutes *Recht* im Sinn des § 823 Abs. 1 BGB); Beispiele: der berechtigte unmittelbare Besitz[3], die Intimsphäre im Privatbereich[4], das Recht am eigenen Bild[5], die Ehe, aber nicht gegen den Willen eines Partners[6]. — Strafrechtlich nur beschränkt geschützte Güter sind über diese Beschränkung hinaus erfaßt, also etwa das Vermögen auch gegen gewaltsame Entziehung ohne Bereicherungsabsicht, das Eigentum gegen Wegnahme zum vorübergehenden Gebrauch ohne Zueignungsabsicht etc. — Zur Problematik der Notwehr gegen die Ausreisebeschränkungen der DDR siehe oben 5/30.

2 a) Auch das Recht auf ungehinderten Gemeingebrauch ist notwehrfähig; die **4**
Wehr gegen denjenigen, der die Straße versperrt, ist sogar eine prototypische Notwehrhandlung. Da freilich Notwehr nur Eingriffe in Güter des Angreifers rechtfertigt, dürfen Straßenverkehrsvorschriften (die regelmäßig auch Interessen dritter Personen schützen) bei der Abwehr nur verletzt werden, wenn dies nach Not*stands*regeln zulässig ist. Beispiel: Wer auf öffentlicher Straße am korrekten Überholen gehindert wird, darf nicht sein Recht durch Unterschreiten des Mindestabstands, Überschreiten der höchstzulässigen Geschwindigkeit, Fahren auf der falschen Seite etc. erzwingen, da die genannten Verstöße (zumindest abstrakte) Gefahren für die Güter dritter Personen schaffen. — Wer mit seinem Auto vom Angreifer in den Straßengraben gedrängt werden soll, darf freilich — soweit es erforderlich ist — den Angreifer seinerseits abdrängen oder (Not*stands*rechtfertigung) die höchstzulässige Geschwindigkeit überschreiten, um zu entkommen. — Ein Angriff durch Versperren des Wegs darf man

---

2a Rechtswidrige Positionen können nicht rechtmäßig verteidigt werden, auch nicht gegen seinerseits rechtswidriges Verhalten. Beispiele: Will der Hausrechtsinhaber den Täter eines Hausfriedensbruchs sogleich niederknüppeln, obwohl eine Aufforderung zum Verlassen des Besitztums erkennbar auch genügt hätte, so darf der Täter sich der Prügel erwehren, nicht aber seine Stellung im Besitztum behaupten; könnte er den Prügeln dadurch entkommen, daß er entweder sofort weggeht oder aber dem Hausrechtsinhaber den Knüppel entreißt, so muß er gehen, weil er ansonsten die rechtswidrige Position zumindest für kurze Zeit behaupten würde. — Entsprechend darf ein Teilnehmer einer rechtswidrigen Blokkade bei einem seinerseits rechtswidrigen Polizeieinsatz nicht seinen blockierenden Standplatz verteidigen.

3 Das Selbsthilferecht ist weiter, da es nicht an die Berechtigung des Besitzes gebunden ist, § 859 BGB; siehe RG 60 S. 273 ff, 278.

4 Nicht in einem öffentlichen Park, BayObLG NJW 1962 S. 1782 f.

5 BGHZ 24 S. 201 ff, 208; zu stark einschränkend (Photographieren von nicht spezifiziert verdächtigen Demonstranten durch die Polizei soll auch ohne polizeilichen Notstand im Rahmen der Polizeiaufgaben nach § 163 StPO rechtmäßig sein) BGH JZ 1976 S. 31 f; BGH JZ 1978 S. 762 f; hiergegen *W. Schmidt* JZ 1976 S. 32 f; *Paeffgen* JZ 1978 S. 738 ff mit ausführlichen Nachweisen. — Das Recht wird schon durch Fotografieren verletzt, nicht erst durch Nutzung der Fotografie; *a. A. Haberstroh* JR 1983 S. 314 ff, 315 (siehe auch 12/Fn. 43).

6 OLGZ Köln NJW 1975 S. 2344 f; zum Verlöbnis siehe RG 48 S. 215 ff, 216 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

erforderlichenfalls dadurch abwehren, daß man auf den Angreifer mit dem Auto zufährt[6a].

b) Sehr streitig ist die Entscheidung, ob auch auf eine bestimmte Reihenfolge des Gemeingebrauchs ein wehrfähiger Anspruch geht, insbesondere bei Parkplätzen auf ein Recht des zuerst Gekommenen (weitere Fälle: Mißachtung der wartenden Reihe am Zoll, an der Theaterkasse, vor der Universitätsbibliothek, vor dem zu kleinen Hörsaal, — bis zum Drängeln auf dem Schulhof). Soweit es an einem rechtlichen Verteilungsverfahren fehlt, gibt es keinen Anspruch auf eine Zuteilung des Gebrauchs nach einer bestimmten Reihenfolge, wohl aber auf störungsfreien Vollzug des Gebrauchs; d. h. wer mit dem gemeinen Gebrauch beginnt, darf sich wehren, wenn er weggeschoben oder sonst behindert wird (in einer Veranstaltung ohne zugeteilte Plätze kann also niemand rechtswirksam nachkommenden Personen einen Platz „reservieren"); wer aber auf den Beginn nur wartet, braucht sich zwar von der Stelle, an der er wartet, nicht wegschieben zu lassen, hat aber keinen Anspruch auf einen bestimmten Rang seines Platzes. Beispiele: Wer in eine freie Parklücke fahren will, darf gegen eine Person, die diese Lücke „reserviert", Notwehr üben[7]. Wer aber vor dem Parkplatz (oder der Zollabfertigung etc.) in einer Schlange wartet, darf nicht per Notwehr verhindern, daß sich andere vor ihm in eine vorhandene Lücke schieben.

5 3. Relative Güter sind nicht wehrfähig; die rechtmäßige Durchsetzung von Ansprüchen außerhalb des Prozesses beschränkt sich auf den in § 229 BGB eröffneten Rahmen[8].

6 B 1 a) Die Güter können dem Abwehrenden oder — bei der Notwehrhilfe — dritten Personen[8a] zustehen, auch juristischen Personen und unter diesen solchen öffentlichen Rechts, insbesondere dem Staat. Das ist zwar unstreitig, soweit es sich um Individualrechtsgüter in öffentlicher Hand handelt (Eigentum, Vermögen, Besitz des Staats), aber schon in diesem Rahmen nicht stets problemlos. So ist beispielsweise Notwehrhilfe gegen den Angreifer zulässig, der den Belag einer Straße zerstört (ob es sich um privates oder öffentliches Eigentum handelt, zählt hier gleich), aber nicht gegen denjenigen, der auf der öffentlichen Straße unberechtigt einen Verkaufsstand errichtet, obgleich letzteres nicht nur die öffentliche Ordnung, sondern auch das Eigentum an der Straße beeinträchtigt.

7 b) Notwehr(hilfe) ist eine Form der Wahrnehmung des Rechts, das angegriffen wird[8b], und also im privaten Bereich die Wahrnehmung eines privaten Rechts, die allenfalls öffentlichrechtlich, scil. durch die Polizei, substituiert werden kann; im öf-

---

[6a] OLG Schleswig NJW 1984 S. 1470 f, freilich unter verfehlter Beschränkung auf „verkehrsfremde" Angriffe; siehe auch hier Fn. 7.

[7] BayObLG NJW 1963 S. 824 f; *Busse* Nötigung im Straßenverkehr S. 123 ff; *KKOWiG-Rengier* § 15 Rdn. 3 (siehe aber auch Rdn. 35); — einschränkend (nur wenn die Hinderung eine rechtswidrige Nötigung ist; — was jedoch nicht nur in der Regel der Fall, sondern zudem irrelevant ist, da es auf die strafrechtliche Absicherung nicht ankommt) OLG Stuttgart NJW 1966 S. 746 ff; OLG Düsseldorf NJW 1961 S. 1783 f; OLG Köln NJW 1979 S. 2056 f; offengelassen in OLG Hamburg NJW 1968 S. 662 ff; — ablehnend *Bockelmann* NJW 1966 S. 745 ff, 747 unter verfehlter Gleichsetzung des *konkreten* Gefährdungsverbots in § 1 StVO mit den abstrakte Gefährdungen verbietenden Regelungen (ein Autofahrer soll wegen des § 1 StVO nicht auf einen Fußgänger, der eine Parklücke sperrt, zufahren dürfen; — warum nicht, wenn er seine Fäuste gebrauchen dürfte? Ein Automobil scheidet als Notwehrmittel nicht a priori aus).

[8] Zur Herkunft und zur Funktion dieser Differenzierung siehe *Arzt* Schaffstein-Festschrift S. 77 ff, 80 ff.

[8a] Deshalb ist ein Irrtum des Abwehrenden darüber, ob er selbst oder eine dritte Person der Angegriffene ist, irrelevant; das verkennt LG München NStZ 1989 S. 25 mit insoweit zustimmender Anmerkung *Mitsch* aaO S. 26 f; zutreffend *Schroeder* JZ 1988 S. 567 f; *Beulke* Jura 1988 S. 641 ff.

[8b] Gegen sogenannte überindividuelle, besser: das angegriffene Recht übersteigende Notwehrbegründungen siehe unten 12/20.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

fentlichrechtlichen Bereich ist Notwehr(hilfe) dementsprechend ein genuin öffentliches Handeln, das bei Notwehrhilfe von Privaten substituiert wird, womit die Notwehrhilfehandlung in direkte Konkurrenz zu polizeilichem Handeln tritt[9]. Bei dieser Lage wiegt für den Staat der vereinzelte Verlust eines Guts weniger als die Verwischung der Kompetenzen durch ein Notwehrhilfehandeln[10].

c) Zudem kann der Staat zahlreiche Güter nur bewahren, indem er nicht deren **8** Bestand überhaupt schützt, sondern deren Bestand in einem bestimmten Verfahren: Die Legitimation des Schutzes leitet sich nicht allein vom Gut her, sondern auch von der Art und Weise seiner Erhaltung. So ist beispielsweise die Garantie der strafrechtlichen Normen nur durch prozessual geregelte Verfolgung möglich, nicht aber etwa durch eine beliebig auszugestaltende Sequenz zwischen der Straftat und einem Übel gegen den Täter. Solche Güter, die ohne Verfahren nicht geschützt werden können, dürfen von Privaten im Weg der Notwehr überhaupt nicht verteidigt werden; beispielhaft: Die materielle Gerechtigkeit, die durch den Freispruch des Täters eines Delikts beeinträchtigt wird, läßt sich nicht durch private Repression gegen den Täter verteidigen.

2. Bei Berücksichtigung der bezeichneten Besonderheiten bleibt für die — auch von **9** der Rechtsprechung im Grundsatz anerkannte[11] — Staatsnotwehrhilfe folgender Rahmen:

a) Eine Verteidigung gegen solche Angriffe auf die staatliche Ordnung, die nur in der Übertretung einer abstrakte Gefährdungen verbietenden Norm bestehen, scheidet aus der Staatsnotwehrhilfe aus[12], da ein Angriff auf einzelne Bürger fehlt und der Ordnungsangriff nicht schwerer wiegt als die Verwischung der Kompetenz durch den Abwehrenden. Nicht notwehrfähig sind also die abstrakte Gefährdungen verbietenden Verkehrsvorschriften, einschließlich § 316 StGB[13], oder gar die öffentliche Ordnung allgemein. Demnach kommt eine Hinderung eines Suicidversuchs nach Notwehrregeln nur in Betracht, wenn durch die Tat (schuldhaft!) Individualinteressen verletzt werden, etwa das psychische Wohlergehen eines Kinds (zur Hinderung per Notstand siehe unten 13/29).

9 Daher rührt auch die Problematik privat organisierter Notwehrhilfen, insbesondere privat organisierter „Bürgerwehren": Die Verteidigung soll zwar privaten Gütern gelten, aber nicht, wie es bei der Notwehr die Regel ist, ad hoc beim Angriff, sondern generell und vorab geplant; die *organisierte* Verbrechensverhütung ist jedoch polizeiliche Aufgabe. In verwaltungsrechtlicher Terminologie: Privat organisierte Notwehrhilfen und insbesondere „Bürgerwehren" verstoßen gegen den „Anschluß- und Benutzungszwang" bezüglich der Polizei; siehe *Hoffmann-Riem* ZRP 1977 S. 277 ff, 283; zu den Voraussetzungen der Akzeptabilität dieses Zwangs treffend *Arzt* Schaffstein-Festschrift S. 77 ff, 85 f. — Die organisierte Abwehr ist legal, untergräbt aber die Legitimität der Notwehrregelung; weniger kritisch *Kunz* ZStW 1983 S. 973 ff, 988 ff.

10 Noch weitergehend *Haas* Notwehr S. 306 ff, 311 f: „Kompetenzanmaßung" und mangelnder Überblick des Privaten über die Lage bei öffentlichen Gütern soll Notwehrhilfe überhaupt ausschließen.

11 Allerdings lehnen die Entscheidungen für die zum Spruch stehenden konkreten Fälle durchweg eine Rechtfertigung ab; — insbesondere RG 63 S. 215 ff, 220; unter Vorbehalt von Schranken auch RG 64 S. 101 ff, 103; zur Rezeption dieser Urteile (die sogenannte schwarze Reichswehr betreffend) siehe *H. Mayer* AT S. 182 ff mit Anm. 77; siehe ferner RG 56 S. 259 ff, 267 f (Kapp-Putsch); BGH 5 S. 245 ff (zu Abwehrhandlungen gegen den Film „Die Sünderin"); BGH NJW 1953 S. 1639; BGH NJW 1966 S. 310 ff, 312 (Südtirol); — siehe auch BVerfG 5 S. 86 ff, 376 ff (KPD-Urteil).

12 Im Ergebnis ebenso BGH 5 S. 245 ff, 247; BGHZ 64 S. 178 ff; *Arzt* Schaffstein-Festschrift S. 77 ff, 84; *Stratenwerth* AT Rdn. 419; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 7 f; *Jescheck* AT § 32 II 1 b; *Maurach-Zipf* AT I § 26 Rdn. 13; *LK-Spendel* § 32 Rdn. 197 f.

13 BGH VRS 40 S. 104 ff, 107; allerdings kann zu Beginn einer Trunkenheitsfahrt ersichtlich sein, daß es in ihrem Verlauf zu konkreten Gefährdungen kommen wird; dann gelten je nach Dichte der Gefahr die Regeln der Notwehrhilfe oder aber der notwehrähnlichen Lage zugunsten Privater; so wohl im Ergebnis OLG Koblenz NJW 1963 S. 1991 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

10 b) Eine Verteidigung scheidet stets aus, wenn das angegriffene Gut nur in einem bestimmten Verfahren garantiert werden kann. — Allerdings bleiben Sondererlaubnisse möglich, insbesondere nach § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO; Beispiel[14]: Der mit Staatsgeheimnissen die Landesgrenze überschreitende Spion kann an dem Verrat zwar per Notwehrhilfe gehindert werden; die Strafverfolgung aber richtet sich nach dem in der StPO geregelten Verfahren, so daß eine Festnahme zur Strafverfolgung nur nach § 127 Abs. 1 StPO durch jedermann erfolgen kann, nicht aber nach den §§ 32 ff StGB. Auch die der Festnahme nachfolgenden staatsanwaltschaftlichen und gerichtlichen Verfahren sind nicht durch Staatsnotwehrhilfe ersetzbar. Bricht aber der verurteilte Spion aus der Strafhaft aus, so richtet sich die Hilfe Privater zur Ergreifung wieder nach § 32 StGB; denn das abgeschlossene Strafverfahren kann nunmehr nicht mehr überspielt werden; freilich dürften die Beschränkungen des § 127 Abs. 1 StPO entsprechend gelten.

Wenn die Sondererlaubnis nur beschränkte Rechte gibt, wie z. B. bei § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO nur das Recht zur Festnahme (also zur Freiheitsbeschränkung und zu minder schweren Eingriffen, aber nicht etwa zur Körperverletzung), so kann diese Beschränkung nicht dadurch umgangen werden, daß der Widerstand des Duldungspflichtigen gegen den Gebrauch des beschränkten Rechts unter Berufung auf Notwehr gebrochen wird[15]. Zwar ist der Angriff des Duldungspflichtigen auf Güter des Erlaubnisträgers notwehrfähig, für die Durchsetzung der Erlaubnis aber bleibt Notwehr ausgeschlossen. Beispiel: Sticht der Festzunehmende gegen den nach § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO Festnehmenden mit einem Messer, so darf sich der Festnehmende dagegen in rechtfertigender Notwehr wehren, aber nur zur Verteidigung seines Körpers, nicht zur Verteidigung des Festnahmerechts. Läßt sich die Festnahme ohne Verletzung des Festnehmenden nicht durchführen, so muß darauf verzichtet werden; eine Verletzung ist weder durch § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO, noch durch § 32 StGB gedeckt[16] (auch Notstand, § 34 StGB, scheidet der Angemessenheitsklausel wegen aus, siehe unten 13/36).

11 c) Stets geht die Möglichkeit polizeilichen (oder sonst berufenen) Schutzes vor, da die Verwischung der Kompetenzen unnötig ist, solange die berufenen Organe handlungsfähig sind[17]. Sind die berufenen Organe handlungsfähig, aber nicht hilfswillig, so bindet das den Bürger[18]; eine Ausnahme hiervon gilt nur für die Fälle der Abwehr eines „Hochverrats von oben", also für die Staatsnotwehrhilfe als Widerstandsrecht gemäß Art. 20 Abs. 4 GG (unten 15/2 f).

12 d) Proportionalität zwischen verteidigtem und zur Verteidigung verletztem Gut hat in dem verbleibenden Rahmen zur Rechtfertigung nur die Bedeutung, die sie auch ansonsten bei der Notwehr hat[19].

13 3. Insgesamt steht damit die Staatsnotwehrhilfe zwischen Notwehr und Notstand (die Einschränkungen zu 12/10 und 11 entsprechen der Angemessenheitsklausel des § 34 StGB)[20].

---

14 Nach RG 63 S. 215 ff, 220; siehe auch *LK-Spendel* § 32 Rdn. 156.

15 *LK*[9]*-Hirsch* Rdn. 145 vor § 51 mit Nachweisen der Rechtsprechung.

16 Siehe RG 65 S. 392 ff, 396 ff; 69 S. 308 ff, 312; streitig; *a. A. Löwe-Rosenberg-Dünnebier* § 127 StPO Rdn. 29 mit Nachweisen.

17 BVerfG 5 S. 86 ff, 376 ff (Rechtsbehelfe gehen vor); BGH NJW 1953 S. 1639.

18 Nicht unproblematisch, soweit das Legalitätsprinzip oder sonstiger Handlungszwang gilt; — für Bindung BGH 5 S. 245 ff, 247 f.

19 *Stratenwerth* AT Rdn. 419; *a. A.* BGH NJW 1966 S. 310 ff, 312 f.

20 Überhaupt für Anwendung der Not*stands*regeln *Ritter* GS 115 S. 239 ff, *Jescheck* AT § 32 II 1 b a. E.; — es ist jedoch kein Grund dafür ersichtlich, den Spion militärischer Geheimnisse beim Grenzübertritt anders zu behandeln als den Spion von Wirtschaftsgeheimnissen. — Zwischen Einzelangriffen auf den Staat (Notstandsrechtfertigung) und Staatsnotstand (keine Rechtfertigung,

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

III. Der rechtswidrige Angriff

A. Nur ein rechtswidriger Angriff (eines Menschen; Tierangriffe regeln sich nach § 228 BGB[20a]) auf die bezeichneten Güter ermöglicht Notwehr; Notwehr ist also ausgeschlossen, wenn der Angriff sich im Rahmen des erlaubten Risikos hält[21]. Notwehr scheidet auch aus, wenn der Angriff seinerseits gerechtfertigt ist: Der Rechtfertigung entspricht eine Duldungspflicht des Betroffenen. Die Rechtfertigung kann auch — und wird praktisch häufig — eine öffentlichrechtliche Eingriffsbefugnis sein (etwa bei der Vollstreckung einer prozeßordnungsgemäß verhängten Strafe). Die eingreifende Handlung muß insbesondere auch dann hingenommen werden, wenn sie, obgleich materiell falsch, gemäß einer Verfahrensordnung ergangen ist und die Verfahrensordnung die Abhilfe auf einen bestimmten Weg (insbesondere auf ein Rechtsmittel) kanalisiert. Beispiel: Die vorläufige Festnahme einer verdächtigen, materiell aber unschuldigen Person ist unter den Voraussetzungen des § 127 Abs. 2 StPO rechtmäßig und schließt Notwehr aus[22]. — Bei einer Rauferei kann sich keiner der Beteiligten auf Notwehr berufen, der sich bei seinem eigenen Verhalten nicht im Rahmen der erforderlichen Abwehr hält, sondern selbst angreift oder aber übermäßig stark abwehrt; es können sich also alle Beteiligten gegenseitig rechtswidrig angreifen[23]. **14**

B. An einem rechtswidrigen Angriff fehlt es auch, wenn derjenige, von dem eine Verletzung droht, ein an sich — jedenfalls für das Opfer — gefahrloses Verhalten vollzieht, das nur zur Gutsverletzung zu werden droht, weil das Opfer sich seinerseits zurechenbar in den Wirkungsbereich des Verhaltens begibt. Beispiele[23a]: Wer sich vor ein fahrendes Auto wirft, wird nicht von dessen Fahrer angegriffen; wer sich in der Bibliothek beim Öffnungsschluß verbirgt, wird nicht durch den Schließer angegriffen etc. In diesen Fällen hat das potentielle Opfer selbst den zunächst gefahrlosen Verlauf ins Gefährliche gewendet, so daß es auch die Lasten der Konfliktlösung tragen muß. **15**

C. An einem rechtswidrigen Angriff fehlt es schließlich, wenn das Angriffsverhalten nicht voll, also als schuldhaft, zurechenbar ist[24]. Das ist in mehrfacher Hinsicht zu erläutern: **16**

---

da diese Legalisierung eines Bürgerkriegs wäre) differenziert *H. Mayer* AT S. 182 f. — Zu pauschal ablehnend *SK-Samson* § 32 Rdn. 9; *Haas* Notwehr S. 306 ff, 312 f mit ausführlichen Nachweisen; *Wagner* Notwehrbegründung S. 50.

20a Früher streitig; *a. A.* jetzt wieder *LK-Spendel* § 32 Rdn. 23, 38 ff, 58. — Aber auch *Spendel* kommt nicht an dem Problem vorbei, daß Tiere keine Adressaten von Normen — besser: keine zuständigen Verwalter von Organisationskreisen — sind. Man führe den Ansatz weiter: Wird der Kampf gegen Tiere, vom Löwen hinab bis zum Bazillus, zur Notwehr, besteht kein Grund, Schimmelpilze anders zu behandeln, ja *Spendel* müßte auch umstürzende Bäume, Lawinen oder gefährliche Maschinen als Angreifer definieren, was aber seine Kernthese, es gehe bei der Notwehr um den „Kampf für das Recht und gegen das Unrecht" desavouiert: *Spendel* mißdeutet das Recht als Ordnung für Zustände statt für Interaktionen; gegen *Spendel Krause* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 673 ff, 676 ff.

21 *Hirsch* Dreher-Festschrift S. 211 ff, 224 ff; *Schaffstein* MDR 1952 S. 132 ff, 136; *Maurach-Zipf* AT I § 26 Rdn. 16; *a. A. Bockelmann-Volk* AT § 15 B I 1 d; *Jescheck* AT § 32 II 1 c; *Baumann-Weber* AT § 21 II 1a β. — Siehe oben 7/41a.

22 RG 72 S. 305 ff; 306; siehe auch RG 61 S. 297 ff, 299.

23 RG 72 S. 183 f; 73 S. 341 ff; BGH GA 1960 S. 213 f; BGH NJW 1990 S. 2263 f.

23a Ähnlich BGH NStZ 1989 S. 431 f, 432 mit Besprechung *Küpper* JuS 1990 S. 184 ff und (zur Notwehr zutreffender) Anmerkung *Eue* JZ 1990 S. 765 ff.

24 Ob die Qualität des Angriffsverhaltens als Problem des Begriffs Angriff oder als Problem der Rechtswidrigkeit des Angriffs behandelt wird, zählt gleich. Da die Schuldhaftigkeit schon im Angriffsbegriff stecken kann, trägt — ungeachtet der Unbestimmtheit des Rechtswidrigkeitsbegriffs — das vermeintliche Argument aus dem Wortlaut des § 32 StGB nicht, ein rechtswidriger Angriff sei eben kein notwendig schuldhafter Angriff (*Hirsch* Dreher-Festschrift S. 211 ff, 222; *Felber* Rechtswidrigkeit S. 131 f; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 19 mit Nachweisen; ähnlich *Roxin* ZStW 93 S. 68 ff, 82 f); daß ein schuldloses Handeln überhaupt ein Angriff ist,

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

1. Es geht bei allen Notrechten um die Verteilung der Lasten für die Lösung eines sozialen Konflikts[25], und speziell bei der Notwehr in der Art und Weise, daß der Angreifer sämtliche Lasten deshalb zu tragen hat, weil er rechtswidrig angreift. Demgemäß muß der rechtswidrige Angriff so definiert werden, daß gerade seinetwegen die in § 32 StGB bezeichnete Verteilung der Lasten tolerierbar wird[25a].

Bei dieser Lage scheidet die Möglichkeit aus, den Angriff überhaupt nur als von Menschen verursachtes, und sei es unvermeidbar verursachtes, Drohen einer Gutsverletzung zu definieren[26]. Diese Bestimmung des rechtswidrigen Angriffs bleibt — wie der kausale Handlungsbegriff — in den naturalistischen Kategorien von Kausalität und Schaden stecken. Notwehr wird zum Güterverteidigungsinstrument ohne Blick darauf, ob überhaupt eine rechtlich garantierte Verhaltenserwartung enttäuscht wird oder der „Angreifer" sonst für den Konflikt zuständig ist. Diese Angriffsbestimmung verwechselt den Menschen als Durchgangsstadium eines Kausalverlaufs[27] mit einer rechtlich — aus welchem Grund auch immer — zuständigen Person. Eine solchermaßen naturalistische Bestimmung der äußeren Konfliktsgenese ist zu unspezifisch[28]; sie umfaßt nicht nur nach den Regeln der Notwehr aufzulösende Konflikte, sondern reicht viel weiter, bis in den Bereich der Konflikte, die nach den Regeln des aggressiven Notstands zu lösen sind. Insbesondere in den oben genannten Fällen, in denen das „Angriffs"-Opfer selbst eine an sich harmlose Lage ins Riskante umbiegt (jemand wirft sich vor ein fahrendes Auto), hat es weder die Rechte aus Notwehr noch diejenigen aus defensivem Notstand, sondern allein die Rechte aus aggressivem Notstand.

17 2 a) Es kann demnach nur noch darum gehen, ob zu einem rechtswidrigen Angriff eine durch vermeidbar (vorsätzlich oder fahrlässig) unerlaubt riskantes Verhalten begründete Zuständigkeit für den Konflikt gehört[29] oder sogar Zurechenbarkeit als

---

läßt sich so nicht beweisen. Die Rechtswidrigkeit des Angriffs kann also auch als Hinweis auf das Erfordernis mangelnder Rechtfertigung eines schuldhaften Verhaltens gelesen werden; dagegen *Roxin* Jescheck-Festschrift S. 457 ff, 459 mit Fn. 9.

25 Siehe zum folgenden Problemkreis *Felber* Rechtswidrigkeit S. 129 ff.

25a Zur Verteilung der Lasten nach dem Erforderlichkeitsprinzip siehe unten 12/30 ff. Beschränkt man die Notwehr generell durch einen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (so *Dilcher* Hübner-Festschrift S. 435 ff, 460 ff), sind natürlich *andere* Lasten zu verteilen als bei dem hiesigen Ansatz. Eine Begründung dafür, warum man schuldhaft handelnde Personen und schuldlos handelnde Personen über einen Kamm scheren muß, ist freilich bislang nicht gegeben worden. — Beschränkt man das Notwehrrecht nur gegenüber schuldlos handelnden Personen durch einen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sind die Ergebnisse mit den hier gewonnenen weithin identisch: Es geht nur noch darum, ob die Abwehr gegen schuldlos Handelnde „Notwehr" oder aber „defensiver Notstand" (unten 13/46 ff) heißen soll.

26 So allerdings *Baumann-Weber* AT § 21 II 1 a; *Bockelmann-Volk* AT § 15 B I 1 a und e; *Dreher-Tröndle* § 32 Rdn. 4; *Stratenwerth* AT[2] Rdn. 414 f, 421; (abschwächend AT[3] Rdn. 425); *LK-Spendel* § 32 Rdn. 54 ff (unter Einschluß von „Schlaf- und Reflexhandlungen"); *Kohlrausch-Lange* § 53 Anm. III; *Jescheck* AT § 32 II 1 a und c; *Wessels* AT § 8 V 1; *Welzel* Strafrecht § 14 II 1 a; *Geilen* Jura 1981 S. 200 ff, 256; — zeitweise überwiegende Ansicht, aber durch die Entwicklung der Dogmatik überholt. — Umfassende Nachweise bei *Felber* Rechtswidrigkeit S. 38 ff.

27 Besonders gilt das gegen diejenigen Autoren, die selbst Krampfanfälle etc. zum Angriffsverhalten rechnen, siehe *Baumann-Weber, Dreher-Tröndle, Welzel*, alle aaO.

28 Der bezeichnete Lösungsvorschlag führt bei konsequenter Durchführung zur völligen Aushöhlung von § 228 BGB; denn eine Sachgefahr, die nicht irgendwann durch Änderungen der Befindlichkeit der Sache von Menschen beeinflußt worden wäre, gibt es praktisch nicht, so daß bei dieser Lösung § 32 StGB den Bereich des § 228 BGB umfaßt; siehe auch *SK-Samson* § 32 Rdn. 14.

29 So die Lösung von *Hirsch* Dreher-Festschrift S. 211 ff, 222 ff mit freilich objektiver Fahrlässigkeitsbestimmung; ebenso *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 19 ff, 21; *Felber* Rechtswidrigkeit S. 129 ff, 135 ff; *Schumann* JuS 1979 S. 559 ff, 560; *Roxin* Jescheck-Festschrift S. 457 ff, 458 f; *Born* Rechtfertigung S. 43 ff; *Wagner* Notwehrbegründung S. 54 (mit Korrek-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

schuldhaft[30]. — Würden die Maximen der Notwehrregelung als die Maximen der *normalen* Verteilung der Lasten eines sozialen Konflikts angesehen, so wäre es konsequent, sie auch auf Kinder, Geisteskranke und sonst schuldlos handelnde, aber immerhin handelnde (also sich vermeidbar — vorsätzlich oder fahrlässig — verhaltende) Personen anzuwenden. Der schuldlos Handelnde müßte dann die im Grundsatz unsolidarische, schonungslose Abwehr als sein unverdientes, schlechtes Schicksal zu akzeptieren versuchen, gleichsam als seine Unkosten der Möglichkeit zu sozialem Kontakt (vorbehaltlich von Korrekturen zur Entschärfung der Abwehr *innerhalb* der Notwehr). Das Notwehrrecht des Angegriffenen wäre bei dieser Lösung für den schuldlosen Angreifer Unglück.

b) Zu einer solchen Lösung könnte es nur bei einer einseitigen Sicht kommen, **18**
nämlich vom Güterbestand des Angegriffenen her[31]. Unter Berücksichtigung auch der Perspektive des Angreifers läßt sich die Entscheidung, ihm — nur weil er vorsätzlich oder fahrlässig handelt[32] — eine mehr wiegende Duldungspflicht (Notwehr: alles Erforderliche) aufzuerlegen als dem Eigentümer gefährlicher Sachen (defensiver Notstand: das durch Proportionalität gemilderte Erforderliche), axiologisch nicht rechtfertigen. Vielmehr ergeben sich die folgenden Stufen der Zuständigkeit für einen Konflikt, denen jeweils Stufen der Erlaubnis zur Konfliktabwehr entsprechen:

Wer unvermeidbar (nicht vorsätzlich oder fahrlässig) und ohne sonstigen Grund einer Zurechnung zu seinem Organisationskreis „angreift", wird zwar äußerlich (ohne Zurechnung) für eine Gefahr ursächlich, ist aber mangels Zuständigkeit für die Gefahr rechtlich an der Gefahr unbeteiligt, d. h. ein rettender Eingriff in seine Güter richtet sich nach den Regeln des *aggressiven* Notstands. Kommen Vorsatz oder Fahrlässigkeit hinzu, so bewirkt das nur (aber auch), daß das Organisationsverhalten als unerlaubt riskantes Verhalten eine Zuständigkeit begründet, der „Angreifer" also überhaupt rechtlich und nicht nur äußerlich als Quelle der Gefahr (und nicht als Unbeteiligter) zu definieren ist; mit anderen Worten, Vorsatz oder Fahrlässigkeit schließen wie andere Umstände, die eine Zuständigkeit des Eingriffsopfers begründen (etwa Sicherungspflichten), den aggressiven Notstand aus. Einen Grund zum Verzicht auf jegliche Rücksicht bei der Abwehr ist damit aber noch nicht dargetan: Die Lage entspricht dem

---

turen für Schuldlose S. 76 ff); *Fuchs* Notwehr S. 92 ff; — *Schaffstein* MDR 1952 S. 132 ff, 136 unter Beschränkung auf Vorsatz; — aber drohende Verletzung aus völliger Gleichgültigkeit soll nicht notwehrfähig sein?

30 So im Ergebnis mit freilich höchst unterschiedlichen Begründungen *Haas* Notwehr S. 223 ff mit ausführlichen Nachweisen; *Suppert* Studien S. 319 ff, 321; *Schmidhäuser* Honig-Festschrift S. 185 ff, 194 ff; *ders.* AT 9/86; *ders.* Studienbuch 6/65; *Beling* Grundzüge[11] S. 16; *SK-Samson* § 32 Rdn. 14 i. V. m. 21; *Krause* Bruns-Festschrift S. 71 ff, 84; *ders.* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 673 ff, 678 ff; *Hoyer* JuS 1988 S. 89 ff, 95 f; ähnlich *Bertel* ZStW 84 S. 1 ff, 11 f; *Otto* Würtenberger-Festschrift S. 129 ff, 140. — Unter Beschränkung auf Vorsatz auch *H. Mayer* AT S. 204; *ders.* Studienbuch § 22 II 2 vor a; ähnlich (schuldhaft vorsätzliche und bewußt fahrlässige Angriffe sollen erfaßt sein) *Frister* GA 1988 S. 291 ff, 305; — aber mindestens die Ausklammerung der Fahrlässigkeit aus Tatsachenblindheit (siehe schon Fn. 29 a. E.) ist axiologisch willkürlich. Zudem ist bei Vorsatztaten in entschuldigungsähnlichen Lagen geringere Schuld möglich als bei gewichtigen Fahrlässigkeitstaten.

31 Bei dieser Sicht ist schon das Erfordernis einer Handlung des Angreifers ein Fremdkörper; nur bei einer solchen Fixierung auf Güter haben Argumente der Art, gegen geisteskranke Amokläufer müsse Notwehr zulässig sein etc., Bestand (*Roxin* ZStW 83 S. 369 ff, 387; *Hirsch* Dreher-Festschrift S. 211 ff, 217; *Felber* Rechtswidrigkeit, S. 130 f und passim); — natürlich muß Schutz zulässig sein, der aber auch bei unvermeidbaren Angriffshandlungen und selbst bei Reflexbewegungen nicht fehlen darf; daß der Schutz gerade Notwehr sein muß, bleibt unbegründet.

32 Bei genauer Betrachtung liegt nach verbreiteter Lehre nicht einmal notwendig eine Handlung vor. Wenn bei Fahrlässigkeit auf die *objektive* Sorgfalt abgestellt wird (*Hirsch, Felber, Schönke-Schröder-Lenckner,* alle aaO), so fehlt es für den unterdurchschnittlich Begabten an einer Güterangriffs*handlung*.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

defensiven Notstand, der stets eine — nicht notwendig per Vermeidbarkeit begründete — Zuständigkeit des Eingriffsopfers für die Gefahrenlage voraussetzt. Das noch schärfere Notwehrrecht muß demnach die Konsequenz von mehr als bloßer Zuständigkeit des Angreifers sein; der Angreifer muß vielmehr das Recht verlieren, seine Interessen jenseits des Maßes der sowieso geltenden Mindestsolidarität ins Spiel zu bringen. Das kann nur geschehen, wenn der Angreifer den Konflikt schuldhaft verursacht hat[33]. Nur mit diesen Maßgaben trifft die allgemein übliche Bezeichnung des Grundprinzips zu, „daß das Recht dem Unrecht nicht zu weichen brauch(t)“[34].

19 c) Eine andere Frage ist, wer das Risiko des Irrtums[35] über die Schuldhaftigkeit des Angriffs trägt; ohne ein hoch angesetztes erlaubtes Risiko — wann könnte der Angreifer nicht unerkannt geisteskrank sein? — wird das Notwehrrecht stumpf[36]. Die praktische Bedeutung des Schulderfordernisses liegt beim Ausschluß der Notwehrverteidigung gegen Kinder, evident Geisteskranke und evident schwer Betrunkene.

20 3. Das Erfordernis der Schuld bedeutet nicht, daß die Notwehr der Strafe ähnlich sei[37]. Erlaubnis zur Abwehr nach dem Maß des zum Güterschutz Erforderlichen — und nicht proportional zum deliktischen Gewicht des Angriffs — schließt die Möglichkeit aus, Notwehr als Strafe zu erklären. Ebensowenig geht es um eine Sicherung der (empirischen) Geltung der Rechtsordnung[38]. In Notwehr wird das angegriffene Gut verteidigt, sonst nichts[38a]. Zwar gewänne bei Berücksichtigung des Geltungsangriffs die Notwehr an Proportionalität, aber deren bedarf es nicht, da Recht dem zurechenbaren Unrecht auch um den Preis gewichtiger Güter nicht weichen muß. Zudem kann beim Ausgang von der Geltung der Rechtsordnung wie von einem pönalen Charakter der Notwehr der Ausschluß der Notwehr bei deliktisch gewichtigen, aber vom Angegriffenen als untauglich erkannten Angriffen nicht erklärt werden. Nach den beiden genannten Konzepten müßte zudem die Abwehr, soll sie etwas anderes sein als zufalls-

---

33 Für das Erfordernis der Schuld spricht auch § 33 StGB, der — entgegen *Hirsch* Dreher-Festschrift S. 211 ff, 229 f; *LK-Hirsch* § 34 Rdn. 92 — nicht auf Fälle des defensiven Notstands (§ 228 BGB) analog anzuwenden ist; denn die Rechtfertigungslage beim defensiven Notstand entsteht für den Eigentümer zumindest schuldlos, sonst liegt eine Notwehrlage vor; bei Schuldlosigkeit kann aber der Eigentümer nicht darauf verwiesen werden, sich mit dem vom Abwehrenden schuldhaft zugefügten Übermaß allein abzufinden. *Deshalb paßt § 33 StGB auch nur in eine Notwehrkonzeption, in der die Zurechnung zum Angreifer nicht schwächer ist als diejenige zum Exzeßtäter, also schuldhaft.*

34 *Berner* Strafrecht § 58 vor 1; siehe auch *LK-Spendel* § 32 Rdn. 6, 13. — *Frister* GA 1988 S. 291 ff nimmt die Schuldhaftigkeit als Zeichen dafür, daß der Angreifer auch vom Angriff ablassen und so der Abwehr entgehen könnte. Wenn der Angreifer nicht mehr *schadlos* aufhören kann, liegt nach *Frister* schon ein Not*stands*fall vor. Das ist aber axiologisch ungereimt; denn Schuld wird nicht allein deshalb zum Unglück, weil ihre Folgen nicht mehr revertierbar sind. Beispiel: Hetzt jemand seinen kräftigen Rassehund auf den schwachen Mischling eines Nachbarn und kann diesen Angriff nur noch abbrechen, indem er das aufgestachelte Tier erschlägt, so muß er es — entgegen *Frister* — auch dann erschlagen, wenn es unverhältnismäßig viel wertvoller ist als das bedrohte Tier. Im Rahmen des Verhältnismäßigen müßte er es schon, wenn das Tier von sich aus „angriffe“. — Zudem wird oft zweifelhaft bleiben, ob zu dem Zeitpunkt, in dem das Abwehr*verhalten* abgeschlossen wird, der Angreifer durch Ablassen vom Angriff den Abwehrfolgen noch entgehen könnte. *Frister* selbst argumentiert zum Problem der Mindestsolidarität (unten 12/46 ff), die letzte Entscheidung über die Realisierung der Abwehr nebst Folgen bleibe beim Verteidiger (aaO S. 312), und konterkariert damit seine Argumentation zu den Grundfällen.

35 Zur Verteilung des Irrtumsrisikos treffend *Felber* Rechtswidrigkeit S. 123 f.

36 Wegen dieses Risikos verzichten *Eb. Schmidt* Niederschriften Bd. II Umdruck R 34 (= Anlage Nr. 21) S. 52 f und RG 27 S. 44 ff auf die Schuldhaftigkeit; — wie hier *Haas* Notwehr S. 245.

37 So aber *H. Mayer* Studienbuch § 22 II 2 a; — ausführlich hierzu *Haas* Notwehr S. 151 ff; *Bitzilekis* Tendenz S. 62 ff.

38 *Schmidhäuser* wie in Fn. 30; dagegen eingehend *Wagner* Notwehrbegründung S. 13 ff.

38a Hauptsächlich ebenso *Fuchs* Notwehr S. 37 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

bedingte poena naturalis, von einer verantwortlichen Person vorgenommen werden, so daß Notwehr durch Schuldunfähige ausgeschlossen wäre.

D. Ein rechtswidriger Angriff kann auch durch Unterlassen geleistet werden. Das **21** Unterlassen des handlungsfähigen Täters muß gegen eine Rechtspflicht verstoßen, um ein rechtswidriger Angriff zu sein[39]. Ist die Rechtspflicht eine Garantenstellung zum Schutz individueller Güter, gelten die allgemeinen Regeln. Beispiel: Der Operateur kann im Rahmen der Erforderlichkeit mit allen geeigneten Mitteln dazu genötigt werden, eine umfangreiche Operation medizinisch korrekt abzuschließen. — Handelt es sich um eine Garantenstellung zum Schutz von Gütern in öffentlicher Hand oder um eine jedermann treffende Pflicht nach den §§ 138, 323 c StGB, gelten die oben bezeichneten Besonderheiten der Staatsnotwehrhilfe. Beispiel: Bei einem Unglücksfall, der medizinische Hilfe notwendig macht, darf der zufällig anwesende Arzt, von einem Privaten nur zur Hilfe gezwungen werden (im Rahmen des § 323 c StGB), wenn die Polizei nicht erreichbar ist. — Für die Sicherung relativer Güter bleibt überhaupt nur § 229 BGB[40].

IV. Die Gegenwärtigkeit des Angriffs

A 1. Notwehr ist nicht schon dann zulässig, wenn sie dem Angegriffenen am leichte- **22** sten fällt oder wenn sie am besten wirkt[40a], sondern nur, wenn der rechtswidrige Angriff gegenwärtig ist. Dies ist aus einem doppelten Grund der Fall: Einmal ist die Drastik des aktuellen Angriffs[40b] nötig, um die Vernachlässigung einer Verhältnismäßigkeit zwischen dem angegriffenem Gut und dem durch die Abwehr verursachten Schaden tolerierbar zu machen. Zum anderen ist die *planmäßige* Deliktsverhütung wie die *planmäßige* Wiederbeschaffung von deliktisch entzogenen Gütern Aufgabe der Polizei (siehe oben 12/7 mit Fn. 12); nur bei einem aktuellen Angriff überspielt der Zwang der Situation die Sorge um Kompetenzen. Dementsprechend ist die Gegenwärtigkeit zu interpretieren.

2. Bezugspunkt der Gegenwärtigkeit ist, anders als beim Versuch, nicht die (for- **23** melle) Tatbestandsverwirklichung (zumal es nicht nur um strafrechtlich geschützte Güter geht), wenn nicht ausnahmsweise Staatsnotwehr in Form der Deliktsverhinderung in Frage kommt, sondern der (materielle) Verlust eines Guts. Gegenwärtig ist der Angriff, wenn dieser Verlust vollzogen wird, d. h. — insoweit analog der Versuchsbestimmung[40c] — unmittelbar bevorsteht (Beispiel: Der Angreifer greift nach der Waffe, um sofort zu schießen)[41] oder aber in unterbrechbarer Weise stattfindet[42] oder in reversibler Weise unmittelbar stattgefunden hat (Beispiel: Der Dieb flieht auf Anruf mit der Beute; der Verteidiger hindert die Fortschaffung der Beute, indem er den Dieb

---

39 Insoweit überwiegende Ansicht; *Maurach-Zipf* AT I § 26 Rdn. 9; *SK-Samson* § 32 Rdn. 7; *Stratenwerth* AT Rdn. 418; BayObLG NJW 1963 S. 824 f; OLG Hamm GA 1961 S. 181 ff; — zweifelnd *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 10 f. — *a. A. Bockelmann-Volk* AT § 15 B I 1 a; — ausführliche Nachweise bei *Felber* Rechtswidrigkeit S. 193 f Fn. 1.

40 RG 19 S. 298 ff; — zur Abgrenzung von bloßen Vertragspflichten und Garantenpflichten siehe *Felber* Rechtswidrigkeit S. 193 ff, 198; — zur rechtspolitischen Problematik der Grenze zwischen § 229 BGB und § 32 StGB siehe *Arzt* Schaffstein-Festschrift S. 77 ff, 81 f.

40a Dagegen zutreffend *Roxin* Tjong-Gedächtnisschrift S. 137 ff, 140 f.

40b Siehe BayObLG JZ 1985 S. 591: Gegenwärtig ist ein Angriff nur, wenn sich der Angriffswille in einer bedrohlichen Lage manifestiert.

40c Dagegen *Roxin* Tjong-Gedächtnisschrift S. 137 ff, 139 f: Die ratio der Bestimmung des Versuchsbeginns soll eine andere sein als diejenige der Bestimmung der Gegenwärtigkeit. Das ist zu bestreiten: Jedenfalls geht es bei Verletzungsdelikten um die Anmaßung fremder Organisation.

41 BGH NJW 1973 S. 255; RG 61 S. 216 f, 217; 67 S. 337 ff, 339 f.

42 RG HRR 1940 Nr. 1102.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

erschießt)[43]. Der Angegriffene muß also weder den ersten Schlag abwarten noch darauf verzichten, dem Angreifer die Beute wieder zu entreißen, nur müssen seine Aktionen unvermittelte Reaktionen auf die Gutsverletzungshandlung sein. — Bei der Fortsetzung eines Beutezugs in juristischer Handlungseinheit (32/5 ff) bleibt der gesamte Angriff bis zum letzten Teilakt gegenwärtig. — Der Zeitpunkt der letzten Verteidigungschance ist kein Kriterium für die Bestimmung der Gegenwärtigkeit, da die Drastik des Angriffs von ihm nicht abhängt[44].

24 3. Verteidigung gegen künftige Angriffe ist — von der Präventiv-Notwehr abgesehen (dazu sogleich) — so wenig gerechtfertigt[45] wie Verteidigung schon gegen abgeschlagene, aber eventuell demnächst (nicht sofort!) zu wiederholende Angriffe[46]. Die Grenze verläuft so unscharf wie beim Versuchsbeginn.

25 B 1. Besondere Schwierigkeiten liegen bei der Abgrenzung eines vollzogenen, aber noch revertierbaren Angriffs von einer — nicht per Notwehr, sondern allenfalls nach § 229 BGB zu rechtfertigenden — Erzwingung von Schadensersatz. So dürfen beispielsweise andauernde Freiheitsberaubung oder Gewalt oder Schmerzzufügung durch Notwehr gebrochen werden, nicht aber andauernde Enteignung beim Diebstahl oder andauernder Vermögensentzug beim Betrug. Die Problematik[47] entspricht der Grenzbestimmung bei Ingerenz (siehe unten 29/8 und oben 6/83). — Im Ergebnis kommt es darauf an, ob das betroffene Gut nur eine Entfaltungschance bieten soll (Eigentum, Vermögen) — dann ist mit diesem Gut die Chance verloren — oder aber ob das Gut in der Entfaltung besteht (insbesondere Freiheit und Körper) — dann ist jeweils die Vorenthaltung von Entfaltungsmöglichkeiten ein erneuter Angriff. Beispiel: Die Wegnahme einer Brille beim Schwachsichtigen ist als Diebstahl spätestens unmittelbar nach dem Handlungsvollzug gerechtfertigt revertierbar, als Nötigung jedoch, solange dem Opfer durch den Mangel an Sehfähigkeit ein Verhalten abgezwungen wird.

26 2. Unklar ist die Bestimmung des Angriffsendes in den Fällen, in denen der Angreifer den Verlauf zu einem weiteren Schaden nicht mehr beeinflußt oder sogar nicht mehr beeinflussen kann. Zwar ist Abwehr nicht schon allein deshalb ausgeschlossen, weil der Angreifer seinen Einfluß über das Geschehen verloren hat: Man darf den Zuschlagenden noch abwehren, wenn dieser den Schlag seinerseits nicht mehr stoppen kann, und man darf dem Angreifer selbst dann „ein Bein stellen", wenn er nicht mehr in der Lage ist, das Hindernis zu umlaufen. Wenn jedoch auch der äußere Vollzug des Angriffsverhaltens abgeschlossen ist, bleibt die Grenze in den Fällen zweifelhaft, in denen die Angriffsfolge noch auf Kosten des Angreifers hintangehalten werden könnte. So darf man z. B. denjenigen, der einem Opfer ein transplantierbares Organ zerstört hat, nicht in Nothilfe sein entsprechendes Organ nehmen und dem Opfer spenden, und zwar auch dann nicht, wenn die Verletzung des Opfers, etwa wegen zunehmender Hinfälligkeit oder andauernder Schmerzen, noch nicht abgeschlossen ist, es also nicht um

---

43 RG 55 S. 82 ff, 84; siehe aber zum Mißverhältnis der Güter in dieser Entscheidung unten 12/46 ff; RG 60 S. 273 ff, 277; RG HRR 1939 Nr. 715. — Notwehr gegen rechtswidriges Fotografieren ist also auch noch kurz *nach* der Filmbelichtung möglich; *a. A. Haberstroh* JR 1983 S. 314 ff, 316 (siehe auch oben 12/Fn. 5). — Bei nicht durch Abwehr reversiblen Schädigungen (Körperverletzung) ist freilich unmittelbar nach dem Schadenseintritt keine Abwehr mehr *erforderlich*.

44 Siehe aber unten zur Präventiv-Notwehr; zutreffend *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 14.

45 RG 64 S. 101 ff, 103; BayObLG JR 1986 S. 291 f mit Anmerkung *Bottke* aaO S. 292 ff und Besprechung *Kratzsch* StV 1987 S. 224 ff; allzu notwehrfreundlich RG 53 S. 132 ff.

46 RG 43 S. 342 ff; 48 S. 215 ff, 217; OLG Dresden DRiZ 1935 Nr. 299.

47 Der übliche Hinweis auf die Dauerdelikte (*Jescheck* AT § 32 II 1 d; *Dreher-Tröndle* § 32 Rdn. 10; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 15; siehe auch *Kühl* Beendigung S. 151 ff; zum Begriff siehe *Hau* Beendigung S. 70 ff) erfaßt — abgesehen von der Unklarheit dieses Begriffs — das Problem nicht voll.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Schadensersatz, sondern um Folgenverhütung geht. Abstrakt: Zweifelhaft ist, in welchem Maß neben dem Angriffsverhalten auch der Folgenverlauf zum Angriff gehört. Das dürfte nur der Fall sein, solange die aktuelle Gestaltung des Organisationskreises des Angreifers noch Bedingung für den Folgenverlauf ist (siehe die genannten Beispiele).

3. Das Erfordernis der Gegenwärtigkeit bedingt bei denjenigen Fallgestaltungen **27** eine „Verteidigungslücke", in denen der Angriff noch nicht begonnen hat, wenn die letzte Chance zu seiner Abwehr schon verstreicht. Da es in dieser Situation an der Drastik eines gegenwärtigen Angriffs fehlt, ist eine Abwehr nur beschränkt, nämlich nachrangig nach polizeilicher Hilfe und nur im Rahmen der bei defensivem Notstand geltenden Proportionalitätsgrundsätze, gerechtfertigt, dies zudem nur, wenn Art und (Mindest-)Umfang des kommenden Angriffs sich bereits abzeichnen. Beispiel: Wer den immer wiederkommenden Voyeur nicht anders von weiteren Besuchen abhalten kann, darf auf ihn schießen und ihn körperlich verletzen, auch wenn die Verletzung zur Abwehr der gegenwärtigen Störung nicht nötig ist, weil der Täter — freilich mit animus revertendi — flieht[48]. Einzelheiten dieser Präventiv-Notwehr(hilfe) oder notwehr(hilfe)ähnlichen Lage sind umstritten[49].

---

48 Völlig übersehen von BGH NJW 1979 S. 2053 f; im Ergebnis wie hier *Hruschka* NJW 1980 S. 21 ff, 22; *Hirsch* JR 1980 S. 115 ff, 117; *Schroeder* JuS 1980 S. 336 ff, 341; einschränkend (nur bei aktuell bedrohend erscheinendem Verhalten plus Vorliegen einer Festnahmesituation nach § 127 StPO) *Roxin* Jescheck-Festschrift S. 457 ff, 482.

49 Grundlegend *Suppert* Studien S. 356 ff, der die Präventiv-Notwehr auch in Fällen zulassen will, in denen eine spätere Abwehr zwar möglich wäre, aber zu schärferen Eingriffen führen würde. — Die Rechtsprechung hat die Präventiv-Notwehr in den Fällen heimlicher Tonbandaufnahmen zur Abwehr einer späteren Nötigung, Erpressung etc. anerkannt; BGHZ 27 S. 284 ff, 290; BGH 14 S. 358 ff, 361; 19 S. 326 ff, 332 f; OLG Celle NJW 1965 S. 1677 ff; OLG Düsseldorf NJW 1966 S. 214; OLG Frankfurt NJW 1967 S. 1047 f; hierzu *Haug* MDR 1964 S. 548 ff, 552; *ders.* NJW 1965 S. 2391 f; *R. Schmitt* JuS 1967 S. 19 ff; — *ablehnend Arzt* MDR 1965 S. 344 ff; *Baumann* MDR 1965 S. 346 f; *Baumann-Weber* AT § 21 II 1a; *Roxin* Tjong-Gedächtnisschrift S. 137 ff, 146 ff (der freilich „das Endstadium der Vorbereitung" der Gegenwärtigkeit des Angriffs zuschlägt, S. 142, und ansonsten durch eine Modifizierung der Interessenabwägung beim aggressiven Notstand Ergebnisse erzielt, die den hiesigen äquivalent sind; *ders.* Jescheck-Festschrift S. 457 ff, 478 ff; *ders.* Oehler-Festschrift S. 181 ff, 190); *LK-Spendel* § 32 Rdn. 127 ff; Notstandsrechtfertigung soll hinreichen nach *Jescheck* AT § 32 II 1d; *Stratenwerth* AT Rdn. 421; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 17; *Hillenkamp* Vorsatztat und Opferverhalten S. 112 ff, 274 ff; *Haberstroh* JR 1983 S. 314 ff, 317; *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 324 ff (allerdings eine umfassende „notstandsähnliche Lage" anerkennend, bei der die Strafwürdigkeit entfallen soll; siehe auch *ders.* JR 1985 S. 268 ff, 271). — Nach *Amelung* (GA 1982 S. 381 ff, 398 ff; siehe dazu *Wagner* Notwehrbegründungen S. 34 f mit Fn. 49) sollen gegen Erpressung durch Androhung kompromittierender Enthüllungen als heimliche Abwehr nur Notwehr durch „kommunikative Gegenwehr" (Gegennötigung) und durch „Fixierung des Erpresserverhaltens" (Tonbandaufnahmen) erlaubt sein. Bei anderer heimlicher Abwehr, insbesondere bei Tötung des Erpressers, bestehe die Gefahr, daß zwar die Tatbestandsverwirklichung, nicht aber der rechtfertigende Kontext bekannt werde; wegen dieser Gefährdung des „Vertrauens in die Rechtsordnung" sei solche Abwehr nicht geboten. — Es ist freilich sehr zweifelhaft, ob das Postulat, eine Rechtfertigungslage müsse ex post offenkundig werden können, generalisierbar ist. Die Versuche einer Einschränkung dürften ihre Plausibilität aus dem Umstand beziehen, daß eine Drohung mit wahren Enthüllungen sachlich nicht Erpressung, sondern Wucher ist (*Jakobs* Peters-Festschrift S. 69 ff). — *Für Erpressung dürften folgende Grundsätze gelten:* (1) Die — außer im Fall der vis absoluta — stets gegebene Möglichkeit, das abgenötigte Verhalten zu verweigern, nimmt der Abwehr zur Vermeidung dieses Verhaltens (also zur Vermeidung der schädigenden Vermögensverfügung) die Erforderlichkeit. (2) Ist das angedrohte Übel seinerseits ein rechtswidriger Angriff und gegenwärtig, ist Notwehr nach allgemeinen Regeln zulässig; (3) bei fehlender Gegenwärtigkeit gelten die Regeln der notwehrähnlichen Lage. (4) Der stets schon gegenwärtige psychische Druck erlaubt Notwehr so wenig, wie die Angst vor einer *künftigen* Beeinträchtigung ein *gegenwärtiger* Angriff ist.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

V. Die Abwehr des Angriffs

28 A 1. Gerechtfertigt ist nur die Abwehr durch Eingriff in Güter des Angreifers, nicht aber unbeteiligter dritter Personen[50]; auch Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung — etwa Verstöße gegen das Waffengesetz — werden als Abwehr nicht erlaubt[50a]. Allerdings kann der vorsätzliche oder fahrlässige Eingriff in die Güter dritter Personen durch Notstand gerechtfertigt sein. Beispiel: Als Abwehrmittel gegen den Angriff benutzt der Angegriffene eine fremde Sache, die dabei beschädigt wird[51]. Eine Ausnahme besteht auch nicht für Angriffsmittel im Eigentum dritter Personen oder für Güter in öffentlichrechtlicher Zuständigkeit[52]. Beispiel: Eine Trunkenheitsfahrt, die zugleich Notwehrhilfe ist (der Fahrer will einem Angegriffenen zu Hilfe kommen), ist nur nach Notstandsregeln zu rechtfertigen[53].

2. Bislang wenig geklärt ist das in zwei Fallgestaltungen auftauchende Problem, ob — im Rahmen des Erforderlichen — in alle Güter des Angreifers eingegriffen werden darf oder nur in solche Güter des Angreifers, die von diesem zum Angriff eingesetzt werden[54]. Bei einer Fallgestaltung geht es um die Auswahl der gegen den Angreifer verwendeten Abwehrmittel (darf man dem rechtswidrig Angreifenden ohne Blick auf Proportionalität dessen Meißener Porzellan entgegenschleudern?), bei der anderen um Gewalt gegen Sachen des Angreifers, um dessen Willen zu beugen (darf man in der Bibliothek oder dem Weinkeller des Angreifers vandalisch hausen oder den Hund des Angreifers quälen, um den Angreifer zur Aufgabe zu zwingen?). Die Entscheidung hängt davon ab, ob sich der Angreifer durch seine Tat mit allem Hab und Gut ins Unrecht setzt (dann Notwehrrechtfertigung) oder nur beschränkt (dann nur Notstandsrechtfertigung). Da die Güter nur in ihrer Zuordnung zum Gutsträger rechtlich interessieren und der Gutsträger im Unrecht ist, dürfte die erstgenannte Lösung vorzuziehen sein (zweifelhaft).

29 B. Die Abwehr kann als Schutzwehr (Verletzung der Güter des Angreifers als Nebenfolge; Beispiel: Schließen der Tür vor dem heranstürmenden Angreifer, dessen Finger eingeklemmt werden) oder Trutzwehr erfolgen (Verletzung beabsichtigt; Beispiel: Niederschlagen des mit anderen Mitteln nicht aufzuhaltenden Angreifers)[55]. Beide Abwehrformen können zusammentreffen; Beispiel: Als der Angreifer auf das Opfer zuspringt, hält dieses ein Messer vor; — Schutzwehr, soweit es um die Abwehr durch die Drohung mit weiteren Stichen geht, Trutzwehr, soweit die aktuelle Verletzung abwehrend wirken soll.

VI. Die Erforderlichkeit der Abwehr

30 A 1. Der Verteidiger ist nur gerechtfertigt, wenn er unter den zur Abwehr geeigneten Mitteln dasjenige wählt, das den *geringsten Verlust beim Angreifer* bringt. Die

---

50 Heute in der Hauptsache unstreitig; anders noch *Frank* § 53 Anm. II, 1. Abs. mit Beispielen, die sich heute sämtlich über eine Notstandsrechtfertigung des Eingriffs in die Güter dritter Personen lösen lassen. Werden unzuständige dritte Personen durch die Abwehr getötet oder massiv verletzt, bleibt nur die Möglichkeit einer Entschuldigung des Abwehrenden nach § 35 StGB; *Stratenwerth* AT Rdn. 429; — *a. A. LK-Spendel* § 32 Rdn. 216 mit Nachweisen des älteren Meinungsstands in Fn. 449.

50a In der Umkehrung wird der Eingriff *in die Güter des Angreifers* nicht unerlaubt, weil der Abwehrende eine Waffe ohne Erlaubnis führt (BGH NJW 1986 S. 2716) oder die Güter unbeteiligter Personen rechtswidrig beeinträchtigt.

51 RG 23 S. 116 f; 58 S. 27 ff, 29 mit Nachweisen; BGH 5 S. 245 ff, 248; BGHZ NJW 1978 S. 2028 f u. a. m.

52 Streitig; wie hier *Schönke-Schröder-Eser* § 32 Rdn. 32 mit Nachweisen; *a. A. LK-Spendel* § 32 Rdn. 211.

53 Siehe OLG Celle NJW 1969 S. 1775.

54 So wohl *Stratenwerth* AT Rdn. 428.

55 Siehe RG 16 S. 69 ff, 71.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

erlaubte Abwehr korrespondiert nicht fix mit einem bestimmten Angriff, sondern je nach der Stärke von Täter und Opfer, den zur Verfügung stehenden Abwehrmitteln und den Erfolgsaussichten bei deren Einsatz kann die erforderliche Abwehr im übrigen gleicher Angriffe unterschiedlich ausfallen[56]. Auf eine Proportionalität der betroffenen Güter kommt es nicht an, vielmehr kann nach § 32 StGB die Verteidigung von Sachgütern, wenn der Angriff anders nicht abgewendet werden kann, bis zur Tötung des Angreifers gehen. Eine unproportionale Abwehr mag nicht gerade wünschenswert sein, aber allein deshalb steht sie nicht schon einem willkürlichen Eingriff gleich[56a]. — Zur Relativität der Erforderlichkeit siehe oben 11/59 a.

31 2. An dieser klaren Bestimmung des Erforderlichen ändert sich nichts, wenn die *Wirkung der Abwehrmittel unsicher* ist. Es geht dann um die Entscheidung, ob sogleich ein schärferes Mittel eingesetzt werden darf, wenn die Wirkung des milderen Mittels ungewiß ist und eine sukzessive Anwendung beider Mittel nicht ohne Risiko für die Effizienz der Abwehr möglich ist. Vorbehaltlich der noch zu nennenden Notwehreinschränkungen muß der Angegriffene sich nur dann mit einer unsicheren Verteidigung begnügen, wenn ihm die sichere Verteidigung ohne zwischenzeitliche Nachteile erhalten bleibt[57]. Beispiel: Gegen einen Angriff mit der Faust darf der mit einem Messer bewehrte Verteidiger zunächst mit seiner Waffe nur drohen (falls das überhaupt Erfolg verspricht und nicht Umklammerung und Verlust der Abwehrmöglichkeit zu befürchten sind), gegen einen Angriff mit einer Schußwaffe hingegen wird in der Regel nur die Möglichkeit sofortigen Zustechens bleiben[58].

32 3. Kann ein Angriff zunächst noch mit einem milden Mittel abgewehrt werden, nachfolgend aber nur mit einem schärferen, so besteht *keine Verpflichtung zu einem frühzeitigen Beginn*, um den Angreifer zu schonen. Beispiel: Wer es unterläßt, vor dem heranstürmenden Angreifer das Tor sicher zu verschließen, verliert nicht seine weitere Abwehrbefugnis. Wenn das Zuwarten allerdings dem Angegriffenen nur minimale Vorteile bringt und die spätere Abwehr zum Tod oder zu schweren Verletzungen beim Angreifer führt, kann der Verzicht auf frühe Abwehr nach § 323 c StGB zu beurteilen sein (siehe auch unten 12/35).

33 B. Der Angegriffene ist nicht verpflichtet, unter mehreren zur Verfügung stehenden Mitteln auch dann dasjenige mit der mildesten Wirkung zu wählen, wenn dieses Mittel für den Angegriffenen gegenüber anderen Mitteln einen *höheren Aufwand* bedingt. Das gilt, solange die Vermeidung des Aufwands ihrerseits ein notwehrfähiges Gut und die Mindestsolidarität nicht verletzt ist; denn ansonsten würde dem Angegriffenen bei der Ausgestaltung der Abwehr angesonnen werden, wovon er bei der Erlaubnis zur Ab-

---

56 Das wird zum Teil — verwirrend — als Proportionalität der Intensität von Angriff und Verteidigung bezeichnet; — stehen aber gegen einen schwachen Angriff nur intensive Abwehrmittel zur Verfügung, dürfen diese trotz der Intensitätsdifferenz eingesetzt werden.

56a Nach *Frister* GA 1988 S. 291 ff, 313 f, darf Notwehr bei Eingriffen in nicht disponible Güter des Angreifers stets nur proportional erfolgen (die Limitierung soll de lege lata freilich nur beim Leben durch Art. 2 MRK — dazu 12/39 f — hinreichend bestimmt sein, bei Eingriffen bloß in die Körperintegrität soll die Einschränkung an Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB scheitern). Als Grund wird angeführt, der Angreifer könne die seiner Disposition entzogenen Güter nicht wirksam dadurch preisgegeben, daß er angreife. — Aber man kann auch § 32 StGB als Beleg dafür nehmen, daß ansonsten unverfügbare Güter unter den Bedingungen der Notwehr als verspielbar behandelt werden.

57 RG 68 S. 182 f; 69 S. 23; BGH 24 S. 356 ff, 358; 25 S. 229 ff, 230 f; BGH GA 1965 S. 147 ff; BGH JR 1980 S. 210 f, 211; BGH StV 1982 S. 467 f; BGH NStZ 1983 S. 117 und 500; mit Einschränkungen für Provokationsfälle auch BGH 26 S. 256 ff, 257; sehr stark bei Provokation einschränkend BGH 26 S. 143 ff, 145 f. — Eingehend *Warda* Jura 1990 S. 344 ff, 393 ff, 397 f. — Zum österreichischen Recht *Fuchs* Notwehr S. 125 ff.

58 Siehe BGH 26 S. 256 ff, 258; BGH NStZ 1987 S. 172 und 322 f; BayObLG JZ 1988 S. 725 f; *Maurach-Zipf* AT I § 26 Rdn. 32.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

wehr befreit ist, scil. auf Güter zugunsten des Angreifers zu verzichten. Für den Bereich der Vermögensschäden heißt das, daß der Verteidiger ein Vermögensstück bei der Verteidigung nicht deshalb opfern muß, um dem Angreifer das Mehrfache an Verlust zu sparen. Beispiel: Wenn der Angreifer seinen (!) Hund auf den Angegriffenen hetzt, braucht der Angegriffene das Tier so wenig zur Ablenkung mit (verfügbarer) Pastete zu füttern, wie er die Pastete opfern müßte, wenn der Hund auf sie gehetzt worden wäre; jedenfalls darf er das Tier sogleich erschlagen, falls sonstige Rettungsalternativen ausscheiden. Die Grenze bildet die Mindestsolidarität (dazu genauer unten 12/46 ff); von dem von jedermann zur Erhaltung besonders hochwertiger Güter (Leben, elementare Gesundheit etc.) geforderten Beitrag ist auch der Angegriffene nicht befreit. Beispiel: Niemand darf sogleich den Angreifer mit *einem* Schuß gezielt töten, weil Kampfunfähigkeit nur durch (verfügbare) *mehrere* Schüsse auf die Beine zu erreichen gewesen wäre, der Angegriffene jedoch die Abwehr billig halten will[59]. Aber Schüsse auf die Beine des Angreifers bleiben erforderlich, wenn auch ein Wurf mit (verfügbaren) alten Fayencen des Angegriffenen den Angriff abgewehrt hätte. Bei Bemessung des Aufwands zählen subjektive Präferenzen nur, wenn sie als unumgehbar plausibel gemacht werden können. So darf z. B. auch derjenige nicht schießen, der sich durch Schläge wehren kann, aber Schlagen, unfein oder übermäßig anstrengend findet. Der Bereich des üblicherweise alltäglich zu diversen Zwecken ohne Differenzierung eingesetzten Aufwands wird in der Regel als gleichgewichtig zu behandeln sein. — Nach diesen Grundsätzen ist *fremde Hilfe*, die präsent ist oder ohne den bezeichneten Rahmen übersteigenden Aufwand gerufen werden kann, vom Verteidiger zu akzeptieren, wenn dadurch die Abwehr milder wird. Beispiel: Mehrere Personen können den rasenden Angreifer festhalten; eine Person allein müßte ihn mit einer Waffe gefährlich verletzen[60]. — Eine Pflicht zur Vorbereitung der Abwehr durch Hilfebeschaffung vor der Gegenwärtigkeit des Angriffs besteht allerdings nicht.

34 C. Zur Abwehr *ungeeignete Maßnahmen* sind nicht erforderlich und deshalb nicht gerechtfertigt (ihr Einsatz kann aber nach § 33 StGB entschuldigt sein)[61]. Das zur Abwehr zu schwache Angriffsopfer darf also nicht dem Angreifer wenigstens die — zur Abwehr nutzlose — Unbill zufügen, die es zustande bringt, sondern muß den Angriff kampflos dulden[62] (freilich wirkt der Angriff schuldmindernd, auch wenn der Angegriffene im sthenischen Affekt reagiert; siehe unten zu Notwehrexzeß 20/29). Notwehr

59 Damit erledigen sich auch RG 69 S. 180 ff, 183 f; 72 S. 383 f, 384: Das unerfreuliche Bild eines in einer Rauferei verstrickten „Uniformträgers" hat gegenüber Leben und Gesundheit nur ein verschwindendes Gewicht.

60 Wie hier *Haas* Notwehr S. 279 ff mit Nachweisen; *Bitzilekis* Tendenz S. 71 ff; *Jescheck* AT § 32 II 2 c; hauptsächlich auch *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 41; aus der Rechtsprechung wie hier RG 66 S. 244 ff, 245; 71 S. 133 ff, 134; 72 S. 57 ff, 58 (letztere Entscheidung mit verfehlter Begründung); — zu den Unterscheidungen des Reichsgerichts zwischen präsenter und erst noch zu beschaffender Hilfe siehe *Kratzsch* Grenzen der Strafbarkeit S. 13 ff; *a. A. Maurach-Zipf* AT I § 26 Rdn. 32 u. a. m.; AG Bensberg NJW 1966 S. 733 ff mit Anmerkung *Himmelreich* aaO S. 733 f. — Akzeptation von Hilfe ist entgegen verbreiteter Lehre kein Ausweichen vor dem Angriff (Notwehr ist keine Sportart!); niemand darf die Notlage für sich zur alleinigen „Klärung" reklamieren.

61 Eingehend *Warda* Jura 1990 S. 334 ff, 351 f. — *Warda* aaO S. 393 ff, 394 ermittelt bei einem Angriff mehrerer Personen die Eignung zutreffend für jeden Angreifer auch dann gesondert, wenn alle zusammen nur *ein* Ziel verfolgen: Niemand muß eine rechtswidrige Beeinträchtigung deshalb dulden, weil sie rechtswidrig ersetzt werden wird. Bei einem Angriff mit mehreren Mitteln will *Warda* freilich anders entscheiden (S. 395 f); aber ein rechtswidrig angelegter Verlauf muß nicht deshalb geduldet werden, weil bereits ein weiterer Verlauf (von wem auch immer) angelegt wurde. Soweit die Abwehr eines Verlaufs den Erfolg — und sei es minimal — verzögert, nimmt auch *Warda* (S. 344 ff, 346) eine Abwehrerlaubnis an.

62 Differenzierend, ob die Verteidigung der Art nach geeignet ist oder nicht, *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 35; bei bloßem Intensitätsdefizit der Abwehr soll danach Rechtfertigung eintreten.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

ist keine Strafe; der Angreifer hat nicht etwa ein Mindestmaß an Abwehr verwirkt, sondern Notwehr dient dem Güterschutz und ist jenseits dessen unzulässig. — Da sich der Abwehrende eine zumindest kleine Erfolgschance oder die Chance einer Verzögerung des Erfolgseintritts[62a] in der Regel ausrechnen wird, dürfte der Komplex bei der hier vorgeschlagenen Bestimmung der Erforderlichkeit subjektiv und ex ante praktisch ohne größere Bedeutung sein.

35 D. Auch die Beurteilung der Rechtmäßigkeit *automatisierter* (oder tierischer) *Schutzanlagen*[63] erfolgt nach diesen Grundsätzen. Da es an einer Verpflichtung des Angegriffenen fehlt, für den Fall eines Angriffs Vorsorge für die Verfügbarkeit möglichst schonender Abwehrmittel zu treffen[63a], kann es bei Selbstschutzanlagen nicht darauf ankommen, ob im Fall des Angriffs eine den Angreifer stärker schonende Anlage auch genügt hätte; vielmehr sind die Anlagen so zu beurteilen, als habe sich der Angegriffene aller Abwehrmöglichkeiten bis auf die Benutzung der Anlage begeben[64]: Der Halter der Anlage trägt also das Haftungsrisiko für den Fall, daß die Anlage durch erkennbar schuldlos handelnde Personen oder bei bloßem Unfug (siehe unten 12/48) ausgelöst wird und den Angreifer verletzt, oder wenn bei Minimalangriffen die Mindestsolidarität mißachtet wird; Beispiel[65]: Selbstschüsse gegen den Zecher, der im fremden Obstgarten seinen Rausch ausschlafen will, sind unzulässig. Man mag solche Anlagen wegen dieser Gefahren überhaupt für einen Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und deshalb für unzulässig halten[66], nur wird der Einsatz gegen Güter eines rechtswidrig Angreifenden dadurch (mangels Rechtswidrigkeitszusammenhangs) nicht auch rechtswidrig.

36 E. Da der Angegriffene auch nur partielle Wirkungen des Angriffs nicht hinnehmen muß, ist er *nicht verpflichtet, dem Angriff auszuweichen*[67]. Ob das Ausweichen als „schimpfliche Flucht" oder als Nachgeben des Klügeren zu interpretieren wäre, muß gleichgültig sein, solange das Freisein von Fremdbestimmung zu den notwehrfähigen Gütern zählt[68]. Die Grenze des Zulässigen liegt beim Übergang zur Unfugabwehr und bei der Verletzung der Mindestsolidarität.

62a Verzögern des Erfolgseintritts ist Abwehr; dazu eingehend *Warda* Jura 1990 S. 344 ff, 346.

63 Die Notwendigkeit einer polizeirechtlichen Erlaubnis solcher Anlagen ist für § 32 StGB so irrelevant wie die Notwendigkeit eines Waffenscheins für die Rechtfertigung der Benutzung dieser Waffe in Notwehr (dazu oben 12/28); es fehlt jeweils am Rechtswidrigkeitszusammenhang.

63a Das verkennt wohl *Kunz* GA 1984 S. 539 ff, 549.

64 Wie hier *LK*[8]*-Jagusch* § 53 Anm. 3 Buchstabe f; — einschränkend *Kunz* GA 1984 S. 539 ff, 550; *LK-Spendel* § 32 Rdn. 248 ff; siehe auch *Maurach-Zipf* AT I § 26 Rdn. 49.

65 Siehe auch OLG Braunschweig MDR 1947 S. 205 f: keine Erlaubnis tödlicher Stromanlagen zum Schutz von Obst.

66 Siehe *H. Mayer* AT S. 205.

67 Klar RG GA 46 (1898/99) S. 31 f: Verteidigung ist erlaubt, Ausweichen ist aber keine Verteidigung, also bei der Bestimmung des Erforderlichen nicht zu berücksichtigen; BGH NJW 1989 S. 3027 f mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen; ebenso *Kratzsch* GA 1971 S. 65 ff, 75; hauptsächlich auch *Wagner* Notwehrbegründung S. 56 ff; *a. A. Montenbruck* Thesen S. 30 f.

68 Soweit ein Zurückweichen vor den Angriffen geisteskranker Personen verlangt wird (*Welzel* Strafrecht § 14 II 2; *Stratenwerth* AT Rdn. 435), erledigt sich die Problematik dadurch, daß nach der hier vertretenen Ansicht deren Attacken schon keine rechtswidrigen Angriffe sind. Ansonsten hauptsächlich wie hier die überwiegende Lehre; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 40; *Maurach-Zipf* AT I § 26 Rdn. 37 ff, jeweils mit Nachweisen; ebenso auch die neuere Rechtsprechung; BGH 24 S. 356 ff, 358 (zu dieser Entscheidung siehe *Roxin* NJW 1972 S. 1821 f; *Schröder* JuS 1973 S. 157 ff; *Lenckner* JZ 1973 S. 253 ff); BGH NJW 1980 S. 2263 f (unter freilich verfehlter Berufung auf einen angeblichen Ehrenkodex für Raufhändel; dagegen Arzt JR 1980 S. 211 ff, 212); BGH NStZ 1981 S. 138, wo das Ausweichen nur noch als Konsequenz von provozierten Angriffen genannt wird. — Anders aber RG 71 S. 133 ff, 134; BGH 5 S. 245 ff, 248 f und insbesondere BGH NJW 1962 S. 308 f, wo gefordert wird, den Wirkungskreis randalierender Angreifer von vornherein zu meiden (ablehnend hierzu *Gutmann* NJW 1962 S. 286 ff; *Baumann* MDR 1962 S. 349 f; *Schröder* JR 1962 S. 187 ff). Im zu entscheidenden Fall war zwischen den Beteiligten über längere Zeit eine Art

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

37 F 1. Die Erforderlichkeit soll sich nach einer verbreiteten Meinung auf die Verteidigungshandlung beziehen, nicht auf den Verteidigungserfolg. Wegen dieses Handlungsbezugs soll Rechtfertigung auch dann eintreten, wenn dem Angreifer Verletzungen beigebracht werden, die der Verteidiger nicht vorausgesehen und deshalb auch nicht bei der Bestimmung der Erforderlichkeit berücksichtigt hat[69].

38 2. Das zutreffende Ergebnis läßt sich jedoch mit den allgemeinen *Irrtumsregeln* besser begründen:

a) Bringt die Abwehrhandlung unvermeidbar (weder vorsätzlich noch fahrlässig) eine Verletzungsfolge, so ist schon mangels einer diesbezüglichen Handlung nicht zu haften.

b) Bringt die Abwehrhandlung vermeidbar (vorsätzlich oder — hier relevant — fahrlässig) eine Verletzungsfolge (Beispiel[70]: Schon beim Hochreißen der Schußwaffe zum Zweck einer Drohung löst sich ein Schuß), so ist zu unterscheiden:

aa) Ist die Verletzung zur Abwehr nötig, so ist ihre Herbeiführung erforderlich, gleich ob man auf die Handlung oder auf den Erfolg abstellt.

bb) Ist die Verletzungsfolge der Handlung zur Abwehr überflüssig, hatte der Verteidiger aber nicht die Möglichkeit zu einer anderen Handlung, so ist mangels Verfügbarkeit eines milderen Abwehrmittels der Einsatz des scharfen Mittels gerechtfertigt.

cc) Ist die Verletzung zur Abwehr überflüssig und hatte der Verteidiger eine erkennbare Verhaltensalternative mit milderer Folge, so darf er die Handlung mit der schärferen Folge nicht vollziehen[71]. — Bei Beurteilung des in dieser Fallgruppe gegebenen Irrtums über die Rechtfertigungslage sind der bei Notwehr regelmäßig vorliegende Entscheidungszwang sowie § 33 StGB zu berücksichtigen.

VII. Die Einschränkungen des Notwehrrechts

A. Einschränkung durch die Menschenrechtskonvention?

39 1. Es ist umstritten, ob die MRK[72], insbesondere der hier einschlägige Art. 2 MRK, nur für hoheitliches Handeln gilt[73] oder auch für privates Handeln[74], wobei die erste

Privatkrieg — mit allerdings eindeutig verteilter Angreiferrolle — entbrannt; deshalb war die Notwendigkeit von Abwehr planbar geworden; für solche Fälle wäre de lege ferenda festzulegen, daß polizeiliche Hilfe auch gegen noch nicht gegenwärtige Angriffe anzufordern ist.

69 Siehe hierzu *Himmelreich* Notwehr und unbewußte Fahrlässigkeit passim; *ders.* GA 1966 S. 129 ff; *Niese* Finalität S. 46; *Schaffstein* Welzel-Festschrift S. 557 ff, 576; *Noll* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe S. 37; *R. Schmitt* JuS 1963 S. 64 ff; *Schmidhäuser* AT 9/103; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 38; *Jescheck* AT § 32 II 2 b; *R. Hassemer* JuS 1980 S. 412 ff.

70 BGH 25 S. 229 ff, 230; 27 S. 313 ff; siehe auch RG 56 S. 285 f.

71 BGH 27 S. 313 ff, 314.

72 Gesetz vom 17. 8. 1952, BGBl. II S. 686. — Die Konvention hat den Rang eines einfachen Gesetzes; BVerfG 10 S. 271 ff, 274; völkerrechtlich bindet die Konvention in englischer und französischer Fassung; als innerstaatliches Recht wurde auch die deutsche Fassung verkündet; ihre Interpretation hat entsprechend der völkerrechtlichen Bindung unter Berücksichtigung des englischen und französischen Textes zu erfolgen.

73 Das wird meist als Verhältnis Staat—Bürger bezeichnet, aber zu diesem Verhältnis gehört jede Norm und damit auch § 32 StGB! — Für Beschränkung auf hoheitliches Handeln: *Strauß, Schafheutle u. a.* Niederschriften Bd. II S. 131 ff; siehe auch aaO Anhang Nr. 26, S. 79 ff; *Bockelmann* Engisch-Festschrift S. 456 ff; *Partsch* in: *Bettermann-Neumann-Nipperdey* Bd. I (1) S. 235 ff, 333 ff, 336 mit eingehender Darstellung der Entstehung des Wortlauts; *Krüger* NJW 1970 S. 1483 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 62; *Lenckner* GA 1968 S. 1 ff, 5 f; *Krey* JZ 1979 S. 701 ff, 709; *Geilen* Jura 1981 S. 210 ff, 370 ff, 377 f; *Jescheck* AT § 32 V und *LK-Spendel* § 32 Rdn. 259 mit ausführlichen Nachweisen. — Ob die Konvention im Bereich hoheitlichen Handelns überhaupt von den einschlägigen Kompetenznormen abweicht, ist streitig; siehe *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 62. — Es ist eine andere Frage, ob es die Konvention den Staaten auferlegt, für ein angepaßtes innerstaatliches Recht zwischen Privaten zu sorgen.

74 *Dürig* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 1

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Lösung mit dem sonstigen Regelungsinhalt der Konvention (in den Art. 2 bis 9 MRK) und insbesondere dem sonstigen Inhalt des Art. 2 MRK (Todesstrafe, Festnahmerecht, Bekämpfung von Aufruhr und Aufstand) besser harmoniert.

2. Nachdem die Notwehrregelung des § 32 StGB lex posterior ist (seit 1. 1. 1975)[75], **40** muß jedenfalls die Konkurrenz von Konvention und Notwehr neu bestimmt werden, und zwar in einer stärker auf innerstaatliches Recht bezogenen Interpretation. Den Ansatz hierzu bildet, daß nach dem Wortlaut der Konvention zwar eine „Verteidigung eines Menschen gegenüber rechtswidriger Gewaltanwendung" (Art. 2 Abs. 2 Buchstabe a MRK) zulässig sein soll, daß aber weder von einem Angriff als schuldhaftes Verhalten noch von dessen Gegenwärtigkeit die Rede ist; mit anderen Worten, die Konvention regelt keine Notwehr im modernen Verständnis, sondern eine weit weniger spezifizierte Notlage (nicht einmal eine Handlung als Mindestvoraussetzung steht fest). Was aber schon in dieser kaum spezifizierten Lage erlaubt ist, muß in einer streng spezifizierten Lage nicht das Höchstmaß des Erlaubten bezeichnen[76]. Zudem ist der Begriff der Gewaltanwendung unbestimmt („Anwendung" als Handlung oder als bloßes Bewirken, Gewalt als Kraftentfaltung, gegen Personen und Sachen, körperliche Zwangswirkung, Zwangswirkung überhaupt?)[77]. Unbestimmt ist ebenfalls der Begriff der Verteidigung eines Menschen (als Person oder als biologisches System, im Gegensatz zu Sachen oder zu juristischen Personen, gegen alle Angriffe auf Persönlichkeitsrechte, auch gegen Angriffe auf sein Eigentum?). Bei dieser Lage — die fremdsprachlichen Texte geben keine Aufklärung, insbesondere nicht zur Frage der Qualifikation des Angriffs — gibt die Konvention nur eine umrißhafte Mindestgarantie für eine einzelne, weit bestimmte Konfliktlage unter mehreren möglichen[77a], insbesondere enger bestimmbaren Konfliktlagen. Dieser Rahmen wird weder durch § 32 StGB noch durch die Normen, die hoheitliche Verteidigungen regeln, ausgeschöpft[78].

B. Die Sondernormen für hoheitliches Handeln[79]

1. Notwehr ist eine in der Regel nicht vorbereitete Verteidigung eines Guts. Die **41** regelmäßige Spontaneität[80] wie auch die Fixierung am Gut und nicht an der öffentli-

---

Abs. 2 Rdn. 62, Art. 2 Abs. 2 Rdn. 15; *SK-Samson* § 32 Rdn. 29; *Echterhölter* JZ 1956 S. 142 ff, 143; *Frister* GA 1985 S. 553 ff; 559; *Trechsel* ZStW 101 S. 819 ff, 821; im Ergebnis auch *Stratenwerth* AT Rdn. 440; hauptsächlich (Verbot absichtlicher Tötung zur Abwehr von Angriffen auf Sachen) auch *Wagner* Notwehrbegründung S. 67 f; wohl auch *Montenbruck* Thesen S. 5.

75 Hierbei wurde der Regelungsumfang der Konvention nicht geklärt, siehe BT-Drucksache V/4095 S. 14 linke Spalte oben.

76 Nur so ergibt sich auch eine einigermaßen brauchbare Harmonie mit Art. 2 Abs. 2 Buchstabe b MRK, der Tötung bei einer ordnungsgemäßen Festnahme und bei Flucht aus einer ordnungsgemäßen Festnahme zuläßt, ohne die Gewichtigkeit des Grunds der Festnahme auch nur zu erwähnen. Die (praktisch kaum je auszuschließende) Intention, zumindest *auch* repressiv tätig zu werden, sprengt alle Fesseln nach Buchstabe a.

77 Unklar ist auch die Dichte der Gefahr; jedenfalls wird der Verteidiger nicht die ersten Gewaltwirkungen abwarten müssen; — die Problematik der Gewaltanwendungsversuche mit untauglichen Mitteln dürfte je nach Lage wie bei der Notwehr oder wie beim Notstand zu entscheiden sein.

77a Die Regelung der Konvention ist also nicht lex specialis zu § 32 StGB; anders *Frister* GA 1985 S. 553 ff, 564. Sie ist auch nicht abschließend (anders wiederum *Frister* aaO S. 563); ob eine rein subjektive Interpretation einen Abschluß ergibt (so *Frister* aaO), kann dahinstehen, jedenfalls ist dies objektiv nicht haltbar: Nicht einmal Tötungen im Krieg oder im Rahmen des Artikel 20 Abs. 4 GG sind genannt!

78 Im Ergebnis ebenso *Schmidhäuser* AT 9/88.

79 Ein analoges Problem besteht beim rechtfertigenden Notstand; dazu unten 13/42 mit weiteren Nachweisen.

80 Bei organisierten Bürgerwehren mögen dementsprechend die Freiheiten der Notwehr(hilfe) als Bedrohung des Rechtsfriedens empfunden wer-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

chen Ordnung trennen Notwehr(hilfe) von hoheitlicher Gefahrenabwehr, insbesondere von polizeilicher Verbrechensverhütung. Das vorbereitete Handeln zur Verbrechensverhütung (eine Aufgabe der Polizei) folgt aus verschiedenen Gründen eigenen Regeln. Es geht einmal um die Bindung der öffentlichen Gewalt überhaupt, ferner um die Berechenbarkeit öffentlichen Handelns und um eine generalisierende Bestimmung der Effektivität; letzteres heißt: Der Fehlschlag im Einzelfall kann eines besseren generellen Erfolgssaldos wegen hingenommen werden. Jedenfalls geht es nicht um die im Einzelfall optimale Effektivität. Wenn z. B. ein Schuß, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, nur zur Abwehr von Gefahren für Leben und schwere körperliche Verletzung als polizeiliches Handeln zulässig ist[81], so ergibt sich daraus kein Wertungswiderspruch zur Notwehrregelung für private Personen, die im Rahmen des Erforderlichen auch beim Schutz von Sachgütern Tötung zuläßt; vielmehr nimmt der Staat bei polizeilichem Handeln einen im Einzelfall nicht zu rechtfertigenden Verlust hin, um die Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns und Lebensschutz als staatliche Aufgabe um so deutlicher zu konturieren. Da ein abwehrender Bürger privat handelt, kann er die Erreichung der genannten Ziele nicht gefährden und deshalb im Einzelfall *mehr* Eingriffsbefugnis haben als ceteris paribus der Polizist[82]. Umgekehrt macht es die stärkere Bindung der Polizei tolerierbar, bei ihrem hoheitlichen Handeln von der Gegenwärtigkeit abzurücken und die Abwehr an die zeitliche weitere Gefahr anzubinden[83].

42 2. Die genannte Kanalisierung des polizeilichen Handelns würde obsolet und die formelle Rechtsstaatlichkeit wäre dahin, wenn die Polizei sich nicht nur auf die Legitimationen zu hoheitlicher Zwangsanwendung, sondern auch auf die im Merkmal der Erforderlichkeit generalklauselhafte Notwehr(hilfe) berufen könnte[84], zumal die Notwehr(hilfe) als Bürgerrecht aus dem Bereich polizeilicher Weisungsbefugnis und Handlungsverpflichtung herausfällt, so daß jeder einzelne Polizist über sein Eingreifen allein zu entscheiden hätte[85]. Also kann Notwehr durch die Polizei nicht geboten

---

den; siehe *Arzt* Schaffstein-Festschrift S. 77 ff, 86 f; *Schaffstein* Schröder-Gedächtnisschrift S. 97 ff, 102; siehe auch oben zur Staatsnotwehrhilfe 12/9 ff.

81 Etwa nach Art. 45 Abs. 2 Satz 2 Bay.PAG vom 24. 8. 1978, GVBl. S. 561; ebenso nach § 41 Abs. 2 Satz 2 Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder, mitgeteilt bei *Heise* Musterentwurf (1978).

82 Entsprechendes gilt für die Bindung der Mittel (Art. 40 Abs. 4 Bay.PAG), für das Erfordernis der Androhung (Art. 43 Bay.PAG; § 13 UZwG vom 10. 3. 1961, BGBl. I S. 165), die Subsidiarität des Schußwaffengebrauchs (Art. 45 Bay.PAG; § 12 UZwG) etc. — Kritisch zur hiesigen Argumentation *Frister* GA 1988 S. 291 ff, 298 mit Fn. 32.

83 Der Gegensatz zwischen der polizeilichen Befugnis und § 32 StGB ist nicht derjenige zwischen Verhältnismäßigkeit und Unverhältnismäßigkeit; auch § 32 StGB erlaubt nur eine verhältnismäßige Abwehr, aber nicht zu deuten als Güterproportionalität, sondern als Abwägung von Recht und Unrecht (insoweit ähnlich *Bockelmann-Volk* AT § 15 B I 4; *Schroeder* Maurach-Festschrift S. 127 ff, 139). Eine polizeiliche Befugnis bis hin zu der Abwehr, die nach § 32 StGB gerechtfertigt ist, würde so wenig unverhältnismäßig sein, wie z. B. Freiheitsstrafe bei Vermögenskriminalität unverhältnismäßig ist.

84 So allerdings die überwiegende Ansicht im Strafrecht; *Bockelmann* Dreher-Festschrift S. 235 ff; *Gössel* JuS 1979 S. 162 ff, 165; *Klose* ZStW 89 S. 61 ff, 79; *Lange* JZ 1976 S. 546 ff, 547; *Rupprecht* JZ 1973 S. 263 ff, 264 f; *Schwabe* Notrechtsvorbehalte S. 38 ff, 51 ff, 54 ff; *ders.* NJW 1974 S. 670 ff, 672; *ders.* JZ 1974 S. 634 ff; *ders.* NJW 1977 S. 1902 ff; *Seebode* Klug-Festschrift S. 359 ff, 371 ff; *LK*[9]*-Baldus* § 53 Rdn. 19; *LK-Spendel* § 32 Rdn. 263 ff; *Lackner* § 32 Anm. 3 b; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 42 c mit ausführlichem Referat des Meinungsstands Rdn. 42 b bis d.

85 Zutreffend *Drews-Wacke-Vogel-Martens* Gefahrenabwehr S. 548; *a. A.* allerdings *Schwabe* Notrechtsvorbehalte S. 58.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

sein[86, 87]. Freilich bleibt der Polizist auch Bürger und hat die Rechte eines Bürgers; soweit er jedoch als Polizist die Abwehr des Angriffs verfolgt, ist sein Handeln als Bürger nicht geboten, wie überhaupt private Abwehr neben polizeilicher Abwehr nicht geboten ist[88]. — Ob es um Notwehrhilfe durch die Polizei für private Personen geht, oder ob ein Polizist im Dienst selbst angegriffen wird, ist für die Lösung gleichgültig[89].

3 a) Die zu den polizeilichen Legitimationen übliche Klausel[90], Notwehr — oder **43**
die zivil- und strafrechtliche Wirkung von Notwehr — bleibe unberührt[91], läuft leer, da Notwehr(hilfe) bei polizeilicher Abwehr rechtlich ausgeschlossen ist[92].

b) Es ist nicht selbstverständlich, daß ein polizeiliches Handeln unter Überschrei- **44**
tung polizeilicher Legitimationen, aber im Rahmen der Notwehrhilfe, mehr ist als ein Verstoß gegen polizeiliche Dienstpflichten[93], scil. rechtswidrige Verletzung des bei der

---

86 So mit unterschiedlicher Begründung und unterschiedlicher Reichweite *Blei* JZ 1955 S. 625 ff; *ders.* AT § 40 II 4; *Haas* Notwehr S. 319 ff; *Amelung* NJW 1977 S. 833 ff, 840; *ders.* NJW 1978 S. 623 f; *Sydow* JuS 1978 S. 222 ff, 224 f; *Lerche* v. der Heydte-Festschrift Bd. II S. 1033 ff, 1044 ff, 1048; *Kunz* ZStW 95 S. 973 ff, 981 ff; *SK-Samson* § 32 Rdn. 35; tendenziell auch *Drews-Wacke-Vogel-Martens* Gefahrenabwehr S. 547 f; siehe auch BVerfG 33 S. 1 ff, 17. — Für ein durch die Verhältnismäßigkeit der betroffenen Güter begrenztes Notwehrhilferecht *Seelmann* ZStW 89 S. 36 ff, 50 ff; im Ergebnis ebenso *Dreher-Tröndle* Rdn. 6 vor § 32; für eine Begrenzung nach den Maßstäben des defensiven Notstands *Schaffstein* Schröder-Gedächtnisschrift S. 97 ff, 112 f. — Für eine Begrenzung durch „Schutzpflichten . . . auch gegenüber demjenigen, von dem die Bedrohung ausgeht" *Stratenwerth* AT Rdn. 442. — Zum schweizerischen Recht siehe *Donatsch* Beurteilung S. 82 f.

87 Das Merkmal des Gebotenseins in § 32 StGB ist nicht — im normlogischen Sinn — als „Befohlensein" zu verstehen, sondern als „Angebrachtsein". Es handelt sich um einen — rechtsstaatlich zweifelhaften — Sammelbegriff für Notwehreinschränkungen; siehe BT-Drucksache V/4095 S. 14; *Baumann-Weber* AT § 21 II 1 a a. E.; *Krey* JZ 1979 S. 701 ff, 713 f; siehe ferner *Lenckner* GA 1968 S. 1 ff, 2, 6; *Himmelreich* GA 1966 S. 129 ff, mit freilich verfehlter Aufschlüsselung des Begriffs; *a. A. Kratzsch* Grenzen S. 44 ff; *ders.* GA 1971 S. 65 ff, 76, 81 f, der wegen des Art. 103 Abs. 2 GG über § 32 StGB ein Interpretationsverbot verhängt, dabei aber den Unterschied zwischen — verbotener — frei wertender und — zulässiger — systembildender Interpretation verkennt. Gegen *Kratzsch* zutreffend *Stree* in: Einführung S. 36; zum Streit um die Geltung des Grundsatzes der Gesetzesbindung für Rechtfertigungsgründe siehe *Krey* Studien S. 233 ff und oben 4/44.

88 Dazu unten 12/45; siehe auch *Drews-Wacke-Vogel-Martens* Gefahrenabwehr S. 548; — *anders* insbesondere *Bockelmann* Engisch-Festschrift S. 456 ff, 467; zutreffend dagegen wiederum *Lerche* v. der Heydte-Festschrift Bd. II S. 1033 ff, 1040.

89 *Lerche* v. der Heydte-Festschrift Bd. II S. 1033 ff, 1041 f; ein Notwehrrecht bei Angriffen gegen den Polizisten selbst (teils auch beim Angriff gegen nahe Angehörige) soll allerdings bestehen nach *Blei* JZ 1955 S. 625 ff, 627; *Amelung* NJW 1977 S. 833 ff, 839 f; *ders.* JuS 1986 S. 329 ff, 332 f; *Maurach-Zipf* AT I § 26 Rdn. 34; *Krey* und *Meyer* ZRP 1973 S. 1 ff, 4; *LK-Hirsch* § 34 Rdn. 18 f (für Not*stands*abwehr); *Schünemann* GA 1985 S. 341 ff, 365 f.

90 Nachweise bei *Drews-Wacke-Vogel* Gefahrenabwehr Bd. 1, 8. Auflage 1975, S. 331.

91 Z. B. Art. 39 Abs. 2 Bay.PAG (Fn. 81); § 35 Abs. 2 Musterentwurf (Fn. 81). — Die Klausel stellt heraus, daß die Bundesländer ihren Mangel an Gesetzgebungskompetenz zur Regelung der Notwehr respektieren und daß sie die Notwehr *nicht* als polizeiliche Befugnis landesrechtlich übernehmen.

92 Diese Lösung mag eine erweiternde Interpretation einzelner polizeilicher Eingriffsbefugnisse nötig machen; hierzu *Lerche* v. der Heydte-Festschrift Bd. II S. 1033 ff, 1048. — Zu den Selbstschutzrechten der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten verbündeten Streitkräfte siehe die Kontroverse zwischen *Lübbe-Wolff* NJW 1983 S. 2222 ff und *Batstone* und *Stiebritz* NJW 1984 S. 770 ff.

93 Die Klausel könnte also dahin zu deuten sein, daß ein Vorliegen von Notwehr die disziplinarrechtliche Verfolgung nicht ausschließt. Einer solchen Lösung entspricht die Lage bei §§ 218 ff StGB; bei bloßem Verstoß gegen die zur Rechtfertigung erforderlichen Verfahrenserfordernisse der Beratung oder ärztlichen Feststellung wird nicht wegen rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruchs, sondern wegen Verstoßes gegen die Verfahrenssicherung nach §§ 218 b, 219 StGB bestraft; — entsprechend wird die Klausel für Notwehr als Spaltung der Rechtswidrigkeit verstanden von *Kratzsch* NJW 1974 S. 1546 f; *Klose* ZStW 89 S. 61 ff, 79; *Schmidhäuser* in: Aktuelle Probleme S. 53 ff, 60; *Seebode* Klug-Festschrift S. 359 ff, 371 ff; im Ergebnis auch *Götz* Allgemeines Poli-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Abwehr betroffenen Guts. Der Zweck des Vorrangs der Sondernormen für hoheitliches Handeln ist nicht in erster Linie der Schutz des Angreifers, sondern der Schutz des Rechtsstaats und allenfalls dadurch vermittelt auch des Angreifers. Freilich wird in der Umkehrung, nämlich bei der Anmaßung hoheitlicher Befugnisse durch Private — etwa bei Überschreitung der engen Grenzen der Staatsnotwehrhilfe oder bei Mißachtung des Vorrangs staatlicher Hilfe bei der Selbsthilfe — nicht nur wegen Amtsanmaßung (§ 132 StGB) gestraft, sondern (auch) wegen Verletzung des von der Abwehr betroffenen Guts; ebenso wird — mangels Sondervorschrift — beim Fehlen sonstiger sichernder Rechtfertigungsvoraussetzungen entschieden, etwa bei Mißachtung der Notwehrbegrenzung auf gegenwärtige Angriffe. Solange besondere Strafvorschriften für ein polizeirechtlich nicht mehr erlaubtes Handeln fehlen, wird auch in diesen Fällen aus dem Delikt zu strafen sein, das die Verletzung des bei der Abwehr betroffenen Guts erfaßt, obgleich dann die Strafe nicht vorrangig wegen der Verletzung des Guts (in der Hand des Angreifers), sondern wegen der Verletzung der rechtsstaatlichen Bindungen verhängt wird[94]. Der regelmäßig herabgesetzte Unrechtsgrad[95] ist bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.

C. Die Einschränkung der Notwehr neben hoheitlichem Handeln

45 Wenn die Polizei die Abwehr übernommen hat und auch fähig ist, sie durchzuführen, beginnt die Phase staatlich organisierter Angriffsabwehr. Eine private Abwehr würde die staatliche Zuständigkeit für die organisierte Abwehr in Frage stellen; Notwehr scheidet dann also aus[96]. Zu der Situation, daß ein Privater die erforderliche Abwehr übernimmt, die ein anwesender Polizist wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und weiterer Beschränkungen, insbesondere beim Schußwaffengebrauch, nicht mehr leisten darf, kann es deshalb nicht kommen.

Eine Abwehrhandlung, die bei präsenter Polizei von einem Privaten vollzogen wird, ist wegen der Kompetenzverwischung Unrecht und nur vermittelt durch diesen Grund auch wegen der Verletzung der Güter des Angreifers. Das Unrecht wird also modifiziert, entsprechend der Modifizierung des Unrechts bei Inanspruchnahme der Notwehr durch die Polizei.

D. Die Einschränkung durch die Garantie der Mindestsolidarität

46 1. Die Notwehr kennt im Merkmal der Erforderlichkeit keine Güterproportionalität; der Angegriffene muß sich um die Güter des Angreifers nur insoweit scheren, als er

---

zei- und Ordnungsrecht Rdn. 334 (amtspflichtwidriges Verwaltungshandeln, aber nicht strafbar); siehe auch *Amelung* Einwilligung S. 118 Fn. 11; ausführliche Nachweise bei *Haas* Notwehr S. 318 Fn. 13.

94 Ausführlich hierzu *Haas* Notwehr S. 329 ff.

95 *Kern* ZStW 64 S. 255 ff, 264 f; *Lenckner* Notstand S. 32 ff, 36; *Haas* Notwehr S. 338; *Krümpelmann* Bagatelldelikte S. 27 ff, 30 f.

96 Streitig; die Entscheidung des Problems wird oft nicht ausdrücklich herausgestellt, sondern muß dem Kontext entnommen werden. Ausdrücklich für Zurücktreten der Notwehr (mit unterschiedlicher Reichweite; nach der hier vertretenen Ansicht geht es um ein Zurücktreten bei Übernahme durch die präsente Polizei; die Notwendigkeit, für Präsenz der Polizei zu sorgen, richtet sich hingegen nach den Maximen der Erforderlichkeit, oben 12/33) *Arzt* Schaffstein-Festschrift S. 77 ff, 84; *Bockelmann* Honig-Festschrift S. 19 ff, 30; *Haas* Notwehr S. 289 ff mit Nachweisen; *Merten* Rechtsstaat und Gewaltmonopol S. 56 f unter zweifelhafter Deutung der Notwehr als übertragene Gewalt; *Wagner* Notwehrbegründung S. 61 f; *Bitzilekis* Tendenz S. 74 ff; *Eb. Schmidt* Lehrkommentar Teil I S. 37 Rdn. 6, S. 167 Rdn. 286; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 41; *LK-Spendel* § 32 Rdn. 234; — *a. A. Suppert* Studien S. 283 f; *Rudolphi* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 371 ff, 390 ff; hauptsächlich auch *Fuchs* Notwehr S. 140.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

sie nicht mehr als erforderlich verletzen darf. Diese Regelung, nach der bei uneingeschränkter Anwendung im Extremfall mehrere Mitglieder einer angreifenden Bande zur Verteidigung minimaler Werte getötet werden können, widerspricht dem Grundgedanken von § 323 c StGB, wonach in Notfällen auch Personen, die ansonsten in keiner Sonderbeziehung stehen, im öffentlichen Interesse[97] gegenseitig zu Solidarität verpflichtet sind. Die Egalisierung dieses Widerspruchs ist eine der Konkretisierungen des Gebotenseins der Notwehr[98].

Allerdings wird nach § 323 c StGB die Versagung dieser Solidarität nur in Unglücksfällen oder bei gemeiner Not bestraft, während es bei der Notwehr um die Solidarität mit einem Angreifer geht, der als schuldhafter Verursacher für die Konfliktlage einzustehen hat. Der Grundgedanke der Vorschrift trifft aber trotzdem zu, da die Entscheidung, ob der Angreifer allein für die Folgen einzustehen hat oder aber noch auf eine Mindestsolidarität vertrauen darf, nicht nur davon abhängt, ob der Angreifer sich selbst ins Unrecht begibt, sondern auch in welchem Maß er das treibt. Weil der Angreifer immerhin für die Konfliktlage voll zuständig ist, kann die Pflicht zur Berücksichtigung der Interessen des Angreifers zwar an engere Voraussetzungen geknüpft werden als bei § 323 c StGB, aber sie endet bei rechtswidrigen Angriffen nicht überhaupt[99]. Zweifelhaft ist allerdings, ob sich der *Haftungsumfang auch nach § 323 c StGB oder nach dem jeweiligen Verletzungsdelikt* richtet. Letzteres dürfte allenfalls bei Trutzwehr der Fall sein[100]; denn ansonsten, scil. bei Handeln nur im eigenen Organisationskreis, bleibt es schon nach allgemeinen Regeln bei einer Haftung aus § 323 c StGB (siehe oben 7/60, 65). Beispiel: Der Angegriffene schließt zur Vermeidung eines geringfügigen Hausfriedensbruchs vor dem heranstürmenden Angreifer das Tor, an dem sich der Angreifer, der das nicht merkt oder der nicht mehr stoppen kann, den Kopf einrennt; — § 323 c StGB durch Begehen (siehe oben 7/66).

2. *Einzelheiten*[101]: **47**

a) Eine Pflicht zur Rücksicht läßt sich nicht begründen, wenn der Angreifer das Risiko der Abwehr*folgen* im konkret erforderlichen Maß vorsätzlich und schuldhaft

---

97 Soweit — wie nachfolgend ausgeführt wird — Notwehr entfällt, besteht also wie bei § 323 c StGB eine öffentlich-rechtliche Entschädigungspflicht des Fiskus gegenüber dem Angegriffenen; *a. A. Dilcher* Hübner-Festschrift S. 443 ff, 457. — Zu den Bedingungen, die nötig sind, um einen Verzicht auf Notwehr tolerierbar zu machen (auch *faktische* Übernahme durch die Polizei) siehe *Arzt* Schaffstein-Festschrift S. 77 ff, 84 ff; *Schaffstein* Schröder-Gedächtnisschrift S. 97 ff, 100.

98 Siehe oben Fn. 87; — zur Geschichte der Einschränkungen siehe *Eb. Schmidt* Niederschriften Bd. II Anhang 21 S. 51 ff.

99 Die Wertungen lassen sich nicht mehr detaillieren; jedenfalls ist alles verfehlt, was die Proportionalität gegenüber § 323 c StGB zu Lasten des Angegriffenen verändert.

100 Die Folge der Verletzung der Mindestsolidarität kann bei Trutzwehr Haftung aus dem entsprechenden Begehungs-Verletzungsdelikt sein, weil solche Abwehr nicht nur eine Organisation *innerhalb* des eigenen Organisationskreises ist, sondern ein Eingriff in einen fremden Kreis (zweifelhaft).

101 Ein Notwehrausschluß bei Minimaleingriffen entsprechend den Regeln b und c, nicht aber die Ausnahme vom Ausschluß nach der Regel a, wird auch von der überwiegenden Ansicht mit freilich höchst unterschiedlicher Begründung und Reichweite angenommen (eingehende Nachweise bei *Kühl* Jura 1990 S. 244 ff, 249 f):
1. Überwiegend wird auf fehlendes „Rechtsbewährungsinteresse" abgestellt. Diese Formel erfaßt die Begrenzung der nach verbreiteter Lehre zulässigen Notwehr gegen schuldlos Angreifende. Für die Minimalangriffe muß hinzukommen, daß Rechtsbewährung nicht um jeden Preis erwünscht ist. Das dürfte der hiesigen Formel von der Mindestsolidarität entsprechen. — *Jescheck* AT § 32 III 3 b; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 50; *SK-Samson* § 32 Rdn. 22 f; *Krause* Bruns-Festschrift S. 71 ff, 82; *Lenckner* GA 1968 S. 1 ff, 4; *Roxin* ZStW 93 S. 69 ff, 94 ff; *Schumann* JuS 1979 S. 559 ff, 565; siehe auch *Dubs* SchwZStr. 89 (1973) S. 337 ff, 347; *Wagner* Notwehrbegründung S. 83 ff; der Sache nach ebenso *Krey* JZ 1979 S. 701 ff, 713 f; ähnlich *Montenbruck* Thesen S. 27 ff; 74: keine „hinreichende Gefährdung der Rechtsfriedensordnung".

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

eingeht; denn so wie die vorsätzlich bewirkte Katastrophe keine Rettungspflicht zugunsten des Vorsatztäters bedingt, muß der Angegriffene nicht besorgen, was der Angreifer voll zurechenbar bewußt nicht selbst besorgt. — Ansonsten gilt:

b) Das Notwehrrecht wird nur eingeschränkt, wenn der Angegriffene nach den Maximen der unterlassenen Hilfeleistung opferpflichtig ist. Er muß also nur geringwertige oder ersetzbare Güter preisgeben.

Zudem bleibt die Abwehr im gesamten Bereich derjenigen Abwehrschäden unverändert erlaubt, deren drohender Eintritt kein Unglücksfall ist. Beispiel: Auch geringwertige Güter dürfen durch Verprügeln des Angreifers verteidigt werden. Es geht also *nicht* um eine *durchgehende* Güterproportionalität[102].

c) Je weniger der Angreifer für den Konfliktfall einzustehen hat, um so eher gilt ihm die Mindestsolidarität; versehentliche Angriffe rangieren also vor leichtfertigen oder vorsätzlichen Angriffen. Beispiel: Wer auf Grund falscher Auskunft in einem privaten Park darauf beharrt, das Gelände sei öffentlich, darf nicht um den Preis eines Beinbruchs aus dem Park entfernt werden, wohl aber, wer sich im Vertrauen auf die Abwehrschwäche des Berechtigten dort ergeht.

48 3. Nach den genannten Grundsätzen richtet sich auch die — seit *Oetker*[103] — sogenannte Unfugabwehr, d. h. die Abwehr solcher Angriffe, die sozialadäquatem Verhalten angenähert bleiben (nächtliche Ruhestörung, etwa durch lauten Gesang nach Volksbelustigungen etc.). Hier ist ebenfalls nur die mäßige, nicht aber die schwer

---

2. Teils wird vom Opportunitätsprinzip bei der Strafverfolgung (oder der Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit) her argumentiert, was freilich nur bei Strafähnlichkeit der Notwehr korrekt wäre und auch nicht dazu paßt, daß das angegriffene Gut nicht strafrechtlich geschützt sein muß und zudem nicht bei fehlendem Schutz zwingend von geringem Gewicht ist (etwa nicht: Intimsphäre, Nutzungsmöglichkeit wertvoller Sachen); *Bockelmann* Honig-Festschrift S. 19 ff, 30; *Otto* Würtenberger-Festschrift S. 129 ff, 146 f.

3. Teils wird die Abwehr minimaler Angriffe durch schwere Güterverletzung beim Angreifer als Rechtsmißbrauch bezeichnet, was verfehlt ist (zutreffende Kritik bei *Schmidhäuser* AT 9/109; *ders.* Studienbuch 6/73 ff; *ders.* Honig-Festschrift S. 185 ff, 188), da der Abwehrende bei seiner Rettung nicht nur auf die Schädigung des Angreifenden aus ist; *Gallas* DRZ 1949 S. 43; *Schaffstein* MDR 1952 S. 132 ff, 135; — überwiegend so auch die Rechtsprechung; BGH NJW 1956 S. 920; BGH StV 1982 S. 219 f, 220 (im Ergebnis zutreffend); OLG Braunschweig MDR 1947 S. 205 f; OLG Hamm NJW 1977 S. 590 ff; BayObLG NJW 1954 S. 1377 f; BayObLGSt. 1964 S. 111 ff; LG München NStZ 1989 S. 25 f (bei allzu strengem Maßstab; zutreffend kritisch *Schroeder* JZ 1988 S. 567 ff, 568; *Beulke* Jura 1988 S. 641 ff, 644 f; *Mitsch* NStZ 1989 S. 27 f; *ders.* JA 1989 S. 79 ff, 88; *Puppe* JZ 1989 S. 728 ff); siehe auch RG 23 S. 116 f a. E.; undifferenziert (naturrechtswidrig) OLG Stuttgart DRZ 1949 S. 42 f. — Verfehlt die Entscheidung BayObLG NJW 1963 S. 824 f (Rechtsmißbrauch bei Todes*drohung* zur Verteidigung eines Parkplatzes: Der Drohung ist schnell und leicht zu entkommen, also wirkt sie nicht übermäßig). — BGH 26 S. 51 f, 52 bringt die Mindestsolidarität zutreffend beim Gebotensein unter, legt aber die Entscheidungsmaßstäbe nicht offen. — Weitere Rechtsprechung bei *Suppert* Studien S. 58; siehe auch *Frister* GA 1988 S. 291 ff, 310 ff.

4. Als „Verbot des Unmaßes oder der Maßlosigkeit" wird die Einschränkung von *LK-Spendel* § 32 Rdn. 314 gedeutet. — *Dilcher* (Hübner-Festschrift S. 443, 460 f) will überhaupt einen „Verhältnismäßigkeitsgrundsatz" anwenden. Danach sollen Leben und Körperintegrität jedenfalls gleich und beide vor Sachwerten rangieren, die untereinander ohne Blick auf den Geldwert wiederum als gleich zu behandeln sein sollen. Man dürfte also zur Vermeidung einer Beule töten, aber zur Vermeidung des Verlustes eines mühsam erarbeiteten Vermögens keine Beule zufügen (?). Siehe zur Kritik solcher Verhältnismäßigkeit unten 13/25.

5. Dem hiesigen Ansatz ähnlich, jedoch in der Durchführung abweichend *Kratzsch* Grenzen S. 173 ff.

6. *A. A.* (es gehe stets um die Verteidigung der empirischen Geltung der Rechtsordnung) *Schmidhäuser* Honig-Festschrift S. 185 ff, 190 f; *ders.* AT 9/104 a. E.; *ders.* Studienbuch 6/75; siehe auch RG 55 S. 82 ff, 85 f.

102 Ebenso *Baumann-Weber* AT § 21 II 1 a a. E.

103 Frank-Festgabe Bd. I S. 359 ff, 361 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

verletzende Abwehr geboten[104]. Das gilt auch, wenn die Summierung der individuellen Verletzungen sehr wohl gewichtig ist (Störung der Nachtruhe eines ganzen Häuserblocks); denn die Gewichtigkeit ist nur als Störung allgemeiner Güter erfaßbar und für diese gelten die Regeln der Staatsnotwehr (oben 12/9 ff).

E. Die Einschränkung wegen vorangegangenen Provokationsverhaltens[105]

1. An mehreren Regelungen des Strafrechts ist erkennbar, daß Güter, die der **49**
Inhaber aufs Spiel setzt, geringer veranschlagt werden als behütete Güter. Der Grund für diese Abwertung ist stets, daß der Inhaber eines Guts, der dieses Gut zwar nicht selbst verletzt, auch nicht in eine Verletzung einwilligt, es aber zurechenbar in eine Konfliktlage hineinbringt, die zur Lösung des Konflikts erforderlichen Beeinträchtigungen des Guts zu einem Teil so tragen muß, wie gegebenenfalls die anderen zurechenbar am Konflikt beteiligten Personen ihren Teil.

Der Rechtsgedanke ist ansatzweise in § 35 StGB beim Entschuldigungsausschluß für die verursachte Gefahr erkennbar, deutlicher schon in § 33 StGB im Verzicht auf Strafe trotz der Notwehrüberschreitung; besonders deutlich wird er in § 213, 1. Fallgruppe StGB, wonach das Strafmaß für vorsätzliche Tötung drastisch sinkt, wenn der Täter „ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten zum Zorne gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen" wurde. Wenn auch die Verantwortlichkeit des rechtswidrig Angreifenden eine volle Überwälzung auf den Provozierenden hindert, so muß doch nach § 213 StGB der Provozierende die Kosten der Konfliktlösung zum Teil selbst tragen.

Es handelt sich um einen Zurechnungsgrund aus dem weiteren Begründungszusammenhang der Ingerenz (siehe unten 29/29 ff): Den Aufwand zur Lösung eines Konflikts hat derjenige (mit) zu tragen, der die auslösende Gefahr so geschaffen hat, daß sie sich keiner anderen Person (voll) zuordnen läßt; dementsprechend beschränkt die Provokation auch zugunsten des Provokateurs geleistete Notwehr*hilfe*[105a].

2. *Konsequenzen*[106]: **50**

a) Die Übertragung dieses Rechtsgedankens auf die Notwehr ergibt zunächst, daß das Notwehrrecht bei Provokation nie voll entfällt; denn da ein rechtswidriger Angriff

---

104 Siehe hierzu *Jescheck* AT § 32 III 3 b (in der Regel kein rechtswidriger Angriff); *Schmidhäuser* Honig-Festschrift S. 185 ff, 197; *Wagner* Notwehrbegründung S. 58 f; *Bitzilekis* Tendenz S. 125 ff. — Für prinzipiellen Vorrang staatlicher Abwehr bei Unfugabwehr *Arzt* Schaffstein-Festschrift S. 77 ff, 82.

105 Es geht hier nicht um mittelbare Täterschaft durch ein gerechtfertigt handelndes Werkzeug: Wer eine Situation des rechtfertigenden Notstands täterschaftlich bewirkt, haftet für die Güterverletzungen, die zur Lösung der Kollision erforderlich sind, als mittelbarer Täter, hierzu unten 21/81 ff.

105a Siehe dazu *Mitsch* GA 1986 S. 533 ff.

106 Im Ansatz wie hier *Marxen* Grenzen S. 56 ff (dagegen *Bitzilekis* Tendenz S. 164 ff; siehe auch *Choi* Notwehr S. 95 ff); ähnlich *Montenbruck* Thesen S. 41 ff. — Überhaupt gegen die Berücksichtigung einer Provokation *Binding* Normen Bd. II (1) S. 621 ff, 625; *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 33 II 1 a mit Nachweisen des damaligen Streitstands; *Bockelmann* Honig-Festschrift S. 19 ff; *Bockelmann-Volk* AT § 15 B I 2 f; *LK-Spendel* § 32 Rdn. 281 ff (gegen *Spendel* siehe *Schünemann* GA 1985 S. 341 ff, 367 ff); *Frister* GA 1988 S. 291 ff, 310; *Hassemer* Bockelmann-Festschrift S. 225 ff, 243 f, der den üblichen Einschränkungsversuchen bei Provokation — zutreffend — Regression „in ein ... vorpositives Stadium von Entscheidung und Argumentation" bescheinigt (S. 227), mit der Ablehnung jeder Einschränkung freilich die Leistungsfähigkeit einer Dogmatik unterschätzt, die ihre Argumente nicht auf ein einziges Strafrechtsinstitut zuschneidet, sondern auf eine Systematik aus ist. — Für eine Berücksichtigung der Provokation nur bei der Strafzumessung *Hillenkamp* Vorsatztat und Opferverhalten S. 125 ff.
Nach *Lenckner* GA 1961 S. 299 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 23 vor § 32; *Schröder* JR 1962 S. 187 ff; *Bertel* ZStW 84 S. 1 ff, 14 ff soll

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

im Sinn des § 32 StGB Schuld voraussetzt, ist der Angreifer immer auch selbst für den Konflikt zuständig, so daß sich eine Lösung allein zu Lasten des Provozierenden verbietet. Beispiel: In der Situation nach § 213, 1. Fallgruppe StGB muß der Angriff des Totschlägers nicht von Rechts wegen kampflos geduldet werden.

51 b) Die Übertragung ergibt ferner, daß Personen, die ihre Güter nicht in zurechenbarer Weise mit dem Konflikt verknüpft haben, nicht nur sich selbst voll verteidigen können, sondern auch vom Provozierenden voll verteidigt werden können. Beispiel: Wenn in der Situation nach § 213 StGB der Beleidigte den Beleidiger und dessen — unbeteiligte — Frau angreift, folgt die Verteidigung der Frau völlig den allgemeinen Regeln[107].

---

eine Zurechnung der Folgen des Abwehrverhaltens über eine Zurechnung der *Provokation als Tathandlung* möglich sein; Notwehr bleibt bei dieser Lösung nach einer Provokation — eingeschränkt (insbesondere Ausweichen soll der Abwehr vorgehen) — möglich, was aber die Haftung für die Provokation als einer *actio illicita in causa* nicht berühren soll. Bei dieser Konstruktion muß für die Bestimmung von Vorsatz oder Fahrlässigkeit auf die Lage bei der Provokation, nicht aber bei der Abwehr abgestellt werden (siehe aber auch *Hruschka* AT S. 381 ff). Ausführliche Kritik an der actio illicita in causa bei *Roxin* ZStW 75 S. 541 ff, 545 ff; *Constadinidis* Actio illicita S. 46 ff, 131 f; *Bockelmann* aaO; *Bitzilekis* Tendenz S. 153 ff; *Neumann* Zurechnung S. 149 ff.

Eine weitere Lehre will dem Provokateur die Rechtfertigung der Abwehr versagen (*Roxin* ZStW 75 S. 541 ff, 556 ff, 583; *SK-Samson* § 32 Rdn. 25 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 436), sofern das Provokationsverhalten verboten oder sozialethisch mißbilligt (?) ist (einschränkend auf verbotenes Verhalten in der Absicht, einen Angriff hervorzurufen, jetzt *Roxin* ZStW 93 S. 68 ff, 90 f; *Wagner* Notwehrbegründung S. 69 ff, 72 ff), dies bei Differenzen über die Lage bei fahrlässigen Provokationen u. a. m. — Selbst bei der rechtswidrigen Absichtsprovokation, also bei der gewollten Reizung eines anderen durch rechtswidriges Tun, hat jedoch der Provokateur keine Tatherrschaft über den auf ihn selbst erfolgenden rechtswidrigen Angriff (genauer: er ist nicht vorrangig zuständig), so daß sich eine unbeschränkte Duldungspflicht gegenüber dem Angreifer axiologisch nicht begründen läßt (*Jescheck* AT § 32 III 3 a). Die Lösung bringt also gegenüber der Konstruktion einer actio illicita in causa materiell keinen Gewinn. Insbesondere kann der Gedanke des Rechtsmißbrauchs das Ergebnis nicht tragen, da in der Abwehrsituation ein Anlaß zum Gebrauch gegeben ist und vor der Situation kein Notwehrrecht gebraucht wird (Beispiel: Der Gebrauch eines Feuermelders durch den vorsätzlichen Brandstifter selbst ist nicht Mißbrauch von Notrufen); — gegen die Anwendung des Rechtsmißbrauchsgedankens *Neumann* Zurechnung S. 154 ff mit Nachweisen. — Eine Einschränkung nach der „ratio" der Vorschrift (*Bitzilekis* Tendenz S. 170 ff) ist zirkulär; denn es gilt, die „ratio" erst zu ermitteln! — Wie weit die Autoren auch Not*stands*rechtfertigung ausschließen wollen, ist teils unklar; für das Verbleiben von Notstandsrechtfertigung jedenfalls *Stratenwerth* aaO; *Hruschka* Dreher-Festschrift S. 189 ff, 208; diese Lösung führt dann im Ergebnis zu den auch hier vorgeschlagenen Konsequenzen. — *Schöneborn* NStZ 1981 S. 201 ff, 202 ff bestimmt die Provokation nach der Wirkung beim Provozierten: Dessen „verständliche und honorierungswürdige Gemütserregung" (S. 203) soll das Notwehrrecht einschränken.

Soweit bei Absichtsprovokation ein Verteidigungswille verneint wird (*Kratzsch* Grenzen S. 39), werden die (zweifelhafte) Lauterkeit des Wollens und das (zweifellos gegebene) psychische Faktum eines Wollens vermengt. Entsprechendes gilt auch für die Meinung, der Provokateur willige in die Verletzung seiner Güter ein (*Maurach-Zipf* AT I § 26 Rdn. 43); zutreffend kritisch *Hillenkamp* Vorsatztat und Opferverhalten S. 127 ff. Nach *Neumann* Zurechnung S. 176 ff, 182, soll sich der Provokateur bei der Abwehr im Rahmen des Erforderlichen voll gerechtfertigt verhalten, aber ihm soll durch eine „dogmatische Regel zweiter Stufe" (dazu unten 17/58) die Berufung auf die von ihm selbst arglistig herbeigeführte Rechtfertigungssituation versagt werden. Diese Lösung stellt den Provokateur zugleich zu gut wie zu schlecht: Sie läßt eine Abwehr des Angriffs nach Notwehrgrundsätzen zu, obgleich auch der Provokateur die Situation aggressiv definiert hat, aber sie läßt den Provokateur zugleich für die gesamte Abwehr strafrechtlich haften, obgleich erforderliche Abwehr doch auch zum Verantwortungsbereich des rechtswidrig Angreifenden gehört.

107 Zum Problem siehe auch *Bitzilekis* Tendenz S. 190 ff; *Mitsch* GA 1986 S. 533 ff. — Die weit verbreitete Formulierung, der Provozierende sei nicht berufen, die Rechtsordnung zu wahren (besonders drastisch *Otto* Würtenberger-Festschrift S. 129 ff, 144 f, der von diesem Topos eine differenzierte Palette von Notwehrbeschränkungen herleitet) verkennt die Relativität der Provokationsfolgen und kann die Notwehr*hilfe* nicht mehr adäquat erfassen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

c) Weiterhin ergibt sich, daß die Provokation ein voll zurechenbares (schuldhaftes) **52**
Verhalten sein muß, da ansonsten die Zurechnung zum Angreifer stärker wäre als diejenige zum Provozierenden, so daß die Notwehr mit ihrer einseitigen Lastenverteilung angebracht bliebe. Eine Provokation kann auch berücksichtigt werden, wenn sie ihrerseits provoziert ist: Beiderseitige Provokation, d. h. beiderseitige Zuständigkeit für das Aggressive der Situation, ist also möglich[108]. Beispiel: Wie der Beleidiger nur beschränkte Abwehrrechte hat, wenn der Beleidigte mit Fausthieben reagiert, hat dieser nur beschränkte Abwehrrechte, wenn der Beleidiger bei einer übersteigerten Abwehr der Hiebe zum Messer greift.

d aa) Die Übertragung führt schließlich dazu, daß in den allein verbleibenden Fällen **53**
beiderseits schuldhafter Beteiligung am Konflikt die Schuldhaftigkeit als spezifischer Grund einer Lastenverteilung ausscheidet. Somit muß die erforderliche Abwehr innerhalb der Notwehr nach Notstandsgesichtspunkten bestimmt werden, und zwar, da die rechtswidrige Aggression des Provozierten bleibt, entsprechend den Maximen des defensiven Notstands (§ 228 BGB). Daraus folgt insbesondere: Der Angegriffene muß möglichst ausweichen und sich ansonsten im Rahmen der Güterproportionalität des defensiven Notstands halten (genauer dazu unten 13/46). — Dem entsprechen die Ergebnisse der neueren Rechtsprechung[109].

bb) Als Provokation kommt nur ein Verhalten in Betracht, das die Mitzuständigkeit **54**
für den Angriff begründet. Dies ist einmal bei einem eigenen rechtswidrigen Angriff des Provokateurs der Fall, der dann einen — als erforderliche Abwehr übersteigerten — Gegenangriff auslöst. Wer die Beziehung zu einer anderen Person selbst rechtswidrig-aggressiv gestaltet, ist nicht unbeteiligt, wenn der andere diese Gestaltung der Beziehung übernimmt. — Zum anderen geht es darum, daß der später Angegriffene und der spätere Angreifer sich gemeinsam auf den Angriff einlassen, etwa in der Form, daß der Angegriffene den Angreifer zum Angriff offen oder konkludent auffordert oder entsprechend auf eine Anfrage des Angreifers reagiert. — Eine fahrlässige Provokation ist möglich[110] und bei Leichtfertigkeit wohl nicht nur Theorie; Beispiel: Der rücksichtslose Autofahrer bringt den späteren Angreifer durch seine Fahrweise mehrfach in

---

108 Damit dürften sich die Bedenken bei *Hassemer* Bockelmann-Festschrift S. 225 ff, 232 ff erledigen. — Wegen der Möglichkeit mehrseitiger Zuständigkeit sollte der Passus „ohne eigene Schuld" in § 213 StGB gelesen werden als „in (Mit-) Zuständigkeit des Opfers".

109 In der Rechtsprechung geht es der Sache nach weniger um Notwehr allgemein als speziell um Tötung des Angreifers in Notwehr (in der Regel durch einen planmäßig bewaffneten Angegriffenen). Die Rechtsprechung hat zunächst eine Provokation nicht berücksichtigt (RG 60 S. 261 f; 65 S. 163 ff, 165), dann aber, beginnend mit späteren Entscheidungen des Reichsgerichts (RG 71 S. 133 ff, 135; siehe aber RG 73 S. 341 ff), das Notwehrrecht zunehmend eingeschränkt, wobei die Anforderungen an eine Provokation bis hin zur vermeidbaren Kausalität verkümmert sind; BGH NJW 1962 S. 308 f, 309 (hierzu ablehnend *Baumann* MDR 1962 S. 349 f; *Gutmann* NJW 1962 S. 286 ff; *Schröder* JR 1962 S. 187). — In nachfolgenden Entscheidungen werden dem Provokateur Ausweichen und erhöhte Duldungspflichten auferlegt, ohne daß ihm jedoch das Notwehrrecht voll abgesprochen wird; BGH 24 S. 356 ff, 358 f (mit Anmerkung *Lenckner* JZ 1973 S. 253 ff; *Roxin* NJW 1972 S. 1821 f); 26 S. 143 ff mit einem Katalog der erlaubten Abwehreskalation des Provokateurs S. 145 f: Ausweichen — Schutzwehr — Trutzwehr, letzteres auch um den Preis, selbst leicht verletzt zu werden, nur mit mildesten Mitteln; BGH NStZ 1989 S. 113 f und S. 296 f; BGH JR 1989 S. 160 f mit Anmerkungen *Homann* und *Matt* aaO S. 161 f; siehe auch BGH NJW 1990 S. 2263 f, 2264; ganz ungenau BGH NJW 1983 S. 2267 mit im Ergebnis zustimmender Anmerkung *Lenckner* JR 1984 S. 206 ff und kritischer Besprechung *Berz* JuS 1984 S. 340 ff. — Nach BGH 26 S. 256 ff darf der Provokateur den Angriff mit einem scharf wirkenden Mittel abwehren, wenn der Angreifer auf hinhaltende Abwehr hin nicht aufgibt.

110 So auch BGH 24 S. 356 ff; 26 S. 143 ff; BGH NStZ 1988 S. 450 f mit Anmerkung *Sauren* aaO S. 451.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Notsituationen. — Bei leichter Fahrlässigkeit oder bei sonst am Rand der Zurechnung rangierenden rechtswidrigen Angriffen dürfte freilich die Zurechnung zum Provokateur hinter der Zurechnung zu demjenigen, der auf die Provokation hin angreift, voll zurücktreten. Beispiel: Wer sich leicht fahrlässig in der Zimmertür seines Hotels irrt, hat gegen die rechtswidrig angreifende Reaktion des Gestörten das volle Notwehrrecht.

55 cc) Keine Provokation ist ein Verhalten, das weder selbst ein rechtswidriger Angriff ist noch eine Aufforderung dazu; dies gilt auch, wenn das Verhalten sozial unüblich, unhöflich (Verweigerung einer beiläufig zu erledigenden Auskunft; Weigerung eines Gasts, an dem Restauranttisch, an dem er sitzt, weitere Gäste zu akzeptieren) oder unmoralisch ist (Ehebruch mit der Frau des dann vor Zorn Angreifenden) und ist auch ganz unabhängig von der beim Verhaltensvollzug waltenden subjektiven Seite, insbesondere von einer nicht im Verhaltensvollzug deutlich werdenden „Provokationsabsicht"[111]. Beispiel: Wer das Haus betritt, in dem er wohnt, das aber von einem Raufbold belagert wird, behält das volle Notwehrrecht, auch wenn er den Angriff sehnlich wünscht[112].

56 e) Entsprechend der Regelung bei § 213 StGB (und auch bei § 33 StGB) wird durch eine Provokation nur das Recht zur Abwehr eines solchen Angriffs betroffen, der in der identischen — vom Provokateur aggressiv definierten — Situation erfolgt[113].

F. Die Einschränkung durch Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit

57 1. Die Garantieverhältnisse kraft institutioneller Zuständigkeit sind strafrechtlich nicht umfassend, sondern nur beschränkt auf die tatbestandlich beschriebenen Verhaltensweisen geschützt. Einige dieser Verhältnisse, insbesondere die Ehe und das Eltern-Kind-Verhältnis, zielen aber nicht nur auf diesen beschränkten Schutz, sondern auf eine umfassende Fürsorge, auch wenn deren Verletzung sich strafrechtlich nur punktuell niederschlägt. Beispiel: Bloße Lieblosigkeiten der Eltern gegenüber ihren Kindern widersprechen der institutionellen Pflicht, erfüllen aber keinen Deliktstatbestand. Die — tätige oder durch Unterlassen vollzogene — Versagung der geschuldeten Fürsorge ist auch dann, wenn sie keinen Straftatbestand verwirklicht, eine Pflichtwidrigkeit und deshalb — sofern schuldhaft — einer Provokation analog zu behandeln.

58 Zudem besteht bei diesen Garantieverhältnissen eine — gegenüber Jedermannsverbindungen — erhöhte Opferpflicht. Dabei ist zwar wegen der Zerrüttung der Institution, die sich im Angriff zeigt, die Opferpflicht geringer als bei intakten Institutionen[113a] (siehe unten 29/125); aber trotzdem geht es bei Notwehr zwischen den

---

111 Wird freilich im *Vollzug* des Verhaltens die Kampfeslust deutlich, so handelt es sich um eine Aufforderung zum Angriff und deshalb um eine Provokation.

112 Unvertretbar BGH NJW 1962 S. 308 f; — unklar, aber jedenfalls einschränkend spricht BGH 24 S. 356 ff, 359 von einem „von Rechts wegen vorwerfbaren Verhalten" (also rechtswidriges Verhalten?); — BGH 27 S. 336 ff, 338 (mit zustimmender Anmerkung *Kienapfel* JR 1979 S. 72) bringt eine sehr gemäßigte Definition der Provokation: „ein Verhalten . . . das bei vernünftiger Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls den folgenden Angriff als eine adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung (sic!) des Angegriffenen erscheinen läßt". — Ob als Pflichtverletzung freilich nur die Verletzung einer Rechtspflicht gemeint ist, bleibt offen. — Wie hier BGH NJW 1980 S. 2263 f; wohl auch BGH NStZ 1989 S. 474 f mit zustimmender Anmerkung *Beulke* JR 1990 S. 380 ff.

113 BGH NStZ 1981 S. 138.

113a Die wegen der institutionellen Bindung besonders intensive Pflichtverletzung des Angreifers wird also auch berücksichtigt; nur führt diese Intensität nicht zum Fortfall der Institution; das verkennt *Spendel* JZ 1984 S. 507 ff, 509; treffend *Loos* JuS 1985 S. 859 ff, 863: Entfallen erhöhter Opferpflicht, wenn keine Pflicht zur Herstellung des ehelichen Lebens mehr besteht.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Partnern solcher Verhältnisse nicht nur um die oben bezeichnete Mindestsolidarität, sondern um einen höheren Einstand. Bei der Abwehr von Angriffen etwa eines Ehepartners hat der angegriffene Partner demzufolge in erhöhtem Maß auszuweichen oder leichtere Beeinträchtigungen seiner Güter hinzunehmen, bevor er existentielle Güter des Angreifers verletzt[114]. — Notwehrhilfe *durch* den Sonderverpflichteten dürfte gleichfalls beschränkt sein. Die Lage ist insoweit anders als bei Provokationsfällen. Die Differenz entspricht dem unterschiedlichen Entstehungsgrund der Sonderpflicht: als Organisationsfolge (bei der Provokation) oder — hier — institutionell.

2. Auch die Kanalisierung hoheitlicher, insbesondere polizeilicher Gefahrenabwehr auf die durch spezielle Normen verliehenen Eingriffsbefugnisse führt zu einer erhöhten Duldungspflicht aus institutioneller Zuständigkeit (für die Ordnung insgesamt), da dem Amtsträger auch bei Angriffen auf sich selbst die Berufung auf Notwehr versagt wird (streitig; siehe oben 12/42 mit Fn. 89).

VIII. Die Besonderheiten der Notwehrhilfe

Die zur Notwehrhilfe[115] verbreitet anzutreffende Formulierung, eine Rechtfertigung gegen den Willen des Angegriffenen sei ausgeschlossen[116], ist zu pauschal. Vielmehr ist zu differenzieren[116a]: **59**

A. Wenn es der Angegriffene nicht für richtig hält, den Konflikt auf Kosten des Angreifers zu lösen, so ist bei disponiblen Gütern Notwehrhilfe nicht erlaubt. Beispiel: Der Angegriffene will nicht den — bei erforderlicher Abwehr eintretenden — Tod des Angreifers beim Angriff auf bloße Vermögenswerte. — Will der Angegriffene nicht nur dulden, sondern willigt er in den Angriff ein, so verliert der Angriff bei disponiblen Gütern schon seine Rechtswidrigkeit.

B. Hält der Angegriffene die Abwehr aus Gründen für unangebracht, welche die Lastenverteilung bei Notwehr nicht tangieren, bleibt Nothilfe auch bei disponiblen Gütern gerechtfertigt. Beispiele: Der Angegriffene will die Abwehr eigenhändig erledigen, der Helfer kommt ihm zuvor. — Die Geisel will keine Notwehrhilfe gegen den Geiselnehmer, weil sie für sich selbst üble Folgen befürchtet. **60**

---

114 Die Proportionen sind in Einzelheiten noch nicht hinreichend geklärt. Hauptsächlich wie hier *Geilen* JR 1976 S. 314 ff, 316, 318; *Deubner* NJW 1969 S. 1184; *Marxen* Grenzen S. 38 ff; *ders.* in: Vom Nutzen etc. Bd. I S. 63 ff; *Roxin* ZStW 93 S. 68 ff, 100 ff; *Schroth* NJW 1984 S. 2562 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 442; eingehende Nachweise bei *Kühl* Jura 1990 S. 224 ff, 252 f. — Die einschlägigen Entscheidungen kaschieren das normative Problem (was ist zu dulden?) kognitiv (wie gefährlich war der Angriff?); BGH NJW 1969 S. 802; NJW 1975 S. 62 f; NJW 1984 S. 986 mit hauptsächlich zustimmender Anmerkung *Montenbruck* JR 1985 S. 115 ff; differenzierend *Loos* JuS 1985 S. 859 ff (Tötung des Ehegatten, der zur Erlangung eines Wohnungsschlüssels angreift, um aus der verschlossenen Wohnung mit 200 DM, die er dem anderen gestohlen hat, zu entkommen; der BGH nimmt Notwehrrechtfertigung an — zumindest äußerst zweifelhaft). — Weitere Entscheidungen bei *Geilen* aaO S. 316 Fn. 14. — Ablehnung jeder Einschränkung bei *Engels* GA 1982 S. 109 ff, 114, 124 f; *Spendel* JZ 1984 S. 507 ff; *Frister* GA 1988 S. 291 ff, 308; *LK-Spendel* § 32 Rdn. 310; — siehe auch *Kratzsch* JuS 1975 S. 435 ff; *Montenbruck* Thesen S. 44; *Bitzilekis* Tendenz S. 120 ff.

115 *Seelmann* ZStW 89 S. 36 ff versucht, nicht die Notwehr selbst, aber die Notwehr*hilfe* durch Güterproportionalität zu entschärfen, ohne allerdings die Sonderstellung des Angriffsopfers so zu bezeichnen, daß der solidarische Rechtsgenosse (der Gleichgültige hilft nicht) nicht an ihr teilhaben könnte; — gegen *Seelmann* siehe *Roxin* ZStW 93 S. 68 ff, 71 f mit Fn. 8; *Seier* NJW 1987 S. 2476 ff, 2477 f.

116 BGH 5 S. 245 ff, 248; BGH StV 1987 S. 59; *Lackner* § 32 Anm. 2 h; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 32 Rdn. 25; *Jescheck* AT § 32 IV; — *a. A.* aber (mit unterschiedlichen Begründungen) *Schmidhäuser* AT 9/107; *ders.* Studienbuch 6/80; *Schroeder* Maurach-Festschrift S. 127 ff, 141 f; *Wagner* Notwehrbegründung S. 36; siehe auch *Klose* ZStW 89 S. 61 ff, 96 f.

116a Hauptsächlich wie hier *Seier* NJW 1987 S. 2476 ff, 2478 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

61 C. Bei nicht disponiblen Gütern (Leben nach § 216 StGB) gelten die Regeln der Staatsnotwehrhilfe; hier bindet es auch, wenn der Staat die Abwehrhandlung untersagt.

62 D. Notwehrhilfe ist immer zulässig, wenn der Angegriffene der realen Willen hat, sich helfen zu lassen, sei dieser reale Wille erkannt, erkennbar oder unerkennbar. Beispiel: Wer den Angreifer in der irrigen Meinung abwehrt, das Opfer wolle dulden, erkennt nicht die gegebene Rechtfertigungslage (dazu oben 11/18 ff). Zudem ist Notwehrhilfe zulässig, wenn eine Entscheidung des Angegriffenen nicht herbeizuführen ist oder der Wille nicht ermittelt werden kann, aber unter Berücksichtigung der Präferenzen des Angegriffenen zu mutmaßen ist, daß er sich nicht für ein Dulden entscheiden würde. Mangels besonderer Anhaltspunkte gilt das rechtlich Vernünftige, also die Wahrung der Verteidigungschance, als Wille. Stellt sich nachträglich heraus, daß der unerkennbare, reale Wille abwich oder daß die Entscheidungsgrundlagen für die Mutmaßung unerkennbar falsch waren, hindert das die Rechtfertigung nicht. Beispiel: Wer das schon ohnmächtige Opfer eines Totschlagsversuchs in erforderlicher Abwehr durch Tötung des Angreifers vor der Vollendung rettet, handelt gerechtfertigt, auch wenn sich später ermitteln läßt, daß das Opfer den Angreifer als seinen Sohn erkannt hat und eher die eigene Tötung dulden wollte als die des Sohns.

62 a E. Sonstiges: Zur Notwehrhilfe bei Provokation siehe oben 12/49 und 51.

IX. Die Wirkungen der Notwehr

63 A. Gerechtfertigt ist nur die Abwehr durch Eingriff in die Güter des Angreifenden; dazu oben 12/28.

64 B. Ist bei einer Überschreitung der Erforderlichkeit das Nicht-mehr-Erforderliche vom Noch-Erforderlichen rechtlich trennbar, so bleibt das Noch-Erforderliche gerechtfertigt. Beispiel: Eine durch Notwehr gerechtfertigte Sachbeschädigung wird nicht dadurch rechtswidrig, daß der Verteidiger durch dieselbe Handlung überflüssigerweise noch eine weitere Sache zerstört. Bei erfolgsqualifizierten oder sonst zusammengesetzten Delikten bleibt bei Rechtfertigung eines Teils nur dann eine Strafbarkeit, wenn der Rest für sich ein Delikt bildet. Beispiel: Der Verteidiger nimmt dem in erforderlicher Abwehr niedergeschlagenen Angreifer — wie schon bei der Abwehr geplant — seine Wertsachen ab; — rechtswidriger Diebstahl, nicht Raub. — Bei Unteilbarkeit ist die Unrechtsminderung bei der Strafzumessung zu berücksichtigen[117].

13. ABSCHNITT
Der rechtfertigende Notstand

I. Die Arten des Notstands im Überblick

Literatur

C. Belling Ist die Rechtfertigungsthese zu § 218 a StGB haltbar? 1987; *P. Bockelmann* Hegels Notstandslehre, 1935; *J. Cerezo Mir* Grundlage und Rechtsnatur des Notstands im spanischen Strafgesetzbuch, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 689 ff; *A. Graf zu Dohna* Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905; *E. Gimbernat-*

117 Siehe *Kern* ZStW 64 S. 255 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Ordeig Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem, Welzel-Festschrift S. 485 ff; *J. Goldschmidt* Der Notstand, ein Schuldproblem, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht 1913 S. 129 ff; *W. Gropp* § 218 a StGB als Rechtfertigungsgrund: Grundfragen zum rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch, GA 1988 S. 1 ff; *A. Hatzung* Dogmengeschichtliche Grundlagen und Entstehung des zivilrechtlichen Notstands, 1984; *H. Henkel* Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, 1932; *H. J. Hirsch* Strafrecht und rechtsfreier Raum, Bockelmann-Festschrift S. 89 ff; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *Arthur Kaufmann* Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung. Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs, Maurach-Festschrift S. 327 ff; *E. Kern* Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 S. 255 ff; *D. Kienapfel* Der rechtfertigende Notstand, ÖJZ 1975 S. 421 ff; *M. Köhler* Personensorge und Abtreibungsverbot, GA 1988 S. 435 ff; *W. Küper* Der „verschuldete" rechtfertigende Notstand, 1983; *ders.* Grundsatzfragen der „Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987 S. 81 ff; *Th. Lenckner* Der rechtfertigende Notstand, 1965; *R. Maurach* Kritik der Notstandslehre, 1935; *A. Meißner* Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), 1990; *P. Noll* Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW 68 S. 181 ff; *F. Oetker* Notwehr und Notstand, VDAT Bd. II S. 255 ff; *H. Otto* Die Anerkennung des Interessenvorrangs als Prinzip der Rechtfertigung, RGSt 61, 242, Jura 1985 S. 298 ff; *ders.* Anmerkung zu BayObLG JR 1990 S. 338 ff, aaO S. 342 ff; *C. Roxin* Die notstandsähnliche Lage — ein Strafunrechtsausschließungsgrund? Oehler-Festschrift S. 181 ff; *H.-J. Rudolphi* Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar? ZStW 78 S. 67 ff; *Eb. Schmidt* Das Reichsgericht und der „übergesetzliche Notstand", ZStW 49 S. 350 ff; *H. Schröder* Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II, Eb. Schmidt-Festschrift S. 290 ff; *K. Siegert* Notstand und Putativnotstand, 1931; *H. Tröndle* Soziale Indikation — Rechtfertigungsgrund? Jura 1987 S. 66 ff. *M. Wachinger* Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts, Frank-Festgabe Bd. I S. 469 ff; *H. v. Weber* Das Notstandsproblem und seine Lösungen in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925, 1925.

A 1. Die Lösung eines Konflikts, in dem die Gefahr für ein berechtigtes Interesse nur **1** auf Kosten des berechtigten Interesses eines an der Gefährdung nicht als Angreifer (§ 32 StGB) Beteiligten erhalten werden kann, ist seit jeher streitig gewesen[1]. Eine individualistische Lösung nimmt zum Ansatz, daß eine Gefahr nicht vom Betroffenen einem anderen aufgehalst werden darf; die Notstandshandlung ist demgemäß stets rechtswidrig, wenn auch die Umschichtung der Gefahr im Einzelfall verzeihlich (entschuldigt) sein mag, nämlich bei existentieller Bedeutung der durch die Gefahr betroffenen Güter[2]. Eine eher auf gegenseitige Solidarität der Rechtsunterworfenen abstellende Lösung blickt auf die Interessenbilanz und gibt ein Recht zur Interessenverletzung, wenn die Notstandshandlung die Gesamtbilanz verbessert[3]. Die Rechtsfolge dieser Notstandslösung, Rechtfertigung, wird dann zur Vereinheitlichung auch in Fällen angenommen, in denen per Saldo mehr zerstört als erhalten, aber immerhin noch

1 Zur Geschichte siehe *H. Mayer* AT S. 176 ff; *Hatzung* Grundlagen S. 38 ff; *Küper* JuS 1987 S. 81 ff; *Meißner* Interessenabwägungsformel S. 72 ff, jeweils mit ausführlichen Nachweisen.

2 So nach einem früher verbreiteten Verständnis *Kant* Die Metaphysik der Sitten (Erster Theil, 2. Auflage, Königsberg 1798), Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, § E a. E., ferner Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre, vor I und zu II, allerdings nur zum Fall der Lebensverletzung zum Lebensschutz; daß die Deutung, *Kant* lehre den Notstand als Entschuldigungsgrund, falsch ist, legt *Bockelmann* dar (Hegels Notstandslehre S. 4 ff). — Für Entschuldigung aber *Feuerbach* Lehrbuch § 91; *M. E. Mayer* AT S. 304 ff, auch für § 904 BGB und selbst für den notwehrähnlichen § 228 BGB.

3 *Hegel* Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821, § 127, der aber nur die Fälle einer Rettung in Lebensnot durch Verletzung fremden Eigentums behandelt; hierzu und zu den *Hegelianern* eingehend *Bockelmann* Hegels Notstandslehre S. 21 ff, 54; siehe aber auch die Deutung Hegels bei *Meißner* Interessenabwägungsformel S. 87 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

ein berechtigtes Interesse gewahrt wird[4]. — Der Zusammenstoß der Interessen gibt den Namen: *Kollisionstheorie*[5].

2 2. Die Einseitigkeiten dieser nur auf Entschuldigung oder nur auf Rechtfertigung abstellenden sogenannten *Einheitstheorien*[6] führten zur Herausarbeitung der heute nahezu unbestrittenen sogenannten *Differenzierungstheorie*[7], wonach der Notstand je nach dem Interessensaldo als Rechtfertigungs- oder als Entschuldigungsgrund wirkt. Allerdings ist als Ergebnis der auf Rechtfertigung abstellenden Version der Einheitstheorie erhalten geblieben, daß auch der Notstand in der Form eines Entschuldigungsgrunds wegen der Wahrung berechtigter Interessen das Unrecht graduell, wenn auch nicht restlos, mindert[8]. Ferner ist ein ehemals wesentliches Ergebnis der Differenzierungstheorie, scil. die Ermöglichung von Notwehr gegen die entschuldigte Notstandstat, obsolet geworden, weil nach der neueren Interpretation der Notwehr ein „rechtswidriger Angriff" ein voll zurechenbares, also schuldhaftes Verhalten sein muß (oben 12/16 ff), so daß Notwehr gegen Taten im entschuldigenden Notstand ausscheidet.

3 3. Seit *Kant* wird immer wieder versucht, den Konsequenzen der Entscheidung für Rechtfertigung oder Entschuldigung durch Annahme eines bloß unverbotenen Notstandshandelns als Handeln im rechtsfreien Raum zu entkommen[9]. Diese sogenannte *Exemtionstheorie* wird teilweise nicht als generelle Notstandsregel, aber doch als Regel für einzelne Fallgruppen vorgeschlagen, insbesondere für Fälle der Konfliktlösung in Gefahrengemeinschaften: Sind mehrere berechtigte Interessen ohne Notstandstat demnächst alle verloren, kann aber durch eine sofortige Vernichtung einiger Interessen ein Teil des Gesamten erhalten werden, so soll nach dieser Lehre die Notstandshandlung unverboten sein, aber nicht berechtigt; insbesondere soll dem Hintangesetzten das Notwehrrecht bleiben[10], oder es soll beiderseits unverbotenes Handeln vorliegen[11]. — Aber sehr wohl ist das Unverbotene (oder Rechtsfreie) im Verzicht auf das Rechtswidrigkeitsurteil insoweit rechtlich geregelt, als die Zurechnung abgebrochen wird; das Besondere des Unverbotenen oder Rechtsfreien liegt einzig in dem Umstand, daß die Konsequenzen des Zurechnungsabbruchs für Notwehr, Teilnahme etc. nicht systematisch, sondern mehr oder weniger verkappt freihändig entwickelt werden.

---

4 *v. Hippel* Strafrecht Bd. II S. 221 ff; neuerdings wieder *Gimbernat-Ordeig* Welzel-Festschrift S. 485 ff, 492 ff; zur Entwicklung ausführlich *Henkel* Notstand S. 7 ff; *v. Weber* Notstandsproblem S. 1 ff.

5 Die Bezeichnung *Kollisionstheorie* ist schlecht; der Name suggeriert, die betroffenen Interessen kollidierten; aber in der Regel (beim aggressiven Notstand) bringt erst die Notstandshandlung das vorher unbeteiligte, weichende Interesse in den Konflikt ein!

6 Ausführliche Nachweise bei *Maurach* Notstandslehre S. 1 ff; siehe ferner die Kritik bei *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 34 I 3 a.

7 Wesentlich erarbeitet durch *Goldschmidt* Österreichische Zeitschrift für Strafrecht 1913 S. 129 ff, 161 f, 173 f (der Titel von *Goldschmidts* Abhandlung „Der Notstand, ein Schuldproblem" ist zu lesen als: Der in §§ 52, 54 StGB a. F. (= 35 StGB n. F.) geregelte Notstand als Schuldproblem; daneben bleibt rechtfertigender Notstand möglich); nach den unterschiedlichen Grundlagen von Rechtfertigung und Entschuldigung differenziert schon klar *Oetker* VDAT Bd. II S. 255 ff, 332 f. — Für das spanische Strafrecht *Cerezo Mir* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 689 ff mit Nachweisen des dortigen Streitstands.

8 Eingehend *Lenckner* Notstand S. 32 ff; *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 156 f; *Kern* ZStW 64 S. 255 ff, 264 ff, 288 f; *Rudolphi* ZStW 78 S. 67 ff, 80 ff; *Noll* ZStW 68 S. 181 ff, 185.

9 *Kant* wie Fn. 2; *Binding* Handbuch Bd. I S. 763 ff, 766.

10 Nach *Binding* aaO S. 766 soll aber das Recht auf Notwehr*hilfe* entfallen.

11 *v. Weber* Notstandsproblem S. 25 ff, 41; *Henkel* Notstand S. 90 ff; *Siegert* Notstand S. 33; — eingehend hierzu *Lenckner* Notstand S. 15 ff; — neuerdings wieder *Arthur Kaufmann* Maurach-Festschrift S. 327 ff für Fälle des indizierten Schwangerschaftsabbruchs; hiergegen treffend *Hirsch* Bockelmann-Festschrift S. 89 ff; *LK-Hirsch* Rdn. 16 ff vor § 32.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

B. Die Interessenabwägung läuft — wie erst recht eine Güterabwägung — darauf **4** hinaus, daß der Zweck die Mittel heiligt, wenn nicht die Mittel auf die zur relevanten Ordnung passenden Mittel kanalisiert werden. Beispielhaft: Daß die Rechtfertigung eines Schwangerschaftsabbruchs nach § 218 a Abs. 1 StGB — ein Spezialfall des rechtfertigenden Notstands — nur bei Vornahme durch einen Arzt möglich ist[12], folgt aus der generellen Unangemessenheit nicht-ärztlicher Tätigkeit auf diesem Gebiet und hat, wenn der Nicht-Arzt ausnahmsweise über entsprechende Fähigkeiten verfügt, mit der Interessenabwägung im Einzelfall nichts zu tun. Deutlicher noch ist dies bei allen denjenigen Handlungen, deren Vornahme allein in die Kompetenz von Staatsorganen fällt; es gibt keine Ersetzung des Richters, Polizisten etc. im allgemein rechtfertigenden Notstand, es sei denn durch eine spezielle Sondererlaubnis (siehe unten 13/42). Deshalb ist wegen der Notwendigkeit, ein nicht nur interessegemäßes, sondern auch angemessenes Mittel einzusetzen, zum Notstand zunächst neben der Kollisionstheorie und dann ergänzend zur Kollisionstheorie die sogenannte *Zwecktheorie* entwickelt worden, wonach eine Handlung rechtmäßig ist, wenn sie „das angemessene (richtige) Mittel" zum „als berechtigt (richtig) anerkannten Zweck" ist[13]. Diese Zwecktheorie ist zur Limitierung der nur auf Abwägung abstellenden Theorien nach wie vor unerläßlich[14].

C 1. Das alte Recht enthielt in den §§ 52 und 54 StGB a. F. nur eine positivierte **5** Regelung des im heutigen Verständnis entschuldigenden Notstands. Daneben traten insbesondere die Regelungen des bürgerlichen Rechts, scil. § 904 BGB (sogenannter *aggressiver Notstand,* d. h. das durch die Notstandshandlung verletzte Gut ist an der Konfliktentstehung unbeteiligt und wird durch die Notstandshandlung angegriffen) und § 228 BGB (sogenannter *defensiver Notstand,* d. h. der Konflikt stammt vom aufgeopferten Gut, gegen das verteidigend vorgegangen wird). Als richterrechtlicher Rechtfertigungsgrund war — in Verfolgung der Differenzierungstheorie — seit der Entscheidung des Reichsgerichts[15] Band 61 S. 243 ff (1927) der sogenannte übergesetzliche rechtfertigende Notstand[16] als Rechtfertigungsgrund in der Rechtspraxis und in der Theorie unstreitig anerkannt.

2. Auch das gegenwärtige Recht folgt der Differenzierungstheorie, wie schon bei **6** Betrachtung des geschriebenen Rechts deutlich wird. § 35 StGB regelt den entschuldigenden Notstand. Ob daneben ein übergesetzlicher entschuldigender Notstand anzuerkennen ist, ist streitig (unten 20/39 ff). § 34 StGB positiviert — nach dem Vorgang von § 16 OWiG (§ 14 OWiG a. F.) — den rechtfertigenden Notstand, und zwar in Satz 1 nach der Kollisionstheorie, aber in Satz 2 korrigiert durch eine Angemessenheitsklausel nach der Zwecktheorie. Die Vorschrift ist nach ihrem Wortlaut eine generelle Regelung des aggressiven Notstands und konkurriert mit dem weniger generellen, inhaltlich aber ansonsten voll entsprechenden § 904 BGB[17]. Eine umfassende Regelung

12 So schon RG 61 S. 243 ff, 256 f.

13 *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 32 B II 2 a; eingehend *Eb. Schmidt* ZStW 49 S. 350 ff, 370 ff, 374 f; *Dohna* Rechtswidrigkeit S. 48; *ders.* Aufbau S. 35; *Henkel* Notstand S. 88; — eingehend zu diesen Lehren *Lenckner* Notstand S. 60 ff.

14 Natürlich kann man die sachlichen Leistungen der Zwecktheorie, scil. die Bestimmung der Angemessenheit, unter dem Namen der Interessenabwägung erledigen (so *Lenckner* Notstand S. 146 ff; *Schröder* Eb. Schmidt-Festschrift S. 290 ff, 293; *LK-Hirsch* § 34 Rdn. 78 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 46), nur ist diese Vermengung der Frage nach der speziellen Höherrangigkeit eines Interesses mit derjenigen seines formlosen (d. h. ungebundenen, im rechtfertigenden Notstand zu vollziehenden) Schutzes wenig klar; — wie hier und mit weiteren Nachweisen *Jescheck* AT § 33 IV 3 d Fn. 43.

15 Blumenreich zu dieser Entscheidung aus heutiger Sicht *Otto* Jura 1985 S. 298 ff. — Zu den früheren Entscheidungen des Reichsgerichts siehe *Wachinger* Frank-Festgabe Bd. I S. 469 ff.

16 Übergesetzlich noch gegenwärtig in Österreich, dazu eingehend *Kienapfel* ÖJZ 1975 S. 421 ff.

17 § 904 BGB enthält nach dem Wortlaut keine Angemessenheitsklausel nach Art von § 34 Satz 2 StGB, was aber eine entsprechende Anreicherung durch Interpretation nicht hindert.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

des defensiven Notstands über § 228 BGB hinaus fehlt nach wie vor und ist durch systematische Interpretation zu entwickeln (unten 13/46 ff). Ferner ist die Regelung der Pflichtenkollision (unten 15/6 ff) durch § 34 StGB nur lückenhaft erfolgt.

7 3. Zahlreiche Sonderregelungen gehen vor: §§ 700 ff HGB (große Haverei); § 106 Seemannsgesetz[18] (Sonderkompetenzen des Schiffskapitäns im Notfall); § 23 BJagdG[19] i. V. m. den Sondervorschriften der Länder (Abschuß streunender Hunde etc.); insbesondere aber § 218 a StGB[19a] (Indikation zum Schwangerschaftsabbruch). — Auch § 127 Abs. 1 StPO kann als Sonderregelung einer defensiven Staatsnotstandshilfe verstanden werden.

8 4. Insgesamt kann die gegenwärtige gesetzliche Lage nicht befriedigen, dies weniger wegen der Hervorhebung des aggressiven Notstands in der gesetzlichen Regelung, sondern mehr wegen der prinzipiell eröffneten Möglichkeit, auch solche Konflikte auf einen an sich unbeteiligten Organisationskreis zu überwälzen, die den ursprünglich Betroffenen nicht in existentielle Not, ja nicht einmal in besonders gewichtige Not und deshalb nicht in den Bereich allgemeiner Solidarität bringen[19b]. — Jedenfalls dürfte § 904 Satz 2 BGB auf alle Fälle eines aggressiven Notstands anzuwenden sein.

II. Der aggressive Notstand nach § 34 StGB

Literatur

V. Albrecht Die rechtliche Zulässigkeit postmortaler Transplantatentnahmen, 1986; *K. Amelung* Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates? NJW 1977 S. 833 ff; *ders.* Nochmals: § 34 StGB als öffentlichrechtliche Eingriffsnorm? NJW 1978 S. 623 f; *ders., H. Schall* Zum Einsatz von Polizeispitzeln: Hausfriedensbruch und Notstandsrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis — OLG München DVBl. 1973, 221, JuS 1975 S. 565 ff; *K. Bernsmann* Zum Handeln von Hoheitsträgern aus der Sicht des „entschuldigenden Notstands" (§ 35 StGB), Blau-Festschrift S. 23 ff; *ders.* „Entschuldigung" durch Notstand, 1989; *P. Bockelmann* Strafrecht des Arztes, 1968; *ders.* Anmerkung zu BGH 12 S. 300 ff, JZ 1959 S. 495 ff; *ders.* Notrechtsbefugnisse der Polizei, Dreher-Festschrift S. 235 ff; *E.-W. Böckenförde* Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen, NJW 1978 S. 1881 ff; *H. Borgs-Maciejewski, F. Ebert* Das Recht der Geheimdienste, 1986; *W. Bottke* Das Recht auf Suicid und Suicidverhütung, GA 1982 S. 346 ff; *ders.* Anfertigung und Verwertung heimlicher Stimmaufzeichnungen auf Ton-

---

18 Vom 26. 7. 1957 BGBl. II S. 713.

19 Vom 29. 11. 1952 BGBl. I S. 780.

19a Die Rechtfertigungswirkung der in § 218 a Abs. 2 StGB genannten Indikationen wird bestritten: Das erhaltene Gut soll den Eingriff nicht ausgleichen können (*Tröndle* Jura 1987 S. 66 ff, *Belling* Rechtfertigungsthese S. 44 ff, 93 ff, jeweils mit Nachweisen; BayObLG NJW 1990 S. 2328 ff, 2330 ff — Entschuldigung; dazu Anmerkung *Otto* JR 1990 S. 342 ff — die Rechtswidrigkeit belassender, aber Notwehrhilfe ausschließender objektiver Strafausschließungsgrund; gegen solche Wertungen *Gropp* GA 1988 S. 1 ff). Diese Bestimmung der Gutshöhe erfolgt von einer fix gedachten Verfassung gegen die in der Gesellschaft praktizierte Wertung und ignoriert den Einfluß des Praktizierten auf die Verfassung. Daß jedes menschliche Leben, geboren oder ungeboren, im Recht gleichwertig sei, daß also die Personalität nach Art und Größe aus der Natur folgen müsse, gilt nicht a priori; ansonsten wäre auch die medizinische Indikation ausgeschlossen (so dann — mit einigen wenig konsequenten Ausnahmen — *Belling* Rechtfertigungsthese S. 110 ff, 129). — Eine andere Frage ist, ob sich der Gesetzgeber in § 218 a Abs. 2 StGB nicht doch an eher partikulären Wertungen orientiert hat; dazu (verneinend) fundamental *Köhler* GA 1988 S. 435 ff.

19b *Meißner* Interessenabwägungsformel S. 158 ff sieht den Grund der Notstandsrechtfertigung nicht in der Solidarität, sondern in der Utilität. Bei dieser Sicht dürfte die Interessenabwägung nur durch Utilitäts-, nicht aber durch Solidaritätsschranken begrenzt werden: Auch existentielle Güter, insbesondere das Leben, müßten in der Lage des aggressiven Notstands zurücktreten können (dagegen unten 13/21 ff). *Meißner* vermeidet dieses Ergebnis, indem er utilitäts-*externe* Schranken errichtet (Menschenwürde, S. 209 ff); aber diese Beschreibung gegensätzlicher Regeln ergibt keinen *Begriff* für den Notstand.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

träger außerhalb des Fernmeldeverkehrs, Jura 1987 S. 356 ff; *A.-E. Brauneck* Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959 S. 261 ff; *J. Cerezo Mir* Grundlage und Rechtsnatur des Notstands im spanischen Strafgesetzbuch, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 689 ff; *H. Demuth* Der normative Gefahrbegriff, 1980; *F. Dencker* Der verschuldete rechtfertigende Notstand, JuS 1979 S. 779 ff; *W. Gallas* Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Mezger-Festschrift S. 311 ff; *ders.* Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 S. 1 ff; *G. Geilen* Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme, JZ 1968 S. 145 ff; *ders.* Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts, FamRZ 1968 S. 121 ff; *ders.* Probleme der Organtransplantation, JZ 1971 S. 41 ff; *ders.* Anmerkung zu OLG Frankfurt JZ 1975 S. 379 ff, aaO S. 380 ff; *K. H. Gössel* Über die Rechtmäßigkeit befugnisloser strafprozessualer rechtsgutsbeeinträchtigender Maßnahmen, JuS 1979 S. 162 ff; *G. Grebing* Die Grenzen des rechtfertigenden Notstands im Strafrecht, GA 1979 S. 81 ff; *H. L. Günther* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *ders.* Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente, JR 1985 S. 268 ff; *H. Henkel* Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, 1932; *H. J. Hirsch* Anmerkung zu BGH JR 1980 S. 114 f, aaO S. 115 ff; *E. Horn* Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *J. Hruschka* Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Dreher-Festschrift S. 189 ff; *ders.* Anmerkung zu BayObLG JR 1979 S. 124 f, aaO S. 125 ff; *ders.* Rettungspflichten in Notstandssituationen, JuS 1979 S. 385 ff; *ders.* Anmerkung zu OLG Karlsruhe JZ 1984 S. 240 f, aaO S. 241 ff; *G. Jakobs* Literaturbericht, ZStW 91 S. 637 ff; *D. Kienapfel* Der rechtfertigende Notstand, ÖJZ 1975 S. 421 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1977 S. 26 f, aaO S. 27 f; *Th. Klefisch* Die nat.-soz. Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre, MDR 1950 S. 258 ff; *P. Kirchhof* Polizeiliche Eingriffsbefugnisse und private Nothilfe, NJW 1978 S. 969 ff; *V. Krey* Der Fall Peter Lorenz — Probleme des rechtfertigenden Notstandes bei der Auslösung von Geiseln, ZRP 1975 S. 97 ff; *H. H. Kühne* Die sog. „Celler Aktion" und das deutsche Strafrecht, JuS 1987 S. 188 ff; *W. Küper* Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971 S. 474 ff; *ders.* Zum rechtfertigenden Notstand bei Kollision von Vermögenswerten, JZ 1976 S. 515 ff; *ders.* Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1978; *ders.* Die sog. „Gefahrtragungspflichten" im Gefüge des rechtfertigenden Notstandes, JZ 1980 S. 755 ff; *ders.* Tötungsverbot und Lebensnotstand, JuS 1981 S. 785 ff; *ders.* Das „Wesentliche" am „wesentlich überwiegenden Interesse", GA 1983 S. 289 ff; *ders.* Darf sich der Staat erpressen lassen? 1986; *K.-L. Kunz* Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *O. Lampe* Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand, NJW 1968 S. 88 ff; *R. Lange* Terrorismus kein Notstandsfall? Zur Anwendung des § 34 StGB im öffentlichen Recht, NJW 1978 S. 784 ff; *D. de Lazzer* und *D. Rohlf* Der „Lauschangriff". Ist nachrichtendienstliches Abhören der Wohnung zulässig? JZ 1977 S. 207 ff; *Th. Lenckner* Der rechtfertigende Notstand, 1965; *ders.* Das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit" der Gefahr in den §§ 34, 35 StGB, Lackner-Festschrift S. 95 ff; *P. Lerche* Der gezielt tödlich wirkende Schuß nach künftigem einheitlichen Polizeirecht. Zum Verhältnis hoheitlicher Eingriffsbefugnisse zu den allgemeinen Notrechten, v. der Heydte-Festschrift Bd. II S. 1033 ff; *G. Mangakis* Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts, ZStW 84 S. 447 ff; *A. Meißner* Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), 1990; *U. Neumann* Der strafrechtliche Nötigungsnotstand, Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund? JA 1988 S. 329 ff; *H. Otto* Anmerkung zu OLG München NJW 1972 S. 2275, NJW 1973 S. 668; *ders.* Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3. Auflage 1978; *G. Radbruch* Der Geist des englischen Rechts, 5. Auflage 1965; *K. Rebmann* Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung, NJW 1985 S. 1 ff; *J. Rödig* Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, Lange-Festschrift S. 39 ff; *C. Roxin* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Auflage 1973; *ders.* Zur Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Entfernung von Leichenteilen (§ 168 StGB), insbesondere zum rechtfertigenden strafrechtlichen Notstand (§ 34 StGB) — OLG Frankfurt, NJW 1975, 271, JuS 1976 S. 505 ff; *ders.* Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Jescheck-Festschrift S. 457 ff; *ders.* Die notstandsähnliche Lage — ein Strafunrechtsausschließungsgrund? Oehler-Festschrift S. 181 ff; *H.-J. Rudolphi* Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 371 ff; *M. Ruppelt* Maßnahmen ohne Rechtsgrundlage. Eine Untersuchung zur Anwendung des § 34 StGB im Öffentlichen Recht, 1983; *E. Samson* Legislatorische Erwägungen zur Rechtfertigung der Explantation von Leichenteilen, NJW 1974 S. 2030 ff; *F. Schaffstein* Der Maßstab für das Gefahrurteil beim rechtfertigenden Notstand, Bruns-Festschrift S. 89 ff; *ders.* Die

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

strafrechtlichen Notrechte des Staates, Schröder-Gedächtnisschrift S. 97 ff; *H. Schall* Die Relevanz der Arbeitsplätze im strafrechtlichen Umweltschutz, in: Recht und Wirtschaft (Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 1), 1989, S. 1 ff; *W. Schatzschneider* Die nachrichtendienstliche Generalklausel, ZRP 1988 S. 20 ff; *H.-L. Schreiber* Vorüberlegungen für ein künftiges Transplantationsgesetz, Klug-Festschrift S. 341 ff; *F.-C. Schroeder* Notstandslage bei Dauergefahr — BGH NJW 1979, 2053, JuS 1980 S. 336 ff; *J. Schwabe* Zur Geltung von Rechtfertigungsgründen des StGB für Hoheitshandeln, NJW 1977 S. 1902 ff; *ders.* Die Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, 1979; *G. Stratenwerth* Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 S. 41 ff; *F. Sydow* § 34 StGB — kein neues Ermächtigungsgesetz! JuS 1978 S. 222 ff; *H. Welzel* Anmerkung zu OGH MDR 1949 S. 370 ff, aaO S. 373 ff; *ders.* Zum Notstandsproblem, ZStW 63 S. 47 ff; *J. Wolter* Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefahrerfolg im Strafrecht — OLG Frankfurt, NJW 1975, 840, JuS 1978 S. 748 ff.

A. Die notstandsfähigen Güter, Staatsnotstandshilfe

9 1. Notstandsfähig ist jedes Gut, das notwehrfähig ist (oben 12/3 ff), also jedes rechtlich anerkannte und absolut ausgestaltete Gut. Der Katalog in § 34 Satz 1 StGB ist — anders als derjenige in § 35 StGB — nicht abschließend. — Nach dem Wortlaut des § 34 Satz 1 StGB kann es sich um eine Gefahr handeln, die dem Abwehrenden selbst oder einem anderen droht; damit ist die Notstands*hilfe* ein Rechtfertigungsgrund wie der Notstand[20]. Die Regelung ist sachgemäß, da sie nicht die — nur beim Bedrohten vorliegende — Zwangslage rechtfertigt, sondern die auf einem angemessenen Weg angestrebte positive Verhaltensbilanz.

10 2 a) Notstandshilfe kann demgemäß auch zugunsten der Güter in der Hand des Staats geleistet werden und hat neben der Staatsnotwehrhilfe in den Fällen Bedeutung, in denen es an einem voll zurechenbaren Angriff fehlt. Auch die Rechtsprechung hat die Möglichkeit von Staatsnotstandshilfe anerkannt (siehe die Entscheidungen oben 12/Fn. 11). Daß neben Art. 20 Abs. 4 GG für Staatsnotstandshilfe kein Platz mehr sei, ist nicht zuzugeben. Art. 20 Abs. 4 GG regelt das Widerstandsrecht auch gegen die Repräsentanten des Staats selbst (gegen den Hochverrat von oben), insbesondere gegen die Repräsentanten der Exekutive, aber beschränkt auf eine Not für die Staatsexistenz. Daß eine solche Regelung den gegenüber staatlicher Exekutive subsidiären Notstand ausschalten soll, widerspricht allgemeinen Konkurrenzregeln. Beispiel: Der Fahrer des Außenministers darf die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschreiten, wenn dies ersichtlich ohne konkrete Gefahr möglich und erforderlich ist, um den Minister rechtzeitig zur Begrüßung eines Staatsbesuchs zum Flughafen zu bringen; Art. 20 Abs. 4 GG schließt das nicht aus.

11 b) Die zur Staatsnotwehrhilfe geltenden Beschränkungen zum Schutz der staatlichen Kompetenzen (oben 12/9 ff) gelten bei der Staatsnotstandshilfe entsprechend[21]; Einzelheiten:

aa) Das Interesse des Staats am Unterbleiben abstrakter Gefährdungen ist so gering, daß die Hinderung dieser Gefährdungen durch einen Privaten wegen der damit verbundenen Verwischung der Kompetenzen per Saldo kein wesentlich überwiegendes Interesse wahrt.

bb) Jede Staatsnotstandshilfe scheidet aus, wenn das gefährdete Gut nur in einem staatlich garantierten Verfahren, insbesondere nur durch die Rechtspflege, gewahrt werden kann.

---

20 Ein Irrtum des Abwehrenden darüber, ob er selbst oder ein anderer der Gutsinhaber ist, betrifft also kein Merkmal des Rechtfertigungstatbestands und ist irrelevant.

21 Ebenso *Maurach-Zipf* AT I § 27 Rdn. 42.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

cc) Die Möglichkeit staatlich organisierten Schutzes geht vor; die Verweigerung der Hilfe durch handlungsfähige Staatsorgane bindet den Privaten bis auf Situationen des Widerstandsrechts nach Art. 20 Abs. 4 GG; dieses Widerstandsrecht bleibt als zusätzliches Recht.

B. Die gegenwärtige Gefahr

Das notstandsfähige Gut muß in einer gegenwärtigen Gefahr schweben, wenn der **12** Notstandseingriff gerechtfertigt sein soll.

1 a) *Gefahr* ist ein Zustand, in dem zu prognostizieren ist, daß eine Gutsverletzung nach dem zu erwartenden Verlauf nicht unwahrscheinlich ist. Die Gefahr ist nur für einen Notstand relevant, wenn sie das allgemeine Bestandsrisiko übersteigt. Eine überwiegende (oder noch höhere) Wahrscheinlichkeit eines schlechten Ausgangs ist, entgegen weit verbreiteter Formulierung[22], nicht erforderlich[23], vielmehr ist ein gegebenenfalls geringer Grad der Gefahr bei der Risikoabwägung zu berücksichtigen.

b) Die Prognose ist, wie oben begründet wurde (11/12), objektiv ex ante zu stellen, **13** wobei objektiv heißt, daß es nicht auf die Fähigkeiten des jeweiligen Urteilers, sondern diejenigen eines verständigen Beobachters ankommt[24]. Verständiger Beobachter ist der für die Konfliktlage der in Frage stehenden Art an sich (d. h. wenn sofortiger Entscheidungszwang fehlt) zuständige Fachmann, also für Feuersgefahren der Berufsfeuerwehrmann, für Gefahren einer Gebäudekonstruktion der Statiker, für Krankheiten der Arzt etc. Daß im Einzelfall eine Person, die auch bei verfügbarer Zeit als planmäßig beschaffbarer Fachmann nicht in Frage kommt, zufällig ein Urteil abgeben könnte, das der Wirklichkeit voll entspricht, kann den Begriff der Gefahr erweitern, nicht aber verengen, bevor nicht das Sonderwissen in die Situation eingebracht wird[25]. Beispiel: Die auch den aufmerksamen Arzt täuschende, simulierte Herzattacke ist eine Gefahr, selbst wenn die Ehefrau des Patienten, wäre sie anwesend, die Simulation „diagnostizieren" würde; erst wenn die Frau die ärztliche Beurteilungsbasis durch Mitteilung ihres Sonderwissens erweitert, entfällt das Gefahrurteil.

Die Bestimmung erfolgt ex ante; hierbei kommt es auf den Wissensstand des verständigen Beobachters im Zeitpunkt der Handlung an, gegebenenfalls ergänzt um einen übersteigenden Wissensstand des Urteilenden[26]. Die Trennung einer sogenannten on-

---

22 *LK-Hirsch* § 34 Rdn. 32 (naheliegend); BGH 8 S. 28 ff, 31 (Eintritt wahrscheinlicher als Ausbleiben, zu § 315 c StGB, entspricht § 315 a StGB a. F.); ebenso BGH 13 S. 66 ff, 70; siehe auch BGH 18 S. 271 ff; 19 S. 264 ff, 267 f; 19 S. 371 ff, 373; 22 S. 341 ff; OLG Frankfurt NJW 1975 S. 840; — sämtliche Entscheidungen zu Gefährdungsdelikten; — Darstellung der diesbezüglichen neueren Rechtsprechung bei *Wolter* JuS 1978 S. 748 ff.

23 So zutreffend RG 30 S. 179 ff, 180; BGH VRS 45 S. 38 ff; *Schaffstein* Bruns-Festschrift S. 89 ff, 104 f; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 15; *Schönke-Schröder-Cramer* Rdn. 5 vor § 306.

24 Anders *Schaffstein* Bruns-Festschrift S. 89 ff, 100 ff, der auf die Leistungsfähigkeit der Angehörigen des Verkehrskreises abstellt, dem der Betroffene angehört. Damit wird die Perspektive wieder mehr auf den Retter (wer handelt?) und weg von normativen Erwartungen des Eingriffsopfers (wessen Aufgabe sind welche Handlungen generell?) gelenkt. — Natürlich geht im Notfall keine Erwartung dahin, der zufällige Retter *werde* Fachmann sein; aber das heißt nur, daß man bereit ist, eine vorauszusehende Täuschung als Irrtum des Laien zu erklären, nicht aber ist man bereit, das Irrige für richtig zu halten.

25 Anders die ansonsten mit der hiesigen Lösung übereinstimmenden Definitionen durch *Blei* AT § 44 III 3 und *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 14, welche auf „alle Gegenwartskenntnisse" oder „das gesamte menschliche Erfahrungswissen" abstellen. Die Kumulierung dieser Kenntnisse ist aber selbst bei fehlendem Zeitdruck nicht organisierbar, sondern allenfalls zufällig möglich; deshalb kann solche Kenntnis auch nicht Gegenstand generalisierbarer Erwartung sein.

26 Die oft anzutreffende Formulierung, die Ex-ante-Prognose sei eine nachträgliche Prognose, da sie vom Richter nachträglich in gedanklicher Rückversetzung in die Lage ex ante vollzogen werde, ist verwirrend und überflüssig; denn es kommt —

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

tologischen Basis (was ist die Lage?) von einer nomologischen Basis (was sind die Entwicklungsgesetze einer solchen Lage?) ist weder nötig noch überhaupt möglich (die Anlage zu einer bestimmten Entwicklung kann stets als Eigenschaft der Lage definiert werden)[27]. — Solange ohne Gefahrerhöhung durch Verbreitung der Wissensbasis das Urteil präzisiert werden kann, hat dies zu geschehen. — Zu der ex ante bestimmten Gefahr tritt *ergänzend* diejenige Lage, die sich nur bei der Betrachtung ex post als Schadensverlauf erschließt (siehe oben 11/10). Beispiel: Wer einen nicht anders abwendbaren Schadensverlauf *effektiv* in einer nach den Maximen des § 34 StGB richtigen Art und Weise stoppt, handelt in einer objektiv gegebenen Rechtfertigungslage, auch wenn eine Gefahr wegen der Ungewöhnlichkeit des Schadensverlaufs ex ante nicht feststellbar war.

14 c) Die Quelle der Gefahr kann eine Naturkatastrophe oder ein menschliches Fehlverhalten, auch ein Delikt, sein. Letzteres wird für den Fall eines Handelns im Nötigungsnotstand, also für das Werkzeug eines mittelbaren Täters (unten 21/84), mit dem Argument bestritten, wer — und sei es unter Zwang — auf die Seite des Unrechts trete, handle ohne Billigung der Rechtsordnung[28]. Selbst beschränkt auf Fälle, in denen der mittelbare Täter voll schuldfähig ist, und beschränkt auf das abgenötigte Verhalten[29] und zudem beschränkt auf Fälle, in denen der mittelbare Täter das Geschehen noch in der Hand hält[30], ist der Ausschluß von Notstand nicht gerechtfertigt[31]; denn dem Werkzeug ist die Tat des mittelbaren Täters nicht zurechenbar und also hat es Anspruch auf Solidarität wie jeder andere, der nicht eigene Gefahren zu verantworten hat. Das zeigt auch die Notstandshilfe: Wenn das Eingriffsopfer nach § 323 c StGB oder gar als Garant verpflichtet sein kann, zur Rettung des Werkzeugs aus der Bedrohung durch den mittelbaren Täter das Eingriffsgut anzubieten, darf das Werkzeug sich das Gut auch nehmen. — Freilich schließt eine Möglichkeit des Werkzeugs, sich durch

---

wie bei der Kausalität — auf den geistigen Konnex, nicht aber auf das psychische Faktum des Nachvollzugs an. — Ebenso verwirrend und überflüssig ist der häufige Hinweis, die Prognose beruhe insofern auf einer generalisierenden Ex-post-Betrachtung, als man die anzuwendenden Erfahrungssätze nur generell ex post entwickeln könne (*Maurach-Zipf* AT I § 27 Rdn. 15); denn der Erfahrungssatz muß nicht „post" die zu beurteilende Gefahrenlage entwickelt werden, sondern kann längst bekannt sein.

27 Die Bestimmung ist insgesamt wenig genau; die dogmatische Aufmerksamkeit hat bislang der Gefahr in § 34 StGB weniger gegolten (ausführlich zu dieser Gefahr freilich *Schaffstein* Bruns-Festschrift S. 89 ff; *Blei* AT § 44 III; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 12 ff) als der sogenannten objektiven Voraussehbarkeit bei der Fahrlässigkeit (dazu oben 9/8 ff) und der Gefahr bei den konkreten Gefährdungsdelikten (dazu umfassend *Horn* Gefährdungsdelikte S. 46 ff; *Demuth* Gefahrbegriff S. 49 ff; siehe auch oben 6/79). — Die teils behauptete Gleichrichtung der Gefahrbegriffe im Strafrecht, selbst unter Einschluß der Gefahr bei Prognoseentscheidungen im Sanktionenrecht (etwa bei *Maurach-Zipf* AT I § 27 Rdn. 15), ist bislang wenig gesichert.

28 *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 41 b; *Lenckner* Notstand S. 117; *Lange* NJW 1978 S. 784 ff, 785; differenzierend *Roxin* Oehler-Festschrift S. 181 ff, 188; *Neumann* JA 1988 S. 329 ff, 334 f; *LK-Hirsch* § 34 Rdn. 69; für „Strafunrechtsausschluß" *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 335 ff (dazu oben 11/Fn. 10a); im Ergebnis wie hier mit Nachweisen *Küper* Staat S. 56 ff; *Bernsmann* „Entschuldigung" S. 147 f.

29 So *Schönke-Schröder-Lenckner* aaO; anders *Lange* aaO, der auch die Flucht vor dem abgenötigten Verhalten erfassen will (dem Räuber wird Falschgeld gegeben).

30 Diese Problematik übersehen die Autoren aaO; Beispiel: Die Erlaubnisse zum Löschen können nach vorsätzlicher Brandstiftung nicht andere sein als nach einer Zufallszündung.

31 Ganz unbefriedigend ist die angebliche Ausnahme von diesem angeblichen Notstandsausschluß für den Staat bei *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 41 b (dagegen Küper, Staat S. 51 f); der „Staat als Hüter des Rechts" besteht, will man nicht den Rechtsstaat preisgeben, jedenfalls nicht aus der Exekutive ohne vorgehenden Gesetzgebungsakt des Parlaments. Mit diesem Akt entfällt freilich das Problem. — Zur hier vertretenen, ganz gegenteiligen Lösung, nämlich zur Beschränkung von § 34 StGB bei Staatsorganen, siehe unten 13/42.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Notwehr oder — bei nicht schuldhaft handelndem mittelbaren Täter — defensiven Notstand vom mittelbaren Täter zu befreien, die Rechtfertigung der Konfliktlösung durch den Eingriff in Güter unbeteiligter Dritter aus, weil dann eine anderweitige Abwendungsmöglichkeit besteht. — Auch die bewußte Vorspiegelung einer Schadensneigung, die so geschieht, daß auch ein Fachmann sie nicht durchschauen könnte, begründet eine Gefahr[31a]. Beispiel: Jemand zündet auf einem Speicher eine Rauchbombe, um eine Rettungsmannschaft dazu zu bringen, die Tür des vermeintlich brennenden Hauses aufzubrechen, was auch geschieht; — die Retter handeln zur Abwehr einer nicht nur putativen Gefahr. — Schließlich kann auch der Eingreifende selbst der Erzeuger der Gefahrenlage sein; siehe dazu unten 13/27 und zur mittelbaren Täterschaft 21/84.

2. Die Gegenwärtigkeit der Gefahr beim Notstand hat geringere Bedeutung als die **15** Gegenwärtigkeit des Angriffs bei der Notwehr: Hier geht es nur darum, den aktuellen Schutz vor Not im Notstand von dem planmäßigen Schutz als Aufgabe der Polizei zu sondern. Eine Bevorratung mit Rettungspotential soll ausgeschlossen und die Beschränkung auf das aktuell Notwendige erzwungen werden[32]. Die Gegenwärtigkeit reicht also beim Notstand bis zu der Grenze, die bei der Notwehr durch die notwehrähnliche Lage bezeichnet wird (oben 12/27), also bis zur Notwendigkeit, aktuell in fremde Güter einzugreifen, wenn der Eintritt einer Schädigung nicht unvermeidbar werden soll[33].

C. Die Erforderlichkeit

1. Nur der — objektiv ex ante bestimmt (oben 11/12) — erforderliche Eingriff ist **16** gerechtfertigt, oder mit den Worten des Gesetzes, die Gefahr darf „nicht anders abwendbar" sein (§ 34 Satz 1 StGB). Die Bestimmung der Erforderlichkeit verläuft derjenigen bei der Notwehr analog:

a) Der Eingriff muß zur Beendigung der Gefahrenlage geeignet sein. Was auf die **17** Gefahrenlage nicht einwirkt, ist ungeeignet; so ist z. B. die Trunkenheitsfahrt eines Arztes, der infolge seiner Trunkenheit zu fachmännischen Maßnahmen nicht mehr in der Lage ist, zur Rettung des Patienten ungeeignet[34]. Ein der Art nach brauchbares, der Menge nach jedoch zu schwaches Mittel ist ungeeignet; die Gefahr ist so nicht abwendbar; Beispiel[35]: Ein Handfeuerlöscher ist zur Bekämpfung eines Großbrands ungeeignet. Geeignet ist auch nicht, was nur den Weg zum Schaden modifiziert[35a]; Beispiel: Droht ein Konkursfall das Ansehen eines Berufsstands zu schädigen, ist die Verschleierung der Konkursreife durch Veruntreuung zur Abwendung des Ansehensverlusts ungeeignet[36].

b) Der Eingriff muß weiterhin das mildeste Mittel zur Gefahrenbeseitigung sein. Die **18** Milde bestimmt sich nach dem Gewicht der beteiligten Interessen; Beispiel zu § 218 a Abs. 1 Nr. 2 StGB: Ein Schwangerschaftsabbruch zur Beseitigung einer Suizidgefahr ist nicht gerechtfertigt, wenn die Gefahr durch leicht zu leistende Hilfe anderweitig

---

31a *A. A.* wohl *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 13.

32 Es ist Aufgabe der Polizei, das zukünftig Notwendige zu bevorraten, und dafür gelten bestimmte Verfahren; siehe unten 13/42; zur Unzulässigkeit der Versorgung von Organbanken per Notstand siehe *Jakobs* ZStW 91 S. 637 ff, 642 ff, 648; *Albrecht* Zulässigkeit S. 88 mit Nachweisen.

33 RG 61 S. 242 ff, 255; BGH 14 S. 1 ff, 3; *LK*9-*Hirsch* Rdn. 57 vor § 51.

34 OLG Koblenz MDR 1972 S. 885; — bei geringen Chancen einer tauglichen Behandlung verschiebt sich das Problem in die Risikoabwägung.

35 Nach *Lenckner* Notstand S. 79 f.

35a *Lenckner* Lackner-Festschrift S. 95 ff, 98.

36 BGH NJW 1976 S. 680 mit Anmerkung *Kienapfel* JR 1977 S. 27 f und Besprechung *Küper* JZ 1976 S. 515 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

beseitigt werden kann[37]. Kann der Retter Güter aus dem Rechtskreis des durch die Notstandshandlung Begünstigten einsetzen, so geht das dem Eingriff in Güter dritter Personen so lange vor, wie die einzusetzenden Güter des Begünstigten nicht diejenigen der Dritten wesentlich überwiegen, also ihrerseits im Notstand schutzwürdig werden[37a]; Beispiel: Jedermann muß den Brand seines Hauses erst mit seinem eigenen Wasser bekämpfen, bevor er fremdes Wasser verwendet, aber niemand muß mit eigenem Schampus löschen, um Fremden den Verlust von etwas Wasser zu ersparen. — Zur Relativität der Erforderlichkeit siehe oben 11/59 a f.

Güter des — selbst nicht durch die Tat begünstigten — Retters sind nicht eher einzusetzen als Güter dritter Personen. Soweit mehrere Güter gleichen Gewichts zur Verfügung stehen — Beispiel: mehrere Autos zum Abtransport eines Kranken — kann der Retter wählen[38]. — Ein Eingriff in Güter des für die Gefahr Verantwortlichen geht bei dessen Schuldhaftigkeit (Notwehr!) überhaupt und ansonsten im Rahmen des defensiven Notstands vor (d. h. solange der Eingriff nicht außer Verhältnis zu den sonst möglichen Abwendungen steht[38a]). Beispiel: Wer von einem Hund gebissen wird, hat sich zur Versorgung der Wunde primär an dessen Eigentümer zu halten; nur wenn bei diesem kein Verbandsmaterial zu holen ist, darf beim nächsten Apotheker eingegriffen werden.

Hilfe anderer Personen, die den Rettungseingriff mildert, sei es polizeiliche oder private Hilfe, ist nicht nur bei Präsenz zu akzeptieren, sondern auch herbeizuschaffen; ein ungemilderter Eingriff ist ansonsten nicht erforderlich. Wächst freilich der Aufwand zum Herbeischaffen zu einem Gewicht an, das der zu erwartenden Milderung nicht mehr proportional (hier im Sinn von gleich) ist oder erhöht sich das Schadensrisiko unproportional, kann ohne fremde Hilfe und ungemildert eingegriffen werden: Ein Rettungsversuch, der mindestens kostet, was er bringen kann, braucht nicht erst versucht zu werden. Beispiel: Im Notfall ist die Trunkenheitsfahrt (§ 316 StGB) eines Arztes rechtmäßig, wenn das Heranholen eines Taxis entweder nur durch längere Blockierung einer Notrufleitung möglich ist oder die bis zum Eintreffen des Taxis verstreichende Zeit die Heilungschance des Notfallpatienten mindert.

19 2. Die Erforderlichkeit eines Notstandseingriffs fehlt, wenn das Benötigte von dritter Seite freiwillig angeboten wird[38b]. Die Erforderlichkeit fehlt aber nicht schon deswegen, weil eine Einwilligung beim Eingriffsopfer erfragt werden könnte[39]. Das Problem ist überhaupt nicht an der Einwilligung zu fixieren, da das Eingriffsopfer nur schlicht *dulden* muß (also hinnehmen, nicht auch einverstanden sein). Freilich mag es Fallgestaltungen geben, in denen nur mit Einwilligung eingegriffen werden darf, während ein Notstandseingriff ein unangemessenes Mittel ist, so etwa bei der Heilbehandlung.

---

37 BGH 3 S. 8 ff.

37a *Lenckner* Lackner-Festschrift S. 95 ff, 105, 107.

38 Siehe *Küper* JZ 1976 S. 515 ff, 516; *a. A. Lenckner* Lackner-Festschrift S. 95 ff, 107 f.

38a *Lenckner* Lackner-Festschrift S. 95 ff, 104.

38b *Lenckner* Lackner-Festschrift S. 95 ff, 105.

39 *Geilen* JZ 1971 S. 41 ff, 47; *Roxin* JuS 1976 S. 505 ff, 508; *Samson* NJW 1974 S. 2030 ff, 2031; *Schreiber* Klug-Festschrift S. 341 ff, 348 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 20; *a. A.* LG Bonn JZ 1971 S. 56 ff; *Dreher-Tröndle* § 168 Rdn. 4 mit Nachweisen . — Die Gegenmeinung dürfte verkennen, daß in denjenigen Fällen, in denen nach Verweigerung der Einwilligung eine Notstandslage vorliegt, das Gut nicht durch eine Norm des Inhalts erhalten werden kann, am Anfang habe ein Bemühen um die Einwilligung zu stehen. Das Bemühen um Einwilligung dient in diesen Fällen der Sicherung von Kompetenzen zu einer sowieso erfolgenden Verfügung über das Gut, nicht aber der Erhaltung des Gutsbestands.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

D. Die Abwägung der widerstreitenden Interessen

1. Kennzeichen speziell des aggressiven Notstands ist eine Interessenbilanz derge- **20**
stalt, daß das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Zur Ermittlung des Gewichts der Interessen ist zunächst das *Gewicht der beteiligten Güter* festzustellen. Die Strafrahmen des BT geben zur Bestimmung des Gewichts nur einen korrekturbedürftigen Anhalt, da sie nicht allein nach dem Gewicht der Güter, sondern auch nach der Schutzbedürftigkeit der Güter und anderen kriminalpolitischen Aspekten ausgerichtet sind[40]. So entspricht etwa der geringe Strafrahmen des Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) oder der Beleidigung (§ 185 StGB) nicht dem Gewicht der Güter Hausfrieden und Ehre. Zudem sind nicht alle notstandsfähigen Güter strafrechtlich geschützt. Es bleibt nur die Leitlinie, daß nach der gesamten Rechtsordnung die Elemente, die eine Person konstituieren, sowie die Grundbedingungen eines Rechtsstaats überhaupt vorrangig sind; bei den nachrangigen Gütern kann nochmals zwischen ersetzbaren und unersetzbaren Gütern differenziert werden. Das ergibt freilich auch keine zahlenmäßig geordnete Reihenfolge, aber das Gesetz selbst stellt nur auf eine grobe Stufung ab, wie sich am Erfordernis des *wesentlichen* Überwiegens zeigt.

2 a) Zudem kann die Duldung eines Eingriffs in solche Güter nicht durch ein **21**
allgemeines Solidaritätsverlangen gefordert werden, deren *Aufopferung selbst in engen Gemeinschaften* (Eltern-Kind-Verhältnis, Ehe) *nicht* nach den Regeln dieser Gemeinschaften rechtlich *gefordert* ist, mag auch die Aufopferung der Idee der Gemeinschaft entsprechen. Lebensverlust[40a], auch beim Verlust einer nur noch kurzen Spanne, Verlust nicht nur beiläufiger Stücke der körperlichen Integrität, nicht nur beiläufiger Freiheitsverlust oder irreparabler Ehrverlust können im aggressiven Notstand in der Regel nicht gerechtfertigt werden: Die eigene Existenz ist Voraussetzung jeder *solidarischen* Leistung an andere. Beispiel[41]: Ein nicht mehr zu bremsender Zug wird von einem Weichenwärter zur Vermeidung eines Zusammenstoßes mit einem voll besetzten Personenzug auf ein Nebengleis gelenkt, wo allerdings einige Gleisarbeiter überfahren werden; — rechtswidriges Umlenken. — Eine Ausnahme bilden Lebensbereiche, die nur organisierbar sind, wenn Pflichten zur Erduldung von nicht nur geringen Lebensgefahren (Militär in Kriegszeiten) oder gewichtigem Freiheitsverlust (Freiheitsstrafe) auferlegt werden. Die Organisation vollzieht sich in diesen Bereichen durch staatliches Handeln; aggressiver Notstand scheidet deshalb für den Organisator aus (die Anordnung von Freiheitsstrafe oder Wehrpflicht per aggressiven Notstand ist stets ein unangemessenes Mittel); die Sonderpflicht behält nur Bedeutung für den Ausschluß von Rechtfertigung und Entschuldigung, wenn sich der einzelne Sonderverpflichtete der Organisation unter Berufung auf den ihn treffenden Verlust entziehen will (Fahnenflucht, Flucht des Strafgefangenen). — Auch bei der Erhaltung des Staats durch Widerstand (Art. 20 Abs. 4 GG) kann eine als Nebenfolge eintretende Tötung unbeteiligter Personen — auf Unbeteiligte bezogen entspricht Art. 20 Abs. 4 GG dem aggressiven Notstand — gerechtfertigt sein (siehe unten 15/4), ebenso bei polizeilichem Handeln zur Erhaltung der Ordnung insgesamt[41a]. — Der oft verwendete Topos, das Leben sei stets ein Höchstwert[42], ist freilich, wie schon diese Ausnahmen zeigen, verfehlt. Er würde zudem jede Risikoabwägung, selbst das erlaubte Risiko, unmöglich machen.

---

40 *LK-Hirsch* § 34 Rdn. 56; *Stratenwerth* AT Rdn. 454; anders RG 61 S. 243 ff, 255.

40a BGH NStZ 1989 S. 176 ff.

41 Nach *Welzel* ZStW 63 S. 47 ff, 51.

41a *LK-Hirsch* Rdn. 152 vor § 32; *a. A. Bernsmann* Blau-Festschrift S. 23 ff, 28.

42 *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 23 u. a. m.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

22 b aa) Vom Bereich der Ausnahmen abgesehen gilt: Eine sogenannte *Perforation* (Tötung eines Kinds in der Geburt zur Erhaltung des Lebens der Mutter, etwa bei Hydrocephalus) ist im aggressiven Notstand nicht zulässig[43] und nur zu rechtfertigen, wenn die Konfliktlage als zum Verantwortungsbereich des Kinds gehörig, also einen defensiven Notstand auslösend, definiert wird[44].

23 bb) An der Unverfügbarkeit der bezeichneten Güter ändert sich nichts bei einer solcherart gestalteten *Gefahrengemeinschaft* der Beteiligten, daß ohne einen Eingriff in existentielle Güter eines Beteiligten alle Beteiligten verloren sind[45]. Für das Opfer bedeutet diese Lage, daß es sich mit seinen Gütern sowieso dem Ende nähert; ob ihm dies allein oder mit anderen und letzterenfalls aus diversen Gründen oder aus einem Grund (dann Gefahrengemeinschaft) widerfährt, so lange irrelevant, wie ihm die Konfliktlage nicht zugerechnet werden kann: Eine Duldungspflicht fehlt jedenfalls. — Auch wenn durch die Aufopferung des Lebens eines einzelnen Menschen das Leben mehrerer anderer Menschen erhalten werden kann, ohne den Eingriff in das Leben jedoch alle zusammen in kurzer Frist verloren sind, läßt sich kein Recht begründen, einem Menschen die Minima der Existenz zu nehmen. Die Lösung eines Konflikts auf dem Rücken einer Person, der die Konfliktursache nicht zuzurechnen ist und die keine Sonderpflichten trägt, findet ihre absolute Grenze in der Anerkennung dieser Person als ihrerseits auch zu einer physischen und sozialen Existenz berechtigt.

Rechtswidrig war also das Verhalten der Ärzte, die bei der Aktion zur Tötung geisteskranker Personen in der nationalsozialistischen Zeit einige Patienten an die Tötungsaktion preisgaben und deshalb in ihren Positionen belassen und nicht durch Ärzte ersetzt wurden, die alle Patienten preisgegeben hätten[46]. — Rechtswidrig handelt

---

43 Zweifelhaft; die Grenze zwischen Leibesfrucht und Mensch hat weniger etwas mit Differenzen im Wert des jeweiligen Angriffsobjekts zu tun als mit Differenzen der Schutzbedürftigkeit; das Kind in der Geburt, aber mangels deren Vollendung noch mit der Mutter verbunden, kann deshalb auch als menschengleich geschützte Leibesfrucht, aber eben noch nicht voller Rechtsgenosse, verstanden werden; so *Jescheck* AT § 33 IV 3 c; *Roxin* Jescheck-Festschrift S. 457 ff, 475 ff.

44 So *LK-Hirsch* § 34 Rdn. 72; *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 34 vor § 218; sehr streitig; die Lösung paßt bei Kollisionen nicht mehr, die nicht auf eine besondere Konstitution des Kinds zurückgeführt werden können. Dagegen ist eingewendet worden, ein in der Geburt befindliches Kind könne mangels „jeglicher Handlungsfähigkeit" keinen Zuständigkeitsbereich haben (*Roxin* Jescheck-Festschrift S. 457 ff, 477 f). Das ist ein Naturalismus, der zu *verkappten* Wertungen führt; denn wenn *Roxin* davon ausgeht, das Kind gefährde die Mutter (S. 476), so wird damit nicht ein wertungsfreier Befund, sondern eine *Zuständigkeit* formuliert: Warum gefährdet nicht umgekehrt die Mutter das Kind, etwa wenn die Katastrophe nicht auf einer Mißentwicklung des Kinds, sondern auf eine „geburtsunfreundlichen" Konstitution der Mutter beruht? Die Antwort lautet bei *Roxin*, weil die Mutter „dem Kinde das Leben" schenke; das heißt, das Kind hat keinen Anspruch auf in etwa durchschnittliche Geburtsbedingungen, vielmehr gehen gravierende Geburtsschwierigkeiten stets zu seinen Lasten; das Kind trägt also die Kosten der Lösung von Geburtskonflikten; das *ist* Zuständigkeit. Allgemein gesprochen: *Wer Gefahren zuordnet, formuliert Zuständigkeiten.* Freilich mag bei der hier vorgeschlagenen Lösung die Zuständigkeit des Kindes *zu eng* gezogen sein; siehe dazu die vorangehende Fn. — Für übergesetzliche (§ 35 StGB paßt für den Arzt mangels Näheverhältnis in aller Regel nicht) Entschuldigung *Dreher-Tröndle* § 34 Rdn. 21; *SK-Rudolphi* Rdn. 15 vor § 218; — letztere Lösung ist allerdings für ärztliches Handeln wenig angemessen (zutreffend *Roxin* Jescheck-Festschrift S. 457 ff, 478): Sollte defensiver Notstand (nach verbreiterter Lehre sogar Notwehr) gegen den Arzt zulässig sein?

45 Siehe schon oben 13/3 zur Exemtionstheorie; streitig, wie hier *Lenckner* Notstand S. 27 ff; *ders.* GA 1985 S. 295 ff, 309 f; *Küper* Grund- und Grenzfragen S. 48 ff, 57 ff, 121 f; *Schmidhäuser* AT 11/16; *Maurach-Zipf* AT I § 27 Rdn. 23 ff; *SK-Samson* § 34 Rdn. 20; im Ergebnis (kein angemessenes Mittel) auch *Meißner* Interessenabwägungsformel S. 192 ff, 212 ff; *a. A. Otto* Pflichtenkollision S. 107 ff; *Stratenwerth* AT[2] Rdn. 451 (zweifelnd *ders.* AT[3] Rdn. 457); *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 333 ff, 345 ff (nach Fallgruppen differenzierend; das Unrecht soll unter die Strafwürdigkeitsgrenze sinken können).

46 BGH NJW 1953 S. 513 f; OGH 1 S. 321 ff, 331 ff; 2 S. 117 ff, 122 ff; *Welzel* MDR 1949

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

auch der Arzt, der ein nur einmal verfügbares Gerät, etwa eine Herz-Lungen-Maschine, mit erkennbarer Todesfolge bei einem Patienten mit schlechter Prognose absetzt, um es bei einem neu eingelieferten Patienten mit besserer Prognose einzusetzen[47].

Entsprechend sind die Schulfälle zu entscheiden, nach denen zwei Bergsteiger nach einem Sturz an dem um eine Klippe laufenden Sicherungsseil hängen bleiben und ein Retter nur das Seil durchschneiden und einen der Bergsteiger vor dem baldigen Tod bewahren kann, während der andere nach dem Durchschneiden sofort zu Tode stürzt[48], oder mehrere Schiffbrüchige des Schiffs „Mignonette" den sowieso todkranken Schiffsjungen töten und verspeisen, um Kraft für das — gelingende! — Abwarten auf Rettung zu haben[49], oder ein Fährmann einen Teil seiner Passagiere vor dem baldigen Ertrinken bei einem Schiffsleck rettet, indem er den anderen Teil sofort über Bord wirft[50] (was sich auf Ballonführer übertragen läßt, die sich bei einer Über-Wasser-Fahrt eines Teils ihrer Passagiere entledigen, um dem Rest eine Landung auf dem Festland zu ermöglichen), oder bei einem Schiffsleck Schotten zu einem Schiffsteil geschlossen werden, in dem sich noch Seeleute befinden, die dadurch eher sterben, als sie bei einem Vollaufen des ganzen Schiffs gestorben wären[51]: sämtlich Fälle rechtswidriger Notstandseingriffe.

In den genannten Fällen kann dem Opfer nicht plausibel gemacht werden, weshalb es sich in seine Opferrolle schicken soll: Es verliert zwar nur wenig, aber es verliert. Die Entscheidung fällt anders aus, wenn derjenige, der die Konfliktkosten zu tragen hat, nicht ex post als Opfer, sondern ex ante als möglicherweise Gewinnender definiert wird. Dies ist der Fall, wenn sich die Opferposition als Ergebnis eines *objektiven* Zwangs darstellt. Alle potentiell Betroffenen würden der Einrichtung eines Automaten zustimmen, der in Notfällen eine Konfliktlösung bringt, von der ex ante alle Beteiligten nur profitieren können (weil die Zahl der Opfer jedenfalls reduziert wird und jeder die Chance hat, unter den Geretteten zu sein), und der die Konfliktlösung ohne Hinderungsmöglichkeit durchführt (sonst könnte man schlicht auswürfeln, wer Opfer sein soll, und das Ergebnis vollstrecken[51a]): Durch ihre Zustimmung gewinnen alle Beteilig-

---

S. 373 ff, 375; *ders.* ZStW 63 S. 47 ff; *Gallas* Mezger-Festschrift S. 311 ff, 326 f; *Küper* Grund- und Grenzfragen S. 52 ff mit Nachweisen; *ders.* JuS 1981 S. 785 ff, 793; *a. A.* (für Rechtfertigung) *Brauneck* GA 1959 S. 261 ff, 271; *Otto* Pflichtenkollision S. 109; *Rödig* Lange-Festschrift S. 39 ff, 58 f mit Fn. 44; *Mangakis* ZStW 84 S. 447 ff, 476 f mit Nachweisen des Meinungsstands S. 477 Fn. 70.

47 Fall von *Welzel* Strafrecht § 23 III 1; hierzu *Geilen* JZ 1968 S. 145 ff, 151; *ders.* FamRZ 1968 S. 121 ff, 126; *Bockelmann* Strafrecht des Arztes S. 126 Anm. 50. Die Entscheidung ist von der Beurteilung des Behandlungsabbruchs als Begehung oder als Unterlassung (dazu oben 7/64) unabhängig; das übernommene Vertrauen wiegt jedenfalls mehr als das erst noch zu übernehmende. — Zudem führt die Verfolgung der jeweils bei einer Einzelbewertung chancenreicheren Handlungsmöglichkeit nicht sicher zu einem per Saldo größeren Nutzen: Wenn mehrfach wegen einer jeweils chancenreicheren Tätigkeit abgebrochen wird, können die vernachlässigten Chancen in der Summe die bevorzugte Chance überragen.

48 *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 24 mit Nachweisen; zur Herkunft des Falls siehe *Küper* JuS 1981 S. 785 ff, 786 Fn. 14. — Der Bergsteiger, der in dem gleichfalls bekannten Schulfall stürzt und seinen Partner mitzureißen droht, wenn das Seil nicht sofort gekappt wird (siehe etwa *Stratenwerth* AT Rdn. 457 und *SK-Samson* § 34 Rdn. 20), kann (1) rechtswidrig und schuldhaft angreifen, wenn er durch einen außerhalb des erlaubten Risikos liegenden und schuldhaften Fehler stürzt; (2) im Sinn des defensiven Notstands angreifen, wenn der Grund des Sturzes in seinem Gefahrenbereich liegt; (3) nur eine Gefahr im Sinn eines aggressiven Notstands heraufbeschwören (dann keine Rechtfertigung der Verkürzung der verbleibenden Lebensspanne), (4 und 5) sich seinerseits im defensiven Notstand oder im Zustand der Notwehr befinden, wenn der Grund des Sturzes (schuldhaft oder nicht) vom Partner zu verantworten ist.

49 Siehe *Radbruch* Geist des englischen Rechts S. 69 ff; *Bernsmann* „Entschuldigung" S. 45.

50 Fall nach *Klefisch* MDR 1950 S. 258 ff, 261.

51 Fall nach *H. Mayer* AT § 27 III 1, der hier eine besondere Duldungspflicht annimmt; sehr zweifelhaft.

51a Kein um Gütermaximierung besorgter Rechtsgutsverwalter wird sich gegen das Würfeln wen-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

ten, indem sie den im Konfliktsfall ansonsten *sicheren* Untergang gegen den nur *möglichen* tauschen (siehe auch zum erlaubten Risiko oben 7/38).

24 cc) Schließlich bleibt die Lösung auch dann unverändert, wenn der Eingreifende zur Rettung des Begünstigten *verpflichtet* ist: Das Innenverhältnis Eingreifender-Begünstigter kann dem außenstehenden Eingriffsopfer keine Duldungspflichten bringen[52].

25 3 a) Im überhaupt verbleibenden Bereich rangieren *nicht etwa die Sachgüter nach den persönlichen Gütern*[53]. Der verfassungsmäßig garantierte Schutz der Person wirkt auch auf Sachgüter zurück: Die meisten Sachgüter sind durch Arbeit entstanden und alle bieten Entfaltungschancen für eine Person. Eine absolute Nachrangigkeit von Sachgütern würde also eine Mißachtung von Arbeit und personaler Entfaltungschance bedeuten und sich deshalb gegen die Person selbst kehren. So sind etwa vorübergehende Nötigungen oder Freiheitsbeeinträchtigungen zur Rettung größerer Sachgüter nach § 34 StGB erlaubt. Für die Abwägung ist also weniger eine phänotypische Zuordnung relevant als das Maß, in dem das durch den Notstandseingriff betroffene Gut *Entfaltungschancen oder — bei staatlichen Gütern — formelle oder materielle Rechtsstaatlichkeit repräsentiert.* Freilich kommt es nicht allein auf die praktische Nutzbarkeit der Güter an (also nicht 2 Stunden Freiheit = 2 Stunden Durchschnittslohn etc.); denn Güter werden im sozialen Leben nicht als das, was sie sind, bewertet, sondern als was sie gelten; ihr *symbolischer Gehalt* geht in die Gewichtung ein[54]. So zählt z. B. die Freiheit selbst ceteris paribus mehr als das Ergebnis des Einsatzes von Freiheit in Arbeit (etwa ein Sachgut oder eine Dienstleistung), oder das Geld für die tägliche Nahrung zählt — auch wenn der Grundbedarf sowieso gesichert ist — mehr als dieselbe Summe als Anlagekapital etc.

Nur mit dem symbolischen Gehalt an Entfaltungschancen, den die Freiheit oder die körperliche Integrität enthalten, kann erklärt werden, daß im Schulfall der gewaltsamen Gewinnung dringend benötigten Transfusionsbluts Notstandsrechtfertigung ausscheiden soll[55]; der beim Eingriffsopfer realisierte Verlust dürfte sich nicht von der Einbuße unterscheiden, die etwa ein Notfalleinsatz nach § 323 c StGB mit sich bringt; aber beim Notfalleinsatz (oder bei der prozessualen Zeugnispflicht u. a. m.) wird eine menschliche Leistung gefordert, bei der erzwungenen Transfusion hingegen ein Teil des Körpers eines Menschen; letzteres (der Mensch als medizinisches Depot!) symbolisiert stärker einen Gebrauch der Person als Sache[56].

---

den (er kann nur gewinnen), aber wohl gegen die Vollstreckung gegen ihn selbst, weil er dabei nur verlieren kann; zu Losverfahren siehe *Bernsmann* „Entschuldigung" S. 336 ff.

52 *A. A.* für die Rettung naher Familienangehöriger *Otto* Pflichtenkollision S. 99 ff; siehe aber auch aaO Nachtrag S. 118; dagegen insbesondere *Küper* Grund- und Grenzfragen S. 83 ff mit ausführlichen Nachweisen.

53 So aber *Dürig* in: *Maunz-Dürig-Herzog* Art. 1 Abs. 1 Rdn. 33; *Lenckner* Notstand S. 157 ff; zur Kritik siehe *Krey* ZRP 1975 S. 97 ff, 98 f; vermittelnd *LK-Hirsch* § 34 Rdn. 64.

54 Eine Güterabwägung ist freilich nur möglich, wenn für die Güter ein gemeinsamer Nenner gefunden werden kann; ob dies in restlos allen Kollisionsfällen möglich ist, ist zweifelhaft; siehe *Stratenwerth* AT Rdn. 454, 464.

55 *Gallas* Mezger-Festschrift S. 311 ff, 325 f; *Lenckner* Notstand S. 165; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 41 e mit Nachweisen; auch E 1962 Begründung S. 160; differenzierend *Baumann-Weber* AT § 22 II 1 b; *LK-Hirsch* § 34 Rdn. 68; *Roxin* Kriminalpolitik S. 27 f; *Kunz* Bagatellprinzip S. 243. — Für das spanische Strafrecht *Cerezo Mir* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 689 ff, 700 ff.

56 Die Entscheidung ist im Blick auf die gesetzliche Wertung in §§ 81 a, 81 c StPO zweifelhaft; siehe *Hirsch, Roxin,* beide aaO. — Überwiegend wird das Ergebnis durch einen unvermittelten Rekurs des bei einem Notstandseingriff in Individualrechtsgüter immer vorliegenden Eingriffs in die Autonomie einer anderen Person gewonnen; *LK-Hirsch* aaO; *Lenckner* Notstand S. 111 f; — daran ist richtig, daß dieser Eingriff in die Gewichtung der Güter eingehen muß, nicht richtig ist aber, daß er ein per se bestimmbares Gewicht hat: So wie auch ein Eigentums- oder Vermögensdelikt durch die Zwangswirkung, die vom Gutsverlust bewirkt wird, Angriff auf die Person und trotzdem als Personangriff ceteris paribus

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Notstandsrechtfertigung scheidet auch aus, wenn eine gewichtige Wertdifferenz zwischen Sachgütern gegenüber ihrem gleichgewichtigen symbolischen Gehalt zurücktritt. Zum Beispiel darf bei einem Gewitterregen nicht die schutzlose, reich gekleidete Frau zum Erhalt ihrer Kleidung einer wertlos gekleideten Frau deren Schirm entwinden[57], obgleich sie das Objekt etwa zur Verteidigung vor einem bissigen Hund nehmen dürfte; im letzteren Fall vertritt das Objekt eine Waffe, im ersteren aber dient es der persönlichen Lebensgestaltung, und deren Gewicht ist nach den rechtlich durchsetzbaren Maximen dieser Ordnung nicht vom Preis der Mittel abhängig.

b) Ein persönlichkeitsfernes Gut kann sein Defizit gegenüber einem persönlichkeits- **26**
nahen durch den Umfang des ihm drohenden Schadens überspielen[58]; so rechtfertigt der drohende große Verlust von wirtschaftlich eingesetztem Vermögen nicht nur den Eingriff in persönlichkeitsnahes Vermögen, sondern auch in Freiheit und Körperintegrität; Beispiel: Die bei der Bekämpfung eines Kaufhausbrands angeordnete Straßensperre ist auch als Freiheitsbeeinträchtigung gerechtfertigt[59]. — Bei Differenzen im Maß der drohenden Verletzung können das gefährdete Gut und das Gut, in welches eingegriffen wird, identisch sein; Beispiel: Eine Extremität wird zur Vermeidung einer Vergiftung des ganzen Körpers amputiert. — Ist das Gut, in das eingegriffen wird, sowieso nicht mehr bestandsfähig, so mindert sich das Gewicht des ihm geltenden Interesses insoweit, als es sich um ein quantifizierbares Gut handelt. Beispiel: Zerstören Feuerwehrleute ein nicht mehr zu rettendes Gebäude, um die Brandbekämpfung eines anderen Gebäudes zu effektivieren, so sind sie gerechtfertigt (siehe auch unten zur entschuldigenden Interessenkollision 20/41 f).

4. Zur Gewichtung der beteiligten Güter im Maß der drohenden Verletzung tritt als **27**
ein Moment der Interessenabwägung die *Verantwortlichkeit für die bedrohliche Lage* des gefährdeten Guts[59a]. Liegt diese Verantwortlichkeit beim Eingriffsopfer, so führt dies zum defensiven Notstand (dazu unten 13/46 ff); liegt die Verantwortlichkeit weder beim Inhaber des gefährdeten Guts noch beim Eingriffsopfer, so bleibt der Verantwortliche primär opferpflichtig, ansonsten gelten die allgemeinen Regeln. Liegt die Verantwortlichkeit beim Inhaber des gefährdeten Guts, so vermindert dies den Wert des Guts nach dem Maß der Verantwortlichkeit: Die vorsätzliche Gefährdung eines disponiblen Guts schließt die Solidarität völlig aus; ansonsten gilt, daß eine objektivierte geringe Wertschätzung des gefährdeten Guts bei der Abwägung zu berücksichtigen ist[60], insbesondere ein unsorgfältiger Umgang mit dem Gut. Beispiel: Besteht nach einem leichtfertig provozierten Unfall für mehrere Personen gleiche Lebensgefahr, so rangiert bei beschränkter Hilfsmöglichkeit das Leben des Provokateurs hinter demjenigen der nicht zurechenbar Betroffenen[61]. — Nach üblicher Lehre soll allerdings ein

---

nicht vom Gewicht einer Nötigung ist, so kommt es auch bei der Rechtfertigung auf die jeweilige Nähe zur Autonomieverletzung an. — Eine Systematik der Berücksichtigung der Selbstbestimmung entwirft *Stratenwerth* ZStW 68 S. 41 ff, 50 ff.

57 *Bockelmann* AT[3] § 15 B II 5 c; *LK-Hirsch* Rdn. 82 vor § 34.

58 *Henkel* Notstand S. 103; *LK-Hirsch* Rdn. 60 f vor § 34; *Lenckner* Notstand S. 100; *SK-Samson* § 34 Rdn. 13 — überwiegende Ansicht.

59 Zu einer Abwägung zwischen persönlichen und staatlichen Gütern siehe BGH NJW 1979 S. 2621 f: Die Befreiung eines Menschen aus einer Unterdrückung geht einem einzelnen Verstoß gegen Paßgesetze vor, rechtfertigt aber nicht die Anlage einer unkontrolliert arbeitenden und damit im Schadensmaß nicht berechenbaren Fälscherwerkstatt.

59a Eingehend *Küper* Notstand S. 24 ff, 108 ff, 151 ff, 163.

60 *Lenckner* Notstand S. 98 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 33; *SK-Samson* § 34 Rdn. 14 mit zutreffendem Hinweis auf § 218 a StGB; eingehend *Hruschka* AT S. 68 ff, 125 f, 163 f und passim.

61 *Blei* AT § 44 IV 2; *a. A. Baumann-Weber* AT § 22 II 1 b.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

„Verschulden" der Notstandslage den Notstand nicht beeinflussen[62]; das ist insoweit richtig, als ein nicht voll disponibles Gut niemals restlos und ein disponibles Gut nicht stets restlos „verspielt" wird; es entspricht aber dem System der Rechtfertigungsgründe, daß um so weniger Solidarität beansprucht werden kann, je stärker die Konfliktlage zurechenbar ist. Der Inhaber des gefährdeten Guts, der die Gefahr provoziert hat, kann also nur noch ein abgeschwächtes Notstandsrecht haben. — Freilich ist der Konflikt nicht schon zurechenbar, wenn er erkennbar verursacht wird; vielmehr müssen — wie bei jeder Erfolgszurechnung — auch alle Voraussetzungen der objektiven Zurechnung gegeben sein. Beispiel: Eine Frau, die aus körperlichen oder seelischen Gründen zur Austragung einer Schwangerschaft voraussichtlich nicht in der Lage ist, hat trotz der Voraussehbarkeit eines Konflikts im Fall der vermeidbar bewirkten Schwangerschaft keine erhöhte Duldungspflicht [63]. — Zur Haftung wegen Provokation der Notstandslage siehe unten zur mittelbaren Täterschaft bei Vorsatz 21/84 und Fahrlässigkeit 21/113.

28 5 a) Das rechtlich anerkannte Interesse am Gut kann durch die *Pflicht, die Gefahr hinzunehmen,* gemindert oder aufgewogen werden[64]. Die Pflicht kann Sonderpflicht eines Berufsstands (Militär, Polizei, Feuerwehr) oder Teil einer Garantenstellung gegenüber einem Gut sein. Beispiele: Lebensgefahr eines Soldaten rechtfertigt nicht per Notstand dessen Fahnenflucht (§ 16 WStG); ein Bergführer kann beim Gewitter nicht unter Hinweis auf seine Gefährdung die Führung der Gruppe aufgeben. — Die Sonderpflicht kann auch Folge einer gewollten Entziehung des Guts sein; danach scheidet Notstandsrechtfertigung bei Taten gegen prozeßordnungsgemäß angeordnete Untersuchungshaft oder Strafhaft aus (zur parallelen Lösung über die Angemessenheitsklausel siehe unten 13/36). Eine Duldungspflicht wegen einer Zuständigkeit für die Gefahr führt zum defensiven Notstand.

29 b) Dieselbe Wirkung wie eine Duldungspflicht hat ein Duldungswille; soweit das Gut disponibel ist, schließt, wie bei der Notwehr, der Verzicht auf Rettung die Rechtfertigung einer trotzdem vorgenommenen Rettung aus. Beispiel: Will die Schwangere auch schwere Körperschäden dulden, so ist der Abbruch der Schwangerschaft nicht gerechtfertigt, § 218 a Abs. 1 Nr. 1 StGB. Ist das Gut nicht (voll) disponibel (etwa das Leben), kann die gegen einen Verzicht (etwa auf ärztliche Behandlung einer Krankheit) vorgenommene Rettung ein unangemessenes Mittel und deshalb rechtswidrig sein (Zwangsbehandlung einer Krankheit; zur Bestimmung des Willens siehe oben zur Notwehrhilfe 12/59 ff). Jedenfalls ist der nicht disponible Rest notstandsfähig. Ist dieser Rest die öffentliche Ordnung allgemein, scheidet Notstand (Staatsnotstandshilfe) aus. Im Regelfall dürfte deshalb die Verhinderung eines Suizidversuchs nicht per Notstand zu rechtfertigen sein[65].

---

62 BGH VRS 36 S. 23 ff, 24; BayObLG NJW 1978 S. 2046 f mit insoweit zustimmenden Anmerkungen *Hruschka* JR 1979 S. 125 ff und *Dencker* JuS 1979 S. 779 ff; *Hruschka* JZ 1984 S. 241 ff, 243; *Roxin* Jescheck-Festschrift S. 457 ff, 467; *Lenckner* Notstand S. 103 ff; *Meißner* Interessenabwägungsformel S. 252 f (aber: actio illicita in causa möglich); *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 42 mit Nachweisen; siehe auch *Kienapfel* ÖJZ 1975 S. 421 ff, 427; hauptsächlich wie hier *Küper* JZ 1976 S. 515 ff, 518; *ders.* Notstand S. 24 ff, 161 ff; wohl auch *LK-Hirsch* § 34 Rdn. 70; auch im hiesigen Sinn BGH NJW 1976 S. 680; NStZ 1989 S. 431 f, 432; — zur heftig umstrittenen älteren Rechtslage siehe ausführlich *Henkel* Notstand S. 135 ff mit Nachweisen.

63 So schon RG 61 S. 243 ff, 255.

64 *Küper* JZ 1980 S. 755 ff (mit zutreffenden Ausführungen zur Lozierung der Sonderpflichten in der Interessenabwägung); *Lenckner* Notstand S. 101; *Bernsmann* Blau-Festschrift S. 23 ff, 37 f; *Baumann-Weber* AT § 22 II 1 b; *Blei* AT § 44 IV 2; *LK-Hirsch* Rdn. 70 vor § 34; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 34; *SK-Samson* § 34 Rdn. 17; eingehend *Hruschka* aaO 13/Fn. 60.

65 *A. A. Bottke* GA 1982 S. 346 ff, 356 ff mit Nachweisen. — Siehe schon oben zur Staatsnotwehrhilfe 12/9.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

c) Ein Duldungswille kann eine Notstandstat auch insoweit sperren, als Zwangsfür- **29a**
sorge zur Nötigung des durch die Notstandstat „Begünstigten" wird. Beispiel: Schwangerschaftsabbruch gegen den Willen der Schwangeren ist nicht nur unzulässig, weil die Schwangere ihre Güter durch Einwilligung preisgeben kann (das Gut „Wohl der Leibesfrucht" kollidiert dann infolge der Einwilligung nicht mehr mit dem Gut „Risikofreiheit der Mutter"), sondern auch, weil ein Abbruch gegen den Willen der Schwangeren Nötigung ist (das Gut „Wohl der Leibesfrucht" wird vom Gut „Freiheit der Mutter von Nötigung" flankiert).

6. Schließlich nennt das Gesetz den *Grad der drohenden Gefahren* als Maßstab zur **30**
Konkretisierung der Interessenbilanz. Abstrakt gefährdendes Verhalten zur Hinderung konkreter Gefahren ist also ceteris paribus gerechtfertigt[66]. Auch konkrete Gefahren am Rand des erlaubten Risikos können gerechtfertigt werden, wenn sie der Vermeidung hoher Gefahren für Güter gleichen Gewichts dienen[67].

Bei einer Risikodifferenz kann auch ein Verhalten gerechtfertigt werden, durch das an *einem* Gut die hohe Gefahr einer Verletzung desselben Maßes substituiert wird. Beispiel[68]: Der Vater wirft seine Kinder aus einem brennenden Haus in die Arme zum Auffangen bereiter Personen; — Rechtfertigung der Tötung bei einem Fehlschlag, ansonsten Rechtfertigung des Tötungsversuchs.

7. Immer tritt als beteiligtes Interesse das *allgemeine Interesse am Ausbleiben von* **31**
Ordnungsstörungen auf die Seite des Guts, in das eingegriffen wird. Die Befreiung per Notstand aus alltäglichen kleineren Notlagen läßt sich also überhaupt nicht rechtfertigen: Die Ordnungsstörung schließt eine positive Bilanz bei Beseitigung der geringen Not durch einen Notstandseingriff aus. Beispiel: Der Student, der auf dem Weg zum Bus merkt, daß er diesen und damit das Kolleg vielleicht verpassen wird, darf nicht zur Beschleunigung seines Vorankommens andere Passanten anrempeln, zur Seite stoßen etc. Die Ordnungsstörung hindert freilich die Befreiung aus gewichtiger Not nicht; denn sonst gäbe es keinen rechtfertigenden Notstand[68a].

8. Werden durch eine Notstandshandlung *mehrere Interessen* gewahrt oder wird in **32**
mehrere Interessen eingegriffen, so sind die Gewichte der nebeneinandertretenden Interessen zu *addieren*, auch wenn die Interessen ungleichartig sind. Für die Interessen auf der Eingriffsseite bedarf dies einer Begründung: Sind dort mehrere verschiedene Interessen zur *zusammen* so gewichtig, daß der Eingriff unzulässig wird, so scheint die (freilich verfehlte) Argumentation nahezuliegen, es sei nicht der Zweck der Norm, die *eines* der Interessen schützt, den Notstandseingriff nur darum zu verbieten, weil *ein anderes* Interesse hinzutritt[69]. Beispiel[70]: Wenn eine abstrakte Gefährdung der Gewässerreinheit zur Durchsetzung eines an sich überwiegenden Interesses an der Erhaltung

---

66 So eine umfangreiche oberlandesgerichtliche Rechtsprechung in Straßenverkehrssachen; OLG Hamm VRS 20 S. 232 ff; OLG Hamm NJW 1958 S. 271; OLG Hamm VRS 36 S. 27 ff; OLG Düsseldorf VRS 30 S. 445 f; OLG Schleswig VRS 30 S. 462 ff; BayObLG JR 1965 S. 65 f; OLG Düsseldorf NJW 1970 S. 674 f; siehe auch OLG Hamm VRS 41 S. 141 ff. — Freilich läßt sich beim Antritt einer nur abstrakt gefährlichen Trunkenheitsfahrt, § 316 StGB, der Eintritt konkreter Gefahren nicht ausschließen; aber die konkreten Gefahren sind erst bei ihrem Eintritt hinreichend gegenwärtig, d. h. drastisch, um in die Interessenbilanz eingehen zu können. Auch das Gewicht der gefährdeten Güter geht in die Abwägung ein (OLG Düsseldorf NJW 1990 S. 2264 f). Beispiel: Erhebliche Geschwindigkeitsüberschreitungen, um einem Sterbenden noch vor seinem Tod nahe sein zu können, sind — abgesehen von krassen Sonderfällen — nicht erlaubt; BGH VRS 59 S. 438 f.

67 Streitig; wie hier *LK-Hirsch* § 34 Rdn. 60; *a. A. Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 28; OLG Karlsruhe VRS 46 S. 275 f.

68 Nach BGH bei *Dallinger* MDR 1971 S. 361 f.

68a *Küper* Staat S. 120 f.

69 So aber die Kritik von *Dencker* JuS 1979 S. 779 ff; siehe auch *KKOWiG-Rengier* § 16 Rdn. 56.

70 Nach BayObLG NJW 1978 S. 2046 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

von Eigentum erlaubt ist, sollte sie dann für den Fall verboten werden, daß neben die Gewässerreinheit ein weiteres — eventuell für sich auch nicht ausreichend starkes — Interesse tritt, etwa fremdes Eigentum? Doch steht in solchen Fällen das durch den Eingriff zu wahrende Interesse (das Eigentum des Eingreifenden) jedem einzelnen Interesse, in das eingegriffen wird (entweder der Gewässerreinheit oder dem fremden Eigentum), nur vermindert um das Gewicht der zudem noch aufzuopfernden Interessen (entweder das fremde Eigentum oder die Gewässerreinheit) gegenüber, und als so gemindertes Interesse ist es kein hinreichender Grund eines Eingriffs[71]. — Freilich gilt diese Lösung nur bei einer Rechtfertigung nach dem Solidaritätsprinzip (oben 11/3). Beim Prinzip der Verantwortung oder Veranlassung sind die Güter auf der Eingriffsseite falsch organisiert; wer dagegen das Erforderliche unternimmt, handelt *gegenüber dem Inhaber dieser Güter* nicht deshalb rechtswidrig, weil er zudem Güter in der Hand dritter Personen beeinträchtigt (wobei *dieser* Eingriff durch aggressiven Notstand gerechtfertigt oder aber rechtswidrig sein mag).

33 9 a) Die Interessenbilanz muß zur Rechtfertigung *erheblich* positiv sein. Diese Erheblichkeit ist nicht etwa nötig, weil ein nur kleiner Gewinn die mit dem Notstandshandeln stets verbundene Ordnungsstörung nicht kompensieren könnte: Diese Ordnungsstörung geht schon in die Abwägung der beteiligten Interessen ein. Es geht vielmehr darum, daß Solidarität nicht schon verlangt wird, wenn sich dies per Saldo lohnt, sondern erst, wenn der Saldo die Notwendigkeit drastisch indiziert, wie auch § 323 c StGB eine Hilfspflicht nicht anordnet, wenn das nützlich ist, sondern wenn ein Katastrophenfall vorliegt[71a]. Die Lage ist anders, wenn das Eingriffsopfer wegen eines fürsorgerischen Garantieverhältnisses Garant für das geschützte Gut, also nicht nur zu allgemeiner Solidarität verpflichtet ist; dann entfällt wegen der besonderen Leistungsverpflichtung die Berechtigung, zur Eingriffserlaubnis ein wesentliches Überwiegen zu verlangen (siehe auch unten zur Pflichtenkollision 15/12 ff).

34 b) Ist bei Notstandshandlungen der Inhaber des gefährdeten Guts mit dem Inhaber des Guts, in das eingegriffen werden soll, identisch, so muß die (mutmaßliche) Einwilligung dieses Gutsinhabers zur Umschichtung der Gefahr vorliegen. Mit dieser (mutmaßlichen) Einwilligung aber sind, da es in diesem Fall nicht um die Solidarität eines Gutsinhabers mit einem anderen geht, auch unerhebliche Interessendifferenzen zu rechtfertigen. Beispiel: (Mutmaßliche) Einwilligung vorausgesetzt, können bei identischem Gutsinhaber 1000 Mark durch die Aufopferung von 999 Mark erhalten werden. Ebenso können subjektive Präferenzen in die Interessenbilanz eingehen.

35 c) Die Gewichtung eines Interesses wird oft zweifelhaft bleiben, dies teils parallel zu Ungewißheiten bei der Bestimmung eines Rechtsguts (oben 13/20). Da eine allgemeine Solidarität nur in axiologisch eindeutigen Bereichen verlangt werden kann, trägt das Risiko der *axiologischen* Unsicherheit der Eingreifende[72].

---

71 *Dencker* JuS 1979 S. 779 ff bringt gegen diese Lösung vor, daß zwar ein Täter, der zur Rettung eines wertvollen Gegenstands das Interesse — im Beispiel — an Gewässerschutz und an gleichfalls wertvollen fremden Sachen verletze, bezüglich des Gewässerschutzes rechtswidrig handele, aber nicht ein anderer Täter, der selbst Inhaber der beim Notstandseingriff aufzuopfernden Sachen ist. Diese befremdliche Lösungsdifferenz tritt freilich überhaupt nicht auf: Der Eigentümer, der bei Rettung des wertvollen Gegenstands sowieso eigene Sachen zerstören muß, wahrt überhaupt nur ein um den unumgänglichen Verlust gemindertes Interesse!

71a *A. A.* wohl *Roxin* Oehler-Festschrift S. 181 ff, 184. — Man mag die Begründetheit des Solidaritätsverlangens schon als Aspekt der Interessenabwägung behandeln; dann hat das Merkmal der Wesentlichkeit nur eine Klarstellungsfunktion; so *Küper* GA 1983 S. 289 ff, 296 ff.

72 *Anders* — das Risiko trägt das Eingriffsopfer — *Stratenwerth* AT 2 Rdn. 457 (zweifelnd *ders.* AT 3 Rdn. 464); wenn sich das Eingriffsopfer aber in einem zweifelhaften Fall gegen den Eingriff

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

E. Die Angemessenheitsklausel

1. Ein positiver Interessensaldo reicht zur Rechtfertigung nicht hin, wenn die Lö- **36**
sung des Konflikts (die Beseitigung der Gefahr) auf ein bestimmtes Verfahren kanalisiert oder überhaupt ausgeschlossen ist: Dann ist jede (andere) Konfliktlösung ein unangemessenes Mittel (§ 34 Satz 2 StGB). Die Angemessenheitsklausel soll den formellen Rechtsstaat gegenüber der freihändigen Nutzenoptimierung durch Interessenabwägung garantieren. Es handelt sich beim Zusammentreffen des bestimmten Verfahrens mit dem rechtfertigenden Notstand um den bedeutendsten Fall einer Konkurrenz von Rechtfertigungsregelungen. Die verbreitete Meinung, die Angemessenheitsklausel sei an sich überflüssig, dürfte auf einer Unterschätzung der in § 34 Satz 1 StGB enthaltenen Eingriffskompetenzen beruhen[73]. Die Kanalisierungen haben drei unterschiedliche Inhalte: Erstens geht es darum, daß manche geregelte Verfahren auch dann, wenn sie undurchführbar sind, weder durch ein anderes öffentlichrechtliches noch durch ein privates Vorgehen substituiert werden können (Beispiel: Gerichtsverfahren). Zweitens können manche Verfahren durch ein Vorgehen gemäß einer öffentlichrechtlichen Generalklausel substituiert werden, nicht aber auch jedenfalls durch privates Vorgehen (Beispiel: Ist eine zur Abwehr spezieller Gefahren berufene Behörde handlungsunfähig, kann dies ein allgemeiner polizeilicher Notstand sein, ohne daß eine Gefahr gemäß § 34 StGB vorliegen müßte). Drittens können wiederum andere Verfahren auch durch privates Notstandshandeln substituiert werden; hier geht es um die Anwendung privater Notrechte in dem Bereich, in dem zugleich eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit vorliegt. — Für Eingriffe nach öffentlichem Recht gelten freilich *stets* nur die speziellen oder generalklauselhaften öffentlichrechtlichen Ermächtigungen (zum Übergang zu privatem Verhalten siehe unten 13/44). — Die Kanalisierungen können hier nicht erschöpfend beschrieben werden, da in einem Rechtsstaat so zahl- und variantenreiche Bindungen bestehen, wie Konflikte mannigfaltig sind.

2. Hauptsächlich sind zu nennen: **37**

a) Die Konsequenzen eines Mangels an Geld oder sonstigen geldgleich zu benutzenden Werten bei einem Privaten regeln das BSHG, die KO, die Pfändungsschutzvorschriften der ZPO u. a. m. Notstand kommt also nur in Frage, wenn der Einhaltung dieser Verfahren äußere Hindernisse entgegenstehen. Beispiel: Bei einem akuten Krankheitsanfall und Unerreichbarkeit anderer Hilfe stiehlt der Vater für sein Kind das zum Überleben nötige Medikament; — Rechtfertigung; aber: Der Vater stiehlt aus Geldknappheit das Medikament, das die Sozialhilfe nicht gewährt; — keine Rechtfertigung[74].

b) Die Verteilung öffentlicher Mittel regelt sich nach den Haushalten und ihren **38**
Ergänzungen. Notstand kann die berufene Entscheidung nicht überspielen; sie kann allenfalls im Notfall in Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt werden. So dürfen etwa öffentliche Mittel so wenig wie private Mittel zweckentfremdet dafür verwendet wer-

---

wehrt, müßte nach dieser Lösung eine rechtswidrige Gegenwehr vorliegen, obgleich eine Pflicht, den Eingriff hinzunehmen, nicht jedermann plausibel begründet werden kann. — Im Ergebnis wie hier *Küper* GA 1983 S. 289 ff, 297; *Roxin* Oehler-Festschrift S. 181 ff, 184; *KKOWiG-Rengier* § 16 Rdn. 41 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 45.

73 Für eine eigenständige Bedeutung der Klausel — mit allerdings durchaus unterschiedlich gedeutetem Inhalt — E 1962 Begründung S. 159 f; *Gallas* ZStW 80 S. 1 ff, 26; *Bockelmann — Volk* AT § 15 B II 7 d; *Dreher-Tröndle* § 34 Rdn. 12; *Jescheck* AT § 33 IV 3 d; *SK-Samson* § 34 Rdn. 22; — *a. A.* mit eingehenden Nachweisen *LK-Hirsch* § 34 Rdn. 78 ff.

74 Absurd also die Ansicht der Verteidigung in BGH NJW 1976 S. 680 f (mit Anmerkung *Küper* JZ 1976 S. 515 ff; *Kienapfel* JR 1977 S. 27 f), Geldbeschaffung durch Untreue könne gerechtfertigt sein, da dadurch der Schaden an Ansehen, den ein Konkurs bringe, ausgeglichen werden könne.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

den, hungernde Kinder in Entwicklungsländern zu ernähren. Weiteres Beispiel: Reichen zu einer Konzertreise die öffentlichen Zuschüsse nicht aus, so dürfen für andere Zwecke gebundene öffentliche Mittel nicht im Notstand für die Reise verwendet werden, mag das Interesse an dieser Reise auch noch so überragen[75]. — Wie bei zweckgebundenem Geld, so gilt dies auch bei anderen gebundenen Sachen. Beispiel: In Kriegszeiten zu Militärzwecken bestimmtes Benzin darf auch bei desolater Lage der Zivilbevölkerung nicht zu deren Versorgung zweckentfremdet werden, solange eine Entscheidung der berufenen Organe eingeholt werden kann[76].

39 c) Sehr schwierig ist die differenzierte Bestimmung, wann einerseits der Inhaber eines Rechts die Konsequenzen eines Mangels an Beweisen für dieses Recht oder eines Vorhandenseins falscher Beweise gegen dieses Recht hinnehmen muß und wann andererseits der drohende Verlust des Rechts eine notstandsfähige Gefahr ist.

40 aa) Notstand (oder auch Notwehr) gegen die Präsentation eines falschen Beweises *im* gerichtlichen Verfahren würde die Ordnung des Verfahrens auflösen. Zum Beispiel dürfen eine falsche Aussage oder die Präsentation einer falschen Urkunde nur mit den prozessual vorgesehenen Mitteln, nicht aber ungebunden bekämpft werden; notfalls sind die verfälschten Beweisergebnisse hinzunehmen. Ebenso verhält es sich mit einem Beweismangel *im* gerichtlichen Verfahren; sofern kein Verfahren zur Beschaffung von Beweisen einschlägig ist (etwa nach der ZPO ein Antrag auf Parteivernehmung, §§ 445 ff ZPO, oder ein Antrag auf Urkundsvorlage nach §§ 422 f ZPO), darf dem Mangel nicht durch gefälschte Beweismittel oder Zerstörung der Beweismittel des Gegners abgeholfen werden.

Wie das gerichtliche Verfahren sind alle anderen förmlich geregelten Verfahren zu behandeln, insbesondere das Ermittlungsverfahren nach der StPO. So ist etwa Hausfriedensbruch zur Aufdeckung von Rauschgiftkriminalität unzulässig, und zwar was private Personen wie auch was Strafverfolgungsorgane (jeweils als „Notstandshelfer") angeht; die Regeln über Durchsuchung, §§ 102 ff StPO, sind abschließend und gehen vor[77].

41 bb) Die Bindung gilt nur, soweit das Verfahren reicht. Für Gefahren, die einem Beweisstück von außerhalb des Verfahrens drohen, gelten die allgemeinen Regeln. So darf etwa das Asservat, dessen Gewicht einzig in der Bedeutung für ein Verfahren liegt, im Notstand erhalten werden, wenn ihm bei einem Brand Gefahr droht. Diese Erlaubnis ist auf verfahrensunabhängige Gefahren beschränkt.

Der Gefahr einer demnächst im Prozeß zu erwartenden Beweisnot darf aber vor oder neben dem Prozeß dann durch Beschaffung oder Sicherung eines Beweismittels per Notstand abgeholfen werden, wenn *unabhängig von der gegenwärtigen Gefahr ein Anspruch auf Überlassung des Beweismittels* gegen den Gegner besteht. In diesem Rahmen entspricht die Notstandserlaubnis der Selbsthilfeerlaubnis nach §§ 229 ff BGB[78] (dessen Beschränkungen, insbesondere die Ersatzpflicht nach § 231 BGB, analog anzuwenden sind). Beispiel: Hängt nach einem Unfall eine Rentenzahlungspflicht von der Frage ab, ob das Unfallopfer betrunken war, ist eine entgegen § 168 StGB erfolgende Blutbeschaffung gerechtfertigt, wenn der Leistungspflichtige gegen den Leistungsberechtigten einen Anspruch auf Überlassung von Beweismaterial hat[79], ansonsten

---

75 *A. A.* BGH 12 S. 300 ff, 304 ff mit kritischer Anmerkung *Bockelmann* JZ 1959 S. 495 ff.

76 *Anders* RG 77 S. 113 ff, 115 f.

77 *A. A.* OLG München NJW 1972 S. 2275 f; dagegen *Otto* NJW 1973 S. 668 ff; *Amelung-Schall* JuS 1975 S. 565 ff, 571.

78 Siehe hierzu BGH 17 S. 329 ff; *Geilen* JZ 1975 S. 380 ff, 384.

79 So im Ergebnis OLG Frankfurt NJW 1977 S. 859.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

nicht[80]. — Soweit die Verfahrensordnungen selbst für eine vorbereitende Beweisbeschaffung oder Beweissicherung Sonderregeln enthalten, die tatsächlich noch eingehalten werden können, gehen diese vor. Beispiel: Wer von der drohenden Zerstörung einer Urkunde durch seinen Prozeßgegner erfährt, hat seine Rechte an der Urkunde nach § 985 BGB, §§ 422 f ZPO primär durch eine einstweilige Verfügung (§§ 935 ff ZPO) durchzusetzen; erst wenn dies tatsächlich (zeitlich) unmöglich ist, gelten die Regeln von Notstand (oder Notwehr).

d) Ein Gesetzesvorbehalt oder eine Bindung von Eingriffserlaubnissen an eine **42**
bestimmte Stellung in der Staatsorganisation (von der Rechtsprechung als nur-richterliche Tätigkeit, Art. 92 GG, über sonstige Richtervorbehalte bis hin zum Vorbehalt für Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft) oder eine Bindung Privater an eine Einsetzung durch den Staat (Vormund, Konkursverwalter) kann nicht durch Notstand unterlaufen werden. Auch ist es im Bereich der gesamten staatlichen Eingriffsverwaltung ausgeschlossen, gesetzlich beschränkte — wenn auch, etwa teils im Polizeirecht, als Generalklauseln formulierte — Eingriffserlaubnisse durch die ungebundene Notstandsrechtfertigung zu substituieren (parallel dem Ausschluß von Not*wehr* für die Polizei)[81]. Entsprechendes gilt für den Bereich staatlicher Organisationskompetenzen; auch sie sind nicht durch Notstand ersetzbar (niemand ohne gesetzlich zugeordnete Kompetenz kann per Notstand einen Beamten ernennen, entlassen o. ä.).

Beispiele: Nach den genannten Grundsätzen dürfte die Freilassung von Strafgefangenen im Austausch gegen das Leben einer Geisel nicht zulässig sein — StPO und StGB schließen allgemeine Opportunitätserwägungen aus[82] —, wie sich auch daran zeigt,

---

80 *A. A.* OLG Frankfurt NJW 1975 S. 271 f mit ablehnender Anmerkung *Geilen* JZ 1975 S. 380 ff und im Ergebnis zustimmender, aber differenzierender Besprechung durch *Roxin* JuS 1976 S. 505 ff. — Roxin argumentiert a majore von den §§ 81 a, 81 c, 94 ff StPO her. Aber diese Vorschriften, insbesondere, § 81a StPO, wahren auch ein generelles Interesse (insbesondere, daß Straßenverkehrstaten alkoholisierter Täter überhaupt aufklärbar bleiben). Je nach Fallgestaltung macht erst dieses generelle Interesse den Eingriff nach § 81 a StPO verhältnismäßig. Das generelle Interesse kann jedoch zur Notstand*serlaubnis* nicht in § 34 StGB eingebracht werden (zur *Hinderung* der Notstandsrechtfertigung ist es in der Angemessenheitsklausel loziert), da es nicht gegenwärtig in Gefahr ist; für die Wahrung des generellen Interesses bleibt dem *Gesetzgeber* Zeit.

81 Hauptsächlich wie hier *Lerche* v. der Heydte-Festschrift Bd. II S. 1033 ff, *Grebing* GA 1979 S. 81 ff; *Amelung* NJW 1977 S. 833 ff, 835 ff; *ders.* NJW 1978 S. 623 f; *de Lazzer* und *Rohlf* JZ 1977 S. 207 ff, 211 f; *Sydow* JuS 1978 S. 222 ff, 225; *Böckenförde* NJW 1978 S. 1881 ff, 1883; *Kirchhof* NJW 1978 S. 969 ff, 971 ff; *Ruppelt* Maßnahmen S. 114 ff, 173; *Schatzschneider* ZRP 1988 S. 20 ff (für Nachrichtendienste); *Jescheck* AT § 33 IV 3 d; *LK-Hirsch* § 34 Rdn. 6 ff (mit umfassender Begründung; *Hirsch* läßt freilich *Selbstschutz* der Amtsperson nach § 34 StGB zu); *SK-Samson* § 34 Rdn. 22; *Stratenwerth* AT Rdn. 450 (der freilich den Kreis der gesetzlich beschränkten Eingriffserlaubnis enger zieht, als es hier geschieht); für verdeckt ermittelnde Polizeibeamte im Grundsatz auch *Rebmann* NJW 1985 S. 1 ff, 3; — *a. A.* BGH 27 S. 260 ff, („Kontaktsperre") mit ausdrücklicher Herabwertung bloßer „Verfahrensvorschriften" aaO S. 263 (dagegen zutreffend *Böckenförde* NJW 1978 S. 1881 ff, 1884 Fn. 28; — zudem ist es falsch, im Kontaktsperrefall allein auf Verfahrensvorschriften abzustellen; es geht auch um Nötigung zum Unterlassen von Kontakt); *Schwabe* Notrechtsvorbehalte S. 59 ff mit Nachweisen *seiner* früheren Publikationen aaO passim; *Lange* JZ 1976 S. 546 ff; *Gössel* JuS 1979 S. 162 ff; *Schaffstein* Schröder-Gedächtnisschrift S. 97 ff, 114 ff; *Bokkelmann* Dreher-Festschrift S. 235 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 7 mit ausführlichem Referat des Meinungsstands. — Siehe auch die Nachweise oben 12/Fn. 84 ff. — Soweit das Notstandsrecht — anders als das Notwehrrecht — zugestanden wird, weil es durch Verhältnismäßigkeit beschränkt sei (*Schaffstein* aaO u. a.), wird übersehen, daß die Verhältnismäßigkeit allein keine rechtsstaatlichen Konturen leisten kann, da der Anwendungsbereich uferlos und die Bindung verschwommen bleiben.

82 Fall Lorenz; für eine Rechtfertigung *Krey* ZRP 1975 S. 97 ff; *Grebing* GA 1979 S. 81 ff, 105 Fn. 137; *Küper* Staat S. 91 ff, der argumentiert, der nicht rettende Staat greife mittelbar in das Leben der Geisel ein: eine Verwechslung der Tatmacht (die gegeben ist) mit der Zurechenbarkeit (die fehlt); siehe auch BVerfG 46 S. 160 ff. — Ahnungslos gegenüber den Konsequenzen einer

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

daß ein entsprechendes Recht sonst *jedermann*, der zur Verwirklichung fähig ist, zustehen müßte: Die Auflösung der rechtsstaatlichen Ordnung durch widersprechende Entscheidungen würde evident. — Der Verkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigtem richtet sich nach den Verfahrensgesetzen (§§ 148 f StPO, §§ 31 ff EGGVG). Beschränkungen wie Erlaubnisse durch Notstandsrechtfertigung sind nicht möglich[83]; ebensowenig darf der Verkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigtem zur Abwendung von Gefahren belauscht werden[84]. — Unzulässig ist es auch, zur Abwehr noch so schwerer Gefahren ohne gesetzliche Kompetenz — § 100 a StPO — in die Privatsphäre eines noch so verdächtigen Bürgers einzudringen, etwa durch Installierung von Abhörgeräten („Lauschangriff", § 201 Abs. 2 StGB)[85]. — Eine Person, die sich wegen psychischer Defekte selbst gefährdet und andere Personen belästigt, darf ohne Mitwirkung eines Vormunds nur eingesperrt werden, wenn die Bestellung eines Vormunds oder Pflegers wegen tatsächlicher Hindernisse nicht erreicht werden kann[86]. — Verweigert der gesetzliche Vertreter einer Person die erforderliche Einwilligung in eine dringende Operation, so ist deren Durchführung im Notstand nur gerechtfertigt, wenn eine vormundschaftsgerichtliche Entscheidung wegen Zeitmangels nicht mehr eingeholt werden kann[87]. — Vorratshaltung für zukünftige Notfälle ist nur nach den vorgesehenen gesetzlichen Verfahren möglich; Transplantationsorganbanken lassen sich also nicht per Notstand bilden, wenn es an einer Verfahrensregelung fehlt (siehe oben 13/Fn. 32). — Das individuelle und soziale Interesse an eingerichteten (oder einzurichtenden) Arbeitsplätzen wird im Umwelt*verwaltungs*recht berücksichtigt; seine Berücksichtigung im Umwelt*straf*recht über § 34 StGB ist also unangemessen[87a].

43 3 a) Die Bindung an ein Verfahren gilt nur für den geregelten Bereich, wobei zum geregelten Bereich freilich auch diejenigen Fälle gehören, für die — ausdrücklich oder gemäß systematischer Interpretation — schlechthin jeder Eingriff ausgeschlossen ist[87b]. Jenseits dieses Bereichs gelten die allgemeinen Regeln, also für öffentlichrechtliches Vorgehen die öffentlichrechtlichen Generalklauseln, für Private die Notrechte, insbesondere also rechtfertigender Notstand. Beispiel: Die strafprozessualen Beschränkungen zum Schutz von Wohnräumen (§§ 102 ff StPO) schließen nicht nur öffentlichrechtliche Generalklauseln, sondern auch privatisierte Strafverfolgungsmaßnahmen aus, gelten aber nicht, wenn es um die Abwehr von Gefahren geht, die nicht der Strafverfolgung drohen (Brand, Suizid etc.). — § 100 a StPO regelt die Aufzeichnung des nicht öffentlich gesprochenen Wortes für Strafverfolgungsmaßnahmen ohne Einwilligung des Betroffenen abschließend[87c]. — Wie die Erfüllung von Hilfspflichten

---

rechtsstaatlichen Bindung *Hochhut* Juristen 2. Akt.

83 Fall Schleyer; *a. A.* BGH 27 S. 260 ff, 262 ff; siehe auch BVerfG 46 S. 1 ff, 11 ff.

84 Abhörfall Stammheim; siehe *Grebing* GA 1979 S. 81 ff, 102 Fn. 123 mit Nachweisen.

85 Fall Traube; *de Lazzer* und *Rohlf* JZ 1977 S. 207 ff; siehe auch *Grebing* GA 1979 S. 81 ff, 102; *a. A. Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 7 u. a. m. — Daß Art. 12 Abs. 3 GG bei gemeiner Gefahr und Lebensgefahr eine Befugnis gibt, den Bruch der Intimsphäre als *Haupt*folge herbeizuführen, ist zumindest zweifelhaft; jedenfalls ist solche Gefahrenabwehr nicht Aufgabe des Verfassungsschutzes (anders wohl *Borgs* in *Borgs-Ebert* Geheimdienste A § 3 Rdn. 170).

86 *A. A.* BGH 13 S. 197 ff, 200 ff.

87 *Jescheck* AT § 34 IV 3 Fn. 51 mit Nachweisen; siehe auch OLG Hamm NJW 1968 S. 212 ff.

87a Streitig; wie hier *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 35; *SK-Samson* § 34 Rdn. 3 b; eingehend *Schall* in: Recht S. 1 ff, 6 ff, 17.

87b Im Rahmen verdeckter Fahndungen darf dasjenige öffentliche Eigentum zerstört, beschädigt oder sonst aufgeopfert werden, das solchen Zwecken bestimmungsgemäß dient. Der Eingriff in Eigentum, das anderen Zwecken gewidmet ist, bedarf eines Rechtfertigungsgrundes; dabei scheidet § 34 StGB aus. — Im Fall der „Celler Aktion" (dazu *Kühne* JuS 1987 S. 188 ff) dürfte zudem eine nicht über § 34 StGB zu rechtfertigende Tat nach § 145 d Abs. 1 StGB vorgelegen haben.

87c BGH 34 S. 39 ff, 43 ff; dazu *Bottke* Jura 1987 S. 356 ff, 363 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

(Garantenpflichten, Pflichten aus den §§ 138, 323 c StGB) zu erzwingen ist, richtet sich außerhalb speziell geregelter Bereiche (speziell geregelt ist etwa der Zwang gegen eine zu prozessualem Zeugnis verpflichtete Person) nach den allgemeinen Normen.

b) Die Bindung an ein bestimmtes Verfahren wird insbesondere nicht unterlaufen, **44** wenn in fremde Güter nicht zur Durchsetzung einer Eingriffskompetenz, sondern nur gelegentlich[87d] eines Verhaltens in besonderer Kompetenz eingegriffen wird. So darf beispielsweise der Gerichtsvollzieher bei der Flucht vor einem aggressiven Schuldner in eine fremde Wohnung eindringen, wenn er sonst keine Rettung sieht[88], und die Polizei darf den Verkehr von Strafverteidigern mit den in Untersuchungshaft befindlichen Beschuldigten bei Seuchengefahr untersagen, sofern sie einen Verkehr auch an Aufenthaltsorten ohne strafprozessuale Befangenheit untersagen dürfte.

4. Private Abwehr einer Gefahr ist unangemessen, soweit eine zur Abwehr zustän- **44a** dige und fähige Behörde deren Bekämpfung übernommen hat, auch wenn der Behörde nur limitierte Erlaubnisse zustehen[88a].

5. *Konsequenzen fehlender Angemessenheit:* Ein unangemessenes Verhalten ist **45** rechtswidrig, auch wenn es im übrigen den Voraussetzungen des § 34 StGB entspricht (zur Unrechtsmilderung und zur Verschiebung der Unrechtsart siehe oben zur Notwehr 12/44).

III. Die Besonderheiten des defensiven Notstands

Literatur

Siehe zu II

A. § 34 StGB (ausschnitthaft auch § 904 BGB) bestimmt den Interessensaldo dahin, **46** das gewahrte Interesse müsse das zur Rechtfertigung beeinträchtigte wesentlich (unverhältnismäßig) überwiegen. Diese strenge Voraussetzung paßt nur, wenn in Güter einer Person eingegriffen wird, die für den Konflikt nicht zuständig ist. Muß jedoch die Person, in deren Güter zur Rettung vor der Gefahr eingegriffen wird, die Gefahr verantworten, so entsteht folgende Umkehrung[88b] der Proportionalität:

Der für die Gefahr Zuständige muß — Fähigkeit unterstellt — die Gefahr beseitigen. Befreiung von dieser Pflicht, also ein solidarisches Opfer der anderen, kann er nach den Maximen des § 34 StGB nur verlangen, wenn sein Interesse an der Befreiung das durch die Gefahr bedrohte Interesse wesentlich überwiegt, d. h. wenn er zur Pflichterfüllung

---

[87d] Es kommt nicht darauf an, ob der Konflikt „außergewöhnlich" ist (so aber *Rebmann* NJW 1985 S. 1 ff, 5), sondern ob er außerhalb des geregelten Bereichs liegt.

[88] Siehe hierzu *Amelung* NJW 1977 S. 833 ff; 839; *Schwabe* NJW 1977 S. 1902 ff, 1903 und *Schaffstein* Schröder-Gedächtnisschrift S. 97 ff, 114 f.

[88a] *A. A. Rudolphi* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 371 ff, 390 ff.

[88b] Für *Lenckner* GA 1985 S. 295 ff, 311 (schon *ders.* Notstand S. 136 f) ist dies keine „Umkehrung", sondern eine Durchsetzung des überwiegenden Interesses: Alle Rechtfertigung, auch Notwehr, soll auf überwiegendem Interesse beruhen. So wird aber die Formel vom überwiegenden Interesse ganz diffus; denn die unterschiedlichen Abstraktionsebenen, auf denen die beteiligten Interessen angesiedelt sind, werden vermischt. Zwar kommt es letztlich immer auf die hoch abstrakte Ebene genereller Ordnungsinteressen an, aber manche Interessenabwägungen fallen schon auf konkreteren Ebenen. Beispiel: Versteht man das wesentlich überwiegende Interesse in § 34 StGB unter Einschluß allgemeiner Ordnungsinteressen (so für die rechtfertigenden Notstände auch *Roxin* Jescheck-Festschrift S. 457 ff, 464 ff mit weiteren Nachweisen Fn. 23), so liegt es auf einer höheren Abstraktionsebene als das Nicht-außer-Verhältnis-Stehen des § 228 BGB oder das Fehlen jeder Proportionalitätsregeln in § 32 StGB; bei diesem Verständnis besagt es nur noch, daß Rechtfertigung einen „guten Grund" zur Tatbestandsverwirklichung voraussetzt (siehe oben 11/1 ff). Exakte Ableitungen läßt eine solche Generalklausel nicht mehr zu. — Siehe zur Umkehrung der Proportionalität auch *Meißner* Interessenabwägungsformel S. 250 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

wesentlich mehr investieren muß, als er retten kann. Dementsprechend darf auch der durch die Gefahr Bedrohte (oder ein Notstandshelfer) in die Güter des Verantwortlichen im Rahmen des Erforderlichen noch dann eingreifen, wenn er mehr zerstört als er rettet, solange die Proportionen nicht unverhältnismäßig werden[89]. § 228 BGB regelt nur einen Ausschnitt dieses Bereichs, scil. den Eingriff in eine Sache, von der selbst die Gefahr droht. Aber weder die Nennung der Eingriffe nur in Sachen noch diejenige der Eingriffe nur in das gefährliche Gut sind eine abschließende Regelung. So kann die Abwehr in defensivem Notstand bis hin zur Tötung eines Menschen gehen, wenn nämlich anders schwere Schäden, deren Drohen vom Getöteten zu verantworten ist, nicht vermieden werden können[90]. Hierdurch erledigt sich die Problematik der rechtswidrigen Angriffe schuldlos handelnder Personen, gegen die nach der hier entwickelten Lehre keine Notwehr erlaubt ist.

47 B. Ein defensiver Notstand liegt nur vor, wenn das Eingriffsopfer für die Gefahr zuständig ist, d. h. die Pflicht hat, die Gefahr selbst zu beseitigen oder nur infolge von Unfähigkeit diese Pflicht nicht hat. Praktisch bedeutsam dürften Pflichten aus Ingerenz einschließlich der Verkehrspflichten sein (siehe oben 7/41 a). Wegen dieses Verantwortungsprinzips, das die Kehrseite einer zumindest tatsächlichen Organisationsgewalt ist, bleibt die Entscheidung der sogenannten Perforation zweifelhaft (hierzu oben 13/22). — Die nur äußerliche Verbindung mit einer Herrschaftssphäre ohne Verantwortlichkeit begründet keinen defensiven Notstand. Beispiel: Wenn erwachsene Personen in ein befriedetes, fremdes Grundstück eindringen und von dort aus gefährliche Feuerwerkskörper werfen, liegt gegen den Grundstückseigentümer keine Lage eines defensiven Notstands vor, auch wenn er fähig wäre, die Personen zu hindern.

Ist der von der Gefahr Bedrohte selbst dafür zuständig, daß ihn die Gefahr trifft, oder hat eine dritte Person die Gefahr auf den Bedrohten gelenkt, so gelten für den Eingriff in die gefahrenträchtige Sache die Regeln des aggressiven Notstands (oben 13/27), da es an einer vorrangigen Zuständigkeit des Sachinhabers fehlt[90a]. Beispiel: Reizt jemand einen fremden Hund, bis dieser endlich angreift, so ist die Abwehr durch Verletzung des Tiers nur erlaubt, wenn das geschützte Interesse das verletzte Interesse *wesentlich überwiegt* (§ 34 Satz 1 StGB).

48 C. Wie bei der Notwehr so ist auch bei defensivem Notstand eine Abwehr nur erlaubt, solange die aktuelle Gestaltung des Organisationskreises des Zuständigen Bedingung der noch ausstehenden Folgen ist. Es ist also nicht erlaubt, eine schwere Krankheit, die durch ein rechtswidriges Verhalten eines anderen verursacht wurde,

---

89 O. *Lampe* NJW 1968 S. 88 ff; *Hirsch* JR 1980 S. 115 ff, 117; *Hruschka* Dreher-Festschrift S. 189 ff, 203; *ders.* JuS 1979 S. 385 ff, 391 f; *ders.* AT S. 78 ff; *Lenckner* Notstand S. 102 f.

90 *Schmidhäuser* AT 9/73 und 9/83; *ders.* Studienbuch 6/41; *SK-Samson* § 34 Rdn. 16; siehe auch *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 30; *LK-Hirsch* § 34 Rdn. 73 ff. — Nach *Günther* JR 1985 S. 268 ff, 273, *ders.* Strafrechtswidrigkeit S. 326 ff, 337 ff soll jede Tötung im defensiven Notstand unzulässig sein (trotzdem soll die Strafbarkeit wegen verminderten Unrechts entfallen), weil jede „Solidaritätspflicht endet, wo die Aufopferung des eigenen Lebens zugunsten anderer Individualinteressen in Frage steht". Aber es geht beim *defensiven* Notstand nicht um Solidarität, sondern um Verantwortung für die Konfliktursache (oben 11/3).

90a § 228 BGB statuiert für den Fall der „Verschuldung" des Eingriffs durch den Eingreifenden eine Ersatzpflicht, scheint also das Eingriffsrecht zu belassen, solange nicht unverhältnismäßig viel mehr zerstört als erhalten wird. Aber eine *vermögens*rechtliche Regelung mit dem Inhalt, seine Interessen verteidigen zu dürfen, dafür freilich mehr, als die Interessen wert sind, zahlen zu müssen, ist sinnlos. Die Vorschrift ist deshalb dahin zu interpretieren, daß die Abwehr *im Rahmen des § 904 BGB und mit der dort konstatierten Ersatzpflicht* erlaubt bleibt.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

dadurch zu heilen, daß dem anderen zwangsweise das zur Heilung erforderliche Organ genommen wird.

D. Auch beim defensiven Notstand entscheidet nicht allein das Ergebnis der Interes- **49**
senabwägung über die Rechtfertigung; vielmehr muß das eingesetzte Mittel auch angemessen sein. Beispiel: Eine geisteskranke Person, die wiederholt zu Aggressionen neigt, darf nicht ohne Mitwirkung eines Vormunds dauernd eingesperrt werden[91].

14. ABSCHNITT
Die rechtfertigende Einwilligung

Literatur

V. Albrecht Die rechtliche Zulässigkeit postmortaler Transplantatentnahmen, 1986; *G. Arzt* Willensmängel bei der Einwilligung, 1970; *ders.* Die Delikte gegen das Leben, ZStW 83 S. 1 ff; *ders.* Recht auf den eigenen Tod? JR 1986 S. 309 ff; *J. Baumann* Nichthinderung einer Selbsttötung, JZ 1987 S. 131 f; *U. Berz* Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, GA 1969 S. 145 ff; *W. Bickelhaupt* Einwilligung in die Trunkenheitsfahrt, NJW 1967 S. 713 f; *P. Bockelmann* Strafrecht des Arztes, 1968; *O. Brändel* Über das Recht, den Zeitpunkt des eigenen Todes selbst zu bestimmen, ZRP 1986 S. 85 ff; *D. Dölling* Fahrlässige Tötung und Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984 S. 71 ff; *K. Engisch* Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, H. Mayer-Festschrift S. 399 ff; *A. Eser* Freiheit zum Sterben — kein Recht auf Tötung, JZ 1986 S. 786 ff; *ders., H. G. Koch* Aktuelle Rechtsprobleme der Sterilisation, MedR 1984 S. 6 ff; *F. Geerds* Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954 S. 262 ff; *ders.* Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, ZStW 72 S. 42 ff; *G. Geilen* Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 1963; *K. Geppert* Rechtfertigende „Einwilligung" des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr? ZStW 83 S. 947 ff; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *W. Hassemer* Rücksichten auf das Verbrechensopfer, Klug-Festschrift S. 217 ff; *G. Heine* Sterbehilfe als rechtliches Problem, JR 1986 S. 314 ff; *R. D. Herzberg* Der strafrechtliche Schutz des Selbstmordgefährdeten, JZ 1986 S. 1021 ff; *F. Herzog, C. Nestler-Tremel* AIDS und Strafrecht — Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung, StV 1987 S. 360 ff; *H.-D. Hiersche* Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung, Verhandlungen 56. DJT, 1986, S. M 7 ff; *Th. Hillenkamp* Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *G. Hirsch* Der sterbende Mensch, ZRP 1986 S. 239 ff; *H. J. Hirsch* Hauptprobleme einer Reform der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit, ZStW 83 S. 140 ff; *ders.* Einwilligung und Selbstbestimmung, Welzel-Festschrift S. 775 ff; *N. Hoerster* Rechtliche Überlegungen zur Freigabe der Sterbehilfe, NJW 1986 S. 1786 ff; *ders.* Warum keine aktive Sterbehilfe? ZRP 1988 S. 1 ff; *R. Honig* Die Einwilligung des Verletzten Teil I, 1919; *E. Horn* Der medizinisch nicht indizierte, aber vom Patienten verlangte ärztliche Eingriff — strafbar? — BGH, NJW 1978, 1206, JuS 1979 S. 29 ff; *J. Hruschka* Anmerkung zu BGH JR 1978 S. 518 f, aaO S. 519 ff; *A. D. Jordan* Zur strafrechtlichen Zulässigkeit placebokontrollierter Therapiestudien, 1988; *Arthur Kaufmann* Euthanasie — Selbsttötung — Tötung auf Verlangen, MedR 1983 S. 121 ff; *D. Kientzy* Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, 1970; *Th. Lenckner* Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz „nullum crimen sine lege", JuS 1968 S. 249 ff, 304 ff; *ders.* Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 72 S. 446 ff; *J. Link* Doping und staatliches Recht, NJW 1987 S. 2545 ff; *P. Noll*

91 Siehe aber BGH 13 S. 197 ff, 200 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten, 1955; *ders.* Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 S. 1 ff; *H. Otto* Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung, Gutachten D 56. DJT, 1986; *C. Roxin* Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964 S. 373 ff; *ders.* Über die Einwilligung im Strafrecht, 1987; *J. Sagel* Die Sterbehilfediskussion in den Niederlanden, ZRP 1986 S. 319; *F. Schaffstein* Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-Festschrift S. 557 ff; *E. Schmidhäuser* Der Unrechtstatbestand, Engisch-Festschrift S. 433 ff; *ders.* Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, Welzel-Festschrift S. 801 ff; *Eb. Schmidt* Schlägermensur und Strafrecht, JZ 1954 S. 369 ff; *E. Schmidt-Elsaeßer* Medizinische Forschungen an Kindern und Geisteskranken, 1987; *R. Schmitt* Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? Zugleich ein Beitrag zur Reform des Opiumgesetzes, Maurach-Festschrift S. 113 ff; *ders.* § 226 a ist überflüssig, Schröder-Gedächtnisschrift S. 263 ff; *ders.* Der Anwendungsbereich von § 1 Strafgesetzbuch (Art. 103 Absatz 2 Grundgesetz) Jescheck-Festschrift S. 223 ff; *H. Schöch* Menschenwürdiges Sterben und Strafrecht, ZRP 1986 S. 236 ff; *H.-L. Schreiber* Das Recht auf den eigenen Tod — zur gesetzlichen Neuregelung der Sterbehilfe, NStZ 1986 S. 337 ff; *H. Tröndle* Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung, Verhandlungen 56. DJT, 1986, S. M 29 ff; *Th. Weigend* Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98 S. 44 ff; *H. Wilms und Y. Jäger* Menschenwürde und Tötung auf Verlangen, ZRP 1988 S. 41 ff; *H. Zipf* Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970; *ders.* Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ 1977 S. 379 ff. — Siehe ferner die Angaben zu 7/VIII.

I. Der Grund der Strafbefreiung

1 A 1. Neben die tatbestandsausschließende Wirkung des Willens des Betroffenen beim Einverständnis und bei der tatbestandsausschließenden Einwilligung (oben 7/104 ff) tritt die Rechtfertigungswirkung bei der rechtfertigenden Einwilligung, um die es hier allein noch geht. Während sich die tatbestandsausschließende Einwilligung zwanglos daraus erklärt, daß der soziale Konflikt von einer bestimmt gearteten Beziehung zwischen einem Gut und seinem Träger abhängt und damit die Tatbestandsverwirklichung durch die Gestaltung dieser Beziehung bedingt ist, kann die rechtfertigende Einwilligung [1] nur komplexer begründet werden.

Von der öffentlichrechtlichen Natur des Strafrechts her gesehen bedarf die Abhängigkeit eines strafrechtlich-tatbestandlichen Unrechts vom Willen des Verletzten einer Erklärung; umgekehrt verhält es sich von den Gütern in privater Rechtszuständigkeit her gesehen: Die Begrenzung der unrechtshindernden Wirkung einer Einwilligung wird zum Problem. Zwischen den bezeichneten Extremen schwanken die historischen Lösungsentwürfe [1a], deren Vertreter bis in die Gegenwart nicht zu sonderlicher Einigkeit gefunden haben.

2 2 a) Nach üblicher Lehre soll der Einwilligende „auf Strafschutz verzichten“ [2]. Demnach dürfte die gewollte Preisgabe eines verfügbaren Guts im irrigen Glauben an die Nicht-Verfügbarkeit mangels Kenntnis der Verzichtsfolge keine Einwilligung sein, ob nun auf den Willen zum *Straf*schutzverzicht oder aber — schwächer und eher zutreffend — auf den Willen zum bloßen Verzicht auf strafrechtliche *Rechtswidrig-*

---

1 Eine Einwilligung, die nur als „Strafunrechtsausschluß“ wirken soll, entwickelt *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 347 ff; siehe oben 11/Fn. 10 a.

1a Zur Geschichte siehe *Honig* Einwilligung S. 1 ff; zur neueren Zeit *Kientzy* Einwilligung S. 5 ff.

2 BGH 17 S. 359 f, 360; *LK-Hirsch* Rdn. 104 vor § 32; *Dreher-Tröndle* Rdn. 3 vor § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 33 vor § 32; *Geerds* GA 1954 S. 262 ff, 263; *ders.* ZStW 72 S. 42 ff, 43; *Welzel* Strafrecht § 14 VII 2 a; *Lackner* Anm. 5 vor § 32; *Lenckner* ZStW 72 S. 446 ff, 453.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

*keits*beurteilung abgestellt wird. — Dieses Abstellen auf den Rechtsfolgewillen zeigt eine deutliche zivilistische Befangenheit. Schwerer wiegt, daß der Grund für die Möglichkeit eines solchen Verzichts nicht innerhalb dieser Lehre thematisiert werden kann[3].

Um den Grund dieses Verzichts bemüht sich die Interessentheorie, indem der Grund der Rechtfertigung im Verzicht auf Interessen als Beziehungen zu Gütern (oder zu Zuständen, Rechten, Pflichten etc.) gesucht wird[4]. Dem steht eine Zurückführung der Einwilligung auf den Umgang mit „autonomer Herrschaft" über Güter nahe[5]. — Diese Lösungsentwürfe können dadurch, daß sie auf eine Beziehung zu einem Gut statt auf das Gut selbst abstellen, die unterschiedlichen Folgen gleicher Gutsverletzung einmal ohne Einwilligung und einmal mit Einwilligung erklären, da die Beziehung jeweils eine andere ist. Mehr als eine Erklärungs*form* gibt das freilich nicht her, denn wessen Interessen bis zu welchem Maß legitim sind, bleibt offen.

b) Die nach der Interessentheorie unbestimmte Grenze soll nach der Abwägungs- **3**
theorie durch einen Vergleich der sozialen Gewichtigkeit des Gebrauchs persönlicher Verfügungsmöglichkeiten einerseits und des allgemeinen Interesses an der Erhaltung von Gütern andererseits geleistet werden[6]. Es kann allerdings, was das allgemeine Interesse betrifft, nicht um ein Interesse an der Erhaltung eines Guts gehen; denn dieses Interesse müßte nicht nur bei einer Fremdverletzung mit Einwilligung, sondern auch bei ausschließlicher Selbstverletzung in eine Abwägung eingehen. Ausschließliche Selbstverletzung ist aber stets tatbestandslos. Die Alternative bei der Abwägung heißt deshalb nicht: Verfügungsfreiheit oder Güterbestand.

B 1. Es geht vielmehr um die Frage, wann die Selbstbestimmung des Einwilligenden **4**
für den Fremden, der die Verletzung vollzieht, einen vernünftigen Handlungsanlaß abgibt. Fehlt es daran, so wird durch eine Fremdverletzung ungeachtet der Einwilligung die Erwartung gestört, daß fremde Güter nicht tangiert werden dürfen. Vermag die Verletzung mit Einwilligung den Träger des Rechtsguts in seiner Autonomie nicht zu beeinträchtigen, so wird dennoch die generelle Verknüpfung von Eingriffserlaubnis und — noch zu konkretisierender — Vernunft gestört. Anders als bei ausschließlicher Selbstverletzung, bei der eine Sozialbeziehung mit ihren Folgen nur mittelbar (an die Selbstverletzung anknüpfend) entstehen kann, ist eine Fremdverletzung stets genuin Sozialbeziehung; sie kann deshalb auch dann die allgemeinen Erwartungen vom Inhalt solcher Beziehungen stören, wenn der konkret Verletzte vom allgemeinen Standard abweicht und einwilligt. Allerdings wird in diesen Fällen das Unrecht verkürzt: Es geht nicht mehr um die Verletzung des Guts eines einzelnen Inhabers, sondern nur noch um die Gefährdung des *allgemeinen* Bestands bestimmter Güter durch Mißachtung der allgemein erwarteten Handlungsmaximen. *Die Alternative bei der Abwägung lautet also: individuell oder allgemein bestimmter Handlungsanlaß.* Mit dieser Maßgabe mag der Abwägungstheorie gefolgt werden. — Beispiel: Bei Überlassung des Lebens oder auch nur beider Beine eines Menschen für ein Experiment werden die Tötung oder die Körperverletzung durch die Einwilligung nicht gerechtfertigt, und zwar ohne Blick auf die durch das Experiment eröffneten Chancen; die Erwartung der Unzulässigkeit solcherart massiver Verletzungen wird so stark abgesichert, daß sie nicht einmal durch die Diskussion über etwaige Grenzen in Frage gestellt werden soll. — Bei Selbstverlet-

---

3 Zutreffend kritisch *Stratenwerth* AT Rdn. 362; *Jescheck* AT § 34 II 2.

4 *Honig* Einwilligung S. 116 ff; *v. Hippel* Strafrecht Bd. II § 19 II 2; *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 35 IV mit ausführlichen Nachweisen.

5 *Schmidhäuser* AT 8/124; *ders.* Engisch-Festschrift S. 433 ff, 452.

6 *Jescheck* AT § 34 II 3; *Noll* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe S. 74 ff; *ders.* ZStW 77 S. 1 ff, 14 f; *Geppert* ZStW 83 S. 947 ff, 952 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

zung eines experimentierenden Forschers fehlt hingegen trotz identischer Güter ein Unrecht (streitig, siehe unten 21/57 und sogleich Fn. 8).

5 2 a) Für die rechtfertigende Einwilligung verbleiben demnach die Fälle, in denen allein das Wollen des Dispositionsbefugten nicht schon einen rechtlich hinreichenden Anlaß zum Eingriff in seine Güter gibt, zur Rechtfertigung vielmehr zudem ein vernünftiger Einsatz dieser Güter hinzukommen muß. Für das Gut Leben ist § 216 StGB zu entnehmen, daß selbst eine qualifizierte Einwilligung, scil. das Verlangen der Tötung (i. e. das Wollen — die „Beabsichtigung" — der Tötungshandlung und des Tötungserfolgs) nicht rechtfertigt[7]; dies ist dahin zu verstehen, daß kein *gewisser* Verlust des Lebens (allein) auf eine Einwilligung hin als vernünftig bewertet wird; über die Einwilligung in ein Risiko sagt die Vorschrift nichts. Die Strafe trotz des Verlangens (und trotz der Straffreiheit von Selbsttötung) gilt der allgemeinen Garantie des Tötungsverbots[8].

6 b) Als Fälle der rechtfertigenden Einwilligung kommen danach etwa in Betracht: verletzende körperliche Eingriffe nicht nur beiläufiger Art, insbesondere bei ärztlichen Operationen zu Heilzwecken[9], zu sonstiger Veränderung der Körperfunktionen (Ste-

---

7 Allein der Wortlaut der Vorschrift besagt allerdings über die Lage bei Verlangen *plus weiteren Gründen* nichts.

8 Der Strafgrund, ja selbst die Berechtigung des § 216 StGB sind streitig; teils ähnlich wie hier, aber vermischt mit weiteren Gründen, *Engisch* H. Mayer-Festschrift S. 399 ff, 412, 415; *Hirsch* Welzel-Festschrift S. 775 ff, 779; nur im Ergebnis wie hier *Arzt* ZStW 83 S. 1 ff, 36 f (Mißbrauchsverdacht); *ders.* JR 1986 S. 309 ff; *Schmidhäuser* Welzel-Festschrift S. 801 ff, 817 (soziale Bindung; also soll auch Selbsttötung rechtswidrig sein); *Stratenwerth* AT Rdn. 375 f (soziale Verantwortung gegenüber dem Verlangenden); — für Straffreiheit der Tötung auf Verlangen *Schmitt* Maurach-Festschrift S. 113 ff, 118; *Arthur Kaufmann* MedR 1983 S. 121 ff, 124 f; *Hoerster* NJW 1986 S. 1786 ff; *ders.* ZRP 1988 S. 1 ff (dagegen *Wilms* und *Jäger* ZRP 1988 S. 41 ff); siehe auch *Weigend* ZStW 98 S. 44 ff, 66 ff. — Zum AE Sterbehilfe siehe *Schreiber* NStZ 1986 S. 236 ff, 343 ff; *Eser* JZ 1986 S. 786 ff; *Schöch* ZRP 1986 S. 236 ff; sehr kritisch *Herzberg* JZ 1986 S. 1021 ff (dazu *Baumann* JZ 1987 S. 131 f); ähnlich wie der AE Sterbehilfe *Otto* Gutachten D 56. DJT, passim; *Hiersche* und *Tröndle* Verhandlungen 56. DTJ S. M 7 ff, M 29 ff; siehe ferner *Brändel* ZRP 1985 S. 85 ff; *G. Hirsch* ZRP 1986 S. 239 ff. — Zum Recht der Schweiz *Heine* JR 1986 S. 314 ff; zu den Niederlanden *Sagel* ZRP 1986 S. 318 ff.

9 Streitig ist, ob die eingreifende ärztliche Heilbehandlung tatbestandsmäßige Körperverletzung ist. Die Rechtsprechung behandelt seit RG 25 S. 375 ff ständig in straf- und zivilrechtlichen Entscheidungen (BGH 11 S. 111 ff; 12 S. 379 ff; 16 S. 309 ff; BGHZ 29 S. 34 ff; 29 S. 176 ff) den eingreifenden Heileingriff ohne Blick auf seine Indikation und seine Durchführung nach der lex artis als Körperverletzung. — Zwar kann das Gut Gesundheit in sich — analog zur Vermögensbestimmung — saldiert werden; dann ist jedenfalls der gelungene Eingriff per Saldo ein Gesundheitsfortschritt und nicht ein Schaden. Diese Saldierung ist aber dogmatisch nicht zwingend, vielmehr ist auch — analog zum Eigentum — eine Einzelbestimmung der jeweiligen Körperfunktionen möglich. Die Entscheidung kann demnach nur im Blick auf die Folgen der jeweiligen Bestimmungsweise getroffen werden. Daß die Einzelbestimmung hier unterlegen wäre, ist bislang nicht ausgemacht worden; im Gegenteil, nur die Einzelbestimmung kann ein Recht des Patienten auf ein Unterbleiben unerwünschter Körpereingriffe garantieren, bis ein Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung geschaffen wird (siehe hierzu *Schönke-Schröder-Eser* § 223 Rdn. 31). Ist die beim Heileingriff „verbrauchte" Körperintegrität sowieso verloren (so schon im Fall RG 25 S. 375 ff), wird das Verletzungsunrecht zu einem Unrecht abstrakter Gefährdung (siehe oben 7/92 ff). Wird die „verbrauchte" Körperintegrität an anderer Stelle ausgeglichen, so ist das bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. — Wegen des Fehlens eines Tatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung ist die Einzelbestimmung auch der Lösung überlegen, die — ohne Blick auf den Heilerfolg — jede nach der lex artis vorgenommene Heilbehandlung aus dem Tatbestand der §§ 223 ff StGB ausscheidet; letztere Lösung geht zudem an dem Recht des Patienten vorbei, subjektive Präferenzen zu bilden. — Nach der hier vertretenen Vorsatzlehre ist es nicht möglich, bei einer nach der lex artis vorgenommenen, aber mißlungenen Heilbehandlung den Vorsatz der Körperverletzung generell zu verneinen (so aber *Welzel* Strafrecht § 39 I 3 a α; *LK-Hirsch* Rdn. 5 vor § 223); siehe dazu oben 8/24. — Löst man sich von der saldierenden Betrachtung, so entsteht auch kein Widerspruch dadurch, daß im Einzelfall auch das Unterlassen einer Heilbehandlung Körperverletzung sein kann; in diesen

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

rilisation, Kastration)[10], zu kosmetischen Zwecken (soweit diese nicht schon Heilzwecke sind) oder zu Transplantationszwecken[10a], ferner Einwilligungen in Verletzungen bei Sportarten, bei denen Verletzungen nicht beiläufiger Art zur Regel gehören (Boxkampf), sowie Einwilligungen in gewichtige Ehrverletzungen oder lang andauernde Freiheitsbeschränkungen u. a. m. — Soweit es um die Einwilligung in ein Risiko geht, gelten die Ausführungen zur tatbestandsausschließenden Einwilligung oben 7/28 entsprechend.

II. Einzelheiten

A. Wie bei der tatbestandsausschließenden Einwilligung muß der Einwilligende über **7**
das betroffene Gut voll *dispositionsbefugt* sein und mit Einsichts- und Urteilsfähigkeit handeln[10b]. Sonderregeln mit generalisierten Altersgrenzen scheiden im Bereich der rechtfertigenden Einwilligung praktisch aus. Bei Eingriffen, deren Beurteilung besonderes Sachverständnis erfordert, insbesondere also bei ärztlichen Operationen nicht ganz beiläufiger Art, gelangt ein Laie zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit erst nach einer Aufklärung durch einen Verständigen. Besteht für diesen, etwa für den behandelnden Arzt, die Pflicht, eine Entscheidung über die Einwilligung herbeizuführen (fehlt also bei gegebener Behandlungspflicht eine pauschale Einwilligung des Patienten), so folgt aus der Behandlungspflicht die sekundäre *Pflicht zur Aufklärung* über alle entscheidungsrelevanten Tatsachen. Diese Aufklärungspflicht kann wiederum mit der Pflicht zur möglichst schonenden Behandlung des Patienten kollidieren, und zwar dann, wenn der Patient das Ergebnis der Aufklärung nicht ohne Beeinträchtigungen seiner Heilungschancen verkraften kann, insbesondere bei der Aufklärung über eine ungünstige Diagnose oder hohe Risiken des Eingriffs.

Die Abwägung dieser kollidierenden Pflichten kann nicht ohne Berücksichtigung der Folgen geleistet werden, die aus der Bevorzugung der einen oder anderen Pflicht entstehen. Bei einem generellen Aufklärungsverzicht in allen Fällen, in denen bei Aufklärung auch negative oder überwiegend negative Folgen zu vermuten sind, würde aber das Vertrauen auf Wahrhaftigkeit zerstört. Der Verzicht muß demnach auf Ausnahmesituationen beschränkt bleiben, die nicht nur generell nach Art der Diagnose und der Risiken, sondern auch konkret nach der Lage beim einzelnen Patienten zu bestimmen sind (mutmaßlicher Verzicht auf Wahrheit)[11]. — Besteht keine Behandlungspflicht, so

---

Fällen geht es nicht um die zu „verbrauchende", sondern um die zu erhaltende Integrität. — Zu Einzelheiten siehe *LK-Hirsch* Rdn. 1 ff, 3 ff vor § 223 mit Nachweisen.

10 Die Rechtslage bei *Kastration* wird durch das Kastrationsgesetz vom 15. 8. 1969 (BGBl. I S. 1143) geregelt, was die „Entmannung" (§ 1 KastrGes.) angeht, nicht aber was unfinale Triebbeeinflussungen (etwa als Nebenfolge einer sonst indizierten Operation) oder — eine unbefriedigende Lücke — dauernde Triebbeeinflussung ohne Zugriff auf die Keimdrüsen angeht (vorweg die stereotaktische Operation). Bezüglich der letzten beiden Eingriffsarten bleiben die allgemeinen Regeln der rechtfertigenden Einwilligung. — *Sterilisation* ist nach der Rechtsprechung des BGH keine tatbestandliche Körperverletzung (BGH 20 S. 81 ff); Grund dieser Ansicht ist die verfehlte Annahme, der von einer lex specialis geregelte Be reich (so ehemals die Sterilisation) unterfalle nach dem (mittlerweile erfolgten) Fortfall der Spezialvorschrift nicht der lex generalis (§§ 223 ff StGB). Die Literatur wendet auf die Sterilisation die allgemeinen Regeln der rechtfertigenden Einwilligung an; siehe *Eser* und *Koch* MedR 1984 S. 6 ff. — Einzelheiten gehören zur Interpretation der §§ 223 ff StGB; siehe *Maurach-Schroeder-Maiwald* BT I § 8 Rdn. 39 ff; *LK-Hirsch* § 226 a Rdn. 38 ff; *Schönke-Schröder-Eser* § 223 Rdn. 55 ff, 59 ff, jeweils mit Nachweisen.

10a Bei einer Explantation vom toten Menschen gilt dessen wirklicher (oder mutmaßlicher) Willen zu Lebzeiten; siehe *Albrecht* Zulässigkeit S. 32 ff mit Nachweisen.

10b Zu nicht oder nur beschränkt Geschäftsfähigen siehe *Schmidt-Elsaeßer* Forschung S. 194 ff mit Nachweisen.

11 Äußerst streitig; die hier skizzierte Position entspricht im Ergebnis der Rechtsprechung (BGH 11 S. 111 ff, 115; BGHZ 29 S. 46 ff, 57 f; 29 S. 176 ff, 185; BGHZ NJW 1972 S. 335 ff; ausführliche Nachweise der Rechtsprechung bei

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

entfällt auch eine Aufklärungspflicht; allerdings bleibt die Aufklärung auch dann *tatsächliche* Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung, wenn (ohne Pflicht) behandelt wird.

8 B. Zur *Objektivierung* der Einwilligung sowie zu *Zwang und Irrtum* gelten die Ausführungen zur tatbestandsausschließenden Einwilligung entsprechend (oben 7/115, 116 ff). Insbesondere machen auch hier Zwang und — nicht rechtsgutsbezogener — Irrtum die Einwilligung nicht unwirksam[11a], sondern führen zur Haftung dessen, der für den Defekt zuständig ist, als mittelbarer Täter. Beispiel: Die Ehefrau spendet auf Rat eines Arztes eine Niere für ihren kranken Mann; später wird, wie von vornherein beabsichtigt war, das Organ einem anderen Patienten implantiert; — Körperverletzung durch den Arzt in mittelbarer Täterschaft, gleich ob er selbst oder ein anderer die Explantation vorgenommen hat: Da die erhöhte Verbundenheit gegenüber bestimmten nahestehenden Personen auch rechtlich als Handlungsanlaß mehr wiegt als die allgemeine Solidarität, ist die Güterumschichtung, die das Eingriffsopfer duldet, nur in der vorgespiegelten Lage „veranlaßt"; der Schöpfer der Situation hat demgemäß für den ansonsten nicht veranlaßten Gutsverlust als mittelbarer Täter zu haften.

9 C 1. Anders als bei der tatbestandsausschließenden Einwilligung, bei der die Willkür des Einwilligenden für den Eingriff stets ein hinreichender (rechtlich anerkannter) Handlungsanlaß ist, muß bei der rechtfertigenden Einwilligung der Eingriff (nicht die Einwilligung!) auch *nach allgemeinem Urteil veranlaßt* sein. Das Gesetz formuliert dies nur partiell für Körperverletzung in § 226 a StGB dahin, der Eingriff bleibe rechtswidrig, „wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt"[12]. Die um Restriktion bemühte neuere Auslegung der Vorschrift dahin, geringere Verletzungen überhaupt auszunehmen (nach dem hiesigen System zählen geringere Eingriffe sowieso zur tatbestandsausschließenden Einwilligung) und den Sittenverstoß nach dem Gewicht des Eingriffs im Blick auf den verfolgten Eingriffszweck zu bestimmen[13], interpretiert die Sittenwidrigkeit zutreffend als rechtliche Mißbilligung des Handlungsanlasses. Es geht darum, daß die Tat als noch vernünftiger, im Sinn von rechtlich noch vertretbarer,

---

LK-Hirsch § 226 a Rdn. 19 ff). Die überwiegend weniger strenge Ansicht der Literatur ist Konsequenz der Herausnahme des in den Körper eingreifenden ärztlichen Heileingriffs aus dem Körperverletzungstatbestand. Die Einwilligung ist dann nicht mehr „Rechtfertigungselement" eines Körpereingriffs, sondern nur noch „Rechtfertigungsschranke" der Behandlung überhaupt (*Geilen* Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht S. 134, 195). — Zu Einzelheiten siehe *Bockelmann* Strafrecht des Arztes S. 50 ff; *LK-Hirsch* aaO; *Schönke-Schröder-Eser* § 223 Rdn. 40 ff; zur Placebotherapie (Aufklärung zerstört die Möglichkeit eines sinnvollen Einsatzes) *Jordan* Zulässigkeit S. 69 ff.

11a Bei § 216 StGB wird allerdings allgemein das an sich ernstliche Tötungsverlangen auf irrtümlicher Tatsachenbasis als unernstlich, also überhaupt wirkungslos, interpretiert, und zwar ohne Blick auf die Zuständigkeit für den Irrtum; der Wegfall der Privilegierung läßt sich mit der Lösung bei Beteiligung an einer Selbsttötung, die auf einer irrtümlichen Tatsachenbasis beruht (ohne Zuständigkeit für den Irrtum nur Haftung aus § 323 c StGB), nicht vereinbaren.

12 Die Generalisierbarkeit dieser Regelung ist streitig, was im Ergebnis an der allgemein fehlenden Differenzierung von tatbestandsausschließender und rechtfertigender Einwilligung innerhalb derselben Tatbestände liegen dürfte. Für allgemeine Anwendung *Baumann-Weber* AT § 21 II 4 c; *H. Mayer* AT § 24 II 1 b; *Welzel* Strafrecht § 14 VII 2 c; hauptsächlich wie hier auch *Schmidhäuser* AT 8/131; für Beschränkung auf Körperverletzung die wohl überwiegende Ansicht; *Berz* GA 1969 S. 145 ff, 150; *Geppert* ZStW 83 S. 947 ff, 956 f; *Roxin* Einwilligung S. 34; *SK-Samson* Rdn. 45 vor § 32; *Jescheck* AT § 34 III 1 mit weiteren Nachweisen; auch *Schmitt* Schröder-Gedächtnisschrift S. 263 ff; *ders.* Jescheck-Festschrift S. 223 ff, 227 f, der im Ergebnis für eine Streichung der Vorschrift plädiert, ohne freilich auf das Problem der gewichtigen Verletzung ohne vernünftigen Grund (etwa die als regelwidriger Faustkampf vereinbarte Streiterei) einzugehen.

13 *Arzt* Willensmängel S. 39 f; *Hirsch* ZStW 83 S. 140 ff, 166 f; *LK-Hirsch* § 226 a Rdn. 9; — verfehlt *SK-Horn* § 226 a Rdn. 9, der meint, § 226 a StGB sei nur verfassungsform, wenn die

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Umgang mit dem Gut zu bewerten ist[14]. Die Maßstäbe sind der Interessenabwägung beim Notstand mit der Maßgabe zu entnehmen, daß das durch den Eingriff verletzte Gut zum erstrebten Eingriffszweck nicht außer Verhältnis stehen darf.

Beispiele: Sterilisation auf Einwilligung hin dürfte im Blick auf die sonst praktizierten Möglichkeiten zur Vermeidung ungewollter Schwangerschaften (jahrelanger Medikamentengebrauch) nicht unvernünftig sein; das Problem liegt bei der Einsichts- und Urteilsfähigkeit bezüglich der Irreversibilität, insbesondere bei jüngeren Einwilligenden. — Eine Einwilligung in einen Faustkampf ohne jede Regelbegrenzung beseitigt die Rechtswidrigkeit der Schläge nicht[15]. — In eine Schlägermensur unter Bedingungen, die erhebliche Verletzungen zulassen, Tötung aber ausschließen, kann mit rechtfertigender Wirkung eingewilligt werden[16]. — Es ist rechtswidrig, dem Körper süchtiger Personen Opiate zuzuführen, wenn eine medizinische Veranlassung fehlt[17]. — Die Einwilligung eines Sportlers in ein Doping (auch durch einen Arzt) rechtfertigt nicht erhebliche Gesundheitsbeschädigungen[17a]. — Die Entfernung aller Zähne wegen eines vom Einwilligenden vermuteten Gesundheitsbezugs aber ohne objektiv medizinischen Anlaß dürfte ohne Blick auf die tatsächlichen Korrekturmöglichkeiten rechtswidrig sein; daß die Entfernung als kosmetische Maßnahme durchgeführt werden könnte, schafft nur einen hypothetischen Anlaß[18]. — Bei eingreifenden Sexualhandlungen ohne gravierende Dauerfolgen entfällt durch Einwilligung schon der Tatbestand[19]. — Die nachdrückliche und längere Zeit durchgehaltene falsche Behauptung, ein anderer sei NS-Massenmörder, ist ohne Verfolgung eines rechtlich anerkannten Interesses auch mit Einwilligung rechtswidrige Verleumdung (abweichend die überwiegende Ansicht). — Wer ohne Möglichkeit jederzeitiger Reversion einen anderen für Wochen einsperrt, bedarf zur Rechtfertigung außer der Einwilligung eines rechtlich anerkannten Eingriffsinteresses.

2. Fehlt nicht für den Eingriff, wohl aber für die Einwilligung ein rechtlich gewichtiger Anlaß, so hindert das die Rechtfertigung nicht, da es nur um die Bewertung *des Eingriffs* geht. Beispiel: Die Einwilligung in eine — gefahrlos aufschiebbare — medizinisch indizierte Operation rechtfertigt auch, wenn der Patient sie nur erteilt, um nicht als Angeklagter in einem schon angesetzten Strafverfahren erscheinen zu müssen. **10**

3. Soweit die Einwilligung dem Eingreifenden keinen rechtlich hinreichenden Handlungsanlaß gibt, ist trotz Rechtswidrigkeit das Unrecht gemindert, da wegen der Einwilligung die Beziehung des Gutsinhabers zum Gut, also der „personale Teil", nicht verletzt ist. Diese Unrechtsminderung ist bei der Strafzumessung zu berücksichtigen[20]. **11**

Rechtswidrigkeit auf diejenigen Fälle beschränkt werde, in denen die Körperverletzung im Zusammenhang mit einer Straftat begangen wird. Aber das Recht mißbilligt Handlungsanlässe zu einer tatbestandlichen Tat nicht erst bei ansonsten herzuleitender Rechtswidrigkeit und erst recht nicht erst bei ansonsten gegebener tatbestandlicher Rechtswidrigkeit, sondern umgekehrt kann Rechtswidrigkeit der tatbestandlichen Tat nur durch einen vernünftigen Zweck aufgehoben werden.

14 Mit dieser Auslegung dürften sich die verfassungsrechtlichen Bedenken (siehe *Roxin* JuS 1964 S. 373 ff, 379; *Lenckner* JuS 1968 S. 249 ff, 304 ff, 307 f; *Schmitt* Schröder-Gedächtnisschrift S. 263 ff, 265 mit weiteren Nachweisen) erledigen.

15 BGH 4 S. 89 ff, 92, wo zudem nicht einmal der verbliebene Rahmen der Einwilligung eingehalten wurde.

16 BGH 4 S. 24 ff, 32 mit freilich verfehlter Gleichsetzung von Sittenwidrigkeit und Strafwürdigkeit; dagegen *Eb. Schmidt* JZ 1954 S. 369 ff.

17 RG 77 S. 18 ff, 20 f, wo allerdings die Abgrenzung von täterschaftlichem Handeln zur Beteiligung an einer Selbstverletzung vernachlässigt wird.

17a *Link* NJW 1987 S. 2545 ff, 2550.

18 BGH NJW 1978 S. 1206 mit ablehnender Besprechung *Horn* JuS 1979 S. 29 ff und ablehnender Anmerkung *Hruschka* JR 1978 S. 519 ff.

19 *A. A.* (rechtswidrige Tatbestandserfüllung) RG 74 S. 91 ff, 94; RG JW 1929 S. 1015 ff, 1017; RG JW 1938 S. 30 f.

20 *Hillenkamp* Vorsatztat und Opferverhalten S. 240 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

12 D 1. Das Wollen bei der rechtfertigenden Einwilligung bezieht sich bei der *finalen Einwilligung* auf den Erfolg. Gleichfalls ist eine rechtfertigende Einwilligung als *unfinale Einwilligung* dergestalt möglich, daß nur die — erkanntermaßen folgenreiche — Verletzungshandlung oder gar nur ein sozialer Kontakt gewollt ist, der die Verletzungshandlung als nicht gewolltes Verhalten mit sich bringt; diese Einwilligung ist insbesondere in Form der Risikoeinwilligung praktisch bedeutsam: Wer von einem Betrunkenen aus Gefälligkeit im Auto mitgenommen wird, willigt nicht in das riskante Fehlverhalten selbst ein, wohl aber in eine Sozialbeziehung, die ohne das Risiko eines Fehlverhaltens nicht zu definieren ist (siehe oben 7/126 ff). Selbst eine Einwilligung in ein Tötungsrisiko rechtfertigt in den Fällen, in denen — wie bei der rechtfertigenden Einwilligung stets erforderlich — ein vernünftiger Grund besteht, die Tat trotz des Risikos zu vollziehen[21]. Die Vernünftigkeit ist entsprechend den Maximen der Interessenbewertung beim Notstand dergestalt zu ermitteln, daß das Risiko zu dem erzielbaren Nutzen nicht außer Verhältnis stehen darf; die subjektive Nutzendefinition des Täters kann sich in Fällen höchstpersönlicher Lebensgestaltung der Objektivierung entziehen (Geschlechtsgemeinschaft mit einer Person, die dabei eine lebensgefährliche Infektion übertragen kann). — Es handelt sich hier — wie schon bei der Einwilligung in ein tatbestandsausschließendes Risiko — nicht um ein spezifisches Problem fahrlässiger Verletzungshandlungen[22], sondern der Risikohöhe und des Verhaltenszwecks, zumal bei gleicher Risikohöhe Fahrlässigkeit zwar die schwächere Steuerungsform, aber nicht notwendig das schwächere deliktische Verhalten ist (nämlich nicht bei Tatsachenblindheit, siehe oben 8/5). Beispiel: Wenn ein Arzt sich mangels anderer Möglichkeiten in Kenntnis des Risikos von einer mäßig betrunkenen Person zu einem Noteinsatz fahren läßt und mit der Folge schwerer Verletzungen verunglückt, ist die Tat des Fahrers bei Fahrlässigkeit oder, so er die Gefahr klar prognostiziert hat, bei Vorsatz gleichermaßen gerechtfertigt.

Zum Eingehen eines Risikos gelten ansonsten die Ausführungen zur tatbestandsausschließenden Einwilligung entsprechend. Insbesondere ist bei bloßer Erkennbarkeit des Risikos — wiederum einen vernünftigen Anlaß vorausgesetzt — auch ein rechtfertigendes Handeln auf eigene Gefahr möglich, so etwa bei dem Notfalleinsatz eines Arztes, der mangels anderer Möglichkeiten einen mäßig Betrunkenen bittet, ihn zu fahren, ohne die Folgen zu bedenken. — Soweit das eingegangene Risiko ein dem allgemeinen Lebensrisiko angenähertes erlaubtes Risiko ist, das ohne besonderen Anlaß ausgelöst werden darf, schließt es schon den Tatbestand aus, auch wenn das gefährdete Gut bei gewisser Verletzung nicht ohne vernünftigen Grund und dann nur gerechtfertigt eingesetzt werden dürfte.

13 2. Soweit die rechtfertigende Einwilligung mangels eines vernünftigen Zwecks wirkungslos ist, bleibt eine darin enthaltene tatbestandsausschließende Einwilligung wirksam. Beispiel[23]: Obgleich das Tötungsrisiko bei einem regellosen Boxkampf nicht

---

21 Sehr streitig; hauptsächlich wie hier BGH 7 S. 112 ff, 115 (der Sache nach allerdings eine Mitwirkung an Selbstgefährdung betreffend); auch BGH 4 S. 89 ff, 93; *Dölling* GA 1984 S. 90 ff; *Herzog* und *Nestler-Tremel* StV 1987 S. 360 ff, 366 ff; *LK-Hirsch* Rdn. 95 vor § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 104 vor § 32; — für Rechtfertigung eines Tötungsrisikos ohne Blick auf den vernünftigen Grund *SK-Samson* § 16 Anhang Rdn. 33; *Schaffstein* Welzel-Festschrift S. 557 ff, 571 f; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 181; — gegen die Rechtfertigung bei Einwilligung in ein Tötungsrisiko überhaupt BGH VRS 17 S. 277 ff, 279; BayObLG NJW 1957 S. 1245 f; OLG Karlsruhe NJW 1967 S. 2321 ff; *Jescheck* AT § 56 II 3; *Bickelhaupt* NJW 1967 S. 713 f; *Geppert* ZStW 83 S. 947 ff, 953 ff; *Zipf* Einwilligung S. 73; *ders.* ÖJZ 1977 S. 379 ff, 383; *Maurach-Zipf* AT I § 17 Rdn. 48.

22 *A. A. Stratenwerth* AT Rdn. 1116; *Dölling* GA 1984 S. 71 ff, 90 und die wohl überwiegende Ansicht.

23 Siehe BGH 4 S. 89 ff, 93.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

gerechtfertigt ist, sind die beim Kampf ausgeteilten Prügel ohne Dauerfolgen dennoch keine tatbestandsmäßigen Körperverletzungen.

E. Zur *Rücknahme* gelten die Ausführungen zum Einverständnis entsprechend (oben 7/110). **14**

15. ABSCHNITT
Grenzbereiche zu Notwehr, Notstand und Einwilligung

I. Das Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG

Literatur

Th. Blank Die strafrechtliche Bedeutung des Art. 20 IV GG (Widerstandsrecht), 1982; *Chr. Böckenförde* Die Kodifizierung des Widerstandsrechts im Grundgesetz, JZ 1970 S. 168 ff; *Chr. Gusy* Über die strafrechtliche Bedeutung des politischen Widerstandes, in: *G. Bemmann* u. a. (Hrsg.) Der strafrechtliche Schutz des Staates, 1987 S. 45 ff; *K. Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 11. Auflage 1978; *J. Isensee* Das legalisierte Widerstandsrecht. Eine staatsrechtliche Analyse des Art. 20 Abs. 4 Grundgesetz, 1969; *Arthur Kaufmann* (Hrsg.) Widerstandsrecht, 1972; *H. Schneider* Widerstand im Rechtsstaat, 1969; *K. Stern* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. II, 1980.

A. Das Widerstandsrecht[1] ist als Reaktion gegen einen schuldhaften Angriff auf die in Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG genannte Grundordnung ein Sonderfall der Staatsnotwehrhilfe, bei einem schuldlosen Angriff ein Sonderfall der defensiven Staatsnotstandshilfe; soweit es dritte Personen betrifft, ist es ein — die Erlaubnis erweiternder — Sonderfall der aggressiven Staatsnotstandshilfe (alles streitig). Das Besondere des Widerstandsrechts liegt in seiner Beschränkung auf Deutsche (mit einer Lebensgrundlage in der Bundesrepublik Deutschland[2]) und auf die deutsche Grundordnung sowie insbesondere in seiner Unabhängigkeit vom Willen der staatlichen Organe: Das Recht besteht auch gegen deren Willen, so vorweg beim Widerstandsrecht gegen den „Staatsstreich von oben". Das Recht steht — anders als es beim Notwehrrecht oder Notstandsrecht der Fall ist — auch den Trägern öffentlich-rechtlicher Zwangsbefugnisse zu, insbesondere der Polizei und der Bundeswehr. Für Nicht-Deutsche und zugunsten ausländischer Staaten verbleiben die allgemeinen Hilfsrechte. **1**

---

1 Zur Entstehung des Art. 20 Abs. 4 GG siehe *Bökkenförde* JZ 1970 S. 168 ff; zur geschichtlichen Stellung und staatsphilosophischen Bedeutung siehe die Beiträge in: *Arthur Kaufmann* (Hrsg.) Widerstandsrecht; *Stern* Staatsrecht Bd. II S. 1488 ff; — die Rechtsprechung hatte lange vor der Positivierung (1968) ein Widerstandsrecht anerkannt; RG 56 S. 259 ff, 267 f; 63 S. 215 ff, 223 ff; 64 S. 101 ff; BGH NJW 1966 S. 310 ff, 313; BVerfG 5 S. 86 ff, 376 f; zum Problemkreis siehe zudem *Hesse* Grundzüge § 23 VI; *H. Schneider* Widerstand im Rechtsstaat S. 8 ff; grundlegend *Isensee* Das legalisierte Widerstandsrecht (passim); weiteres Schrifttum bei *LK-Hirsch* Rdn. 83 vor § 32; *Stern* Staatsrecht Bd. II S. 1487 f und bei *Backmann* in: *Arthur Kaufmann* (Hrsg.) aaO S. 561 ff.

2 Also ehemals nicht Bewohner der DDR; *Herzog* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 20 Abs. 4 Rdn. 51 ff; *Stern* Staatsrecht Bd. II S. 1515.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

2 B. *Einzelheiten:*

1. Das Widerstandsrecht darf sich nur gegen ein Unternehmen zur Beseitigung der in Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG fixierten Grundordnung richten[3]; Unternehmen schwächerer Intention können mit den allgemeinen Hilfsrechten abgewehrt werden[4]. Ein Unternehmen beginnt mit dem Versuch (§ 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB); hierfür kommt es nicht auf die Nähe zur Tatbestandserfüllung der Delikte nach den §§ 81 ff StGB an, sondern auf die versuchsgleiche Nähe zu der materiellen Beeinträchtigung der Grundordnung. Der Versuch muß — wie bei der Notwehr — gefährlich, d. h. ex ante erfolgversprechend sein. Kann der Versuchsbeginn ohne Preisgabe der Möglichkeit effektiven Widerstands nicht abgewartet werden, so dürfte analog der notwehrähnlichen Lage ein Widerstand mit proportionalem Eingriffsrecht anzunehmen sein[4a] (sehr zweifelhaft, insbesondere wegen der Irrtumskonsequenzen). — Ob das Unternehmen von revolutionären Bürgern (Hochverrat von unten) oder von staatlichen Organen (Hochverrat von oben) betrieben wird, ist gleichgültig. Daß die Verfassungsfeindlichkeit des Unternehmens offenkundig sein müsse, ist nicht Voraussetzung der Rechtfertigung[5]; die gegenteilige Ansicht entwertet das Widerstandsrecht gegen den Staatsstreich von oben, der vor seinem Vollzug kaum je offenkundig sein dürfte.

3 2. Das Widerstandsrecht ist subsidiär zu anderen Abwendungsmöglichkeiten[6], insbesondere rangiert es nach den spezialgesetzlichen Befugnissen der handlungsfähigen *und handlungswilligen* Polizei.

4 3. Der Inhalt des Rechts ist — wenig präzise — als Widerstand beschrieben. Widerstand ist passiv (Verweigerung der Hilfe; insoweit bedarf es der Rechtfertigung nur bei einer ansonsten gegebenen Handlungspflicht) oder aktiv (Hindern mit dem erforderlichen Mittel bis hin zur Tötung[7]) möglich. Unter mehreren geeigneten Mitteln ist nur das mildeste Mittel erlaubt. Wie bei Notwehrhilfe und Notstandshilfe dürften ineffektive Maßnahmen als nicht erforderlich aus der Rechtfertigung ausscheiden[7a]. Gerechtfertigt sind auch Eingriffe, die als unvermeidbare Nebenfolgen an Gütern unbeteiligter dritter Personen eintreten[8], und zwar auch als Tötung; bei engerer Interpretation verliert Art. 20 Abs. 4 GG jede praktische Bedeutung (auch beim Attentat auf Hitler am 20. Juli 1944 war die Tötung etwa unbeteiligter Ordonanzen nicht auszuschließen). Insoweit gelten beim gerechten (!) Bürgerkrieg die Regeln des Kriegsvölkerrechts. Die Tötung (oder irreparable schwere Verletzung) unbeteiligter Personen ist überhaupt der einzige *eigene* Regelungsgegenstand von Art.20 Abs. 4 GG; im übrigen wiederholt die Vorschrift nur die Erlaubnisse aus den §§ 32, 34 StGB.

5 4. Die Behandlung eines Irrtums über das Widerstandsrecht folgt allgemeinen Regeln; bei irriger Annahme weiter gezogener Grenzen des Rechts liegt also ein Verbotsirrtum vor; die irrige Annahme der Rechtfertigungslage folgt den Regeln der unselbständigen Schuldtheorie (oben 11/42 ff). Daß die letztere Lösung schwere Strafbar-

---

3 Zu den Grenzen der Grundordnung siehe *Herzog* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 20 Abs. 4 Rdn. 13 ff.

4 *LK-Hirsch* Rdn. 83 vor § 32. — Zu einem Fall fehlenden Widerstandsrechts siehe OLGZ Köln NJW 1970 S. 1322 ff, 1324.

4a *A. A. Blank* Bedeutung S. 70 ff; *LK-Hirsch* Rdn. 87 vor § 32.

5 *A. A. Stern* Staatsrecht Bd. II S. 1521; *Herzog* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 20 Abs. 4 Rdn. 27; *LK-Hirsch* Rdn. 88 vor § 32; *Jescheck* AT § 35 IV 4; zur alten Rechtslage (übergesetzliches Widerstandsrecht) siehe auch BVerfG 5 S. 86 ff, 376 f.

6 In diesem Sinn schon BVerfG 5 S. 86 ff, 377.

7 *Stern* Staatsrecht Bd. II S. 1523 mit Nachweisen.

7a *Blank* Bedeutung S. 114 ff.

8 Wohl noch weniger begrenzt *Stern* Staatsrecht Bd. II S. 1518; *Herzog* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 20 Abs. 4 Rdn. 60; *a. A.* (nur Vermögenswerte und ersetzbare Körperintegrität dritter Personen dürften beeinträchtigt werden) *Blank* S. 122 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

keitslücken lasse und daß deshalb die strenge Schuldtheorie vorzuziehen sei[9], kann bei dem mittlerweile langjährigen Fehlen einschlägiger Fälle nicht mehr behauptet werden, zumal schon zur alten Rechtslage einschlägige Fälle zum übergesetzlichen Widerstandsrecht fehlten. Es darf auch nicht nur von den Fällen möglichen Mißbrauchs durch „Widerstand"-Leistende her argumentiert werden, wie das überwiegend geschieht. Vielmehr mag im Einzelfall ein Staatsorgan zurechenbar den Anschein eines Angriffs auf die Grundordnung hervorrufen (zumal in Zeiten allgemeiner Verfassungsmüdigkeit, wenn Bürger mit Verfassungsbrechern sympathisieren); es wäre unangemessen, demjenigen, der hier zu widerstehen versucht, ein besonderes Irrtumsrisiko aufzubürden.

II. Recht auf zivilen Ungehorsam?

Literatur

R. Dreier Widerstandsrecht im Rechtsstaat. Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, Scupin-Festschrift S. 573 ff; *ders.* Widerstand und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in: *P. Glotz* (Hrsg.) Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, S. 54 ff; *ders.* Rechtsgehorsam und Widerstandsrecht, Wassermann-Festschrift S. 299 ff; *G. Frankenberg* Ziviler Ungehorsam und rechtsstaatliche Demokratie, JZ 1984 S. 266 ff; *W. Hassemer* Ziviler Ungehorsam — ein Rechtfertigungsgrund? Wassermann-Festschrift S. 325 ff; *J. Isensee* Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des modernen Staates, Eichenberger-Festschrift S. 23 ff; *U. Karpen* „Ziviler Ungehorsam" im demokratischen Rechtsstaat, JZ 1984 S. 249 ff; *H. H. Klein* Legitimität gegen Legalität, Carstens-Festschrift S. 645 ff; *Th. Laker* Ziviler Ungehorsam, 1986; *Th. Lenckner* Strafrecht und ziviler Ungehorsam — OLG Stuttgart, NStZ 1987, S. 121, JuS 1988 S. 349 ff; *C. Prittwitz* Sitzblockaden — ziviler Ungehorsam und strafbare Nötigung, JA 1987 S. 17 ff; *C. Schmitt* Die Diktatur, 3. Auflage 1964; *H. Schüler-Springorum* Strafrechtliche Aspekte zivilen Ungehorsams, in: *P. Glotz* (Hrsg.) Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, S. 76 ff; *Chr. Starck* Frieden als Staatsziel, Carstens-Festschrift S. 867 ff.

A. Wie bei der Strafe, so kann auch bei einem sonstigen Kampf um die Geltung von **5a** Regeln ein Gut geopfert werden, um die Ernsthaftigkeit einer Behauptung zu dokumentieren, etwa ein Gut des Gegners als Zeichen für dessen Unmaßgeblichkeit (nötigendes Sitzen vor der Einfahrt einer Kaserne; Hausfriedensbruch durch ein Go-in) oder ein eigenes Gut als Zeichen für das subjektive Überzeugtsein (Inkaufnahme von Strafe für die Teilnahme an einer nötigenden Demonstration) oder ein Gut einer dritten Person, um dieser die Dringlichkeit eines Anliegens sinnenfällig zu zeigen (Verkehrsblockade, um auf einen — vermeintlichen — Mißstand hinzuweisen). Geht es bei der Opferung des Guts um eine straftatbestandliche (oder ordnungswidrige) Rechtsverletzung, die als Protest gegen ein bestimmtes staatliches Verhalten unter grundsätzlicher Anerkennung der Legitimität dieses Staates und des verletzten Rechts vollzogen wird, so wird der Vorgang als ziviler Ungehorsam bezeichnet[9a], wenn die Rechtsverletzung mäßig bleibt und nur, jedenfalls hauptsächlich, Güter mit öffentlicher Befangenheit trifft (Fortkommen im öffentlichen Verkehr, öffentliche Gebäude etc.)[9b].

---

9 So aber *Welzel* Strafrecht § 14 II 7; *LK-Hirsch* Rdn. 91 vor § 32; siehe auch *Herzog* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 20 Abs. 4 Rdn. 44: Verfassungsrechtlich soll die Berücksichtigung der Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums bei Art. 20 Abs. 4 GG ausgeschlossen sein (?); ähnlich seltsam *Gusy* in: Schutz S. 45 ff, 51 ff, 53 (der Irrtum soll ungeregelt sein).

9a Eingehende Darstellung mit Nachweisen bei *Laker* Ungehorsam S. 121 ff, 160 ff; dort auch zur Geschichte S. 15 ff.

9b Das oft genannte Protestmerkmal der *Gewaltlosigkeit* wäre bei nötigendem Verhalten nicht erfüllt und dasjenige der *Friedlichkeit* bei einer straftatbestandlichen Rechtsverletzung nie.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

5b B. Wäre ziviler Ungehorsam gerechtfertigt, entfiele die demonstrative Opferung eines eigenen Guts; ziviler Ungehorsam würde zu einem Unternehmen *allein* auf Kosten anderer. Es finden sich auch prompt Vorschläge zur Rechtfertigung, und zwar durch Anwendung der Regeln des rechtfertigenden Notstands[9c] (aber es geht um ein Verhalten, das per Definition Verfahrensregeln verletzt, also unangemessen ist) oder aus verfassungsrechtlichen Erwägungen[9d], was aus folgenden Gründen nicht überzeugt: Rechtfertigen könnte allenfalls ein überragendes Gewicht des vertretenen Anliegens, was heißt, der politischen Ansicht. Ist die Gegenansicht gleichfalls verfassungsgemäß (ansonsten ginge es um Staatsnotwehrhilfe oder Staatsnotstandshilfe), so kann das Gewicht einer politischen Ansicht in einem strafrechtlichen (oder sonst in einem gerichtlichen) Verfahren nicht ermittelt werden, und zwar prinzipiell nicht, weil in einer Demokratie jede Ermittlung des Gewichts einer Kontroverse zwischen legalen politischen Ansichten außerhalb von Wahlen und Abstimmungen unverbindlich[9e] sein muß[9f]. — Aus demselben Grund kann das politische (Fern-)Ziel einem nötigenden zivilen Widerstand nicht die Verwerflichkeit (nach § 240 Abs. 2 StGB) nehmen[9g].

III. Die Pflichtenkollision

Literatur

W. Gallas Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Mezger-Festschrift S. 311 ff; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *H. J. Hirsch* Strafrecht und rechtsfreier Raum, Bockelmann-Festschrift S. 89 ff; *J. Hruschka* Rettungspflichten in Notstandssituationen, JuS 1979 S. 385 ff; *ders.* Pflichtenkollision und Pflichtenkonkurrenzen, Larenz-Festschrift S. 257 ff; *ders.* Anmerkung zu OLG Karlsruhe JZ 1984 S. 240 f, aaO S. 241 ff; *J. C. Joerden* Die „Verdoppelung" — ein zentrales Strukturproblem des Strafrechts, GA 1984 S. 249 ff; *ders.* Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, 1986; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *Arthur Kaufmann* Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, Maurach-Festschrift S. 327 ff; *W. Küper* Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971 S. 474 ff; *ders.* Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1978; *ders.* Tötungsverbot und Lebensnotstand, JuS 1981 S. 785 ff; *ders.* Grundsatzfragen der „Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987 S. 81 ff; *Th. Lenckner* Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985 S. 295 ff; *G. Mangakis* Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts, ZStW 84 S. 447 ff; *H. Otto* Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3. Auflage 1978; *C. Roxin* Die notstandsähnliche Lage — ein Strafunrechtsausschließungsgrund? Oehler-Festschrift S. 181 ff; *H. v. Weber* Die Pflichtenkollision im Strafrecht, Kiesselbach-Festschrift S. 233 ff.

[9c] *Schüler-Springorum* in: Ungehorsam S. 76 ff; für „wenige Ausnahmefälle" auch *Laker* Ungehorsam S. 216 ff, 235 mit eingehenden Nachweisen.

[9d] *Dreier* in: Ungehorsam S. 54 ff, 60 ff; *ders.* Scupin-Festschrift S. 573 ff; *ders.* Wassermann-Festschrift S. 299 ff; *Dreier* verlangt freilich einen Protest gegen „schwerwiegendes Unrecht"; eingehend mit Nachweisen *Laker* Ungehorsam S. 237 ff; wie hier *Isensee* Eichenberger-Festschrift S. 23 ff; *Karpen* JZ 1984 S. 249 ff, 256 ff; *Klein* Carstens-Festschrift S. 645 ff, 649 ff; *Starck* Carstens-Festschrift S. 867 ff, 885 ff.

[9e] Im Grenzfall selbst dann, wenn *alle* Bürger beschließen, die bislang maßgeblichen Verfahren zu brechen. Zum staatsrechtlichen Problem des Verhältnisses von verfassungsgebender Gewalt zur Verfassung *Klein* Carstens-Festschrift S. 645 ff, 657 f. Die Ansicht, daß „das Volk als Inhaber der konstituierenden Gewalt ... sich nicht binden" könne (*C. Schmitt* Diktatur S. 140), vernachlässigt die Möglichkeit eines *Selbst*widerspruchs. Allerdings entfällt der Selbstwiderspruch, wenn man es unternimmt, nicht Volk und Verfassung, sondern die Verwirklichung zeitgemäßer Ordnung konstant zu denken; eine solche Position ist als philosophische möglich, freilich als juristische ausgeschlossen.

[9f] Im Ergebnis überwiegende Meinung; *Hassemer* Wassermann-Festschrift S. 325 ff, 336 ff; *Prittwitz* JA 1987 S. 17 ff, 21 ff; *Lenckner* JuS 1988 S. 349 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 34 Rdn. 41 a; unentschieden *Frankenberg* JZ 1984 S. 266 ff.

[9g] BGH 35 S. 270 ff, 280 ff; siehe auch BVerfG 73 S. 206 ff, 257 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

A 1. Treffen in einer Person zwei Handlungspflichten (Gebote) zusammen, von denen nur die eine *oder* die andere Pflicht erfüllt werden kann[10], so entstehen keine besonderen Schwierigkeiten, wenn das durch die Befolgung der einen Pflicht gewahrte Interesse das andere Interesse wesentlich überwiegt. Schon bei einem nur geringfügigen Überwiegen und erst recht bei gleicher Gewichtigkeit fehlt jedoch eine rechtmäßige Verhaltensalternative, wenn zur Rechtfertigung — wie beim aggressiven Notstand — das wesentliche Überwiegen unabdingbar sein soll. Beispiele: Zwei gleichartig lebensgefährlich Verletzte werden in ein Krankenhaus mit nur einer Behandlungsmöglichkeit eingeliefert; — bei einem Brand können die Eltern nur eines von mehreren Kindern aus dem Gebäude schleppen. **6**

In diesen Fällen muß einer der Hilfsbedürftigen zwingend enttäuscht werden, weil das Rettungspotential zur Rettung aller Interessen nicht hinreicht. Allerdings hat das vernachlässigte Opfer Grund zur Enttäuschung, weil es ohne überragendes Interesse vernachlässigt wird. Diese Enttäuschung kann sich nur auf die vom Handelnden getroffene Wahl beziehen, nicht darauf, daß es nicht noch zusätzlich gerettet wurde, denn für eine Rettung aller fehlt die Handlungsfähigkeit. Für die Wahl zwischen gleichen Pflichten gibt es aber keine *rechtlich* verbindlichen Maximen[11]. Die Enttäuschung des Opfers betrifft rechtlich nicht abgesicherte Erwartungen. Also steht dem Handelnden die Wahl frei, und er handelt nicht rechtswidrig[12].

2. Sind die konkurrierenden Pflichten von gleicher Art, aber nicht von gleichem Gewicht (z. B. eine Garantenstellung zum Lebensschutz gegen eine solche zum Sachschutz), so geht eine auch nur geringfügig stärker gewichtige Pflicht vor[13]. — Pflichten zur Erhaltung des Lebens zählen — anders als Pflichten quantifizierbarer Güter (etwa Sachgüter) — ohne Gewichtung der jeweils zu rettenden Lebensspanne gleich. Bestehen unterschiedlich hohe Chancen, bei dem Rettungsunternehmen überhaupt einen Erfolg zu haben (etwa nicht schon auf dem Weg zum verunglückten Gut stecken zu bleiben), ist die größere Chance zu befolgen (zweifelhaft bei lebenserhaltenden Maßnahmen; siehe aber auch oben 13/23). — Bei einer Konkurrenz verschiedenartiger Pflichten geht die Garantenpflicht vor; Beispiel: Der Vater muß bei einem Unglücksfall erst sein Kind aus Lebensgefahr retten (§§ 13, 212 StGB), bevor er dritte Personen rettet **7**

---

10 Obgleich der Täter nicht alle Pflichten kumulativ erfüllen kann, geht es nicht um ein Problem des Tatbestands (des Begriffs der Handlung oder der Unterlassung), sondern der Rechtfertigung oder der Entschuldigung. Denn der Tatbestand stellt nur auf das einzelne Gut ab, und das kann der Täter jeweils — unter Vernachlässigung der anderen Güter — erhalten. Der Gesamtgütersaldo, den der Täter bei Pflichtenkollisionen (wie beim Notstand selbst!) nicht zur Summe aller Güter maximieren kann, kommt erst auf der Rechtfertigungsebene in den Blick. — Das Problem ist auch bei Verschiedenheit der Verpflichteten konstruierbar; Beispiel: Zwei Ärzte können eine Operation nur gemeinsam ausführen, jeder der beiden Ärzte ist gegenüber einem anderen Patienten Garant aus Übernahme der Behandlung, die jeweils unaufschiebbar ist.

11 Insoweit und nur insoweit stimmt die These, es gehe um einen „rechtsfreien Raum"; *Arthur Kaufmann* Maurach-Festschrift S. 327 ff, 336 ff; siehe auch *Blei* AT § 63 II. Rechtsfrei ist allein die Wahl des Lösungswegs, nicht die Bewertung des Lösungsergebnisses; siehe zur Überflüssigkeit des Begriffs des rechtsfreien Raums *Hirsch* Bockelmann-Festschrift S. 89 ff; *LK-Hirsch* Rdn. 16 ff vor § 32; siehe auch oben 13/3.

12 Überwiegende Ansicht; *Mangakis* ZStW 84 S. 447 ff; *Küper* Grund- und Grenzfragen S. 19 ff, 118 f mit umfassenden Nachweisen; *ders.* JuS 1987 S. 81 ff, 88 ff; *Roxin* Oehler-Festschrift S. 181 ff, 186; auch *Otto* Pflichtenkollision S. 18 ff mit zahlreichen Differenzierungen zum Gewicht der Pflichten; ferner *Joerden* GA 1984 S. 249 ff, 256 f; *ders.* Fallsysteme S. 82 ff. — *Anders* (nur entschuldigt) *Jescheck* AT § 33 V 1 b und 2; *Dreher-Tröndle* Rdn. 11 vor § 32; *Gallas* Mezger-Festschrift S. 311 ff; *v. Weber* Kiesselbach-Festschrift S. 233 ff. Für Straflosigkeit wegen Entfallen der Strafwürdigkeit per Unrechtsminderung *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 332 ff. — Siehe auch die oben Fn. 11 zum rechtsfreien Raum Genannten.

13 *Jescheck* AT § 33 V 1; *SK-Samson* § 34 Rdn. 28.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

(§ 323 c StGB). Freilich ist anders zu entscheiden, wenn das Interesse, das nicht durch eine Garantenpflicht abgesichert ist, wesentlich überwiegt; Beispiel: Der Garant für das Wohlergehen eines Tiers ist gerechtfertigt, wenn er seiner Pflicht nicht nachkommen kann, weil er — verpflichtet nach § 323 c StGB — für das Wohlergehen eines Menschen zu sorgen hat; denn der stärkeren Pflicht entspricht das stärkere Unrecht und umgekehrt; dieser Lage beim Unrecht entspricht wiederum das rechtlich besser abgesicherte Interesse an der Pflichterfüllung[14].

7a 3. Erfüllt der Täter keine seiner Pflichten, so haftet er nur für die Nichterfüllung derjenigen, die er hätte erfüllen sollen[14a]; konnte er wählen, so haftet er für das geringste Unrecht; denn dieses wäre bei Rechtsbefolgung *mindestens* vermieden worden.

8 B 1. Beim Zusammentreffen einer Handlungspflicht (Gebot) mit einer Unterlassungspflicht (Verbot) geht die Unterlassungspflicht vor; denn der Inhaber des durch die Handlungspflicht begünstigten Interesses kann keine Duldung der zu seinen Gunsten eingreifenden Handlung verlangen, bis die Unterlassungspflicht (das Verbot) nach allgemeinen Grundsätzen entfällt. Mit anderen Worten, nur wenn das Eingriffsopfer nach allgemeinen Grundsätzen duldungspflichtig ist, konkretisiert sich das Gebot überhaupt zur Pflicht. Beispiel: Ein Garant, der in einer Gefahrenlage das Leben seiner Schützlinge nur durch Tötung eines unbeteiligten Dritten erhalten könnte, verhält sich einzig rechtmäßig, wenn er unterläßt[15]. — Bei der ebenso zu lösenden Kollision zwischen einer Handlung zur Selbsterhaltung und einer Unterlassungspflicht entspricht die Konstellation dem Normalfall des Notstands.

9 2. Dieses Ergebnis paßt aber nur bei einer nicht-naturalistischen Bestimmung des Bereichs von Verbotsnormen. Wäre die Kausalität für einen Erfolg schon allein hinreichendes Indiz für mangelnde Rücksicht gegenüber den Gütern anderer Personen, so wäre es nicht gerechtfertigt, eigenes oder frei verfügbares Rettungspotential für sich selbst oder für Schützlinge zu verwenden, wenn das Potential mengenmäßig beschränkt ist und ohne diese Verwendung dritten Personen für deren Rettung zugänglich wäre. In diesen Fällen hat aber ein Verwendungsverbot nichts mit der Pflicht zu tun, in einen fremden Organisationskreis nicht einzugreifen; denn dem Inhaber des fremden Organisationskreises würde keine rechtlich garantierte Chance genommen, da ihm die Nutzung des Rettungspotentials ebenso untersagt wäre. In den bezeichneten Fällen geht es

---

14 *Stratenwerth* AT Rdn. 470; *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 137; *LK-Hirsch* Rdn. 80 vor § 32.

14a *A. A.* (Haftung wegen Verletzung *aller* nicht erfüllten Pflichten) *LK-Hirsch* Rdn. 81 vor § 32.

15 Siehe die schon oben 13/23 genannten Fälle. — Überwiegende Ansicht; *Maurach-Zipf* AT I § 27 Rdn. 53; *Küper* JuS 1971 S. 474 ff; *ders.* Grund- und Grenzfragen S. 29 ff, 34, 119; *ders.* JuS 1981 S. 785 ff, 790 ff; *Lenckner* Notstand S. 5 und passim; *Schönke-Schröder* differenzierend *Otto* Pflichtenkollision S. 76 ff; *ders.* AT § 8 VI 4 c; — *a. A.* (alle Verhaltensweisen sollen rechtswidrig sein) *Jescheck* AT § 33 V 1 b. — Die hier entwickelte Lösung ist nicht stets voll plausibel, scil. dann nicht, wenn der schädliche Verlauf noch im Organisationskreis des Täters liegt und es von Zufälligkeiten der Organisationsgestalt abhängt, ob die konkret eingeschlagene Richtung des Verlaufs per Handlung oder per Unterlassung bestimmt wird. Beispiel: Wenn ein Autofahrer auf eine lockere Gruppe von Fußgängern zurast und dabei zwar noch grob die Richtung seines Fahrzeugs bestimmen, dieses aber nicht mehr rechtzeitig abbremsen kann, so ist die Begünstigung derjenigen Fußgänger, die zufällig beim Unterlassen (Nicht-Umlenken) verschont bleiben vor denjenigen, die beim Unterlassen getroffen werden, schwer zu begründen (siehe auch oben den „Weichenstellerfall" 13/21). Nicht nur der Vorrang der Unterlassungspflicht, sondern auch die Anwendung der Regeln, die bei der Kollision von Unterlassungspflichten gelten, also die Freiheit des Täters zur Entscheidung, dürfte bei dieser Lage tolerierbar sein. — Für die Lösung nach der überwiegenden Ansicht spricht allerdings, daß sie Manipulationen ausschließt, also garantiert, daß die Risikoverteilung, die bei der nun einmal gegebenen Organisationsgestalt ohne ändernde Eingriffe des Organisationsinhabers besteht, nicht ohne guten Grund geändert wird.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

also allenfalls um die Pflicht, einem Fremden bestimmte — faktisch vorhandene — Chancen auch rechtlich verbindlich zukommen zu lassen. Fehlt es an einer Garantenpflicht für die Übermittlung der Chancen, so bleibt es allenfalls bei einer Haftung aus § 323 c StGB (siehe dazu oben 7/56 ff, 67). Beispiel: Wer nach einem Unfall mit mehreren Verunglückten den einzigen verfügbaren Krankenwagen bestellt und benutzt, verhindert dadurch die Rettung anderer Verunglückter, aber mangels Sonderpflicht nur dann rechtswidrig, wenn ein Verzicht auf die eigene Nutzung (etwa bei einem glatten Beinbruch) im Blick auf eine Katastrophenlage beim anderen (etwa Lebensgefahr) nach den Grundsätzen des § 323 c StGB geboten ist[16].

C. Kollidiert eine Unterlassungspflicht mit dem Interesse an Selbsterhaltung, so handelt es sich um den Normalfall des aggressiven Notstands: Nur bei wesentlichem Überwiegen des Selbsterhaltungsinteresses und bei Angemessenheit darf eingegriffen werden (§ 34 StGB). **10**

D 1. Schwierigkeiten bereitet die Kollision einer Handlungspflicht zur Erhaltung von Gütern dritter Personen mit der einzigen Möglichkeit zur Selbsterhaltung. Das Recht zum Egoismus wiegt so viel wie die Pflicht zum Altruismus, aber nur ceteris paribus, d. h. bei gleichrangiger Zuständigkeit des Garanten und des Inhabers des durch die Garantenstellung geschützten Guts[17]. Es geht hierbei nur um Fallgestaltungen, nach denen die Selbsterhaltung unter Verzicht auf die Versorgung einer anderen Person, aber sonst ohne Eingriff in deren Güter stattfindet. Beispiel: Der zur Ernährung einer anderen Person Verpflichtete ißt zur Vermeidung des Hungertods das letzte Nahrungsmittel selbst. **11**

2. Zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen dem Gewicht des Selbsterhaltungsrechts und der Hilfspflicht ist nach Art und Inhalt der Garantenstellung zu differenzieren (siehe auch oben 7/49 ff, unten 29/14): **12**

a aa) Bei den Garantenstellungen *kraft Organisationszuständigkeit* (unten 29/29 ff) haftet der Garant auf Rücknahme des Risikos. Wie er das bewerkstelligt, ist seine Sache; sein Maß an Einsatz kann an sich notfalls bis zur Aufopferung gehen und Sonderfähigkeiten sind voll zu aktivieren, freilich innerhalb folgender Schranken:

Der Garant kann sein Interesse an einer Mäßigung des Aufwands und am Nicht-Einsatz von Sonderfähigkeiten einbringen und so nach den Abwägungsmaximen, die für die jeweilige Fallgestaltung gelten, gerechtfertigt sein. Die Maximen sind bei Sicherungspflichten und Rettungspflichten des Angreifers während einer Notwehrlage diejenigen der Notwehr (alles Erforderliche ist bis zur Grenze der Mindestsolidarität zu opfern), ansonsten diejenigen des defensiven Notstands (die Opferpflicht reicht bis an das unverhältnismäßige Überwiegen des Interesses). Ist der Geschützte bei Sicherungspflichten auch seinerseits für die Gefahr zuständig (der Betrunkene torkelt auf die Straße), so wird der Garant schon bei einem gleichgewichtigen Interesse frei. Beispiel: Niemand muß sein Auto an einem Baum demolieren, um einen auf der Straße streunenden Hund nicht zu überfahren.

---

16 So im Ergebnis insbesondere *Otto* Pflichtenkollision S. 77 ff, 87, der jedoch die Fälle eines fehlenden Eingriffs in einen fremden Lebenskreis trotz vorhandener Erfolgskausalität (bei *Otto* Fälle fehlender „Chancenanmaßung") stark überdehnt. — Unter der Bezeichnung einer erlaubten „sozialadäquaten" Nutzung von Rettungsmöglichkeiten der Sache nach weitgehend wie hier *Küper* Grund- und Grenzfragen S. 68, 80 ff.

17 Die Problematik wird wenig thematisiert; siehe aber *Otto* Pflichtenkollision S. 77 ff, 89 ff und passim; *Küper* Grund- und Grenzfragen S. 107 ff; — hauptsächlich wie im folgenden Text nach Garantenstellungen differenzierend (bei freilich teils anderem Zuschnitt der Zuständigkeitsbereiche) *Hruschka* JuS 1979 S. 385 ff; *ders.* AT S. 68 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

13 bb) Das gilt auch bei Pflichten, deren Erfüllung mit der Erhaltung der eigenen existentiellen Güter unverträglich ist, wie sich aus systematischen Erwägungen ergibt: Die Differenz von Handlung und Unterlassung hängt im Bereich der Organisationszuständigkeit von Zufälligkeiten der Organisation ab, und Verbote trotz existentieller Risiken, also Pflichten, die Vernichtung existentieller Güter zu *dulden,* kennt das Recht geläufig, scil. immer dann, wenn ein Rechtfertigungsgrund zur Abwälzung eines existentiellen Konflikts fehlt. Entsprechendes muß für Gebote gelten. Beispiel: Droht ein Flugzeug abzustürzen und könnte der Pilot sich einzig retten, wenn er es auf einem Sportfeld landet, wobei er aber einige Sportler töten würde, ist die Handlung *verboten* und der Täter bei ihrem Vollzug allenfalls nach § 35 StGB entschuldigt; — droht aber das Flugzeug auf das belebte Sportfeld zu stürzen und kann der Pilot es nur darüber hinwegziehen, wenn er sich der Möglichkeit seiner eigenen Rettung begibt, entspricht der Systematik ein *Gebot* zur Handlung bei allenfalls nach § 35 StGB gegebener Entschuldigung.

14 cc) Bei einer Garantenpflicht aus Übernahme (unten 29/46 ff) ist eine Leistung der Qualität garantiert, wie sie ohne die Übernahme dem Gut von dritter Seite erbracht worden wäre. Wie der Täter dieses qualitative Äquivalent erbringt, ist wiederum innerhalb der genannten Schranken seine Sache. In den Fällen, in denen der vor der Übernahme bestehende Schutz nur im Rahmen eines verhältnismäßigen Aufwands effektiv geleistet worden wäre, kann sich auch der Übernehmende darauf beschränken.

15 b) Bei den Pflichten *kraft institutioneller Zuständigkeit* (unten 29/57 ff) ist in der Regel ein ordentlicher Standard zu leisten, nicht aber eine Aufopferung und auch kein Einsatz von Sonderfähigkeiten. Anderes wäre bei dem teils berufsmäßigen Vollzug der Handlungen auch nicht längere Zeit durchzuhalten und wird deshalb vom Inhaber der betreffenden Rolle in der Regel auch nicht erwartet. Beispiele: Kein Krankenhausarzt muß sich dauernd bis zur psychischen oder physischen Erschöpfung anstrengen (siehe auch unten zum Eltern-Kind-Verhältnis 29/60); — ein Polizist mit zufälliger Kenntnis im Schweißen muß nicht bei Strafe der Freiheitsberaubung durch Unterlassen das beim Verkehrsunfall eingeklemmte Opfer herausschweißen. Sonderfähigkeiten sind freilich einzusetzen, wenn sie in analogen Situationen schon praktiziert worden sind und deshalb eine bestehende lex artis verändert haben; so dürfen etwa verbesserte medizinische Operationstechniken nicht ohne überwiegendes Interesse nur selektiv angewendet werden. — Nur vereinzelt gehört es zur Institution, daß im Notfall der Pflichtige dem Geschützten besondere Fähigkeiten voll zugute kommen läßt. Ohne Einschränkung dürfte das nur beim Verhältnis der Eltern zum Kind, und auch dort nur bei den personengebundenen Fähigkeiten der Fall sein, die ohne Aufopferung existentieller Güter aktiviert werden können. Beispiele: Die ärztlich ausgebildete Mutter muß dem eigenen Kind im Notfall fachmännisch helfen, auch wenn sie zuvor die Rolle der Ärztin in der Familie nicht angenommen hat; — Eltern müssen ihren Kindern aber nicht ein zu deren Heilung erforderliches Organ spenden, und auch sehr begüterte Eltern schulden dem Kind erkaufbare ärztliche Leistungen nur bis zu einem ordentlichen Standard. — Pflichten zum Opfer existentieller Güter treffen den Garanten kraft institutioneller Zuständigkeit freilich dann, wenn der Zweck der ganzen Institution anders nicht erreichbar ist; das gilt hauptsächlich für den Soldaten im Krieg.

Bei einigen Garantieverhältnissen kraft institutioneller Zuständigkeit muß der Verpflichtete — entsprechend seiner Duldungspflicht — nicht nur bei einem erheblichen, sondern auch bei einem kleinen Nutzensaldo die Rettung leisten, da er nicht nur zu allgemeiner Solidarität verpflichtet ist und somit das drastische Indiz einer erheblichen Interessendifferenz fehlen kann (oben 13/33).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

E. Eine Kollision mehrerer Unterlassungspflichten kann es nicht geben[17a]: Die **15a** Vermeidbarkeit *einer* Erfolgsverursachung (oben 6/20 ff) ist im Unrechtsbereich mit der Vermeidbarkeit *einer anderen* stets verträglich; denn das Fehlen *eines* Handlungsantriebs besagt über den Bestand *eines anderen* nichts, solange (im Unrechtsbereich) die Antriebslage als beliebig verfügbar gilt. Praktische Kollisionen der Antriebe (Beispiel: Wenn ein Beleidigter nicht zuschlagen soll, muß er — so wie er konstitutiert ist — laut schreien; beides ist verboten) sind Schuldprobleme.

IV. Das Handeln im Interesse und mit mutmaßlicher Einwilligung des Verletzten

Literatur

H. Arndt Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, 1929; *H. W. Eberbach* Die Sterilisation geistig Behinderter — forensische Kasuistik mit Kommentaren, in: *H. D. Hiersche* u. a. (Hrsg.) Die Sterilisation geistig Behinderter, 1988 S. 83 ff; *H. Eichler* Handeln im Interesse des Verletzten als Rechtfertigungsgrund, 1931; *A. Eser, H.-G. Koch* Aktuelle Rechtsprobleme der Sterilisation, MedR 1984 S. 6 ff; *A. Eser* Zur Rechtslage der Sterilisation geistig Behinderter im Ausland, in: *H. D. Hiersche* u. a. (Hrsg.) Die Sterilisation geistig Behinderter, 1988 S. 104 ff; *P. Finger* Zulässigkeit einer Sterilisation geistig Behinderter aus eugenischer oder sozialer Indikation, MedR 1988 S. 231 ff; *E. Fuchs* Anmerkung zu BGH 35 S. 246 ff, StV 1988 S. 524 ff; *K. Geppert, D. Giesen, H. Weitzel* Anmerkungen zu BGH 35 S. 246 ff, JZ 1988 S. 1022 ff; *R. v. Hippel* Die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag im Strafrecht, RG-Festgabe Bd. V S. 1 ff; *G. E. Hirsch* Rechtliche Aspekte der Sterilisation geistig Behinderter, in: *H. D. Hiersche* u. a. (Hrsg.) Die Sterilisation geistig Behinderter, 1988 S. 92 ff; *ders., H. D. Hiersche* Sterilisation geistig Behinderter, MedR 1987 S. 135 ff; *A. Hoyer* Anmerkung zu BGH 35 S. 246 ff, StV 1989 S. 245 f; *E. Horn* Strafbarkeit der Zwangssterilisation, ZRP 1983 S. 265 f; *E. Mezger* Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 S. 207 ff; *H. Müller-Dietz* Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung — BGH, NJW 1988, 2310, JuS 1989 S. 280 ff; *P. Noll* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *H. Reis* Sterilisation bei mangelnder Einwilligungsfähigkeit, ZRP 1988 S. 318 ff; *B. Rheineck* Zueignungsdelikte und Eigentümerinteresse, 1979; *C. Roxin* Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten, H. Mayer-Festschrift S. 467 ff; *ders.* Über die mutmaßliche Einwilligung, Welzel-Festschrift S. 447 ff; *D. Sternberg-Lieben* Strafbarkeit des Arztes bei Verstoß gegen ein Patienten-Testament, NJW 1985 S. 2734; *K. Tiedemann* Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder — OLG Köln, NJW 1968, 2348, JuS 1970 S. 108 ff; *L. Traeger* Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafgesetz, GS 94 S. 112 ff; *K. Ulsenheimer* Kompetenzprobleme bei der Entscheidung über die Behandlung oder Nichtbehandlung schwerstgeschädigter Neugeborener, in: *H. D. Hiersche* u. a. (Hrsg.) Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen, 1986 S. 111 ff; *H. Zipf* Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970; *ders.* Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ 1977 S. 379 ff; *E. Zitelmann* Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99 S. 1 ff.

A. Der Rechtfertigungsgrund der Interessenwahrung beim Verletzten ist eine Modi- **16** fikation der Einwilligung wie des rechtfertigenden Notstands: Wenn in die Güter dessen eingegriffen wird, dem Gefahr droht, und es somit nicht um ein Solidaritätsverlangen geht, sondern um Güterumschichtung innerhalb des Bestands eines Inhabers, bedarf es nicht eines wesentlich überwiegenden Rettungserfolgs, vielmehr reicht zur Rechtfertigung jeder Erfolg, wenn der Hilfsempfänger nur wirklich oder mutmaßlich

---

[17a] *A. A. Hruschka* Larenz-Festschrift S. 257 ff, 261 und passim mit einem Beispiel, bei dem unklar ist, ob gehandelt wird (Weiterfahren mit dem Auto trotz Rotlichts einer Ampel bei zugleich bestehendem Verbot anzuhalten); *ders.* JZ 1984 S. 241 ff, 242; *Lenckner* GA 1985 S. 295 ff, 305.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

mit der Leistung einverstanden ist[18]. Der zumindest erkennbare, bestehende oder herbeiführbare wirkliche Wille rangiert vor dem mutmaßlichen[19]. Beispiel: Die Aufnahme eines nichtöffentlichen Telefongesprächs auf Tonband ist nicht durch mutmaßliche Einwilligung zu rechtfertigen, da stets eine Einwilligung eingeholt oder zumindest mitgeteilt werden kann, daß aufgenommen wird. — Der Rechtfertigungsgrund ist also subsidiär. — Daß der wahre Wille *vor* dem Eingriffszeitpunkt ermittelt werden konnte, hindert die Rechtfertigung wegen mutmaßlicher Einwilligung dann nicht, wenn er zum Eingriffszeitpunkt nicht mehr ermittelbar ist. Beispiel: Der Hausinhaber könnte vor einer Weltreise vom Nachbarn gefragt werden, ob nach einem Sturm, der das Dach beschädigt hat, in das Haus eingedrungen und das Dach gesichert werden soll; hat er nicht gefragt, gelten in der späteren Gefahrensituation die Regeln der mutmaßlichen Einwilligung. Wer freilich verpflichtet ist, rechtzeitig eine Einwilligung herbeizuführen, macht sich, wenn er dies unterläßt, selbst zum gerechtfertigten Werkzeug und haftet nach den Regeln der mittelbaren Täterschaft, wenn er in mutmaßlicher Einwilligung zerstört, was bei rechtzeitiger Nachfrage erhalten geblieben wäre. Beispiel[19a]: Mit mutmaßlicher Einwilligung, aber gegen den wirklichen Willen erweitert ein Arzt aufgrund des sich bei einer Operation ergebenden Befunds den Eingriff; der Befund war zu erwarten und hätte vor der Operation mit dem Patienten besprochen werden müssen; der Patient hätte nicht eingewilligt; — bei Kenntnis aller Umstände vorsätzliche, sonst fahrlässige Körperverletzung.

Soweit es um eine geringe Differenz zwischen ihrerseits gewichtigen Interessen geht, kommt praktisch nur der ärztliche Heileingriff durch Körpereingriff am entscheidungsunfähigen Patienten in Betracht; der Arzt darf — mutmaßliche Einwilligung

---

18 Die Stellungnahmen zu dem Rechtfertigungsgrund sind äußerst kontrovers. Am Beginn steht die wenig geglückte Deutung der Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 ff BGB, als Rechtfertigungsgrund (*Zitelmann* AcP 99 S. 1 ff, 102 ff; *v. Hippel* RG-Festgabe Bd. V S. 1 ff): Die Geschäftsführung ohne Auftrag gibt so wenig ein Eingriffsrecht wie per se der Auftrag zur Geschäftsführung; Eingreifen-Dürfen und Verwendungsersatz-verlangen-Können sind zweierlei. Von *Mezger* wurde eine am mutmaßlichen Willen orientierte Version entwickelt und die Sonderproblematik des Rechtfertigungsgrunds geklärt (GS 89 S. 207 ff, 287 ff; *ders.* Strafrecht S. 218 ff; zwischen dieser Position und der Deutung als Geschäftsführung ohne Auftrag vermittelt *Traeger* GS 94 S. 112 ff, 155 ff). In neuerer Zeit wird dieser Ansatz beim mutmaßlichen Willen überwiegend übernommen, teils mit der Präzisierung, daß es um einen objektiv zu mutmaßenden Willen gehe, der von einem subjektiv-vermeintlichen Willen abgegrenzt wird, insbesondere mit entsprechenden Irrtumskonsequenzen (*Roxin* Welzel-Festschrift S. 447 ff, 451, 454 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 58 vor § 32; hierzu *LK-Hirsch* Rdn. 140 vor § 32). Verbreitet wird auch auf die (objektiv bestimmte) Interessenwahrung als Grund einer Rechtfertigung abgestellt (*Frank* Anm. III vor § 51, vorletzter Absatz), wobei die mutmaßliche Einwilligung nur eine limitierende Funktion hat (*Arndt* Mutmaßliche Einwilligung S. 67 ff; *Eichler* Handeln im Interesse S. 51, 53; *H. Mayer* AT § 24 III; *Schmidhäuser* AT 9/49; *Noll* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe S. 137 f; *Welzel* Strafrecht § 14 V). Nach der hier vertretenen Position sind der mutmaßliche Wille und die Interessenwahrung beide positive Voraussetzungen der Rechtfertigung (ebenso *Baumann-Weber* AT § 21 II 5 b). — Die heute überwiegende Ansicht geht vom mutmaßlichen Willen aus und unterscheidet Fälle mutmaßlichen fremdnützigen Wollens von solchen mutmaßlichen eigennützigen Wollens (*Jescheck* AT § 34 VII 1; *Maurach-Zipf* AT I § 28 Rdn. 6 ff; *Zipf* ÖJZ 1977 S. 379 ff, 385 f; *SK-Samson* Rdn. 48 vor § 32; *LK-Hirsch* Rdn. 133 vor § 32; — zu den gewichtigen Konsequenzen dieser Unterscheidung für die Mutmaßung des jeweiligen Wollens siehe insbesondere *Roxin* Welzel-Festschrift S. 447 ff, 464 ff, 470 ff). — Zur Kritik des mutmaßlichen, fremdnützigen Wollens siehe den folgenden Text. — Der Versuch, die fremdnützige Variante des Rechtfertigungsgrunds über die Sozialadäquanz zu lösen (*Zipf* Einwilligung S. 52 ff, 55), führt zur Konturenlosigkeit.

19 BGH 16 S. 309 ff, 312.

19a Nach BGH 35 S. 246 ff (mit ablehnenden Anmerkungen *Geppert* u. a. JZ 1988 S. 1022 ff; *Hoyer* StV 1989 S. 245 f und gleichfalls ablehnender Besprechung *Müller-Dietz* JuS 1989 S. 280 ff; siehe auch *Fuchs* StV 1988 S. 524); die Entscheidung verkennt, daß sofortiges Eingreifen nicht erforderlich war.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

vorausgesetzt — schon eingreifen, wenn er überhaupt einen positiven Saldo erwarten kann, ohne Blick auf dessen Gewicht. Nicht erlaubt ist es freilich, unter Berufung auf einen wahren oder besseren Willen den wirklichen Willen des Patienten zu korrigieren oder Umstände außer Acht zu lassen, die gegen einen mutmaßlichen Willen zur Behandlung sprechen (ernsthafter Suizidversuch einer verantwortlichen Person; entgegenstehendes „Patienten-Testament"[19b]; schwerste Schädigung eines Neugeborenen[19c]). Bedeutsam ist der Rechtfertigungsgrund aber auch im Bereich geringer Interessen, deren Wahrung schon deshalb nichts Erhebliches bringt, weil sie selbst nicht erheblich sind. Beispiele: Jemand schießt auf fremdem Jagdgebiet ein verwundetes Reh, um es dem Jagdberechtigten abzuliefern; — jemand öffnet die von außen als solche erkennbare Postrechnung eines abwesenden Freunds, um die Telefongebühren zu bezahlen und die Stillegung des Anschlusses dadurch zu vermeiden (zu § 202 StGB).

B 1. Der rechtfertigende Grund ist die Erhaltung eines (objektiv bestimmten) Interesses gemäß dem mutmaßlichen Willen des Inhabers. Wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff BGB) müssen Interesse (als Garantie eines positiven Erfolgs) und mutmaßlicher Wille (als Schutz vor übereifriger Fürsorge) zusammenkommen. Das Interesse läßt sich als Grenzfall noch annehmen, wenn der Eingriff zwar auch dem Eingreifenden oder dritten Personen dient, seine Vornahme aber zugleich immerhin noch einer informellen (nicht-rechtlichen) Obliegenheit entspricht, deren Erfüllung mutmaßlich gewollt ist. Beispiele: Der überraschend gekommene Freund erwartet bei starkem Regen den abwesenden Hausherrn in der unverschlossenen Garage (zu § 123 StGB). — Bei einer Frau, die aufgrund Schwachsinns unfähig ist, ein Kind verantwortlich zu erziehen oder über das hohe Risiko einer schweren Erbkrankheit eines Kinds verantwortlich zu entscheiden, ist das Unterbleiben von Schwangerschaft auch ein Interesse *der Frau selbst:* Das Interesse hat eine normative Komponente, die vom faktischen Desinteresse der nicht verantwortlich entscheidenden Frau nicht tangiert wird. Für das Gesundheitsinteresse ist das unstreitig; warum sollte für das Interesse an intakten Familienbindungen anderes gelten? Eine Sterilisation in mutmaßlicher Einwilligung ist also möglich[19d]. Die Entscheidung dürfte bei schwachsinnigen Männern nicht anders ausfallen. — Ab 1. 1. 1992 gelten die §§ 1631 c, 1905 BGB n. F.[19e]. **17**

2. Ein Handeln allein im überwiegenden Interesse des Eingreifenden oder dritter Personen kann jedoch, auch wenn es mutmaßlich gewollt ist, nicht rechtfertigen; eine Erlaubnis zu kompensationsloser Verminderung fremder Interessen, nur limitiert durch den mutmaßlichen Willen des Interesseninhabers, wäre viel zu riskant, um als generelle Regelung tolerabel zu sein: Zumal bei bekanntermaßen großzügigen Personen wäre „Selbstbedienung" der potentiellen Destinatäre nicht mehr strafrechtlich faßbar; jedermann wäre bei jeder Gabe gezwungen, wenn er in mutmaßlicher Einwilligung erfolgende Weiterungen ausschließen will, das Nicht-Präjudizielle seines Verhal- **18**

[19b] Dazu *Sternberg-Lieben* NJW 1984 S. 2734 ff, 2737 f.

[19c] Dazu *Ulsenheimer* in: Grenzen S. 111 ff, 114 ff.

[19d] *Hirsch* und *Hiersche* MedR 1987 S. 135 ff; *Hirsch* in: Sterilisation S. 93 ff; siehe auch dort *Eberbach* S. 83 ff (Auflistung der Rechtsprechung) und *Eser* S. 104 ff (ausländische Rechtslage); sehr streitig, *a. A.* insbesondere *Horn* ZRP 1983 S. 265 f; *Reis* ZRP 1988 S. 318 ff; — einer Beteiligung des Vormundschaftsgerichts bedarf es so wenig wie bei sonstigen Operationen; siehe OLG Hamm NJW 1983 S. 2095. Auch die Zustimmung des Personensorgeberechtigten folgt den bei sonstigen Operationen geltenden Regeln, das heißt, dieser hat den mutmaßlichen Willen des Begünstigten zu verwalten. Zum ganzen siehe *Eser* und *Koch* MedR 1984 S. 6 ff, 9 f; kritisch zur Stellungnahme der Bundesärztekammer mit Nachweisen *Finger* MedR 1988 S. 231 ff.

[19e] Fassung des Betreuungsgesetzes vom 12. 9. 1990, BGBl. I S. 2002; — die Regelung scheint Personalität mit körperlicher Intaktheit gleichzusetzen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

tens herauszustreichen[20]. Soweit in den Fällen mutmaßlichen fremdnützigen Wollens nicht eine — gegebenenfalls generell und konkludent erteilte — Einwilligung vorliegt, mag es sich häufig um Fälle von Bagatellunrecht, aber eben Unrecht handeln. Beispiele[21]: Aufsammeln von ansonsten sowieso verderbendem Fallobst unter fremden Bäumen (wenn nicht Dereliktion anzunehmen ist), Entnahme eines Heftpflasters aus einer fremden Hausapotheke, Wechseln von Geld in fremden Kassen[22].

Kann der mutmaßliche Wille nicht allein rechtfertigen, so in der Umkehrung die Interessenwahrung allein auch nicht. „Zwangsfürsorge" ist rechtswidrig. Das gilt auch dann, wenn die Interessenwahrung öffentlichen Belangen oder der Erfüllung von Unterhaltspflichten dient. Beispiel: Eine Bank tilgt entgegen der Anordnung eines Weltreisenden während seiner Abwesenheit seine Alimentationsschulden durch die Hingabe verwalteter Wertpapiere; — rechtswidrige Unterschlagung, § 246 StGB[23], obgleich für die Bank bei Zahlung aus dem *eigenen* Vermögen wegen § 679 BGB ein Anspruch auf Aufwendungsersatz entstanden wäre. — Daß es vernünftiger Interessenwahrung entspricht, von einer eigenen ansteckenden Erkrankung zu wissen, rechtfertigt nicht die Körperverletzung bei Blutentnahmen zu Diagnosezwecken an demjenigen, der nichts wissen will[23a] (siehe auch zur Einwilligung oben 7/121).

---

20 Daß die Handlungsveranlassung, die allein in einem Manko bei einem Fremden besteht, nicht auch schon für eine dritte Person eine Veranlassung zum Dulden eines Eingriffs abgibt, lehrt § 34 StGB; die Vorschrift wird unterlaufen, soweit man eine Rechtfertigung bei fremdnützigem mutmaßlichem Willen annimmt.

21 Viel diskutiert ist die Züchtigung fremder Kinder bei groben Unarten. — Unabhängig vom Streit um die Reichweite der mutmaßlichen Einwilligung ist hier jedenfalls die Annahme verfehlt, allein der mutmaßliche Wille des Inhabers der Personensorge entscheide; so aber *Roxin* Welzel-Festschrift S. 447 ff, 466; denn was das Wohl des Kindes angeht, fehlt die Dispositionsbefugnis des Sorgerechtsinhabers zu einer Entscheidung, die dieses Wohl verletzt; es geht eben nicht nur um die Verletzung von „Erziehungswillkür" eines „Berechtigten", sondern um Körperverletzung am Kind. — Was diese Körperverletzung wie auch den Eingriff in die Erziehungsbefugnis angeht, so wird nur dann ein positives Interesse gewahrt, wenn die Züchtigung überhaupt von Dritten ausgeübt werden kann, ohne überwiegend Schaden anzurichten, und das dürfte in der Regel zu verneinen sein (im Ergebnis ebenso *Jescheck* AT § 34 VII 4 b; RG 61 S. 191 ff, 193; 76 S. 3 ff, 6; OLG Saarbrücken NJW 1963 S. 2379 ff, 2381). Sollte dies aber ausnahmsweise zu bejahen sein — der gut bekannte Nachbar gibt dem 10-jährigen, der ihm mutwillig eine Fensterscheibe eingeworfen hat, einen mäßigen Backenstreich; dessen Vater reagiert regelmäßig massiver —, kommt es immer noch auf den Willen des Inhabers der Personensorge an. Die früher verbreitete Berufung auf § 679 BGB (so noch *Welzel* Strafrecht § 14 V) ist überholt, da die Notwendigkeit körperlicher Züchtigung nicht mehr als selbstverständlich richtig gilt.

22 Sehr streitig; siehe für öffentliche Kassen OLG Köln NJW 1968 S. 2348 f mit ablehnender Besprechung *Tiedemann* JuS 1970 S. 108 ff; *anders* (Tatbestandsausschluß der Zueignungsdelikte) OLG Celle NJW 1974 S. 1833 im Anschluß an *Roxin* Welzel-Festschrift S. 447 ff, 462 und *ders.* H. Mayer-Festschrift S. 467 ff; siehe hierzu *Rheineck* Zueignungsdelikte und Eigentümerinteresse (mit umfassenden Nachweisen); *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 351 f.

23 *LK-Hirsch* Rdn. 137 vor § 32; *Jescheck* AT § 34 VII 2; *Stratenwerth* AT Rdn. 397; *a. A. Welzel* Strafrecht § 14 V.

23a Siehe Staatsanwaltschaft beim KG NJW 1987 S. 1495 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

16. ABSCHNITT
Die Amtsrechte und weitere Rechtfertigungsgründe besonderer Regelungsbereiche

Literatur

K. Amelung Die Rechtfertigung und Entschuldigung von Polizeibeamten im deutschen Recht, JuS 1986 S. 329 ff; *H. Arndt* Grundriß des Wehrstrafrechts, 2. Auflage 1966; *G. Arzt* Zum privaten Festnahmerecht, Kleinknecht-Festschrift S. 1 ff; *J. Benfer* Zum Begriff „Rechtmäßigkeit der Amtshandlung" in § 113 StGB, NStZ 1985 S. 255 f; *Chr. Bickel* Anmerkung zu LG Hanau NStZ 1988 S. 179 ff, aaO S. 181 f; *U. Borchert* Die vorläufige Festnahme nach § 127 StPO, JA 1982 S. 338 ff; *J. Brauer* Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, 1988; *R. Breuer* Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichen Umweltschutz, insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht? NJW 1988 S. 2077 ff; *H.-J. Bruns* Zur strafrechtlichen Diskussion über das Züchtigungsrecht des Lehrers, JZ 1957 S. 410 ff; *H. Dahs, K. A. Pape* Die behördliche Duldung als Rechtfertigungsgrund im Gewässerstrafrecht (§ 324 StGB), NStZ 1988 S. 393 ff; *D. Dölling* Umweltstrafrecht und Verwaltungsrecht, JZ 1985 S. 461 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1990 S. 167 ff, aaO S. 170 ff; *K. P. Dolde* Zur Verwaltungsakzessorität von § 327 StGB, NJW 1988 S. 2329 ff; *A. Donatsch* Die strafrechtliche Beurteilung von Rechtsverletzungen bei der hoheitlichen Anwendung unmittelbaren Zwangs, 1981; *E. Dreher* Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz, JZ 1953 S. 421 ff; *A. Eser* Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund. Zugleich ein Versuch über Rechtsgüterschutz und evolutives Recht, 1969; *M. Fincke* Darf sich eine Privatperson bei der Festnahme nach § 127 StPO irren? GA 1971 S. 41 ff; *ders.* Das Risiko des privaten Festnehmers — OLG Hamm NJW 1972, 1826, JuS 1973 S. 87 ff; *Chr. Geisler* Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltrecht, NJW 1982 S. 11 ff; *K. Geppert* Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB), Jura 1985 S. 25 ff; *H. Günther* Nochmals: Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. d. § 113 Abs. 3 StGB, NJW 1973 S. 309 ff; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *R. Haas* Notwehr und Nothilfe, 1978; *G. Heine* Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, NJW 1990 S. 2425 ff; *ders., V. Meinberg* Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichen Umweltschutz, insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht? Gutachten 57. DJT S. D 1 ff; *U. Hellmann* Anmerkung zu OLG Schleswig NStZ 1987 S. 75, aaO S. 455 ff; *G. Hermes, J. Wieland* Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens, 1988; *H. J. Hirsch* Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 S. 78 ff; *ders.* Literaturbericht, ZStW 90 S. 965 ff; *E. Horn* Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden, NJW 1981 S. 1 ff; *ders.* Umweltschutz-Strafrecht: eine After-Disziplin? UPR 1983 S. 362 ff; *ders.* Bindung des Strafrechts an Entscheidungen der Atombehörde? NJW 1988 S. 2335 ff; *H. Hüwels* Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung, 1986; *B. Immel* Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, 1987; *H. Jung* Das Züchtigungsrecht des Lehrers, 1977; *D. Kienapfel* Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, 1961; *Chr. Kühl* Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht, Lackner-Festschrift S. 819 ff; *W. Küper* Grundsatzfragen der „Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987 S. 81 ff; *Th. Lenckner* Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, ein „übergesetzlicher" Rechtfertigungsgrund? Noll-Gedächtnisschrift S. 243 ff; *ders.* Behördliche Genehmigungen und der Gedanke des Rechtsmißbrauchs im Strafrecht, Pfeiffer-Festschrift S. 27 ff; *D. Meurer* Umweltschutz durch Umweltstrafrecht, NJW 1988 S. 2065 ff; *W. Meyer* Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. des § 113 Abs. 3 StGB, NJW 1972 S. 1845 ff; *ders.* Nochmals: Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. des § 113 Abs. 3 StGB, NJW 1973 S. 1074 f; *D. Oehler* Handeln auf Befehl, JuS 1963 S. 301 ff; *F. Ossenbühl* Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichen Umweltschutz, insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht? Verhandlungen 57. DJT S. L 36 ff; *H. Ostendorf* Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ 1981 S. 165 ff; *ders.* Anmerkung zu KG JR 1980 S. 513, JR 1981 S. 292 f; *H.-J. Papier* Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, NJW 1988 S. 1113 ff; *Redelberger* Das Züchtigungsrecht des Lehrers, NJW 1952 S. 1158 ff; *H. Reichert-Hammer* Anmerkung zu BGH JZ

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

1988 S. 617, aaO S. 617 ff; *R. Rengier* Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht, ZStW 101 S. 874 ff; *K. Rolinski* Anmerkung zu BGH StV 1988 S. 62 f, aaO S. 63 ff; *C. Roxin* Der strafrechtliche Rechtswidrigkeitsbegriff beim Handeln von Amtsträgern — eine überholte Konstruktion, Pfeiffer-Festschrift S. 43 ff; *H.-J. Rudolphi* Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerverunreinigungen, Dünnebier-Festschrift S. 561 ff; *ders.* Primat des Strafrechts im Umweltschutz? NStZ 1984 S. 193 ff, 248 ff; *H. Rüping* und *U. Hüsch* Abschied vom Züchtigungsrecht des Lehrers, GA 1979 S. 1 ff; *E. Samson* Konflikte zwischen öffentlichem und strafrechtlichem Umweltschutz, JZ 1988 S. 800 ff; *F. Schaffstein* Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 S. 369 ff; *H. Schall* Anmerkung zu BGH NJW 1976 S. 1949 f, NJW 1977 S. 113 f; *ders.* Umweltschutz durch Strafrecht; Anspruch und Wirklichkeit, NJW 1990 S. 1263 ff; *E. Schlüchter* Kein Recht zur Beweisvernichtung nach einem potentiellen Selbstbedienungsladendiebstahl, JR 1987 S. 309 ff; *Eb. Schmidt* Bemerkungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Frage des Züchtigungsrechtes des Lehrers, JZ 1959 S. 518 ff; *F. E. Schnapp* Amtsrecht und Beamtenrecht, 1977; *J. Schölz, E. Lingens* Wehrstrafgesetz, 3. Auflage 1988; *B. Schünemann* Rundum betrachtet, JA 1972 S. 633 ff, 703 ff, 775 ff; *ders.* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Reform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 S. 341 ff; *ders.* Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Gewässerstrafrecht, wistra 1986 S. 435 ff; *W. B. Schünemann* Selbsthilfe im Rechtssystem, 1985; *J. Schwabe* Fürmöglichhalten und irrige Annahme von Tatbestandsmerkmalen bei Eingriffsgesetzen, Martens-Gedächtnisschrift S. 419 ff; *H.-G. Schwenck* Wehrstrafrecht im System des Wehrrechts und der gerichtlichen Praxis, 1973; *ders.* Die kriegerische Handlung und die Grenzen ihrer strafrechtlichen Rechtfertigung, Lange-Festschrift S. 97 ff; *G. Stratenwerth* Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns, 1958; *G.-St. Thiele* Zum Rechtmäßigkeitsbegriff bei § 113 Abs. 3 StGB, JR 1975 S. 353 ff; *ders.* Anmerkung zu BayObLG JR 1981 S. 29, aaO S. 30 f; *O. Triffterer* Ein rechtfertigender (Erlaubnistatbestands-)Irrtum — Irrtumsmöglichkeiten beim polizeilichen Einsatz und deren dogmatische Einordnung, Mallmann-Festschrift S. 373 ff; *Th. Vormbaum* Anmerkung zu BayObLG JR 1979 S. 475 ff, aaO S. 477 ff; *H. Wagner* Amtsverbrechen, 1979; *ders.* Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung — OLG Karlsruhe NJW 1974 S. 2142, JuS 1975, S. 224 ff; *J. Wasmuth, M. Koch* Rechtfertigende Wirkung der behördlichen Duldung im Umweltstrafrecht, NJW 1990 S. 2434 ff; *H. v. Weber* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR 1948 S. 34 ff; *U. Weber* Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Bürgermeistern und leitenden Verwaltungsbeamten im Umweltrecht, 1988; *W. Winkelbauer* Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, 1985; *ders.* Die strafrechtliche Verantwortung von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, NJW 1986 S. 149 ff; *ders.* Die behördliche Genehmigung im Strafrecht, NStZ 1988 S. 201 ff; *Th. Würtenberger* Zur strafrechtlichen Bedeutung des Züchtigungsrechtes des Lehrers, DRZ 1948 S. 291 ff; *Chr. Wüterich* Die Bedeutung von Verwaltungsakten für die Strafbarkeit wegen Umweltvergehen (§§ 324 ff StGB), NStZ 1987 S. 106 ff.

I. Die Amtsrechte

1 A. Eine große Zahl weiterer Rechtfertigungsgründe ist — in schwankendem Maß — mit speziellen Rechtsbereichen verbunden; das gilt insbesondere für Amtsrechte.

In zahlreichen Gesetzen werden Befugnisse für hoheitliches Handeln dadurch gegeben, daß ausdrücklich ein Eingriff zu bestimmten Zwecken erlaubt (so in den Gesetzen über die Anwendung unmittelbaren Zwangs) oder aber ein Handlungsziel vorgeschrieben wird, das ohne Eingriff nicht erreicht werden kann (etwa Blutentnahme nicht ohne Körperverletzung, § 81 a Abs. 1 StPO, Fingerabdrücke nicht ohne Nötigung, § 81 b StPO).

2 B 1. Schwierigkeiten entstehen, wenn die Eingriffsvoraussetzungen zwar vom hoheitlich Handelnden ex ante angenommen werden, sich jedoch nachträglich herausstellt, daß der Eingriff nicht erforderlich war. Nach einer verbreiteten Ansicht sollen

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

zur Rechtfertigung wirklich vorliegen müssen: sachliche und örtliche Zuständigkeit, die wesentlichen Förmlichkeiten zum Schutz des Betroffenen (etwa die Bekanntgabe des Haftbefehls nach § 114 a StPO) und die Verhältnismäßigkeit. Ansonsten soll der Beamte über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen seines Einschreitens nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden haben[1], wobei die Abgrenzung des angeblichen Ermessensbereichs von der sachlichen Zuständigkeit, von der aktuellen Wesentlichkeit der Förmlichkeit (oft korrespondiert mit Dringlichkeit eine geminderte Förmlichkeit) und von der Verhältnismäßigkeit durchaus unklar ist. Diese Konzeption wird teilweise sogar noch dahin modifiziert, daß auch ein Irrtum über die rechtliche Zulässigkeit eines Eingriffs dem Tatsachenirrtum gleichstehen soll[2], oder es wird auf den verwaltungsrechtlichen Bestand des hoheitlichen Aktes abgestellt, also nur bei Nichtigkeit eine Rechtmäßigkeit verneint[3]. — Diese Lehren von einem sogenannten strafrechtlichen (gemeint ist: beschränkten) Rechtswidrigkeitsbegriff für Verwaltungshandeln werden in der neueren Literatur zunehmend abgelehnt; danach soll es auf die Vollstreckbarkeit der Verwaltungsentscheidung ankommen[4].

2. Es geht um die Verteilung eines Irrtumsrisikos. Hierfür gelten folgende Regeln: **3**

a) Soweit das Gesetz selbst bei der Festlegung der Eingriffsvoraussetzungen Merkmale prospektiven Inhalts verwendet oder auf eine Verdachtslage abstellt (Gefahr, Verdacht, dringender Verdacht etc.), kommt es auf ein Ex-ante-Urteil zur Zeit der Eingriffshandlung an, wobei dieses Urteil objektiv, d. h. optimal zugerichtet zu fällen ist (siehe oben 11/12). Das Gesetz entlastet insoweit den Eingreifenden von dem Risiko späterer Erkenntnisse[5].

b) Soweit es um die Vollstreckung selbständiger, insbesondere selbständig anfechtbarer Entscheidungen geht, ist der Vollstreckende, wenn die Entscheidung nicht nichtig ist, an den — vorläufigen oder endgültigen — Bestand der Entscheidung gebunden (sogenannte Tatbestandswirkung); hält er die speziellen Vollstreckungsvoraussetzungen ein, ist sein Handeln also rechtmäßig[6]. Beispiele: Die Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren Urteils (§§ 708 ff ZPO) durch den Gerichtsvollzieher oder die Vollstreckung eines richterlichen Haftbefehls (§ 114 StPO) durch die Polizei sind bei ordnungsgemäßem Vollstreckungsvollzug rechtmäßig, auch wenn sich die Entscheidungen später als änderungsbedürftig herausstellen; das Risiko des Entscheidungsbestands soll den Vollstreckungsgang nicht belasten. **4**

---

1 *LK-Hirsch* Rdn. 146 ff vor § 32; *Jescheck* AT § 35 I 2 und 3; wohl auch *SK-Horn* § 113 Rdn. 11; BGH 4 S. 161 ff, 164 f; 21 S. 335 ff, 363; 24 S. 125 ff, 130; BayObLG JR 1981 S. 29 mit ablehnender Anmerkung *Thiele* aaO S. 30 f; kritisch *Schönke-Schröder-Eser* § 113 Rdn. 22 ff. — Nach *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 86 vor § 32 soll die Rechtmäßigkeit nach allgemeinen Regeln aus der Einhaltung der objektiven Sorgfalt folgen (für das schweizerische Recht ähnlich *Donatsch* Beurteilung S. 182 ff). Das ergibt freilich kein Eingriffsrecht, sondern beläßt dem Opfer das Recht zur Abwehr in defensivem Notstand (dazu *Lenckner* aaO Rdn. 10 a und 11 vor § 32).

2 *Stratenwerth* Verantwortung S. 190; *LK-v. Bubnoff* § 113 Rdn. 34 mit weiteren Nachweisen; anders aber die Rechtsprechung; RG 30 S. 348 ff; BGH 24 S. 125 ff, 130.

3 KG JR 1980 S. 513 f mit Anmerkung *Ostendorf* JR 1981 S. 292 f; *Wagner* JuS 1975 S. 224 ff; *ders.* Amtsverbrechen S. 324 ff; *Meyer* NJW 1972 S. 1845 ff, 1846; *ders.* NJW 1973 S. 1074 f; siehe auch *Welzel* Niederschriften Bd. XIII S. 54 f, 60 f.

4 *Schünemann* JA 1972 S. 703 ff, 710, 775; *ders.* GA 1985 S. 341 ff, 366; *Thiele* JR 1975 S. 353 ff; *Ostendorf* JZ 1981 S. 165 ff, 171 ff; *Benfer* NStZ 1985 S. 255 ff; *Roxin* Pfeiffer-Festschrift S. 45 ff; *LK-Spendel* § 32 Rdn. 68.

5 *Triffterer* Mallmann-Festschrift S. 373 ff, 388 ff; *Amelung* JuS 1986 S. 329 ff, 330 ff; anders für den Gefahrbegriff *Schwabe* Martens-Gedächtnisschrift S. 419 ff, 430 f.

6 *Schönke-Schröder-Eser* § 113 Rdn. 32; *Günther* NJW 1973 S. 309 ff, 311.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

5 c) Bei sämtlichen anderen Eingriffsvoraussetzungen ist — ganz entsprechend den Ausführungen zu 16/3 und 4 — darauf abzustellen, ob der Eingriff zur Zeit seiner Vornahme Bestand haben *soll*. Es kommt also weder darauf an, ob die Maßnahme nichtig oder nur anfechtbar ist, noch ob sie in jeder Hinsicht den Eingriffsvoraussetzungen genügt; entscheidend ist, ob sie, stünde sie zur Zeit der Vornahme zum Spruch, aufgehoben würde — dann ist sie rechtswidrig — oder nur ergänzt oder trotz Mangels belassen würde (bei Verletzung von Sollvorschriften) — dann ist sie rechtmäßig. Das Ergebnis dürfte sich weitgehend mit der auf Vollstreckbarkeit abstellenden Lösung decken.

Insbesondere müssen Eingriffsvoraussetzungen, die dem Schutz des Betroffenen dienen, wirklich (objektiv ex post) vorliegen, gleich ob sie als Förmlichkeiten zu deklarieren sind oder nicht. Beispiele: Die Anwendung von Zwang zur Duldung der Blutentnahme durch einen Nicht-Arzt ist nach § 81 a StPO nicht zu rechtfertigen, auch nicht, wenn der zwingende Polizist optima fide den Entnehmenden für einen Arzt hält und jeder andere ebenso geirrt hätte[7]. — Die Vollstreckung eines Titels gegen eine Person, gegen die der Titel nicht ergangen ist, ist ohne Blick auf die Vermeidbarkeit der Verwechslung rechtswidrig[8]. — Ein Verwarnungsverfahren nach dem OWiG kann gegen den Willen des Betroffenen nicht betrieben werden (§ 56 Abs. 2 Satz 1 OWiG)[8a].

6 d) Soweit dem eingreifenden Beamten bezüglich einzelner Merkmale der Eingriffsvoraussetzungen ein Beurteilungsspielraum zusteht (etwa bei der Schätzung des Werts einer gepfändeten Sache durch den Gerichtsvollzieher) oder — nach geltendem Recht selten — ein Ermessen (etwa bei der Auswahl aus mehreren pfändbaren Sachen durch den Gerichtsvollzieher), kommt es auf die Beurteilung zur Zeit des Eingriffs an. Daß verbreitet dem Eingreifenden pauschal ein „Ermessen"[9] zugesprochen wird, entspricht nicht dem Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und ist auch nicht mit einem Interesse an der Entschlußkraft der Verwaltung zu rechtfertigen, obgleich die Rechtsprechung darauf kontinuierlich abstellt[10]; denn bei gesetzlich gebundener Verwaltung fehlt es jenseits der bindenden Eingriffsvoraussetzungen sowohl an einer Ermächtigung zum Eingriff als auch an einem Interesse an Entschlußkraft.

7 e) Eine auf Rechtsirrtum beruhende Annahme, die Eingriffsvoraussetzungen seien gegeben, geht mangels wirklich gegebener Eingriffsvoraussetzungen stets zu Lasten des Irrenden. Daß in Fällen unklarer Gesetze oder einer später erfolgenden Änderung der gefestigten Gesetzesauslegung (etwa zu den unpfändbaren Sachen nach § 811 ZPO) die Rechtslage zur Zeit des Eingriffs nicht zu fixieren ist, belastet nicht nur hoheitlich eingreifendes Handeln, sondern jedes Verhalten in rechtlichen Grenzbereichen.

8 f) Soweit der hoheitlich Eingreifende schuldhaft irrend die Eingriffsvoraussetzungen annimmt, ist gegen ihn Notwehr zulässig, bei Schuldlosigkeit defensiver Notstand[10a] (siehe oben 11/13).

9 C 1. Amtsrechtliche Eingriffsrechte sind zahlreich; so finden sich etwa Erlaubnisse, zum Zweck der Beweis- und Verfahrenssicherung Zwang anzuwenden, in der StPO, wobei in persönliche Güter verschiedener Art eingegriffen werden darf, wie in die

---

7 *A. A.* BGH 24 S. 125 ff, 130 f und in einem ähnlichen Fall OLG Schleswig NStZ 1985 S. 774 ff (siehe dazu unten 21/Fn. 151).

8 *A. A.* RG 61 S. 297 ff, 299.

8a OLG Düsseldorf NStZ 1984 S. 316 f.

9 Hiergegen zutreffend *Schönke-Schröder-Eser* § 113 Rdn. 22, 27.

10 Schon RG 35 S. 211 ff, 214 f; 72 S. 305 ff, 311 ff; BGH 4 S. 161 ff, 164 f; teils wörtlich ebenso BGH 21 S. 335 ff, 365 f.

10a Zu den Notrechten siehe *Roxin* Pfeiffer-Festschrift S. 43 ff, 50 f; *Amelung* JuS 1986 S. 329 ff, 335 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Freiheit (§§ 51, 81 ff, 112 ff, 134[11], 164, 236 StPO) oder in das Hausrecht und in das Eigentum (§§ 94 ff StPO), in das Fernmeldegeheimnis (§§ 100 a ff StPO) etc. Eingriffserlaubnisse finden sich ferner, wenn ein Verfahren mit nicht nur freiwilliger Beteiligung (Konkursverfahren) oder ein Vollstreckungsgang geregelt werden, beispielsweise die Strafvollstreckung nach den §§ 449 ff StPO oder die Vollstreckung zivilrechtlicher Titel, wobei im letzteren Fall der Zwang nicht nur gegen das Eigentum gerichtet ist (§§ 808 ff, 883 ff ZPO), sondern wiederum bis zur Freiheitsentziehung gehen kann, etwa bei der Haft zur Erzwingung unvertretbarer Handlungen nach § 888 ZPO oder zur Erzwingung einer eidesstattlichen Versicherung nach den §§ 901 ff ZPO. — Zentral sind weiterhin polizeirechtliche Ermächtigungsnormen nach den landesrechtlichen Polizeigesetzen, dem Gesetz über den Bundesgrenzschutz und den Gesetzen über die Anwendung unmittelbaren Zwangs des Bundes und der Länder etc.; Beispiele nach dem Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes: Identitätsfeststellung von Personen, § 10; erkennungsdienstliche Behandlung, § 11; zwangsweise Durchsetzung einer Vorladung, § 12; Personengewahrsam, § 13; Durchsuchungen, §§ 17 ff; ferner die Sondervorschriften über die Anwendung von Zwang, §§ 29 ff, insbesondere unmittelbaren Zwang einschließlich Schußwaffengebrauch, §§ 35 ff[12].

2. Eine Rechtfertigung durch *Völkerrechtsnormen* kommt insbesondere bei Kriegs- **10**
handlungen in Betracht[13].

II. Das Handeln auf Anweisung (die dienstliche Anordnung und der militärische Befehl)

A 1. Zur Lösung der Kollision[14] zwischen der Gehorsamspflicht Untergebener und **11**
der Rechtswidrigkeit eines militärischen Befehls (§ 2 Nr. 2 WStG) oder einer dienstlichen Anordnung (§ 55 Satz 2 BBG) gibt es zwei Lösungsansätze: Zum einen kann die Verbindlichkeit der Anweisung durch deren Rechtmäßigkeit beschränkt werden; dann gibt es keine verbindliche rechtswidrige Anweisung, und der irrige Glaube des Untergebenen an die Verbindlichkeit kann allenfalls entschuldigen. Bei voller Entschuldigung ist der Vorgesetzte mittelbarer Täter hinter dem entschuldigt handelnden Werkzeug. Gegen die Durchführung der Anweisung ist Notwehr oder — bei Schuldlosigkeit — defensiver Notstand möglich. Zum anderen kann der Gehorsam unbedingt angeordnet werden; dann ist nur eine nach allgemeinen Grundsätzen nichtige Anweisung unverbindlich; ansonsten begründet auch die rechtswidrige Anweisung eine Befolgungspflicht und bringt den Untergebenen in eine Kollision dieser Gehorsamspflicht mit der allgemeinen Pflicht zur Unrechtsvermeidung; diese Kollision kann entweder je nach dem Einzelfall oder generell aufgelöst werden. Soweit die Gehorsamspflicht vorgeht, ist der Untergebene gerechtfertigt; der Vorgesetzte ist mittelbarer Täter hinter einem

---

11 Dazu BGH NStZ 1981 S. 22 f.

12 Zu den §§ 11 ff UZwG (Schußwaffengebrauch), insbesondere zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, BGH JR 1990 S. 167 ff mit Anmerkung *Dölling* aaO S. 170 ff. — Weitere Beispiele bei *Jescheck* AT § 35 I 1; zum Waffengebrauchsrecht insbesondere *LK-Hirsch* Rdn. 151 ff vor § 32; zum Verhältnis der polizeilichen Befugnisse zu Notwehr und Notstand siehe oben 12/41 ff; 13/42.

13 Siehe *Maurach-Schroeder-Maiwald* § 2 Rdn. 11 ff; *Schwenk* Lange-Festschrift S. 97 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 91 vor § 32; siehe auch BGH 15 S. 215 ff; 23 S. 104 ff.

14 Nach *Schnapp* Amtsrecht S. 182 ff, 183, 185 soll es nicht zu einer Kollision kommen können, da die verwaltungsinternen Rechtssätze und das „Außenrecht" zwei inkommensurable Rechtsbereiche sein sollen; sehr zweifelhaft.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

gerechtfertigt handelnden Werkzeug[15], vergleichbar dem Prozeßbetrüger, der den erlangten Titel durch den Gerichtsvollzieher vollstrecken läßt.

12 2. Eine gesetzliche Entscheidung zwischen den beiden Möglichkeiten fehlt. Die Verbindlichkeit von Anweisungen wird für Soldaten in § 11 SoldatenG und in § 22 WStG geregelt, für Beamte in den §§ 55 f BBG, §§ 37 f BRRG und den entsprechenden Gesetzen der Länder. Danach bindet eine dienstliche Anweisung nicht, die gegen die Menschenwürde verstößt oder deren Ausführung ein *Straf*gesetz verletzt, und zwar unabhängig davon, ob der Untergebene das erkannt hat[16]; allerdings bestehen für Soldaten (§ 11 Abs. 2 Satz 2 SoldatenG, § 5 Abs. 1 WStG) und Vollzugsbeamte (§ 7 Abs. 2 Satz 2 UZwG, ähnlich die Landesgesetze) Sonderregelungen des Verbotsirrtums dahin, daß sie nur bei Kenntnis der Verletzung eines Strafgesetzes oder bei Offensichtlichkeit dieses Umstands (also, so es an Kenntnis fehlt, bei Gleichgültigkeit oder Blindheit gegenüber dem Strafrecht) schuldhaft handeln (unten 19/51 ff). Bei unqualifizierter Vermeidbarkeit des Irrtums über die Strafrechtswidrigkeit wird der Konflikt durch Zurechnung zum Vorgesetzten erledigt.

13 3. Die Vorschriften lassen nicht erkennen, ob die Regelung auf einer generellen Unverbindlichkeit rechtswidriger Anweisungen beruht oder auf einer generalisierten Abwägung zwischen an sich verbindlichen Anweisungen und dem zu erwartenden Unrecht. Dementsprechend ist auch der Grund unklar, aus dem die genannten Vorschriften Soldaten oder Vollstreckungsbeamte (nicht aber sonstige Beamte[17]) bei Anweisungen, deren Durchführung eine *Ordnungswidrigkeit* verwirklicht, *generell* von Haftung freistellen[18]. Die Freistellung wird teils als Entschuldigung[19] und teils als Rechtfertigung durch generalisierte Abwägung der Pflichtenkollision[20] gedeutet.

14 4. Die letztgenannte Lösung dürfte vorzuziehen sein[21]: Der Ausführende kann regelmäßig nicht überblicken, wann die Begehung einer Ordnungswidrigkeit gerechtfertigt ist (etwa durch Notstand) und wann nicht; er wird dies mangels hinreichender Ausbildung auch nach Erklärungen nur selten selbständig entscheiden können. Nur

---

15 Grundlegend *Stratenwerth* Verantwortung S. 10; — die Einwendungen, der Vorgesetzte könne bei dieser Lösung rechtmäßig durchführen lassen, was er selbst nicht rechtmäßig ausführen könnte, oder bei bürokratischer Staatsorganisation werde der in seinem Ursprung fehlerhafte Staatsakt rechtmäßig (*Maurach-Zipf* AT I § 29 Rdn. 8), verkennen, daß der Untergebene Werkzeug ist.

16 So schon zu § 47 MStGB: BGH 2 S. 234 ff, 235 f; 5 S. 239 ff, 243; 15 S. 215 ff; 22 S. 224 ff.

17 Für Beamte, die nicht Vollstreckungsbeamte sind, kommt eine Freistellung allenfalls nach einem Remonstrationsverfahren in Betracht, § 38 Abs. 2 BRRG, § 56 Abs. 2 BBG.

18 Auch die Verwirklichung eines sonst nicht als Verstoß gegen die Menschenwürde oder die Strafrechtsnormen zu qualifizierenden Unrechts, etwa einer unerlaubten Handlung, kommt in Betracht: Zu entscheiden ist, ob dieses Verhalten ein rechtswidriges Verhalten ist, gegen das Notwehr oder — nach hiesiger Lösung für schuldlose rechtswidrige Angriffe — defensiver Notstand zulässig ist.

19 *Arndt* Wehrstrafrecht S. 115; *Schölz-Lingens* § 2 Rdn. 32; *Baumann-Weber* AT § 21 II 8 a; *Dreher-Tröndle* Rdn. 16 vor § 32; *LK-Spendel* § 32 Rdn. 100 f; *Maurach-Zipf* AT I § 29 Rdn. 7; *Küper* JuS 1987 S. 81 ff, 91 f; *Amelung* JuS 1986 S. 329 ff, 337; *Oehler* JuS 1963 S. 301 ff, 306; *v. Weber* MDR 1948 S. 34 ff, 37, 39.

20 *Schwenck* Wehrstrafrecht S. 92; *Jescheck* AT § 35 II 3; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 88 a vor § 32; *Schmidhäuser* AT 9/57; *LK-Hirsch* Rdn. 165 vor § 32; *Stratenwerth* Verantwortung S. 168, 181 ff mit weiteren Nachweisen, auch der älteren Literatur, S. 4 ff.

21 Freilich befriedigt es nicht, daß die Grenze zwischen strafrechtlichem Unrecht und sonstigem Unrecht verläuft (insoweit zutreffend kritisch *LK-Spendel* § 32 Rdn. 88), weil die Strafbarkeit nicht allein von der Unrechtshöhe, sondern auch von der Notwendigkeit abhängt, auf ein Unrecht mit Strafe zu reagieren. Zudem ist der Übergang von einer Ordnungswidrigkeit zu einer Straftat teils (etwa beim Verhalten im Straßenverkehr) schwierig zu bestimmen. — De lege ferenda dürfte deshalb eine Differenzierung nach der nicht zu rechtfertigenden Verletzung notwehrfähiger Individualrechtsgüter und unverzichtbarer sonstiger Güter einerseits und andererseits der zu rechtfertigenden Verletzung verzichtbarer staatlicher Güter anzustreben sein.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

wenn er von dem Risiko dieser Rechtswidrigkeiten entlastet wird, wenn er also von der Verbindlichkeit der Anweisung und der überwiegenden Bedeutung des Gehorsams ausgehen kann, dürfte das Verlangen nach Einpassung in eine Hierarchie tolerabel sein. Die „Kosten" hierarchischer Organisationen muß also derjenige tragen, der die Hierarchie benutzt (der Vorgesetzte als mittelbarer Täter), nicht den sie benutzt (der Untergebene ist gerechtfertigt)[22]. — Für die Qualifikation des Verhaltens als Ordnungswidrigkeit oder als Straftat kommt es auf den Erfolgseintritt nicht an. Beispiel: Ein Befehl zur einfachen Körperverletzung einer dritten Person bleibt unverbindlich, auch wenn die Durchführung fehlschlägt (trotz der Straffreiheit des Versuchs von § 223 StGB). Diese Lösung ist für Fahrlässigkeitsdelikte praktisch bedeutsam. Beispiel: Der Befehl zu einem ordnungswidrigen Umgang mit einem Fahrzeug ist unverbindlich, wenn der Umgang zugleich eine fahrlässige Körperverletzungs- oder Tötungshandlung ist, mag der Erfolg auch ausbleiben[23].

15 B. Ansonsten gelten für die Voraussetzungen, die an eine verbindliche Anweisung zu stellen sind, die Ausführungen zu den Amtsrechten entsprechend. Ein allgemeines „Ermessensprivileg" ist auch hier abzulehnen. Soweit freilich ein Ermessen oder ein Beurteilungsspielraum bestehen und der Untergebene erkennt, daß der Vorgesetzte von einer verkürzten Tatsachenbasis ausgeht, muß er Gegenvorstellung erheben, und zwar auch im militärischen Bereich, soweit das zeitlich möglich ist; ist die Remonstration erfolglos, entsteht eine nach allgemeinen Grundsätzen zu lösende Pflichtenkollision[24]. Beispiel: Der zur Bedienung einer Maschine, die er nicht beherrschen kann, befohlene Soldat, darf auch nach erfolgloser Gegenvorstellung den Befehl nicht ausführen, wenn er dadurch irgendwelche Menschen an Leib oder Leben gefährden würde, wohl aber muß er bei drohendem geringfügigen Sachschaden gehorchen.

III. Die delegierten Amtsrechte (das Handeln pro magistratu)

16 A 1 a) Das *Festnahmerecht* für jedermann nach § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO besteht — anders als das Amtsrecht nach Abs. 2 — nicht schon bei bloßem Verdacht einer Tat, sondern nur bei einer verwirklichten Tat des Festzunehmenden (objektiv ex post): Das Risiko eines Irrtums soll nicht der Festzunehmende tragen, weil er nicht darauf vertrauen kann, daß ein nicht ausgebildeter Privatmann die Lage stets unter umfassender Abwägung aller Umstände beurteilt, zumal der Private nicht disziplinarisch verantwortlich ist. Für diese Risikozuordnung spricht auch, daß den Privaten — anders als den Polizisten (§ 163 StPO) — keine Verfolgungspflicht trifft. Ferner soll dem Privaten kein Anreiz zu polizeiähnlichem Handeln gegeben werden[25]. Der vom Festzunehmenden zurechenbar erregte Verdacht einer Tat reicht allerdings aus[25a] (siehe oben 11/9).

---

22 Soweit die auf Entschuldigung abstellende Lösung von einer im Ergebnis rechtswidrigen und im Ergebnis verbindlichen Anweisung ausgeht, löst sie die Pflichtenkollision nicht auf. Jedenfalls bleibt der Untergebene bei dieser Lösung mit dem Risiko der Abwehr (defensiver Notstand, nach noch überwiegender Ansicht trotz Schuldlosigkeit des Untergebenen sogar Notwehr) belastet. — Nach *Jescheck* AT § 35 II 3 und *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 11 f, 21, 89 vor § 32 soll auch bei der Rechtmäßigkeitslösung aggressiver Notstand gegen den Untergebenen bleiben.

23 Siehe BGH 19 S. 231 ff; eingehend *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 90 vor § 32.

24 Streitig; für generelle Rechtfertigung nach der Gegenvorstellung BGH 19 S. 231 ff; für verbleibende Rechtswidrigkeit *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 88 vor § 32 mit weiteren Nachweisen.

25 Streitig; im Ergebnis wie hier *Maurach-Zipf* AT I § 29 Rdn. 13; *Jescheck* AT § 35 IV 2, jeweils mit Nachweisen; *a. A.* BGHZ NJW 1981 S. 745 f; BayObLG JR 1987 S. 334 ff; *KK-Boujong* § 127 Rdn. 9; *LR-Wendisch* § 127 StPO Rdn. 11; *Roxin* Strafverfahrensrecht § 31 A I 2 c; *Arzt* Kleinknecht-Festschrift S. 1 ff, 6; *Fincke* GA 1971 S. 41 ff, 45 f; *ders.* JuS 1973 S. 87 ff; *Borchert* JA 1982 S. 338 ff, 342; offengelassen von OLG Zweibrücken NJW 1981 S. 2016. — Siehe auch oben 11/7.

25a Dagegen *Arzt* Kleinknecht-Festschrift S. 1 ff, 5 mit Fn. 16. — Nach *Schlüchter* JR 1987 S. 309 ff, 311 soll der *berechtigte* Verdacht einer Vertrags-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

17 b) Einzelheiten: Es geht um die Sicherung einer strafenden oder förmlich sichernden Reaktion wegen der strafbaren Tat; eine vorläufige Festnahme nur zur Verhütung künftiger Straftaten ist deshalb nicht gerechtfertigt; wohl aber ist — wegen der Reaktion nach § 126 a StPO und des objektiven Verfahrens nach den §§ 413 ff StPO — eine vorläufige Festnahme gegenüber schuldlos Handelnden möglich, auch gegenüber Kindern (§ 19 StGB), da förmliche Erziehungsmaßnahmen (§§ 55 ff JWG) in Frage kommen[26]. Die Tat muß mit Strafe bedroht sein; bei Ordnungswidrigkeiten ist eine Identitätsfeststellung nur nach § 46 Abs. 1 OWiG i. V. m. §§ 163 b, 163 c StPO zulässig[27]. Ein straffreier Versuch scheidet als Anlaßtat aus.

18 Die Tat ist frisch, solange sie vollzogen wird oder so kurz zurückliegt, daß die Eindruckskraft des Rechtsbruchs nicht schwächer ist als beim Vollzug. Der Begriff ist randunscharf wie derjenige der Gegenwärtigkeit bei der Notwehr. Bei der zur Zeit einer frischen Tat beginnenden Verfolgung ist die Festnahme nicht mehr an die Frische der Tat gebunden. Akzessorische Beteiligungen sind auch frisch, wenn sie sich im frischen Vollzug der Haupttat auswirken. Beispiel: Der Gehilfe, der vor Monaten die Tatwaffe zum Totschlag dem Täter gegeben hat, rückt durch die Ausführungshandlung des Täters wieder in das Stadium der frischen Tat.

19 Erlaubt ist die vorläufige, d. h. mindestens durch eine analoge Anwendung von § 128 StPO limitierte[28] Festnahme durch denjenigen, der den Täter auf frischer Tat betroffen hat, oder durch einen Verfolgenden oder einen Gehilfen zur Verhinderung einer anzunehmenden (insoweit Verdachtstatbestand, und zwar subjektiv ex ante bestimmt, siehe oben 11/10) Flucht oder zur Feststellung der Identität. Nur der Festnahmeakt selbst (die Freiheitsberaubung und Nötigung, auch die einfache Körperverletzung durch kräftiges Zupacken) ist gerechtfertigt, nicht aber ein Zusammenschlagen, um den Täter fluchtunfähig zu machen, auch nicht ein Schießen auf den Flüchtenden etc.: Das Gesetz will das Maß delegierter Gewaltausübung überschaubar halten[29]. Verletzt sich der rechtmäßig Festgenommene bei einem Selbstbefreiungsunternehmen, so ist der Festnehmende dafür nicht zuständig[29a] (siehe oben 7/59). — Erlaubt sind schwächere Maßnahmen als Festnahme, etwa ein Drohen mit Schüssen oder die Wegnahme der Autoschlüssel gegenüber einem betrunkenen Fahrer[30] oder die Wegnahme von Beweisstücken[31] oder die Wegnahme des — ohne Durchsuchung zu erlangenden — Personalausweises oder die Beschädigung des Fluchtfahrzeugs[31a].

20 2. Als delegiertes Amtsrecht ist das Festnahmerecht durch Verhältnismäßigkeit beschränkt, wobei allerdings die Abwägungsgrundsätze des defensiven Notstands gelten, da die Aggressivität vom Festnehmenden ausgeht[32]. Das private Festnahmerecht ist insoweit subsidiär, als es von der Polizei durch (nicht nichtige) Entscheidungen über die Art und Weise der Verfolgung suspendiert werden kann[32a].

verletzung einen nach § 229 BGB durchsetzbaren Kontrollanspruch auslösen, insbesondere beim Verdacht eines Diebstahls in Warenhäusern. Sachlich geht es bei dieser Lösung um die zivilrechtliche „Reparatur" einer unangemessenen (nämlich zurechenbar erregten Verdacht ausklammernden) Interpretation des § 127 StPO.

26 Streitig; *a. A. LR-Wendisch* § 127 StPO Rdn. 8 mit Nachweisen.

27 Praktisch wichtig ist die Differenz zwischen § 316 StGB und § 24 a StVG; siehe OLG Zweibrücken NJW 1981 S. 2016.

28 Wenn die Festnahmegründe vorher entfallen, etwa durch Feststellung der Personalien, hat die Festnahme zu enden.

29 *Anders KK-Boujong* § 127 Rdn. 28; *LR-Wendisch* § 127 StPO Rdn. 29, der Gewalt zu bloßer Ermöglichung von Festnahme nach dem Maß der Verhältnismäßigkeit erlauben will.

29a Im Ergebnis ebenso OLG Stuttgart NJW 1984 S. 1694 f.

30 OLG Saarbrücken NJW 1959 S. 1191; OLG Koblenz NJW 1963 S. 1991 f.

31 RG 8 S. 289 ff, 290 f; RGZ 64 S. 385 ff, 387.

31a *A. A.* (der Wille dürfe nicht durch Eingriffe in andere Rechtsgüter gebeugt werden) *Arzt* Kleinknecht-Festschrift S. 1 ff, 11.

32 Siehe RG 69 S. 308 ff, 311 f.

32a *Arzt* Kleinknecht-Festschrift S. 1 ff, 9.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

B 1. Die *Selbsthilfe*[32b], §§ 229 ff BGB, ist ein Verfahren zur Sicherung — nicht **21**
Erfüllung — von Ansprüchen[33]. Sie steht dem Anspruchsinhaber zu und, da es auf die *objektive* Situation des Anspruchsinhabers ankommt, auch demjenigen, der für ihn handelt[34]. Das Recht besteht nur, wenn sowohl „obrigkeitliche Hilfe" (polizeiliche Hilfe oder ein Arrest nach §§ 916 ff ZPO oder eine einstweilige Verfügung nach §§ 935 ff ZPO) nicht zu erlangen ist, d. h. zeitlich nicht eingeholt werden kann oder rechtswidrig versagt wird, als auch „ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr (insoweit Verdachtstatbestand; zur Bestimmung des Verdachts siehe oben 11/10) besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert" wird. Läßt der Anspruchsberechtigte die an sich gegebene Zeit zur Erlangung obrigkeitlicher Hilfe verstreichen, verliert er das Selbsthilferecht nicht[35]. Selbsthilfe ist auch zur Verhinderung von Beweismittelvernichtungen zulässig (in der Regel wird hier sogar Notwehr gegeben sein), nicht aber zur Erzwingung von Leistungen, die prozessual mangels Beweises nicht durchgesetzt werden können[36]. Beispiel: Der Gläubiger in Beweisnot darf nicht mangels prozessual durchsetzbarer Anspruchsverwirklichung zur Selbsthilfe greifen.

Erlaubte Eingriffshandlungen[37] sind (a) die Wegnahme[38] und (b) die Zerstörung **22**
oder die Beschädigung von Sachen, ferner (c) die Festnahme des fluchtverdächtigen (auch insoweit Verdachtstatbestand!) Verpflichteten und (d) die Brechung von Widerstand gegen zu duldende Handlungen. Beispiele: (a) Der Eigentümer eines Fahrrads trifft nach einem Diebstahl den unbekannten Dieb mit dem Objekt und nimmt es ihm mangels anderer Möglichkeiten zur Sicherung seines Anspruchs ab, wobei er (d) die Abwehr des Diebs bricht. — (c) Ein Gastwirt nimmt den unbekannten Zechpreller bis zum Eintreffen der Polizei fest. — (a) Ein Gastwirt trifft im Straßengewühl den ihm sonst unbekannten Zechpreller wieder und nimmt diesem, indem (d) er dessen Abwehr bricht, Geld zur vorläufigen Sicherstellung ab (§ 230 Abs. 2 BGB)[39]. — (b) Das Verkehrsunfallopfer zersticht die Reifen des Unfallbeteiligten, der sich mit Hilfe seines Fahrzeugs rechtswidrig von der Unfallstelle entfernen will.

2. Beschränkungen der Zwangsvollstreckung, insbesondere nach § 811 ZPO, be- **23**
schränken auch das Selbsthilferecht. Zur Verhältnismäßigkeit gelten die Ausführungen zum Festnahmerecht entsprechend (oben 16/20).

3. Die Selbsthilfe dient nur der Forderungssicherung, nicht der Erfüllung; siehe **24**
hierzu § 230 BGB. — Zu den zivilrechtlichen Folgen eines Irrtums über die Selbsthilfevoraussetzungen siehe § 231 BGB; zum Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Zueignung oder Bereicherung bei Eigentums- und Vermögensdelikten siehe oben 11/41.

C. Die *Besitzkehr* gegen verbotene Eigenmacht nach § 859 Abs. 2 und 3 BGB ist ein **25**
Sonderfall der Selbsthilfe. Sie ist teils weiter, da sie ohne Rücksicht auf die Möglichkeit

---

[32b] Eingehend *W. B. Schünemann* Selbsthilfe, freilich Selbsthilfe und Notwehr vermischend, S. 38 ff, 67 ff und passim.

[33] Zu den geschützten Ansprüchen siehe *Staudinger-Dilcher* § 229 Rdn. 5 ff.

[34] Streitig; wie hier; *LK-Hirsch* Rdn. 158 vor § 32; *anders* die weit überwiegende Ansicht, die freilich teils zu demselben Ergebnis gelangt, indem sie Selbsthilfe in Geschäftsführung ohne Auftrag zuläßt.

[35] Siehe oben zur entsprechenden Lage bei der Notwehr 12/33, 45.

[36] BGH 17 S. 329 ff, 330 f; *Staudinger-Dilcher* § 229 Rdn. 12.

[37] Wie das Festnahmerecht (oben 16/20) so ist auch die Selbsthilfe als delegiertes Amtsrecht durch die Verhältnismäßigkeit beschränkt, und zwar nach den Abwägungsgrundsätzen des § 228 BGB; *W. B. Schünemann* Selbsthilfe S. 94 f (der die Beschränkung freilich verfehlt auf die Notwehr ausdehnt).

[38] Zur Kontroverse, ob auch Sachen im Eigentum Dritter zur Sicherung von Forderungen weggenommen werden dürfen, siehe *Staudinger-Dilcher* § 229 Rdn. 17; *BGB-RGRK-Johannsen* § 229 Rdn. 4.

[39] Siehe BGH 17 S. 88 ff, 89 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

obrigkeitlicher Hilfe zulässig ist, teils enger, weil sie nur gegenüber einem auf frischer Tat[39a] betroffenen oder verfolgten Täter statthaft ist. Fehlt es an einer frischen Tat, richtet sich die Rechtfertigung nach § 229 BGB. — Die *Besitzwehr* des § 859 Abs. 1 BGB ist ein Rechtfertigungsgrund zur Verteidigung des Besitzes als äußeres Zeichen von (Rechts-)Sicherheit. Je nach Art des Angriffs — schuldhaft oder nicht — handelt es sich um einen notwehrähnlichen oder notstandsähnlichen Rechtfertigungsgrund[40]. Hilfe dritter Personen ist nur im Fall von § 860 BGB gerechtfertigt. — Die Schranken der Besitzkehr entsprechen denjenigen der Selbsthilfe, die Schranken der Besitzwehr je nach Lage denjenigen der Notwehr oder des defensiven Notstands.

26 D. Gesetzlich delegierte Amtsrechte haben ferner inne: als Bordgewalt der Schiffskapitän (§ 106 SeemannsG[41]) und der Luftfahrzeugkommandant[42]. — Zu den Rechten des Strandvogts im Fall von Seenot siehe § 9 Abs. 2 StrandungsO[43].

27 E. Soweit *im Einzelfall eine Delegation* einzelner Vollzugshandlungen an private Helfer verwaltungsrechtlich zulässig erfolgt ist, handeln diese Helfer gerechtfertigt (siehe § 114 Abs. 2 StGB). Beispiel: Ein privates Abschleppunternehmen schleppt in polizeilichem Auftrag falsch parkende Fahrzeuge weg; — ein rechtmäßiges Verhalten, gegen das keine Gegenwehr zulässig ist.

IV. Die behördliche Erlaubnis (einschließlich der tatbestandsausschließenden Erlaubnis)

28 A. Als Einwilligung in den Umgang mit Gütern, die zur Disposition der Behörde stehen, ist die Erlaubnis ein Sonderfall der allgemeinen Einwilligung und folgt deren Regeln. Beispiel: Die Behörde erlaubt die Durchbrechung eines von ihr verwalteten, strafrechtlich geschützten Monopols[44]. Die Erlaubnis entspricht in der Regel der tatbestandsausschließenden Einwilligung. Eine nur bei vernünftigem Grund wirksame, also rechtfertigende Einwilligung dürfte bei den §§ 98 f StGB diskutabel sein[45].

29 B 1. Besonderheiten ergeben sich jedoch insoweit, als es um die Kontrolle von Risiken durch die Verwaltung geht. Hierbei ist wiederum zwischen tatbestandsausschließender und rechtfertigender Erlaubnis (Genehmigung) zu unterscheiden. Dabei soll nach üblicher Ansicht eine tatbestandsausschließende Erlaubnis vorliegen, wenn es sich um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt; das Erfordernis einer Erlaubnis soll dann der Kontrolle eines sozialadäquaten Verhaltens dienen. Um eine rechtfertigende Erlaubnis soll es bei Verboten mit Befreiungsvorbehalt gehen; ein an sich unerwünschtes Verhalten werde mit Blick auf gewichtigere Interessen ausnahmsweise erlaubt[46]. Diese Differenzierung ist in der Hauptsache brauchbar, aber aus folgendem Grund nicht ganz exakt: Was das sozialadäquate Verhalten betrifft, so mag dieses überhaupt nur bei gegebener Einwilligung sozialadäquat sein, weil erst die

---

39a Dazu (großzügig rechtfertigend) OLG Schleswig NStZ 1987 S. 75 mit kritischer Anmerkung *Hellmann* aaO S. 455 ff.

40 *Anders* die überwiegende Ansicht, nach der die Störung des Besitzes objektiv definiert werden soll; siehe *Haas* Notwehr S. 344 ff mit ausführlichen Nachweisen.

41 Vom 26. 7. 1957, BGBl. II S. 713.

42 Gesetz zum Abkommen von Tokio über strafbare und andere Handlungen an Bord von Luftfahrzeugen vom 14. 2. 1969, BGBl. II S. 121, Art. 5 bis 10.

43 Vom 17. 5. 1874, RGBl. S. 73.

44 Siehe *Welzel* Niederschriften Bd. II S. 31 ff, 33; *Jescheck* AT § 33 VI 3.

45 *Dreher-Tröndle* Rdn. 5 vor § 32 und § 98 Rdn. 7.

46 *Lenckner* Pfeiffer-Festschrift S. 27 ff; *Winkelbauer* NStZ 1988 S. 201 ff mit Nachweisen; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 61 ff vor § 32; *LK-Hirsch* Rdn. 160 vor § 32; *Jescheck* AT § 33 VI 2 und 3; hauptächlich auch *Rengier* ZStW 101 S. 874 ff, 878 ff; *KKOWiG-Rengier* Rdn. 15 vor §§ 15, 16 u. a. m.; *a. A.* („objektive Straflosigkeitsbedingung") *Horn* UPR 1983 S. 362 ff, 366; differenzierend *Dölling* JZ 1985 S. 461 ff mit Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Kontrolle evident macht, daß mit Fehlern nicht gerechnet werden muß. Beispiel: Wer mit einem nicht genehmigten Eigenbaufahrzeug am öffentlichen Verkehr teilnimmt, verhält sich auch dann nicht mehr sozialadäquat (obgleich der genehmigte Betrieb sozial unauffällig wäre), wenn es sich um eine perfekte Konstruktion handelt. Weiterhin: Bei einem an sich unerwünschten Verhalten kann schon ein *Gesetz* abschließend festlegen, unter welchen Voraussetzungen dieses Verhalten ausnahmsweise toleriert wird; eine behördliche Erlaubnis hat dann nur die Aufgabe, die Einhaltung der materiellen Rechtfertigungsvoraussetzungen zu kontrollieren, schafft aber diese Voraussetzungen nicht selbst. Freilich mag die Gefahr, daß die Rechtfertigungslage verfehlt wird, so groß sein, daß ohne Kontrolle immer Zweifel bleiben; dann gehört die Erlaubnis wiederum zu den materiellen Rechtfertigungsvoraussetzungen.

Die Fälle des nur bei Kontrolle sozialadäquaten und nur bei Kontrolle materiell zu rechtfertigenden Verhaltens sind Charakteristika riskant organisierender Gesellschaften: Ungefährlichkeit ohne förmliche Kontrolle gibt es in den riskanten Bereichen dann nicht mehr. Im Ergebnis wirken also diejenigen Erlaubnisse rechtfertigend, bei denen die Behörde die Abwägung der Vorteile gegen die Nachteile in gesetzlich nicht voll determinierter Weise zu leisten hat oder bei denen eine außerhalb der Behörde vollzogene Abwägung aus anderen Gründen als mangelhaft gilt.

2 a) Auch die fehlerhafte, aber nicht nichtige Erlaubnis wirkt tatbestandsausschließend oder rechtfertigend[47], und zwar selbst dann, wenn der Begünstigte für die Fehlerhaftigkeit zuständig ist (etwa wegen Täuschung oder Drohung; die Lage ist dieselbe wie bei der Einwilligung privater Personen, oben 7/117 ff und 14/8). Freilich ist der für die Fehlerhaftigkeit Zuständige mittelbarer Täter hinter demjenigen, der als tatbestandslos oder gerechtfertigt handelndes Werkzeug die Erlaubnis gebraucht (oder auch: erläßt), wobei — wiederum wie bei der Einwilligung privater Personen — der mittelbare Täter und das Werkzeug identisch sein können. Folgende Konstellationen sind möglich: **29 a**

b aa) Der zuständige Beamte erteilt sua sponte eine fehlerhafte tatbestandsausschließende oder rechtfertigende Erlaubnis, wobei es hier nur um Fehler wegen eines Normverstoßes geht, bei dem die Norm den Zweck hat, das auch im betreffenden Strafrechtstatbestand geschützte Gut zu schützen — ansonsten fehlt der Schutzzweck der die Fehlerhaftigkeit bedingenden Norm[48]. Wenn die Erlaubnis nicht nichtig ist, verhalten sich alle nach dem Beamten handelnden Personen tatbestandslos oder gerechtfertigt, so daß der Beamte mittelbarer Täter ist[49]. Für *sein* täterschaftliches Verhalten braucht er, soll dieses Verhalten rechtmäßig sein, eine Befugnis; diese Befugnis ergibt sich, da die

---

47 Sogenannte Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts; dazu Winkelbauer Verwaltungsakzessorietät, passim; *Kühl* Lackner-Festschrift S. 815 ff; *Rudolphi* NStZ 1984 S. 193 ff und 248 ff; *Heine* NJW 1990 S. 2425 ff, 2430 ff; *ders.* und *Meinberg*, Gutachten 57. DJT, S. B 45 ff mit zahlreichen Nachweisen; *Meurer* NJW 1988 S. 2065 ff, 2068 f; *Breuer* NJW 1988 S. 2072 ff; *Dolde* NJW 1988 S. 2329 ff; *Horn* NJW 1988 S. 2335 ff; *Ossenbühl* Verhandlungen 57. DJT, S. L 36 ff, L 41 ff; *Rengier* ZStW 101 S. 874 ff, 884 ff, 896 ff; — speziell zum Zuwiderhandeln gegen *rechtswidrige* Verwaltungsakte *Wüterich* NStZ 1987 S. 106 ff.

48 Zu eng wohl *Papier* NJW 1988 S. 1113 ff, 1114, der nur beim Verstoß gegen materiellrechtliche Normen einen Schutzzweckzusammenhang annehmen will.

49 *Horn* NJW 1981 S. 1 ff, 3; *Rudolphi* Dünnebier-Festschrift S. 561 ff, 566; *Hüwels* Gesetzesvollzug S. 19 ff: *a. A. Geisler* NJW 1982 S. 11 ff, 12 f; *Schünemann* wistra 1986 S. 235 ff, 240 f; *Immel* Verantwortlichkeit S. 144 ff; *Weber* Verantwortlichkeit S. 42 f u. a. m. — Der verbreiteten Ansicht, der Beamte könne Sonderdeliktsmerkmale im weiteren Sinn (!) nicht erfüllen (*Winkelbauer* NStZ 1986 S. 149 f, 150; *Horn* aaO S. 2; *Geisler* aaO S. 12; *Immel* aaO S. 89 ff; *Schall* NJW 1990 S. 1263 ff, 1268 ff u. a. m.) ist zu widersprechen: Wenn der Beamte mittelbarer Täter ist, kann er auch „Betreiber" einer Anlage sein etc.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

Erlaubnis fehlerhaft ist, nicht aus dem Gesetz oder aus den sonst das Verhalten des Beamten leitenden Vorschriften. Somit handelt er „unbefugt" oder „unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten" oder „ohne Genehmigung" (§§ 324 ff StGB).

bb) Hat ihn der Begünstigte angestiftet, so handelt dieser trotzdem als Erlaubnisempfänger tatbestandslos oder gerechtfertigt, aber als Beteiligter an der Erteilung der fehlerhaften Erlaubnis (also am täterschaftlichen Verhalten des Beamten) hat er rechtswidrig gehandelt[50].

cc) Der Erlaubnisempfänger oder eine dritte Person bringen den Beamten durch Täuschung oder Drohung (zu deren Maß siehe unten 21/84, 96) dazu, eine fehlerhafte Erlaubnis zu erteilen. Die Nutzung der Erlaubnis erfolgt tatbestandslos und gerechtfertigt. Aber das Bewirken der Erlaubnis war, da alles danach Erfolgende durch (irrende oder genötigte oder durch die Erlaubnis gedeckte) Werkzeuge vollzogen wird, täterschaftlich, und zwar ohne seinerseits durch eine Erlaubnis oder ein Gesetz oder sonstwie gedeckt zu sein, also auch tatbestandsmäßig und rechtswidrig.

c) Die Erlaubnisfähigkeit eines Verhaltens ist weniger als eine Erlaubnis und reicht nicht zum Tatbestandsausschluß oder zur Rechtfertigung[50a]. — Ein vollstreckbarer, unbedingter Titel auf Erteilung einer Erlaubnis steht der Erlaubnis gleich, da hier von der Behörde keine Kontrolle und keine Abwägung mehr zu leisten ist[50b]. — Erteilt die Behörde pflichtwidrig eine Erlaubnis nicht, so kann das erlaubnislose Verhalten je nach seiner Dringlichkeit gerechtfertigt sein, etwa durch Notstand.

d) Eine Duldung unerlaubten Verhaltens durch die Verwaltung macht dieses Verhalten nur erlaubt, wenn die Duldung eine konkludente (und formgemäße) Erlaubnis

50 Bei dieser und bei den nachfolgend zu cc) genannten Fällen wird verbreitet die Lösung versucht, der Erlaubnis wegen Mißbrauchs die strafrechtliche Wirksamkeit zu versagen; eingehend so *Lenckner* Pfeiffer-Festschrift S. 27 ff, der S. 31 ff diesen Weg freilich bei der tatbestandsausschließenden Erlaubnis wegen Artikel 103 Absatz 2 GG, § 1 StGB für ausgeschlossen hält; im Ergebnis ebenso *Dölling* JZ 1985 S. 464; *Winkelbauer* Verwaltungsakzessorietät S. 67 f; insoweit auch *Weber* Verantwortlichkeit S. 37 f; auch LG Hanau NJW 1988 S. 571 ff, 576 (Alkem-Urteil mit Anmerkung *Bickel* NStZ 1988 S. 181 f) wendet den Mißbrauchsgedanken an; dagegen zutreffend kritisch *Dolde* NJW 1988 S. 2329 ff, 2331 ff; *Horn* NJW 1988 S. 2335 ff, 2336 ff; gegen den Mißbrauchsgedanken auch *Hüwels* Gesetzesvollzug S. 41 ff und eingehend *Rengier* ZStW 101 S. 874 ff, 885 ff (tatbestandsausschließende Einwilligung), 888 ff (rechtfertigende Einwilligung). Die Mißbrauchskonstruktion ist überhaupt zu verwerfen: Nicht der *Gebrauch* einer nach den Regeln des Rechts wirksamen (!) Erlaubnis, sondern die *Erzeugung* einer fehlerhaften Erlaubnis ist Mißachtung des Rechts; siehe den Text. — *Lenckner* aaO S. 41 hält die Rücknahme der fehlerhaften Erlaubnis für eine objektive Strafbarkeitsbedingung; dies ist eine konsequente Fortführung der Verwaltungsakzessorietät. Nach *Winkelbauer* aaO S. 68 ff soll nur die rechtmäßige Erlaubnis rechtfertigen, aber bei fehlerhafter Erlaubnis soll ein Vertauensschutz eingreifen; ähnlich *Weber* Verantwortlichkeit S. 44.

50a *A. A.* zur Erlaubnisfähigkeit und zur Duldung bei Umweltschutzdelikten *Samson* JZ 1988 S. 800 ff, 804 dann, wenn die Behörde informiert ist, da in solchen Fällen weder das „Umweltmedium" noch das Informationsinteresse der Verwaltung betroffen seien. Aber die Kompetenz der Verwaltung zur alleinigen Entscheidung über die Umweltbelastungen ist betroffen, und auch diese Kompetenz ist geschützt (wie die Autonomie der Person im § 223 StGB geschützt ist, etwa gegen eigenmächtige Heilbehandlung), wenn nicht Sonderregeln bestehen (wie bei §§ 218 b, 219, 219 a StGB, auch bei § 242 StGB, wo die Rechtswidrigkeit der Zueignung als Ausschluß der nur-formellen Eigentumsverletzung verstanden wird). Überhaupt wird verkannt, daß es in zahlreichen Bereichen eine Ungefährlichkeit ohne förmliche Kontrolle nicht gibt (so auch bei *Schall* NJW 1990 S. 1263 ff, 1267 f); siehe dazu oben 16/29. — Zu breite Wirkung räumt auch *Brauer* der Erlaubnisfähigkeit ein: keine Wirkung bei beratenden Verfahren, aber Tatbestandsausschluß bei Verboten abstrakter Gefährdung mit Erlaubnisvorbehalt (Behandlung S. 90 ff, 104) und Ausschluß des Erfolgsunrechts und, wenn dies dem Täter bekannt ist, auch das Handlungsunrecht bei den rechtfertigenden Erlaubnissen (Behandlung S. 109 ff, 123 ff). — Für einen Strafausschließungsgrund *Winkelbauer* Verwaltungsakzessorietät S. 50 ff; siehe auch S. 62 (Beschränkung auf unmittelbar rechtsgüterschützende Tatbestände).

50b Insoweit wie hier — aber auch weitere Fälle einbeziehend — *Rengier* ZStW 101 S. 874 ff, 903.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

enthält[50c]. Ansonsten wird die Duldung eines Verhaltens, das die Verwaltung nicht dulden darf, regelmäßig eine Unterlassungstat der Verwaltung darstellen.

e) Eine Erlaubnis unter Auflagen ist nur bei Erfüllung der Auflagen wirksam[50d].

f) Bei einer nichtigen Erlaubnis sind (a) akzessorisches Zusammenwirken des Erteilenden und des Empfängers möglich, ferner (b) mittelbare Täterschaft des Erteilenden, wenn er allein von der Nichtigkeit weiß, und schließlich (c) täterschaftliche Haftung nach den Regeln des Pflichtdelikts, scil. wenn der Erteilende institutioneller Garant ist[50e].

V. Die parlamentarischen Berichte

A. Nicht nur die in einer öffentlichen Presse erscheinenden, sondern alle wahrheits- **30** gemäßen parlamentarischen Berichte sind nach § 37 StGB von Verantwortung frei (Indemnität); die Vorschrift entspricht Art. 42 Abs. 3 GG unter Erweiterung auf Länderorgane. Anders als die Indemnitätsregel für parlamentarische Äußerungen nach § 36 StGB ist die Regelung für wahrheitsgemäße parlamentarische Berichte ein Rechtfertigungsgrund[51], da der Bürger in den Wahlen über die Zusammensetzung des Parlaments zu urteilen hat und deshalb — vergleichbar einem Richter — ein lückenloses „Tat"-Bild erwerben muß. Die Rechtfertigungswirkung wird mit dem Argument bestritten, der Berichterstatter könne nicht besserstehen als der Abgeordnete[52]; dabei werden aber die unerwünschte Tat und der erwünschte Bericht von der Tat vermengt.

B. Gerechtfertigt ist nur der wahrheitsgemäße Bericht über öffentliche Sitzungen. **31** Ein Bericht ist eine „erzählende Darstellung(en) eines historischen Vorganges in seinem wesentlichen Verlaufe"[53]. Der Bericht ist wahrheitsgemäß (nicht erforderlich: wortgemäß), wenn er Geschehen und Kontext zutreffend wiedergibt. Daß stets über die ganze Sitzung oder doch über einen ganzen Tagesordnungspunkt berichtet wird, ist nicht Voraussetzung der Rechtfertigung, wenn ein kleinerer Teil ohne Verfälschung des Kontextes dargestellt wird[54]; ansonsten würde der Rechtfertigungsgrund für mündliche Äußerungen praktisch entwertet. — Als gerechtfertigte Taten kommen — neben zivilrechtlichen Persönlichkeitsverletzungen — alle Delikte in Betracht, die durch Äußerungen begangen werden können, insbesondere die §§ 185 ff, 164 StGB, wohl auch Nötigungsdelikte und Delikte gegen private oder öffentliche Geheimhaltung u. a. m.

VI. Das Züchtigungsrecht

A. Ein Züchtigungsrecht wird meist allein im Blick auf Körperverletzungsdelikte **32** behandelt; es ist aber auch für Freiheitsberaubung[55] und Nötigung relevant. Die ehemals in weitem Umfang rechtlich zulässige Züchtigung wird heute — abgesehen von

---

50c *Hermes* und *Wieland* Duldung S. 103 ff; weitergehend LG Bonn NStZ 1988 S. 224 f; *Dahs* und *Pape* NStZ 1988 S. 393 ff; *Rudolphi* NStZ 1984 S. 193 ff, 198; *Rengier* ZStW 101 S. 874 ff; 905 ff; (wenn sie dem Betroffenen als maßgebliche Stellungnahme erscheinen darf:) *Wasmuth* und *Koch* NJW 1990 S. 2434 ff, 2441; weitere Nachweise bei *Heine* und *Meinberg*, Gutachten 57. DJT S. D 51 f.

50d BGH 8 S. 290 ff, 292.

50e Zur Unterlassungshaftung aus Ingerenz *Hüwels* Gesetzesvollzug S. 60 ff.

51 OLG Braunschweig NJW 1953 S. 516 f; *LK-Tröndle* § 37 Rdn. 2; *Schmidhäuser* AT 9/46; *Dreher-Tröndle* § 37 Rdn. 1.

52 *Jescheck* AT § 19 II 3; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 37 Rdn. 1.

53 RG 18 S. 208 ff, 210.

54 *SK-Samson* § 37 Rdn. 2; *a. A.* die überwiegende Meinung; RG 18 S. 208 ff, 210; *Dreher* JZ 1953 S. 421 ff, 423; *Maunz* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 42 Rdn. 35; *LK-Tröndle* § 37 Rdn. 5 mit Nachweisen.

55 *Schmidhäuser* AT 9/54.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

dem Sonderproblem der Freiheitsstrafe und der Reaktionen nach dem JGG — nur noch als Recht der Erzieher minderjähriger Personen diskutiert[56]. — Vereinzelte Versuche, die körperliche Züchtigung durch den Erzieher aus dem Tatbestand des § 223 StGB herauszunehmen[57], haben nur zu so pauschalen Lösungen (insbesondere Sozialadäquanz) geführt, daß sie auf jeden anderen Rechtfertigungsgrund ebenso passen würden; die körperliche Züchtigung ist also nach allgemeinen Interpretationsgrundsätzen tatbestandsmäßig[58].

33 B. Ein Züchtigungsrecht der *Eltern* gegenüber ihren minderjährigen Kindern fällt in den rechtlich nur rahmenmäßig geregelten Bereich des familiären Innenverhältnisses, das Art. 6 Abs. 2 GG als „natürlich" beläßt und das auch vom bürgerlichen Recht nur wenig präzisiert wird (§ 1631 BGB). Rechtliche Reaktionen erfolgen erst beim Mißbrauch des Rechts (§ 1666 BGB): Die Züchtigung wird rechtswidrig. Ein Mißbrauch liegt vor, wenn die körperliche Züchtigung als nicht erforderlich, d. h. als per Saldo nutzlos oder gar schädlich belegbar ist. Das ist stets bei entwürdigender Behandlung[59] und bei Zufügung mehr als beiläufiger Verletzungen oder Schaffung einer entsprechenden Gefahr der Fall. Ansonsten ist auf die Wirkung für das von den Eltern im Rahmen ihres „natürlichen" Rechts (Art. 6 Abs. 2 GG) bestimmte Erziehungsziel abzustellen[60]. — Das Recht der Eltern ist nicht übertragbar, kann aber dritten Personen zur Ausübung überlassen werden; der Gebrauch dieser Überlassung ist nur dann kein Mißbrauch, wenn das Kind erkennt, daß es nicht unbegrenzter Willkür anheimfällt und die Eltern Anlaß, Ziel und Umgang der Züchtigung bestimmen und kontrollieren (zum angeblichen Züchtigungsrecht in mutmaßlicher Einwilligung siehe oben 15/Fn. 21).

Eine dem bezeichneten Rahmen entsprechende maßvolle Züchtigung wird in der Regel nur bei einem Handeln allein des Erziehungsziels wegen, nicht aber aus Wut oder Sadismus, stattfinden. Es widerspricht jedoch dem Tatprinzip, wenn der pädagogische Zweck der Handlung zur positiven Rechtfertigungsvoraussetzung erklärt wird, da das Fehlen der Zweckverfolgung, soweit es sich ausnahmsweise nicht im Fehlgehen der Züchtigungshandlung objektiviert, ein bloßes Internum bleibt und deshalb die Rechtfertigung nicht ausschließen kann[61].

Für nichteheliche Kinder siehe § 1705 BGB, für die Personensorge des Vormunds siehe § 1800 BGB, jeweils in Verbindung mit § 1631 BGB, wobei im Fall des Vormunds freilich die Fundierung in Art. 6 Abs. 2 GG fehlt.

34 C 1. Das Züchtigungsrecht des Erziehers, konkretisiert am Züchtigungsrecht des *Lehrers,* ist umstritten. Das Reichsgericht hat ein Züchtigungsrecht aus dem Amt des Lehrers hergeleitet[62]. Das Schrifttum begründete zudem ein Züchtigungsrecht aus der Anstaltsgewalt der Schule. Der Bundesgerichtshof hat das Züchtigungsrecht nur vorübergehend aus pädagogischen Erwägungen — mit einem Vorbehalt seltener Ausnahmefälle — verworfen[63], nachfolgend jedoch ein amtsrechtlich wie — im Schwerpunkt

---

56 Einen Abriß der neueren Entwicklung gibt BGH 6 S. 263 ff, 266 f.

57 *Würtenberger* DRZ 1948 S. 291 ff, 292; *Schaffstein* ZStW 72 S. 369 ff; 383; *Kienapfel* Körperliche Züchtigung S. 107 ff; *Redelberger* NJW 1952 S. 1158 ff, 1162.

58 Wie hier BGH 6 S. 263 ff, 264; *Hirsch* ZStW 74 S. 78 ff, 111 ff; *Jung* Züchtigungsrecht S. 20 ff; *Dürig* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 2 Abs. 2 Rdn. 43; *Rüping* und *Hüsch* GA 1979 S. 1 ff, 3.

59 Verkannt von der überholten Entscheidung BGH NJW 1953 S. 1440 f; zu rechtfertigungsfreundlich auch BGH JZ 1963 S. 617 mit kritischen Anmerkungen *Reichert-Hammer* aaO S. 617 ff und *Rolinski* StV 1988 S. 63 ff.

60 *SK-Horn* § 223 Rdn. 13.

61 *Stratenwerth* AT Rdn. 491; siehe zur Rechtfertigungstendenz oben 11/18 ff.

62 RG 15 S. 376 ff, 378; 40 S. 432 ff, 433; 42 S. 221 f; 42 S. 277 ff, 278 f; 45 S. 1 ff.

63 BGH 6 S. 263 ff, 269.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

— gewohnheitsrechtlich begründetes Züchtigungsrecht anerkannt[64], aber beschränkt auf die „Volksschule" und die entsprechenden unteren Klassen der weiterbildenden Schulen[65].

2. Diese Rechtsprechung ist — ungeachtet der Fragwürdigkeit von Gewohnheits- **35**
recht überhaupt — aus zwei Gründen mittlerweile überholt[66]. Einmal genügt nach neuerem Verständnis Gewohnheitsrecht schon nicht dem Gesetzeserfordernis des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG[67]. Zum anderen ist ein Gewohnheitsrecht des Lehrers zur Züchtigung nicht mehr auszumachen; gegen das mittlerweile in allen Ländern der Bundesrepublik Deutschland in Erfüllung pädagogischer Forderungen erfolgte Verbot der schulischen körperlichen Züchtigung[68] ist eine gewohnheitsrechtliche opinio juris Fiktion. Ein Züchtigungsrecht des Lehrers besteht also nicht[69]. — Eine Übertragung der Ausübung elterlichen Erziehungsrechts an Lehrer ist nicht ausgeschlossen, insbesondere nicht bei Internatsschulen[70]; solange diese Übertragung jedoch — wie praktisch stets — nur durch einzelne Eltern erfolgt, dürfte die daraus resultierende Ungleichbehandlung den pädagogisch vernünftigen Gebrauch der Befugnis ausschließen.

D. Für Kinder in Fürsorgeerziehung gelten die Ausführungen zur körperlichen **36**
Züchtigung durch Erzieher entsprechend[71]; die Rechtfertigung von Freiheitsberaubungen kann durch das Recht des Erziehungsberechtigten zur Aufenthaltsbestimmung erfolgen (§ 1631 Abs. 1 BGB; §§ 1705, 1800 in Verbindung mit 1631 Abs. 1 BGB).

VII. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen

Bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) handelt es sich um **37**
einen Spezialfall einer Interessenabwägung für die §§ 185 und 186 StGB. Jenseits dieses Bereichs gilt der strengere § 34 StGB[72]. Bei einigen stark sozial eingebundenen Gütern, insbesondere bei der Verhaltensfreiheit nach § 240 StGB, wirken sich allerdings Verschiebungen im Verständnis „berechtigter Interessen" auf den Schutzumfang aus, jedoch nicht als eigenständige, „evolutive" Rechtfertigung einer Gutsverletzung, sondern als Bestimmung des Guts selbst[73]; es geht also um das allgemeine Problem der Auslegung des Tatbestands.

---

64 BGH 11 S. 242 ff, 245, 247 ff, 256; zustimmend *Eb. Schmidt* JZ 1959 S. 518 ff.

65 BGH 12 S. 62 ff: Ausschluß für eine Berufsschule.

66 Die Entscheidung BGH NJW 1976 S. 1949 f mit Anmerkung *Schall* NJW 1977 S. 113 f verschiebt das Problem in einen Verbotsirrtum; im Sinn der bisherigen Rechtsprechung wiederum die Entscheidung des BayObLG NJW 1979 S. 1371 ff mit ablehnender Anmerkung *Vormbaum* JR 1979 S. 477 ff.

67 BVerfG 29 S. 183 ff, 196; 33 S. 1 ff, 9 ff; *Dürig* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 2 Abs. 2 Rdn. 6, 47; *LK-Hirsch* § 223 Rdn. 24; *Rüping* und *Hüsch* GA 1979 S. 1 ff, 5 ff; *Jung* Züchtigungsrecht S. 52 f, jeweils mit Nachweisen.

68 Ausführliche Nachweise bei *LK-Hirsch* § 223 Rdn. 24; *Dreher-Tröndle* § 223 Rdn. 13a; *Jung* Züchtigungsrecht S. 36 ff.

69 Mittlerweile überwiegende Ansicht; *Dreher-Tröndle* § 223 Rdn. 13; *Dürig* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* Art. 2 Abs. 2 Rdn. 47 f; *Jescheck* AT § 35 III 2; *LK-Hirsch* § 223 Rdn. 24; *Rüping* und *Hüsch* GA 1979 S. 1 ff, 9; *Schönke-Schröder-Eser* § 223 Rdn. 20; *LK-Tröndle* § 1 Rdn. 25; *SK-Horn* § 223 Rdn. 12; siehe auch *Jung* Züchtigungsrecht S. 40 ff, 65; *Lackner* § 223 Anm. 5 b aa; *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 355 ff; — *a. A. Maurach-Schroeder-Maiwald* § 8 Rdn. 20.

70 BGH 12 S. 62 ff, 72; *a. A. Jung* Züchtigungsrecht S. 68 ff; *Hirsch* ZStW 90 S. 965 ff, 976; *LK-Hirsch* § 223 Rdn. 25.

71 Siehe *LK-Hirsch* § 223 Rdn. 23 mit Hinweisen auf landesrechtliche Besonderheiten.

72 *Lenckner* Noll-Gedächtnisschrift S. 243 ff, 247 ff; *a. A.* insbesondere *Eser* Wahrnehmung berechtigter Interessen S. 46 f und passim; weitere Nachweise bei *Geppert* Jura 1985 S. 25 ff, 27 f.

73 *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 80 vor § 32; *a. A. Schmidhäuser* AT 9/56.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:00

3. KAPITEL
Die Schuld

17. ABSCHNITT
Allgemeine Lehren

I. Übersicht

Literatur

H. Achenbach Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *M. Baurmann* Schuldlose Dogmatik? Überlegungen im Anschluß an George P. Fletcher: „Ordinary Language Philosophy' und die Neubegründung der Strafrechtsdogmatik", in: *K. Lüderssen* und *F. Sack* (Hrsg.) Seminar: Abweichendes Verhalten Bd. IV, 1980, S. 196 ff; *ders.* Zweckrationalität und Strafrecht, 1987; *P. Bockelmann* Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1967; *A.-E. Brauneck* Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959 S. 261 ff; *A. Graf zu Dohna* Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage 1950; *E. Dreher* Die Willensfreiheit, 1987; *G. Ellscheid* und *W. Hassemer* Strafe ohne Vorwurf, Civitas (Jahrbuch für Sozialwissenschaften) Bd. IX (1970) S. 27 ff; *R. Frank* Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907; *P. Frellesen* Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung, 1980; *B. Freudenthal* Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922; *W. Gallas* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 S. 1 ff; *ders.* Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Mezger-Festschrift S. 311 ff; *J. Goldschmidt* Der Notstand, ein Schuldproblem, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht 1913 S. 129 ff, 224 ff; *ders.* Normativer Schuldbegriff, Frank-Festgabe Bd. I S. 428 ff; *F. Haft* Der Schulddialog. Prolegomena zu einer pragmatischen Schuldlehre im Strafrecht, 1978; *W. Hassemer* Alternativen zum Schuldprinzip? in: *H. M. Baumgartner* u. a. (Hrsg.) Schuld und Verantwortung, 1983 S. 89 ff; *A. Hegler* Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 S. 19 ff, 184 ff; *ders.* Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Frank-Festgabe Bd. I S. 251 ff; *F. Herzog* Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987; *H. J. Hirsch* Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *S. Hohenleitner* Schuld als Werturteil, Rittler-Festschrift S. 185 ff; *H. Holzhauer* Willensfreiheit und Strafe. Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit, 1970; *E. Horn* Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie, 1969; *J. Hruschka* Strukturen der Zurechnung, 1976; *G. Jakobs* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *ders.* Schuld und Prävention, 1976; *Arthur Kaufmann* Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949; *ders.* Das Schuldprinzip, 1961; *ders.* Schuld und Prävention, Wasserman-Festschrift S. 889 ff; *E. Kohlrausch* Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903; *ders.* Die Schuld (Vorsatz, Fahrlässigkeit, Rechtsirrtum, Erfolgshaftung), in: *P. F. Aschrott* und *F. v. Liszt* (Hrsg.) Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs Bd. I, 1910, S. 180 ff; *J. Krümpelmann* Schuldzurechnung unter Affekt und alkoholisch bedingter Schuldunfähigkeit, ZStW 99 S. 191 ff; *K.-L. Kunz* Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *A. Löffler* Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, 1895; *E. Mezger* Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; *U. Neumann* Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW 99 S. 567 ff; *H. Otto* Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 S. 539 ff; *ders.* Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde, GA 1981 S. 481 ff; *G. Radbruch* Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904; *ders.* Über den Schuldbegriff, ZStW 24 S. 333 ff; *E. H. Rosenfeld* Schuld und Vorsatz im v. Lisztschen Lehrbuch, ZStW 32 S. 466 ff; *C. Roxin* Literaturbericht, ZStW 82 S. 675 ff; *ders.* Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Festschrift S. 279 ff; *ders.* „Schuld" und „Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-Festschrift S. 171 ff; *E. Schmidhäuser* Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; *ders.* Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, Gallas-Festschrift S. 81 ff; *ders.* Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts: Die unrechtliche Tatgesinnung, Jescheck-Festschrift, S. 485 ff; *Eb. Schmidt* Der übergesetzliche Notstand unter besonderer Berücksichtigung des Staatsnotstandes und der Schwangerschaftsunterbrechung, Mitteilungen der IKV n. F. Bd. V, 1931, S. 131 ff; *ders.* Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, Materialien Bd. I S. 9 ff; *ders.* Freiheitsstrafe, Ersatzfreiheitsstrafe und Strafzumessung im Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, NJW 1967 S. 1929 ff; *Chr. Schöneborn* Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW 92 S. 682 ff; *G. Stratenwerth* Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *H. Welzel* Persönlichkeit und Schuld, ZStW 60 S. 428 ff; *E. Wolf* Strafrechtliche Schuldlehre. Erster Teil: Die gegenwärtige Lage, die theoretischen Voraussetzungen und die methodologische Struktur der strafrechtlichen Schuldlehre, 1928; *Th. Würtenberger* Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft, Jescheck-Festschrift S. 37 ff.

A. Der Täter einer rechtswidrigen Tat hat Schuld[1], wenn die rechtswidrige Hand- **1**
lung nicht nur einen Mangel an dominanter rechtlicher Motivation indiziert — deshalb ist sie rechtswidrig —, sondern wenn der Täter für den Mangel zuständig ist. Diese Zuständigkeit ist gegeben, wenn es an der Bereitschaft fehlt, sich nach der betroffenen Norm zu motivieren und dieses Manko nicht so verständlich gemacht werden kann, daß es das allgemeine Normvertrauen nicht tangiert. *Diese Zuständigkeit für einen Mangel an dominanter rechtlicher Motivation bei einem rechtswidrigen Verhalten ist die Schuld.* Schuld wird nachfolgend auch als mangelnde Rechtstreue oder kurz: Rechtsuntreue bezeichnet. Damit ist eine zu verantwortende Untreue gemeint; Rechtstreue ist also ein normativ bestimmter Begriff.

B. Wie das Unrecht der Tat in der Tatbestandsverwirklichung beim Fehlen eines **2**
rechtfertigenden Kontextes besteht, so besteht die Schuld in der Verwirklichung des Schuldtatbestands beim Fehlen eines entschuldigenden Kontextes. Positive Voraussetzungen von Schuld sind vier kumulativ erforderliche Merkmale: (a) Der Täter muß sich rechtswidrig verhalten; (b) er muß dabei zurechnungsfähig sein, d. h. ein Subjekt mit der Kompetenz, Normgeltung zu desavouieren; (c) er muß unter Nichtachtung des Geltungsgrunds von Normen handeln; (d) je nach Deliktsart eventuell erforderliche spezielle Schuldmerkmale müssen vorliegen. Ein entschuldigender Kontext besteht, wenn die Normbefolgung unzumutbar ist; das ist der Fall, wenn der Mangel an dominanter rechtlicher Motivation trotz des Vorliegens der Schuldvoraussetzungen am Täter vorbei erklärt werden kann.

C 1. In welcher Dichte — je nach der Situation — die erforderliche Bereitschaft zur **3**
Normbefolgung anzusetzen ist und wann ein Fehlen der hinreichenden Bereitschaft am Täter vorbei erklärt werden kann, richtet sich nach dem Strafzweck, also nach den Erfordernissen für eine Einübung allgemeiner Normanerkennung. Für ein erfolgsorientiertes Strafrecht wäre es sogar zu subjektivistisch, überhaupt bei der Motivation anzusetzen, wie der Ansatz beim Rechtskonformen der Motivation für ein ethisierendes Strafrecht zu objektivistisch wäre. — Allein aus dem Strafzweck läßt sich freilich keine Schuldlehre ableiten. So wie die Bestimmung des Unrechts von der Verfassung der

[1] In der neueren Diskussion wird teils zwischen Strafbegründungsschuld und Strafbemessungsschuld differenziert: *Achenbach* Grundlagen S. 2 ff; *Roxin* Bockelmann-Festschrift S. 279 ff, 282; *Bockelmann-Volk* AT § 29 III 3 a aa; *Kunz* Bagatellprinzip S. 194 ff, 266 ff; dieser Sprachgebrauch hat den Nachteil, die Strafbemessungsschuld durch die Abkoppelung von der Strafbegründungsschuld für alle möglichen Zumessungsmerkmale zu öffnen, die durch diesen Einbau in einen „Schuldbegriff" scheinbar legitimiert werden.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Gesellschaft abhängt, in der Recht und Unrecht zu scheiden sind, so wird auch der Inhalt von Schuld durch die gesellschaftliche Verfassung bestimmt. Strafzweck und gesellschaftliche Verfassung können dabei nicht mit beliebigen Inhalten kombiniert werden, sondern müssen sich einander anpassen. So kann beispielsweise eine Gesellschaft, die soziale Kontakte ritualisiert vollzieht, im Strafrecht nicht an das individuell Gemeinte anknüpfen (siehe zur analogen Lage beim Handlungsbegriff oben 6/24).

Diese Abhängigkeit des Schuldbegriffs von der Aufgabe, die er — je nach Strafzweck und Verfassung der Gesellschaft unterschiedlich — zu erledigen hat *(funktionaler Schuldbegriff)*, ist freilich umstritten. Ferner ist bislang wenig gesichert, wie der Schuldbegriff aufzubauen ist, insbesondere ob der Begriff Schuld auf die Wertung des Schuldgegenstands zu beschränken ist *(normativer Schuldbegriff)*. Deshalb sollen vor der Detaillierung der hier vertretenen Ansicht zur Bezeichnung des Rahmens, in dem die traditionelle Diskussion verläuft, einige Positionen der dogmengeschichtlichen Entwicklung skizziert werden.

4 2. Den Positionen ist dabei gemeinsam, daß es bei der Schuld um eine Stufe der Zurechnung geht, also der Verbindung von Subjekt und Handlung derart, daß sich das Subjekt vom Unrecht seiner Handlung nicht distanzieren kann. Wenn vereinzelt behauptet wird, die Schuld sei besser durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu ersetzen[2], so wird dabei nicht berücksichtigt, daß die Verhältnismäßigkeit keine Zurechnung leistet und daß deshalb ohne das Schuldurteil überhaupt nicht feststeht, welches Subjekt — verhältnismäßig — zu bestrafen ist[3]. Kraß: Auch Sippenhaft kann sich im Rahmen des Verhältnismäßigen halten. Ferner kann die Verhältnismäßigkeit nicht angeben, ob überhaupt und in welchem Maß eine rechtswidrige Tat die Normgeltung beeinträchtigt. Die Verhältnismäßigkeit ist also zur Lösung des Zurechnungsproblems zu formal[4].

II. Der psychologische und der normative Schuldbegriff[5]

Literatur

siehe zu I

A. Der psychologische Ansatz

5 1. Die Trennung der Außenseite (Unrecht) von der Innenseite (Schuld) im System von *v. Liszt, Beling* und *Radbruch* (oben 6/6 f) ergibt einen (sogenannten) *psychologischen Schuldbegriff:* Die psychischen Fakten der Innenseite, nach damaligem Verständnis also nur Vorsatz und Fahrlässigkeit, sind die Schuld[6]. Diese Lösung ist zwar eine

---

2 *Ellscheid und Hassemer* Civitas Bd. IX S. 27 ff, 41 ff; mit erheblichen Einschränkungen zugunsten der Leistung, die von der Schuld für die Zurechenbarkeit erbracht wird, *Hassemer* Einführung § 22 IV Exkurs 2; *ders.* in: Schuld und Verantwortung S. 89 ff, 94 (immerhin soll Schuld als „Grenze subjektiver Zurechnung" notwendig sein).

3 Zutreffend *Arthur Kaufmann* Lange-Festschrift S. 27 ff, 33; *Herzog* Prävention S. 131.

4 Gegen die Verhältnismäßigkeit als Schuldersatz *Arthur Kaufmann* aaO; *ders.* Wassermann-Festschrift S. 889 ff; *Stratenwerth* Tatschuld S. 26 ff; *Jakobs* Schuld und Prävention S. 6 f; *Schöneborn* ZStW 92 S. 682 ff, 697; — differenzierend *Baurmann* in: Seminar: Abweichendes Verhalten Bd. IV S. 196 ff, 211 f, der auf ein „tatbezogenes Maßnahmerecht" hinaus will, wobei die Verhältnismäßigkeit nach der „Sozialschädlichkeit" zu bestimmen sein soll (S. 242 f); eingehend jetzt auch *ders.* Zweckrationalität passim. Aber in der „Sozialschädlichkeit" steckt das Reaktionsbedürfnis, also die Sache Schuld, schon darin.

5 Zur Geschichte grundlegend *Achenbach* Grundlagen S. 19 ff; zum 19. Jahrhundert siehe *Holzhauer* Willensfreiheit und Strafe S. 23 ff; — zum Begriff „normativ" im Zusammenhang mit dem Schuldbegriff siehe *Neumann* ZStW 99 S. 567 ff, 577 f mit Fn. 41.

6 *v. Liszt* Strafrecht[5] § 37 III; *Radbruch* ZStW 24 S. 333 ff, 348; *ders.* Handlungsbegriff S. 115 f; *Löffler* Schuldformen S. 1 ff; *Kohlrausch* Irrtum S. 1, 23 f, 37; *ders.* in: *Aschrott-v. Liszt* Reform S. 180 ff, 184 f. — *Kohlrausch* klammert die un-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Folge der naturalistischen Betrachtungsweise, aber auch aus dem rechtsstaatlich orientierten Bestreben entstanden, unpräzise Wertungen aus dem Schuldbegriff zu verbannen und die Schuld an sicher feststellbare Daten zu binden.

2. Der psychologische Schuldbegriff ist jedoch aus mehreren Gründen nicht haltbar. Vorweg gibt er keine Auskunft darüber, welche psychischen (wieso überhaupt psychischen?) Fakten[6a] schuldrelevant sein sollen; so kann er auch die Relevanz von Vorsatz und Fahrlässigkeit (warum z. B. nicht nur Absicht?) nicht begründen[7]. *Radbruch*[8] versucht, dem Mangel abzuhelfen, indem er Vorsatz und Fahrlässigkeit zwar auf psychische Fakten reduziert (Kenntnis oder Unvorsichtigkeit), diese aber als Indizien einer antisozialen Gesinnung nimmt; aber auch damit läßt sich weder erklären, weshalb das Indiz die Sache vertreten muß, noch weshalb nicht auch das Fehlen eines psychischen Faktums Indizwirkung haben kann, noch weshalb es überhaupt nur um psychische Fakten gehen soll. **6**

B. Normativierung

1. Gegen den psychologischen Schuldbegriff ist der Einwand historisch wirkungsmächtig, daß der Begriff in den Fällen versagt, in denen das Gesetz entschuldigt, obgleich Vorsatz und Fahrlässigkeit vorliegen: nach neuerem Verständnis also bei jeder rechtswidrigen, aber schuldlosen Handlung, nach älterem Verständnis beim Vorliegen von Entschuldigungsgründen. Die bekannte Kritik von *Frank*[9] lautet: „Denn umfaßt der Schuldbegriff nichts weiter als die Summe von Vorsatz und Fahrlässigkeit, und bestehen diese in der bewußten oder unvorsichtigen Herbeiführung des Erfolges, so bleibt es ganz unverständlich, wie die Schuld durch (entschuldigenden) Notstand aus geschlossen werden könnte. Denn auch der im (entschuldigenden) Notstand handelnde Täter weiß, was er tut." Für die Schuld soll es deshalb nach *Frank* nur mittelbar auf Vorsatz und Fahrlässigkeit ankommen; Schuld soll *Vorwerfbarkeit* eines Verhaltens sein[10], wobei diese Vorwerfbarkeit zunächst wieder in — teils standardisierte — Fakten aufgelöst wird: „normale geistige Beschaffenheit" plus „psychische Beziehun- **7**

---

bewußte Fahrlässigkeit aus, da diese einer psychischen Beziehung des Täters zum Erfolg ermangele und deshalb keine Schuldform sein könne (in: *Aschrott-v. Liszt* Reform S. 180 ff, 208); insoweit ebenso heute noch *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 156 ff, 223 ff; *ders.* Unrechtsbewußtsein S. 97 ff; *Bockelmann* Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze S. 99 f, 212 f, 221 Fn. 44; *Horn* Verbotsirrtum S. 150 f; weitere Nachweise bei *Jakobs* Studien S. 134 Fn. 29. — Dazu, daß schon der Vorsatz nicht als psychisches Faktum Deliktsmerkmal ist, sondern als Indikator der Vermeidbarkeit, d. h. der Vermeidung unter der Hypothese anderen Wollens, und daß Fahrlässigkeit auch eine Form der Vermeidbarkeit ist, siehe oben 6/26 f.

6a Die größten Schwierigkeiten bei der Ablösung von einem psychologisierenden Schuldverständnis hat das Unrechtsbewußtsein bereitet. Insbesondere ist die Möglichkeit der Schuldhaftigkeit eines Verhaltens, das ohne aktuelle Unrechtskenntnis vollzogen wird, immer wieder bestritten worden; zuletzt noch *Krümpelmann* ZStW 99, S. 191 ff, 222: „Wer ohne aktuelle Unrechtseinsicht handelt, der hat sich nicht gegen die Pflicht entschieden ...; sein Motivationsvorgang ist rechtlich neutral." *Krümpelmann* will deswegen die Schuld in einem vorgelagerten Zeitpunkt suchen. Seine Bedenken richten sich konsequent auch gegen die Schuld des Fahrlässigkeitsdelikts. — Aber selbst ein gegebener dolus malus ist per se nichts als ein psychisches Faktum. Er ist eine (ersetzbare) Bedingung für die Zuständigkeit des Täters dafür, daß er die Norm bricht. Diese Zuständigkeit gibt es auch ohne aktuelles Unrechtsbewußtsein. *Ein psychisches Faktum ist für Schuld weder notwendig noch hinreichend.*

7 Treffend *Achenbach* Grundlagen S. 43: Mehr als *daß* Vorsatz und Fahrlässigkeit mögliche Erscheinungsformen des Verbrechens sind, macht der psychologische Schuldbegriff nicht aus.

8 ZStW 24 S. 333 ff, 348; *ders.* Handlungsbegriff S. 116.

9 Aufbau S. 6 (Zusätze in Klammern nicht original).

10 *Frank* aaO S. 11.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

gen" zur Tat plus „normale Beschaffenheit der Umstände, unter welchen der Täter handelt"[11].

8 2. Dieser (sogenannte) *normative Schuldbegriff* ist in seiner frühen Gestalt nicht mehr als eine bloße Erweiterung der schon von *Radbruch* hergestellten Relation zwischen Faktum und rechtlicher Mißbilligung (*Radbruch:* antisoziale Gesinnung; *Frank:* Vorwerfbarkeit), nur gibt *Frank* die Beschränkung gerade auf Vorsatz und Fahrlässigkeit preis. Die Vorwerfbarkeit selbst bleibt ein Sammelbegriff ohne eigene Funktion. — Das ändert sich erst mit Versuchen, im Schuldbegriff den Strafgrund zu erfassen. So unternimmt es *Hegler*[12], den Begriff dadurch leistungsfähig zu machen, daß er bei der Schuld darauf abstellt, ob der Täter „Herr" seiner Tat gewesen ist, und zwar der Tat „in ihrer Sobeschaffenheit, nach ihren rechtlich bedeutsamen Qualitäten". Diese Herrschaft, der Sache nach Kenntnis oder Erkennbarkeit des materiellen Unrechts im Verein mit der Zurechnungsfähigkeit und dem Fehlen von Entschuldigungsgründen, soll notwendige Voraussetzung der Strafe sein, „weil die Anwendung des Strafübels als Übel sozialethisch nur gegenüber dem gerechtfertigt erscheint, dem aus seiner Tat ein Vorwurf gemacht werden kann, und dies ist nur möglich bei dem, der voller Herr dieser seiner gesellschaftsschädlichen Tat gewesen ist"[13]. Normativ ist der Vorwurf, faktisch sind die Vorwurfsvoraussetzungen, aber nicht das interessiert primär, sondern die Ausrichtung der Voraussetzungen nach den Erfordernissen des Vorwurfs: Hier liegt der — mit der Differenz psychologisch-normativ nur unzutreffend bezeichnete — Übergang von einem klassifikatorischen System (siehe oben 6/6) zu einem teleologischen[14].

9 3. *Goldschmidt*[15] rückt das Problem in den Vordergrund, wie Entschuldigungsgründe dogmatisch zu verstehen seien. Dabei klärt er zunächst, daß die Schuld nicht schon dann normativ bestimmt wird, wenn man Vorsatz und Fahrlässigkeit statt auf die Erfolgsherbeiführung auf deren Rechtswidrigkeit bezieht, denn auch diese subjektive Beziehung wäre eben „psychologisch"[16] und läge bei einer Entschuldigungslage unverändert vor. *Goldschmidt* schlägt vor, *neben* das psychische Faktum von Vorsatz und Fahrlässigkeit ein normatives Schuld*element* zu stellen, scil. die „Pflichtwidrigkeit"; diese Pflichtwidrigkeit soll ein Verstoß gegen eine „Pflichtnorm" sein[17] und im Fall einer Entschuldigung analog zur Lage bei Rechtfertigung entfallen[18]. Diese Entschuldigungslage wird generalisierend beschrieben als „subjektiv überwiegende(s) und gebilligte(s) Motiv", als Lage, „in der . . . dem Täter den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, sich dem Pflichtmotiv zu fügen"[19]. Damit hat *Goldschmidt* ein teleologisches Prinzip der Entschuldigungsgründe ausgemacht, freilich ein Prinzip, das bei nicht strenger Anbindung an das positive Recht von erheblicher Sprengkraft ist: Eine

---

11 *Frank* aaO S. 12 — Berechtigte Zweifel an der üblichen hohen Gewichtung des *Frank*schen Beitrags zur Begründung der normativen Schuldlehre äußert *Achenbach* Grundlagen S. 97 ff, 101 ff. — Nachweise zur älteren Diskussion um den Schuldbegriff *Franks* bei *Binding* Normen Bd. II (1) S. 272 Fn. 13.

12 ZStW 36 S. 19 ff, 184 ff, 197; zur Fahrlässigkeit siehe S. 211 ff, 213; siehe auch *ders.* Frank-Festgabe Bd. I S. 251 ff, 288 ff.

13 *Hegler* ZStW 36 S. 19 ff, 184 ff, 186.

14 Treffend *Achenbach* Grundlagen S. 110; — zu *Hegler* als Mitbegründer der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen (also zur Preisgabe der Grenze objektiv-subjektiv als Grenze Unrecht-Schuld) siehe oben 8/Fn. 183.

15 ÖsterrZStr. 1913 S. 129 ff.

16 *Goldschmidt* aaO S. 140.

17 *Goldschmidt* aaO S. 145; die komplizierte Konstruktion hat sich nicht durchgesetzt; zur Deutung der Pflichtnorm als Bestimmungsnorm (aber die Bestimmungsnormwidrigkeit entfällt nicht bei Entschuldigung!) siehe *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 36 III 1; dagegen wiederum *Goldschmidt* Frank-Festgabe Bd. I S. 428 ff, 436 ff.

18 *Goldschmidt* ÖsterrZStr. 1913 S. 129 ff, 162.

19 *Goldschmidt* aaO S. 160; ähnlich *M. E. Mayer* AT Kap. 5 C I 3 und 4.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens läßt sich in mannigfaltigen *Einzel*situationen plausibel dartun, ohne *generell* tolerierbar zu sein.

4 a) Die Schrankenlosigkeit wird bei der individuellen Zumutbarkeitslehre von **10**
Freudenthal[20] deutlich, der Schuld verneint, wenn die Begleitumstände der Tat von der Art waren, „daß zur Nichtbegehung der Straftat ein Maß von Widerstandskraft gehört hätte, wie man es normalerweise niemandem zumuten kann". Dieses Schuldkonzept — praktisch blieb es bedeutungslos — ist undurchführbar; denn soll wegen der Begleitumstände entschuldigt werden, so wird die Konfliktgenese vom Täter auf die Begleitumstände verlagert, und ob sie dort verarbeitet werden kann, hängt nicht allein von der Widerstandskraft des Täters ab, sondern auch von der Änderbarkeit der Begleitumstände. Beispiel: Wenn ein Kaufmann einen drohenden Bankrott und damit die Vernichtung seines Lebenswerks in der begründeten Erwartung späterer Sanierung durch einen Kreditbetrug abwendet, scheidet Entschuldigung aus, weil die rechtliche Anerkennung der Zahlungsunfähigkeit als elementare Notlage relevante Teile der Rechtsordnung (mindestens die Eigentums- und Vermögensdelikte) in praktisch nicht übersehbarem und auch nicht lenkbarem Maß von strafrechtlicher Garantie ausnehmen würde.

b) Ein Schuldbegriff mit einer deutlicher generalisierenden Zumutbarkeitskompo- **11**
nente wurde von *Eb. Schmidt* entwickelt. Er bestimmt die Schuld als „asoziale Gesinnung" des Täters[21]. Die Feststellung dieser Gesinnung soll voraussetzen, daß der Täter die Möglichkeit hatte, sich der Sozialschädlichkeit seines Verhaltens bewußt zu werden, und zudem „in normativer Beziehung", daß „ein rechtmäßiges Verhalten an Stelle des tatsächlich erfolgten rechtswidrigen dem Täter zugemutet werden darf"[22]. Diese Zumutung soll sich nach demjenigen richten, was ein „Durchschnitts-Staatsbürgertyp" erbringen kann, „freilich unter maßgeblicher Berücksichtigung der beim Täter erkennbaren psychophysischen Eigenschaften"[23]. Die gesetzlich typisierten Entschuldigungsgründe sind nach dieser Lehre Fälle präsumierter Unzumutbarkeit; die allgemeine Unzumutbarkeit soll ergänzend hinzutreten, was sich praktisch freilich nur in seltenen Ausnahmefällen auswirken soll[24]. — Hiergegen gelten die gegen *Freudenthals* Lösung vorgebrachten Bedenken: Das rechtlich relevante Leistungsvermögen eines Individuums wie eines Typs läßt sich nicht nur-psychologisierend ermitteln, sondern muß auch im Blick darauf bestimmt werden, ob der soziale Konflikt (die rechtswidrige Tat) anders als durch Zurechnung erledigt werden kann. Ferner findet sich der angegebene materiale Gehalt von Schuld, scil. die asoziale Gesinnung, auch in weiten Bereichen rechtlicher Unschuld: Auch der geisteskranke Täter einer rechtswidrigen Tat ist asozial gesonnen.

5. Bei *Mezger*[25], der gleichfalls die Nichtzumutbarkeit als allgemeinen Schuldaus- **12**
schließungsgrund anerkennt, rückt das Verhältnis von Sachverhalt und Wertung in den Vordergrund. Nach ihm soll „strafrechtliche Schuld . . . ein Inbegriff von Voraussetzungen der Strafe (sein), die sich auf die Person des Handelnden beziehen", also ein — „in der Regel psychologischer" — Sachverhalt. Schuld soll aber „zugleich immer auch ein Werturteil über den Schuldsachverhalt" sein[26]. Diese Summierung von Sachverhalt und Urteil wird dann nachfolgend zugunsten des bewerteten Sachverhalts aufgelöst:

---

20 Schuld und Vorwurf S. 7; siehe ferner Gegenentwurf *Goldschmidt* 1922 § 22 a; — weitere Darstellungen bei *Frellesen* Zumutbarkeit S. 24 ff.

21 *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 36 IV 1; *Eb. Schmidt* Materialien Bd. I S. 9 ff, 24; *ders.* NJW 1967 S. 1929 ff, 1939 f.

22 *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 36 III 3 b.

23 *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht[25] § 42 II; ohne diese Konzession an die individuelle Lage: *Eb. Schmidt* Mitteilungen IKV n. F. Bd. V S. 131 ff, 152; *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht[26] § 42 II.

24 *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 42 III.

25 Strafrecht § 49.

26 *Mezger* aaO § 33 I und II.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

„Schuld ist . . . nicht nur Schuld-Sachverhalt, sondern Schuld-Sachverhalt als Gegenstand des Schuld-Vorwurfs“[27]. Zu diesem bewerteten Schuldsachverhalt als Schuld paßt es freilich schlecht, wenn zugleich die Schuld als „Vorwerfbarkeit“ definiert[28] oder ausgeführt wird, die Schuld sei „zunächst ein essentielles Werturteil“[29]. Der Widerspruch löst sich nur bei einer Trennung verschiedener Verwendungen des Schuldbegriffs. Man kann es Schuld nennen, daß etwas negativ zu beurteilen ist (wie es Rechtswidrigkeit heißt, daß die Tatbestandsverwirklichung ohne Rechtfertigung negativ zu beurteilen ist); dies ist mit der Schuld als Vorwerfbarkeit gemeint. Man kann aber auch das negativ Beurteilte der Beurteilung wegen Schuld nennen (wie die Tatbestandsverwirklichung ohne Rechtfertigung Unrecht ist)[30].

C. Die Schuldlehre des Finalismus

13 1 a) Das problematische Verhältnis von Schuld und Vermeidbarkeit (Vorsatz und Fahrlässigkeit) soll nach einer im Finalismus mündenden Version so zu lösen sein, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit die Objekte einer Wertung sind, wohingegen es bei der Schuld um die Wertung der Objekte gehen soll[31]; Beispiel: Die Schuld des Raubs ist nach dieser Lösung einzig die Wertung (auch) des Raubvorsatzes als rechtlich unwertig; der Raubvorsatz selbst ist nicht Schuld, sondern Objekt der Wertung. Die gewerteten Objekte haben nach dieser Lösung im Rahmen der Schuld keinen Platz mehr, da diese nur Wertung sein soll, und so bietet sich ein Verbrechensaufbau an, der Vorsatz und Fahrlässigkeit schon einen Platz im Unrecht zuweist. Historisch ist es ein Verdienst der finalen Handlungslehre, ein passendes Konzept entwickelt zu haben.

14 b) Freilich bringt der finale Verbrechensaufbau für die anfallenden Probleme keine volle Lösung, dies allerdings nicht des schon früh erhobenen Vorwurfs wegen, beim normativen Schuldbegriff stecke „die Schuld eines Menschen . . . lediglich in den Köpfen anderer“[32]: Bei diesem Vorwurf werden das — in keinem Kopf steckende — ideale Urteil und das Faktum des Urteilsvollzugs verwechselt. So wie Unrecht nicht erst Unrecht ist, wenn es jemand als solches beurteilt, sondern schon mit dem Vollzug eines rechtswidrigen Verhaltens entsteht, so ist auch Schuld vom psychischen Faktum des Vollzugs eines Urteils unabhängig. — Ein Manko liegt aber vor, weil auch die finale Handlungslehre das (virtuelle) Unrechtsbewußtsein nicht unterbringen kann. Das wird zwar mit dem Argument bestritten, vorgeworfen werde nur der Vorsatz (oder die Fahrlässigkeit), die (virtuelle) Unrechtskenntnis hingegen sei „der Grund, weshalb dem Täter der rechtswidrige Vorsatz vorgeworfen wird. Weil der Täter die Rechtswidrigkeit erkennen und demgemäß seinen rechtswidrigen Handlungsentschluß unterlassen konnte, wird ihm dieser zum Vorwurf gemacht. Daraus folgt, daß die Unrechtskenntnis kein Element des Vorsatzes, sondern allein der Vorwerfbarkeit ist“[33]. Diese Differenzierung zwischen Gegenstand und Grund des Vorwurfs löst jedoch das Problem der Lozierung der subjektiven Beziehung zum Unrecht nicht: Zum Vorsatz gehört sie nicht, und selbst Vorwerfbarkeit, also Schuld, ist sie auch nicht. Zudem wäre eine an die kausale Handlungslehre angeschlossene Lösung, die nur den Willkürakt als Vorwurfsgegenstand nähme, Vorsatz und Fahrlässigkeit aber neben der (virtuellen) Unrechts-

---

27 *Mezger* aaO § 33 II.

28 *Mezger* aaO.

29 *Mezger* Moderne Wege S. 33.

30 So der Schuldbegriff bei *v. Hippel* Strafrecht Bd. II S. 21.

31 So nach Vorarbeiten von *E. Wolf* Schuldlehre S. 126: *Dohna* Aufbau I B 2 vor a (so schon in der 1. Auflage 1936); *Welzel* Strafrecht § 19 III.

32 *Rosenfeld* ZStW 32 S. 466 ff, 469; *Baumann-Weber* AT § 24 I 3; *Hohenleitner* Rittler-Festschrift S. 185 ff, 190; siehe auch *Binding* Normen Bd. II (1) S. 275.

33 *Welzel* Strafrecht § 22 II nach γ; eingehend *Horn* Verbotsirrtum S. 56 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

kenntnis zum Vorwurfsgrund zöge, für die Zurechnung im Ergebnis äquivalent[34], wenn auch wegen der Konsequenzen für den Unrechtsbegriff nicht vorzugswürdig. Jedenfalls führt kein Weg an der Bildung eines Schuldtatbestands vorbei, in welchem die Voraussetzungen der Schuldwertung versammelt werden und zu denen dann neben der rechtswidrigen Handlung (nebst den darin enthaltenen Momenten von Vorsatz und Fahrlässigkeit) auch nur-subjektive Wertungsobjekte gehören, eben die subjektiven Schuldmerkmale, vorweg das (virtuelle) Unrechtsbewußtsein. Würden Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht der Unrechtslehre wegen zum Unrecht gehören (und somit per Unrecht zur Schuld), so wären sie direkt im Schuldtatbestand zwanglos unterzubringen[35].

c) Verfehlt ist es aber, wenn gegen die finalistische Lösung verbreitet behauptet wird, **15** der auf das Urteil beschränkte Schuldbegriff führe zu einer „‚Ent-Wesung' des Schuldbegriffs"[36] oder zur „Entleerung" u. a. m.[37], wobei diese Kritik nicht das Normative an der Schuld, aber wohl dessen alleinige Relevanz betreffen soll. Es geht beim Deliktsaufbau nicht — bildlich — um einen Turm von Schubladen, in denen Gegenstände ohne Blick auf den Inhalt der jeweils anderen Laden verschwinden können, sondern um die Ordnung von Gegenständen auf ein Ziel hin, scil. um die Bestimmung der Voraussetzungen einer Strafe. Deshalb sind auf früheren Deliktsstufen (etwa Tatbestand) eingeordnete Gegenstände (etwa Vorsatz, Fahrlässigkeit) nicht für die späteren Stufen (etwa Schuld) verloren, vielmehr kehrt „die in einer tieferen (dem Ziel ferneren) Stufe des Verbrechensbegriffs angelegte Verbrechensdifferenz . . . in der höheren (dem Ziel näheren) Stufe . . . wieder"[38], was sich auf die Formel verknappen läßt: Alles Unrecht gehört zum Schuldtatbestand. Wenn aber das Unrecht komplett Gegenstand des Schuldurteils ist, kann die Verlagerung eines Deliktsmerkmals von der Schuld ins Unrecht nicht die Schuld entleeren. Die Zugehörigkeit von Vorsatz und Fahrlässigkeit zum Unrecht nimmt dem Schuldbegriff also nichts weg. Allenfalls mag man darauf bestehen, nicht nur die Bewertbarkeit, sondern auch das zu Bewertende Schuld zu nennen, ohne daß aber dadurch diese verschiedenen Aspekte vereinigt würden.

D. Der gegenwärtige Stand

1. Bislang ist auch die materiale Seite des Normativen wenig befriedigend gelöst, **16** also das Problem, warum der Täter für seine rechtswidrige Tat einstehen soll. Von einem Teil der Lehre wird dieses Einstehen-Sollen auf ein „Dafür-Können" für die Tat zurückgeführt. „Im Schuldbereich geht es um das Können der Willensbildung, genauer um das Sich-ausrichten-Können des Willens nach verpflichtenden Sollensgehalten"[39]. Auch abgesehen von noch zu spezifizierenden Bedenken gegen das Können wegen seiner unklaren Beziehungen zum Problem der Willensfreiheit (unten 17/23 ff), ist dem Ansatz aus mehreren Gründen nicht zuzustimmen. Einmal kann das Verhältnis von Sollen und Können reflexiv sein, so daß dem aktuellen Können allein nicht zu entneh-

---

34 Siehe *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 185.

35 Ähnlich *Hirsch* Negative Tatbestandsmerkmale S. 242 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 510 f.

36 Mezger Moderne Wege S. 34.

37 *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 174 ff und passim; *Baumann-Weber* AT § 24 II 1.

38 *Welzel* Strafrecht § 22 III vor 1 (Ergänzungen in Klammern nicht original).

39 *Welzel* Strafrecht § 19 III; *ders.* ZStW 60 S. 428 ff, 456; *v. Weber* Grundriß § 14 I a. E.; *Brauneck* GA 1959 S. 261 ff, passim; *Busch* Moderne Wandlungen S. 11 f. — Soweit dabei die Differenzierung Sollen-Können mit derjenigen Unrecht-Schuld gleichgesetzt wird, ist das für alle Unrechtskonzeptionen, die — wie hier — auf die Vermeidbarkeit der Tatbestandsverwirklichung abstellen, falsch: Mit der Vermeidbarkeit begrenzt schon ein Können das Unrecht; siehe dazu *Welzel* Strafrecht § 19 III; — zur Nichtberücksichtigung des individuellen Könnens in der Schuld siehe unten 17/23 und *Stratenwerth* AT Rdn. 192.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

men ist, wann der Täter einstehen soll. Mancher Täter kann bei drastischer Inanspruchnahme leisten, was ihm bei laxer Inanspruchnahme unmöglich ist. Nicht nur Not, sondern auch Pflicht kann Kräfte wachsen lassen. — Gewichtiger ist freilich der Einwand, daß sich mit dem Können[40] die Bewertung der Lage nicht erfassen läßt, in der sich der Täter verhält, sondern nur deren Bestand. Das betrifft (u. a.) die gesamten Entschuldigungsgründe. Ob etwa bei § 35 StGB der Täter die Not verschuldet oder zu verantworten hat, wirkt sich auf sein Können in der Situation nicht aus, beeinflußt aber trotzdem den Anspruch, der gegen ihn erhoben wird (unten 17/69 ff). — Schließlich läßt sich das individuelle Können in der Handlungssituation nachträglich überhaupt nicht feststellen.

17 2. Im Anschluß an *Gallas*[41] wird verbreitet auf die rechtliche Fehlerhaftigkeit der Gesinnung abgestellt, die Grund sein soll, dem Täter eine Tat vorzuwerfen[42], wobei Gesinnung nicht dauernde, sondern als aktuelle Haltung bei der Tat verstanden werden soll. Da jedoch auch ein aktuell Geisteskranker bei der Tat aktuell rechtlich fehlerhaft gesonnen sein mag — nur kann ihm das nicht angelastet werden —, ist der Begriff der Gesinnung nur brauchbar, wenn zur Eigenschaft der Fehlerhaftigkeit noch diejenige hinzukommt, „tadelnswert" zu sein[43]. Damit bleibt das Sachproblem (was ist tadelnswert?) ungelöst; das Problem ist nur in einen Begriff verschoben worden, der gegenüber der Vorwerfbarkeit bei *Frank* (oben 17/7) keinen Vorteil bietet. — Eher schon befriedigt die Variante, die den Grund der Schuld in der „Teilhabe" des Täters „an den Grundwerten des Gemeinschaftslebens" sucht: „Hat der Täter schuldhaft Unrecht getan, so hat er in seiner Tat seine eigene Teilhabe an den Grundwerten des Gemeinschaftslebens sozusagen verleugnet; er hat sich als subjektiv-geistiges Wesen über seine Teilhabe am objektiven Geist — bewußt oder unbewußt — hinweggesetzt"[44]. Freilich kann diese Lösung nicht berücksichtigen, daß der Täter in einer Sonderlage (bei Entschuldigungsgründen) Teilhaber an den Grundwerten des Gemeinschaftslebens bleibt, ohne Schuld zu haben[44a]. Beispiel: Dem Täter in einer Lage nach § 35 StGB sind nicht — der Notlage wegen — die Grundwerte des Gemeinschaftslebens unzugänglich.

III. Die Begründung eines funktionalen Schuldbegriffs

Literatur

H. Achenbach Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *ders.* Individuelle Zurechnung, Verantwortung, Schuld, in: *B. Schünemann* (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984 S. 135 ff; *P.-A. Albrecht* Unsicherheitszonen des Schuldbegriffs, GA 1983 S. 193 ff; *K. Amelung* Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, in: *B. Schünemann* (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984 S. 85 ff; *Aristoteles* Werke in deutscher Übersetzung Bd. VI, Nikomachische Ethik, hrsg. v. *H. Flashar,* übersetzt v. *F. Dirlmeier,* 6. Auflage 1964; *E. Bacigalupo* Schuld und Prävention in der Begründung des spanischen und lateinamerikanischen Strafrechts, ZStW 92 S. 747 ff; *ders.* Strafzumessung in der spanischen Strafrechtsreform, Hilde Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 557 ff; *A. Baratta* Ideologie und Idee in der strafrechtsphilosophischen Lehre von der Willensfreiheit, in: *ders.* Philosophie und Strafrecht, 1985 S. 267 ff; *M. Baurmann* Schuldlose

40 Der Begriff des Dafür-Könnens, den *Welzel* mit demjenigen des Könnens gleich verwendet, ist gegenüber axiologischen Erwägungen offener, dafür aber auch unpräziser.

41 ZStW 67, S. 1 ff, 45; *ders.* Mezger-Festschrift S. 311 ff, 323 f.

42 *Jescheck* AT § 38 II 5; *Wessels* AT § 10 I 3; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 119 vor § 13; dagegen *Roxin* Henkel-Festschrift S. 171 ff, 176 f; *ders.* ZStW 82 S. 675 ff, 687 f; *Otto* ZStW 87 S. 539 ff, 581; *ders.* GA 1981 S. 481 ff, 484.

43 *Jescheck* aaO.

44 *Schmidhäuser* AT 6/22; siehe *ders.* Gesinnungsmerkmale S. 178; *ders.* Gallas-Festschrift S. 81 ff, 93 ff; *ders.* Jescheck-Festschrift S. 485 ff, 490 ff.

44a *Schmidhäuser* Jescheck-Festschrift S. 485 ff, 495 mit Fn. 19 bezeichnet diesen Einwand als nominalistisch.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Dogmatik? Überlegungen im Anschluß an George P. Fletcher: „‚Ordinary Language Philosophy' und die Neubegründung der Strafrechtsdogmatik", in: *K. Lüderssen* und *F. Sack* (Hrsg.) Seminar: Abweichendes Verhalten Bd. IV, 1980, S. 196 ff; *ders.* Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit, 1981; *ders.* Zweckrationalität und Strafrecht, 1987; *H. Beckmann* Zur Neuregelung der vorsätzlichen Tötungsdelikte, GA 1981 S. 337 ff; *M. Bergmann* Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB, 1988; *G. Bierbrauer* und *B. Haffke* Schuld und Schuldunfähigkeit, in: *W. Hassemer* und *K. Lüderssen* (Hrsg.) Sozialwissenschaften im Studium des Rechts Bd. III, 1978, S. 121 ff; *H. Bindokat* Zur Rückfallstrafe de lege ferenda, ZStW 71 S. 281 ff; *R. Bloy* Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *P. Bockelmann* Studien zum Täterstrafrecht 2. Teil, 1940; *ders.* Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75 S. 372 ff; *A.-E. Brauneck* Zum Schuldstrafrecht des neuesten Entwurfs eines Strafgesetzbuchs, MonSchrKrim. 1958 S. 129 ff; *H.-J. Bruns* Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht, Welzel-Festschrift S. 739 ff; *ders.* Strafzumessungsrecht, 2. Auflage 1974; *ders.* Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1980; *B. Burkhardt* Das Zweckmoment im Schuldbegriff, GA 1976 S. 321 ff; *ders.* Charaktermängel und Charakterschuld. Überlegungen zu BGH NJW 1966, 1871, in: *K. Lüderssen* und *F. Sack* (Hrsg.) Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht Bd. I, 1980, S. 87 ff; *ders.* Überlegungen zu einer dispositionalen Deutung des Andershandelnkönnens, in: *M. Baurmann* u. a. (Hrsg.) Analyse und Kritik 3 (1981) S. 155 ff; *ders.* Zur Möglichkeit einer utilitaristischen Rechtfertigung des Schuldprinzips, in: *H. M. Baumgartner* u. a (Hrsg.) Schuld und Verantwortung, 1983 S. 51 ff; *R. Busch* Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; *A. Graf zu Dohna* Ein unausrottbares Mißverständnis, ZStW 66 S. 505 ff; *G. Dornseifer* Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merkels, 1979; *E. Dreher* Die Willensfreiheit, 1987; *G. Dux* Der Täter hinter dem Tun, 1988; *K. Engisch* Literaturbericht, ZStW 61 S. 166 ff; *ders.* Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen? ZStW 66 S. 339 ff; *ders.* Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 2. Auflage 1965; *ders.* Um die Charakterschuld, MonSchrKrim. 1967 S. 108 ff; *J. de Figueiredo Dias* Schuld und Persönlichkeit, ZStW 95 S. 220 ff; *G. P. Fletcher* Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht, ZStW 101 S. 803 ff; *H. Geiter* Rückfallvorschrift (§ 48 StGB) aufgehoben, ZRP 1988 S. 376 ff; *W. Grasnick* Über Schuld, Strafe und Sprache, 1987; *A. Griffel* Prävention und Schuldstrafe, ZStW 98 S. 28 ff; *ders.* Widersprüche um die Schuldstrafe, GA 1989 S. 193 ff; *G. Grünwald* Die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in der Deutschen Demokratischen Republik, ZStW 82 S. 250 ff; *B. Haffke* Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA 1978 S. 33 ff; *ders.* Rückfall und Strafzumessung, in: *B. Schünemann* (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984 S. 197 ff; *E.-W. Hanack* Zur Problematik einer Sonderstrafe für Rückfalltäter, in: *J. Baumann* (Hrsg.) Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, 1968, S. 100 ff; *W. Hassemer* Über die Berücksichtigung der Folgen der Auslegung der Strafgesetze, Coing-Festschrift Bd. I S. 493 ff; *ders.* Alternativen zum Schuldprinzip? in: *H. M. Baumgartner* u. a. (Hrsg.), Schuld und Verantwortung, 1983 S. 89 ff; *W. Hauptmann* Strafrecht und Willensfreiheit, Rechtstheorie 1984 S. 153 ff; *H. Henkel* Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem, Larenz-Festschrift S. 3 ff; *F. Herzog* Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987; *Th. Hillenkamp* Zur materiellen Rückfallklausel des § 17 StGB, GA 1974 S. 208 ff; *H.-J. Hirsch* Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Universität zu Köln-Festschrift S. 399 ff; *O. Höffe* Kategorische Rechtsprinzipien, 1990; *H. Holzhauer* Willensfreiheit und Strafe. Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit, 1970; *E. Horn* Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie, 1969; *ders.* Zum Stellenwert der „Stellenwerttheorie", Bruns-Festschrift S. 165 ff; *H. Horstkotte* Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung (§§ 13—16, 60 StGB), JZ 1970 S. 122 ff; *H. Jäger* Strafrecht und psychoanalytische Theorie, Henkel-Festschrift S. 125 ff; *ders.* Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, MonSchrKrim. 1978 S. 297 ff; *ders.* Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, 1985; *G. Jakobs* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *ders.* Schuld und Prävention, 1976; *ders.* Zum Verhältnis von psychischem Faktum und Norm bei der Schuld, in: *H. Göppinger* und *P. H.*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Bresser (Hrsg.) Sozialtherapie — Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht, 1982, S. 127 ff; *ders.* Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit? in: *D. Henrich* (Hrsg.) Aspekte der Freiheit, 1982, S. 69 ff; *ders.* Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW 101 S. 516 ff; *H.-H. Jescheck* Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW 93 S. 1 ff; *W. Kargl* Kritik des Schuldprinzips. Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht, 1982; *Arthur Kaufmann* Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ 1967 S. 553 ff; *ders.* Das Schuldprinzip, 1961; *ders.* Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Lange-Festschrift S. 27 ff; *ders.* Schuld und Prävention, Wassermann-Festschrift S. 889 ff; *ders.* Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, Jura 1986 S. 225 ff; *ders.* Strafrecht und Freiheit, Fundamenta Psychiatrica 1988 S. 186 ff; *F. Kaufmann* Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, 1929; *M. Köhler* Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; *ders.* Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis, Lackner-Festschrift S. 11 ff; *ders.* Anmerkung zum BayObLG JZ 1989 S. 696 f, aaO S. 697 ff; *E. Kohlrausch* Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, 1910; *H. Kollmann* Der symptomatische Verbrechensbegriff, ZStW 28 S. 449 ff; *ders.* Die Bedeutung der Frage nach der Willensfreiheit für den Streit der Strafrechtstheorien, MonSchrKrim. 6 (1909/1910) S. 449 ff; *J. Krümpelmann* Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969, ZStW 88 S. 6 ff; *ders.* Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, GA 1983 S. 337 ff; *K.-L. Kunz* Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *ders.* Überlegungen zur Strafbemessung auf erfahrungswissenschaftlicher Grundlage, in: *G. Kielwein* (Hrsg.) Entwicklungswege in der Kriminologie, 1985; *ders.* Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW 98 S. 823 ff; *K. Lackner* Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis, 1978; *ders.* Prävention und Schuldunfähigkeit, Kleinknecht-Festschrift S. 245 ff; *R. Lange* Literaturbericht, ZStW 61 S. 178 ff; *ders.* Grundfragen der deutschen Strafrechtsreform, SchwZStr. 70 (1955) S. 373 ff; *ders.* Die moderne Anthropologie und das Strafrecht, in: *E. R. Frey* (Hrsg.) Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, S. 277 ff; *ders.* Neue Wege zu einer gesamten Strafrechtswissenschaft, Jescheck-Festschrift S. 53 ff; *Th. Lenckner* Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in: *H. Göppinger* und *H. Witter* (Hrsg.) Handbuch der forensischen Psychiatrie Bd. I, 1972, S. 3 ff; *F. v. Liszt* Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 S. 1 ff; *M. Maiwald* Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff, Lackner-Festschrift S. 149 ff; *G. Mangakis* Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit, ZStW 75 S. 499 ff; *H. Marquardt* Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel, 1972; *R. Maurach* Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Gutachten 43. DJT Bd. I Teil 3 (A), 1960; *E. Mezger* Die Straftat als Ganzes, ZStW 57 S. 675 ff; *ders.* Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; *R. Moos* Positive Generalprävention und Vergeltung, Pallin-Festschrift S. 283 ff; *H. Müller-Dietz* Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; *W. Naucke* Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985; *U. Neumann* Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW 99 S. 567 ff; *ders., U. Schroth* Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; *P. Noll* Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, H. Mayer-Festschrift S. 219 ff; *F. Nowakowski* Freiheit, Schuld, Vergeltung, Rittler-Festschrift S. 55 ff; *M. Oswald* Was wird gemessen bei der Strafzumessung? GA 1987, S. 147 ff; *H. Otto* Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde, GA 1981 S. 481 ff; *C. Pfeiffer* Zur Strafschärfung bei Rückfall, Blau-Festschrift S. 291 ff; *W. Platzgummer* Strafe, Schuld und Persönlichkeitsadäquanz, Pallin-Festschrift S. 319 ff; *U. Pothast* Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise, 1980; *K. Probst* Geistig abnorme Rechtsbrecher — Problem der Rechtsprechung, in: Bezauer Tage. Chancen und Grenzen der vorbeugenden Maßnahmen als Alternative zur Freiheitsstrafe, 1986; *E. Quanbusch* Rechtsstaatsprinzip, Verschuldensgrundsatz und das antikausale Werturteil, JA 1987 S. 68 ff; *G. Radbruch* Über den Schuldbegriff, ZStW 24 S. 333 ff; *C. Roxin* Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966 S. 377 ff; *ders.* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Auflage 1973; *ders.* Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MonSchrKrim. 1973 S. 316 ff; *ders.* „Schuld" und „Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-Festschrift S. 171 ff; *ders.* Über den Notwehrexzeß, Schaffstein-Festschrift S. 105 ff; *ders.* Prävention und Strafzumessung, Bruns-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Festschrift S. 183 ff; *ders.* Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, Schultz-Festgabe S. 463 ff; *ders.* Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-Festschrift S. 279 ff; *ders.* Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 S. 641 ff; *ders.* Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? SchwZStr. 104 (1987) S. 365 ff; *H.-J. Rudolphi* Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *F. Sack* Probleme der Kriminalsoziologie, in: *R. König* (Hrsg.) Handbuch der empirischen Sozialforschung Bd. XII, 1969, S. 192 ff; *W. Sax* Grundsätze der Strafrechtspflege, in: *K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner* (Hrsg.) Die Grundrechte Bd. III (2), 2. Auflage 1972, S. 909 ff; *F. Schaffstein* Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, Gallas-Festschrift S. 99 ff; *U. Scheffler* Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts, 1985; *ders.* Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems, 1987; *W. Schild* Soziale und rechtliche Verantwortungen, JZ 1980 S. 597 ff; *E. Schmidhäuser* Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts: Die unrechtliche Tatgesinnung, Jescheck-Festschrift S. 485 ff; *Eb. Schmidt* Zur Theorie des unbestimmten Strafurteils, SchwZStr. 45 (1931) S. 200 ff; *ders.* Strafzweck und Strafzumessungsregeln, Materialien Bd. I S. 9 ff; *ders.* Freiheitsstrafe, Ersatzfreiheitsstrafe und Strafzumessung im Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, NJW 1967 S. 1929 ff; *Chr. Schöneborn* Die regulative Funktion des Schuldprinzips bei der Strafzumessung, GA 1975 S. 272 ff; *ders.* Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt, ZStW 88 S. 349 ff; *ders.* Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW 92 S. 682 ff; *H.-L. Schreiber* Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken? Der Nervenarzt 48 (1977), S. 242 ff; *ders.* Vor dem Ende des Schuldstrafrechts? in: *U. Immenga* (Hrsg.) Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, S. 281 ff; *ders.* Schuld und Schuldfähigkeit im Strafrecht, Richterakademie-Festschrift S. 73 ff; *ders.* Juristische Grundlagen, in: *U. Venzlaff* (Hrsg.) Psychiatrische Begutachtung, 1986 S. 3 ff; *B. Schünemann* Die Funktion des Schuldbegriffs in einem modernen Präventionsstrafrecht, in: Seikei Hogaku (The Journal of Legal, Political and Social Sciences, Tokyo) 1983 S. 20 ff; *ders.* Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: *ders.* (Hrsg.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984 S. 153 ff; *ders.* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 S. 341 ff, 1986 S. 293 ff; *ders.* Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, in: *H.-J. Hirsch* u. a. (Hrsg.) Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989 S. 149 ff; *K. Seelmann* Neue Entwicklungen beim strafrechtsdogmatischen Schuldbegriff, Jura 1980 S. 505 ff; *P. Strasser* Verbrechermenschen. Zur kriminalwissenschaftlichen Erzeugung des Bösen, 1984; *G. Stratenwerth* Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *ders.* Literaturbericht, ZStW 91 S. 902 ff; *ders.* Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977; *ders.* Willensfreiheit — eine staatsnotwendige Fiktion? SchwZStr. 101 (1984) S. 225 ff; *W. Stree* Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960; *F. Streng* Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 S. 637 ff; *ders.* Richter und Sachverständiger. Zum Zusammenwirken von Strafrecht und Psychowissenschaften bei der Bestimmung der Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB), Leferenz-Festschrift S. 397 ff; *O. Tesař* Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, 1907; *U. Tiemeyer* Grundlagenprobleme des normativen Schuldbegriffs, GA 1986 S. 201 ff; *ders.* Zur Möglichkeit eines erfahrungs-wissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs, ZStW 100 S. 527 ff; *G. Timpe* Strafmilderung des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *V. Vanberg* Verbrechen, Strafe und Abschreckung, 1982; *M. Walter* Läßt sich der Handlungsunwert an der aufgewendeten „kriminellen Energie" ermessen? GA 1985 S. 197 ff; *ders.* Die Bestimmung der Tatschuld und Bemessung der Strafe nach der vom Täter entwickelten „kriminellen Energie", H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 493 ff; *G. Warda* Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtums, ZStW 71 S. 252 ff; *H. Welzel* Persönlichkeit und Schuld, ZStW 60 S. 428 ff; *ders.* Gedanken zur „Willensfreiheit", Engisch-Festschrift S. 91 ff; *H. Zipf* Literaturbericht, ZStW 89 S. 706 ff; *ders.* Kriminalpolitik, 2. Auflage 1980; *ders.* Der strafrechtliche Schuldbegriff, JurBl. 1980 S. 186 ff; *ders.* Die Integrationsprävention, Pallin-Festschrift S. 479 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

A. Die Aufgabe des Schuldbegriffs

18 1. Die vom Schuldbegriff zu erbringende Leistung[45] besteht in der Kennzeichnung der nicht rechtlichen Motivierung des Täters als Grund des Konflikts. Liegt ein Manko

---

45 Die Bestimmung der Schuld im Blick auf ihr Leistungsvermögen zur Erreichung des Strafzwecks ist dem nur-vergeltenden Strafrecht geläufig: Schuld ist danach das Vergeltungswürdige. Eine generalisierte Formulierung findet die Bestimmung vom Strafzweck her bei *Felix Kaufmann* Grundprobleme S. 111 ff, 112: „Wir kommen ... zu dem ... Ergebnis, daß ein Kriterium dafür, ob ein bestimmtes Verhalten schuldhaft ist, darin erblickt wird, ob derartiges Verhalten durch die Strafe — im Sinne der jeweils verfolgten Strafzwecke — wirksam bekämpft werden kann, und so sehen wir auch an diesem Punkt, wie das Schuldproblem in die kriminalpolitische Teleologie mündet". — Im psychologischen Schuldbegriff ist schon von *Radbruch* (ZStW 24 S. 333 ff, 348) durch die Beziehung auf die antisoziale Gesinnung spezialpräventive Signifikanz vermutet worden; siehe dazu ferner *Eb. Schmidt* Materialien Bd. I S. 9 ff, 21 unter Bezug auf *Kohlrausch* Mitteilungen IKV n. F. Bd. III S. 6; *Eb. Schmidt* SchwZStr. 1931 S. 200 ff, 226 ff; *ders.* NJW 1967 S. 1929 ff, 1939 f; *Brauneck* MonSchrKrim. 1958 S. 129 ff, 142 ff; dagegen kritisch *Stratenwerth* Tatschuld S. 5 f. — Eine Bestimmung der Schuld nach generalpräventiven Bedürfnissen unternimmt *Noll* H. Mayer-Festschrift S. 219 ff. — Die Begründung dieser Beziehung, präzisiert auf Generalprävention als Einübung in Rechtstreue, nicht als allgemeine Abschreckung, ist Gegenstand der Abhandlung von *Jakobs* Schuld und Prävention, passim; weitgehend übereinstimmend *Moos* Pallin-Festschrift S. 283 ff, 300 ff; *Dornseifer* Rechtstheorie S. 104 ff; *Achenbach* in: Grundfragen S. 135 ff, 140 ff; *Streng* ZStW 92 S. 637 ff; *ders.* ZStW 101 S. 273 ff (*Streng* setzt psychologisierend bei „Selbststabilisierungsbedürfnissen" an, aaO S. 288); im Ansatz weitgehend vergleichbar *Neumann* ZStW 99 S. 567 ff, 587 ff und passim; siehe auch *Kunz* Bagatellprinzip S. 266 ff, 275; *ders.* in: Entwicklungslinien S. 29 ff, 37; *Bloy* Beteiligungsform S. 38 f; weitere Nachweise oben 1/Fn. 16. — Eine Trennung von Schuld und Verantwortung, wobei die Verantwortung zweckorientiert ist, hat *Roxin* entwickelt. Die Lösung läuft darauf hinaus, daß Prävention und — traditionell verstandene — Schuld sich gegenseitig begrenzen. Der Hauptanwendungsbereich dieser Version liegt bei der Erklärung der Entschuldigungsgründe; *Roxin* Kriminalpolitik S. 33 ff; *ders.* Henkel-Festschrift S. 171 ff (zur Bestimmung von Schuld und Verantwortlichkeit); *ders.* Schaffstein-Festschrift S. 105 ff (zum Notwehrexzeß); *ders.* MonSchrKrim 1973 S. 316 ff. Der Ertrag dieser Version für das Schuldmaß bleibt gering; *ders.* Bockelmann-Festschrift S. 279 ff, 284 ff; siehe auch *ders.* Bruns-Festschrift S. 183 ff; *ders.* Schultz-Festgabe S. 463 ff; *ders.* ZStW 96 S. 641 ff; *ders.* SchwZStr. 104 (1988) S. 365 ff. — Soweit aus dem „Scheitern der individualpsychologischen Betrachtungsweise" (*Haffke* GA 1978 S. 33 ff, 43), die aus tiefenpsychologischer Sicht konstatiert wird, die Konsequenz gezogen wird, Schuld als Zuschreibung zu verstehen, ist das vom Ansatz des funktionalen Schuldbegriffs nicht verschieden. — Einen Überblick über die neuere Entwicklung gibt *Seelmann* Jura 1980 S. 505 ff. — Zum österreichischen Recht siehe *Probst* in: Chancen S. 149 ff, 156 ff.
Bedenken, ob das Manifestwerden latenter Funktionen beim präventiv orientierten Schuldbegriff nicht dessen Funktionalität stört (Wirkt Schuldzuschreibung noch, wenn man offen sagt, wozu sie geschieht?), bei *Neumann* in: *Neumann-Schroth* Theorien S. 122 f. — Kritisch zur Bestimmung der Schuld nach der Erforderlichkeit von Prävention *Stratenwerth* Zukunft S. 30 ff; *ders.* ZStW 91 S. 902 ff, 915 ff; *ders.* SchwZStr. 101 (1984) S. 225 ff, 233 ff; *Arthur Kaufmann* Wassermann-Festschrift S. 889 ff, 892 ff; *ders.* Jura 1986 S. 225 ff, 229 ff (S. 230: „Schuldnominalismus"); *Schreiber* Nervenarzt 48 (1977) S. 242 ff, 244 ff (weniger kritisch aber *ders.* Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung S. 281 ff, 289 ff); *Burkhardt* GA 1976 S. 321 ff; *ders.* in: Vom Nutzen Bd. I S. 87 ff; *ders.* Analyse und Kritik 3 (1981) S. 155 ff, 165 ff; *ders.* in: Schuld und Verantwortung S. 51 ff, 63 ff; *Maiwald* Lackner-Festschrift S. 149 ff, 155 ff; *Albrecht* GA 1983 S. 193 ff, 195 ff; *Hirsch* Universität zu Köln-Festschrift S. 399 ff, 417 ff; *Fletcher* ZStW 101 S. 803 ff, 812 ff; *Platzgummer* Pallin-Festschrift S. 319 ff, 328 ff; *Schöneborn* ZStW 88 S. 349 ff; *ders.* ZStW 92 S. 682 ff; *Zipf* ZStW 89 S. 706 ff, 707 ff, 710 ff; *ders.* Kriminalpolitik § 4, 2. 12; *ders.* Pallin-Festschrift S. 479 ff; *Jescheck* ZStW 93 S. 1 ff, 23 ff; *Otto* GA 1981 S. 481 ff, 490 f; — *Schünemann* in: Strafrechtssystem S. 153 ff, 168 ff verkennt bei seiner Kritik, daß hier weniger Neues eingeführt wird als neu gedeutet, was längst schon ist (und deshalb liegt der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit des hiesigen Konzepts — *Schünemann* in: Strafrecht S. 147 ff, 159 — kategorial daneben). Weil die Deutung über Funktionen und Normen erfolgt, erhebt er den Vorwurf, es werde ein „Normativismus" ohne „Realfaktoren" getrieben (S. 181, 184 und passim); gemeint ist wohl: Es fehlt die Wesensschau (wobei man diese auch in sprachtheoretisch verbrämten Varianten betreiben kann, so etwa *Schünemann* in: Strafrechtssystem S. 163 ff zur Willensfreiheit; siehe auch *ders.* in Seikei Hogaku, S. 20 ff, 84 ff). Diese Ontologisierung geht so

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

an rechtlicher Motivierung vor, so ist der Täter zu bestrafen[45a], wenn Unrecht und Schuld nicht durch eine Änderung der Tat oder durch Vorgänge *nach* der Tat minimiert worden sind (etwa durch Rücktritt, § 24 StGB, partiell auch durch Verjährung, §§ 78 ff StGB, dazu oben 10/22, u. a. m.) und wenn nicht Straffreiheit durch Umstände *jenseits des materiellen Rechts* erzwungen wird (oben 10/11 bis 14). Bestraft wird zur Erhaltung allgemeinen Normvertrauens, zur allgemeinen Einübung in Normanerkennung (oben 1/15). Nach diesem Strafzweck ist der Schuldbegriff nicht nur zukünftig auszurichten, sondern gegenwärtig der Sache nach schon ausgerichtet, soweit das Strafrecht überhaupt funktioniert, d. h. zur Stabilisierung der Ordnung beiträgt. Es geht also darum, daß aus dem Kreis der mannigfachen Bedingungen einer jeden rechtswidrigen Handlung ein Manko an rechtlicher Motivierung beim Täter als relevanter Grund zu benennen sein muß, wenn der Täter bestraft werden soll. Die Isolierung der nicht rechtlichen Motivierung als Grund des Konflikts erfolgt sukzessive über die Deliktsstufen[45b].

2 a) Zur Begründung einer (tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen) *Handlung* **19** wird ein psychophysisches System gebildet; der Output dieses Systems (Täter) ist Handlung, wenn er mit dem — unterstellten — dominanten Motiv zur Vermeidung ausbliebe. Der Bestand einer Handlung wird an die Macht der Motivation gebunden, weil sie dann wegen der Zuständigkeit des Täters für seine Motivation als sein eigener Sinnausdruck des Inhalts definiert werden kann, daß die Welt so sein soll und nicht anders (siehe oben 6/24). Im Rahmen des Handlungsbegriffs ist dabei ohne Belang, ob das Nicht-Vermeiden auf einem Manko an *rechtlicher* Motivierung beruht: Es gibt auch tatbestandslose oder gerechtfertigte oder in unvermeidbarer Unkenntnis des Verbots etc. vollzogene Handlungen.

Bei der *rechtswidrigen* Handlung steht fest, daß eine inhaltlich rechtliche Motivierung fehlt. Aber damit ist noch nicht ausgemacht, daß dieses Fehlen auch auf einem Manko an Rechtstreue beruht (d. h. auf einem vom Täter zu verantwortenden Mangel an rechtlicher Motivierung, oben 17/1): Dem Täter mag etwa die übertretene Norm unzugänglich sein oder ihre Befolgung unzumutbar[45c]. Der Grund für diese Trennung

---

weit, daß die Erklärung der Bedeutung von Zuschreibungen zu einer soziologischen Aufgabe stilisiert wird, während das Strafrecht auf die „anthropologischen Vorgegebenheiten" verwiesen wird (S. 184). Ist Zurechnung kein Begriff der Strafrechtswissenschaft mehr? — Siehe ferner *Jäger* Zurechnung S. 43 ff; *ders.* Henkel-Festschrift S. 125 ff, 134 f; *Figueiredo Dias* ZStW 95 S. 220 ff, 227; *SK-Rudolphi* Rdn. 1 ff vor § 19; *Lackner* Anm. III 4 vor § 13; *Maurach-Zipf* AT I § 30 Rdn. 49; *AK-Schild* §§ 20, 21 Rdn. 72 ff; *Bacigalupo* ZStW 92 S. 747 ff; *Sack* in: Handbuch der empirischen Sozialforschung Bd. XII S. 192 ff, 373 ff, 383 f; *Baurmann* in: Seminar: Abweichendes Verhalten Bd. IV S. 196 ff, 212 ff; *ders.* Folgeorientierung S. 24 ff und passim; *ders.* Zweckrationalität S. 253 ff und passim; *Bierbrauer* und *Haffke* in: Sozialwissenschaften im Studium des Rechts Bd. III S. 121 ff; *Beckmann* GA 1981 S. 337 ff, 353 ff; *Hassemer* Einführung § 22 IV Exkurs 2; *ders.* in: Schuld und Verantwortung S. 89 ff, 92; *ders.* Coing-Festschrift Bd. 1 S. 493 ff, 507, 522 f; *Lange* Jescheck-Festschrift S. 53 ff, 63; *Grasnick* Schuld S. 61 ff; *Amelung* in: Strafrechtssystem S. 85 ff, 97 ff; *Scheffler* Grundlegung S. 69 ff, 93 ff und passim.

[45a] Strafe wird hier im weiteren Sinn als jede förmliche, belastende Reaktion verstanden; im Grenzfall reicht schon die bloße Untersuchung der Tat, etwa beim absoluten Bagatelldelikt nach § 153 Abs. 1 StGB. — Beim Absehen von Strafe (im engeren Sinn) gemäß § 60 StGB tritt neben das Verfahren die eingetretene poena naturalis!

[45b] Der funktionale Schuldbegriff kann bei diesem Konzept nur über gleichfalls funktional gebildete Deliktsstufen entwickelt werden, wobei Einschränkungen auf *allen* Stufen aus aktuell dysfunktionalen, generell aber der Staatsdefinition (Rechtsstaat) konformen Maximen möglich sind; dazu *Naucke* Wechselwirkung S. 27 f Fn. 25.

[45c] *Schünemann* (in: Strafrechtssystem S. 153 ff, 177; siehe auch *Höffe* Rechtsprinzipien S. 217 ff, 232 f) behauptet, bei Taten mit typischerweise auftretenden Beweisschwierigkeiten, insbesondere zur subjektiven Tatseite, müsse nach dem hiesigen Konzept eine Verdachtsstrafe verhängt werden können, damit niemand eine solche Tat

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

von Norminhalt und Normanerkennung liegt darin, daß der Norminhalt als Gegenstand der Normanerkennung nicht zugleich ein Urteil über diese Anerkennung (d. h. über die Beziehung zu sich selbst) enthalten kann. Deshalb setzt die Norm die Möglichkeit ihrer Anerkennung voraus. Fehlt die Anerkennung, liegt Unrecht vor. Ob aber dieses Unrecht dem unrecht Handelnden anzulasten ist, entscheidet sich nach seiner Rechtstreue und ist das Problem der Schuld.

20 b) Bei der Frage nach der *Schuldhaftigkeit* der Handlung geht es darum, ob die rechtswidrige Handlung Ausdruck eines Mankos an Rechtstreue ist oder ob der Täter von der Rechtswidrigkeit seiner Handlung distanziert werden kann. Um das zu ermitteln, muß das psychophysische System anders gebildet werden als beim Handlungsbegriff. Während es beim Handlungsbegriff als Sache des Täters behandelt wird, wie er sich zur Vermeidung motivieren könnte, geht es bei der Schuld um die Bestimmung, welche motivationsrelevanten Faktoren zum Aufgabenkreis des Täters gehören und auf welche Faktoren der Täter als für ihn nicht verfügbar verweisen kann[45d].

Beispielhaft: Wenn ein Täter einen anderen Menschen tötet, weil er ihn haßt, so ist der Haß ein motivationsrelevanter Faktor. Könnte der Täter entschuldigend darauf verweisen, daß er nun einmal von Haß besessen gewesen sei, so müßte nach einer anderen Zuständigkeit für den gefährlichen Handlungsantrieb Haß gesucht werden. Aber nur in Ausnahmefällen besteht eine solche andere Zuständigkeit, und auch dann nur partiell. Wenn der Täter eines Totschlags ohne eigene Schuld vom Opfer zum Zorn gereizt und auf der Stelle zur Tat hingerissen wurde, so macht das Gesetz das Opfer selbst partiell zuständig, indem es die Schuld des Täters mindert (§ 213 StGB). Auch kann der Täter teilweise entschuldigt werden, wenn er vom Staat selbst oder von Personen, denen Autorität zukommen soll, in den Haß getrieben wurde, etwa von einem Unrechtsregime in den Haß gegen eine Minderheit; in diesen Fällen kann ein Teil der Verantwortung vom Täter auf die Verführer überbürdet werden, wenn diese als Verführer definiert werden können (siehe unten 19/9). Im Normalfall ist jedoch eine Verlagerung der Zuständigkeit für den Handlungsantrieb Haß ausgeschlossen; die Zuständigkeit muß individuell bleiben und kann nicht öffentlich werden[45e], da ubiquitäre Handlungsantriebe in einem politisch freiheitlichen System überhaupt nicht und selbst in einem anderen System nur sehr beschränkt öffentlich kontrollierbar sind.

21 3. Zur Bestimmung der Schuld ist also auszuhandeln, wie viele soziale Zwänge dem von der Schuldzuschreibung betroffenen Täter aufgebürdet werden können und wie viele störende Eigenheiten des Täters vom Staat und von der Gesellschaft akzeptiert

---

unter Spekulation mit der Beweisnot begehe. Dieses Argument aus der Klamottenkiste der Diskussion um den Utilitarismus trifft allenfalls die negative Generalprävention und selbst diese kaum: Im Maß der Gefahr, sowieso (auch auf Verdacht) bestraft zu werden, sinkt das spezifische Risiko, gerade wegen einer bösen Tat bestraft zu werden; *Vanberg* Verbrechen S. 9 f.

[45d] *Köhler* Bewußte Fahrlässigkeit S. 373 ff, 376 wendet ein, der funktionale Schuldbegriff kenne „nicht einmal die Frage, wie denn die Sanktion aus dem Willenssubjekt selbst — in seiner berechtigten Selbstzweckhaftigkeit — mit zu begründen sei"; abgeschwächt auch *Herzog* Prävention S. 51 ff, 130 ff und passim. Demgegenüber sei auf Schuld als ein „selbstbegründeter Selbstwiderspruch" abzustellen (auch *ders.* Lackner-Festschrift S. 11 ff, 30 ff). — Zur Selbstzweckhaftigkeit siehe 1/20 und 17/48 a. E. Was die Selbstbegründung eines Selbstwiderspruchs angeht, so handelt es sich um eine treffende Formulierung *einer* Hälfte des Problems: Unberücksichtigt bleibt der Widerspruch gegen die Erwartungen eines *Anderen*. Bei solchen Harmonieannahmen erübrigt sich die Lösung derjenigen Probleme, die *heteronome* Normen mit sich bringen. Zudem: Auch wer auf einen Selbstwiderspruch abstellt, kommt um die normative Konstruktion eines Subjekts nicht herum; denn dieses kann sich offenbar nicht darauf berufen, ein Selbst-im-Wandel zu sein, sondern wird entgegen seiner Faktizität konstant gedacht. — Siehe auch oben 1/Fn. 24 und 9/Fn. 7.

[45e] „Keine That hat eine Vergangenheit", F. Nietzsche Menschliches, Allzumenschliches Bd. II 2. Abtheilung, Nr. 28.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

oder von Dritten — auch vom Opfer selbst — getragen werden müssen[46]. Was dabei herauskommt, richtet sich vorweg nach dem herrschenden Bild von denjenigen Bedingungen, die für den Bestand des ganzen Systems und seiner wesentlichen Subsysteme unverzichtbar sein sollen[46a]. Dazu kann freilich auch Toleranz gegenüber störenden individuellen Eigenheiten gehören.

Wiederum beispielhaft: Wie ein Verbotsirrtum zu behandeln ist, hängt nicht nur von den Vorstellungen über den psychischen Vorgang einer Verbotsbefolgung ab, sondern auch vom Verständnis des Legitimationsgrunds des Verbots. Ist Legitimationsgrund, daß jeder Gutwillige das Verbot unmittelbar als vernünftig einsieht, so ist der Täter um so böswilliger, je stärker er irrt; der Irrtum indiziert die falsche Haltung zum Recht (siehe unten zum „strafrechtlichen" Irrtum in der Rechtsprechung des Reichsgerichts 19/3 f). Ist Legitimationsgrund aber positivistisch die — inhaltlich wandelbare — Setzung des Verbots im vorgesehenen Verfahren, so mag der Irrtum — etwa bei umfassender Publikation der Norm — eine rechtsgleichgültige Haltung indizieren, je nach der Lage aber auch gerade das Gegenteil, also Normtreue, scil. wenn der Täter, statt der noch unbekannten neuen Regelung zu folgen, sich brav nach der alten richtet. Eine Akzeptation der Norm ihres Inhalts und nicht ihrer Setzung wegen kann bei diesem Legitimationsgrund sogar stören, da sie die Änderbarkeit behindert. Die Behandlung des Verbotsirrtums hängt zudem davon ab, ob die Norm nicht nur äußere Befolgung, sondern innere Akzeptation verlangt, etwa weil der Normzweck nur über die Gewissenhaftigkeit der Motivation zu erreichen ist: Ist letzteres der Fall, so wird die individuelle Gewissenhaftigkeit zur Bestandsbedingung des gesamten Systems. Insbesondere aus diesem Grund ist in Systemen, die nur bei innerer Akzeptation der Normen bestehen können, Toleranz gegenüber einem Täter aus irrendem Gewissen mit dem Anspruch verträglich, den Norminhalt objektiv festzulegen: Das gewissenhaft Falsche trägt nicht weniger positiv zu bewertende Merkmale als das nur äußerlich vollzogene Richtige.

4. Was Schuld ist, hängt in dem Maß von der jeweiligen Verfassung der Gesellschaft **22** ab, in dem auch der Bestand des Unrechts davon abhängig ist. Was Schuld in einem allgemeinen Sinn ist, läßt sich deshalb allenfalls rahmenmäßig benennen; Konkretisierungen sind allein unter Bezug auf ein einigermaßen genau umrissenes soziales System möglich. Aber auch innerhalb eines umrissenen Systems ist der Inhalt von Schuld nur so genau bestimmt, wie der Strafzweck genau bestimmt ist. Hier stellen extreme Positionen nicht einmal auf ein Manko an Rechtstreue ab. Aber auch im Bereich der heute vertretenen Konzepte macht es einen Unterschied, ob man nach einem Defekt fragt, der

---

46 Wenn es sich im gesellschaftlichen Zusammenhang als vorteilhaft darstellt, wird der Täter schon aufgrund objektiver Zurechnung (oder gar bloßer Bruchstücke objektiver Zurechnung) bestraft. Das hiesige Konzept erklärt die Möglichkeit auch solcher verkümmerter Zurechnung (wie auch eine Erweiterung möglich bleibt); daß es diese Verkümmerung gibt (etwa in der strict liability des angelsächsischen Rechts) bestätigt die Notwendigkeit eines solchermaßen umfassenden Konzepts (*a. A. Burkhardt* GA 1976 S. 321 ff, 338; *Schöneborn* ZStW 92 S. 682 ff, 688 f; *Schünemann* in: Strafrecht S. 147 ff, 158). — Zu grundlegenden Strategien des Zuschiebens und Abschiebens von Verantwortung aus sozialwissenschaftlicher Sicht siehe *Schild* JZ 1980 S. 597 ff unter zutreffender Hervorhebung der Dynamik des Vorgangs S. 598. — Schuldzuschreibung heißt nicht, eine vor der Zuschreibung schon irgendwo vorhandene Schuld werde verteilt (eine solche Annahme wäre ein ontologisierendes Mißverständnis; so freilich *Schmidhäuser* Jescheck-Festschrift S. 485 ff, 501 f), sondern daß durch die Zuschreibung die Schuld zur Entstehung gebracht wird. Zuschreibung ist allerdings nicht der äußerliche Vorgang des richterlichen Schuldspruchs, sondern die ideale Bezogenheit des Gesetzes auf den Einzelfall. — Zwischen Zuschreibung und gesellschaftsunabhängigem Faktum schwankend auch *Oswald* GA 1987 S. 147 ff.

46a Diese Aussage in pejorativer Wendung ist der Tenor bei *Kargl* Kritik S. 198 ff, 388 ff, 433, 435.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

pro futuro beim Täter, also spezialpräventiv, zweckvoll beseitigt werden soll, oder nach einem Defekt, der bei ubiquitärer Verbreitung unerträglich wäre, also generalpräventiv anzugehen ist. Wiederum anders ist im Bereich der schuldvergeltenden Konzepte zu verfahren, bei denen es um Vorwerfbarkeit gehen soll, was freilich ohne Präzisierung ein nur vager Bezug auf die Notwendigkeit ist, überhaupt auf einen Normbruch zu reagieren.

Der Schuldbegriff ist deshalb *funktional* zu bilden, d. h. als *Begriff, der eine Regelungsleistung nach einer bestimmten Regelungsmaxime (nach den Erfordernissen des Strafzwecks) für eine Gesellschaft bestimmter Verfassung erbringt*[46b]. Der Strafzweck ist nach der hier entwickelten Konzeption positiv generalpräventiver Art; es geht um die Erhaltung allgemeiner Normanerkennung (nicht um Abschreckung).

B. Die Irrelevanz der Willensfreiheit

23 1. Zur Bestimmung von Schuld müssen diejenigen motivatorischen Gründe der rechtswidrigen Handlung benannt werden, für die der Täter als zuständig angesehen werden muß, wenn aufgrund des Normbruchs nicht die Erwartung leiden soll, die Norm sei allgemein verbindlich. Damit gehört zur Beschuldigung (oder zum Verzicht darauf) eine sozialpsychologische Plausibilität der Art, daß eine *allgemeine* Bereitschaft besteht, in einer Situation, in der sich der Täter befindet, Verantwortung zu akzeptieren (oder auf sie zu verzichten).

Diese Bereitschaft beruht auf der Erträglichkeit des Umfangs von Verantwortung und besteht unabhängig von Annahmen darüber, ob der Täter bei seiner Tat mit einem freien Willen begabt ist[47]. Auch ein Determinist kann darin einstimmen, daß es zur Verteilung von Verantwortung keine Alternative gibt, soweit die Ordnung überhaupt erhalten werden soll. Wenn verbreitet Willensfreiheit als Voraussetzung jeder Schuld postuliert wird[48] oder in einer abgeschwächten Version Willensfreiheit zumindest als

---

[46b] Wenn man vom Funktionieren der Gesellschaft schlechthin nichts weiß, läßt sich dieses Konzept freilich nicht handhaben; so die Kritik bei *Schünemann* in: Strafrechtssystem S. 153 ff, 180 ff. Aber dann läßt sich — man weiß nichts! — die Notwendigkeit von Strafe zum Erhalt der Gesellschaft überhaupt nicht mehr begründen, was *Schünemann* aaO S. 187 ff vernachlässigt.

[47] *Jakobs* in: Aspekte der Freiheit S. 69 ff; *Achenbach* in: Grundfragen S. 135 ff, 148 ff; *Streng* ZStW 101 S. 273 ff, 297 ff; *Moos* Pallin-Festschrift S. 283 ff, 290 ff; ähnlich *Roxin* ZStW 96 S. 641 ff, 651 (Schuld soll davon abhängen, „ob es teleologisch angemessen ist, daß der Mensch als frei und verantwortlich behandelt wird"); — dagegen *Griffel* ZStW 98 S. 28 ff; *ders.* GA 1989 S. 193 ff; von einem Scheinproblem spricht *AK-Schild* Rdn. 52 vor § 13.

[48] BGH 2 S. 194 ff, 200 f; *Lange* in *Frey* (Hrsg.) Schuld S. 277 ff; *ders.* SchwZStr. 70 (1955) S. 373 ff; *LK-Lange* §§ 20 f Rdn. 7 f; *Lange* Jescheck-Festschrift S. 53 ff, 62; *Dreher* Willensfreiheit S. 379 ff, 395 ff (mit eingehendem Referat des Meinungsstands S. 11 bis 59); Darstellung der einzelnen Varianten des Ansatzes bei *Lackner* Kleinknecht-Festschrift S. 245 ff, 250 ff. — *Tiemeyer* will sich mit einer „relativen Freiheit" als Schuldvoraussetzung begnügen (ZStW 100 S. 527 ff, 543 ff; *ders.* GA 1986 S. 203 ff, 223 f), worunter er die Abwesenheit von empirisch faßbaren Hindernissen (äußerer Zwang, Geisteskrankheit u. a. m.) versteht. Hinter dieser negativ-bescheidenen Formulierung lauern jedoch positive Annahmen (deutlich etwa bei *Tiemeyer* ZStW 100 S. 561 f), die nicht, und erst recht nicht auf der Ebene des Empirischen, begründet werden. — Zur Voraussetzung der Willensfreiheit für Strafe im 19. Jahrhundert eingehend *Holzhauer* Willensfreiheit. — Höchst spekulativ versucht *Schünemann* in: Strafrechtssystem S. 153 ff, 163 ff, 167 mit sprachtheoretischen Überlegungen „zumindest für das europäische Strafrecht" die „Existenz (!) der menschlichen Willensfreiheit" zu begründen; auch *ders.* GA 1986 S. 293 ff, 294 ff; *ders.* in: Strafrecht S. 149 ff, 151 ff. Abgesehen davon, daß *Schünemann* den Sprachhintergrund verschleiert läßt, wird dabei verkannt: Die Trennung von Organisationseinheiten durch die Trennung von Aktiv und Passiv, Subjekt und Objekt etc. indiziert zwar Zuständigkeiten (und um solche geht es), ergibt hingegen nichts strafrechtlich Verwertbares für die Freiheit der jeweiligen Organisationseinheit.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

generelle Schuldvoraussetzung, wobei freilich eingeräumt wird, daß sich die Willensfreiheit im Einzelfall nicht feststellen läßt[49] (es soll im Einzelfall auf ein generalisiertes „Können" ankommen), so ist *dieser Begriff, der ja keine soziale Dimension hat,* nur nötig, wenn mit dem Schuldurteil nicht allein ein sozialer Effekt erreicht werden soll, sondern auch eine Abwertung des Individuums („Vorwerfbarkeit")[49a]. Bei einer Beschränkung auf die Sicherung der sozialen Ordnung geht es bei der Schuld nicht darum, ob der Täter real und nicht nur in normativer Bestimmung eine individuell vollziehbare Verhaltensalternative hat, sondern ob es zur Zurechnung zum Täter eine Organisationsalternative gibt, die generell vorzugswürdig ist. Fehlt eine Organisationsalternative, so wird dem Täter eine Verhaltensalternative zugeschrieben und deren Nichtgebrauch angelastet. *Kohlrauschs* berühmtes Wort, das individuelle Können bei der Schuld sei eine „staatsnotwendige Fiktion"[50], ist also dahin abzuwandeln, daß das Können, so man darauf abstellen will, eine normative Konstruktion ist.

24 2. Freilich gibt es auch nach dem hiesigen Konzept eine Beziehung zwischen Verantwortung und Freiheit; denn was vom Täter zu verantworten ist, bedarf in dem Maß, in dem es zu verantworten ist, keiner Überwachung durch andere Personen. Wer für seine falsche Motivation einzustehen hat, kann den Einfluß anderer Personen auf seine Motivation mit dem Hinweis auf seine Verantwortung zurückweisen. Der Bereich, in dem man schuldig werden kann, ist also zugleich ein Freiraum für Selbstbestimmung, diese nicht im Sinn einer Willensfreiheit, sondern im Sinn eines Fehlens rechtlich relevanter Hindernisse für eigene Organisationsakte.

25 3. Der Zweckbezug der Schuld läßt sich auch nicht dadurch umgehen, daß unter Verzicht auf eine Stellungnahme zur Willensfreiheit (oder sogar bei deterministischem Ansatz[51]) nur noch danach gefragt wird, ob eine maßstabgerechte, durch Generalisierungen bestimmte Person in der Lage des Täters anders hätte handeln können[52]. Diese

49 *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 127 ff, 129; *ders.* JZ 1967 S. 553 ff, 558 f; *ders.* Wassermann-Festschrift S. 889 ff, 893 („der Täter wird verglichen mit einem aus unserem Erfahrungswissen gebildeten Konstrukt"); *ders.* Jura 1986 S. 225 ff, 226 ff; *ders.* Fundamenta Psychiatrica 1988 S. 146 ff; *Welzel* Strafrecht § 20 I 3, § 21 1. Teil 1; *ders.* Engisch-Festschrift S. 91 ff, 101; *ders.* ZStW 60 S. 428 ff, 449 ff (scharf gegen *Welzels* Position aus philosophischer Sicht *Pothast* Unzulänglichkeit S. 329 ff); *Mangakis* ZStW 75 S. 499 ff, 516 ff; *Lenckner* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 3 ff, 13 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 110 vor § 13; *Otto* GA 1981 S. 481 ff, 486; *SK-Rudolphi* Rdn. 1 vor § 19; *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 25 ff; *Henkel* Larenz-Festschrift S. 3 ff, 24 f; *Jescheck* AT § 37 I 2 a und b; *LK-Jescheck* Rdn. 66 f vor § 13; *Stratenwerth* AT Rdn. 513; *ders.* Tatschuld S. 31; *Bockelmann* ZStW 75 S. 372 ff; — siehe dazu auch unten zur Schuldfähigkeit 18/27.

49a Siehe auch *Baratta* in: Philosophie S. 267 ff, 277 f; *Kargl* Kritik S. 433 ff und passim.

50 Güterbock-Festgabe S. 1 ff, 26.

51 Den Versuch einer Vereinigung von Determinismus und nicht-generalisierendem Ansatz unternimmt *Engisch* (Lehre von der Willensfreiheit passim; *ders.* MonSchrKrim. 1967 S. 108 ff; siehe auch *Quambusch* JA 1987 S. 68 ff, 71 f). Anders handeln kann nach *Engisch* derjenige, bei dem „die Möglichkeit vorhanden ist, daß er nach erlittener Strafe anders handelt" (Lehre von der Willensfreiheit S. 25, 55). Zumindest im geltenden Recht findet das Postulat eine Koinzidenz von (möglicher) Strafempfänglichkeit und Schuld keine Stütze.

52 *Krümpelmann* ZStW 88 S. 6 ff, 12; *ders.* GA 1983 S. 337 ff (wobei die „Aporie der Willensfreiheit" zur Verwirklichung des „Rehabilitationsgedankens" zwingen soll, aaO S. 342, 360); *Nowakowski* Rittler-Festschrift S. 55 ff, 70; *Haffke* GA 1978 S. 33 ff, 45; *Schreiber* Nervenarzt 48 (1977) S. 242 ff, 245 mit dem Zusatz, es gehe „empirisch-pragmatisch" nur um die Schuld „als Fehlgebrauch eines Könnens, das wir uns wechselseitig praktisch zuschreiben". Das entspricht wahrscheinlich mehrheitlicher Ansicht, auch wenn Deterministen sich nicht notwendig gegenseitig ein Können zuschreiben, wäre aber, allein genommen, ein Verzicht auf die Erhellung der Gründe und Grenzen dieser wechselseitigen Zuschreibung. Als Grund nennt *Schreiber* schiere Notwendigkeit für die Gesellschaft (in: Begutachtung S. 3 ff, 7: „. . . soll das Zusammenleben nicht zu einem Chaos werden . . ., so bedarf es der Steuerung des Verhaltens mittels sozialer Normen"); *so* gesehen *ist* Schuld Zuschreibung von Zuständigkeit, und es geht um den funktionalen Begriff von Schuld, den *Schreiber* freilich nicht gelten lassen will (aaO S. 9). Siehe ferner *ders.* Rechts-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Generalisierung funktioniert nur, wenn unter der Hand ein Zweckbezug eingeführt wird; denn ansonsten läßt sich überhaupt nicht ausmachen, was generalisiert und was individualisiert nach der Täterlage zu nehmen ist. Kraß: Eine generalisierte Person mit nun einmal überwiegenden Tatantrieben (also motivatorisch in der Lage des Täters) vollzieht die Tat per Definition. Natürlich will diese Lehre gerade umgekehrt die motivatorische Lage des Täters durch eine generalisiert bestimmte Lage ersetzt denken; der Grund dafür und die Grenzen dieses Verfahrens ergeben sich aber einzig aus Strafzweckerwägungen.

C. Beispielhafte Fallgruppen

26 Die Abhängigkeit der Schuld vom Strafzweck wird bei der Darstellung der einzelnen Schuldkomponenten und der Entschuldigungen noch zu detaillieren sein. Die folgenden Beispiele betreffen Grundprobleme der Schuldmaßbestimmung[53].

1. Eine besonders deutliche Abhängigkeit der Schuld vom Strafzweck zeigt sich bei der Bestimmung der Schuld von *Gewohnheitstätern.* Ein psychologisierend verstandenes individuelles Können ist bei Gewohnheitsdelinquenten zumindest eingeschränkt; denn es ist schwerer, eine Gewohnheit preiszugeben, als sie nicht erst zu erwerben. Trotzdem kennt das geltende Recht keine Schuldminderung wegen Gewohnheit, sondern urteilt in § 46 Abs. 2, 5. Gruppe StGB gegenläufig: Eine kriminelle Karriere *be*lastet[54]. Diese Lösung wird teils als Verstoß gegen das Schuldprinzip beurteilt[55]; teils wird der Schuldbegriff um Charakterschuld[56] oder Lebensführungsschuld erweitert[57]. Speziell zur Regelung des Rückfalls in § 48 StGB a. F.[57a] wird versucht, erhöhte Schuld aus dem Erlebnis von Strafwürdigkeit bei der Aburteilung der Vortaten herzuleiten[58] oder aber die Vorschrift auf Fälle eines „Warneffekts"[58a] oder „geschärfter Verbotskenntnis"[59] zu beschränken oder haltlose und willensschwache Rückfalltäter von der Schärfung auszunehmen[60] und dadurch eine Harmonisierung mit der Schuld zu erreichen. — Das sind naturalistische Mißverständnisse normativer Daten[60a]. Da es nicht toleriert werden kann, wenn hohe Intensität von Delinquenz mit Nachsicht honoriert wird, bleiben die Erschwernisse der Rechtsbefolgung, die Vortaten mit sich bringen mögen, Sache des Täters, mindern also die Schuld nicht. Nicht das Faktum der psychischen Verfassung des Täters interessiert, sondern die Zuständigkeit für das faktisch bei

---

wissenschaft S. 281 ff, 289; *ders.* Richterakademie-Festschrift S. 73 ff, 78; ähnlich *Maiwald* Lackner-Festschrift S. 149 ff, 165 f; *Albrecht* GA 1983 S. 193 ff, 215 f. — Siehe schon *Dohna* ZStW 66 S. 505 ff, 508; *Kohlrausch* Güterbock-Festgabe S. 3 ff; — je nach der Verwendung des Schuldbegriffs in unterschiedlichem Maß generalisierend *Zipf* JurBl. 1980 S. 186 ff, 193 ff. Gegen solche Konzepte *Schünemann* in: Strafrecht S. 147 ff, 149 f.

53 Dazu *Jakobs* Schuld und Prävention S. 15 ff.

54 Die Grenze der Belastung bestimmt das Gesetz nach der Reichweite der Warnfunktion der Vorstrafen; dazu BVerfG NJW 1979 S. 1037 ff, 1038. — Treffend zur Problematik *Nowakowski* Grundzüge S. 66; *ders.* Rittler-Festschrift S. 55 ff, 69.

55 *Jäger* MonSchrKrim. 1978 S. 297 ff, 309; *Haffke* GA 1978 S. 33 ff, 49 f; *Pfeiffer* Blau-Festschrift S. 291 ff, 297 ff (was eine *generelle* Belastung angeht); wohl auch *Stratenwerth* Tatschuld S. 18 f; eher wie hier (Zustandsschuld) *Moos* Pallin-Festschrift S. 283 ff, 289.

56 *Engisch* Lehre von der Willensfreiheit S. 48 ff.

57 *Welzel* Strafrecht § 20 II Eingang.

57a Aufgehoben durch Art. 1 Nr. 1 23. StrÄndG vom 13. 4. 1986, BGBl. I, 393.

58 *Maurach* AT[4] § 64 II A.

58a OLG Hamm GA 1985 S. 278 f, 279.

59 *Hillenkamp* GA 1974 S. 208 ff, 215.

60 *Bindokat* ZStW 71, S. 281 ff, 287 f; *Hanack* in: Programm S. 100 ff, 110; *Köhler* JZ 1989 S. 697 ff, 698 f.

60a Umgekehrt: § 48 StGB a. F. verschleiere normativ die psychischen Befunde, *Haffke* in: Strafrechtssystem S. 197 ff, 212; ähnlich („frei gewählte Zuschreibung") *Walter* GA 1985 S. 197 ff, 200; *ders.* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 493 ff, 500 f, 505 f; so auch für eine Schärfung nach § 46 Abs. 2 StGB *Geiter* ZRP 1988 S. 376 ff, 380.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

intensiver Delinquenz nun einmal erhebliche Manko an Rechtstreue. Das läßt sich erst ändern, wenn andere Möglichkeiten zur Abarbeitung intensiver Delinquenz effektiv zur Verfügung stehen[61] oder wenn die Haltlosigkeit und damit Unmaßgeblichkeit des Rückfalltäters zumindest bei einzelnen Fallgruppen demonstriert werden kann.

27 2. Ob die *Tatsituation,* deren Verlockungen der Täter unterliegt, wegen ihrer tatanreizenden Gestalt die Schuld mindert, läßt sich nicht nach dem Maß des Reizes, sondern nur nach der Zuständigkeit für die Reizwirkung beurteilen[61a]. Hat der die Situation Gestaltende überhaupt keine Alternative oder ein plausibles Interesse an der anreizenden Gestaltung, so ist die Verarbeitung des Reizes Sache des Täters. Beispiel: Die Leichtigkeit des Zugriffs auf fremdes Eigentum mindert die Schuld nicht, wenn der Eigentümer Grund hat, keine Sicherungen zu installieren oder zu Sicherungen nicht in der Lage ist (arg. § 243 Abs. 1 Nr. 6 StGB). Geschieht die anreizende Gestaltung der Situation jedoch durch Willkür desjenigen, der über das betroffene Gut verfügungsberechtigt ist, so trägt er die „Kosten" in Form einer abgeschwächten strafrechtlichen Garantie. Beispiel: Wer einen anderen grundlos beleidigt, muß sich die verbalen oder körperlichen Gegenattacken (auch) selbst zurechnen (§§ 199, 233 StGB).

28 3. *Sozialisationsdefekte* können einen Täter nur entlasten, wenn bessere Sozialisationsbedingungen verfügbar sind oder die Sozialisation des Täters als „Ausreißer" im verfügbaren System definiert ist. Andernfalls würde die Definition der Vita des Täters als Fehler die ganze Ordnung in Frage stellen: Die Schuldminderung würde die Instanz desavouieren, die mindert; das System wäre in sich widersprüchlich[62]. Bei der Schuld geht es also um die Verteilung der Verantwortung zwischen (Sub-)Systemen; jedes Schuldurteil schreibt erneut den Beitrag fest, der von (Sub-)Systemen zur Erhaltung der Ordnung zu leisten ist.

D. Die Bedeutung des Schuldgrundsatzes für die Strafbegründung und das Strafmaß

29 1. Der nach allgemeiner Ansicht verfassungsrechtlich fundierte Grundsatz nulla poena sine culpa *(Schuldgrundsatz)* besagt bei dieser Lage nicht mehr, als daß „Tatbestand und Rechtsfolge in einem sachgerechten Verhältnis zueinander stehen" müssen[63], d. h. die Zurechnung zum Täter muß notwendig sein, weil die Möglichkeit einer Erledigung des Konflikts ohne Bestrafung des Täters ausscheidet. Auch das Maß der Schuld wird durch das Erforderliche limitiert[64]. Insbesondere ist der Inhalt von Schuld nicht dem Recht ohne Blick auf die sozialen Zustände vorgegeben[65]. Der Schuldgrundsatz garantiert aber, daß die einzelnen Entscheidungen zur Schuld nicht hinter dem System von Entschuldigung und Beschuldigung zurückbleiben dürfen, das ansonsten praktiziert wird. Es ist deshalb ein Sonderfall des Willkürverbots.

---

61 Siehe *Jakobs* Schuld und Prävention S. 26 mit Fn. 76.

61a Siehe *Walter* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 493 ff, 498, 503.

62 *Jakobs* Schuld und Prävention S. 25 ff; *ders.* in: Sozialtherapie S. 127 ff, 130 ff; — ohne Blick für die Konsequenzen einer nur psychologisierenden Betrachtung bei Sozialisationsdefekten *Schöneborn* GA 1975 S. 272 ff, 275 f, 277.

63 BVerfG 20 S. 323 ff, 331; ferner BVerfG 6 S. 390 ff, 439; 9 S. 167 ff, 169; 23 S. 127 ff, 132; 25 S. 269 ff, 285 f; 28 S. 386 ff, 391; 45 S. 187 ff, 253.

64 Im Ergebnis ebenso *Warda* ZStW 71 S. 252 ff, 260 f; *Dürig* in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz* GG Art. 1 Abs. 1 Rdn. 32; — man mag zudem unter den Schuldgrundsatz fassen, daß überhaupt ein Konflikt vorliegt (*Schmidhäuser* AT 5/36); dieses Problem betrifft jedoch primär das materielle Unrecht: Schon das *Verbot* ist, wenn es überflüssig ist, verfassungswidrig.

65 Einzelheiten sind streitig; überwiegend wird der Inhalt wohl fixiert verstanden, wobei sich psychologisierende und normative Überlegungen unklar überschneiden; siehe *Sax* in: Grundrechte Bd. III (2) S. 909 ff, 936; *Stree* Deliktsfolgen S. 51, 55; *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 116 ff; *ders.* Lange-Festschrift S. 27 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Auch für das Strafmaß bringt der Schuldgrundsatz nichts über das Willkürverbot hinaus. Er garantiert also, daß der Standard vergleichbarer Fälle verbindlich ist. Da es beim Standard um die Einübung in Normanerkennung geht, fallen damit Erwägungen zur Notwendigkeit allgemeiner Abschreckung (oder zu deren Fehlen) ebenso hinaus wie zur Notwendigkeit von Spezialprävention (oder zum Fehlen davon). Auch die diversen Möglichkeiten zur Abwertung des Täters nach allerlei ethisierenden oder moralisierenden Maßstäben bringen für das Schuldmaß nichts, wenn die Abwertungen sich nicht in ein Manko an Rechtstreue ummünzen lassen[66].

30 2 a) Es ist überhaupt zu bestreiten, daß eine zweckfrei verstandene Schuld nach geltendem Strafrecht in einer zumindest rahmenmäßig fixierbaren Relation zu einem Strafmaß steht[66a]. Als die Strafrahmen des geltenden Rechts festgelegt wurden, war längst anerkannt, daß Strafe einem Schuldausgleich allenfalls im Rahmen des präventiv Erforderlichen gilt. Das Strafensystem ist also keine Spiegelung einer zweckfrei verstandenen Schuld, sondern einer längst präventiv limitierten „Schuld". Innerhalb dieses Systems auftauchende Ungleichheiten der Strafe bei gleich scheinender Schuld können stets mit dem Argument erklärt werden, die geringere Strafe werde durch präventive Abstriche vom Schuldentsprechenden bestimmt[67].

31 b) Die umstrittene Frage, ob die Strafe auch hinter dem Schuldangemessenen zurückbleiben darf, ist nach der hiesigen Konzeption zu verneinen. Da die schuldadäquate Strafe per Definition die zur Normstabilisierung erforderliche Strafe ist, wäre der Verzicht auf schuldadäquate Strafe eine Preisgabe des strafrechtlich Erforderlichen. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber im Interesse übergreifender Ziele in Einzelfällen die generelle Normstabilisierung hinter anderen Effekten, insbesondere der Erziehung des Täters oder der Vermeidung von Sozialisationsschäden durch Strafe, zurücktreten läßt, wie es z. B. in § 67 Abs. 1, 5 Satz 1 StGB radikal geschieht und deutlich bei der Ermöglichung von Strafaussetzung etc. (siehe §§ 47, 56, 57, 59 StGB). Auch mag in Einzelfällen zur Normstabilisierung die förmliche Feststellung des Konfliktgrunds genügen (so etwa bei den §§ 49 Abs. 2, 60 StGB[67a]).

32 c) Nach der üblichen Lehre einer angeblich zweckfrei zu verstehenden Schuld müßte sich die Frage nach dem Verhältnis von Schuld und Mindeststrafe in der seltsamen Gestalt stellen, ob auch Strafe zu verhängen sein soll, die zur Förderung des Zusammenlebens der Menschen nichts beiträgt. Einer so seltsamen Frage (kraß: Eine bejahende Antwort wäre schon aus Kostengründen absurd) gilt freilich der Streit nicht; vielmehr geht es um die Alternative, ob — wie insbesondere die neuere Rechtsprechung meint[68] — nur durch eine Bindung an die Schuld „auf gerechte Weise der Zweck (sic!) des Gesellschaftsschutzes erreicht werden kann"[69] oder aber ob dieser Zweck eine Unterschreitung des schuldadäquaten Maßes zuläßt[70] oder im Einzelfall nachrangig

---

66 Ebenso, freilich von einem zweckfrei verstandenen Schuldbegriff her, *Stratenwerth* Tatschuld S. 36.

66a Insoweit übereinstimmend *Schünemann* in: Strafrechtssystem S. 153 ff, 189 f; *ders.* in: Strafrecht S. 147 ff, 159 f.

67 Siehe dazu *Jakobs* Schuld und Prävention S. 4; *Bierbrauer* und *Haffke* in: Sozialwissenschaften im Studium des Rechts Bd. III S. 121 ff, 162 ff; zum Fehlen einer festen Relation zwischen Schuld und Strafe immer noch grundlegend *v. Liszt* ZStW 3 S. 1 ff, 24.

67a Siehe *Bergmann* Milderung S. 73 ff.

68 BGH 24 S. 132 ff, 134; 29 S 319 ff mit Nachweisen weiterer Entscheidungen des BGH; BGH JZ 1976 S. 650; OLG Hamm NJW 1977 S. 2087 f.

69 *Jescheck* AT § 4 I 3; *LK-Jescheck* Rdn. 65 vor § 13; *Bruns* Welzel-Festschrift S. 739 ff, 746; *ders.* Leitfaden S. 76 (siehe auch *ders.* Strafzumessungsrecht S. 307, 317); *Schaffstein* Gallas-Festschrift S. 99 ff, 105; *Horn* Bruns-Festschrift S. 165 ff, 175 ff; *SK-Horn* § 46 Rdn. 12 ff; *Maurach* Aufgaben S. 5 ff, 15.

70 So § 59 Abs. 2 AE; — zum geltenden Recht siehe *Grünwald* ZStW 82 S. 250 ff, 253; *Horstkotte* JZ 1970 S. 122 ff, 124; *Lackner* Entwicklungen S. 23 ff; *Marquardt* Aspekte des Vikariierens S. 158; *Roxin* Schultz-Festgabe S. 463 ff, 473 ff;

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

sein kann. — Geht man mit der üblichen Lehre von einem zweckfrei verstandenen Schuldbegriff aus, so garantiert nichts, daß eine danach bestimmte Schuld auch nur in der Regel mit dem zum Gesellschaftsschutz Erforderlichen harmoniert. Ein so bestimmter Schuldbegriff kann also für die Strafuntergrenze nichts hergeben.

3. Bedenken gegen die Tauglichkeit der Schuld zur Erfüllung der strafrechtlichen **33** Funktion haben zu Versuchen geführt, eine zweckfrei verstandene Schuld als bloße *Limitierung* präventiv zu begründender Strafe zu nutzen[71]. Auch abgesehen davon, daß eine zweckfreie Schuld kein Maß gibt, beschränkt sich die Funktion der Schuld aber so lange nicht auf eine Limitierung, wie ohne sie überhaupt nicht gestraft wird[72]. Dieser Lösungsweg, auf dem die schädlichen Folgen der Benutzung eines funktional abgelebten Instituts abgewendet werden sollen, ist also nicht gangbar.

E. Tatschuld und Lebensführungsschuld

1. Üblicherweise werden Tatschuld und Lebensführungsschuld gegenübergestellt. **34** Die Differenz der Begriffe soll folgendermaßen zu verstehen sein: Nach der Lehre von der alleinigen Relevanz der Tatschuld soll es sich bei der Schuld um die zurechnende Verbindung zwischen dem Täter im Augenblick der Tat und ebender Tat handeln[73]. Demgegenüber geht eine Variante der Lebensführungsschuld[74] — angeregt durch § 20 a StGB a. F. (Strafschärfung für „gefährliche Gewohnheitsverbrecher") wie durch Probleme der Begründung von Schuld bei unbewußter Fahrlässigkeit[75,76] — davon aus, der Grund einer Tat könne weniger im aktuellen Können bei der Tat zu finden sein als in einer vorangegangenen verfehlten Lebensgestaltung[77]. Weitere Bemühungen um den Begriff Lebensführungsschuld haben dann der Trennung von (für die Schuld irrelevanter) unvermeidbarer und (schulderheblicher) vermeidbarer Lebensgestaltung

---

Arthur Kaufmann Wassermann-Festschrift S. 889 ff, 890; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 18 a vor § 38; *Zipf* Kriminalpolitik § 4, 2.22.

71 So § 2 Abs. 2 und § 59 Abs. 2 AE; *Roxin* JuS 1966 S. 377 ff, 384 f; *ders.* MonSchrKrim 1973 S. 316 ff, 318 ff, 323 f; *ders.* SchwZStr. 104 (1988) S. 365 ff, 367; dazu *Jakobs* ZStW 101 S. 516 ff, 535 ff.

72 *Arthur Kaufmann* JZ 1967 S. 553 ff, 555; *Jakobs* Schuld und Prävention S. 3 ff; *Schünemann* in: Strafrechtssystem S. 153 ff, 162; siehe auch *Maurach-Zipf* AT I § 30 Rdn. 51.

73 *Binding* Normen Bd. II (1) S. 283; *Baumann-Weber* AT § 23 III 1 a ; *SK-Rudolphi* Rdn. 3 f vor § 19; *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 254 ff, 263 ff, 279; *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 187 ff; *LK-Jescheck* Rdn. 68 vor § 13; *Jescheck* AT § 38 IV 3 (mit erheblichen Einschränkungen); *Müller-Dietz* Grenzen S. 62; *Schmidhäuser* AT 10/11 f; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 105 f vor § 13; *Lenckner* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 3 ff, 40 ff; *Stratewerth* Tatschuld S. 6 ff; *Maurach-Zipf* AT I § 35 Rdn. 10 ff; *Zipf* Kriminalpolitik § 4, 2. 12; *Bruns* Strafzumessungsrecht S. 538 ff.

74 Die Bezeichnung stammt von *Mezger* ZStW 57 S. 675 ff, 688 f. — Als Vorläufer der Lehre gilt die symptomatische Verbrechensauffassung von *Tesař* Symptomatische Bedeutung und *Kollmann* ZStW 28 S. 449 ff; *ders.* MonSchrKrim Bd. 6 (1909/1910) S. 449 ff (Darstellung dieser Lehre bei *Achenbach* Bedeutung S. 123 ff). — Zu Recht führt *Welzel* ZStW 60 S. 428 ff, 458 ff den Gedanken der Lebensführungsschuld auf *Aristoteles* zurück (Nikomachische Ethik 1103 b, 1113 b, 1114 a, 1144 b): „Wer also nicht weiß, daß aus den wiederholten Einzelhandlungen die festen Grundhaltungen hervorgehen, ist einfach stupide" (1114 a, übersetzt von *Dirlmeier*).

75 Auch dazu schon *Aristoteles* aaO 1114 a: „Aber vielleicht ist der Schuldige ein Mensch, dem es nicht gegeben ist, achtbar zu sein. Gewiß, aber daß es so weit gekommen ist, das haben sie selbst verschuldet, und zwar durch ihr unbeherrschtes Leben".

76 Zum Verhältnis von Lebensführungsschuld und Fahrlässigkeit siehe *Jakobs* Studien S. 150 ff.

77 *Mezger* ZStW 57 S. 675 ff; *ders.* Moderne Wege S. 35; *Welzel* ZStW 60 S. 428 ff, 458; *ders.* Strafrecht § 20 II mit konsequenter Erstreckung in die Konkurrenzlehre § 29 II 4 vor a und 4 b. Siehe auch *Figueiredo Dias* ZStW 95 S. 220 ff, 242 f: Schuld heißt „strafrechtliche wertwidrige persönliche (!) Eigenschaften" ausdrücken, und „Persönlichkeit" wiederum ist „Ausdruck der Entscheidung des Menschen über sich selbst"; eingehend dazu *Roxin* ZStW 96 S. 641 ff, 648 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

gegolten (sogenannte Lebensentscheidungsschuld)[78]. Diesen Bemühungen wiederum ist — allerdings nur vereinzelt — entgegengehalten worden, mit der Auflösung der Lebensführungsschuld zugunsten einer Schuld in einzelnen Entscheidungssituationen werde nur eine vorverlagerte Tatschuld eingeführt, es gehe aber um ein Einstehenmüssen für den eigenen Charakter (Charakterschuld)[79].

35 2 a) Gegen den Begriff der Lebensführungsschuld wird vorgebracht, mangels eines tatbestandlich vertypten Lebensführungsunrechts könne die Lebensführung nicht als Schuld vorgeworfen werden[80]. Das ist zwar richtig, besagt aber nur, daß nicht die Lebensführung die soziale Störung sein kann, die dem Täter zugerechnet wird. Immerhin scheiden schon dieses Einwands wegen alle Versionen von Lebensführungsschuld aus, die eine desolate Vita in Unrecht ummünzen. Der Einwand schließt es aber nicht aus, die Lebensführung als eines derjenigen Merkmale des Schuldtatbestands zu behandeln, nach denen sich entscheidet, ob und wie stark eine Tat zugerechnet wird. Beispiel: Wenn sich eine süchtige Person in deliktischer Weise das Suchtmittel verschafft und dann zur Entschuldigung vorgebracht wird, der Sucht wegen sei der Drang zur Tat besonders stark gewesen, so kann bei der Zurechnung des Delikts (nicht der Lebensführung) sehr wohl differenziert werden, ob der Täter ohne besondere Bedingungen in die Sucht geglitten ist (keine Entschuldigung) oder unter Bedingungen, die volle Verantwortung ausschließen (etwa als Jugendlicher verführt), oder ob gar die Sucht somatogen ist, z. B. als Folge der Bekämpfung einer Krankheit etc. (siehe die bloße *Kann*milderung in § 21 StGB). Es geht also nicht darum, dem Täter seine Lebensführung als böse Tat anzulasten, sondern bei der Zurechnung tatbestandlicher Taten soll auf den Entstehungsgrund der Tat gesehen werden. Dies ist auch der einzige Weg, auf dem Lebensführungs*un*schuld eingebracht werden kann.

36 b) An der Notwendigkeit einer Differenzierung der Entstehungsgründe einer Tat kommt auch der Tatschuldbegriff nicht vorbei[80a]. Denn wenn die Haltung des Täters am Zustandekommen der konkreten Tat mitwirkt — sonst spielt das Problem keine Rolle —, so muß auch nach dem Tatschuldbegriff entschieden werden, inwieweit die Haltung dem Täter als unverfügbar gilt, also entschuldigt, und inwieweit der Täter für sie einzustehen hat. Eine pauschale Erledigung dahin, es komme stets auf den in generalisierten Kategorien faßbaren Freiheitsspielraum an, befreit den Täter von Belastungsgründen in seiner Person, nimmt ihm aber auch die Entlastungsgründe, nivelliert also die Schuld, d. h. verflacht ihren Aussagegehalt[81].

37 c) Gegen den Begriff der Lebensführungsschuld wird weiterhin vorgebracht, es sei unmöglich, zwischen schicksalhaft empfangenen und schuldhaft erworbenen Eigenschaften der Person zu unterscheiden[82]. Da es wiederum nur um Fälle geht, in denen sich die Eigenschaft der Person auf die konkrete Tat auswirkt, ändert sich auch

---

78 *Bockelmann* Studien 2. Teil S. 145 ff, 153. — *Lange* ZStW 61 S. 178 ff, 205 ff unterscheidet ein Verschulden per Lebensführung von einem Verschulden per Nicht-Überwindung schädlicher, anlagemäßiger Dispositionen.

79 *Engisch* ZStW 61 S. 166 ff, 171 ff; *ders.* ZStW 66 S. 339 ff, 359; *ders.* MonSchrKrim. 1967 S. 108 ff; *ders.* Lehre von der Willensfreiheit passim. Den Versuch einer neuen Begründung der Charakterschuldlehre unternimmt *Burkhardt* in: Vom Nutzen Bd. I S. 87 ff, der nicht — wie *Engisch* — auf die Beeinflußbarkeit des Menschen durch Strafe abstellt, sondern auf die Möglichkeit einer „teilnehmenden" (dann Schuld) und nicht nur „objektivierenden" Haltung zum Täter. Eine zwingende Beziehung dieser Haltung gerade auf Charaktermerkmale ist freilich nicht ersichtlich. — Siehe auch *Strasser* Verbrechermenschen S. 118 ff.

80 *Baumann-Weber* AT § 23 III 1 a α; eingehend *Horn* Verbotsirrtum S. 144 ff.

80a *Timpe* Strafmilderungen S. 267.

81 *Schöneborn* GA 1975 S. 272 ff, 275.

82 *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 190 mit Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

wiederum am Problem nichts durch den Übergang von der Lebensführungsschuld zur Tatschuld, so daß mit dem Einwand der Bankrott des strafrechtlichen Schuldverständnisses, von dem her er formuliert wird, dargetan ist: Schuld als Gegenteil von Schicksal. Es geht bei der Schuld aber um das Einstehenmüssen für die Bedingungen einer Tat, weil eine Alternative zur Erledigung des Konflikts fehlt. Ob eine Tatbedingung ubiquitär vorkommt und deshalb den Täter belastet oder ob sie als Sonderbelastung oder als Zufall oder als dritten Personen zurechenbar definiert werden kann und deshalb den Täter entlastet, ist sehr wohl entscheidbar, und zwar für einen Schuldbegriff, der Lebensführungsmomente berücksichtigt, wie für den Tatschuldbegriff.

3. Freilich ist zu beachten, daß § 20 a StGB a. F. nicht mehr Leitpunkt der Diskus- **38**
sion sein kann, daß es also um Straferschwerung wegen der Lebensführung nicht geht. Praktisch dürfte die Lebensführungsschuld allein für die Entscheidung relevant bleiben, ob eine Erschwerung der Normbefolgung, die in der Tatsituation bei psychologisierender Betrachtung plausibel ist, für die Schuld berücksichtigt werden muß. Die Entscheidung fällt nach denselben Grundsätzen, die für die Berücksichtigung etwa der Verursachung der Notlage bei § 35 StGB, der Verschuldung des Zorns bei § 213 StGB etc. gelten.

IV. Der Aufbau des Schuldbegriffs

Literatur

J. F. H. Abegg Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, 1836; *E. Bacigalupo* Unrechtsminderung und Tatverantwortung, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 427 ff; *A. F. Berner* Grundlinien der kriminalistischen Imputationenlehre, 1843; *P. Bockelmann* Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949; *E. Deutsch* Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 1963; *H. Ehrhardt* und *W. Villinger* Forensische und administrative Psychiatrie, in: *H. W. Gruhle* u. a. (Hrsg.) Psychiatrie der Gegenwart, Bd. III, 1. Auflage 1961, S. 181 ff; *K. Engisch* Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift Bd. I S. 401 ff; *H.-R. Fluri* Zur Lehre von der Tatverantwortung, 1973; *R. Frank* Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907; *W. Gallas* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 S. 1 ff; *A. Hegler* Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Frank-Festgabe Bd. I S. 251 ff; *F. Herzog* Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987; *H. J. Hirsch* Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *ders.* Alkoholdelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland, Beiheft ZStW 1981 S. 2 ff; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *ders.* Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum, Eb. Schmidt-Festschrift S. 319 ff; *Arthur Kaufmann* Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, Maurach-Festschrift S. 327 ff; *W. Küper* Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründen, GA 1968 S. 321 ff; *K.-L. Kunz* Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW 98 S. 823 ff; *A. Langelüddeke* und *P. H. Bresser* Gerichtliche Psychiatrie, 4. Auflage 1976; *Th. Lenckner* Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in: *H. Göppinger* und *H. Witter* (Hrsg.) Handbuch der forensischen Psychiatrie Bd. I, 1972, S. 3 ff; *R. Luthe* Verantwortlichkeit, Persönlichkeit und Erleben. Eine psychiatrische Untersuchung, 1981; *W. Maihofer* Objektive Schuldelemente, H. Mayer-Festschrift S. 185 ff; *ders.* Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre, Rittler-Festschrift S. 141 ff; *R. Maurach* Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948; *E. Mezger* Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953 S. 2 ff; *U. Neumann* Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW 99 S. 567 ff; *F. Nowakowski* Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 S. 287 ff; *W. Rasch* Schuldfähigkeit, in: *A. Ponsold* (Hrsg.) Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3. Auflage 1967, S. 55 ff; *J. Rehberg* Zur Lehre vom „Erlaubten Risiko", 1962; *C. Roxin* „Schuld" und „Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-Festschrift S. 171 ff; *H.-J. Rudolphi* Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar? ZStW 78 S. 67 ff; *E. Schmidhäuser* Der Unrechtstatbestand, Engisch-Festschrift S. 433 ff; *H.-L. Schreiber* Bedeutung und Auswirkungen der neugefaßten Bestimmungen über die Schuldfähigkeit, NStZ

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

1981 S. 46 ff; *G. Spendel* Das Unrechtsbewußtsein in der Verbrechenssystematik, Tröndle-Festschrift S. 89 ff; *R. Thierfelder* Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, 1932; *H. Witter* Allgemeine und spezielle Psychopathologie, in: *H. Göppinger* und *H. Witter* (Hrsg.) Handbuch der forensischen Psychiatrie Bd. I, 1972, S. 429 ff; *ders.* Die Bedeutung des psychiatrischen Krankheitsbegriffs für das Strafrecht, Lange-Festschrift S. 723 ff *ders.* Wissen und Werten bei der Beurteilung der strafrechtlichen Schuldfähigkeit, Leferenz-Festschrift S. 441 ff.

A. Trennung von Schuld und Verantwortung?

39 1. Nach einer von *Maurach* entwickelten Lehre[83] soll die Tatverantwortung als eine an Durchschnittsanforderungen orientierte Stufe der Zurechnung von der Schuld als individualisierender Stufe zu trennen sein. Diese Tatverantwortung soll nach neuerer Lehre nur in den Fällen von Unzumutbarkeit wegen eines (entschuldigenden) Notstands (§ 35 StGB) oder einer Notwehrüberschreitung (§ 33 StGB) ausgeschlossen sein[84]; die älteren Einbeziehungen des erlaubten Risikos (oben 7/35 ff) und der sogenannten objektiven Fahrlässigkeit (oben 9/8 ff)[85] sind durch die Entwicklung der objektiven Zurechnung und der Fahrlässigkeitslehre überholt. Der Zweck der Trennung einer Verantwortungsstufe von der Schuld gilt freilich primär nicht dem didaktischen Interesse einer Scheidung generalisierender Zurechnungsinstitute von individualisierenden Instituten, sondern gilt der Vorbereitung der Deliktsfolgen und den systematischen Konsequenzen[86]: Ohne Tatverantwortung sollen Maßregeln ausgeschlossen sein, ferner soll nur an einer zu verantwortenden Tat Teilnahme möglich sein.

40 2 a) Es trifft zu, daß Tatverantwortung eine Voraussetzung von Maßregeln ist, aber das ist keine Besonderheit der hier betroffenen Fälle ausgeschlossener Schuld. Auch etwa ein Verbotsirrtum, der nicht durch die in § 20 StGB genannten Defekte bedingt ist, schließt eine Gefährlichkeitsprognose und damit Maßregeln aus, wie in der Umkehrung zumindest die defektbedingt irrige Annahme einer Tatverantwortung ausschließenden Lage Maßregeln zuläßt. Die Abgrenzung der Maßregelvoraussetzungen folgt dem Zweck der Maßregeln und läßt sich nicht an die Systematik der Zurechnung als schuldhaft fest anbinden.

41 b) Auch ist zu bestreiten, daß der Verantwortungsausschluß Teilnahme nicht zuläßt. Wenn es als „ein unannehmbares Ergebnis“[87] empfunden wird, daß der Rat einer nicht bedrängten Person an eine bedrängte Person, sich aus einer Situation nach § 35 StGB durch Opferung eines Menschen zu befreien, als Anstiftung zum Totschlag bestraft

---

83 *Maurach* Schuld und Verantwortung S. 36 ff und passim; ferner *Maurach-Zipf* AT I § 31 Rdn. 1 ff, 6 ff, §§ 32 bis 34; *Rehberg* Erlaubtes Risiko S. 185; zum Zivilrecht *Deutsch* Fahrlässigkeit S. 251 f; — partiell zustimmend *Rudolphi* ZStW 78 S. 67 ff, 94 ff; *Arthur Kaufmann* Maurach-Festschrift S. 327 ff, 328 f; *Bacigalupo* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 427 ff.

84 *Maurach-Zipf* AT I § 34 Rdn. 1 ff, 26 ff.

85 *Maurach* Schuld und Verantwortung S. 73 ff.

86 Die genannten Konsequenzen für einzelne Delikte des BT (*Maurach-Zipf* AT I § 32 Rdn. 8 bis 14) sind zu bestreiten oder ergeben sich unabhängig von der Tatverantwortungslehre nach dem Schutzzweck der jeweils betroffenen Normen. — So geht es bei § 323 a StGB (*Maurach* Schuld und Verantwortung S. 94 ff) nach üblichem Verständnis um die Entbindung des Täters von der Norm auf Grund des Rauschs. Deshalb kann bei fehlender Tatverantwortung im Sinn *Maurachs* nicht nach § 323 a StGB bestraft werden, aber etwa auch nicht bei einem nicht rauschbedingten unvermeidbaren Verbotsirrtum. — § 138 StGB zielt, wie die Bindung an die Abwendbarkeit — und nicht die Ergreifung des Täters — zeigt, auf Opferschutz; also reicht die bevorstehende rechtswidrige Tat. — Entsprechendes gilt für §§ 126, 241 StGB. — Für § 111 StGB gelten die Regeln der Anstiftung, also reicht eine rechtswidrige Tat. — Bei § 211 StGB ist die zu verdeckende Tat danach zu interpretieren, daß es um einen gefährlichen und vom Täter zu verantwortenden Tatanreiz geht (also müssen nach der Vorstellung des Täters Strafen oder Maßregeln möglich sein); die zu ermöglichende Tat ist ein Sonderfall des nichtigen Anlasses (niedriger Beweggrund): Jede rechtswidrige Tat reicht aus (freilich kann die Ermöglichungstötung schon ihrerseits nach § 35 StGB entschuldigt sein) etc.

87 *Maurach-Gössel* AT II § 53 Rdn. 95 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

wird, so resultiert dieses Empfinden aus der Ausuferung des Begriffs Anstiftung nach der üblichen Lehre (dagegen unten 22/21 ff), die im genannten Fall teils sogar mittelbare Täterschaft annimmt (dagegen unten 21/68 ff). Ebensowenig kann es aber befriedigen, wenn ein solcher Rat überhaupt keine Haftung mehr auslöst oder wenn etwa die Hingabe des Tatmittels an den Bedrängten nicht einmal Beihilfe ist. Man mag einzelne Fallgruppen der Unzumutbarkeit zu solchen der Rechtfertigung uminterpretieren[88]; sofern man aber das Rechtswidrigkeitsurteil beläßt, kann der Teilnehmer nicht behandelt werden, als habe sein Verhalten nicht enttäuscht.

c) Hauptsächlich ist gegen die Lehre von der Tatverantwortung einzuwenden[89], **42** daß ihr Ansatz nicht stimmt: Es geht bei den genannten Gründen für Unzumutbarkeit überhaupt nicht um eine Orientierung an Anforderungen, denen der Durchschnitt nicht genügen kann, sondern das Gesetz kann einen *individuellen* Motivationsdruck vermuten, weil und soweit die dem Täter unverfügbare Situation die Rechtsuntreue schon hinreichend erklärt. Wenn z. B. der Ehemann seine ungeliebte Frau aus einer Situation nach § 35 StGB befreit, um nicht als Versager dazustehen, ist das Motivationsergebnis situationsadäquat und die reale Motivationsgenese bleibt unberücksichtigt, obgleich sie von einer Art ist, bei der dem Durchschnitt allemal Rechtsbefolgung zugemutet wird. Auch verläuft die Grenze des § 35 StGB nicht dort, wo der Durchschnitt „fähig" wird, der Norm zu folgen, sondern wo eine Berücksichtigung (oder gar Präsumtion) eines Motivationsdrucks die zu stabilisierende Ordnung stört (dazu unten 17/69 ff). Die Ratio der Notwehrüberschreitung nach § 33 StGB kommt vollends ohne Berücksichtigung von Durchschnittsanforderungen aus; denn wäre der Durchschnitt der Affektlage nicht gewachsen, so könnte die Lage nach den §§ 20 f StGB abgewickelt werden. Es geht vielmehr um die Haftung des Angreifers für die Affektgenese (dazu unten 20/28).

B. Der Schuldtatbestand

1. Die Notwendigkeit eines Schuldtatbestands

a) Die Zusammenfassung derjenigen Merkmale, die verwirklicht sein müssen, um **43** Rechtsuntreue beim Täter ausmachen zu können, also die rechtlich fehlerhafte Motivation und die Zuständigkeit des Täters dafür, bildet den Schuldtatbestand[89a]. Die Merkmale der Unzumutbarkeit können als Entschuldigungstatbestand bezeichnet werden[90]. Die Verbindung beider ergibt den Gesamtschuldtatbestand. Das alles verläuft entsprechend der Lage beim Unrechtstatbestand (oben 6/53).

b) Nach hiesigem Verständnis gehört zum Schuldtatbestand das gesamte Unrecht, **44** weil es die zur Zurechnung erforderliche Objektivierung des Motivationsfehlers ist. Soweit man überhaupt mit dem Begriff eines Schuldtatbestands arbeitet, wird das Unrecht überwiegend nur durch die subjektive Beziehung des Täters zu ihm (Kenntnis oder Erkennbarkeit des Unrechts) als Bestandteil des Schuldtatbestands angesehen[91]. Dagegen ist zu bemerken: Da eine Schuld für ein nur-subjektives „Unrecht" überhaupt keine rechtliche Schuld ist, dürfte die Einbeziehung des Unrechts unumgänglich sein.

88 Bei § 35 StGB — nicht bei § 33 StGB — wird ja auch ein objektiv positiver Erfolg intendiert; daran knüpft *Rudolphi* an, ZStW 78 S. 67 ff.

89 Gegen die Lehre von der eigenständigen Bedeutung der Stufe der Tatverantwortung siehe *Fluri* Tatverantwortung S. 114 ff, 144 ff, 187 ff mit ausführlicher Darstellung des Meinungsstands passim; *Roxin* Henkel-Festschrift S. 171 ff, 179 f; *Schmidhäuser* AT[1] 11/9; *Bockelmann* Verhältnis S. 58 Fn. 123; *LK-Hirsch* Rdn. 174 vor § 32; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 21 vor § 13; *Stratenwerth* AT Rdn. 512 f; *Maihofer* Rittler-Festschrift S. 141 ff, 161 f; *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 159 ff.

89a Kritisch *LK-Hirsch* Rdn. 175 vor § 32.

90 Dazu *Schmidhäuser* Engisch-Festschrift S. 433 ff, 454.

91 *Schmidhäuser* AT 10/2.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Der Täter ist auch nicht nur seiner Vorstellung nach rechtlich fehlerhaft motiviert, sondern seinem Verhalten nach. Daß sich durch diese Einbeziehung des Unrechts in den Schuldtatbestand die Grenzen von Unrecht und Schuld verwischen[92], steht nicht zu befürchten, weil alle Unrechtsmerkmale nur in dieser ihrer Eigenschaft als Unrechtsmerkmale zum Schuldtatbestand zählen[93]. Eine Homogenität der Merkmale des Schuldtatbestands jenseits ihrer Zugehörigkeit zum Schuldtatbestand wird mit der Zuordnung nicht begründet (wie ja auch z. B. im Unrechtstatbestand Täter und Opfer zwar über die tatbestandliche Handlung verbunden, aber nicht ineinander verwischt sind). — Der Streit um den Inhalt des Schuldtatbestands erstreckt sich nicht nur auf die Zuordnung des Unrechts; teils werden sogar diejenigen Schuldvoraussetzungen, die nicht Typusmerkmale einer bestimmten Deliktsart sind, aus dem Schuldtatbestand ausgeklammert (also Schuldfähigkeit, Kenntnis oder Erkennbarkeit des Unrechts und Entschuldigungsgründe)[94]. Diese Beschränkung des Schuldtatbestands auf deliktsspezifische Merkmale degradiert ihn zum bloßen Ad-hoc-Begriff für die Lozierung von speziellen Schuldmerkmalen. Deshalb ist der hier verwendete, umfassende Begriff des Schuldtatbestands[95] vorzugswürdig. — Sofern die Notwendigkeit geleugnet wird, einen Schuldtatbestand zu bilden[96], verfährt man sachlich nicht anders, sondern vermeidet nur den Begriff. Ob man von Schuldelementen spricht, deren Lozierung dann nicht weiter behandelt wird, oder von Merkmalen eines Schuldtatbestands, steht gleich.

45 c) Das Verhältnis der Gründe für Unzumutbarkeit zum Schuldtatbestand entspricht demjenigen der Rechtfertigungsgründe zum Unrechtstatbestand: Das Fehlen von Unzumutbarkeit ist nicht Bedingung von Schuld, da es keine negativen Bedingungen gibt (oben 7/25), die Rede von negativen Bedingungen vielmehr nur eine Metapher dafür ist, daß eine Bedingung bei ihrer Wendung ins Positive die Folge ausschließen würde. Demgemäß hindert die positiv vorhandene Unzumutbarkeit die Schuld (für Einzelheiten siehe die entsprechenden Ausführungen zu Unrechtstatbestand und Rechtfertigung oben 6/59).

46 d) Ob allein die Folge der Verwirklichung des Schuldtatbestands Schuld genannt wird oder auch der durch das Urteil zusammengefaßte Gegenstand, ist — wie beim Unrecht — nicht verbindlich festgelegt; der Sprachgebrauch ist vielmehr vom Kontext abhängig. Man kann also Schuld und Nicht-Schuld so scheiden, wie Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit geschieden sind, d. h. ohne Blick auf Quantitäten der Schuld oder des Unrechts. In Beziehung auf den Täter können bei diesem Sprachgebrauch die Schuldigen von den Nicht-Schuldigen geschieden werden (wie die Personen im Unrecht von denen im Recht). Schuld kann aber auch den beurteilten Gegenstand bezeichnen. In diesem Sinn ist die mit rechtsuntreuer Motivation vollzogene Tat die Schuld des Täters (wie die falsche Tat sein Unrecht ist), und er hat daran Schuld (wie der Täter einer falschen Tat Unrecht getan hat). Bei letzterem Sprachgebrauch ist die Schuld quantifizierbar (wie etwas mehr oder weniger Unrecht sein kann).

---

92 So *Jescheck* AT § 42 I 1.

93 Siehe auch *Gallas* ZStW 67 S. 1 ff, 31: „Gesamttatbestand".

94 *Jescheck* AT § 42 I 1.

95 Siehe zum Begriff des Schuldtatbestands mit diversen Nuancen außer den Genannten *Engisch* DJT-Festschrift Bd. I S. 401 ff, 413; *Mezger* NJW 1953 S. 2 ff; *Maihofer* H. Mayer-Festschrift S. 185 ff, 191, 201.

96 *Welzel* Strafrecht § 10 III a. E.; *LK-Hirsch* Rdn. 175 vor § 32; *Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 13 Fn. 1; — dafür, daß der Unrechtstatbestand auch Schuldtatbestand sei, *Bockelmann-Volk* AT § 12 III 1 (und wohin gehört die Erkennbarkeit des Unrechts?).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

2. Die einzelnen Merkmale des Gesamtschuldtatbestands im Überblick: Der positive Schuldtatbestand

a) Schuld setzt Unrecht voraus. Unrecht ist vermeidbares (vorsätzliches oder fahr- **47**
lässiges) tatbestandsmäßiges Verhalten, das nicht gerechtfertigt ist. Besonderheiten für das Unrecht als Merkmal des Schuldtatbestands bestehen nicht.

b) Für das Defizit an rechtlicher Motivation ist der Täter nur (aber nicht auch stets) **48**
zuständig, wenn er zur Zeit der Tat ein Subjekt mit der Kompetenz ist, die Normgeltung in Abrede zu stellen, d. h. *zurechnungsfähig* ist[96a].

aa) Zurechnungsfähig ist eine Person, die als Gleicher definiert wird. Die Gleichheit setzt voraus, daß diejenigen Faktoren, die das motivatorische Geschehen beim Täter in den Grundzügen bilden oder nicht hindern, ihrer Art nach ubiquitär motivatorisches Geschehen bilden oder nicht hindern (beim Unterlassungsdelikt ist darauf abzustellen, ob die Motivation zur rettenden Handlung bei Bedingungen ausbleibt oder durch Faktoren gehindert wird, die ubiquitär vorkommen). Es kommt nur auf die Art der grundlegenden motivationsrelevanten Faktoren an, nicht auf Inhalt oder Stärke; letztere sind offensichtlich individuell unterschiedlich. Bei einer in den Grundzügen der Art nach gleichen Motivationslage ist der Normbruch eines Subjekts beispielhafter Normbruch eines jedermann gleichenden Täters und deshalb ein Angriff auf die Geltung der Normen für jedermann.

Die Kompetenz fehlt im Kernbereich des § 20 StGB; Kennzeichen dieser Fälle ist nicht die Zurückführbarkeit der Motivationslage auf einen hirnorganischen Befund, sondern der psycho-phaenomenologisch nachzuweisende oder auf Grund eines hirnorganischen Befunds anzunehmende Verlust an Subjektivität. Es fehlt ein ansprechbares Subjekt. Man kann in diesen Fällen den Täter als „qualitativ abnorm" bezeichnen[97], darf diese Qualität aber nicht im Organbefund suchen, sondern muß auf das Subjekt als psychische Erscheinung schauen. Strafrechtlich interessiert der psychische Konnex; der somatische ist allenfalls als Indikator für Psychisches relevant. Im medizinischen Bereich mag es wichtig sein, aus einem psychischen Befund auf einen organischen zu schließen, diesen sogar notfalls zu „postulieren"; strafrechtlich ist diese Vorgehensweise unergiebig. § 20 StGB enthält daneben auch eine Regelung für einen Teilbereich der Zumutbarkeit (dazu unten 18/14 ff) und faßt beides — wenig gelungen — als Schuldfähigkeit zusammen. Schuldfähigkeit ist also Zurechnungsfähigkeit plus bereichsweise Zumutbarkeit[98].

[96a] AK-*Schild* §§ 20, 21 Rdn. 73 wendet ein, die Zuständigkeit wegen Zurechnungsfähigkeit sei „eigentlich überhaupt nicht systemtheoretisch interessant", betreffe vielmehr „nur die konkrete inhaltliche Ausfüllung des Systemprogramms". Auch bei Zurechnungsunfähigkeit werde der Konflikt erledigt, nur auf andere Art und Weise. — Die Äquivalenz der Funktion „Systemerhalt" macht es freilich nicht überflüssig, genau zu beschreiben, was äquivalent ist. Die Prinzipien für die Antwort darauf (etwa wann es um die Enttäuschung normativer Erwartungen geht und wann um eine solche kognitiver Erwartungen) mag man als „Theorie des Verstandes und seiner Rationalität" schelten (aaO), wenn man selbst vernunftsschlüssige Letztbegründungen für möglich hält, aber jedenfalls kann man Gesellschaft nicht verwalten, ohne sie zu kennen.

[97] *Witter* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 429 ff, 480; *ders.* Lange-Festschrift S. 723 ff, 726, 729; der Sache nach ebenso *Luthe* Verantwortlichkeit S. 55 ff; dagegen *Schreiber* NStZ 81 S. 46 ff. — Siehe *Welzel* Strafrecht § 21 (1) 4 a β, der formuliert, daß in diesen Fällen die Sinnbestimmtheit des seelischen Lebens durch sinnfremde Prozesse zerrissen sei oder wegen Schwachsinns nicht hergestellt werden könne. Entsprechendes leistet der Begriff der Ichfremdheit (nicht Persönlichkeitsfremdheit; zutreffend kritisch zu diesem Begriff *Rasch* in: *Ponsold* S. 55 f, 73) des Verhaltens.

[98] Bei Berücksichtigung der dogmengeschichtlichen Entstehung müßten die Begriffe Schuldfähigkeit und Zurechnungsfähigkeit so gebraucht werden, daß die Zurechnungsunfähigkeit der engere (merkmalsreichere) Begriff ist: Sie bezeichnet im 19. Jahrhundert Schuldfähigkeit bei Freiheit von Zwang und Irrtum (siehe z. B. *Abegg* Lehrbuch §§ 80 ff, 89; zusammenfassend *Berner* Imputatio-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Die Gleichheit fehlt weiterhin, wenn das Subjekt als nicht auf dem gleichen, d. h. vollen sozialen Entwicklungsstand befindlich definiert werden kann. Ein Mangel an sozialer Entwicklung wird bei Kindern präsumiert (§ 19 StGB); bei Jugendlichen ist im Einzelfall zur Bestrafung darzutun, daß die Gleichheit nicht fehlt. — Schwerer Schwachsinn kann dieser wie der vorgenannten Gruppe zuzuordnen sein.

Zurechnungsfähig sein heißt, als Gleicher definiert werden[99]. *Hegels* oft verhöhntes Wort, die Strafe sei auch als Recht des Verbrechers anzusehen und „darin wird der Verbrecher als Vernünftiges geehrt"[100], ist deshalb mit den Abschwächungen von der Vernunft zur Gleichheit und von der Ehrung zur Definition auch für eine generalpräventive Straftheorie gültig[100a].

49 bb) Die Gleichheit ist nicht quantifizierbar und deshalb ist es auch die Zurechnungsfähigkeit nicht. Das wird auch bei der üblichen psychologisierenden Bestimmung der Zurechnungsfähigkeit anerkannt. „Die Fähigkeit bezieht sich auf eine bestimmte, ad hoc zu erbringende Leistung: Unrechtskenntnis und entsprechende Motivation. Zu dieser Leistung ist ein Mensch entweder fähig oder nicht. Einen Graben von bestimmter Breite kann man entweder überspringen oder man kann es nicht; tertium non datur"[101]. Wenn selbst das Gesetz von geminderter Fähigkeit spricht (§ 21 StGB), so ist das als Erschwerung des Gebrauchs der Fähigkeit zu lesen; diese Erschwerung ist ein Problem der Zumutbarkeit.

Mangels Quantifizierbarkeit der Zurechnungsfähigkeit entspricht der bei Kompetenzlosigkeit gegebenen Unschuld nicht eine jedenfalls geminderte Schuld bei einer belasteten Kompetenz, etwa bei Randfällen der Schuldunfähigkeit, wie z. B. hochgradige, aber noch nicht schuldausschließende Trunkenheit. Sofern überhaupt noch ein in den Grundzügen artgleich motiviertes Subjekt vorhanden ist, kommt es vielmehr darauf an, ob der Täter für den partiellen Defekt einstehen muß (dazu unten 17/69; 18/25 f, 30, 34); deshalb enthält § 21 StGB nur eine fakultative Milderung.

50 cc) Soweit es an der Gleichheit fehlt, wird auf die Stabilisierung der normativen, also kontrafaktisch durchzuhaltenden Erwartung, die der Täter enttäuscht hat, verzichtet. Statt dessen wird auf die Enttäuschung einer kognitiven Erwartung reagiert: Man verwahrt den Täter oder versucht, ihn zu heilen oder — insbesondere bei Tätern im Kindesalter — zu erziehen, soweit sich nicht die Tat als beiläufiges Unglück reaktionslos erledigen läßt. Die normative Erwartung wird darüber nicht völlig preisgegeben; ansonsten wäre die Tat des ungleichen Täters nicht einmal Unrecht[102]; denn Unrecht setzt die Enttäuschung einer normativen Erwartung voraus. Aber die normative Erwartung verliert bei mangelnder Stabilisierung an Sicherheit. Nicht zufällig finden sich auf die Frage, ob der schuldunfähige Täter ein tauglicher Adressat der Rechtsnormen ist (also überhaupt eine normative Erwartung enttäuscht), in der Dogmengeschichte beide Antworten: Er enttäuscht, weil er sich motiviert verhält, aber enttäuscht auch nicht,

---

nenlehre S. 52). Die hiesige Terminologie reduziert diesen Begriff auf die Eigenschaften, die ein Zurechnungssubjekt kennzeichnen.

99 *Welzel* Strafrecht § 21 (1) 1.

100 Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 100.

100a Siehe *Herzog* Prävention S. 75 ff, 130 ff; *Kunz* ZStW 98 S. 823 ff, 833 f.

101 *Armin Kaufmann* Eb. Schmidt-Festschrift S. 319 ff, 330 f; *LK-Lange* §§ 20 f Rdn. 76; *Langelüddecke-Bresser* Gerichtliche Psychiatrie S. 271 ff; *Witter* Leferenz-Festschrift S. 441 ff, 447; siehe auch *Lenckner* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 3 ff, 121 f; *a. A. Ehrhardt* und *Villinger* in: Psychiatrie der Gegenwart[1] Bd. III S. 181 ff, 213.

102 Zu den Konzeptionen, die den ungleichen Täter nicht für einen tauglichen Normadressaten halten, siehe oben 6/74; siehe ferner zum alten Begriff der Handlungsfähigkeit als Fähigkeit, Rechtswirkungen hervorzurufen, oben 6/5; siehe auch zur Handlung als Sinnausdruck oben 6/3.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

weil seine Motivation ungleich ist[103]. Ginge es nur um die Zurechnung zum Täter und nicht auch um systematische Implikationen des Unrechtsbegriffs, insbesondere für die Beteiligung (§ 29 StGB), so könnte auch von einer Preisgabe der normativen Erwartung ausgegangen werden. Deshalb ist zur Entscheidung von Grenzproblemen die Frage hilfreich, ob die normative Erwartung zugunsten einer kognitiven zurücktritt (dann Zurechnungsunfähigkeit) oder nicht (dann allenfalls Unzumutbarkeit).

c) Weiter setzt die Zurechnung als schuldhaft voraus, daß die Motivation des Täters **51** im Bereich der für die staatliche und gesellschaftliche Gestalt grundlegenden Normen unter Mißachtung einer relevanten Norm, und im Bereich der inhaltlich verfügbaren Normen unter Mißachtung des Geltungsgrunds der Normen zustande kommt; es geht um die Unrechtseinsicht. Die Notwendigkeit einer Mißachtung des Legitimationsgrunds bei den inhaltlich verfügbaren Normen hat folgenden Grund: Die Bestrafung eines Täters, der im Normirrtum, aber bei gegebener hinreichender Bereitschaft gehandelt hat, erkennbare Normen zu befolgen (also unter Anerkennung des Geltungsgrunds), würde nicht der Einübung in Rechtstreue dienen, sondern der Fixierung des gerade gegenwärtigen Normbestands, und letzteres würde die Änderbarkeit stören (eingehender unten zu § 17 StGB 19/11 f).

d) Zum Schuldtatbestand gehören die gegebenenfalls erforderlichen *speziellen* **52** *Schuldmerkmale.* Nach der hier vorgenommenen Interpretation der subjektiven Unrechtselemente kommen nur Merkmale in Betracht, die auf die Zuständigkeit oder gesteigerte Zuständigkeit für einen Pflichtverstoß abstellen (siehe oben 8/98).

3. Überblick, Fortsetzung: Die Unzumutbarkeit (der negative Schuldtatbestand)

a) Schuld ist ausgeschlossen (oder gemindert), wenn der Täter in einer entschuldi- **53** genden Verfassung oder in einem entschuldigenden Kontext handelt *(Unzumutbarkeit).* Normbefolgung ist unzumutbar, wenn die nicht-rechtliche Motivation des zurechnungsfähigen und den Geltungsgrund der Norm mißachtenden Täters aus einer Situation heraus erklärt werden kann, die für den Täter Unglück ist und die auch allgemein als Unglück definiert wird oder aber einer anderen Person zugerechnet werden kann.

Das Prinzip der Entschuldigung beruht darauf, daß die Motivation des Täters nur aus der besonderen Situation heraus begründet wird. Die dabei durch die Entlastung des Täters zugleich entstehende Bedrohlichkeit der Situation (statt der Bedrohlichkeit des Täters) wird erledigt, indem von der Situation dargetan wird, sie sei Unglück von der Art, wie man es nie vermeiden könne (so beim „unverschuldeten" Affekt nach § 20 StGB, ferner bei § 35 StGB im Fall einer zufällig entstandenen Notlage) oder wie man es künftig vermeiden werde, oder aber die Situation sei einer anderen Person zuzurechnen (so bei § 35 StGB im Fall eines Nötigungsnotstands, ferner bei § 33 StGB), jedenfalls sei die Situation nicht Angelegenheit des Täters[104].

---

103 Das Dilemma reicht bis in den Handlungsbegriff hinein. Die Vermeidbarkeit einer Erfolgsherbeiführung wird ermittelt, indem dem Täter ein dominant auf Vermeidung gerichtetes Motiv unterstellt wird. Diese Unterstellung bedingt im Bereich des zurechnungsunfähigen Täters eine größere Zahl an Hypothesen als im Bereich des zurechnungsfähigen. Auch beim Zurechnungsunfähigen wird eine gerade nicht krankheitsbedingte (oder schwachsinnsbedingte oder durch Kindertümlichkeiten bedingte etc.) Dominanz der Motivation unterstellt. Beim zurechnungsfähigen Täter ist dieser Zusatz nicht erforderlich; die Motivation ist in ihrer Stärke (dominant) und in ihrem Inhalt (auf Vermeidung gerichtet) hypothetisch, ansonsten nicht.

104 Wegen der Möglichkeit anderweitiger Konfliktserledigung verzichtet das Gesetz teils auf den Nachweis eines gewichtigen Motivationsdrucks und präsumiert diesen so lange aus der Situation, wie die Situation überhaupt motivationsbedingt ist. Beispiele sind § 217 StGB, § 33 StGB bei asthe-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

54 b) Anders als bei dem Problem der Zurechnungsfähigkeit kommt es bei der Zumutbarkeit nicht allein auf die psychische Lage im Tatzeitpunkt an. Die Entscheidung der Frage, ob die psychische Verfassung oder der Handlungszusammenhang für den Täter Unglück sind, hängt vielmehr auch vom Verhalten des Täters vor der Tat ab. Beispiele: Wer freiwillig und in Kenntnis der berauschenden Wirkung größere Mengen Alkohol konsumiert, gerät nicht per Unglück in eine Lage, in der die Fähigkeit zur Normerkenntnis und -befolgung erheblich vermindert ist (§ 21 StGB); — wer bei erkanntem Drohen eines Sturms mit einem kleinen Boot ohne vernünftigen Anlaß hinaussegelt, hat die kommende Notlage selbst verursacht (§ 35 Abs. 1 Satz 2 StGB); — in solchen Fällen fehlt die Möglichkeit, die Situation vom Täter zu distanzieren.

55 c) Die Fälle der Unzumutbarkeit unterscheiden sich also von denjenigen der Zurechnungsunfähigkeit dadurch, daß ein in den Grundzügen gleichartig motiviertes Subjekt vorhanden ist und daß deshalb die Schuld von der *Strenge des Maßstabs* abhängt, der angelegt wird. Das Problem der Zurechnungsfähigkeit betrifft die Gleichheit der agierenden Personen mit jedermann. Das Problem der Zumutbarkeit hingegen (einschließlich der Teilbereiche, die das Gesetz unter dem Sammelbegriff der Schuldunfähigkeit mit erledigt) betrifft Fälle von Motivationsbelastungen und deshalb im Fall der Unzumutbarkeit gesetzlich auf Null reduzierter Strafzumessung. Belastet die psychische Verfassung des Täters seine Fähigkeit zur Normbefolgung, so führt das nicht per se zur Unzumutbarkeit, sondern die Belastung wird nur berücksichtigt, wenn sie nicht Angelegenheit des Täters ist. Die Verstehbarkeit eines real vorhandenen Tatantriebs oder einer fehlenden Tathemmung mindert also die Schuld nur, wenn sie nicht durch einen strengeren Maßstab wieder kompensiert wird. Gesetzliche Beispiele für die Verknüpfung der Unzumutbarkeit mit der Unzuständigkeit für die Situation geben — neben den schon genannten §§ 21, 35 StGB — der minder schwere Fall des Totschlags (§ 213 StGB; nur unverschuldete Reizung zum Zorn mindert die Schuld), der Notwehrexzeß (§ 33 StGB; für sthenische Affekte ist der Abwehrende Garant, deshalb entschuldigen nur asthenische) u. a. m.

56 Es besteht also die zunächst widersprüchlich anmutende Rechtslage, daß eine gewichtige, aber die Zurechnungsfähigkeit nicht aufhebende Motivationserschwerung (etwa mäßige Trunkenheit) die Schuld dann nicht mindert, wenn der Täter für die Erschwerung selbst einstehen muß, während der Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit (etwa infolge Volltrunkenheit) ohne Blick auf eine Einstandspflicht Haftung stets hindert (zur verbleibenden actio libera in causa unten 17/64 ff; zum ferner verbleibenden § 323 a StGB unten 17/59 ff). Der Grund für diesen qualitativen Sprung[104a] liegt darin, daß Zurechnung jedenfalls ein Subjekt voraussetzt, das überhaupt kompetent ist, Normgeltung in Abrede zu stellen. Ist ein solches Subjekt vorhanden, so ist das Maß der Zurechnung eine Frage des anzulegenden Maßstabs, und der Maßstab hängt von der Einstandspflicht des Täters für seine eigene Lage ab. Fehlt ein solches Subjekt (eine Person), so geht es nicht mehr um gesellschaftliche Beziehung, sondern um Natur. — Daß jedenfalls nach geltendem Recht dem Subjekt nach einem völligen Verlust seiner

---

nischem Affekt und § 35 StGB. Verbreitet wird hier — mißverständlich — von *objektiven Schuldmerkmalen* gesprochen (schon *Frank* Aufbau S. 5 ff; *Hegler* Frank-Festgabe Bd. I S. 251 ff, 252; *Thierfelder* Schuldmerkmale S. 44 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 123 vor § 13; *Jescheck* AT § 42 II 1; *Küper* GA 1968 S. 321 ff, 325; *Nowakowski* ZStW 63 S. 287 ff, 320). Zur Entschuldigung gehört jedoch Kenntnis der Merkmale; nur-objektiv sind sie also nicht. — *Maihofer* deutet die Merkmale als Typisierungen (H. Mayer-Festschrift S. 185 ff, 213). — Diese Merkmale verlieren im Fall irriger Annahme ihre Präsumtions- oder Typisierungskraft; sie wirken als auch-objektive Merkmale stärker entschuldigend, als sie nur-subjektiv sind; dazu unten zum Irrtum über den Schuldtatbestand 17/19 ff.

[104a] Kritisch dazu *Neumann* ZStW 99 S. 567 ff, 581.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Kompetenz eine Tat auch dann nicht als schuldhaft zugerechnet werden kann, wenn das Subjekt den Verlust zu verantworten hat, zeigt für den praktisch wichtigsten (weil manipulierbaren) Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit, für die Berauschung, die Regelung des § 323 a StGB: Sie wäre ansonsten funktionslos [105].

V. Die Abhängigkeit des Schuldzeitpunkts und des Schuldmaßstabs vom Vorverhalten

Literatur

J. Baumann Kritische Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW 70 S. 227 ff; *H.-J. Behrendt* Affekt und Vorverschulden, 1983; *H. Blei* Zumutbarkeit und Vorverhalten beim entschuldigenden Notstand, JA 1975 S. 307 ff; *H.-J. Bruns* Die Strafzumessung bei Vollrauschdelikten (§ 323 a StGB), Lackner-Festschrift S. 439 ff; *B. Burkhardt* Tatschuld und Vorverschulden, in: *A. Eser* u. a. (Hrsg.) 3. Deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1986 S. 147 ff; *P. Cramer* Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962; *ders.* Anmerkung zu BGH 21 S. 381 ff, JZ 1968 S. 273 ff; *F. Dencker* Vollrausch und der „sichere Bereich des § 21 StGB", NJW 1980 S. 2159 ff; *ders.* § 323 a StGB — Tatbestand oder Schuldform? JZ 1984 S. 453 ff; *B. Forster* und *R. Rengier* Alkoholbedingte Schuldunfähigkeit und Rauschbegriff des § 323 a StGB aus medizinischer und juristischer Sicht, NJW 1986 S. 2869 ff; *W. Frisch* Grundprobleme der Bestrafung „verschuldeter Affekttaten", ZStW 101 S. 538 ff; *G. Geilen* Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, Maurach-Festschrift S. 173 ff; *J. Gerchow* Sogenannte berauschende Mittel und ihre medizinisch-rechtliche Problematik, Sarstedt-Festschrift S. 1 ff; *W. Hardwig* Studien zum Vollrauschtatbestand, Eb. Schmidt-Festschrift S. 459 ff; *ders.* Der Vollrauschtatbestand, GA 1964 S. 140 ff; *W. Heiß* Verurteilung nach § 323 a StGB trotz Zweifel über das Vorliegen eines Vollrauschs? NStZ 1983 S. 67 ff; *M. Hettinger* Die „actio libera in causa": Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit? 1988; *ders.* Zur Strafbarkeit der „fahrlässigen actio libera in causa", GA 1989 S. 1 ff; *H. J. Hirsch* Alkoholdelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland, Beiheft ZStW 1981 S. 2 ff; *E. Horn* Actio libera in causa — eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur? GA 1969 S. 289 ff; *ders.* Kann die „mindestens erheblich verminderte Schuldfähigkeit" den „Rausch"-Begriff i. S. des § 330 a StGB definieren? JR 1980 S. 1 ff; *J. Hruschka* Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit — BGHSt. 21, 381, JuS 1968 S. 554 ff; *ders.* Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters. Zugleich eine Apologie des Art. 12 SchwStrGB, SchwZStr. 90 (1974) S. 48 ff; *ders.* Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit, Bockelmann-Festschrift S. 421 ff; *ders.* Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, ZStW 96 S. 661 ff; *ders.* Probleme der actio libera in causa heute, JZ 1989 S. 310 ff; *G. Jakobs* Schuld und Prävention, 1976; *ders.* Die juristische Perspektive zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat, in: *J. Gerchow* (Hrsg.) Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983 S. 21 ff; *J. C. Joerden* Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988; *Arthur Kaufmann* Das Schuldprinzip, 1961; *ders.* Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit, JZ 1963 S. 425 ff; *R. Keller* Anmerkung zu BGH JR 1989 S. 341 ff, aaO S. 343 f; *U. Kindhäuser* Gefährdung als Straftat, 1989; *E. Kohlrausch* Trunkenheit und Trunksucht im Deutschen Vorentwurf, ZStW 32 S. 645 ff; *F. W. Krause* Betrachtungen zur actio libera in causa, insbesondere in der Form vorsätzlicher Begehung, H. Mayer-Festschrift S. 305 ff; *ders.* Probleme der actio libera in causa, Jura 1980 S. 169 ff; *J. Krümpelmann* Schuldzurechnung unter Affekt und alkoholisch bedingter Schuldunfähigkeit, ZStW 99 S. 191 ff; *W. Küper* Aspekte der „actio libera in causa". Ein Dialog, Leferenz-Festschrift S. 573 ff; *ders.* Der „verschuldete" rechtfertigende Notstand, 1983; *ders.* Unfallflucht und Rauschdelikt, NJW 1990 S. 209 ff; *R. Kusch* Der Vollrausch, 1984; *K. Lackner* Vollrausch und Schuldprinzip — OLG Köln, NJW 1966, 412; OLG Braunschweig NJW 1966, 679, JuS 1968 S. 215 ff; *ders.* Neuorientierung der Rechtsprechung im Bereich des Vollrauschtatbestandes, Jescheck-Festschrift S. 645 ff; *R. Lange* Der gemeingefährliche Rausch, ZStW 59 S. 574 ff; *ders.* Die Behandlung der Volltrunkenheit in der Strafrechtsreform, JR 1957 S. 242 ff; *R. Luthe, M. Rösler* Die Beurteilung der Schuldfähigkeit bei akuter alkoholtoxischer

105 *Hirsch* Beiheft ZStW 1981 S. 2 ff, 6.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Bewußtseinsstörung, ZStW 98 S. 314 ff; *R. Maurach* Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948; *ders.* Fragen der actio libera in causa, JuS 1961 S. 373 ff; *H. Mayer* Die folgenschwere Unmäßigkeit (§ 330 a StGB), ZStW 59 S. 283 ff; *G. Meyer* Die Beurteilung der Schuldfähigkeit bei Abhängigkeit vom Glücksspiel, MonSchrKrim. 1988 S. 213 ff; *A. Montenbruck* Zum Tatbestand des Vollrausches, GA 1978 S. 225 ff; *ders.* Anmerkung zu BayObLG JR 1978 S. 208 f, aaO S. 209 f; *U. Neumann* Zurechnung und Vorverschulden, 1985; *ders.* Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung, GA 1985 S. 389 ff; *ders.* Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW 99 S. 567 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH StV 1987 S. 246 f, aaO S. 247 ff; *D. Oehler* Anmerkung zu BGH JZ 1970 S. 379 f, aaO S. 380 ff; *H. Otto* Actio libera in causa, Jura 1986 S. 426 ff; *ders.* Der Vollrauschtatbestand, Jura 1986 S. 478 ff; *H.-U. Paeffgen* Die Ausweitung des „Rausch"-Begriffs (§ 323 a) — ein unaufhaltsamer Prozeß? NStZ 1985 S. 8 ff; *ders.* Actio libera in causa und § 323 a StGB, ZStW 97 S. 513 ff; *ders.* § 142 StGB — eine lernäische Hydra? NStZ 1990 S. 365 ff; O. *Ranft* Grundprobleme des Vollrauschtatbestands, JA 1983 S. 193 ff, 239 ff; *ders.* Fahrunsicherheit und Verschulden in strafrechtlicher Sicht, Forensia 1986 S. 89 ff; C. *Roxin* Täterschaft und Tatherrschaft, 5. Auflage 1990; *ders.* Bemerkungen zur actio libera in causa, Lackner-Festschrift S. 307 ff; *ders.* Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB, JA 1990 S. 97 ff, 137 ff; *I. Puppe* Die Norm des Vollrauschtatbestandes, GA 1974 S. 98 ff; *dies.* Grundsätze der actio libera in causa, JuS 1980 S. 346 ff; *dies.* Neue Entwicklungen in der Dogmatik des Vollrauschtatbestandes, Jura 1982 S. 281 ff; *G. Schewe* Alkoholdelinquenz aus medizinischer Sicht, Beiheft ZStW 1981 S. 39 ff; *ders.* § 323 a — Definitions- und Beweisprobleme an der „unteren Rauschgrenze"? Blutalkohol 1983 S. 369 ff; *H. Schröder* Der subjektive Tatbestand des § 330 a, DRiZ 1958 S. 219 ff; *B. Schünemann* Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, in: *H.-J. Hirsch* u. a. (Hrsg.) Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989 S. 147 ff; *J. Schuppner, K. Sippel* Nochmals: Verurteilung nach § 323 a StGB trotz Zweifels über das Vorliegen eines Vollrauschs? NStZ 1984 S. 67 ff; *H. Schweikert* Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten? ZStW 70 S. 394 ff; *W. Stree* Rechtswidrigkeit und Schuld, in: *C. Roxin, W. Stree, H. Zipf, H. Jung* Einführung in das neue Strafrecht, 2. Auflage 1975, S. 34 ff; *G. Stratenwerth* Vermeidbarer Schuldausschluß, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 485 ff; *F. Streng* Unterlassene Hilfeleistung als Rauschtat? JZ 1984 S. 114 ff; *ders.* Schuld ohne Freiheit, ZStW 101 S. 273 ff; *G. Timpe* Grundfälle zum entschuldigenden Notstand und zum Notwehrexzeß, JuS 1985 S. 35 ff; *H. Tröndle* Vollrauschtatbestand und Zweifelsgrundsatz, Jescheck-Festschrift S. 665 ff; *K. Ulsenheimer* Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener Strafverfolgung, GA 1972 S. 1 ff; *H. v. Weber* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Rauschtat, Stock-Festschrift S. 59 ff; *ders.* Die Bestrafung der Volltrunkenheit, GA 1958 S. 257 ff; *J. Wolter* Vollrausch mit Januskopf, NStZ 1982 S. 54 ff; *ders.* Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz? Zugleich ein Beitrag zum „Strafgrund der Vollendung", Leferenz-Festschrift S. 545 ff.

A. Das Problem

57 Führt der Täter seine Zurechnungsunfähigkeit[106] oder eine Situation, in der — je nach Maßstab — Rechtsbefolgung unzumutbar ist, selbst herbei, so sind drei Wege möglich und nach geltendem Recht je für Teilbereiche auch gangbar, um trotzdem eine Haftung des Täters zu erreichen. Nach der ersten Lösung wird das Verhalten, mittels dessen der Täter die bezeichnete Lage herbeiführt, wegen der Herbeiführung bestraft. Diesen Weg beschreitet das Gesetz beim Vollrausch, § 323 a StGB. Nach einer weiteren Lösung wird die Herbeiführung der Lage als Vollzug des Delikts definiert, das später in

106 Jedenfalls geht es nicht um den Verlust der Handlungsfähigkeit; dieser erledigt sich stets durch Vorverlagerung des Tatzeitpunkts, siehe unten 17/58 sowie oben zum Handlungsbegriff 6/42, zum sogenannten Unterlassen durch Begehen 7/69 und zur Übernahmefahrlässigkeit 9/14. — Der Sprachgebrauch ist nicht einheitlich; für Einbeziehung der Fälle preisgegebener Handlungsfähigkeit *Hruschka* AT S. 327 und passim; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 20 Rdn. 34; *Krause* H. Mayer-Festschrift S. 305 ff, 306; *ders.* Jura 1980 S. 169 ff, 172; *Maurach* JuS 1961 S. 373 ff, 376; *Otto* Jura 1986 S. 426 ff, 431; wohl auch *LK-Spendel* § 323 a Rdn. 25; schon *Binding* Normen Bd. II (1) S. 609 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

der Lage schuldlos durchgeführt wird, so wie bei mittelbarer Täterschaft die Beeinflussung des Werkzeugs (des Tatmittlers) der Vollzug der Tat des mittelbaren Täters ist. Das ist der Weg bei der actio libera in causa (a.l.i.c.; dem Grund nach freie Handlung). In dieser Fallgruppe, die nur den Verlust der Zurechnungsfähigkeit betrifft, wird die libera causa als eigentliche Tat definiert. Nach der dritten Lösung kann dem Täter wegen der Herbeiführung der Lage die Berufung auf entschuldigende Umstände in der Lage versagt werden. Diese Lösung besteht in den Fällen ausgeschlossener Unzumutbarkeit; auch sie mag als a.l.i.c. im weiteren Sinn bezeichnet werden, wobei diese Konstruktion jedoch nur einen Teil, scil. den auf ein Vorverhalten abstellenden Teil, des Ausschlusses der Unzumutbarkeit abdeckt (nicht aber die besonderen Rechtsverhältnisse). Hier bleibt die actio die eigentliche Tat; diese ist wegen der libera causa schuldhaft. Mit diesem dritten Konzept identisch ist die in § 7 WStG festgeschriebene Regelung, nach der „selbstverschuldete Trunkenheit" bei Soldaten für militärische Straftaten oder Verstöße gegen das Kriegsvölkerrecht oder Taten in Ausübung des Dienstes eine Milderung der Strafdrohung nach den §§ 21, 49 StGB ausschließt.

Die genannten Lösungen unterscheiden sich darin, was Unrecht ist: das Sich-Berau- **58**
schen (Vollrausch) oder die durch das Berauschen in Gang gesetzte Tat (a.l.i.c.) oder die Tat im Rausch (Zumutbarkeit). Deshalb unterscheiden sich auch die Gegenstände und die Zeitpunkte der subjektiven Tatbestände sowie die Zeitpunkte, in denen gegebenenfalls erforderliche spezielle Deliktsmerkmale verwirklicht sein müssen. Der Grund für die Differenzierung der Lösungswege ist im Strafzweck zu suchen: Da wegen eines Mankos an Rechtstreue gestraft wird, muß auf Taten abgestellt werden, die dieses Manko indizieren. Im schweren Drogen- oder Alkoholrausch fehlt ein ansprechbares Subjekt, gleich mit welchem Nachdruck die Ansprache geschieht (unten 18/5, 11), so daß eine Tat — wie beim Psychotiker — nicht Rechtsuntreue, sondern Andersartigkeit der Motivation, eben einen Subjektivitätsverlust indiziert. Hier muß das, was Straftat sein soll, zu einem Zeitpunkt außerhalb des Rauschs gesucht werden (Vollrausch und a.l.i.c.). Ist aber ein Subjekt vorhanden, mag auch seine Motivation zur Rechtstreue durch massive Gegenmotive belastet sein, so kann seine Tat eine nicht hinreichend starke Rechtstreue indizieren; eine Verlagerung dessen, was Straftat sein soll, auf einen Zeitpunkt ohne massive Gegenmotivation ist dann unnötig, wenn es Aufgabe des Subjekts ist, die Gegenmotivation durch Erhöhung der Motivation zur Rechtstreue zu überwinden[106a] (Zumutbarkeit).

Wenn teils argumentiert wird, auch beim Vollrausch oder bei a.l.i.c. gehe es der **58a**
Sache nach darum, daß sich der Täter auf den zur Zeit der Tat gegebenen Schuldausschluß nicht berufen könne[106b], oder für die „Freiheit von krankheitsbedingtem

---

106a *Frisch* hat zum Affekt eine Lösung entwickelt, bei der die Gesellschaft ausgeblendet wird (ZStW 101 S. 538 ff): Er bindet die Anwendung der §§ 20, 21 StGB an den psychischen Befund und die allein danach zu erwartende Belastung der Fähigkeit zur Normerkenntnis oder -befolgung. Das ist, was die Zurechnungsunfähigkeit im strengen Sinn angeht, richtig: Wo kein Subjekt (keine Person) mehr agiert, ereignet sich Natur, nicht aber Gesellschaft. Was freilich die Belastung eines noch vorhandenen Subjekts angeht (nach der hiesigen Lösung bei § 21 StGB und auch in einem Teilbereich von § 20 StGB, siehe 18/14 ff), so wäre zu begründen, wieso die Berücksichtigung dieser Belastung Aufgabe der Gesellschaft und nicht Aufgabe des Belasteten sein soll. Psychologismen sind für eine solche Begründung auch dann kategorial unzulänglich, wenn man sie „Struktur der Schuld" nennt (aaO S. 603). Konsequenz dieser Verfolgung des „Rechts" nur einer Einzelheit: Die — nicht zuvor bedachte — affektive Aufladung beim Vergewaltigungsversuch wird zum Schuldmilderungsgrund für den angeschlossenen Mord am Opfer. Siehe auch 18/Fn. 94.

106b *Neumann* Zurechnung S. 24 ff, 125 ff, 267 ff, passim; das Konzept deckt sich im Zumutbarkeitsbereich mit dem hiesigen. — *Neumann* versteht den Ausschluß des Sich-Berufen-Könnens als „dogmatische Regel zweiter Stufe" (S. 22, 276 ff, 284), was heißen soll: Bei der „dialogischen Struktur des strafrechtlichen Verantwort-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Zwang" sei „obliegenheitswidrig nicht vermiedene" Unfreiheit ein „Surrogat"[106c], so führt das aus folgenden Gründen zur Fiktion von Verantwortlichkeit: Zwar kann die Berufung auf Defekte in der Binnenorganisation eines Täters auch radikaler abgeschnitten werden, als es im geltenden Recht geschieht, aber ein solcher Umbau ist nicht punktuell möglich, sondern hat systematische Konsequenzen. Die skizzierten Lösungen träfen deshalb nur dann wirkliche Verantwortlichkeit, wenn die wirkliche Erwartung, der per Selbstverschulden an sich Zurechnungsunfähige werde sich verantwortlich motivieren, rechtlich gestützt würde (Vertrauensgrundsatz gegenüber Betrunkenen?) und wenn sich auch der Täter auf seine fortdauernde Verantwortlichkeit berufen könnte. Beide systematischen Konsequenzen werden freilich in der gegenwärtigen Ordnung nicht gezogen, wie sich bei Selbstschädigungen zeigt: Die Selbsttötung etwa im Drogenrausch ist nicht „frei" und ein Tötungsverlangen ceteris paribus nicht ernstlich. Der Täter einer Tat im Rausch ist in seinem Rausch nicht einmal für die Strafverhandlung über seine Tat verhandlungsfähig. Auch das positive Recht erkennt, wie § 323 a StGB zeigt, die Zurechnungsunfähigkeit zum Zeitpunkt einer Tat im Rausch selbst dann an, wenn der Rausch zurechenbar verursacht wurde. — Die hiesigen Differenzierungen fallen freilich hin, wenn man den schweren Rausch nicht als Verlust an Subjektivität, sondern nur als motivatorische Belastung versteht.

B. Der Vollrausch

59 1 a) Da der Strafgrund des Vollrauschs nicht die Tat im Rausch, sondern das Sich-Berauschen ist, hat die Regelung (§ 323 a StGB) zu Recht ihren Platz im BT[106d]; der Zweck der Vorschrift — Sicherung von Zurechnung — weist freilich, wie zu zeigen sein wird, auf den AT zurück.

Der Zweck wird überwiegend im Schutz vor der Gefährlichkeit des Rauschs gesucht: Das Sich-Berauschen soll wegen der konkreten[107] oder abstrakten[108] Gefahr

---

lichmachens" (S. 276) (bedingt durch die dialogische „Struktur" der Verantwortlichkeit, S. 277) geht es nicht darum, „was im dogmatischen Sinn der Fall ist, sondern . . ., womit argumentiert werden darf" (S. 18). — Abgesehen davon, daß nach dem hiesigen Konzept mit dem Verlust der Zurechnungsfähigkeit stets argumentiert werden darf, wenn er stattfand (dazu sogleich im Text), ist damit der Vorgang eines per Zuschreibung zustande kommenden Schuldurteils zutreffend beschrieben. Nur ist kein Hindernis zu sehen, das Ergebnis des Dialogs auf einen Begriff zu bringen und so dogmatische Regeln der *maßgeblichen* Stufe zu formulieren. Beispiel: Wer auf erster Stufe (vorläufig) formuliert, Gefahr für das eigene Leben entschuldige die zur Abwendung erforderlichen Eingriffe, muß auf einer zweiten Stufe nachschieben, auf Lebensgefahr könne sich nicht berufen, wer für deren Grund zuständig sei, etwa weil er ihn verursacht habe (§ 35 StGB). Offenbar trägt also nicht die Lebensgefahr per se die Entschuldigung, sondern die bei manchen Lebensgefahren eröffnete Möglichkeit, Konfliktgenese und Täter zu distanzieren; *dies* ist der dogmatische Satz maßgeblicher Stufe. Daß diese Möglichkeit der Verlagerung vom sozialen Kontext außerhalb der Täterpsyche abhängt, suggeriert, es gehe dabei nicht um die Dogmatik von Schuld und Unschuld, sondern nur um ein Sich-(nicht)-Berufen-Können auf Innerliches. Aber Schuld ist — was *Neumann* im übrigen auch nicht verkennt — kein bloßes Derivat einer vom sozialen Kontext unabhängigen Innerlichkeit.

106c *Hruschka* AT S. 327; *ders.* Bockelmann-Festschrift S. 421 ff; gegen die Surrogationslösung wiederum *Neumann* GA 1985 S. 389 ff, 397. — *Hruschka* wendet das Surrogationsprinzip konsequent auch auf die Handlungsfähigkeit an; ebenso *Otto* Jura 1986 S. 426 ff, 431; hiergegen gilt der nachfolgende Text entsprechend: Wer nicht handlungsfähig ist, ist auch durch optimale Rechtstreue nicht zur Befolgung eines Gebots zu bringen.

106d *A. A. Hruschka* AT S. 296 ff; *Otto* Jura 1986 S. 478 ff, 480; der Sache nach auch *Neumann* Zurechnung S. 58, 63 f, 124, 125 ff; *Streng* ZStW 101 S. 273 ff, 318.

107 *Welzel* Strafrecht § 68 II 1 b; *Arzt-Weber* BT Bd. II Rdn. 427; *Kohlrausch* ZStW 32 S. 645 ff, 661; *Kohlrausch-Lange* § 330 a Anm. II; *Lange* ZStW 59 S. 574 ff, 584; *ders.* JR 1957 S. 242 ff, 244; *Hirsch* Beiheft ZStW 1981 S. 2 ff, 15 f.

108 So die überwiegende Ansicht mit Schwankungen zum Maß der für abstrakte Gefährdungsdelikte geltenden generellen Restriktionen, dazu oben 6/89. — *Cramer* Vollrauschtatbestand S. 46 ff,

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Unrecht sein, daß der Täter durch den Rausch von den — üblicherweise durch die Sozialisation habituell gewordenen — Bindungen an die Normen gelöst wird[109]. Die Lösung, die den Tatbestand um das Erfordernis einer konkreten Gefahr ergänzt, vermag nicht zu erklären, weshalb die Strafbarkeit einer Verwirklichung des so beschränkten Tatbestands nochmals durch die rechtswidrige Tat im Rausch (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) als objektive Strafbarkeitsbedingung eingeengt werden soll. Eine solche Erklärung ist bei der Lösung, die auf eine abstrakte Gefahr abstellt, leicht zu leisten: Die folgenlose Berauschung soll wegen ihrer Ubiquität nicht strafbar sein. Freilich läßt sich mit dem Gedanken einer — auch nur abstrakten — Gefahr nicht ausmachen, wieso die Anwendbarkeit der Vorschrift von der Beweislage hinsichtlich der Schuldfähigkeit abhängt (§ 323 a Abs. 1 StGB a. E.). Allenfalls eine Notlösung dafür bietet die Deutung der Vorschrift als vertatbestandlichte Wahlfeststellung zwischen dem „eigentlichen" Vollrausch und einer Haftung für die Tat im — möglicherweise — effektiv nicht schuldausschließenden Rausch[110].

b) Ein weiteres Problem tritt hinzu: Bei allen Konzepten, die auf eine Gefahr **60** abstellen, läßt sich nicht (bei konkreter Gefahr) oder allenfalls gekünstelt (bei abstrakter Gefahr) begründen, weshalb dem sowieso von den Normen entbundenen, also dem jedenfalls — auch ohne Rausch — fest zur Tat entschlossenen Täter die Berauschung überhaupt verboten werden soll[110a]; denn wenn die Tat im Rausch auf einem neuen Vorsatz beruht (bei Zurechnungsunfähigkeit), erhöht dieser neue Vorsatz nicht die bestehende Gefahr; bleibt der Vorsatz identisch (bei „verminderter Schuldfähigkeit"), gilt das erst recht. Die Gefahr der Entbindung von den Normen kann also nicht vorrangiger Grund der Vorschrift sein[111], auch nicht in Wahlfeststellung neben einer alternativen Haftung für die eventuell doch schuldhafte Tat im Rausch.

---

50 ff und passim; *SK-Horn* § 323 a Rdn. 2; *Schönke-Schröder-Cramer* § 323 a Rdn. 1; *Jescheck* AT § 40 VII; *Lackner* JuS 1968 S. 215 ff, 219. — Mit dem Erfordernis einer losen (und insgesamt unklaren) subjektiven Beziehung zu irgendeiner Tat im Rausch BGH 10 S. 248 ff, 250; 17 S. 333 ff, 335; BayObLG NJW 1990 S. 2334 f, 2335. — Ohne dieses Erfordernis BGH 1 S. 124 ff, 125 f; 1 S. 275 ff, 227; 2 S. 15 ff, 19; 16 S. 124 ff, 125 f; BayObLG JR 1975 S. 30 f; Hans-OLG Hamburg JR 1982 S. 345 f mit Anmerkung *Horn* aaO S. 347 ff. — Siehe auch *LK-Spendel* § 323 a Rdn. 61 ff, 67: „subjektiv-generelles Gefährdungsdelikt".

109 *v. Weber* Stock-Festschrift S. 59 ff, 72. — Die Bedeutung des Bindungsverlusts ist unstreitig. Zudem wird auch teils argumentiert, § 323 a StGB solle auch die Gefahr erfassen, daß die Reaktions- und Körperbeherrschungsfähigkeit nachläßt; *Schönke-Schröder-Cramer* § 323 a Rdn. 1; *Cramer* Vollrauschtatbestand S. 4 f; *Schröder* DRiZ 1958 S. 219 ff, 221; *v. Weber* GA 1958 S. 257 ff, 260. Siehe auch zu den neueren Konzeptionen unten Fn. 111. — Ohne aktuelle Vermeidbarkeit ist die Tat im Rausch aber überhaupt keine tatbestandsmäßige Handlung (*a. A. Kusch* Vollrausch S. 92, 94, 100 ff und passim, wonach irgendwie willentliches Verhalten hinreichen soll; inkonsequent freilich die Lösung zur Unterlassung, S. 111 ff, 116). Das ließe sich freilich überbrücken, indem auf ein hypothetisches Subjekt (der Täter *ohne* rauschbedingte Defekte) abgestellt würde. Schwerer wiegt, daß die Bindung des § 323 a StGB an (nicht auszuschließende) Schuldunfähigkeit ganz untauglich ist, um die Grenze relevanter Minderungen des Reaktions- und Bewegungsapparates zu erfassen. Für einen Chirurgen oder einen Kraftfahrer (§ 316 StGB) oder einen Viehtreiber etc. müßten unterschiedliche Grenzen gelten, die sich kaum je mit den Grenzen der Schuldunfähigkeit decken dürften. — Freilich ist eine Berücksichtigung aller rauschbedingten Leistungsdefekte de lege ferenda nicht ausgeschlossen, nur muß dann der Rausch je nach Lebensbereich und Defektart unterschiedlich bestimmt werden.

110 *LK-Tröndle* § 1 Rdn. 99.

110a *Neumann* Zurechnung S. 76.

111 Die neueren Interpretationen des § 323 a StGB in der Literatur zielen auf die Bestimmung des Rauschs als eines Zustands, in dem der Täter den Anforderungen des sozialen Verkehrs nicht mehr gewachsen ist; grundlegend *Puppe* GA 1974 S. 98 ff, 109 f; *dies.* Jura 1980 S. 281 ff, 285 ff; ferner *Montenbruck* GA 1978 S. 225 ff, 238 f (Übernahme der Grenze von 1,3 Promille aus dem Straßenverkehrsrecht); *ders.* JR 1978 S. 209 f; *Horn* JR 1980 S. 1 ff, 6. Eine „Verkehrsfähigkeit" ist freilich von dem jeweiligen Lebenskreis abhängig und deshalb nicht absolut bestimmbar; siehe schon die Ausführungen oben Fn. 109 gegen die Vermischung von Handlungs-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

61 2 a) Die Norm des § 323 a StGB besteht auch bei unklarer Beweislage und bei sowieso tatentschlossenen Personen: Sie garantiert, daß nicht Konfliktererledigung per Zurechnung unmöglich wird[112]. Diese Garantie ist nötig, weil beim Wegfall von Zurechnung nicht auf eine kognitive Erledigung ausgewichen werden kann (Prohibition ist nicht diskutabel). Damit Konflikte nicht überhaupt unerledigt bleiben müssen, wird dem Täter verboten, seinen Bestand als — voll oder doch vermindert[112a] — zurechnungsfähiges Subjekt durch einen Rausch zu vernichten oder so stark zu beeinträchtigen, daß eine Vernichtung nicht auszuschließen ist. Ein sowieso, etwa wegen Geisteskrankheit, zurechnungsunfähiges Subjekt kann das Tatunrecht also nicht verwirklichen, wohl aber ein Täter, bei dem die Alkoholisierung nur im Verein mit affektiver Erregung oder einem anderen Befund zur Zurechnungsunfähigkeit führt[112b].

Nun wäre es freilich (was für sämtliche, nicht auf eine konkrete Gefahr abstellende Konzepte gilt) wegen der Ubiquität von Berauschungen unmöglich und wegen der typischen Harmlosigkeit auch unnötig, auf jeden Rausch mit Strafe zu reagieren. Deshalb wird ja auch überwiegend die Tat im Rausch als objektive Strafbarkeitsbedingung interpretiert. Aber diese Behandlung jeder Berauschung als nur in der Strafbarkeit limitiertes Unrecht geht am praktisch Möglichen und Notwendigen vorbei, da eine Berauschung in weitem Maß sozial toleriert — wenn auch nicht unbedingt gebilligt — wird. Es ist deshalb anzunehmen, daß das Gesetz nicht erst die Strafbarkeit, sondern schon das Unrecht durch die Tat im Rausch aufschiebend bedingt (nur-objektive Unrechtsbedingung, eingehend siehe oben 10/2). Erst die Drastik der Tat im Rausch erlaubt die Definition der Berauschung als Unrecht[112c].

---

fähigkeit und Schuldfähigkeit. Gegen alle Gefährdungslösungen *Neumann* Zurechnung S. 57 ff. — *Dencker* (NJW 1980, S. 2159 ff, 2164) will den Rauschbegriff an § 21 StGB binden (ebenso *Forster* und *Rengier* NJW 1986 S. 2869 ff, 2871), unter anderem, weil „geringere Grade einer Intoxikation nicht zu einer relevanten Schuldminderung führen" sollen. Das ist aus zwei Gründen falsch: § 21 StGB behandelt nur die Schuldminderung, die durch Strafrahmenwechsel berücksichtigt werden kann, nicht aber die Minderung innerhalb des Regelstrafrahmens (siehe jetzt auch *Dencker* JZ 1984 S. 453 ff, 458 mit Fn. 54). Weiterhin ist selbst bei trunkenheitsbedingter Minderung der „Fähigkeit" die Schuld nicht jedenfalls gemindert, wie die bloße *Kann*-milderung beweist (siehe unten zur Zumutbarkeit 17/69 ff); selbst eine erhebliche Minderung der „Fähigkeit" bringt also nicht notwendig eine Minderung (oder gar erhebliche Minderung) der Schuld. — *Paeffgen* ZStW 97 S. 514 ff, 530 ff, spaltet die Norm in einen milderen Bereich des Verbots, sich zu berauschen (wobei de lege ferenda eine Promille-Grenze gesetzlich festgelegt werden soll, S. 526 ff), und einen strengeren, in dem die Fälle der seines Erachtens unzulässigen a.l.i.c. angesiedelt werden sollen. — *Kusch* Vollrausch S. 49, 53, stellt für den Rauschbegriff auf die schwere Bewußtseinsstörung nach § 20 StGB ab, ohne freilich die Störung mit dem Verlust der Einsichts- oder Befolgungsfähigkeit zu verbinden; — eine vom Ziel des § 20 StGB isolierte Bewußtseinsstörung ist aber wohl nicht fixierbar. — Weitere Konzepte: Als einen Fall von Erfolgshaftung versteht § 323 a StGB *H. Mayer* ZStW 59 S. 283 ff; im Ergebnis auch *Baumann* ZStW 70 S. 227 ff, 244; — für mit dem Schuldprinzip unvereinbar hält die Vorschrift auch *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 144 ff, 247 ff, 251 f; *ders.* JZ 1963 S. 425 ff, 433; — für einen Fall von Risikohaftung *Hardwig* Eb. Schmidt-Festschrift S. 459 ff; *ders.* GA 1964 S. 140 ff; *Schweikert* ZStW 70 S. 394 ff; dazu *Neumann* Vorverschulden S. 118 ff; — dagegen *Cramer* Vollrauschtatbestand S. 19 ff; *Puppe* GA 1974 S. 98 ff, 103 f; die „Selbstberauschung" deuten als „Mantel, mit dem die Bestrafung der Rauschtat zugedeckt wird" („Ausnahme von der Regel des § 20 StGB") *Hruschka* AT S. 296 ff, 297; *Neumann* Zurechnung S. 58, 63 f, 125 ff und passim (siehe dazu auch oben 17/58). — Siehe ferner die Nachweise bei *Schönke-Schröder-Cramer* § 323 a Rdn. a; *Puppe* aaO.

112 Ähnlich *Maurach* Schuld und Verantwortung S. 117 ff; *ders.* BT[5] § 56 II A 2; eingeschränkt *Maurach-Schroeder* BT II § 94 I 3; wie hier *Roxin* Täterschaft S. 665; hauptsächlich auch *Kindhäuser* Gefährdung S. 326 ff; siehe auch *Neumann* Zurechnung S. 61; *a. A. Cramer* Vollrauschtatbestand S. 28 ff.

112a Siehe BGH StV 1984 S. 154 und S. 419.

112b BGH StV 1987 S. 246 f mit Anmerkung *Neumann* S. 247 ff.

112c Die Definition als Unrecht liegt um so näher, je drastischer die Tat im Rausch ausfällt — und umgekehrt. Deshalb beeinflußt die Tat im Rausch

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

b) Bei dieser Interpretation muß dasjenige, was die Möglichkeit von Zurechnung **62**
gefährdet, scil. die Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit, nicht gewiß vorliegen, sondern es reicht, daß Zurechnungsunfähigkeit nicht auszuschließen ist, mag auch volle Schuldfähigkeit gleichfalls nicht auszuschließen sein[113]; denn selbst bei einem nicht auszuschließenden Verlust der Zurechnungsfähigkeit ist eine Zurechnung der Tat im Rausch (von den Fällen der a.l.i.c. abgesehen) nicht möglich. Was ein Rausch ist, muß bei dieser Lage gleichfalls nach dem Schutzzweck der Vorschrift bestimmt werden. Erforderlich ist demnach nicht eine (Teil-)Enthemmung o. ä., sondern eine Einverleibung von Rauschmitteln in solcher Menge, daß — bei fortbestehender Handlungsfähigkeit — Zurechnungsunfähigkeit nicht auszuschließen ist, mag auch wiederum volle Schuldfähigkeit gleichfalls möglich bleiben[114]. Freilich erfaßt § 323 a StGB nach seinem Wortlaut nicht solche Taten, bei denen schon das Vorliegen eines Rauschs zweifelhaft ist; für den Täter, bei dem etwa schon die für einen Rausch hinreichende Einnahme von Alkohol nicht aufgeklärt werden kann, gilt die Beweisregelung der Vorschrift nicht. Diese Lösung ist sachgerecht[114a], da der Täter nur bei erheblichem Rauschmittelkonsum dafür zuständig wird, daß Zweifel an seiner Zurechnungsfähigkeit die Konflikterledigung nicht hindern.

c) Die Ermöglichung von Zurechnung als Schutzzweck des § 323 a StGB ergibt für **63**
den Zusammenhang von Vollrausch und Tat im Rausch — die wiederum ein Vollrausch sein kann: beim Kettentrinker[114b] — folgendes: Die Tat im Rausch muß nicht Folge der Berauschung sein, denn auch der sowieso Tatentschlossene verhindert durch Berauschung die Möglichkeit von Zurechnung, soweit nicht eine a.l.i.c. bleibt. Das ist bei gegebener Zurechnungsunfähigkeit zwar ohne Bedeutung; denn die Motivationslage beim Zurechnungsunfähigen ist nicht gleich derjenigen beim Zurechnungsfähigen minus Schuld, sondern per Definition in den Grundzügen andersartig, so daß auch der

---

die Strafe für die Berauschung (siehe § 323 a Abs. 2 StGB!); Einzelheiten sind sehr streitig; Nachweise bei *Bruns* Lackner-Festschrift S. 439 ff.

113 Zum Tatbestand gehört nicht irgendeine Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit, sondern ein Rausch; zu dessen Definition, bei der die Annahme von Schuldunfähigkeit freilich eine Rolle spielt, siehe sogleich im Text. Zur Bestimmung des Rauschs als Taterfolg grundlegend *Horn* JR 1980 S. 1 ff, 2 ff; *SK-Horn* § 323 a Rdn. 4 (zum Rauschbegriff der Rechtsprechung siehe BGH 26 S. 363 ff; BGH GA 1984 S. 124; OLG Köln VRS 68 (1985) S. 38 ff: kein Rausch, wenn volle Schuldfähigkeit möglich ist). Die verbreitete Formel, der Täter müsse sicher den Bereich des § 21 StGB erreicht oder den sicheren Bereich des § 21 StGB überschritten haben (gemeint ist, er müsse mindestens eine Beeinträchtigung nach § 21 StGB, vielleicht aber mehr aufweisen; klarstellend BGH NJW 1989 S. 635 f) (BGH 32 S. 48 ff, 55 ff; zuvor schon BayObLG JR 1980 S. 27 ff; BGH JR 1980 S. 32; BGH VRS 56 S. 447 ff; *Dencker* NJW 1980 S. 2159 ff, 2163; *Hirsch* Beiheft ZStW 1981 S. 2 ff, 19 ff; *Ranft* JA 1983 S. 193 ff, 198; *Lackner* Jescheck-Festschrift S. 645 ff, 663; *Arzt-Weber* BT Bd. II Rdn. 445; *Forster* und *Rengier* NJW 1986 S. 2869 ff, 2871; — enger OLG Karlsruhe JR 1980 S. 30 ff), kann nicht befriedigen: Der qualitative Sprung liegt nicht beim Übergang von der Nüchternheit in den sicheren Bereich des § 21 StGB, sondern von der Zurechnungsfähigkeit in den der Zurechnungsunfähigkeit (siehe *Paeffgen* NStZ 1985 S. 8 ff, 11 ff). Die Ungewißheit bezüglich dieses Übergangs hindert nach der n. F. (zur a. F. siehe BGH 9 S. 390 ff) die Anwendbarkeit der Vorschrift nicht. Alle anderen Grenzen sind nur quantitativ bestimmt. — Zur Behandlung anderer Rauschmittel als Alkohol siehe *Gerchow* Sarstedt-Festschrift S. 1 ff mit Nachweisen.

114 *Tröndle* Jescheck-Festschrift S. 665 ff, 676 ff; im Ergebnis ebenso *Maurach-Schroeder* BT II § 94 II 2; mit verfehlter Begründung *Heiß* NStZ 1983 S. 67 ff, 69; dagegen *Schuppner* und *Sippel* NStZ 1984 S. 67 ff. — Hiergegen wird vorgebracht, die Rauschmittelmenge sei nur „*ein* Indiz unter vielen ... für die Frage der Schuld(un)fähigkeit" (*Dencker* JZ 1984 S. 453 ff, 458). Mehr als eine zurechenbare Bedingung dafür, daß § 20 StGB nicht auszuschließen ist, muß der Rausch aber auch nicht sein.

114a *A. A. Schewe* Blutalkohol 1983 S. 369 ff, 381 ff; zur Wahlfeststellung siehe *Tröndle* Jescheck-Festschrift S. 684 ff.

114b Aber am Anfang der Kette muß eine zurechnungsfähige Person stehen; siehe oben 17/61.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Tatvorsatz mit dem Beginn der Zurechnungsunfähigkeit andersartig, eben rauschbedingt, motiviert ist. Praktisch bedeutsam dürfte aber die Fallgestaltung sein, in der ein sowieso Tatentschlossener nach einem Rauschmittelgenuß, der die Zurechnungsfähigkeit höchstwahrscheinlich — aber eben nicht beweisbar — beläßt, die Tat vollzieht.

Der Täter haftet für den Vollrausch nur dann, wenn die Tat im Rausch durch Umstände ausgelöst wird, die in seinem Verantwortungsbereich liegen. Daran fehlt es absolut (gegenüber jedermann), wenn eine dritte Person den Berauschten in mittelbare Täterschaft begründender Weise zu einer Tat bringt. Auch bei Nichtanzeige geplanter Straftaten und bei unterlassener Hilfeleistung (§§ 138, 323 c StGB) ist der Täter nicht Garant für die Konfliktlösung[114c]; die genannten Delikte sind also keine geeigneten Unrechtsbedingungen des Vollrauschs[114d]. — Die Zuständigkeit fehlt relativ (scil. im Verhältnis zum Angreifer), wenn der Berauschte rechtswidrig und schuldhaft angegriffen wird und die Abwehr rauschbedingt überzieht[115].

C. Actio libera in causa (a.l.i.c.): Die causa libera als Tathandlung

64 1. Der Täter kann sich als mittelbarer Täter selbst zum Werkzeug machen, indem er sich verantwortlich in eine Lage versetzt, die seine Zurechnungsfähigkeit ausschließt und in der er dann eine zuvor erkannte oder erkennbare rechtswidrige Tat begeht. Anders als im Grundfall der mittelbaren Täterschaft, bei dem die Zuständigkeit des mittelbaren Täters für jeden Umstand ausreicht, der die Schuld des Werkzeugs ausschließt, ist bei der a.l.i.c. die Beseitigung gerade der Zurechnungsfähigkeit notwendig; die Verursachung einer Lage an sich ausgeschlossener Zumutbarkeit reicht nicht. Das hat folgenden Grund: Beim Grundfall der mittelbaren Täterschaft gibt der mittelbare Täter nach der „Präparierung" des Werkzeugs dieses als ein jedenfalls im Ergebnis schuldloses Werkzeug aus der Hand. Benutzt sich der Täter aber selbst als Werkzeug, so behält er sich in der Hand, solange die Kontinuität seiner Motivation erhalten bleibt — er also nicht zurechnungsunfähig wird —, und er behält sich als Verantwortlicher in der Hand, solange der für ihn geltende Maßstab proportional zu den sich einstellenden Motivationsbelastungen verschärft wird, also im gesamten Bereich der an sich (d. h. ohne Blick auf die Verschärfung des Maßstabs) gegebenen Unzumutbarkeit. — Praktisch relevant sind seit jeher[116] einzig die Fälle, in denen sich der Täter mit Rauschmitteln, insbesondere Alkohol, um seine Zurechnungsfähigkeit bringt.

[114c] Ob § 142 StGB auch denjenigen Unfallbeteiligten zum Garanten für die Feststellung definiert, der kein Sonderrisiko beansprucht, sich insbesondere verkehrsrichtig verhalten hat, ist zumindest zweifelhaft. Soweit eine Garantenstellung besteht, ist unklar, ob eine Haftung nach §§ 323 a, 142 Abs. 1 StGB mit einer Haftung nach § 142 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 StGB zusammentreffen kann; dagegen (und für die alleinige Anwendung der §§ 323 a, 142 Abs. 1 StGB) BayObLG NJW 1989 S. 1685 f (mit Anmerkung *Keller* JR 1989 S. 343 f); *Küper* NJW 1990 S. 209 ff, 213 f; im Ergebnis auch *Paeffgen* NStZ 1990 S. 365 ff, jeweils mit Nachweisen.

[114d] Sehr streitig; *a. A. Streng* JZ 1984 S. 114 ff (der von seiner Annahme aus, der Berauschte bleibe „tauglicher Adressat für Schuldzuschreibungen", aaO S. 119, auf die Regelung des Vollrauschs in § 323 a StGB zugunsten der Anwendung der Zumutbarkeitsregeln verzichten könnte, siehe unten 17/69 ff; 18/5, 14 ff, 34) mit umfassenden Nachweisen; differenzierend *Ranft* JA 1983 S. 193 ff, 239 ff, 241.

[115] Verfehlt BGH NJW 1980 S. 1806 f (ein Berauschter greift an, wird überraschend abgewehrt und reagiert darauf mit einem Versuch, den Abwehrenden zu töten): Die Entscheidung stellt auf die *Voraussehbarkeit* der Abwehr des Angriffs ab, den der Berauschte führt, statt auf die *Zuständigkeit* des Berauschten für den Angriff. — Wirken bei der Aufhebung der Schuldfähigkeit das berauschende Mittel und affektive Erregung zusammen, so haftet der Täter nur, wenn er zur Vermeidung dieses Zusammenwirkens zuständig ist (weitergehend BGH NStZ 1982 S. 116: Voraussehbarkeit soll hinreichen).

[116] Das ehemals viel erörterte Beispiel, daß eine Mutter einen Säugling im Schlaf erdrückt, betrifft den Verlust der Handlungsfähigkeit und gehört deshalb zur Handlungslehre; siehe schon oben 17/Fn. 106.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

2. Die a.l.i.c.[117] hat folgende Voraussetzungen[118]: **65**

a) Die — ihrerseits vorsätzliche oder fahrlässige[118a] — Tat im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit muß vom Täter erkannt (Vorsatz) oder ihm erkennbar (Fahrlässigkeit) sein, und zwar mit derjenigen Genauigkeit, die ansonsten bei Beteiligung an der Tat eines anderen gefordert wird[119]. Ansonsten würde zur Tatzeit (zur Zeit der causa libera) der subjektive Tatbestand fehlen.

b) Da der Täter einer Vorsatztat (a) die Tatbestandsverwirklichung und (b) seine **66** Tatherrschaft kennen muß, liegt eine vorsätzliche a.l.i.c. nur dann vor, wenn der Täter

117 Detaillierter Bericht der Dogmen- und Gesetzgebungsgeschichte bei *Hettinger* actio S. 57 bis 435; einzelne Nachweise bei *Hruschka* SchwZStr. 90 (1974) S. 48 ff, 55 ff; *ders.* AT S. 343 ff; *ders.* ZStW 96 S. 661 ff. — Zur Vergleichbarkeit von actio libera in causa und actio illicita in causa (dazu 21/84) *Küper* Notstand S. 70 ff, 80 ff.

118 Einzelheiten sind höchst streitig. Ein Extrem bildet die Ansicht von *Hruschka* SchwZStr. 90 (1974) S. 48 ff; *ders.* JuS 1968 S. 554 ff.; *ders.* JZ 1989 S. 310 ff; *ders.* AT S. 39 ff, 43, 294, 327 und passim, wonach die obliegenheitswidrig herbeigeführte Zurechnungsunfähigkeit Surrogat für Zurechnungsfähigkeit sein soll; ebenso *Joerden* Strukturen S. 35 ff, 45 f. Sachlich entsprechend *Neumann* Zurechnung S. 25 ff, 269 ff, der wegen der vorangegangenen causa libera dem Täter die Berufung auf den Schuldausschluß versagen will; *ders.* ZStW 99 S. 567 ff, 574 ff; *Küper* Leferenz-Festschrift S. 573 ff; 591 f (Unrecht soll erst die Defekttat sein); *Otto* Jura 1986 S. 426 ff, 431; *Jescheck* AT § 40 VI; *Burkhardt* in: Kolloquium S. 147 ff, 171 ff. Diese Lösung paßt nur auf Fälle von Unzumutbarkeit, nicht aber auf Fälle von Zurechnungsunfähigkeit, da es bei letzteren an einer rechtlich hinreichenden Kontinuität der Tatmotivation fehlt. — Ein „Ausdehnungsmodell" (die Defektherbeiführung als Vorbereitung ist Teil der Tat, wenn mindestens das Versuchsstadium erreicht wird) entwirft *Streng* ZStW 101 S. 273 ff, 310 ff. — Die Gegenposition (unter denjenigen, die a.l.i.c. überhaupt anerkennen) vertritt *Horn* GA 1969 S. 289 ff; *SK-Horn* § 323 a Rdn. 28 ff, der die a.l.i.c. für einen Sonderfall der allgemeinen Regeln, scil. der Versuchsregeln, hält. Da *Horn* jedoch bei der Bestimmung des Versuchsbeginns berücksichtigt, daß der Täter sich als verantwortliche Person „entläßt", sind seine Ergebnisse von den hiesigen (a.l.i.c. als Sonderfall mittelbarer Täterschaft) nicht prinzipiell unterschieden. Zu *Horn* eingehend *Hettinger* actio S. 364 ff. — Unter den Lehren, die zwischen den Extremen stehen, ist streitig, ob bei vorsätzlicher a.l.i.c. auch der Verlust der Zurechnungsfähigkeit vorsätzlich geschehen muß (Lösung nach allgemeinen Regeln) oder nicht (Lösung nach den Regeln der Unzumutbarkeit). Für die erstere Ansicht siehe RG 73 S. 177 ff, 182; BGH 2 S. 15 ff, 17; 17 S. 260 ff, 262; 17 S. 333 ff, 335; BGH VRS 23 S. 212 ff, 213; (offengelassen in BGH 21 S. 281 ff); *Oehler* JZ 1970 S. 380 ff; *Puppe* JuS 1980 S. 346 ff, 348; *Roxin* Lackner-Festschrift S. 307 ff, 320; *Schmidhäuser* AT 10/25; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 20 Rdn. 36; *SK-Rudolphi* § 20 Rdn. 30; *Schünemann* in: Strafrecht S. 149 ff, 170 ff; — im Ergebnis (ein Wissen um den Defekt und seine Einbeziehung in den Tatplan soll unerläßlich aber auch ausreichend sein) ferner *Krause* H. Mayer-Festschrift S. 305 ff, 312 (teils zu Unrecht für die Gegenmeinung reklamiert); *ders.* Jura 1980 S. 169 ff, 174. — Für die letztere Ansicht (außer *Hruschka* aaO) *Cramer* Vollrauschtatbestand S. 132; *ders.* JZ 1968 S. 273 ff, 274; *Maurach* JuS 1961 S. 373 ff, 376; *Maurach-Zipf* AT § 36 Rdn. 57 ff; *Stratenwerth* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 485 ff, 495 ff. — Nach *Paeffgen* ZStW 97 S. 513 ff, 518 soll das Verständnis der a.l.i.c. als mittelbare Täterschaft (wie es hier erfolgt) unzulässig sein, da der Täter „eigenhändig" handele und dafür allein die 1. Variante von § 25 Abs. 1 StGB gelte. Sachlich dasselbe formuliert *Hettinger* dahin, die Herbeiführung der Zurechnungsunfähigkeit könne — auch jenseits eigenhändiger Delikte — keine Tathandlung sein (actio S. 436 ff, 450 ff; GA 1989 S. 1 ff, 13 ff); der früheste Zeitpunkt für Zurechnung sei derjenige, in dem sich der Täter zur Vornahme des unerlaubt riskanten Verhaltens entschließe (dann ist er aber schon zurechnungsunfähig). Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb der Täter für seine eigene Harmlosigkeit weniger Garant sein soll als für diejenige eines anderen menschlichen oder tierischen oder mechanischen Werkzeugs. Zudem: Wäre die Verneinung der Tatvorverlagerung richtig, entstünde trotzdem im letztmöglichen Zeitpunkt, in dem der Täter den Schaden verantwortlich verhüten kann, eine Haftung, und zwar eine Unterlassungshaftung aus Ingerenz (was regelmäßig übersehen wird; insoweit zutreffend aber *Behrendt* Affekt S. 77 ff). Dieser Flucht in die Unterlassung bedarf es jedoch nicht; denn das Entlassen aus der Herrschaft ist die Tat. — Zur eigenen Stellungnahme siehe den Text; zur abweichenden Lösung bei Unzumutbarkeit siehe unten 17/79.

118a Bei Unvermeidbarkeit zum Zeitpunkt der Zurechnungsunfähigkeit *handelt* der Täter überhaupt nur als Zurechnungsfähiger: Das Problem der Erzeugung schuldlosen *Handelns* entfällt.

119 Siehe dazu BGH 21 S. 381 ff; OLG Schleswig NStZ 1986 S. 511 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

sowohl (a) das (seinerseits vorsätzliche oder im Grenzfall auch fahrlässige) Verhalten kennt, das er als Zurechnungsunfähiger vollziehen wird, als auch (b) seinen Verlust der Zurechnungsfähigkeit (wobei zur Kenntnis insoweit eine laienhafte Parallelbeurteilung hinreicht). Unkenntnis des Verlustes der Zurechnungsfähigkeit schließt vorsätzliche a.l.i.c. ebenso aus wie Unkenntnis des kommenden Verhaltens. Von praktischer Bedeutung dürften Fälle sein, in denen der Täter erkennt, daß er zu Ausschreitungen neigt, jedenfalls im Trunk. Dagegen ist zweifelhaft, ob es Fälle gibt, in denen der Täter bestimmte Pläne hegt, durch Betrinken die Hemmungen davor beseitigt, aber die sonstige Motivationslage nicht tangiert, insbesondere die Pläne unverändert beibehält[119a].

67 c) Der Täter muß alle Täterschaftsmerkmale[120] aktuell aufweisen, insbesondere zur Täterschaft erforderliche Absichten und Tendenzen. Beispiel: Betrinkt sich der Täter, dabei resignierend bedenkend, daß er sich in Volltrunkenheit nicht wird vor einem Diebstahl zurückhalten können, so liegt mangels aktueller Zueignungsabsicht kein täterschaftlicher Diebstahl in a.l.i.c. vor. Bei — sachlich oder formulierungsmäßig — eigenhändigen Delikten scheidet Täterschaft in a.l.i.c. zwingend aus, da das Verhalten, durch das sich der Täter zum Werkzeug macht, per Definition nicht-eigenhändige Tatbegehung ist. Das ist für die (formulierungsmäßig) eigenhändige Trunkenheitsfahrt im Verkehr (§ 316 StGB) praktisch bedeutsam: Wer sich bis zur Zurechnungsunfähigkeit in Kenntnis seiner kommenden Trunkenheitsfahrt betrinkt, haftet nicht wegen des Betrinkens nach § 316 StGB in täterschaftlicher a.l.i.c.[121].

Soweit eine a.l.i.c. mangels Tätermerkmals oder Eigenhändigkeit ausscheidet, bleibt freilich nicht nur eine Haftung wegen Vollrauschs (§ 323 a StGB); vielmehr ist die Ermöglichung der Tat in der Zurechnungsunfähigkeit Teilnahme (§§ 26 ff einschließlich § 28 StGB) an eben dieser eigenen Tat, so wie mittelbare „Täterschaft" bei mangelnder Täterqualifikation oder mangelnder Eigenhändigkeit des mittelbaren Urhebers zur Teilnahme wird[121a].

68 3. Sind die genannten Voraussetzungen gegeben, so ist die Beseitigung der Zurechnungsfähigkeit die Tathandlung. Das Erfordernis der Beziehung der Schuld auf den Tatzeitpunkt bleibt also unangetastet[122]. Die teils vorgebrachten Bedenken, das Trinken von Alkohol o. ä. könne nicht die Tathandlung von Körperverletzung, Sachbeschädigung etc. sein, gehen daran vorbei, daß der Zurechnungsunfähige nur noch Werkzeug ist und seine Tat — wie bei der mittelbaren Täterschaft — deshalb von der Tat des Überlegenen zu trennen ist. — Der Versuchsbeginn richtet sich nach den Regeln des Versuchsbeginns bei mittelbarer Täterschaft (unten 21/105), d. h. mit dem

---

119a Wenn der Täter völlig enthemmt ist (§ 20!), warum faßt er keine anderen, vielleicht noch weiterreichenden Pläne etc.? Mit anderen Worten, die Kontinuität der Planung spricht für eine Kontinuität der Beherrschung durch ein Subjekt. Es dürfte also in solchen Fällen nicht um actio libera in causa, sondern um verschärfte Zumutbarkeit gehen (unten 18/14 ff). — Der *praktische* Beginn der Anwendung des § 20 StGB ist in dubio pro reo *früh* anzusetzen. Bei actio libera in causa ist er in dubio pro reo *spät* anzusetzen. Eine *praktisch* exakte Lösung müßte also in sehr zahlreichen Fällen Wahlfeststellung zwischen actio libera in causa und verschärfter Zumutbarkeit annehmen. Es ist auch zu prüfen, ob nicht eine Erschwerung bei der Anwendung des § 20 StGB auf Delikte in Trunkenheit in Betracht kommt, was im Blick auf die ältere Rechtsprechung (dazu *von Weber* Stock-Festschrift S. 59 ff, 63; siehe auch *Krümpelmann* ZStW 99 S. 191 ff, 195 ff) naheliegt.

120 Das Problem wird selten näher ausgeführt; siehe aber *Horn* GA 1961 S. 289 ff, 302 ff; *SK-Horn* § 323 a Rdn. 30 f; *Hruschka* JuS 1968 S. 554 ff, 556; *Küper* Leferenz-Festschrift S. 573 ff, 580 f; *Hettinger* actio passim.

121 *Roxin* Lackner-Festschrift S. 307 ff, 317 f; *Hettinger* actio S. 436 ff, 450 ff; *ders.* GA 1989 S. 1 ff, 12 f; *a. A.* wohl OLG Hamm NJW 1984 S. 137 a. E.; *Ranft* Forensia 1986 S. 59 ff, 68 f; zu *Hruschka* siehe oben 17/Fn. 118.

121a Dagegen *Hettinger* actio S. 427.

122 Streitig; siehe die Angaben oben 17/Fn. 118.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Vollzug des letzten Akts, der zur Herbeiführung der Zurechnungsunfähigkeit erforderlich ist, liegt beendeter Versuch vor[123].

Tritt der Täter im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit zurück, so befreit ihn das nur dann von dem zurechnungsfähig begonnenen Versuch, wenn der Grund des Rücktritts beim Verlust der Zurechnungsfähigkeit vorbehalten worden war. Ansonsten ist das per Definition unverantwortliche Rücktrittsverhalten des Zurechnungsunfähigen keine freiwillige Leistung des Täters[123a].

Befindet sich der Täter noch als Zurechnungsfähiger bereits im Versuchsstadium, wird dann zurechnungsunfähig (etwa durch eine plötzliche psychotische Veränderung) und beendet den Versuch als Zurechnungsunfähiger, so wird verbreitet angenommen, der Täter hafte ohne Blick auf die Voraussetzungen der a.l.i.c. schon bei „adäquater" Abweichung[124]. Soweit aber der Täter den Verlust der Zurechnungsfähigkeit nicht kennt und beherrscht, fehlt es an der vorsätzlichen Steuerung einer Tatbedingung, und Vollendung einer Vorsatztat scheidet aus (eingehender oben zur Vorsatzlehre 8/76). Soweit der Täter freilich nicht die Zurechnungsfähigkeit verliert, sondern in einen Zustand an sich ausgeschlossener Zumutbarkeit gerät (etwa in einen Affekt in Gestalt eines „Blutrauschs"), bleibt die Zurechnung nach den für die Grenze von Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit geltenden Regeln möglich[125].

D. Zu verantwortende Erschwerung der Normbefolgung: Zumutbarkeit

1. Zumutbarkeit als Zuständigkeit

a) Bei der Zumutbarkeit[125a] geht es — anders als bei der a.l.i.c. im engeren Sinn — **69**
nicht darum, die Tat in ein Stadium der Zurechnungsfähigkeit vorzuverlegen. Vielmehr bleibt der Täter zurechnungsfähig, wenn auch die Normbefolgung bei psychologisierender Betrachtung erschwert ist (oder als erschwert präsumiert wird). Das Maß an Berücksichtigung dieser Erschwerung, von der Nichtberücksichtigung mit der Folge voller Schuld bis zur vollen Anrechnung der Erschwerung, gegebenenfalls[126] bis zur vollen Entschuldigung, richtet sich nach dem anzulegenden Maßstab, und dieser hängt wiederum davon ab, ob und wieweit der Täter für die Bedingungen der Erschwerung zuständig ist oder diese Bedingungen anderen Systemen zugerechnet oder als Zufall erledigt werden können. Die Zuständigkeit kann eine Folge des Vorverhaltens des Täters sein (dann geht es um a.l.i.c. im weiteren Sinne) oder vom Vorverhalten unabhängiger Sonderpflichten[127].

---

123 *Roxin* Lackner-Festschrift S. 307 ff, 315 f; *a. A. Schönke-Schröder-Lenckner* § 20 Rdn. 35; *LK-Vogler* § 22 Rdn. 105 ff, 107; *Küper* Leferenz-Festschrift S. 573 ff, 588 ff; *Wolter* Leferenz-Festschrift S. 545 ff, 556; auch *Jescheck* AT § 40 VI 2.

123a Gegen die hiesige Lösung *Hettinger* actio S. 417 ff; großzügiger Rücktritt zulassend *Roxin* Lackner-Festschrift S. 307 ff, 319; kritisch *Neumann* Zurechnung S. 39.

124 BGH 7 S. 326 ff, 329; 23 S. 133 ff, 136; 23 S. 356 ff, 358; *Puppe* JuS 1980 S. 346 ff, 347; *Jescheck* AT § 40 VI 1 Fn. 69.

125 *Geilen* Maurach-Festschrift S. 173 ff, 194 f.

125a Zum folgenden Text siehe *Jakobs* in: Handlungsanalyse S. 21 ff, 27 ff.

126 Die volle Berücksichtigung ergibt nicht stets volle Entschuldigung, scil. nicht bei Erschwerungen, die vom Gesetzgeber generell als nicht existentiell bedeutsam präsumiert werden, siehe die §§ 213, 217 StGB.

127 Für Fälle, in denen der Täter sich oder einen Angehörigen der Bestrafung oder Maßregelung entzieht, gibt es gesetzliche Sonderregeln zur Verbindung zwischen Unzumutbarkeit und Zuständigkeit, die in erweitertem Maß zur Straffreiheit oder Strafreduzierung führen: §§ 157 Abs. 1, 258 Abs. 5, 6, auch 139 Abs. 3 StGB. Umfang und Begründung sind streitig; jedenfalls gelten die Sonderregeln nur für die Handlungen, für die sie benannt sind (BGH 2 S. 375 ff, 378; 15 S. 53 ff, 54). Beispiel: Die Tötung zur Verdeckung einer eigenen Straftat geschieht nicht wegen Unzumutbarkeit anderen Verhaltens schuldlos, sondern ist qualifizierte Tötung (§ 211 Abs. 2, 3. Fallgruppe StGB), obgleich das Verhalten in seiner Eigen-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

70 Daß es um die Bestimmung eines Maßstabs geht, ist im Gesetz teils nicht einmal angedeutet, so nicht bei demjenigen Bereich des § 20 StGB, der die Unzumutbarkeit und nicht die — sowieso maßstabsunabhängige — Zurechnungsunfähigkeit betrifft; teils wird immerhin das Ergebnis des Maßstabs bezeichnet, z. B. bei der Ausgestaltung der Rechtsfolge des § 21 StGB als *Kann*milderung; teils ergibt sich ein Anhalt für die Bestimmung des Maßstabs aus dem Wortlaut, so bei der „Verursachung" und bei der Hinnahmepflicht der Gefahr in § 35 StGB oder bei der „Verschuldung" in § 213 StGB. Auch wird das Maß der Wirkung einer psychischen Belastung in einzelnen Vorschriften präsumiert, so im Grundfall des § 35 StGB, ferner bei § 33 StGB und § 217 StGB, wobei die Präsumtion sich auf partielle Exkulpation beschränken und implizit eine weitergehende Berücksichtigung der psychischen Belastung ausschließen kann (§ 217 StGB).

71 Der anzulegende Maßstab richtet sich nach dem Grund, aus dem der Täter in eine Lage geraten ist, in der bei psychologisierender Betrachtung Normbefolgung erschwert ist. Die Zuständigkeit des Täters für den Grund der Erschwerung kann sich zunächst — unabhängig von allem Vorverhalten — aus den Bestandsbedingungen von Institutionen ergeben: Kann eine notwendige Institution nur garantiert werden, wenn die mit ihr verbundenen Erschwerungen der Normbefolgung nicht berücksichtigt werden, so werden die Erschwerungen als Angelegenheit des jeweiligen Täters definiert. Das betrifft hauptsächlich Gefahrtragungspflichten im Rahmen eines an sich entschuldigenden Notstands. Praktisch wichtige Beispiele sind die Zumutungen, sich aus Straf- oder Untersuchungshaft nicht gewaltsam zu befreien und als Soldat nicht bei Lebensgefahr zu fliehen (eingehend unten 20/12 ff). — Im hiesigen Zusammenhang der Bestimmung des Schuldzeitpunkts geht es um eine Zuständigkeit des Täters wegen seines Vorverhaltens.

72 b aa) Das Zuständigkeit begründende Verhalten bezeichnet das Gesetz teils — zu weit — als Verursachen[128] (§ 35 StGB), teils — zu eng — als Verschulden[129] (§ 213 StGB). Es geht darum, daß bei einer Erschwerung der Rechtsbefolgung eine Enttäuschung unumgänglich ist: Entweder muß dem Täter die Berufung auf die Erschwerung oder dem Opfer die Garantie der normativen Erwartung gegenüber dem Täter versagt werden. Bei dieser Lage kann die Zuständigkeit überhaupt nur mit Blick auf die mögliche Zuständigkeit anderer Personen, insbesondere des Opfers selbst, ermittelt werden[130]. Die Zuständigkeit darf nicht allein damit begründet werden, daß die Situation erschwerter Normbefolgung für den Täter vermeidbar war; denn der Täter mag gute Gründe gehabt haben, die Situation nicht zu vermeiden, während das Opfer solche Gründe nicht hatte. Beispiel: Der Täter des Totschlags, der vom späteren Opfer immer wieder beleidigt wird, hat eine auf Grund der Beleidigungen entstehende Affektsituation nicht zu verantworten, wenn er den Beleidigungen hätte entkommen können, aber nur um den Preis der Vermeidung sozialer Kontakte, die zu nutzen er ein Recht hatte. In der Umkehrung entfällt die Zuständigkeit nicht schon, wenn der Täter nicht voraus-

schaft als Strafvereitelung zu eigenen Gunsten straffrei (tatbestandslos) ist. — Zum Ganzen siehe *Ulsenheimer* GA 1972 S. 1 ff, 22 ff mit weiteren Nachweisen.

128 Bei § 35 StGB soll freilich ein Verursachen hinreichen nach *Baumann-Weber* AT § 29 II 2 b; siehe auch *Stree* in: Einführung S. 34 ff, 58 f; *Blei* JA 1975 S. 307 ff.

129 Für ein Abstellen auf Verschulden bei § 35 StGB freilich *Schönke-Schröder-Lenckner* § 35 Rdn. 20, für den die Verursachungsklausel deshalb im Ergebnis nur dazu führt, daß auch eine fahrlässige, schuldhafte a.l.i.c. eine Strafe wegen Vorsatztat — wegen Zumutbarkeit bei der vorsätzlichen Durchführung der Tat — nach sich zieht; OLG Hamm JZ 1976 S. 610 ff, 612.

130 Die relevanten Aspekte entsprechen denjenigen bei der Ermittlung von Rettungspflichten kraft Organisationszuständigkeit beim Unterlassungsdelikt; so zutreffend *SK-Rudolphi* § 35 Rdn. 15; siehe unten 29/38 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

sehen konnte, daß es in einer von ihm geschaffenen Situation zur Lage einer erschwerten Normbefolgung kommen würde; denn das Opfer mag gegenüber dem Täter einen Anspruch haben, auch vor den Folgen nicht voraussehbar erschwerter Normbefolgung verschont zu bleiben. Beispiel: Wer in ein Haus eindringt, um zu stehlen, und beim Auftauchen eines Bewohners in affektivem Besonnenheitsverlust diesen erschlägt, ist für seine Lage auch dann zuständig, wenn er eine Störung seines Diebstahls nicht voraussehen konnte.

bb) Die Zuständigkeit oder Unzuständigkeit kann auch nur relativ bestehen, scil. **73** wenn die Stufung zwischen Täter und Opfer nicht derjenigen des Täters zu anderen Personen entspricht. Beispiel: Partiell entschuldigt ist, wer nach „unverschuldeter" Reizung zum Zorn durch eine Beleidigung den Beleidiger tötet, nicht aber, wer eine diesem nahestehende Person tötet, mag auch der durch die Beleidigung verursachte Besonnenheitsverlust jeweils gleich sein.

cc) Abstrakt gesprochen geht es darum, aus wessen Organisationskreis das Risiko **74** einer Erschwerung der Normbefolgung stammt. Wenn die Erschwerung Konsequenz eines rechtswidrigen Verhaltens des Opfers ist, ist der Täter nicht dafür zuständig und der für ihn geltende Maßstab nicht strenger zu gestalten. Der Täter ist aber mit der Folge eines strengeren Maßstabs zuständig, wenn die Erschwerung Konsequenz seines rechtswidrigen Verhaltens ist[131], was heißt, entweder Konsequenz speziell des mit dem rechtswidrigen Verhalten beanspruchten Sonderrisikos (verbotenes Rauchen im Wald führt zum Waldbrand, aus dem sich der Täter nur auf Kosten eines Unbeteiligten retten kann, zu § 35 StGB) oder Konsequenz speziell der Rechtswidrigkeit des Verhaltens (der bei einer rechtswidrigen Tat Ertappte will der Freiheitsstrafe durch Tötung des Entdeckers entkommen, zu § 35 StGB); bei einer Verursachung bloß anläßlich rechtswidrigen Verhaltens wird der Verursacher nicht für die Gefahr zuständig[131a] (beim verbotenen Fischen fällt der Täter per Unglück in den Teich etc.). Neben die Zuständigkeitsbegründung durch rechtswidriges Verhalten tritt eine solche durch Übernahme. Beispiel: Mehrere Personen wagen ein gefährliches Unternehmen nur im Blick auf die auch bei Lebensgefahr für den Helfenden gegenseitig zugesicherte Hilfe. Schließlich stammt das Risiko auch dann aus dem Organisationskreis des Verursachers, wenn dieser ohne positiv zu bewertenden Anlaß *Sonder*rechte in Anspruch nimmt und dadurch das Risiko hervorruft. Beispiele sind die Einnahme von Alkohol oder von sonst medizinisch nicht indizierten Rauschmitteln oder überhaupt die Provokation von Gefahren ohne vernünftigen Grund (etwa eine Segelpartie ohne Sicherungsmaßnahmen trotz drohenden Gewitters; — siehe unten zu § 35 StGB 20/16 f). Die Motivationserschwerung muß freilich spezifisch aus der Rechtswidrigkeit oder aus dem Sonderrisiko folgen. Würde das Verhalten als rechtmäßiges oder nicht besonders riskantes Verhalten dieselbe Erschwerung bringen, fehlt es an diesem Zusammenhang.

---

131 So bei § 35 StGB die überwiegende Lehre: Der Täter müsse „pflichtwidrig" gehandelt haben, wobei freilich unter Pflichtwidrigkeit tendenziell eine objektive Voraussehbarkeit verstanden wird; *Jescheck* AT § 44 III 2 a; *Wessels* AT § 10 VII 1; *SK-Rudolphi* § 35 Rdn. 15; *Blei* AT § 61 II 1 a; *Maurach-Zipf* AT 1 § 34 Rdn. 3 ff; so auch BGH ROW 1958 S. 33 f, 34. — Enger („objektiv pflichtwidrig und subjektiv vorsätzlich bzw. fahrlässig") *Schönke-Schröder-Lenckner* § 35 Rdn. 20. — Klarer entschied das Reichsgericht, das bei Voraussehbarkeit der Konfliktlage Notstand nicht ausgeschlossen hat, wenn das Verhalten rechtmäßig war (RG 36 S. 334 ff, 340: Ehegattenbeischlaf führt zur Notwendigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs wegen medizinischer Indikation, seinerzeit noch nicht als rechtfertigender Notstand erfaßt) und bei rechtswidrigem Verhalten auf Voraussehbarkeit nicht abgestellt hat (RG 54 S. 338 ff, 340 f; 72 S. 19 f: deliktisches Verhalten, um der Anzeige wegen eines früheren Delikts zu entkommen; ferner RG 72 S. 246 ff, 249). — Siehe auch *Jakobs* Schuld und Prävention S. 22 f.

131a Streitig; *Neumann* Zurechnung S. 230, 233 mit Fn. 92 mit Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Beispiele: Wer mit einem gestohlenen Boot aufs Wasser fährt und verunglückt, ist ohne Blick auf die Rechtswidrigkeit seines Handelns entschuldigt, wenn er sich auf Kosten eines anderen aus Lebensgefahr rettet, nicht aber, wer in einem wegen der Gefährlichkeit gesperrten Flußabschnitt badet. — Wer bei verbotenem Glücksspiel in einen Affekt gerät, ist so zu behandeln, wie er es bei Erlaubnis des Spiels wäre.

2. Unterschiedliche Zuständigkeit des Täters und des Tatbegünstigten

75 Schwierig ist die Entscheidung in denjenigen Fällen, in denen die Person, die den Konflikt löst, und diejenige, zu deren Gunsten er — zumindest — auch gelöst wird, nicht beide für den Konflikt zuständig oder nicht beide dafür unzuständig sind. Solche Fallgestaltungen sind bei Notwehrüberschreitung (§ 33 StGB) und beim entschuldigenden Notstand (§ 35 StGB) möglich.

a) Bei der Notwehrüberschreitung bleibt das Verhalten des Abwehrenden rechtswidrig. Deshalb behält der Angreifer die Rechte aus defensivem Notstand. Mehr Rechte hat aber auch ein — am Angriff nicht beteiligter — Helfer des Angreifers nicht; denn auch er muß respektieren, daß die an sich gegebene Schuld des Angegriffenen im Verhältnis zum Angreifer nicht zählt.

b) Beim entschuldigenden Notstand trifft eine Zuständigkeit kraft institutionellen Zwangs jedermann. Das läßt sich nicht damit begründen, daß jedermann in einem besonderen Rechtsverhältnis steht, sondern nur mit der absoluten, d. h. von jedermann zu respektierenden Wirkung dieses Verhältnisses. Beispiel: Die Angehörigen des Untersuchungshäftlings sind nicht entschuldigt, wenn sie diesen gewaltsam befreien[132]. — Bei der Zuständigkeit wegen des Vorverhaltens liegt das nicht anders: Das Vorverhalten ist nur eine besondere Begründungsmöglichkeit für eine Sonderpflicht (im weiteren Sinn). Deshalb handelt der dem „Verursacher" nahestehende Helfer nicht entschuldigt. Zwar ist der Helfer selbst für den Konflikt nicht zuständig; sein eigener Konflikt entsteht jedoch nur vermittelt über die Notlage des Verursachers und deshalb von vornherein mit dessen Zuständigkeit belastet. Die Nachsicht mit dem Solidarischen kann nicht weiter gehen, als der in Not Befindliche Solidarität *verdient.* Aber auch der Zuständige, der einer nahestehenden, ihrerseits nicht zuständigen Person solidarisch hilft, ist seiner eigenen Zuständigkeit wegen nicht entschuldigt; denn dann hat er seiner eigenen Person wegen keine Nachsicht verdient. Im Ergebnis müssen also sowohl der Helfende als auch der Empfänger von Hilfe nicht zuständig sein, wenn der Helfende entschuldigt werden soll[133].

---

132 *Schönke-Schröder-Lenckner* § 35 Rdn. 28 f.

133 Der Gesetzgeber hat die Frage — entgegen der Ansicht der Gesetzesverfasser (BT-Drucksache V/4095 S. 16) — nicht etwa dahin entschieden, daß es allein auf die Zuständigkeit des Notstandstäters ankommt; denn bei einer solchen Auslegung müßte es auch bezüglich des besonderen Rechtsverhältnisses allein auf den Täter ankommen; daß freilich die Gesetzesverfasser die Angehörigen von Untersuchungsgefangenen, Strafgefangenen, Soldaten etc. entschuldigen wollten, wenn diese die Sonderverpflichteten aus ihrer Not befreien, ist ausgeschlossen. Die überwiegende Ansicht sieht weder den sprachlich-grammatikalischen noch den sachlichen Zusammenhang von Sonderpflicht und „Verursachung" und entscheidet deshalb teils, es komme auf die Person des Notstandstäters an (*Maurach-Zipf* AT I § 34 Rdn. 6; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 35 Rdn. 20; im Ansatz auch *Neumann* Zurechnung S. 239; u. a. m.), teils soll der Zuständige nahestenden Personen helfen dürfen, nicht aber der Unzuständige einem Zuständigen (*SK-Rudolphi* § 35 Rdn. 17), teils wiederum soll schon die Unzuständigkeit entweder des Helfenden oder des Hilfeempfängers zur Entschuldigung führen (*Schmidhäuser* AT 11/20; *Jescheck* AT § 44 III 2 a mit Nachweisen), schließlich findet sich auch eine Differenzierung nach Zuständigkeitsgründen (*Roxin* JA 1990 S. 137 ff, 138 f, 140). Wie hier *Timpe* JuS 1985 S. 35 ff, 38 f; *LK-Hirsch* § 35 Rdn. 64 f; *Baumann-Weber* AT § 29 II 2 b.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

VI. Der Irrtum über Voraussetzungen und Folgen des Schuldtatbestands; insbesondere: Der Irrtum über Entschuldigungsvoraussetzungen als Entschuldigungsgrund

Literatur

A.-E. Brauneck Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959 S. 261 ff; *E. Dreher* Anmerkung zu OLG Köln MDR 1962 S. 561 f, aaO S. 592 f; *R. Frank* Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907; *W. Frisch* Vorsatz und Risiko, 1983; *J. Goldschmidt* Der Notstand, ein Schuldproblem, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht 1913 S. 129 ff, 224 ff; *H. Henkel* Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, 1931; *Arthur Kaufmann* Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962, ZStW 76 S. 543 ff; *D. Kienapfel* Dogmatische Probleme der Unzumutbarkeit, JurBl. 1977 S. 530 ff; *J. Krümpelmann* Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, Beiheft ZStW 1978 S. 6 ff; *W. Küper* Die dämonische Macht des „Katzenkönigs" oder: Probleme des Verbotsirrtums und Putativnotstandes an den Grenzen strafrechtlicher Begriffe, JZ 1989 S. 617 ff; *H. H. Martens* Der Irrtum über Strafmilderungsgründe, 1928; *W. Niese* Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, JZ 1955 S. 320 ff; *G. Radbruch* Zur Systematik der Verbrechenslehre, Frank-Festgabe Bd. I S. 158 ff; *C. Roxin* Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962, ZStW 76 S. 582 ff; *ders.* Über den Notwehrexzeß, Schaffstein-Festschrift S. 105 ff; *ders.* Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB, JA 1990 S. 97 ff, 137 ff; *H.-J. Rudolphi* Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff — OLG Hamm, NJW 1965, 1928, JuS 1969 S. 461 ff; *H. Schröder* Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II, Eb. Schmidt-Festschrift S. 290 ff; *K. Tiedemann* Der Irrtum über Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, in: *A. Eser* u. a. (Hrsg.) Rechtfertigung und Entschuldigung Bd. 2, 1988 S. 1003 ff; *Th. Vogler* Der Irrtum über Entschuldigungsgründe im Strafrecht, GA 1969 S. 103 ff; *N. Wendt* Anmerkung zu BGH 1 S. 203 ff, JZ 1951 S. 723 f.

A. Der Irrtum über die Rechtsfolge

1. Die Unkenntnis der Schuldlosigkeit als Rechtsfolge, insbesondere der entschuldi- **76**
genden Wirkung des Handelns in einer bestimmten (und bekannten!) Situation, hindert die Schuldlosigkeit nicht. Beispiel: Wer im Rahmen des § 33 StGB die Abwehr überzieht, ist ohne Blick auf seine Kenntnis dieser Regelung entschuldigt.

2. Die irrige Annahme der Schuldlosigkeit als Rechtsfolge bewirkt bei ansonsten zutreffender Kenntnis keine Schuldlosigkeit, auch nicht bei Unvermeidbarkeit dieser Annahme; denn es geht beim positiven Schuldtatbestand nicht um eine dem Täter einsehbare, sondern um seine wirkliche Rechtsuntreue und beim negativen Schuldtatbestand um die wirkliche und nicht nur nach Ansicht des Täters bestehende Möglichkeit, die Rechtsuntreue am Täter vorbei zu erklären. Beispiel: Wer meint, auch seine in Wut begangene Notwehrüberschreitung sei entschuldigt, handelt voll schuldhaft.

B. Der Irrtum über die Voraussetzungen

1. Was das Unrecht als Gegenstand des Schuldtatbestands angeht, so ist seine **77**
Kenntnis oder Erkennbarkeit als Problem des Angriffs auf den Geltungsgrund der Normen selbständiges Merkmal des Schuldtatbestands (siehe unten zum Verbotsirrtum 19/6 ff). Da bei Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums eine *positive* Schuldvoraussetzung fehlt, stellt sich die Frage einer — mit oder ohne Irrtum zustandekommenden — *Ent*schuldigung nicht[133a]. Im verbleibenden Bereich ist zwischen Merkmalen zu unterscheiden, die den schuldrelevanten Befund unabhängig von der Vorstellung des Täters über diesen Befund bezeichnen, und Merkmalen, bei denen (auch) die Beziehung des Täters zu einem (vermeintlich oder wirklich vorliegenden) Befund relevant ist.

[133a] Wohl verkannt von BayObLG NJW 1990 S. 2328 ff, 2329, 2333 f (siehe unten 19/Fn. 58 a).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

78 a) Bei den *vorstellungsunabhängigen* Merkmalen bleibt die irrige Annahme des Vorliegens wie die Unkenntnis des Vorliegens ohne Einfluß auf die Schuld.

aa) Es geht zunächst um *alle subjektiven*, d. h. einen Befund der Täterpsyche bezeichnenden Merkmale. Aus diesen Merkmalen wird auf die Ungleichheit des Täters oder auf seine Motivationsbelastung geschlossen, so etwa aus den psychischen Befunden nach den §§ 20 f StGB. Beispiel: Die Kenntnis eines Rauschs oder dessen irrige Annahme sind für die Schuld unbeachtlich; diese richtet sich nach dem Rausch selbst, sowie — bei erhaltener Zurechnungsfähigkeit — nach der Zuständigkeit des Täters für den Defekt. Ungleichheit oder Motivationsbelastung können auch präsumiert werden (so bei der Zurechnungsunfähigkeit der Kinder).

bb) Vorstellungsunabhängige *objektive* Schuldmerkmale sind die motivationsunabhängigen Regelungen der Zuständigkeit des Täters für eine Konfliktlage. Diese Zuständigkeit ist durch eine irrige Vorstellung so wenig zu erzeugen oder zu vernichten wie etwa die Zurechnungsfähigkeit. Beispiel: Wer im Wald leichtsinnig geraucht hat, ist bei einem dadurch entstandenen Waldbrand nicht entschuldigt, wenn er sein Leben auf Kosten des Lebens eines anderen in der Meinung rettet, sein Rauchen sei für den Brand nicht ursächlich geworden; er ist aber entschuldigt, wenn er die Ursächlichkeit irrig annimmt. Entsprechendes gilt für die bei § 33 StGB vorausgesetzte wirkliche Notwehrlage[134], für die wirkliche Mißhandlung oder Beleidigung beim minder schweren Fall des Totschlags (§ 213 StGB)[135] etc.[135a] (zu § 217 StGB siehe schon oben 8/83). Die Irrtumsregelung in § 35 Abs. 2 StGB, die auf die Vermeidbarkeit abstellt, steht der objektiven Lösung bezüglich der Zuständigkeit nicht entgegen; denn diese Regelung hat wie jede Vermeidbarkeitsregelung nur einen Sinn, wenn sie allein auf motivationsrelevante Umstände bezogen wird, nicht aber auf den Maßstab, mit dem die Motivation zu messen ist[136].

79 b) Diejenigen *objektiven* Voraussetzungen der Unzumutbarkeit, die eine zur Entschuldigung erforderliche oder zu präsumierende motivatorische Belastung bedingen, sind *vorstellungsabhängig*. Zumeist diskutierter Beispielsfall ist die Gefahrenlage und deren Abwendbarkeit beim entschuldigenden Notstand.

80 aa) Vorstellungsabhängigkeit heißt zunächst: Bei Unkenntnis der Voraussetzungen entfällt die motivatorische Belastung oder die — ausdrückliche oder ungeschriebene — Voraussetzung der Präsumierbarkeit dieser Belastung, und der Täter ist nicht entschul-

---

134 Insoweit anerkannt, als ein Putativnotwehrexzeß nicht entschuldigt wird; BGH NJW 1962 S. 308 f, 309; NJW 1968 S. 1885; *Roxin* Schaffstein-Festschrift S. 105 ff, 120 f; *a. A. Rudolphi* JuS 1969 S. 461 ff, 463 f; *SK-Rudolphi* § 33 Rdn. 6 mit Nachweisen; eingehender unten 20/33. — Nach hiesiger Ansicht entschuldigt die Überschreitung wirklicher Notwehr auch dann, wenn der Täter die Notwehrlage nicht kennt, sondern etwa meint, es sei nur eine Notstandslage gegeben.

135 Die Rechtsprechung ist wenig konsequent: BGH NStZ 1982 S. 27 bürdet das Interpretationsrisiko einer zweideutigen Aussage dem Totschlagsopfer auf, nach BGH 34 S. 37 ff soll freilich ein minder schwerer Fall nur vorliegen, wenn der Täter versteht, was das Opfer *gemeint* hat; BGH 1 S. 203 ff nimmt für solche Fälle des Mißverstehens einen sonstigen minder schweren Fall an. — Es kommt darauf an, wie der Täter die Aussage verstehen *durfte*. Weicht das Verständnis vom Gemeinten ab, muß, um das Opfer belasten zu können, mehr an Mißhandlung oder Beleidigung vorliegen als im Grundfall. Überhaupt nur auf Irrtum beruhende Affekte passen mangels Belastbarkeit des Opfers nicht zu § 213 StGB, sondern sollten über § 21 StGB erledigt werden.

135a Interpretiert man § 218 a Abs. 2 Nr. 3 StGB als Entschuldigungsgrund (dagegen oben 13/Fn 19 a), so ist die Zumutbarkeit anderweitiger Abwendung motivationsunabhängig, so im Ergebnis auch BayObLG NJW 1990, S. 2328 ff, 2334; siehe aber zu dieser Entscheidung auch unten 19/Fn. 58 a.

136 Die übliche Ansicht differenziert nicht zwischen den einzelnen Merkmalen der Entschuldigungsgründe; ausdrücklich nicht *SK-Rudolphi* § 35 Rdn. 19; siehe auch *Tiedemann* in: Rechtfertigung S. 1003 ff, 1014 ff; eingehende Differenzierung aber bei *Roxin* JA 1990 S. 137 ff, 141 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

digt. Beispiel: Wer nicht wissen kann, daß er in Lebensgefahr schwebt, kann sich auch nicht in einer entschuldigenden Weise aus der Gefahr befreien.

bb) Nimmt der Täter einen Sachverhalt an, bei dessen wirklichem und gekanntem **81** Vorliegen er wegen der psychischen Belastung, die der Sachverhalt bringt, entschuldigt wäre, so ist er im Irrtumsfall entschuldigt, wenn (α) eine Motivationsbelastung wirklich — nicht nur präsumiert — vorliegt und (β) der Irrtum unvermeidbar ist[136a]. Insoweit kann ein Entschuldigungsgrund also nur aus subjektiven Merkmalen bestehen. Der verbreitet generell formulierte Satz, unvermeidbar irrig vorgestellte Voraussetzungen der Unzumutbarkeit hätten wegen der psychisch gleichen Lage immer dieselbe entschuldigende Wirkung wie zutreffend erkannte Voraussetzungen[137], ist freilich falsch, da er die Abhängigkeit der Entschuldigung von der Möglichkeit anderweitiger Konfliktverarbeitung nicht berücksichtigt.

α) Ein bloß präsumierbarer Motivationsdruck reicht aus folgenden Gründen nicht **82** aus: Beim wirklichen Vorliegen eines Entschuldigungsgrunds läßt sich die wirkliche Lage als wesentlicher Grund der Tätermotivation dartun; bei nur vermeintlichem Vorliegen bleibt aber nur eine Motivationsbelastung als entschuldigendes Moment, und diese Belastung muß deshalb wirklich sein. Wiederum steht der Lösung § 35 Abs. 2 StGB nicht entgegen; denn die Vorschrift ist dahin zu lesen, daß die „nach Abs. 1" der Vorschrift entschuldigenden Umstände nicht die Voraussetzungen der existentiellen Gefahr per se sind, sondern diese Voraussetzungen als real wirkende Bedingungen eines Motivationsdrucks. Beispiel: Für den Täter in putativem Nötigungsnotstand muß die existentielle Gefahr Hauptgrund seiner Handlung sein; beim wirklichen Nötigungsnotstand reicht nicht nur hin, daß sie eine Handlungsbedingung unter anderen ist, sondern selbst bei bloßer Kenntnis der Gefahr und der abzuwendenden Wirkung seiner Handlung wird der Täter entschuldigt (unten 20/10 f).

Nimmt der Täter irrig den Fall einer Provokation nach § 213 StGB an, so fehlt die Möglichkeit, den Konflikt durch Verweis auf die Mitzuständigkeit des Opfers partiell zu erledigen; deshalb wird eine Milderung allenfalls noch durch die affektive Erregung des Täters ermöglicht[138]. Bei dieser Lage muß die zur Annahme eines unbenannten minder schweren Falls nötige Erregung wesentlich stärker sein als bei einer objektiv vorliegenden Provokation. Mag im letzteren Fall ein Maß hinreichen, das in etwa im Rahmen des § 21 StGB als „erheblich" einzustufen wäre, so muß im Fall eines Irrtums über die Provokation die Erheblichkeitsschwelle deutlich überschritten sein (siehe den sich bei Anwendung der §§ 21, 49 Abs. 1 StGB auf § 212 StGB ergebenden Strafrahmen). — Bei der Notwehrprovokation erledigt sich der Irrtumsfall überhaupt nur nach den allgemeinen Regeln der §§ 20 f StGB. Jedenfalls ist das Vorliegen einer fremden Zuständigkeit für den Konflikt (wie auch die Möglichkeit, einen Konflikt als Zufall zu erledigen), ein vorstellungsunabhängiges Merkmal (siehe die vorige Gruppe), das nur-subjektiv nicht erzeugt werden kann, dessen Fehlen freilich durch ein Plus an nur-subjektiver Entschuldigung kompensiert werden kann[139].

136a Zweifelt der Täter, wie die Lage gestaltet sei, und richtet sich nach der falschen Vorstellungsvariante, so ist auch dies ein unvermeidbarer Irrtum, wenn der Zweifel unbehebbar ist. — Siehe auch *Frisch* Vorsatz S. 464 ff.

137 Zuerst wohl *Radbruch* Frank-Festgabe Bd. I S. 158 ff, 166; dagegen zutreffend *Vogler* GA 1969 S. 103 ff, 106, 111.

138 Insoweit übereinstimmend BGH 1 S. 203 ff mit kritischer Anmerkung *Wendt* JZ 1951 S. 723 f. — Auch ob ein Verhalten die Bedeutung einer Provokation hat, ist objektiv zu entscheiden; zutreffend BGH NStZ 1981 S. 300 f.

139 In der Umkehrung hindert die irrige Annahme der Unzuständigkeit des anderen die Exkulpation nicht; Beispiel: Die irrige Annahme, eine Provokation beruhe auf eigenem Verschulden, schließt § 213 StGB nicht aus.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

83 β) Ist der Irrtum vermeidbar, so behält die Tat die Steuerungsform, in der sie vollzogen wird (Vorsatz oder Fahrlässigkeit), und bleibt — gemindert — schuldhaft[140]. Beispiel: Die vorsätzliche Tötung eines Menschen in der vermeidbaren Annahme anders nicht abwendbarer Lebensgefahr ist schuldhafte vorsätzliche Tötung. Die Schuld mindert sich mit der Annäherung an Unvermeidbarkeit; entsprechend ist die Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB zu mildern (so ausdrücklich § 35 Abs. 2 StGB); bei extremer Annäherung und einem nach § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB verbleibenden Mindestmaß kann auch nach dem Abs. 2 der Vorschrift gemildert werden.

83a cc) Da die Entschuldigungsgründe nur die Befreiung aus erfahrbar-irdischen Katastrophen regeln, führt die Annahme überirdischer Gefahren nicht zu einem Irrtum über die Voraussetzungen des Entschuldigungstatbestands (siehe auch oben zur Rechtfertigung 11/42 a). Beispiel: Um die ganze Welt vor dem vermeintlich vom Teufel betriebenen Untergang zu retten, bringt der Täter ein Menschenopfer dar; — keine irrige Annahme der Voraussetzungen des übergesetzlichen Notstands[141] (unten 20/40 ff).

84 2. Bevor § 35 Abs. 2 StGB eine beispielhafte gesetzliche Regelung gab, wurde verbreitet angenommen, der vermeidbar Irrende habe für das unvorsätzliche Bewirken einer entschuldigenden Lage nur als *Fahrlässigkeits*täter zu haften[142], vergleichbar der actio libera in causa in Form der fahrlässigen Schaffung der causa libera für eine vorsätzliche actio (oben 17/66). Diese Lösung ist nicht falsch, sondern einseitig: Sie schließt diejenigen Haftungen überhaupt nicht aus, die bestehen, weil der Täter durch seinen vermeidbaren Irrtum die Konfliktlage verursacht hat, so daß ein strengerer Maßstab anzulegen ist, und weil er je nach Fallgestaltung noch in der Konfliktlage den Irrtum revidieren kann.

---

140 Jetzt für § 35 StGB in dessen Abs. 2 gesetzlich festgelegt und generell in Analogie dazu überwiegende Ansicht, wobei jedoch allgemein allein auf die psychologisierend ermittelten Gründe der Entschuldigung abgestellt wird und die normativen Gründe übergangen werden; *Frank* Aufbau S. 19; *Goldschmidt* ÖsterrZStr. 1913 S. 129 ff, 136 ff, 166 f; *Radbruch* Frank-Festgabe Bd. I S. 158 ff, 166; *Arthur Kaufmann* ZStW 76 S. 543 ff, 578; *LK-Hirsch* § 35 Rdn. 72 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 624 ff; *SK-Rudolphi* § 35 Rdn. 19; *Welzel* Strafrecht § 23 I 3; *Niese* JZ 1955 S. 320 ff, 323; *Schönke-Schröder-Cramer* § 16 Rdn. 31; *Baumann-Weber* AT § 29 I 4 d; *Krümpelmann* Beiheft ZStW 1978 S. 6 ff, 53; mit eingehenden Nachweisen *Vogler* GA 1969 S. 103 ff, 116; die Haftungsmöglichkeit einschränkend (Vermeidbarkeit in der aktuellen Gefahrenlage soll praktisch unmöglich sein) *Schmidhäuser* AT 11/23. — Nach BGH NStZ 1989 S. 176 ff, 177 soll ein Irrtum die Strafbarkeit dann nicht beeinflussen, wenn eine gewissenhafte Prüfung der Lage nicht stattfand (wobei offenbleibt, ob bei einer Prüfung der Irrtum vermieden worden wäre).

141 Siehe *Küper* JZ 1989 S. 617 ff, 624 ff. — Der Entscheidungszwang oder die Angst des Täters können allenfalls im Rahmen der §§ 20 f StGB berücksichtigt werden.

142 RG 66 S. 222 ff, 227; BGH 5 S. 371 ff, 374; 18 S. 311 f, 312; *Roxin* ZStW 76 S. 582 ff, 612 mit Fn. 69; *Henkel* Notstand S. 135 ff; *Brauneck* GA 1959 S. 261 ff, 270; *Kohlrausch-Lange* § 52 Anm. V; *Schröder* Eb. Schmidt-Festschrift S. 290 ff, 297; *Dreher* MDR 1962 S. 592 f; siehe auch § 10 Abs. 2 Satz 2 Österreichisches StGB von 1974; dazu *Kienapfel* JurBl. 1977 S. 530 ff, 533.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

18. ABSCHNITT

Die Zurechnungsunfähigkeit und die im Zusammenhang mit ihr geregelten Fälle der Unzumutbarkeit (§§ 19, 20, 21 StGB)

Literatur

P.-A. Albrecht Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts, GA 1983 S. 193 ff; *G. Aschaffenburg* Zur Frage: Verminderte Zurechnungsfähigkeit, RG-Festgabe Bd. V S. 242 ff; *M. Bauer* und *P. Thoss* Die Schuldfähigkeit des Straftäters als interdisziplinäres Problem, NJW 1983 S. 305 ff; *W. v. Baeyer* Die Freiheitsfrage in der forensischen Psychiatrie mit besonderer Berücksichtigung der Entschädigungsneurosen, Nervenarzt 28 (1957) S. 337 ff; *ders.* Zur Frage der Beurteilung der Schuldfähigkeit psychopathisch-neurotischer Rechtsbrecher, Nervenarzt 32 (1961) S. 225 ff; *H.-J. Behrendt* Affekt und Vorverschulden, 1983; *K. Bernsmann* Affekt und Opferverhalten, NStZ 1989 S. 160 ff; *Chr. Bertel* Die Zurechnungsfähigkeit, ÖJZ 1975 S. 622 ff; *G. Blau* Anmerkung zu BGH JR 1987 S. 206, aaO S. 206 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1988 S. 208 f und 209 f, aaO S. 210 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1989 S. 336 f, aaO S. 337 f; *ders.* Die Affekttat zwischen Empirie und normativer Bewertung, Tröndle-Festschrift S. 109 ff; *ders., E. Franke* Prolegomena zur strafrechtlichen Schuldfähigkeit, Jura 1982 S. 393 ff; *H. Blei* Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum: Probleme im Licht zweier neuer Monographien, JA 1970 S. 205 f, 333 f, 525 f, 599 f, 665 ff; *J. Bohnert* Strafmündigkeit und Normkenntnis, NStZ 1988 S. 249 ff; *W. de Boor* Über motivisch unklare Delikte, 1959; *ders.* Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen, 1966; *ders.* Aversionsneurosen, Klug-Festschrift S. 571 ff; *W. Bräutigam* Forschungsrichtungen und Lehrmeinungen in der Psychoanalyse, in: *H. Göppinger* und *H. Witter* (Hrsg.) Handbuch der forensischen Psychiatrie Bd. I, 1972, S. 773 ff; *P. H. Bresser* Jugendzurechnungsfähigkeit oder Strafmündigkeit? ZStW 74 S. 579 ff; *ders.* Grundlagen und Grenzen der Begutachtung jugendlicher Rechtsbrecher, 1965; *ders.* Psychologie und Psychopathologie der Jugendlichen, in: *H. Göppinger* und *H. Witter* (Hrsg.) Handbuch der forensischen Psychiatrie Bd. I, 1972, S. 534 ff; *ders.* Die Beurteilung der Jugendlichen und Heranwachsenden im Straf- und im Zivilrecht, in: *H. Göppinger* und *H. Witter* (Hrsg.) Handbuch der forensischen Psychiatrie Bd. II, 1972, S. 1284 ff; *ders.* Probleme bei der Schuldfähigkeits- und Schuldbeurteilung, NJW 1978 S. 1188 ff; *ders.* Schuldfähigkeit und Schuld — Die Ambivalenz ihrer Beurteilung, Leferenz-Festschrift S. 429 ff; *ders.* Trunkenheit — Bewußseinsstörung — Schuldfähigkeit, Forensia 1984 S. 45 ff; *H.-J. Bruns* Strafzumessungsrecht, 2. Auflage 1974; *ders.* Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1980; *B. Burkhardt* Charaktermängel und Charakterschuld. Überlegungen zu BGH NJW 1966, 1872, in: *K. Lüderssen* und *F. Sack* (Hrsg.) Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht Bd. I, 1980, S. 87 ff; *D. Cabanis* Kollektivdelinquenz — junge Gruppentäter, StV 1982 S. 315 ff; *H. Dettenborn, H.-H. Fröhlich, H. Szewcyk* Forensische Psychologie, 1984; *I. Diesinger* Der Affekttäter. Eine Analyse seiner Darstellung in forensisch-psychiatrischen Gutachten, 1977; *E. Dreher* Verbotsirrtum und § 51 StGB, GA 1957 S. 97 ff; *H. Ehrhardt* Die Schuldfähigkeit in psychiatrisch-psychologischer Sicht, in: *E. R. Frey* (Hrsg.) Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, S. 227 ff; *ders.* Rauschgiftsucht, in: *A. Ponsold* (Hrsg.) Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3. Auflage 1967, S. 116 ff; *ders.* Zur Frage des forensischen Beweiswertes kriminologisch-psychiatrischer Aussagen, MonSchrKrim. 1967 S. 233 ff; *ders.* Zur psychologisch-psychiatrischen und forensischen Beurteilung sogenannter Querulanten, Göppinger-Festschrift S. 409 ff; *ders., W. Villinger* Forensische und administrative Psychiatrie, in: *H. W. Gruhle* (Hrsg.) Psychiatrie der Gegenwart Bd. III, 1961, S. 181 ff; *K. Foerster* Der wissenschaftliche Sachverständige zwischen Norm und Empirie, NJW 1983 S. 2049 ff; *ders.* Kann die Anwendung einer klinischen Beeinträchtigungsschwere-Skala hilfreich sein bei der Feststellung einer „schweren seelischen Abartigkeit"? NStZ 1988 S. 444 ff; *W. Frisch* Anmerkung zu BGH 35 S. 143 ff, NStZ 1989 S. 263 ff; *ders.* Grundprobleme bei der Bestrafung „verschuldeter" Affekttaten, ZStW 101 S. 538 ff; *V. E. v. Gebsattel* Süchtiges Verhalten im Gebiet sexueller Perversionen, MonSchrPsychiatrNeurol. 82 (1932) S. 8 ff; *G. Geilen* Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, Maurach-Festschrift S. 173 ff; *J. Gerchow* Forensisch-medizinische Beurteilung der Jugendlichen und Heranwachsenden, in: *A. Ponsold* (Hrsg.) Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3. Auflage 1967, S. 90 ff; *H. Giese* (Hrsg.) Die Sexualität des Menschen. Handbuch der medizinischen Sozialforschung, 2. Auflage 1971; *H.*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Giese und *V. E. v. Gebsattel* Psychopathologie der Sexualität, 1962; *J. Glatzel* Zur psychiatrischen Beurteilung von Ladendieben, StV 1982 S. 40 ff; *ders.* Zur forensisch-psychiatrischen Problematik der tiefgreifenden Bewußtseinsstörung, StV 1982 S. 434 ff; *ders.* Tiefgreifende Bewußtseinsstörung nur bei der sogenannten Affekttat? StV 1983 S. 339 ff; *ders.* Die Bedeutung des Nachweises einer Hirnverletzung für die Beurteilung der Schuldfähigkeit, StV 1990 S. 132 ff; *H. Göppinger* Kriminologische Aspekte zur sogenannten verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB), Leferenz-Festschrift S. 411 ff; *G. Grosbüsch* Die Affekttat. Sozialpsychologische Aspekte der Schuldfähigkeit, 1981; *S. Haddenbrock* Die Unbestimmtheitsrelation von Freiheit und Unfreiheit als methodologischer Grenzbegriff der forensischen Psychiatrie, Nervenarzt 32 (1961) S. 145 ff; *ders.* Das Paradox von Ideologie und Pragmatik des § 51 StGB, NJW 1967 S. 285 ff; *ders.* Personale oder soziale Schuldfähigkeit (Verantwortungsfähigkeit) als Grundbegriff der Zurechnungsnorm? MonSchrKrim. 1968 S. 145 ff; *ders.* Freiheit und Unfreiheit des Menschen im Aspekt der forensischen Psychiatrie, JZ 1969 S. 121 ff; *ders.* Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und „Schuldfähigkeit" (Verantwortlichkeit), auch Schuldformen, in: *H. Göppinger* und *H. Witter* (Hrsg.) Handbuch der forensischen Psychiatrie Bd. II, 1972, S. 863 ff; *ders.* Forensische Psychiatrie und die Zweispurigkeit unseres Kriminalrechts, NJW 1979 S. 1235 ff; *ders.* Die juristisch-psychiatrische Kompetenzgrenze bei Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit im Lichte der neueren Rechtsprechung, ZStW 75 S. 460 ff; *ders.* Psychiatrisches Krankheitsparadigma und strafrechtliche Schuldfähigkeit, Sarstedt-Festschrift S. 35 ff; *W. Hallermann* Affekt, Triebdynamik und Schuldfähigkeit, Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin 53 (1962/1963) S. 219 ff; *R. Heiss* Die Bedeutung der nicht-krankhaften Bewußtseinsstörungen und der seelischen Ausnahmezustände für die Zurechnungsfähigkeit aus der Sicht des Psychologen, in: *G. Blau* und *E. Müller-Luckmann* (Hrsg.) Gerichtliche Psychologie, 1962, S. 223 ff; *H. J. Hirsch* Alkoholdelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland, Beiheft ZStW 1981 S. 2 ff; *H. Jäger* Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, 1985; *G. Jakobs* Schuld und Prävention, 1976; *ders.* Zum Verhältnis von psychischem Faktum und Norm bei der Schuld, in: *H. Göppinger* und *P. H. Bresser* (Hrsg.) Sozialtherapie — Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht, 1982, S. 127 ff; *ders.* Die juristische Perspektive zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat, in: *J. Gerchow* (Hrsg.) Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983 S. 21 ff; *ders.* Über die Aufgabe der subjektiven Deliktseite im Strafrecht, in: *H. Witter* (Hrsg.) Der medizinische Sachverständige im Strafrecht, 1987 S. 271 ff; *W. Janzarik* Forschungsrichtungen und Lehrmeinungen in der Psychiatrie: Geschichte, Gegenwart, forensische Bedeutung, in: *H. Göppinger* und *H. Witter* (Hrsg.) Handbuch der forensischen Psychiatrie Bd. I, 1972, S. 588 ff; *ders.* Geschichte und Problematik des Schizophreniebegriffs, Nervenarzt 1986 S. 681 ff; *K. Kamischke* Anmerkung zu BGH StV 1988 S. 198 und S. 198 f, aaO S. 199 f; *W. Kargl* Kritik des Schuldprinzips. Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht, 1982; *Armin Kaufmann* Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum, Eb. Schmidt-Festschrift S. 319 ff; *H. Kaufmann* Kriminologie Bd. I. Entstehungszusammenhänge des Verbrechens, 1971; *dies.* Die Regelung der Zurechnungsfähigkeit im E 1962, JZ 1967 S. 139 ff; *dies., J. Pirsch* Das Verhältnis von § 3 JGG zu § 51 StGB. Eine kriminologische Untersuchung, JZ 1969 S. 358 ff; *K. Kolle* Die Schuldfrage aus der Sicht des Psychiaters, NJW 1960 S. 2223 ff; *H.-L. Kröber* Pathologisches Glücksspielen: Definitionen, Erklärungsmodelle und forensische Aspekte, Nervenarzt 1985 S. 593 ff; *ders.* Spielsucht und Schuldfähigkeit, Forensia 1987 S. 113 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1989 S. 379 ff, aaO S. 380 ff; *J. Krümpelmann* Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969, ZStW 88 S. 6 ff; *ders.* Motivation und Handlung im Affekt, Welzel-Festschrift S. 327 ff; *ders.* Schuldzurechnung und unter Affekt und alkoholisch bedingter Schuldunfähigkeit, ZStW 99 S. 191 ff; *ders.* Affekt und Schuldfähigkeit, 1972/1988; *K. Lackner* Prävention und Schuldunfähigkeit, Kleinknecht-Festschrift S. 245 ff; *W. Landgraf* Die „verschuldete" verminderte Schuldfähigkeit, 1988; *R. Lange* Ist Schuld möglich? Bockelmann-Festschrift S. 261 ff; *ders.* Kriminologische Krisenherde, Leferenz-Festschrift S. 25 ff; *A. Langelüddeke* und *P. H. Bresser* Gerichtliche Psychiatrie, 4. Auflage 1976; *H. Leferenz* Die rechtsphilosophischen Grundlagen des § 51 StGB, Nervenarzt 1948 S. 364 ff; *ders.* Der Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs in kriminologischer Sicht, ZStW 70 S. 25 ff; *ders.* Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969, ZStW 88 S. 40 ff; *Th. Lenckner* Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in: *H. Göppinger* und *H. Witter* (Hrsg.) Handbuch

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

der forensischen Psychiatrie Bd. I, 1972, S. 3 ff; *R. Luthe* Verantwortlichkeit, Persönlichkeit und Erleben, 1981; *ders.* Psychologisch-psychiatrische Probleme der Schuldfähigkeit, in: *H. Göppinger* und *P. H. Bresser* (Hrsg.) Sozialtherapie — Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht, 1982, S. 169 ff; *ders.* Schuldfähigkeit und die Tiefenpsychologie, Forensia 1983 S. 161 ff; *R. Mahlmann* Verwissenschaftlichung des Rechts — Verrechtlichung von Wissenschaft? 1986; *H. Maisch, E. Schorsch* Zur Problematik der Kompetenz-Abgrenzung von psychologischen und psychiatrischen Sachverständigen bei Schuldfähigkeitsfragen, StV 1983 S. 32 ff; *W. Mende* Die „tiefgreifende Bewußtseinsstörung" in der forensisch-psychiatrischen Diagnostik, Bockelmann-Festschrift S. 311 ff; *A. Mergen* Spielsucht, Sarstedt-Festschrift S. 189 ff; *G. Meyer* Die Beurteilung der Schuldfähigkeit bei Abhängigkeit vom Glücksspiel, MonSchrKrim. 1988 S. 213 ff; *J.-E. Meyer* Psychiatrische Diagnosen und ihre Bedeutung für die Schuldfähigkeit im Sinne der §§ 20/21, ZStW 88 S. 46 ff; *ders.* Der psychiatrische Sachverständige und seine Funktion im Strafprozeß, MonSchrKrim. 1981 S. 224 ff; *E. Mezger* Probleme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, 1949; *ders.* Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, Kohlrausch-Festschrift S. 180 ff; *R. Moos* Die Tötung im Affekt im neuen österreichischen Strafrecht, ZStW 89 S. 796 ff; *T. Moser* Repressive Kriminalpsychiatrie, 2. Auflage 1971; *U. Neumann* Zurechnung und „Vorverschulden", 1985; *H. Otto* Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 S. 539 ff; *A. Ponsold* Blutalkohol, in: *ders.* (Hrsg.) Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3. Auflage 1967, S. 206 ff; *W. Rasch* Tötung des Intimpartners, 1964; *ders.* Schuldfähigkeit, in: *A. Ponsold* (Hrsg.) Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3. Auflage 1967, S. 55 ff; *ders.* Gruppennotzuchtdelikte Jugendlicher und Heranwachsender, in: *H. Giese* (Hrsg.) Zur Strafrechtsreform, 1968, S. 65 ff; *ders.* Die psychologisch-psychiatrische Beurteilung von Affektdelikten, NJW 1980 S. 1309 ff; *ders.* Angst vor der Abartigkeit, NStZ 1982 S. 177 ff; *ders.* Der Stellenwert des Tatverhaltens bei der psychologischen-psychiatrischen Begutachtung, in: *J. Gerchow* (Hrsg.) Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983 S. 46 ff; *ders.* Die Zuordnung der psychiatrisch-psychologischen Diagnosen zu den vier psychischen Merkmalen der §§ 20, 21 StGB, StV 1984 S. 264 ff; *ders., R. Volbert* Ist der Damm gebrochen? Zur Entwicklung der Anwendung der §§ 20, 21 StGB seit dem 1. 1. 1975, MonSchrKrim. 1985 S. 137 ff; *ders.* Forensische Psychiatrie, 1986; *H. J. Rauch* Einfluß psychopathologischer Strömungen auf die forensische Psychiatrie, Kurt Schneider-Festschrift S. 304 ff; *ders.* Brauchen wir noch eine forensische Psychiatrie? Leferenz-Festschrift S. 379 ff; *ders.* Nochmals: Gutachterliche Kompetenz bei der Klärung der Schuldfähigkeit oder: Der Streit zwischen Psychiatrie und Psychologie, NStZ 1984 S. 497 ff; *E. C. Rautenberg* Verminderte Schuldfähigkeit, 1984; *R. Rengier* und *B. Forster* Die sogenannten „Promillegrenzen" zur alkoholbedingten Schuldunfähigkeit aus juristisch-medizinischer Sicht, Blutalkohol 1987, S. 161 ff; *C. Roxin* Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-Festschrift S. 279 ff; *H.-J. Rudolphi* Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *ders.* Affekt und Schuld, Henkel-Festschrift S. 199 ff; *H. Salger* Zur forensischen Beurteilung der Affekttat im Hinblick auf eine erhebliche verminderte Schuldfähigkeit, Tröndle-Festschrift S. 201 ff; *W. Sarstedt* Der Strafrechtler und der psychiatrische Sachverständige, Die Justiz (Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg) 1962, S. 110 ff; *H. Saß* Die tiefgreifende Bewußseinsstörung gemäß den §§ 20, 21 StGB — eine problematische Kategorie aus forensisch-psychiatrischer Sicht, Forensia 1983 S. 1 ff; *ders.* Affektdelikte, Nervenarzt 1983, S. 557 ff; *ders.* Ein psychopathologisches Referenzsystem für die Beurteilung der Schuldfähigkeit, Forensia 1985 S. 33 ff; *ders.* Zur Klassifikation der Persönlichkeitsstörungen, Nervenarzt 1986 S. 193 ff; *F. Schaffstein* Die Jugendzurechnungsunfähigkeit, ZStW 77 S. 191 ff; *G. Schewe* Zumutbarkeit und Zurechnungsfähigkeit, Hallermann-Festschrift S. 76 ff; *ders.* Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; *ders.* Forensische Psychopathologie, in: *W. Schwerd* (Hrsg.) Rechtsmedizin, 3. Auflage 1979, S. 223 ff; *ders.* Alkoholdelinquenz aus medizinischer Sicht, Beiheft ZStW 1981 S. 39 ff; *ders.* Zur beweisrechtlichen Relevanz berechneter maximaler Blutalkoholwerte für die Beurteilung der Schuldfähigkeit, in: *D. Schultz* u. a. (Hrsg.) Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundes gegen Alkohol im Straßenverkehr etc., 1982, S. 171 ff; *ders.* Wille und Freiheit — juristische und medizinisch-psychologische Aspekte, in: *J. Gerchow* (Hrsg.) Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983 S. 1 ff; *ders.* Blutalkoholwert und Schuldfähigkeit, Venzlaff-Festschrift S. 40 ff; *ders.* Die „mögliche" Blutalkoholkonzentration von 2 Promille als „Grenzwert der absolut verminderten Schuldfähigkeit"? JR 1987 S. 179 ff; *R. Schmitt* Die

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

„schwere seelische Abartigkeit" in §§ 20 und 21 StGB, ZStW 92 S. 346 ff; *K. Schneider* Die psychopathischen Persönlichkeiten, 9. Auflage 1950; *ders.* Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, 4. Auflage 1961; *ders.* Klinische Psychopathologie, 9. Auflage 1971; *K. Schneidewin* Anmerkung zu BGH 7 S. 29 ff, JZ 1955 S. 505 ff; *H. Schöch* Die Beurteilung von Schweregraden schuldmindernder oder schuldausschließender Persönlichkeitsstörungen aus juristischer Sicht, MonSchrKrim. 1983 S. 333 ff; *E. Schorsch* Die sexuellen Deviationen und sexuell motivierte Straftaten, in: *U. Venzlaff* (Hrsg.) Psychiatrische Begutachtung, 1986 S. 279 ff; *ders., F. Pfäfflin* Wider den Schulenstreit in der forensischen Psychiatrie, MonSchrKrim. 1981 S. 234 ff; *H.-L. Schreiber* Bedeutung und Auswirkungen der neugefaßten Bestimmungen über die Schuldfähigkeit, NStZ 1981 S. 46 ff; *ders.* Juristische Grundlagen, in: *U. Venzlaff* (Hrsg.) Psychiatrische Begutachtung, 1986 S. 3 ff; *H. Schröder* Verbotsirrtum, Zurechnungsfähigkeit, actio libera in causa, GA 1957 S. 297 ff; *U. Schroth* Der fahrlässige Verlust der Steuerungsfähigkeit mit nachfolgender doloser Unrechtsrealisierung, Arthur Kaufmann-Festschrift S. 109 ff; *H. Schüler-Springorum* „Benzin nach Metern"? Venzlaff-Festschrift S. 52 ff; *W. Schumacher* Gruppendynamik und Straftat. Ein Beitrag zur Integration von Strafrecht und empirischer Wissenschaft, NJW 1980 S. 1880 ff; *ders.* Die Beurteilung der Schuldfähigkeit bei nicht-stoffgebundenen Abhängigkeiten (Spielleidenschaft, Fetischismen, Hörigkeit), Sarstedt-Festschrift S. 361 ff; *ders.* Die Tathandlung und ihre Beurteilung in psychoanalytischer Sicht, in: *J. Gerchow* (Hrsg.) Zur Handlungsanalyse einer Tat, 1983 S. 61 ff; *J. Schwarz* und *R. Wille* § 51 StGB — gestern, heute, morgen, NJW 1971 S. 1061 ff; *V. Sigusch* Über die methodische Armut der Schulpsychiatrie und ihren unverstellten Blick auf die Dinge, MonSchrKrim. 1981 S. 229 ff; *F. Specht* Angeborene und früherworbene Beeinträchtigung der geistigen Entwicklung, in: *U. Venzlaff* (Hrsg.) Psychiatrische Begutachtung, 1986 S. 231 ff; *G. Spendel* § 51 Abs. 2 StGB und das Problem der Strafzumessung, NJW 1956 S. 775 ff; *W. Stree* Rechtswidrigkeit und Schuld, in: *C. Roxin, W. Stree, H. Zipf, H. Jung* Einführung in das neue Strafrecht, 2. Auflage 1975, S. 34 ff; *F. Streng* Richter und Sachverständiger. Zum Zusammenwirken von Strafrecht und Psychowissenschaften bei der Bestimmung der Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB), Leferenz-Festschrift S. 397 ff; *ders.* Unterlassene Hilfeleistung als Rauschtat, JZ 1984 S. 114 ff; *K.-L. Täschner* Welcher Sachverständige ist für die Beurteilung des Geisteszustandes von Sexualdelinquenten zuständig? MonSchrKrim. 1980 S. 108 ff; *B. Terhorst* Zur Strafbemessung bei verminderter Schuldfähigkeit infolge Drogensucht, MDR 1982 S. 368 ff; *H. Thomae* Bewußtsein, Persönlichkeit und Schuld, Bemerkungen zu §§ 24—25 des Entwurfs eines Strafgesetzbuches 1960, MonSchrKrim. 1961 S. 114 ff; *H. Thomae* und *H. D. Schmidt* Psychologische Aspekte der Schuldfähigkeit, in: *K. Gottschaldt, Ph. Lersch, F. Sander, H. Thomae* (Hrsg.) Handbuch der Psychologie Bd. XI, 1967, S. 326 ff; *U. Undeutsch* Zurechnungsfähigkeit bei Bewußtseinsstörung, in: *A. Ponsold* (Hrsg.) Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2. Auflage 1957, S. 130 ff; *ders.* Forensische Psychologie, in: *R. Sieverts* (Hrsg.) Handwörterbuch der Kriminologie, 2. Auflage 1966, S. 205 ff; *U. Venzlaff* Strafrechtsreformgesetz und Krankenhauspsychiatrie, Schaffstein-Festschrift S. 293 ff; *ders.* Ist die Restaurierung eines „engen" Krankheitsbegriffs erforderlich, um kriminalpolitische Gefahren abzuwenden? ZStW 88 S. 57 ff; *ders.* Aktuelle Probleme der forensischen Psychiatrie, in: *K. P. Kisker, J.-E. Meyer, C. Müller, E. Strömgen* (Hrsg.) Psychiatrie der Gegenwart Bd. III, 2. Auflage 1975, S. 883 ff; *ders.* Die Mitwirkung des psychiatrischen Sachverständigen bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit, Richterakademie-Festschrift S. 277 ff; *ders.* Die forensisch-psychiatrische Beurteilung affektiver Bewußtseinsstörungen, Blau-Festschrift S. 391 ff; *ders.* Methodische und praktische Probleme der forensisch-psychiatrischen Begutachtung, in: *ders.* (Hrsg.) Psychiatrische Begutachtung, 1986 S. 79 ff; *ders.* Konfliktreaktionen, Neurosen und Persönlichkeitsstörungen im Erwachsenenalter, aaO S. 327 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH NStZ 1988 S. 268 f, aaO S. 269; *Th. Vogt* Die Forderungen der psychoanalytischen Schulrichtungen für die Interpretation der Merkmale der Schuldunfähigkeit und der verminderten Schuldfähigkeit (§§ 51 a. F., 20, 21 StGB), 1979; *H. Walder* Der Affekt und seine Bedeutung im schweizerischen Strafrecht, SchwZStr. 81 (1965) S. 24 ff; *H. Wegener* Einführung in die forensische Psychologie, 1981; *C. Weinschenk* Beginnt die Schuldfähigkeit wirklich erst mit der Vollendung des 14. Lebensjahres? MonSchrKrim. 1984 S. 15 ff; *K. Wilmanns* Die sogenannte verminderte Zurechnungsfähigkeit als zentrales Problem der Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1927; *A. v. Winterfeld* Die Bewußtseinsstörung im Strafrecht, NJW 1975 S. 2229 ff; *H. Witter* Psychologie, anthropologische Psychiatrie und forensische

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Freiheitsfrage, NJW 1959 S. 1573 f; *ders.* Affekt und Schuldunfähigkeit, MonSchrKrim. 1960 S. 20 ff; *ders.* Affekt und strafrechtliche Verantwortlichkeit, Kriminalbiologische Gegenwartsfragen 5 (1962) S. 89 ff; *ders.* Grundriß der gerichtlichen Psychologie und Psychiatrie, 1970; *ders.* Allgemeine und spezielle Psychopathologie, in: *H. Göppinger* und *H. Witter* (Hrsg.) Handbuch der forensischen Psychiatrie Bd. I, 1972, S. 429 ff; *ders.* Die Handlungsfähigkeit und die Verantwortlichkeit im Zivilrecht, in: *H. Göppinger* und *H. Witter* Handbuch der forensischen Psychiatrie Bd. II, 1972, S. 947 ff; *ders.* Die Beurteilung Erwachsener im Strafrecht, in: *H. Göppinger* und *H. Witter* (Hrsg.) Handbuch der forensischen Psychiatrie Bd. II, 1972, S. 966 ff; *ders.* Die Bedeutung des psychiatrischen Krankheitsbegriffs für das Strafrecht, Lange-Festschrift S. 723 ff; *ders.* Wissen und Werten bei der Beurteilung der strafrechtlichen Schuldfähigkeit, Leferenz-Festschrift S. 441 ff; *ders.* Richtige oder falsche psychiatrische Gutachten? MonSchrKrim. 1983 S. 253 ff; *G. Wolff* Gutachterliche Kompetenz bei der Klärung der Schuldfähigkeit oder: der Streit zwischen Psychiatrie und Psychologie, NJW 1983 S. 537 ff; *G. Wolfslast* Die Regelung der Schuldfähigkeit im StGB, JA 1981 S. 464 ff; *Th. Würtenberger* Zur Problematik der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, JZ 1954 S. 209 ff; *U. Ziegert* Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987; *H. Zipf* Verminderte Zurechnungs- oder Schuldfähigkeit — Vergleich der österreichischen und der deutschen Regelung, in: *H. Göppinger* und *P. H. Bresser* (Hrsg.) Sozialtherapie — Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht, 1982, S. 157 ff.

I. Die Zurechnungsunfähigkeit der Kinder und bei Jugendlichen

A. Das Gesetz präsumiert in § 19 StGB[1], daß Kinder (nicht mindestens 14 Jahre alte Menschen) zurechnungsunfähig sind. Grundlage der Präsumtion ist die Erfahrung, daß Kinder nicht als Gleiche definiert werden und deshalb nicht kompetent sind, die Normgeltung zu desavouieren. Die Präsumtion schlägt nicht auf dogmatische Institutionen durch, die auf wirkliche Zurechnungsfähigkeit abstellen. Beispiel: Ob die Beeinflussung eines Kindes, eine Straftat zu begehen, Teilnahme an der Tat oder aber mittelbare Täterschaft ist, richtet sich nach der Reife des Kindes, nicht aber schematisch nach seinem Alter (siehe unten 21/71, 96). **1**

B 1. Für Jugendliche (14, aber noch nicht 18 Jahre alte Menschen; § 1 Abs. 2 JGG) ist nach § 3 JGG die Feststellung der Zurechnungsfähigkeit im Einzelfall zu treffen[2]. Die Fähigkeit kann je nach der betreffenden Tat relativ sein. So mag die Fähigkeit zur Vermeidung einer Verkehrsunfallflucht nach einem Fahrradunfall einem Jugendlichen abgehen, während er etwa das Tötungsverbot schon hinreichend internalisiert hat. **2**

2. Heranwachsende (18, aber noch nicht 21 Jahre alte Menschen; § 1 Abs. 2 JGG) werden nach den allgemeinen Regeln der Zurechnungsfähigkeit beurteilt; Besonderheiten ergeben sich nur für die Rechtsfolgen und den Prozeß (§§ 105 ff JGG).

---

1 Früher § 1 Abs. 3 JGG a. F.; nach der Formulierung dieser Vorschrift war das Kind nicht verantwortlich, was zum Teil als bloße Unverfolgbarkeit ausgelegt wurde. — Gegen eine fixe Grenze *Weinschenk* MonSchrKrim. 1984 S. 15 ff, 24.

2 Zur schwierigen Differentialdiagnose zwischen der Unreife nach § 3 JGG und der (vom Reifegrad unabhängigen) Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB siehe *Bresser* ZStW 74 S. 579 ff; *ders.* Beurteilung jugendlicher Rechtsbrecher S. 267 ff; *ders.* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 534 ff; *ders.* aaO Bd. II S. 1284 ff; *Gerchow* in: *Ponsold* S. 90 ff, 93; *Schaffstein* ZStW 77 S. 191 ff; *H. Kaufmann* und *Pirsch* JZ 1969 S. 358 ff; *Albrecht* Jugendstrafrecht § 11 V, jeweils mit Nachweisen. — Nach *Bohnert* NStZ 1988 S. 249 ff, 254 soll § 3 JGG, was die *Einsichtsfähigkeit* angeht, neben § 17 StGB funktionslos sein. Das ist freilich zu psychologisierend gedacht: Die bei § 17 StGB zählenden Gründe für die Unzuständigkeit des Täters für seine Normunkenntnis sind diejenigen, die sich aus der Positivität des Rechts ergeben (siehe unten 19/6 ff); § 3 JGG stellt klar, daß auch Kindlichkeit ein Grund für Unzuständigkeit ist, solange der Täter noch nicht 18 Jahre alt ist (wie § 20 StGB Krankheit etc. zum Grund erklärt).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

II. Die Schuldunfähigkeit (Zurechnungsunfähigkeit und bereichsweise Unzumutbarkeit) nach § 20 StGB

A. Überblick

3 1. Das Gesetz nennt in § 20 StGB Befunde (krankhafte seelische Störung, tiefgreifende Bewußtseinsstörung, Schwachsinn, schwere andere seelische Abartigkeit[2a]), durch die es zum Ausschluß der Fähigkeit kommen kann, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Der „zweistöckige" Aufbau nach Befund und Fähigkeit wird verbreitet als gemischt biologisch-psychologische Methode bezeichnet, was freilich die Sache nicht trifft: Weder ist der Befund biologisch — er ist allenfalls in einzelnen Fällen (bei exogenen Psychosen) biologisch untermauert — noch ist die Fähigkeit etwas Psychologisches — sie ist eine normative Konstruktion. Es geht um eine psychologisch-normative Methode[3]. Hierbei betrifft das Psychologische die Befunde, ist jedoch nicht im Sinn der Psychologie unter Ausgrenzung der Psychiatrie zu verstehen, sondern als Bezeichnung dafür, daß es bei der Bestimmung der Befunde um das Verständnis psychischer (und nicht biologischer) Phänomene geht. Das Normative betrifft die Fähigkeit; diese ist kein psychischer Befund, sondern eine Zuschreibung.

4 Die Befunde sind nicht in § 20 StGB genannt, weil nur von ihnen — und nicht von anderen Befunden — anzunehmen wäre, daß sie das Subjekt in seinem Verhalten determinieren. Deshalb können ihre Grenzen auch nicht nach einem „Determinationsmaß" interpretiert werden. Das wird jedoch teilweise vorgeschlagen; so wird für die Gleichstellung des Affekts mit der (zum Kernbereich des § 20 StGB gehörenden) Psychose das Argument gebracht, es gebe „keinen wissenschaftlichen Beweis dafür, daß psychoseabhängige Motive verhaltensdeterminierender sind als etwa die eines Affekttäters"[4]. Diese Hervorhebung der Determination ist kategorial schief; daß schuldloses Verhalten determiniert sei, schuldhaftes Verhalten hingegen nicht determiniert, ist wissenschaftlich senschaftlich gewiß nicht bewiesen. So kann z. B. als einigermaßen gesichert gelten, daß Streben nach Glück oder Habgier determinieren, ohne daß darauf gegründete Schuldlosigkeit diskutabel wäre[5]. Erst recht kann existentielle Not nach § 35 StGB determinieren, ohne daß sie zwingend entschuldigt, und wenn sie entschuldigt, so nicht wegen ihrer Ähnlichkeit mit einem psychoseabhängigen Motiv.

2. Zu der (Vermutung einer) Determination durch den Befund kommt entscheidend hinzu, daß man das Subjekt wegen des Befunds von seinem Verhalten distanzieren kann. Dies ist in doppelter Weise möglich.

5 a) Der Befund kann indizieren, daß bei der Tat ein ansprechbares, d. h. durch die übertretene Rechtsnorm determinierbares Subjekt überhaupt nicht mehr vorhanden ist, gleich mit welchem Nachdruck die Ansprache geschieht. Das ist nicht schon der Fall, wenn das Subjekt sich mehr oder weniger stark im Bereich objektiver, insbesondere psychopathologischer Muster bewegt, sondern erst dann, wenn die Muster nicht mehr moduliert werden und wenn zudem dieses Aufgehen im Nicht-Individuellen nicht

---

2a Zur Entstehung der Gesetzesformulierung *Lackner* Kleinknecht-Festschrift S. 245 ff, 246 ff. — Zur Geschichte *AK-Schild* §§ 20, 21 Rdn. 3 ff, 10 f, 12 ff, 16 ff mit Nachweisen.

3 Ähnlich *Jescheck* AT § 40 III 1 mit Fn. 19: „psychisch-normative Methode"; *Rasch* Psychiatrie S. 36 ff, 44; — *SK-Rudolphi* § 20 Rdn. 3 f, und *LK-Lange* §§ 20 f Rdn. 12 sprechen von einer „biologisch-normativen Methode"; siehe ferner *Maurach-Zipf* AT I § 36 Rdn. 24 f; *Blei* AT § 56 vor I; siehe schon *M. E. Mayer* AT Kap. 5 B I 1.

4 *Venzlaff* ZStW 88 S. 57 ff, 60; *Schreiber* NStZ 1981 S. 46 ff, 48; *ders.* in: Begutachtung S. 3 ff, 15 — Dagegen *Bresser* Leferenz-Festschrift S. 429 ff, 435; *Saß* Forensia 1985 S. 33 ff, 35.

5 Gegen die Verbindung von unbewußt wirkender Motivation und Schuldlosigkeit *Glatzel* StV 1982 S. 40 ff, 41 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

seinerseits als Möglichkeit individuellen Verhaltens verstanden[6] werden kann. Nicht das System „Subjekt" agiert dann, sondern ein objektives System oder — bei Schwachsinn — ein so reduziertes Subjekt, daß es mit dem Durchschnitt nicht mehr vergleichbar ist. Die Motivation wird in diesen Fällen andersartig gebildet als bei jedermann: Dem Täter fehlt die Kompetenz, Normgeltung zu desavouieren, und er ist deshalb nicht zurechnungsfähig. — Befunde dieser Art finden sich hauptsächlich bei den krankhaften seelischen Störungen und bei den schweren Formen des Schwachsinns.

b) Der Befund kann aber auch dahin gehen, daß ein ansprechbares Subjekt noch vorhanden ist. Das Subjekt ist dann freilich in seiner Motivation zur Normbefolgung belastet (also zur Tat determiniert); besteht die Belastung aus Gründen, für die das Subjekt nicht zuständig ist, so kann es auf die Genese seiner Tatmotivation aus den ihm fremden Bedingungen verweisen und es ist in dem Maß entschuldigt, in dem die Genese allein durch die Bedingungen erklärt werden kann. Das ist der Bereich der Unzumutbarkeit.

3. Die Determination allein besagt also nichts; sie ist nur relevant, wenn sie das **6**
Subjekt zerstört *oder* das Subjekt nichts angeht. Der Versuch, den ganzen § 20 StGB über *einen* Leisten zu schlagen, dürfte nicht nur zu begrifflichen Unschärfen führen, sondern auch den Bereich der nicht-krankhaften Befunde durch die Ausrichtung an den Psychosen zu stark einengen (dazu unten 18/16). Nun hängt es vom Leitbild eines Subjekts ab, wann dieses als zerstört gilt, und von den Vorannahmen über das Verhältnis des einzelnen Subjekts zur Gesellschaft, wann eine Zuständigkeit des Subjekts für die Bedingungen der Genese seiner Motivation besteht und in welchem Maß Bedingungen eine Motivation erklären können. Der Begriff des Subjekts und der Begriff der Zuständigkeit sind kriminalpolitisch bestimmt. Psychowissenschaftliche oder sozialwissenschaftliche Disziplinen, die in jedem delinquierenden Subjekt nur noch eine Form sehen, die mit objektiv bestimmten Verhaltensgestalten angefüllt ist, oder die eine Zuständigkeit für Antriebe prinzipiell nicht beim Subjekt gelegen sehen (wenn so etwas wie Zuständigkeit überhaupt noch anerkannt wird), können zur Klärung des strafrechtlichen Schuldproblems also nichts beitragen[6a] (zu den Determinanten Gewohnheit, Tatsituation und Sozialisationsdefizit siehe schon oben 17/26 ff).

4. Mit der Maßgabe, daß der kriminalpolitische Rahmen nicht gesprengt wird, **7**
können die in § 20 StGB genannten Befunde um solche Befunde ergänzt werden, die gleichfalls einen Verlust der Subjektivität (Zurechnungsunfähigkeit) oder eine gleich hohe Belastung der Zumutbarkeit durch Bedingungen indizieren, die der Täter nicht zu verantworten hat (Unzumutbarkeit)[7]. Die Analogiefähigkeit ist praktisch bedeutungslos, da die Begriffe der Bewußtseinsstörung und der Abartigkeit elastisch genug sind, in Frage kommende Phänomene aufzufangen (genannt werden, ohne für § 20 StGB überhaupt praktisch relevant zu sein: Suggestibilität, sexuelle Hörigkeit, krasse Sozialisationsdefekte); Probleme liegen eher in der Weite der Begriffe.

---

6 Erhebliche Bedenken gegen den Begriff der Verstehbarkeit bei *Rasch* in: *Ponsold* S. 55 ff, 67; *Schewe* in: *Schwerd* S. 202 ff, 223 ff. — Die hiesige Lösung führt in dieselbe Richtung wie der strukturell-soziale Krankheitsbegriff von *Rasch* Psychiatrie S. 43 f, wonach es auf das „Ausmaß einer antiindividualisierenden, typisierenden Umprägung eines Menschen" ankommen soll.

6a Zur Aufgabenverteilung zwischen Richter und Sachverständigem siehe *Schreiber* in: Begutachtung S. 3 ff, 40 ff.

7 Im Ergebnis ebenso *Schreiber* in: Begutachtung S. 3 ff, 12; *LK-Lange* §§ 20 f Rdn. 13; *Jakobs* in: Sozialtherapie S. 127 ff, 138; siehe schon *LK*6*-Nagler* § 51 Anm. III 2; *Hälschner* Strafrecht Bd. I S. 224; *Mezger* Probleme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit S. 37 ff; *a. A. Lenckner* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 3 ff, 112; *Blau* Jura 1982 S. 393 ff, 397; *Maurach-Zipf* AT I § 36 Rdn. 27; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 20 Rdn. 5; *SK-Rudolphi* § 20 Rdn. 5; *v. Hippel* Strafrecht Bd. II § 22 VI 2.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

B. Die krankhafte seelische Störung

8 1. Es geht um *seelische* Störungen, also nicht nur um Störungen der Geistestätigkeit, sondern um Störungen in möglicherweise allen psychischen Bereichen. *Störungen* sind nicht nur (negative) Abweichungen von einem zuvor gegebenen Zustand der Ungestörtheit (der Gesunde wird geisteskrank), sondern auch von einem zuvor nicht vorhandenen und nur zu fordernden Normalzustand (der Mensch ist als Geisteskranker geboren worden). Die Krankhaftigkeit ist weder objektiv-medizinisch als Indikation einer Behandlung noch subjektiv-medizinisch als Leidensdruck zu verstehen, sondern nach dem Zweck des § 20 StGB zu interpretieren: Eine Krankheit liegt vor, wenn das Bild des psychischen Befunds ergibt, daß die Tatmotivation vom Subjekt zumindest objektiv (nicht notwendig auch subjektiv) erlitten wird, vergleichbar mit dem körperlichen Erleiden einer körperlichen Krankheit. In schwereren Fällen wird das Subjekt durch die Krankheit überhaupt verborgen oder gar zerstört. Bei einem Befund dieser Art kann ein noch vorhandenes Subjekt auf die Genese seiner Motivation im Objektiven verweisen (Unzumutbarkeit). Geht das Subjekt im objektiven Muster auf, so ist es nicht mehr kompetent, Normgeltung zu desavouieren (Zurechnungsunfähigkeit).

9 2 a) Ein dementsprechendes psychopathologisches Bild ist bei den Psychosen (echte Geisteskrankheiten) gesichert[8]. Psychosen sind teils durch eine bekannte Korrelation zwischen dem psychopathologischen Bild und einem hirnorganischen Krankheitsbefund gekennzeichnet (organische oder exogene Psychosen). Zu dieser Gruppe gehören: progressive Paralyse, senile Demenz (überhaupt der krankheitsbedingte — und nicht angeborene — Schwachsinn[9]), Hirnarteriosklerose, Hirnverletzungen, Hirnveränderungen durch Fieber, Geschwülste u. a. m. Weiterhin zählen diejenigen psychopathologischen Befunde zu den Psychosen, die kraft ihrer Analogie zu den exogenen Psychosen nach ihrem nosologischen Bild und nach ihrer Genese (beides streitig[10]) die Vermutung eines korrelierenden hirnorganischen Prozesses nahelegen (endogene Psychosen; der hirnorganische Prozeß wird „postuliert"); es handelt sich um die Krankheiten, die den Formenkreisen der Schizophrenie[10a] und der Zyklothymie zugeordnet werden (letztere auch schlecht genannt: manisch-depressives Irresein; weder gehören stets manische und depressive Phasen zum Krankheitsbild noch ist die Stimmungslage mit „Irresein" adäquat beschrieben).

Im Anschluß an den Psychiater *Kurt Schneider*, der zwischen seelischen Abnormitäten als Folge von — körperlich fundierten — Krankheiten einerseits und als — nicht krankhaften — Spielarten des seelischen Wesens andererseits unterschieden hatte[11], ist die Bedeutung der demonstrierbaren oder postulierten organischen Korrelationen des

---

8 Siehe dazu die Darstellungen bei *Rasch* in: *Ponsold* S. 55 ff, 69 ff, 76 ff; *Witter* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 429 ff, 477 ff; *ders.* aaO Bd. II S. 966 ff, 968 ff; *ders.* Lange-Festschrift S. 723 ff; *Langelüddeke-Bresser* Gerichtliche Psychiatrie S. 96 ff; *Schewe* in: *Schwerd* S. 202 ff, 223 ff, 242 ff; *Venzlaff* Psychiatrie der Gegenwart[2] Bd. III S. 883 ff, 888 ff, 901; *Ehrhardt* und *Villinger* Psychiatrie der Gegenwart[1] Bd. III S. 181 ff, 206 ff, 208 f; *K. Schneider* Beurteilung S. 7 ff, 14 f; *ders.* Klinische Psychopathologie S. 9 ff.

9 RG 73 S. 121 ff.

10 Siehe *H. Kaufmann* Kriminologie Bd. I S. 17 ff.

10a Zur Schizophrenie als bloßes „Denkmodell" *Janzarik* Nervenarzt 1986 S. 681 ff.

11 Beurteilung S. 14 f; ebenso *de Boor* Motivisch unklare Delikte S. 184 ff, 188; *ders.* Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen S. 282 ff; *Bresser* NJW 1978 S. 1188 ff; *Langelüddeke-Bresser* S. 96 ff. — Der Krankheitsbegriff *K. Schneiders* war auch auf seiten der Psychiatrie stets umstritten; siehe *Mende* Bockelmann-Festschrift S. 311 ff, 312 mit Nachweisen; *Schreiber* in: Begutachtung S. 3 ff, 14 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

psychopathologischen Befunds zeitweise[12] überschätzt worden[13]. Der organische Befund hat aber strafrechtlich nur die Funktion, den psychischen Befund abzusichern oder auf einen diskreten psychischen Befund aufmerksam zu machen[14]. Letztlich gibt es zu jeder seelischen Regung irgendeinen körperlichen Befund; selbst die isoliert feststellbare Krankhaftigkeit dieses Befunds (etwa eine leichte Alkoholintoxikation) muß über die Krankhaftigkeit der seelischen Regung nichts aussagen, wie in der Umkehrung zumindest in Grenzfällen die Berechtigung zweifelhaft ist, zu jedem psychopathologischen Bild einen organischen *Krankheits*befund zu postulieren[15].

b) Ob *Endstadien eines affektiven Prozesses* (Bewußtseinsstörung) oder eines psy- **10**
chopathischen oder neurotischen oder sonst zur Abartigkeit zählenden Verlaufs im Einzelfall differentialdiagnostisch von einer krankhaften seelischen Störung noch unterschieden werden können, ist kein strafrechtliches, sondern ein psychologisches und psychiatrisches Problem. Wenn in diesen Bereichen ein Subjektverlust wie bei einer Krankheit auszumachen ist, dann fehlt auch die Zurechnungsfähigkeit wie bei einer Krankheit. Für diesen Fall geht es also auch bei den Bewußtseinsstörungen und Abartigkeiten um Zurechnungsfähigkeit und nicht um Zumutbarkeit, d. h. die Frage der „Verschuldung" — praktisch wichtig bei Affekt und Sucht[16] — ist nicht aufzuwerfen.

c) Ein psychopathologisches Bild ist auch bei *schweren Intoxikationen* gesichert, **11**
etwa durch Alkohol, soweit der Täter überhaupt noch tatbestandsmäßig und rechtswidrig handelt oder tatbestandsmäßig und rechtswidrig unterläßt (Zurechnungsunfähigkeit beginnt nicht erst bei einer Berauschung, die keine koordinierten Körperbewegungen mehr zuläßt[17]). Die Zuordnung von Rauschzuständen zur Krankheit — statt zur Bewußtseinsstörung — ist streitig[18], wobei gegen die Zuordnung zur Krankheit angeführt wird, ein Rausch entstehe im Gegensatz zur Krankheit nicht schicksalhaft. Das kann nicht nur im Einzelfall anders sein (der listig herbeigeführte Rausch ist eher schicksalhaft als manche syphilitisch bedingte Paralyse[19]), sondern vernachlässigt auch

---

12 Die lange Zeit vorhandene faktische Einigung zwischen Juristen und forensisch tätigen Psychiatern auf den Krankheitsbegriff von *K. Schneider* ist als „Pakt" bezeichnet worden, der die Funktion habe, die psychologische, psychoanalytische und sozialwissenschaftliche Problematik der Schuld auszuklammern: *Moser* Repressive Kriminalpsychiatrie, S. 54 ff und passim; siehe auch *Kargl* Kritik S. 208 ff, 218 ff; *Mahlmann* Verwissenschaftlichung S. 25 ff, 112 f. Das dürfte im Ansatz richtig sein, ist freilich überhaupt kein Vorwurf, obgleich als solcher gemeint: Für das Strafrecht wirken nicht übersehbare oder nicht begrenzbare Exkulpationen dysfunktional. — Zur forensischen Leistungsfähigkeit der Psychoanalyse siehe *Bräutigam* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 773 ff, 794 ff; *de Boor* Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen S. 66 ff.

13 Das gilt nicht nur für die Verengung des Krankheitsbegriffs, sondern auch für die Aufwertung somatischer Mikrobefunde zu Exkulpations-„Gründen", so etwa in der Diskussion um die Chromosomenanomalie; dagegen kritisch *Witter* Lange-Festschrift S. 723 ff, 727, 731 f; *ders.* Grundriß S. 257 ff; *Schewe* in: *Schwerd* S. 202 ff, 238 ff; *J.-E. Meyer* MonSchrKrim. 1981 S. 224 ff, 225; *Venzlaff* Richterakademie-Festschrift S. 277 ff, 284 f; *ders.* in: Begutachtung S. 79 ff, 84. — Gegen eine automatische Relevanz hirnorganischer Befunde auch *Glatzel* StV 1990 S. 132 ff.

14 *Witter* Lange-Festschrift S. 723 ff, 727; *Schewe* in: *Schwerd* S. 202 ff, 235; *Rasch* in: *Ponsold* S. 55 ff, 71; *Janzarik* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 588 ff, 645 ff; *Venzlaff* Schaffstein-Festschrift S. 293 ff, 295; eingehend *Krümpelmann* ZStW 88 S. 6 ff, 14 ff, 17 ff mit weiteren Nachweisen.

15 *Witter* Lange-Festschrift S. 723 ff, 727 mit Beispielen.

16 *Krümpelmann* ZStW 88 S. 6 ff, 36.

17 RG 63 S. 46 ff, 48; 64 S. 349 ff, 354 f; 67 S. 149 f; BGH 1 S. 385 ff, 386; BGH VRS 8 S. 49 ff, 51; BayObLG NJW 1953 S. 1523 f; OLG Schleswig DAR 1973 S. 20 f; *SK-Rudolphi* § 20 Rdn. 7; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 20 Rdn. 16; — Kritisch zur Grenze Handlung—Schuld *Schewe* Beiheft ZStW 1981 S. 39 ff, 68 f; siehe dazu oben zum Handlungsbegriff 6/41.

18 Wie hier BGH NJW 1969 S. 563; *Rasch* StV 1984 S. 264 ff, 268; *SK-Rudolphi* § 20 Rdn. 7; *Jescheck* AT § 40 III 2 a; siehe auch BGH StV 1982 S. 69; *LK-Lange* §§ 20 f Rdn. 20; *a. A. Krümpelmann* ZStW 88 S. 6 ff, 16 mit Fn. 44; vermittelnd *Bresser* Forensia 1984 S. 45 ff, 59.

19 Zutreffend *Schönke-Schröder-Lenckner* § 20 Rdn. 15.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

die Ähnlichkeit der Symptomatik des Rauschs mit derjenigen einer Psychose[20]. Ferner ist es vorzugswürdig, den Begriff der Bewußtseinsstörung für Fälle der Unzumutbarkeit zu reservieren; beim schuldausschließenden Rausch kommt jedoch, wie § 323 a StGB lehrt, nur Zurechnungsunfähigkeit, nicht aber eine (maßstabsabhängige!) Unzumutbarkeit in Betracht[21]. Im Blick auf die Bestrafungsmöglichkeit nach § 323 a StGB dürfte die volle Exkulpation häufig zu früh gewährt werden[22].

Ob ein Rausch die Zurechnungsfähigkeit ausschließt, hängt nicht von der wirkenden Menge des Gifts ab, sondern von seiner Auswirkung auf den Täter im Blick auf die Tat. Insbesondere läßt sich beim Alkoholrausch keine feste Promillegrenze angeben[23].

12 3. Bei einer Psychose wird nahezu stets nicht auszuschließen sein, daß bei der Tat das Subjekt durch den objektiven Prozeß zerstört wurde[24], so daß Zurechnungsunfähigkeit anzunehmen ist. Im Grenzfall und bei Intoxikationen mäßiger Art mag jedoch trotz der Krankheit noch ein zurechnungsfähiges Subjekt aufweisbar sein, das freilich in seiner Motivation durch die Krankheit belastet ist. Die volle Exkulpation ist dann nicht ausgeschlossen, sondern eine Frage der Zumutbarkeit, also vom anzulegenden Maßstab abhängig; der Maßstab wiederum richtet sich nach der Zuständigkeit des Täters für den Defektgrund. Beispiel: Der von Erwachsenen betrunken gemachte, alkoholunerfahrene 15-jährige Junge ist nicht erst dann voll entschuldigt, wenn auf Grund des Maßes der Trunkenheit Zurechnungsunfähigkeit anzunehmen ist (Unansprechbarkeit durch die betreffende Norm, gleich mit welchem Nachdruck die Ansprache geschieht), sondern bereits bei einem Maß, bei dem das Fehlverhalten durch extreme Besonnenheit noch vermieden werden könnte; mangels Zuständigkeit für den Defektgrund ist einem solchen Täter das Ausbleiben der Extremleistung nicht anzulasten.

C. Der Schwachsinn

13 Die besondere Nennung des Schwachsinns[25] neben den krankhaften seelischen Störungen ist wegen des — ohne nachweisbaren Krankheitsprozeß — angeborenen

---

20 *Rasch* in: *Ponsold* S. 55 ff, 81 f.

21 *A. A. LK-Lange* § 20 f Rdn. 24, 29; der Sache nach auch *Streng* JZ 1984 S. 114 ff, 119.

22 Zum historisch nachweisbaren Zusammenhang von Exkulpation und kriminalpolitischem Bedürfnis nach Haftung bei Taten im Alkoholrausch (vermehrte Annahme von Zurechnungsunfähigkeit nach Schaffung von § 330 a StGB a. F. = 323 a StGB) treffend *Krümpelmann* ZStW 88 S. 66 ff, 23 f.

23 BGH NStZ 1982 S. 243 und S. 376 und JR 1988 S. 208 f und 209 f (mit Anmerkung *Blau* aaO S. 210 ff) mit Nachweisen der vorangehenden Rechtsprechung; *Bresser* Forensia 1984 S. 45 ff. — Aber von 2 Promille an soll eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit naheliegen, BGH NStZ 1988 S. 450; 1989 S. 17; StV 1989 S. 14; *Rasch* Psychiatrie S. 199; bei alkoholgewöhnten Tätern jedenfalls bei 2,6 Promille, BGH NJW 1988 S. 779 f; oder 2,5 Promille, BGH 34 S. 29 ff; regelmäßig bei 2,4 Promille, BGH 36 S. 286 ff, 288; überhaupt gegen solche Grenzen *Rengier* und *Forster* Blutalkohol 1987 S. 161 ff, 167 f. — Eingehend zum Verhältnis von psychischem Befund und Promillegrenze *Schewe* Venzlaff-Festschrift S. 40 ff; *ders.* JR 1987 S. 179 ff (dort Kritik an BGH 34 S. 29 ff); *Krümpelmann* ZStW 99 S. 191 ff, 196 ff; *Blau* JR 1989 S. 337 f. — Zu der reichhaltigen Rechtsprechung in Straßenverkehrssachen siehe *Schönke-Schröder-Lenckner* § 20 Rdn. 16 f; *LK-Lange* § 20 f Rdn. 25. — Zum sogenannten pathologischen Rausch siehe *Ponsold* in: *Ponsold* S. 206 ff, 257 f; *Rasch* in: *Ponsold* S. 55 ff, 82; *Schewe* in: *Schwerd* S. 202 ff, 223 ff, 231 f; *Bresser* aaO S. 52 f. — Zur Problematik der forensischen Beurteilung siehe *Witter* Handbuch Psychiatrie Bd. II S. 966 ff, 1029 ff; *Luthe* und *Rösler* ZStW 98 S. 314 ff. — Zur beweisrechtlichen Problematik des Schlusses von rückberechneter Alkoholkonzentration auf Schuldunfähigkeit siehe *Schewe* Bund-gegen-Alkohol-im-Straßenverkehr-Festschrift S. 171 ff.

24 *LK-Lange* §§ 20 f Rdn. 51 f.

25 Zur forensischen Begutachtung: *Witter* Handbuch Psychiatrie Bd. II S. 966 ff, 985 ff; *Specht* in: Begutachtung S. 231 ff; *Wegener* Einführung S. 90 ff; BGH NJW 1967 S. 299.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Schwachsinns erfolgt und als Rest eines auf somatische Prozesse abstellenden Krankheitsbegriffs zu verstehen[26]. Das — angeborene — Fehlen einer zur Sozialisation erforderlichen Intelligenz, Erlebnisfähigkeit und der Fähigkeit, Erlebnisse zu verarbeiten (Schwachsinn ist nicht nur in Form der *Geistes*schwäche möglich[27]), ließe sich auch als — angeborene — Krankheit definieren. — Ob und für welche Normen der Schwachsinn die Kompetenz des Täters ausschließt, Normgeltung in Abrede zu stellen, hängt — ganz entsprechend der Lage bei Kindern und Jugendlichen — vom Grad des Schwachsinns und dem Maß der trotz des Defektes gelungenen Sozialisation ab. Psychiatrie[28] und — mehr um Differenzierung bemüht — Psychologie[29] unterscheiden die — kriminologisch hauptsächlich relevante — Debilität (leichter Grad, kein Volksschulabschluß möglich, aber Lesen und Schreiben werden gelernt; die praktische Intelligenz ist besser ausgestaltet) von der Imbezillität (mittlerer Grad; praktisch erforderliche Familien- oder Anstaltspflege führt zu nur seltener krimineller Auffälligkeit) und der Idiotie (schwerer Grad; dauernde Verwahrung und elementare Versorgung sind unumgänglich).

D. Die Bewußtseinsstörung und die Abartigkeit

1. Nochmals: Zur Trennung von Zurechnungsunfähigkeit und Unzumutbarkeit bei § 20 StGB

a) Wenn sich auf Grund einer Bewußtseinsstörung oder einer Abartigkeit ergibt, **14**
daß sich die Verhaltensweisen des Täters in nicht mehr modulierten objektiven Mustern erschöpfen, und wenn dieses Aufgehen im Objektiven nicht als — zeitweise — Möglichkeit eines individuellen Verhaltens verstanden werden kann, fehlt die Zurechnungsfähigkeit, ohne daß es auf die Krankhaftigkeit, Krankheitsähnlichkeit oder Krankheitswertigkeit des Befunds ankäme[30]. Ein Täter, der zum „passiven Objekt von Funktionsabläufen" wird[31], wird als zurechnungsunfähig definiert. Ob sich ein entsprechend massiver psychischer Befund bei Bewußtseinsstörungen und Abartigkeiten einstellen kann[32], ist kein strafrechtliches, sondern ein psychiatrisches und psychologisches Problem.

Die Befunde der Bewußtseinsstörung und der Abartigkeit erhalten ihr praktisch bedeutendes Gewicht aber erst, wenn sie unabhängig von dem völligen Verlust der Subjektivität, also unabhängig von der Zurechnungsunfähigkeit, auch als eine Regelung der Zumutbarkeit bei noch gegebener Zurechnungsfähigkeit verstanden wer-

---

26 Siehe *Witter* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 429 ff, 490, der den Schwachsinn deshalb als bloße psychische Variation ansieht.

27 RG 73 S. 121 ff, 122.

28 *Witter* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 429 ff, 490.

29 *Wegener* Einführung S. 91 ff.

30 Anders wohl *Witter* Lange-Festschrift S. 723 ff, 733: Der Befund müsse „psychoseähnlich" sein; siehe auch *Ehrhardt* und *Villinger* Psychiatrie der Gegenwart[1] Bd. III S. 181 ff, 206 ff, 211 f.

31 *Wegener* Einführung S. 80 zum Affekt.

32 Überhaupt verneinend wohl *Bresser* NJW 1978 S. 1188 ff. — Den Affekt nach § 213 StGB und den Affekt, der nach § 20 StGB gegebenenfalls voll exkulpieren soll, halten für nicht unterscheidbar, so daß eine volle Exkulpation beim normalpsychologischen Affekt unangebracht sein soll, *Witter* Kriminalbiologische Gegenwartsfragen Heft 5 S. 89 ff, 91 ff; *ders.* MonSchrKrim. 1960 S. 20 ff, 28 f; *ders.* Handbuch Psychiatrie Bd. II S. 966 ff, 1023 ff, 1027; *Haddenbrock* NJW 1979 S. 1235 ff, 1237; *Janzarik* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 588 ff, 651; *a. A. Venzlaff* Psychiatrie der Gegenwart[2] Bd. III S. 883 ff, 901 ff; *ders.* ZStW 88 S. 57 ff, 60; *ders.* Blau-Festschrift S. 391 ff; *Rasch* NJW 1980 S. 1309 ff (mit freilich erheblichen Verbindungen zur Gegenansicht); insbesondere aber Vertreter der Psychologie, siehe *Undeutsch* in: *Ponsold*[2] S. 130 ff, 133 ff; *Thomae* und *Schmidt* Handbuch der Psychologie Bd. XI S. 326 ff, 342 ff; *Wegener* Einführung S. 89 ff; *Heiss* in: *Blau* und *Müller-Luckmann* S. 223 ff, 226 ff. — Dazu *Albrecht* GA 1983 S. 193 ff, 203 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

den[33]. Für eine solche Regelung gilt dann freilich, was das Gesetz bei präziser gefaßten Zumutbarkeitsbestimmungen anordnet (oben 17/71 f), scil. daß der Verhaltens*längs*schnitt bei der Beurteilung zu berücksichtigen ist, also die „Verschuldung" der Lage.

15 b) Bei dieser partiellen (Re-)Normativierung der für die Entschuldigung bei Bewußtseinsstörung und Abartigkeit geltenden Aspekte verliert auch das gegen die Nennung dieser Befunde in § 20 StGB vorgebrachte Bedenken eines „Dammbruch(s)"[34] bei der Exkulpation an Gewicht[35]. Es wird befürchtet, daß mangels Verfügbarkeit von überprüfbaren Diagnosetechniken, die zu hinreichend randscharfen Ergebnissen führen, auch Affekte, Psychopathien, Neurosen etc. von ubiquitärem Format zur Exkulpation führen müssen. Bei der Zumutbarkeitslösung gibt es aber nur eine normativ korrigierte Relation von psychischem Befund und Schuld und deshalb keinen „Entschuldigungsautomatismus".

16 c) Freilich eröffnet die Zumutbarkeitslösung die Möglichkeit der vollen Entschuldigung gerade in Fällen, in denen die Zurechnungsfähigkeitslösung sie versagt, scil. bei einem zwar motivatorisch belasteten, aber intakten Subjekt[35a]. Das ist sachlich auch richtig, denn es entspricht dem System von Beschuldigung und Entschuldigung. Wenn das Gesetz in den Fällen spezieller Regelungen von Affekten (§§ 33, 213 StGB) darauf abstellt, daß der Konflikt — voll oder teilweise — dem Opfer selbst zugerechnet werden kann, so ist dieser Aspekt auch bei § 20 StGB bedeutungsvoll[35b]: Wenn das Opfer selbst zurechenbar mitwirkt oder der Täter sonst die Genese seines Affekts von sich weg verlagern kann, tritt volle Entschuldigung eher ein als in Fällen eines nicht zu verlagernden Affektgrunds. Wenn weiterhin nach § 35 StGB die Befreiung aus nicht zu verantwortender existentieller Gefahr entschuldigt ist, so kann — etwa — dem „unverschuldet" abartigen Täter nicht zuzumuten sein, den aus der Abartigkeit resultierenden Belastungen auch dann noch zu widerstehen, wenn dieser Widerstand zum Zusammenbruch seiner psychischen Existenz führt. Entsprechend ist dem „unverschuldet" Süchtigen Normbefolgung schon unzumutbar, wenn die körperlichen Qualen das in den Fällen von § 35 StGB zu vermutende Maß erreicht haben; daß seine Abartigkeit seine

---

[33] Siehe dazu schon *Witter* Kriminalbiologische Gegenwartsfragen Heft 5 S. 89 ff, 91 ff; *ders.* MonSchrKrim. 1960 S. 20 ff, 28 f; *ders.* Handbuch Psychiatrie Bd. II S. 966 ff, 993 f, 1023; *Haddenbrock* Handbuch Psychiatrie Bd. II S. 863 ff, 929 ff; *Jakobs* in: Handlungsanalyse S. 21 ff, 27 ff, 30; *ders.* in: Der Sachverständige S. 271 ff, 278 ff; *Bernsmann* NStZ 1989 S. 160 ff, 162; ähnlich *Ziegert* Vorsatz S. 189 ff, der den verschuldeten Affekt als Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination deutet. — Ob ein psycho*pathologisches* Referenzsystem mit den krankhaften seelischen Störungen als der „maßgeblichen Gruppe" den Zumutbarkeitsbereich zutreffend umreißt (so *Saß* Forensia 1985 S. 3 ff, 38), ist zumindest zweifelhaft. — Gegen die Aufschlüsselung in Zumutbarkeit und Zurechnungsfähigkeit bringt *Schewe* vor (Hallermann-Festschrift, S. 76 ff, 84; *ders.* Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz S. 134 ff), die Zumutbarkeit stelle auf *situative* Momente ab, passe also auf den Affektfall nicht; dieser sei — wie die anderen Fälle der Zurechnungsfähigkeit — ein Problem des tauglichen Adressaten. Es gibt jedoch kein Verbot, die täter*interne* Situation als Grund einer Unzumutbarkeit anzusehen. So sind nach hiesigem Verständnis alle Fälle des § 21 StGB solche (der Zumutbarkeit oder) eingeschränkten Unzumutbarkeit (oben 17/70; unten 18/28). Auch muß bei externen Situationen (etwa Lebensgefahr in § 35 StGB) sowieso ein — freilich zum Teil präsumiertes — internes Moment (etwa Angst) hinzukommen. — BGH NStZ 1990 S. 231 verlangt allerdings eine „den krankhaften seelischen Störungen gleichwertig(e)" Beeinträchtigung; darauf kam es im gegebenen Fall allerdings nicht an, da der Täter für seine Verfassung selbst zuständig war.

[34] Siehe BT-Drucksache V/4095 S. 10.

[35] Dazu, daß dieser Dammbruch nicht eingetreten ist, siehe *Schreiber* NStZ 1981 S. 46.

[35a] Ähnlich *Lackner* Kleinknecht-Festschrift S. 245 ff, 262, wonach die bei allen Konzepten „unvermeidbare und meist schon prinzipiell nicht aufklärbare Zone der Unbestimmtheit" durch „präventive Erwägungen ausgefüllt" werden soll. Bei der hiesigen Konzeption wird die Ausrichtung an der Prävention freilich nicht auf das Unerklärbare beschränkt, sondern umfaßt den gesamten Bereich.

[35b] BGH NStZ 1986 S. 264; *Neumann* Zurechnung S. 240 ff, 255 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Subjektivität schon zerstört *hat,* ist — anders als bei der Zurechnungsunfähigkeit — zur Entschuldigung nicht erforderlich.

2. Die tiefgreifende Bewußtseinsstörung

a) Die Bewußtseinsstörung[36] kann eine *krankhafte* seelische Störung sein (Fieberdelirium; Berauschung). Eine eigene Bedeutung hat der Begriff für normalpsychologische Bewußtseinsstörungen[37], etwa Dämmerzustände bei hochgradiger Übermüdung, posthypnotische Zustände und — praktisch einzig wichtig[37a] — affektive Erregung[37b]. Jedenfalls muß bei Vorsatz das aktuelle, wenn auch nicht reflektierte Bewußtsein des folgenreichen Agierens noch vorhanden sein, bei Fahrlässigkeit muß dieses Bewußtsein mit dem unterstellten dominanten Motiv der Folgenvermeidung erreichbar sein; entsprechendes gilt für Unterlassungen. Ohne dieses aktuelle oder hypothetische Bewußtsein fehlt es schon an einem tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Verhalten[38]. Mit Bewußtsein wird das Selbstbewußtsein in seiner Beziehung auf das Bewußtsein von der Außenwelt gemeint. Bei der Bewußtseinsstörung unterbleibt die sonst selbstverständliche Prüfung der aktuell vor Augen stehenden Planung (ohne diese kein Vorsatz) am Interessenzusammenhang der Person, weil die „sonst bewußtseinspräsente Metaplanung mit ihren normierenden und wertbesetzten ‚Richtlinienkompetenzen' vorübergehend außer Kraft gesetzt" ist[39]. Störung ist also eine Desorientierung, die aber gleichwohl das Bewußtsein nicht überhaupt aufhebt, sondern eingeengt beläßt; *nicht das Bewußtsein geht beim Affekt verloren, sondern die Besonnenheit*[40]. **17**

Obgleich es auf den psychischen Befund ankommt und eine Herleitbarkeit des Befunds aus krankhaften (Fieber) oder toxischen (Alkoholrausch) Veränderungen nicht erforderlich ist[41], sind solche sogenannten *konstellativen Faktoren* für die gutach-

---

36 Nach psychologischer Definition kann die Bewußtseinsstörung als Oberbegriff aller Befunde des § 20 StGB verstanden werden; *Undeutsch* in: *Ponsold*[2] S. 130 ff; *ders.* Handwörterbuch Kriminologie Bd. I S. 205 ff, 223 (Stichwort Forensische Psychologie); dagegen *de Boor* Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen S. 114 ff. — Aus psychiatrischer Sicht wird eine eigene „Kategorie" für die normalpsychologisch bedingte Bewußtseinsstörung für verfehlt gehalten, da eine solche Störung im Rahmen des § 20 StGB eine „echte Ausnahme" sei, deren Beurteilung kein „Eigenleben" entfalten dürfe, sondern im steten Blick auf krankhaft bedingte Störungen zu erfolgen habe; *Saß* Forensia 1983 S. 1 ff, 20. — Zum Verständnis des Bewußtseins in der Psychologie *Wegener* Einführung S. 73 ff. — Psychiatrisch zum Affekt *Diesinger* Affekttäter S. 39 ff.

37 *Lenckner* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 3 ff, 116; *Stratenwerth* AT Rdn. 535; *Venzlaff* Richterakademie-Festschrift S. 277 ff, 280; *Schreiber* Begutachtung S. 3 ff, 18.

37a *A. A.* (auch ein affektloses „Zerbrechen der internalisierten Ordnungsstruktur" sei häufig; — ein sehr ungenauer Befund) *Glatzel* StV 1983 S. 339 ff.

37b Eingehend dazu und mit ausführlichen Nachweisen der psychiatrischen Literatur *Saß* Nervenarzt 1983 S. 557 ff; zur juristischen Spannbreite *Blau* Tröndle-Festschrift S. 109 ff.

38 RG 64 S. 349 ff, 353; *SK-Rudolphi* § 20 Rdn. 10; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 20 Rdn. 13; *Krümpelmann* Welzel-Festschrift S. 327 ff, 334 ff; im Grundsatz unstreitig. — Wenn ausgeführt wird, beim Affekt sei das „Bewußtsein oft auch als Beobachtungsinstanz weitgehend" ausgeschaltet (*Wegener* Einführung S. 80), so hängt an der Differenz zwischen weitgehender Ausschaltung und völliger Ausschaltung juristisch die Differenz zwischen einer vorsätzlichen und jedenfalls nicht mehr vorsätzlichen Handlung. — Von psychiatrischer Seite werden wegen einer häufig aufweisbaren Ambivalenz des Verhaltens, das dem Affekt vorangeht (der Täter bereitet die Tat ebenso intensiv vor, wie er sich auf eine Lage ohne die Tat einstellt), gegen die strafrechtliche Annahme einer *Vorsatz*tat Bedenken vorgebracht; *Rasch* Tötung des Intimpartners S. 58 ff, 60 und passim; siehe auch *ders.* in: *Ponsold* S. 55 ff, 69. Dagegen siehe oben 8/13.

39 *Wegener* Einführung S. 80. — Siehe aus sozialpsychologischer Sicht *Grosbüsch* Affekttat S. 62 ff, 83 f (Identitätsverlust).

40 *Witter* Grundriß S. 170; *Glatzel* StV 1982 S. 434 ff, 435 ff; *Schreiber* in: Begutachtung S. 3 ff, 18.

41 Grundlegend BGH 11 S. 20 ff; BGH NStZ 1984 S. 259.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

terliche Diagnose wichtige Indizien[42]. Nach der hier vertretenen Zuordnung des Affekts zur Zumutbarkeit sind nicht zurechenbare konstellative Faktoren ein Grund, den Täter eher zu entlasten, da zur Erledigung des Konflikts zumindest partiell auf diese Faktoren verwiesen werden kann. Das vom Gesetz verlangte Tiefgreifende[43] der Bewußtseinsstörung ist also ein relativer Begriff. Beispiel: Der nach krankheitsbedingter langer Schlaflosigkeit affektiv Reagierende ist eher zu entschuldigen als ein Täter, der bei ubiquitär vorkommender Erschöpfung in einen Affekt gerät. Als Gegenstück zu diesen internen konstellativen Faktoren gibt es auch externe Faktoren, insbesondere die dem Täter nicht zurechenbare Reizung zum Affekt durch das Opfer. Für die Verarbeitung externer Faktoren, die ubiquitär vorkommen, ist jeder Täter selbst zuständig, so etwa für den beim Zusammenschluß einer Bande entstehenden Konformitätsdruck[44] oder für die Erschwerung der Normbefolgung durch das Diffus-Werden von Verantwortung in einer Gruppe.

18 b) Soweit es für unzulässig gehalten wird, die Zuständigkeit des Täters für seinen Besonnenheitsverlust bei der Entschuldigung zu berücksichtigen[45], beruht dieses vermeintlich bestehende Verbot einer Beachtung des Handlungslängsschnitts auf einem

---

42 *Rasch* NJW 1980 S. 1309 ff, 1314; *Witter* Handbuch Psychiatrie Bd. II S. 966 ff, 1023 ff, 1024 f; *Venzlaff* NStZ 1988 S. 269 zu BGH aaO S. 268 f; *Venzlaff* Blau-Festschrift S. 391 ff, 401 f erkennt auch konstellative Faktoren „im sozialen Bereich" an; aber auch diese wirken nur entlastend, wenn der Täter nicht für sie zuständig ist: So kann man im § 213 StGB die Reizung zum Zorn als solchen konstellativen Faktor verstehen, der freilich „ohne eigene Schuld" eintreten muß, wenn er entlasten soll. Siehe auch *Schreiber* in: Begutachtung S. 3 ff, 20.

43 Der Begriff wurde an Stelle des im E 1962 verwendeten Begriffs der Gleichwertigkeit (gleichwertig mit der krankhaften seelischen Störung) gewählt, um klarzustellen, daß es nicht auf eine krankheitsähnliche Genese der Bewußtseinsstörung ankommt; zur Entstehung siehe *v. Winterfeld* NJW 1975 S. 2229 ff mit ausführlichen Nachweisen; BT-Drucksache V/4095 S. 11; kritisch aus psychoanalytischer Sicht *Vogt* Forderungen S. 143 ff.

44 *Jakobs* in: Sozialtherapie S. 127 ff, 136 ff; *a. A.* und uferlos *Schumacher* NJW 1980 S. 1880 ff, 1883 f. — *Jäger* Zurechnung S. 45 zeigt, daß die Befunde, die bislang durch die Erforschung der Gruppendynamik ermittelt wurden, auch bei einem psychologisierend verstandenen Fähigkeitsbegriff keine Entschuldigung tragen. — Grundlegend zur Gruppenbindung bei Delinquenz (am Beispiel der Gruppennotzucht) *Rasch* in: Zur Strafrechtsreform S. 65 ff, 93 ff; siehe auch *Cabanis* StV 1982 S. 315 ff.

45 *Stratenwerth* AT Rdn. 542; *Lenckner* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 3 ff, 117; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 20 Rdn. 15; *AK-Schild* §§ 20, 21 Rdn. 151; *Schreiber* in: Begutachtung S. 3 ff, 21; *Schroth* Arthur Kaufmann-Festschrift S. 109 ff, 116; siehe auch BGH 7 S. 326 ff, 327 f; für das österreichische Recht *Moos* ZStW 89 S. 796 ff, 808 ff. — Für eine Berücksichtigung der Zuständigkeit des Täters für die auslösenden Faktoren BGH 3 S. 196 ff, 199 (offengelassen in BGH 8 S. 113 ff, 125; 11 S. 20 ff, 25); *Krümpelmann* Affekt S. 201 ff, 204 ff, 235 ff; *ders.* ZStW 99 S. 191 ff, 201 ff, 216 ff, 221 („der einzig realistische Ausweg"); siehe schon *ders.* ZStW 88 S. 6 ff, 13, 34; *ders.* Welzel-Festschrift S. 327 ff, 340 f; *Krümpelmann* erkennt zutreffend, daß das Problem des Affekts nicht bei der Bestimmung „höchstgradiger Affektstürme" liegt, sondern bei der Frage, wer für die Affektgenese zuständig ist (ZStW 99 S. 226); *Geilen* Maurach-Festschrift S. 173 ff, 192 ff; *LK-Lange* §§ 20 f Rdn. 28; *ders.* Bockelmann-Festschrift S. 261 ff, 275; *Roxin* Bockelmann-Festschrift S. 279 ff, 293 f; *Bernsmann* NStZ 1989 S. 160 ff (für Fälle der Obliegenheitsverletzung des Opfers); *SK-Rudolphi* § 20 Rdn. 11 ff; *Rudolphi* Henkel-Festschrift S. 199 ff, 201 f (*Rudolphi* reduziert die Zuständigkeit freilich auf eine Aufwertung einer fahrlässigen actio libera in causa zu einer vorsätzlichen Tat). Die Zuständigkeit wird üblicherweise stark mit der Vermeidbarkeit des Affekts gleichgesetzt; teils wird sogar das von *Hallermann* (Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin Bd. 53, 1962/63, S. 219 ff, 226 f) und insbesondere *Rasch* (Tötung des Intimpartners S. 54 ff, 67; *ders.* NJW 1980 S. 1309 ff, 1314) herausgearbeitete Stadium der Tatbereitschaft als Zeitpunkt der Vermeidbarkeit genannt (*Krümpelmann* Welzel-Festschrift S. 327 ff, 340, jedoch eher de lege ferenda). *Behrendt* Affekt S. 77 ff, 101 ff will deshalb — freilich nach Wendung der Tat in eine Unterlassungstat — die Regeln der actio libera in causa anwenden; *Behrendt* überschätzt wohl den Bereich *vorsätzlichen* Vorverschuldens. Nach der hiesigen Lösung kommt es hingegen — weniger psychologisierend — darauf an, ob die Vermeidung der Bedingungen des Affekts Sache des Täters ist.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

verengten Bild der entschuldigenden Affektlage, das nur den vollen Verlust der Subjektivität, also die Zurechnungsunfähigkeit, erfaßt. Die hiesige Lösung bringt *zudem* eine Entschuldigung beim Vorliegen externer oder interner konstellativer Faktoren, für die der Täter nicht zuständig ist. Deshalb steht der hiesigen Lösung auch die Formulierung des Gesetzes, das auf die psychische Lage im Tatzeitpunkt abstellt, nicht entgegen: Es geht im Bereich der (Un-)Zumutbarkeit nur um Fälle, in denen die Zurechnungsfähigkeit noch besteht, aber je nach dem anzulegenden Maßstab die Motivationsbelastungen entschuldigend wirken. Der Maßstab ist aber von der psychischen Lage unabhängig und in § 20 StGB überhaupt ungeregelt geblieben.

3. Die schwere seelische Abartigkeit

a) Bei der Abartigkeit[46] geht es um Belastungen der Normbefolgung durch Störungen des Gefühlslebens und des Antriebserlebens (weniger des Intellekts), die den Täter nicht wie beim Schwachsinn als zurückgeblieben, sondern als andersartig erscheinen lassen, mögen auch im Einzelfall die Belastungen dem Täter nur noch eine reduzierte Existenz ermöglichen. Die gesetzliche Bezeichnung der Befunde als gegenüber dem Schwachsinn andere Abartigkeit ist verfehlt, da sie dem teils höchst dynamischen Verlauf einzelner Abartigkeiten nicht gerecht werden[47]. Versuche, die Abartigkeit durch Untergliederung zu einem Begriff von der Randschärfe der krankhaften seelischen Störung und dadurch im Rahmen des § 20 StGB handhabbar zu machen, sind bislang wenig erfolgreich. — Die Tat selbst kann Indiz für die Abartigkeit sein[47a], aber eine nicht per se abartige Tat schließt Abartigkeit — oder einen anderen Befund — nicht aus[47b]. **19**

b) Es werden folgende Typisierungen genannt: **20**

aa) Bei *Psychopathien* soll es sich um Persönlichkeitsvariationen in negativer Richtung handeln, bei denen der Betroffene unter der Abnormität leidet oder die Gesellschaft am Betroffenen[48]. Welchen Anteil am Zustandekommen des Defekts die ererbte Anlage hat und welchen die Sozialisationsbedingungen haben, ist streitig[49]. Als Ausprägung der Variation werden genannt: Gemütsarmut, Willensschwäche, Geltungsbedürfnis, Explosivität und Stimmungslabilität u. a. m.[50]. Die Quantität der Variation kann sehr unterschiedlich sein. Vertreter der forensischen Psychiatrie halten in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung[51] eine so starke Verformung, daß volle Exkulpation angebracht wäre, für eine seltene Ausnahme[52]. Eine solche Strenge ist beim

46 Der Begriff fehlte in § 51 StGB a. F. und wurde durch ausdehnende Interpretation des Krankheitsbegriffs ersetzt; siehe *Schmitt* ZStW 92 S. 346 ff; — Krankheitswertigkeit oder Krankheitsartigkeit wird vom Gesetz nicht zur Exkulpation gefordert; BGH StV 1989 S. 104 f; NStZ 1989 S. 430. — Zu den Typisierungsversuchen siehe *Saß* Nervenarzt 1986 S. 193 ff; zur Quantifizierung siehe *Foerster* NStZ 1988 S. 444 ff. — Zu § 21 siehe unten 18/Fn. 94.

47 Das „andere" der Abartigkeit bezieht sich nach der Entstehungsgeschichte nur auf den Schwachsinn; Abartigkeit soll nicht Oberbegriff aller in § 20 StGB genannten Befunde sein; siehe E 1962 Begründung S. 141. — Berechtigte Kritik an der Begriffswahl des Gesetzes bei *Rasch* NStZ 1982 S. 177 ff, 178 f; *J.-E. Meyer* ZStW 88, S. 46 ff, 52 f; der Begriff der abnormen Persönlichkeit wäre vorzugswürdig; siehe *Schewe* in: *Schwerd* S. 202 ff, 246.

47a BGH StV 1988 S. 384 f.

47b BGH StV 1990 S. 302 und 303.

48 *K. Schneider* Die psychopathischen Persönlichkeiten S. 3; *ders.* Klinische Psychopathologie S. 17 ff. — Zum Streit um die forensische Brauchbarkeit des Psychopathiebegriffs siehe die Nachweise bei *Lange* Leferenz-Festschrift S. 25 ff, 28 ff.

49 *Witter* Handbuch Psychiatrie Bd. II S. 966 ff, 988.

50 *Witter* Handbuch Psychiatrie Bd. II S. 966 ff, 992; *Göppinger* Kriminologie Abschnitt III 2. 12433. — Zum „Querulanten" siehe OLG Düsseldorf GA 1983 S. 473 f; *Ehrhardt* Göppinger-Festschrift S. 409 ff.

51 BGH bei *Holtz* MDR 1979 S. 105; OLG Hamm NJW 1977 S. 1498 f.

52 *Langelüddeke-Bresser* Gerichtliche Psychiatrie S. 215 f; *Witter* Handbuch Psychiatrie Bd. II S. 966 ff, 995; *ders.* NJW 1959 S. 1573 f, 1574;

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Vorliegen gewichtiger interner konstellativer Faktoren (Alkohol, Medikamente, Schlaflosigkeit[53]) oder bei Faktoren externer Art (etwa Provokation des stimmungslabilen Täters durch das Tatopfer) nicht angebracht, soweit der Täter für diese Faktoren nicht zuständig ist. Die Ausführungen zur Bewußtseinsstörung gelten insoweit entsprechend (oben 18/17 f). Die „Zurückhaltung" der psychiatrischen Sachverständigen dürfte damit zusammenhängen, daß in der Psychiatrie Konzepte zur Behandlung (voll oder partiell) exkulpierter Psychopathen fehlen[54].

Versuche der Rechtsprechung, zwischen der exkulpierbaren Variation einerseits und der nicht exkulpierbaren Willensschwäche andererseits zu differenzieren[55], sind aus doppeltem Grund verfehlt: Sie übergehen die Dynamik der Antriebsseite bei der Tat und berücksichtigen nicht, daß eine konstitutionelle Willensschwäche ihrerseits eine psychopathische Belastung sein kann[56].

21 bb) Bei *Neurosen* geht es um „abnorme Erlebnisreaktionen oder Störungen der Erlebnisverarbeitung"[57]. Der Begriff täuscht eine „Einheit vor, die weder forensisch noch auch nur strukturell besteht"[58]. Der Grund dafür dürfte sein, daß die zuständigen Wissenschaften bei der Formulierung des Neurosebegriffs eine strafrechtliche Funktion des Begriffs nicht berücksichtigen. Bei dieser Lage ist die Klassifizierung strafrechtlich nichtssagend; es kann nur auf die Drastik des psychischen Befunds, also auf Ausprägung und Maß ankommen.

22 cc) *Triebstörungen* sind schon zu § 51 StGB a. F. — als Krankheiten im juristischen Sinn — exkulpierend berücksichtigt worden[59], wobei freilich nur die vom Trieb überwältigte, nicht aber die vor dem Trieb willensschwache Person entschuldigt sein soll; diese Differenz ist praktisch nicht demonstrierbar[60]. Die Rechtsprechung unterscheidet beim Sexualtrieb eine normale und eine naturwidrige Ausrichtung und stellt beim normal ausgerichteten Trieb auf dessen Unwiderstehlichkeit ab, beim naturwidrig ausgerichteten darauf, ob er infolge der „Naturwidrigkeit den Täter in seiner gesamten inneren Grundhaltung und damit im Wesen seiner Persönlichkeit so verändert, daß . . . (der Täter) zur Bekämpfung des Triebs nicht die erforderlichen Hemmungen aufbringt, selbst wenn der naturwidrige Trieb nur von durchschnittlicher Stärke ist"[61]. Diese Unterscheidung kann nur insoweit überzeugen, als die Möglichkeit zu einem sozial angepaßten Umgang mit einem durchschnittlich ausgerichteten Trieb in der Regel eher gegeben ist als bei Perversionen (Fehlhaltungen). Im Einzelfall mag dies aber auch anders sein und etwa ein durchschnittlich ausgerichteter Trieb durchschnitt-

---

Kolle NJW 1960 S. 2223 ff, 2224; von psychologischer Seite *Wegener* Einführung S. 101 f.

53 Dazu *Witter* Handbuch Psychiatrie Bd. II S. 966 ff, 995.

54 Siehe *Rasch* NStZ 1982 S. 177 ff, 183.

55 BGH 14 S. 31 ff, 32 f; 23 S. 176 ff, 182 ff, 190 f. — Nach BGH NJW 1966 S. 1871 sollen „Charaktermängel" nicht entschuldigen. Die beiden zuerst genannten Urteile betreffen Fälle von Triebabweichungen; der Sache nach geht es um einen ungeschickt formulierten Versuch, die Exkulpation auf im Prinzip behandelbare Fallgruppen zu beschränken; siehe *Jakobs* Schuld und Prävention S. 11. — Eingehend zum zuletzt genannten Urteil *Burkhardt* in: Vom Nutzen und Nachteil Bd. I S. 87 ff.

56 *Haddenbrock* ZStW 75 S. 460 ff, 472; *Schreiber* in: Begutachtung S. 3 ff, 25; *LK-Lange* §§ 20 f Rdn. 40.

57 E 1962 Begründung zu § 25 S. 141.

58 *LK-Lange* §§ 20 f Rdn. 44; *Schewe* in: *Schwerd* S. 202 ff, 247; *Wegener* Einführung S. 103; *Langelüddeke-Bresser* Gerichtliche Psychiatrie S. 199; *Göppinger* Kriminologie Abschnitt III 2. 124423; *Venzlaff* in: Begutachtung S. 327 ff, 331 ff; *Schreiber* in: Begutachtung S. 3 ff, 26; — gegen die Brauchbarkeit des Begriffs der Monomanie, insbesondere der Kleptomanie, zutreffend *Glatzel* StV 1982 S. 40 ff.

59 BGH 14 S. 31 ff; 19 S. 201 ff, 204; 23 S. 176 ff, 182 ff, 189 ff; 28 S. 357 ff.

60 *Witter* Handbuch Psychiatrie Bd. II S. 966 ff, 1073, 1075.

61 BGH 14 S. 31 ff, 32; wörtlich übernommen in BGH 23 S. 176 ff, 182 ff, 190; BGH NJW 1982 S. 2009; BGH JR 1990 S. 119.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

licher Stärke mangels Möglichkeit seiner Befriedigung den Täter im Wesen seiner Persönlichkeit verändern etc., oder es mag etwa eine homosexuelle Ausrichtung sozial unauffällig ausgelebt werden[62]. Im Ergebnis dürften einzig die Ausprägung und das Maß des psychischen Bilds verläßlich sein, nicht aber die Richtung des Triebs[63].

23 dd) „Das Gebiet von *Mißbrauch und Sucht* steht zwischen den psychopathischen Persönlichkeiten einerseits und den abnormen seelischen Entwicklungen andererseits, und es gibt schließlich auf diesem Gebiet noch eine spezielle Brücke, die zu den psychischen Krankheiten hinführt. Die Besonderheit der Suchtleiden gegenüber den sonstigen psychopathisch-neurotisch bedingten Zuständen besteht nämlich darin, daß zu den abnormen psychischen Bereitschaften und Reaktionen ein körperliches Gift tritt, welches seinerseits zu körperlich begründbaren Psychosen und hirnorganisch bedingten Persönlichkeitsveränderungen führen kann"[64]. Soweit die Süchtigkeit nicht als krankhafte seelische Störung die Zurechnungsfähigkeit aufhebt, hängt die Entschuldigung wegen Unzumutbarkeit davon ab, ob der Süchtige für die Genese seiner Sucht auf Umstände verweisen kann, für die er nicht zuständig ist. Für die Entschuldigung von Personen, die im Kindesalter oder als Jugendliche zur Sucht verführt oder gar gezwungen wurden, dürfte diese Möglichkeit eines Verweises auf (hier) externe konstellative Faktoren bedeutsam sein[65].

ee) Von diesem Suchtbegriff zu unterscheiden ist die (sexuelle) *Süchtigkeit* nach *v. Gebsattel* und *Giese*[66], die von der Rechtsprechung zur Bestimmung der Krankhaftigkeit (nach altem Recht; heute: der Abartigkeit) herangezogen worden ist[67]. Diese Süchtigkeit wird primär durch psychologische Phänomene bestimmt (phantastische Begleitvorstellungen werden zur Satisfaktion erforderlich; die Frequenz des Befriedigungsbedürfnisses steigt bei zunehmender Oberflächlichkeit der außersexuellen Beziehungen) und sekundär durch somatische Phänomene (vegetative Störungen).

Bislang ist nicht gesichert, ob der Begriff dieser Süchtigkeit so beschränkt werden kann, daß nicht bei seiner Verwendung im Strafrecht ubiquitäre (und deshalb zu verantwortende) Haltungen als „süchtig" zu exkulpieren wären[68]. — Entsprechendes gilt für Spielsucht[68a].

---

62 Streitig; siehe *LK-Lange* §§ 20 f Rdn. 47 mit Nachweisen aus der psychowissenschaftlichen Fachliteratur.

63 Eher an der Krankheitsähnlichkeit orientiert *LK-Lange* §§ 20 f Rdn. 48; *Witter* Lange-Festschrift S. 723 ff, 733; *Schewe* in: *Schwerd* S. 202 ff, 247. — Ein Beispiel für spekulative Beurteilungen bei *Rauch* Kurt Schneider-Festschrift S. 304 ff, 312 ff. — Zur Zuständigkeit des psychiatrischen Sachverständigen siehe die Kontroverse zwischen einerseits *Täschner* MonSchrKrim. 1980 S. 108 ff und andererseits *Sigusch* MonSchrKrim. 1981 S. 229 ff; *Schorsch* und *Pfäfflin* MonSchrKrim. 1981 S. 234 ff, jeweils mit Nachweisen.

64 *Witter* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 429 ff, 500 (Hervorhebungen nicht original); *ders.* Grundriß S. 128 f.

65 Zur Entschuldigung siehe BGH JR 1987 S. 206 (Gewöhnung durch langjährigen Haschischkonsum nicht per se schuldmindernd) mit Nachweisen der vorangehenden Rechtsprechung und Anmerkung *Blau* aaO S. 206 ff; eher eine Schuldminderung bejahend BGH StV 1988 S. 198; zu beiden Urteilen *Kamischke* StV 1988 S. 199 f; BGH NJW 1989 S. 2336 f; — *Ehrhardt* in: *Ponsold* S. 116 ff, 127; *Schewe* in: *Schwerd* S. 202 ff, 233 ff; *Schreiber* in: Begutachtung S. 3 ff, 27.

66 *Giese* Psychopathologie der Sexualität S. 454 ff; *ders.* Sexualität des Menschen S. 928 ff; *v. Gebsattel* MonSchrPsychiatrNeurol. 82 (1932) S. 8 ff, 113 ff; *Schorsch* in: Begutachtung S. 279 ff, 309 f; siehe auch *Mergen* Sarstedt-Festschrift S. 189 ff; *Rasch* Psychiatrie S. 228; kritisch dagegen *Witter* Handbuch Psychiatrie Bd. II S. 966 ff, 1070 ff.

67 BGH 23 S. 176 ff, 182 ff.

68 Siehe aber *Krümpelmann* ZStW 88 S. 6 ff, 32. — Siehe auch den — für alle „nicht-stoffgebundenen Abhängigkeiten" gedachten — Symptomkatalog bei *Schumacher* Sarstedt-Festschrift S. 361 ff, 365 f: (1) Ähnlichkeit mit dem neurotischen Symptom, (2) Wiederholungszwang, (3) Progredienz, (4) Entdifferenzierung der Persönlichkeit, (5) psychische oder physische Entzugserscheinungen.

68a Siehe BGH NStZ 1989 S. 113 mit zustimmender Anmerkung aus psychiatrischer Sicht von *Kröber* JR 1989 S. 380 ff; siehe schon *ders.* Nervenarzt

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

E. Die normative Konsequenz (die Einsichts- und Befolgungsfähigkeit)

24 1. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist Schuld ausgeschlossen, wenn als Folge des Befunds die Fähigkeit des Täters fehlt, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Die Scheidung von Einsichtsunfähigkeit und Befolgungsunfähigkeit mag in Einzelfällen undurchführbar sein[69].

Was die Einsichtsfähigkeit angeht, so wird von einer verbreiteten, die Schuldlosigkeit psychologisierend deutenden Lehre die Regelung als ein Sonderfall derjenigen des Verbotsirrtums in § 17 StGB angesehen[70]. Dieser Versuch einer Vereinheitlichung der gesetzlichen Regelungen bringt wenig Gewinn. Beim Verbotsirrtum im Kernbereich der zentralen Normen ist auch bei § 17 StGB ein „Befund" indiziert, scil. ein erhebliches Sozialisationsdefizit des Täters (unten 19/7). Deshalb ist die Schuldlosigkeit nach § 17 StGB bei dieser Irrtumsart gleich begründet wie diejenige nach § 20 StGB: Dem Täter fehlt wegen seiner andersartigen Motivation die Kompetenz, Normgeltung zu desavouieren. Entsprechendes gilt für die Schuldminderung: Wie zu § 21 StGB beruht sie auf der Möglichkeit, den Konflikt partiell durch den Befund zu erklären und dadurch den Täter, der den Befund nicht zu verantworten hat, vom Konflikt zu distanzieren. — In dem für § 17 StGB praktisch wichtigeren Fall eines Irrtums, der in Unkenntnis einer Norm aus dem Randbereich besteht, fehlt freilich ein vom Irrtum selbst ablösbarer Befund. Die Schuldlosigkeit oder die verminderte Schuld beruhen dann auch nicht auf der mangelnden Kompetenz des Täters oder auf seiner Belastung durch den Befund, sondern darauf, daß der Täter den Geltungsgrund der betroffenen Norm nicht oder nicht voll desavouiert (unten 19/11). Spätestens bei den Maßregeln muß die übliche psychologisierende Vereinheitlichung der Gründe für Schuldlosigkeit einer Differenzierung weichen: Nur bei den Befunden nach den §§ 20 f StGB sind Maßregeln zulässig (siehe §§ 63, 64, 65 Abs. 3, 69 Abs. 1 StGB); eine Erweiterung auf diejenigen Fälle des § 17 StGB, in denen ein Sozialisationsdefizit Grund der (partiellen) Schuldlosigkeit ist, wäre diskutabel, nicht aber eine Erweiterung auf die Fälle des Verbotsirrtums ohne Befund.

25 2 a) Unter Fähigkeit ist nicht eine Eigenschaft zu verstehen, die der jeweilige Täter hat oder nicht hat und die — gar mit Hilfe der Psychiatrie oder Psychologie — festgestellt werden könnte. Die Fähigkeit ist vielmehr, wie die Schuld selbst, eine Zuschreibung, findet also normativ gesteuert statt[71]. Dem Täter wird die Fähigkeit zugeschrieben, wenn der Verweis auf den Befund — gegebenenfalls in Verbindung mit der Möglichkeit, Maßregeln der Besserung und Sicherung zu verhängen — nicht hinreicht, den Konflikt zu erledigen. Das wiederum ist der Fall, wenn der Befund wegen seines ubiquitären Vorkommens oder seiner Ähnlichkeit mit ubiquitären Befunden den Täter nicht von jedermann unterscheidet (oben 18/5). — In den Fällen der (Un-)Zu-

---

1985 S. 593 ff; *ders.* Forensia 1987 S. 113 ff; *Meyer* MonSchrKrim. 1988 S. 213 ff, 225.

69 *Schwarz* und *Wille* NJW 1971 S. 1061 ff, 1064; für prinzipiell undurchführbar hält sie *AK-Schild* §§ 20, 21 Rdn. 88.

70 *H. Mayer* AT § 34 III vor 1; *Dreher* GA 1957 S. 97 ff; *Schröder* GA 1957 S. 297 ff; *Blei* JA 1970 S. 205 f, 599 f, 665 ff, 666 f; *Armin Kaufmann* Eb. Schmidt-Festschrift S. 319 ff, 323 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 20 Rdn. 4, § 21 Rdn. 6; *Lenckner* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 3 ff, 64, 107 f; siehe auch *Otto* ZStW 87 S. 539 ff, 595; aus der Rechtsprechung siehe BGH MDR 1968 S. 854 f; BGH GA 1968 S. 279 f; BGH bei *Holtz* MDR 1978 S. 984; *a. A. Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 166 ff; *SK-Rudolphi* § 17 Rdn. 15 f, 29; wie hier *Schreiber* in: Begutachtung S. 3 ff, 28.

71 Nach einem bekannten Wort eines Psychiaters soll das Strafrecht voraussetzen, „daß es Schuld gibt, daß sie feststellbar und — in gewissen Grenzen — meßbar ist" (*Ehrhardt* und *Villinger* Psychologie der Gegenwart[1] Bd. III S. 181 ff, 206). Genau diese Sicht ist verkehrt: Das Strafrecht nimmt keine vor ihm „gegebene" Schuld, sondern konstruiert sie selbst. — Wie hier *Rasch* Psychiatrie S. 59 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

mutbarkeit geschieht die normative Bestimmung durch den Maßstab offen, ohne Vermittlung durch den Fähigkeitsbegriff o. ä.

Die Frage nach der Fähigkeit ist demnach nicht zu formulieren: Konnte sich der Täter anders verhalten oder nicht? Sie muß vielmehr lauten: Ist der Täter dafür zuständig, daß er sich so und nicht anders verhalten hat[72]? Die Antwort richtet sich erstens nach der Stärke des Befunds; je massiver der Befund ist, um so stärker trennt er den Täter von jedermann. Die Antwort hängt zweitens von der Art des Befunds ab; je weniger die Zuständigkeit des Täters für einen Befund der Art überhaupt diskutabel ist, um so eher wird Schuld nicht zugeschrieben. So mag beispielsweise angeborener Schwachsinn schon auf einem Niveau die Zurechnungsfähigkeit ausschließen, das als Folge einer Berauschung noch Zurechnungsfähigkeit beläßt (und bei — regelmäßig gegebener — Zuständigkeit für die Berauschung auch nicht zur Unzumutbarkeit führt). Drittens hängt die Antwort auch von der Klarheit des Begriffs für den Befund ab; randscharfe Begriffe können auch noch Kleinigkeiten randscharf trennen und deshalb die Differenz zwischen dem Täter und jedermann klein werden lassen. Auch darauf beruht der konventionell nahezu restlos erfolgende Schuldausschluß bei einigen genau bestimmbaren Psychosen mit gesicherter Verlaufsprognose, ohne Rücksicht auf das jeweilige Stadium der Erkrankung[73].

b) Die Zuschreibung der Fähigkeit kann relativ dazu erfolgen, welcher Leistungsbe- **26**
reich des Menschen betroffen ist (partielle Schuldfähigkeit)[74]. So mag die Begehung eines situativ einfach gestalteten und allgemein bekannten Delikts (Körperverletzung) durch leichten Schwachsinn nicht erklärt werden können, wohl aber durch affektive Erregung, während umgekehrt die motivatorische Genese einer Kettenhehlerei durch den mangelhaften Überblick bei Schwachsinn erklärt werden kann, aber kaum je durch affektive Erregung.

c) Da die Fähigkeit eine Konsequenz des Gewichts, der Art und der begrifflichen **27**
Begrenzung des Befunds ist (bei Unzumutbarkeit zudem der Zuständigkeit für den Defektgrund), muß sich ein Sachverständiger bei der Begutachtung der Schuldfähigkeit auch nur zum Befund und zu dessen Eigenschaften äußern. Das verbreitete — introspektiv-psychologisierend gewonnene — Mißverständnis der Fähigkeit als psychische Befindlichkeit, bei der innerhalb einer Streubreite des Verhaltens Alternativen vom Täter gewählt werden können, hat zu einer heftigen Kontroverse geführt. Die Möglichkeit einer wissenschaftlichen oder gar empirisch abgesicherten Aussage über die Voraussetzungen[75] der Wahlfreiheit wird von der agnostischen Position[76] geleugnet, wäh-

---

72 *Sarstedt* Justiz 1962 S. 110 ff, 115; ähnlich *Streng* Leferenz-Festschrift S. 397 ff, 408 f. — *A. A. Albrecht* GA 1983 S. 193 ff, 215: Jedenfalls bei Bewußtseinsstörungen und bei Abartigkeiten sei es möglich, „die Voraussetzung von Entscheidungs- und Motivationsspielräumen wissenschaftlich hinreichend abzuklären"; *Schreiber* in: Begutachtung S. 3 ff, 29 f.

73 *LK-Lange* §§ 20 f Rdn. 51 f, 65 mit Nachweisen.

74 BGH 14 S. 114 ff, 116; *Lenckner* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 3 ff, 107. — Die Möglichkeit einer partiellen Schuldfähigkeit bei Psychosen ist nicht gesichert, siehe *Lenckner* aaO; zu pauschal *LK-Lange* §§ 20 f Rdn. 50.

75 Daß es um die Voraussetzungen geht und daß der Gutachter nicht selbst unter den Rechtsbegriff der Fähigkeit zu subsumieren hat, sollte unstreitig sein; BGH 8 S. 113 ff, 118 f.

76 *K. Schneider* Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit S. 19 f; *de Boor* Motivisch unklare Delikte S. 184 ff; *ders.* Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen S. 282 ff; eingehend mit reichhaltigen Literaturangaben *Haddenbrock* Handbuch Psychiatrie Bd. II S. 863 ff; *ders.* NJW 1967 S. 285 ff; *ders.* JZ 1969 S. 121 ff; *ders.* Nervenarzt 32 (1961) S. 145 ff; *ders.* MonSchrKrim. 1968 S. 145 ff; *ders.* ZStW 75 S. 460 ff; *Leferenz* ZStW 88 S. 40 ff; *Witter* Grundriß S. 140 ff; *ders.* Lange-Festschrift S. 723 ff, 729; *ders.* Leferenz-Festschrift S. 441 ff, 452 f; *ders.* MonSchrKrim. 1983 S. 253 ff, 255 ff; *Langelüddeke-Bresser* Gerichtliche Psychiatrie S. 268 ff; *Göppinger* Kriminologie Abschnitt III 2.128; mit Einschränkungen *Janzarik* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 588 f, 645 ff; vermittelnd *Rasch* StV 1984 S. 264 ff, 267.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

rend die sogenannte gnostische Position[77] Aussagen dieser Art für möglich hält. Die Kontroverse ist das psychiatrisch-psychologische Seitenstück zum strafrechtlichen Streit um die Willensfreiheit (oben 17/23). Dem hier entwickelten Schuldbegriff entspricht allein die agnostische Position. Soweit freilich die Aussagen zur Fähigkeit nach der gnostischen Position nur Angaben darüber sind, in welcher Streubreite erfahrungsgemäß bei dem betreffenden Befund Verhaltensalternativen beobachtet werden[78], geht es der Sache nach um eine statistisch ermittelte Gewichtigkeit des Befunds[78a], und der Gegensatz der Positionen bleibt für das Fähigkeitsproblem terminologisch; der Gegensatz ist dann nur noch eine Verlängerung des Streits darüber, welche Determinanten außer den Psychosen Befunde im Sinn von § 20 StGB sind.

III. Die sogenannte verminderte Schuldfähigkeit (die partielle Unzumutbarkeit) nach § 21 StGB

28 A. Bei der sogenannten verminderten Schuldfähigkeit[78b] ist stets noch ein Subjekt vorhanden, das zur Vermeidung des Delikts fähig ist, d. h. es ist durch die betreffende Norm bei genügendem Nachdruck ansprechbar. Im gesamten Bereich des § 21 StGB geht es also um die Abgrenzung von Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit, nicht aber um diejenige von Zurechnungsfähigkeit und Zurechnungsunfähigkeit[78c].

Zu den Befunden verweist die Vorschrift auf § 20 StGB. Es gibt deshalb weder Befunde, die von Gesetzes wegen stets Schuld voll ausschließen, noch solche, die von Gesetzes wegen höchstens Schuld teilweise mindern[78d]. Selbst der Prototyp aller Befunde, die Psychose, mag im Einzelfall, etwa bei leichteren Intoxikationen oder bei arteriosklerotischen Veränderungen, nicht zu voller Exkulpation führen.

29 B. Die Regelung der Strafmilderung beläßt mehrere Probleme:

1. Voraussetzung der Milderung ist eine erhebliche Beeinträchtigung der Fähigkeit zur Unrechtseinsicht oder zum Handeln gemäß der Einsicht. Wie schon zu § 20 StGB so geht es auch zu § 21 StGB bei der Fähigkeit[78e] nicht um einen feststellbaren psychischen Befund, sondern um eine Zuschreibung[78f]. Diese richtet sich wiederum nach der Stärke des Befunds, seiner Art und der Randschärfe der Diagnose (oben 18/25).

---

77 *v. Baeyer* Nervenarzt 28 (1957) S. 337 ff; *ders.* Nervenarzt 32 (1961) S. 225 ff; *Ehrhardt* und *Villinger* Psychiatrie der Gegenwart[1] Bd. III S. 181, 206 ff; *Ehrhardt* in: *Frey* (Hrsg.) Schuld S. 227 ff, 255 f; *ders.* MonSchrKrim. 1967 S. 233 ff; *Foerster* NJW 1983 S. 2049 ff, 2052 f; *Thomae* und *Schmidt* Handbuch Psychologie Bd. XI S. 326 ff; *Undeutsch* in: *Ponsold*[2] S. 130 ff; *Venzlaff* Psychiatrie der Gegenwart[2] Bd. III S. 883 ff, 901 ff, 905; *Wegener* Einführung S. 106 f.

78 So etwa *Wegener, Ehrhardt, Venzlaff,* alle aaO; wohl auch *Albrecht* GA 1983 S. 193 ff, 215 f.

78a So *Schewe* in: Handlungsanalyse S. 1 ff, 19: Man könne „nur auf das Ausmaß der Abweichung vom ‚Durchschnittlich-Normalen' einerseits und der Annäherung an das eindeutig Pathologische andererseits abstellen".

78b Zur Geschichte eingehend *Rautenberg* Schuldfähigkeit S. 2 bis 179 mit umfassenden Nachweisen; *AK-Schild* §§ 20, 21 Rdn. 12 ff.

78c *Jakobs* in: Handlungsanalyse S. 21 ff, 29 f.

78d *Schreiber* in: Begutachtung S. 3 ff, 34. — Anders — die schwere seelische Abartigkeit soll allenfalls verminderte Schuldfähigkeit bewirken — § 25 E 1962; dagegen mit Nachweisen *H. Kaufmann* JZ 1967 S. 139 ff.

78e Belastungen der Einsichtsfähigkeit sollen nach BGH NStZ 1985 S. 357 f ceteris paribus nicht schwerer wiegen als solche der Befolgungsfähigkeit; — da freilich die Vergleichslage nicht nur von dem Belastungsmaß, sondern auch von der sozialen Erträglichkeit der Dekulpation abhängt, besagt eine solche Regel wenig.

78f Bei psychologisierender Deutung ergeben sich folgende sonderbaren Konsequenzen: (1) Wenn die Einsicht fehlt und das Fehlen dem Täter nicht anzulasten ist, so soll „— auch bei an sich nur verminderter Einsichtsfähigkeit — nicht § 21 StGB, sondern § 20 StGB anwendbar" sein (BGH NStZ 1985 S. 309; BGH NStZ 1990 S. 333 f). Das ist nur im Ergebnis richtig: Ist der Täter für den Mangel an Normtreue aufgrund eines der in den §§ 20, 21 StGB genannten Befunde unzuständig, so *ist* dies die *Un*fähigkeit gemäß § 20 StGB und nicht etwa nur eine (warum?) den Regeln des § 20 StGB folgende verminderte Fähigkeit. (2) Hat der Täter trotz seiner Belastung zur Einsicht

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Erheblichkeit ist gegeben, wenn die Tätermotivation derjenigen eines voll schuldunfähigen Menschen mindestens so ähnlich ist wie derjenigen eines voll schuldfähigen.

30 2. Die Zumutbarkeit ist — anders als die Zurechnungsfähigkeit — quantifizierbar[78g]; das Erhebliche der Beeinträchtigung reicht vom gerade schon Erheblichen bis zum nahezu schon Unzumutbaren, also bis an das Tor der Schuldunfähigkeit. Dem widerspricht es, wenn die eröffnete Milderung nach § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB erhöhte Mindeststrafen beläßt (außer in der letzten Gruppe). Beispiel: Daß ein Totschlag im Zustand erheblich verminderter Schuldfähigkeit bis hin zum Fall der vollen Entschuldigung mindestens mit 2 Jahren Freiheitsstrafe zu ahnden sein soll (§§ 212, 21, 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB) und dann bei voller Entschuldigung sprunghaft nicht mehr, ist keine sachgerechte Bewertung eines stufenlos quantifizierbaren Gegenstands. Deshalb ist entgegen dem Wortlaut für Fälle an der Grenze zur vollen Unzumutbarkeit auch eine Strafmilderung nach § 49 Abs. 2 StGB zuzulassen[79]. — Die Anwendung von § 49 Abs. 2 StGB erfolgt zusätzlich zu derjenigen von § 49 Abs. 1 StGB, da nur bei dieser Kumulierung die *Höchst*strafen sinken. — Die praktische Bedeutung dieser Lösung ist gering, da die Lage am Rand voll fehlender Schuld regelmäßig nicht grenzscharf bestimmbar sein dürfte, so daß nach dem Prinzip in dubio pro reo voller Schuldausschluß anzunehmen ist (siehe zum analogen Problem bei § 17 StGB unten 19/50).

31 3. Soweit — entgegen der hiesigen Ansicht (oben 18/24) — die Regelung der Schuldfähigkeit, was die Einsichtsfähigkeit angeht, als Sonderfall der Verbotsirrtumsregelung (§ 17 StGB) angesehen wird, entsteht das Problem, beide Vorschriften miteinander zu harmonisieren: § 21 StGB läßt die Milderung über § 49 Abs. 1 StGB erst bei einer erheblichen Beeinträchtigung zu; § 17 StGB kennt dem Wortlaut nach keine Bindung an eine Erheblichkeit. Nun würde es freilich wenig plausibel sein, bei nur unerheblich behinderter Verbotserkenntnis bereits den Verbotsirrtum durch den Übergang zum reduzierten Strafrahmen nach § 49 Abs. 1 StGB zu berücksichtigen. Die Erheblichkeit nach § 21 StGB ist also ein sowieso in § 17 Satz 2 StGB hineinzuinterpretierendes Merkmal[80], und die unerhebliche Beeinträchtigung ist, so sie die Schuld mindert, bei der Schuldfähigkeit[80a] wie beim Verbotsirrtum innerhalb des Regelstrafrahmens zu berücksichtigen.

Auch diese Harmonisierung darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß der Grund der Schuldminderung beim Hauptanwendungsbereich des vermeidbaren Ver-

---

gefunden, so ist zu unterscheiden: Beruht die Einsicht darauf, daß die Belastung durch glücklich konstellierte Bedingungen *außerhalb* der Zuständigkeit des Täters überwunden wurde, so besteht *unter den gegebenen Bedingungen* überhaupt keine Minderung der Fähigkeit (nur im Ergebnis ebenso BGH aaO mit Nachweisen und BGH 21 S. 27 ff). Beruht die Einsicht freilich auf einer besonderen Leistung des Täters, so hindert sie eine Schuldminderung nicht (anders die ganz überwiegende — psychologisierende — Ansicht); denn ein Täter, der leistet, wo Nicht-Leisten Nachsicht fände, kann nicht schlechter stehen als ein Täter, der nichts leistet. Siehe auch unten 19/30 zum Unrechtsbewußtsein. — Soweit es um eine prognostische Entscheidung geht, die den Täter *be*lastet (so im Fall von Maßregeln nach § 63 StGB, siehe BGH 21 S. 27 ff), kommt es darauf an, ob der Täter zukünftig wiederum besondere Leistungen in Gestalt einer Einsicht erbringen und zudem die rechtliche Konsequenz dieser Einsicht (scil. die Vermeidung des normwidrigen Verhaltens) ziehen wird; fehlt es daran, ist die Maßregel angebracht.

78g *Schreiber* in: Begutachtung S. 3 ff, 33. — Zur Ermittlung der Schweregrade *Schöch* MonSchrKrim. 1983 S. 333 ff.

79 Auch eine mehrfache Anwendung der Milderung nach § 49 Abs. 1 StGB bringt eine Lösung, die sogar den Vorteil hat, auch die Höchststrafen zu senken, aber den Nachteil, eine Pseudoexaktheit des Strafrahmens vorzugaukeln.

80 *A. A.* die überwiegende Lehre, die dem „täterfreundlichen" § 17 StGB den Vorrang einräumt; *Dreher* GA 1957 S. 97 ff, 99; *Lenckner* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 3 ff, 127; *Schröder* GA 1957 S. 297 ff, 304; *Schreiber* in: Begutachtung S. 3 ff, 35; *Stree* in: Einführung S. 34 ff, 44 ff, 52; *Maurach-Zipf* AT I § 36 Rdn. 74; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 21 Rdn. 7.

80a BGH NStZ 1984 S. 259.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

botsirrtums ein anderer ist als bei der verminderten Schuldfähigkeit und daß sich deshalb die Kriterien der Beschuldigung und Entschuldigung nicht voll decken[81].

32 4 a) Höchst umstritten ist die Bedeutung der nur fakultativen Milderung ; das nur Fakultative hat zur Folge, daß trotz erheblicher Beeinträchtigung eine nicht gemilderte Strafe, gegebenenfalls selbst lebenslange Freiheitsstrafe[82], verhängt werden kann. Ihrer Herkunft nach ist die Kannbestimmung[83] als Ausprägung des „Schutzgedankens" gegenüber dem „Schuldgedanken" gemeint[84]. Es wurde befürchtet, bei einer zwingenden Milderung könne in einigen Fällen (gedacht war an Psychopathen) nur noch eine spezialpräventiv nicht mehr genügende Strafe verhängt werden, ohne daß taugliche Maßregeln flankierend zur Verfügung gestanden hätten[85]. Diese spezialpräventive Orientierung wird heute abgelehnt[86], da eine Schärfung der Strafe aus spezialpräventiven Überlegungen über das Schuldangemessene hinaus ein Verstoß gegen das Schuldprinzip (oben 17/29 ff) sein soll.

Zeitweise ist — wiederum auf Psychopathen bezogen — argumentiert worden, die verminderte Schuldfähigkeit könne durch besondere Willensanstrengungen ausgleichbar sein und das Fehlen dieser Anstrengungen könne die Strafmilderung unangebracht erscheinen lassen[87]. Das ist nichts als der auf einen Zirkel gebrachte Gedanke der Zuständigkeit für den Befund; dieser Gedanke prägt die Kannmilderung, paßt aber gerade nicht auf Psychopathen. Auf ihre Person bezogen vertuscht das Argument mit der Rede von Schuld die Unwissenheit, wie diese Menschen sinnvoll behandelt werden könnten. — Das Argument, eine gegebenenfalls reduzierte Strafempfindlichkeit müsse ausgeglichen werden können[88], trägt selbst dann nicht, wenn über die Strafempfindlichkeit Gesichertes bekannt sein sollte; denn da es für weniger strafempfindliche Personen ansonsten keinen eigenen Strafrahmen gibt, wäre ein solcher gerade bei den Fällen des § 21 StGB Willkür. Die Strafempfindlichkeit ist — wenn überhaupt — allenfalls innerhalb eines Rahmens, der ohne Blick auf sie zu wählen ist, relevant[89].

33 b) Soweit die Kannmilderung nicht zur Mußmilderung uminterpretiert wird[90], gibt es zwei Versuche, das Fakultative der Milderung mit der Schuldabhängigkeit der Strafe zu harmonisieren[91].

---

81 Insoweit wie hier *LK-Lange* § 20 f Rdn. 79 f.

82 BVerfG NJW 1979 S. 207 f.

83 § 51 Abs. 2 StGB a. F. seit dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. 11. 1933 RGBl. I S. 995.

84 Siehe *Mezger* Kohlrausch-Festschrift S. 180 ff, 190 ff.

85 RG 71 S. 179 ff, 181; RG DR 1942 S. 329; ebenso aus psychiatrischer Sicht *Aschaffenburg* RG-Festgabe Bd. V S. 242 ff; überhaupt gegen die Schaffung einer verminderten Schuldfähigkeit, gerade wegen kriminalpolitischer Bedenken, aus psychiatrischer Sicht *Wilmanns* Die verminderte Zurechnungsfähigkeit S. 247 ff, 250 ff; weitere Nachweise bei *Bruns* Strafzumessungsrecht S. 517 f.

86 BGH 7 S. 28 ff, 30 f (dazu *Schneidewin* JZ 1955 S. 505; *Spendel* NJW 1956 S. 775 ff) BGH 20 S. 264 ff, 266 f, überwiegende Ansicht. — Eingehende Darstellung und Kritik der heute vertretenen Positionen (einschließlich der hiesigen) bei *Landgraf* Schuldfähigkeit S. 15 ff, 102 ff.

87 RG 71 S. 179 ff, 182; RG 74 S. 217 ff, 218.

88 *Welzel* Strafrecht § 34 I 3 a β; BGH bei *Dallinger* MDR 1953 S. 146 f.

89 *Lenckner* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 3 ff, 131; *Stratenwerth* AT Rdn. 546.

90 *H. Mayer* AT § 35 III 3; *ders.* Studienbuch § 25 II 2; *Stratenwerth* AT Rdn. 546; *Schmidhäuser* AT 20/34; *Baumann* AT § 25 III 1; *SK-Rudolphi* § 21 Rdn. 5; *Wolfslast* JA 1981 S. 464 ff, 470; *Landgraf* Schuldfähigkeit S. 140 ff; — mit Konzessionen an „Generalprävention" (bei Berauschung) *Rautenberg* Schuldfähigkeit S. 180 ff, 193, 201; zögernd *Lenckner* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 3 ff, 127 ff, 136; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 21 Rdn. 14 ff.

91 Außer der nachfolgend genannten Rechtsprechung *Bruns* Strafzumessungsrecht S. 511 ff; zusammenfassend *ders.* Leitfaden S. 174 ff; *Dreher-Tröndle* § 21 Rdn. 6; *Jescheck* AT § 40 IV 2; *LK-Lange* §§ 20 f Rdn. 75 ff; *Lackner* § 21 Anm. 3; *Welzel* Strafrecht § 34 I 3 a β; *Blei* AT § 104 II 2 c. — Unstreitig dürfen Zweifel am Vorliegen des psychischen Befunds nicht zur Versagung der Milderung führen; BGH StV 1984 S. 69.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

aa) Zum einen soll eine „Gesamtwürdigung" ergeben können, daß die an sich als indiziert verstandene Milderung wegen anderer schulderhöhender Faktoren ausgeglichen ist[92], wobei freilich Faktoren, die gerade Folge des Befunds sind, nicht als schulderhöhend definiert werden sollen[93]; Beispiel: Gerade die affektive Erregung im Sinn von § 21 StGB bedingt rücksichtsloses Vorgehen des Täters; — kein schulderhöhender Faktor. — Trotz der Einschränkung ist das Argument falsch und verwischt heterogene Zumessungsvorgänge[93a]: Ohne Befund, aber bei trotzdem gegebenen schulderhöhenden Faktoren müßte die Strafe dem Regelstrafrahmen entnommen werden; d. h. im Grundfall sind die schulderhöhenden Faktoren Strafzumessungsgründe, bestimmen aber nicht den Strafrahmen. Also besteht auch kein Anlaß, bei der Rahmenwahl nach § 21 StGB die schulderhöhenden Faktoren zu berücksichtigen; die Faktoren sind ganz parallel zum Grundfall wiederum als Strafzumessungsgründe innerhalb des gemilderten Rahmens zu berücksichtigen.

bb) Zum anderen, und nur dieser Gedanke trägt das Fakultative der Milderung, soll **34** die „Verschuldung" der Defektlage zu berücksichtigen sein[94]; genauer: Im Maß der Zuständigkeit des Täters für seinen Befund wird der Maßstab verschärft. Praktisch relevant ist das für affektive Erregung, Berauschung und Sucht[95]. Es geht hierbei nicht um actio libera in causa, sondern um die Unmöglichkeit, den Befund als Konfliktbedingung am Täter vorbei zu erklären (siehe oben zur Zumutbarkeit allgemein 17/69 ff und zur Zumutbarkeit im Rahmen von § 20 StGB 18/5, 14 ff). Beispiel: Wer sich „erheblich" berauscht und dann einen anderen vorsätzlich beleidigt oder vorsätzlich verletzt, haftet nicht nur für ein voll schuldhaftes Vorsatzdelikt, wenn er seine Taten beim Berauschen vorausgesehen hat oder voraussehen konnte, sondern auch wenn er nicht einmal den sozialen Kontakt, der zur Straftat führte, voraussehen konnte, sofern nur dieser Kontakt ihm nicht aufgezwungen wurde und der Täter die berauschende Wirkung zu kennen hatte.

c) In der Umkehrung bedeutet diese Lösung, daß bei fehlender Zuständigkeit die **35** Schuld erheblich gemindert ist und deshalb der Rahmen nach § 49 Abs. 1 StGB herab-

92 BVerfG NJW 1979 S. 207 f, 208; BGH 7 S. 29 ff, 30; BGH NJW 1981 S. 1221 mit weiteren Nachweisen der Rechtsprechung; BGH NStZ 1985 S. 357 f; OLG Köln NStZ 1982 S. 250 f.

93 BGH 16 S. 360 ff, 363 f; BGH NStZ 1989 S. 18.

93a *Schreiber* in: Begutachtung S. 3 ff, 37.

94 BGH bei *Dallinger* MDR 1972 S. 16 und S. 570; BGH MDR 1960 S. 938; BGH bei *Holtz* MDR 1984 S. 89 und 1987 S. 444 (Pflicht, sich bei drohendem Affekt nicht auch noch zu bewaffnen); BGH StV 1985 S. 102 f; BGH 34 S. 29 ff, 33 sowie BGH 35 S. 143 ff, 145 (bei Vorhersehbarkeit der Tat und vorwerfbarer Verletzung der Pflicht zur Selbstzügelung) mit Anmerkung *Blau* JR 1988 S. 514 ff, der die Regeln der actio libera in causa anwenden will (S. 516), und *Frisch* NStZ 1989 S. 263 ff; *ders.* ZStW 101 S. 538 ff, der für eine Vorsatztat wirkliche Voraussicht plus Pflichtwidrigkeit verlangt, was gleichfalls auf die Regeln der actio libera in causa hinausläuft (bloße Voraussehbarkeit einer Vorsatztat soll die Rahmenreduzierung nach § 21 StGB nicht hindern dürfen, wohl aber für die Strafzumessung aus dem gemilderten Rahmen relevant sein, ZStW 101 S. 571 ff, 574; gegen diesen Ansatz oben 17/Fn. 106a); BVerfG NJW 1979 S. 207 f, 208. — Nach hiesiger Ansicht kommt es nicht auf die Voraussehbarkeit, sondern auf die Zuständigkeit an. Beispiel: Wer beim Anblick seines Nebenbuhlers in einen Affekt gerät, hat weder schon dann mindere Schuld, wenn ihm seine Veranlagung bislang unbekannt war, noch, wenn sie ihm bekannt war, er aber ein Zusammentreffen mit dem Nebenbuhler nicht voraussehen konnte, weil verläßlich berichtet wurde, dieser sei verreist. Relevant ist einzig, daß für den Anlaß „Nebenbuhlerschaft" jeder selbst zuständig ist, solange sich dieser Anlaß im Rahmen ubiquitärer Ereignisse hält. Jede andere Interpretation kann § 21 StGB mit § 213 StGB nicht in Einklang bringen. — Kritisch zur Rechtsprechung *Landgraf* Schuldfähigkeit S. 107 ff. — Daß sich beim Zusammenwirken von Alkohol mit Affekten, Persönlichkeitsstörungen und Triebanomalien unaufklärbare Vermischungen der einzelnen Genesestränge ergeben mögen, hindert — entgegen *Schewe* JR 1987 S. 179 ff, 183 — die Lösung nicht, da in dubio pro reo zu entscheiden ist.

95 *Terhorst* MDR 1982 S. 368 ff; zu eng (Berauschung) *Rautenberg* Schuldfähigkeit S. 193.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

gesetzt werden muß. Das gilt insbesondere für Psychopathen und Triebtäter (nicht aber bei bloßen „Angewohnheiten"), solange diese Personen sich nicht ihrerseits zurechenbar in eine verführerische Situation begeben haben. Neben die Strafe mögen Maßregeln der Besserung und Sicherung treten.

35a d) Nach § 7 WStG kann bei einem „selbstverschuldeten" Rausch die Strafe nicht nach den §§ 21, 49 StGB gemildert werden, wenn die Tat eine militärische Straftat unter Verstoß gegen das Kriegsvölkerrecht ist oder in Ausübung des Dienstes begangen wird. Die Vorschrift hat nur die Funktion, die Zuständigkeit des Täters für seinen Rausch bei den genannten Taten festzuschreiben. Weitere Besonderheiten gegenüber der ansonsten angebrachten Behandlung von Rauschtaten bestehen nicht[96].

19. ABSCHNITT
Die Unrechtseinsicht und der Verbotsirrtum

Literatur zu I bis VII

G. Arzt Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW 91 S. 857 ff; *J. Baumann* Zur Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins, JZ 1961 S. 564 ff; *H. Bindokat* Bewußtsein und Rechtswidrigkeit, NJW 1962 S. 185 ff; *ders.* Zur Frage des doppelten Irrtums, NJW 1963 S. 745 ff; *P. Bockelmann* Anmerkung zu OLG Köln NJW 1950 S. 551 ff, aaO S. 830 ff; *ders.* Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1967; *R. Busch* Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; *ders.* Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, Mezger-Festschrift S. 165 ff; *J. Cerezo Mir* Die Regelung des Verbotsirrtums im spanischen Strafrecht, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 473 ff; *ders.* Die Fortschritte in der Verwirklichung des Schuldprinzips in der Teilreform des spanischen Strafgesetzbuchs von 1983, SchwZStr. 107 (1990) S. 1 ff; *A. Graf zu Dohna* Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage 1950; *A. Donatsch* Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, SchwZStr. 102 (1985) S. 16 ff; *U. Ebert* Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung, 1975; *G. Endruweit* und *H.-J. Kerner* Unrechtsbewußtsein und soziale Norm, in: *W. Hassemer* und *K. Lüderssen* (Hrsg.) Sozialwissenschaften im Studium des Rechts Bd. III, 1978, S. 67 ff; *K. Engisch* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *ders.* Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 S. 566 ff; *M. Foerster* Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral, JZ 1988 S. 10 ff; *W. Gallas* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 S. 1 ff; *D. Geerds* Der vorsatzausschließende Irrtum, Jura 1990 S. 421 ff; *G. Geilen* Unterlassene Verbrechensanzeige und ernsthafte Abwendungsbemühung — BGHSt. 19, 295, JuS 1965 S. 426 ff; *D. Geerds* Der vorsatzausschließende Irrtum, Jura 1990 S. 421 ff; *O. A. Germann* Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942; *ders.* Gehört das Unrechtsbewußtsein zur Strafbarkeit wegen eines vorsätzlichen Delikts? SchwZStr. 68 (1953) S. 371 ff; *K. H. Gössel* Anmerkung zu HansOLG Hamburg JR 1978 S. 291 f, aaO S. 292 ff; *E. W. Hanack* Zur Frage geminderter Schuld der vom Unrechtsstaat geprägten Täter, Verhandlungen 46. DJT Bd. II (C) S. 53 ff; *ders.* Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, JZ 1967 S. 297 ff, 329 ff; *ders.* Anmerkung zu LG Hamburg NJW 1976 S. 1756 ff, aaO S. 1758 f; *W. Hardwig* Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 78 S. 1 ff; *ders.* Grundprobleme der allgemeinen Straftatlehre, 1984; *F. Hartung* Zweifelsfragen des Verbotsirrtums, JZ 1955 S. 663 ff; *G. Herdegen* Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, BGH-Festschrift S. 195 ff; *R. D.*

---

96 *Hirsch* Beiheft ZStW 1981 S. 2 ff, 6; siehe auch OLG Köln NJW 1963 S. 775 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Herzberg Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums, Jura 1990 S. 16 ff; *R. v. Hippel* Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, VDAT Bd. III S. 373 ff; *ders.* Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, 1924; *E. E. Hirsch* Rechtserheblichkeit des Normirrtums in soziologischer Sicht, Schelsky-Festschrift S. 211 ff; *H. J. Hirsch* Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *N. Hoerster* Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral, JZ 1989 S. 10 ff; *E. Horn* Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie, 1969; *J. Hruschka* Conscientia erronea und ignorantia bei Thomas von Aquin, Welzel-Festschrift S. 215 ff; *H. Jäger* Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 1967; *G. Jakobs* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *ders.* Schuld und Prävention, 1976; *ders.* Über die Aufgabe der subjektiven Deliktseite im Strafrecht, in: *H. Witter* (Hrsg.) Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht, 1987 S. 271 ff; *ders.* Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW 101 S. 516 ff; *G. Jenny* Tatbestands- und Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, SchwZStr. 107 (1990) S. 241 ff; *H. H. Jescheck* Anmerkung zu BGHSt. 10 S. 35 ff, JZ 1957 S. 551 f; *Armin Kaufmann* Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *ders.* Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, ZStW 70 S. 64 ff; *ders.* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *ders.* Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum, Eb. Schmidt-Festschrift S. 319 ff; *ders.* Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80 S. 34 ff; *Arthur Kaufmann* Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949; *ders.* Das Schuldprinzip, 2. Auflage 1961; *ders.* Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982; *ders.* Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Lackner-Festschrift S. 185 ff; *D. Kienapfel* Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, ÖJZ 1976 S. 113 ff; *H. Köhler* Gesetzesauslegung und „gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung", JR 1984 S. 45 ff; *E. Kohlrausch* Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903; *ders.* Die Schuld, in: *P. F. Aschrott* und *F. v. Liszt* (Hrsg.) Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, 1910, S. 179 ff; *W. Kramer* und *M. Trittel* Zur Bindungswirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des § 17 StGB, JZ 1980 S. 393 ff; *D. Krauß* Das Unrechtsbewußtsein, in: *W. de Boor u. a.* (Hrsg.) Unrechtsbewußtsein, 1982, S. 30 ff; *J. Krümpelmann* Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum, GA 1968 S. 129 ff; *ders.* Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, Beiheft ZStW 1978 S. 6 ff; *L. Kuhlen* Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum, 1987; *K.-L. Kunz* Strafausschluß oder -milderung bei Tatveranlassung durch falsche Rechtsauskunft? GA 1983 S. 457 ff; *E.-J. Lampe* Täterschaft bei fahrlässiger Straftat, ZStW 71 S. 579 ff; *D. Lang-Hinrichsen* Zur Problematik der Lehre vom Tatbestands- und Verbotsirrtum, JR 1952 S. 184 ff; *ders.* Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR 1952 S. 302 ff, 356 ff; *ders.* Die Schuld- und Irrtumslehre, Materialien Bd. II (1) S. 381 ff; *ders.* Zur Frage der Schuld bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (kriminellem Unrecht und Verwaltungsunrecht), GA 1957 S. 225 ff; *ders.* Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Verhandlungen des 43. DJT Bd. I Teil 3 (B) S. 5 ff; *R. Lange* Zum Denunziantenproblem, SJZ 1948 Sp. 302 ff; *ders.* Literaturbericht, ZStW 63 S. 456 ff; *ders.* Nur eine Ordnungswidrigkeit? JZ 1957 S. 233 ff; *ders.* Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956 S. 73 ff; *ders.* Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 1956 S. 519 ff; *W. Langer* Das Sonderverbrechen, 1972; *ders.* Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung, GA 1976 S. 193 ff; *M. E. Leistner* Der Irrtum über das Verbotensein der Tat im südafrikanischen Strafrecht, 1985; *K. Lüderssen* Der Universalitätsanspruch der modernen Rechtssoziologie, in: *ders.* Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen, 1981, S. 80 ff; *W. Maihofer* Zur Systematik der Fahrlässigkeit, ZStW 70 S. 159 ff; *F. Mattil* Gewissensanspannung, ZStW 74 S. 201 ff; *M. Maiwald* Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984; *R. Maurach* Das Unrechtsbewußtsein zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik, Eb. Schmidt-Festschrift S. 301 ff; *H. Mayer* Der Bundesgerichtshof über das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, MDR 1952 S. 392 ff; *P. Merkel* Grundriß des Strafrechts. Teil I. Allgemeiner Teil, 1927; *J. Meyer* Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht — OLG Düsseldorf, NStZ 1981, 444, JuS 1983 S. 513 ff; *E. Mezger* Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; *ders.* Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, Kohlrausch-Festschrift S. 180 ff; *H. Müller-Dietz* Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; *W. Niese* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *P. Noll* Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 S. 1 ff; *ders.* Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, H. Mayer-Festschrift S. 219 ff; *F. Nowakowski* Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW 65 S. 379 ff; *D. Oehler* Die mit Strafe

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

bedrohte tatvorsätzliche Handlung im Rahmen der Teilnahme, 41. DJT-Festschrift S. 255 ff; *H.-U. Paeffgen* Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979; *ders.* Fotografieren von Demonstranten durch die Polizei und Rechtfertigungsirrtum, JZ 1978 S. 738 ff; *W. Platzgummer* Die Bewußtseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage, 1964; *C. Roxin* Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962, ZStW 76 S. 582 ff; *ders.* Literaturbericht, ZStW 78 S. 214 ff; *ders.* „Schuld" und „Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-Festschrift S. 171 ff; *ders.* Täterschaft und Tatherrschaft, 5. Auflage 1990; *ders.* Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 S. 641 ff; *H.-J. Rudolphi* Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *ders.* Anmerkung zu KG JR 1977 S. 379 f, aaO S. 80 ff; *ders.* Affekt und Schuld, Henkel-Festschrift S. 199 ff; *ders.* Die Verbotsirrtumsregelung des § 9 StGB im Widerstreit von Schuld und Prävention, JurBl. 1981 S. 289 ff; *ders.* Das virtuelle Unrechtsbewußtsein als Strafbarkeitsvoraussetzung im Widerstreit zwischen Schuld und Prävention, in: *W. de Boor* u. a. (Hrsg.) Unrechtsbewußtsein, 1982, S. 1 ff; *ders.* Anmerkung zu BayObLG JR 1989 S. 386 f, aaO S. 387 ff; *W. Sauer* Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis, ZStW 69 S. 1 ff; *F. Schaffstein* Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, OLG Celle-Festschrift S. 175 ff; *G. Schewe* Bewußtsein und Vorsatz, 1967; *J. Schick* Die Vorwerfbarkeit des Verbotsirrtums bei Handeln auf falschen Rat, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart Heft 8, 1981, S. 105 ff; *E. Schmidhäuser* Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, H. Mayer-Festschrift S. 317 ff; *ders.* Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, Gallas-Festschrift S. 81 ff; *ders.* Unrechtsbewußtsein und Schuldgrundsatz, NJW 1975 S. 1807 ff; *ders.* Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB), JZ 1979 S. 361 ff; *ders.* Schlußwort, JZ 1980 S. 396; *ders.* Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988; *Eb. Schmidt* Anmerkung zu OLG Oldenburg SJZ 1950 Sp. 834 ff, aaO Sp. 837 ff; *M. Schmidt-Klügmann* Das Bewußtsein der Fremdexistenz als Voraussetzung für ein Unrechtsbewußtsein, 1975; *Chr. Schöneborn* Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW 92 S. 682 ff; *H. Schröder* Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW 65 S. 178 ff; *B. Schünemann* Ungelöste Probleme bei der Bestrafung nationalsozialistischer Gewalttaten, Bruns-Festschrift S. 223 ff; *H.-W. Schünemann* Verbotsirrtum und faktische Verbotskenntnis, NJW 1980 S. 735 ff; *W. Schumacher* Psychologische Mechanismen bei der Manipulation des Rechtsbewußtseins in totalitären Systemen, in: *K. Lüderssen* und *F. Sack* (Hrsg.) Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht Bd. I, 1980, S. 169 ff; *H. Schumann* Anmerkung zu BGH 35 S. 347 ff, NStZ 1990 S. 32 ff; *G. Stratenwerth* Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns, 1958; *ders.* Literaturbericht, ZStW 85 S. 469 ff; *ders.* Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977; *ders.* Literaturbericht, ZStW 91 S. 902 ff; *ders.* Vermeidbarer Schuldausschluß, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 485 ff; *D. Strauss* Verbotsirrtum und Erkundigungspflicht, NJW 1969 S. 1418 ff; *K. Tiedemann* Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *ders.* Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten und Steuerstrafrecht, ZStW 81 S. 869 ff; *ders.* Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität Bd. I 1976; *G. Timpe* Strafmilderung des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *ders.* Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums, GA 1984 S. 51 ff; *W. G. Tischler* Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1984; *G. Warda* Die Verbotsirrtumsregelung des § 31 WiStG in ihrer Abgrenzung gegen die allgemeine Irrtumsbestimmung des § 59 StGB, JR 1950 S. 546 ff; *ders.* Tatbestandsbezogenes Unrechtsbewußtsein, NJW 1953 S. 1052 ff; *ders.* Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtums, ZStW 71 S. 252 ff; *ders.* Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein, Welzel-Festschrift S. 499 ff; *ders.* Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung über das Vorliegen strafbarkeitsausschließender, insbesondere rechtfertigender Tatumstände, Lange-Festschrift S. 119 ff; *H. v. Weber* Grundriß des deutschen Strafrechts, 1946; *H. Welzel* Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung, SJZ 1947 Sp. 409 ff; *ders.* Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ 1948 Sp. 368 ff; *ders.* Schuld und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, MDR 1951 S. 65 ff; *ders.* Nochmals der Verbotsirrtum, NJW 1951 S. 577 ff; *ders.* Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Allgemeinen Teil eines neuen Strafgesetzbuchs auswirken? Materialien Bd. I S. 45 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 2 S. 194 ff, JZ 1952 S. 340 ff; *ders.* Arten des Verbotsirrtums, JZ 1953 S. 266 ff; *ders.* Aktuelle Strafrechtsprobleme, 1953; *ders.* Die

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW 67 S. 196 ff; *ders.* Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, JZ 1956 S. 238 ff; *ders.* Diskussionsbemerkungen zum Thema „Die Irrtumsregelung im Entwurf", ZStW 76 S. 619 ff; *J. Wolter* Schuldhafte Verletzung einer Erkundigungspflicht, Typisierung beim Vermeidbarkeitsurteil und qualifizierte Fahrlässigkeit beim Verbotsirrtum — OLG Celle, NJW 1977, 1644, JuS 1979 S. 482 ff; *U. Ziegert* Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987; *A. Zielcke* Völkermord ohne Unrechtsbewußtsein? — Zur strafrechtlichen Selektion der Ergebnisse empirischer Analysen, in: *K. Lüderssen* und *F. Sack* (Hrsg.) Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht Bd. I, 1980, S. 200 ff.

I. Die Regelungsmodelle im Überblick und der Gang der Rechtsprechung

A. Grundbegriffe und historische Entwicklung

1. Die Abgrenzung des Vorsatzes von der Fahrlässigkeit erfolgt in *starrer* Anbin- **1**
dung an ein psychisches Faktum: Ohne Kenntnis der Tatbestandsverwirklichung ist nach § 16 StGB Vorsatz ausgeschlossen, gleichgültig worauf die Unkenntnis beruht, das heißt gleichgültig was im Verhalten bei Unkenntnis expressiv wird: Auch belastende Unkenntnis schließt Vorsatz aus (eingehender oben 8/5). Anders verfährt § 17 StGB bei der Regelung des Fehlens der Einsicht, Unrecht zu tun. Fehlt die Einsicht, so ist nicht jedenfalls volle Schuld ausgeschlossen. Wie die nur fakultative Milderung nach § 17 Satz 1 StGB zeigt, soll das Schuldmaß nach axiologischen Erwägungen bestimmt werden, die sich zum psychischen Faktum der Einsicht oder des Einsichtsmangels *elastisch* verhalten: Fehlende Unrechtseinsicht kann, aber muß nicht geminderte Schuld indizieren. Das gilt freilich nur im Rahmen der vermeidbar fehlenden oder bedingten Unrechtseinsicht. Ist die Unrechtseinsicht vorhanden und unbedingt, so ist — praktisch — die Schuld nie gemindert. Fehlt die Unrechtseinsicht unvermeidbar, so liegt keine Schuld vor.

Das Schuldkonzept, das der gesetzlichen Lösung zugrunde liegt, heißt Schuldtheo- **2**
rie, da nach ihm die Einsehbarkeit des Unrechts ein Moment der Schuld ist und nicht schon ein Moment von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Die Bezeichnung allein als Schuldtheorie ist ungenau. Es wäre ja auch eine Schuldtheorie konzipierbar — und wird teils gefordert —, nach der zwar Unrechtseinsicht und Vorsatz getrennt werden, aber doch das Schuldmaß zwingend gemindert wird, wenn aktuelle Einsicht fehlt; dies wäre eine starre Schuldtheorie (scil. starr an ein psychisches Faktum gebunden), während das Gesetz eine *elastische Schuldtheorie* positiviert (zur Unterscheidung von strenger und eingeschränkter Schuldtheorie siehe oben zur subjektiven Seite bei der Rechtfertigung 11/45, 49).

Wenn teilweise das Gegenstück zur Schuldtheorie für vorzugswürdig gehalten wird, die *Vorsatztheorie,* so betrifft das die — nach der Vorsatztheorie verfehlte — Trennung von Tatbestandskenntnis und Unrechtseinsicht. Die Vorsatztheorie kann wiederum — wie die Schuldtheorie starr oder elastisch (geltendes Recht) sein kann — eine starre Vorsatztheorie sein und auf eine Behandlung des Unrechtsbewußtseins nach § 16 StGB abzielen, oder aber eine elastische Vorsatztheorie und deshalb den Vorsatz für axiologische Erwägungen öffnen.

Alle bezeichneten Versionen (Schuldtheorie und Vorsatztheorie, seien sie starr oder elastisch) haben gemeinsam, daß die Einsehbarkeit des Unrechts im Ergebnis für die Haftung relevant ist: Ein unvermeidbarer Einsichtsmangel schließt Schuld aus.

2 a) Anders hat noch das Reichsgericht entschieden. Nach seiner Judikatur soll **3**
zwischen Rechtsirrtum und Tat(sachen)irrtum zu unterscheiden sein. Während der Tatsachenirrtum (nicht Tatbestandsirrtum) nach § 59 StGB a. F. stets Vorsatz aus-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

schließen soll, wird der Rechtsirrtum zunächst als unbeachtlich angesehen[1]. Nachfolgend wird beim Rechtsirrtum unterschieden: Der „strafrechtliche Irrtum" soll unbeachtlich sein („error juris nocet"[2]; „Unkenntnis schützt vor Strafe nicht"), der „außerstrafrechtliche Irrtum" hingegen dem Tatsachenirrtum gleichstehen[3]. Bei einer Überlegungskette mit irrigem Ausgangspunkt soll nicht das Ergebnis, sondern die „Quelle" über die Klassifizierung des Irrtums als „strafrechtlich" oder „außerstrafrechtlich" entscheiden. Beispiel[4]: Ermöglichen Eltern ihrer Tochter den Geschlechtsverkehr mit deren Verlobten in der dem Landesbrauch konformen Meinung, dies sei erlaubt, so hindert dieser Irrtum nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Bestrafung wegen schwerer Kuppelei (nach altem Recht) nicht; glauben aber die Eltern, der Verlobte habe aus dem Verlöbnis einen Anspruch auf eine voreheliche Probe, so ist der Irrtum „zivilrechtlich" und Vorsatz scheidet nach der Reichsgerichtsrechtsprechung aus. Vereinzelt, aber nicht konsequent, wird ein „strafrechtlicher Irrtum" dem Tatsachenirrtum gleichgestellt, wenn in der betreffenden Strafvorschrift das Merkmal „rechtswidrig" o. ä. besonders genannt ist; diese Nennung wird — in nur vermeintlich konsequentem Positivismus — als ausdrückliche gesetzliche Regelung verstanden, zur Vorsatztat gehöre in diesem Fall Unrechtseinsicht[5].

4 b) Diese Rechtsprechung des Reichsgerichts ist von der Wissenschaft nahezu einhellig abgelehnt[6] und von den Instanzgerichten nicht verstanden worden[7], weil sie in doppelter Hinsicht nicht plausibel ist. Weder die Abgrenzung von Tatirrtum und Rechtsirrtum noch diejenige von „strafrechtlichem" und „außerstrafrechtlichem" Rechtsirrtum trifft die Problembereiche: Es geht zum einen um die Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Unrechtsirrtum; daß Tatbestandskenntnis und Tatsachenkenntnis nicht identisch sind, zeigt sich an den normativen Tatbestandsmerkmalen (eingehend zum subjektiven Tatbestand 8/57 ff, zum Versuch 25/37 ff und zur Unterlassung 29/90). Zum anderen müssen der nicht entlastende und der entlastende Unrechtsirrtum geschieden werden. Das ist mit der Differenzierung von „strafrechtlichem" und „außerstrafrechtlichem" Irrtum nicht zu leisten, da man über das Strafrecht in „entschuldbarster" und über andere Normen in „leichtfertigster" Weise irren mag[8]. Zudem besteht der Gegensatz von „strafrechtlichen" und „außerstrafrechtlichen" Vorstellungen dort überhaupt nicht, wo nur außerstrafrechtliche Normen und strafrechtliche Normen zusammen einen Lebenssachverhalt regeln. Beispiel: Eine fremde Sache ist (strafrechtlich) durch das strafbewehrte Verbot, sie zu stehlen, wie (außerstrafrechtlich) durch das nicht strafbewehrte Verbot und wie schließlich (außerstrafrechtlich) durch die Zuständigkeit des Eigentümers für die Sache gleichermaßen zu definieren.

Bei dieser Lage liegt die Vermutung nahe, das Reichsgericht habe nach dem „Rechtsgefühl" entschieden und den als entlastend „empfundenen" Irrtum für „außer-

---

1 RG 2 S. 268 ff, 269; 8 S. 182 ff, 183.

2 Der Spruch wird auf die Digesten zurückgeführt (D. 22.6.9; dazu *Kohlrausch* Irrtum S. 84 f), betrifft dort freilich den zivilrechtlichen Rechtsfolgenirrtum.

3 RG 42 S. 138 ff, 139; 42 S. 142 ff, 144; 53 S. 81 ff, 85; 58 S. 247 ff, 249; 62 S. 289 ff, 297 u. a. m. — Zur Wiederaufnahme dieser Differenzierung durch *Kuhlen* oben 8/Fn. 109.

4 Weiter Beispiele bei *v. Hippel* Strafrecht Bd. II § 25 VI 3 mit Fn. 4.

5 RG 5 S. 304 ff; 19 S. 209 ff, 210 f; 20 S. 393 ff, 394; 37 S. 139 ff, 142; 58 S. 247 ff, 249. — *Anders aber* RG 4 S. 124 ff, 126; 4 S. 328 ff, 329 f; 11 S. 90 ff, 94; 19 S. 298 ff, 301 f; 58 S. 247 ff, 249 f; 62 S. 289 ff, 295 ff; — zu dieser konfusen Lage siehe *Kohlrausch* Irrtum S. 72 ff.

6 *Kohlrausch* Irrtum S. 84 ff, 118 ff, 178 ff; *v. Hippel* Strafrecht Bd. II § 25 VI; *ders.* VDAT Bd. III S. 373 ff, 547 ff; *ders.* Bewußtsein der Rechtswidrigkeit passim; *Mezger* Strafrecht § 44 II 4; *Olshausen*[12] § 59 Anm. 15 ff; jeweils mit Nachweisen. Eingehende Darstellung der Dogmengeschichte für die Zeit des Reichsgerichts bei *Tischler* Verbotsirrtum S. 40 ff, 45 ff.

7 Siehe *Maurach-Zipf* AT I § 37 Rdn. 8 f.

8 *v. Hippel* Strafrecht Bd. II § 25 VI 2.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

strafrechtlich" erklärt, den belastenden für „strafrechtlich" („Aufwerfung der Schweinehundfrage"[9]). Für die Theorie des Verbotsirrtums ist jedenfalls bemerkenswert, daß das Reichsgericht der Ansicht ist, es gebe einen im Tatzeitpunkt unvermeidbaren und doch nicht entlastenden Unrechtsirrtum. Das setzt eine nicht-psychologisierende Bestimmung der Schuld voraus. Es soll nicht darauf ankommen, wozu der Täter in der Tatsituation fähig ist, sondern auf das, was er als Stellungnahme zur Norm offenbart. Bei aktueller Unrechtseinsicht oder vermeidbarer Unkenntnis offenbart er eine aktuelle Mißachtung der betreffenden Norm; bei unvermeidbarer Unkenntnis „strafrechtlicher" Normen offenbart er nach der Lehre des Reichsgerichts ein Defizit an Kenntnis solchermaßen elementarer Normen, daß er — so die Theorie des Reichsgerichts — dafür nur selbst zuständig sein kann und deshalb nicht entlastet wird.

c) Die auf das Reichsgericht folgende Judikatur hat schnell mit dessen Irrtumslehre **5** gebrochen. Nach dem Vorangang einiger Oberlandesgerichte[10] und nachdem mehrere strafrechtliche Nebengesetze die Schuldrelevanz des unvermeidbaren Verbotsirrtums anerkannt hatten[11], entschied sich der Bundesgerichtshof 1952 für die Schuldtheorie in der elastischen Version[12]. Bis 1975 galt diese Regelung als Richterrecht.

B. Umriß der Theorie des Verbotsirrtums bei einem funktionalen Schuldbegriff

1. Bei dem Umschwung der Rechtsprechung handelt es sich weniger um eine Verfei- **6** nerung der psychologischen Einfühlung (der Einsichtsunfähige ist befolgungsunfähig) als um eine Wandlung der Erwartung, was es zu regeln und zu entscheiden gilt. Während das Reichsgericht mit der Unbeachtlichkeit des Strafrechtsirrtums den Irrtum über den Kernbereich zentraler Normen bewerten will, geht es nunmehr um eine stärker differenzierte Palette heterogener Irrtumserscheinungen.

a) *Grundlagenirrtum:* Fehlt dem Täter die Unrechtseinsicht bei einem Verstoß im **7** Kernbereich zentraler Normen, also solcher Normen, die nur durch einen Akt staatlicher oder gesellschaftlicher Revolution preisgegeben werden können, so ist die Unvermeidbarkeit dieses Irrtums zum Tatzeitpunkt für eine an sich zurechnungsfähige Person überhaupt nur bei Angehörigen fremder Kulturen denkbar[12a]. Jedenfalls ist es nicht der Irrtum allein, der die Schuldlosigkeit trägt: Es kommt ein Befund hinzu, der die Äußerungen des Täters als unmaßgeblich erscheinen läßt, scil. die „exotische" Sozialisation[13]. Der Sache nach geht es um einen Randfall der Zurechnungsunfähigkeit; der Täter ist anders motiviert als jedermann. Beispiel: Daß ein Täter unvermeidbar angenommen habe, Hochverrat, Parlamentsnötigung oder Tötung, Körperverletzung oder auch nur Sachbeschädigung seien prinzipiell erlaubt, ist nur akzeptabel, wenn der Täter eine fremde Sozialisation als Befund aufweist, wie bei § 20 StGB ein Befund vorliegen muß. Entsprechendes gilt bei wahnhaften Vorstellungen einer Rechtfertigung (unten 11/37).

---

9 *Wegner* Strafrecht S. 162; siehe schon *v. Hippel* Strafrecht Bd. II § 25 VI 3; ähnlich noch für die heutige Irrtumslehre *Tischler* Verbotsirrtum S. 349 ff, 366.

10 OGH 1 S. 217 ff, 226; OLG Köln NJW 1950 S. 551 f; OLG Freiburg JZ 1951 S. 85 f; OLG Oldenburg SJZ 1950 Sp. 834 ff mit Anmerkung *Eb. Schmidt* aaO Sp. 837 ff.

11 BundesratsVO betreffend kriegsrechtliche Ausnahmebestimmungen vom 18. 1. 1917 RGBl. I S. 58; § 395 ReichsAO 1931 RGBl. I S. 161; § 31 WirtschaftsstrafG, WiGBl. 1949 S. 193; § 12 OWiG 1952 BGBl. I S. 177.

12 BGH GS 2 S. 194 ff.

12a Siehe *Hruschka* Welzel-Festschrift S. 115 ff, 148; *Leistner* Irrtum S. 90 ff.

13 *Timpe* GA 1984 S. 51 ff, 53 f. — Siehe die Fallschilderung bei *E. E. Hirsch* Schelsky-Festschrift S. 211 ff, 213 ff; — dazu *Lüderssen* Kriminalpolitik S. 80 ff, 87 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

8 Fehlt es an einem solchen Befund eines auch ansonsten zurechnungsfähigen Täters, so ist der Grundlagenirrtum vermeidbar; denn Vermeidbarkeit beim Verbotsirrtum liegt vor, wenn der Täter für den Irrtum zuständig ist, und für die Kenntnis des Kernbereichs der zentralen Normen ist jeder Zurechnungsfähige im Grundsatz selbst zuständig. Die Vermeidbarkeit dieses Irrtums nach neuem Recht ist *insoweit* nur eine neue Formulierung für die Unbeachtlichkeit des Irrtums nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Beispiel: Der Vater, der seine 17jährige Tochter sexuell mißbraucht (§ 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB), wird bei langer Gewohnheit und bei gegebener Sicherheit, nicht entdeckt zu werden, bei seinen Handlungen nicht stets aktuell, und sei es unreflektiert, das Unrecht bedenken, aber der Irrtum ist stets vermeidbar.

9 In dem Maß, in dem der Täter besondere Gründe dafür vorbringen kann, daß ihm die Unrechtseinsicht — durch partiell fremde Sozialisation — erschwert ist, kann der Irrtum entlasten, ansonsten nicht. Ein Anwendungsfall der Entlastung liegt in der Möglichkeit, bei Unrechtstaten zur Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft die Verführungen und Stützungen durch diese Herrschaft — bis hin zur Behandlung der Taten als legalisiert — dem Unrechtsregime anzulasten; der Täter hat dann unter sozialen Bedingungen gehandelt, die zwar Kenntnis der Rechtswidrigkeit belassen haben mögen, aber die Einsicht in die Bedeutung des Normbruchs erschwert haben[14], genauer: Der Täter ist für das Fehlen der Einsicht partiell nicht zuständig. Diese partielle Verschiebung von Verantwortung setzt freilich eine Distanz zur nationalsozialistischen Herrschaft voraus, die es ermöglicht, die Zwänge dieses Systems von den Trägern (oder doch den untergeordneten Trägern) der Herrschaft im System zu trennen. Dazu muß das System fremd geworden sein. Solange die Zwänge noch möglicherweise aktuell virulent sind, käme eine partielle Entschuldigung dem Anerkenntnis gleich, daß der Widerstand gegen erneute Verführungen nicht voll jedermanns eigene Angelegenheit sei, und würde deshalb den generalpräventiven Effekt von Schuldurteil und Strafe stören. — Sachlich ist das Ergebnis einer Strafmilderung in zahlreichen Fällen von der Rechtsprechung dadurch erschlichen worden, daß eigenhändige Tatausführung nicht als Täterschaft, sondern als Beihilfe behandelt worden ist. Das betrifft auch Taten im Auftrag anderer totalitärer Regime[15].

10 Was ein Grundlagenirrtum ist, bestimmt sich nicht allein nach der betroffenen Norm, sondern auch nach dem längere Zeit praktizierten Lebensbereich des Täters. Das gilt insbesondere für berufsregelnde Normen. So zählt z. B. das Verbot der Vorteilsannahme (§ 331 StGB) für jeden Beamten, das Verbot der Verletzung des Steuergeheimnisses (§ 355 StGB) für jeden Finanzbeamten und das Verbot des Jagens zur Schonzeit für jeden Jäger zu den Grundlagen etc.

11 b) *Irrtum im verfügbaren Bereich:* Beim Grundlagenirrtum besteht die Chance eines Verzichts auf den Schuldspruch nur in der Möglichkeit, den Täter — wie bei der Zurechnungsunfähigkeit — als unmaßgeblich darzustellen; ein partieller Verzicht ist nur möglich, soweit ein anderes System mit dem unerledigten Rest des Konflikts

---

14 So grundlegend *Hanack* Verhandlungen 46. DJT Abschnitt C S. 53 ff; *ders.* JZ 1967 S. 297 ff, 298 f; *ders.* NJW 1976 S. 1758 f; daran anknüpfend LG Hamburg NJW 1976 S. 1756 ff (vom BGH aufgehoben; auf die Verfassungsbeschwerde hin hat das BVerfG NJW 1980 S. 1943 ff entschieden, es bestehe keine *Verpflichtung* der Strafgerichte, einen Milderungsgrund der „Verstrickung in ein Unrechtssystem" zu entwickeln); siehe weiter *Schünemann* Bruns-Festschrift S. 223 ff, 242 ff; *Zielcke* in: Vom Nutzen und Nachteil Bd. I S. 200 ff, 218 ff; *Roxin* Täterschaft S. 616 f; — aus tiefenpsychologischer Sicht *Schumacher* in: Vom Nutzen und Nachteil Bd. I S. 169 ff; — verneinend *Jäger* Verbrechen S. 173 ff, 175 f; *Baumann-Weber* AT § 29 III 2 a. E.

15 BGH 18 S. 87 ff: Fall Stachinskij, dazu unten 21/31.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

belastet werden kann. Anders verhält es sich beim Irrtum im verfügbaren Bereich: Hier tritt der Inhalt der Norm gegenüber dem Geltungsgrund der Norm zurück. Soweit ein bloßer Irrtum — ohne besonderen Befund und ohne Möglichkeit der Belastung eines anderen — Schuld ausschließen oder mindern kann, geht es nicht mehr um die Stabilisierung von Normen mit bestimmten Inhalten wegen dieser Inhalte; denn der Inhaltsirrtum soll gerade ohne besonderen Befund verzeihlich sein können. Es kann nur um die Stabilisierung eines Verhältnisses gehen, das — anders als der Norminhalt — vom Irrenden nicht jedenfalls voll und möglicherweise sogar überhaupt nicht in Frage gestellt wird. Stabilisiert wird nur noch der Geltungsgrund der Norm, d. h. die allen erlassenen Normen wegen ihrer Setzung im dafür vorgesehenen Verfahren zukommende Verbindlichkeit[15a].

Auf diese Anerkennung des Geltungsgrunds vor einer Anerkennung des Norminhalts kommt es bei denjenigen Normen an, deren Inhalt durch die Grundprinzipien der Ordnung nicht schon festgelegt ist, die also in einem evolutionären Prozeß geändert werden können. Diese Normen sollen deshalb vom Normunterworfenen auch nicht wegen ihres Inhalts akzeptiert werden, sondern wegen ihres Geltungsgrunds, also wegen der Entscheidung des Normgebers im vorgesehenen Verfahren; gegebenenfalls muß ja auch die Aufhebung der Norm akzeptiert werden. Wenn sich der Normunterworfene an den Inhalt klammert, ist dies sogar unerwünscht, da Änderungen des Inhalts dadurch erschwert werden. Entsprechendes gilt für den Randbereich von Grundlagennormen, etwa für den Grenzbereich der Nötigung[16] oder der Notwehrrechtfertigung bei Tötung und Körperverletzung etc.

In dem Bereich dieser Normen kann der Täter — anders als im Bereich grundlegender Normen — nicht selbst den Norminhalt unter der Voraussetzung erschließen, daß er überhaupt noch im üblichen Umfang am sozialen Leben teilnimmt. Er mag vielmehr mangels Information oder wegen falscher Information darüber irren, ob und wie der Normgeber entschieden hat, wobei er durchaus anerkennen mag, daß dem Normgeber die verbindliche Entscheidung zusteht. Für diesen Irrtum ist er nur zuständig, wenn er sich so verhalten hat, daß die Verwirklichung des mit dem Geltungsgrund Bezweckten, scil. die Durchsetzung von *änderbarem* Recht, übermäßig gefährdet ist. Das noch tolerierbare Maß bestimmt sich — analog zum erlaubten Risiko (oben 7/35 ff) — nach der Interessenabwägung und nach dem Herkömmlichen (traditionell). **12**

2. Die Grenzen zwischen einem Grundlagenirrtum und einem Irrtum im verfügbaren Bereich sind nicht exakt bestimmbar. Da beide Gründe der Schuldlosigkeit oder Schuldminderung nebeneinander bestehen können, sind Überschneidungen unschädlich. — Jedenfalls kommt es nicht darauf an, welche Fähigkeiten beim Täter in psychologisierender Betrachtung zum Tatzeitpunkt ermittelt werden können, sondern wofür er zuständig ist[17]. **13**

15a Der Behauptung, „jeder auf einen Verbotsirrtum gestützte Freispruch" schwäche „indirekt die Geltung der betreffenden Norm" (AK-*Neumann* § 17 Rdn. 5 mit Nachweisen), ist zu widersprechen: Die unvermeidbare Nichtbeachtung irgendeiner Norm schwächt nicht die Notwendigkeit höchstmöglicher Beachtung positiven Rechts; es geht eben nicht um die Einsehbarkeit bestimmter Inhalte, sondern um Respekt vor dem Geltungsgrund.

16 Dazu BGH 2 S. 194 ff.

17 Jetzt ebenso *Timpe* Strafmilderungen S. 238 ff; *ders.* GA 1984 S. 51 ff, 61 ff. — So schon im Ansatz, aber noch psychologisierend formuliert, *Jakobs* Schuld und Prävention S. 18; siehe *ders.* ZStW 101 S. 516 ff, 533 ff; kritisch dazu *Stratenwerth* Zukunft S. 33 f; *ders.* ZStW 91 S. 902 ff, 915 ff, 917; *Schöneborn* ZStW 92 S. 682 ff, 686; teils vermittelnd *Rudolphi* in: Unrechtsbewußtsein S. 1 ff, 6 f, 11, 14 ff; — ein spezialpräventives Konzept zum Normirrtum entwickelt *Roxin* Henkel-Festschrift S. 171 ff, 188.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

II. Kritik starrer Modelle und vorsatztheoretischer Modelle

14 A. Der *Vorsatztheorie*[18], die in ihrer *starren* Form die aktuelle Unrechtseinsicht als eine Voraussetzung des Vorsatzes begreift (Vorsatz als dolus malus), ist nach dem hier entwickelten Schuldbegriff nicht zu folgen: Schuld ist nicht nur ein Derivat psychischer Prozesse[19]; vielmehr stehen ein psychischer Prozeß (unbedingte Unrechtseinsicht) und dessen Fehlen bei gegebener Zuständigkeit für dieses Fehlen gleich. Wenn für die Vorsatztheorie vorgebracht wird, „gerechterweise" sei „Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Tat nur angezeigt, wenn der Täter sich bewußt über das Recht hinweggesetzt hat"[20], so werden diejenigen Täter, denen das Recht etwa aus Gleichgültigkeit oder aus Egoismus überhaupt nicht erst in den Blick gerät, nicht adäquat erfaßt; denn das Recht wartet nicht darauf, daß bestimmte psychische Prozesse eintreten (bewußtes Darüberhinwegsetzen), wenn schon ein Verhalten ohne diese Prozesse seine Geltung in Frage stellt[21].

Freilich wird von den Vertretern der Vorsatztheorie dagegen vorgebracht, es sei nur sinnvoll, auf Tatbestandskenntnis, also Vorsatz, abzustellen, wenn diese Kenntnis Grundlage des Unrechtsurteils sei; wer den Tatbestandsvorsatz nicht um Unrechtseinsicht ergänze, bleibe auf halbem Weg stehen[22]. Was an diesem Einwand richtig ist, betrifft aber nicht den zweiten Teil der Wegstrecke (die Schuld), sondern den ersten (den Vorsatz). Es ist schon zum Vorsatz nicht in jedem Einzelfall axiologisch richtig, wenn auf die aktuelle Kenntnis des Tatbestands abgestellt wird; die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit nach geltendem Recht ist vielmehr nur der Rechtssicherheit wegen an dem psychischen Faktum der Kenntnis festgemacht (oben 8/5 f); für den tatsachenblinden Täter ist die Behandlung als Fahrlässigkeitstäter ein nur zugunsten der Rechtssicherheit gewährtes Benefiz. Die starre Vorsatztheorie ist nicht die gerechtere Theorie, sondern die „handfestere".

Es kommt hinzu, daß die Strafbarkeit fahrlässiger Tatbegehung im StGB überhaupt nicht auf Fallkonstellationen eines Normirrtums ausgerichtet ist. So weiß jedermann, daß Tötung und Körperverletzung verboten sind, so daß die §§ 222, 230 StGB hauptsächlich für Tatbestandsfahrlässigkeit reserviert sind, während bei denjenigen Delikten,

---

18 *Schmidhäuser* AT 10/64; *ders.* NJW 1975 S. 1807 ff; *ders.* JZ 1979 S. 361 ff; *ders.* Studienbuch 7/88 ff; *Langer* Sonderverbrechen S. 356 ff; *ders.* GA 1976 S. 193 ff; *Hardwig* Grundprobleme S. 25 ff; — als „modifizierte Vorsatztheorie" bei *Otto* AT § 7 V, § 13 IV 1; *Geerds* Jura 1990 S. 421 ff, 429 f; siehe auch 19/Fn. 28. — Ferner zum alten Recht *Baumann* AT[5] § 27; *Schönke-Schröder*[17] § 59 Rdn. 76 ff, 81 ff; *LK-Mezger*[8] § 59 Anm. II 14 ff, 17 (S. 492 ff); *Lang-Hinrichsen* JR 1952 S. 184 ff, 302 ff, 356 ff; *ders.* Verhandlungen 43. DJT I 3. Teil (B) S. 5 ff, 102 ff; *Oehler* 41. DJT-Festschrift S. 255 ff, 259, jeweils mit Nachweisen.

19 Nur deshalb ist überhaupt Schuld bei Fahrlässigkeit möglich, bei der ja in bezug auf das Unrecht der konkreten Handlung die Vorstellung des Täters stets eine tabula rasa ist. — Die Möglichkeit von Schuld bei (unbewußter) Fahrlässigkeit wird verneint von *Bockelmann* Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze S. 87 ff, 99 f; *ders.* aaO S. 194 ff, 212 f; siehe aber auch aaO S. 221 Fn. 44; *Germann* Verbrechen S. 88 f; *Horn* Verbotsirrtum S. 150 f; *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 156 ff, 223 ff; *ders.* Unrechtsbewußtsein S. 97 ff; *Kohlrausch* in: Reform S. 179 ff, 184, 197, 215; *Sauer* Allgemeine Strafrechtslehre § 22 I 1; siehe auch *Lang-Hinrichsen* Materialien Bd. II S. 381 ff, 407 f; — dagegen siehe *Jakobs* Studien S. 133 ff mit weiteren Nachweisen; *Stratenwerth* ZStW 85 S. 469 ff, 482 ff.

20 *Schmidhäuser* AT 10/64; *ders.* Studienbuch 7/89.

21 *Welzel* (Strafrecht § 22 II a. E.) hat das auf die treffende Formel gebracht, das (psychologisierende) „Kenntnisprinzip" der Vorsatztheorie stehe gegen das (normative) „Verantwortungsprinzip" der Schuldtheorie. — Gegen die Brauchbarkeit der früher von Welzel herangezogenen Antithese Gesinnungsethik-Verantwortungsethik (*Welzel* SJZ 1947 Sp. 409 ff; *ders.* Aktuelle Strafrechtsprobleme S. 15 ff) siehe *Schmidhäuser* AT 10/64 mit Fn. 42; *ders.* Gallas-Festschrift S. 81 ff, 87 mit Fn. 19; *Engisch* ZStW 70 S. 566 ff, 578 ff; *Gallas* Niederschriften Bd. II S. 161.

22 *Schmidhäuser* NJW 1975 S. 1807 ff, 1810.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

bei denen ein Normirrtum eher vorkommen kann, wie etwa Nötigung (§ 240 StGB)[23], Erpressung (§ 253 StGB), unterlassene Hilfeleistung (§ 323 c StGB)[24] u. a. m., Fahrlässigkeit straffrei ist.

Ist somit die starre Vorsatztheorie auch nur de lege ferenda nicht wünschenswert, so **15** ist es noch weniger angebracht, sie in das geltende Recht hereinzuinterpretieren[25]. Zwar wird vertreten, § 16 Abs. 1 StGB gelte für Tatbestand *und Unrecht*, so daß für § 17 StGB als Regelungsbereich nur die Rechts-„Fahrlässigkeit" per Unrechtsunkenntnis verbleibe[26]; jedoch führt diese Interpretation zu der Unterstellung, der Gesetzgeber habe nicht regelungsbedürftige Gegenstände schlecht geregelt. Zwar wird bei dieser Interpretation § 17 Satz 1 StGB nur zu einer redundanten Regelung (daß Unvermeidbarkeit Fahrlässigkeit ausschließt, steht sowieso fest), aber § 17 Satz 2 StGB bekommt einen stark ungereimten Inhalt: Wenn schon Tatbestandsfahrlässigkeit und Rechts-„Fahrlässigkeit" angeblich zusammen geregelt werden sollen, dürfte es gerade keine Sonderregelung für die Rechts-„Fahrlässigkeit" geben. Die zugunsten dieser Sonderregelung vorgebrachte Behauptung, das Maß der Rechts-„Fahrlässigkeit" könne unter dasjenige der Tatbestandsfahrlässigkeit sinken, ist schlechthin falsch: Fahrlässigkeit („Fahrlässigkeit") in jeder Form kann bis zum Bagatellhaften minimalisiert werden.

B. Wie eine starre Vorsatztheorie verfehlt ist, so wäre es auch eine *starre Schuldtheo-* **16** *rie:* Auch die Umdeutung der fakultativen Milderung nach § 17 Satz 2 StGB in eine obligatorische Milderung macht die Schuld zu einem bloßen Derivat psychischer Vorgänge: Wenn verbreitet behauptet wird, in der Regel sei die Strafe bei fehlender Unrechtseinsicht (mindestens) zu mildern[27], so ist dies als statistische Aussage nicht belegt, als Aussage über ein sachliches Regel-Ausnahmeverhältnis aber falsch: Nicht die Unkenntnis allein indiziert schon (mindestens) eine Milderung, die allenfalls in besonderer Lage unterbleiben könnte, sondern (mindestens) zu mildern ist erst bei einer Unkenntnis, für den der Täter nicht zuständig ist. Diese Unzuständigkeit ist aber nicht die Regel mit einer Ausnahme im Fall gegebener Zuständigkeit, sondern die Unzuständigkeit ist schlicht die Umkehrung der Zuständigkeit. — Zum starren Teil der positivrechtlichen Regelung nach § 17 StGB, scil. zum Fehlen einer Milderungsmöglichkeit bei gegebener Unrechtskenntnis, siehe unten zum bedingten Unrechtsbewußtsein 19/30.

C. Die Ergebnisse der elastischen Schuldtheorie ließen sich auch durch eine *elasti-* **17** *sche Vorsatztheorie* erreichen, wobei das hauptsächliche Kennzeichen dieser Theorie wäre, daß die aus Rechtsgleichgültigkeit fehlende Unrechtseinsicht Vorsatz nicht ausschlösse, wohl aber die aus akzeptablen Gründen fehlende Einsicht[28]. Das geltende

---

23 BGH 2 S. 194 ff; ebenso der Fall, der dem Verfassungsgerichtsurteil BVerfG 41 S. 121 ff zu Grunde lag.

24 BGH 2 S. 297 ff.

25 Was freilich trotz des Urteils des BVerfG 41 S. 121 ff nicht verfassungsrechtlich ausgeschlossen ist; *Schmidhäuser* JZ 1979 S. 361 ff; *ders.* JZ 1980 S. 396. Nach *Kramer* und *Trittel* JZ 1980 S. 393 ff, 395 f soll durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts das Argument hinfällig sein, die Schuldtheorie verstoße gegen das Schuldprinzip der Verfassung.

26 *Schmidhäuser* NJW 1975 S. 1807 ff, 1813; *ders.* JZ 1979 S. 361 ff, 369; *ders.* Studienbuch 7/90; *Langer* GA 1976 S. 193 ff, 216 f; siehe schon *Sauer* ZStW 69 S. 1 ff, 10; dagegen *Kuhlen* Unterscheidung S. 275 ff.

27 Insbesondere *Krümpelmann* Beiheft ZStW 1978 S. 6 ff, 39 f; siehe ferner *Jescheck* AT § 41 I 1 und II 2 e; *SK-Rudolphi* § 17 Rdn. 48; *Rudolphi* JurBl. 1981 S. 289 ff, 294 f; *Stratenwerth* AT Rdn. 600 (volle Strafe nur im Grenzfall); *Roxin* ZStW 76 S. 582 ff, 604 f; *Warda* ZStW 71 S. 252 ff, 273 f; siehe auch *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 4; für das spanische Recht *Cerezo Mir* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 473 ff, 477 ff; *ders.* SchwZStr. 107 (1990) S. 1 ff, 11 ff.

28 Siehe dazu die — unterschiedlich weit reichenden — Vorschläge von *LK 8-Mezger* § 59 Anm. II 17 I a und b (S. 498 ff) und Anm. II 17 III d (S. 504; — „eingeschränkte Vorsatztheorie"); *ders.* Kohlrausch-Festschrift S. 180 ff, 183 f; *ders.* Moderne Wege S. 43; *Gallas* Niederschriften Bd. II S. 41 ff, 42; *Oehler* 41. DJT-Festschrift S. 255 ff, 266; siehe auch OLG Freiburg JZ 1951 S. 85 f; *Engisch* Untersuchungen S. 234 ff; *Frank*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Recht läßt sich jedoch zumindest terminologisch nicht nur wegen des § 17 StGB, sondern auch wegen der Teilnahmeregelung (§§ 26 f, 29 StGB) mit dieser Theorie nicht vereinbaren[28a]. Zudem ist es vorzugswürdig, mit der Schuldtheorie den starr zu behandelnden Bereich (Vorsatz, Fahrlässigkeit) von dem elastisch zu behandelnden (Unrechtseinsicht, deren Fehlen) terminologisch zu trennen.

III. Die elastische Schuldtheorie

18 A. Die *Schuldtheorie* in ihrer *elastischen* Form wurde schon vor der gesetzlichen Regelung in § 17 StGB überwiegend anerkannt[29]. Hierbei ist jedoch bis in die Gegenwart umstritten, ob die Schuldtheorie nicht auf den Bereich des Kernstrafrechts zu beschränken und im Nebenstrafrecht und im Recht der Ordnungswidrigkeiten zugunsten der Vorsatztheorie preiszugeben ist[30], obgleich § 17 StGB nach Art. 1 Abs. 1 EGStGB auch für das Nebenstrafrecht gilt und § 11 Abs. 2 OWiG eine entsprechende Regelung enthält. Die Forderung einer Beschränkung der Schuldtheorie auf das Kernstrafrecht wird wie folgt begründet: Im Kernstrafrecht soll mit der Kenntnis der Tatbestandsverwirklichung die Kenntnis einer — allenfalls im Zusammenhang mit einem Rechtfertigungsgrund tolerablen — sozialen Störung gegeben sein, so daß aus der Kenntnis ein Schluß zumindest auf die Möglichkeit von Unrecht gezogen werden kann. Hingegen soll im Nebenstrafrecht und bei Ordnungswidrigkeiten das Geschehen sozialethisch farblos sein, so daß sich nicht schon aus der Tatbestandskenntnis eine Verhaltensrichtlinie ergebe oder zumindest als möglicherweise gegeben erschließen lasse, sondern erst aus der Kenntnis des — aus dem Tatbestand nicht erschließbaren — Normbefehls.

---

§ 59 III 2 (S. 187). — Ähnliche Ergebnisse ließen sich mit Sonderregelungen der Rechts-„Fahrlässigkeit" erreichen; siehe dazu *Schröder* ZStW 65 S. 178 ff, 199; *Schönke-Schröder*[15] § 59 Rdn. 114. — Gegen Vorschläge dieser Art vom Standpunkt der Schuldtheorie insbesondere *Welzel* Strafrecht § 22 II α und β; *ders.* NJW 1951 S. 577 ff; *Lange* ZStW 63 S. 456 ff, 465 ff, 469; *Maurach-Zipf* AT I § 37 Rdn. 14; BGH 2 S. 194 ff, 206.

28a Das positive Recht schließt aber nicht die Lösung von *Ziegert* Vorsatz S. 168 und passim aus, § 17 StGB als eine Regelung für Vorsatz*schuld* bei unberührt bleibendem Vorsatz*unrecht* anzusehen; Ergebnis: „Hat der subjektive Tatbestand die Form des Vorsatzes und wurde der Tatentschluß in einem vermeidbaren Verbotsirrtum gefaßt, so liegt dem Delikt eine Kombination aus dolosem Unrecht und Fahrlässigkeitsschuld zugrunde. § 17 StGB erklärt auf diese Mischform den Strafrahmen des Vorsatzdelikts für anwendbar."

29 *A. Merkel* Lehrbuch S. 67 ff; *M. E. Mayer* AT Kap. V C III 1 a γ; *v. Hippel* Strafrecht Bd. II § 25 VII 2 und 3; *Frank* § 59 Anm. III 2; *P. Merkel* Grundriß S. 144 ff; *Dohna* Aufbau S. 49 ff, 50 f; *Kohlrausch-Lange* § 59 Anm. II 2 h; *v. Weber* Grundriß § 16 III 1; *Niese* Finalität S. 33 ff; *Busch* Moderne Wandlungen S. 9 ff; *ders.* Mezger-Festschrift S. 165 ff, 168 f; *Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen passim; *Bockelmann* NJW 1950 S. 830 ff; *Schaffstein* OLG Celle-Festschrift S. 175 ff; *Eb. Schmidt* SJZ 1950 Sp. 838 f; *Warda* JR 1950 S. 546 ff; *Gallas* ZStW 67 S. 1 ff, 45 ff mit Fn. 89; *Maurach* AT[4] § 37 II A; *Jescheck* AT[2] § 41 I 1 bis 3; *Stratenwerth* AT[1] Rdn. 612; insbesondere aber *Welzel* Strafrecht § 22 III; *ders.* SJZ 1948 Sp. 368 ff; *ders.* MDR 1951 S. 65 ff; *ders.* NJW 1951 S. 577 ff; *ders.* ZStW 67 S. 196 ff; *ders.* ZStW 76 S. 619 ff; *ders.* Materialien Bd. I S. 45 ff, 46 ff. — Aus der Rechtsprechung siehe insbesondere BGH 2 S. 194 ff; 9 S. 358 ff, 362; 13 S. 135 ff, 138; 21 S. 18 ff, 20 f und oben 19/Fn. 10. — Nach BVerfG 41 S. 121 ff bildet die nur fakultative Milderung keinen Grundrechtsverstoß.

30 So — bei unterschiedlicher Abgrenzung der Bereiche — *Lange* SJZ 1948 Sp. 302 ff, 310; *ders.* JZ 1956 S. 73 ff; *ders.* JZ 1956 S. 519 ff; *ders.* JZ 1957 S. 233 ff; *Tiedemann* Tatbestandsfunktionen S. 298 ff, 326 f, 330 und passim; *ders.* ZStW 81 S. 869 ff, 876 f mit Fn. 22; wortgleich *ders.* Wirtschaftsstrafrecht Bd. I S. 212 f; *Hardwig* ZStW 78 S. 1 ff, 21; *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 136 f; *ders.* Unrechtsbewußtsein S. 168 ff; *ders.* Lackner-Festschrift S. 185 ff, 189 f; *Lampe* ZStW 71 S. 579 ff, 585 f; *Maihofer* ZStW 70 S. 159 ff, 193 f; *Noll* ZStW 77 S. 1 ff, 6; *ders.* H. Mayer-Festschrift S. 219 ff, 229; *Lang-Hinrichsen* GA 1957 S. 225 ff, 228; *Schmidhäuser* H. Mayer-Festschrift S. 317 ff, 329; *ders.* AT 10/73; *Roxin* ZStW 96 S. 641 ff, 658 f; *Ziegert* Vorsatz S. 156 ff; *Jenny* SchwZStr. 107 (1990) S. 241 ff, 251 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

B. Diese Differenzierung ist hier durch die Trennung von Grundlagenirrtum und **19** Irrtum im verfügbaren Bereich schon eingeführt worden, führt aber aus folgenden Gründen nicht zur Preisgabe der Schuldtheorie für den verfügbaren Bereich:

1. Die Trennung ist praktisch nicht sauber zu leisten; insbesondere sind nicht alle außerhalb des StGB positivierten Strafrechtsnormen verfügbar. So sind z. B. die zentralen steuerstrafrechtlichen Vorschriften so unverfügbar, wie es der Betrugstatbestand ist. Weiterhin gibt es personell-relative Grundlagen im Nebenstrafrecht; Beispiel: Zumindest für Gastwirte sollte das Verbot des Ausschanks von Branntwein an Kinder und Jugendliche (§ 3 Abs. 1 JÖSchG) oder von alkoholischen Getränken an erkennbar Betrunkene (§ 20 Nr. 2 GaststättenG) zu den Grundlagen gehören. Überhaupt dürfte bei einer Vielzahl angeblich sozialethisch neutraler Regelungen dem Fachmann evident sein, daß die Regelungen beim gegebenen Stand notwendig sind, so insbesondere bei wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Regelungen. Problematisch ist dann einzig der Irrtum des Neulings auf diesem Gebiet.

2. Zudem gewinnen bei einigen blanketthaften Vorschriften des Nebenstrafrechts **20** die Tatbestände an sozialethischer Färbung, wenn — wie zum Vorsatz bei den Blankettgesetzen dargelegt wurde — bei denjenigen Blanketten, die den Bestand des Regelungseffekts der ausfüllenden Norm schützen, dieser Regelungseffekt dem Tatbestand zugeordnet wird. Es geht hauptsächlich um Normen, die Eigentum, Pfandrechte, Aneignungsrechte, Beschlagnahmen etc. schützen (siehe oben 8/55 f mit Beispielen).

3. Aber auch im verbleibenden Bereich verfügbarer Normen, bei denen zur Tatbe- **21** standskenntnis nicht einmal die Kenntnis eines sinnvollen Regelungseffekts gehört, führt die Schuldtheorie zu angemessenen Ergebnissen. So hat sie der Vorsatztheorie auch hier voraus, den Rechtsgleichgültigen nicht milder behandeln zu müssen als den um das Recht Besorgten. Ansonsten gilt es nur, sich von dem Gedanken freizuhalten, bei gegebenem Tatbestandsvorsatz spreche ein von diesem Vorsatz ausgehender Appell stets für die „Fähigkeit" des Täters zur Unrechtseinsicht, genauer: für dessen Zuständigkeit für den Irrtum, und bei Fahrlässigkeit fehle stets ein Appell. Vielmehr kann ein Tatbestand per se neutral sein und erst durch die gesetzliche Regelung sozial erheblich werden (so etwa das Verbot, auf Straßen links zu fahren), wie in der Umkehrung schon vor dem Tatbestandsvorsatz von Kenntnisrudimenten ein Appell ausgehen kann (von der Kenntnis, daß ein Auto defekte Bremsen hat, geht der Appell aus, zum Schutz von Leib und Leben das Fahrzeug nicht zu benutzen). Im Einzelfall kann deshalb Unrechtsunkenntnis eher verzeihlich sein als Tatbestandsunkenntnis. Daß der Maßstab des Verbotsirrtums generell strenger zu sein habe als derjenige der Fahrlässigkeit, ist also falsch[31] (genauer zum Maßstab unten 19/38 ff). — Das verbreitete Argument, die bei Unrechtsunkenntnis verbleibende Tatbestandskenntnis lasse keine Behandlung als *Vorsatz*tat zu, verwechselt Tatbestandsvorsatz und dolus malus im Sinn der Vorsatztheorie und ist deshalb dogmatisch bedeutungslos[32]. Kraß: Eine Vorsatztat in unvermeidba-

31 Zu der Meinung von *Arzt* ZStW 91 S. 857 ff, die Maßstäbe müßten vereinheitlicht werden, siehe oben zur Fahrlässigkeit 9/Fn. 7.

32 Nimmt man die Unrechtskenntnis nur als gegebenes Faktum, so wird freilich die Grenze zwischen Tatbestandsvorsatz und Tatbestandsfahrlässigkeit rechtlich zufällig. Für einen Täter, der nun einmal das Unrecht nicht kennt, sind es rechtlich nicht relevante Orientierungsmuster, nach denen er sein Verhalten erfaßt. Beispiel: Ob ein Lebensmittelhersteller, der vom Verbot der Beimengung bestimmter chemischer Verbindungen zu Nahrungsmitteln nichts weiß, deren Beimengung erkennt, weil er — etwa aus zweckfreiem Interesse oder aus Langeweile — die chemische Analyse der von ihm verwendeten Beimengstoffe gelesen hat, oder ob er — an Chemie weniger interessiert oder weniger gelangweilt — die Beimengung nicht erkennt, ist so lange kein tauglicher Ansatz für eine differenzierte rechtliche Wertung, wie die faktische Unrechtsunkenntnis hingenommen wird und nicht als etwas definiert wird, für das der Täter zuständig sein kann (allein darauf stellt *Jenny*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

rem Verbotsirrtum wiegt in der Schuld nichts, somit weniger als die leichteste Fahrlässigkeitstat bei gegebener Möglichkeit der Unrechtseinsicht. — Es gelten also die Regeln der Schuldtheorie in ihrer elastischen Form, wobei allerdings das Gesetz im Einzelfall eine Beschränkung der Strafbarkeit auf den Fall gegebener Unrechtseinsicht vornehmen kann (so z. B. bei § 32 Abs. 3 Nr. 1 MarktorganisationsG[33]) oder Sonderregelungen für Rechts-„Fahrlässigkeit" schaffen kann[34].

IV. Die Unrechtseinsicht

22 Der Täter hat Unrechtseinsicht, wenn ihm (A) das Unrecht (B) bekannt ist, und zwar (C) aktuell bei der Tat und (D) spezifiziert, wenn auch (E) nur „bedingt".

23 A. Gegenstand der Einsicht ist das Unrecht. Die Kenntnis der Strafbarkeit ist nicht erforderlich, wenn auch häufig das Unrecht erst als strafbares Unrecht in seinem Gewicht zutreffend erfaßt werden kann[35]. Unrecht ist gegenüber anderen wertwidrigen Sachverhalten dadurch ausgezeichnet, daß es bei Entdeckung — gegebenenfalls nach einem Antrag — ex officio unterbunden wird. Diese Möglichkeit einer amtlichen Reaktion gehört zum Einsichtsgegenstand, so daß die Kenntnis eines Verstoßes gegen sozialethische Grundsätze oder gegen Sitte und Anstand nicht hinreicht[36], um Unrechtseinsicht zu begründen, auch nicht die Kenntnis einer Vertragswidrigkeit. Die Grenze der Unrechtskenntnis zur Kenntnis einer Ordnungswidrigkeit oder eines Disziplinarverstoßes[37] verläuft unscharf, weil sich die Regelungsbereiche überlappen (oben 3/1 ff, 11 ff). — Versuche der starren Vorsatztheorie, selbst noch diffuse Wertwidrigkeiten als Einsichtsgegenstand hinreichen zu lassen, weil nach dieser Theorie sonst der Bereich möglichen Vorsatzes auf Fälle massiver Kriminalität schrumpfen würde, sind durch die gesetzliche Entscheidung für die elastische Schuldtheorie überholt.

24 B 1. Kenntnis des Unrechts ist mehr als bloße Kenntnis der Rechtswidrigkeit, scil. auch Kenntnis des materiellen Grunds von Rechtswidrigkeit, also der sozialen Störung. Diese Unrechtskenntnis wird freilich nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Täter — insbesondere aus abweichender Gewissensüberzeugung — meint, bei einer sozialen Ordnung der ihm als ideal vorschwebenden Art fehle eine soziale Störung. Es reicht aus, wenn er das Gewicht der betreffenden Norm für die Ordnung kennt, der die Norm

---

SchwZStr. 107 (1990) S. 241 ff, 253 ff bei der Kritik der hiesigen Position ab). Nimmt man aber den Täter als zuständig — d. h. den Verbotsirrtum als vermeidbar —, so ist es seine Sache, die Verbindung von Tatbestandskenntnis (oder Erkennbarkeit) und Unrechtskenntnis herzustellen, also ein rechtliches Orientierungsmuster zu wählen, und die Differenz Vorsatz-Fahrlässigkeit ist in dem Maße sinnvoll, in dem eine psychologisierende Grenze überhaupt sinnvoll ist; sie versagt bei demjenigen, der den Vollzug der Orientierung verweigert, also beim Tatsachenblinden; dazu oben 8/5.

33 BGBl. I 1972 S. 1617.

34 *Welzel* Strafrecht § 22 III 4; *Jescheck* AT § 41 II 2 c.

35 *Stratenwerth* AT Rdn. 568; — üblicherweise wird die indizielle Bedeutung der Strafbarkeit nicht erkannt; siehe BGH 2 S. 194 ff, 202; 10 S. 35 ff, 41; 15 S. 377 ff, 382 f; *Müller-Dietz* Grenzen S. 85; *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 63; — für das Erfordernis einer Kenntnis der Strafbarkeit *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 7.

36 Zutreffend BGH GA 1969 S. 61; — *a. A. Arthur Kaufmann* Unrechtsbewußtsein S. 143 ff (Sozialschädlichkeit; einschränkend aber *ders.* Parallelwertung S. 22); *ders.* Schuldprinzip S. 130 ff; *Schmidhäuser* H. Mayer-Festschrift S. 317 ff, 329 (Verstoß gegen die als Grundanforderungen des Zusammenlebens anzusehenden Gemeinschaftswerte); *ders.* Form S. 45 ff (dagegen *Hoerster* JZ 1989 S. 10 ff); *ders.* AT 10/72; weitere Nachweise bei *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 56 ff; *AK-Neumann* § 17 Rdn. 11 ff.

37 Überhaupt für Untrennbarkeit *SK-Rudolphi* § 17 Rdn. 6; *a. A. Schönke-Schröder-Cramer* § 17 Rdn. 5; ein Beispiel für den Überlappungsbereich gibt OLG Celle NJW 1987 S. 78 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

entstammt, mag er diese Ordnung auch für verfehlt halten[38]. Es geht also um die Kenntnis der sozialen Störung relativ zu einer gekannten (nicht auch notwendig anerkannten) Ordnung. Beispiel[39]: Der Anhänger der Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas, der nach der Verweigerung des Wehrdienstes auch die Ersatzdienstleistung verweigert, kennt die soziale Störung seiner Weigerung und hat deshalb Einsicht in das Unrecht nach § 53 Abs. 1 des Gesetzes über den zivilen Ersatzdienst[40], wenn ihm die Rechtswidrigkeit der Weigerung und die Bedeutung der allgemeinen Wehrpflicht für die Bundesrepublik in ihrer nun einmal vorhandenen Gestalt bekannt sind; daß er diese Gestalt nicht billigt, hindert die Einsicht nicht. — Die bloße Kenntnis, gegen ein verfassungsgemäß zustande gekommenes Gesetz zu verstoßen, ohne dessen Bedeutung für die Ordnung verstehen zu können, beläßt eine Kenntnis eines unspezifischen Ungehorsamsunrechts, ist also bei allen Normen, die nicht nur des Gehorsams wegen vorhanden sind, keine volle Unrechtseinsicht.

Die Kenntnis des Täters wird in der Regel laienhaft sein. Hierzu gelten die Ausführungen zur parallelen Beurteilung im Täterbewußtsein beim Vorsatz entsprechend (oben 8/49).

2. Meint der Täter, eine Norm sei wegen Verstoßes gegen „höheres Recht" ungültig, **25** so hindert das eine Unrechtseinsicht nur, wenn der Täter zugleich davon ausgeht, daß die zur Entscheidung über die Gültigkeit berufenen Stellen ebenso erkennen *werden* (nicht nur ebenso erkennen müßten). Weil „Strafgesetze . . . kein Eigenleben führen, ist ihre Auslegung und ständige Anwendungspraxis durch die dazu berufenen Gerichte maßgebend"[41]. Es geht also bei der Unrechtseinsicht um die Einsicht in dasjenige, was auf Grund der praktizierten Rechtsordnung Unrecht ist. Esoterische Verfassungsinterpretationen oder überpositive Durchrasterungen des Rechts sind kein Indiz für fehlende Unrechtseinsicht, sondern nur für fehlendes Einverständnis mit der praktizierten Ordnung[42]. — Entsprechend verhält es sich, wenn der Täter meint, aufgrund einer überirdischen Katastrophenlage trete eine Norm überhaupt oder doch bereichsweise zurück[42a]: Das Recht kann den Rahmen der Welt, wie sie generell verstanden wird, nicht überschreiten, weil es dann — inhaltlich oder in den faktischen Voraussetzungen seiner Anwendung — seine Kalkulierbarkeit und damit seine Leistungskraft verlöre. Daß aber die Norm anwendbar ist, wenn allein die irdische Konstellation berücksichtigt wird, weiß der Täter selbst dann, wenn er unvermeidbar fest an Überirdisches glaubt; er kennt also das Unrecht (zum indirekten Verbotsirrtum siehe oben 11/37).

C. Die Unrechtseinsicht ist auf den Tatzeitpunkt zu beziehen. Sie muß nicht in einer **26**

---

38 *A. A.* wohl *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 44 ff, 60 f, 181 ff; *SK-Rudolphi* § 17 Rdn. 4, der den Nachvollzug der Wertung der Ordnung für erforderlich hält, beim Gewissenstäter dann aber auf den Ordnungswert des positiven Rechts abstellt, der stets nachvollziehbar sein dürfte. — Gegen *Rudolphi* siehe *Stratenwerth* ZStW 85 S. 469 ff, 488 ff, 490 ff; *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 21. — Aus der Rechtsprechung wie hier BGH 4 S. 1 ff, 3; — siehe ferner unten zum Gewissenstäter 20/20 ff.

39 Nach *Stratenwerth* ZStW 85 S. 469 ff, 488 ff, 491.

40 Vom 16. 7. 1965 BGBl. I S. 984.

41 So BGH 15 S. 156 ff, 158 beim Parallelproblem der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung.

42 BGH 4 S. 1 ff, 5 f; OLG Hamburg GA 1967 S. 285 f; OLG Hamm NJW 1968 S. 212 ff, 214; *Ebert* Überzeugungstäter S. 54; *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 184 ff mit zahlreichen Nachweisen; *ders.* JurBl. 1981 S. 289 ff, 292; *ders.* in: Unrechtsbewußtsein S. 1 ff, 8 f; *Welzel* JZ 1953 S. 266 ff, 267 f; *Jescheck* AT § 41 I 3 a; *Lackner* § 17 Anm. 2 a; *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 18; *Schönke-Schröder-Cramer* § 17 Rdn. 5; *AK-Neumann* § 17 Rdn. 31. — *A. A. Armin Kaufmann* ZStW 80 S. 34 ff, 40 f mit dem zutreffenden Hinweis, daß seine Ansicht mit der „Staatsräson" unvereinbar ist. — Siehe ferner *Tiedemann* ZStW 81 S. 869 ff, 873 Fn. 11 und unten zum Überzeugungstäter 20/20 ff.

42a Siehe BGH 35 S. 347 ff, 349 f; zutreffend *Schumann* NStZ 1990 S. 32 ff, 35; *Herzberg* Jura 1990 S. 16 ff, 18.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

bewußten Reflexion bestehen, aber doch zumindest in einem bewußten Miterleben des Unrechts des Verhaltens. Dieses Miterleben kann etwa aus der heimlichen Tatgestaltung oder der Vergewisserung des Nicht-entdeckt-Werdens erschlossen werden. Die aktuelle, aber nicht reflektierte Unrechtseinsicht ist für die elastische Schuldtheorie wenig wichtig, da wegen der nur fakultativen Milderung eine fehlende, jedoch schon durch geringe Zuwendung zur Norm aktualisierbare Einsicht mit einer aktuell miterlebten und auch mit einer aktuell reflektierten Einsicht in der Regel gleich zu behandeln sein dürfte. Die Untergrenze der aktuellen Einsicht ist aber für die starre Vorsatztheorie von erheblicher Bedeutung, da sie Vorsatz und Rechts-„Fahrlässigkeit" scheidet. Das erkenntnisleitende Interesse bei der begrifflichen Erfassung der Untergrenze als „Mitbewußtes"[43] oder „sachgedanklich", wenn auch nicht „sprachgedanklich" Bewußtes[44] ist gerade die Erweiterung des Vorsatzbereichs, um die starre Vorsatztheorie praktikabel zu machen[45]. Im Ergebnis ist durch diese Entwicklung der Streit zwischen starrer Vorsatztheorie und elastischer Schuldtheorie bereichsweise obsolet geworden, aber doch nicht völlig. Denn weder kann die für alle starren Theorien konsequente Bindung des Haftungsmaßes an das Maß des bewußten Erlebens befriedigen[46], noch ist ein aktuelles Miterleben des Unrechts in allen Fällen voller Zuständigkeit des Täters für den Normbruch nachweisbar oder auch nur anzunehmen, und zwar auch nicht im Kernstrafrecht: Bei Sicherheit vor Entdeckung und gewohnheitsmäßiger Begehung dürfte das Unrecht z. B. bei Mißhandlung Abhängiger (§ 223 b StGB), Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht (§ 170 d StGB), Beleidigung (§§ 185 ff StGB), Zuhälterei (§ 181 a StGB), homosexuellen Handlungen (§ 175 StGB), Verwandtenbeischlaf (§ 173 StGB), Untreue (§ 266 StGB), Wucher (§ 302 a StGB) und zahlreichen Unterlassungsdelikten beim Verhaltensvollzug nicht miterlebt werden [47]. — Auch bei Delikten in affektiver Erregung dürfte sich zum Unrechtsbewußtsein häufig nichts ausmachen lassen. — Für Einzelheiten gelten die Ausführungen zum Vorsatz entsprechend (oben 8/10 ff).

27 D. Unrechtseinsicht heißt Kenntnis des spezifischen, nicht nur irgendeines Unrechts. Ob der Täter für einen Normbruch zuständig ist oder davon distanziert werden kann, ist für jede Norm gesondert zu entscheiden: die sogenannte Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins[48]. Es gibt also auch beim Unrechtsbewußtsein kein versari in re illicita: Einem Täter werden nicht schon alle Normbrüche bei einer Tat zugerechnet, wenn ihm ein einzelner Normbruch bekannt oder vermeidbar unbekannt ist. Beispiel[49]: Wer mit seiner minderjährigen Stieftochter geschlechtlich verkehrt und um das Unrecht des sexuellen Mißbrauchs von schutzbefohlenen Personen weiß (§ 174 StGB), ist nicht schon wegen dieses Wissens und wegen der durch das Wissen gegebenen Zuständigkeit für den Bruch der gekannten Norm auch für die — nach altem Recht

---

43 *Platzgummer* Bewußtseinsform S. 81 ff.

44 *Schmidhäuser* H. Mayer-Festschrift S. 317 ff, 322 f; *ders.* AT 10/54; *ders.* NJW 1975 S. 1807 ff, 1811.

45 Das gilt freilich nicht für die um eine umfassende Revision der strafrechtlichen „Psychologie" bemühte Monographie von *Schewe* Bewußtsein; zu den Problemfällen des Unrechtsbewußtseins siehe dort S. 147 ff. — Siehe ferner *Horn* Verbotsirrtum S. 43; *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 163 ff; *Kienapfel* ÖJZ 1976 S. 113 ff, 115 f; *Roxin* ZStW 78 S. 214 ff, 248 ff, 257 f.

46 Siehe dazu insbesondere *Platzgummer* Bewußtseinsform S. 93.

47 *Jakobs* Studien S. 111.

48 Seit BGH 10 S. 35 ff (mit zustimmender Anmerkung *Jescheck* JZ 1957 S. 551 f) ganz überwiegende Ansicht; BGH 15 S. 377 ff, 382 f; 22 S. 314 ff, 317 f; BGH StV 1982 S. 218 f; *Engisch* ZStW 70 S. 566 ff, 569 f; *Warda* NJW 1953 S. 1052 ff; *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 78 ff mit weiteren Nachweisen. — Überholt BGH 3 S. 343 f. — *A. A. Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 226 ff, 229 ff; *Horn* Verbotsirrtum S. 152 ff.

49 BGH 10 S. 35 ff, 39 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

unrechte und strafbare — uneigentliche Blutschande zuständig; kommt der Täter etwa aus einem Land, in dem die uneigentliche Blutschande keine verbotene Sexualbeziehung ist, kann er von diesem Normbruch distanziert werden. — Auch qualifizierendes Unrecht kann vom Unrecht des Grundtatbestands abgeteilt werden[50]. Beispiel: In Grenzfällen des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer (§ 316 a StGB) mag dem Täter das Gefährliche und deshalb Unrechte der Ausnutzung besonderer Verhältnisse des Straßenverkehrs nicht einsichtig sein.

Bei konsequent psychologisierender Betrachtung müßte freilich die Verbotskenntnis unteilbar sein und ein partieller Verbotsirrtum nur zu einer Limitierung des Haftungsmaßes nach dem Gewicht des erkannten oder vermeidbar nicht erkannten Unrechts führen. Zudem müßte sogar die unvermeidbar irrige Annahme einer objektiv nicht bestehenden Norm bei unvermeidbarer Unkenntnis der objektiv bestehenden Norm (sogenannter doppelter Verbotsirrtum) Haftung auslösen. Der Täter ist in solchen Fällen „fähig" die erkannte oder eingebildete Norm zu befolgen und dadurch das wirkliche Unrecht zu vermeiden[51]. Beispiel zum doppelten Verbotsirrtum: Der Täter schießt einen Vogel in der irrigen Annahme, das Tier sei jagdbar und habe Schonzeit, aber nicht wissend, daß er an dem Platz, an dem er sich befindet, überhaupt keine Schußwaffe gebrauchen darf. — Wenn in solchen Fällen von der überwiegenden Ansicht nicht auf alles bei Normbeachtung Vermeidbare, sondern nur auf das einsichtsgemäß Vermeidbare abgestellt wird, so zeigt sich daran, daß von den psychologisierend ermittelten Fähigkeiten des Täters strafrechtlich nur diejenigen interessieren, für deren Gebrauch der Täter auch zuständig ist. Für unvermeidbar unerkennbare oder gar eingebildete Normen gibt es keine Zuständigkeit. Wie die Prinzipien der objektiven Zurechnung den Naturalismus der Kausalität überformen, so überformen die Prinzipien der Zurechnung als schuldhaft die Zwänge des Psychologismus. **28**

E 1. Unrechtseinsicht ist nicht nur gegeben, wenn der Täter das Unrecht kennt und nicht mehr daran zweifelt, ob nicht das Verhalten doch rechtmäßig ist, sondern schon dann, wenn er — entsprechend der Grenze des Vorsatzes[52] (oben 8/23) — ernsthaft urteilt, sein Verhalten könne normwidrig sein. Beispiel (zu § 201 StGB): Bedingtes Unrechtsbewußtsein hat ein Täter, der ein Telefonat mit dem Sachbearbeiter einer Behörde heimlich auf einen Tonträger aufnimmt und zwar nicht genau weiß, ob nicht auch bei Gesprächen mit Beamten die Aufnahme nur bei einer besonderen Befugnis erlaubt ist, das aber immerhin ernsthaft für nicht unwahrscheinlich hält. **29**

2. Es ist aber nicht jede bedingte Unrechtseinsicht wie eine unbedingte Einsicht zu behandeln[53]. Das hat folgende Gründe: Bei der Grenze des Vorsatzes interessiert der **30**

50 *Warda* NJW 1953 S. 1052 ff, 1053; *Baumann* JZ 1961 S. 564 ff; *Bindokat* NJW 1962 S. 185 ff, 186; *Maurach-Zipf* AT I § 38 Rdn. 40; *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 80 ff; *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 15; *a. A. Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 232 ff; BGH 8 S. 321 ff, 324; 10 S. 35 ff, 42; 15 S. 377 ff, 383 f; siehe auch *Schmidhäuser* AT 10/68.

51 So auch *Horn* Verbotsirrtum S. 152 ff mit der wiederum konsequenten Beschränkung der Haftung durch die Gewichtigkeit der eingebildeten Norm; *Hirsch* Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 229; dagegen *Bindokat* NJW 1963 S. 745 ff, 748.

52 BGH 4 S. 1 ff, 4; 27 S. 197 ff, 202; BGH JR 1952 S. 285; BGH JZ 1978 S. 762 f, 763; *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 23; *SK-Rudolphi* § 17 Rdn. 12; *Lackner* § 17 Anm. 2 c; *Dreher-Tröndle* § 17 Rdn. 5; *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 118 ff; *Jescheck* AT § 41 I 3 b; *Schmidhäuser* AT 10/70; *Welzel* Strafrecht § 22 III 1 g; *Kienapfel* ÖJZ 1976 S. 113 ff, 116 f. — Berechtigte Zweifel an der Relevanz einer — nach hiesiger Ansicht schon zum Vorsatz nicht erforderlichen — *voluntativen* Komponente beim Unrechtsbewußtsein äußern *Armin Kaufmann* Normentheorie S. 221 f; *ders.* ZStW 70 S. 64 ff, 83 ff; *Horn* Verbotsirrtum S. 34 ff.

53 Streitig; siehe bei im einzelnen höchst unterschiedlicher Argumentation *Armin Kaufmann* ZStW 70 S. 64 ff, 86; *Warda* Welzel-Festschrift S. 499 ff, 526 ff; *ders.* Lange-Festschrift S. 119 ff, 126; *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 118 ff;

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Grund nicht, aus dem das ernsthafte Urteil vorliegt oder fehlt; es geht um das psychische Faktum des Urteilsvollzugs. Das ist bei der Grenze zwischen der Unrechtseinsicht und dem Fehlen dieser Einsicht anders: Das Fehlen der Einsicht steht deren Vorhandensein gleich, wenn der Täter für das Fehlen zuständig ist. Die normative Beurteilung des Fehlens der Einsicht erlaubt es, in systembildender Interpretation auch bei gegebener Einsicht das psychische Faktum dieser Einsicht durch Erwägungen zur Zuständigkeit normativ zu korrigieren. Wenn der Täter die — hier praktisch stets bedingte[54] — Unrechtseinsicht aus Umständen erschließt, die nicht sowieso (mit oder ohne Einsicht) seine Zuständigkeit für den Normbruch begründen, belastet die Einsicht den Täter nicht. Das heißt, bedingte Einsicht ist nur dann als Unrechtseinsicht zu behandeln, wenn das Fehlen von Einsicht ein voll vermeidbarer Verbotsirrtum wäre; ansonsten steht die bedingte Einsicht einem nicht voll vermeidbaren Verbotsirrtum gleich, schließt also die Milderung nach § 17 Satz 2 StGB nicht aus. Beispiel: Wenn mehrere Oberlandesgerichte ein bestimmtes Verhalten in jahrelanger Rechtsprechung als erlaubt behandeln und der Täter diese Rechtsprechung kennt, handelt er im nicht (voll) vermeidbaren Verbotsirrtum, auch wenn später sein eigenes entsprechendes Verhalten vom Bundesgerichtshof als verboten definiert wird, gleich ob der Täter eine Änderung der Rechtsprechung ernsthaft als nicht unwahrscheinlich beurteilt oder darüber nicht nachgedacht hat; — in der Umkehrung muß er ja auch voll haften, wenn er einer offenbar unseriösen Rechtsauskunft folgt, gleich ob er seine Unrechtszweifel mit dem Gedanken an die Auskunft vorschnell beruhigt oder ein bedingtes Unrechtsbewußtsein behält.

31 3. Bei unbehebbaren Zweifeln über sich widersprechende Normen (soll geflaggt werden oder ist Flaggen verboten?) oder bei einer entsprechenden Kollision einer Norm mit dem eigenen Interesse des Täters (müssen nur die sichtbar von Ungeziefer befallenen Sträucher abgeholzt werden oder alle Sträucher der Kultur?) ist der Täter trotz seiner bedingten Unrechtseinsicht entschuldigt, wenn er die Zweifelslage nicht zu verantworten hat und sich entsprechend den zur Pflichtenkollision geltenden Regeln verhält[55].

V. Die fehlende Unrechtseinsicht (Verbotsirrtum), Irrtumsformen

32 A. Wie das Fehlen des Tatbestandsvorsatzes so kann sich auch das Fehlen[56] der Unrechtseinsicht in zwei Formen zeigen: Der Täter kann irrig annehmen, sein Verhalten sei kein Unrecht (positive Fehlvorstellung), und er kann an das Unrecht überhaupt nicht denken (Fehlen einer Vorstellung). Beide Formen sind gleich zu behandeln, da wesentlich das gemeinsame Moment ist, scil. das Fehlen der richtigen Vorstellung vom vorliegenden Unrecht.

---

ders. JurBl. 1981 S. 289 ff, 293 f; *Stratenwerth* AT Rdn. 586; *Blei* AT § 59 III; *Timpe* Strafmilderungen S. 253 ff; *ders.* GA 1984 S. 51 ff, 62, 68; *Paeffgen* JZ 1978 S. 738 ff, 745 f; *H.-W. Schünemann* NJW 1980 S. 735 ff, 739.

54 Die Problematik folgt genau genommen nicht aus dem *bedingten* Unrechtsbewußtsein, sondern aus der Heterogenität des psychischen Faktums Einsicht und der normativ bestimmten Vermeidbarkeit. Praktisch dürfte aber der Fall einer *unbedingten* Unrechtseinsicht trotz fehlender Zuständigkeit nicht vorkommen. Hergeholtes Beispiel: Ein hoffnungsloser Pessimist ist grundlos, aber restlos von der baldigen Änderung einer jahrzehntelangen, erlaubenden Rechtsprechung des obersten Gerichts überzeugt, — die dann auch bei der Beurteilung des Verhaltens des Pessimisten erfolgt.

55 Streitig und wenig geklärt; zum Problem siehe *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 139; *SK-Rudolphi* § 17 Rdn. 13; *Warda* Welzel-Festschrift S. 499 ff, 529 f; *Kunz* GA 1983 S. 457 ff, 469 f.

56 Auch zu der Irrtumsform eines Tatbestandsvorsatzes, der nicht hinter der Wirklichkeit zurückbleibt, sondern sie überschießt, also zum Versuchsvorsatz, gibt es eine Parallele beim Unrecht: die irrige Annahme beim Wahndelikt, ein — objektiv nicht rechtswidriges — Geschehen sei Unrecht; unten 25/37.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

B. Die Zuständigkeit für den Irrtum bezeichnet § 17 StGB als Vermeidbarkeit des **33** Irrtums. Der Begriff der Vermeidbarkeit ist in doppelter Hinsicht unglücklich gewählt. Zum einen ist es für den Täter nicht damit getan, daß er den Irrtum vermeidet. Würde er nur das leisten, so würde er das Unrecht statt im Verbotsirrtum im Zustand der Verbotskenntnis vollziehen und für die Normgeltung wäre nichts gewonnen[57]. Es geht aber nicht um eine solche Vermeidbarkeit des Irrtums als Selbstzweck, sondern gemeint ist die Vermeidbarkeit des unrechten Verhaltens wegen der Vermeidbarkeit des Irrtums. Zum anderen führt der Begriff der Vermeidbarkeit zur Assoziation eines psychologisierend verstandenen Freiheitsspielraums wie der Begriff der Fähigkeit bei den §§ 20 f StGB. Aber auch darauf kommt es nicht an, sondern auf die Bestimmung, wie viele soziale Notwendigkeiten dem Irrenden aufgebürdet werden müssen (insoweit ist der Irrtum vermeidbar) und wieviel Unwissenheit des Täters von Staat und Gesellschaft hingenommen werden können, ohne daß jeweils die generalpräventive Funktion des Strafrechts leidet. Vermeidbarkeit ist deshalb — wie die Schuld selbst — ein vom Strafzweck abhängiger Begriff.

C. Ein Fahrlässigkeitstäter befindet sich stets in einem Verbotsirrtum; denn wer **34** nicht weiß, mit welchen Folgen er sich verhält, hat auch keine aktuelle Vorstellung davon, daß es Unrecht ist, sich mit den bestimmten Folgen zu verhalten. Beispiel: Wer nicht ernsthaft urteilt, daß er wegen seiner Trunkenheit im Begriff steht, einen Verkehrsunfall mit Verletzungsfolgen zu verursachen, hat auch kein aktuelles Bild vom Unrecht seines Körperverletzungsverhaltens vor Augen. Freilich mag der Täter eine auf hypothetisches Unrecht bezogene oder eine abstrakte Unrechtsvorstellung haben. So mag im soeben angeführten Beispiel der Täter aktuell bedenken, daß es Unrecht wäre, wenn ihm eine fahrlässige Körperverletzung unterliefe, oder daß es überhaupt Unrecht ist, sich fahrlässig körperverletzend zu verhalten; der Bezug zum realen Geschehen fehlt jedenfalls mangels aktueller Kenntnis des Geschehens. Dieser nur durch Tatbestandsunkenntnis bedingte Verbotsirrtum wird nicht besonders veranschlagt, da er jeder Fahrlässigkeit eigentümlich ist. Aber es können weitere Gründe für die fehlende Unrechtseinsicht und damit für das Nicht-Vermeiden des unrechten Verhaltens hinzutreten. Die Zuständigkeit für diese weiteren Gründe richtet sich nach den allgemeinen, sogleich noch zu entwickelnden Regeln. Beispiel: Wer beim Führen eines Automobils auf die Geschwindigkeit nicht achtet und auch nicht weiß, daß die Höchstgeschwindigkeit für Fahrzeuge der benutzten Art auf die Hälfte der von ihm gefahrenen Geschwindigkeit limitiert ist, irrt unabhängig von seiner Tatbestandsunkenntnis über den Bestand von Unrecht; für diesen Irrtum kann der Täter zuständig sein (Regelfall) oder nicht (ein Ausländer hat bei der Einreise ein Merkblatt der Polizei mit einem entsprechenden Druckfehler erhalten) (zum Verhältnis von Fahrlässigkeit und Verbotsirrtum siehe schon oben 19/21).

VI. Der Begriff der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums

A. Die Vermeidbarkeit als Zuständigkeit für den Defekt

1. Der Irrtum ist vermeidbar, wenn der Täter für ihn zuständig ist. Was den **35** Grundlagenirrtum angeht, so kann es daran fehlen, wenn der Täter als Befund ein Sozialisationsdefizit aufweist (oben 19/7 ff). Schwieriger ist die Beurteilung der Zuständigkeit für einen Irrtum im verfügbaren Bereich. Jedenfalls steht mit dem Irrtum fest, daß der Täter nun einmal zum Irrtum und zum Nicht-Vermeiden des Unrechts

57 *Horn* Verbotsirrtum S. 65 ff, 105 ff, siehe auch unten zur „Erkundigungspflicht" 19/41.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

psychisch disponiert war. Die Vermeidbarkeit ist bei dieser Lage kein psychologisches Problem[58], sondern ein normatives: Es geht um die Antwort auf die Frage, auf welche der nun einmal zum Irrtum hinreichend vorhandenen psychischen Faktoren sich der Täter zu seiner Entlastung berufen kann und für welche er selbst einzustehen hat, so daß er für den Irrtum zuständig ist. Beispiel: Wie sich bei der Schuld allgemein kein Täter darauf berufen kann, er sei nun einmal bei der Tat so disponiert gewesen, daß er Lust zum unrechten Verhalten verspürt habe, so kann auch kein Täter entlastend auf sein nun einmal gegebenes Desinteresse an rechtlichen Regelungen verweisen, das Unrechtseinsicht bei der Tat nicht aufkommen ließ.

36 2 a) Auf ein realiter vorhandenes Defizit bei den psychischen Bedingungen der Normbefolgung kann sich ein Täter dann nicht berufen, wenn das Strafrecht garantieren soll, daß man mit einem Defizit der vorliegenden Art nicht rechnen muß, wenn also das Vertrauen geschützt wird, jeder zurechnungsfähige Mensch werde bei sich selbst eine solche defizitäre Lage nicht eintreten lassen. Da Strafrecht allgemeine Normtreue stabilisieren soll, ist jeder Täter für ein solches Defizit an Normtreue zuständig. Das ist die normative Perspektive. Ob Zuständigkeit vorliegt, kann durch einen Vergleich der realen psychischen Lage mit folgender hypothetischen Lage ermittelt werden: Würde der Täter hinreichende Normbefolgungsbereitschaft aufbauen (was er aktuell freilich nicht tut), so würde die aktuell nicht bedachte Norm in sein Bewußtsein gerückt und beachtet. Es wird nicht unterstellt, der Täter kenne die Norm, um die es geht, sondern unterstellt wird nur, er wolle jede Norm, welche es auch sei, befolgen. Die unterstellte Normbefolgungsbereitschaft kann also nur wirken, wenn beim Täter zur Tatzeit noch ein latentes, aktualisierbares und konkretisierbares Rest-Normwissen vorhanden ist[58a].

Das Maß der (Un-)Zuständigkeit für den Irrtum hängt nicht allein davon ab, was zur Tatzeit im Kopf des Täters (nicht) vorgeht, sondern auch von den Gründen für diese Vorgänge (oder deren Ausbleiben). Muß ein besonders großes Defizit an Normbefolgungsbereitschaft ausgeglichen werden, so mindert dieser Umstand die Schuld dann nicht, wenn das große Maß nicht die Folge von (etwa) Krankheit oder Verwirrung ist, sondern auf vorangegangener Rechtsfeindschaft oder Rechtsgleichgültigkeit beruht.

---

58 *Timpe* Strafmilderungen S. 225, 232 ff; *ders.* GA 1984 S. 51 ff, 61 ff; *AK-Neumann* § 17 Rdn. 53; *Hruschka* AT S. 319. — Freilich kann man das Problem psychologisch umformulieren, indem man zunächst fragt, welche psychischen Dispositionen beim Täter zu ändern wären, damit er das Unrecht eingesehen und vermieden hätte; sodann kann man den Täter, so er für die Vermeidung auch zuständig ist, insoweit als fähig definieren, ansonsten als vermeideunfähig. Der Normbezug steckt dann im Begriff der Fähigkeit. Das gilt selbst noch für das am stärksten psychologisierende Vermeidbarkeitsmodell von *Horn* Verbotsirrtum S. 87 ff, wonach „von innen heraus' die Fähigkeit zum Erkennen" und Vermeiden des Unrechts erfragt werden soll (S. 87); das führt zu dem Ergebnis, der Täter müsse „sich zumindest eine Vorstellung von der Möglichkeit" machen, „daß das Handlungsprojekt irgendwie verboten sei" (S. 106). — Aber so läßt sich der normative Bezug nicht überspringen (siehe *Jakobs* Studien S. 130 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 588; *ders.* ZStW 85 S. 469 ff, 482 ff, 484; *Timpe* Strafmilderungen S. 222 ff; *ders.* GA 1984 S. 51 ff, 56 ff); denn dem Täter *ist* die Vorstellung von der Möglichkeit des Unrechts kein Grund zur Vermeidung seines Handlungsprojekts, wie seine Tat beweist; als Unrecht Vermeidender wäre er ein anders Disponierter. Bei dieser Lage besteht kein Grund, als andere Disposition nur die Motivation zur Befolgung von Normen zu denken, die schon als möglicherweise geltend erkannt sind (was den Gleichgültigen, den das Recht nicht interessiert, prämiiert). Vielmehr kann die Disposition auch derart als andere gedacht werden, daß der Täter sogar zur Erkenntnis noch nicht in den Blick gekommener Normen disponiert ist. — Welche der sich bei diesen Hypothesen ergebenden „Fähigkeiten" rechtlich erheblich ist, kann nur nach dem Zweck von Zurechnung entschieden werden.

58a Das verkennt wohl BayObLG NJW 1990 S. 2328 f, 2333 (S. 2329 rechte Sp.: Die Angeklagte war „der festen Überzeugung", ihr Verhalten entspreche der Rechtsordnung; war diese Überzeugung *objektiv* ernsthaft, so schließt dies Vermeidbarkeit aus).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Der Täter kann sich nach diesem Konzept also nicht entlastend darauf berufen, ein Mehr an Normbefolgungsbereitschaft habe er nicht aufbauen können, wohl aber wird er unzuständig, wenn es ihm an einem latenten Rest-Normwissen fehlt, das durch Normbefolgungsbereitschaft aktualisiert und konkretisiert werden könnte.

b aa) Diese Lage führt — scheinbar — in den Fällen zu Wertungswidersprüchen, in **37** denen ein latentes Rest-Normwissen aus Gründen fehlt, die den Täter belasten (was insbesondere bei abstrakten Gefährdungsdelikten und bei solchen Delikten der Fall sein kann, durch die diffuse Rechtsgüter angegriffen werden, etwa die Effektivität der Verwaltung). Beispiel: Ein Röntgenarzt kümmert sich nicht mehr um seine Fortbildung und kann deshalb nicht ahnen, daß eine bestimmte Applikationsart der Strahlen, die bislang als völlig unschädlich galt, nunmehr aufgrund überraschender neuer Forschungen durch eine abstrakte Gefährdungen verbietende Norm untersagt worden ist. *In* der Situation ist dem Täter mit optimaler Normbefolgungsbereitschaft nicht zu helfen, da die Bereitschaft mangels einer Wissensbasis ins Leere stößt; aber *vor* der Situation hätte sich der Täter Wissen beschaffen können. Vor der Tat verwirklichte er freilich nicht den Tatbestand, um den es geht, auch nicht in actio libera in causa (oben 17/64 ff), da er die wirkliche Entwicklung der Dinge auch damals nicht in hinreichender Dichte voraussehen konnte. Für solche Fälle wird die Ansicht vertreten, nicht nur das Maß, sondern auch das Ob der Zuständigkeit des Täters solle unter Bezug auf das Vorverhalten bestimmt werden. Es soll dann um einen auf „Lebensführungsschuld gegründeten Tatschuldvorwurf" gehen[59], der aber nur im Bereich derjenigen rechtlich besonders geregelten Tätigkeiten erhoben werden soll, bei denen vom Ausübenden zu erwarten ist, daß er sich über die Rechtslage informiert.

bb) Es bedürfte der Lebensführungsschuld nicht, um zu dem skizzierten Ergebnis zu kommen; denn die Annahme, nur Willensmängel seien unverzeihlich, Kenntnismängel hingegen stets verzeihlich, ist nicht zwingend. Es kommt vielmehr für die Verzeihlichkeit auf den Strafzweck an. In einem Strafrecht, das beispielsweise Konformität des Verhaltens mit standardisierten Rollen zu stabilisieren hätte, würden auch Kenntnismängel zur Schuld gehören. Das geltende Strafrecht garantiert freilich nur Normtreue, nicht Mindestkenntnisse: Es will den Schuldigen rollenübergreifend desavouieren. Der Schuldige hat nicht nur an einer Stelle versagt, die Spezialkenntnisse erfordert, sondern er hat ein Defizit offenbart, das nirgendwo akzeptiert werden kann (sondern bestenfalls bei Beziehungen, die durch Zuneigung geprägt sind, übergangen wird). Das Recht kann sich den Verzicht, Kenntnismängel anzulasten, gut leisten. Denn Kenntnismängel sind in der Regel ein Zeichen von Inkompetenz; insbesondere können die Folgen auf den Täter selbst zurückschlagen (wie es etwa im genannten Beispiel dann der Fall ist, wenn die Neuerung dem Schutz des Bedienungspersonals dient). Es besteht also keine Gefahr, daß die Beschränkung auf das Verlangen nach Rechtstreue zu einer Haltung verführt, bei der sich vermehrt Kenntnislücken einschleichen könnten[60]. Mangels der Notwendigkeit einer strafrechtlichen Reaktion bedarf es also keiner Schuldbegrün-

59 *SK-Rudolphi* § 17 Rdn. 44 f; *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 254 ff; *ders.* Henkel-Festschrift S. 199 ff, 207 ff; *Stratenwerth* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 485 ff, 488 ff (der dies zu einem allgemeinen Zurechnungsgrundsatz erweitern will, S. 495); *Schönke-Schröder-Cramer* § 17 Rdn. 17; wohl auch *Krümpelmann* Beiheft ZStW 1978 S. 6 ff, 37; siehe auch BayObLG OLGSt. § 2 Abs. 2 HackfleischVO S. 1 ff, 6; OLG Oldenburg OLGSt. § 48 Maß- und GewichtsG S. 1 ff, 6; OLG Hamm VRS 10 S. 358 f; OLG Hamm DAR 1958 S. 307 f; OLG Köln GA 1956 S. 327 f.

60 *Jakobs* in: Der Sachverständige S. 271 ff, 274 f; *ders.* ZStW 101 S. 516 ff, 533 ff; zur Beziehung von Straffreiheit beim Verbotsirrtum und Strafzweck siehe auch *Roxin* Henkel-Festschrift S. 171 ff, 187 f; anders (Kenntnismangel als Schuld) Vorauflage 19/37; *Timpe* Strafmilderungen S. 225 f, 271 und passim; *ders.* GA 1984 S. 51 ff, 65.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

dung durch Lebensführung (dazu oben 7/74 ff) oder durch den Vorwurf von Kenntnismängeln. — Die mangelnde Rechtstreue *vor* der Tat ist Schuld zu dem nicht positivierten Delikt des Sich-inkompetent-Machens, das, sollte es positiviert werden, nach Art des § 323a StGB auszugestalten wäre. Ein anderer Weg ist in einem Strafrecht versperrt, das nicht wegen Rechtsuntreue, die sich irgendwann zu Taten auswächst, straft, sondern wegen Rechtsuntreue bei der Tatbestandsverwirklichung (siehe oben 8/6 a. E. und 17/58).

B. Einzelheiten

38 1. Die Zuständigkeit des Täters für den Irrtum ist danach zu bestimmen, ob aus seinem Verhalten eine nicht hinreichende Anerkennung des positiven Rechts deutlich wird oder nicht. Was dabei eine hinreichende Anerkennung ist, richtet sich nach dem jeweiligen Regelungsbereich. Das positive Recht kann bereichsweise nur durchgesetzt werden, wenn es der Rechtsunterworfene selbst ermittelt. Beispiel: Der Fachanwalt für Steuerrecht ist für die Richtigkeit seiner Beratung zuständig; er muß sich über Gesetzgebung und Rechtsprechung aus den primären Quellen informieren. — Hierbei gibt es verschiedene und durch ihre Tradition erklärbare Formen, wie weit der Staat dem Rechtsunterworfenen die Ermittlung jenseits der Verkündung im Bundesgesetzblatt erleichtert (offiziöse Entscheidungssammlungen, Merkblätter des Finanzamts, amtliche Anschläge und amtliche Bekanntgaben in Massenmedien etc.) oder Erleichterungen durch Dritte (Berufsverbände, Presse etc.) einplant. An Eingangsprüfungen, von der Fahrerlaubnis als Voraussetzung der Teilnahme am Straßenverkehr bis hin zum Assessorexamen als Voraussetzung der Zulassung als Rechtsanwalt, zeigt sich, daß für den betreffenden Lebensbereich Sonderkenntnisse erforderlich und durch den Ausübenden selbst auf dem laufenden Stand zu halten sind. In Lebensbereichen, die allen Menschen ohne Prüfung ihrer Rechtskunde offenstehen, muß der Rechtsunterworfene nicht ermitteln, sondern kann auf den Fortbestand der bei seiner Sozialisation erlernten Normen vertrauen (jedenfalls solange nicht eine Notstandsverfassung ausgerufen wurde[61]), bis Änderungen unmißverständlich angezeigt worden sind. Beispiel: Man darf darauf vertrauen, daß weiterhin Freizügigkeit herrscht, daß man weiterhin Nahrungsmittel horten oder verschwenden darf etc. — Wenn die Rechtsprechung hervorhebt, der Maßstab für das „Hinreichende" sei schärfer als derjenige des erlaubten Risikos bei Fahrlässigkeit[62], so wird die Verschiedenheit der Regelungsbereiche dabei verkannt. Gewiß ist etwa die versehentliche Annahme, man werde einen anderen nicht verletzen, praktisch häufiger exkulpierbar als diejenige, man dürfe einen anderen grundlos verletzen. Es ist aber falsch, deshalb die Unkenntnis der Pflichten, die sich z. B. aus den Regelungen zur Ermöglichung einer Bundeswirtschaftsstatistik ergeben, strenger zu behandeln als die Unsorgfalt bei einer medizinischen Operation. Wie beim erlaubten Risiko kommt es auf die Abwägung im einzelnen Fallbereich und auf die traditionelle Handhabung an.

39 Diese Differenzierung nach Lebensbereichen[62a] heißt nicht, jeder Mensch müsse permanent beurteilen, in welchem Bereich er sich bewegt und welche Anforderungen dort gestellt werden. Die rechtliche Qualifizierung eines Verhaltens wird vielmehr bei allen Verhaltensweisen, die gewohnheitsmäßig vollzogen werden, zur Eigenschaft des

---

61 Siehe zum Umweltschutz OLG Düsseldorf NStZ 1981 S. 444; die Entscheidung verkennt freilich die Bedeutung normativer Tatbestandsmerkmale (zutreffend kritisch *Meyer* JuS 1983 S. 513 ff, 514 f).

62 BGH 4 S. 237 ff, 242 f; 21 S. 18 ff, 20 f; *a. A. Lackner* § 17 Anm. 4 a.

62a Dazu *Timpe* Strafmilderungen S. 242 ff; auch *Donatsch* SchwZStr. 102 (1985) S. 16 ff, 28.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Verhaltens, die miterlebt wird, solange überhaupt eine Orientierung über das Verhalten besteht. Wenn in der Rechtsprechung ausgeführt wird, jeder Mensch habe „bei allem, was er zu tun im Begriff steht, sich bewußt zu machen, ob es mit den Sätzen des rechtlichen Sollens in Einklang steht“[63], so ist das, was die Bewußtheit angeht, überzogen und ansonsten nur deshalb keine Überforderung, weil die rechtliche Qualität eines Verhaltens zumeist nicht erschlossen werden muß, sondern stereotyp mitbewußt ist oder unbewußt stereotyp miterlebt wird. Für stereotypes Unrecht besteht eine Zuständigkeit des Täters, für stereotyp als rechtmäßig Geltendes im Irrtumsfall nicht, wenn das stereotype Urteil mit hinreichender Sorgfalt aufgebaut wurde[63a]. Ansonsten begründet der leichtfertige Aufbau die Zuständigkeit (praktisch wohl selten, weil bei einem falschen Urteil in der Regel Gewohnheitsbildung hindernde Rückmeldungen erfolgen; zu möglichen Fallgruppen siehe oben 19/26).

2 a) Daß eine Zuständigkeit des Täters für einen Irrtum (praktisch) nur im Bereich **40** des nicht stereotyp Rechtmäßigen in Frage kommt, wird üblicherweise dahin formuliert, zur Vermeidbarkeit müsse ein *Anlaß* bestehen, über die Rechtslage nachzudenken o. ä.[64], was bei einer Interpretation des Anlasses nach dem Zweck von Zurechnung besagt: Ein Anlaß besteht stets, wenn das Verhalten des Täters mit der Geltung positiven Rechts unverträglich und der Irrtum nicht Zufall und auch nicht anderen Systemen zuzurechnen ist. Daß ein Anlaß in diesem Sinn bei Begehungsdelikten eher vorliege als bei Unterlassungsdelikten, ist entgegen einer verbreiteten Ansicht[65] wegen der Parallelität von Herrschaftsdelikten und Garantenstellungen kraft Organisationszuständigkeit einerseits (oben 7/56 ff) und wegen der Begehung und Unterlassung umgreifenden Form der Pflichtdelikte andererseits (oben 7/70 f) nicht generell richtig. Freilich führt der Mißbrauch der Unterlassungsdelikte, scil. die bei Garantenstellungen ausufernde Rechtsprechung[66] und die im Nebenstrafrecht ebenso ausufernde Positivierung obskurer echter Unterlassungsdelikte, in diesen Randbereichen zur Häufung von unvermeidbaren Verbotsirrtümern.

b aa) Besteht ein Anlaß, so kann der Täter doch für den Irrtum unzuständig werden, **41** wenn er sich vor der Tat so verhält, daß sein Irrtum auf ein anderes System, notfalls auf den Gesetzgeber selbst, geschoben oder als Zufall abgetan werden kann. Wie das zu geschehen hat, ist streitig. Die Rechtsprechung hat zunächst verlangt, der Täter müsse sein Gewissen anspannen[67]. Das wird im Bereich verfügbarer Normen freilich kaum je zu klaren Ergebnissen führen; zudem dürfte die Gewissensanspannung bei stark und unreflektiert religiös oder ideologisch geprägten Personen überhaupt ungeeignet sein, Normen des geltenden Rechts zu reproduzieren. Deshalb ist besser darauf abzustellen,

---

63 BGH GS 2 S. 194 ff, 201.

63a Beispiel: AG Lübeck StV 1989 S. 348 f.

64 So, bei freilich im einzelnen unterschiedlichem Verständnis, was ein Anlaß sein soll, *Welzel* JZ 1956 S. 238 ff, 241; *H. Mayer* MDR 1952 S. 392 ff, 393; *SK-Rudolphi* § 17 Rdn. 30 ff; *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 207 ff; *ders.* JurBl. 1981 S. 289 ff, 295; *Horn* Verbotsirrtum S. 84 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 585 f; *Mattil* ZStW 74 S. 201 ff, 216 f.

65 BGH 16 S. 155 ff, 160; BGH NJW 1964 S. 1330 f, 1331; *Geilen* JuS 1965 S. 426 ff; *Baumann-Weber* AT § 27 II 3 e; *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 31; — noch täterfreundlicher (bei Unterlassen müsse „die Grenze des Wissens erreicht“ sein) *Jescheck* AT § 41 II 2 b.

66 So lag im Fall der Entscheidung BGH 16 S. 155 ff, in der die Möglichkeit eines Verbotsirrtums betont wird, schon keine Garantenstellung vor; siehe unten 29/32 ff, 45, Fn. 185.

67 BGH GS 2 S. 194 ff, 201, 209; siehe aber auch schon aaO S. 201 („Erkundigung“); ebenso BGH 4 S. 80 ff, 86; 4 S. 237 ff, 243; jetzt (freilich gekoppelt mit der Anspannung „aller . . . geistigen Erkenntniskräfte“) wieder BGH StV 1984 S. 461 f und BGHZ NJW 1985 S. 134 ff, 135. Kritisch zur Brauchbarkeit der Gewissensanspannung *Mattil* ZStW 74 S. 201 ff, 214 f und passim; *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 224 ff; *Welzel* JZ 1952 S. 340 ff, 342; *H. Mayer* MDR 1952 S. 392 ff, 393; *H.-W. Schünemann* NJW 1980 S. 735 ff, 741; *Donatsch* SchwZStr. 102 (1985) S. 16 ff, 34.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

was dem Täter an externer Information zugänglich ist, insbesondere durch Erkundigung aus verläßlichen Quellen[68]. Dabei geht es im Rahmen der Begehungsdelikte — entgegen der ganz geläufigen Terminologie der Rechtsprechung — nicht um eine Pflicht zur Informationsbeschaffung (der Täter handelt auch rechtmäßig, wenn er ohne Befolgung der „Pflicht" aus Bequemlichkeit die Handlung unterläßt), sondern es geht um die Information als Voraussetzung der Unzuständigkeit für einen Irrtum[69].

42 bb) Die Verläßlichkeit einer Quelle richtet sich danach, ob ihre Nutzung mit der Geltung positiven Rechts verträglich ist. Ein Irrtum des Täters über die Verläßlichkeit belastet ihn nicht, wenn der Grund des Irrtums seinerseits die Anerkennung positiven Rechts nicht tangiert[70].

43 cc) Im übrigen kommt es auf den Sachbereich an, ob z. B. eine Behörde[71] oder ein Rechtsanwalt oder sonstiger Jurist[72] oder — von einem Rechtsanwalt — die Anwaltskammer[73] zu befragen sind, oder ob die Lektüre einer Fachzeitschrift o. ä. hinreicht[74].

44 dd) Ist die an sich einschlägige Quelle aus Gründen nicht verläßlich, für deren Beachtung der Täter zuständig ist — der Rechtsanwalt ist sichtlich zerstreut oder empfiehlt Gesetzesumgehung durch „plumpe Machenschaften"[75]; der Finanzbeamte erklärt selbst, er sei ein nicht eingearbeiteter Vertreter —, so wird der Täter nicht entlastet. — Wird die Kenntnis auf korrektem Weg verschafft und fällt das Ergebnis eindeutig dahin aus, das in Frage stehende Verhalten sei erlaubt, so ist der Täter, auch wenn er restliche Zweifel hegt, für einen Irrtum nicht zuständig. Der Irrtum ist dann vielmehr einer Unklarheit des Gesetzes anzulasten oder der Auskunftsstelle, oder aber er ist als Zufall zu definieren. — Ist das Ergebnis der Information nicht eindeutig, so steht der Täter in der Obliegenheit, sich bei einer „höheren" Stelle zu informieren.

---

68 Treffend BGH 4 S. 1 ff, 5; 5 S. 284 ff, 289; 20 S. 343 ff, 372; 21 S. 18 ff, 20 f u. a. m.

69 Bei Unterlassungsdelikten kann eine Erkundigungspflicht aus dem Handlungsgebot folgen, scil. wenn der Täter nur bei einer Präzisierung der Gebotslage faktisch in der Lage ist, die Pflicht zu erfüllen. Beispiel: Wer weiß, daß er ein bestimmtes Signal von zehn verfügbaren Signalen übermitteln muß und auch nur ein Signal übermitteln kann, aber nicht mehr weiß, welches zu übermitteln ist, hat die Pflicht zur Erkundigung. — Gegen die Substitution der Pflicht, eine Norm zu befolgen, durch die Pflicht, sie zu ermitteln, *Armin Kaufmann* Eb. Schmidt-Festschrift S. 319 ff, 330 f; *ders.* Unterlassungsdelikte S. 146; *Horn* Verbotsirrtum S. 60 ff, 65 ff; *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 196 ff; *Jakobs* Studien S. 13 ff; *Wolter* JuS 1979 S. 482 ff, 484, jeweils mit Nachweisen.

70 Die Rechtsprechung bezieht das zunächst — in Fortsetzung des fehlerhaften Ansatzes beim Gewissen — auf das individuell zu verlangende Maß (gemeint ist das Tiefdringende) der Gewissensanspannung; BGH GS 2 S. 194 ff, 201; 4 S. 80 ff, 86; 5 S. 284 ff, 289. — Nachfolgend geht es um die individuell zu verlangende Gründlichkeit der Information bei externen Quellen; BGH 21 S. 18 ff, 20 f; OLG Hamburg JR 1981 S. 31 ff, 32.

71 BayObLG NJW 1965 S. 1924 ff; GA 1966 S. 182 ff; OLG Frankfurt VRS 28 S. 423 ff.

72 BGH 20 S. 343 ff, 372; 21 S. 18 ff, 21; BGH GA 1959 S. 87 f; BGH NJW 1989 S. 409 f, 410; OLG Hamburg NJW 1977 S. 1831 f mit kritischer Anmerkung *Gössel* JR 1978 S. 292 ff, 293; AG Frankfurt NJW 1989 S. 1745 f; — gegen die Tauglichkeit von „Hausjuristen" („befangen") OLG Stuttgart NJW 1977 S. 1408 f, 1409; zutreffend nach dem Niveau der Auskunft differenzierend OLG Bremen NStZ 1981 S. 265 f, 266; — überhaupt an der Brauchbarkeit von Rechtsauskünften zweifelt *Kunz* GA 1983 S. 457 ff, 462, der freilich verkennt, daß für das Risiko der Unbrauchbarkeit nicht stets der Rechtsunterworfene zuständig ist.

73 BGH 18 S. 192 ff, 197; — Beratung mit dem Sozius soll ausreichen nach BGH NJW 1962 S. 1831 f; — zutreffend dafür, daß ein erfahrener Anwalt die Grenze des Parteiverrats selbst beurteilen kann, BGH 15 S. 332 ff, 341; — Ignoranz der Anwaltskammer entbindet den Anwalt nicht von dem Erfordernis, sein besseres Wissen zu aktivieren (siehe OLG Hamburg JZ 1979 S. 275 ff, 278).

74 Weitere Nachweise der Rechtsprechung bei *Dreher-Tröndle* § 17 Rdn. 9; *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 41 ff.

75 KG JR 1977 S. 379 f, 380 mit Anmerkung *Rudolphi* aaO S. 380 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Wenn das unmöglich ist, hat er der Rechtsansicht zu folgen, die voraussichtlich die Beurteilung seines Verhaltens bestimmen wird. Beispiele: Eine gesetzliche Regelung hat Vorrang, solange nicht die Ungültigkeit des Gesetzes festgestellt oder zumindest unter Fachleuten ausgemacht ist[76]; gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung rangiert vor Rechtsansichten[77], bis sich eine Rechtsansicht solchermaßen durchsetzt, daß ein Umschwung der Rechtsprechung zu erwarten ist[78]. Ist bei widersprüchlichen Entscheidungen gleicher Dignität nicht die Fehlerhaftigkeit einer Entscheidung unter Fachleuten ausgemacht, so daß mit einer Wiederholung des Widerspruchs nicht zu rechnen ist, so liegt eine vom Täter nicht zu verantwortende Lage der Unbestimmtheit vor; der Täter ist entschuldigt, wenn er sich entsprechend den Regeln der Pflichtenkollision verhält[79] (siehe schon oben zum bedingten Unrechtsbewußtsein 19/31).

c) Besorgt sich der Täter keine Information, obgleich ein Anlaß und die Möglich- **45**
keit, eine Information einzuholen, gegeben sind, so ist der Fall denkbar, daß dem Täter, hätte er sich belehren lassen, die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens fehlerhaft bestätigt worden wäre. Die Bedeutung dieser hypothetisch falschen Information ist wie folgt zu beurteilen[80].

aa) Wäre die Auskunft falsch gewesen, weil die einzelne Quelle ausnahmsweise zu rechenbar oder zufällig versagt hätte (der Anwalt hätte nicht ordentlich gearbeitet; im Bundesgesetzblatt ist ein Druckfehler; die vom Täter aus Gründen, für die er nicht zuständig ist, irrig für optimal gehaltene Informationsquelle ist objektiv ungeeignet), so bleibt der Täter zuständig; denn zur Möglichkeit, den Konflikt über das Versagen anderer Personen oder über Zufall zu erledigen, ist es nun einmal nicht gekommen[81] (siehe oben zu den hypothetischen Schadensursachen 7/73, 92 ff).

---

76 *SK-Rudolphi* § 17 Rdn. 36; *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 235 ff; *Stratenwerth* Verantwortung S. 123 ff.

77 *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 104 ff; *SK-Rudolphi* § 17 Rdn. 37; *Schönke-Schröder-Cramer* § 17 Rdn. 20. — Zur parallelen Diskussion im Zivilrecht siehe *Köhler* JR 1984 S. 45 ff.

78 *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 34 mit Nachweisen.

79 Streitig; — *Stratenwerth* AT Rdn. 594; *Maurach-Zipf* AT I § 38 Rdn. 36 schieben für diesen Fall die Zuständigkeit auf Gesetz und Rechtsprechung, weil sonst jede falsche Entscheidung den Freiheitsspielraum beeinträchtige. Aber es darf auch nicht jede falsche Entscheidung dem Täter eine Freiheit geben, die das Opfer schutzlos stellt. — Verbreitet wird darauf abgestellt, was dem Täter zumutbar ist (das ist dogmatisch ungesichert; die gesetzlichen Beispiele ausgeschlossener Zumutbarkeit, insbesondere § 35 StGB, geben keine Entscheidungsmaximen für die anstehende Problemkonstellation); OLG Bremen NJW 1960 S. 163 f, 164; OLG Frankfurt NJW 1964 S. 508 f, 509; OLG Stuttgart NJW 1967 S. 122; OLG Braunschweig NJW 1976 S. 60 ff, 62; *Warda* Welzel-Festschrift S. 499 ff, 526 ff; *Kunz* GA 1983 S. 457 ff, 468 ff; *Schönke-Schröder-Cramer* § 17 Rdn. 21; *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 39.

80 Die neuere Rechtsprechung stellt überwiegend — normlogisch unsauber — auf die Verletzung einer „Erkundigungspflicht" ab und fragt nicht nach der Kausalität der „Erkundigung"; BGH 21 S. 18 ff, 21; BayObLG NJW 1960 S. 504 und S. 1320; NJW 1965 S. 1924 ff; OLG Köln NJW 1974 S. 1830 f, 1831 (anders die ältere Rechtsprechung; BGH VRS 14 S. 30 ff, 31; 15 S. 123 ff, 124 f). — Die Literatur (und aus der neueren Rechtsprechung OLG Celle NJW 1977 S. 1644 f; BayObLG JR 1989 S. 386 f mit zustimmender Anmerkung *Rudolphi* aaO S. 387 ff) berücksichtigt überwiegend die hypothetische Kausalität; *Roxin* Henkel-Festschrift S. 171 ff, 188; *Rudolphi* Unrechtsbewußtsein S. 250 ff (unter Hervorhebung, daß es nur um die vertrauenswürdigen Auskünfte geht); *Strauss* NJW 1969 S. 1418 ff; *Stratenwerth* ZStW 85 S. 469 ff, 488 ff, 494; *H.-W. Schünemann* NJW 1980 S. 735 ff, 741; *Wolter* JuS 1979 S. 482 ff, 484 f mit umfassenden Nachweisen S. 483 Fn. 9; *Baumann-Weber* AT § 27 III 3 e; *Dreher-Tröndle* § 17 Rdn. 9; *Lackner* § 17 Anm. 4 a; *SK-Rudolphi* § 17 Rdn. 42 f; *Schönke-Schröder-Cramer* § 17 Rdn. 22; *Welzel* Strafrecht § 22 III 2 a. E.; *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 45 u. a. m.

81 Ähnlich *Donatsch* SchwZStr. 102 (1985) S. 16 ff, 32 f. — Entsprechend bleibt der Täter nicht zuständig, wenn er eine mit gutem Grund für optimal gehaltene, objektiv aber ungeeignete Informationsquelle hätte angehen können und zufällig eine richtige Antwort erhalten hätte.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

bb) Wäre die Auskunft aber falsch gewesen, weil die Streitfrage selbst mit der objektiv optimalen Informationsquelle überhaupt nicht planvoll richtig entschieden werden kann, so ist der Täter nicht zuständig, auch nicht bei bedingtem Unrechtsbewußtsein; denn das Verhalten ist dann, ohne daß es der Täter weiß, objektiv stereotyp rechtmäßig. Beispiel: Ein zu befragender Rechtsanwalt hätte auf eine gefestigte erlaubende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verwiesen, die erst Jahre später auf Grund einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die derzeit noch unbekanntes Material verarbeitet, unvertretbar wird.

VII. Die rechtliche Folge des Verbotsirrtums

46 A. Soweit der Täter für den Irrtum nicht zuständig ist, haftet er mangels Schuld nicht: § 17 Satz 1 StGB. Das gilt auch bei bedingtem Unrechtsbewußtsein, was die Zuständigkeit für den Zweifel angeht, sofern der Täter sich entsprechend den Regeln der Pflichtenkollision verhält (oben 19/31, 44).

47 B. Ist der Täter für den Irrtum (oder bei bedingtem Unrechtsbewußtsein für den Zweifel) nach den genannten Regeln an sich zuständig, so richten sich Schuld und Haftung nach dem Maß der gegebenen Zuständigkeit. Das Maß wiederum ist abhängig davon, (1) wie deutlich sich der Täter vom Bereich des stereotyp Rechtmäßigen entfernt oder wie deutlich sein Vorverhalten die Verlagerung eines Konflikts oder seine Erklärung als Zufall ermöglicht oder ausschließt und (2) aus welchem motivatorischen Grund das geschieht; durch die Berücksichtigung des motivatorischen Grunds kann die an sich gegebene Zuständigkeit sogar ganz entfallen.

48 1. Im Randbereich des noch stereotyp Rechtmäßigen kann schon ein kleines Manko an Rechtstreue den Irrtum erklären; deshalb ist die Schuld in diesem Bereich regelmäßig gemindert, wobei es bei nur minimalen Abweichungen vom Rechtmäßigen nicht darauf ankommt, was der aktuelle Grund der Rechtsuntreue ist. Beispiel: Wer sich kurz nach dem Inkrafttreten einer eher belanglosen Änderung der Pflichten des Kraftfahrers — etwa den Gebrauch des Warnsignals betreffend — automatisch noch einmal so verhält, wie es der alten Ordnung entspricht, handelt — so der Automatismus überhaupt überformbar ist — mit geminderter Schuld. Anders ist schon zu entscheiden, wenn von der Beachtung der Änderung — etwa der Vorfahrt oder des Vorranges von Fußgängern etc. — Leib und Leben abhängen, so daß von einem Rechtstreuen eine ständige bewußte Einstellung auf die neue Regelung geleistet wird; hier hat zumindest derjenige, der sich aus Gleichgültigkeit nicht um die Änderung kümmert, volle Schuld.

Ebenso mindert sich die Schuld, wenn der Täter kleinere Indizien für die Unzuverlässigkeit der von ihm zur Aufklärung herangezogenen Quelle übersieht. Auch hier wird die Einstellung des Täters wiederum erst relevant, wenn von der Norm der Bestand bedeutender Güter abhängt.

49 2. Ist die Mißachtung des positiven Rechts deutlich, so scheidet eine Schuldminderung aus, wenn der Täter rechtsgleichgültig oder gar rechtsfeindlich gesonnen ist. Ansonsten kann die Schuld gemindert oder gar aufgehoben sein, und zwar um so eher, je stärker dem Täter die Mißachtung aus motivatorischen Gründen unterläuft, die ein anderes Verhalten als nur beschränkt oder überhaupt nicht zumutbar erscheinen lassen: Der Täter hat sich in existentieller oder sonst verständlicher Not, aus Verwirrung oder aus Schrecken etc. geirrt, ohne seinerseits für diese Belastungen seiner Psyche zuständig zu sein. Der Täter weist in solchen Fällen einen Befund auf, der als Grund der Normmißachtung definiert werden kann. Relevante Befunde sind dabei nicht nur solche nach Art der (präsumierten) psychischen Belastungen bei den §§ 33, 35 StGB;

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

denn der Befund muß beim Verbotsirrtum — anders als bei den genannten Vorschriften — nur den Irrtum erklären. So kann insbesondere auch „unverschuldete" Angst vor dem Verlust bedeutender Sachgüter die Zuständigkeit für einen angstbedingten Verbotsirrtum mindern oder aufheben.

C. Jede Milderung der Zuständigkeit führt zu einer Minderung der Schuld und **50**
damit zu einer Milderung der Strafe. Ob der Strafrahmen gemäß §§ 17 Satz 2, 49 Abs. 1 StGB herabgesetzt werden muß, richtet sich nach dem Maß der Minderung[82]. Dabei ist allein auf irrtumsbezogene Gründe abzustellen; eine „Gesamtbetrachtung" aller Strafzumessungsgründe kann die Rahmenänderung nicht tragen[83].

Da die Zuständigkeit stufenlos quantifizierbar ist, sind die bei bloßer Milderung nach § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB (außer in der letzten Gruppe) verbleibenden Mindeststrafen in Fällen kraß geminderter Zuständigkeit unangebracht. Das Problem ist zwar hier weniger relevant als im analogen Fall bei § 21 StGB (oben 18/30; dort auch zur mehrfachen Anwendung des § 49 Abs. 1 StGB aus *einem* Grund), aber für Fälle des indirekten Verbotsirrtums (oben zur Rechtfertigung 11/36 ff) nicht nur theoretischer Natur. Deshalb ist — entgegen dem Wortlaut — auch eine Anwendung von § 49 Abs. 2 StGB zulässig[84], und zwar zusätzlich zur Anwendung von § 49 Abs. 1 StGB, weil nur durch diese Kumulierung die *Höchst*strafen gesenkt werden können.

Daß die Mindeststrafe für eine Vorsatztat in vermeidbarem Verbotsirrtum durch eine — sachlich freilich verfehlte (und praktisch auch nicht vorhandene) — Mindeststrafe für eine Fahrlässigkeitstat zu limitieren sei[85], ist falsch: Fahrlässigkeit in sofort aktualisierbarer Verbotskenntnis kann schwerer wiegen als Vorsatz im Verbotsirrtum bei nur geringer Zuständigkeit des Täters für den Irrtum.

VIII. Der entschuldigende Irrtum über die Verbindlichkeit eines Befehls[86]

Literatur

H. Arndt Grundriß des Wehrstrafrechts, 2. Auflage 1966; *ders.* Die strafrechtliche Bedeutung des militärischen Befehls, NZWehrr. 1960 S. 145 ff; *P. Fuhrmann* Der höhere Befehl als Rechtfertigungsgrund im Völkerrecht, 1963; *E. W. Hanack* Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, JZ 1967 S. 297 ff, 329 ff; *D. Oehler* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des militärischen Untergebenen für Handeln auf Befehl im französischen Recht, Stock-Festschrift S. 237 ff; *B. Schirmer* Befehl und Gehorsam, 1965; *J. Schölz, E. Lingens* Wehrstrafgesetz, 3. Auflage 1988; *K. Schwaiger* Der Anwendungsbereich des § 5 WStG, NZWehrr. 1961 S. 64 ff; *H. G. Schwenck* Wehrstrafrecht im System des Wehrrechts und in der gerichtlichen Praxis, 1973; *E. Schwinge* Befehl und Gehorsam. Bemerkungen zur Frage der Neugestaltung des § 47 MStGB, ZAkDR 1938 S. 147 ff; *G. Stratenwerth* Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Bewertung hoheitlich gebotenen Handelns, 1958; *H. v. Weber* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR 1948 S. 34 ff; *Th. Würten-*

---

82 Zu den Intentionen der am Gesetzgebungsprozeß Beteiligten bezüglich der Strafmilderungsklausel siehe *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 48 mit Nachweisen.

83 *Schönke-Schröder-Cramer* § 17 Rdn. 26; siehe unten zum analogen Problem beim Versuch mit Nachweisen 25/77 ff; dort auch zu der Möglichkeit, genuin an sich geeignete Milderungsgründe zu kumulieren.

84 *Paeffgen* Verrat S. 175 f; anders die überwiegende Lehre; de lege ferenda für die Möglichkeit eines Absehens von Strafe *Welzel* Niederschriften Bd. II S. 5 ff, 9 f; *Krümpelmann* GA 1968 S. 129 ff, 147; siehe auch *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 49; *SK-Rudolphi* § 17 Rdn. 50; E 1962 Begründung zu § 21 S. 135.

85 BayObLG MDR 1957 S. 434; *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 49; *Lackner* § 17 Anm. 4 b; — wie hier *Dreher-Tröndle* § 17 Rdn. 12; *SK-Rudolphi* § 17 Rdn. 50.

86 Zu den ausländischen Rechten siehe *Stratenwerth* Verantwortung S. 27 ff; *Fuhrmann* Der höhere Befehl S. 56 ff, 127 ff; *v. Weber* MDR 1948 S. 34 ff; *Würtenberger* MDR 1948 S. 271 ff; *Jescheck* AT § 46 III; speziell zum französischen Recht *Oehler* Stock-Festschrift S. 237 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

berger Der Irrtum über die Völkerrechtsmäßigkeit des höheren Befehls im Strafrecht, MDR 1948 S. 271 ff.

51 A. Betrifft ein Befehl ein Unrecht, das nicht Straftat ist, so ist er verbindlich, und der Ausführende handelt gerechtfertigt; diese Lösung beruht auf einer generalisierten Abwägung zwischen der Gehorsamspflicht und der Pflicht, kein Unrecht zu begehen (streitig, siehe oben zur Rechtfertigung 16/14). Betrifft ein Befehl strafbares Unrecht, so ist er unverbindlich (§ 11 Abs. 2 SoldatenG, § 22 WStG, §§ 55 f BBG, §§ 37 f BRRG und die entsprechenden Gesetze der Länder), freilich kann der Untergebene schuldlos oder mit geminderter Schuld handeln.

52 B. Die Behandlung eines Irrtums des Untergebenen, ein Befehl rechtfertige schon wegen des Befohlenseins, richtet sich nach den allgemeinen Regeln. Ein solcher Irrtum ist in drei Arten möglich. Zum einen kann der Täter der Ansicht sein, ein Befehl (oder doch zumindest ein militärischer Befehl oder zumindest ein militärischer Befehl im Manöver etc.) rechtfertige per se auch die Verwirklichung eines Deliktstatbestands; dies ist eine irrige Annahme eines rechtlich nicht anerkannten Rechtfertigungsgrunds und nach den Regeln des Verbotsirrtums (§ 17 StGB) zu erledigen[87] (oben 11/36). — Zum anderen mag der Untergebene erkennen, daß seine Beurteilungsbasis genauer ist als diejenige des Vorgesetzten und über die — gegebene — Notwendigkeit zur Remonstration (siehe oben zur Rechtfertigung 16/15) aus Rechtsgründen irren; auch das ist ein nach § 17 StGB zu behandelnder Verbotsirrtum[88]. — Schließlich liegt ein Irrtum nach § 17 StGB vor, wenn der Täter verkennt, daß der Befehl einen Gegenstand hat, der — unabhängig von seiner Qualifizierung als Unrecht — dem Befehlsbereich des Vorgesetzten nicht zugehört. Beispiele: Ein Polizeipräsident befiehlt seinen Untergebenen, Verpflegung zu requirieren, ein Offizier seinen Untergebenen, eine Gerichtsverhandlung zu stören etc.

53 C 1. Verkennt der Untergebene nicht die Bedeutung des Befohlenseins, sondern das Unrecht des Gegenstands des Befehls, so mildert das Gesetz die Irrtumsregelung des § 17 StGB[89] für Soldaten in § 11 Abs. 2 Satz 2 SoldatenG, § 5 Abs. 1 WStG und für Vollzugsbeamte in § 7 Abs. 2 Satz 2 UZwG (sowie in entsprechenden Bestimmungen der Ländergesetze) dahin, daß diese Personen nur bei Kenntnis des Unrechts oder bei dessen Offenkundigkeit schuldhaft handeln[90]. Das ist ein Beleg für die Funktionalität des Schuldbegriffs; denn die Entschuldigung erfolgt nicht erst und nicht schon, wenn dem Untergebenen das Unrecht bei psychologisierender Bestimmung nicht mehr erkennbar ist, sondern wenn der Konflikt auf den Vorgesetzten (der bei entsprechender

87 BGH 22 S. 224 ff, 226; *Hanack* JZ 1967 S. 297 ff, 329 ff, 337. — Anders BGH 2 S. 252 ff, 257, wonach das Versprechen „blinden Gehorsams" rechtlich unbeachtlich sein soll, was an sich richtig ist, aber der irrigen Annahme rechtlicher Beachtlichkeit nicht gerecht wird; siehe auch *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 55.

88 Siehe BGH 19 S. 231 ff, 233 f. — Ein Irrtum über einen Rechtfertigungstatbestand (oben 11/42 ff) liegt vor, wenn der Untergebene sich irrig eine Lage vorstellt, bei der, wäre sie wirklich, der Befehl ohne Remonstration zu befolgen wäre.

89 Streitig; teils werden die sogleich im Text genannten Vorschriften als Regelungen „eigener Art" verstanden; *Jescheck* AT § 46 I 4; *Schölz-Lingens* WStG § 5 Rdn. 1; *Schwenck* Wehrstrafrecht S. 90; wie hier *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 121 vor § 32; *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 52; *Maurach-Zipf* AT I § 34 Rdn. 20 (siehe aber auch aaO § 38 Rdn. 28).

90 Nach § 47 MStGB bestand nur Schuld, wenn der Untergebene den Umstand *kannte*, daß der Befehl ein Verbrechen oder Vergehen *bezweckte*; siehe dazu *Schwinge* ZAkDR 1938 S. 147 ff. — Zur Anwendung der Vorschrift auf NS-Taten siehe *Hanack* JZ 1967 S. 297 ff, 329 ff, 336 f. — § 47 MStGB war nach der VO vom 17. 10. 1939 (RGBl. I S. 2107) auf Angehörige der SS und der Polizeiverbände in besonderem Einsatz sinngemäß anzuwenden (siehe BGH 5 S. 239 ff, 240 f). — Nachweise der neueren Rechtsprechung zu § 47 MStGB bei *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 53; *Jescheck* AT § 46 II 3 b mit Fn. 9.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Kenntnis mittelbarer Täter ist, unten 21/96) verlagert werden kann. Diese Verlagerung ist bei Soldaten und Vollzugsbeamten deshalb eher möglich als bei anderen Untergebenen[91], weil es in den entsprechenden Bereichen nicht nur auf eine funktionierende Hierarchie, sondern auch auf besonders schnelle Durchsetzbarkeit von Entscheidungen ankommt; wären Soldaten und Vollzugsbeamte mit dem Irrtumsrisiko nach den allgemeinen Regeln belastet, so würde die dann jeweils erforderliche Aufklärung der Rechtslage durch den Untergebenen häufig schneidige Aktionen unmöglich machen.

54 2. Der Irrtum wird in der Regel das Unrecht überhaupt betreffen; im Grenzfall mag der Untergebene aber auch wissen, daß der Befehl Unrecht zum Gegenstand hat, dieses Unrecht jedoch nicht — in einer Parallelbeurteilung im Täterbewußtsein (oben 8/49; 19/24) — als „rechtswidrige Tat", also als tatbestandsverwirklichende Tat (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) identifizieren[92]. Jedenfalls liegt nach den genannten Vorschriften Schuld nur vor, wenn der Untergebene die rechtswidrige Tat erkennt — also nicht schon bei Zweifeln, ob eine rechtswidrige Tat gegeben ist[93] — oder wenn die rechtswidrige Tat nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist[94]. Letzteres heißt, daß — neben Kenntnis — eine Unkenntnis aus Rechtsfeindschaft oder Rechtsgleichgültigkeit die Verlagerung des Konflikts auf den Vorgesetzten ausschließt[95].

55 D. Bei einer Schuld, die „mit Rücksicht auf die besondere Lage" des Untergebenen gering ist, kann nach § 5 Abs. 2 WStG der Strafrahmen nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert oder bei Vergehen auch von Strafe abgesehen werden. Eine „besondere Lage" dürfte insbesondere ein psychischer Befund sein, für den der Untergebene nicht zuständig ist, etwa Übermüdung oder intensive Zermürbung oder Verführung durch den Vorgesetzten. Es handelt sich also um Schuldminderung wegen geminderter Zumutbarkeit.

20. ABSCHNITT
Die Unzumutbarkeit

I. Der entschuldigende Notstand (§ 35 StGB)

Literatur

A. Arndt Anmerkung zu OLG Kiel SJZ 1947 Sp. 323 ff, aaO Sp. 330 ff; *K. Bernsmann* Zum Handeln von Hoheitsträgern aus der Sicht des „entschuldigenden Notstands" (§ 35 StGB), Blau-Festschrift S. 23 ff; *ders.* „Entschuldigung" durch Notstand, 1989; *P. Bockelmann* Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949; *ders.* Zur Schuldlehre des Obersten Gerichtshofs, ZStW 63 S. 13 ff; *A.-E. Brauneck* Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959 S. 261 ff;

91 Für diese gelten die allgemeinen Regeln, was Straftaten angeht. Beispiele bilden die Beteiligungen von Ärzten an der Euthanasie-Aktion in der NS-Zeit (OLG Frankfurt SJZ 1947 Sp. 621 ff, 627 f) oder der Gestapo an Judenverschleppungen (BGH 2 S. 234 ff, 238 ff). — Bei sonstigem Unrecht ist Entschuldigung in der Regel nach erfolgloser Remonstration möglich, siehe § 56 Abs. 2 und 3 BBG, § 38 Abs. 2 und 3 BRRG; vereinzelt findet sich in Landesgesetzen die Beschränkung der Schuld auf Fälle, in denen das Unrecht „ohne weiteres" erkennbar ist (§ 69 Abs. 2 Satz 3 LBG Baden-Württemberg).

92 *Schölz-Lingens* WStG § 5 Rdn. 11; *Arndt* Wehrstrafrecht S. 117 ff, 118; *LK-Schroeder* § 17 Rdn. 52.

93 BGH 5 S. 239 ff, 244 (zu § 47 MStGB); 19 S. 231 ff, 232, 234; 22 S. 224 ff, 225; *Arndt* Wehrstrafrecht S. 117 ff, 118; *ders.* NZWehrr. 1960 S. 145 ff, 150 f; *Schölz-Lingens* WStG § 5 Rdn. 8; streitig.

94 Siehe dazu *Schirmer* Befehl S. 92 ff mit Beispielen; *Schwaiger* NZWehrr. 1961 S. 64 ff.

95 BGH NStZ 1986 S. 313 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Drost Die Zumutbarkeit bei vorsätzlichen Delikten, Archiv für Strafrecht (GA) 77 (1933) S. 175 ff; *W. Gallas* Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Mezger-Festschrift S. 311 ff; *ders.* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 S. 1 ff; *E.-W. Hanack* Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, JZ 1967 S. 297 ff, 329 ff; *H. Henkel* Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Prinzip, Mezger-Festschrift S. 249 ff; *J. Hruschka, J. C. Joerden* Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck, ARSP 73 (1987) S. 93 ff; *H. Jäger* Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität, 1967; *G. Jakobs* Schuld und Prävention, 1976; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *W. Küper* Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971 S. 474 ff; *Th. Lenckner* Der rechtfertigende Notstand, 1965; *ders.* Das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit" der Gefahr in den §§ 34, 35 StGB, Lackner-Festschrift S. 95 ff; *K. Marcetus* Der Gedanke der Zumutbarkeit, 1928; *U. Neumann* Zurechnung und „Vorverschulden", 1985; *C. Roxin* „Schuld" und „Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-Festschrift S. 171 ff; *ders.* Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-Festschrift S. 279 ff; *ders.* Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 S. 641 ff; *ders.* Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB, JA 1990 S. 97 ff, 137 ff; *H.-J. Rudolphi* Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs.3 und 54 StGB strafbar? ZStW 78 S. 67 ff; *ders.* Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff — OLG Hamm, NJW 1965, 1928, JuS 1969 S. 461 ff; *ders.* Die Bedeutung des Gewissensentscheides für das Strafrecht, Welzel-Festschrift S. 605 ff; *E. Schmidhäuser* Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; *W. Stree* Rechtswidrigkeit und Schuld, in: *C. Roxin, W. Stree, H. Zipf, H. Jung* Einführung in das neue Strafrecht, 2. Auflage 1975, S. 34 ff; *G. Timpe* Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *ders.* Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB), JuS 1984 S. 859 ff, JuS 1985 S. 35 ff, 117 ff; *K. Ulsenheimer* Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener Strafverfolgung, GA 1972 S. 1 ff; *Th. Vogler* Der Irrtum über Entschuldigungsgründe im Strafrecht, GA 1969 S. 103 ff; *H. v. Weber* Vom Diebstahl in rechter Hungersnot, MDR 1947 S. 78 ff; *ders.* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR 1948 S. 34 ff.

A. Notstandstheorien

1 1. Es ist streitig, weshalb das Gesetz bei den in § 35 Abs. 1 Satz 1 StGB genannten Notlagen die Normbefolgung für unzumutbar erklärt. Der Grund der Entschuldigung wird hauptsächlich in folgenden Umständen gesucht[1].

a) Nach einer psychologisierenden Lösung soll der psychische Druck, der sich aus der Notlage ergibt, die Entschuldigung tragen; in Parallele zur Regelung bei der Schuldfähigkeit wird in der Angst ein Befund gesehen, der die Befolgungsfähigkeit ausschließen soll[1a]. — Das ist freilich eine unvollständige Erklärung: Mit ihr läßt sich weder ausmachen, weshalb die Entschuldigung bei „Verursachung" oder besonderer Verpflichtung nicht gewährt wird (§ 35 Abs. 1 Satz 2 StGB), noch weshalb die Angst den Bestand bestimmter Güter zum Inhalt haben muß und gleich viel wiegende Angst um andere Güter nicht zählt, noch schließlich, weshalb das Gesetz in einer Notlage die Angst präsumiert (zu dem Konzept, das wegen der Präsumtion von der Schuld eine objektivierende Verantwortung abschichtet, siehe schon oben 17/39 ff).

2 b) Im Gegensatz zur psychologisierenden Lösung stellt eine normativierende Lösung auf die Bewertung der sich in der Tat zeigenden Gesinnung ab. Diese soll im

---

1 Eingehende Darstellung bei *Timpe* Strafmilderungen S. 275 ff; *ders.* JuS 1984 S. 859 ff, 860 ff; *Roxin* JA 1990 S. 97 ff.

1a RG 66 S. 222 ff, 225; 66 S. 397 ff, 398 f; *Schönke-Schröder*[17] § 52 Rdn. 1; *Brauneck* GA 1959 S. 261 ff, 269; *Frank* Anm. II vor §§ 51 f, § 52 Anm. I (vor 1); *Henkel* Mezger-Festschrift S. 249 ff, 291 f; *Baumann-Weber* AT § 29 I 4 c; *Horstkotte* Protokolle Sonderausschuß V S. 1839 ff, 1847 ff, 1854, 1857; siehe auch BT-Drucksache V/4095 S. 16 („Überdruck, der auf die Motivation einwirkt"). — Eingehend dagegen *Marcetus* Zumutbarkeit S. 61 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Notstandsfall weder rechtsfeindlich oder rechtsgleichgültig (bei Vorsatz) noch leichtfertig oder sorglos (bei Fahrlässigkeit) sein, da die Zwangslage auch einen Durchschnittsbürger überfordere[2]. — Damit wird das Problem der Schuld nur in den Begriff Gesinnung verschoben; weshalb etwa bei einer „verursachten" Gefahr eine rechtsfeindliche Gesinnung bleibt, während sie bei der nicht „verursachten" Gefahr fehlt (falls nicht eine sonstige besondere Verpflichtung besteht), kann allein mittels des Begriffs der Gesinnung nicht beantwortet werden (gegen die Brauchbarkeit dieses Begriffs siehe schon oben 17/17).

c) Nach einer zunehmend häufiger vertretenen Lehre soll der entschuldigende **3** Notstand auf einer doppelten Schuldminderung beruhen: Die Schuld soll wegen der seelischen Bedrängnis und wegen eines verkleinerten Unrechts gemindert sein. Die Verkleinerung des Unrechts soll dabei dadurch zustande kommen, daß der Täter auf die Erhaltung eines Guts ausgeht (positiver Handlungswert) und das im Grundfall auch erreicht (Minderung des Erfolgsunwerts durch den Erfolgswert)[3]. Teils wird sogar wegen der Unrechtsminderung die Möglichkeit von akzessorischer Beteiligung an einer im entschuldigenden Notstand begangenen Tat ausgeschlossen oder doch bei Teilnahme eine Strafmilderung für erforderlich gehalten[4]. — Gegen diese Lösung spricht, daß die doppelte Schuldminderung restlose Entschuldigung nicht erklären kann, wenn die einfache Schuldminderung durch Unrechtsminderung (etwa bei der Tat des Verursachers der Gefahr oder einer nicht nahestehenden Person) nicht einmal zu einer Reduzierung des Strafrahmens führt. Weiterhin spricht gegen die Lösung, daß das Gesetz überhaupt keinen „Erfolgswert" verlangt, sondern sich mit dem Handlungswert begnügt (auch der objektiv ex ante erforderliche, aber fehlgeschlagene Versuch der Befreiung aus existentieller Not ist entschuldigt). Vornehmlich kann aber die Unrechtsminderung mit den allgemeinen Prinzipien der Unrechtsbestimmung nicht in Harmonie gebracht werden: Wenn der Täter zur Erhaltung eigener Güter das Mehrfache an fremden Gütern vernichtet, so ist zwar ein positiver Handlungswert und gegebenenfalls auch ein Erfolgswert vorhanden, aber der gleichfalls vorhandene Unwert wiegt das nicht nur wieder auf, sondern überschießt es. Beispiel: Wenn u. a. wegen der Unrechtsminderung entschuldigt sein soll, wer zur Erhaltung seines Lebens mehrere andere Menschen tötet, so müßte auch entschuldigt werden, wer zur Erhaltung seines Vermögens einen einzelnen anderen Menschen schwer verletzt; denn im letzteren Fall wird *proportional* mindestens so viel bewahrt wie im ersteren[4a].

d) Nach einer „rechtsgutsspezifischen Theorie" soll es auf eine „radikale Pronoucierung des Lebens-Wertes" ankommen[4b]. Freilich zeigen die Ausnahmen von der

---

2 *Gallas* Mezger-Festschrift S. 311 ff, 323; *ders.* ZStW 67 S. 1 ff, 45; ähnlich *Schmidhäuser* AT 11/2 mit zutreffend präventiv orientierten Spezifizierungen aaO 11/4; *ders.* Gesinnungsmerkmale S. 178 ff; *Jescheck* AT § 43 III 2 b (neben einer Unrechtsminderung); *Bockelmann* Verhältnis S. 58.

3 *Welzel* Strafrecht § 23 vor I; *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 156 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 111 vor § 32; *Küper* JuS 1971 S. 474 ff, 477; *Lenckner* Notstand S. 35 ff; *SK-Rudolphi* § 35 Rdn. 3 ff; *Rudolphi* ZStW 78 S. 67 ff, 81 ff; *ders.* JuS 1969 S. 461 ff, 462; *ders.* Welzel-Festschrift S. 605 ff, 631; *Vogler* GA 1969 S. 103 ff, 105; *Ulsenheimer* GA 1972 S. 1 ff, 23; *LK-Hirsch* Rdn. 183 vor § 32 und § 35 Rdn. 3 f; *Jescheck* AT § 43 III 2 b (neben einer Bewertung der Gesinnung); — Eingehende Kritik bei *Neumann* Zurechnung S. 209 ff; *Roxin* JA 1990 S. 97 ff, 98 f; *Bernsmann* „Entschuldigung" S. 204 ff.

4 *SK-Rudolphi* § 35 Rdn. 21; *Rudolphi* ZStW 78 S. 67 ff, 76 ff, 90; *Welzel* Strafrecht § 23 III 2 a. E.; siehe auch *Maurach* Schuld und Verantwortung S. 59 ff; *Maurach-Zipf* AT II § 53 Rdn. 91 ff. — Zu den Besonderheiten der Anstiftung (dazu *Baumann-Weber* AT § 29 I 4 b) siehe schon oben 17/41 zur Trennung von Schuld und Verantwortung. — Die wahrheitsgemäße Aufklärung des entschuldigten Täters über die Rechtslage ist weder Anstiftung noch Beihilfe, sondern ein Fall des Regreßverbots; unten 24/17.

4a Kritisch *Neumann* Zurechnung S. 217 Fn. 38.

4b *Bernsmann* „Entschuldigung" S. 306 ff, 308.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Entschuldigung in § 35 Abs. 1 Satz 2 StGB, daß es dem geltenden Recht jedenfalls nicht nur um die Erhaltung des „Lebens-Wertes", sondern zumindest auch um die Durchsetzung allgemeiner Interessen geht (wenn nicht letzteres gar dominiert); diese Theorie leistet also keine komplette Erklärung[4c].

4 2. a) Im Einklang mit dem funktionalen Schuldbegriff ist eine Erklärung der Entschuldigung durch die Berücksichtigung des Strafzwecks zu gewinnen[5]. Die Tätermotivation kann als angebrachte Reaktion auf die Situation definiert werden, wenn der Täter für die Situation unzuständig ist: Die seelische Bedrängnis und die gegebenenfalls vorliegende Unrechtsminderung ergeben nur dann eine Entschuldigung, wenn der Konflikt als Zufall erledigt oder Dritten zugeschoben werden kann. Mit diesem Ansatz lassen sich die Ausnahmen der Entschuldigung bei „Verursachung" und beim besonderen Rechtsverhältnis erklären: Diese Lagen lassen eine Verschiebung des Konflikts und seine Erledigung als Zufall nicht zu. Der Ansatz erklärt auch die Beschränkung der Güter auf Leben, Leib und Freiheit: Der Verlust anderer Güter, insbesondere des gesamten Vermögens, muß geläufig ohne besondere Pflicht oder „Verursachung" toleriert werden, wenn diese Güter überhaupt rechtlich geordnet verwaltet werden sollen. So kann sich z. B. bei einem — auch unverschuldeten — Bankrott niemand an des Nachbarn Vermögen ohne Schuld schadlos halten. In einzelnen Fällen ist bei den nicht genannten Gütern eine Strafmilderung angebracht (dazu unten 20/9). Der Ansatz paßt schließlich auch zu der gesetzlichen *Präsumtion* einer seelischen Bedrängnis. Solange das Verhalten in genereller Sicht zwar nicht rechtmäßig, aber situationsadäquat ist, kann auf eine detaillierte Motivationsanalyse verzichtet werden (dazu unten 20/11). Leitender Gesichtspunkt ist stets, ob bei einer Entschuldigung der betreffende Lebensbereich rechtlich organisierbar bleibt, mit anderen Worten, der generalpräventive Aspekt. — Zu Sonderregelungen (§ 139 Abs. 3 Satz 1, §§ 157, 258 Abs. 6 StGB) siehe oben 10/19 und unten 29/Fn. 192 sowie 31/43 mit Fn. 89.

b) Für den Fall, daß der Täter zugunsten einer nahestehenden Person handelt, stabilisiert die gesetzliche Regelung das Näheverhältnis: Dessen Dichte wird rechtlich anerkannt. Das kann aber nicht gelten, wenn der Täter von einer nahestehenden Person auf eine andere umschichtet, jedenfalls nicht bei einer Umschichtung unter den gesetzlich nahestehenden Angehörigen. Beispiel: Der Vater stößt nach einem Bootsunfall seine Tochter von der rettenden Planke und schanzt diese seinem Sohn zu; — schuldhaftes Verhalten. Eine Verlagerung des Konflikts von *sich* auf nahestehende Personen, selbst auf solche, für die der Täter als institutioneller Garant zu sorgen hat, dürfte aber zulässig sein, da auch die Institution nicht mit rechtlichem Nachdruck Selbstpreisgabe fordert (siehe oben 15/15).

[4c] *Bernsmann* will selbst für den rechtswidrig Angreifenden eine strafbewehrte Pflicht zur Duldung einer tödlichen Abwehr nicht anerkennen, „Entschuldigung" S. 420 f: „Die Notwehr mag zur Tötung eines Menschen ‚berechtigen', doch ist damit noch nicht gesagt, daß die Vollstreckung dieses ‚Rechts' auch mit einer Strafandrohung befördert werden kann; die Macht, eine Handlung zu pönalisieren, die (auch) Rettung des (eigenen) Lebens des Täters darstellt, ist dem Gesetzgeber nicht zugewiesen." — Also mag der Angreifer, der sich gegen die voraussichtlich tödliche Abwehr des Angegriffenen nur durch dessen Tötung wehren kann, diesen straffrei, eben im entschuldigenden Notstand, töten? Siehe aaO S. 421 mit Fn. 456. — *Bernsmann* halbiert *Hobbes* (Leviathan 28. Kapitel), indem er die Unverzichtbarkeit des Rechts auf Erhaltung des eigenen Lebens ohne das dem Souverän nicht übertragene, sondern belassene, naturzustandliche Strafrecht artikuliert.

[5] *Jakobs* Schuld und Prävention S. 20 ff; *Timpe* Strafmilderungen S. 297 ff; *ders.* JuS 1984 S. 859 ff, 862 f, JuS 1985 S. 35 ff, 117 ff; im Ansatz ebenso *Roxin* Henkel-Festschrift S. 171 ff, 182 ff; *ders.* Bockelmann-Festschrift S. 279 ff, 282 f; *ders.* ZStW 96 S. 641 ff, 655; *ders.* JA 1990 S. 97 ff, 98 f; *Schünemann* in: Straftatsystem S. 153 ff, 169 f. — Zur Lösung von *Neumann* Zurechnung S. 231 ff siehe schon oben 17/58 mit Fn. 106 b; kritisch *Bernsmann* „Entschuldigung" S. 225 ff, 378 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

B. Die einzelnen Voraussetzungen der Entschuldigung

1. Der Begriff der *Gefahr* ist wie beim rechtfertigenden Notstand objektiv ex ante zu **5** bestimmen. Die Gefahr kann „natürlichen" Ursprungs sein, etwa von einer Schlagwetterexplosion[6] oder einem baufälligen Haus[7] ausgehen. Sie kann aber auch von einem Menschen beherrscht werden: Ein Angehöriger droht mit Suizid[8]; ein Vater tyrannisiert die Familie[9]; ein Kind wird in einer Anstalt nicht ordentlich versorgt[10]; von plündernden Rotten drohen Gewalttaten[11]. Ist der Beherrschende mittelbarer Täter der befreienden Tat (oder wegen eines Mangels an besonderer Täterqualifikationen nur Teilnehmer), so wird die Lage als Nötigungsnotstand bezeichnet: Der Eidespflichtige wird für den Fall wahrheitsgemäßer Aussage mit dem Tode bedroht[12]; das menschliche Werkzeug wird mit einer Todesdrohung zu einer rechtswidrigen Tötung bestimmt[13].

2. Auch die Gegenwärtigkeit der Gefahr ist wie beim rechtfertigenden Notstand zu **6** interpretieren. Dies gilt ferner für das Fehlen einer anderen Abwendungsmöglichkeit (die Erforderlichkeit), freilich mit der Maßgabe, daß eine Sympathieperson beim Eingriff in die Güter dritter Personen nur entschuldigt ist, wenn sie ansonsten eigene Güter der in § 35 StGB bezeichneten Qualität opfern müßte[13a]. Beispiel: Wer zur Erhaltung der Hand eines Angehörigen seinen eigenen Finger nicht opfern will, darf nicht stattdessen denjenigen dritter Personen und erst recht nicht deren Hand opfern, wohl aber darf bei Seenot, wer selbst eine Schwimmweste besitzt, diese behalten und eine dritte Person zugunsten eines Angehörigen depossedieren. — Eine Gefahr kann dauernd gegenwärtig sein (Dauergefahr), so bei täglichen Quälereien der Familie durch den Familienvater. Immer wenn rechtmäßiges[14] oder weniger unrechtes[15] Verhalten die Gefahr auch beseitigt, ist sie anders abwendbar.

3. Die Gefahr muß *für den Täter oder einen Angehörigen oder eine andere ihm* **7** *nahestehende Person* bestehen. Bei Angehörigen (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB) kann ein Näheverhältnis tatsächlich fehlen; es wird präsumiert. Nahestehende Personen sind solche Personen, an deren Wohlergehen dem Täter wirklich so gelegen ist, wie in der Regel am eigenen Wohlergehen oder idealiter an demjenigen von Angehörigen. Regelmäßig wird die Nähe von einer (informellen) Bindung untermauert sein: Freundschaft, Liebe etc. Die Beziehung muß zwar nicht wechselseitig bestehen[15a], aber der andere muß Anlaß zu einer höchstpersönlichen Bindung gegeben haben (so etwa bei der per Definition einseitigen Dankesschuld).

4. Nach dem Wortlaut von § 35 Abs. 1 Satz 1 StGB liegt nur bei einer Gefahr für **8** *Leben* (auch einer Leibesfrucht[15b]), *Leib* (einschließlich der sexuellen Integrität[15c]) oder *Freiheit* (Bewegungsfreiheit; nicht die allgemeine Freiheit der Willensbestimmung im Sinn von § 240 StGB) eine Entschuldigungslage vor. Leib und Freiheit müssen in

---

6 RG 72 S. 244 ff, 249.

7 RG 59 S. 69 ff, 70 f; im gegebenen Fall — Abbrennen einer baufälligen Unterkunft — dürfte freilich die Gefahr anders abwendbar gewesen sein.

8 *Jescheck* AT § 44 I 2; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 35 Rdn. 11; — jedoch hat der verantwortliche Angehörige die Gefahr regelmäßig „verursacht".

9 RG 60 S. 318 ff; BGH NJW 1966 S. 1824 f.

10 RG 41 S. 214 ff, 216.

11 RG 60 S. 118 ff, 119 f; — im gegebenen Fall betraf die Gefahr nur das Eigentum.

12 BGH 5 S. 371 ff, 373 f; RG 66 S. 222 ff, 226 f.

13 RG 64 S. 30 ff, 31.

13a *Lenckner* Lackner-Festschrift S. 95 ff, 107; *LK-Hirsch* § 35 Rdn. 45.

14 BGH 2 S. 242 ff, 245; BayObLG DAR 1956 S. 15 f, 16; BayObLG GA 1973 S. 208 ff, 209.

15 RG 66 S. 222 ff, 227: rechtswidrige Eidesverweigerung statt Meineid.

15a *A. A. Roxin* JA 1990 S. 97 ff, 102.

15b Streitig; *a. A. LK-Hirsch* § 35 Rdn. 12.

15c Streitig; *a. A. LK-Hirsch* § 35 Rdn. 13 (Bereiche der sexuellen Integrität sollen aber der Freiheit zuzuordnen sein, Rdn. 15).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

einem Maß gefährdet sein, bei dem plausibel ist, daß der Täter auf die Güter anderer Personen keine Rücksicht mehr nimmt[16]. Das Maß hängt von der psychischen Konstitution des Täters ab, soweit dieser nicht für eine schwache Konstitution selbst zuständig ist (von Jugendlichen ist weniger zu verlangen als von Erwachsenen), und auch von dem Gewicht des befreienden Eingriffs (wer aufgrund einer Drohung mit heftigen Prügeln in einer kleinen Zivilsache einen Meineid schwört, ist entschuldigt, nicht aber wer bei der gleichen Gefahr durch seinen Meineid einen anderen jahrelang ins Gefängnis bringt[17]). Bei drohendem Lebensverlust oder gleichwertigen Beeinträchtigungen der Freiheit oder der Gesundheit bedarf es freilich keinerlei Proportionalität; insbesondere kann auch die Tötung mehrerer Personen zur Erhaltung des Lebens einer Person entschuldigt werden[18].

9 Bei einer Gefahr für andere Güter als Leben, Leib oder Freiheit ist völlige Rücksichtslosigkeit inplausibel[19]. Freilich widerspricht eine Milderung des Strafrahmens analog § 35 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz i. V. m. § 49 Abs. 1 StGB dem Grundgedanken von § 35 StGB nicht, wenn das gefährdete Gut für den Gefährdeten im Gewicht den genannten Gütern angenähert ist (insbesondere bei unersetzbaren Sachgütern, die das Lebenswerk ihres Inhabers sind: wirtschaftliche, wissenschaftliche und künstlerische Produkte) und der Täter nicht zuständig ist, den Verlust zu erdulden[19a]. Beispiel: Ein Landwirt ist partiell entschuldigt, wenn er bei einem Brand das Zuchtvieh rettet, bevor er den Knecht weckt, der deshalb in den Flammen schwere Verletzungen erleidet; — aber bei „verursachtem" Brand oder bei Abwendung eines Konkurses oder allgemeiner Not etc. wird nicht partiell entschuldigt[20]. — Zum Gewissenstäter siehe unten 20/20 ff.

10 5. Nach dem Wortlaut von § 35 Abs. 1 Satz 1 StGB kann der Täter nur entschuldigt werden, wenn er handelt, *um die Gefahr abzuwenden.* Jedoch sind die Lauterkeit des Grunds, aus dem der Täter die Gefahr abwenden will, und das Maß der von ihm erlebten Bedrängnis nicht zu prüfen. Beispiel: Auch wer seine Ehefrau nicht aus Zuneigung aus einer Lebensgefahr rettet, sondern weil er den bei Untätigkeit drohenden Verlust von Ansehen fürchtet, ist entschuldigt[21]. Bei gegebenem Abwendungswillen wird die seelische Bedrängnis präsumiert[22].

11 Bei diesem Ergebnis kann die Interpretation nicht stehenbleiben. Wie schon im Rahmen der Rechtfertigungsgründe zum analogen Problem der Rechtfertigungstendenz ausgeführt wurde (oben 11/18 ff), besteht für die Lösung, die nicht nur eine Kenntnis der Notlage, sondern auch ein Handeln zur Beseitigung der Gefahr verlangt, folgende Schwierigkeit: Die Zurechnung der Tat hängt von einem nicht geäußerten Internum ab; deshalb muß bei dieser Lösung auch demjenigen Täter zugerechnet werden, der in Kenntnis der Not und der abwendenden Wirkung seines Verhaltens handelt, aber nicht zum Zweck von deren Beseitigung, obgleich ein solcher Täter durch einen internen Motivationsaustausch bei identischem äußeren Verhalten die Zurechnung aufheben könnte. Das widerspricht dem Tatprinzip. Deshalb ist entgegen dem

---

16 BGH DAR 1981 S. 226.

17 *Stratenwerth* AT Rdn. 608; *Jescheck* AT § 44 II 1; *LK-Hirsch* § 35 Rdn. 63; *Timpe* JuS 1984 S. 859 ff, 864 f.

18 BGH NJW 1964 S. 730 f.

19 RG 66 S. 397 ff, 399; — die Entschuldigung uferlos ausdehnend OLG Hamm NJW 1976 S. 721 f. — Kritisch zur hier erfolgenden Abgrenzung der Güter *Bernsmann* „Entschuldigung" S. 229 ff; *Roxin* JA 1990 S. 97 ff, 100 f.

19a *Timpe* JuS 1984 S. 859 ff, 863 f.

20 Siehe *Stratenwerth* AT Rdn. 606; *Stree* in: Einführung S. 34 ff, 57.

21 *Jescheck* AT § 44 II 2; *v. Weber* MDR 1948 S. 34 ff, 40 f; *Baumann-Weber* AT § 29 II a; *Lackner* § 35 Anm. 2 d; *a. A.* (Handeln aus seelischer Bedrängnis erforderlich) wohl *Schönke-Schröder-Lenckner* § 35 Rdn. 16.

22 So zutreffend *Dreher-Tröndle* § 35 Rdn. 8; *LK-Hirsch* § 35 Rdn. 39; siehe auch *Schmidhäuser* Studienbuch 8/20.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Wortlaut von § 35 Abs. 1 Satz 1 StGB zur Entschuldigung nur Kenntnis der Not und der abwendenden Wirkung, nicht aber Handeln zur Abwendung zu verlangen[22a]. Das gilt auch beim sogenannten Befehlsnotstand: Wer auf Grund eines Befehls, aber unter Billigung der Intentionen des Befehlenden handelt, ist schon entschuldigt, wenn er weiß, daß er bei Befehlsverweigerung — die zu verwirklichen ihm freilich nicht in den Sinn kommen mag — mit schweren Repressalien zu rechnen hätte. Befehl plus Drohung ermöglichen die Belastung des Befehlenden und damit die Entlastung des Untergebenen. Demgegenüber stellen die Rechtsprechung und die ganz überwiegende Ansicht[23] auf den Handlungsgrund ab, um dem Täter die Ausrede abzuschneiden, es habe ein Befehlsnotstand vorgelegen und dieser sei nicht anders abzuwenden gewesen. Ein Bedürfnis, zur Entschuldigung bei erweisbarem Notstand und erweisbarem Fehlen der Möglichkeit anderer Abwendung mehr als Kenntnis dieser Lage zu verlangen, hat sich bisher freilich nicht gezeigt. Die gegenteilige Lösung läuft hier — wie schon bei der Rechtfertigungstendenz, dort insbesondere bei der Prüfungspflicht — darauf hinaus, daß über die Motivationsanalyse die Beweislast zu Lasten des Täters verschoben wird.

C. Die Hinderung der Entschuldigung bei Zuständigkeit des Täters für den Konflikt

1. Auch wenn die genannten Voraussetzungen erfüllt sind, wird der Täter nicht **12** entschuldigt, „soweit ... (ihm) zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen" (§ 35 Abs. 1 Satz 2, 1. Halbsatz StGB). Diese Formulierung des Gesetzes ist ein Zirkel: Die Bestimmung des Zumutbaren kann nicht mit Hilfe des Begriffs der Zumutbarkeit erfolgen. Gemeint ist: Die Erfüllung der Voraussetzungen entschuldigt nur, wenn der Täter nicht für die Konfliktlage zuständig ist[23a].

2 a) Die Zuständigkeit richtet sich nach den allgemein zur Zumutbarkeit schon **13** spezifizierten Kriterien (oben 17/69 ff; siehe dort auch zum Problem der unterschiedlichen Zuständigkeit des Täters und des Tatbegünstigten 17/75). Sie kann sich aus einer institutionellen Pflicht oder aus einer Pflicht kraft Organisationszuständigkeit ergeben. *Institutionelle Pflichten* kommen bei § 35 StGB insbesondere dann in Betracht, wenn eine notwendige Organisation ansonsten nicht garantiert werden kann. Das ist bei bestimmten Berufsgruppen mit berufsspezifischen Gefahren der Fall, wobei die Sonderpflicht teils gesetzlich ausformuliert ist. Diese Positivierung ist freilich so wenig konstitutiv, wie sie es bei den Garantenstellungen kraft institutioneller Zuständigkeit ist[23b]. Beispiele für Berufsgruppen: Soldaten (§ 6 WStG) und Personen, die ersatzweise den Zivildienst leisten (§ 27 Abs. 3 ZivildienstG), Polizeibeamte im Vollzugsdienst, Seeleute (§§ 29 Abs. 2, 30 ff, 106, 109 SeemannsG), Feuerwehrleute. Auf Gefahren, die nicht mit der Berufstätigkeit kalkulierbar verbunden sind, sondern nur anläßlich des Berufs entstehen, erstreckt sich die Sonderpflicht nicht. Beispiel[24]: Wird ein Polizist von einem Vorgesetzten zu einer Straftat genötigt, so besteht keine Sonderpflicht, sich der Nötigung nicht zu beugen. — Institutionell verpflichtet sind — wiederum entsprechend der Lage bei Garantenstellungen — auch Personen, die ein besonderes Vertrauen auf ihre Widerstandskraft begründet haben, wie etwa (auch private) Bergwachtleute oder Wetterleute im Bergwerk[25] oder (auch private) Retter aus Seenot,

---

22a *Timpe* JuS 1984 S. 859 ff, 862; kritisch *Bernsmann* „Entschuldigung" S. 104 f; *Roxin* JA 1990 S. 97 ff, 102 f.

23 Siehe oben 20/Fn. 1 und OGH 1 S. 310 ff, 313; BGH 3 S. 272 ff, 275 f; 18 S. 311 f; *LK-Hirsch* § 35 Rdn. 38; zur Problematik des Befehlsnotstands bei NS-Taten siehe *Jaeger* Verbrechen S. 89 ff; *Hanack* JZ 1967 S. 297 ff, 329 ff, 334 ff.

23a *Timpe* Strafmilderungen S. 304 ff.

23b *A. A. Bernsmann* Blau-Festschrift S. 23 ff, 39 ff.

24 BGH NJW 1964 S. 730; siehe ferner *Jescheck* AT § 44 III 2 b Fn. 19; *Bockelmann* ZStW 63 S. 13 ff, 43; *Timpe* JuS 1985 S. 35 ff.

25 RG 72 S. 246 ff, 249 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

insbesondere aber an jedermann zugänglich betriebenen Krankenhäusern tätige Medizinalpersonen und Pfleger.

14 b) Der praktisch wichtigste Anwendungsfall einer Zuständigkeit kraft institutioneller Pflicht liegt bei den prozeßordnungsgemäß (wenn auch im Einzelfall materiell zu Unrecht) zur Untersuchung oder zur Strafe inhaftierten Personen vor. Die Sonderpflicht ist für diese Personen das Gegenstück zur Unangemessenheit aller nicht-prozeßordnungsgemäßer Maßnahmen beim rechtfertigenden Notstand[26] (oben 13/36 ff). Überhaupt indizieren geregelte Verfahren zur Lösung des Konflikts die Sonderpflicht, außerhalb der eröffneten Verfahren die Gefahr zu ertragen. Deshalb ist bei allgemeiner Not jedermann so lange besonders verpflichtet, sich mit den ihm zugewiesenen Subsidien zu begnügen, wie der Staat überhaupt noch die Verwaltung der Not leistet[27]. Der Ausschluß der Entschuldigung gilt freilich nur für solche Selbstversorgungsmaßnahmen, die das staatliche Verteilungssystem stören. Soweit Verfahren bei planbaren Konflikten fehlen, muß jeder die Gefahr selbst tragen; Beispiel: Der Angehörige eines Nierenkranken ist nicht entschuldigt, wenn er eine Spenderniere mit Gewalt entnimmt. — Auch Rechtfertigungsgründe regeln die Duldungspflicht abschließend; ein Widerstand gegen gerechtfertigte Eingriffe ist also nicht nur seinerseits rechtswidrig, sondern auch nach § 35 StGB nicht zu entschuldigen[28].

15 c) Teils wird eine Duldungspflicht auch ohne Blick auf die Organisationsbedingungen des betreffenden Bereichs dann bejaht, wenn die Institution eine gemeinsame Weltgestaltung des in Not Befindlichen und des Eingriffsopfers zum Inhalt hat; so sollen Eltern sich nicht entschuldigt auf Kosten ihrer Kinder retten können und nicht Eheleute auf Kosten des Gatten[29]. Die Entscheidung ist zweifelhaft; jedenfalls verbietet sich wegen der nur schwachen, scil. nicht organisationsnotwendigen Beziehung zur Institution eine volle Gleichstellung mit den organisationsnotwendigen besonderen Rechtsverhältnissen; deshalb ist zumindest der Strafrahmen *zwingend* zu mildern.

16 3 a) Nur einen Unterfall der besonderen Rechtsverhältnisse bildet die „Verursachung" der Gefahr, scil. die *Begründung der Zuständigkeit durch ein Vorverhalten.* Die „Verursachung" ist enger zu interpretieren als bei den Garantenstellungen kraft Organisationszuständigkeit: Die Inanspruchnahme von Sonderrechten macht zwar auch bei rechtlich positiv zu bewertendem Anlaß sicherungspflichtig und rettungspflichtig, aber nur im Rahmen des ohne Aufopferung existentieller Güter zu Leistenden. Beispiel: Wer in aggressiver rechtfertigender Notstandshilfe ein fremdes Grundstück betritt und dort in eine Situation nach § 35 StGB gerät, handelt bei der Befreiung

---

26 RG Recht 1915 Nr. 1222; RG 54 S. 338 ff, 341; OLG Kiel SJZ 1947 Sp. 323 ff, 330; — genügt das Verfahren nicht rechtsstaatlichen Grundsätzen, so führt das schon zur Rechtfertigung, nicht erst zur Entschuldigung; streitig, siehe BGH LM § 52 Nr. 8; BGH ROW 1958 S. 33 f; *Arndt* SJZ 1947 Sp. 330 ff; *Maurach-Zipf* AT I § 34 Rdn. 10. *Jescheck* AT § 44 III 3; *LK-Hirsch* § 35 Rdn. 60; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 35 Rdn. 9 mit der gewichtigen Ausnahme aaO Rdn. 26, daß bei einem nach rechtsstaatlichen Grundsätzen ergangenen Fehlurteil die Befreiung des Verurteilten entschuldigt (wieso nicht gerechtfertigt?) sein soll, wenn sie ohne Tötung geschieht.

27 Siehe *v. Weber* MDR 1947 S. 78 ff; *LK-Hirsch* § 35 Rdn. 18 f; OLG Celle HESt. 1 S. 139 f, 140; *a. A.* für Lebensgefahr OLG Kiel SJZ 1947 Sp. 674 f; OLG Neustadt NJW 1951 S. 852. — Verfehlt ist der Einwand von *Bernsmann* „Entschuldigung" S. 228 f, die hiesige Theorie dürfe nur für Güter gelten, für die es keine alltäglichen Gefahren gebe. Alltägliches ist zu dulden — und es bleibt als entschuldbar das Handeln in besonderer Lage! — *Bernsmann* aaO S. 359 ff weist freilich zutreffend darauf hin, daß der Staat die Verfahren für die Verteilung knapper Behandlungsmöglichkeiten im medizinischen Bereich nicht hinreichend leistet.

28 *Schönke-Schröder-Lenckner* § 35 Rdn. 32; hauptsächlich auch *Jescheck* AT § 44 III 3; teils abweichend *Welzel* Strafrecht § 14 IV (S. 92).

29 *SK-Rudolphi* § 35 Rdn. 18; *Jescheck* AT § 44 III 4; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 35 Rdn. 32; *Stratenwerth* AT Rdn. 613.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

aus der Not nicht seines Vorverhaltens wegen schuldhaft, vielmehr kann der Konflikt hier aus demselben Grund erklärt werden, aus dem die Lage des rechtfertigenden Notstands zu erklären ist. Somit bleiben als „Verursachungen" das rechtswidrige Vorverhalten (was die Konsequenzen speziell seiner Rechtswidrigkeit angeht, oben 17/74), die Inanspruchnahme von Sonderrisiken ohne rechtlich vernünftigen Anlaß[30] und die Übernahme; — siehe schon oben zur Zumutbarkeit allgemein 17/72 ff, 74.

b) Verbreitet wird verlangt, die Schaffung der Gefahr und der Notstandssituation, **17** also insbesondere auch die Konfliktlösung über einen Eingriff in fremde Güter, müsse als pflichtwidrig voraussehbar gewesen sein, wenn Entschuldigung ausscheiden soll[31]. Das ist schief formuliert; es geht nicht um Voraussehbarkeit, sondern um Zuständigkeit. Ein Täter ist in seinen Erwartungen auf eine Konfliktlösung, auf die er keinen Anspruch hat, auch dann nicht geschützt, wenn die Lösung überraschend ausbleibt und deshalb ein Notstandseingriff notwendig wird. Beispiel: Wer bei einer unvernünftigen Bergtour in eine Situation nach § 35 StGB gerät, ist auch dann nicht entschuldigt, wenn er mit einer Rettung durch die Bergwacht gerechnet hat, deren Mitglieder aber überraschend alle erkrankt (oder betrunken) sind. Ferner eröffnen unvoraussehbare Lösungsmöglichkeiten nicht die Möglichkeit der Entschuldigung, wenn der Täter zuständig bleibt. Beispiel: Wenn im soeben geschilderten Fall eine Rettung nur möglich ist, weil der Unvernünftige einem anderen Bergwanderer, den er völlig überraschend auf dem Berg trifft, seine Ausrüstung wegnehmen kann, so hat er diese Art der Konfliktlösung nicht voraussehen können, kann sie aber trotzdem nicht über die Zuständigkeit dritter Personen oder als Zufall erklären, so daß er selbst zuständig bleibt.

c) Bei der Übernahme geht es nur um Fallgestaltungen, bei denen gerade die Über- **18** nahme von Rettungen auch bei Gefahr des Verlustes eigener existentieller Güter zur Preisgabe eines effektiven Schutzes geführt hat. Das dürfte praktisch höchst selten der Fall sein. Bei Expeditionen etc. ist im Einzelfall zu prüfen, ob vereinbarungsgemäß das Gelingen des Unternehmens höher rangieren soll als die Existenz eines Mitglieds.

D. Die Strafmilderung

Kann dem Täter die Hinnahme der Gefahr „zugemutet" werden (genauer, ist der **19** Konflikt nicht auf andere Systeme verschiebbar oder als Zufall erklärbar), so kann doch der Strafrahmen nach § 35 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden. Nach dem Wortlaut ist diese Regelung bei einer Zuständigkeit durch ein besonderes Rechtsverhältnis ausgeschlossen. Dieser Ausschluß ist verfehlt[31a]. Das besondere Rechtsverhältnis umfaßt die „Verursachung"; denn „Verursachung" ist die Begründung einer Sonderpflicht per Organisationszuständigkeit, die ansonsten auch per institutioneller Zuständigkeit begründet werden kann. Die Möglichkeit einer Milderung kann also nur alle Zuständigkeiten treffen, oder aber keine.

Die Milderungsgründe entsprechen denen beim Unterlassungsdelikt nach § 13 Abs. 2 StGB (unten 29/124 f)[31b]. Demgemäß ist auch bei besonderen Rechtsverhältnis-

30 Für das pflichtwidrige Verhalten ebenso *LK-Hirsch* § 35 Rdn. 49 mit Nachweisen zum Streitstand. — Siehe *Hruschka* AT S. 289 ff; *ders.* und *Joerden* ARSP 73 (1987) S. 93 ff, 122 f. — Bei illegaler politischer Tätigkeit in einem totalitären Staat ist zu unterscheiden: Trägt die Tätigkeit voraussichtlich der Bevölkerung mindestens an Repressalien ein, was sie an Freiheit bringt, so muß der Illegale die Gefahren seines Tuns ohne die Möglichkeit erdulden, sie entschuldigt auf Dritte abzuwälzen (siehe OLG Freiburg HESt. 2 S. 200 ff, 202 f; OGH 3 S. 121 ff, 130), ansonsten trifft ihn — wegen der Vernünftigkeit des Gebrauchs von Rechten — keine Sonderpflicht.

31 *SK-Rudolphi* § 35 Rdn. 16; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 35 Rdn. 20; *Stratenwerth* AT Rdn. 611 u. a. m.; wie hier *Timpe* JuS 1985 S. 35 ff, 37 f; hauptsächlich auch *Roxin* JA 1990 S. 137 ff, 140 f.

31a *A. A. Roxin* JA 1990 S. 137 ff, 141.

31b Hauptsächlich ebenso *Timpe* Strafmilderungen S. 316.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

sen, die organisationsnotwendig sind, entgegen dem Wortlaut zu mildern, und zwar in den Fällen, in denen die zu organisierende Institution im konkreten Fall materiell sowieso nicht mehr intakt und dieser Defekt (auch) von den Verwaltern der Institution zu verantworten ist. Beispiel: Fahnenflucht aus dem vermeidbar schlecht verwalteten Heer kann partiell entschuldigt werden. — Bei den nicht organisationsnotwendigen Sonderpflichten, bei denen schon im Grundfall allenfalls der Strafrahmen nach § 49 Abs. 1 StGB zu mildern ist (Ehe etc.; oben 20/15), ist in entsprechenden Fällen § 49 Abs. 2 StGB anzuwenden (die Ehe ist zerrüttet etc.), und zwar — zur Senkung der *Höchst*strafen — zusätzlich zur Anwendung von § 49 Abs. 1 StGB. — Bei allen Sonderpflichten kann ein Versagen in überraschend komplexen Situationen mildernd berücksichtigt werden. — Speziell bei Sonderpflichten kraft Organisationszuständigkeit (also bei „Verursachungen") ist zu mildern, wenn das Vorverhalten zwar rechtswidrig, aber verzeihlich motiviert ist (etwa weil es seinerseits in einer Notstandssituation begangen wurde), oder aber wenn ein rechtmäßiges Verhalten zwar ohne rechtlich vernünftigen Grund, jedoch immerhin aus einem verzeihlichen Anlaß vollzogen wird (so etwa die riskante Bergtour einer 16-jährigen Person aus jugendlichem Leichtsinn).

II. Die Zumutbarkeit beim Überzeugungstäter (Gewissenstäter)

Literatur

A. Arndt Anmerkung zu BVerfG 19 S. 135 ff, NJW 1965 S. 2195 f; *ders.* Anmerkung zu BVerfG 23 S. 127 ff, NJW 1968 S. 979 f; *R. Bäumlin* Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStL 28 (1970) S. 3 ff; *H. Blei* Gewissen, Religion und rechtliche Handlungspflichten, JA 1972 S. 231 ff, 303 ff, 369 f; *P. Bockelmann* Das Problem der Zulässigkeit von Schwangerschaftsunterbrechungen, Berliner Universitätstage 1964 S. 211 ff; *ders.* Das Strafrecht des Arztes, in: *A. Ponsold* (Hrsg.) Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3. Auflage 1967, S. 1 ff; *ders.* Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern, Welzel-Festschrift S. 543 ff; *ders.* Buchbesprechung, GA 1976 S. 314 ff; *E.-W. Böckenförde* Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStL 28 (1970) S. 33 ff; *U. Bopp* Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit, 1974; *H.-J. Bruns* Strafzumessungsrecht, 2. Auflage 1974; *ders.* Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1980; *K. Deubner* Anmerkung zu BVerfG 32 S. 98 ff, NJW 1972 S. 814; *E. Dreher* Anmerkung zu BVerfG 32 S. 98 ff, JR 1972 S. 342 ff; *G. Dürig* Art. 103 III GG und die „Zeugen Jehovas". Zur Mehrfachbestrafung der Ersatzdienstverweigerer aus Gewissensgründen, JZ 1967 S. 426 ff; *U. Ebert* Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung, 1975; *W. Gallas* Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Mezger-Festschrift S. 3 ff; *J. Chr. Gödan* Die Rechtsfigur des Überzeugungstäters, 1975; *K. Händel* Anmerkung zu BVerfG 32 S. 98 ff, NJW 1972 S. 327 f; *E. Heinitz* Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW 78 S. 615 ff; *M. Herdegen* Gewissensfreiheit und Strafrecht, GA 1986 S. 97 ff; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80 S. 34 ff; *Arthur Kaufmann* Das Schuldprinzip, 1961; *D. Lang-Hinrichsen* Der Überzeugungstäter in der deutschen Strafrechtsreform, JZ 1966 S. 153 ff; *N. Luhmann* Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, AöR 90 (1965) S. 257 ff; *ders.* Rechtssoziologie Bd. II, 1972; *H. Müller-Dietz* Gewissensfreiheit und Strafrecht, Peters-Festschrift S. 91 ff; *J. Nagler* Der Überzeugungsverbrecher, GS 94 S. 48 ff; *C. Nestler-Tremel* Zivildienstverweigerung aus Gewissensgründen, StV 1985 S. 343 ff; *P. Noll* Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW 78 S. 638 ff; *K. Peters* Überzeugungstäter und Gewissenstäter, H. Mayer-Festschrift S. 257 ff; *ders.* Bemerkungen zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Wehrersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen, JZ 1966 S. 457 ff; *ders.* Abschließende Bemerkungen zu den Zeugen-Jehovas-Prozessen, Engisch-Festschrift S. 468 ff; *ders.* Anmerkung zu BVerfG 32 S. 98 ff, JZ 1972 S. 85 f; *ders.* Literaturbericht, ZStW 89 S. 103 ff; *ders.* Anmerkung zu BayObLG JR 1981 S. 171 f, aaO S. 172; *G. Radbruch* Der Überzeugungstäter, ZStW 44 S. 34 ff; *ders.* Verhandlungen 34. DJT Bd. II S. 352 ff; *O. Ranft* Hilfspflicht und Glaubensfreiheit in strafrechtlicher Sicht, Schwinge-Festschrift S. 111 ff; *C. Roxin* „Schuld" und „Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-Festschrift S. 171 ff; *ders.* Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, Maihofer-Festschrift S. 389 ff; *H.-J. Rudolphi* Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht,

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Welzel-Festschrift S. 605 ff; *E. Schmidhäuser* Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; *B. Schünemann* Politisch motivierte Kriminalität, in: *W. de Boor* (Hrsg.) Politisch motivierte Kriminalität — echte Kriminalität? 1978, S. 49 ff; *R. Schulte* und *E. Träger* Gewissen im Strafprozeß, BGH-Festschrift S. 251 ff; *W. Stree* Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960; *E. Struensee* Anmerkung zu OLG Celle JZ 1985 S. 954 f, aaO S. 955 ff; *P. Tiedemann* Der Gewissensbegriff in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, DÖV 1984 S. 61 ff; *H. Weber* Ersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen? NJW 1968 S. 1610 f; *H. Welzel* Gesetz und Gewissen, DJT-Festschrift Bd. I S. 383 ff; *P. Wittig* Der übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht, JZ 1969 S. 546 ff; *E. Wolf* Verbrechen aus Überzeugung, 1927.

A. Die Gestalten der Überzeugung

20 1. In der Regel ist jeder Mensch für seine Binnenorganisation selbst zuständig; das gilt für die Organisation der Verhaltensantriebe, aber auch für die Organisation der verhaltensrelevanten Überzeugungen. Letzteres beruht in Gesellschaften, die sich als liberal verstehen, auf der Annahme, dem Einzelnen werde regelmäßig ein so hohes Maß an Alternativen belassen, daß es ihm möglich sei, Verhalten und personale Identität in Einklang zu bringen, wenn er nicht gerade auf eine Kollision mit Staat und Gesellschaft aus ist. Ein Konflikt zwischen der Überzeugung und den Normen des Rechts ist auch bei erheblicher Stärke per se so wenig ein Entschuldigungsgrund, wie etwa ein Trieb zur Tat (im Rahmen der §§ 20 f StGB) oder eine existentiell bedrohliche Situation (im Rahmen von § 35 StGB) per se Entschuldigungsgründe sind: Bei Zuständigkeit des Täters für die Kollisionslage wird nicht entschuldigt.

21 2 a) Die Problematik des Überzeugungstäters besteht nicht bei jedem einer Überzeugung entspringenden rechtswidrigen Verhalten. Kann der Täter ein alternatives, rechtmäßiges Verhalten mit seiner Identität vereinbaren, so ist der Konflikt zwischen Überzeugung und Recht auflösbar, und es geht allein um die Würdigung seiner Überzeugung als Handlungsanlaß im Rahmen der Strafzumessung[32]. Beispiele: Ein Arzt, der jede Reglementierung des Schwangerschaftsabbruchs für überholt hält, ein politisch Tätiger, der die Demokratie für eine dekadente und zu überwindende Staatsform ansieht, ein Jäger, der meint, Schonzeiten für Rehwild seien ökologisch verfehlt, begehen jeweils ein entsprechendes Delikt, ohne sich freilich zur Durchsetzung der ihres Erachtens besseren Ordnung für unabdingbar verpflichtet zu halten. Daß diese *„weichen" Überzeugungstäter* meinen, für eine erstrebenswerte Ordnung zu handeln, mindert ihre Schuld, wenn die erstrebte Ordnung auch in rechtlicher Sicht als positiv zu bewerten ist. Das folgt aus der Anwendung allgemeiner Strafzumessungsregeln.

22 b) Im Gegensatz dazu ist beim *„harten" Überzeugungstäter*[33] (Gewissenstäter, besser: Konfliktttäter) der Konflikt zwischen Überzeugung und Recht unauflösbar; folgt

---

32 *Ebert* Überzeugungstäter S. 74 ff; *a. A.* wohl BVerfG 32 S. 98 ff, 106 f.

33 Die Behandlung des Überzeugungstäters ist in jeder Hinsicht streitig; so wird unterschiedlich beurteilt, ob an die Überzeugungsstärke oder an den Überzeugungsinhalt anzuknüpfen ist, ob die Verhaltensweise (Tun oder Unterlassen) eine Rolle spielt, ob es um ein Problem der Straftat (Tatbestandsausschluß bei Unterlassung? Rechtfertigung oder Entschuldigung?) oder — allenfalls — der Rechtsfolge geht und ob die allgemeinen Rechtsfolgen angemessen sind oder de lege ferenda durch eine nicht diskriminierende Freiheitsentziehung ersetzt werden sollen. — Zur Geschichte eingehend *Gödan* Überzeugungstäter S. 18 ff, 37 ff; *Schünemann* in: Politisch motivierte Kriminalität S. 49 ff, 69 ff. — Aus der Diskussion der Weimarer Zeit sind hervorzuheben *Radbruch* ZStW 44 S. 34 ff; *ders.* Verhandlungen 34. DJT Bd. II S. 352 ff, 354 ff (*Radbruch* wendet sich insbesondere gegen eine Qualifizierung der Überzeugung als „ehrlos" oder „nicht ehrlos"); *E. Wolf* Verbrechen aus Überzeugung passim; *Nagler* GS 94 S. 48 ff. — Zu den Vorbereitungen zum E 1962 siehe Niederschriften Bd. I S. 94 ff. — Bestrebungen, für den Überzeugungstäter die Möglichkeit einer custodia honesta zu schaffen (schon *Radbruch* aaO; *Lang-Hinrichsen* JZ 1966 S. 153 ff; *Welzel* DJT-Festschrift Bd. I S. 383 ff, 399 f; *ders.* Strafrecht § 22 IV; — kritisch dage-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

er nicht seiner Überzeugung, so beschädigt er seine Person[33a]. Nach einer allgemein akzeptierten Definition des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich bei der Entscheidung kraft Überzeugung („Gewissensentscheidung") um „jede ernste sittliche, d. h. an den Kategorien von ‚Gut' und ‚Böse' orientierte Entscheidung . . ., die der einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so daß er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte"[34]. Eine Konfliktlage liegt dabei nicht erst vor, wenn die Überzeugung des Täters in sich restlos konsequent ist; gerade die Bruchlosigkeit rigoroser Maximen kann ein Zeichen eines mangelnden Realitätsbezugs sein. Aber die Überzeugung muß doch vom Täter auch

---

gen insbesondere *Heinitz* ZStW 78 S. 615 ff, 633 ff), haben sich nicht durchgesetzt; siehe dazu auch den neueren Vorschlag, Schuldminderung und Strafmilderung beim gefährlichen Überzeugungstäter mit Sicherungsverwahrung zu verbinden; so *Schünemann* in: Politisch motivierte Kriminalität S. 49 ff, 107 ff, 109 ff. — In neuerer Zeit wird vereinzelt ein Verbotsirrtum angenommen (*Armin Kaufmann* ZStW 80 S. 34 ff, 40 f; dagegen oben 19/24 f) oder gar Rechtfertigung (*Peters* H. Mayer-Festschrift S. 257 ff, 276; *ders.* JZ 1972 S. 85 f; siehe auch *ders.* ZStW 89 S. 103 ff). Hauptsächlich im Anschluß an BVerfG 32 S. 98 ff (zu dieser Entscheidung siehe auch unten 20/Fn. 41) wird von einer neueren Lehre mit diversen Begründungen und Einschränkungen die Möglichkeit einer Entschuldigung bejaht; *Ebert* Überzeugungstäter S. 50 ff; *Bopp* Gewissenstäter S. 241 ff; *Schulte* und *Träger* BGH-Festschrift S. 251 ff, 263; *Wittig* JZ 1969 S. 546 ff, 547; *SK-Rudolphi* Rdn. 7 vor § 19; *Rudolphi* Welzel-Festschrift S. 605 ff; *Müller-Dietz* Peters-Festschrift S. 91 ff, 107; *Stratenwerth* AT Rdn. 616 ff; *Baumann-Weber* AT § 29 III 2. — *A. A.* demgegenüber die überwiegende Lehre, die eine Entschuldigung ausschließt, freilich eine geminderte Schuld und somit eine gemilderte Strafe auf Grund einer Gewissensentscheidung für möglich hält (BayObLG JR 1981 S. 171 f mit zustimmender Anmerkung *Peters* aaO S. 172; *Bruns* Leitfaden 4. Hauptteil, 4. Kapitel, 3. Abschnitt VII; *ders.* Strafzumessungsrecht 4. Hauptteil, 4. Kapitel § 4 III; *Stree* Deliktsfolgen S. 66 u. a. m.). Das dabei meist verbreitete Argument, beim Konflikt von Gesetz und Überzeugung könne das Gesetz sich nicht selbst preisgeben, paßt überhaupt nur, wenn der Verzicht auf die Bestrafung der nach wie vor rechtswidrig bleibenden Tat den Bestand der Norm beeinträchtigt, was einer differenzierenden Beurteilung bedarf; dazu sogleich im Text; siehe zur überwiegenden Lehre BGH GS 2 S. 194 ff, 202; 4 S. 1 ff, 3; 8 S. 162 ff, 164 f; BGH bei *Dallinger* MDR 1973 S. 901; *Bockelmann* Welzel-Festschrift S. 543 ff; *Weber* NJW 1968 S. 1610 ff; *Heinitz* ZStW 78 S. 615 ff; *Noll* ZStW 78 S. 638 ff; *Arthur Kaufmann* Schuldprinzip S. 137 ff; *Gallas* Mezger-Festschrift S. 311 ff, 319 f; *Schmidhäuser* Gesinnungsmerkmale S. 185 Fn. 70; *Jescheck* AT § 37 II 3; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 119 f vor § 32; *LK-Hirsch* Rdn. 209 ff vor § 32; *Welzel* Strafrecht § 22 IV; *ders.* DJT-Festschrift S. 383 ff; *Maurach-Zipf* AT I § 35 Rdn. 7; *Lackner* § 17 Anm. 2 a; *Bockelmann-Volk* AT § 16 C II 4 b. — Dem hiesigen funktionalen Ansatz vergleichbar argumentiert *Roxin* Maihofer-Festschrift S. 389 ff, 398 ff: Die Bestandsbedingungen des Staats als des Garanten der Gewissensfreiheit sollen gewissensresistent sein. Mit geringfügigen Ausnahmen soll dies auch für Individualrechtsgüter gelten (S. 400 ff). Im Randbereich öffentlicher Güter soll freilich Straffreiheit möglich bleiben, solange der Gewissensentscheid die Ordnung nicht stört (etwa „statistisch gering" bleibt, S. 399). *Roxin* artikuliert diese Zwecküberlegungen nicht als Inhalt der Schuld (die bei einer Gewissenstat *stets* gegeben sein soll, S. 409 f), sondern der Verantwortlichkeit, wobei es darum gehen soll, ob Strafe notwendig oder aber Strafverzicht „präventiv tolerabel" ist (S. 411; *ders.* Henkel-Festschrift S. 171 ff, 195 f; dazu oben 17/Fn. 45).

[33a] Dies zeigt sich nach einer gewissenswidrigen Tat in der Scham des Überzeugten. Nach *P. Tiedemann* DÖV 1984 S. 61 ff, 64 f soll dies freilich die Folge einer Zwangsneurose sein (siehe auch *Herdegen* GA 1986 S. 97 ff, 111); *so* kann man jeden kategorischen Imperativ abtun. — Eine Konfliktlage liegt nur vor, wenn es für den deliktischen Weg keine Äquivalente gibt (*Roxin* Maihofer-Festschrift S. 389 ff, 397 f). Beispiele: Die Gewissenspflicht zum Protest gegen die Regierung zwingt nicht notwendig auch zum Protest durch eine rechtswidrige Verkehrsblockade; die Gewissenspflicht, einem schwer Leidenden auf dessen Verlangen zu einem schnellen Tod zu verhelfen, muß nicht stets notwendig durch Fremdtötung (§ 216 StGB), sondern kann manchmal auch durch Hilfe zur Selbsttötung erfüllt werden. Zwar dürfte unter dem Druck des Gewissens manche Differenz zwischen legalem und illegalem Verhalten als nicht ausschlaggebende Marginalie erscheinen; es gibt aber kein Rechtsprinzip, das es erlaubt, Kleinigkeiten *vermeidbar* zu opfern, nur weil Großes auf dem Spiel steht.

[34] BVerfG 12 S. 46 ff, 55. — Zur Frage, ob der Täter seine Überzeugung für generalisierbar halten muß, siehe bejahend BVerwG DÖV 1982 S. 675 f; ganz entschieden *P. Tiedemann* DÖV 1984 S. 61 ff mit Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

dann durchgehalten werden, wenn sie ihn belastet. Erst an der Bereitschaft, auch die Kosten einer Überzeugung zu tragen, zeigt sich die Verbindlichkeit der Überzeugung. — Innerhalb der verbindlichen Überzeugungen zwischen „echten" Überzeugungen und bloßen „Ideologien" zu differenzieren, ist nicht möglich[35], was freilich nicht bedeutet, daß der Inhalt der Überzeugung irrelevant wäre; denn ob und in welchem Maß der Täter für den Konflikt selbst zuständig ist, hängt von den Möglichkeiten ab, ihn auf andere Systeme zu verlagern. Die Möglichkeiten wiederum richten sich nach dem Maß, in dem der normativen Ordnung durch den Konflikt ein Schaden droht. Daß hierbei dem esoterischen Sektierer zugute gehalten werden kann, was beim aggressiven Terroristen belastend wirkt, scil. die Unerschütterlichkeit der Überzeugung[36], ist ein deutliches Zeichen für die Funktionalität des Schuldbegriffs und ist nicht verschämt zu kaschieren, sondern offen zu entfalten. Es geht darum, daß der Täter, so er seine Überzeugung und die rechtliche Ordnung nicht in Einklang bringen kann, von der Ordnung her gesehen ein Sozialisationsdefizit aufweist und deshalb entschuldigt werden kann, wenn dieser Befund — entsprechend der Lage bei der Schuldfähigkeit oder beim Verbotsirrtum im Kernbereich — ohne Schaden für die Rechtsordnung am Täter vorbei erklärt werden kann; fehlt diese Möglichkeit, so ist der Täter nicht entschuldigt, und zwar auch dann nicht, wenn für ihn der Konflikt ein existentielles Ausmaß annimmt[37].

3. Obgleich einleuchtet, daß jeder Mensch seine Überzeugungen nur in einem engen **23**
Rahmen lenken kann, gibt es nur wenige Möglichkeiten, einen Konflikt ohne Schaden für die Rechtsordnung am einzelnen vorbei zu erklären; denn das Recht kann das Risiko, daß eine Identitätsbildung nicht rechtskonform ausfällt, im Regelfall nicht tragen. Eine andere Lösung würde voraussetzen, daß die Identitätsbildung kontrolliert und notfalls rechtzeitig korrigiert wird, was mit einer auch nur einigermaßen freiheitli-

---

35 *Bockelmann* GA 1976 S. 314 ff, 317 f; *ders.* Welzel-Festschrift S. 543 ff, 550 f; *Schünemann* in: Politisch motivierte Kriminalität S. 49 ff, 87 (siehe aber auch S. 107); *Roxin* Maihofer-Festschrift S. 389 ff, 392 f; *a. A. Bopp* Gewissenstäter S. 55 ff; siehe aber auch *Schulte* und *Träger* BGH-Festschrift S. 251 ff.

36 Siehe dazu *Schünemann* in: Politisch motivierte Kriminalität S. 49 ff, 80.

37 *A. A. Stratenwerth* AT Rdn. 616 ff, 618, der § 35 StGB analog anwenden will, aber nicht berücksichtigt, daß der Täter einerseits für den Konflikt zuständig sein kann, also den Konflikt „verursacht" haben mag, und andererseits auch bei Konflikten nicht existentiellen Ausmaßes unzuständig sein mag. Bleibt die Zuständigkeit des Täters unberücksichtigt, so müßte bei dieser Lösung auch § 34 StGB analog angewendet werden: Etwa die Verweigerung (auch) des Zivildienstes aus Gewissensgründen wäre rechtmäßig. Das Gesetz wertet eine solche Konfliktlösung freilich als unangemessen, wie die Begründung der Zivildienstpflicht in der Verfassung zeigt. Bei Zivildienstverweigerung zutreffend auch gegen Entschuldigung BVerfG 19 S. 135 ff (mit ablehnender Anmerkung *Arndt* NJW 1965 S. 2195 f); 23 S. 127 ff (mit ablehnender Anmerkung *Arndt* NJW 1968 S. 979 f); OLG Bremen NJW 1963 S. 1932 ff; OLG Stuttgart NJW 1963 S. 776 f; OLG Karlsruhe JZ 1964 S. 761 ff. — Jedoch soll die kontinuierliche Zivildienstverweigerung aus *einer* Gewissensentscheidung *eine* Tat im Sinn von Artikel 103 Abs. 3 GG sein (es geht aber um mitbestrafte Nachtaten, siehe unten 31/34); BVerfG 23 S. 191 ff; BVerfG NJW 1984 S. 1675 (Vorprüfungsbeschluß); BayObLG StV 1984 S. 369 ff; OLG Celle JZ 1985 S. 954 f mit kritischer Anmerkung *Struensee* aaO S. 955 ff (keine Identität bei nicht als Verweigerer Anerkannten; sehr zweifelhaft, da es eine Anerkennung als „Totalverweigerer" nicht gibt; die Wiederholbarkeit der Bestrafung soll wohl erzwingen, daß das Anerkennungsverfahren nicht obsolet wird); OLG Düsseldorf NJW 1985 S. 2429; LG Duisburg NJW 1985 S. 814 f; AG Stade StV 1985 S. 143 ff; zur Rechtsprechung siehe *Peters* JZ 1966 S. 457 ff; *ders.* Engisch-Festschrift S. 468 ff; *Dürig* JZ 1967 S. 426 ff; *Herdegen* GA 1986 S. 97 ff, 102 ff. — Für die Möglichkeit voller Entschuldigung der Zivildienstverweigerung bei freilich viel zu stark psychologisierender und deshalb die Bestandsbedingungen der Ordnung vernachlässigender Begründung AG Lüneburg StV 1984 S. 64 f und *Nestler-Tremel* StV 1985 S. 343 ff, 350. — Zu den Konsequenzen kontinuierlicher Verweigerung für die Strafaussetzung OLG Oldenburg NJW 1989 S. 1231.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

chen Verfassung unverträglich wäre. Die in der Regel beim einzelnen liegende Einstandspflicht ist die Kehrseite der Freiheit seiner Persönlichkeitsbildung.

B. Die Voraussetzungen der Entschuldigung

24 1. Erklärungen des Konflikts am Täter vorbei sind in den folgenden drei — kumulierbaren! — Weisen möglich:

a) Eine — volle oder partielle — Erklärung ohne Schaden für die Rechtsordnung und am Täter vorbei ist insoweit möglich, als der Konflikt zu den notwendigen Kosten eines unverzichtbaren Prinzips gerechnet werden kann. Das Recht kann auf das Prinzip überzeugungskonformen Verhaltens nicht verzichten, da ohne festen Bestand an „inneren" Normen der Subjekte eine zuverlässige soziale Integration ausgeschlossen ist[38]. Das Prinzip des überzeugungskonformen Verhaltens kann deshalb — wie jedes andere notwendige Prinzip — damit belastet werden, daß bei seiner Durchführung auch einige Zufallsfehler produziert werden. Wenn das Recht nicht darauf verzichten kann, daß die Normunterworfenen auch Überzeugungen aufbauen, so kann es auch das Risiko tolerieren, daß der Aufbau manchmal störende Ergebnisse zeitigt. Das genügt als Erklärung freilich nur, wenn sich das Recht mit der Anerkennung der Zufallsfehler nicht selbst preisgeben muß: Es kann nur um Überzeugungstäter gehen, die bei Anerkennung des Rechts in seinen wesentlichen Zügen gegen eine einzelne Norm verstoßen. Beispiele: Ein Vater verhindert einen rechtswidrigen Angriff auf die Gesundheit seines minderjährigen Kindes nicht, weil er dies nur durch — gerechtfertigte — Tötung des Angreifers könnte, er aber jede Anwendung von lebenszerstörender Gewalt aus Überzeugung ablehnt; das Kind erleidet deshalb schwere Verletzungen. — Ein Arzt gibt seinem todkranken Freund auf dessen Verlangen zur Vermeidung einer langen Agonie eine tödliche Injektion, weil er es lange vorher so versprochen hatte und der Kranke ihn nicht aus dem Versprechen entläßt. — In beiden Fällen ist die Möglichkeit mehr als partieller Entschuldigung zweifelhaft.

25 b) Das Sozialisationsdefizit des Täters kann ferner ohne Schaden für die Rechtsordnung ganz oder partiell am Täter vorbei erklärt werden, wenn es als Verschulden dritter Personen darstellbar ist, wenn also der Täter darauf verweisen kann, daß er falsch erzogen oder in einer Situation verständlicher Labilität verführt worden ist. Selbst eine Negation wesentlicher Teile der Rechtsordnung läßt sich auf diese Weise zumindest partiell erledigen. Beispiel: Ein mit allen Mitteln eines totalitären Staats erzogener 21-jähriger Mensch hält sich zur Zeit des Zweiten Weltkriegs für verpflichtet, an Judenvernichtungen teilzunehmen (zur Verstrickung in ein Unrechtsregime siehe schon oben 19/9).

26 c) Schließlich ist eine zumindest partielle Erklärung am Täter vorbei dann möglich, wenn dieser — mag er für seine Überzeugung zuständig sein oder nicht — von der Situation distanziert werden kann, in der sich die bis dahin nur auf hypothetische Fälle bezogene Überzeugung erst zum realen Konflikt auswächst. Das ist bei den institutionellen Pflichten der Fall, bei denen einerseits für den Täter keine Organisationsalternativen zur Institution bestehen, andererseits aber die Organisierbarkeit der Institution nicht von der Pflicht abhängt[39]. Beispiel: Eine Weigerung der Eltern, ihren Kindern im

---

38 Siehe *Luhmann* AöR 90 S. 258 ff, 264 und passim; *ders.* Rechtssoziologie Bd. II S. 224; *Böckenförde* VVDStL 28 S. 50 ff, 85; *Bäumlin* VVDStL 28 S. 15 ff, 30.

39 Bei der aus Überzeugung erfolgenden Weigerung eines Arztes, an einem gerechtfertigten Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken, ist zu unterscheiden: (a) Drohen der Schwangeren weder Tod noch schwere Gesundheitsschäden, so besteht nach Art. 1 Abs. 1 und 2 des 5. StrRG vom 18. 6. 1974 (BGBl. I S. 1297) schon keine Mitwirkungs*pflicht* (Einzelheiten bei *Schönke-Schröder-*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Fall schwerer Krankheit überhaupt ärztliche Hilfe zu besorgen, würde das „natürliche" Erziehungsrecht zu riskant werden lassen; aber die Überzeugung, etwa die Folgen von Blitzschlag und ähnlich seltenen Naturkatastrophen seien als höhere Fügung zu akzeptieren, betrifft so vereinzelte Fälle, daß das Prinzip der Versorgung dadurch nicht zerstört wird[40]. — Der Täter kann ferner von der Situation distanziert werden, wenn der potentiell Begünstigte sich auf die Reduktion seines Schutzes einläßt. Beispiel: Wer einen Menschen heiratet, der von der Unzulässigkeit jeder Blutübertragung durchdrungen ist, muß im Notfall auf strafrechtlichen Nachdruck gegen seinen Ehegatten verzichten, wenn dieser nicht für eine Blutübertragung sorgt[41].

Bei Pflichten kraft Organisationszuständigkeit ist eine Distanzierung des Täters von kalkulierbaren Situationen unmöglich: Er muß die Folgen seiner Organisationsfreiheit tragen. Beispiel: Wer ein riskantes Unternehmen startet, wird im Ingerenzfall so wenig mit dem Vorbringen gehört, seine Überzeugung verbiete ihm eine auch nur entfernte Beteiligung an Blutübertragungen, wie ein Täter, der dringend benötigte Blutkonserven aus Überzeugung zerstört. — Ist freilich ein Konflikt so selten, daß es noch im Rahmen des erlaubten Risikos liegt, wenn für den Fall seines Eintritts keine Vorsorge getroffen wird, so kann eine Distanzierung des Täters von der Situation die prinzipielle Verbindung von Organisationsfreiheit und Folgenverantwortung nicht berühren, falls nicht das Organisationsverhalten des Täters spezifisch auf dieses Risiko bezogen wird. Die Überzeugung mag in diesen Fällen bei der Schuldbestimmung mindernd wirken. Beispiel: Der Babysitter, der nach einem Blitzschlag dem getroffenen Kind nicht hilft, weil er meint, die göttliche Fügung nicht verfälschen zu dürfen, mag geminderte Schuld

---

Eser § 218 a Rdn. 68 ff). (b) Geht es aber um die Abwendung der genannten Schäden, so hat der Arzt regelmäßig die Möglichkeit, sich rechtzeitig so zu verhalten, daß eine Garantenstellung nicht begründet wird. Hat er die Möglichkeit nicht gewählt, ist er für den Konflikt zuständig. War die Möglichkeit ausnahmsweise nicht wählbar (was nur bei einer Garantenstellung kraft besonderen Vertrauens vorkommen kann), so ist volle oder partielle Entschuldigung angebracht. — Stets für Rechtfertigung *Peters* JZ 1972 S. 85 f, 86 mit Nachweisen; *ders.* ZStW 89 S. 103 ff, 110 f; für Haftung, wenn allein die Hilfe des Arztes über die Verwirklichung der Gefahr entscheidet *Rudolphi* Welzel-Festschrift S. 605 ff, 625; *Roxin* Maihofer-Festschrift S. 389 ff, 400; — ähnlich wie hier (auf Übernahme abstellend) *Bockelmann* Berliner Universitätstage 1964 S. 211 ff, 232; *ders.* in: *Ponsold* S. 1 ff, 8 f.

40 Anders schon bei der Weigerung, überhaupt für eine erforderliche Blutübertragung zu sorgen; OLG Hamm NJW 1968 S. 212 ff. — Jedenfalls bleibt es rechtswidrig und ein Mißbrauch der elterlichen Sorge, wenn den Kindern eine ärztliche Behandlung vorenthalten wird. Verweigern die Eltern ihre Zustimmung, so ist diese vormundschaftsgerichtlich zu ersetzen oder — bei Zeitdruck — nach den Regeln der mutmaßlichen Einwilligung (oben 15/16 ff). Eine Konfliktlage besteht für die Eltern objektiv also nur, wenn sie meinen, die unabhängig von ihrer Zustimmung vorzunehmenden Maßnahmen aus Überzeugung hindern zu müssen, oder wenn nur sie allein abwendungsfähig sind und deshalb ohne ihr Zutun jede Hilfe ausbleibt. — Siehe *Roxin* Maihofer-Festschrift S. 389 ff, 396 f.

41 *A. A.* zu dieser Fallgestaltung *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 120 vor § 32; *Rudolphi* Welzel-Festschrift S. 605 ff, 627. Das Bundesverfassungsgericht hat eine „Ausstrahlungswirkung" des Grundrechts nach Art. 4 Abs. 1 GG angenommen, was eine Bestrafung aus § 323 c StGB hindern soll (BVerfG 32 S. 98 ff, 106 f; siehe auch BVerfG 33 S. 23 ff, 33 f); da jedoch im zu entscheidenden Fall das Opfer (die Ehefrau) auch seinerseits (ihrerseits) eine Blutübertragung ablehnte, fehlte schon ein Recht, ärztliche Maßnahmen durchführen zu lassen, so daß die Entscheidung auf dem Selbstbestimmungsrecht und nicht auf einer „Ausstrahlungswirkung" beruhen müßte; siehe zur Entscheidung *Blei* JA 1972 S. 231 ff, 303 ff, 369 f; *Deubner* NJW 1972 S. 814; *Dreher* JR 1972 S. 342 ff; *Ranft* Schwinge-Festschrift S. 111 ff; *Händel* NJW 1972 S. 327 f; *Peters* JZ 1972 S. 85 f; *Roxin* Maihofer-Festschrift S. 389 ff, 401 f. — Freilich war der Ehemann den gemeinsamen Kindern gegenüber — mangels eines anderen Tatbestands: nach § 323 c StGB — verpflichtet, seine Frau durch drastische Vorstellungen der Weigerungskonsequenzen zur Einwilligung in eine ärztliche Behandlung zu bringen, um seinen Kindern die Katastrophe des Tods ihrer Mutter zu ersparen; bei der Nichterfüllung dieser Pflicht mag die Überzeugung schuldmindernd wirken.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

haben, wenn er nicht ausdrücklich auch für diesen Katastrophenfall die Sorge übernommen hat und wenn er nicht die Rettungsaktionen stört, die unabhängig von seiner Organisation ablaufen.

27 2. Ein Unterschied der Erklärungsmodalitäten zwischen Begehung und Unterlassung besteht nicht[42] und ließe sich im Bereich der Organisationszuständigkeit wegen der Austauschbarkeit von Tun und Unterlassen auch nicht durchhalten. Freilich dürften die Fälle mangelnder Zuständigkeit für die Situation häufig solche einer Unterlassung sein. Zudem dürfte eine Konfliktlage eher bei Pflichten zum Handeln entstehen als bei Pflichten zum Unterlassen; denn die Selbstdarstellung einer Person durch eine Handlung (also durch eine Gebotsbefolgung) wird häufig eindeutiger sein als diejenige durch eine Unterlassung (also durch eine Verbotsbefolgung); insbesondere ist der Bereich, in dem trotz Kausalität einer Handlung ein Erfolg nicht zugerechnet wird, praktisch enger als derjenige, in dem trotz der Fähigkeit zur Erfolgsabwendung durch eine Handlung die Erfolgszurechnung unterbleibt[43].

III. Der Notwehrexzeß

Literatur

G. Arzt Anmerkung zu BGH JR 1980 S. 210 f, aaO S. 211 ff; *A. Coenders* Anmerkung zu RG JW 1925 S. 963 f, aaO S. 963; *G. Jakobs* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *ders.* Schuld und Prävention, 1976; *B. Müller-Christmann* Der Notwehrexzeß, JuS 1989 S. 717 ff; *H. Otto* Grenzen der straflosen Überschreitung der Notwehr, § 33 StGB, Jura 1987 S. 604 ff; *C. Roxin* Über den Notwehrexzeß, Schaffstein-Festschrift S. 105 ff; *ders.* „Schuld" und „Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-Festschrift S. 171 ff; *ders.* Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 S. 641 ff; *H.-J. Rudolphi* Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff — OLG Hamm, NJW 1965, 1928, JuS 1969 S. 421 ff; *J. Sauren* Zur Überschreitung des Notwehrrechts, Jura 1988 S. 567 ff; *H. Schröder* Notwehrüberschreitung und Putativnotwehr, ZAkDR 1944 S. 123 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1962 S. 186 f, aaO S. 187 ff; *E. Steininger* Der Putativnotwehrexzeß ÖJZ 1986 S. 747 ff; *G. Timpe* Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 Abs. 1 StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB), JuS 1984 S. 859 ff, JuS 1985 S. 35 ff, 117 ff.

A. Die Theorie des Entschuldigungsgrunds

28 Nach § 33 StGB wird ein Täter nicht bestraft, der die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschreitet. Die Regelung bezieht sich überhaupt nur auf Fälle, in denen die Überschreitung vermeidbar (vorsätzlich oder fahrlässig) und durch einen schuldfähigen sowie nicht in unvermeidbarem Verbotsirrtum befindlichen Täter geschieht, also an sich schuldhaft; Strafbarkeit und Straffreiheit in den sonstigen Fällen richten sich nach den allgemeinen Regeln. Der Notwehrexzeß läßt Schuld mangels Zumutbarkeit entfallen: Wenn der Angegriffene den kühlen Kopf verliert, ohne daß sein Verhalten drastisch deliktische Züge trägt (also bei Verwirrung etc.), so muß sich der Angreifer die Folgen selbst zuschreiben. Die Schuldlosigkeit ist

---

42 *Rudolphi* Welzel-Festschrift S. 605 ff, 628 f; *Ebert* Überzeugungstäter S. 19 f und passim; *Roxin* Maihofer-Festschrift S. 389 ff, 393 f; *a. A. Schulte* und *Träger* BGH-Festschrift S. 251 ff, 263; *Jescheck* AT § 59 VIII 2 u. a. m.

43 Daß sich „die Sozialordnung ... auf ein rechtswidriges Unterlassen, auf den Ausfall von Leistungen, besser einstellen ... (könne) als auf aggressives rechtswidriges Tun" (*Luhmann* AöR 90 S. 257 ff, 282 f), betrifft auf der Unterlassungsseite nur den Bereich sowieso fehlender Zurechenbarkeit des Erfolgs, in dem es also bereits an einer Pflicht fehlt; ansonsten verpaßt das Argument die identische Zurückführung von Begehungs- und Unterlassungshaftung auf Organisationsfreiheit und Institutionen; siehe dazu oben 7/56 ff, 70 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

weder allein Folge der psychischen Desorientierung des Angegriffenen noch des Umstands, daß diese Desorientierung dem Angreifer zugerechnet werden kann — das könnte sie auch insoweit, als unbeteiligte Dritte unter der überzogenen Abwehr zu leiden haben —, sondern beruht auf der Möglichkeit, das Opfer der Abwehr gerade auf seine eigene schuldhafte (oben 12/16 ff) Urheberschaft an der Lage zu verweisen[44].

B. Die Voraussetzungen der Entschuldigung

Aus der genannten Ratio der Vorschrift ergibt sich für ihren Anwendungsbereich: **29**

1. Nur ein Verhalten aus[45] den sogenannten asthenischen Affekten: Verwirrung, Furcht oder Schrecken, entschuldigt; bei sthenischen Affekten — Zorn, Wut, Rauflust, Blutrausch — bleibt eine Haftung im Rahmen der allgemeinen Regeln, da die Zurechnung allein zum Angreifer nur möglich ist, wenn der Angegriffene sich nicht drastisch deliktisch verhält. Jedoch kann, wie § 213 StGB lehrt, die Schuld bei sthenischen Affekten gemindert sein. — Neben den vom asthenischen Affekt bedingten Tatantrieb können weitere Antriebe treten, ohne daß die Entschuldigung entfiele[46]. — Die Entschuldigung ist systemwidrig, wenn der Angegriffene schon wegen einer minimalen Gefahr in Verwirrung etc. gerät oder bei einer geringen Verwirrung die Abwehr erheblich überzieht, da dann die Zurechnung zum Angreifer nicht überwiegt. — Ein Handeln aus den genannten Affekten entfällt nicht schon deshalb, weil der Überziehende den Exzeßfall voraussehen und vermeiden könnte[47].

2. Die Überschreitung der Notwehr kann bewußt oder unbewußt geschehen[48]; **30** diese Gleichbehandlung von Bewußtsein und Irrtum entspricht nicht nur dem Wortlaut

---

44 *Jakobs* Schuld und Prävention S. 23 f; *Roxin* Schaffstein-Festschrift S. 105 ff, 116 f, 120; siehe auch *ders.* Henkel-Festschrift S. 171 ff, 189 f; *ders.* ZStW 96 S. 641 ff, 656; *Timpe* JuS 1985 S. 117 ff, 119. — Das ist so streitig, wie der funktionale Schuldbegriff streitig ist. Ohne die Berücksichtigung der Möglichkeit, den Konflikt auf den Angreifer zu verlagern, läßt sich § 33 StGB nicht deuten; konsequent verwerfend („Die Zurechnung, diese feinste Leistung der Strafrechtspflege, wird durch eine grobe Regel matt gesetzt"; die Vorschrift sei „plumper persönlicher Strafausschließungsgrund") *M. E. Mayer* AT S. 282 f; *meine* diesbezügliche Zustimmung (Studien S. 145 f) gebe ich auf, obgleich auch eine funktionale Deutung in den Fällen heftigster Affektreaktionen auf einen minimalen Angriff hin versagt. — *Schröder* hält die Vorschrift für eine bloße Beweisregel (ZAkDR 1944 S. 123 ff; *Schönke-Schröder*[17] § 53 Rdn. 36), was freilich nicht erklärt, weshalb sich gerade zum Notwehrexzeß eine solche Regel findet. Nach *Schmidhäuser* (AT 11/26) soll die Vorschrift überflüssig sein, da in den relevanten Fällen eine Schuld schon nach allgemeinen Grundsätzen zu verneinen sei; jedoch ist die Behauptung, eine Notwehrüberschreitung geschehe stets so, daß der Täter unvermeidbar irre — so man § 33 StGB überhaupt auf Fälle unbewußter, also irriger Überschreitungen beschränkt — nicht beweisbar und nicht einmal plausibel. — Eine neuere Lehre nimmt eine Kombination von gemindertem Handlungs- und Erfolgsunrecht wegen der Verteidigung eines Guts und zudem geminderter Schuld wegen Verwirrung etc. an (*Rudolphi* JuS 1969 S. 461 ff, 462 f; *Jescheck* AT § 45 II 2; *Triffterer* Strafrecht S. 127), was dann freilich auch bei einer Beeinträchtigung unbeteiligter Dritter oder bei einem Not*stands*exzeß etc. ebenso gelten müßte und zudem, was das Erfolgsunrecht angeht, sowieso nicht stimmt: Da die Abwehr nicht erforderlich ist, wird der Erfolg „umsonst" herbeigeführt. Ferner finden sich Zuordnungen zur Schuldfähigkeit (*H. Mayer* Studienbuch § 22 V; § 25 III a) oder zum Verbotsirrtum (*Bockelmann* AT[2] § 16 D IV; anders — Zumutbarkeit — *ders.* AT[3] aaO). — Allen Lösungen, die auch bei Putativnotwehr exkulpieren wollen (unten 20/33), liegt eine psychologisierende Deutung zugrunde. — Zu den zivilrechtlichen Konsequenzen siehe *LK-Spendel* § 32 Rdn. 77 ff.

45 Nicht: „in"; die überzogene Abwehr muß Folge des Affekts (und dieser muß Folge des Angriffs) sein; siehe BT-Drucksache V/4095 S. 15.

46 BGH 3 S. 195 ff, 198 f.

47 BGH JR 1980 S. 210 f, 211; *a. A. Arzt* JR 1980 S. 211 ff, 212 f. — Actio libera in causa käme nur in Betracht, wenn es Aufgabe des überzogenen Abwehrenden wäre, schon die Lage zu vermeiden, in der er angegriffen wird; das aber ist nach den Regeln der objektiven Zurechnung nicht der Fall.

48 Streitig; wie hier RG 21 S. 189 ff, 191; 56 S. 33 f, 34; RG JW 1935 S. 431; BGH NStZ 1987 S. 20 f; NStZ 1989 S. 474 f; BayObLGSt. 1949/51 S. 362 ff, 364; *Roxin* Schaffstein-Festschrift

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

von § 33 StGB und dem Willen der Gesetzesverfasser[49], sondern ist auch axiologisch angebracht: Ob der Abwehrende in seinem Affekt das erforderliche Maß der Abwehr nicht erst beurteilt oder aber aus dem gewonnenen Urteil keine Konsequenzen für die Gestaltung der Abwehr zieht, wird häufig gleich zu bewerten sein, ja selbst die Irrtumsvariante kann — etwa bei egoistischer Konzentration des Abwehrenden auf seine Güter — an sich eher belasten (siehe oben zur Tatsachenblindheit 8/5). Beispiel: Wer in Furcht auf Grund einer plötzlichen, mit Faustschlägen erfolgenden Attacke besonders heftig zurückschlägt, damit (bewußt) der Angreifer nicht nur jetzt aufhört, sondern auch für alle Zeiten friedlich bleibt, steht demjenigen gleich, der blindlings (unbewußt) mehr unternimmt, als zur Beseitigung der gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist.

31 3. Entschuldigt ist die überzogene Abwehr im asthenischen Affekt während eines gegenwärtigen Angriffs (intensiver Exzeß), wie auch diejenige im asthenischen Affekt vor oder nach der Gegenwärtigkeit eines Angriffs (extensiver Exzeß)[50]. Das ist bezüglich der verspäteten Abwehr damit zu begründen, daß die Überziehung auch bei Verspätung noch Folge der drastischen Gefährdung des vorher gegenwärtigen Angriffs ist. Bei der vorgezogenen Abwehr muß der Angreifer immerhin wahrnehmbare (zumindest verbale) Anstalten zum Angriff getroffen haben, die nach seiner Vorstellung kontinuierlich in einen gegenwärtigen Angriff münden sollen; ohne diese Beschränkung könnte § 33 StGB nicht mehr als Entschuldigung spezifisch gegenüber einem Angreifer verstanden werden, sondern nur noch als allgemeine Entschuldigung bei Angst. Bei den genannten Beschränkungen läßt sich der asthenische Affekt mit seinen Folgen aus dem aggressiven Verhalten dessen erklären, der den Angriff vollzog oder plante. Beispiel: Die Entschuldigung gilt einem Furchtsamen sowohl, wenn er einen Boxer schon niederschießt, während dieser noch zur Erhöhung des Angriffseffekts seine Muskeln aufwärmt, als auch dann, wenn er dem schon Abgeschlagenen noch einen Steinwurf nachsendet, damit er ja nicht wiederkommt. Auch eine doppelte Überschreitung der Notwehrgrenzen schließt die Entschuldigung nicht aus. Beispiel: Die Verwirklichung eines noch nicht gegenwärtigen Angriffs wird mit einem Mittel verhindert, das in einem nicht mehr erforderlichen Maß in die Güter dessen eingreift, der den Angriff vorbereitet.

32 4 a) Die Entschuldigung ist nicht auf Notwehrlagen beschränkt, sondern auf die Festnahme nach § 127 Abs. 1 StPO und auf die Selbsthilfe nach § 229 BGB insoweit entsprechend anzuwenden, als Anlaß der Festnahme oder der Selbsthilfe ein schuldhaftes Verhalten ist, wie auch bei der Notwehr ein schuldhafter rechtswidriger Angriff vorausgesetzt wird (oben 12/16 ff). Ohne Verschulden des Veranlassers wäre die

---

S. 105 ff, 107 ff; *Rudolphi* JuS 1969 S. 461 ff, 463; *Timpe* JuS 1985 S. 117; *LK-Spendel* § 33 Rdn. 52 ff; *Jescheck* AT § 45 II 3; *Otto* Jura 1987 S. 604 ff, 606; *Müller-Christmann* JuS 1989 S. 717 ff, 719; überwiegende Ansicht. — *A. A.* (nur unbewußt) *Binding* Handbuch S. 753; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 33 Rdn. 6; *Schröder* ZAkDR 1944 S. 123 ff; *Welzel* Strafrecht § 14 II 5.

49 BT-Drucksache V/4095 S. 14 f; eingehend *Roxin* Schaffstein-Festschrift S. 105 ff, 108 f mit Nachweisen.

50 Sehr streitig; *Roxin* Schaffstein-Festschrift S. 105 ff, 111 ff; *ders.* Henkel-Festschrift S. 171 ff, 189 f; *Schröder* ZAkDR 1944 S. 123 ff, 125; *Timpe* JuS 1985 S. 117 ff, 120 f; *Müller-Christmann* JuS 1989 S. 717 ff, 719 f; *Baumann-Weber* AT §§ 21 II 1 d, 29 II 3; *Blei* AT § 62; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 33 Rdn. 7; unter Ausklammerung des vorzeitigen Exzesses auch *LK-Spendel* § 33 Rdn. 4 ff; *Otto* Jura 1987 S. 604 ff, 606; — *a. A.* (nur intensiven Exzeß) Rechtsprechung und überwiegende Lehre; RG 54 S. 36 f, 37; 61 S. 216 f, 217; 62 S. 76 ff, 77; OGH 3 S. 121 ff, 124; *Jescheck* AT § 45 II 4; *Stratenwerth* AT Rdn. 448; *Schmidhäuser* AT 11/27; *Kohlrausch-Lange* § 53 Anm. X; *Maurach-Zipf* AT I § 34 Rdn. 27; *Dreher-Tröndle* § 33 Rdn. 3; *Lackner* § 33 Anm. 2; *Triffterer* Strafrecht S. 127 f; *Sauren* Jura 1988 S. 567 ff, 571 f; — elastisch (auch bei abklingendem Angriff) BGH NStZ 1987 S. 20 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Zurechnung zu ihm schwächer als zum Überziehenden, und der Konflikt könnte nicht auf den Veranlasser geschoben werden.

b) Ein Not*stands*exzeß kann regelmäßig mangels Verschulden des Eingriffsopfers der Notstandstat nicht analog § 33 StGB entschuldigt werden. Eine — praktisch irrelevante — Ausnahme bilden die Fälle, in denen das Eingriffsopfer die Notstandstat schuldhaft veranlaßt hat. Beispiel: Nach schuldhafter Brandstiftung durch den Nachbarn zerstören Retter in ihrer Verwirrung überflüssigerweise auf dem Grundstück des Nachbarn eine Stallung, um den Brand so vermeintlich besser bekämpfen zu können; — analog § 33 StGB entschuldigter Notstandsexzeß (siehe auch oben 12/Fn. 33).

5 a) Stets besteht die Entschuldigung nur bezüglich der Verletzung von Gütern des **33**
schuldhaften Veranlassers[51]. Wer bei der überzogenen Abwehr zugleich Güter eines Unbeteiligten verletzt, haftet dafür nach allgemeinen Regeln[52].

b) Bei Putativnotwehr in dem Sinn, daß ein Angriff weder bevorsteht, noch besteht, noch bestanden hat, kann ein Exzeß nicht entschuldigt werden, da die überzogene Abwehr dann nicht einen schuldhaften Veranlasser trifft[53]. Freilich ist ein zurechenbarer Scheinangriff ein wirklicher und nicht nur putativer Angriff im Sinn von § 32 StGB[54] (siehe oben zu den prospektiven Rechtfertigungsmerkmalen 11/7 ff). Beispiele: Der Spaziergänger im Park hält einen heranstürmenden Menschen irrig für einen Angreifer und überzieht die erforderliche Abwehr; — keine Entschuldigung nach § 33 StGB, sondern allenfalls nach den allgemeinen Regeln wegen eines unvermeidbaren Irrtums. — Witzbolde überfallen einen Spaziergänger in einer berüchtigten Gegend, damit dieser sich angegriffen wähnen soll; die Täuschung gelingt und der Getäuschte überzieht die Abwehr aus asthenischem Affekt; — Entschuldigung nach § 33 StGB.

6. Weil bei einer Provokation im Sinn einer schuldhaften Veranlassung des Angriffs **34**
sowohl der Provokateur wie der Provozierte (Angreifende) schuldhaft handeln (siehe oben 12/53), kann nicht der schuldhafte Angriff allein als Konfliktursache herausgestellt werden. Damit fehlt die Möglichkeit, den Konflikt dem Angreifer bevorzugt und dem im asthenischen Affekt Reagierenden allenfalls nachrangig zuzurechnen, so daß § 33 StGB nicht angewendet werden kann[55].

---

51 RG 54 S. 36 f, 37.

52 *A. A.* BGH NStZ 1981 S. 299: Entschuldigung auch eines Waffengebrauchs gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 7 a WaffG bei der überzogenen Abwehr eines Angreifers mittels einer Schußwaffe.

53 RG JW 1936 S. 512; RG 54 S. 36 ff, 37; 61 S. 216 f, 217; BGH NJW 1962 S. 308 f, 309; BGH NJW 1968 S. 1885; BGH NStZ 1983 S. 453; *Roxin* Schaffstein-Festschrift S. 105 ff, 118 ff; *Timpe* JuS 1985 S. 117 ff, 121 f; *Wessels* AT § 11 III 1; *Jescheck* AT § 45 II 4; *LK-Spendel* § 33 Rdn. 32; — *a. A.* die psychologisierenden Lösungen; *Schröder* ZAkDR 1944 S. 123 ff, 125; *Schönke-Schröder*[17] § 53 Rdn. 36; *Coenders* JW 1925 S. 963; *Steiniger* ÖJZ 1986 S. 747 ff, 750 (für das österreichische Recht); — für Entschuldigung bei objektiv unerkennbarem Irrtum *Rudolphi* JuS 1969 S. 461 ff, 463; *SK-Rudolphi* § 33 Rdn. 6; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 33 Rdn. 8; *Dreher-Tröndle* § 32 Rdn. 27.

54 *Timpe* JuS 1985 S. 117 f, 122; im Ergebnis für § 33 StGB ebenso *Roxin* Schaffstein-Festschrift S. 105 ff, 118 ff, 120.

55 Üblicherweise wird — ausgehend von einem weiteren Begriff der Provokation, als er hier vertreten wird — danach differenziert, ob das Notwehrrecht entfällt (dann auch keine Entschuldigung nach § 33 StGB) oder nicht (dann bleibt auch der Schutz des § 33 StGB für den Abwehrenden); siehe *Roxin* Schaffstein-Festschrift S. 105 ff, 122 ff; *Müller-Christmann* JuS 1989 S. 717 ff, 719 f; *Jescheck* AT § 45 II 5; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 33 Rdn. 9; *SK-Rudolphi* § 33 Rdn. 5; *ders.* JuS 1969 S. 461 ff; *Schröder* JR 1962 S. 187 ff; für einen Ausschluß von § 33 StGB bei bloßen Abwehrzurüstungen *Arzt* JR 1980 S. 211 ff, 212 f. — Die Rechtsprechung hat im Zeichen einer Ausdehnung des Provokationsbegriffs und einer Einschränkung der Exzeßentschuldigung entschieden: BGH NJW 1962 S. 308 f, 309 (dagegen *Schröder* aaO); OLG Hamm NJW 1965 S. 1928 f (dagegen *Rudolphi* aaO); siehe aber auch BGH JR 1980 S. 210 f, 211 (dagegen *Arzt* aaO).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

IV. Die Besonderheiten der Zumutbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt

Literatur

M. Burgstaller Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen, 1974; *K. Engisch* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *H. Henkel* Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Mezger-Festschrift S. 249 ff; *R. D. Herzberg* Die Schuld beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1984 S. 402 ff; *G. Jakobs* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *F. Nowakowski* Zur Theorie der Fahrlässigkeit, JurBl. 1953 S. 506 ff; *B. Schünemann* Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975 S. 435 ff, 511 ff, 575 ff, 715 ff, 787 ff.

35 A. Die Voraussetzungen von Schuld und Entschuldigung gelten sämtlich auch für fahrlässiges Verhalten. Zur Schuld gehören also: Unrecht, Zurechnungsfähigkeit, Zuständigkeit für Normunkenntnis (Vermeidbarkeit der Normunkenntnis) und gegebenenfalls erforderliche spezielle Schuldmerkmale (oben 17/47 ff). Schuld ist ausgeschlossen (oder gemindert), wenn der Täter in einer entschuldigenden Verfassung oder in einem entschuldigenden Kontext handelt (oben 17/53 ff). Beispiel: Wer entschuldigt ist, wenn er bei der erforderlichen Lösung eines existentiellen Konflikts vorsätzlich einen anderen Menschen tötet (§ 35 StGB), ist auch entschuldigt, wenn er bei dem zur Konfliktlösung erforderlichen Verhalten die Tötungsfolge vermeidbar nicht bedenkt.

36 B 1. Innerhalb der vollen oder partiellen Unzumutbarkeit gibt es ein eng umrissenes Gebiet[56], das fahrlässigem Verhalten vorbehalten ist. Es handelt sich um Fälle, bei denen der Fahrlässigkeitstäter zur Vermeidung des normwidrigen Verhaltens etwas leisten muß, was der Vorsatztäter immer schon geleistet hat: die Identifizierung der Merkmale des Verhaltens, gegebenenfalls einschließlich seiner Folgen. In diesen Fällen mag der Täter darauf verweisen können, daß ihm die Identifizierung wegen einer Blockierung seiner Motivation nicht gelungen ist, während eine Nicht-Vermeidung des Verhaltens bei geleisteter Identifizierung (also bei Vorsatz) unverzeihlich wäre. Es geht also um eine nur bei Fahrlässigkeit mögliche Auswirkung von Bewußtseinsstörungen (siehe zu § 20 StGB oben 17/18 f). Beispiel: Ein Arbeiter erfährt, während er Schweißarbeiten durchführt, die Nachricht von einem schweren Unfall seines Kindes; entsetzt legt er das noch brennende Schweißgerät beiseite, was schnell zu einem Brand führt (§ 309 StGB). Mit dominanter Motivation, keine Brandstiftung zu begehen, unterbliebe das Verhalten; deshalb ist es fahrlässig. Aber aus der vom Täter nicht zu verantwortenden Situation kann verständlich gemacht werden, daß er nicht dominant zur Vermei-

---

56 Siehe auch unten zur Fahrlässigkeit beim Unterlassungsdelikt 29/93, 100. Die Lösung ist umstritten; teils wird — bei Trennung von objektiver und subjektiver Sorgfalt — formuliert, es gehe um die Begrenzung der den Täter persönlich treffenden Sorgfaltspflicht (OLG Frankfurt VRS 41 S. 33 ff, 35; *Jescheck* AT § 57 IV; *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 198 ff; *ders.* Wiener Kommentar § 6 Rdn. 101 ff), was wegen der Zuordnung von Pflichten nicht zum Unrechts-, sondern zum Schuldbereich zumindest unklar ist (siehe schon zur „Pflichtnorm" bei *Goldschmidt* oben 17/9). — Es findet sich ferner die Lozierung des Problems bei der objektiven Sorgfalt (*H. Mayer* AT § 19 C II 2; *ders.* Studienbuch § 31 III 1; *Henkel* Mezger-Festschrift S. 249 ff, 286 f), auch eine Zuordnung zu diversen Regelungen der Schuld, etwa zu § 20 StGB und § 35 Abs. 2 StGB (*Maurach-Gössel* AT II § 44 Rdn. 50; *LK*[8]*-Mezger* Anm. 12 e vor § 51) oder zu § 17 StGB (*AK-Zielinski* §§ 15, 16 Rdn. 135). — Wie hier für eine Behandlung als gesetzlich nicht geregelter („übergesetzlicher") Fall der Zumutbarkeit *Jakobs* Studien S. 141 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 1136; *SK-Samson* § 16 Anhang Rdn. 36; wohl auch *Herzberg* Jura 1984 S. 402 ff, 413 f; *Nowakowski* JurBl. 1953 S. 506 ff, 509 f; — ähnlich, jedoch ohne die hier gezogenen engen Grenzen zu beachten, *Welzel* Strafrecht § 23 II 2 a und b; *Schmidhäuser* AT 11/34 ff; *Bockelmann-Volk* AT § 20 IV 2 c; *Baumann-Weber* AT § 29 III 2; *Engisch* Untersuchungen S. 441 ff; — kritisch *Maurach-Gössel* aaO; *Schünemann* JA 1975 S. 435 ff, 787 ff, 791 f; *Blei* AT § 82 II 3 b; *LK-Hirsch* Rdn. 194 vor § 51.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

dung von Brandstiftung motiviert ist, sondern sich dominant mit dem mitgeteilten Unglück beschäftigt, obgleich es unverzeihlich wäre, wenn er bei Vorsatz nicht dominant zur Vermeidung motiviert wäre.

2. Das Ausbleiben einer dominanten Motivation kann nur dann ohne Schaden für **37**
die Norm aus der Situation erklärt werden, wenn der Täter für seine Motivationsblokkierung unzuständig ist, insbesondere weil das Interesse des Täters durch ein Ereignis absorbiert wird, dem in rechtlicher Wertung eine intensive Zuwendung gebührt[57]. Bei einem rechtlich gewichtigen Anlaß mag sogar eine Motivationserschwerung präsumiert werden. Wer aber schon bei einem rechtlich nichtigen Anlaß die Besonnenheit verliert, haftet trotz des Verlustes, wenn er nicht ausnahmsweise für die hohe Wertung des Nichtigen unzuständig ist, etwa infolge mangelnder Reife oder infolge Angst[57a]. Es kommt also nicht auf das Maß der psychischen Störung an, sondern auf die (Un-)Zuständigkeit für ungestörte dominante Vermeidemotivation. Beispiele: Ein fanatischer Anhänger eines Fußballclubs schlägt bei einer Fehlentscheidung des Schiedsrichters in seiner Erregung dem vor ihm stehenden Zuschauer eine Bierflasche auf den Kopf, ohne die Folgen zu bedenken; — solchermaßen ubiquitär mögliche Anlässe zur Erregung wiegen rechtlich nichts. — Einem Autofahrer offenbart seine mitfahrende Freundin unvermittelt, sie sei schwanger; der Fahrer bremst auf glatter Straße zu stark, das Fahrzeug gerät ins Schleudern etc.; — die Erregung erklärt das Fehlverhalten zumindest partiell.

3. Verbreitet wird die Zumutbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt auf Fälle von Risiko- **38**
abwägungen erstreckt. Das läuft auf eine unzulässige Erweiterung des Katalogs der in § 35 StGB genannten Güter hinaus und ist jedenfalls kein spezifisches Fahrlässigkeitsproblem: Ob das Risiko erkannt wird oder nur erkennbar ist, besagt nichts darüber, wann seine Verlagerung toleriert werden kann[58]. Beispiele[59]: Ein Kutscher fährt anordnungsgemäß mit einem Pferd, das zum Durchgehen neigt, da er fürchtet, bei einer Weigerung seinen Arbeitsplatz zu verlieren; es kommt zu einem Unfall mit einer Körperverletzung[60]; — es fehlt eine Motivationsblockierung und der Arbeitsplatz ist kein Kataloggut nach § 35 . — Ein Fährmann auf der Memel versucht, einige Passagiere auf deren nachdrückliches Bitten trotz gefährlicher Wasserverhältnisse überzusetzen, nachdem die Passagiere seine Einsatzbereitschaft in Zweifel gezogen haben; es kommt zu einem Unfall, bei dem Menschen ertrinken[61]; — es geht nicht um Zumutbarkeit, sondern um Einwilligung in ein Risiko (siehe oben 7/126 ff; 14/12).

V. Die Entschuldigung bei Interessenkollision (der sogenannte übergesetzliche, entschuldigende Notstand)

Literatur

P. Bockelmann Zur Schuldlehre des Obersten Gerichtshofs, ZStW 63 S. 13 ff; *A.-E. Brauneck* Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959 S. 261 ff; *H. End* Existentielle Handlungen im Strafrecht, 1959; *W. Gallas* Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Mezger-Festschrift S. 311 ff; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *F. Hartung* Anmerkung zu OGH NJW 1950 S. 151 ff, aaO S. 151 ff; *H. Henkel* Zumutbarkeit und Unzumut-

---

57 *Jescheck* AT § 58 IV; *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 198 ff, 200 f; *Welzel* Strafrecht § 23 II 2 b; *LK-Hirsch* Rdn. 194 f vor § 32; *Herzberg* Jura 1984 S. 402 ff, 413; *Jakobs* Studien S. 144 ff.

57a *Herzberg* Jura 1984 S. 402 ff, 413 f.

58 Teils wird die Zumutbarkeit auch zur Erledigung von Fällen des Regreßverbots mißbraucht, so in BGH 3 S. 203 ff; RG DR 1944 S. 442 f; siehe *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 204.

59 Siehe ferner RG 36 S. 78 ff; 74 S. 195 ff.

60 RG 30 S. 25 ff; „Leinenfängerfall"; anschaulich dazu *Fischer* in: *Noll* AT S. 220, 226.

61 RG 57 S. 172 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

barkeit als regulatives Rechtsprinzip, Mezger-Festschrift S. 249 ff; *H. J. Hirsch* Strafrecht und rechtsfreier Raum, Bockelmann-Festschrift S. 89 ff; *Arthur Kaufmann* Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, Maurach-Festschrift S. 327 ff; *W. Küper* Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979; *ders.* Die dämonische Macht des „Katzenkönigs" oder: Probleme des Verbotsirrtums und Putativnotstandes an den Grenzen strafrechtlicher Begriffe, JZ 1989 S. 617 ff; *D. Lang-Hinrichsen* Epoché und Schuld. Über den von strafrechtlicher Schuld ausgeschlossenen Raum, Bärmann-Festschrift S. 583 ff; *G. Mangakis* Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts, ZStW 84 S. 447 ff; *D. Oehler* Die Achtung vor dem Leben und die Notstandshandlung, JR 1951 S. 489 ff; *H. Otto* Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3. Auflage 1978; *K. Peters* Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen, JR 1949 S. 496 ff; *ders.* Die Tötung von Menschen in Notsituationen, JR 1950 S. 742 ff; *J. Rödig* Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, Lange-Festschrift S. 39 ff; *Eb. Schmidt* Anmerkung zu OGH 1 S. 321 ff, SJZ 1949 Sp. 559 ff; *G. Spendel* Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund, Engisch-Festschrift S. 509 ff; *ders.* Der hypothetisch gleiche oder schwerere Deliktserfolg als Strafmaßproblem, Bruns-Festschrift S. 249 ff; *H. v. Weber* Die Pflichtenkollision im Strafrecht, Kiesselbach-Festschrift S. 233 ff; *H. Welzel* Anmerkung zu OGH 1 S. 321 ff, MDR 1949 S. 373 ff; *ders.* Zum Notstandsproblem ZStW 63 S. 47 ff.

39 A. Eine *Pflichten*kollision ohne gerechtfertigten Ausweg, sondern nur mit einer entschuldigenden Lösung, gibt es nicht, da das Recht nicht ein Verhalten zugleich fordern und als rechtswidrig bewerten kann, ohne sich selbst zu widersprechen[62]. Enthält die geschriebene Rechtsordnung dem Wortlaut nach Widersprüche, so ist deren Auflösung eine geläufige Aufgabe der Interpretation. Zumeist genanntes Beispiel einer angeblichen Pflichtenkollision ist eine Fallkonstellation aus der „Euthanasie"-Aktion der nationalsozialistischen Zeit[63]: Einige Ärzte in Anstalten für geistig behinderte Menschen hatten das Leben von einigen Anvertrauten preisgegeben, um nicht durch willfährige Kollegen ersetzt zu werden, die alle Menschen zur Tötung preisgegeben hätten. — Eine Pflichtenkollision läge nur vor, wenn die geretteten Menschen ein Recht auf Rettung durch die Ärzte nicht nur im Rahmen von deren legalen Verhaltensweisen gehabt hätten, sondern ein Recht auf Rettung selbst durch Preisgabe der anderen zur Tötung. Ein solches Recht — und eine korrespondierende Pflicht der Ärzte — bestand jedoch nicht, da den Opfern rechtlich nicht angesonnen wurde, sich die Minima ihrer Existenz zu Gunsten der zu rettenden Menschen nehmen zu lassen oder diese Minima gar ihrerseits handelnd aufzuopfern. Ein solches Ansinnen ergeht rechtlich nur bei besonderen Zuständigkeiten (etwa gegenüber dem Angreifer in einer Notwehrlage).

40 B. Da in der konkreten Situation nur *eine* der kollidierenden Pflichten *rechtlich* Bestand hat, kann die Übertretung dieser dominanten Pflicht durch Befolgung der zurücktretenden Pflicht allenfalls entschuldigt sein. Eine Entschuldigung kann — abgesehen von den in § 35 StGB geregelten Fällen — in folgender Weise begründet werden:

41 1. Hängt der Verlust eines Guts im Ergebnis nicht vom Täter ab, weil das Gut zwar durch sein Verhalten verlorengeht, aber ohne dieses Verhalten auf einem anderen Weg verlorenginge, so entfernt sich das Verhalten des Täters trotz seiner Erfolgskausalität

---

62 *Blei* AT § 63 II; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 17 vor § 32. — *A. A. Jescheck* AT § 47 I 2; *Welzel* Strafrecht § 23 III 1; *Stratenwerth* AT Rdn. 627 f; *Gallas* Mezger-Festschrift S. 311 ff, 312, 328 ff; *v. Weber* Kiesselbach-Festschrift S. 233 ff, 247 ff und die wohl überwiegende Lehre. — Gegen den Versuch, Widersprüche durch Annahme eines „rechtsfreien Raums" aus dem Recht hinauszuinterpretieren, ohne sie rechtlich aufzulösen (*Arthur Kaufmann* Maurach-Festschrift S. 327 ff, 331 ff), siehe *Hirsch* Bockelmann-Festschrift S. 89 ff, 96 ff. — Für einen „schuldfreien Raum" bei angeblicher Pflichtenkollision *Lang-Hinrichsen* Bärmann-Festschrift S. 583 ff, 600 ff.

63 BGH NJW 1953 S. 513 f; OGH 1 S. 321 ff, 331 ff; 2 S. 117 ff, 122 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

von einer Verletzung und nähert sich einer abstrakten Gefährdung, und zwar mit einer entsprechend reduzierten Strafdrohung (oben 7/92 ff). Bei nicht existentiellen Gütern kann die faktische Unaufhaltsamkeit des Verlustes dazu führen, das Interesse am Gut so gering zu veranschlagen, daß seine Aufopferung für ein ceteris paribus identisches Gut nach § 34 StGB gerechtfertigt ist. Beispiel: Wenn Feuerwehrleute ein sowieso nicht zu rettendes Gebäude niederlegen, um den Brand in einem anderen Gebäude effektiv bekämpfen zu können, so ist die Tat gerechtfertigt. Anders verhält es sich bei existentiell bedeutsamen Gütern: Ohne Sonderzuständigkeit des Gutsinhabers kann ihre Aufopferung nie beansprucht werden. Aber trotzdem ist die zweckvolle Aufopferung des sowieso verlorenen existentiellen Guts in einer Notlage ein ebenso situationsadäquates (d. h. nicht willkürliches) Verhalten, wie es die — rechtlich geforderte (!) — Duldung des Verlustes aller gefährdeten Güter wäre. Die Tat kann deshalb aus der Notsituation und am Täter vorbei erklärt werden.

2. Voraussetzungen für eine Entschuldigung[64] sind: **42**

a) Auch das gerettete Interesse muß von existentiellem Gewicht sein; Beispiel: Die Tötung eines Menschen, dessen Leben sowieso nicht erhalten werden kann, zum Zweck der Rettung von Vermögensgütern ist nicht entschuldigt; denn das bloße (d. h. für den Bestand des Erfolgs irrelevante) Tötungstabu rangiert vor dem Vermögensinteresse.

b) Das verletzte Interesse muß sowieso verloren sein, und zwar wegen einer nicht überirdischen Katastrophenkonstellation (letzteres ist nur für Irrtumsfälle relevant; siehe oben 11/37). Bei einer Umschichtung von Risiken auf zuvor nicht gefährdete Güter bleibt es allenfalls bei einer Entschuldigung nach § 35 StGB. Beispiel[65]: Droht ein Güterzug auf einen voll besetzten Personenzug aufzufahren und lenkt ihn ein

---

64 Die Entscheidung ist höchst streitig. Die Rechtsprechung nimmt nur einen persönlichen Strafaufhebungsgrund an; OGH 1 S. 321 ff, 331 ff (mit zutreffend ablehnenden Anmerkungen *Eb. Schmidt* SJZ 1949 Sp. 559 ff, 569; *Welzel* MDR 1949 S. 373 ff, 375; es geht um das kriminelle Gewicht der Tat, nicht um außerstrafrechtliche Gründe für einen Strafverzicht; *Welzel* aaO; zur Kritik siehe auch *Bockelmann* ZStW 63 S. 13 ff, 44 ff); 2 S. 117 ff, 122 ff; ebenso *Oehler* JR 1951 S. 489 ff, 493; *Peters* JR 1949 S. 496 ff, 498 f; *ders.* JR 1950 S. 742 ff, 745; wohl auch *End* Existentielle Handlungen S. 71 ff, 86, 95. — Nach BGH 35 S. 347 ff, 350 f soll der Entschuldigungsgrund, „wenn er überhaupt besteht", allenfalls nach „gewissenhafter Prüfung" eingreifen können; differenzierend dazu *Küper* JZ 1989 S. 617 ff, 627 f. — Die überwiegende Lehre bejaht einen Entschuldigungsgrund, zumeist freilich nicht — wie hier — der Sachadäquanz der Konfliktverlagerung wegen, sondern wegen einer Konkurrenz rechtlicher Pflichten oder rechtlicher und sittlicher Pflichten; *Welzel* MDR 1949 S. 373 ff, 375; *ders.* ZStW 63 S. 47 ff, 54; *ders.* Strafrecht § 23 III 1; *Henkel* Mezger-Festschrift S. 249 ff, 300 f; *Hartung* NJW 1950 S. 151 ff, 153 ff; *Eb. Schmidt* SJZ 1949 Sp. 559 ff, 569; *v. Weber* Kiesselbach-Festschrift S. 233 ff, 248 ff; *LK-Hirsch* Rdn. 203 ff vor § 32; *Dreher-Tröndle* vor § 32 Rdn. 15; *Stratenwerth* AT Rdn. 632; *Küper* Grund- und Grenzfragen S. 52 ff mit umfassenden Nachweisen; *Bockelmann-Volk* AT § 16 E; *Maurach-Zipf* AT I § 33 Rdn. 18 ff; — siehe auch LG Köln NJW 1952 S. 358 ff, 359. — Teils wird — bei Anerkennung eines Entschuldigungsgrunds — argumentiert, es sei zur Entschuldigung nicht zu verlangen, daß der Täter das „kleinere Übel" gewählt habe, da eine numerische Betrachtung sowieso versage; *SK-Rudolphi* Rdn. 8 vor § 19; *Gallas* Mezger-Festschrift S. 311 ff, 326 f, 332 f; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 117 vor § 32; *Jescheck* AT § 47 I 3. Jedoch ist die Konfliktlösung überhaupt nur im Rahmen des Erforderlichen sachadäquat; wird das Erforderliche überschritten, so kann der Eingriff insoweit nur durch Willkür erklärt werden und Entschuldigung scheidet aus. — Für Rechtfertigung (dagegen siehe oben zum aggressiven Notstand 13/23) *Brauneck* GA 1959 S. 261 ff, 271; *Otto* Pflichtenkollision S. 108 f; *Rödig* Lange-Festschrift S. 39 ff, 58 mit Fn. 44; *Mangakis* ZStW 84 S. 447 ff, 476 f. — Nach *Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 333 ff soll das Unrecht (!) unter die Strafwürdigkeitsschwelle sinken. — Für Schuldhaftigkeit und eine allenfalls zu mildernde Strafe, da den Ärzten die Möglichkeit einer — wenn auch nutzlosen — Auflehnung geblieben sei, *Spendel* Engisch-Festschrift S. 509 ff, 518 ff, 519, 523 ff; *ders.* Bruns-Festschrift S. 249 ff, 251 ff.

65 Nach *Welzel* ZStW 63 S. 47 ff, 51.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Weichenwärter auf ein Nebengleis um, wo dann freilich ein Streckenarbeiter getötet wird, so ist diese Manipulation von Schicksal[66] nicht schon wegen des positiven Saldos an Menschenleben entschuldigt (siehe oben zur Notstandsrechtfertigung 13/23 mit weiteren Beispielen).

c) Andere Möglichkeiten zur Erhaltung des geretteten Interesses müssen fehlen. Beispiel: Ein Kapitän hindert das Absinken eines Schiffs dadurch, daß er einige Schotten schließen läßt; die eingeschlossenen Seeleute ertrinken, aber ohne die Schließung wäre die ganze Besatzung umgekommen; — die Tat ist entschuldigt, da sie zur Rettung erforderlich ist (vereinzelt wird eine Rechtfertigung wegen einer Sonderpflicht behauptet; siehe oben 13/Fn. 51). — Entschuldigung scheidet aber aus, wenn sich die nicht hinter den Schotten befindlichen Seeleute ohne die Tat mit Hilfe verfügbarer Rettungsboote in Sicherheit bringen könnten, mögen auch die anderen nach wie vor sowieso verloren sein.

d) Daß der Täter „subjektiv den Rettungszweck verfolgt" haben müsse[67], ist hier so wenig Voraussetzung der Entschuldigung wie beim entschuldigenden Notstand (siehe oben 10/11); es widerspricht dem Tatprinzip, zur Entschuldigung im subjektiven Bereich mehr zu verlangen als eine Kenntnis der Konfliktlage und der abwendenden Wirkung des eigenen Verhaltens.

VI. Unspezifizierte Unzumutbarkeit als Entschuldigungsgrund?

Literatur

H. Achenbach Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *ders.* Wiederbelebung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel im Strafrecht, JR 1975 S. 492 ff; *H. Blei* Buchbesprechungen, JZ 1969 S. 546 und JA 1969 S. 665 f; *Drost* Die Zumutbarkeit bei vorsätzlichen Delikten, Archiv für Strafrecht (GA) 77 (1933) S. 175 ff; *B. Freudenthal* Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922; *H. Henkel* Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Prinzip, Mezger-Festschrift S. 249 ff; *Th. Lenckner* Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in: *H. Göppinger* und *H. Witter* (Hrsg.) Handbuch der forensischen Psychiatrie Bd. I, 1972, S. 3 ff; *J. Lücke* Der allgemeine Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit als methodisches und verfassungsrechtliches Problem, JR 1975 S. 55 ff; *P. Wittig* Der übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht, JZ 1969 S. 546 ff.

---

66 Was freilich Manipulation von Schicksal ist, entscheidet sich nicht danach, ob der Täter handelt oder unterläßt, sondern nach der Zuständigkeit für die Verhaltensfolgen: Ist der Organisationskreis des durch die Verlagerung der Gefahr Betroffenen seinerseits erfolgsbezogen organisiert oder ist es die Organisation des Verlagernden, die schädigt? Wenn im Beispielsfall eines Weichenwärters dieser dienstplangemäß sowieso beim Herannahen des Güterzugs zum Schutz der Insassen des Personenzugs die Weiche umzulegen hat, so hat er dies auch zu tun, wenn sich auf dem dann befahrenen Gleis Streckenarbeiter befinden. Insoweit handelt der Wärter nicht tatbestandsmäßig, also rechtmäßig (nicht erst entschuldigt). — Anderenfalls hinge die Konfliktlösung von Zufälligkeiten der technischen Ausgestaltung ab, so etwa wenn sich die Weiche automatisch umlegt, der Automatismus aber vom Wärter überspielt werden kann. — Hat der Wärter die Weiche nicht umzulegen, droht aber, weil er ausrutscht, auf das Schaltgerät zu fallen und dadurch den Impuls auszulösen, so muß er den Sturz, so er kann, verhindern. — Siehe auch oben zur garantenbezogenen Begehung und zum Regreßverbot 7/56 ff. Nur mit Hilfe dieser Regeln der objektiven Zurechnung lassen sich auch Probleme beim Einsatz von Katastrophenhelfern sachgerecht lösen. Wenn die Einsatzleitung eine erfolgversprechende Hilfsmaßnahme abbricht (Tun! Stoppen der Maschine oder Anweisung an die Untergebenen), um das Rettungspotential anderweitig noch effektiver einzusetzen, so handelt sie nicht tatbestandsmäßig, solange sie nicht gegenüber dem Empfänger der zunächst begonnenen Hilfsmaßnahme stärker garantenpflichtig ist (etwa aus besonderem Vertrauen, siehe oben 13/23) als gegenüber demjenigen der anschließend unternommenen Maßnahme.

67 *Welzel* Strafrecht § 23 III 1 (Voraussetzung c); überwiegende Ansicht.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

A. Seit der Zumutbarkeitslehre von *Freudenthal*[68] wird vereinzelt immer wieder **43** versucht, Schuld nur unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens zuzuschreiben[69], wobei die Lage der Unzumutbarkeit durch einen psychologisierend definierten Zwang bezeichnet werden soll. Auf dasselbe Ergebnis zielt das Unternehmen, die Schuld von der — wiederum psychologisierend verstandenen — Fähigkeit des Täters abhängig zu machen, gemäß seiner (aktuellen oder aktualisierbaren) Unrechtseinsicht zu handeln[70]. Auch finden sich die Annahmen, eine allgemeine Zumutbarkeitsklausel müsse aus verfassungsrechtlichen (Schuldgrundsatz[71]) oder systematischen (Regelungslücke[72]) Gründen anerkannt werden.

Jedenfalls für das vorsätzliche Begehungsdelikt (zur Fahrlässigkeit oben 7/35 ff; zur Unterlassung unten 29/98 ff mit Fn. 192) verneint hingegen die weit überwiegende Ansicht[73] die Bedeutung einer allgemeinen Zumutbarkeitsklausel und läßt allenfalls eine begrenzte Ausdehnung der gesetzlich geregelten besonderen Zumutbarkeitsklauseln zu[74]; diese Zurückhaltung wird teils damit begründet, die gesetzlich geregelten Entschuldigungsgründe seien generell nicht analogiefähig[75], teils wird bei Berücksichtigung einer allgemeinen Zumutbarkeitsklausel ein Verlust jeglicher Rechtssicherheit befürchtet[76]. Diese Begründungen werden zumindest insoweit nicht konsequent durchgehalten, als einzelne „übergesetzliche" Entschuldigungen ohne Anlehnung an gesetzlich geregelte Fälle, so etwa bei der entschuldigenden Interessenkollision, doch anerkannt werden.

B. Das Postulat einer allgemeinen Zumutbarkeitsklausel wie seine Ablehnung erledi- **44** gen das Problem nicht voll. Die Befürworter der Klausel begnügen sich mit einer Analogie der psychischen Lage bei den gesetzlich festgeschriebenen und den zu ergänzenden Fallgruppen. Demgegenüber weisen die Gegner der Klausel zutreffend darauf hin, daß schon bei den gesetzlichen Regelungen eine psychische Lage allein keine Entschuldigung ausmacht, daß vielmehr zudem die Tat ohne Schaden für die Norm am Täter vorbei erklärbar sein muß. Dieser Einwand gegen die Klausel rechtfertigt es freilich nicht, sie überhaupt abzulehnen; vielmehr ist ihre psychologisierende Fassung durch das Erfordernis einzuschränken, daß eine Erklärung der Tat am Täter vorbei ohne Schaden für die Norm möglich ist. Die Unzuständigkeit des Täters für die Bedingungen der Tat muß deshalb als eine Voraussetzung der Unzumutbarkeit aufgenommen werden[77].

---

68 Schuld und Vorwurf S. 7 und passim.

69 Siehe schon oben 17/7 ff; dort auch zu *Goldschmidt, v. Liszt-Schmidt* u. a. m. — Zum Ganzen *Drost* Archiv für Strafrecht Bd. 77 (GA 1933) S. 175 ff; *Achenbach* Grundlagen S. 143 ff; *ders.* JR 1975 S. 492 ff.

70 So *Arndt* Sonderausschuß V 25. Sitzung S. 478.

71 *Wittig* JZ 1969 S. 546 ff.

72 *Lücke* JR 1975 S. 55 ff.

73 Seit RG 66 S. 397 ff, 398 f auch die Rechtsprechung; tendenziell anders nur OLG Hamm NJW 1976 S. 721 f. — Die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts hat für bestimmte Fallbereiche eine nach generalisierendem Maß bestimmte Zumutbarkeit anerkannt; siehe RG 30 S. 25 ff, 28; 36 S. 78 ff, 80 ff; 57 S. 172 ff, 174; 58 S. 97 f, 98; 58 S. 226 ff, 227 f; 60 S. 101 ff, 103; 66 S. 222 ff, 225.

74 *Achenbach* JR 1975 S. 492 ff, 495 f; *Baumann-Weber* AT § 29 III 2.

75 *Jescheck* AT § 47 II 2; *Maurach-Zipf* AT I § 33 Rdn. 13 ff; *Welzel* Strafrecht § 23 vor I; *Stratenwerth* AT Rdn. 620; *Kohlrausch-Lange* Anm. III vor § 51; siehe auch *Blei* AT § 63 I; *ders.* JA 1969 S. 665 f. — Gegen diese Argumentation aber *Henkel* Mezger-Festschrift S. 249 ff, 295 ff, der freilich eine allgemeine Regelung nicht der Zumutbarkeit entnehmen will, sondern dem normativen Schuldbegriff selbst.

76 *LK-Hirsch* Rdn. 184 vor § 32; *Bockelmann-Volk* AT § 16 D V; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 122 f vor § 32; *Lenckner* Handbuch Psychiatrie Bd. I S. 3 ff, 69.

77 Entsprechend bindet § 10 Abs. 1 österreichisches StGB die dort geregelte allgemeine Zumutbarkeit durch das, was von einem „den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen" zu „erwarten" ist. — Diese Formulierung psychologisiert noch zu stark, da sie die Deutung der Erwartung als kognitiv zuläßt und nicht die Bestimmung der Erwartung als normativ festschreibt.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

45 Ein allgemeiner Schuldausschluß der Unzumutbarkeit kann also unter folgenden Voraussetzungen bestehen: (1) Es muß eine Zwangslage vorliegen, (2) die in objektiver Gewichtung die Tat als adäquate Lösung erscheinen läßt, (3) ohne daß der Täter oder der Begünstigte für die Zwangslage zuständig ist. Bei Berücksichtigung dieser Beschränkungen spricht nichts gegen eine Analogie zu den §§ 33, 35 StGB und ist auch keine Rechtsunsicherheit zu befürchten, denn eine so entwickelte Zumutbarkeitsklausel ist funktional dem Schuldbegriff gleichgerichtet.

Freilich bleibt für eine solchermaßen stark funktional eingebundene Zumutbarkeitsklausel kaum ein Anwendungsbereich, da die gesetzlichen Regelungen die relevanten Bereiche hinreichend elastisch abdecken. Fälle von Unzumutbarkeit, die sich nicht mehr dem Randbereich der gesetzlichen Regelungen zuordnen lassen (wie es etwa noch beim Exzeß bei vorläufiger Festnahme nach schuldhafter Tat möglich ist, oben 20/39), lassen sich zum Überzeugungstäter (oben 20/20 ff) und zur Unzumutbarkeit bei Fahrlässigkeit (oben 20/36 ff) finden. Diese Fälle werden — abgesehen von Lösungsdifferenzen beim Überzeugungstäter — auch von den Gegnern einer allgemeinen Klausel überwiegend als Sonderregelungen anerkannt. Bislang sind keine weiteren Bereiche benannt worden, bei denen die genannten drei Bedingungen erfüllt werden; nach dem gegenwärtigen Rechtszustand ist eine allgemeine Zumutbarkeitsklausel deshalb theoretisch zwar möglich, aber ohne praktische Bedeutung.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

4. KAPITEL

Ergänzung zur Tatbestandsverwirklichung: Die Beteiligung

21. ABSCHNITT

Die Täterschaft

I. Differenzierung der Beteiligten oder Einheitstäterschaft?

Literatur

R. Bloy Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *P. Cramer* Die Beteiligung an einer Zuwiderhandlung, NJW 1969 S. 1929 ff; *ders.* Nochmals: Zum Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1970 S. 1114 ff; *K. Detzer* Die Problematik der Einheitstäterlösung. Eine Untersuchung im Lichte der Reform des StGB und des OWiG unter Berücksichtigung des italienischen und österreichischen Strafrechts, 1972; *E. Dreher* Plädoyer für den Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1970 S. 217 ff; *ders.* Nochmals: Zum Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1970 S. 1116 ff; *F. Exner* Fahrlässiges Zusammenwirken, Frank-Festgabe Bd. I S. 569 ff; *W. Gallas* Täterschaft und Teilnahme, Materialien Bd. I S. 121 ff; *E. Göhler* Die „Beteiligung" an einer unvorsätzlich begangenen Ordnungswidrigkeit, wistra 1983 S. 242 ff; *F. Höpfel* Einige Fragen der subjektiven Tatseite bei Beteiligung mehrerer, ÖJZ 1982 S. 314 ff; *D. Kienapfel* „Beteiligung" und „Teilnahme", NJW 1970 S. 1826 ff; *ders.* Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971; *ders.* Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, in: *H. Müller-Dietz* (Hrsg.) Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, S. 21 ff; *ders.* Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB, JurBl. 96 (1974) S. 113 ff; *ders.* Das Prinzip der Einheitstäterschaft, JuS 1974 S. 4 ff; *ders.* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Einheitstäterschaft in der höchstrichterlichen Praxis, ÖJZ 1979 S. 90 ff; *ders.* Zur Einheitstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1983 S. 2236 f; *P. Lewisch* Probleme der Einheitstäterschaft, JurBl. 1989 S. 294 ff; *M. Maiwald* Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung, Bockelmann-Festschrift S. 343 ff; *ders.* Literaturbericht, ZStW 93 S. 864 ff; *Eb. Schmidt* Die mittelbare Täterschaft, Frank-Festgabe Bd. II S. 106 ff; *K. Schmoller* Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an einer Straftat — die objektive Zurechnung fremden Verhaltens, ÖJZ 1983 S. 337 ff, 379 ff; *Chr. Schöneborn* Kombiniertes Teilnahme- und Einheitstätersystem für das Strafrecht, ZStW 87 S. 902 ff; *B. Schünemann* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 S. 341 ff, GA 1986 S. 293 ff; *H. Schumann* Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG, 1979; *G. Stratenwerth* Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale, v. Weber-Festschrift S. 171 ff; *O. Triffterer* Die österreichische Beteiligungslehre, 1983; *St. Trunk* Einheitstäterbegriff und besondere persönliche Merkmale, 1987; *J. Welp* Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, VOR 1972 S. 299 ff; *L. Zimmerl* Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW 49 S. 39 ff.

A. Bei der Bestimmung von Täterschaft und Teilnahme geht es um die Festlegung, **1**
wie sich die Zuständigkeiten mehrerer Beteiligter für ein deliktisches Geschehen zueinander verhalten. Dafür gibt es zwei Regelungsmodelle[1], das für Pflichtdelikte und das für Herrschaftsdelikte.

1. Bei einigen Delikten kann die volle, d. h. täterschaftliche Zuständigkeit nur durch **2**
die Verletzung einer institutionell abgesicherten Pflicht begründet werden, ist aber bei

---

1 Eine Reduktion auf *ein* Prinzip versucht *Schünemann* GA 1986 S. 293 ff, 331 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Verletzung dieser Pflicht auch immer begründet. Solche Pflichten treffen nur den Inhaber eines bestimmten Status; nicht selbst verpflichtete Personen können allenfalls Teilnehmer sein (*Pflichtdelikte,* unten 21/115 ff).

3 2. Bei der Mehrzahl aller Delikte knüpft die Zuständigkeit jedoch nicht an eine Sonderpflicht an, sondern an die Organisationsakte des Inhabers eines Organisationskreises (die maßgebliche Organisation wird üblicherweise als Tatherrschaft bezeichnet, deshalb heißen die Delikte *Herrschaftsdelikte*). Es bestehen folgende Regelungen für die Zuständigkeit kraft Organisation bei den Herrschaftsdelikten:

a) Es kann nur eine Person geben, die das Delikt organisiert; diese ist dann stets voll zuständig, d. h. Täter, und vollzieht die Tatausführung auch stets *selbst,* d. h. sie handelt *eigenhändig* (§ 25 Abs. 1, 1. Fallgruppe StGB).

b) Es kann mehrere Beteiligte geben, die ihre Organisationskreise so aufeinander abstimmen, daß sie gemeinsam *ein* Delikt organisieren. Geschieht dies — in noch zu konkretisierender Weise — durch gleich gewichtige Organisationsakte, sind die Beteiligten *Mittäter* (§ 25 Abs. 2 StGB); ist ihre Organisation gestuft, so sind die abgeschwächt Beteiligten *Teilnehmer,* d. h. Anstifter (§ 26 StGB) oder Gehilfen (§ 27 StGB), was freilich nach geltendem Recht nicht stets zur Haftungsmilderung führt (nicht bei § 26 StGB). Jedenfalls werden in dieser Gruppe die Organisationsakte mehrerer Personen zu *einer* Tat verbunden: Die Beteiligten haften im gleichen Rang, wenn auch möglicherweise zu unterschiedlichen „Quoten"[1a]. Das führt zu einer gegenseitigen Abhängigkeit (Akzessorietät) der geleisteten und noch zu leistenden Tatfortschritte in quantitativer Sicht (die eine Tat wird nur einmal vorbereitet, versucht und vollendet) wie in qualitativer Sicht (alle Beteiligten sind für das gesamte Unrecht zuständig).

Trotz der Organisation durch mehrere Personen gibt es nur *ein* tatbestandliches Ausführungsverhalten, das Unrecht ist. Das gemeinsame Zusammenwirken im Vorfeld der Tatbestandsverwirklichung ist mangels Externalisierung nicht selbst eine soziale Störung, sondern bildet nur den Grund, das Ausführungsverhalten jedem der Beteiligten zuzurechnen (siehe unten 21/8 a). Die Lage im Vorfeld ist derjenigen im Zivilrecht beim Abschluß eines Gesellschaftsvertrags vergleichbar: Dieser Vertrag ist beim Abschluß kein Geschäft im Außenverhältnis und wird auch später keins, bildet aber wohl den Grund, den Gesellschaftern die später im Außenverhältnis geschlossenen Geschäfte zuzurechnen.

c) Schließlich kann sich ein Beteiligter dem Organisationskreis eines anderen unterwerfen; er ist dann unabhängig von der Zuständigkeit des Unterworfenen schon wegen dieses Unterwerfens vorrangig zuständig, und zwar als mittelbarer Täter (§ 25 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB).

4 B. Die Angemessenheit der Differenzierung zwischen dem Vollzug einer eigenen und der Mitwirkung an einer gemeinsamen Tat ist umstritten. Im Kern des Streits darum, ob überhaupt zwischen den Beteiligten zu differenzieren ist und ob eine Differenzierung mehr als eine Stufung nach der Quantität deliktischen Verhaltens bringt, steht die Akzessorietät.

5 1. Die Lehre vom Einheitstäter verneint die Bedeutung der Akzessorietät überhaupt[1b]: Jeder Beteiligte soll nach seiner rechtswidrigen und schuldhaften Verursa-

---

[1a] Eine qualitative Differenz zwischen Täterschaft und Teilnahme gibt es nicht (anders zuletzt *Bloy,* Beteiligungsform S. 368 mit Nachweisen); wächst die Beteiligung an einer fremden Tat hinreichend an, wird die Tat allein aufgrund des Zuwachses zur eigenen. — Zu den Spezifika der Sonderdelikte siehe unten 22/16.

[1b] *Kienapfel* JuS 1974 S. 1 ff; *ders.* JurBl. 96 (1974) S. 113 ff, 118; *ders.* ÖJZ 1979 S. 90 ff, 91 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

chung als Täter beurteilt werden, und zwar ohne Blick auf die deliktischen Eigenschaften der Beiträge der anderen Beteiligten (vorsätzlich, fahrlässig, unvermeidbar; schuldhaft, schuldlos) und ohne mehr als kausale Bindung an den Entwicklungsstand der Beiträge der anderen (Vorbereitung, Versuch, Vollendung).

2 a) Diese Lösung, die für das Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland de lege ferenda vorgeschlagen wird[2], führt bei strenger Anwendung zu einer sprachlich gewaltsamen Ausdehnung der Begriffe, mit denen die Tathandlung im BT beschrieben wird[3], und wäre deshalb mit dem Bestimmtheitserfordernis von Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB nur bei Umformulierung nahezu aller Tatbestände des BT zu vereinbaren. Beispiel: Der Rat an einen anderen, eine dritte Person zu verleumden, ist eben selbst noch keine Behauptung oder Verbreitung ehrenrühriger Tatsachen (zu § 187 StGB). **6**

b) Die Einheitstäterlösung erweitert ferner die Versuchsstrafbarkeit in dem gesamten Bereich der Förderung eines im Ergebnis nicht zustande kommenden Delikts, ohne daß hierfür ein kriminalpolitisches Bedürfnis dargetan wäre: Bei Handlungen im Vorbereitungsstadium (vor der Zäsur des Versuchsbeginns; etwa bei Beschaffung von Diebeswerkzeug) erwägt niemand generell eine Bestrafung der isoliert gebliebenen Vorbereitungshandlungen, soweit ein einzelner Mensch alles zum Delikt Erforderliche allein vollziehen soll. Bei entsprechender Arbeitsteilung (der erste Beteiligte erledigt die Vorbereitung, der zweite soll die Tat zum Versuch und zur Vollendung führen) wird nach der Lehre vom Einheitstäter die Vorbereitungshandlung jedoch für den ersten Beteiligten zu einem abgeschlossenen Deliktsbeitrag, der ohne Akzessorietätserfordernis als Deliktsversuch strafbar sein müßte, auch wenn weiter nichts geschieht. Vorbereitungen würden also in Versuche umstilisiert. Deshalb gerät die Einheitstäterlösung quantitativ zu weit.

c) Schließlich, und das ist entscheidend, ist die Einheitstäterlösung qualitativ teils zu eng und zugleich teils zu weit. Wenn ein Delikt über die Verursachung eines Erfolgs hinaus durch besondere persönliche Merkmale, scil. besondere Pflichten oder das Erfordernis der Eigenhändigkeit, gekennzeichnet ist, müßten diese Merkmale von jedem Einheitstäter verwirklicht werden, wenn nicht doch die Beziehung zur fremden Tat *und damit die Akzessorietät* Strafgrund werden soll. Beispiel: Auch der Gehilfe bei der Rechtsbeugung (§ 336 StGB) müßte als „Rechtsbeugungseinheitstäter" selbst sonderpflichtig sein. Das wird von den Vertretern der Einheitstäterschaft meistens verkannt; man meint, in diesen Fällen Täterschaft über die Urheberschaft für den Deliktserfolg begründen zu können. Aber ein Urheber, der die nötigen Qualifikationen eines Täters nicht selbst aufweist, kann überhaupt nur per Akzessorietät zu *fremdem* Unrecht Täter werden[4]. — In der Umkehrung kann beim Urheber einer tatbestandlich nicht erfaßten Selbstverletzung (etwa bei Anstiftung zur Selbstverstümmelung) Straffreiheit des Urhebers nur aus der strafrechtlichen Irrelevanz der Tat des Ausführenden, also gerade nicht des Urhebers, hergeleitet werden[5]; denn der Anstiftende (Urheber) wird in seiner Person kausal für die Verletzung eines anderen, so daß die in seiner Person gegebenen Eigenschaften die Haftung nicht hindern.

d) Der Lehre vom Einheitstäter steht also nicht nur die gegenwärtige (änderbare) Ausgestaltung der Delikte des BT entgegen, sondern sie verkennt die Differenz zwi-

---

2 Z. B. *Kienapfel* Erscheinungsformen S. 21 ff, 34 f.

3 Besonders kraß wäre die Begriffsdehnung bei Delikten, die bestimmte Angriffsarten voraussetzen, wie bei den §§ 242, 263 StGB; siehe *LK-Roxin* Rdn. 6 vor § 25.

4 Zutreffend *Gallas* Materialien Bd. I S. 121 ff, 122.

5 Zutreffend *Maiwald* Bockelmann-Festschrift S. 343 ff, 361 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

schen der Ausführung einer Tat und der Bewirkung der Ausführung eines anderen Beteiligten[6]. Statt die Beiträge auf die Ausführung zu beziehen und das Unrecht der Teilnahme vom Unrecht der Tatausführung her zu bestimmen, atomisiert sie Kausalitäten, die das strafbare Verhalten allein eben nicht ausmachen; die Einheitstäterlehre kennt kein *gemeinsames*, sondern nur *isoliertes* Bewirken. Dieser Mangel bei der Bestimmung des Tatbestandsumfangs kann bei der Strafzumessung nur höchst unvollkommen ausgeglichen werden[7].

7 3. Einige ausländische Rechtsordnungen haben den Einheitstäter normiert[8], von den deutschsprachigen Rechten das österreichische StGB in dessen § 12[8a]. Eine Einheitstäterlösung findet sich ferner in § 14 OWiG, aber mit bezeichnenden Einschränkungen: Besondere persönliche Merkmale bei nur einem Beteiligten (im Sinn von § 14 OWiG) färben die Beiträge aller Beteiligten zur Ordnungswidrigkeit[9] (§ 14 Abs. 1 Satz 2 OWiG; siehe auch § 14 österreichisches StGB), aber nur für Personen, die „sich beteiligen", d. h. vorsätzlich mitwirken[10]. Zur Versuchsbestrafung ist ein Versuch der Ausführung (nicht nur der Anstiftung oder der Förderung) erforderlich, mag die Beteiligung auch schon voll geleistet sein (§ 14 Abs. 2 OWiG)[11].

8 C. An den Mängeln der Lehre vom Einheitstäter krankt auch der zum geltenden Recht entwickelte *extensive Täterbegriff*[12] (extensiv heißt: Die Tatbestände des BT erfassen jede Beteiligung; die Teilnahmeregelung im AT ist Haftungseinschränkung). Danach soll jede Verursachung (je nach Tatbestand: jede Verursachung auf einem bestimmten Weg) Täterschaft begründen, die dann wiederum nach diversen Topoi durch positivrechtliche Straf*einschränkung* auf Teilnahme (deshalb kein Einheitstäter) reduziert werden könne[13]. Diese Lehre wurde zur Beseitigung von Mängeln des alten *restriktiven Täterbegriffs* entwickelt[14] (restriktiv heißt: Die Tatbestände des BT erfassen nur Täterschaft; die Teilnahmeregelung im AT ist Haftungsausdehnung), da der zunächst als Eigenhändigkeit im engeren Sinn verstandene Begriff der Tatausführung den gesamten Bereich der mittelbaren Täterschaft aus der täterschaftlichen Haftung ausschloß. Statt nun die Ausführung der Tat weniger naturalistisch und mehr nach der Zuständigkeit für das Ergebnis zu verstehen, wurde sie von dieser Lehre noch stärker naturalistisch in eine bloße Verursachung der Tat umgedeutet. — Der extensive Täterbegriff ist heute noch Ausgangspunkt der subjektiven Theorie[15]: Im objektiven Bereich

---

6 Zusammenfassung der Kritik bei *Maiwald* Bokkelmann-Festschrift S. 343 ff; *Bloy* Beteiligungsform S. 149 ff.

7 *A. A. Kienapfel* JuS 1974 S. 4 ff, 7.

8 Nachweise bei *Jescheck* AT § 61 VIII.

8a Umfassende Darstellung der dazu vertretenen Ansichten mit Literaturnachweisen bei *Triffterer* Beteiligungslehre S. 48 ff; *Schmoller* ÖJZ 1983 S. 337 ff, 379 ff; siehe auch *Lewisch* JurBl. 1989 S. 294 ff.

9 Akzessorietät! Aber eine zu weite Akzessorietät, da das Merkmal nicht an den Tatausführenden gebunden wird; siehe *Jescheck* AT § 61 II 2 c; *Schumann* Einheitstätersystem S. 38 ff; *Trunk* Einheitstäterbegriff S. 124 ff.

10 BGH NStZ 1983 S. 416 f (gegen den abweichenden Vorlagebeschluß des OLG Koblenz VRS 63 S. 281 ff) mit hauptsächlich zustimmender Besprechung *Göhler* wistra 1983 S. 242 ff und ablehnender Besprechung *Kienapfel* NJW 1983 S. 2236 f; OLG Köln VRS 56 S. 465 ff; OLG Düsseldorf NStZ 1984 S. 29; *Göhler* OWiG § 14 Anm. 1 B; *Dreher* NJW 1970 S. 217 ff, 221.

11 Eine Beschränkung dieser akzessorischen Versuchslösung auf die Beihilfe findet sich in § 15 Abs. 2 österreichisches StGB. — Zu § 14 OWiG einschränkend *Cramer* NJW 1969 S. 1929 ff; *ders.* NJW 1970 S. 1114 ff; *KKOWiG-Rengier* § 14 Rdn. 5 ff; vermittelnd *Dreher* NJW 1970 S. 217 ff; *ders.* NJW 1970 S. 1116 ff; *Schumann* Einheitstätersystem S. 70 ff (dazu *Maiwald* ZStW 93 S. 864 ff); ausdehnend *Kienapfel* NJW 1970 S. 1826 ff; für eine ergänzende Anerkennung des Einheitstäters *Schöneborn* ZStW 87 S. 902 ff, 921 ff.

12 Zum Verhältnis der Lehre vom Einheitstäter zum extensiven Täterbegriff siehe *Kienapfel* JurBl. 96 (1974) S. 113 ff, 114.

13 *Mezger* Strafrecht § 58 I; *Eb. Schmidt* Frank-Festgabe Bd. II S. 106 ff; eingehende Darstellung bei *Bloy* Beteiligungsform S. 115 ff.

14 Siehe *Zimmerl* ZStW 49 S. 39 ff.

15 So auch *Gallas* Materialien Bd. I S. 121 ff, 122; zur subjektiven Theorie siehe unten 21/27.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

sollen per Ursächlichkeit alle Beteiligten potentielle Täter sein; differenziert werden kann nach dieser Theorie, die alles das, was außer der Kausalität objektiv geschieht, unberücksichtigt läßt, nur nach dem Subjektiven.

D. Gegen die Lehre von der Einheitstäterschaft, gegen den extensiven Täterbegriff **8a** und gegen sonstige Versuche, die Haftung dessen, der nicht selbst oder durch ein Werkzeug ausführt, ohne Akzessorietät zu begründen (also ohne Zurechnung der von einem anderen realisierten Ausführungshandlung), spricht auch, daß alle solchen Konzepte ein Verhalten *im Vorfeld* der Externalisierung (der Tatbestandsverwirklichung) als Unrecht definieren müssen (siehe unten 25/1 ff). Eine einverständliche Abstimmung mehrerer Personen, die ohne weiteres Zutun keine Außenwirkungen hat, sollte in einem freiheitlichen Staat von Kontrolle frei sein; aber bei einem Verzicht auf Akzessorietät bleibt nur der Weg, Verbrechensverabredung oder Verbrechensförderung durch Rat oder Tat oder ein anderes internes Verhalten als soziale Störung zu bezeichnen; das Tatprinzip wird also mißachtet. — Anders verhält es sich bei Anerkennung der Akzessorietät: Das Vorfeldverhalten ist dann nicht Unrecht, sondern es bildet diejenige Gemeinsamkeit, die es erlaubt, das tatbestandliche Ausführungsverhalten allen gemeinschaftlich zuzurechnen (oben 21/3). Die übliche Formulierung, der nicht selbst Ausführende nehme an fremdem Unrecht teil, ist eher mißverständlich; denn das Ausführungsverhalten ist das Unrecht eines jeden Beteiligten, auch desjenigen, der es nicht selbst vollzieht.

II. Die Voraussetzungen von Täterschaft in Sonderfällen (die deliktsspezifischen Tätermerkmale und die Vertreterhaftung)

Literatur

P. Blauth „Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht, 1968; *H.-J. Bruns* Können die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden? 1931; *ders.* Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht, JZ 1954 S. 12 ff; *ders.* Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung, JZ 1958 S. 461 ff; *ders.* Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung, GA 1982 S. 1 ff; *ders.* Die sog. „tatsächliche" Betrachtungsweise im Strafrecht, JR 1984 S. 133 ff; *J.-M. Cadus* Die faktische Betrachtungsweise, 1984; *W. Fleischer* Vertreterhaftung bei Bankrotthandlungen einer GmbH, NJW 1978 S. 96 ff; *H. Fuhrmann* Die Bedeutung des „faktischen Organs" in der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Tröndle-Festschrift S. 139 ff; *W. Gallas* Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 S. 1 ff; *K. H. Gössel* Probleme notwendiger Teilnahme bei Betrug, Steuerhinterziehung und Subventionsbetrug, wistra 1985 S. 125 ff; *R. D. Herzberg* Die Problematik der „besonderen persönlichen Merkmale" im Strafrecht, ZStW 88 S. 68 ff; *ders.* Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984; *A. Hoyer* Anmerkung zu OLG Düsseldorf NStZ 1988 S. 368 f, aaO S. 369 f; *J. C. Joerden* Grenzen der Auslegung des § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, wistra 1990 S. 1 ff; *D. Kratzsch* Das „faktische Organ" im Gesellschaftsrecht — Grund und Grenzen einer strafrechtlichen Garantenstellung, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1985 S. 506 ff; *W. Langer* Zum Begriff der „besonderen persönlichen Merkmale", Lange-Festschrift S. 241 ff; *P. Löffeler* Strafrechtliche Konsequenzen faktischer Geschäftsführung, wistra 1989 S. 121 ff; *K. Marxen* Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung — eine Waffe im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität, JZ 1988 S. 286 ff; *B. Rimmelspacher* Strafrechtliche Organ-, Vertreter- und Verwalterhaftung, erörtert am Beispiel der Vollstreckungsvereitelung, JZ 1967 S. 472 ff; *ders.* Schlußwort, JZ 1967 S. 700; *K. Schmidt* Die Strafbarkeit „faktischer Geschäftsführer" wegen Konkursverschleppung als Methodenproblem, Rebmann-Festschrift S. 419 ff; *R. Schmitt* Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung, JZ 1967 S. 698 f; *ders.* Nochmals: Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung, JZ 1968 S. 123 ff; *B. Schünemann* Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; *ders.* Die Bedeutung der „Besonderen persönlichen Merkmale" für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung, Jura 1980 S. 354 ff, 568 ff, 575 ff; *ders.* Besondere persönliche Verhältnisse

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

und Vertreterhaftung im Strafrecht, ZSchwR 1978 S. 131 ff; *K. Tiedemann* Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung, NJW 1986 S. 1842 ff; *U. Weber* Anmerkung zu BGH StV 1987 S. 14 ff, aaO S. 16 ff; *A. Wiesener* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen, 1971.

A. Die deliktsspezifischen Tätermerkmale

9 Bei jedem Täter müssen zusätzlich zu den in § 25 StGB genannten allgemeinen Tätermerkmalen stets die das Delikt typisierenden Merkmale vorliegen. Zu den Merkmalen, die ein Delikt typisieren, gehören neben der vorsätzlichen Verursachung eines Erfolgs beim Erfolgsdelikt, mindestens aber neben dem Vollzug einer Körperbewegung, je nach Deliktsart:

1. Die *Tätermerkmale der Sonderdelikte,* etwa des Amtsträgers, des Richters, des für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten, §§ 331 ff, 11 Nr. 2 bis 4 StGB, des Treueverpflichteten, § 266 Abs. 1 StGB, des Angehörigen bestimmter Berufsgruppen, § 203 Abs. 1 StGB (zum Begriff des Sonderdelikts siehe oben 6/91).

2. *Unrechtsbegründende Vorsätze,* die über das hinausgehen, was objektiv zur Vollendung erforderlich ist, es also *„überschießen"*, wie etwa die gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland gerichtete Absicht bei den Sabotagedelikten, §§ 87 ff StGB, die Zueignungsabsicht in der Komponente des Enteignungsvorsatzes, § 242 Abs. 1 StGB[15a].

3. *Eigenhändigkeit* bei nur eigenhändig begehbaren Delikten.

4. *Handlungs- und Tätertypisierungen;* soweit ein Gut praktisch auf beliebigem Weg verletzbar ist, ein Delikt aber nur vorliegt, falls die Verletzung auf einem bestimmten Weg erfolgt (verhaltensgebundene Delikte, etwa § 242 Abs. 1 StGB im Merkmal der Wegnahme, § 263 Abs. 1 StGB im Merkmal der Täuschung) oder durch Personen mit bestimmten Eigenschaften (etwa als Mann, § 183 Abs. 1 StGB) oder in bestimmter Lage (etwa als Gewahrsamsinhaber, § 246 Abs. 1 StGB, oder als Person, die durch berauschende Mittel fahruntüchtig geworden ist, § 316 Abs. 1 StGB), so muß der Täter auch diese Merkmale verwirklichen (was bei einigen Tätertypisierungen auch im Weg der Vertreterhaftung erfolgen kann und bei Handlungstypisierungen nicht eigenhändig erfolgen muß).

5. Alle *speziellen subjektiven Deliktsmerkmale;* das gilt auch, soweit die Merkmale nicht das Unrecht betreffen. Denn soweit der Typ eines Delikts (oder einer Qualifizierung) nicht allein durch Benennung des Unrechts bestimmt wird, kann Täter dieses Delikts (oder dieser Qualifizierung) nur sein, wer auch die weiteren Merkmale aufweist oder verwirklicht[16]. Dieses Erfordernis bedeutet nicht, zur Täterschaft sei schuldhaftes Handeln erforderlich. Die Täterschaft gehört beim allein Handelnden wie bei Beteiligung zum Unrechtstatbestand (§ 29 StGB), so daß auch der nach den §§ 17, 19, 20, 33, 35 StGB schuldlos Handelnde tauglicher Täter ist. Es geht hier überhaupt nicht speziell um Schuldmerkmale; die Merkmale können vielmehr selbst schuldneutral sein. Relevant ist vielmehr einzig, daß ohne diese Merkmale das Delikt nicht benannt werden kann, um dessen Täterschaft es geht.

[15a] BGH GA 1986 S. 417 f; BGH NJW 1987 S. 77 f (dazu *Roxin* Täterschaft S. 607 f); BGH StV 1990 S. 160. — Versteht man unter Handeltreiben mit Betäubungsmitteln ein *eigennütziges* Verhalten (eine freilich zweifelhafte Interpretation), kann Täter nur sein, wer mit Eigennutz handelt; BGH 34 S. 124 ff, 126.

[16] Nach der hier zu den subjektiven Unrechtselementen vertretenen Ansicht kann das Problem allenfalls bei Teilen von Gesinnungsmerkmalen von Bedeutung werden; oben 8/97 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

B. Die Vertreterhaftung

1. Soweit Täter eines Delikts nach dem BT nur eine qualifizierte Person sein kann, **10** erweitert § 14 StGB (wie § 9 OWiG) den Täterkreis auf Personen, die — ohne selbst qualifiziert zu sein — für den Qualifizierten handeln. Die Voraussetzungen dieser Erweiterung des Täterkreises müssen, wie das Tätermerkmal selbst, vom subjektiven Tatbestand umfaßt sein. Die Erweiterung ist auf einige Arten des Handelns für den Qualifizierten und auf strafbegründende (unter Ausklammerung der straferhöhenden) Qualifizierungen beschränkt. Die Ausklammerung der straferhöhenden Merkmale müßte eine Strafmilderung bei den strafbarkeitsbegründenden Merkmalen zur Folge haben; das Gesetz ist insoweit nicht konsequent. — Die Vorschrift ist erforderlich, um bei qualifizierten Personen, die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ihren Pflichten nicht nachkommen können (juristische Personen, handlungsunfähige natürliche Personen u. a. m.), den Vertreter statt der qualifizierten Person mit strafrechtlichem Nachdruck zur Pflichterfüllung anhalten zu können und um den Verlust der Qualifizierung bei Arbeitsteilung zu vermeiden. Eine differenzierende Benennung möglicher Täter bei den Tatbeständen im BT wäre gegenüber der nivellierenden Regelung im AT vorzugswürdig. — Die Haftung des Vertreters über § 14 StGB befreit nicht den unmittelbar Qualifizierten, soweit dieser überhaupt deliktsfähig ist.

2 a) § 14 StGB bezieht sich auf Tatbestände, in denen sich der Täter nach der **11** Tatbestandsbeschreibung in einer besonderen Stellung befindet. Werden nunmehr Aufgaben, die zu dieser Stellung gehören, von einem anderen wahrgenommen, ohne daß dieser dadurch in die Stellung einrückt, kann der andere, wenn Sonderregeln fehlen, die stellungsgebundenen Pflichten nach *allgemeinen* Grundsätzen nicht verletzen, jedenfalls nicht in tatbestandsmäßiger Art und Weise; § 14 StGB bildet für solche Fälle *Sonder*regeln, und zwar in zweifacher Art und Weise:

b aa) Erstens soll derjenige, dem die Aufgabe delegiert wurde, für den Stellungsinhaber eine Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden, als Täter haften (obwohl er die Täterstellung nicht selbst innehat), wenn er seiner Pflicht nicht nachkommt. § 14 StGB erweitert insofern ein Tätermerkmal und *garantiert* damit eine schon bestehende Pflicht als *straftatbestandliche* Pflicht. Beispiel: Wer von einem Kaufmann dazu bestellt ist, als Betriebsleiter (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 StGB) auch Handelsbücher zu führen, haftet im Fall der Verletzung der Pflicht wegen der Regelung des § 14 StGB nach § 283 StGB, obgleich er nach wie vor nicht selbst der buchführungspflichtige Kaufmann ist.

bb) Zweitens soll § 14 StGB garantieren, daß Personen, an die ein wesentlicher Ausschnitt der mit der Stellung verbundenen Aufgaben delegiert wurde, sich auch dann um die Erfüllung der mit der Stellung verbundenen strafrechtlichen Pflichten kümmern müssen, auch wenn insoweit eine Delegation nicht stattgefunden hat. § 14 StGB *schafft* insoweit die Pflicht *und* garantiert sie straftatbestandlich. Die Vorschrift über Vertreterhaftung regelt in diesem Anwendungsbereich also die Übertragung von Garantenstellungen, was insbesondere heißt, daß die Regeln der Übernahme (unten 29/46 ff) ergänzt werden[17]. Beispiele: Wer beauftragt ist, einen Betrieb selbständig zu leiten, ist wegen der Regelung des § 14 StGB auch dann zur kaufmännischen Buchführung verpflichtet, wenn der Beauftragende insoweit nichts selbst erfüllen und nichts delegieren wollte. — Wer ein städtisches Schwimmbad zu leiten hat, ist Garant für die ordnungsgemäße Abwasserbeseitigung, weil ihn — sollte es an einer Übernahme fehlen — gemäß § 14 StGB die der Stadt obliegende Verkehrspflicht trifft[18]. — Freilich mag

17 Sehr streitig; meist wird angenommen, die Pflichten seien nach allgemeinen Regeln sowieso auf den Vertreter übergegangen, was praktisch häufig zutreffen dürfte; LK-*Roxin* § 14 Rdn. 14; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 14 Rdn. 6, jeweils mit Nachweisen.

18 OLG Köln NJW 1988 S. 2119 ff, 2121.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

es auch so sein, daß der Vertreter darauf vertrauen darf, der Beauftragende werde für anderweitige Erledigung der Pflichten sorgen; wenn dieses Vertrauen jedoch nicht zulässig ist, muß er die Pflichten selbst erledigen oder seine Tätigkeit als Vertreter einstellen.

c) Da § 14 StGB voraussetzt, daß ein nicht qualifizierter Vertreter das Verhalten des Qualifizierten wirkungsgleich ersetzen kann, wird verbreitet formuliert, höchstpersönlich wirkende Stellungen seien nicht erfaßt. Das Problem ist wenig geklärt: Im engeren Sinn höchstpersönlicher Pflichten (etwa Pflichten zur ehelichen Lebensgemeinschaft) sind nicht strafbewehrt, da ihre Erfüllung nicht erzwungen werden soll. Ansonsten gilt: Teils müssen diese Pflichten nicht in eigener Person erfüllt werden (Eltern müssen ihre Kinder nicht in eigener Person erziehen; Unterhaltspflichten müssen nicht eigenhändig oder auch nur aus dem eigenen Vermögen erfüllt werden[18a]). Teils können die Pflichten immerhin nach rechtlichen Regeln übertragen werden (für den befangenen Richter tritt ein anderer ein; der leitende Beamte der Staatsanwaltschaft kann die Bearbeitung von Verfahren delegieren); in solchen Fällen erwirbt der Empfänger der Übertragung selbst die Qualifikation (dazu unten 21/14), die entweder kumulativ beim Übertragenden bleibt (so im Beispielsfall des leitenden Oberstaatsanwalts) oder nicht (so im Beispielsfall des Richters, so daß hier überhaupt kein Fall von Vertretung vorliegt). Soweit die Bedingungen der Übertragung nicht gegeben sind, greift § 14 StGB nicht ein. Beispiel: Der Referendar schreibt vorsätzlich ein falsches Urteil, das der ausbildende Richter erwartungsgemäß ahnungslos unterschreibt; keine Haftung des Referendars nach § 336 StGB. — Subjektive Merkmale gehören nicht zur Stellung des Vertretenen und werden deshalb nicht erfaßt; siehe unten 21/15.

d) Im Ergebnis geht es bei den besonderen persönlichen Merkmalen (besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände) also um *nicht höchstpersönlich* (im engeren Sinn) *wirkende objektive Täterbeschreibungen* und um *nicht höchstpersönlich wirkende Stellungen als Garant.* Beispiele sind das Betroffensein von einer Vollstreckung in das eigene Vermögen (§ 288 Abs. 1 StGB), die Überschuldung oder die Zahlungsunfähigkeit (§ 283 Abs. 1 StGB; zur Zahlungsunfähigkeit siehe auch § 283c Abs. 1 StGB), das Betroffensein von Buchführungspflichten (§ 283b StGB), ferner die im Nebenstrafrecht häufigen Qualifizierungen des Täters als Gewerbetreibender, Arbeitgeber, Unternehmer u. a. m.[18b]. Die besonderen persönlichen Merkmale sind also anders zu interpretieren als zu § 28 StGB; der Grund dafür liegt im Unterschied der Regelungsbereiche von Vertretung und Beteiligung[19].

12 3. Die Vorschrift erfaßt nicht alle Vertretungsverhältnisse, sondern nur solche, die mehr als vereinzelte Befugnisse geben (deshalb fehlt die gewillkürte Einzelvertretung[19a]) und die zudem im Wirtschaftsleben häufiger vorkommen (deshalb fehlt die

---

18a Etwa der gesetzliche Vertreter, § 14 Abs. 1 Nr. 3 StGB, der Unterhaltspflichten des Vertretenen nicht erfüllt, haftet also nach § 170b StGB; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 14 Rdn. 11; *Bruns* GA 1982 S. 1 ff, 17 f; *a. A. Dreher-Tröndle* § 14 Rdn. 2.

18b Wobei der primäre Adressat häufig erst durch Interpretation ermittelt werden muß; eingehend und anschaulich *Herzberg* Verantwortung S. 13 ff.

19 Im Ergebnis überwiegende Ansicht; für Reziprozität aber *Blauth* Handeln für einen anderen S. 52 ff, 92 ff, 109 ff; *Gallas* ZStW 80 S. 1 ff, 21 ff; *Herzberg* ZStW 88 S. 85 ff, 110 ff; — hauptsächlich wie hier *LK-Roxin* § 14 Rdn. 15 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 14 Rdn. 8, jeweils mit Nachweisen; — für Beschränkung von § 14 StGB auf (übernommene) Pflichten *Langer* Lange-Festschrift S. 241 ff, 254 ff (ebenso zu § 28 StGB); *Schünemann* Unternehmenskriminalität S. 127 ff, 131 ff, 138 (anders zu § 28 StGB); *ders.* Jura 1980 S. 354 ff, 568 ff, 575 ff, 577; zutreffend kritisch gegen das Persönliche des Merkmals *Tiedemann* NJW 1986 S. 1842 ff, 1843 f. Wegen der wenig genauen Bestimmung plädiert für eine restriktive Interpretation *Marxen* JZ 1988 S. 286 ff, 288.

19a § 14 StGB geht also von einer Art Vertretung aus,

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

allgemeine gewillkürte Generalvertretung). Erfaßt sind: (Abs. 1) Organe juristischer Personen (auch des öffentlichen Rechts) oder deren Mitglieder, vertretungsberechtigte Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft (OHG und KG), *gesetzliche* Vertreter eines anderen (Eltern, auch Elternteile, Vormund, Pfleger, siehe §§ 1626, 1705, 1773 ff, 1909 ff BGB; auch Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker, sonstige „Partei kraft Amts" etc.), sowie (Abs. 2) Beauftragte, die einen Betrieb oder ein Unternehmen (wirtschaftlicher oder nicht wirtschaftlicher Art) ganz oder teilweise zu leiten haben oder in eigener Verantwortung besondere Pflichten des Inhabers zu erfüllen haben. Gleichgestellt sind Beauftragte einer Stelle der öffentlichen Verwaltung; aus der Gleichstellung ist zu schließen, daß es auch insoweit um Tätigkeiten privatrechtlicher (fiskalischer) Art gehen muß. — § 14 Abs. 2 StGB ist wegen der Unmöglichkeit einer einigermaßen exakten Abgrenzung von teilweiser Betriebsleitung und bloßer Leitung einer Unterabteilung sowie auch der Abgrenzung von Betrieb und Privathaushalt (etwa bei landwirtschaftlichen Betrieben) verfassungsrechtlich nicht korrekt (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB).

Rechtswirksamkeit der Bestellung ist nicht erforderlich (Abs. 3), vielmehr reicht Ausübung in faktischem Konsens mit dem zur Bestellung Befugten.

4. Die Handlung des Vertreters muß „als Vertreter" (Abs. 1) oder „auf Grund" der **13**
Beauftragung (Abs. 2) erfolgen. Damit ist nicht eine zivilrechtliche Stellvertretung gemeint (die bei Unterlassungsdelikten, bei rein tatsächlichem Handeln und unter den Voraussetzungen des Abs. 3 stets fehlt), sondern eine Handlung, die — bei Begehungsdelikten — als Geschäft des Vertretenen erscheint oder — bei Unterlassungsdelikten — erscheinen würde (funktionaler Zusammenhang). Ein Eigeninteresse des Vertreters schließt das nicht aus[20], wohl aber fehlt der Zusammenhang, wenn der Vertreter seine Befugnisse aus dem *Innen*verhältnis zum Nachteil des Vertretenen mißbraucht, insbesondere also bei einer unerlaubten Handlung des Vertreters gegen den Vertretenen. Beispiel[21]: Der Geschäftsführer, der eine GmbH mit der Folge von deren Bankrott ausplündert, ist nicht wegen der Regelung des § 14 StGB nach § 283 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB strafbar, sondern wegen Untreue, § 266 StGB.

5 a) Es bedarf des § 14 StGB zur Haftung nicht (und die Beschränkung der Vertre- **14**
tungsverhältnisse in § 14 StGB bleibt demgemäß wirkungslos), wenn der Vertreter durch das Vertretungsverhältnis selbst die Qualifizierung erworben hat. Beispiele: Der nach § 266 StGB Treupflichtige überträgt die Pflicht in einem Vertrag zugunsten des zu Betreuenden seinem Angestellten[22]. — Der verkehrssicherungspflichtige Unternehmer beauftragt seinen Betriebsleiter in Garantenstellung begründender Weise mit der Wahrnehmung der Pflicht. — Der Vereinsvorstand veranstaltet ein Glücksspiel nach § 284 StGB[23].

b) Darüber hinaus halten die Anhänger einer „faktischen Betrachtungsweise" § 14 StGB überhaupt für überflüssig[24] oder für zu stark einengend[25]. Sie wollen vielmehr

---

bei der die Stellung des Vertretenden aus dem Handeln des Vertreters deutlich wird; darauf stützt sich auch die oben 21/11 vorgenommene Deutung, mit den Rechten gingen auch die Pflichten über. — Eingehende Darstellung der erfaßten Vertretungsverhältnisse bei *AK-Marxen* § 14 Rdn. 35 ff.

20 BGH NJW 1969 S. 1494 f; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 14 Rdn. 26 mit Nachweisen; *AK-Marxen* § 14 Rdn. 30 ff; kritisch *Tiedemann* NJW 1986 S. 1842 ff, 1844.

21 BGH 30 S. 127 ff, 129 f; siehe auch BGH 28 S. 371 ff, 374; BGH StV 1988 S. 14 f mit Anmerkung *Weber* S. 16 ff.

22 BGH 31 S. 233 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* § 14 Rdn. 4 ff, § 266 Rdn. 29.

23 *LK-Roxin* § 14 Rdn. 11.

24 *Wiesener* Verantwortlichkeit S. 148.

25 *Bruns* JZ 1954 S. 12 ff, 15; *ders.* GA 1982 S. 1 ff, 29 f; *ders.* JR 1984 S. 133 ff mit einer allgemeinen

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

die Täterqualifizierungen nach dem tatsächlich geübten Verhalten bestimmen[26]. Diese Lösung führt, streng angewendet, bei zahlreichen Delikten zu einer Ausdehnung der Tätermerkmale, die mit dem Grundsatz der Gesetzesbindung unvereinbar ist[27]; denn jeder Vertreter für ein einzelnes Verhalten könnte bei dieser Lösung Träger des Tätermerkmals werden; Beispiel: Wer im Auftrag der Betriebsleitung einen einzelnen Auftrag ausführt, würde zum Betriebsleiter. Zudem ist die faktische Betrachtungsweise in ihrer Gleichstellung von tatsächlich übernommener Pflicht und strafrechtlich sanktionierter Pflicht normlogisch problematisch[28]. Schließlich verkennt diese Lehre, daß rollenspezifische Erwartungen (etwa an einen Betriebsleiter) nicht beliebig aufgeteilt werden können; sie mögen vielmehr bei einer Verteilung der Aufgaben des Rollenträgers auf mehrere Personen auch verlorengehen.

15 6. Im AT wird nicht geregelt, ob auch das *Deliktsinteresse* durch einen Vertreter festgelegt werden kann, insbesondere ob auch ein „Sich-Zueignen" in § 242 Abs. 1 StGB durch einen Vertreter beabsichtigt werden kann[29] (siehe auch oben 8/37 ff). Ungeregelt ist auch, wer eine Person *als Opfer* vertreten kann (etwa eine Aktiengesellschaft als irrend Verfügender beim Betrug, § 263 StGB[29a]).

---

methodologischen Begründung für die „faktische Betrachtungsweise".

26 *Bruns* JZ 1958 S. 461 ff, 464; *Wiesener* Verantwortlichkeit S. 172; so auch BGH 11 S. 103 ff, eine Entscheidung vor Schaffung von § 50 a StGB a. F. = § 14 StGB. — Ergibt schon die Auslegung eines Tätermerkmals, daß es Personen erfaßt, die eine bestimmte Stellung rechtlich *oder faktisch* innehaben, so bedarf es des § 14 StGB nicht, um Haftung zu begründen (so soll der Begriff „Geschäftsführer" in § 64 Abs. 1 Satz 1, § 81 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG auch den faktischen Geschäftsführer erfassen: BGH 31 S. 118 ff, 122 f; OLG Düsseldorf NStZ 1988 S. 368 f mit ablehnender Anmerkung *Hoyer* aaO S. 369 f; einschränkend — keine Haftung des faktischen Geschäftsführers, der mit dem rechtlich Bestellten zusammen tätig wird — BGH NJW 1988 S. 3166 f; zum Begriff des faktischen Geschäftsführers nach der Rechtsprechung *Löffeler* wistra 1989 S. 121 ff, 123 ff). Die Erfassung des faktischen Geschäftsführers verstößt nicht *per se* gegen Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB; *Fuhrmann* Tröndle-Festschrift S. 139 ff; siehe aber den folgenden Text. — Wenn freilich die strafbewehrte Norm vom Täter die Vornahme von *Rechts*handlungen verlangt (so im genannten Beispiel: einen Konkursantrag zu stellen), verhält sich der faktisch einen Geschäftsbereich Besorgende nur dann normwidrig, wenn er rechtlich wirksam handeln kann (einen Konkursantrag für eine GmbH kann nur stellen, wer für die GmbH rechtlich wirksam Erklärungen abgeben kann). Daran fehlt es, wenn der faktisch Tätige keine Vertretungsmacht hat. (Eine Vertretungsmacht wird zivilrechtlich — freilich ohne rechte Begründung — dem faktisch Tätigen zugesprochen.). Eine Haftung des faktisch Tätigen bleibt möglich, *wenn* die Norm statt der Rechtshandlung auch die faktische Veranlassung einer solchen Handlung fordert und der faktisch Tätige immerhin *dazu* fähig ist (der faktische Geschäftsführer kann den rechtlich wirksam Bestellten dazu veranlassen, einen Konkursantrag zu stellen). Diese Gleichsetzung von Rechtshandlung und Veranlassung einer Rechtshandlung dürfte meist — so auch bei den genannten Vorschriften des GmbHG — an Artikel 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB scheitern (a. A. wohl der BGH aaO; siehe auch sogleich im Text). Es bleibt dann allenfalls die Möglichkeit der Teilnahme des faktisch Tätigen an der Tat des rechtlich Bestellten. *K. Schmidt* Rebmann-Festschrift S. 419 ff, 434 deutet die §§ 64, 81 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG nicht als Gebot zur Antragstellung, sondern als Verbot des weiteren Geschäftsbetriebs (und den Betrieb einstellen kann auch ein faktischer Geschäftsführer); aber dieses Verbot ist nicht hinreichend tatbestandlich fixiert (zutreffend *Joerden* wistra 1990 S. 1 ff, 2 f). — Zum faktischen Organ *Kratzsch* Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1985 S. 506 ff.

27 Zutreffend *Bruns* JZ 1954 S. 12 ff; siehe auch zu § 288 StGB die Kontroverse zwischen *Rimmelspacher* JZ 1967 S. 472 ff; *ders.* JZ 1967 S. 700 und *Schmitt* JZ 1967 S. 698 f; *ders.* JZ 1968 S. 123 ff.

28 Zu der von dieser Lehre geforderten Einbeziehung jeder gewillkürten Stellvertretung (*Bruns* JZ 1954 S. 12 ff, 16; *ders.* JZ 1958 S. 461 ff, 463; *Wiesener* Verantwortlichkeit S. 185 ff) siehe *Blauth* Handeln für einen anderen S. 162 ff; eingehende Kritik der „faktischen Betrachtungsweise" bei *Cadus* Betrachtungsweise, passim.

29 Hierzu *Bruns* Organe; *ders.* GA 1982 S. 1 ff, 30 ff, 35 f; *Blauth* Handeln für einen anderen S. 143 ff; *Wiesener* Verantwortlichkeit S. 85 ff; *LK-Roxin* § 14 Rdn. 20; OLG Düsseldorf NJW 1970 S. 1387 f.

29a Nach *Gössel* wistra 1985 S. 125 ff sollen Betrug und Steuerhinterziehung Begegnungsdelikte sein (dazu unten 24/8), bei denen, soweit es um eine Tat gegenüber juristischen Personen geht, analog § 14 StGB bestimmt werden soll, wer für die juri-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

III. Die Tatbestände der Täterschaft bei Herrschaftsdelikten

Literatur

H. Auerbach Die eigenhändigen Delikte, 1978; *J. Baumann* Die Tatherrschaft in der Rechtsprechung des BGH, NJW 1962 S. 374 ff; *ders.* Beihilfe bei eigener voller Tatbestandserfüllung, NJW 1963 S. 561 ff; *ders.* Täterschaft und Teilnahme, JuS 1963 S. 85 ff; *ders.* Dogmatik und Gesetzgeber. Vier Beispiele, Jescheck-Festschrift S. 105 ff; *K. Binding* Das Subjekt des Verbrechens und die Satzungen des „Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch" über die „Teilnahme", GS 76 S. 87 ff; *v. Birkmeyer* Teilnahme am Verbrechen, VDAT Bd. II S. 1 ff; *R. Bloy* Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *P. Bockelmann* Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949; *M. v. Buri* Über Kausalität und Teilnahme, ZStW 2 S. 232 ff; *ders.* Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885; *P. Cramer* Teilnahmeprobleme im Rahmen des § 330 a StGB, GA 1961 S. 97 ff; *ders.* Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, Bockelmann-Festschrift S. 389 ff; *E. Dreher* Anmerkung zu BGH MDR 1964 S. 337 f, aaO; *W. Gallas* Täterschaft und Teilnahme, Materialien Bd. I S. 121 ff; *ders.* Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, Beiheft ZStW 1957 S. 3 ff; *F. Geerds* Täterschaft und Teilnahme, Jura 1990 S. 173 ff; *F. Haft* Eigenhändige Delikte, JA 1979 S. 651 ff; *F. Hartung* Der „Badewannenfall", JZ 1954 S. 430 f; *R. D. Herzberg* Eigenhändige Delikte, ZStW 82 S. 896 ff; *G. Jakobs* Anmerkung zu BGH 33 S. 50 ff, JR 1985 S. 342 f; *J. C. Joerden* Anmerkung zu BGH StV 1985 S. 328 f, aaO S. 329 f; *ders.* Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988; *M. Maiwald* Literaturbericht, ZStW 93 S. 864 ff; *J. Meyer* Zur Täterschaft beim Bandendiebstahl, — BGH 33, 50, JuS 1986 S. 189 ff; *U. Neumann* Zurechnung und Vorverschulden, 1985; *C. Roxin* Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963 S. 193 ff; *ders.* Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht, JZ 1966 S. 293 ff; *ders.* Täterschaft und Tatherrschaft, 5. Auflage 1989; *W. Sax* Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre, JZ 1963 S. 329 ff; *H. Schall* Auslegungsfragen des § 179 StGB und das Problem der eigenhändigen Delikte — KG, NJW 1977, S. 817, JuS 1979 S. 104 ff; *F.-C. Schroeder* Täterschaft und Teilnahme bei eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung, ROW 1964 S. 97 ff; *ders.* Der Täter hinter dem Täter, 1965; *U. Stein* Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *H. Welzel* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 S. 491 ff; *ders.* Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre, SJZ 1947 Sp. 645 ff; *ders.* Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975; *B. Winter* Die Entwicklung der Mittäterschaft im 19. Jahrhundert, 1981.

A. Die Täterschaftsformen im Überblick

1. Die folgenden Ausführungen gelten den — im Begehungsbereich weit überwiegenden — Delikten, bei denen der Beteiligte zum (potentiellen) Opfer eine nur-negative Beziehung hat: Der Beteiligte soll seinen Organisationskreis in einem solchen Zustand halten, daß er keinen Output hat, der fremde Organisationskreise schädigt. Diese Delikte heißen *Herrschaftsdelikte*, weil die Zuständigkeit durch einen Organisationsakt entsteht. **16**

2 a) Eigenhändigkeit der Deliktsausführung ist — deliktsspezifische Tätermerkmale unterstellt — eine hinreichende Bedingung für volle Zuständigkeit (Täterschaft, Tatherrschaft), aber zumeist nicht auch eine notwendige Bedingung. **17**

---

stische Person handeln (also irrtumsbedingt verfügen) kann. Damit scheidet insbesondere Betrug durch Täuschung des per Einzelvollmacht Verfügenden aus — ein wohl nicht befriedigendes Ergebnis. Die Frage nach der Lozierung von *Täter*merkmalen bei den für eine juristische Person Handelnden wird von *Gössel* ohne Grund mit der Frage vermengt, wer ein zur Tatbestandsverwirklichung notwendiges *Opfer*verhalten vollziehen kann. Selbst zur Bestimmung des Mitverschuldens einer juristischen Person kommt es auf § 14 StGB nicht an; denn Personen, die mit einer juristischen Person hinreichend verbunden sind, um ihre Tätermerkmale zu tragen, müssen nicht identisch mit denjenigen Personen sein, die zum Bollwerk bestimmt sind, damit die juristische Person nicht Opfer wird.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

b) Bei den meisten Delikten kann sich der Täter zur Ausführung auch eines anderen Menschen als seines Werkzeugs bedienen und deshalb vorrangig vor dem anderen zuständig sein: mittelbare Täterschaft, Begehen durch einen anderen (§ 25 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB). Die heute gesetzlich verankerte mittelbare Täterschaft wurde zur Ausfüllung von Strafbarkeitslücken geschaffen. Das alte Recht[30] setzte nach damals überwiegender Lehre bei Teilnahme (Anstiftung oder Beihilfe) eine volldeliktische (schuldhafte) Haupttat voraus (extreme Akzessorietät), so daß die Beteiligung an den Taten Schuldloser nur in täterschaftlicher Form möglich war. Auch bei Sonderdelikten im strengen Sinn konnte es nicht befriedigen, daß der Sonderpflichtige, der einen Nicht-Qualifizierten für sich handeln ließ, nicht strafbar sein sollte.

c) Neben die mittelbare Täterschaft, die durch die Vorrangigkeit des mittelbaren Täters vor dem Ausführenden gekennzeichnet ist, tritt die Möglichkeit einer Täterschaft durch gemeinsames und gleich gewichtiges Organisieren mit der Folge gleichrangiger Zuständigkeit: Mittäterschaft, gemeinschaftliches Begehen einer Tat (§ 25 Abs. 2 StGB). Diese Täterschaftsform ist nicht nur bei Delikten von Bedeutung, die nur bei gemeinschaftlicher Tatausführung praktisch bewerkstelligt werden können (weil die Kräfte eines einzelnen Menschen nicht ausreichen), und auch nicht nur in sonstigen Fällen einer planvollen Aufteilung der tatbestandlichen Ausführungshandlung auf mehrere Personen, die dann alle den Tatbestand teilweise, nicht aber voll verwirklichen (etwa die Aufteilung von Gewaltanwendung und Wegnahme beim Raub). Sie hat vielmehr ihre Hauptbedeutung bei der Begründung von Täterhaftung für Personen, die eigenhändig kein Tatbestandsmerkmal verwirklichen und auch nicht, wie bei der mittelbaren Täterschaft, dem Ausführenden überlegen sind, trotzdem aber nicht weniger als der Ausführende selbst das deliktische Geschehen bestimmen und deshalb wie der Ausführende voll zuständig werden.

18 3. Die Differenzierung zwischen Anstiftung und Täterschaft sowie innerhalb der Täterschaftsformen bleibt für den anzuwendenden Strafrahmen bedeutungslos (siehe § 26 StGB). Die Differenzierung zwischen Täterschaft und Anstiftung einerseits und Beihilfe andererseits ist nur im Bereich der steckengebliebenen Vorbereitungshandlung (§ 30 StGB) für die Strafbarkeit konstitutiv, ansonsten aber immerhin für den Strafrahmen bedeutsam. — Wichtiger ist die Differenzierung freilich bei Beteiligung mehrerer Personen, wenn nur ein Beteiligter ein besonderes Tätermerkmal oder ein subjektives Deliktsmerkmal aufweist. Ist dieser Beteiligte nicht Täter, so entfällt mangels Haupttat auch jegliche Teilnahme. — Weiterhin hat die Differenzierung intern-systematische Konsequenzen.

B. Die Problematik der eigenhändigen Delikte

19 1. Eine besondere Bindung der Täterschaft an eine bestimmte Ausführungshandlung besteht bei den (seit *Binding*[31] sogenannten) eigenhändigen Delikten; hier bildet die körperliche Vornahme eines verwerflichen Akts das Unrecht, und zwar weil der Akt Indikator einer fehlerhaften Haltung zu höchstpersönlichen Verpflichtungen oder zu Tabus ist. Die Höchstpersönlichkeit rückt die eigenhändigen Delikte in die Nähe der Pflichtdelikte. Meist genannte (sämtlich umstrittene) Delikte: Meineid (§ 154 StGB); Inzest (§ 173 StGB); Rechtsbeugung (§ 336 StGB); Fahnenflucht (§ 16 WStG). Grund und Begrenzung der Eigenhändigkeit sind äußerst streitig[32]; die Berechtigung, eine besondere Deliktsgruppe zu bilden, ist zweifelhaft.

30 Bis zur Verordnung vom 29. 5. 1943, RGBl. I S. 339.

31 GS 76 S. 87 ff, 91.

32 Darstellung der vertretenen Lehren bei *Roxin* Täterschaft S. 399 ff, 662 ff; *Auerbach* Die eigenhändigen Delikte S. 9 ff, 24 ff, 45 ff (dazu *Maiwald* ZStW 93 S. 864 ff, 871 ff).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

2. Von den eigenhändigen Delikten sind die positivrechtlich nur selbst begehbaren Delikte zu unterscheiden. Wenn etwa der Tatbestand der Amtsanmaßung (§ 132 StGB) u. a. ein *Sich*-Befassen mit einer Amtsausübung nennt oder der Tatbestand des sexuellen Mißbrauchs Schutzbefohlener (§ 174 StGB) u. a. ein An-*sich*-vornehmen-Lassen sexueller Handlungen, so geschieht dies — unter Inkaufnahme von Lücken — der Plastizität des Tatbestands wegen; diese Delikte sind formulierungsmäßig enger, als sie es bei komplettem Rechtsgüterschutz sein könnten[33]. **20**

3. Eigenhändige Delikte können nur anerkannt werden, wenn die Unwertigkeit der Handlung nicht aus den Veränderungen hergeleitet wird, die sie (zurechenbar) bewirken kann, sondern aus der sich im deliktischen Akt zeigenden persönlichen Insuffizienz des Täters[34]. Meineid darf dann nicht als ein Sonderdelikt des Aussage- und Eidespflichtigen (deshalb ist jedenfalls § 160 StGB nicht überflüssig) mit abstrakter Gefährdung der Rechtspflege verstanden werden, sondern als Delikt der persönlichen Unwahrhaftigkeit (nach älterem Verständnis: im Angesicht Gottes), Inzest nicht als abstrakte Gefährdung familiärer Rollen (oder nicht als eugenisch gefährlich), sondern als persönliche Naturwidrigkeit, Rechtsbeugung nicht als abstrakte Gefährdung der Rechtspflege, sondern als persönliche Ungerechtigkeit, Fahnenflucht nicht als Gefährdung der Wehrkraft, sondern als persönliche Untreue gegenüber dem Land; mit anderen Worten, der Aktunwert ist nicht aus dem Erfolgsunwert, sondern absolut zu bestimmen[35] (siehe die Beispiele: Gott, Natur, Gerechtigkeit, Vaterland). Auf die Dichte einer Beziehung zu einem Erfolg kommt es bei diesem Verständnis nicht an, sondern auf das Maß an Gesinnungslosigkeit. **21**

4. Ob solche Deutungen nicht nur an der Wiege der Delikte Pate gestanden haben, sondern heute noch notwendig sind, ist eine Frage des BT. Jedenfalls ergeben sich bei einer solchen Deutung folgende Konsequenzen[36], die den Lösungen für Pflichtdelikte entsprechen (siehe unten 21/115 ff): **22**

a) Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) scheidet der Höchstpersönlichkeit des Verstoßes wegen aus. Mehrere zusammen Delinquierende (etwa Fahnenflüchtige) sind Nebentäter und allenfalls zudem gegenseitige Gehilfen und Anstifter.

b) Auch mittelbare Täterschaft (§ 25 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB) scheidet der Verhaltensgebundenheit wegen aus: Nur der Vollzug des tatbestandlich beschriebenen Akts ist Indikator der persönlichen Insuffizienz. Das gilt auch, wenn der mittelbar Handelnde an sich die erforderliche Täterqualifikation besitzt; Beispiel: Der ältere Bruder nötigt den jüngeren zum Geschlechtsverkehr mit der Schwester. — Bei Vorsatz des Werkzeugs bleibt Teilnahme.

c) Jede Beteiligung an einem unvorsätzlichen eigenhändigen Delikt ist nach geltendem Recht ausgeschlossen, wenn nicht eine besondere Strafbarkeitsanordnung vor-

---

33 Siehe *Roxin* Täterschaft S. 408, zu § 132 StGB, — sehr streitig; für § 179 StGB siehe KG NJW 1977 S. 817 (voll eigenhändig) und *Schall* JuS 1979 S. 104 ff (nicht einmal positivrechtlich eigenhändig). — Weitere Nachweise bei *Schönke-Schröder-Lenckner* § 179 Rdn. 15. — Zu § 176 StGB a. F. siehe *Roxin* Täterschaft S. 417; BGH 15 S. 132 ff; — zu § 184a StGB siehe BayObLG JR 1985 S. 470 ff.

34 Zu den täterstrafrechtlichen Delikten nach altem Recht siehe *Roxin* Täterschaft S. 410 ff.

35 Zur Problematik der Trennung von Unrecht und Schuld bei diesen Delikten siehe *Roxin* Täterschaft S. 425 f.

36 Zum Ganzen siehe mit Nachweisen *Roxin* Täterschaft S. 399 ff, 662 ff; *ders.* JZ 1966 S. 293 ff, 296 f; *LK-Roxin* § 25 Rdn. 31 ff; *Joerden* Strukturen S. 82 ff; stark abweichend *Herzberg* ZStW 82 S. 896 ff: *Herzberg* differenziert die — weit verstandenen — eigenhändigen Delikte nach täterbezogenen Delikten (z. B. Inzest), Delikten mit Abhängigkeit der Rechtsgutsbeeinträchtigung von der Täterperson (z. B. Beleidigung) und Delikten mit verfahrensrechtlicher Bindung an eigenes Verhalten (z. B. Meineid).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

liegt, wie etwa bei § 160 StGB. Weil der arglos Handelnde leichtfertig handeln mag, aber eben nicht „verdorben", ist diese Lösung — wie bei den Sonderdelikten im strengen Sinn — auch dann sachgerecht, wenn — wie es auch hier geschieht — für Jedermannsdelikte die Möglichkeit einer Teilnahme an unvorsätzlicher Tat gefordert wird. Schulfall (nach *v. Liszt*): Eine Bordellwirtin verkuppelt bewußt Bruder und Schwester, die sich nicht kennen; — straffrei. Soweit zum alten Recht die Möglichkeit einer Teilnahme an unvorsätzlicher Tat anerkannt wurde (dagegen jetzt §§ 26, 27 StGB), war die Lösung des Falls sehr streitig[37]. Sie hing freilich weniger von der Dogmatik der Beteiligung als vom Verständis des Inzestverbots ab; eine Deutung als „Verletzung der geistig-sittlichen Familienbande" *(H. Mayer)* führte konsequent zur Straffreiheit, eine Deutung als „objektiv" nicht zu duldender Vorgang *(Mezger)* ebenso konsequent zur Annahme strafbarer Beteiligung.

d) Echte (Fahnenflucht, § 16 Abs. 1 WStG) und unechte (§ 13 StGB) Unterlassung bleiben möglich (siehe unten 29/2, 79).

23 5. Der Vollrausch (§ 323a StGB) ist nur positivrechtlich ein eigenhändiges Delikt („Wer *sich* . . . in einen Rausch versetzt"). Die Problematik liegt verwickelt[38]: Nicht die Unmäßigkeit ist Strafgrund (dann wäre Eigenhändigkeit gegeben), auch nicht die unspezifizierte (sonst actio libera in causa) Gefährlichkeit der Enthemmung (mit der sich wohl keine Eigenhändigkeit begründen ließe[38a]), sondern die Preisgabe der Möglichkeit, den Konflikt, den die Tat im Rausch darstellt, zu erledigen, sei es durch Zurechnung (dies scheitert an der Zurechnungsunfähigkeit des Betrunkenen), sei es durch faktische Hinderung weiterer Taten dieser Art (Prohibition ist nicht durchsetzbar) (siehe unten 17/59 ff). Wenn die Preisgabe nicht dem Sich-Berauschenden, sondern anderen Personen zurechenbar ist, also insbesondere beim listigen Beibringen eines Rauschmittels durch andere Personen, ist — auch abgesehen von der Seltenheit solcher Fälle — das Erledigungsdefizit bezüglich einer Tat im Rausch nicht so kraß wie beim verantwortlichen Sich-Berauschen, weil es die in diesen Fällen stets gegebene Körperverletzung trotz ihres von § 323a StGB abweichenden Schutzzwecks immerhin hindert, daß der Vorgang als sozial unerheblich definiert wird. Da also bei Täterschaft anderer Personen nur ein reduziertes Bedürfnis nach einem eigenen Tatbestand besteht, ist die Formulierung des Gesetzes so ausgefallen, als gehe es um Eigenhändigkeit[38b]. Wegen der Formulierung des Gesetzes scheidet mittelbare Täterschaft aus[39]. Teilnahme bleibt möglich[40], wird freilich praktisch meist am Regreßverbot scheitern (Produktion und Servieren von Alkohol als sozialadäquater Vorgang).

C. Die Täterschaftstheorien

24 Für diejenigen Delikte, bei denen keine Eigenhändigkeit erforderlich ist, sind zur Abgrenzung der täterschaftlichen Beteiligungsformen von der Teilnahme (Anstiftung oder Beihilfe) und damit zur Definition dessen, was Täterschaft im Gegensatz zur Teilnahme ausmacht, unterschiedliche Lösungen vorgeschlagen worden[41], die teils

---

37 Wie hier *Bockelmann* Verhältnis S. 16 f; *H. Mayer* AT § 50 III 1 und 2; *a. A. Mezger* Strafrecht § 58 II 2.

38 Unproblematisch ist wegen § 29 StGB, auch § 25 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB, die Beteiligung an einer konkretisierten Tat im Rausch.

38a Anders Vorauflage 21/23.

38b Anders (Eigenhändigkeit sachlich gegeben) Vorauflage 21/23; *Roxin* Täterschaft S. 635; siehe auch *Neumann* Zurechnung S. 84 ff mit Fn. 185.

39 *Cramer* GA 1961 S. 97 ff, 102 f; im Ergebnis überwiegende Ansicht.

40 Streitig; wie hier *Cramer* aaO S. 103 ff; *Roxin* Täterschaft S. 431 f; anders *Welzel* Strafrecht § 68 II 4 a; *Schönke-Schröder-Cramer* § 323 a Rdn. 25 mit Nachweisen; siehe auch *Haft* JA 1979 S. 651 ff, 654, 656 ff.

41 Zur Geschichte siehe *Bloy* Beteiligungsform S. 46 ff; speziell zum Stand der Lehre im 19. Jahrhundert siehe *Winter* Entwicklung der

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

freilich heute dogmatisch oder durch den Stand der Gesetzgebung überholt sind; insbesondere ist die Täterschaft dessen, der selbst begeht, nunmehr positivrechtlich festgeschrieben. Daß es um die Zuständigkeit der Inhaber mehrerer Organisationskreise geht, ist in der Diskussion teils hinter formellen (Tatbestand), naturalistischen (Art des Bedingens) oder auch ganz diffusen Aspekten (Täterwillen) zurückgetreten. Noch das geltende Recht stellt bei der ausnahmslosen Täterschaft des Selbst-Begehenden nur auf die formelle Lage ab. Immerhin bezeichnet der in der neueren Diskussion zentrale Begriff der Tatherrschaft plastisch die tatsächlichen Voraussetzungen der vollen Zuständigkeit für einen Organisationskreis. Was hier nachfolgend als volle Zuständigkeit bezeichnet wird, ergänzt den Tatherrschaftsbegriff insoweit, als auch die normative Komponente der Täterschaft bezeichnet wird: Nicht für jede Überlegenheit — Herrschaft — ist notwendig der Überlegene selbst zuständig.

1. Die formell-objektive Theorie

25 a) Nach der formell-objektiven Theorie (mittlerweile preisgegeben, aber in den zwanziger Jahren überwiegende Lehre) soll nur Täter sein, wer den Tatbestand zumindest teilweise mit eigener Hand verwirklicht[42]. Ziel dieser Theorie ist eine rechtsstaatlich exakte Bindung der Täterschaft an die Beschreibungen des BT, die „Erfassung des Inhalts der einzelnen gesetzlichen Tatbestände“[43].

b) Das bedeutsame Ziel wird aus mehreren Gründen von der Theorie nicht erreicht:

aa) Die Möglichkeit, sich der eigenhändigen Tatbestandsverwirklichung dadurch zu entziehen, daß man einen anderen mit List zur unvorsätzlichen oder mit Zwang zur vorsätzlichen Tatbestandserfüllung bringt, erzwingt eine Ergänzung um die mittelbare Täterschaft und damit eine Preisgabe des Prinzips.

bb) Ferner führt diese Lösung bei partieller Tatbestandsverwirklichung wegen der Gleichbehandlung aller Tatbestandsmerkmale zu einer Ausdehnung des Verhaltens, das Täterschaft begründet, bis weit in das Vorbereitungsstadium: Jeder am Diebstahl Beteiligte, der selbst Zueignungsabsicht hat (Verwirklichung eines subjektiven Tatbestandsmerkmals!), muß zum Täter werden, auch wenn er bei der Wegnahme nicht mehr tätig mitwirkt[44].

cc) Letztlich ist entscheidend, daß die Theorie bei nur partiell eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung den von ihr usurpierten Bereich nicht abdeckt: Weshalb demjenigen Beteiligten, der beim Raub Gewalt anwendet, die Wegnahme durch einen anderen Beteiligten *täterschaftlich* zugerechnet werden kann, bleibt unerklärt; denn dieses Stück Zurechnung beruht nicht auf Eigenhändigkeit, so daß ein nicht formell-objektives Moment, das täterschaftliche Zurechnung begründet, stillschweigend vorausgesetzt wird.

2. Ältere materielle Theorien

26 Um dieses Moment bemühen sich die materiellen Theorien und suchen es bei früheren Ausprägungen in der Art der Kausalbeziehung (ältere materiell-objektive Theorien). Die auf *Feuerbach*[45] zurückgehende Differenzierung nach dem Bewirken

---

Mittäterschaft S. 25 ff. — Eine Mischtheorie aus subjektiven, tatherrschaftlichen und gruppendynamischen Kriterien entwickelt *Geerds* Jura 1990 S. 173 ff, 176 ff.

42 U. a. *Beling* Grundzüge[10] § 18 V; *Mezger* Strafrecht § 62 I c; auch noch *Dohna* Aufbau S. 59 f; weitere Nachweise bei *Roxin* Täterschaft S. 34 ff.

43 *Beling* aaO § 18 V, vor 1.

44 So *Mezger* Strafrecht § 62 I 1 c; eine Beschränkung auf die Merkmale des Handlungsvollzugs ändert die Ungereimtheiten nicht prinzipiell; siehe das Beispiel bei *Roxin* Täterschaft S. 37 zum Einbruchsdiebstahl nach § 243 StGB a. F.; siehe auch aaO S. 137 ff.

45 Lehrbuch §§ 44 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

notwendiger oder aber ersetzbarer (oder überhaupt nur förderlicher) Beiträge scheitert trotz einer gewissen Plausibilität (die Verweigerung des notwendigen Beitrags brächte stets das Delikt zu Fall) an Beweisschwierigkeiten (wann wäre eine Ersetzung gelungen?) und am heutigen positiven Recht: Anstiftung setzt allermeist eine notwendige Bedingung und ist nicht Täterschaft, wie wiederum eigenhändiges Begehen Täterschaft begründet, auch wenn der Handelnde ersetzbar ist.

Nicht in der Durchführung, aber im Grundgedanken noch heute relevant ist die Trennung nach physisch (Täterschaft) und psychisch (Teilnahme) vermittelter Kausalität[46], wobei freilich „psychisch" allein die Vermittlung durch einen frei Handelnden meint, so daß die Vermittlung im Wege der mittelbaren Täterschaft als „physisch" gilt[47]. Damit ist immerhin der Programmsatz des restriktiven Täterbegriffs in einer mittelbare Täterschaft einschließenden Weise formuliert: Der letzte frei Handelnde erfüllt den Tatbestand, Mitwirkung an diesem Handeln ist nur per Strafausdehnung faßbar. Die Theorie ist somit nur materiell-objektiv formuliert; ihr Inhalt ist hingegen formell (Eigenhändigkeit, Letzter) -normativ (kein frei Handelnder folgt) und bringt mit dem normativen Moment das noch heute für die mittelbare Täterschaft entscheidende Kriterium (siehe unten 21/62 ff), leidet freilich im formellen Moment an den Schwierigkeiten der formell-objektiven Theorie.

3. Die subjektive Theorie

27 a) Die Rechtsprechung, und hier schon das Reichsgericht, vermeidet alle geschilderten Schwierigkeiten durch die in den Ergebnissen elastische subjektive Theorie[48]. Ein Ausgangspunkt dieser Theorie, die zunächst nur für die Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe geschaffen, dann aber auf die Trennung von Täterschaft und Teilnahme überhaupt ausgedehnt wurde, ist die Äquivalenz aller Erfolgsbedingungen; dieser Äquivalenz wegen soll auf der objektiven Deliktsseite eine Differenzierung von Täterschaft und Teilnahme unmöglich sein[49]. Damit ist der Täterbegriff für die objektive Seite extensiv: Jeder Verursacher kann Täter sein.

Dieser Ansatz ist — auch abgesehen von den Bedenken gegen die Vereinbarkeit des extensiven Täterbegriffs mit dem Grundsatz der Gesetzesbindung (oben 21/6 ff, 8) — bemerkenswert schief. Wenn die objektive Deliktsseite nur durch Erfolgskausalität bestimmt wird, ist auch subjektiv nur ein Vorsatz auszumachen, der allein die Erfolgskausalität umfaßt. Soll aber ein täterschaftliches Delikt mehr sein als Kausalität plus Vorsatz, wäre die Beschränkung dieses „Mehr" auf ein subjektives Moment erst zu begründen[50].

---

46 *Frank* Anm. II vor § 47; ausführliche Nachweise bei *Roxin* Täterschaft S. 44 ff.

47 *Frank* aaO.

48 Seit RG 2 S. 160 ff, 162 ff; 3 S. 181 ff ständige Rechtssprechung des Reichsgerichts und — bei einzelnen Schwankungen — auch des Bundesgerichtshofs bis in die neueste Zeit; siehe dazu unten 21/31. Ausnahmen bestehen für eigenhändige Delikte (oben 21/19 ff) und für Qualifizierungen durch bandenmäßige Begehung: Um nicht bloß geistige Verbindungen als Banden einstufen zu müssen, verfällt die Rechtsprechung in das Extrem, ohne Mitwirkung am Tatort zur Tatzeit Täterschaft (vor BGH 8 S. 206 ff, 207 sogar: Teilnahme) bei einem Bandendelikt auszuschließen (RG 66 S. 236 ff, zuletzt BGH 33 S. 50 ff mit zutreffend kritischer Anmerkung *Joerden* aaO S. 329 f, gleichfalls kritischer Anmerkung *Jakobs* JR 1985 S. 342 f und kritischer Besprechung *Meyer* JuS 1986 S. 189 ff, jeweils mit Nachweisen).

49 *v. Buri* Causalität S. 41; *ders.* ZStW 2 S. 232 ff, 246; so auch noch hauptsächlich *Baumann-Weber* AT § 36 I 3 c δ.

50 Siehe schon *Hälschner* Strafrecht Bd. 1 S. 377, 380; ferner *LK-Roxin* § 25 Rdn. 22; *SK-Samson* § 25 Rdn. 17; zum Versuch dieser Begründung siehe *v. Buri* ZStW 2 S. 232 ff, 246; *Baumann-Weber* aaO. — Grundlegend zur Kritik der subjektiven Theorie *Welzel* SJZ 1947 Sp. 645 ff; *Gallas* Materialien Bd. I S. 121 ff, 129 ff; *ders.* Niederschriften Bd. 2 S. 67 ff, 68; *ders.* Beiheft ZStW 1957 S. 3 ff, 5 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

b) So hat denn die subjektive Theorie auch eine weitere Wurzel[51]; diese ist der **28** psychische (und insoweit, aber auch nur insoweit subjektive) Befund, daß bei Beteiligung mehrerer Personen einzelne Beteiligte ihren Beitrag anderen Beteiligten zu deren Verfügung stellen, die anderen Beteiligten hingegen die Entscheidung über die Verfügung treffen. So argumentiert das Reichsgericht in seinen frühen Entscheidungen[52]: Der Gehilfe hat einen vom Täter abhängigen Willen, d. h. er unterwirft seinen Willen dem des Täters, so daß er diesem anheimstellt, ob die Tat zur Vollendung kommen soll oder nicht. Der Mittäter kennt dagegen keinen ihn beherrschenden fremden Willen (Trennung nach animus auctoris und animus socii, Dolustheorie).

In dieser Weise auf die Verschachtelung der Motivationen abstellend, gelingt es dieser Variante der subjektiven Theorie, eine Rangfolge der Beteiligten herzustellen[53], aber eine Rangfolge, die durch die Handlungs*vollzüge* der Beteiligten konterkariert werden kann: Wer das Geschehen, so wie es sich abspielt, bestimmt, richtet sich nicht nur nach dem Wollen, sondern auch nach dem Vollbringen; denn ein Beteiligter mit animus auctoris ohne tätige Gestaltung des Delikts hat eben das Moment zur Täterschaft zuwenig, das ein Beteiligter mit animus socii bei tätiger Gestaltung des Delikts zur Teilnahme zuviel hat. Nachfolgende Versuche, subjektive und objektive Seite zur Deckung zu bringen, führen zur Tatherrschaftslehre.

c aa) Die subjektive Theorie in der Rechtsprechung ist einen anderen Weg gegan- **29** gen. Die Rechtsprechung entleert die Formeln vom Täter- oder Gehilfenwillen und vom Wollen der Tat als eigener oder fremder zu bloßen Schlagworten, was das Reichsgericht selbst mehrfach rügt[54]. Die Formeln werden zu leeren Begriffshülsen: Jemand ist Täter, weil er den Täterwillen hat, — warum er den Täterwillen besitzt und was dieser besagen soll, bleibt offen[55]. Der Begriff des Täterwillens, wie er in der Rechtsprechung des Reichsgerichts verwendet wird, ist unbrauchbar, weil er nicht bezeichnet, *wann* die Tat das eigene Werk des Täters ist. Verstanden aber als ein besonderes Täterbewußtsein, etwa als Reflexion des Handelnden darüber, daß er auch Täter sein will, ist der Täterwille überflüssig.

Wie zudem selbst eine nicht formelhaft angewandte subjektive Täterbestimmung schmerzlich lebensfremd wirken kann, zeigt kraß eine Entscheidung zu § 179 StGB[56], wonach bei einer Schändung auch fremder Beischlaf als eigene Tat gewollt sein könne: „Das RG. hat in ständiger Rechtsprechung den Unterschied zwischen Täter und Gehilfen in der Willensrichtung des Mitwirkenden gefunden, und es liegt kein Grund vor, von dieser allgemein durchgeführten Rechtsprechung dann abzugehen, wenn die strafbare Handlung in einer Beischlafvollziehung besteht." — Das Ergebnis (täterschaftliche Haftung) ist zwar bei allen nicht streng formell-objektiven Theorien möglich, insbesondere auch bei der Tatherrschaftslehre, aber nicht per Wollen eines fremden Beischlafs als eigenen, sondern per (Mit-)Beherrschung der Situation.

bb) Das Reichsgericht hat in späteren Entscheidungen den Täterwillen vielfach **30**

---

51 Und ist auch älter als die Äquivalenztheorie, siehe die Nachweise bei *Birkmeyer* VDAT Bd. II S. 23 ff.

52 RG 3 S. 181 ff, 182.

53 Dazu insbesondere *Bockelmann* Verhältnis S. 2 ff, 48 f; — für Grenzfälle noch ebenso argumentierend *Cramer* Bockelmann-Festschrift S. 389 ff, 402 f.

54 RG 15 S. 295 ff, 303: „bloßes Wort ohne greifbaren Sinn"; RG 71 S. 364 ff, 365: „formelhafte Wendung".

55 So z. B. ohne oder mit nur rudimentärer Begründung RG 18 S. 273 ff, 281 f; 37 S. 55 ff, 57 f; 57 S. 307 ff; 64 S. 273 ff, 274 f u. a. m.; genauer freilich und auf das Verwirklichungshandeln abstellend, damit aber auch nicht mehr schlicht „subjektiv" RG 9 S. 109 ff, 110 f; 54 S. 152 ff; OGH 1 S. 365 ff.

56 RG 71 S. 364 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

durch das Interesse an der Tat oder an dem Taterfolg erschlossen[57]: Ob jemand die Tat als eigene will, soll sich nach seinem Interesse an der Tat oder am Taterfolg richten. Auf der unglücklichsten — nämlich auf das Interesse am Taterfolg abstellenden — Variante dieser Lehre beruht die zur Täterschaft bekannteste Entscheidung des Reichsgerichts (Badewannenfall[58]): Die Schwester einer unehelich gebärenden Frau ertränkt das Neugeborene „im Interesse" der Mutter und nach Verabredung mit ihr; die Schwester soll deshalb trotz eigenhändigen Tatvollzugs nur Gehilfin sein, die Mutter Täterin[59]. Diese Radikalität (der eigenhändig Tätige als Gehilfe) war der frühen subjektiven Theorie fremd. Daß jeder Verursacher Täter sein konnte, wurde nicht dahin umgekehrt, daß der volldeliktisch und eigenhändig den Tatbestand Verwirklichende nur Gehilfe sein könne: Der letzte „Freie" wurde als nicht untergeordnet behandelt[60]; das sinnenfällige Faktum der eigenhändigen Tat siegte über das psychische Faktum einer Unterordnung unter fremden Willen. Erst die Verhärtung der stereotypen Formulierung zu einer Theorie ermöglichte die extremen Weiterungen[61].

Wenn gegen die Interessentheorie üblicherweise eingewendet wird, sie scheitere an Delikten mit „altruistischer" Motivation, wie Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) oder auch Betrug (§ 263 StGB) und Erpressung (§ 253 StGB) bei Drittbereicherungsabsicht, so trifft das freilich nicht: § 216 StGB läßt sich als ein Fall vertypter isolierter (nicht akzessorischer) Beihilfe verstehen, und auch an einer Drittbereicherung kann ein eigenes Vermögensinteresse oder ein eigenes ideales Interesse bestehen. Gewichtiger ist, daß bei allen Vorsatzformen außer bei Absicht ein Interesse am deliktischen Erfolg stets fehlt (deshalb ist die vom Reichsgericht gewählte Alternative der Interessentheorie indiskutabel; jedes Delikt ohne Absicht auf den Erfolg geschähe ohne Täter), wohingegen ein Interesse am Handlungs*vollzug* oder an außertatbestandlichen Folgen bei ausnahmslos jeder Handlung gegeben ist. Da die Schwester im Fall der oben genannten Entscheidung des Reichsgerichts die Handlung vollzog und den Erfolg beabsichtigte, hatte sie in jeder Hinsicht ein Interesse, und zwar auch ein eigenes: Warum hätte sie sonst mit Erfolgsabsicht gehandelt? Die Entscheidung ist damit nur in sich konsistent, wenn nicht schon auf das Faktum eines Interesses, sondern auf die Gewichtung der Interessen abgestellt wird: Die Mutter versprach sich mehr vom Erfolg. Da aber auch der Alleintäter ein Delikt ohne Verbindung mit dessen stärker interessiertem „Destinatär" als „Freundschaftsdienst" begehen kann (häufig bei §§ 257 bis 258 a StGB), ist die Gewichtung zur Differenzierung von Täterschaft und Teilnahme ungeeignet, es sei denn, man erkenne die „gespenstische Version einer Tat ohne jeden Täter" an[62]. Es kommt hinzu, daß die Interessentheorie nicht nur den Ausführenden entlastet, sondern sonstige Beteiligte belasten kann: Diese Belastung durch ein Interesse, das sich nicht in einer Tat objektiviert, verletzt das Tatprinzip.

31 d) Der Bundesgerichtshof hat bis auf wenige Ausnahmen[63] seine Entscheidungen in Formulierung und Inhalt nach der subjektiven Theorie ausgerichtet[64]. Neben einigen

---

57 Die Interessentheorie als eigenständige Theorie wurde schon im 19. Jahrhundert aufgegeben; siehe *Birkmeyer* VDAT Bd. II S. 26 ff, 56 ff.

58 RG 74 S. 84 ff.

59 Zur — nicht ausschließlichen — Wurzel dieser Entscheidung im Verhältnis von Beteiligungsform und Strafmaß (Tötung mit Überlegung war nach § 211 StGB a. F. Mord; die *Täter*strafe war Todesstrafe; die Mutter war nach § 217 StGB privilegiert) siehe *Hartung* JZ 1954 S. 430 ff.

60 So auch *v. Buri* ZStW 2 S. 232 ff, 259; hierzu ausführlich mit Nachweisen *Sax* JZ 1963 S. 329 ff, 332 f.

61 Erstmals RG 31 S. 80 ff; auch hierzu *Sax* aaO.

62 *Sax* JZ 1963 S. 329 ff, 335.

63 Insbesondere BGH 19 S. 135 ff (einseitig fehlgeschlagene Doppelselbsttötung). — Zu den Delikten mit dem tatbestandlichen Erfordernis bandenmäßiger Begehung siehe oben 21/Fn. 48.

64 Eingehend dazu *Roxin* Täterschaft S. 90 ff, 557 ff; *Bloy* Beteiligungsform S. 101 ff; zur Kontroverse innerhalb des BGH siehe ferner *Bau-*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

im Theorienstreit farblosen[65] oder kriminalpolitisch gefärbten Entscheidungen[66] sowie vereinzelten Anwendungen der subjektiven Theorie in Form der Interessentheorie[67] findet sich freilich eine größere Zahl von Entscheidungen, in denen die subjektive Theorie durch Erwägungen zur Tatherrschaft untermauert oder ergänzt wird: Täter- und Gehilfenwillen sollen zumindest auch aus dem Maß der Beteiligung (oder bei Unterlassung: aus der „Pflichtenlage"[68]) zu erschließen sein[69], oder die Tatherrschaft wird ergänzend erwähnt[70] oder subjektive und objektive Seite werden kumuliert[70a]. Treffendes Resümee: „Es entscheidet das Gewollte ... aber das Gewollte in seiner objektiven Bedeutung"[71]. In einigen Entscheidungen wird die Beteiligung an der Ausführung der Tat, insbesondere die eigenhändige Begehung, sogar zu einem nur noch in Extremfällen zu widerlegenden Indiz für den Täterwillen[72]. Einen solchen Extremfall, also Teilnahme (Beihilfe) trotz eigenhändiger Tatausführung, bejaht der Bundesgerichtshof[73] (Staschynskij-Urteil) in einem Fall von Verführung und genauer Lenkung des Ausführenden durch eine staatliche Institution, die den Ausführenden durch systematische Erziehung zum Gehorsam bildet und ihm das „Tatrezept" detailliert vorschreibt. Die Entscheidung wird zu Unrecht viel gescholten; jede materielle Theorie muß Fälle kennen, in denen die eigenhändige Tatbestandserfüllung das materielle Moment nicht indiziert (siehe unten 21/36, 38); sie dürfte — wie das parallele Urteil des Reichsgerichts[74] — von Strafzumessungserwägungen mitbedingt sein (absolute Strafe bei täterschaftlichem Mord[75]). — Freilich hat kurz darauf der Bundesgerichtshof für § 216 StGB die Tauglichkeit der subjektiven Theorie voll verworfen[76]; — zur besonderen Problematik aller materiellen Theorien bei Tötung auf Verlangen siehe unten 21/56 ff.

4. Die Tatherrschaftslehre

32 a) Das Willkürliche ist bei der subjektiven Theorie konstitutionell: Wenn es um Zuständigkeiten für Organisationskreise geht, kann die subjektive Seite allein nicht genügen. Freilich hat auch die subjektive Theorie der Täterschaft nie auf ein objektives Minimum verzichtet, auf die Ursächlichkeit, aber sie hat zum Täterwillen nicht ein korrespondierendes Täterverhalten gefordert und umgekehrt nicht (stets) aus einem

---

mann NJW 1962 S. 374 ff; *ders.* NJW 1963 S. 561 ff; *ders.* JuS 1963 S. 85 ff; *Dreher* MDR 1964 S. 337 f; *Roxin* GA 1963 S. 193 ff; *LK-Roxin* § 25 Rdn. 14 bis 25; *Sax* JZ 1963 S. 329 ff; *Schroeder* ROW 1964 S. 97 ff.

65 BGH 6 S. 226 ff.

66 BGH 8 S. 390 ff, zur Abgrenzung von Diebstahlsteilnahme und Hehlerei.

67 BGH 16 S. 12 ff, 14; BGH StV 1983 S. 461; der Formulierung nach auch BGH NStZ 1981 S. 394, wo das Interesse jedoch in einer massiven Mitwirkung objektiviert ist. — Alles hilflos durcheinandermischend (Wollen, Interesse, Beteiligungsmaß, Tatherrschaft, Wille zur Tatherrschaft) BGH StV 1983 S. 501 (dazu *Roxin* Tatherrschaft S. 592 f); BGH NStZ 1984 S. 413; NStZ 1985 S. 165; BGH 36 S. 364 ff, 367.

68 BGH 2 S. 150 ff, 156; hiergegen wiederum BGH 13 S. 162 ff, 167.

69 BGH 8 S. 71 ff, 73; 9 S. 370 ff, 380; 14 S. 124 ff, 129; 28 S. 346 ff, 349 (Beherrschung von „Ob und Wie"); BGH GA 1977 S. 306; StV 1981 S. 275 f und 602 f; wistra 1982 S. 28 f; NStZ 1982 S. 27 und 243 f; GA 1984 S. 287 (neben der Interessenformel); StV 1985 S. 14; NJW 1987 S. 269 (Täterwille plus *nicht unwesentlicher* Tatbeitrag erforderlich); NStZ 1987 S. 364 (erneut: Beherrschung von „Ob und Wie"); bei *Holtz* MDR 1988 S. 452 (wertende Gesamtschau); NStZ 1988 S. 507; StV 1990 S. 264; zur mittelbaren Täterschaft bei vermeidbarem Verbotsirrtum: BGH 35 S. 347 ff, 353 („von Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft").

70 BGH 11 S. 268 ff, 272.

70a BGH 32 S. 165 ff, 178: „Tatwillen" *und* „Tatherrschaft" (dazu *Roxin* Täterschaft S. 596 f).

71 *LK*[8]*-Mezger* § 47 Anm. 2 b.

72 BGH JR 1955 S. 304 f; BGH 8 S. 393 ff, 396 ff; siehe jetzt auch BGH NStZ 1986 S. 165 f; 1987 S. 224 f; StV 1990 S. 203 f, 204.

73 BGH 18 S. 87 ff.

74 RG 74 S. 84 ff.

75 Siehe *Roxin* Täterschaft S. 614 ff; *Bloy* Beteiligungsform S. 100.

76 BGH 19 S. 135 ff, 138 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

gewollten Täterverhalten auf den Täterwillen geschlossen. Um die Korrespondenz von subjektiver und objektiver Seite bemüht sich die Tatherrschaftslehre[76a] (neuere materiell-objektive Theorie; final-objektive Theorie).

33 b) Der Begriffsinhalt von „Tatherrschaft" wird in der Literatur unterschiedlich — insgesamt zu naturalistisch (Herrschaft als Faktum) und zu wenig normativ (Herrschaft als Grund für Zuständigkeit) — bestimmt:

aa) *Welzel* setzt bei der Handlung als zweckhaftem Akt an und spricht Täterschaft dem Beteiligten zu, der die Tat durch den planvoll steuernden Verwirklichungswillen gestaltet[77]. Gestaltender ist, wer auf Grund seines — nicht notwendig freien[78] — Willens die Tat durchführt oder doch als Mitträger eines gemeinsamen Entschlusses durch einen Beitrag (nicht notwendig durch eine Ausführungshandlung) die Tatbeiträge der übrigen zu einer einheitlichen Tat ergänzt (gemeinsame Tatherrschaft bei Mittäterschaft). Diese Lehre knüpft an die subjektive Theorie des frühen Reichsgerichts[79] an, ergänzt den Täterwillen aber um eine objektive Seite, eben um das (Mit) Gestalten der Tat.

bb) Die Bestimmung der Tatherrschaft kann ferner — mit *Gallas* — vom Typ des Selbst-Begehens her erfolgen, also von der formell-objektiven Theorie her. Tatherrschaft ist dann gegeben, wenn das Geschehen „Werk" des Beteiligten ist, er es „in der Hand hat"[80]; es geht um die „der unmittelbaren Begehung gleichwertige Tatherrschaft"[81].

cc) Weiterhin kann bei der realen Kräfteverteilung angesetzt werden. Tatherrschaft hat dann nach einer Formel von *Maurach* jeder Mitwirkende, der die Verwirklichung des Gesamterfolgs je nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann, sofern er darum weiß[82].

34 c) Diese Lösungsentwürfe können nicht voll befriedigen. *Welzels* Konzeption bringt in den Fällen Schwierigkeiten, in denen der unmittelbar Ausführende zwar ungezwungen, aber nur auf Wunsch und nach detaillierten Weisungen eines anderen handelt: Die Mitträgerschaft am Tatentschluß und die Gestaltung der Tat reduzieren sich hier auf das Faktum des ungezwungenen und vorsätzlichen Handelns. Trotzdem soll der so Handelnde Tatherrschaft haben, und dem muß so sein, weil ansonsten jede Strafbarkeit ausgeschlossen wäre, wenn er allein die erforderlichen Täterqualifikationen aufweist. Stärker noch gilt das für den allein Qualifizierten, der unter Zwang als Werkzeug handelt[83]. Die Tatherrschaft wird in diesen Fällen nicht material, sondern allein durch Eigenhändigkeit bestimmt[84]. — Gegen die Lösung von *Gallas* spricht, daß niemand bei Mittäterschaft die Tat in der Hand hat wie bei alleinigem Handeln und zudem bei Mittäterschaft zwingend für jeden Beteiligten weniger zu leisten ist als bei Alleintäterschaft. Tatherrschaft als faktische Herrschaft können bei Mittäterschaft nur alle zusammen haben[85]. — *Maurachs* Formel schließlich ist teils zu weit, weil auch notwendige Teilnehmer durch Verweigerung ihres Beitrags die Tat hemmen können (und manche Unbeteiligte durch rechtzeitige Anzeige der Tat), und teils zu eng, da bei Arbeitsteilung in der Regel einer allein die Tat mangels hinreichender Fähigkeiten nicht ablaufen

[76a] Eingehende Darstellung der Positionen innerhalb der Tatherrschaftslehre bei *Bloy* Beteiligungsform S. 192 ff.

[77] Strafrecht § 15 I 1; *ders.* ZStW 58 S. 491 ff, 543; *ders.* SJZ 1947 Sp. 645 ff, 650.

[78] Strafrecht § 16 IV 2 c; anders (das Werkzeug des mittelbaren Täters soll keine Tatherrschaft haben) noch SJZ 1947 Sp. 645 ff, 650.

[79] RG 3 S. 181 ff, 182.

[80] *Gallas* Materialien Bd. I S. 121 ff, 128; *ders.* Beiheft ZStW 1957 S. 3 ff, 13.

[81] Materialien aaO S. 133, 137.

[82] *Maurach* AT[4] § 47 III B 2 b; *Maurach-Gössel* AT II § 47 Rdn. 89.

[83] Strafrecht § 15 II a α.

[84] Hierzu *Schroeder* Täter hinter dem Täter S. 40, 63 ff.

[85] *Welzel* ZStW 58 S. 491 ff, 550.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

lassen kann (Tatherrschaft als faktische Herrschaft liegt hier nur bei allen als Kollektiv). Schließlich würde bei der mittelbaren Täterschaft ein *faktisches* „In-der-Hand-Haben" (auf das die genannten Autoren bei der *mittelbaren* Täterschaft auch prompt *nicht* abstellen) die Ausführungshandlungen je nach Gruppendynamik ins Uferlose ausweiten (siehe unten zum Täter hinter dem Täter 21/100 ff).

d aa) Die Schwierigkeiten lassen sich nur beheben, wenn die Tatherrschaft entspre- **35**
chend den Möglichkeiten von Arbeitsteilung auf verschiedene, gegebenenfalls zu kumulierende, Prinzipien zurückgeführt wird: Neben die Tatherrschaft durch Vollzug der Ausführungshandlung (*formelle,* d. h. tatbestandsgebundene *Tatherrschaft*) treten die Tatherrschaft durch die Entscheidung über das „Ob" der Tat *(materielle Tatherrschaft als Entscheidungsherrschaft)* und die Tatherrschaft durch Gestaltung der Tat *(materielle Tatherrschaft als Gestaltungsherrschaft)*[86]. Der Alleintäter entscheidet über die Tat und führt sie in bestimmter Gestalt eigenhändig durch. Bei Beteiligung mehrerer Personen können zum einen alle Elemente gleichermaßen aufgeteilt werden: Jeder ist Teilhaber an allen drei Herrschaftsbereichen. Zum anderen kann die Herrschaft aber auch nach ihrer Art aufgeteilt werden, indem etwa einer allein gestaltet (durch den Bau einer Sprenganlage) und einer entscheidet und ausführt (durch Zündung der Anlage). Soweit der Inhaber der formellen Tatherrschaft nicht von einem mittelbaren Täter beherrscht wird, liegt bei ihm zugleich die Entscheidungsherrschaft. Diese wiederum ist das mindeste, was der mittelbare Täter usurpiert.

Den mannigfaltigen Varianten, die sich aus den Möglichkeiten von Herrschaft und Arbeitsteilung ergeben, können Formeln, die sich lediglich an einzelnen Bildern orientieren, nicht genügen. Täterschaft ist vielmehr als Herrschaft in mindestens einem der Bereiche von Tatgestaltung, Tatentscheidung oder Tatausführung zu definieren. Dabei ist das Faktum der Herrschaft nicht per se relevant, sondern weil es eine volle Zuständigkeit für die Tat begründet. Deshalb werden mit der Aufschlüsselung in inhaltlich verschiedene Herrschaftsbereiche auch nicht etwa heterogene Merkmale nur nominalistisch vereinigt[87]; vielmehr sind alle Merkmale in einem Punkt homogen: Sie sind diejenigen Organisationsakte, die volle Zuständigkeit begründen.

bb) Diese Aufschlüsselung entspricht dem gegenwärtigen positiven Recht. Es quali- **36**
fiziert im § 25 Abs. 1, 1. Fallgruppe StGB den Selbst-Begehenden als Täter. Wer alle Täterqualifikationen aufweist und eigenhändig handelt, ist damit Täter[88]. Er hat im Normalfall gewiß auch die Gestaltungsherrschaft und die Entscheidungsherrschaft, in den oben geschilderten Grenzfällen jedoch nicht. Freilich schließt es der Gesetzeswortlaut nicht aus, das „Begehen" der Tat nicht als das „eigenhändige Ausführen", sondern als ein materiell-herrschaftliches Ausführen zu verstehen (wie das in § 25 Abs. 2 StGB notwendig ist); eine *rein* materielle Tatherrschaftslehre könnte und müßte[89] also — wie die subjektive Theorie — die Figur des eigenhändig handelnden und voll qualifizierten Gehilfen anerkennen[90]. Die gesetzliche Regelung würde bei dieser Auslegung freilich zum Nichtssagenden entwertet, und zwar ohne Not; denn auch die hier vorgenom-

---

86 In Anlehnung an die Differenzierung von *Roxin* Täterschaft und Tatherrschaft, nach Handlungsherrschaft (S. 127 ff), funktioneller Tatherrschaft (S. 275 ff) und Willensherrschaft (S. 142 ff); kritisch *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 196 ff (zu *Roxin*; siehe *ders.* Täterschaft S. 624 ff zu *Stein*) und S. 205 ff (zur *hiesigen* Lehre).

87 So der Einwand von *Schroeder* Täter hinter dem Täter S. 40 gegen *Roxin* aaO.

88 OLG Stuttgart JZ 1977 S. 724 f, 725.

89 So zutreffend *Schroeder* Täter hinter dem Täter S. 38 ff.

90 Siehe Protokolle Sonderausschuß V S. 1825; *Lackner* § 25 Anm. 1 a mit Nachweisen; ausführlich zum Streitstand *LK-Roxin* § 25 Rdn. 39 ff; *Roxin* Täterschaft S. 546 ff; *Cramer* Bockelmann-Festschrift S. 389 ff, 392 f; *Baumann* Jescheck-Festschrift S. 105 ff, 110; *Geerds* Jura 1990 S. 173 ff, 179.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

mene Aufschlüsselung der Tatherrschaft findet im Wortlaut des Gesetzes eine Stütze: Trotz des jeweils gleichen Verbs („begehen") ermöglicht die adverbiale Bestimmung eine Differenzierung; „selbst" heißt: mit eigener Hand, „durch einen anderen" heißt: durch die Hand eines unterlegenen anderen, und „gemeinschaftlich" heißt: durch wessen Hand auch immer, jedenfalls zusammen mit einem anderen.

IV. Die Tatbestände der Täterschaft bei Herrschaftsdelikten,
1. Fortsetzung: Das Selbst-Begehen, § 25 Abs. 1, 1. Fallgruppe StGB

Literatur

W. Beulke Anmerkung zu OLG Köln JR 1980 S. 422 f, aaO S. 423 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 36 S. 231 ff, NStZ 1990 S. 278 f; *P. Bockelmann* Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949; *W. Bottke* Suizid und Strafrecht, 1982; *ders.* Das Recht auf Suizid und Suizidverhütung, GA 1982 S. 346 ff; *ders.* Probleme der Suizidbeteiligung, GA 1983 S. 22 ff; *P. Bringewat* Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik, ZStW 87 S. 623 ff; *P. Cramer* Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, Bockelmann-Festschrift S. 89 ff; *D. Dölling* Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984 S. 71 ff; *E. Dreher* Anmerkung zu BGH MDR 1964 S. 337 f, aaO; *U. Ebert* Verbrechensbekämpfung durch Opferbestrafung? JZ 1983 S. 633 ff; *W. Gallas* Täterschaft und Teilnahme, Materialien Bd. I S. 121 ff; *K. H. Gössel* Sukzessive Mittäterschaft und Täterschaftstheorien, Jescheck-Festschrift S. 537 ff; *G. Grünwald* Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959 S. 110 ff; *R. D. Herzberg* Täterschaft und Teilnahme, 1977; *ders.* Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt, JA 1985 S. 131 ff, 177 ff, 265 ff, 336 ff; *ders.* Der Fall Hackethal: Strafbare Tötung auf Verlangen? NJW 1986 S. 1635 ff; *ders.* Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme, ZStW 99 S. 49 ff; *ders.* Straffreie Beteiligung am Suizid und gerechtfertigte Tötung auf Verlangen, JZ 1988 S. 182 ff; *ders.* Straffreies Töten bei Eigenverantwortlichkeit des Opfers? NStZ 1989 S. 559 ff; *Th. Hillenkamp* Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971; *H. J. Hirsch* Einwilligung und Selbstbestimmung, Welzel-Festschrift S. 775 ff; *F. Höpfel* Einige Fragen der subjektiven Tatseite bei Beteiligung mehrerer, ÖJZ 1982 S. 314 ff; *R. Hohmann, P. König* Zur Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in Fällen der aktiven Suizidteilnahme, NStZ 1989 S. 304 ff; *G. Jakobs* Literaturbericht, ZStW 95 S. 669 ff; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *H. Klinkenberg* Die Rechtspflicht zum Weiterleben und ihre Grenzen, JR 1978 S. 441 ff; *Chr. Kühl* Anmerkung zu BGH JR 1988 S. 336 ff, aaO S. 338 ff; *W. Küper* Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978; *ders.* Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979 S. 775 ff; *ders.* Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft, JZ 1981 S. 568 ff; *G. Küpper* Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, GA 1986 S. 437 ff; *W. Langer* Das Sonderverbrechen, 1972; *M. Maiwald* Literaturbericht, ZStW 93 S. 864 ff; *J. Möllering* Schutz des Lebens — Recht auf Sterben, 1977; *U. Neumann* Abgrenzung von Teilnahme am Selbstmord und Tötung in mittelbarer Täterschaft, JuS 1985 S. 677 ff; *H. Otto* Straflose Teilnahme? Lange-Festschrift S. 197 ff; *ders.* Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung, Tröndle-Festschrift S. 157 ff; *H.-H. Paehler* Die Abgrenzung von Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen, MDR 1964 S. 647 ff; *I. Puppe* Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984 S. 101 ff; *C. Roxin* Ein „neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 S. 369 ff; *ders.* Mittäterschaft im Strafrecht, JA 1979 S. 519 ff; *ders.* Täterschaft und Tatherrschaft, 5. Auflage 1989; *ders.* Die Mitwirkung beim Suizid — ein Tötungsdelikt? Dreher-Festschrift S. 331 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH StV 1985 S. 106 f, aaO S. 278 f; *ders.* Anmerkung zu BGH StV 1986 S. 384, aaO S. 384 f; *ders.* Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen, NStZ 1987 S. 345 ff; *H.-J. Rudolphi* Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, Bockelmann-Festschrift S. 369 ff; *W. Sax* Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ 1975 S. 137 ff; *K. Schmoller* Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an einer Straftat — die objektive Zurechnung fremden Verhaltens, ÖJZ 1983

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

S. 337 ff, 379 ff; *G. Simson, F. Geerds* Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht, 1969; *G. Schilling* Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975; *ders.* Abschied vom Teilnahmeargument bei der Mitwirkung zur Selbsttötung, JZ 1979 S. 159 ff; *E. Schmidhäuser* Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, Welzel-Festschrift S. 801 ff; *H.-L. Schreiber* Grundfälle zu „error in objecto" und „aberratio ictus", JuS 1985 S. 873 ff; *U. Stein* Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *G. Timpe* Anmerkung zu BGH JZ 1990 S. 96 f, aaO S. 97 f; *O. Triffterer* Die österreichische Beteiligungslehre, 1983; *M. Valdagua* Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten, ZStW 98 S. 839 ff; *H. Wagner* Amtsverbrechen, 1975; *H. Welzel* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 S. 491 ff.

A 1. Täter ist immer, wer die Tat selbst begeht, d. h. die Tathandlung vorsätzlich und **37**
irrtumsfrei eigenhändig vollzieht und die notwendigen subjektiven und objektiven deliktsspezifischen Täterqualifikationen aufweist.

Die Eigenhändigkeit umfaßt das Verhalten, das die *Tatbestands*verwirklichung unmittelbar, d. h. ohne nachfolgendes Zutun eines anderen Menschen bringt. Beispiel: Vollständig eigenhändig tötet, wer das Opfer, auf das niemand sonst einwirkt, erschlägt oder wer das kranke Opfer an der Einnahme des lebensrettenden Medikaments gewaltsam hindert; partiell eigenhändig tötet, wer das Opfer an der Flucht hindert, während es ein anderer erschlägt (Festhalten und Schlag müssen gleichzeitig erfolgen, soll der Erfolg eintreten[91]). Wer nur einem anderen die Keule — auch mit eigener Hand — hingibt, damit der andere das Opfer erschlage, *tötet* nicht eigenhändig. Der letzte Beitrag kann auch im Abbruch eines rettenden Verlaufs bestehen (so im angeführten Beispiel der Hinderung, ein Medikament einzunehmen). Ist dieser Verlauf freilich das rettende Handeln eines anderen, so kommt es darauf an, ob dieses Handeln täterschaftlich unterbrochen oder ob nur an einer Unterlassung teilgenommen wird (hierzu unten 29/108 ff).

Vor der Tatbestandsverwirklichung gibt es keine Eigenhändigkeit nach § 25 Abs. 1 StGB. Alles Vorbereitungsverhalten wie auch dasjenige Versuchsverhalten, das noch nicht Versuchsbeendigung — oder bei mehraktigen Delikten: Beendigung des ersten Akts — ist, kann auch von nicht eigenhändig den Tatbestand verwirklichenden Beteiligten vollzogen werden und bleibt deshalb für die Eigenhändigkeit der Tatbestandsverwirklichung ohne Aussagekraft. Bei strenger Terminologie gibt es deshalb keine im Sinn des § 25 Abs. 1 eigenhändige Vorbereitung und keinen im Sinn der genannten Vorschrift eigenhändigen unbeendeten Versuch. Diese Beschränkung der Eigenhändigkeit nach § 25 Abs. 1 StGB hat folgende Konsequenz: Wer mit einem geringfügigen Beitrag ein deliktisches Unternehmen vom straffreien Vorbereitungsstadium in das strafbare Versuchsstadium bringt, kann — wegen der Geringfügigkeit — nur Gehilfe sein, da sein Verhalten nicht als eigenhändige Verwirklichung des (Versuchs-)Tatbestands zu verstehen ist. Aber wer den Versuch eigenhändig beendet, begeht auch dann selbst, ist also Täter, wenn sein Beitrag nur geringfügig ist (siehe unten 22/19).

2. Daß bei Eigenhändigkeit ein nachfolgendes Zutun anderer Menschen fehlt, ist als **38**
naturalistisches Faktum strafrechtlich nicht per se relevant, sondern nur als — freilich nicht zwingender — Indikator einer Zuständigkeit für das Geschehen[91a]: Der eigenhändig Handelnde entscheidet — nicht notwendig überlegen und auch nicht notwendig

91 Siehe *Roxin* Täterschaft S. 37.

91a Man kann deshalb diejenigen Fälle eines objektiv zurechenbaren Verhaltens, in denen ein nachfolgendes Verhalten schon keine objektiv zurechenbare Tatbestandsverwirklichung mehr bewirkt, der *unmittelbaren* Täterschaft zuschlagen: Der Nachfolgende ist stets unzuständig; so *Triffterer* Beteiligungslehre S. 69; *Schmoller* ÖJZ 1983 S. 337 ff, 379 ff, 384.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

unersetzbar — über das Ob der Tatbestandsverwirklichung. Das hat besondere Bedeutung für die Beteiligung an fremder Selbstverletzung: Eigenhändige Selbstverletzung schließt die Haftung von Beteiligten für alle Fälle aus, in denen der sich selbst eigenhändig Verletzende nicht Werkzeug im Sinn der mittelbaren Täterschaft ist (eingehend unten 21/56 ff). — Zum Unterlassungsverhalten, das der eigenhändigen Begehung entspricht, siehe unten 29/56.

Weist der Selbst-Begehende die erforderlichen Täterqualifikationen nicht auf (siehe oben 21/9), so kann er allenfalls Teilnehmer an der Tat eines anderen Beteiligten sein. Merkmale jenseits des Unrechts müssen nur vorliegen, soweit sie das Delikt typisieren; insbesondere hat die allgemeine Schuldhaftigkeit nichts mit der Täterschaft des unmittelbar Handelnden zu tun. Eine Rechtfertigung der Tat schließt die Täterschaft so wenig aus, wie sie die Tatbestandserfüllung ausschließt (wichtig für Teilnahme, die auch bei gerechtfertigter Haupttat — dann freilich straffreie — Teilnahme bleibt).

39 B. Der Täter per Selbst-Begehen kann zugleich Mittäter mit einem anderen Beteiligten sein, wenn dieser andere per Gestaltung gleichrangig zuständig ist. Die Ausführungshandlung ist dann zudem Tat des anderen Mittäters (wichtig für den Deliktsversuch).

Auch als Werkzeug eines mittelbaren Täters bleibt der Ausführende seinerseits Täter, da er als selbst Begehender nach der Entscheidung des Gesetzes stets voll zuständig ist, mag der mittelbare Täter auch vorrangig zuständig sein. Das Werkzeug ist aber nicht Mittäter des mittelbaren Täters; dieser vollzieht vielmehr mit der Einwirkung auf das Werkzeug eine eigene Tat (gleichfalls wichtig für den Deliktsversuch).

V. Die Tatbestände der Täterschaft bei Herrschaftsdelikten, 2. Fortsetzung: Das gemeinschaftliche Begehen (die Mittäterschaft), § 25 Abs. 2 StGB

Literatur

Siehe zu IV

A. Der gemeinsame Tatentschluß

40 1. Das Strafrecht zieht mit der Anerkennung von Mittäterschaft die Konsequenz aus der Möglichkeit von Arbeitsteilung. Mittäterschaft liegt vor, wenn nach dem Plan der Beteiligten die zur Ausführung erforderlichen Leistungen entweder in allen Stadien des Delikts gleichmäßig oder doch zwischen den Stadien so verteilt werden, daß auch nicht an der Ausführung Beteiligte die Gestaltung der Ausführung oder das Ob der Ausführung mitbestimmen. Materielle und eventuell auch formelle Tatherrschaft sind also verteilt; das Ergebnis ist eine Tat mehrerer Beteiligter, die alle täterschaftlich für das ganze Werk voll zuständig sind, sofern sie überhaupt Täter sein können, also die deliktsspezifischen Täterqualifikationen aufweisen.

Mittäterschaft ist demnach nicht etwa wechselseitige mittelbare Täterschaft[92], denn der mittelbare Täter begeht — so die Differenzierung überhaupt sinnvoll sein soll — jedenfalls nicht nur mit dem Werkzeug eine gemeinsame, sondern zumindest auch eine eigene Tat[93].

Die Voraussetzungen der Mittäterschaft sind nach üblicher Formulierung der gemeinsame Tatentschluß und die tatherrschaftliche Mitwirkung bei der Begehung.

---

92 So die subjektive Theorie; RG 66 S. 236 ff, 240; *Baumann-Weber* AT § 36 I 3 a.

93 *Welzel* ZStW 58 S. 491 ff, 550.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

2 a) Der gemeinsame Tatentschluß ist das ausdrückliche oder konkludente Einver- **41**
ständnis zur Verschachtelung einzelner Beiträge zu einer Tat. Von der Willensübereinstimmung bei der Teilnahme unterscheidet er sich durch seinen Inhalt (er geht auf gleichrangige Beiträge[93a]) und — nach üblicher Lehre — durch seine Gegenseitigkeit (Gemeinsamkeit): Danach muß jeder Beteiligte wissen, daß andere vorsätzlich mitwirken[94].

Die Bedeutung des letzteren Merkmals ist unklar, wie seine unabdingbare Notwendigkeit zweifelhaft ist. Es verdankt seine Herkunft der älteren subjektiven Theorie, die auf die gegenseitige Abhängigkeit der Deliktsvorsätze mehrerer Beteiligter abstellt. Da dieses Kriterium für die Tatherrschaft unwesentlich ist (auch wer eine Tat nur ausführt, weil und soweit ein anderer es will, ist Tatherr), ist die Bedeutung der Gemeinsamkeit des Tatentschlusses zumindest zu reduzieren.

b) Es geht um zwei Fallgruppen: **42**

aa) Wenn sich ein Delikt aus isolierbaren Abschnitten der Ausführungshandlung aufbaut (etwa Raub aus Nötigung zum Zweck des Gewahrsamsbruchs, dieser wiederum zum Zweck der Gewahrsamsneubegründung; oder Diebstahl beim sukzessiven Diebstahl der Bände einer Bibliothek) und die einzelnen Abschnitte von verschiedenen Personen je allein vollzogen werden, so haften die Beteiligten nur dann für das Ganze täterschaftlich (für den Raub; für den Diebstahl der gesamten Bibliothek), wenn sie sich zum Zweck der Erreichung des Gesamten verbinden[94a]. Der gemeinsame Tatentschluß ist hier zur täterschaftlichen Haftung für alles Geschehene notwendig; er definiert den einzelnen Beitrag als Teil des Ganzen. Ungeteilte Tatherrschaft am Teil plus Verabredung der Einpassung des Teils ins Ganze ergibt die Mittäterschaft am Ganzen.

Fehlt es am gemeinsamen Tatentschluß, so bleibt es bei der täterschaftlichen Haftung für einen Teil. Soweit mehrere deliktische Handlungen verschiedener Personen ohne Verabredung bei gleicher Gelegenheit vollzogen werden, haftet also jeder täterschaftlich nur für seine Organisation[95]. Ebenso bleibt es bei der täterschaftlichen Haftung allein für einen Teil, wenn jemand ohne Verabredung auf der isoliert begangenen Tat eines anderen aufbaut. Beispiel[95a]: Wer weiß, daß ein anderer das Opfer erschlagen wird, und sich an Ort und Stelle begibt, um das Opfer auch noch auszuplündern, begeht nicht Raub, sondern Unterschlagung, so wie der Täter der Tötung nicht täterschaftlich für das nachfolgende Eigentumsdelikt haftet, auch wenn er bei seiner Tat darum weiß (dies abgesehen von der sowieso mangelnden Absicht, *sich* zuzueignen).

bb) Wenn ein Delikt nur eine einzige Ausführunghandlung erfordert oder wenn bei **43**
mehreren erforderlichen Handlungen eine einzige Person alle Ausführungshandlungen vollzieht, kann auch ein Beteiligter, von dessen Beiträgen der Ausführende nichts weiß, so intensiv mitwirken, daß er die Gestaltung der Ausführungen nach Ort, Zeit und Modalitäten wesentlich mitbestimmt. Beispiel: Jemand gibt dem Opfer, das im Schlaf erschlagen werden soll, ohne Verabredung mit dem Ausführenden ein Schlafmittel, öffnet zudem dem Täter die Tür, stellt ferner ein geeignetes und dann auch benutztes Tatwerkzeug bereit und verhindert schließlich vor der Ausführung den Hinzutritt

---

[93a] Entgegen BGH StV 1985 S. 106 f mit zutreffend kritischer Anmerkung *Roxin* StV 1985 S. 278 f ist es gleichgültig, ob sich die Beteiligten *in jedem Stadium* als „Partner" (?) ansehen und gegenseitigen Einfluß zulassen.

[94] RG 58 S. 279; für die Tatherrschaftslehre siehe *Jescheck* AT § 63 II; *Maurach-Gössel* AT II § 49 Rdn. 43 ff, 47; *Stratenwerth* AT Rdn. 811 ff; *SK-Samson* § 25 Rdn. 50; für die subjektive Theorie siehe *Baumann-Weber* AT § 36 I 3 a; *Schönke-Schröder-Cramer* § 25 Rdn. 70.

[94a] BGH StV 1990 S. 160 f.

[95] BGH 24 S. 286 ff, 288 f.

[95a] Siehe ferner BGH StV 1985 S. 12 ff und S. 145.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

störender dritter Personen. Alleintäterschaft (Nebentäterschaft) des Beteiligten scheitert am Fehlen der eigenhändigen Ausführungshandlung, mittelbare Täterschaft am Fehlen der Unterlegenheit des Ausführenden, Mittäterschaft schließlich nach überwiegender Lehre am Fehlen des gemeinsamen Plans, so daß nur Beihilfe bleiben soll[96], — eine zumindest zweifelhafte Entscheidung. Es dürfte deshalb richtiger sein, statt eines gemeinsamen Tatentschlusses im Sinn einer stets gegenseitigen Abrede in diesen Fällen einen *Einpassungsentschluß* genügen zu lassen, mit dem der nicht unmittelbar ausführende, aber gestaltend mitwirkende Beteiligte seinen Beitrag mit dem Tun des Ausführenden verbindet. Weiß der Ausführende von diesem Beitrag nichts, so ist ihm dessen deliktisches Gewicht nicht zuzurechnen; das ergibt sich aus allgemeinen Regeln.

44 c) Der gemeinsame Tatentschluß im beschriebenen, auf einen Einpassungsentschluß reduzierten Sinn muß nicht frei von Zwang oder Irrtum zustande kommen. Insbesondere ist ohne Bedeutung, ob der sich am Entschluß Beteiligende geneigt ist, sich die Beiträge der anderen zu eigen zu machen oder gar „zurechnen zu lassen". Die Zuständigkeit ist Konsequenz der Einpassung und von einem Willen zur Zuständigkeit unabhängig. Etwa innerhalb einer Bande dürfte der gemeinsame Tatentschluß häufig durch List oder Zwang bewirkt werden; Beispiel: Dem Ganoven wird erklärt, wenn er bei der nächsten Tat nicht wieder mitmache, werde man ihn verpfeifen.

45 d aa) Es ist erforderlich, aber auch genügend, daß der Vorsatz und der Einpassungsentschluß bei der Leistung des eigenen Tatbeitrags vorliegen; wird der Vorsatz vor der Ausführungshandlung preisgegeben, die ein anderer vollzieht, so hindert das die Mittäterschaft nicht, wenn der Beitrag effektiv bleibt[97].

bb) Die Haftung wird durch den Vorsatz limitiert und durch andere höchstpersönliche subjektive Deliktsmerkmale (unten 23/16 ff) begrenzt[97a]. Für den Exzeß eines Beteiligten, d. h. für eine Handlung, die nicht vorausgesehen und deshalb weder verabredet ist noch durch einen Einpassungsentschluß gedeckt wird, ist mangels Vorsatz nicht mittäterschaftlich (oder teilnehmend) zu haften, § 16 Abs. 1 StGB[98]. — Konkretere Kenntnisse, als allgemein zum Vorsatz ausreichen, sind auch hier nicht erforderlich[99]. — Wenn ein Beteiligter mit bestimmten Handlungen des anderen in einer Vorsatz begründenden Weise gerechnet hat, kommt es zur Haftung zudem noch darauf an, ob neben dem Einpassungsentschluß eine zur Mittäterschaft hinreichende Mitgestaltung vorliegt.

Werden nur verabredete Handlungen vollzogen, verknüpfen aber die Beteiligten mit diesen Handlungen unterschiedliche Erfolgsvorstellungen, so geht es um mittelbare Täterschaft, wenn der Beteiligte mit überlegenem (weitergehendem) Wissen die Unterlegenheit des anderen Beteiligten kennt (unten 21/72, 74). Hält er den anderen nicht für

---

96 So BGH 6 S. 248 ff, wo freilich von einer gestaltenden Mitwirkung am Gewahrsamsbruch nicht die Rede sein konnte; für mittelbare Täterschaft *Roxin* Täterschaft S. 286; je nach Fallgestaltung — beide handeln eigenhändig — kann schon die Handlungsherrschaft geteilt sein. Gegen das Hinreichen eines Einpassungsentschlusses *Maurach-Gössel* AT II § 49 Rdn. 56; siehe zum Problem auch *Stratenwerth* AT Rdn. 814 ff.

97 *A. A.* OLG Köln JR 1980 S. 422 f mit zutreffend ablehnender Anmerkung *Beulke* aaO S. 423 ff.

97a BGH 36 S. 231 ff, 232 ff (Mittäterschaft von Mörder und Totschläger) mit Anmerkungen *Timpe* JZ 1990 S. 97 und *Beulke* NStZ 1990 S. 278 f.

98 Unstreitig und ständige Rechtsprechung; RG 44 S. 321 ff, 324; BGH GA 1968 S. 121; BGH NJW 1973 S. 377 f; BGH GA 1985 S. 233 (auch keine Haftung, wenn der Mittäter mit dem *geschehenen* Exzeß einverstanden ist, sobald er ihn bemerkt).

99 RG 57 S. 307 ff, 308; 59 S. 245 ff, 246 f; 59 S. 389 ff, 390; 67 S. 367 ff, 369 f; BGH GA 1968 S. 18; BGH bei *Holtz* MDR 1985 S. 445 ff, 446: Konkretisierungen (gefährliche Körperverletzung mit einem Knüppel), die den Rahmen des gemeinsamen Entschlusses (Raub unter Mitnahme eines Knüppels) nicht sprengen, sind kein Exzeß.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

unterlegen, so irrt er über seine Beteiligtenrolle (unten 24/4). Macht er sich keine Gedanken oder zählt ihm alles gleich, so reduziert sich das Gemeinsame auf den Handlungsvollzug; dieser ist ihm dann nach den Regeln der Mittäterschaft als Teil *seines* Deliktsplans zuzurechnen. Beispiel[99a]: Zwei Personen ermöglichen es einer dritten Person in Mittäterschaft begründender Weise, daß diese ein Objekt aus einem Fenster wirft. Die erste Person nimmt an, ein Passant werde tödlich getroffen werden (Totschlag); die zweite Person geht von einer Zerstörung des Objekts aus (Sachbeschädigung, eventuell fahrlässige Tötung); der Werfende denkt an nichts (eventuell fahrlässige Tötung) (siehe auch unten 21/112).

cc) Ein error in persona vel objecto eines Ausführenden ist ein Exzeß, wenn der Ausführende bei vollem Bemühen um Beachtung der verabredeten Kriterien in der gegebenen Lage nicht gehandelt hätte, so daß es zu der vollzogenen Handlung nur kommt, weil er auf eigene Faust das Tatobjekt individualisiert. Hält sich jedoch der ausführende Täter nach bestem Vermögen an das verabredete Programm, so ist seine Ausführungshandlung den Beteiligten zuzurechnen, und zwar — Mitgestaltung dieser Ausführungshandlung vorausgesetzt — täterschaftlich[100]. Beispiel[101]: Sämtlich bewaffnete Mittäter eines Diebstahls wollen bei der Flucht auf eventuelle Verfolger mit Tötungsvorsatz schießen; einer hält irrtümlich einen mitfliehenden Komplizen für einen Verfolger und schießt auf ihn; — es liegt kein Exzeß vor, so daß auch das ausersehene Opfer Mittäter des Versuchs der Tötung ist, wenn eine hinreichende Mitgestaltung der Ausführungshandlung vorliegt[102].

e) Bei erfolgsqualifizierten Delikten ist Mittäterschaft insoweit möglich, als allseitig **46**
Vorsatz gegeben ist, also mindestens bei dem vorsätzlichen Grunddelikt. Im Bereich der — für jeden einzelnen Beteiligten gesondert zu ermittelnden — Fahrlässigkeit hinsichtlich der besonderen Folgen differenziert das positive Recht nicht nach Beteiligungsformen (siehe unten 21/111 ff und 22/29).

99a Siehe auch BGH bei *Holtz* MDR 1986 S. 795, zu §§ 212, 226 StGB.

100 Wie hier *Küper* Versuchsbeginn S. 37 ff; — Zurechnung nach diesen Maximen auch im bekannten Fall Rose (im error in persona Ausführender) — Rosahl (nicht ausführend Beteiligter), GA 7 (1859) S. 322 ff. — Die Literatur nimmt teils undifferenziert Zurechnung an; *Jescheck* AT § 63 I 2; *Maurach-Gössel* AT II § 49 Rdn. 100, jeweils mit Nachweisen; *Welzel* Strafrecht § 15 IV 1; siehe auch *Puppe* GA 1984 S. 101 ff, 120 f; teils entscheidet sie ebenso undifferenziert, Zurechnung sei ausgeschlossen; *Roxin* Täterschaft S. 286 f; *LK-Roxin* § 25 Rdn. 124 mit Nachweisen; *Herzberg* Täterschaft S. 63; *Schreiber* JuS 1985 S. 873 ff, 877. — *Roxin* argumentiert, werde die Tat auch noch am „richtigen" Opfer vollzogen, so könne der Mittäter nicht für zwei Taten haften (so schon *Binding* Normen Bd. III S. 213 f mit Fn. 8 und 9). — Er haftet auch nur für die erste Tat; an der zweiten Tat ist er nicht mehr beteiligt, falls nicht ausnahmsweise ein Weitermachen bis zur Zweckerreichung vereinbart wurde; denn wenn der Ausführende den beim ersten Zugriff nicht erreichten Deliktszweck von sich aus durch eine neue Tat zu erreichen sucht, geht dies die anderen mangels Beteiligung an dieser neuen Tat nichts an. Beispiel: Der gemäß der Vereinbarung mit den anderen Beteiligten vom Ausführenden überfallene Bankbote hat überraschend nur eine geringe Menge Geld bei sich; der Ausführende überfällt deshalb von sich aus zur „Ergänzung" den nächsten Geldbriefträger. — Welcher Zweck bei der ersten Tat verfehlt wurde ist gleichgültig, solange der Zweck keine Rückwirkungen auf das Unrecht hat. An einer solchen Rückwirkung fehlt es jedenfalls beim error in persona vel objecto. — Im Ergebnis differenzierend *Hillenkamp* Vorsatzkonkretisierungen S. 76 ff, 102 f, 126; danach soll die Verwechslung durch einen Mittäter für die anderen stets eine aberratio ictus sein, diese aber führe bei nicht höchstpersönlichen Rechtsgütern zur Vollendung; hiergegen siehe oben 8/80.

101 BGH 11 S. 268 ff.

102 Gut begründete Zweifel hieran bei *Schmidhäuser* AT 14/19.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

B. Die objektive Seite des gemeinsamen Begehens

1. Die Bestimmung der anteiligen Herrschaft

47 a aa) Objektiv ist gemeinsame Begehung erforderlich. Die richtige Interpretation des Moments hängt von der Erkenntnis ab, daß als Begehen in § 25 Abs. 2 StGB nicht die unmittelbare (eigenhändige) Ausführung zu verstehen ist: Sonst wäre in der Vorschrift die formell-objektive Theorie festgeschrieben, und diese Theorie ist nicht nur unpraktisch (bei unteilbaren Ausführungshandlungen — *ein* tödlicher Schuß, *ein* Wegnahmegriff beim Diebstahl, *ein* Schriftzug bei der Urkundenfälschung etc. — entfiele die Möglichkeit von Mittäterschaft), sondern sie ist — wie schon dargelegt wurde (oben 21/25) — nicht konsequent: Bei geteilter Ausführungshandlung läßt sich die täterschaftliche Zurechnung des nicht eigenhändig vollzogenen Teils der Ausführungshandlung nicht begründen. — Ist aber das formelle Moment nicht zur Täterschaft notwendig, so entfällt auch die Berechtigung, zur Mittäterschaft zwingend eine Nähe zum formellen Moment, also eine Tatbeteiligung im Ausführungsstadium, zu fordern (gemeint ist: nach Versuchsbeginn[103]); denn das Maß und die Intensität der Gestaltung eines nicht eigenhändig begangenen Delikts sind vom Zeitpunkt der Beeinflussung unabhängig, und auch der Einfluß auf das mit der ungezwungenen Eigenhändigkeit verbundene materielle Moment, auf die Entscheidung über das Ob der Tat, wird durch einen Beitrag nach Versuchsbeginn weder zwingend verdichtet noch ohne einen solchen Beitrag ausgeschlossen. Der Beitrag kann also auch im Vorbereitungsstadium geleistet werden[104]. Die lobende Zurechnung gibt ein Indiz für diese Lösung; denn bei dieser Zurechnung ist es selbstverständlich, daß es auf eine Mitwirkung bei der Ausführung nicht ankommt. Wer spräche dem Autor eines Theaterstücks den mindestens gleichen Rang am Erfolg einer Aufführung bloß deshalb ab, weil er bei der Aufführung nicht anwesend ist?

48 bb) Wenn eine Beteiligung an der formellen Tatherrschaft (Eigenhändigkeit) fehlt, so fehlt im Bereich der Mittäterschaft immer auch die Entscheidungsherrschaft; denn über das Ob der Tat befindet dann der nicht unterlegene Ausführende[105]. Daß der Ausführung vorgehende Beiträge die Tat erst ermöglicht haben mögen, bringt keine Entscheidungsherrschaft. Das zeigt sich am Anstifter und am notwendigen Gehilfen, die beide die Tat ermöglichen und trotzdem Prototypen von Teilnehmern sind. Eine freilich nachgeordnete Teilhabe an der Entscheidungsherrschaft ergibt sich jedoch, wenn ein Beteiligter durch Versprechungen oder Repressalien o. ä. die Motivation des Ausführenden hin zur Ausführung lenkt, ohne daß die Beeinflussung das zur mittelbaren Täterschaft notwendige Maß erreicht. Diese Teilhabe kann bei der Mittäterschaft berücksichtigt werden, aber trotzdem ist der nicht Ausführende an der materiellen Herrschaft in Form der Entscheidungsherrschaft schwächer beteiligt als der Ausfüh-

---

103 So aber eine in der Literatur vordringende Lehre; *Gallas* Materialien Bd. I S. 121 ff, 137; *Rudolphi* Bockelmann-Festschrift S. 369 ff, 372 f; *Roxin* Täterschaft S. 292 ff, 647 f; *Bloy* Beteiligungsform S. 200; *LK-Roxin* § 25 Rdn. 127 ff; *Herzberg* Täterschaft S. 64 ff; *ders.* ZStW 99 S. 49 ff, 58; *SK-Samson* § 25 Rdn. 47; einschränkend *Stratenwerth* AT Rdn. 824: Nicht die Leistung, sondern die Wirkung im Ausführungsstadium soll entscheiden, — aber jeder kausale Beitrag wirkt bei der Ausführung. — Zur hiesigen Ansicht *Küpper* GA 1986 S. 437 ff, 444 f mit Nachweisen.

104 *Maurach-Gössel* AT II § 49 Rdn. 29; *Wessels* AT § 13 III 2; *Schmidhäuser* AT 14/22; *Beulke* JR 1980 S. 423 ff, 424 und — freilich von der subjektiven Theorie ausgehend und deshalb ohne Blick auf die Gestaltungskraft des Beitrags — RG 14 S. 28 ff, 29; 54 S. 152 ff, 153; 56 S. 329 f; 63 S. 101 ff, 102; 64 S. 273 ff, 274; 66 S. 236 ff, 240; 67 S. 392 ff; 71 S. 24 f; BGH 11 S. 268 ff, 271; BGH NJW 1985 S. 1035 f (mit dem verfehlten Zusatz, das „weitere Geschehen" dürfe dem Einfluß des zuerst Handelnden nicht entzogen sein); ständige Rechtsprechung.

105 Das übersehen *Bockelmann-Volk* AT § 23 II 4 a; *Bockelmann* Verhältnis S. 50; *Rudolphi* Bockelmann-Festschrift S. 369 ff, 370.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

rende; dieses Minus kann aber durch ein Plus bei der materiellen Herrschaft in Form der Gestaltungsherrschaft, die bei der Vorbereitung ausgeübt wird, ausgeglichen werden[105a]. Selbst ohne jede Teilhabe an der Entscheidungsherrschaft ist Mittäterschaft durch Gestaltung oder zumindest Mitgestaltung möglich.

b aa) Gestaltung der Tat ist die Festlegung des *tatbestandsverwirklichenden* Geschehens in seinem *konkreten* Verlauf, wie es sich von der Ausführungshandlung bis zur Vollendung (oder bis zu seinem Scheitern, beim Versuch) vollzieht. Gestaltungen sind also die Festlegung des Täters, des Tatobjekts, des Maßes seiner Verletzung, des Mittels (auch bei schlichten Erfolgsdelikten ist das in concreto verwendete Mittel tatbestandlich verboten) und eventuell anderer Umstände, die zum konkreten tatbestandsverwirklichenden Geschehen gehören. Die Festlegung kann während des gesamten Vorbereitungs- und Versuchsstadiums bis hin zum Vollzug der Ausführungshandlung erfolgen; im Grenzfall stellt der Ausführende nur noch die fertig beschickte „Deliktsmaschinerie" an. Ob die Leistung ersetzbar ist, insbesondere der Ausführende auch auf sie hätte verzichten können, weil er das Delikt ganz aus eigenen Mitteln oder mit Hilfe anderer hätte bewerkstelligen können, ist so gleichgültig, wie bei der Alleintäterschaft gleichgültig ist, ob an der Stelle des Täters ein anderer hätte handeln können (der erste Passant unterschlägt die Fundsache, der zweite hätte sie auch unterschlagen). Zur Mittäterschaft braucht diese Gestaltung nicht von einem Beteiligten voll und ganz festgelegt zu werden; mehrere können, insbesondere auch unter Einschluß des ausführenden Mittäters, gemeinsam gestalten, indem sie gleichermaßen die Tat fixierende Beiträge leisten (wie auch bei der Entscheidungsherrschaft gleichmäßige Teilhabe hinreicht: Mehrere Diebe, die zusammen ein schweres Objekt wegtragen, sind alle schon per Entscheidungsherrschaft Mittäter). **49**

Je mehr Personen sich beteiligen, um so geringer kann absolut gerechnet der mittäterschaftliche Beitrag werden und doch noch als relativ gleichermaßen gestaltend ausreichen: Das ist die strafrechtsdogmatische Konsequenz der anonymisierenden Wirkung von Arbeitsteilung. Erforderlich ist aber stets *ein Beitrag vom Maß der anderen Beiträge;* denn irgend etwas an den Modalitäten bestimmt jeder, der für ein Delikt kausal wird, also auch ein bloßer Teilnehmer. So ist die Hingabe der Mordwaffe durch einen Beteiligten für sich Beihilfe; hat der Beteiligte dem Täter aber auch noch das Opfer zugeführt, so kann der Beteiligte sich nicht mehr davon lösen, daß auch er der Tat ihre Gestalt gegeben hat.

bb) Es geht dabei stets um die Gestalt der tatbestandsverwirklichenden Ausführungshandlung, nicht um die einer vorrechtlichen, eventuell kriminologisch eingefärbten Tat. Die Leistungen aller Beteiligten sind also zur Tatherrschaftsbestimmung nur über ihren Niederschlag in der Ausführungshandlung bedeutsam, um deren Zurechnung es geht. Zahl und Art der tauglichen Leistungen sind dabei so unbegrenzt, wie die Modalitäten menschlichen Zusammenwirkens unbegrenzt sind. Bezogen auf die Offenheit der die Gestalt bestimmenden Konkreta mag man die Tatherrschaft als offenen Begriff bezeichnen[106], bezogen auf die Notwendigkeit einer Aufdeckung der gesamten psychischen und physischen Mitwirkung von einer „Ganzheit" sprechen[107]; wichtig ist allein, daß die einzelne Leistung nicht nach Kraft, Intensität etc. per se, sondern nach **50**

105a Dagegen *Roxin* Tatherrschaft S. 647 f mit folgenden Argumenten: (1) Was zur mittelbaren Täterschaft zu schwach sei, dürfe nicht „auf dem Umweg über die Mittäterschaft" hinaufgestuft werden. — Das ist nur richtig, wenn nicht während des Wegs Stärkendes hinzukommt: Gestaltungsherrschaft. — (2) Was als Plus hinzukommen müsse, sei vage. — Das ist richtig: so vage, wie *alle* Gestaltungsherrschaft nun einmal ist.

106 *Roxin* Täterschaft S. 122 ff.

107 *Schmidhäuser* AT 14/156 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

dem Einfluß auf die Gestalt der tatbestandsverwirklichenden Ausführungshandlung zu messen ist. Insoweit ist der Tatherrschaftsbegriff trotz aller Maßprobleme geschlossen: Nur das die tatbestandsverwirklichende Ausführung Gestaltende ist relevant[108], und zwar, weil nur dadurch die Zuständigkeit für das deliktische Ergebnis indiziert wird.

51 cc) In der Literatur wird teilweise ein „wesentlicher" oder „erheblicher" Beitrag gefordert[109], teils auch dahin formuliert, daß der Beitrag eine „unerläßliche Voraussetzung für die Verwirklichung des . . . Erfolges" bilden müsse[110].

Das bringt einen problematischen Rückgang zur alten materiell-objektiven Theorie: Der notwendige Gehilfe wird zumindest bei Leistung der Beihilfe nach Versuchsbeginn[111] zum Mittäter. Nun ist nicht zu leugnen, daß ein Beitrag, je mehr er der Ausführungshandlung angenähert ist, Gestaltungskraft gewinnen kann, da die schon geleisteten Beiträge als fait accompli vorliegen und eine gleichmäßige Teilhabe an der *restlichen* Gestaltung durch geringe Leistungen möglich ist. Trotzdem bleibt der Beitrag in seiner Gestaltungskraft schwach, wenn das Spezifikum seiner Wirksamkeit nicht gerade im späten Zeitpunkt seiner Leistung liegt. Beispielhaft: Es ist gleichgültig, wann dem Brandstifter, der einen komplizierten, installierten Brandsatz anzünden will, Streichhölzer zugesteckt werden, ob lange vor der Tat, auf dem Weg zum Tatort oder kurz vor dem Inbrandsetzen. Es dürfte deshalb angebracht sein, die Erheblichkeit nicht auf das Gelingen der Tat, sondern auf die Beeinflussung ihres „Aussehens" zu beziehen. Nicht alles Notwendige ist erheblich, sondern nur, wenn es die Tat prägt. Das Prägende aber kann möglicherweise ersetzbar sein; denn die Hypothese einer Gestaltung durch einen anderen hindert die Faktizität der realen Gestaltung nicht.

Ob Mitgestaltung einer Tat vorliegt, ist nicht nur eine Frage des Wollens (Planens), sondern auch des Vollbringens. Die plangemäß gestaltende Stellung eines Beteiligten, die sich auf Grund geänderter Bedingungen nicht in gestaltenden Beiträgen auswirkt, führt nicht zur Mittäterschaft. Zwar kann schon die Verwirklichung eines Teils der geplanten Beiträge zur gleichmäßigen Mitgestaltung führen; wer jedoch ohne vollzogene Gestaltung für eine kommende, mitgestaltende Aktion in Reserve steht, wird zum Mittäter nur, wenn es zur Reserveaktion kommt[112] oder wenn doch zur Reserveaktion unmittelbar angesetzt wird (dann mittäterschaftlicher Versuch); ansonsten bleibt es mittäterschaftlich bei einer Vorbereitung. Wer also — ohne sonstige Beiträge — bei einem Gelddiebstahl bereitsteht, den Safe zu sprengen, falls der Nachschlüssel versagt, ist nicht Mittäter der Vollendung, wenn schon der Nachschlüssel zum Erfolg führt. Seine Bereitschaft als notwendige Bedingung bleibt — mangels verwirklichter Gestaltungsherrschaft — Beihilfe oder — wenn zu der Tatversion angesetzt wird, für die der Beteiligte vorgesehen war — Versuch der Mittäterschaft. — Wer am Tatort anwesend ist und die Ausführenden in ihrer Planung bestärkt, ist nicht allein deshalb Mittäter[112a], sondern nur, wenn die Bestärkung notwendig ist (sonst nur versuchte Anstiftung oder versuchte psychische Beihilfe) und die Tatgestalt mit formt.

2. Problematische Fallgruppen

52 a) Der Mittäter muß also die Gestalt (mit-)bestimmen, d. h. bis auf die Ausführungshandlung (mit-)schaffen. Ein bloßer Rat oder ein bloßer Vorschlag bestimmen die

---

108 Teilweise sehr ähnlich *Schmidhäuser* AT 14/156 f und 14/22, dort insbesondere Fn. 16; kritisch hierzu *Roxin* ZStW 83 S. 369 ff, 394 f.

109 *LK-Roxin* § 25 Rdn. 131; *SK-Samson* § 25 Rdn. 47; *Stratenwerth* AT Rdn. 823 f; *Herzberg* Täterschaft S. 66.

110 *Roxin* Täterschaft S. 280.

111 Siehe *LK-Roxin* § 25 Rdn. 131.

112 *Bloy* Beteiligungsform S. 266; abweichend wohl *Roxin* Täterschaft S. 283, 649 f; *LK-Roxin* § 25 Rdn. 131.

112a *A. A.* BGH GA 1986 S. 229 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Gestalt in der Regel nicht[112b], sondern erst deren Durchführung (der Rat, wie das Mordopfer zum Tatort gelockt werden kann, ist weniger, als es dorthin zu locken). Der Ratgeber freilich, der die Tätigkeiten verschiedener Beteiligter aufeinander abstimmt, das Tatobjekt aussucht etc., ist Mittäter; denn auch die *geistigen Leistungen* gehören zum deliktischen Geschehen, und auch mit diesen Leistungen läßt sich das zur Mitgestaltung erforderliche Maß füllen. Mittäter ist somit insbesondere der *Bandenchef*, der die Tatobjekte und die Angriffsart bestimmt, auch wenn er bei der Ausführung nicht beteiligt ist (sehr streitig; Nachweise wie oben Fn. 103). Im Stachinskij-Fall[113] ist also der „Drahtzieher" (Scheljepin) Mittäter der Mordtat. Bei den organisierten Judentötungen der NS-Zeit sind die nicht selbst ausführenden Koordinatoren per Bestimmung des Opfers und des Taterfolgs, weitgehend auch des Tatmittels, Mittäter (siehe auch unten 21/103).

Mittäter ist demnach z. B. auch, wer beim Betrug den täuschenden Brief schreibt, bei der Brandstiftung den Brandsatz installiert, wer bei der Urkundenfälschung die Paßformulare und den Behördenstempel liefert, bei der Geldfälschung die Druckmaschine so herrichtet, daß sie nur noch angestellt werden muß, auch wenn er jeweils die Ausführungshandlung durch diese Art nur vorbereitet, nicht aber vollzieht.

b) Die Mitbestimmung der Tatgestalt kann bei einem *mehraktigen Delikt* auch durch **53** die alleinige Bestimmung eines eigenhändig vollzogenen Akts zustande kommen; Beispiele: Wer das Opfer niederschlägt, das andere plangemäß ausplündern, ist schon wegen dieses eigenhändigen Verhaltens Mittäter des Raubs (Zueignungsabsicht vorausgesetzt); zudem hat er durch das Niederschlagen auch die Objekte der Wegnahme und das Wegnahmemittel (mit-)gestaltet. Wer nach einer Gewaltanwendung durch andere nur wegnimmt, ist durch die Beherrschung der Wegnahme plus die verabredete Einpassung Mittäter des Raubs, auch wenn er die Gewaltanwendung bei deren isolierter Betrachtung nur wie ein Teilnehmer gefördert hat; die Mitgestaltung der gesamten Tat im Maß der Mitgestaltung durch die anderen Beteiligten reicht aus.

c) Schwierigkeiten bereiten die Fälle, in denen Beteiligte bestimmte Modalitäten im **54** Zusammenhang mit der Tatausführung gestalten und die Tat dadurch erst ermöglichen, wobei diese Modalitäten aber von der tatbestandlich beschriebenen Tatausführung unabhängig sind. So bestimmen der Schmieresteher oder der Fluchtgehilfe schon durch den Ort ihrer Tätigkeit das Tatobjekt mit. Auf Art und Maß des Angriffs besteht aber allein per *Tatortsicherung* oder *Ermöglichung der Flucht* kein gestaltender Einfluß. Solche Aktionen führen deshalb nur bei sehr breiter Arbeitsteilung zur Mittäterschaft (siehe oben zur Relativität des zur Mittäterschaft hinreichenden Beitrags 21/49). In der Regel sind diese Akteure, wenn nicht weitere Beiträge hinzukommen, Teilnehmer[114].

d) Schwierig ist ferner die Entscheidung in den Fällen, in denen eine *große Anzahl* **55** *Beteiligter* zu parallelen Aktionen zwecks Herbeiführung eines einzigen deliktischen Erfolgs zusammentrifft, letztlich aber nicht alle Beteiligten durch ihre Ausführungshandlungen für den Erfolg ursächlich werden: Dutzend Personen werfen Brandfakkeln auf ein Hausdach, schießen mit Tötungsvorsatz auf ein Opfer, werfen mit Steinen auf einen Polizisten oder gegen eine Schaufensterscheibe o. ä., wobei jeweils nur einer durch seine Aktion den Erfolg bewirkt. An der *Versuchs*täterschaft aller Ausführenden per Handlungs- und Entscheidungsherrschaft ist zwar nicht zu zweifeln. Die Zurechnung der Vollendung setzt aber Mitgestaltung der erfolgreichen Ausführungshandlung voraus. Mitträger der Gestaltungsherrschaft ist der Kern der Bande, der als kollektives

---

[112b] Selbst Anstiftung ist in der Regel nicht (zugleich) Mittäterschaft; BGH StV 1988 S. 205 f; *Roxin* StV 1986 S. 384 f gegen BGH aaO S. 384.

[113] BGH 18 S. 87 ff.

[114] Streitig, wie hier *SK-Samson* § 25 Rdn. 47; anders *LK-Roxin* § 25 Rdn. 133.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Leitorgan, gleichsam als kollektiver Bandenchef, wirkt oder sonst das Objekt oder das Maß seiner Verletzung (etwa durch die Bewaffnung des Haufens) mitbestimmt. Hierbei ist bedeutungslos, ob diese Personen bei der Tat anwesend sind und mitmachen. Mittäter können auch Beteiligte sein, die durch koordinierte Mitgestaltung die Aktion beeinflussen, selbst wenn bei ihrem Ausscheiden ein anderer an ihre Stelle getreten wäre: Sie haben real gestaltet. Hätte jedoch — bei einer hinreichend großen Zahl Mitwirkender — das Ausscheiden eines einzelnen Beteiligten am real ablaufenden schädigenden Verlauf allenfalls Begleitumstände (oben 7/14 f) geändert, so ist dessen Mitwirkung überflüssig; denn eine komplette Organisation läßt sich nicht weiter komplettieren; eine Mitgestaltung hat dann nicht stattgefunden. Daß dies gegebenenfalls für alle Beteiligten alternativ gilt, insbesondere bei unklarer Beweislage, ist eine Konsequenz der *Erfolgs*delikte: Diese Delikte kennen keine Haftung per Bandenzugehörigkeit, sondern die einzelnen Beiträge können nur über die Erfolgskausalität verbunden werden. Ansonsten bleibt es bei Parallelaktionen; mehrfach dasselbe ergibt somit nicht zwingend etwas Gemeinsames[115]. — Soweit Mittäterschaft bei Fällen dieser Art in Frage kommt, dürfte die Feststellung im Prozeß oft an Beweisschwierigkeiten scheitern. Das ist jedoch kein Grund, Erfolgsdelikte mit Hilfe der Täterschaftsdogmatik in Delikte zu verbiegen, deren Unrecht durch Bandenbildung bestimmt wird. — Für kleinere Gruppen von Beteiligten gilt dasselbe, nur dürfte praktisch der gegenseitig bestimmende Einfluß auf die Aktionen der anderen das zur Mitgestaltung nötige Maß häufiger erreichen, wenn es auf jeden Beteiligten und sein koordiniertes Reagieren ankommt.

55a e) Die Zurechnung alternativ wirksamer Tatbeiträge durch verschiedene Personen folgt allgemeinen Regeln: Nur wer den Beitrag des anderen mindestens gleichmäßig mitgestaltet (oder den anderen als sein Werkzeug beherrscht), haftet täterschaftlich für beide Varianten[116]. Beispiel: Zwei Wilderer haben gemeinsam erkundet, in welcher Nacht man am besten gefahrlos einen Bock abschießen kann (§ 292 StGB); einer versucht sein Glück an einer bestimmten Stelle, der andere ist ein paar Kilometer entfernt erfolgreich; — jeweils nur Teilnahme an der Tat des anderen. — Haben die Beteiligten aber gemeinsam ihre Waffen eingestellt, die Standplätze ausgesucht etc., sind sie Mittäter der (versuchten) Tat des anderen.

3. Die täterschaftliche Beteiligung an einer Selbstverletzung

56 a) Wenn eine Selbstverletzung nicht per se, sondern wegen eines Interesses anderer Personen an der Integrität des sich Verletzenden Unrecht ist, gelten die allgemeinen Regeln; so verhält es sich etwa bei der Wehrpflichtentziehung durch Verstümmelung nach § 109 StGB: Die Tat wird nicht aus Fürsorge für die Güter des Wehrpflichtigen, sondern aus Interesse an dessen Dienstleistung verboten. In solchen Fällen ist Mittäterschaft insbesondere auch dann möglich, wenn der (unter anderem auch) sich selbst Verletzende die Entscheidungsherrschaft und der Beteiligte die Gestaltungsherrschaft innehat.

Die allgemeinen Regeln gelten weiterhin, soweit ein sich selbst Verletzender immerhin Täter eines *Versuchs* sein kann, scil. beim Angriff auf vermeintlich fremde, wirklich aber eigene Güter. Beispiel: Der vermeintlich enterbte Sohn zerstört zusammen mit einem Freund nach dem Erbfall aus Wut einen Gegenstand aus der Erbmasse, aber er

115 *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 327; *a. A.* mit unterschiedlichen Begründungen *Roxin* Täterschaft S. 648 ff; *ders.* JA 1979 S. 519 ff, 524; *Herzberg* Täterschaft S. 58; *ders.* ZStW 99 S. 49 ff, 55 f; *Bloy* Beteiligungsform S. 372 ff (unter Verwechslung des Tatbestands des Totschlags oder der Sachbeschädigung mit vermeintlich vorhandenen Tatbeständen der Verschwörung oder Attentatsdurchführung).

116 Streitig; siehe *Roxin* Täterschaft S. 650; *Rudolphi* Bockelmann-Festschrift S. 369 ff, 379 ff; *Bloy* Beteiligungsform S. 377 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

ist in Wirklichkeit Alleinerbe; — für den Sohn versuchte, für den Freund vollendete Sachbeschädigung in Mittäterschaft.

b) Besondere Regeln sind jedoch für diejenigen Fälle zu entwickeln, in denen die **57** Beteiligung des Opfers nicht die Wirkung einer Einwilligung hat (siehe §§ 216, 226a StGB), obgleich das Opfer, vollzöge es die Tat allein, dafür nicht strafrechtlich haften würde. So verhält es sich insbesondere bei Körperverletzungs- und Tötungsdelikten.

An dieser Stelle geht es nur um Beteiligungen mittäterschaftlicher Gestalt; da die Mittäterschaft freilich die stärkstmögliche akzessorische Beteiligungsform darstellt, sind die Regeln insoweit auch für andere akzessorische Beteiligungen (Anstiftung und Beihilfe) maßgeblich, als Anstiftung und Beihilfe zur Selbstverletzung straffrei bleiben müssen, wenn selbst Mittäterschaft straffrei wäre (unten 22/11).

c) Der Inhalt der zu entwickelnden Regeln hängt davon ab, welchen Grund die **58** Straffreiheit des sich selbst Verletzenden in denjenigen Fällen hat, in denen seine Einwilligung in eine Fremdverletzung unwirksam oder nur beschränkt wirksam wäre. Hierzu werden sehr verschiedene Deutungen vorgeschlagen.

aa) Die Straffreiheit wird damit begründet, Strafe gegen das sich selbst verletzende Opfer sei aus Gründen in der Person des Opfers unangebracht, aber seine Tat sei doch tatbestandliches Unrecht[117]. „Wer einen Menschen tötet" in § 212 StGB wäre dann nicht als „wer einen anderen Menschen tötet" zu lesen, sondern als „wer sich oder einen anderen Menschen tötet". Bei dieser Interpretation bleibt jede akzessorische Beteiligung an der vom Opfer eigenhändig vollzogenen Selbstverletzung möglich. — Der Lösung ist freilich nicht zuzustimmen, da das Unrecht einer Selbstverletzung (mangels Unterwerfung einer Person) nicht mit dem Unrecht eines Totschlags und mangels Verletzung des Tabus einer Fremdverletzung auch nicht mit demjenigen einer Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) gleichgesetzt werden kann.

bb) Teils wird die Straffreiheit der in Rede stehenden Selbstverletzung damit begründet, der sich selbst Verletzende sei als Täter tatbestandlich ausgeschlossen (womit bei eigenhändiger Selbstverletzung mangels tatbestandlicher Haupttat auch jede Teilnahme ausscheidet); mittäterschaftliche Mitwirkung anderer soll aber möglich bleiben[118]. Auch diese Lösung krankt an der Gleichbehandlung von Unvereinbarem: Der noch durch das Opfer selbst vermittelte Tatbeitrag fördert auch dann keine Entscheidung über eine *Fremd*verletzung, wenn er von mittäterschaftlich gestaltender Stärke ist[119].

cc) Mag die Selbstverletzung auch eine soziale Störung sein[120], so kann sie doch das Tabu der Achtung der Güter *anderer* Menschen nie tangieren, auch nicht in der nur noch formalen Weise, wie es bei einer Tat nach § 216 StGB geschieht (deren Täter die

---

117 So für die Selbsttötung *Schmidhäuser* Welzel-Festschrift S. 801 ff, 810 ff; *Klinkenberg* JR 1978 S. 441 ff, 445; *Ebert* JZ 1983 S. 633 ff, 636.

118 *Herzberg* Täterschaft S. 75 ff; *ders.* JA 1985 S. 131 ff, 137 f (wobei *Herzberg* die Härte seiner Ergebnisse dadurch mildert, daß er weiter als die überwiegende Ansicht die Möglichkeit einer Rechtfertigung der Tötung auf Verlangen annimmt; *ders.* NJW 1986 S. 1635 ff, 1638 ff); *Bringewat* ZStW 87 S. 623 ff, 646.

119 Die Begründungen für den Tatbestandsausschluß des Opfers variieren; differenzierend nach Tötung und Körperverletzung *Otto* Lange-Festschrift S. 197 ff, 212 f. — Verfehlt *Schilling* JZ 1979 S. 159 ff, 163: mittelbare Täterschaft des Veranlassenden. Weil das sich selbst tötende Opfer den Tatbestand nicht erfülle, sei es Werkzeug des Veranlassenden. — Es fehlt jedoch an einer unterlegenen Entscheidung des Opfers; siehe auch gegen das nur „qualifikationslose Werkzeug" unten 21/104.

120 Sie ist aber nicht deshalb schon ein *Rechts*bruch; deshalb gibt es — abgesehen von Unternehmungen, die wegen der Art ihrer Ausführung rechtswidrig sind — kein Suizid*verhinderungsrecht;* differenzierend *Bottke* Suizid S. 32 ff; kritisch zu den Differenzierungen *Jakobs* ZStW 95 S. 669 ff, 671 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Person des Opfers über deren Gut „Leben" setzt). Deshalb verwirklicht das mitwirkende Opfer kein Verletzungsunrecht im Sinn eines Fremdverletzungsunrechts[121]. Mehr noch, allen Beiträgen, die über eine Mitwirkung des Opfers weitergeleitet werden, nimmt dieser Weg die Fremdverletzungseigenschaft, auch wenn nach dem Opfer noch andere Beteiligte handeln.

58a d) Einzelheiten[122]:

aa) Wer die Verletzung des Opfers ausführt, mag auch das Opfer sie gestaltet haben, ist Täter (bei Tötung auf Verlangen: nach § 216 StGB); die Tötung eines anderen durch eigene Hand ist Fremdverletzung.

bb) Wer die Verletzung des Opfers durch eine dritte Person gestaltet, ohne daß das Opfer diese Gestaltung vermittelt, ist Mittäter; denn nur das Opferverhalten wandelt alle Beiträge, die es fördern, in Hilfe zur Selbstverletzung.

cc) Wer an einer Verletzung so mitwirkt, daß sein Beitrag nur über das Verhalten des Opfers wirkt, ist nicht Beteiligter an einer Fremdverletzung. Keine Zurechnung (auch nicht nach § 216 StGB) begründet also die Gestaltung der vom Opfer selbst vollzogenen Verletzung. Keine Zurechnung begründet ferner ein Beitrag, den das Opfer durch sein Verhalten an dritte Personen vermittelt. Beispiel: Wer dem Opfer ein Mittel in die Hand gibt, das dieses einer dritten Person weiterreicht, die es appliziert, fördert eine Fremdverletzung nur vermittelt durch das Opfer und beteiligt sich deshalb nicht in zurechenbarer Art und Weise an dieser Fremdverletzung. Nach diesen Regeln begründen auch alle diejenigen Beiträge keine Haftung, die bereits geleistet sind, wenn das Opfer einer Tötung auf Verlangen sein Verlangen wiederholt oder obliegenheitswidrig nicht zurücknimmt, sofern dieses Opferverhalten Bedingung der Tatausführung ist (oder im Fall des Opferunterlassens: sofern eine Rücknahme die Tatausführung abbrechen würde). Im Ergebnis führt also bei einer Tötung auf Verlangen nicht jede Tatförderung zur Haftung[123].

Formel: Wer dem Opfer mindestens die Entscheidungsherrschaft (oben 21/35) über den Beitrag läßt, den er leistet, beteiligt sich nicht am Unrecht einer Fremdverletzung[124].

---

121 Eingehend *Roxin* Dreher-Festschrift S. 331 ff; *Bottke* GA 1982 S. 336 ff, 338 ff; *ders.* GA 1983 S. 22 ff, 26 ff; *ders.* Suizid S. 234 ff. — Im Fall OLG München NJW 1987 S. 294 ff *(Hackethal)* hätte schon die Anklage nicht erfolgen dürfen (die Rechtslage war eindeutig); zu dieser Entscheidung *Herzberg* NJW 1986 S. 1635 ff; *ders.* JZ 1988 S. 182 ff. — Siehe auch *Sax* JZ 1975 S. 137 ff, 146 f.

122 Die Einzelheiten sind streitig; der Kern entspricht überwiegender Ansicht; weitere Angaben zu dem Problem, das teils in den BT reicht, bei *Bottke* Suizid S. 32 ff; *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 33 ff vor § 211; *Arzt-Weber* BT Bd. I Rdn. 211 ff; *Maurach-Schroeder-Maiwald* BT I § 1 V; *Möllering* Schutz des Lebens S. 38 ff; rechtsvergleichend (teils veraltet) *Simson-Geerds* Straftaten gegen die Person S. 42 ff, 63 ff.

123 Beispiel für Haftung: Das Opfer stellt das Verlangen und wird bewußtlos; dritte Personen gestalten danach mit dem Ausführenden die Tat.

124 Das dürfte überwiegender Ansicht entsprechen; *Otto* Tröndle-Festschrift S. 157 ff, 163 mit Nachweisen. — Im Fall von BGH 19 S. 135 ff (Versuch eines Liebespaars, dadurch gemeinsam zu sterben, daß Autoabgase in den Innenraum des Fahrzeugs geleitet wurden; der Mann, der das Gaspedal bediente, überlebte; die Frau starb) kommt es also darauf an, ob der Überlebende noch gehandelt hat, nachdem das Opfer handlungsunfähig wurde; nur dann hatte der Überlebende eine überlegene Entscheidungsherrschaft. Daß nach dem gemeinsamen „Sterbeplan" der Zeitpunkt der Bewußtlosigkeit irrelevant gewesen sein mag, ist ohne Bedeutung (anders die überwiegende Ansicht; BGH 19 S. 135 ff; *Herzberg* Täterschaft S. 76 f; *Roxin* Täterschaft S. 570 ff mit Nachweisen bei ansonsten jedoch parallelem Lösungsansatz, „Tatbestandsbezogenheit des Täterbegriffs"; *Otto* Tröndle-Festschrift S. 157 ff, 164 f; *Dreher* MDR 1964 S. 337 f; *Paehler* MDR 1964 S. 647 ff): Wenn in der Planung Selbsttötungsbeteiligung und Tötung auf Verlangen den Planenden gleichwertig sind, werden sie dadurch nicht auch rechtlich gleichwertig. Daß von einem „zufälligen Umstand, dessen Ungewißheit zum Gesamtplan gehörte, . . . die Beteiligung nicht abhängen" dürfe (BGH aaO), ist falsch: Ob ge-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Die Entscheidungsherrschaft liegt beim Opfer, wenn dieses noch nach dem Verhalten des Beteiligten handelt[125]; sie liegt zumindest *auch* beim Opfer, wenn dieses zugleich mit dem Beteiligten handelt; denn durch Verweigerung seines Beitrags kann das Opfer denjenigen des Täters unwirksam werden lassen[126]. Handelt der Beteiligte nach den Handlungen des Opfers, so hat dieses in denjenigen Fällen trotzdem Entscheidungsherrschaft, in denen es nach der Beteiligtenhandlung in der Obliegenheit des Opfers steht, den Erfolg abzuwenden, wozu das Opfer auch fähig ist. Der Rang zwischen Beteiligtem und Opfer bestimmt sich entsprechend den Regeln der Ingerenzhaftung. Beispiel: Das Opfer bittet den Beteiligten, den Gashahn aufzudrehen; nachdem dies geschehen ist, könnte es das Zimmer verlassen; — der Beteiligte wirkt bei einer durch Unterlassen verwirklichten Selbstverletzung mit, haftet also nicht. Anders (Fremdverletzung): Der rechtswidrig Angegriffene weicht dem Schlag nicht aus, obgleich er es könnte[127].

---

plante Täterschaft gelingt, hängt immer vom Verlauf ab. Freilich bleibt beim Mißlingen ein täterschaftlicher Versuch. Das Unbehagen an der Entscheidung dürfte daher rühren, daß die Tötungshandlung des Überlebenden nach der eingetretenen Handlungsunfähigkeit des Opfers ein Grenzfall eines Organisationsverhaltens war (weiteres Durchtreten des Gaspedals eines Autos); bei eindeutiger Handlung (etwa Erschlagen, Erschießen) oder eindeutig pflichtwidrigem Unterlassen (Nicht-Bremsen eines rasenden Autos) dürfte die Haftung nach § 216 StGB evident sein.

125 Bei diesen Ausführungen wird vorausgesetzt, daß der Täter für die nicht vom Opfer vermittelten Wirkungen seines Handelns einzustehen hat, also Garant zur Vermeidung dieser Wirkungen ist. Fehlt es an dieser Garantenstellung, scheidet Fremdverletzung aus (es geht dann auch nicht um ein Handeln des Opfers auf eigene Gefahr, oben 7/129). Dabei handelt es sich um Fälle, in denen sich der Täter allein innerhalb seines eigenen Organisationskreises hält und die schädigende Wirkung beim Opfer nur eintritt, weil dessen Organisationskreis erfolgsbezogen gestaltet ist (oben 7/60 ff) oder weil eine dritte Person den Beitrag des Täters ins Schädigende umbiegt (Regreßverbot, oben 7/59, unten 24/13 ff).

126 BayObLG JZ 1989 S. 1073 f, 1074; *Otto* Tröndle-Festschrift S. 157 ff, 162 ff. — Zeitgleichheit liegt vor, solange das Verhalten zwischen Täter und Opfer nicht um eine Spanne differiert, die einem von beiden eine praktisch umsetzbare Entscheidungschance gibt, während der andere diese Chance schon verloren hat. Kann sich das Opfer noch zum Zeitpunkt des Handlungsvollzugs des Täters den Handlungswirkungen entziehen, liegt Zeitgleichheit vor. Dies ist beim Verabreichen einer Injektion jedenfalls dann der Fall, wenn das Opfer seinen Körper dafür zeitgleich darbietet. — Daß sich der Täter über die Einwilligung des Opfers fortlaufend versichert, begründet *allein* keine Zeitgleichheit, da der Täter sein Verhalten nach der jeweils letzten Zustimmung des Opfers inszeniert. Diese — nicht naturalistische (Zeitgleichheit ist Kennzeichen des Grenzfalls der Entscheidungsherrschaft des Opfers!) — Grenzziehung ist nötig, weil das Gesetz zwischen Selbstverletzung und Fremdverletzung differenziert und dadurch zwingt, ein Geschehen auch dann zuzuordnen, wenn sich Elemente beider Verletzungsarten mischen. Die hiesige Option für eine Lösung, wonach das Verhalten *ganz* und nicht etwa zumindest *auch* Fremdverletzung sein muß, wenn es zur Strafbarkeit führen soll, läßt sich freilich allein aus der Systematik des Gesetzes so wenig begründen wie das Gegenteil. — Nach den hiesigen Kriterien schließt Handlungsunfähigkeit des Opfers zum Zeitpunkt des Eingriffs (Handlungsvollzug plus Folgeneintritt) Zeitgleichheit und damit Selbstverletzung aus; BGH NStZ 1987 S. 365 *a. A. Roxin* NStZ 1987 S. 345 ff, 346 ff; *Kühl* JR 1988 S. 338 ff. *Hohmann* und *König* NStZ 1989 S. 304 ff, 308 f (dagegen *Herzberg* NStZ 1989 S. 559 ff); nach diesen soll Beihilfe vorliegen, wenn der Lebensmüde das *Gesamt*geschehen arrangiert hat, auch wenn er zu dem Zeitpunkt, in dem die letzte „Hilfe" geleistet wird, bewußtlos ist. Aber § 216 StGB stellt nicht auf irgend ein Gesamtgeschehen ab, sondern auf ein Geschehen, bei dem das Opfer die Entscheidungsherrschaft verloren hat. — Nach *Arzt-Weber* BT I Rdn. 211 ff, 215, soll Fremdtötung nur vorliegen, wenn „der Selbstmörder die Hemmung, Hand an sich zu legen, dadurch überwindet, daß er sich in die Hand eines anderen gibt". Aber wieso soll die Beurteilung des wirklichen Geschehens von der Hypothese abhängen, was das Opfer alternativ fertiggebracht hätte?

127 Die Grenze kann im Einzelfall schwierig zu bestimmen sein. Bei einem rechtswidrigen Angriff wird der Angreifer stets vorrangig zuständig bleiben, solange er Einfluß auf den Erfolgsverlauf ausübt. Beispiel: Der Eigentümer hindert Rocker nicht, sein Auto zu demolieren; — Fremdverletzung. Hat nur noch das Opfer Einfluß, wird seine Duldung zur Entscheidungsherrschaft, wenn jeder rechtlich vernünftige Grund für das Nichthindern des Erfolgseintritts fehlt (siehe oben 7/59). Beispiel: Der Bauer verläßt aus reinem

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

dd) Allein ein Verhalten, das als Handlung keine Haftung begründet, führt auch nicht zur Haftung wegen einer nachfolgenden Unterlassung. Beispiel: Der die Selbsttötung des Opfers gestaltende Beteiligte gibt dem Opfer das Gift, das dieses selbst nimmt; der Beteiligte wendet den Tod nicht ab, auch nicht, als das Opfer schon handlungsunfähig geworden ist; — keine Haftung für Handeln, da es um die Mitgestaltung einer Selbstverletzung geht; keine Haftung für Unterlassung, da keine Erfolgsabwendungspflicht besteht (durch das Handeln hat der Beteiligte gegenüber dem Opfer kein Sonderrisiko begründet). — Zur Begehungshaftung von *Garanten* siehe unten 21/116, zur Unterlassungshaftung 29/53 ff, 57 ff (mit Fn. 141 — Arzt — und 151 — Untersuchungshaft), 106. — Zur Beteiligung an der Selbstverletzung eines *Unterlegenen* siehe unten 21/78 ff, 88 ff, 97 ff, 114. — Zum *fahrlässigen* Bewirken einer Selbstverletzung siehe unten 21/114. — Liegt eine Fremdverletzung vor, kann das Opfer auf *eigene Gefahr* gehandelt haben, was die Haftung des Täters entfallen läßt; dazu oben 7/129 f. — Zum *Abbruch einer Intensivbehandlung* siehe oben 7/64 mit Fn. 111.

C. Die Konsequenzen von Mittäterschaft

59 1. Die Folge von Mittäterschaft ist volle Zuständigkeit für die Tat wegen der gleichgewichtigen Organisationsleistung. Ob die Ausführungshandlung ihrerseits von einem tauglichen Täter vollzogen wird, ist für die Inhaber von Tatherrschaft, gleich welcher Form, gleichgültig, soweit sie selbst taugliche Täter sind und zur Ausführungshandlung hin Akzessorietät bestehen kann. Beispielhaft: Der Zahlungsunfähige, der die Begünstigung seines Gläubigers mitgestaltet, ist Täter der Gläubigerbegünstigung (§ 283 c StGB), auch wenn die Sicherstellung des Gläubigers nicht von ihm eigenhändig, sondern von einem Nicht-Qualifizierten bewirkt wird. Voraussetzung ist allerdings die faktische Wirksamkeit der Ausführungshandlung des Nicht-Qualifizierten. Wiederum beispielhaft: Der Beamte, der ein Staatsangehörigkeitszeugnis vom Antragsteller eigenhändig unterschreiben läßt und dieses Tun etwa durch Hingabe des Dienststempels etc. mitgestaltet, begeht keine Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB), soweit nach der Sachlage eine wirksame öffentliche Urkunde nicht zustande kommt (aber § 267 StGB!). — Die Wirksamkeit kann relativ sein. Nochmals beispielhaft: Mittäterschaftlicher Diebstahl, bei dem sich später überraschend herausstellt, daß das Objekt einem Mittäter gehört, führt nur in der Person des Eigentümers zur Reduktion der Vollendung auf Versuch.

Der nicht qualifizierte Mitinhaber der Tatherrschaft kann mangels Täterqualifikation nur Teilnehmer sein; wirkt die Täterqualifikation nur straferhöhend, ist er Mittäter des Grunddelikts (siehe unten zu § 28 StGB).

60 2. Da Mittäterschaft stets durch den Akt einer Deliktsorganisation begründet wird (Handlungsvollzug, Entscheidung, Gestaltung), kann niemand mittäterschaftlich für Handlungen zuständig werden, die schon vor seiner Mitwirkung von anderen vollzogen wurden: *keine sukzessive Mittäterschaft.* Wer etwa erst nach dem Mord zum Tatort kommt und sich gleichgewichtig gestaltend an der Ausplünderung des Opfers beteiligt, ist Mittäter der Unterschlagung, nicht aber des Raubs (also keine Zurechnung von Gewalt und Gewahrsamsbruch). Die Entscheidung ist streitig, wobei die Gegenmeinung wohl darauf abzielt, daß in der nachfolgenden Mitwirkung eine Solidarisierung mit dem vorangegangenen Delikt liegt; aber Solidarisierung ohne Kausalität begründet keine Beteiligung[128].

Trotz den von seinem Feind angezündeten Hof nicht („Soll der doch zum Mörder werden"); — wohl Selbstverletzung (zweifelhaft, insoweit anders Vorauflage).

128 Wie hier *Roxin* Täterschaft S. 289 f; *LK-Roxin* § 25 Rdn. 136 mit weiteren Nachweisen (anders aber für Beihilfe aaO Rdn. 137); *Rudolphi* Bockelmann-Festschrift S. 369 ff, 377 f; *Küper*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Freilich können zukünftige Teile derjenigen Tatbestandsverwirklichungen, die sich in der Zeit fortsetzen, dem neu Eintretenden zugerechnet werden; Beispiele: Wer nach Versuchsbeginn, aber vor Vollzug der Wegnahme, zu einem Diebstahl stößt, bei dem ein Beteiligter eine Schußwaffe bei sich führt, haftet bei gegebenem Vorsatz nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB. — Wer sich beim Ausplündern einer Person beteiligt, die aktuell festgehalten wird, damit sie sich nicht wehrt, beteiligt sich am Raub (§ 249 StGB), auch wenn das Festhalten schon vor Beteiligungsbeginn begonnen hat. — Auch eine Zurechnung schon eingetretener Tatbestandsverwirklichungen (oder durch Unglück eingetretener Folgen) nach Unterlassungsgrundsätzen ist möglich, wenn die Lage revertierbar ist; freilich begründet allein die Anknüpfung an die Folgen fremden Tuns (oder an ein geschehenes Unglück) keine Garantenstellung, die Lage zu revertieren (siehe auch unten 22/40 mit Fn. 81 a).

3. Mittäter begehen zusammen *eine* Tat (nicht jeder eine Tat für sich), deren **61**
Versuchsbeginn und Versuchsbeendigung sich einheitlich vollzieht. *Versuch bei Mittäterschaft* liegt vor, wenn die Tat, vollzöge ein Beteiligter alles allein, ins Versuchsstadium käme. Deshalb kann ein Mittäter schon alles geleistet haben, ohne daß ein Versuch vorliegt; Beispiel: Der Bandenchef schickt nach seiner Planung und Vorbereitung die Bande zum Raub. Es mag auch ein Mittäter zu seiner letzten Leistung noch nicht angesetzt haben und doch schon Täter des Versuchs sein; Beispiel: Wer bei der Ausführung des Raubs erst die Wegnahme bewerkstelligen soll, aber auch an der Vorbereitung gestaltend mitgewirkt hat, begeht versuchten Raub schon mit der Gewaltanwendung durch andere Beteiligte. Allenfalls Teilnahme am Versuch liegt aber vor, wenn die bisher geleisteten Beiträge dessen, der später noch handeln soll, nicht für sich zur gleichmäßigen Mitgestaltung hinreichen. — Entgegen dieser „Gesamtlösung“[129] stellt die „Einzellösung“ für jeden Beteiligten auf die Leistung seines Beitrags ab[130]. Damit beginnt der Versuch je nach Verschachtelung der Organisationsakte einmal früher, einmal später; interne Handlungen im Vorbereitungsstadium werden zu Versuchen, auch wenn das deliktische Geschehen nicht weiterläuft, und gleiche Handlungen sind einmal Versuch (der Handelnde soll sonst nichts beitragen) und einmal nicht (der Handelnde soll noch mehr tun): Die Bindung des Versuchsbeginns an die Tatbestandsnähe (§ 22 StGB) wird aufgelöst, weil mittäterschaftliche Akzessorietät[131] als bloße kausale Abhängigkeit mißdeutet wird[132]. — Zur gleichen Lösung bei Teilnahme siehe unten 22/8 und zur abweichenden Lösung bei Pflichtdelikten siehe unten 21/118.

JZ 1981 S. 568 ff, 570 ff; *Gössel* Jescheck-Festschrift S. 537 ff, 552 ff; *Maurach-Gössel* AT II § 49 Rdn. 49 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 817 ff; auch die ältere Rechtsprechung; RG 8 S. 21 ff, 41 f; 59 S. 79 ff, 82; neuerdings, aber nicht stetig, auch der BGH; BGH GA 1977 S. 144 f; BGH bei *Holtz* MDR 1982 S. 446 (mit zweifelhafter Begründung); BGH NStZ 1984 S. 548 f; NStZ 1985 S. 70 f (zu den beiden letztgenannten Entscheidungen *Roxin* Täterschaft S. 600 f); — *a. A. Küpper* GA 1986 S. 437 ff, 447 f; *Baumann-Weber* AT § 36 I 3 d; *Jescheck* AT § 63 II 2; *Maurach-Gössel* AT II § 49 II A 2; *Welzel* Strafrecht § 15 IV 1; BGH 2 S. 344 ff; BGH GA 1966 S. 210; teils auch die jüngste Rechtsprechung; BGH JZ 1981 S. 596; BGH NStZ 1985 S. 71 f.

129 Überwiegende Ansicht; *Küper* Versuchsbeginn S. 11 f, 69 f; *LK-Vogler* § 22 Rdn. 88 ff; *Küpper* GA 1986 S. 437 ff, 445 f, jeweils mit Nachweisen.

130 *Schilling* Verbrechensversuch S. 104 ff; *Valdagua* ZStW 98 S. 839 f, 870 ff (regelmäßig dürften sich die anderen an diesem Beitrag beteiligen).

131 Abhängigkeit einer Handlung von ihrer Fortführung durch andere; siehe *Gallas* Materialien Bd. I S. 121 ff, 138; *Küper* Versuchsbeginn S. 60.

132 So *Schilling* Verbrechensversuch S. 104 f; ausführliche Kritik bei *Küper* Versuchsbeginn passim; wiederum anders *Rudolphi* Bockelmann-Festschrift S. 369 ff, 384 ff; *SK-Rudolphi* § 22 Rdn. 19 a; *Bloy* Beteiligungsform S. 266; *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 321 ff, die jedoch mit ihrer Lösung (jeder Mittäter muß zum Versuch je für sich in Tatbestandsnähe kommen) die Einheitlichkeit der Tat von Mittätern auflösen (dagegen zutreffend *Küper* JZ 1979 S. 775 ff; *Maiwald* ZStW 93 S. 864 ff, 879 ff); wie hier BGH NStZ 1981 S. 99; *Jescheck* AT § 63 IV 1; *Maurach-Gössel* AT II § 49 Rdn. 100; *Schönke-Schröder-Eser* § 22 Rdn. 54 a; *SK-Samson* § 25 Rdn. 55.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

VI. Die Tatbestände der Täterschaft bei Herrschaftsdelikten, 3. Fortsetzung: Das Begehen durch einen anderen (die mittelbare Täterschaft), § 25 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB

Literatur

K. Amelung, J. Weidemann Bestechlichkeit und Förderung einer Selbstbeschädigung im Maßregelvollzug — BGH NJW 1983, 462, JuS 1984 S. 595 ff; *ders., J. Brauer* Anmerkung zu OLG Schleswig JR 1985 S. 474, aaO S. 474 ff; *K. Binding* Das Subjekt des Verbrechens und die Satzungen des „Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch" über die „Teilnahme", GS 76 S. 87 ff; *R. Bloy* Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *W. Bottke* Suizid und Strafrecht, 1982; *ders.* Probleme der Suizidbeteiligung, GA 1983 S. 22 ff; *R. Brands, H. Schlehofer* Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungslehre, JZ 1987 S. 442 ff; *M. Bruns* AIDS, Prostitution und das Strafrecht, NJW 1987 S. 693 ff; *ders.* Nochmals: AIDS und Strafrecht, NJW 1987 S. 2281 f; *ders.* AIDS, Alltag und Recht, MDR 1987 S. 353 ff; *A. Charalambakis* Selbsttötung aufgrund Irrtums und mittelbare Täterschaft, GA 1986 S. 485 ff; *F. Dencker* Der verschuldete rechtfertigende Notstand, JuS 1979 S. 779 ff; *A. Graf zu Dohna* Übungen im Strafrecht und Strafprozeßrecht, 3. Auflage 1929; *W. Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *ders.* Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? — BGH 36, 1, JuS 1990 S. 362 ff; *W. Gallas* Anmerkung zu BGH 2 S. 150 ff, JZ 1952 S. 371 ff; *ders.* Täterschaft und Teilnahme, Materialien Bd. I S. 121 ff; *G. Geilen* Suizid und Mitverantwortung, JZ 1974 S. 145 ff; *M. Grünhut* Grenzen strafbarer Täterschaft und Teilnahme, JW 1932 S. 366 ff; *R. Helgerth* AIDS — Einwilligung in infektiösen Geschlechtsverkehr, NStZ 1988 S. 261 ff; *R. D. Herzberg* Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig und unverboten handelndem Werkzeug, 1967; *ders.* Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *ders.* Täterschaft und Teilnahme, 1977; *ders.* Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, ZStW 91 S. 557 ff; *ders.* Noch einmal: Förderung einer Selbstbeschädigung im Maßregelvollzug, JuS 1984 S. 937 ff; *ders.* Der Anfang des Versuchs bei mittelbarer Täterschaft, JuS 1985 S. 1 ff; *ders.* Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt, JA 1985 S. 131 ff, 177 ff, 265 ff, 336 ff; *ders.* Zur Strafbarkeit des AIDS-Infizierten bei unabgeschirmtem Geschlechtsverkehr, NJW 1987 S. 2283 f; *F. Herzog* Das Strafrecht im Kampf gegen „AIDS-Desperados" in: *E. Burkel* (Hrsg.) Der AIDS-Komplex, 1988 S. 329 ff; *ders., C. Nestler-Tremel* AIDS und Strafrecht — Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung, StV 1987 S. 360 ff; *Th. Hillenkamp* Die Bedeutung der Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971; *ders.* Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *H. J. Hirsch* Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1979 S. 429, aaO S. 429 ff; *P. Hünerfeld* Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 99 S. 228 ff; *H. Jäger* Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 1967; *G. Jakobs* Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW 89 S. 1 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1987 S. 339 f, aaO S. 340 ff; *J. C. Joerden* Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988; *H. Johannes* Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßigem Handeln des Werkzeugs, 1963; *B. Kadel* Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft — versuchte mittelbare Täterschaft, GA 1983 S. 299 ff; *W. Küper* Der verschuldete rechtfertigende Notstand, 1983; *ders.* Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft, JZ 1983 S. 361 ff; *ders.* „Autonomie", Irrtum und Zwang bei mittelbarer Täterschaft und Einwilligung, JZ 1986 S. 219 ff; *ders.* Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip, JZ 1989 S. 935 ff; *G. Küpper* Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, GA 1986 S. 437 ff; *F. J. Kurth* Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, 1984; *R. Lange* Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, 1935; *ders.* Anmerkung zu OLG Bamberg SJZ 1950 Sp. 209 f, aaO; *ders.* Terrorismus kein Notstandsfall, NJW 1978 S. 784 ff; *K. H. Maier* Die mittelbare Täterschaft bei Steuerdelikten, MDR 1986, S. 358 ff; *B.-D. Meier* Strafrechtliche Aspekte der AIDS-Übertragung, GA 1989 S. 207 ff; *J. Meyer* Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit, ZStW 87 S. 598 ff; *M.-K. Meyer* Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984; *U. Neumann* Abgrenzung von Teilnahme am Selbstmord und Tötung in mittelbarer Täterschaft, JuS 1985 S. 677 ff; *ders.* Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des „Opfers", JA 1987 S. 244 ff; *F. Nowakowski* Tatherrschaft und Täterwille, JZ 1956 S. 545 ff; *H. Otto* Anmerkung

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

zu OLG Schleswig NStZ 1985 S. 74 f; aaO S. 75 f; *ders.* Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung, Tröndle-Festschrift S. 157 ff; *H. Pfeffer* Durchführung von HIV-Tests ohne den Willen des Betroffenen, 1989; *C. Prittwitz* Die Ansteckungsgefahr bei AIDS, JA 1988 S. 427 ff, 486 ff; *I. Puppe* Urkundenechtheit bei Handeln unter fremdem Namen und Betrug in mittelbarer Täterschaft — BayObLG NJW 1988 S. 1401, JuS 1989 S. 361 ff; *C. Roxin* Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963 S. 193 ff; *ders.* Literaturbericht, ZStW 77 S. 100 ff; *ders.* Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-Festschrift S. 133 ff; *ders.* Der Anfang des beendeten Versuchs, Maurach-Festschrift S. 213 ff; *ders.* Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Auflage 1967 und 5. Auflage 1989; *ders.* Bemerkungen zum „Täter hinter dem Täter", Lange-Festschrift S. 173 ff; *ders.* Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch, JuS 1979 S. 1 ff; *ders.* Die Mitwirkung beim Suizid, Dreher-Festschrift S. 331 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 32 S. 38 ff, NStZ 1984 S. 71 ff; *H.-J. Rudolphi* Anmerkung zu BGH JZ 1990 S. 195 ff, aaO S. 197 ff; *F. Schaffstein* Der Täter hinter dem Täter bei vermeidbarem Verbotsirrtum und verminderter Schuldfähigkeit des Tatmittlers, NStZ 1989 S. 153 ff; *G. Schilling* Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975; *E. Schmidhäuser* Anmerkung zu BGH 32 S. 38 ff, JZ 1984 S. 195 f; *H.-L. Schreiber* Grundfälle zu „error in objecto" und „aberratio ictus", JuS 1985 S. 873 ff; *ders.* Rechtfertigungs- und Entschuldigungsprobleme bei Tatbeteiligung mehrerer, in: *A. Eser* (Hrsg.) Rechtfertigung und Entschuldigung Bd. 2, 1988 S. 1151 ff; *F.-C. Schroeder* Der Täter hinter dem Täter, 1965; *B. Schünemann* Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung, in: *ders.* u. a. (Hrsg.) Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988 S. 373 ff; *ders.* Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung? JR 1989 S. 89 ff; *H. Schumann* Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; *K. Sippel* Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug, NJW 1983 S. 2226 ff; *ders.* Nochmals: mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug JA 1984 S. 480 f und NJW 1984 S. 1866; *G. Spendel* Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung, JuS 1974 S. 749 ff; *ders.* Der „Täter hinter dem Täter" — eine notwendige Rechtsfigur? Lange-Festschrift S. 147 ff; *H. U. von Spiegel* Nochmals: mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug, NJW 1984 S. 110 f und S. 1867; *U. Stein* Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *W. Stree* Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung — BGHSt. 32, 262 und BGH, NStZ 1984, 452, JuS 1985 S. 179 ff; *E. Teubner* Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug, JA 1984 S. 144 f; *K. Tiedemann* Anmerkung zu BGH JR 1981 S. 468 ff, aaO S. 470 ff; *G. Timpe* Die Nötigung, 1989; *H. v. Weber* Anmerkung zu OLG Bamberg NJW 1950 S. 35 f, aaO; *H. Welzel* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 S. 491 ff; *ders.* Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre, SJZ 1947 Sp. 645 ff; *ders.* Anmerkung zu OLG Bamberg DRZ 1950 S. 303, aaO S. 303 f; *ders.* Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975; *J. Wolter* Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *H. Zipf* Die mittelbare Täterschaft und ihre Einordnung in § 12 StGB, ÖJZ 1975 S. 617 ff.

A. Die Begründung der vorrangigen Zuständigkeit des mittelbaren Täters (überlegene Entscheidungsherrschaft)

1 a) Wie der Täter sich mechanischer Werkzeuge bedienen kann, so kann er auch **62**
andere Personen als seine Werkzeuge einsetzen. Hierbei geht es nicht um die Benutzung der anderen Personen als nicht handelnde Objekte (der Täter stößt mit Gewalt einen Passanten in eine Schaufensterscheibe, die zerstört wird; ein Fall des Selbst-Begehens), sondern um den Einsatz von Handlungen anderer Personen. Man spricht hier herkömmlich von *mittelbarer Täterschaft,* ein Begriff, der zwar zur Ausfüllung von Strafbarkeitslücken geschaffen wurde (dazu oben 21/17), seine Funktion als Lückenbüßer aber mittlerweile verloren hat[133].

b) Kennzeichen der mittelbaren Täterschaft ist die vorrangige Zuständigkeit des **63**
mittelbaren Täters kraft seiner überlegenen Entscheidungsherrschaft. Überlegene Ent-

133 *Maurach-Gössel* AT II § 48 Rdn. 8.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

scheidungsherrschaft heißt: Dem Werkzeug ist die Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung eines Vorsatzdelikts in Zurechnung ausschließender Weise erschwert, und für diese Erschwerung ist der mittelbare Täter zuständig. Mittelbare Täterschaft ist also bei volldeliktischem (vorsätzlichem und schuldhaftem) Handeln des Tatmittlers nicht möglich (zweifelhaft; siehe auch unten 21/94 f). Nicht aber muß der mittelbare Täter selbst stets volldeliktisch handeln; auch der Geisteskranke, der einen anderen mit Todesdrohungen zu einer Tat nötigt, ist mittelbarer Täter, wie sogar der selbst zu solcher Nötigung Genötigte mittelbarer Täter ist (und zugleich Werkzeug eines mittelbaren Täters).

Auch das Werkzeug ist — Vorsatz und deliktsspezifische Tätermerkmale unterstellt — Täter, und zwar in der Regel per Handlungsherrschaft, zumeist wohl auch per Gestaltungsherrschaft. Täterschaft folgt auch bei mittelbarer Täterschaft aus der Unrechtsverwirklichung. Daß u. a. die Entschuldigung des Werkzeugs Bedingung für die Täterschaft des mittelbaren Täters sein kann, hindert den je individuellen Unrechtsbezug der Täterschaft nicht.

64 c) Wie bei jeder Täterschaft kann auch bei mittelbarer Täterschaft das Unrecht des Tuns durch Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen sein. Beispiel: Wer ein Werkzeug zu einer durch Nothilfe gerechtfertigten Verletzung eines Angreifers zwingt, ist mittelbarer Täter dieser Verletzung, aber gerechtfertigt, auch wenn die Nötigung des Werkzeugs ihrerseits nicht gerechtfertigt ist. Das Unrecht der Beherrschung des Werkzeugs ist also vom Unrecht der durch Beherrschung bewirkten Tat zu trennen.

65 2 a) Die Überlegenheit der Entscheidungsherrschaft ist normativ nach ihrer Wirkung auf die Zurechnung zum Tatmittler zu bestimmen, nicht aber nach ihrer motivierenden Stärke im Einzelfall[134]; denn es geht nicht um den gruppendynamischen, sondern um den normativen Rang der Beteiligung. Bis zum Abbruch der Zurechnung zum Tatmittler führt dessen Beeinflussung zu Mittäterschaft, Anstiftung oder Beihilfe, also zur Verbindung von Organisationskreisen (mit der Folge von Akzessorietät), nicht aber zur Degradierung seiner Organisation zum Werkzeug eines vorrangig Zuständigen.

66 b aa) Eine Auflösung der mittelbaren Täterschaft in (erzwungene oder mit List bewirkte) Mittäterschaft wäre teilweise möglich, aber dabei ginge das Spezifikum der mittelbaren Täterschaft verloren, scil. die Unterlegenheit des Werkzeugs bei der Entscheidung über die Tat mit der Folge einer *eigenen* Tat des mittelbaren Täters. Insbesondere kann bei der mittelbaren Täterschaft nicht nur jede Handlungsherrschaft, sondern zudem jede mehr als beiläufige Mitgestaltung fehlen und doch Entscheidungsherrschaft vorliegen. Beispiel: Der Vater schickt seinen 10-jährigen Sohn ohne Geld, aber mit dem Auftrag weg, bald, nicht aber ohne Bier nach Hause zu kommen. Wo und in welcher Weise der Sohn schuldlos delinquiert, mag nur umrißhaft bestimmt sein; der Vater ist trotzdem im Rahmen seines Vorsatzes mittelbarer Täter des vom Sohn begangenen Eigentums- oder Vermögensdelikts.

Zur überlegenen Entscheidungsherrschaft kann noch Gestaltungsherrschaft hinzukommen. Mittelbare Täterschaft ist dann mit erzwungener Mittäterschaft kombiniert;

134 Sehr streitig; siehe *Roxin* Täterschaft S. 146 f; *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 283 ff. In einer Rückkehr zu „psychologisch-zweckrationaler" Betrachtung wendet sich *Küper* gegen die „normative Korrespondenz von ‚Entlastung' und ‚Belastung'" (JZ 1989 S. 935 ff, 948): Jedes irrende Werkzeug soll an einem „aktuellen Freiheitsmangel" leiden (S. 944, 947 f). Abgesehen davon, daß dies für Unkenntnis, für die der Irrende voll zuständig ist, nicht stimmt (§ 17 StGB enthält für den Unrechtsirrtum nur eine Kannmilderung), läßt sich das umkehren: Jeder nicht voll Haftung ausschließende Irrtum beläßt Freiheit und damit eine Stellung *neben* und *nicht unterhalb* anderer Mitwirkender. Zurechnung ist kein bloßes Derivat der Gruppendynamik.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Beispiel: Der mittelbare Täter zwingt das Werkzeug zu einer vom mittelbaren Täter detailliert vorbereiteten Tat.

Die überlegene Entscheidungsherrschaft ist wie die formelle Handlungsherrschaft und wie die Gestaltungsherrschaft faktisch teilbar: Mehrere Personen können mit vereinten Kräften ein Werkzeug für sich einsetzen; sie sind dann Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) in mittelbarer Täterschaft des Delikts. — Auch können bei einer Tat mehrere Werkzeuge eingesetzt werden, und zwar als (erzwungene) Mittäter. Beispiel: Ein Vater zwingt seine Kinder, eine fremde Sache gemeinsam zu zerstören. Mehrere Werkzeuge können auch (erzwungene) Nebentäter sein; Beispiel: Ein Vater zwingt seine Kinder, je ein Bündel Devisen über die Grenze zu schmuggeln; die Gesamtsumme überschreitet das erlaubte Familienlimit.

bb) Der mittelbare Täter muß die deliktsspezifischen Tätermerkmale in seiner Per- **67**
son erfüllen. Fehlt dem Inhaber der Entscheidungsherrschaft eine Täterqualifikation (eine nicht treupflichtige Person nötigt den treupflichtigen Vermögensverwalter unter Todesdrohungen zur Untreue), kann er nur Teilnehmer sein, und auch dies nur dann, wenn die Voraussetzungen der §§ 26, 27 StGB, insbesondere eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat, gegeben sind. Fehlt eine solche Haupttat, so ist der Inhaber der Entscheidungsherrschaft aus dem Delikt, das besondere Täterqualifikationen erfordert, nicht strafbar. Beispiele: Geschicktes Lügen für den angeklagten Freund führt zu einem materiell unrichtigen, freisprechenden Urteil; — zwar Strafvereitelung (§ 258 Abs. 1 StGB) in mittelbarer Täterschaft, aber auch dann keine Beteiligung an einer Rechtsbeugung (§ 336 StGB), wenn der Richter bei Aufmerksamkeit den Schwindel hätte durchschauen können, das Urteil also vermeidbar falsch erlassen wird. — Nach einem Verkehrsunfall wird einem Unfallbeteiligten von einer dritten Person vorgespiegelt, es sei nichts passiert; der Beteiligte entfernt sich arglos[135]; — keine Beteiligung an der Unfallflucht (§ 142 StGB) mangels vorsätzlicher Haupttat und keine mittelbare Täterschaft mangels Qualifikation. — Bei gerechtfertigtem Werkzeug mag die Rechtfertigung nur relativ wirken; Teilnahme bleibt dann möglich; siehe dazu unten 11/59 b.

3 a) Bei nahezu allen Fallgruppen mittelbarer Täterschaft, insbesondere aber bei der **68**
Benutzung eines unvorsätzlich Handelnden und eines Entschuldigten, ist streitig, ob der Defekt, der die Zurechnung zum Tatmittler ausschließt, vom Hintermann geschaffen oder mindestens ausgenutzt worden sein muß oder ob es zur Begründung mittelbarer Täterschaft hinreicht, daß der Defekt vorliegt und dem Hintermann bekannt ist[136]. Die Frage ist so freilich schief gestellt. Es geht darum, ob der Hintermann im Verhältnis zum Opfer vorrangig zuständig ist, den Defekt zu berücksichtigen. Diese vorrangige Zuständigkeit kann schon ohne jede besondere Beeinflussung gegeben sein (etwa bei der Labilität eines Kindes) und trotz Schaffens des Defekts noch fehlen (etwa bei der Erregung eines Irrtums durch sozialadäquates Verhalten). Statt auf ein Schaffen oder auf ein Ausnutzen ist darauf abzustellen, ob der Hintermann von dem Zusammenhang zwischen dem Zurechnungsdefekt und der Tatausführung distanziert werden kann oder ob dieser Zusammenhang eher zu seinem Organisationskreis gehört als zum

---

135 Nach OLG Stuttgart VRS 17 S. 272 ff.

136 Einzelheiten sind in verwirrendem Maß streitig. Differenzierend zwischen den Fällen des § 35 StGB (Schaffen oder Umgestalten der Defektlage erforderlich) und des § 20 StGB sowie des § 3 JGG (Kenntnis plus Kausalität hinreichend) *Herzberg* Täterschaft S. 16, 30 f; für § 20 StGB und § 3 JGG ebenso *Schönke-Schröder-Cramer* § 25 Rdn. 33, 39 ff; innerhalb der Fälle von §§ 20, 35 StGB, 3 JGG differenzierend *Jescheck* AT § 62 II 4 und 6. — Zum Problembereich mit ausführlichen Nachweisen *Jescheck* AT § 62 I 3, II 4 und 6; *Roxin* Täterschaft S. 628 ff; *LK-Roxin* § 25 Rdn. 51, 84; *Meyer* Ausschluß S. 6 f, 44 ff; — zu *Meyer* kritisch *Küper* JZ 1986 S. 219 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Organisationskreis des Tatmittlers oder des Opfers. Im letzteren Fall ist der Hintermann vorrangig zuständig.

69 b) Eine vorrangige Zuständigkeit für den Zusammenhang von Defekt und Tatausführung besteht in folgenden drei Fällen:

aa) Der Defekt wird vom Hintermann erregt, indem er ein Sonderrisiko für die Defektentstehung schafft. Hier sind die klassischen Fälle von mittelbarer Täterschaft per Lüge unter Verletzung einer Wahrheitspflicht, Drohung oder Gewalt angesiedelt.

70 bb) Der Defekt ist zwar an sich eigene Angelegenheit des Ausführenden, aber der Hintermann organisiert die Verbindung von Defekt und Tat. Hierbei geht es hauptsächlich um willkürliche Verknüpfungen zwischen Defekt und Tat durch den Hintermann. Beispiel: Dem in Lebensnot Befindlichen wird Rettung nur für den Fall angekündigt, daß er zuvor einen anderen Menschen tötet.

71 cc α) Der Defekt ist von jedermann jederzeit zu berücksichtigen, weil das Opfer einen Anspruch darauf hat, daß der Hintermann den Defekt des Tatmittlers einkalkuliert. Es handelt sich vorweg um Kinder sowie geisteskranke und geistesschwache Personen als Werkzeuge. Diese können bei der Gefahr einer Selbstverletzung Rücksichtnahme auf ihre Schwäche verlangen, wie auch das Opfer einer Fremdverletzung verlangen kann, daß der Hintermann die konstitutionelle Schwäche des Tatmittlers berücksichtigt.

71a β) Die Pflicht zur Berücksichtigung des Defekts endet, wenn der Beitrag des Hintermanns nach den Regeln des Regreßverbots (oben 7/59, unten 24/13 ff, 21) nicht einmal akzessorische Beteiligung sein kann; denn in diesem Fall organisiert der Hintermann kein Delikt, sondern sein Verhalten wird von anderer Seite ins Deliktische fortgeführt. Beispiel[136a]: Droht eine geisteskranke Person, sich oder jemanden anders umzubringen, wenn der „Hintermann" heiratet oder auswandert oder einer bestimmten Religionsgemeinschaft beitritt, so begründet der Vollzug des von der drohenden Person nicht gewollten Verhaltens allenfalls eine Haftung nach § 323 c StGB (wenn der „Hintermann" nicht aus anderen Gründen Garant ist, etwa als Vater der geisteskranken Person).

72 Darüber hinaus fällt zu dieser Fallgruppe die Entscheidung zu einer der umstrittensten Fragen der gesamten Beteiligungslehre: Hat nämlich bei einem unvorsätzlichen oder (bei Selbstverletzung) quasi-unvorsätzlichen Ausführenden das Opfer stets einen Anspruch auf Berücksichtigung des Defekts, so ist jeder vorsätzlich Handelnde hinter einem unvorsätzlich Handelnden — spezielle Tätermerkmale vorausgesetzt — mittelbarer Täter, und die Möglichkeit von Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat bleibt ein Spezialproblem für Sonderdelikte, bei denen dem Hintermann die Sonderqualifikation fehlt. Ist aber die Unvorsätzlichkeit eine eigene Angelegenheit des Tatausführenden und nicht des Hintermanns oder ist sie dies zumindest bei Vermeidbarkeit des Irrtums oder bei Leichtfertigkeit oder Tatsachenblindheit o. ä., so muß auch die Möglichkeit einer Teilnahme an unvorsätzlicher Tat anerkannt werden; denn wenn der Hintermann für den Defekt nicht zuständig ist, kann er durch ihn weder belastet werden (vom Teilnehmer zum mittelbaren Täter) noch entlastet (vom Teilnehmer zum straffrei Beteiligten). Daß der vorsätzlich handelnde Beteiligte dabei auch bei Unvorsätzlichkeit des Tatausführenden aus dem Vorsatztatbestand zu bestrafen wäre, folgt aus der Höchstpersönlichkeit der Vermeidbarkeitsform (dazu unten zu § 28 StGB 23/12, 16 ff). Im Grenzfall, scil. bei Unvermeidbarkeit der Tatbestandsverwirklichung für den

---

[136a] Analog BGH 7 S. 268 ff; OLG Köln MDR 1985 S. 695.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Tatausführenden, müßte sogar eine Teilnahme *ohne Tatbestandshandlung* des Haupttäters anerkannt werden.

Das Vorsatzerfordernis der Haupttat nach den §§ 26, 27 StGB zeigt, daß das Gesetz den allein vorsätzlichen Hintermann nicht als Teilnehmer bestrafen will, sondern unter Verzicht auf Akzessorietät als mittelbaren Täter. Nach positivem Recht ist also davon auszugehen, daß die Unvorsätzlichkeit eines Beteiligten ein Umstand ist, für den jedenfalls bei Fremdverletzungen der vorsätzlich handelnde Hintermann — vorbehaltlich eines Regreßverbots (unten 24/13 ff, 21) — vorrangig zuständig ist. Bei Selbstverletzungen ist diese Lösung nicht präjudiziell. Diese gesetzliche Regelung ist nicht vorzugswürdig, da jedenfalls in den Fällen von überdurchschnittlichem Leichtsinn des Tatausführenden die Annahme einer vorrangigen Zuständigkeit des Hintermanns den allgemeinen Prinzipien der Verantwortungsverteilung widerstreitet. Beispiel: Wirft jemand dem Opfer einen Stein an den Kopf, wobei die dann auch eintretenden Folgen sich aufdrängen, so sollte die Haftung dessen, der dem Werfenden den Stein gereicht hat, nicht davon abhängen, ob der Werfende erkanntermaßen leichtsinnig (nach geltendem Recht mittelbare Täterschaft) oder erkanntermaßen vorsätzlich (nach geltendem Recht Beihilfe) oder vermeintlich leichtsinnig oder vorsätzlich handelt (zur Lösung der letzten beiden Fallgruppen unten 24/4 f). Auch eine unterschiedliche Bestimmung des Versuchsbeginns (quantitative Akzessorietät), scil. bei Leichtsinn nicht akzessorisch, bei Vorsatz aber akzessorisch, ist nicht angebracht. Die Möglichkeit einer Teilnahme an unvorsätzlicher Tat sollte also de lege ferenda anerkannt werden (siehe auch unten 22/12 ff, 17). Zur entsprechenden Anwendung von § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB siehe unten 21/108.

c) Liegt keine der genannten Zuständigkeiten vor, so bleibt es bei akzessorischen **73**
Beteiligungsformen.

B. Die Fallgruppen mittelbarer Täterschaft

1. Die mittelbare Täterschaft durch ein Werkzeug ohne Tatbestandsvorsatz

a) Diese Fallgruppe[137] gilt bei Vertretern der Tatherrschaftslehre als Prototyp von **74**
Täterschaft, wobei teils sogar *un*mittelbare Täterschaft angenommen wird[138], weil nur der Hintermann vorsätzlich handele und also auch nur er Inhaber der „finalen Tatherrschaft" sein könne. Bei dieser Betrachtung rangieren die psychischen Fakten (nur Vorsatz gibt Herrschaft) vor der Bestimmung von Zuständigkeiten (wieso ist Herrschaft per se relevant?). Es wurde schon ausgeführt, daß eine Differenzierung nach den Gründen der Unvorsätzlichkeit angebracht wäre, aber de lege lata ausscheidet (oben 21/72). Nach geltendem Recht ist deshalb auch gleichgültig, ob der unvorsätzlich Ausführende vermeidbar oder unvermeidbar gehandelt hat. Beispiel: Ein Arzt gibt mit Tötungsvorsatz einer Krankenschwester eine Spritze mit einer Überdosis Morphium zur Anwendung bei einem Kranken. Die Schwester injiziert, ohne die Wirkung der Spritze zu ahnen; der Patient stirbt. Der Arzt ist Täter einer vorsätzlichen Tötung, die Schwester, je nach Vermeidbarkeit, Täterin einer fahrlässigen Tötung oder aber hat kein Unrecht begangen[139].

b) Partiell mittelbare Täterschaft kann in zwei Versionen vorkommen: **75**

aa) Bei qualitativer Teilherrschaft tritt zur Teilnahme am Delikt mittelbare Täterschaft bezüglich eines ideal konkurrierenden Delikts; Beispiel: Der Ausführende wird

137 Die Fallgruppe entstand als Umgehung der zu engen Fassung des alten restriktiven Täterbegriffs bei zugleich geltender strenger Akzessorietät; siehe *Grünhut* JW 1932 S. 366 f und oben 21/25.

138 *Welzel* Strafrecht § 15 II 1; *Schumann* Handlungsunrecht S. 91 ff.

139 Siehe RG 39 S. 298 ff; 47 S. 148 f; 62 S. 369 ff, 390; 70 S. 212 ff; BGH 9 S. 370 ff, 380.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

zur Zertrümmerung einer Fensterscheibe animiert; nur der Anstiftende weiß, daß ein hinter dem Fenster schlafendes Kind durch die Splitter verletzt werden wird; — Anstiftung zur Sachbeschädigung in Idealkonkurrenz (§ 52 StGB) mit Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft.

bb) Bei quantitativer Teilherrschaft überschauen der Tatausführende nur zum Teil, der mittelbare Täter aber voll das unrechtsbestimmende Maß der Verletzung an einem Angriffsobjekt; Beispiel: Der Ausführende wird angestiftet, das Opfer zu ohrfeigen; der Anstiftende weiß allein, daß das Opfer an einer Kopfverletzung leidet und tagelang schwere Kopfschmerzen haben wird[140]; — mittelbare Täterschaft für den überschießenden Teil.

76 c) Für den *Irrtum des Tatausführenden über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrunds* gilt: Soweit es an einer Zuständigkeit des Hintermanns für den Zusammenhang von Irrtum und Tatausführung fehlt, mittelbare Täterschaft also ausscheidet, bleibt Teilnahme, da der Ausführende immerhin den Tatbestand vorsätzlich verwirklicht. Das positivrechtliche Vorsatzerfordernis für die Haupttat zwingt hier also nicht zur Umdeutung von Teilnahme in mittelbare Täterschaft. Auch ansonsten hat der Ausführende über die Tatbestandsverwirklichung selbst Herrschaft, wie er Tatbestandsvorsatz hat; da ihm aber die Voraussetzungen eines *rechtswidrigen* Geschehens nicht bekannt sind, kann der Hintermann bei insoweit bestehender überlegener Entscheidungsherrschaft vorrangig zuständig sein[141]. — Es besteht eine Affinität dieses Irrtums zum Verbotsirrtum, wie an der vorsätzlichen Tatbestandsverwirklichung durch das Werkzeug deutlich wird; das Ergebnis könnte deshalb auch durch die entsprechende Anwendung der Regeln zur mittelbaren Täterschaft bei Benutzung eines über das Verbot Irrenden begründet werden.

2. Die mittelbare Täterschaft bei quasi-unvorsätzlicher Handlung, insbesondere Selbstverletzung des Werkzeugs

77 a) Mittelbare Täterschaft kann auch vorliegen, wenn das Werkzeug selbst bei Vorsatz nicht tauglicher Täter sein kann, weil ihm eine Sonderqualifikation fehlt; Beispiel: Ein Vormund läßt wertvolle Gegenstände aus dem Mündelvermögen von einem ahnungslosen Nicht-Qualifizierten zerstören (zu § 266 StGB). Insbesondere mag das Werkzeug nicht tauglicher Täter sein, weil es sich selbst verletzt. Beispiele: Der mittelbare Täter veranlaßt das nichts ahnende Werkzeug, eine Hochspannungsleitung zu berühren[142]; — der mittelbare Täter schüttet dem Werkzeug eine berauschende Menge Alkohol in einen Fruchttrank, den das Werkzeug arglos austrinkt, oder er täuscht das

---

140 BGH 30 S. 363 ff; *von Spiegel* NJW 1984 S. 110 f und S. 1867; *Bloy* Beteiligungsform S. 355; *Herzberg* Täterschaft S. 27 f; *Roxin* Lange-Festschrift S. 173 ff, 184 ff; *ders.* Täterschaft S. 590 ff; *Teubner* JA 1984 S. 144 f; mittelbare Täterschaft ablehnend *Jescheck* AT § 62 II 2; *Sippel* NJW 1983 S. 2226 ff, 2229; *ders.* JA 1984 S. 480 f und NJW 1984 S. 1866.

141 *LK-Roxin* § 25 Rdn. 65; *Roxin* Täterschaft S. 205 ff, 553 ff; *a. A. Hirsch* Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen S. 326 ff.

142 *Jescheck* AT § 62 II 1. — Grenzfall (mittelbare Täterschaft bejaht von BGH 32 S. 38 ff, 42 mit zustimmenden Anmerkungen *Roxin* NStZ 1984 S. 71 f; auch *ders.* Täterschaft S. 593 ff; *Schmidhäuser* JZ 1984 S. 195 f; siehe auch *Neumann* JuS 1985 S. 677 ff; *Sippel* NStZ 1984 S. 357 f): Der Täter spiegelt dem Opfer die Möglichkeit eines Lebens nach dem Tod auf der Erde in einem neuen Leib vor; das Opfer weiß freilich, daß nach dem Ableben des alten Leibs seine Lebensversicherung fällig wird. Wiedergeburtsvorstellungen stehen der Kenntnis des Todes nicht entgegen. Eine besondere Schutzbedürftigkeit des psychisch gestörten Opfers dürfte das Ergebnis der Entscheidung des BGH beeinflußt haben. — Keine mittelbare Täterschaft: Eine Frau spiegelt ihrem Mann vor, mit ihm zusammen sterben zu wollen; der Mann trinkt daraufhin das von der Frau vorbereitete Gift, um sich zu töten. *A. A.* für diesen Fall BGH GA 1986 S. 508 f; *Brands* und *Schlehofer* JZ 1987 S. 442 ff (bei Überdehnung

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Opfer über die Giftigkeit des Alkohols[142a]; — jeweils Körperverletzung oder Tötung in mittelbarer Täterschaft.

b aa) Bei Selbstverletzung ist das Opfer mit dem Tatmittler identisch; bei dieser **78** Lage ist Haftungsfreiheit des Hintermanns eher diskutabel als bei Fremdverletzung. Bei Fremdverletzung wächst nach positivem Recht die Teilnahme an unvorsätzlicher Tat nur deshalb stets zur mittelbaren Täterschaft an, weil der Leichtsinn des Tatmittlers jedenfalls keinen Grund abgibt, den Hintermann *gegenüber dem Opfer* zu entlasten; deshalb gilt der Hintermann gegenüber dem Opfer als vorrangig zuständig. Bei Identität von Tatmittler und Opfer kann sich der Hintermann aber auf die eigene Zuständigkeit des Tatmittlers und Opfers berufen. Diese eigene Zuständigkeit besteht, solange der Hintermann den Defekt weder durch ein Sonderrisiko erregt noch die Verbindung von Defekt und Tat organisiert hat und das Opfer auch nicht gegenüber jedermann Rücksicht auf seine Schwäche verlangen kann[142b] (siehe dazu oben 21/71 f). Beispiel: Der Gastwirt, der dem magenkranken Gast das Gewünschte serviert, haftet auch dann nicht wegen Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft, wenn nur er allein die schädlichen Folgen des Verzehrs erkannt hat. — Bei drohendem großen Schaden bleibt eine Haftung aus § 323 c StGB.

bb) Um Selbstverletzung handelt es sich in allen Fällen, in denen das Opfer minde- **78a** stens so lange wie der Beteiligte entscheiden kann, ob es zur Verletzung kommen soll (oben 21/56 ff). Endet die Entscheidungsherrschaft des Opfers *vor* derjenigen des Beteiligten, so begeht von diesem Zeitpunkt an dieser als Täter die Tat selbst: Es liegt dann eine Fremdverletzung vor, wobei freilich immer noch die Regeln des Handelns auf eigene Gefahr eine Haftung ausschließen können. Beispielhaft gesprochen: Wer sich auf sexuelle Kontakte unter Bedingungen einläßt, die den Schluß zulassen, der Partner (Angehöriger einer „Risikogruppe") könne mit einer bei solchen Kontakten übertragbaren Krankheit infiziert sein, begeht bei den üblichen, gewaltlos vollzogenen sexuellen Praktiken eine Selbstverletzung[142c]: Seine Entscheidungsherrschaft endet nicht vor derjenigen seines Partners[142d], und die Sorge für die Gesundheit ist nicht vorrangig dessen Aufgabe (keine mittelbare Täterschaft). Verliert er freilich seine Entscheidungsherrschaft vor derjenigen seines Partners (dann: Fremdverletzung), handelt er unter den geschilderten sonstigen Voraussetzungen auf eigene Gefahr, wobei es bei Gefahren für beliebig verfügbare Güter um ein tatbestandsausschließendes Handeln auf eigene Gefahr geht, bei erheblichen Gesundheitsgefahren und bei Gefahren für das Leben um allenfalls rechtfertigendes Handeln auf eigene Gefahr (Rechtfertigung nur bei noch vernünftiger Veranlassung). Die der Rechtsprechung bisher vorgelegten Fälle einverständlicher sexueller Betätigungen bei Infektionsgefahr waren sämtlich solche der Selbstverletzung[142e], die eben nicht schon endet, wenn der sich Verletzende aktuell nichts bedenkt, sondern erst dann, wenn der andere für den Kenntnisdefekt zuständig ist[142f]. Anders verhält es sich, wenn der infizierte Partner zum Ver-

---

der Rechtsgutsbezogenheit eines Irrtums); zutreffende Kritik der Entscheidung bei *Roxin* Täterschaft S. 605 ff; *Charalambakis* GA 1986 S. 485 ff, 501: bloßer Motivirrtum; siehe auch unten 21/101.

142a BGH NStZ 1986 S. 266 f.

142b Eingehend *Frisch* Verhalten S. 182 ff.

142c Ähnlich zur Abgrenzung von Selbst- und Fremdverletzung, freilich stärker auf Kenntnis statt auf Zuständigkeit für Wissen abstellend, *Otto* Tröndle-Festschrift S. 157 ff, 166 f; BayObLG JZ 1989 S. 1073 f, 1074.

142d Daß die Lage anders war oder zumindest anders vorgesetzt war (im letzteren Fall: versuchte Fremdverletzung), wird sich zumindest in der Regel nicht beweisen lassen.

142e Insbesondere gilt das für BGH 36 S. 1 ff.

142f So im Ergebnis zutreffend, wenn auch teils unter Vermischung von Selbstverletzung und Handeln auf eigene Gefahr *Frisch* Verhalten S. 1 ff, 154 ff, 180 ff; *ders.* JuS 1990 S. 362 ff, 369 f; *Herzog* und *Nestler-Tremel* StV 1987 S. 360 ff, 369 (noch weitergehend *Herzog* in: AIDS-Komplex S. 329 ff, 341 f); *Bruns* NJW 1987 S. 2281 ff, 2282; *ders.*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

trauen auf seine Integrität einen besonderen Anlaß gegeben hat[142g] (etwa bei einer Liebesbeziehung o. ä.) oder aus sonstigen Gründen Garant ist. — Entsprechendes gilt bei der Verschaffung von Rauschgiften: Wer einer verantwortlichen Person Gelegenheit zur Selbstschädigung gibt, ist nicht nur dann von Haftung frei, wenn der Empfänger das Risiko aktuell bedenkt, sondern immer schon, wenn es eigene Angelegenheit des Empfängers ist, das Risiko zu bedenken[142h]. Die Unangemessenheit einer Differenzierung nach den psychischen Fakten — aktuelles Bedenken oder nicht — dürfte deutlich werden, wenn ein ängstlich alle Folgen kalkulierender Anfänger einem Routinier, der es längst aufgegeben hat, sich mit Skrupeln herumzuplagen, ein Rauschgift verschafft. Noch krasser: Sollte wirklich der Gastgeber, der den kommenden Kater des heftig zechenden Gastes voraussieht, wegen Körperverletzung haften, wenn der Gast (vielleicht: wieder einmal) nichts bedenkt?

79 c) In Fällen der teilweise bewußten Selbstverletzung des Werkzeugs bleibt die Haftung wegen des „täterschaftlichen Überhangs" bestehen; Beispiel: Dem zum „Genuß" einer Pfeife Haschisch Entschlossenen reicht der mittelbare Täter in Kenntnis der Umstände eine Pfeife mit Opium; mittelbare Täterschaft für das vom Ausführenden nicht erkannte Maß der Selbstverletzung.

80 d) Der Betrug ist eine Vertypung von mittelbarer Täterschaft bei unvorsätzlich handelndem Werkzeug für die Verfügung[142i]. Zudem kann die Täuschungshandlung durch ein Werkzeug begangen werden[143]; dann beherrscht der Täter über das Werkzeug für die Täuschung das Werkzeug für die Verfügung.

3. Die mittelbare Täterschaft durch ein gerechtfertigt handelndes Werkzeug

81 a aa) Der Konflikt, den ein gerechtfertigtes Verhalten auslöst, wird durch Verweis auf den rechtfertigenden Zusammenhang des Verhaltens erledigt. Ist diese Rechtfertigungslage kein Zufallsprodukt, vielmehr von einem Menschen organisiert worden, so wird durch den Verweis auf die Lage zugleich der für die Organisation Zuständige belastet: Weil er für die Situation zuständig ist, die ein gerechtfertigtes Verhalten ermöglicht, haftet er auch für dieses Verhalten. Meist wird die Fallgestaltung so liegen,

---

MDR 1987 S. 353 ff, 356 (anders aber wohl *ders.* NJW 1987 S. 693 ff, 694); *a. A.* BGH 36 S. 1 ff, 17 f unter Berufung auf das überlegene Wissen des Infizierten, der seine Krankheit kennt: eine Vertauschung der Voraussetzungen von § 323 c StGB mit einer Garantenstellung; *Schünemann* in: Rechtsprobleme S. 373 ff, 469 ff, 471 ff; *ders.* JR 1989 S. 89 ff, 91; *Herzberg* NJW 1987 S. 2283 f, 2284; *Meier* GA 1989 S. 207 ff, 218 ff; *Stree* JuS 1985 S. 179 ff, 183: „Keiner näheren Begründung (?) bedarf der Übergang der Verantwortung auf Mitwirkende, wenn sie allein die Gefahr erkannt haben ..."; *Prittwitz* JA 1988 S. 427 ff, 436 bei Kenntnis, was bei *Prittwitz* weniger ist als Vorsatz; *Pfeffer* Durchführung S. 190 ff. — Soweit es sich um Selbstverletzung handelt, kommt es nicht darauf an, ob der Sich-Verletzende einen guten Grund hat (das verkennt *Helgerth* NStZ 1988 S. 261 ff, 263): Es geht nicht um Rechtfertigung. — Siehe auch LG Kempten NJW 1989 S. 2069 ff.

142g Wohl kaum im Fall BGH JZ 1990 S. 195 ff; *a. A.* der entscheidende Senat und wohl auch *Rudolphi* in der Anmerkung aaO S. 198 f.

142h Der Inhalt von BGH 32 S. 262 ff, daß nämlich die bloße Veranlassung einer Selbstgefährdung keine strafrechtliche Haftung auslöst, sollte in einem freiheitlichen Staat eine Trivialität sein und ist es bei den Suchtmitteln Alkohol und Nikotin auch. Die Aussage, die Strafbarkeit beginne, „wo der sich Beteiligende kraft überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfaßt als der sich selbst Gefährdende" (aaO S. 265), verwechselt das psychische Faktum (Wer weiß?) mit einer normativen Regelung (Wer ist zuständig?).

142i Eine irrtumserregende Täuschung führt gemäß den Ausführungen oben 21/78 nur dann zum Betrug, wenn der Täuschende Garant dafür ist, daß das Opfer nicht von Fehlannahmen ausgeht; ob (auch) eine Lüge des Täters oder die Vertrauensseligkeit des Opfers den relevanten Grund für Verfügung und Schaden bildet, ist allein am Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum nicht abzulesen; sehr streitig, siehe zuletzt *Kurth* Mitverschulden S. 169 ff mit Nachweisen passim und insbesondere S. 99 ff.

143 Siehe BGH NJW 1981 S. 1744 f mit Anmerkung *Tiedemann* JR 1981 S. 470 ff, zu § 264 StGB.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

daß die Erzeugung des rechtfertigenden Zusammenhangs die Alternative völliger Schadlosigkeit überhaupt ausschließt; der Gerechtfertigte kann dann nur noch über die Verteilung des Schadens entscheiden und hat gegenüber dem Erzeuger der Situation eine weniger alternativenreiche und damit unterlegene Entscheidungsherrschaft; denn der Erzeuger hatte auch die Alternative völliger Schadlosigkeit zur Verfügung. Soweit der Gerechtfertigte ausnahmsweise keine Alternative verliert (bei der rechtswidrigen, aber bestandskräftigen behördlichen Genehmigung), ist er doch für die Wahl zwischen den Handlungsmöglichkeiten nicht mehr verantwortlich[144].

Besteht freilich für die Situation, in der eine Tatbestandsverwirklichung gerechtfertigt ist, keine vorrangige Zuständigkeit, handelt es sich vielmehr um eine Auslösung der Situation ohne überlegene Entscheidungsherrschaft, so ist der Auslösende nicht mittelbarer Täter, sondern bloßer Teilnehmer. Beispiel: Jemand berichtet — objektiv wahr oder unwahr, jedenfalls optima fide — der Staatsanwaltschaft von einer schweren Straftat einer dritten Person; es kommt unter Beachtung von § 127 Abs. 2 StPO wie erwartet zu einer vorläufigen Festnahme: straflose Beteiligung an gerechtfertigter Freiheitsberaubung, nicht etwa gerechtfertigte Freiheitsberaubung in mittelbarer Täterschaft.

Ob der Gerechtfertigte zur Tat verpflichtet ist (Pflicht des Richters zum Erlaß eines Haftbefehls, wenn die Voraussetzungen der §§ 112 ff StPO vorliegen) oder nicht (keine Pflicht des rechtswidrig Angegriffenen zur Notwehr), ist gleichgültig; nicht das Maß des Drangs zur Tat (das mag etwa bei Befolgung schlichter Dienstanweisungen minimal sein), sondern der Abbruch der Zurechnung durch Rechtfertigung beim Ausführenden begründet die mittelbare Täterschaft. — Zur relativen Rechtfertigung siehe oben 11/59a f.

bb) In der Umkehrung fehlt es an mittelbarer Täterschaft und erledigt sich nach **82** allgemeinen Regeln, wenn der Tatausführende sich nicht gerechtfertigt verhält, mag für ihn auch ein mächtiger Drang zur Tat bestehen. Beispiel: Der Beteiligte berichtet dem Bandenchef wahrheitswidrig von der „Untreue" eines Mitglieds. Der Chef tötet den vermeintlich Abtrünnigen.

Mittelbare Täterschaft scheidet auch aus, soweit der Ausführende — erwartungsgemäß — die Grenzen der Rechtfertigung zurechenbar überschreitet; Beispiel: Das Opfer wird zu einem Angriff gezwungen; statt schlicht zurückzuprügeln, verletzt der Angegriffene in seiner Wut das Opfer schwer; — mittelbare Täterschaft nur bezüglich der in der schweren Körperverletzung (§§ 224, 225 StGB) enthaltenen einfachen Körperverletzung (§ 223 StGB)[145].

cc) Es ist gleichgültig, ob der mittelbare Täter die erzeugte Rechtfertigungssituation **83** zur Zeit der gerechtfertigten Tat noch zurücknehmen kann, so wie ja auch beim unmittelbaren Täter gleichgültig ist, ob er nach dem beendeten Versuch noch eine Möglichkeit hat, den Verlauf zum Erfolg zu revozieren.

b) Beispielhafte Einzelfälle:

aa) *Zuständigkeit für eine Situation, die eine Tat im aggressiven Notstand rechtfertigt.* **84** Beispiel: Nach Kaperung eines Taxis zwingt der Täter den vom Taxiunternehmer angestellten Fahrer unter Todesdrohungen zu einer Fahrweise, die das Fahrzeug — wie

---

144 Siehe *Joerden* Strukturen S. 70 ff. — Gesetzliche Vertypung ist § 253 StGB im Fall der Verfügung über das Vermögen dritter Personen; siehe *Jakobs* JR 1987 S. 340 ff.

145 Zu der die Rechtswidrigkeit mehrerer Beteiligter voll relativierenden und dann auf Güterabwägung abstellenden Lösung von *Johannes* Mittelbare Täterschaft S. 44 ff, 47 ff siehe *Roxin* ZStW 77 S. 100 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

allen klar ist — beschädigt; — gerechtfertigte Sachbeschädigung (§ 303 StGB) durch den Fahrer[146], aber rechtswidrige Sachbeschädigung in mittelbarer Täterschaft durch den Nötigenden (neben ideal konkurrierender Erpressung in unmittelbarer Täterschaft).

Der Organisator der Situation kann selbst der Täter der gerechtfertigten Tat sein[146a]. Beispiel: Jemand setzt eine fremde, gefährliche Maschine grundlos in Gang; weil der Betrieb dritte Personen gefährdet, zerstört er sie sodann in erforderlicher Notstandshilfe; — gerechtfertigte Sachbeschädigung (§ 303 StGB) in unmittelbarer Täterschaft, aber nicht-gerechtfertigte Sachbeschädigung in mittelbarer Täterschaft. Man sollte diese Konstruktion nicht als actio illicita in causa (im Ursprung unerlaubte Handlung) bezeichnen; denn die causa, scil. das Schaffen der Notstandslage, *ist* selbst schon das Tatverhalten.

Ist der Inhaber des zu rettenden Guts zugleich für die Notstandslage zuständig (siehe oben 13/27), so mindert die Zuständigkeit das rechtlich anerkannte Interesse am Gut. Beispiel: Ist jemand ohne hinreichende Ausrüstung auf das offene Meer hinausgesegelt, so sind zwar noch gewichtige Notstandseingriffe in fremdes Eigentum zur Lebensrettung gerechtfertigt (Leben ist nicht voll verzichtbar), nicht aber (abgesehen von Bagatelleingriffen) zur Rettung seines Eigentums.

Auch wenn der Täter selbst das in der von ihm zu verantwortenden Notlage handelnde Werkzeug ist, muß er schon bei der Organisation der Lage alle Tätervoraussetzungen aufweisen; Vorsatz und Fahrlässigkeit sind auf diesen Zeitpunkt zu beziehen. Beispiel: Wenn ein Arzt sich betrinkt und dabei fahrlässig verkennt, daß er Bereitschaftsdienst hat und noch ein Fahrzeug wird lenken müssen, so haftet er für die anschließend in einer Lage rechtfertigenden Notstands erforderlich werdende — und dann von ihm vorsätzlich vollzogene — Trunkenheitsfahrt jedenfalls nicht als Vorsatztäter, weil die Konfliktlage nicht vorsätzlich hervorgerufen wurde, aber auch nicht als Fahrlässigkeitstäter, weil § 316 StGB ein formulierungsmäßig eigenhändiges Delikt ist[147]. Die Voraussetzungen entsprechen also denjenigen bei actio libera in causa (oben 17/64 ff; siehe auch zum rechtfertigenden Notstand oben 13/14 mit weiteren Nachweisen).

Die Organisation der Situation kann auch durch Unterlassen erfolgen, wenn die Unterlassung von begehungsgleichem Gewicht ist oder — bei Selbstgefährdung — in der Vernachlässigung einer elementaren Obliegenheit besteht. Beispiel zu letzterem: Ein Student vertrödelt am Samstag vorsätzlich und in Kenntnis des Kommenden in der Bibliothek die Schließzeit, wird eingeschlossen und muß nunmehr, um nicht bis zum Montag eingeschlossen zu bleiben, eine Glastür zerstören; — rechtswidrige Sachbe-

---

146 Streitig, siehe oben 13/14; wie hier mit Nachweisen *Herzberg* Mittelbare Täterschaft S. 31; *a. A.* insbesondere *Lange* NJW 1978 S. 784 ff, 785.

146a *Küper* Notstand S. 50 ff, 59 ff, 67 f, 167 f beschränkt die Lösung auf Fälle von Fahrlässigkeit (siehe unten 21/113), da das Gesetz beim Vorsatzdelikt abwarte, bis der Vorsatz „sich in einem relativ eindeutigen, unmittelbaren Angriff auf das tatbestandliche Schutzobjekt" manifestiere, während beim Fahrlässigkeitsdelikt „wegen der milderen Sanktion nicht nur kein Anlaß zu einer vergleichbaren Differenzierung der Verhaltensanforderungen" bestehe, „sondern überhaupt keine sinnvolle Möglichkeit . . ., weil sich das normwidrige Handeln in der Vernachlässigung der erforderlichen Sorgfalt" erschöpfe. — Allerdings *ist* das Schaffen der Notlage ein unmittelbarer Angriff (unten 21/105, dagegen *Küper* S. 74 ff, 77 f). Was die Differenzierung zwischen „unmittelbarem Angriff" und „Vernachlässigung der erforderlichen Sorgfalt" angeht, so ist sie falsch: Was nicht die erforderliche Sorgfalt vernachlässigt, ist nie ein unmittelbarer Angriff (jeder Versuch muß objektiv zurechenbar sein).

147 Dazu *Dencker* JuS 1979 S. 779 ff, 783; *Küper* Notstand S. 51 und passim (freilich nur für Fälle von Fahrlässigkeit).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

schädigung (§ 303 StGB) in mittelbarer Täterschaft, obwohl die unmittelbare Sachbeschädigungshandlung rechtmäßig ist.

Bei Sonderdelikten und alleiniger Qualifizierung des Werkzeugs ist eine Haftung nur bei Anerkennung einer relativen Rechtfertigung möglich. Beispiel: Ein Richter wird mit Todesdrohungen zur Rechtsbeugung in einem Fall geringer Bedeutung gezwungen; — zwar ist das Sonderdelikt in der Person des Richters gerechtfertigt (§ 34 StGB), aber nur im Verhältnis zum Richter selbst; für den Zwingenden ist zur Abwehr der Gefahr nicht die Rechtsbeugung erforderlich, sondern die Preisgabe der Drohung ist milderes Mittel (siehe oben 11/60 f).

bb) *Zuständigkeit für eine Situation, die eine Tat im defensiven Notstand*[148] *rechtfertigt.* Beispiel: Der mittelbare Täter bestimmt den Angreifer, den er listig zu diesem Zweck in schuldausschließendem Maß betrunken gemacht hat, eine dritte Person anzugreifen; der Angegriffene wehrt sich, wie der mittelbare Täter vorausgesehen hat, unter erforderlicher Verletzung des Angreifers; — mittelbare Täterschaft bezüglich der Körperverletzung (§ 223 StGB) am Angreifer durch diesen selbst als erstes Werkzeug und dadurch vermittelt durch den Angegriffenen als zweites Werkzeug (in Idealkonkurrenz mit Nötigung des Angegriffenen). **85**

An einer überlegenen Zuständigkeit des Hintermanns fehlt es, wenn dem Tatmittler keine Alternativen abgeschnitten werden und ihm auch nicht die Verantwortung für die Wahl zwischen den Handlungsmöglichkeiten genommen wird; insbesondere führt also das Schaffen bloßer Tatanreize nicht zur mittelbaren Täterschaft. Beispiele: Wer den Angreifer über das hohe Maß der zu erwartenden Abwehr täuscht, mag Teilnehmer am Angriff sein, ist aber jedenfalls nicht mittelbarer Täter der Abwehr; denn für den Angriff bleibt der Angreifer selbst vorrangig zuständig[149, 150]. Erst recht fehlt es an mittelbarer Täterschaft, wenn dem Angreifer bloß Mittel oder Ratschläge zum Angriff oder dem Angegriffenen Mittel oder Ratschläge zur Verteidigung gegeben werden.

cc) *Zuständigkeit für eine Situation, die eine eingreifende Amtshandlung rechtfertigt.* **86**
Beispiele: Eine falsche Aussage in einem Zivilprozeß täuscht den Richter über die Rechtslage; er verurteilt den Beklagten zu einer materiell nicht gerechtfertigten Zahlung; — Betrug, hier durch den rechtmäßig (prozeßordnungsgemäß) verfügenden Richter[151] (der zudem undoloses Werkzeug ist, da er die Rechtswidrigkeit der Bereicherung nicht kennt). — Eine vorsätzlich falsche Anschuldigung des mittelbaren Täters führt zu einer nach den §§ 112 ff StPO bei der gegebenen Beweislage rechtmäßigen Untersuchungshaft[152]. — Ist der Aussagende nicht vorrangig zuständig, insbesondere

---

148 Nach der hier zur Notwehr vertretenen Lösung ist Notwehr nur gegen schuldhaftes Angriffsverhalten gerechtfertigt. Nach der insoweit abweichend entscheidenden überwiegenden Ansicht geht es in der Fallgruppe um Notwehrrechtfertigung.

149 *Jescheck* AT § 62 II 3; *LK-Roxin* § 25 Rdn. 51; *Schreiber* in: Rechtfertigung S. 1151 ff, 1171 ff; jeweils mit Nachweisen; *a. A. Herzberg* Mittelbare Täterschaft S. 28 f; *Maurach-Gössel* AT II § 48 Rdn. 73.

150 Was seine eigenen Güter angeht (siehe oben 21/78)! Weiß der Täuschende, nicht aber der Angreifer, daß der Angegriffene in einer Weise, die Verantwortung ausschließt, in die Güter dritter Personen eingreifen wird, benutzt er über das insoweit undolose Werkzeug „Angreifer" das undolose, gerechtfertigte oder entschuldigte Werkzeug „Angegriffener".

151 RG 72 S. 150 f.

152 BGH 3 S. 4 ff; 10 S. 306 ff, 307. — Im Fall OLG Schleswig NStZ 1985 S. 74 f erschleicht eine zumindest formell nicht qualifizierte Person (ein Nicht-Arzt) die Stellung eines (ärztlichen) Sachverständigen und erstattet Gutachten, die zur freiheitsentziehenden Unterbringung von Personen führen: Freiheitsberaubung in mittelbarer Täterschaft; daß ein formell qualifizierter Sachverständiger (ein Arzt) ebenso gegutachtet hätte, bringt allenfalls eine Milderung der Strafe (selbst das ist zweifelhaft, siehe oben 7/92 ff, 94; *a. A.* — keine Haftung — OLG Schleswig aaO und *Otto* aaO S. 75 f); für Versuch: *Amelung* und *Brauer* JR 1985 S. 474 ff, 477.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

weil er optima fide aussagt, so scheidet mittelbare Täterschaft aus, auch bei unmoralischer Motivation; Beispiel: Die Frau zeigt ein schweres Delikt ihres Ehemannes an, um ihn für einige Jahre los zu werden[153]. — Eine wahrheitsgemäße Anzeige, die zu einer, wie der Täter weiß, rechtsbeugenden Verurteilung führt, ist Teilnahme an der Unrechtstat des Richters (wenn sie nicht nach den Regeln des Regreßverbots, unten 24/13 ff, haftungsfrei ist), nicht aber eine Tat in mittelbarer Täterschaft[154].

87 dd) Eine Behörde erteilt eine (tatbestandsausschließende oder) rechtfertigende Erlaubnis, die materiell rechtswidrig, aber bestandskräftig ist (institutionelle Zuständigkeit mag hinzukommen); — eingehender oben 16/29 ff. — Eine Privatperson wird durch Zwang oder Täuschung dazu gebracht, in die Verletzung eines disponiblen Guts tatbestandsausschließend oder rechtfertigend einzuwilligen: Der für den Zwang oder die Drohung Zuständige ist damit auch über die (wirksame!) Einwilligung für den tatbestandslosen oder gerechtfertigten Eingriff zuständig, und zwar ohne daß in seiner Person der Tatbestand ausgeschlossen wäre oder Rechtfertigung vorläge; — eingehender oben 7/117 ff, siehe auch 14/8.

ee) Nicht bei Straftaten, aber bei Ordnungswidrigkeiten, ist mittelbare Täterschaft des vorgesetzten Beamten oder Militärs durch einen *verbindlichen Befehl* an den durch Befehl gerechtfertigten Taten des Untergebenen möglich (siehe oben 16/11 ff).

4. Die mittelbare Täterschaft durch ein quasi-gerechtfertigt handelndes Werkzeug

88 a) Auch wenn ein Opfer dazu gebracht wird, in eigene, disponible Güter einzugreifen, aber in einer dem rechtfertigenden Notstand entsprechenden Proportionierung, ist derjenige, der für die Notwendigkeit des Eingriffs zuständig ist, mittelbarer Täter, obgleich die Preisgabe disponibler Güter durch den Inhaber in jeder Situation erlaubt ist. Wie bei gerechtfertigten Notstandstaten kann hier der Inhaber der Dispositionsbefugnis nur über die Verteilung des Schadens entscheiden und hat deshalb auch nur eine unterlegene Entscheidungsherrschaft, die er, zumindest solange er sich im Rahmen der Proportionierung des § 34 StGB hält, so gebraucht, wie sie auch ein Dritter an seiner Stelle bei rechtlicher Billigung gebrauchen könnte (Quasi-Rechtfertigung)[155]. — Beispiele: Nach Kaperung eines Taxis zwingt der mittelbare Täter den Eigentümer, der zugleich Fahrer ist, zu einer das Fahrzeug beschädigenden Fahrweise. — Der Lehrherr zwingt mit gewichtigen Drohungen seinen Lehrling, ein ungereinigtes Stück Darm zu essen[156].

89 b) § 34 StGB enthält mit dem Merkmal des *wesentlichen* Überwiegens des gerechtfertigten Interesses eine Grenze, die nur Grenze der zwischenmenschlichen Solidarität ist. Im Fall der Preisgabe des Guts durch den Dispositionsbefugten selbst gilt diese Beschränkung nicht; deshalb ist die Fallgruppe der mittelbaren Täterschaft bei Quasi-Rechtfertigung über § 34 StGB hinaus zu erweitern: Solange die vom Opfer praktizierte Werthierarchie überhaupt plausibel ist, liegt mittelbare Täterschaft vor[157]. Beispiel: Um eine vom mittelbaren Täter gefährdete Sache bestimmten Werts und hohen Affektionsinteresses zu erhalten, zerstört das Opfer eine Sache gleichen Werts, aber

153 *Welzel* SJZ 1947 Sp. 645 ff, 647 f; *ders.* DRZ 1950 S. 303 f; *Jescheck* AT § 62 II 3; siehe auch BGH 3 S. 111 ff, 114 f; BGH NJW 1958 S. 874; *a. A.* OLG Bamberg SJZ 1950 Sp. 207 ff mit zustimmender Anmerkung *Lange* aaO.

154 *LK-Roxin* § 25 Rdn. 64; siehe auch BGH 3 S. 111 ff (unklar S. 129, mittelbare Täterschaft?); BGH 4 S. 66 ff. — Zum Problembereich *Herzberg* Mittelbare Täterschaft S. 33 ff. — Zu dem für Denunziantenfälle seinerzeit in der britischen und französischen Zone gültigen KRG Nr. 10 siehe *v. Weber* NJW 1950 S. 35 f; *Jescheck* AT § 62 II 3.

155 Siehe auch *SK-Rudolphi* Rdn. 80 f vor § 1; *Frisch* Verhalten S. 472 ff, jeweils mit Nachweisen.

156 RG 26 S. 242 f.

157 *Jakobs* ZStW 89 S. 1 ff, 33 f; zu den nicht mehr plausiblen Umschichtungen einer Gefahr *Roxin*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

minderen Affektionsinteresses; Sachbeschädigung (§ 303 StGB) an der zerstörten Sache in rechtswidriger mittelbarer Täterschaft[158]. Hierher gehören auch die meist einer Quasi-Schuldlosigkeit zugeordneten Fälle der Nötigung zur Selbsttötung (siehe unten 21/97). Beispiel: Ein KZ-Häftling wird durch schwerste Peinigungen zur Selbsttötung getrieben[158a]: Das Opfer schichtet Güter so um, wie es noch einer plausiblen Güterverwaltung entspricht. Das gilt auch, wenn das Opfer zugunsten eines fremden Güterhaushalts in seine Güter eingreift: Da es nicht um Quasi-Schuldlosigkeit, sondern um Quasi-Rechtfertigung geht, kommt es — entsprechend § 34 StGB und anders als bei § 35 StGB — auf ein Näheverhältnis zum Begünstigten nicht an. Beispiel: Der Täter droht, er werde ein Kind töten, wenn eine dritte Person sich nicht selbst töte. Die dritte Person tötet sich oder läßt sich auf Verlangen töten: täterschaftliche Tötung durch den Drohenden (und je nach Fallgestaltung Tötung auf Verlangen, § 216 StGB, durch denjenigen, der die Tötung eigenhändig vollzieht).

c) Das Opfer gibt in dieser Fallgruppe das Gut — notgedrungen — selbst preis. Die **90** darin liegende Einwilligung ist trotz der Zwangslage wirksam[159] (oder, beim Tötungsverlangen, immerhin im Rahmen der Milderung nach § 216 StGB partiell wirksam), wie deutlich wird, wenn das Opfer eine unbeteiligte dritte Person, die auf die Zwangslage keinen Einfluß hat, um die Tat bittet (oder den Erzeuger der Zwangslage, wenn dieser den Einfluß auf die Lage verloren hat). Mittelbare Täterschaft liegt nicht etwa deshalb vor, weil das Opfer nicht wahrhaft wollte, sondern weil der mittelbare Täter für eine Lage vorrangig zuständig ist, in der das Wollen einer Güterumschichtung vernünftig ist[160].

5. Die mittelbare Täterschaft durch ein schuldlos handelndes Werkzeug

a aa) Der Verweis auf die Bedingungen der Zurechnungsunfähigkeit oder ausge- **91** schlossener Zumutbarkeit bringt — entsprechend der Lage bei Rechtfertigung — zwar eine Entlastung des schuldlos Handelnden, aber damit zugleich eine Belastung dessen, der für diese Bedingungen ausgeschlossener Schuld zuständig ist. Wer für die Bedingungen der Schuldlosigkeit eines anderen zuständig ist, haftet — sonstige Zurechnungsvoraussetzungen unterstellt — für das schuldlos vollzogene Verhalten. Diese Haftung kann allein mit den Regeln der Teilnahme und der Mittäterschaft, die bei Entschuldigung des Tatausführenden anwendbar bleiben (§ 29 StGB), nicht erledigt werden, weil bei Anwendung dieser Regeln zwar das Mitbewirken einer Tat erfaßt wird, nicht aber die vorrangige Zuständigkeit für den Grund des Schuldausschlusses. Wer die Schuldlosigkeit des Tatausführenden überlegen beherrscht, ist nicht nur Beteiligter an der Tat, sondern begeht durch die überlegene Herrschaft eine eigene, mittelbare Tat[161].

bb) Da Täterschaft zum *Unrecht* gehört, auch wenn sie durch vorrangige Zustän- **92** digkeit für die Schuldlosigkeit des Werkzeugs begründet wird, ist es irrelevant, ob der mittelbare Täter seinerseits schuldhaft handelt[162]. Es kommt nicht etwa auf die Schuld des mittelbaren Täters an, sondern auf seine vorrangige Zuständigkeit für die Bedin-

---

Honig-Festschrift S. 133 ff, 142 f; *Wolter* Objektive und personale Zurechnung S. 343 ff; *Frisch* Verhalten S. 485 f; siehe auch *Hillenkamp* Vorsatztat und Opferverhalten S. 301 f; BGHZ JR 1988 S. 199 ff; weitere Nachweise bei *Jakobs* aaO S. 15.

158 Zu den gesetzlichen Vertypungen (auch) dieser Fallgruppe, §§ 240, 253 StGB, siehe *Jakobs* JR 1987 S. 340 ff; *Timpe* Nötigung S. 31 ff.

158a OGH 2 S. 5 ff, 7.

159 Siehe oben 7/116 ff; 14/8; *a. A.* insbesondere *Herzberg* Täterschaft S. 35 ff; siehe aber auch *ders.* Mittelbare Täterschaft S. 56 f; zum Problem ferner *Roxin* Täterschaft S. 631 ff.

160 Verkannt von BGH 17 S. 359 f.

161 Zum Problembereich *Roxin* Täterschaft S. 142 ff, 208 ff, 233 ff; *Gallas* Materialien Bd. I S. 121 ff, 133 ff; *Herzberg* Täterschaft S. 13 ff, 29 ff. — Zu den gesetzlichen Vertypungen, §§ 240, 253 StGB, siehe *Jakobs* JR 1987 S. 340 ff.

162 Teilweise abweichend *LK-Roxin* § 25 Rdn. 70.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

gungen der Schuldlosigkeit des Tatausführenden (in üblicher Terminologie: auf die Tatherrschaft über die Bedingungen der Unschuld). Beispiel: Ein geisteskranker mittelbarer Täter zwingt das Werkzeug mit Todesdrohungen zu der Tötung einer dritten Person.

93 cc) Weist allein das Werkzeug die erforderlichen speziellen Täterqualifikationen auf, so hat derjenige, der das Werkzeug beherrscht, immer noch überlegene Entscheidungsherrschaft, kann aber — mangels Qualifikation — nicht Täter sein. Es bleibt allein Teilnahme.

94 dd α) Da die Schuld quantifizierbar ist, könnte man bei Beherrschung einer nur partiellen Entschuldigung von partieller mittelbarer Täterschaft sprechen. Fälle dieser Art wären etwa die Erregung eines schuldmindernden Verbotsirrtums, § 17 Satz 2 StGB, eines schuldmindernden Rauschs, § 21 StGB, oder durchschaubares Vortäuschen eines entschuldigenden Notstands, § 35 Abs. 2 StGB. Das Problem gleicht demjenigen der Abgrenzung von Mittäterschaft und Teilnahme per Gestaltungsherrschaft; auch dort findet sich die stufenlose Annäherung an das zur Täterschaft hinreichende Maß der Mitwirkung.

β) Es gibt drei Lösungsmöglichkeiten: Man kann auf überwiegende Entschuldigung abstellen[162a], oder — strenger — nur die Fälle an der Grenze zur Entschuldigung können noch zur mittelbaren Täterschaft geschlagen werden[163], oder aber — noch strenger — nur volle Schuldlosigkeit des Werkzeugs kann mittelbare Täterschaft begründen[163a]. Die letzte Lösung ist vorzuziehen. Soweit dem Tatausführenden auch nur ein Rest von Verantwortlichkeit bleibt, kann für andere Beteiligte jedenfalls bezüglich dieses Rests keine vorrangige Zuständigkeit bestehen. Deshalb passen bei dieser Lage die Konsequenzen der nicht-akzessorischen mittelbaren Täterschaft schlechter als diejenigen akzessorischer Beteiligungsformen. Die Konsequenzen mittelbarer Täterschaft sind die individualisierte Versuchsbestimmung (siehe unten 21/105) und die Täterhaftung auch ohne Gestaltungsherrschaft (siehe oben 21/66), insbesondere auch bei fehlender Täterqualifikation des Tatmittlers. Wer für eine nur partielle Schuldminderung vorrangig zuständig ist, hat nur ein Stück Herrschaft über die Entscheidung, nicht aber volle Herrschaft[164], und kann deshalb mangels einer voll *eigenen* Tat nur per *Gemeinsamkeit* mit den anderen Beteiligten *voll* zuständig werden. Einen „Täter hinter dem Täter"[165] — genauer: einen Täter hinter dem *nicht voll in der Entscheidungsherrschaft unterlegenen* Täter — kann es nicht geben (zweifelhaft). Das Problem dürfte praktisch nahezu irrelevant sein; denn eine allenfalls geringfügige Restschuld des partiellen Werkzeugs hat bei gegebener Möglichkeit, den Konflikt auf einen mittelbaren Täter zu verlagern, überhaupt keinen Bestand.

γ) Freilich ist die Beherrschung der partiellen Schuldlosigkeit im Rahmen der *Mit*täterschaft ein mitgestaltendes Moment, so daß praktisch oft täterschaftliche Haftung, aber eben nicht in Form von mittelbarer Täterschaft, sondern von Mittäterschaft, begründet werden kann.

[162a] So wohl BGH 35 S. 347 ff, 351 ff, 354: der Irrende „bei wertender Betrachtung" als Werkzeug (in dem Fall wäre Mittäterschaft zu prüfen gewesen; um einen Verbotsirrtum ging es überhaupt nicht, siehe oben 11/37); *Roxin* Täterschaft S. 610 ff; *Schaffstein* NStZ 1989 S. 153 ff, 157; *Herzberg* Jura 1990 S. 16 ff, 22 ff; noch weitergehend *Küper* JZ 1989 S. 935 ff, 947 f, dazu schon oben 21/Fn. 134.

[163] So insbesondere *Schroeder* Täter hinter dem Täter S. 120 ff; auch *Maurach-Gössel* AT II § 48 Rdn. 86; für § 17 Satz 2 StGB beim Irrtum über das „sozial Wertwidrige" auch *LK-Roxin* § 25 Rdn. 68 ff; *Roxin* Lange-Festschrift S. 173 ff, 181 f.

[163a] *Bloy* Beteiligungsform S. 347 ff mit Nachweisen; *Jescheck* AT § 62 II 5; *Stratenwerth* AT Rdn. 780.

[164] *Gallas* Materialien Bd. I S. 121 ff, 134 f.

[165] Begriff von *Kohlrausch-Lange* Anm. I B 1 vor § 47.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Die größere Rechtssicherheit dieser Lösung[166] ist ein Nebengewinn: Die Schätzung von Quantitäten, die eine exakte Bestimmung von Mittäterschaft häufig belastet, bleibt bei der mittelbaren Täterschaft bedeutungslos; hier liegt die Grenze bei der überlegenen Zuständigkeit für den *vollen* Verantwortungsverlust.

δ) Freilich ist ein Bruch zwischen dieser Lösung und der nach geltendem Recht **95** unumgänglichen Lösung zur mittelbaren Täterschaft beim unvorsätzlich handelnden Werkzeug einzuräumen[166a]: Dort kommt es auf — selbst grobe — Fahrlässigkeit beim Werkzeug nicht an. Dieser Bruch ist im Gesetz selbst angelegt; er ist eine Konsequenz des Erfordernisses einer vorsätzlichen Tat bei akzessorischen Beteiligungsformen (dagegen oben 21/72 und unten 22/17 f). — Ferner kann die Lösung für Fälle von Selbstverletzungen (unten 21/97 ff) wenig befriedigen, da eine partielle mittelbare Täterschaft dort mangels tatbestandsmäßiger Haupttat nicht als akzessorische Beteiligung aufgefangen werden kann[166b].

b) Beispielhafte Einzelfälle; es kommen alle Bedingungen ausgeschlossener Schuld **96** beim Werkzeug in Betracht, wenn der mittelbare Täter die Bedingungen seinerseits nicht nur kennt, sondern auch dafür vorrangig zuständig ist. Insbesondere sind zu nennen:

aa) Ausnutzung der — etwa elterlichen — *Autorität gegenüber einem Kind* (§ 19 StGB) oder einem nach § 3 JGG nicht reifen Jugendlichen[167]. Ist das Kind entgegen der gesetzlichen Vermutung vorzeitig zur Normerkenntnis und -befolgung reif, liegt nur Teilnahme (oder Mittäterschaft) vor[168].

bb) Vorrangige Zuständigkeit für eine nach *§ 20 StGB* Schuld ausschließende Lage. Ohne vorrangige Zuständigkeit bleibt es bei der Regelung von § 29 StGB; etwa bloßes Animieren zum völligen Sich-Berauschen begründet deshalb keine Täterschaft, wohl aber z. B. das heimliche Eingeben von Rauschmitteln. — Zum Fall der Identität von mittelbarem Täter und Werkzeug siehe oben zur actio libera in causa 17/64 ff.

cc) Vorrangige Zuständigkeit für einen *unvermeidbaren Verbotsirrtum* (§ 17 StGB) beim Tatmittler[168a]. Teils wird hier nur Teilnahme angenommen[169], da der Verbotsirrtum die Tat erleichtere, ohne den „Bestimmenden . . . zum Herrn über das Tatgeschehen" zu machen. Doch dürfte schon beim unvorsätzlichen Werkzeug und beim gerechtfertigten Werkzeug die Lage häufig so gestaltet sein, daß das Werkzeug nur seine (vermeintliche) Handlungsfreiheit gebraucht und keinem Druck zur Tat hin ausgesetzt ist. Die überlegene Entscheidungsherrschaft kann nicht nur darin bestehen, daß dem Werkzeug Alternativen faktisch abgeschnitten werden; vielmehr reicht es hin, wenn das Werkzeug für die Wahl zwischen den bestehenden Handlungsmöglichkeiten auf eine vorrangige Zuständigkeit des mittelbaren Täters verweisen kann, also seinerseits nicht mehr verantwortlich wählt.

dd) Vorrangige Zuständigkeit für eine *Notsituation nach § 35 StGB* oder für den unvermeidbaren Irrtum des Tatmittlers, eine solche Situation liege vor. Beispiele: Der mittelbare Täter zwingt das Werkzeug mit Todesdrohungen zur Tötung eines Menschen[170] oder schafft eine Lage, aus der das Werkzeug nur durch Tötung eines anderen Menschen lebend herauskommen kann[171] oder täuscht dem Werkzeug für den Fall

---

166 *Herzberg* Täterschaft S. 12 f.

166a Dazu auch *Herzberg* Jura 1990 S. 16 ff, 24.

166b *Schaffstein* NStZ 1989 S. 153 ff, 155.

167 Siehe RG 61 S. 265 ff, 267.

168 *Jescheck* AT § 62 II 4.

168a Sehr streitig; siehe *Roxin* Tatherrschaft S. 608 ff mit Nachweisen.

169 *Welzel* Strafrecht § 15 II a α.

170 RG 64 S. 30 ff, 32; im Fall RG 31 S. 395 ff, 398 (erzwungene Abtreibung) dürfte das Werkzeug bereits gerechtfertigt gewesen sein.

171 Insoweit *a. A.* (Teilnahme) *Schumann* Handlungsunrecht S. 81 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

einer Weigerung in nicht durchschaubarer Weise Todesdrohungen einer dritten Person vor. Muß der Bedrohte die Gefahr nach § 35 Abs. 1 Satz 2 StGB hinnehmen, so scheidet mangels (voller) Entschuldigung mittelbare Täterschaft aus. Beispiel: Dem Totschläger wird mit einer Anzeige und der dann gewissen Konsequenz langjähriger Freiheitsstrafe für den Fall gedroht, daß er nicht einen weiteren Totschlag begeht.

ee) Erteilen eines *militärischen Befehls* zu einer Straftat, wobei der Untergebene die Rechtswidrigkeit nicht erkennen kann und deshalb schuldlos handelt (§ 5 Abs. 1 WStG, § 11 Abs. 2 Satz 2 SoldatenG[172]; siehe oben 19/51 ff).

6. Die mittelbare Täterschaft bei Selbstverletzung eines quasi-schuldlosen Werkzeugs

97 a) Für eine Selbstverletzung gibt es mangels eines Tatbestands keine rechtliche Schuld, aber die gesetzlichen Typen der Zurechnungsunfähigkeit (§§ 19, 20 StGB, einschließlich der in § 20 StGB geregelten Unzumutbarkeit, oben 18/14 ff) geben auch bei Selbstverletzung eine Richtlinie für die Entscheidung, wann ein zurechenbares Selbstverletzungsverhalten vorliegt und wann die maßgebliche Entscheidungsherrschaft ein anderer besitzt. Fälle für eine analoge Anwendung von § 17 StGB lassen sich konstruieren, sind aber praktisch bedeutungslos[173]; eine analoge Anwendung von § 35 StGB scheidet aus, da bei der Selbstverletzung ein Konflikt gerade nicht auf fremde Personen verlagert wird[174]. Beispiele aus dem verbleibenden Bereich: Eltern bringen ein etwa 15-jähriges Mädchen durch andauernde schwere Quälerei zur Selbsttötung[175] (zudem: Tötung des Kindes durch die Eltern ist ein Pflichtdelikt, siehe unten 21/116). — Einem Geisteskranken wird so lange eingeredet, sein Leben sei lebensunwert, bis er sich selbst tötet. — Einer in Verantwortung ausschließendem Maß heroinabhängigen Person wird ohne Vorsichtsmaßnahmen Heroin zur Verfügung gestellt, das diese (was nicht erkannt wurde, aber erkennbar war) in tödlicher Dosis injiziert: Körperverletzung mit Todesfolge, § 226 StGB, in mittelbarer Täterschaft (je nach subjektiver Seite: § 229 StGB)[176].

98 b) Ob die §§ 19, 20 StGB den Maßstab angeben oder ob eine Lösung analog § 216 StGB entwickelt werden soll (auch der Zurechnungsfähige könnte dann Werkzeug sein, wenn seine Tatmotivation nicht „ernsthaft" begründet ist), ist streitig. Die erstgenannte Lösung ist vorzuziehen; denn nur wenn die Obliegenheiten zum Selbstschutz aus Gründen vernachlässigt werden, die auch bei einer Fremdverletzung Haftung

---

172 Weitergehend *Schroeder* Täter hinter dem Täter S. 131 ff.

173 Es würde sich darum handeln, daß dem Opfer vorgespiegelt wird, ein Selbstschutz werde rechtlich mißbilligt. Beispiele: Dem in Not Befindlichen wird suggeriert, eine Befreiung (nach den Regeln des rechtfertigenden Notstands) sei nicht erlaubt; vielmehr müsse der Verlust des Guts geduldet werden. — Die Witwe wird dahin beredet, sie habe sich selbst zu verbrennen. — Daß das Opfer aus *seiner* irrtümlichen Sicht davon ausgeht, ihm stehe rechtlich nicht mehr Freiheit zu, ist das Gegenstück zur Meinung des Täters im Verbotsirrtum, ihm stehe eine erweiterte rechtliche Freiheit zu.

174 Anders die weit überwiegende Ansicht, die Fälle der Art nennt, daß ein Opfer durch schwerste Quälereien in den Tod getrieben wird (*Bottke* Suizid S. 247 ff; LK-*Roxin* § 25 Rdn. 83, jeweils mit Nachweisen). Dabei geht es aber um noch plausible Güterumschichtungen, nicht um Befreiung aus Not durch Eingriffe in fremde Güter; siehe oben 21/89. Für die in § 35 StGB geregelte Eruption des Selbsterhaltungstriebs gibt es per Definition bei der Selbstverletzung keine Parallele.

175 Fall der Hildegard Höfeld; hierzu *Lange* Täterbegriff S. 32 f; *Welzel* ZStW 58 S. 491 ff, 544.

176 Siehe RG 77 S. 18 ff; OLG Celle MDR 1980 S. 74; zutreffend auf Verantwortungsausschluß abstellend OLG Stuttgart NJW 1981 S. 182 f; ungenau BGH NJW 1983 S. 264 f mit zustimmender Besprechung *Herzberg* JuS 1984 S. 937 ff und zutreffend kritischer Besprechung *Amelung* und *Weidemann* JuS 1984 S. 595 ff, 599.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

ausschlössen, ist — wie bei einer Fremdverletzung durch ein Werkzeug — eine Verlagerung der Haftung auf den Hintermann angebracht[177].

c aa) Abgesehen von den oben bezeichneten Fällen überlegener Entscheidungsherr- **99**
schaft ist für Personen, die nicht Garanten sind, die Beteiligung an einer Selbstverletzung, insbesondere einer Selbsttötung, im Ergebnis straffrei[178] (siehe oben 21/56 ff und die dortigen Verweisungen).

bb) Strafbarkeit wird insbesondere für Fälle behauptet, in denen der Mitwirkende Garant ist[179], und zwar an sich zu Recht, wenn ein Wertungswiderspruch vermieden werden soll. Soweit hiergegen vorgebracht wird, damit werde die Lösung für aktives Tun unzulässig verfälscht[180], so trifft das nicht zu, denn es gibt keinen Satz des Inhalts, die Maximen der Unterlassungshaftung seien weniger verallgemeinerungsfähig als diejenigen der Begehungshaftung[181]. Freilich dürfen Garantenstellungen nicht ohne Prüfung ihrer Funktion auf Selbsttötungsverhütung erstreckt werden. Kann aber eine Garantenstellung auch gegen den Willen des Geschützten angenommen werden (etwa bei dessen voller oder partieller, dauernder oder temporärer Zurechnungsunfähigkeit), so wird es sich meist um ein Pflichtdelikt handeln (bei institutioneller Zuständigkeit; zur Organisationszuständigkeit gegen den Willen des Geschützten unten 29/56). Es ist aber verfehlt, Garantenstellungen wie Ehe oder Arztvertrag[182] ohne weiteres auf die

---

177 *Bottke* Suizid S. 247 ff mit Nachweisen; *ders.* GA 1983 S. 26 ff, 30 ff; *Arzt-Weber* BT I Rdn. 199 ff; *a. A.*, jeweils mit diversen Differenzierungen, *Herzberg* JA 1985 S. 336 f; *Frisch* Verhalten S. 165 ff (Verantwortlichkeit als „reiner Funktionsbegriff". — Schief ist das Argument S. 175, selbst bei Vermögensdelikten reiche jede verfügungsrelevante Täuschung — Betrug, oder reiche Not weit unterhalb von § 35 StGB — Erpressung; denn daß es — vermeintlich — quasigerechtfertigt ist, in solchen Lagen über Vermögen zu verfügen, besagt nichts über die rechtliche Richtigkeit oder Verständlichkeit einer „Verfügung" über das Leben); *Neumann* JA 1987 S. 244 ff, 251 ff; *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 36 vor § 211. — Das Argument, § 20 StGB beziehe sich auf Fälle von Fremdverletzung, verschlägt nicht: § 216 StGB bezieht sich ebenfalls darauf. Relevant ist einzig, daß es um eine mittelbare Täterschaft geht, und diese richtet sich auch bei Fremdverletzung nicht nach § 216 StGB. Zudem kann § 216 StGB auch dahin interpretiert werden, daß *nicht nur* bei ernstlichem Verlangen privilegiert wird, sondern bei jeder gültigen Einwilligung und daß mehr (völlige Straffreiheit) auch nicht bei ernstlichem Verlangen in Betracht kommt. — Einen „Hauptfall" der Gegenansicht bildet der Betrunkene (wenn auch noch Zurechnungsfähige) im „heulenden Elend", den jemand „durch gezielte Giftverschaffung im Suizid enden läßt" (*Herzberg* aaO): straflose Beihilfe zur tatbestandslosen Haupttat, allenfalls ein Fall von § 323 c StGB durch Begehen, solange beim rasenden (zurechnungsfähigen!) Betrunkenen, den jemand durch gezielte Giftverschaffung als Mörder enden läßt, allenfalls Beihilfe zum Mord vorliegt. — Weiterhin werden Fälle angeführt, in denen eine unheilbare Krankheit vorgespiegelt wird, woraufhin der vermeintlich Erkrankte sich umbringt etc. Diese Fälle können zur mittelbaren Täterschaft bei rechtfertigungsähnlichen Lagen gehören, oben 21/89. Jedenfalls wäre es ungereimt, jeden, der einem anderen ein drohendes Übel so vortäuscht oder eine für den anderen bestehende Konfliktlage so ausnutzt, daß dieser sich umbringt, wegen vorsätzlicher Tötung haften zu lassen (§ 323 c StGB mag anwendbar bleiben): Die Befreiung aus dem Konflikt durch einen Eingriff in *fremde* Güter führt ja jenseits der §§ 34, 35 StGB auch nicht zur mittelbaren Täterschaft. — Uferlos ausweitend *Herzberg* Täterschaft S. 39 f; siehe die Kritik bei *Roxin* Täterschaft S. 632 ff; *Roxin* nahm ehemals in Täuschungsfällen („Betrug ums Leben") selbst in weitem Umfang mittelbare Täterschaft an, Täterschaft S. 227 ff; ebenso *Meyer* Ausschluß S. 233 ff; *Neumann* aaO; — siehe zum Problemkreis auch *Schroeder* Täter S. 91 f.

178 RG 70 S. 313 ff, 315; BGH 2 S. 150 ff mit Anmerkung *Gallas* JZ 1952 S. 371 ff; BGH 32 S. 262 ff, 263 ff (mit unten 21/Fn. 207 genannten Anmerkungen); *Jescheck* AT § 62 II 1.

179 *Geilen* JZ 1974 S. 145 ff; *Herzberg* Unterlassung S. 266; *ders.* ZStW 91 S. 557 ff; *ders.* JuS 1984 S. 937 ff.

180 *Roxin* Dreher-Festschrift S. 331 ff, 348; *Hirsch* JR 1979 S. 429 ff, 432, jeweils mit ausführlichen Nachweisen.

181 Insoweit wie hier *Herzberg* ZStW 91 S. 557 ff, 567.

182 Dazu unten 29/Fn. 141, dort auch zur Rechtsprechung; siehe auch 29/Fn. 132.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Pflicht zur Verhütung nicht quasi-gerechtfertigter oder quasi-schuldloser Selbsttötungen zu erstrecken.

Soweit die Selbsttötung ein Unglücksfall ist, bleibt — bei Begehung wie Unterlassung — die Möglichkeit einer Haftung aus § 323 c StGB; das ist insbesondere der Fall, wenn sie aus einem psychischen Unglück hervorgeht (Irrtum, Depression etc.).

7. Weitere Fallgruppen?

100 Teilweise wird die mittelbare Täterschaft weit über den hier bislang angesprochenen Rahmen ausgedehnt.

a) Das gilt zunächst für die *subjektive Theorie*, für die von ihren Prämissen her die Zurechnungslage beim Tatausführenden gleichgültig ist; der Täter hinter dem Täter wird zum geläufigen Begriff[183]. — Zur Kritik siehe oben 21/27 ff.

101 b) *Roxin* will mittelbare Täterschaft (aa) beim *Irrtum über den „konkreten Handlungssinn"* anerkennen: Der Tatbestand als „abstrakt-begriffliches Gebilde"[184] erfasse nicht das im konkreten Fall für die Beteiligten an der Tat Relevante; aber auch eine Täuschung über dieses Relevante — etwa durch Erregen eines error in persona vel objecto — verleihe dem Täuschenden Herrschaft (siehe das sogleich 21/102 folgende Beispiel[185]). In der Tat wird der reale psychische Tatanreiz in den gemeinten Fällen vom Täuschenden manipuliert. Da es aber, wie dargelegt, nicht um die Stärke des Drangs zur Tat, sondern um Verantwortungsbereiche geht, scheidet mittelbare Täterschaft aus. Zudem ist ein Irrtum über den „konkreten Handlungssinn" ein nicht präzisierbarer Unterfall des — unbestritten — irrelevanten Motivirrtums; Beispiel: Der Täter zerstört einen Tresor in der von einer dritten Person listig erregten Hoffnung, viel Geld vorzufinden; der Tresor ist leer; — trotz Zweckverfehlung volle Haftung für vollendete Sachbeschädigung (§ 303 StGB) und versuchten Diebstahl (§§ 22, 242 StGB). — (bb) Ferner soll die vorrangige Zuständigkeit für einen Risikoirrtum zur mittelbaren Täterschaft führen: Jemand redet wider besseres Wissen dem Ausführenden ein, die Erfolgsgefahr sei gering (sie bleibt aber hoch genug für einen Vorsatz des Ausführenden); der Ausführende würde bei voller Kenntnis nicht handeln[186]. Auch hier treten Annahmen zur Stärke des Tatantriebs und zur Gruppendynamik an die Stelle der Klärung von Verantwortungsbereichen.

102 c) Die Möglichkeit einer mittelbaren Täterschaft ohne überlegene Zuständigkeit wird teils für die Fälle der *„Benutzung eines Tatentschlossenen"* bejaht[187]. Beispiel[188]: Das ausersehene Opfer weiß, daß es vom Täter ermordet werden soll; es lockt zur Tatzeit ein anderes Opfer an den vorgesehenen Tatort. Der Täter tötet im error in persona den anderen. — Eine Haftung läßt sich jedoch nur aus Teilnahme und — bei weiterer Mitgestaltung — Mittäterschaft herleiten. Daß der Beteiligte das Ob der Tat

---

183 *Baumann-Weber* AT § 36 I 4; BGH 18 S. 87 ff, 89 (bezüglich des lenkenden Chefs eines Geheimdienstes).

184 Täterschaft S. 214, 610 ff; kritisch hierzu insbesondere *Welzel* Strafrecht § 15 II 4 b; hierzu wiederum *Roxin* Täterschaft[2] S. 616 ff; *ders.* Lange-Festschrift S. 173 ff, 184 f; — *Roxin* hat seine Ansicht für das Bewirken einer Selbsttötung durch Beherrschen eines Irrtums über den konkreten Handlungssinn preisgegeben, NStZ 1984 S. 71 ff, 72.

185 Weitere Beispiele bei *Roxin* Täterschaft S. 212; siehe ferner oben 21/Fn. 142 zu der Entscheidung BGH GA 1986 S. 508 f.

186 *Roxin* Täterschaft S. 220 f.

187 Ausführlich mit Nachweisen *Schroeder* Täter hinter dem Täter S. 143 ff; *Maurach-Gössel* AT II § 48 Rdn. 86; *Spendel* Lange-Festschrift S. 147 ff, 160 ff, 168 ff; *M.-K. Meyer* Ausschluß S. 99 ff, 101; wie hier *Bloy* Beteiligungsform S. 358 ff.

188 „Dohna-Fall", zurückgehend auf *Dohna* Übungen im Strafrecht[3], 1929, Fall 36 S. 93 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

ermöglicht, verschlägt nichts: Dieses Ermöglichen leistet jeder Beteiligte, der notwendig ist (jeder notwendige Gehilfe ermöglicht die Tat)[189].

103 d) Mittelbare Täterschaft wird ferner verbreitet bei der *Benutzung „organisatorischer Machtapparate"*[190] angenommen, insbesondere im Blick auf die Tötungen der Juden und Regimegegner in der nationalsozialistischen Zeit: Der „Schreibtischtäter" soll mittelbarer Täter sein[191]. Zwar läßt sich bei Betrachtung der Gruppendynamik an einer Überlegenheit der Personen, die Judentötungen etwa im Reichssicherheitshauptamt anordneten, nicht zweifeln. Die Annahme mittelbarer Täterschaft ist jedoch ebenso überflüssig wie schädlich. Überflüssig ist sie, weil die subjektive Theorie mit der objektiven Überlegenheit nur die Basis zur Konstruktion eines sowieso irrelevanten Täterwillens schafft, während die Tatherrschaftslehre in der Version, daß Beiträge *nach* Versuchsbeginn nötig sind, diese ihrerseits unnötige Restriktion durch mittelbare Täterschaft wieder beseitigt. Nach der hier vertretenen Ansicht ist *Mit*täterschaft im Regelfall problemlos; ansonsten bleibt Anstiftung. Schädlich ist die Konstruktion einer mittelbaren Täterschaft, weil sie die bei den Taten zur Zeit des nationalsozialistischen Regimes keineswegs nur erzwungene organisatorische Verbindung aller Beteiligten zu einem gemeinsamen Tun verdeckt: Nur durch die Gemeinsamkeit von Anordnenden und Ausführenden kann eine einzelne Tat des Ausführenden als Beitrag zu einer mehrere Ausführungshandlungen umfassenden Einheit interpretiert werden.

104 e) Schließlich soll mittelbare Täterschaft einer Person mit Täterqualifikation durch Benutzung eines dolosen, aber aus subjektiven oder objektiven Gründen nicht als Täter qualifizierten Ausführenden möglich sein. Es geht um den Fall des *absichtslos dolosen „Werkzeugs"*; Beispiel: Jemand läßt sich in Zueignungsabsicht von einem Bösgläubigen, der aber ohne Zueignungsabsicht handelt, eine Sache durch Wegnahme beschaffen[192]; — kein Diebstahl in mittelbarer Täterschaft, sondern Teilnahme: Es reicht hin, wenn einer aus dem Kollektiv sich zueignen will und wenn die anderen das wissen (siehe oben 8/41). — Genannt wird ferner ein *qualifikationslos doloses „Werkzeug"*; Beispiel: Auf Veranlassung des buchführenden Beamten (Intraneus) schreibt ein Nichtbeamter (Extraneus) eine Falschbeurkundung als Erklärung des Beamten nieder[193]; — Falschbeurkundung im Amt in mittelbarer Täterschaft? Teilnahme scheidet mangels tatbestandsmäßiger Haupttat aus; Täterschaft des Qualifizierten ist nach allgemeinen Regeln

---

189 Abweichend *Welzel* Strafrecht § 15 V: Nebentäterschaft; ebenso *Zipf* ÖJZ 1975 S. 617 ff, 619.

190 Auch dahin läßt sich BGH 18 S. 87 ff, 89 verstehen. — Die variantenreich vorliegenden Begründungen für mittelbare Täterschaft überzeugen allesamt wenig. Teils wird auf die praktische Austauschbarkeit der Ausführenden abgestellt; aber bei den nationalsozialistischen Gewalttaten waren *alle* Ausführenden nicht *gleichzeitig* austauschbar und die Austauschbarkeit *einzelner* (oder die *sukzessive* Austauschbarkeit aller) Mitwirkender ist bei Beteiligung keine Besonderheit (im Stachinskij-Fall war der Ausführende wahrscheinlich überhaupt nicht austauschbar). Teils wird die Tatentschlossenheit der Ausführenden herausgestrichen; — aber eine unabhängige Tatentschlossenheit (siehe oben 21/102) dürfte der Mehrzahl der Tatausführenden in der nationalsozialistischen Zeit (wie auch Stachinskij) durchaus gefehlt haben; ein selbständiger Entschluß widersprach dem „Führerprinzip". Auch ist ganz unklar, auf welcher Höhe der Hierarchie der mittelbare Täter angesiedelt werden soll: nur der „Führer", der zuständige Minister, der Abteilungsleiter im Reichssicherheitshauptamt etc. bis hinab zum Leiter eines Exekutionskommandos? *Wer* zwischen Spitze und Ausführenden mittelbarer Täter sein soll, bleibt offen. — Gegen diese Einwände *Roxin* Täterschaft S. 642 f.

191 *Roxin* GA 1963 S. 193 ff, 200 ff; *ders.* Täterschaft S. 242 ff; *ders.* Lange-Festschrift S. 173 ff, 192 f; *LK-Roxin* § 25 Rdn. 88 ff; *Maurach-Gössel* AT II § 48 Rdn. 88; *Schroeder* Täter hinter dem Täter S. 166 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 790 f; *Herzberg* Täterschaft S. 41 ff; *Schumann* Handlungsunrecht S. 75; teils abweichend *Schmidhäuser* AT 14/50; *a. A. SK-Samson* § 25 Rdn. 36; *Jescheck* AT § 62 II 8; *M.-K. Meyer* Ausschluß S. 103 f. — Siehe auch *Jäger* Verbrechen unter totalitärer Herrschaft S. 166 ff.

192 RG 39 S. 37 ff.

193 RG 28 S. 109 f, 110.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

(Mitgestaltung) möglich; problematisch sind allein die Fälle, in denen der Qualifizierte nach allgemeinen Regeln nur Teilnehmer ist.

Das Problem ist durch die Entwicklung der Pflichtdelikte, bei denen der Pflichtige (Intraneus) auch bei geringfügigem Beitrag (oder per Unterlassung) Täter ist (weil er immer voll zuständig ist), zum Teil hinfällig geworden[194]. Jenseits der Pflichtdelikte und jenseits des Fehlens von Tatherrschaft beim Qualifizierten läßt sich strafrechtliche Haftung nicht begründen: Der Extraneus oder der absichtslos Handelnde vollzieht die Tathandlung, ist aber mangels deliktsspezifischer Täterqualifikation nicht Täter eines Delikts, und der Intraneus oder mit Absicht Handelnde begeht nicht täterschaftlich, sondern beteiligt sich nur. Der Einwand, daß es der Qualifizierte oder absichtlich Handelnde kraft dieser Auszeichnungen in der Hand habe, ob es überhaupt zu einem deliktischen Geschehen komme[195], ist ein Zirkel: Daß ein deliktisches Geschehen überhaupt vorliegt, entbehrt jeder Begründung. Mittelbare Täterschaft scheidet also aus[196].

C. Die Konsequenzen der mittelbaren Täterschaft

105 1. Der mittelbare Täter begeht durch das Werkzeug *eine eigene Tat.* Die Tathandlung ist mit dem Abschluß der Einwirkung auf das Werkzeug abgeschlossen, wenn nicht ausnahmsweise noch weitere Lenkungsmaßnahmen vorgesehen sind (etwa wenn das Opfer vom mittelbaren Täter dem Werkzeug noch zugetrieben werden soll). Deshalb liegt im Regelfall — anders als bei der (akzessorischen) Mittäterschaft — mit dem Abschluß der Einwirkung ein beendeter *Versuch* des mittelbaren Täters vor; das unmittelbare Ansetzen zum Abschluß ist dementsprechend der Versuchsbeginn. Wird nicht auf das Werkzeug eingewirkt, sondern nur auf die Lage, in der es sich befindet (der Täter installiert eine Straßensperre, in die ein ahnungsloser Kraftfahrer mit der Folge seines Todes fahren soll[197]), so entscheidet der Zeitpunkt, in dem die Lage geschaffen wird[198]. — Zu den Fällen, in denen dem Täter eine Revokationsmöglichkeit bleibt, siehe unten zum beendeten Versuch 25/73 ff. — Im Schrifttum wird teils darauf abgestellt, ob das Geschehen aller Beteiligter zusammengenommen als unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung (§ 22 StGB) zu werten ist, was praktisch meist

---

194 Siehe unten 21/115 ff; *Roxin* Täterschaft S. 654 ff mit Nachweisen.

195 *Gallas* Materialien Bd. I S. 121 ff, 135 f, 136.

196 *Stratenwerth* AT Rdn. 793 bis 801 (die Konstruktion einer Anstiftung ohne Haupttat hat *Stratenwerth* aufgegeben, Rdn. 797); *SK-Samson* § 25 Rdn. 34 ff; *Roxin* Täterschaft S. 643 ff; *LK-Roxin* § 25 Rdn. 91 ff; *Herzberg* Täterschaft S. 31 ff; — *a. A. Gallas* Materialien Bd. I S. 121 ff, 135 f; *Jescheck* AT § 62 II 7; *Welzel* Strafrecht § 15 II 3 („soziale Tatherrschaft" beim Intraneus).

197 Siehe auch RG 66 S. 141 ff.

198 Sehr streitig; wie hier *Roxin* Maurach-Festschrift S. 213 ff, 227 ff mit zutreffenden Modifizierungen für die Fälle, in denen der mittelbare Täter das deliktische Geschehen in seinem Herrschaftsbereich hält; *ders.* JuS 1979 S. 1 ff, 11 f; *Herzberg* JuS 1985 S. 1 ff, 6 ff; *Jescheck* AT § 62 IV 1; *SK-Rudolphi* § 22 Rdn. 20 f; *Meyer* ZStW 87 S. 598 ff, 608; *Schilling* Verbrechensversuch S. 11 ff, 32 ff, 104 ff und passim mit umfassenden Nachweisen (freilich unter verfehlter Gleichsetzung von Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft). Ebenso auch die überwiegende Rechtsprechung; BGH 4 S. 271 ff, 273; 30 S. 363 ff; BGH NStZ 1986 S. 547; OGH 2 S. 5 ff, 7 f; auch schon RG 66 S. 141 ff, 142; siehe aber auch RG 45 S. 282 ff, 285 f; BayObLG NJW 1988 S. 1401. Hauptsächlich wie hier auch *Puppe* JuS 1989 S. 361 ff, 362 ff, die freilich den Versuchs*beginn* früher ansetzt. — Teils wird differenziert, ob das Werkzeug unvorsätzlich handelt (dann wie hier) oder vorsätzlich (dann wie bei Mittäterschaft); so *Welzel* Strafrecht § 24 III 5. Bei einer Bestimmung der mittelbaren Täterschaft, die, wie hier geschehen, streng an den rechtlich bedeutsamen Verantwortungsverlust beim Werkzeug gebunden ist, besteht für diese Differenzierung kein Anlaß. Freilich wäre eine solche Differenzierung bei Anerkennung eines vorsätzlichen und verantwortlichen „Werkzeugs" sinnvoll.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

auf eine Entscheidung nach dem Verhalten des Werkzeugs hinauslaufen dürfte[199]. Dieser Lösung ist nur für diejenigen Fälle der Benutzung eines unvorsätzlich handelnden Werkzeugs zu folgen, die sachlich Teilnahme an unvorsätzlichem Tun sind (siehe oben 21/72).

2. Ein *Individualisierungsirrtum* des Ausführenden kann je nach Fallgestaltung auch **106** für den mittelbaren Täter ein bloßer Individualisierungsirrtum sein. Zwar ist der Tatmittler in dem seine Unterlegenheit bestimmenden Moment (die Unvorsätzlichkeit, die Schuldlosigkeit etc.) als ein Werkzeug zu behandeln wie etwa ein mechanisches Werkzeug; d. h. aber nicht, jedes Fehlgehen des Einsatzes sei für den mittelbaren Täter aberratio ictus wie beim Fehlgehen eines mechanischen Werkzeugs; denn soweit das menschliche Werkzeug — sei es auch unverantwortlich — vorsätzlich handelt, führt es ein Programm des mittelbaren Täters durch, und es kommt — wie bei Mittäterschaft — darauf an, ob es sich an das vereinbarte (oder auch oktroyierte) Programm hält oder nicht. Ansonsten wäre die mittäterschaftliche Haftung unverständlicherweise weiter als die bei mittelbarer Täterschaft. Deutlich wird dies, wenn der mittelbare Täter dem Werkzeug die Konkretisierung des Opfers überläßt und das Werkzeug dann bei dem von ihm individualisierten Menschen trotz programmgemäßen Verhaltens einem error in persona unterliegt. Ein Widerspruch zur „Einzellösung" beim Versuch ist dies nicht, da es beim Versuch um die definitive Bestimmung des Ob der Tat geht, hier aber um die Individualisierung des Opfers, die der mittelbare Täter mit der definitiven Bestimmung des Ob noch nicht geleistet hat. Beispiel: Das in qualifizierter Weise genötigte Werkzeug erschießt instruktionsgemäß einen bestimmt beschriebenen Mann in einer bestimmten Wohnung; das Opfer ist nicht — wie vom mittelbaren Täter erwartet — der Hausherr, sondern der ihm ähnliche Hausfreund; — volle Haftung des mittelbaren Täters.

Auch bei unvorsätzlich handelndem Werkzeug kann der mittelbare Täter trotz eines Individualisierungsirrtums für vorsätzliche Vollendung haften, wenn das Werkzeug immerhin das Angriffsobjekt vorsätzlich aussuchen soll und sich im Rahmen des vereinbarten Programms hält. Beispiel: Eine Krankenschwester soll einem bestimmt individualisierten Patienten in einem bestimmten Bett eine — wie sie nicht weiß — tödliche Injektion verabreichen; auf Grund eines Irrtums der Verwaltung liegt im Bett des ausersehenen Opfers mittlerweile eine andere Person, auf die alle vereinbarten Individualisierungsmerkmale aber gleichfalls zutreffen. Diese Person wird getötet. — Bei der Konkretisierung handelt die Krankenschwester sehr wohl vorsätzlich und im Rahmen des verabredeten Plans; deshalb haftet der mittelbare Täter für die Vollendung[200].

3. Da die Bestimmung von Täterschaft Bestimmung von Unrecht ist, muß jeder **107** Täter einer Vorsatztat *die Umstände kennen, die ihn zum Täter machen* (§§ 15, 16 StGB), also bei der mittelbaren Täterschaft, daß er Umstände setzt, die ein verantwortliches (oder bei Bewirken von Selbstverletzung: quasi-verantwortliches) Verhalten des Werkzeugs ausschließen. Den Verantwortungsausschluß selbst muß er nicht kennen:

---

199 So — im einzelnen sehr differenzierend — *Kadel* GA 1983 S. 299 ff, 307; *Küper* JZ 1983 S. 361 ff, 369; *Küpper* GA 1986 S. 347 ff, 447; *Blei* AT § 72 II 4; *Schönke-Schröder-Eser* § 22 Rdn. 54; *LK-Vogler* § 22 Rdn. 96 ff, 101; *Maurach-Gössel* AT II § 48 Rdn. 112; *Stratenwerth* AT Rdn. 836 ff; *Dreher-Tröndle* § 22 Rdn. 18, jeweils mit Nachweisen.

200 Wie hier *Schönke-Schröder-Cramer* § 25 Rdn. 52 f; ähnlich die Lösung, die nur bei unvorsätzlichem Werkzeug aberratio ictus annimmt; *Welzel* Strafrecht § 13 I 3 d γ; *Wessels* AT § 13 III 4; stets für aberratio ictus, aber in deren Wirkung differenzierend (bei nicht höchstpersönlichem Rechtsgut: Vollendung) *Hillenkamp* Vorsatzkonkretisierungen S. 68 ff, 102 f, 112 ff, 126; siehe auch *Schreiber* JuS 1985 S. 873 ff, 877.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Dieser ist die strafrechtliche Formulierung einer für die Zurechnung relevanten Überlegenheit über das Werkzeug. Dementsprechend ist auch irrelevant, wie das Werkzeug selbst seine Verantwortlichkeit einschätzt. — Nimmt der Beteiligte eine Täterschaft begründende Lage irrig an, so führt dies allenfalls — bei Versuchsbeginn — zum täterschaftlichen Versuch (gegebenenfalls neben fahrlässiger Vollendung); kennt der Beteiligte die mittelbare Täterschaft begründende Lage nicht, bleibt es bei einem Versuch akzessorischer Beteiligung (Mittäterschaft oder Teilnahme), neben den bei Vollendung fahrlässige Täterschaft treten kann. Beispiel: Der Beteiligte weiß nicht, daß seine mäßig gemeinte Nötigung zur Tat vom Ausführenden unvermeidbar irrig als Todesdrohung verstanden wird. — Ausführlich zu den Fällen des Irrtums über eine Beteiligtenrolle unten 24/1 ff.

108 4. Der *Strafrahmen* für ein Verhalten in mittelbarer Täterschaft ist derselbe, der bei eigenhändiger Täterschaft oder Mittäterschaft angewendet wird. Das positive Recht erfaßt jedoch einige Fälle als mittelbare Täterschaft in Gestalt der Benutzung eines unvorsätzlich handelnden Werkzeugs, die sachlich Teilnahme an unvorsätzlicher Tat sind. Soweit es sich bei dieser als mittelbare Täterschaft erfaßten Teilnahme um Beihilfe handelt, ist der Strafrahmen in analoger Anwendung von § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB herabzusetzen.

VII. Die Tatbestände der Täterschaft bei Herrschaftsdelikten, Schluß

Literatur

H. Bindokat „Fahrlässige Mittäterschaft im Strafrecht", JZ 1979 S. 434 ff; *ders.* Fahrlässige Beihilfe, JZ 1986 S. 421 ff; *R. P. Dach* Anmerkung zu BGH 32 S. 262 ff, NStZ 1985 S. 24 f; *D. Dölling* Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984 S. 71 ff; *M. Fincke* Der Täter neben dem Täter, GA 1975 S. 161 ff; *W. Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *K. H. Gössel* Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB, Lange-Festschrift S. 219 ff; *R. D. Herzberg* Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt, JA 1985 S. 131 ff, 177 ff, 265 ff, 336 ff; *E. Horn* Anmerkung zu BGH 32 S. 262 ff, JR 1984 S. 513 f; *D. Kienapfel* Anmerkung zu BGH 32 S. 262 ff, JZ 1984 S. 251 f; *F. Loos* Anmerkung zu BGH JR 1982 S. 341, aaO S. 342 f; *M.-K. Meyer* Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984; *H. Otto* Selbstgefährdung und Fremdverantwortung — BGH NJW 1984, 1469, Jura 1984 S. 536 ff; *C. Roxin* Anmerkung zu BGH 32 S. 262 ff, NStZ 1984 S. 411 f; *B. Schünemann* Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln? NStZ 1982 S. 60 ff; *H. Schumann* Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; *R. Seebald* Teilnahme am erfolgsqualifizierten und am fahrlässigen Delikt, GA 1964 S. 161 ff; *U. Stein* Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988.

A. Die Nebentäterschaft

109 Begehen mehrere Personen unabhängig voneinander je eine Tat, so können die Täter als *Nebentäter*[201] bezeichnet werden, um zu verdeutlichen, daß isolierte Taten vorliegen und es an einer Beteiligung fehlt. Beispiel: Zufällig gleichzeitig versuchen zwei Täter je an einer Ecke ein und dasselbe Haus in Brand zu setzen. Der Begriff des Nebentäters hat nur einen negativen Inhalt: Es fehlt an Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft oder Teilnahme; die Verwendung des Begriffs bringt also nur dann eine Information, wenn dieses Fehlen einer Verbindung einen Vermerk verdient (es wäre nichtssagend, von Charlotte de Corday und einem Warenhausdieb zu vermerken, sie

201 Zum Problemkreis siehe *Fincke* GA 1975 S. 161 ff, insbesondere auch zum Strafantrag, zur Einziehung und zur prozessualen Behandlung (je isoliert); *LK-Roxin* § 25 Rdn. 160 f; *Jescheck* AT § 63 II 3; RG 19 S. 141 ff, 144 f; 55 S. 78 f, 79; 68 S. 251 ff, 256.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

seien Nebentäter). — Bemerkenswert ist die Nebentäterschaft insbesondere, wenn *ein* deliktischer Erfolg durch ein nicht koordiniertes Handeln mehrerer Personen herbeigeführt wird; in der Regel dürfte nur beim zuletzt Handelnden täterschaftliche Vollendung gegeben sein, da das Auftreten eines weiteren Täters nur selten zum Risiko der Handlung des ersten Täters gehören dürfte (siehe oben 7/28, 72 ff). Beispiel[202]: Ein Täter schlägt mit Tötungsvorsatz das Opfer nieder und entfernt sich; ein anderer Täter bringt danach dem Opfer seinerseits Verletzungen bei; tödlich ist die Summe der Verletzungen. Bemerkenswert ist Nebentäterschaft auch, wenn mehrere Personen ohne Koordination für sich schon deliktische Teilstücke eines mehraktigen Delikts vollziehen, wobei das mehraktige Delikt mangels Verbundenheit der Beteiligten nicht verwirklicht wird. Beispiel: Jemand schlägt ein Opfer bewußtlos (Körperverletzung, § 223 StGB; zugleich Gewaltanwendung); ein anderer findet das Opfer und bestiehlt es (§ 242 StGB); kein Raub (§ 249 StGB).

B. Die Beteiligungsformen der Teilnahme

Die bezeichneten Formen der (versuchten) Beherrschung einer Erfolgsherbeiführung treten alle auch bei der (versuchten) Bewirkung eines Teilnahmeerfolgs auf: Es gibt alleinige Anstiftung (Beihilfe) und Mitanstiftung (Mitbeihilfe); Beispiele: Zwei Personen reden verabredungsgemäß auf den als Täter Ausersehenen ein, bis er die Tat begeht; zwei Mechaniker bauen für den Täter gemeinsam das Tatwerkzeug. Möglich ist auch mittelbare Anstiftung (Beihilfe); Beispiel: Jemand nötigt den Gehilfen unter schwersten Drohungen, die vom Täter zu vernichtende Urkunde (§ 274 StGB) aus einem Panzerschrank zu holen. Schließlich kann Nebenanstiftung (Nebenbeihilfe) vorliegen; Beispiel zur Nebenbeihilfe: Ein Beteiligter borgt dem Täter die zur Tat erforderliche Gesichtsmaske; unabhängig davon gibt ihm ein anderer die Tatwaffe. — Zu haften ist in allen genannten Fällen nur für Teilnahme, denn die Herrschaft erstreckt sich nur auf ein Teilnahmeverhalten. **110**

C. Die Beteiligung bei Fahrlässigkeit

1. Bei Fahrlässigkeit[202a] fehlt die Kenntnis vom Erfolgsbezug der Handlung. Beim Zusammenwirken mehrerer Personen kann demnach die Verschachtelung von Aktionen, also die Einpassung einer Aktion in die Aktion eines anderen, nur das Verhalten ohne den Erfolgsbezug betreffen: Bei (höchstens) allseitiger Fahrlässigkeit ist keinem Beteiligten klar, wie die Sache schließlich ausgeht. Das Gesetz verzichtet deshalb überhaupt auf eine Abstufung der Beteiligungsformen und behandelt alle fahrlässigen Verursachungen oder (bei Unterlassung) Nichthinderungen eines Erfolgs gleich. Die übliche Formulierung, jeder sei Täter, ist mißverständlich: Die Arten der Verursachung (selbst, durch andere, mit anderen, teilnehmend) werden nicht differenziert, vielmehr werden alle Beteiligten uniformiert. Das Ergebnis mag man Täterschaft im Sinn der Fahrlässigkeitsdelikte nennen[203]. **111**

Die Uniformierung betrifft nur die Art der Verursachung, nicht aber sonstige deliktsspezifische Tätermerkmale des fahrlässigen Delikts, wie etwa, je nach Delikt, Eigenhändigkeit, spezielle subjektive Tätermerkmale oder Sonderpflichten. Beispiel zu § 163 StGB: Das fahrlässige Bewirken einer fahrlässigen oder gar unvermeidbaren Falschaussage eines anderen ist straffrei[204].

202 Siehe BGH NJW 1966 S. 1824 f.

202a Es sind auch Fälle teils fahrlässiger und teils vorsätzlicher Beteiligung an *einem* Verhaltensvollzug möglich; dazu oben 21/45.

203 BGH 4 S. 20 ff, 21; 7 S. 112 ff.

204 *LK-Roxin* § 25 Rdn. 158; *Schönke-Schröder-Cramer* § 25 Rdn. 60.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

112 Da auch ohne Kenntnis der Erfolgsbezogenheit immerhin die Verhaltensweisen verschachtelt werden können, sind eine Ordnung der Beteiligungen nach ihrem Rang (vorrangige Zuständigkeit bei mittelbarer Täterschaft) und eine Stufung der im gleichen Rang zu behandelnden Beteiligungen (nach Täterschaft und Teilnahme) möglich[205]; freilich bleibt das bei *Fremd*verletzung ohne positivrechtliche Auswirkung. Beispiele (bei sämtlichen Beteiligten soll nur Fahrlässigkeit vorliegen): Jemand wirft selbst ein Brett aus dem Fenster auf die Straße, ein Passant wird verletzt (analog § 25 Abs. 1, 1. Fallgruppe StGB), bringt einen anderen durch qualifizierte Nötigung zum Wurf (analog § 25 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB), wirft zusammen mit einem anderen (analog § 25 Abs. 2 StGB), rät zu dem Wurf (analog § 26 StGB) oder öffnet das Fenster zu dem Wurf eines anderen (analog § 27 StGB). — Die Möglichkeit von Rängen und von Stufungen innerhalb eines Rangs wird bei erfolgsqualifizierten Delikten deutlich, soweit sich auf die Folge nur Fahrlässigkeit bezieht (§ 18 StGB): Hier ist das fahrlässig erfolgbringende Geschehen zum Teil seinerseits als Vorsatzdelikt ausformuliert; im Grunddelikt werden demgemäß die Beteiligungsformen differenziert; bei der Erfolgsqualifizierung wird diese Differenzierung bedeutungslos.

113 2. Praktisch wichtig und der Sache nach anerkannt sind zwei Fälle fahrlässiger mittelbarer Täterschaft. Es handelt sich zum einen um die fahrlässige actio libera in causa (eingehend oben 17/64 ff); mittelbarer Täter und Werkzeug sind dabei identisch. Zum anderen geht es um das fahrlässige Schaffen einer Lage, die einen per Notstand gerechtfertigten Eingriff erforderlich macht (siehe oben zur vorsätzlichen mittelbaren Täterschaft 21/84 und oben zum Notstand 13/14). Beispiel[206]: Der Fahrer eines mit Schmutz beladenen Lastwagens befährt ohne vernünftigen Grund einen unbefestigten Weg, obgleich er erkennen könnte, daß der Lastwagen einsinken und nur durch ein Abladen an Ort und Stelle zu retten sein wird, wobei das Grundstück beschädigt oder Grundwasser verschmutzt werden muß etc. Wenn der Inhaber des rettenden Guts zugleich für die Notstandslage zuständig ist, mindert diese Zuständigkeit das rechtlich anerkannte Interesse am Gut (siehe oben 13/27 und 18/84).

114 3 a) Die Grenzen der Haftung für Beteiligung bei Vorsatztaten sind sämtlich auch Grenzen der Haftung bei einer Verschachtelung fahrlässiger Beiträge; das gilt insbesondere für das Regreßverbot[207] (unten 24/13 ff). Beispiel: Wenn der Ladenverkauf eines Küchenmessers an eine erkanntermaßen eine Tötung planende Person keine vorsätzliche Tötungsbeihilfe ist, so auch keine fahrlässige Tötung, wenn der schädigende Verlauf nicht erkannt wurde, aber erkennbar war. Liegen die Voraussetzungen mittelbarer Täterschaft vor (ist etwa der Beitragende für die Unvorsätzlichkeit des Ausführenden zuständig, oben 21/68 ff) oder ist der fahrlässig Beitragende sonst Garant, so ist zu haften. Beispiel: Wer eine waffenscheinpflichtige Waffe schlecht verwahrt, so daß sie von einem anderen zu einer vorsätzlichen Körperverletzung verwendet wird, haftet bei Voraussehbarkeit des verwirklichten Risikos wegen fahrlässiger Körperverletzung[208].

114a b) Bei *Selbstverletzung* ist zu beachten, daß das Verhalten des Sich-Verletzenden allen Beiträgen, die dadurch vermittelt werden, die Eigenschaft nimmt, eine Fremdver-

---

205 Anders die überwiegende Ansicht; *LK*[9]*-Busch* § 47 Rdn. 33; *SK-Samson* § 25 Rdn. 41; *LK-Roxin* § 25 Rdn. 156 ff, jeweils mit Nachweisen; wie hier *Stratenwerth* AT Rdn. 1150 f; siehe auch *Seebald* GA 1964 S. 161 ff, 168 ff; *Bindokat* JZ 1979 S. 434 ff; *Meyer* Ausschluß S. 64 ff, 73.

206 Nach BayObLG NJW 1978 S. 2046 f.

207 Siehe *Schumann* Handlungsunrecht S. 108 ff; für die Ermöglichung von Selbstverletzungen *Frisch* Verhalten S. 148 ff, von Fremdverletzungen aaO S. 230 ff; siehe auch *Bindokat* JZ 1986 S. 421 ff.

208 Siehe dazu auch LG Göttingen NStZ 1985 S. 410 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

letzung zu fördern[208a] (siehe oben 21/56 ff). Beispiele: Der Beteiligte gibt dem über die Gefahren informierten Opfer eine Portion Rauschgift, die sich das Opfer selbst mit der Folge appliziert, daß es stirbt; — tatbestandslose fahrlässige Mitwirkung bei einer Selbstverletzung. — Der Täter leiht dem leichtsinnigen Opfer ein Kraftfahrzeug, mit dem das Opfer tödlich verunglückt; — straffrei, was die Selbstverletzung betrifft (nicht aber jedenfalls auch bezüglich einer Gefährdung dritter Personen). Zur Haftung wegen einer fahrlässigen Mitwirkung an einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Selbstverletzung kann es also nur kommen, wenn ein Grund vorhanden ist, der die Vermittlung des Verlaufs durch den Sich-Verletzenden überspringt: die Voraussetzungen einer mittelbaren Täterschaft oder eine sonstige Lage, die eine Garantenstellung zugunsten des Opfers begründet[208b] (siehe unten 29/53 ff). Beispiele: Wer fahrlässig eine Scheune in Brand setzt, haftet für die Rauchvergiftung, die der Bauer beim Löschen notgedrungen in Kauf nehmen muß. — Wenn der Ehemann es leichtfertig vergißt, seine Frau vor einem Bremsdefekt am gemeinsam benutzten Kraftfahrzeug zu warnen, so haftet er auch dann für die Verletzungen der Frau, wenn dieser der Mangel nur verborgen blieb, weil sie selbst leichtfertig verfuhr.

VIII. Die Täterschaft bei den Pflichtdelikten

Literatur

Siehe zu IV

115 A. Tatherrschaft kennzeichnet Täterschaft, weil ein Beteiligter mit dem tatherrschaftlichen Verhalten seinen Organisationskreis zu Lasten des vom Delikt Betroffenen gestaltet: Haftungsgrund ist die Zuständigkeit für die Schadlosigkeit der eigenen Organisation. Tatherrschaft als Kennzeichnen von Täterschaft ist deshalb auf Delikte zu beschränken, bei denen sich die Beziehung zum Betroffenen in dessen Schadlosigkeit erschöpft. Nur hier — d. h. allerdings bei der Mehrzahl aller Delikte — ist die Zuständigkeit Folge eines Organisationsakts. Beispiele sind die von jedermann begehbaren Erfolgsdelikte bei Begehung durch einen Jedermann.

116 B 1. Es gibt jedoch auch Delikte, bei denen bestimmte Personen überhaupt für den Bestand eines Guts einzustehen haben und nicht nur dafür, daß der eigene Organisationskreis ein Gut nicht schädigend tangiert (Pflichtdelikte)[208c]. In diesen Fällen ist die Beziehung des Beteiligten zum Gut immer unmittelbar, d. h. ohne akzessorische Vermittlung, d. h. wiederum stets täterschaftlich, und zwar ohne Blick auf ein Tun überhaupt. Der Beteiligte ist mindestens Unterlassungstäter und bei auch nur beiläufigem Beitrag durch Tun Täter per Begehung; die Differenzierung Begehung — Unterlassung verliert also ihren Sinn (oben 7/70). Zu den Pflichtdelikten zählen alle Delikte, deren Täter als Garanten zu institutionell abgesicherter Fürsorge für ein Gut verpflichtet sind (hierzu eingehend unten 29/57 ff). Beispiel[209]: Der Vormund, der einer dritten Person den erfolgreichen Rat gibt, wie das anvertraute Mündelvermögen durch die dritte Person entzogen werden kann, ist Täter der Untreue, auch wenn ihm bei der

---

[208a] Für fahrlässiges Bewirken einer vorsätzlichen Selbstverletzung ebenso BGH 24 S. 342 ff, 344; für fahrlässige Mitwirkung an einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Selbstgefährdung grundlegend BGH 32 S. 262 ff mit Anmerkungen *Roxin* NStZ 1984 S. 411 f; *Horn* JR 1984 S. 513 f; *Dach* NStZ 1985 S. 24 f; und Besprechungen *Otto* Jura 1984 S. 536 ff; *Stree* JuS 1985 S. 179 ff; — BGH NStZ 1985 S. 25 f. — Anders die ältere Rechtsprechung, BGH NJW 1981 S. 2015 mit ablehnender Anmerkung *Loos* JR 1982 S. 342 f; BayObLG StV 1982 S. 73 f; — zutreffende Kritik bei *Schünemann* NStZ 1982 S. 60 ff; *Dölling* GA 1984 S. 71 ff, 76 ff; *Roxin* und *Otto* aaO. — Aus der Literatur hauptsächlich wie die neuere Rechtsprechung *Spendel* JuS 1974 S. 749 ff; kritisch aber *Herzberg* JA 1985 S. 265 ff, 270.

[208b] Ebenso BGH 32 S. 262 ff, 265.

[208c] Kritisch *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 209 ff.

[209] Nach *Roxin* Täterschaft S. 355.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Entziehung die Tatherrschaft fehlt. — Für die bezeichneten Garanten werden auch Jedermannsdelikte zu Pflichtdelikten, selbst im Fall der Begehung; Teilnahme scheidet also zugunsten umfassender Täterschaft aus. Beispiel: Die Tötung ihres minderjährigen Kindes ist für die Eltern Pflichtdelikt, so daß ohne Blick auf das Ob und das Maß der Beteiligung stets Täterschaft vorliegt; geschieht die Tötung durch Hingabe eines Mittels zur Selbsttötung, tritt die Pflichtdeliktshaftung neben diejenige wegen mittelbarer Täterschaft.

Garantenstellungen kraft Organisationszuständigkeit überspringen die Akzessorietät nicht, da es bei diesen Pflichten allein um die rechte Gestaltung des eigenen Organisationskreises geht, also um Zuständigkeit kraft Herrschaft.

117 Wenn der Tatbestand eines Pflichtdelikts auf ein bestimmtes Verhalten abstellt, das der Pflichtige selbst vollziehen muß, so ist ohne dieses Verhalten (oder eine „entsprechende" Unterlassung, § 13 Abs. 1 StGB) Täterschaft ausgeschlossen[209a]. Beispiel: Die Tathandlung der Vorteilsannahme (§ 331 StGB) besteht (neben anderem) im *Sich*-versprechen-Lassen eines Vorteils; dieser Tathandlung steht das Zulassen eines Versprechens an Dritte, etwa des Versprechens der Spende an eine karitative Organisation, nicht gleich.

118 2. Da bei den Pflichtdelikten die Verschachtelung von Verhaltensweisen stets durch die Unmittelbarkeit der Pflicht übersprungen wird, kann die Gesamtlösung zum Versuchsbeginn nicht gelten: Jeder beteiligte Pflichtige steht dem betroffenen Gut unvermittelt gegenüber, so daß der Versuchsbeginn nur nach seinem eigenen Verhalten zu bestimmen ist (Einzellösung). Die Lösung ist insbesondere für die Beteiligung von Garanten aus Ehe, Eltern-Kind-Verhältnis etc. an Begehungsdelikten von Bedeutung: Ein Beitrag des Garanten ohne Tatherrschaft kann schon täterschaftlicher Versuch sein, und zwar selbst, wenn der Versuch der „Haupttat" ausbleibt. Beispiel: Der Mann, der den Mördern seiner Ehefrau hilft, ist Täter einer versuchten Tötung, wenn er nach der Leistung seiner Hilfe den weiteren Einfluß auf das Geschehen verliert; — das Ergebnis harmoniert mit der Unterlassungsseite des Verhaltens: Der täterschaftliche Garant begeht — spätestens — einen Versuch, wenn er die letzte Rettungschance verstreichen läßt (siehe unten zu § 13 StGB 29/113 ff).

119 3. Die Deliktsgruppe der Pflichtdelikte wurde von *Roxin* entwickelt[210]. Genauer als die Bezeichnung „Pflichtdelikte" wäre „Delikte mit akzessorietätsüberspringender Pflicht"[211]. Prinzip und Einzelheiten sind höchst streitig[212]. — Die Entwicklung der Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit erfolgt bei der Darstellung des Unterlassungsdelikts (unten 29/57 ff). — Zur Milderung des Strafrahmens siehe unten zur Unterlassung 29/126. — Zu den eigenhändigen Delikten siehe schon oben 21/22.

209a *Bloy* Beteiligungsform S. 231 f.

210 Täterschaft S. 352 ff, 459 ff, 651 ff; siehe ferner *LK-Roxin* § 25 Rdn. 29 ff; *Schönke-Schröder-Cramer* Rdn. 62 vor § 25 und § 25 Rdn. 78 f; *Wessels* AT § 13 II 2.

211 Für den Bereich der Unterlassungsdelikte schon *Grünwald* GA 1959 S. 110 ff, 118; *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 189 ff, 291 ff.

212 Siehe *Herzberg* Täterschaft S. 32 f; *Wagner* Amtsverbrechen S. 70 ff (zu den Amtsverbrechen als Pflichtdelikte); *Stratenwerth* AT Rdn. 795 f (zum Bereich der Begehung stark einschränkend, siehe Rdn. 797); *Schmidhäuser* AT 14/51; *SK-Samson* § 25 Rdn. 35; kritisch überhaupt *Maurach-Gössel* AT II § 47 Rdn. 91; *Langer* Sonderverbrechen S. 223 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

22. ABSCHNITT

Die Teilnahme

I. Der Strafgrund der Teilnahme

Literatur

R. Bloy Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *P. Bockelmann* Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949; *ders.* Nochmals über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, GA 1954 S. 193 ff; *ders.* Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme, in: *ders.* Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 109 ff; *ders.* Zur Problematik der Beteiligung an vermeintlich vorsätzlich rechtswidrigen Taten, Gallas-Festschrift S. 261 ff; *G. Dahm* Anmerkung zu OLG Stuttgart MDR 1959 S. 508, aaO S. 508 ff; *F. Geerds* Anmerkung zu BayObLG JR 1985 S. 470 f, aaO S. 471 f; *R. D. Herzberg* Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971 S. 1 ff; *ders.* Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme, ZStW 99 S. 49 ff; *H.-H. Jescheck* Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer an einer Straftat, ZStW 99 S. 111 ff; *R. Keller* Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989; *J. Krümpelmann* Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, Beiheft ZStW 1978 S. 6 ff; *W. Küper* „Sukzessive" Tatbeteiligung vor und nach Raubvollendung — BGH NJW 1985, 814, JuS 1986 S. 862 ff; 5. Auflage 1989; *R. Lange* Die notwendige Teilnahme, 1940; *ders.* Zur Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, JZ 1959 S. 560 ff; *W. Langer* Das Sonderverbrechen, 1972; *E.-J. Lampe* Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen, ZStW 77 S. 262 ff; *K. Lüderssen* Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967; *H. Mayer* Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft, Rittler-Festschrift S. 243 ff; *M.-K. Meyer* Tatbegriff und Teilnehmerdelikt, GA 1979 S. 252 ff; *E. Mezger* Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen, JZ 1954 S. 312 ff; *H. Otto* Straflose Teilnahme? Lange-Festschrift S. 197 ff; *C. Roxin* Ein „neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 S. 369 ff; *ders.* Täterschaft und Tatherrschaft, 5. Auflage 1989; *H.-J. Rudolphi* Täterschaft und Teilnahme bei der Strafvereitelung, Kleinknecht-Festschrift S. 379 ff; *E. Schmidhäuser* Über die Anzeigepflicht des Teilnehmers, Bockelmann-Festschrift S. 683 ff; *Chr. Schöneborn* Kombiniertes Teilnahme- und Einheitstätersystem für das Strafrecht, ZStW 87 S. 902 ff; *H. Schumann* Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; *U. Stein* Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *St. Trechsel* Der Strafgrund der Teilnahme, 1967; *H. Welzel* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 S. 491 ff; *ders.* Buchbesprechung, ZStW 61 S. 209 ff; *ders.* Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen? JZ 1954 S. 429 f; *ders.* Anmerkung zu BGH 4 S. 355 ff, JZ 1953 S. 763 f; *ders.* Anmerkung zu BGH 5 S. 47 ff, JZ 1954 S. 128 ff; *ders.* Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, Grünhut-Gedächtnisschrift S. 173 ff.

A. Die Korrumpierungstheorie

1. Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe) ist der Beteiligte, der nicht Täter sein kann, **1** sei es, weil seine Organisationsleistung nur einen abgeschwächten Beitrag zum Delikt bringt (ihm fehlt die Tatherrschaft), sei es, weil ihm deliktsspezifische Tätervoraussetzungen fehlen. Bei Bestimmung des Haftungsgrunds der Teilnahme (sogenannter Strafgrund der Teilnahme; genauer wäre Unrechtsgrund der Teilnahme) kann vom Haftungsgrund bei Täterschaft ausgegangen werden; Teilnahme ist dann „verkleinerte Täterschaft". Der Haftungsgrund kann aber auch anders bestimmt werden als bei Täterschaft.

2 a) So kann das Unrecht der Teilnahme auf dasjenige bezogen werden, was mit **2** dem *Täter* geschieht: Der Teilnehmer produziert zwar nicht die Tat, aber doch den schuldigen Täter (Korrumpierungstheorie als Schuldteilnahmetheorie[1]). Beim schuld-

1 *H. Mayer* Strafrecht des Deutschen Volkes § 33 I (S. 334); als ergänzender Haftungsgrund noch *ders.* AT § 49 II 1 b aa; *ders.* Studienbuch § 39 II 4; *ders.* Rittler-Festschrift S. 243 ff, 253 ff; siehe auch *Keller* Grenzen S. 161 ff; kritisch *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 100 ff mit Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

los handelnden Täter wird immerhin noch seine „soziale Desintegration" bewirkt, zumindest wird er in die Gefahr einer Desintegration gebracht (Korrumpierungstheorie als Unrechtsteilnahmetheorie[2]).

b) Die Schuldteilnahmetheorie speziell ist mit § 29 StGB nicht zu vereinbaren[3], wie die Korrumpierungstheorie allgemein mit den §§ 26 und 27 Abs. 2 StGB unvereinbar ist: Die Bindung des Strafrahmens für Teilnahme an den Rahmen für die Täter*tat* läßt erkennen, daß das Gesetz unabhängig von der Korrumpierung des Täters auf das Unrecht der Tat abstellt, und dieses Tatunrecht harmoniert mit dem Korrumpierungsunrecht nicht. Unter dem Aspekt der Korrumpierung bleibt die Gleichheit zwischen etwa der Verführung eines Jugendlichen zum Diebstahl und dem Tip an einen Gewohnheitsdieb, die durch die gleiche Benennung als „Anstiftung zum Diebstahl" suggeriert wird, blasser Nominalismus. Der Gesetzgeber müßte, wollte er der Korrumpierungstheorie folgen, Korrumpierungs-Delikte nach Art von § 170 d StGB schaffen. Schließlich erklärt diese Theorie auch nicht, was sie erklären will, nämlich das Unrecht der Teilnahme; denn der Teilnehmer bewirkt ja regelmäßig die Korrumpierung des Täters nicht mit Tatherrschaft: Der Teilnehmer ermöglicht ein Delikt des Täters, und es wäre zu begründen, weshalb der Teilnehmer dafür haften soll, daß der Täter die Möglichkeit ergreift[4].

B. Die Unrechtsteilnahmetheorie

3 Haftungsgrund kann sein, daß der Täter fremdes Unrecht ermöglicht: Die fremde Tat ist dann der Erfolg der Teilnahmehandlung (Unrechtsteilnahmetheorie im eigentlichen Sinn[5]). Die positivrechtliche Abhängigkeit des Teilnahmeunrechts vom Unrecht der Haupttat läßt sich mit diesem Haftungsgrund gut erklären, insbesondere auch die Möglichkeit einer strafbaren Teilnahme des Extraneus am Sonderdelikt: Das Täterunrecht ist der Erfolg des Teilnehmerverhaltens; um das im Täterdelikt angegriffene Gut geht es nur noch mittelbar[6]. Deshalb müßte nach dieser Lösung die eigene Beziehung des Teilnehmers zum *Erfolg* der Haupttat unbeachtlich sein: Unrecht wäre die Beteiligung des agent provocateur[7]; volles Unrecht wäre ferner die Mitwirkung an einer Tat, die (versehentlich) disponible Güter des Teilnehmenden trifft[8]; schließlich wäre auch die (notwendige) Teilnahme des durch eine Norm selbst Geschützten als Unrecht zu behandeln (siehe unten 24/8 ff). In allen diesen Fällen wird eine fremde Tat ermöglicht. Noch heikler wäre die Lage bei Mittäterschaft: Jeder Mittäter ermöglicht durch seinen Beitrag das Unrecht der anderen; neben Täterschaft müßte konkurrierend Teilnahme treten; das Delikt würde „verdoppelt".

C. Die Verursachungstheorie

4 1. Der Lösungsweg der Verursachungstheorie verläuft entgegengesetzt: Nicht das Unrecht des Täters wird dem Teilnehmer zugerechnet, sondern die — freilich mittelbare — Erfolgsverursachung durch den Teilnehmer selbst, und zwar die Verursachung desjenigen Erfolgs, der Erfolg der Tätertat ist. Wie bei der Theorie der Unrechtsteilnahme die Beziehung des Teilnehmers zum Erfolg der Haupttat verkümmert, so ver-

---

2 *Trechsel* Strafgrund S. 54 ff; siehe auch *ders.* Schweizerisches StGB § 24 Rdn. 3.

3 *A. A.* nur *H. Mayer,* insbesondere Rittler-Festschrift aaO.

4 Deshalb sprechen *H. Mayers* — berechtigte — Zweifel an der rechtlichen Gleichwertigkeit von physisch und psychisch vermittelter Kausalität gegen seine eigene Teilnahmetheorie; siehe *H. Mayer* Rittler-Festschrift S. 243 ff, 256 f.

5 Der Formulierung nach so *Welzel* Strafrecht § 16 I 2 a und 3; *ders.* ZStW 61 S. 209 ff, 213; — kritisch mit Nachweisen *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 109 ff.

6 *Lüderssen* Strafgrund S. 54; siehe auch *Stratenwerth* AT Rdn. 858 f.

7 Insoweit auch unentschieden *Welzel* Strafrecht § 16 II 3; eingehend *Keller* Grenzen S. 165 ff.

8 So wohl auch *Welzel* Strafrecht § 16 I 3.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

kümmert hier die Vermittlung des Erfolgs durch einen unrecht handelnden Täter. Deutlich wird das bei der Teilnahme am Sonderdelikt, etwa bei der Anstiftung zum echten Amtsdelikt: Die Vermittlung durch den Sonderpflichtigen kann mit einer Version der Verursachungstheorie als „rein faktischer Natur“[9] gedeutet werden, d. h. als bloße Bedingung zur Erreichung eines Erfolgs; Haftung des nicht sonderpflichtigen Teilnehmers am Sonderdelikt ist dann selbstverständlich. Die Vermittlung kann aber auch mit einer anderen Version als etwas verstanden werden, das den Teilnehmer nichts angeht, da es auf seine eigene Beziehung zum Erfolg ankommt. Die Vermittlung ist dann funktionslos; die vom Gesetz (§ 28 Abs. 1 StGB) vorausgesetzte Haftung des nicht sonderpflichtigen Teilnehmers am Sonderdelikt erscheint als „sachwidrig“[10]; allenfalls wird sie als eigenständige, zur Teilnahme „ungleichartige“ Beteiligungsform toleriert[11]. — In beiden Versionen ist das in der Person des Täters verwirklichte Unrecht ohne Bedeutung für den Teilnehmer.

2. Beide Versionen gehen wegen des Blicks auf die Beziehung Teilnehmer—Erfolg **5**
am gesetzlichen Erfordernis einer Haupttat vorbei. Sie sind Abkömmlinge der Urheberlehre, die in reiner Ausprägung zum extensiven Täterbegriff führt (hierzu oben 21/6 ff, 8). Dabei beläßt freilich die engere Lösung Sonderpflichten als nicht-extensiv; sie wird deswegen aber dem weiten Teilnehmertatbestand des Gesetzes nicht gerecht. Die weite Lösung (Vermittlung als „rein faktischer Natur“) muß — wie der extensive Täterbegriff — die Tatbestandsbestimmtheit auflösen; die Haupttat schrumpft vom tatbestandsmäßigen Verhalten zu einem Verhalten, das nur noch den Beitrag des Teilnehmers wirksam vermitteln muß[12].

D. Die Theorie der erfolgsbezogenen Unrechtsteilnahme

1. Zur Bestimmung des Unrechts der Teilnahme ist zu berücksichtigen: **6**

a) Die Deliktsbeschreibungen des BT erfassen allein die täterschaftliche Ausführung des Selbst-Begehenden. Strafbarkeit von Teilnahme ist also Ausdehnung der Strafbarkeit. Als Strafbarkeitsausdehnungen haben sich freilich auch schon die Mittäterschaft und die mittelbare Täterschaft erwiesen. Diese täterschaftlichen Ausdehnungen binden die Haftung aber an die Gestaltung der konkreten Tatbestandsverwirklichung oder an die Entscheidung darüber; jedenfalls bleibt eine dichte Beziehung zwischen Täterverhalten und Deliktsbeschreibung des BT. Bei der Teilnahme ist diese Beziehung gelokkert, da der Teilnehmer die Tat nicht gleich wie der Täter gestaltet und auch nicht mit ihm über das Ob entscheidet. Deshalb ist die Tat nicht in dem Maß sein Werk, wie sie Werk des Täters ist; aber immer noch hat der Teilnehmer an der Tat Anteil, nur eben *quantitativ* reduziert. Die Ausführung der Haupttat ist nicht nur Ausführung für täterschaftlich Beteiligte, sondern auch für Teilnehmer: Das Beteiligungsverhalten ist der Grund dafür, dem Teilnehmer die Haupttatausführung als (auch) sein Werk zuzurechnen (wie ein Gesellschafter auch für diejenigen Geschäfte einer Gesellschaft haftet, die er nicht selbst abschließt; dazu schon oben 21/3). Ohne die Haupttat kommt also das materielle Unrecht einer Teilnahme nicht zustande. Wenn demgegenüber verbreitet das Erfordernis einer Haupttat unrechtsunabhängig gedeutet wird, etwa indem die Haupttat als nur faktisch notwendig[13] oder als bloße Vermittlung der Tatbestandsbestimmtheit[14] (Teilnahmehandlungen werden im BT nicht beschrieben) gedeutet wird,

9 *Lüderssen* Strafgrund S. 137.
10 *Schmidhäuser* AT 14/57 ff, 85; *Langer* Sonderverbrechen S. 485 f.
11 *M.-K. Meyer* GA 1979 S. 252 ff, 269.
12 Siehe *Lüderssens* Ausführungen zur „Teilnahme“ an fremder Selbstverletzung, Strafgrund S. 168; — kritisch wie hier *SK-Samson* Rdn. 11 vor § 26; *Bloy* Beteiligungsform S. 172 ff.
13 So aber *Lüderssen* aaO in Fn. 9.
14 *SK-Samson* Rdn. 14, 27 vor § 26.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

so geht das an der hauptsächlichen Bedeutung der täterschaftlichen Tatausführung für den Teilnehmer vorbei: Ohne Haupttat ist die Teilnahme materiell kein Delikt; isoliert bleibt sie ein interner Akt zwischen den Beteiligten, ist aber keine externalisierte Störung; *erst die Haupttat externalisiert (auch) das Teilnehmerverhalten* (oben 21/3, 8a, 61).

7 b) Das Verbot der Verwirklichung des Tatbestands, so wie er im BT beschrieben ist, übertritt der Teilnehmer nie, sondern stets nur das durch die Teilnahmeregelungen erweiterte Verbot. Daraus ist geschlossen worden, auch die Teilnahme an Sonderdelikten im engeren Sinn ergebe sich allein aus dieser Erweiterung[15]. An diesem Schluß ist richtig, daß es jedenfalls um eine Strafbarkeitserweiterung geht. Aber diese Erweiterung hat bei den Sonderdelikten einen anderen Inhalt als bei Jedermannsdelikten. Bei den Sonderdelikten verbindet die Haupttat den Teilnehmer mit einer Institution, die ihn ansonsten nichts angeht (er hat keinen Status); wird der Haupttäter als durch eine Maschine ersetzt gedacht, so entfällt der Deliktstatbestand. Bei den Jedermannsdelikten bedarf es keines Status; wird die Haupttat maschinell ersetzt gedacht, wächst der Teilnehmer zum selbst begehenden Täter an. Mit anderen Worten, *Teilnahme bei Sonderdelikten führt zur Zurechnung trotz Rollentrennung; Teilnahme bei Jedermannsdelikten hingegen zur Zurechnung trotz Arbeitsteilung.* Bei Sonderdelikten erweitern die Teilnahmeregeln nicht nur den Bereich des normwidrigen Verhaltens, sondern auch den Adressatenkreis, und zwar von Inhabern eines bestimmten Status auf Jedermann.

Bei Sonderdelikten tritt also neben die rechtsstaatliche Bedeutung des Erfordernisses einer Haupttat noch eine materielle Bedeutung: Ohne ein Haupttatunrecht kann ein Teilnehmer, der die deliktsspezifischen Täterqualifikationen nicht selbst aufweist, kein tatbestandliches Unrecht bewirken. Nur über die Person eines Qualifizierten wird der Beitrag des Nicht-Qualifizierten überhaupt zur Enttäuschung. Deshalb ist nur bei Sonderdelikten die Quantität des Unrechts eines teilnehmenden Extraneus höchstens so groß wie das Unrecht, das der Intraneus verwirklicht[15a]. Beispiel: Bei einem für den Richter unvermeidbaren Fehlurteil wird aus dem Verhalten des Richters keine Stellungnahme für Rechtsbeugung expressiv; damit fehlt ein Normbruch, den der Extraneus durch Teilnahme am Sonderdelikt gutheißen könnte. Seine vorhandene Stellungnahme zur *eigenen* Behandlung von Rechtssachen ist für den Tatbestand von § 336 StGB irrelevant.

8 c) Der Teilnehmer haftet nicht, weil das Produzieren einer Haupttat für den Haupttäter Unrecht ist, sondern weil dessen Ausführung auch dem Teilnehmer zugerechnet werden kann: Die Ausführung ist wegen der gemeinsam Sache, die er mit dem Haupttäter macht, auch *sein* Werk. Deshalb muß er auch selbst auf Vollendung der Haupttat ausgehen (siehe unten 23/16). Wenn sich die Teilnahme vollenden soll, muß ferner ein Gut getroffen werden, das dem Teilnehmer gegenüber geschützt ist. Daß der Teilnehmer nicht tauglicher Täter sein muß — tauglicher Täter ist er in seiner Rolle als Teilnehmer, also ohne Tatherrschaft oder ohne Sonderpflicht, nie — heißt nicht, er hafte auch dann für Vollendung, wenn er selbst als Täter eines allgemein begehbaren Delikts nicht wegen Vollendung haften würde, scil. beim irrtümlichen Angriff auf eigene Güter. Beispiel: Der über sein Eigentum ahnungslose wahre Erbe, der einen Diebstahl gegen den vermeintlichen Erben unterstützt, begeht ungeachtet der Vollendung der Tat durch den Haupttäter nur eine Teilnahme am versuchten Diebstahl. Es handelt sich höchstens um Teilnahme am Versuch, da er das eigene Eigentum nicht

---

15 *Roxin* ZStW 83 S. 369 ff, 399; *SK-Samson* Rdn. 16 vor § 26.

15a Partiell umgekehrt — bei Pflichtdelikten soll Teilnahme an unvorsätzlicher Tat möglich sein — *Roxin* Täterschaft S. 364 ff, 378; dagegen *Bloy* Beteiligungsform S. 233 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

vollendet angreifen kann, aber auch mindestens um Teilnahme am Versuch (und nicht nur um versuchte Teilnahme), da die Haupttat einen Versuch des Zugriffs auf vermeintlich allseitig fremdes Eigentum darstellt. Kennt der Haupttäter die wahre Lage, so hat der Teilnehmer die Förderung einer Tat, die zumindest versuchter Zugriff auf allseitig fremdes Eigentum ist, nicht erreicht; es bleibt bei nur versuchter Teilnahme[16]. — Zur straffreien sogenannten „notwendigen Teilnahme" siehe unten 24/7 ff.

2. Unrecht der Teilnahme ist somit der eigene — aber nicht täterschaftliche — Angriff auf ein Gut durch das zurechenbare Bewirken einer täterschaftlichen Tat[17], genauer[18]: *das zurechenbare Bewirken einer täterschaftlichen Tat bei eigenem Vollendungsvorsatz.* Diese Theorie einer erfolgsbezogenen Unrechtsteilnahme entspricht in den Ergebnissen der von der überwiegenden Lehre vertretenen „akzessorietätsorientierten Verursachungstheorie", d. h. einer Theorie, die eine Verursachung um eine Unrechtsteilnahme ergänzt[19]. Unter den genannten Formeln verbergen sich freilich heterogene Gegenstände. Nur bei Sonderdelikten hat die Haupttat, wie gezeigt wurde, materielle Bedeutung. De lege ferenda dürfte eine Trennung der jeweiligen Teilnahmeregelungen zu erwägen sein. — Siehe auch zur qualitativen Akzessorietät unten 23/25. **9**

II. Die Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat

Literatur

Siehe zu I

A. Die Voraussetzungen der Haupttat

1. Teilnahme ist nur möglich, wenn eine täterschaftliche Tat wirklich vorhanden ist. Deshalb muß die Haupttat nicht nur objektiv tatbestandsmäßig, rechtswidrig (unten 22/11) und vorsätzlich (unten 22/12 ff) sein, sondern es müsen alle deliktsspezifischen Tätermerkmale vorliegen (oben 21/9), auch soweit diese nicht zum objektiven Tatbestand gehören, also insbesondere: unrechtsbegründende Vorsatzarten oder den objektiven Tatbestand überschießende Vorsätze (Beispiel: Zueignungsabsicht beim Diebstahl), Eigenhändigkeit bei eigenhändigen Delikten, objektive Tätertypisierungen (Beispiel: Gewahrsamsinhaberschaft bei der Unterschlagung) sowie spezielle subjektive Deliktsmerkmale, dies einschließlich eventuell erforderlicher spezieller Schuldmerkmale. Beispiel: Wer sich „beharrlich" an ihrerseits nicht beharrlichen Verstößen gegen ein Verbot beteiligt, Prostitution auszuüben, kann nicht als Teilnehmer einer Tat nach § 184 a StGB haften, da es an einer zur Täterschaft hinreichend spezifizierten Haupttat fehlt[19a]; hierbei kommt es nicht darauf an, ob die Beharrlichkeit als (auch) subjektives Unrechtselement oder als spezielles Schuldmerkmal gedeutet wird: Jedenfalls gehört sie zu den Spezifikationen eines Täters. — Zur qualitativen Akzessorietät siehe unten 23/5. — Akzessorietät schließt es nicht aus, daß der Gehilfe *nach* dem Täter handelt, **10**

16 Streitig; siehe *Welzel* Strafrecht § 16 II 2; *Lüderssen* Strafgrund S. 131 f, 167 f; *SK-Samson* Rdn. 8, 24 vor § 26; *Stratenwerth* AT Rdn. 860.

17 *LK-Roxin* Rdn. 1 vor § 26; *SK-Samson* Rdn. 14 ff vor § 26; *Stratenwerth* AT Rdn. 858 ff.

18 An einem „Angriff auf ein Gut" kann es bei einigen Delikten fehlen, siehe oben zur Rechtsgutslehre 2/16 ff.

19 *Jescheck* AT § 64 I 2; *Maurach*-Gössel AT II § 50 Rdn. 35 ff; *Baumann-Weber* AT § 37 I 1 b und II 1, jeweils mit Nachweisen; auch RG 15 S. 315 ff, 316; 59 S. 34 f, 35; BGH 370 ff, 378. — Die Konvergenz mit der überwiegenden Ansicht betrifft nur die Ergebnisse; zum Begründungsgang siehe *SK-Samson* Rdn. 11 vor § 26; *LK-Roxin* Rdn. 15 f vor § 26. — Zum Problemkreis siehe ferner *Bockelmann* GA 1974 S. 193 ff; *Lange* Notwendige Teilnahme S. 59 ff; *Otto* Lange-Festschrift S. 197 ff, 201 ff; *ders.* JuS 1982 S. 557 ff, 558 f; *Lampe* ZStW 77 S. 262 ff; *Herzberg* GA 1971 S. 1 ff; *Schumann* Handlungsunrecht S. 44 ff.

19a *A. A.* BayObLG JR 1985 S. 470 f mit zustimmender Anmerkung *Geerds* aaO S. 471 f. — Das gilt auch für § 14 Abs. 4 OWiG: Die Vorschrift regelt eine notwendige („nur"), nicht aber eine hinreichende Voraussetzung der Beteiligung.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

wenn nur das Gehilfenhandeln Teil der Ausführungshandlung des Täters ist. Beispiel zur Vollendung: Der Gehilfe ohne Zueignungsabsicht lädt das vom Täter aus den Angeln gewuchtete fremde Tor auf den Lastwagen des Täters. Beispiel zum Versuch: Der Gehilfe bei einem Terroranschlag justiert die Kanone nach Weisung des Täters; zum Abschuß kommt es nicht.

11 2 a) Die Haupttat muß tatbestandsmäßig und rechtswidrig sein (§§ 26, 27 StGB). Teilnahme an rechtmäßigen Taten, seien es nicht tatbestandsmäßige oder gerechtfertigte Taten, bleibt Teilnahme, ist aber gleichfalls rechtmäßig (zur relativen Rechtswidrigkeit siehe oben 11/59 a f). Darauf beruht die Straffreiheit der Teilnahme an — tatbestandsloser! — Selbsttötung (siehe oben 21/57 ff) oder an der Vereitelung einer Strafe, die dem Vereitelungstäter selbst droht[19b]. Bei unvermeidbar irriger Annahme einer Rechtfertigungslage durch den Ausführenden ergibt sich die Rechtswidrigkeit im Sinn der §§ 26, 27 StGB aus der (quasi-versuchten) Tatbestandsverwirklichung und dem unberührt bleibenden *Tatbestands*vorsatz[20]; Teilnahme bleibt dann also möglich (wichtig, wenn dem Nicht-Ausführenden eine Täterqualifikation fehlt, insbesondere bei Sonderdelikten). — Fälle eines Irrtums des Teilnehmers erledigen sich nach allgemeinen Regeln, wobei zu beachten ist, daß die irrige Annahme, die Haupttat erfülle einen Deliktstatbestand oder sei nicht gerechtfertigt, nur Versuch der Teilnahme an einer Unrechtstat und deshalb nur im Rahmen von § 30 StGB strafbar ist; Beispiel: Jemand hilft zu einer Trunkenheitsfahrt, § 316 StGB, ohne zu wissen, daß diese durch Notstand, § 34 StGB, gerechtfertigt ist: (hier straffreie) versuchte Teilnahme. Die Unkenntnis der Tatbestandserfüllung beläßt allenfalls Fahrlässigkeit und schließt somit eine Differenzierung der Beteiligungsformen aus (siehe oben 21/111 ff).

12 b aa) Die tatbestandsmäßige Haupttat muß stets vorsätzlich sein (§§ 26, 27 StGB). Die Vorsatzlosigkeit des unmittelbar Ausführenden kann zur mittelbaren Täterschaft desjenigen führen, der vorsätzlich die Ausführung bewirkt. In den Fällen aber, in denen nur der unmittelbar, aber unvorsätzlich Ausführende als Täter qualifiziert ist, nicht aber der die Ausführung mittelbar vorsätzlich Bewirkende, ist eine Strafbarkeit des Hintermanns ohne Vorsatz des Ausführenden überhaupt ausgeschlossen. Mittelbare Täterschaft scheitert in diesen Fällen am Mangel der Qualifizierung des Hintermanns, Teilnahme an der Unvorsätzlichkeit der Haupttat. — Beispiele[21]: Jemand bewirkt durch die Vorspiegelung, alle Welt wisse sowieso Beschied, daß ein Arzt ein Geheimnis preisgibt (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Ferner[22]: Nach einem Verkehrsunfall wird einem Beteiligten vorgespiegelt, es sei nichts passiert; der Beteiligte entfernt sich arglos.

13 bb) Positivrechtlich für strafbar erklärte Fälle von Beteiligungen an einem unvorsätzlichen Sonderdelikt vertypen die §§ 160, 271 f StGB. Ansonsten sind solche Beteiligungen straffrei. Dieses Ergebnis wird verbreitet mißbilligt[23] und vereinzelt umgangen[24]. Die Mißbilligung trifft die Lösung einiger Fallgruppen zu Recht. Die Unvorsätzlichkeit der Haupttat ist ein natürlicher Befund, der nicht notwendig die Unzuständigkeit des Vorsatzlosen für die Verbindung von Defekt und Tat zur Folge hat. Ist aber

[19b] *Rudolphi* Kleinknecht-Festschrift S. 379 ff mit eingehender Darstellung des Streitstands.

[20] Im Ergebnis ebenso *LK-Roxin* Rdn. 25 vor § 26; *a. A. Krümpelmann* Beiheft ZStW 1978 S. 6 ff, 50.

[21] Nach BGH 4 S. 355 ff; OLG Köln MDR 1962 S. 591 f.

[22] Nach OLG Stuttgart VRS 17 S. 272 ff.

[23] „Rechtspolitischer Mißgriff", „Fehlentscheidung" (*Schönke-Schröder-Cramer* Rdn. 32 f vor § 25); „Sachstruktur verfehlt" (*Schmidhäuser* AT 14/94); siehe ferner *Roxin* Täterschaft S. 352 ff, 552 ff; *Schöneborn* ZStW 87 S. 902 ff, 913; — aus der Zeit von §§ 48, 49 StGB a. F. siehe *LK*[8]*-Mezger* § 48 Anm. 2 d und § 50 Anm. 4 und 5 d; *Mezger* JZ 1954 S. 312 ff (dagegen *Welzel* JZ 1954 S. 429 f); *Lange* JZ 1959 S. 560 ff; *Lampe* ZStW 77 S. 262 ff; *Dahm* MDR 1959 S. 508 ff.

[24] *Schmidhäuser* Studienbuch 10/22, der den Vorsatzbegriff in den §§ 26 f StGB, soweit er eine Eigenschaft der Haupttat betrifft, als Willentlichkeit im Sinn des Gewolltseins der Körperbewegung (Basishandlung) nebst eventuell beabsichtig-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

für diese Verbindung der unvorsätzlich Handelnde selbst zuständig, so kann auch eine akzessorische, d. h. teilnehmende (oder auch mittäterschaftliche) Zuständigkeit begründet werden. Die Suggestivkraft der Begriffe „Tatherrschaft" oder gar „finale Tatherrschaft" verschleiert, daß es bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme um den Rang und die Stufung von Zuständigkeiten geht, nicht aber um psychische Fakten.

cc) Zur Lösung sind drei Problemkreise zu unterscheiden: **14**

α) Was zunächst die Jedermannsdelikte angeht, so wird das Problem überwiegend durch eine großzügige Definition der mittelbaren Täterschaft kaschiert: Jeder unvorsätzlich Handelnde soll für jeden vorsätzlich Handelnden Werkzeug sein. Damit wird jeder vorsätzlich Handelnde zugunsten des Opfers zur Amme eines unvorsätzlich Handelnden, was bei Unvermeidbarkeit des Irrtums richtig sein mag, bei Leichtsinn aber axiologisch ungereimt ist (siehe schon oben zur mittelbaren Täterschaft 21/72). — Bei Anwendung der Regeln der Teilnahme müßte der Teilnehmer ohne Blick auf die Strafbarkeit von Fahrlässigkeit (es geht nicht um Fahrlässigkeit, sondern um fehlenden Vorsatz) aus dem Strafrahmen für Vorsatzdelikte haften, da die Vermeidbarkeitsform höchstpersönlich wirkt (siehe unten zur qualitativen Akzessorietät 23/16 ff).

β) Bei den Delikten, die formulierungsmäßig oder faktisch Sonderdelikte sind, ohne **15** eine Sonderpflichtverletzung zu enthalten, führt auch der Ausweg der mittelbaren Täterschaft nicht zur Haftung, wenn der vorsätzliche Veranlasser keine Täterqualifikation aufweist. In diesem Bereich sind de lege lata die schwersten Wertungswidersprüche zu finden: Die Unterstützung des unvorsätzlich Handelnden ist straffrei. Beispiel (siehe auch das eingangs genannte Beispiel zur Verkehrsunfallflucht): Wer einem Betrunkenen rät, in Kenntnis seiner Trunkenheit ein Auto zu führen, haftet als Teilnehmer der Trunkenheit im Verkehr; wer denselben Rat einem Täter gibt, der sich leichtsinnig oder mit gutem Grund, jedenfalls aber irrig für voll fahrtüchtig hält, haftet nicht. Soweit de lege ferenda eine — vorzugswürdige[25], aber teils zu verquälten Formulierungen führende[26] — Umformulierung in Jedermannsdelikte ausscheidet, bringt nur die Anerkennung einer Teilnahme an unvorsätzlicher Tat Abhilfe. Auch bei einer Umformulierung in Jedermannsdelikte liegt die Lösung nicht in der pauschalen Anwendung der mittelbaren Täterschaft, sondern in der Differenzierung nach der Zuständigkeit für den Zusammenhang von Defekt und Tatbestandsverwirklichung.

γ) Die Sonderdelikte im engeren Sinn verlangen nach einer eigenen Lösung. Hier **16** übernimmt der Sonderpflichtige nicht nur die Ausführungshandlung (Arbeitsteilung), sondern er allein bringt die Pflicht ein (Rollentrennung). Deshalb bezeichnet seine Pflichtverletzung das Höchstmaß an Normgeltungsschaden; beispielhaft gesprochen, seine Pflichtverletzung ist das Nadelöhr, das von allem Beteiligtenunrecht passiert werden muß (ausgenommen Fälle relativer Rechtfertigung, dazu oben 11/59b). Die Bestrafung von Teilnahme ist demnach allenfalls in dem Maß angebracht, in dem die Haupttat für den Qualifizierten zurechenbares Unrecht ist, also bei Fahrlässigkeit nur bei Bestand eines entsprechenden Fahrlässigkeitstatbestands und bei Unvermeidbarkeit überhaupt nicht. Da Fahrlässigkeitstatbestände bei echten Sonderdelikten regelmäßig

---

ter (tatbestandlicher?) Folgen (Folgenhandlung, aaO 5/10) interpretiert.

25 Der Vorzug besteht darin, auch die Fälle von vis absoluta, in denen es schon an einer Handlung des Gezwungenen fehlt, erfassen zu können. Beispiel: Eine Frau zwingt einen Mann mit vis absoluta zu exhibitionistischen „Handlungen". — Für Umformulierung auch *Herzberg* ZStW 99 S. 49 ff, 67.

26 Etwa zu § 316 StGB: Wer täterschaftlich bewirkt, daß ein Fahruntüchtiger ein Fahrzeug führt etc.; ähnlich unbeholfen schon jetzt § 177 Abs. 1 StGB.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

fehlen, verliert damit die Fallgruppe jede praktische Bedeutung. Beispiel: Der Richter, der aufgrund eines plumpen Täuschungsmanövers ein falsches Urteil fällt, begeht trotz Leichtsinns mangels Vorsatzes keine nach § 336 StGB tatbestandsmäßige Rechtsbeugung; das schließt alle Teilnehmer von der Haftung aus, die ihre Pflicht nur von derjenigen des Richters ableiten können[26a].

17 dd) Im Ergebnis hat das Gesetz[27] eine naturalistische Differenzierung getroffen (Vorsatz/Fahrlässigkeit), wo eine wertende angebracht gewesen wäre (Zuständigkeit/Unzuständigkeit). Die gegen die Möglichkeit einer Teilnahme an unvorsätzlicher Tat und für die gesetzliche Lösung vorgebrachten Argumente der überwiegenden Lehre leiden sämtlich an einem Mangel an Differenzierung: Die Lösung bei den Sonderdelikten im engeren Sinn (die jedenfalls praktisch auf Straffreiheit der Teilnahme an nicht strafbarer unvorsätzlicher Tat hinauslaufen muß) wird mit der Lösung bei Jedermannsdelikten in eins gesetzt und dagegen ausgespielt[28], und bei Jedermannsdelikten wird die falsche Alternative aufgebaut, es komme bei sämtlichen Fällen entweder nur mittelbare Täterschaft oder aber nur Teilnahme an unvorsätzlicher Tat in Betracht; letzteres ist dann natürlich keine überzeugende Lösung für die Fälle, in denen der Hintermann für den Zusammenhang von Defekt und Tat zuständig ist. — Eine befriedigende Regelung muß sowohl Teilnahme an unvorsätzlicher Tat wie mittelbare Täterschaft durch Benutzung eines unvorsätzlich handelnden Werkzeugs kennen, ersteres für die Fälle der Unzuständigkeit des Beteiligten für die Verbindung von Defekt und Tat, letzteres für die Fälle der Zuständigkeit.

18 ee) Der Wortlaut des Gesetzes ist eindeutig. Deshalb ist es mit dem Bestimmtheitsgrundsatz unverträglich, Teilnahme an einer unvorsätzlichen Haupttat jedenfalls dann anzuerkennen, wenn die Haupttat nach der Vorstellung des Teilnehmers vorsätzlich sein sollte, aber unvorsätzlich vollzogen wurde. Entsprechende Fallkonstellationen sind nicht nur bei Sonderdelikten denkbar; Beispiel: Die Krankenschwester reicht dem Arzt wunschgemäß und im Bewußtsein der Folgen ein Medikament in einer schädigend hohen Dosis; der Arzt hatte sich bei der Mengenangabe geirrt; die Schwester ging davon aus, der Arzt habe die Folgen eingeplant, etc.; — mangels vorsätzlicher Haupttat keine Teilnahme der Schwester an einer Körperverletzung; mangels Kenntnis der Unvorsätzlichkeit keine mittelbare Täterschaft der Schwester; möglich bleiben Teilnahmeversuch und fahrlässige Täterschaft. — Ferner leidet die Lösung, die in solchen Fällen die §§ 26, 27 StGB anwendet, an einer ungerechtfertigten Mißachtung der üblichen Regeln über die Kongruenz von objektivem Verlauf und Vorsatz[29]. Diese Mißachtung erklärt sich aus der Gleichstellung von „Bewirken" mit „akzessorischem Bewirken" also aus Resten des extensiven Täterbegriffs (Urheberlehre).

26a Das verkennt *Herzberg* ZStW 99 S. 49 ff, 65.

27 Wie das Gesetz schon die Rechtsprechung zu den §§ 48, 49 StGB a. F. seit BGH 9 S. 370 ff (unter Preisgabe von BGH 4 S. 355 ff; 5 S. 47 ff). Zur Rechtsprechung zu § 14 OWiG siehe oben 21/7 mit Fn. 10. — Aus der Literatur siehe insbesondere *Welzel* JZ 1953 S. 763 f; *ders.* JZ 1954 S. 128 ff; *ders.* Strafrecht § 16 I 2 a mit ausführlichen Nachweisen der Literatur zum alten Recht; *ders.* ZStW 58 S. 491 ff, 537 ff, 546; *ders.* Grünhut-Gedächtnisschrift S. 173 ff, 179 ff; *Bockelmann* Verhältnis S. 15 ff; *ders.* GA 1954 S. 193 ff; *ders.* Untersuchungen S. 109 ff, 124 f.

28 Als Schreckgestalt wird neben dem genannten Beispiel zur Rechtsbeugung die Teilnahme an „unvorsätzlicher Untreue" genannt; siehe *H. Mayer* Rittler-Festschrift S. 243 ff, 266.

29 Zutreffend *Bockelmann* Gallas-Festschrift S. 261 ff, 267; — sehr streitig, Nachweise bei *Jescheck* AT § 61 VII 3 Fn. 48; *Roxin* Täterschaft S. 555 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

B. Die äußere (quantitative) Akzessorietät

1. Wie schon bei der Mittäterschaft, so werden auch bei der Teilnahme die Beiträge **19** aller Personen zu einem deliktischen Geschehen verbunden, das die Stadien der Vorbereitung und des Versuchs einheitlich durchläuft (Gesamtbetrachtung), also nicht nach den Beteiligten gesondert (Einzelbetrachtung). Auch wenn ein Teilnehmer seinen Beitrag voll geleistet hat, liegt für ihn nur dann ein Versuch vor, wenn das deliktische Geschehen insgesamt bis zum Versuch gediehen ist. Alle Beiträge werden also nach den quantitativen Fortschritten der gesamten Tat behandelt, so als vollzöge ein einziger Täter alles allein[29a].

Durch die Zusammenfassung der Beteiligten zu einem einzigen Körper oder zu einer einzigen Person mag es vorkommen, daß der Übergang von der Vorbereitung zum Versuch von einem Beteiligten vollzogen wird, der aufgrund der Geringfügigkeit seines Beitrags nur Teilnehmer, nicht aber Täter ist (dazu auch oben 21/37). Beispiel: Der als Experte angeheuerte Glaser ritzt am Haus des Opfers ein Fenster an, damit seine Mitbeteiligten die Scheibe lautlos eindrücken, durch die Lücke eindringen und sodann aus dem Haus stehlen können.

2 a) Bleibt die Haupttat aus, so liegt nur Versuch einer Teilnahme vor. Beispiele: **20** Der Angestiftete weigert sich, die Tat zu begehen; — der Angestiftete will die Tat begehen, scheitert aber schon vor dem Versuch. Dieser Versuch der Teilnahme ist im Rahmen des § 30 StGB strafbar (§ 30 StGB formuliert also eine Ausnahme von der Akzessorietät); ansonsten ist der Versuch als Versuch straffrei (nicht auch stets als Tat nach § 138 StGB)[30], und zwar auch bei Verbrechen[31].

b) Wird die täterschaftliche Haupttat immerhin versucht, so ist über die Tatbestandsbindung der Täterschaft die Tatbestandsbindung der Teilnahme garantiert; der Teilnehmer haftet im Maß des Gelingens, also wegen Teilnahme am Versuch, dies aber nur, wenn der Versuch des Täters auch strafbar ist, also bei Vergehen (§ 12 Abs. 2 StGB) nicht ohne Sonderregelung im BT (§ 23 Abs. 1 StGB).

III. Die Anstiftung

Literatur

G. Bemmann Zum Fall Rose-Rosahl, MDR 1958 S. 817 ff; *ders.* Die Umstimmung des Tatentschlossenen, Gallas-Festschrift S. 273 ff; *R. Bloy* Anmerkung zu BGH 32 S. 310 ff, JR 1985 S. 206 f; *ders.* Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1986; *P. Cramer* Anmerkung zu BGH 19 S. 339 ff, JZ 1965 S. 31 f; *E. Dreher* Der Paragraph mit dem Januskopf, Gallas-Festschrift S. 307 ff; *M. Fincke* Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, 1975; *W. Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *W. Gallas* Anmerkung zu BGH JR 1956 S. 226, aaO S. 226 f; *ders.* Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 S. 1 ff; *K. H. Gössel* Dogmatische Überlegungen zum erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB, Lange-Festschrift S. 219 ff; *R. D. Herzberg* Anstiftung zur unbestimmten Haupttat — BGHSt 34, 63, JuS 1987 S. 617 ff; *P. Hünerfeld* Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 99 S. 228 ff; *J. C. Joerden* Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik im Alternativentwurf, ZStW 80 S. 34 ff; *L. Martin*

29a Rechtsvergleichung bei *Jescheck* ZStW 99 S. 111 ff.

30 Zur subsidiären Bestrafung aus § 138 StGB siehe *Schmidhäuser* Bockelmann-Festschrift S. 683 ff mit Nachweisen.

31 Zwar ist die Verbrechensteilnahme selbst Verbrechen (§ 12 Abs. 2, § 26 StGB; § 12 Abs. 1 und 3, § 27 StGB), aber die generelle Strafbarkeit des Verbrechensversuchs (§ 23 Abs. 1 StGB) erfaßt nur Täterschaft (arg. § 30 StGB) und zudem bestimmt sich der Versuch *eines* Delikts mehrerer akzessorisch Beteiligter einheitlich, nämlich nach der Ausführungshandlung; siehe schon oben zur akzessorischen Mittäterschaft.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Beihilfe zur Anstiftung, DRiZ 1955 S. 290 f; *D. Meyer* Der mißverständliche Bestechungsversuch, JuS 1970 S. 529 ff; *ders.* Anstiftung durch Unterlassen? MDR 1975 S. 982 ff; *H. Otto* Anstiftung und Beihilfe, JuS 1982 S. 557 ff; *I. Puppe* Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984 S. 101 ff; *K. Rogall* Die verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten, GA 1975 S. 11 ff; *C. Roxin* Anmerkung zu BGH 34 S. 63 ff, JZ 1986 S. 908 f; *E. Samson* Die öffentliche Aufforderung zur Fahnenflucht an Nato-Soldaten, JZ 1969 S. 258 ff; *F.-C. Schroeder* Der Täter hinter dem Täter, 1965; *J. Schulz* Die Bestrafung des Ratgebers, 1980; *ders.* Anstiftung oder Beihilfe, JuS 1986 S. 933 ff; *R. Seebald* Teilnahme am erfolgsqualifizierten und am fahrlässigen Delikt, GA 1964 S. 161 ff; *K. Sippel* Zur Strafbarkeit der „Kettenanstiftung", 1989; *U. Stein* Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *W. Stree* Bestimmungen eines Tatentschlossenen zur Tatänderung, Heinitz-Festschrift S. 273 ff.

A. Die Besonderheit der Teilnahme durch Anstiftung

21 1. Anstiften ist vorsätzliches Bestimmen zu vorsätzlicher Tat (§ 26 StGB). Die Interpretation des „Bestimmens" ist schwierig und umstritten. Auch der notwendige Gehilfe (z. B. wer dem Täter das sonst unerreichbare und einzig taugliche Tatwerkzeug verschafft) „bestimmt" im weiteren Sinn zur Tat, da er den zuvor tatohnmächtigen Willen des Täters tatmächtig und damit erst zu einem strafrechtlich relevanten Vorsatz macht. Erst recht „bestimmt" im weiteren Sinn, wer eine Gelegenheit schafft, deren Versuchungen oder Zwängen ein anderer erwartungsgemäß erliegt und deshalb einen Deliktsvorsatz faßt[31a] (jemand bestiehlt einen Ganoven, wissend, daß dieser sich anderen Orts schadlos halten wird). Zur Vermeidung dieser Ausuferungen verlangt eine verbreitete Meinung eine geistige Beeinflussung des Angestifteten durch den Anstifter, gemeint ist eine verbale oder sonstige Kommunikation[32].

22 2. Diese Einschränkung ist noch zu schwach; denn per Kommunikation wirkt auch psychische Beihilfe. Da Anstiftung wie das Verhalten strafbar ist, zu dem angestiftet wird[32a], muß sie in der Interpretation voll von der Beihilfe abgeschichtet werden. Deshalb muß nicht nur irgendeine geistige Beeinflussung vorliegen, sondern eine Beeinflussung dahingehend, daß die Tat stattfinden soll. Diese Beeinflussung muß nicht nur vollzogen werden, sondern sie muß auch wirken, d. h. der Vorsatz des Angestifteten muß gerade durch die Kommunikation mit dem Anstifter über die Notwendigkeit der Tat zustande kommen. Daß der Anstifter die Tat für angebracht hält, muß für den Angestifteten ein Grund für die Tat sein. Mit anderen Worten, nicht die Kommunikation über die Handlungen, die man alle vollziehen *kann*, sondern die Kommunikation über die Handlungen, die man vollziehen *soll*, gehört zur Anstiftung und muß wirken, d. h. den Beeinflußten zur Tat bringen[33].

31a Dazu *Frisch* Verhalten S. 333 ff, 343.

32 *Schmidhäuser* AT 14/104; *Jescheck* AT § 64 III 1; *H. Mayer* AT § 49 III 1 b; *LK-Roxin* § 26 Rdn. 12 mit weiteren Nachweisen; — schwächer („psychische" Beeinflussung) *Stratenwerth* AT Rdn. 881; — *a. A. Lackner* § 26 Anm. 2; *SK-Samson* § 26 Rdn. 5; — strenger *Otto* JuS 1982 S. 557 ff, 560 („unmittelbar auf den Willen des Täters beeinflussend" einwirken); *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 241 ff, 270 ff (die „Motivationskraft der Pflicht als solche" beeinträchtigen).

32a Erste Ansätze zur Differenzierung bringt Art. 4 § 3 Satz 1 i. V. m. Satz 2 des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten vom 9. 6. 1989 BGBl. I S. 1059: Bei vorsätzlichen Tötungen kann der Täter einer vollendeten Tat als Kronzeuge keine völlige Straffreiheit gewinnen, wohl aber — neben dem Gehilfen und neben allen Beteiligten im Versuchsfall — der Anstifter. Die opportunistische Kronzeugenregelung hat freilich für die Interpretation nur eine schwache Bedeutung.

33 *Puppe* GA 1984 S. 101 ff, 113; ähnlich *Joerden* Strukturen S. 119 ff; das deckt sich im Ansatz mit der Meinung von *Schulz*, der die zur Anstiftung erforderliche Wirkung auf diejenige per „Planherrschaft" reduziert (Ratgeber S. 137 ff; *ders.* JuS 1986 S. 933 ff). Planherrschaft soll derjenige haben, der den „deliktischen Sinnzusammenhang" schafft (S. 150). Dabei berücksichtigt *Schulz* nicht, daß die Übernahme des Plans durch den Ausführenden nicht mehr sein muß, als die

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Psychische Beeinflussung ist also nur dann Anstiftung, wenn der Täter — wie bei der älteren subjektiven Theorie zur Täterschaft — seinen Entschluß in Abhängigkeit vom Willen des Beeinflussenden faßt und durchhält[33a]. Bringt den Täter aber allein das vermittelte Wissen zur Tat, ohne daß der Wille des Beeinflussenden kausal wird oder wird der zunächst wirkende Wille des Beeinflussenden vor der Tatausführung obsolet (etwa weil der Beeinflussende dem Ausführenden mitteilt, er sei an der Ausführung nicht mehr interessiert), so ist die Anstiftung nur versucht und allein (psychische) Beihilfe vollendet. — Beispiele: Dem Täter wird von einer Tatgelegenheit berichtet; der Täter vollzieht die Tat der günstigen Tatlage wegen; — nur (psychische) Beihilfe. — Der noch unentschlossene Täter holt sich bei einem Fachmann Rat, der sich äußert, der Täter solle die Tat wagen; — gleichfalls nur (psychische) Beihilfe, da den Täter allein die Meinung von der Durchführbarkeit, nicht aber der Durchführungswille des Beeinflussenden interessiert. — Dem Täter wird für den Fall der Tatgestaltung eine Belohnung versprochen; wegen der Belohnung wird die Tat begangen; oder dem für den Fall einer Belohnung bedingt entschlossenen Täter, der sich anbietet, wird die Belohnung zugesagt; — in beiden Fällen Anstiftung, weil der Täter seinen Vorsatz nicht fassen und durchhalten würde, wenn nicht der Beeinflussende die Tat wollte.

Nur wenn der Tatentschluß in der beschriebenen Weise als abhängiger Entschluß gefaßt und durchgehalten wird, ist der psychische Einfluß mehr als Anreiz, Hilfe oder „guter" Rat; also ist auch nur dann eine Hervorhebung der Anstiftung neben der Beihilfe angebracht[34].

B. Einzelheiten

1. Ein besonderer Nachdruck des Bestimmens ist nicht erforderlich. Das *Arsenal der* **23**
Anstiftungsmittel[35] reicht von der täuschungs- und herrschaftsfreien Kommunikation darüber, daß die Tat sein soll (was auch in Frageform geschehen kann[36]), bis hin zu den Mitteln der mittelbaren Täterschaft, solange der Beeinflußte vorsätzlich handelt. Täuschungen, die beim Getäuschten den Vorsatz ausschließen, scheiden aus (es liegt dann mittelbare Täterschaft vor, siehe oben 21/74). — Die Differenzierung der Rechtsprechung zwischen bloßer Bitte (keine Anstiftung[37]) und Schaffen eines Motivs (Anstiftung[38]) ist undurchführbar. — Die Rechtsprechung hat zur Abgrenzung wenig geleistet, da der eigennützige Anstifter (also der Regelfall) nach der subjektiven Theorie als Mittäter haftet.

2 a) Wer schon jedenfalls zur Tat entschlossen ist *(omnimodo facturus*[38a]*)*, kann **24**
nicht mehr erfolgreich angestiftet werden (aber dessen Anstiftung kann — bei Unkenntnis der Tatentschlossenheit — versucht werden, § 30 Abs. 1 StGB). Ein Tatent-

---

Übernahme einer guten Idee. Die Übernahme unterscheidet sich deshalb allenfalls quantitativ von sonstigen psychischen Beeinflussungen. Planherrschaft bringt — wie *Schulz* einräumt — keine Form von Herrschaft zur Tat, sondern nur eine Herrschaft im Vorfeld. Eine solche Herrschaft im Vorfeld hat aber auch der notwendige Gehilfe, scil. eine Herrschaft über die Durchführbarkeit. Es muß zur Höherstufung der Anstiftung gegenüber der Beihilfe ein Durchgriff des Anstifters auf die Tat hinzukommen: eben durch den Täter, der seinen Vorsatz abhängig faßt; hauptsächlich wie *Schulz: Bloy* Beteiligungsform S. 328 ff, 338 f; kritisch *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 174 ff.

[33a] Zur Notwendigkeit des Durchhaltens zutreffend *Puppe* GA 1984 S. 101 ff, 113; siehe auch *Schulz* JuS 1986 S. 933 ff, 940.

[34] Teils ähnlich *D. Meyer* JuS 1970 S. 529 ff; *ders.* MDR 1975 S. 982 ff.

[35] Zur Anstiftung durch Erregung eines Irrtums: OLG Hamburg HESt. 2 S. 316 f; RG 71 S. 98 ff, 99. — Zur Anstiftung zu weit, da den bloßen Rat umfassend, RG 53 S. 189 ff, 190. — Siehe auch die Aufzählung der Tatmittel in § 48 StGB a. F.

[36] BGH GA 1980 S. 183 f.

[37] RG HRR 1942 Nr. 741.

[38] RG 36 S. 402 ff, 405.

[38a] Kritisch zum Begriff *Puppe* GA 1984 S. 101 ff, 116 ff, 117, die einen Tatenschluß vor Beginn des

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

schluß liegt freilich nicht schon vor, wenn jemand allgemein zur Tat geneigt ist[39]; zur Abgrenzung zwischen Tatgeneigtheit und Tatentschluß siehe unten zum Versuch 25/29 ff.

25 b) Freilich kann der schon zur Tat Entschlossene zu *Änderungen des Entschlusses* gebracht werden. Hierbei ist anerkannt, daß zu selbständig strafbaren Übersteigerungen der bislang geplanten Tat angestiftet werden kann (unstreitig); Beispiel: Dem zur Körperverletzung Entschlossenen wird geraten, in die Wohnung des Opfers einzudringen und die Tat dort zu vollziehen, wie es auch geschieht; — Anstiftung zum Hausfriedensbruch, §§ 26, 123 StGB, je nach Fallgestaltung ideal konkurrierend mit Beihilfe zur Körperverletzung, §§ 27, 223 StGB. Ansonsten kommt es darauf an, ob die Tat für den Beeinflußten identisch bleibt (keine Anstiftung) oder sich ändert (Anstiftung). Wann letzteres der Fall ist, läßt sich teils nur schwierig bestimmen und ist insgesamt sehr streitig[40]. Das Spektrum reicht von der Annahme identischer Taten bei gleichem „Maß der Rechtsgutsverletzung"[41] bis hin zur Bestimmung der Identität durch jede einzelne Qualifizierung eines Delikts[42]. Die überwiegende Ansicht nimmt Identitätswechsel beim Übergang zu einem „Aliud"[43] sowie bei „erheblicher" Übersteigerung[44] an.

26 c) Zur Lösung ist zu beachten:

aa) Ein Wechsel des Täters ändert die Tat für den Beeinflußten per Definition stets, mag sie auch für andere Beteiligte identisch bleiben. Beispiel: Der Bandenchef bestimmt statt des zunächst ausersehenen Bandenmitglieds ein anderes Mitglied zum Mittäter einer Mordtat; — Anstiftung, obgleich die Tat für die anderen Mittäter und sonst Beteiligte identisch bleibt.

bb) Ein Wechsel des Tatobjekts ändert die Identität gleichfalls, auch wenn es dem Täter auf die Identität des Objekts nicht ankommt. Beispiel: Dem Täter wird geraten, doch nicht — wie geplant — die Fensterscheiben in einer vollbeleuchteten City-Straße einzuwerfen, sondern lieber eine schwach beleuchtete Seitenstraße zu wählen. Der Vorsatz des Täters muß aber vom Willen des Umstimmenden abhängig gefaßt werden (sonst nur psychische Beihilfe), woran es bei solchen Fallgestaltungen meist fehlen dürfte.

cc) Ein Wechsel des Tatmittels, der Tatzeit oder des Tatorts ändert die Identität gleichfalls, soweit es sich nicht um (absolute oder relative) Begleitumstände handelt (siehe oben zur Kausalität 7/14 ff). In aller Regel wird freilich der Täter eine bloße Änderung dieser Modalitäten nicht in Abhängigkeit vom Willen des zur Änderung Bestimmenden vornehmen, sondern allein wegen der für ihn vorteilhafteren Gestaltung. Das gilt auch bei quantitativ erheblichen Übersteigerungen, mögen sie tatbestandlich ausformuliert sein oder nicht. Beispiel: Statt schlichter Wegnahme (§ 242 StGB) wird Wegnahme mit Gewalt angeraten (§ 249 StGB); — keine Anstiftung zum Raub, und auch keine Anstiftung zur Nötigung, wenn allein das vermittelte Wissen zur

---

straftatbestandsmäßigen (Vollendungs-, Versuchs- oder Vorbereitungs-) Verhaltens nicht anerkennt; siehe unten 25/29 f.

39 RG 37 S. 172 f; BGH bei *Dallinger* MDR 1957 S. 395; MDR 1972 S. 569.

40 Ausführliche Nachweise bei *Schulz* Ratgeber S. 16 ff, 56 ff, 101 ff; *Bloy* Beteiligungsform S. 332 ff.

41 *SK-Samson* § 26 Rdn. 4.

42 *Stree* Heinitz-Festschrift S. 273 ff, 291 f; *Otto* JuS 1982 S. 557 ff, 561 (zudem durch jede Begehungsmodalität).

43 *Bemmann* Gallas-Festschrift S. 273 ff, 277; *LK-Roxin* § 26 Rdn. 4; *Welzel* Strafrecht § 16 II 2.

44 BGH 19 S. 339 ff, 340 f; *Maurach-Gössel* AT II § 51 Rdn. 9; *Schmidhäuser* AT 14/113; — strenger (nur bei tatbestandlicher Verselbständigung des neu geplanten Delikts gegenüber dem schon geplanten Delikt) *LK-Roxin* § 26 Rdn. 6; — *a. A.* (Haftung nur für das Plus) *Jescheck* AT § 64 III 2 c; *Cramer* JZ 1965 S. 31 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Änderung der Modalität führt[45]. — Umgekehrt wird der Anstifter dem Täter die Wahl des Mittels in einem bestimmten Rahmen häufig anheimstellen.

dd) Ein Wechsel des Tatziels (des Zwischenziels oder des Beweggrunds) dürfte regelmäßig Abstiftung verbunden mit erneuter Anstiftung sein[46]. Beispiel: Der zu einem Sprengstoffattentat entschlossene Anarchist wird dazu bekehrt, nicht für die Internationalisierung der Revolution, sondern für die Einheit der Nation zu bomben; — Anstiftung.

27 3. Da es bei der Anstiftung darum geht, daß der Beeinflußte zu einer Tat korrumpiert, nicht aber nur allgemein in seinen deliktischen Neigungen bestärkt wird, muß *die Tat bestimmt* sein. Freilich muß der Anstifter mangels Tatherrschaft (hier: mangels Gestaltungsherrschaft) die Konkretisierung der am besten tatnah zu entscheidenden Modalitäten dem Beeinflußten überlassen; wenn er als Anstifter haften soll, so muß er aber trotzdem den Rahmen und die Maximen zur Konkretisierung von Opfer (Tatobjekt), Mittel, Ort und Zeit innerhalb des Rahmens kennen. Letzteres vernachlässigt die übliche Interpretation, die auf das Maß[47] oder die Adäquanz des Unrechts[48] abstellt und deshalb auch analoge Taten erfaßt. Anstiftung wird bei dieser Lösung zur Bestimmung zu einem Ungehorsam fixer Quantität oder fixer Art, ist aber nicht mehr Bestimmung zu einer fixen Tat[49].

28 4. Was den vom Anstiftenden in Aussicht genommenen *Täter* angeht, verhält es sich ganz entsprechend: Wenn er nicht voll individualisiert ist, so muß er doch rahmenmäßig individualisiert sowie durch Maximen zur Ausfüllung des Rahmens voll bestimmbar sein. Unter diesen Voraussetzungen braucht dem Anstiftenden derjenige, der zu einer Tat bestimmt werden soll, nicht bekannt zu sein[50].

Für den Fall einer Unbestimmtheit der konkreten Tat, die durch die Weite des Kreises potentieller Täter bedingt ist, bringt die öffentliche Aufforderung zu Straftaten (§ 111 StGB) eine Sonderregelung[51]. Ist ausnahmsweise trotz Unbestimmtheit des Täterkreises die potentielle Tat hinreichend scharf umrissen, so liegt Anstiftung vor; Beispiel: Die Aufforderung durch ein Schild, einen abgegrenzten privaten Park trotz der Proteste des Besitzers zu betreten, ist Anstiftung zum Hausfriedensbruch, §§ 26, 123 StGB, wenn der Tatentschluß in Abhängigkeit vom Vorsatz des Auffordernden gefaßt wird, woran es freilich oft fehlen dürfte[52].

29 5. Sämtliche Voraussetzungen der Anstiftung, einschließlich der Voraussetzung einer vorsätzlichen Haupttat, muß der Anstifter kennen. Für einen *Exzeß des Angestifteten*, d. h. für eine Überschreitung des durch die Anstiftung gezogenen Rahmens, haftet der Anstifter aber nicht[53]. — Zum error in persona vel objecto des Täters gelten

---

45 Anders die ganz überwiegende Ansicht; siehe BGH 19 S. 339 ff, 340 f.

46 *A. A. Bloy* Beteiligungsform S. 342.

47 *LK-Roxin* § 26 Rdn. 9; *ders.* JZ 1986 S. 908 f; der Sache nach auch BGH 15 S. 276 ff, 277.

48 *Stratenwerth* AT Rdn. 888.

49 Wie hier BGH 34 S. 63 ff, 66 f (mit ablehnender Anmerkung *Roxin* JZ 1986 S. 908 f und kritischer Besprechung *Herzberg* JuS 1987 S. 617 ff; zu dieser Entscheidung siehe auch unten 24/17 mit Fn. 27c); *Schmidhäuser* AT 14/102 ff; im Ergebnis auch RG 34 S. 327 ff, 328.

50 Insbesondere relevant für die Kettenanstiftung; BGH 6 S. 359 ff, 361.

51 Zum Verhältnis von § 26 StGB und § 111 StGB siehe *Dreher* Gallas-Festschrift S. 307 ff; *Fincke* Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts S. 76 ff; *Rogall* GA 1975 S. 11 ff mit weiteren Nachweisen; *Samson* JZ 1969 S. 258 ff; *Bloy* Beteiligungsform S. 323 ff. — Zur Abgrenzung einer Tat nach § 111 StGB von bloßen Unmutsäußerungen siehe BGH 32 S. 310 ff mit Anmerkung *Bloy* JR 1985 S. 206. — Zu den §§ 130 a, 140 StGB siehe *Rogall* aaO S. 19 ff, 23 ff.

52 Generell *a. A.* OLG Hamm VRS 26 S. 105 ff; *LK-Roxin* § 26 Rdn. 10 mit weiteren Nachweisen.

53 Zur Teilnahme allgemein siehe RG 67 S. 343 ff, 344; BGH 2 S. 223 ff, 224 f; siehe auch BGH 11 S. 66 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

die Ausführungen zur Mittäterschaft entsprechend, d. h. es kommt darauf an, ob das Opfer sich an den durch die Anstiftung gezogenen Rahmen und die Maximen der Konkretisierung gehalten hat[54].

Bringt die Handlung, zu der angestiftet wurde, eine nicht vom Vorsatz der Beteiligten umfaßte, aber vermeidbare Nebenfolge, so kommt insoweit Haftung für eine fahrlässige Tat in Betracht. Bei *erfolgsqualifizierten Delikten* mit vorsätzlichem Grunddelikt führt dies zur Haftung des zum Grunddelikt Anstiftenden aus dem erfolgsqualifizierten Delikt, wenn die erfolgbringende Handlung vom Vorsatz umfaßt ist: Sind bei erfolgsqualifizierten Delikten (etwa § 226 StGB) eine Anstiftung zum Grunddelikt (§§ 26, 223 StGB) und Fahrlässigkeit bezüglich der Folge gegeben (§§ 18, 222 StGB), so haftet der Teilnehmer am Grunddelikt wegen Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt, wobei es sich um Teilnahme am Grunddelikt und fahrlässige Täterschaft bezüglich der Folge handelt[55]. — Da nur zum Grunddelikt eine akzessorische Beteiligung vorliegt, ist nicht erforderlich, daß der Ausführende für mehr als das Grunddelikt haftet. Das Grunddelikt muß er als eine vorsätzliche Tat verwirklichen, bezüglich der Folge mag bei ihm Fahrlässigkeit fehlen. — Bei den *nicht qualifizierenden Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen* muß der Haupttäter — mangels ansonsten gegebener Haupttat — Vorsatzteil wie Fahrlässigkeitsteil des Tatbestands in seiner Person erfüllen[56].

30 6. Geschieht die Anstiftung zur Haupttat über Personen, die die Anstiftung dem Haupttäter übermitteln (Kettenbeteiligung), so sind nur diejenigen Beteiligten als Anstifter zu behandeln, von deren Willen der Haupttäter oder ein anderer Anstifter seinen Entschluß abhängig macht[57] (oben 22/22); die anderen sind allenfalls Gehilfen. Stiftet der Anstifter nur einen Gehilfen an, während der Haupttäter seinen Entschluß nicht in Abhängigkeit von ihm faßt (Beispiel: Der Anstifter schenkt einem Waffenbesitzer Geld, damit dieser die Waffe dem Haupttäter leiht), wirkt der Beitrag auf die Haupttat nur als Gehilfenbeitrag und ist als Beihilfe zur Haupttat zu behandeln. Auch Beihilfe zur Anstiftung ist Beihilfe zur Haupttat (Beispiel: Der Gehilfe bringt den Haupttäter dazu, dem Anstifter zuzuhören). Jedenfalls muß es — von den Fällen des § 30 StGB abgesehen — zu einer zumindest versuchten Haupttat gekommen sein (quantitative Akzessorietät).

31 7. Der Anstifter wird *„gleich einem Täter" bestraft,* § 26 StGB. Diese Regelung ist selbst bei der hier gewählten engen Interpretation der Anstiftung verfehlt (wie ihretwegen die weite Interpretation der überwiegenden Lehre unhaltbar ist). Die übliche Begründung, der Anstifter habe „den entscheidenden Anstoß zur Tat gegeben"[58], ist eine vereinzelte materiale Erwägung ohne systematischen Stellenwert: Auch der notwendige Gehilfe ist in diesem Sinn entscheidend, haftet aber schwächer, und jeder Alleintäter entscheidet nicht nur, sondern hat zudem Tatherrschaft, ohne schärfer zu

---

54 Siehe oben 21/45 mit Nachweisen; zudem *Bemmann* MDR 1958 S. 817 ff, 821.

55 BGH 2 S. 223 ff, 225; 19 S. 339 ff, 341 f mit Anmerkung *Cramer* JZ 1965 S. 31 f, 32; BGH NJW 1987 S. 77 f; *Schönke-Schröder-Cramer* § 18 Rdn. 7 mit ausführlichen Nachweisen. — *A. A. Seebald* GA 1964 S. 161 ff; *Gössel* Lange-Festschrift S. 219 ff (*Gössel* interpretiert die erfolgsqualifizierten Delikte als *Fahrlässigkeits*delikte mit vertypter Sorgfaltswidrigkeit; bei dieser Konzeption scheidet mangels vorsätzlicher Haupttat Teilnahme aus; hiergegen *LK-Roxin* § 26 Rdn. 29; *LK-Schroeder* § 18 Rdn. 33).

56 Anders *SK-Rudolphi* § 11 Rdn. 35.

57 Weitergehend (nämlich ohne das Erfordernis der Willensabhängigkeit des Haupttäters) BGH 6 S. 359 ff; 8 S. 137 ff; 14 S. 156 ff; — zur Beihilfe zur Anstiftung siehe *Martin* DRiZ 1955 S. 290 f; zur Kettenanstiftung siehe *Gallas* JR 1956 S. 226 f. — *Sippel* Strafbarkeit S. 5 ff erkennt zutreffend die Notwendigkeit, die tätergleiche Strafdrohung bei der Interpretation zu berücksichtigen; aber seine Beschränkung der Anstiftung auf „unmittelbares gezieltes Hervorrufen des Tatenschlusses" (S. 90) ist — jedenfalls im Merkmal der Unmittelbarkeit — ganz äußerlich.

58 BT-Drucksache V/4095 S. 13.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

haften. Es ist deshalb vorzugswürdig, eine Kannmilderung vorzusehen, wie es in § 28 Abs. 2 AE geschehen ist[59].

8. Anstiftung erfaßt Beihilfe als *mitbestrafte Beteiligung*[60] und wird ihrerseits von Täterschaft umfaßt[61] (siehe unten 31/28). **32**

IV. Die Beihilfe

Literatur

N. Bitzilekis Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat, ZStW 99 S. 723 ff; *R. Bloy* Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *W. Bottke* Anmerkung zu BayObLG NJW 1980 S. 412 f, JA 1980 S. 379; *W. Class* Die Kausalität der Beihilfe, Stock-Festschrift S. 115 ff; *E. Dreher* Die Kausalität der Beihilfe, MDR 1972 S. 553 ff; *W. Gallas* Anmerkung zu RG 71 S. 193 ff, ZAkDR 1937 S. 438 f; *C.-J. Gores* Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 1982; *H.-H. Hau* Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen, 1974; *R. D. Herzberg* Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971 S. 1 ff; *H. Isenbeck* Beendigung der Tat bei Raub und Diebstahl, NJW 1965 S. 2326 ff; *H.-H. Jescheck* Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, Welzel-Festschrift S. 683 ff; *J. C. Joerden* Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988; *K. Kühl* Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, 1974; *W. Küper* Grenzfragen der Unfallflucht, JZ 1981 S. 209 ff und 251 ff; *ders.* Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft, JZ 1981 S. 568 ff; *O. Ranft* Das garantiepflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung, ZStW 97 S. 268 ff; *J. Salamon* Vollendete und versuchte Beihilfe, 1968; *E. Samson* Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972; *ders.* Die Kausalität der Beihilfe, Peters-Festschrift S. 121 ff; *F. Schaffstein* Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Honig-Festschrift S. 169 ff; *R. Schlothauer* und *M. Tscherch* Anmerkung zu BGH 29 S. 258 ff, StV 1981 S. 22 f; *U. Sommer* Verselbständigte Beihilfehandlungen und Straflosigkeit des Gehilfen, JR 1981 S. 490 ff; *G. Spendel* Beihilfe und Kausalität, Dreher-Festschrift S. 167 ff; *U. Stein* Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *O. Triffterer* Die österreichische Beteiligungslehre, 1983; *Th. Vogler* Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat, Heinitz-Festschrift S. 295 ff.

A. Die Kausalität der Beihilfe

1. Beihelfen ist vorsätzliches Hilfeleisten zu vorsätzlicher Tat (§ 27 StGB). Bei der Interpretation des Hilfeleistens ist zweierlei streitig, und zwar erstens, ob überhaupt Kausalität für den Deliktserfolg nötig ist oder ob eine „Förderung" hinreicht, und zweitens, ob jede Kausalität oder auch „Förderung" hinreicht. Zur ersten Frage geht es darum, ob auch eine Unterstützung des Täters vollendete Beihilfe ist, deren Ertrag ex post zumindest nicht nachweisbar, wenn nicht gar als fehlend zu beweisen ist. Die zweite Frage betrifft das Problem ersetzbarer Beiträge, also der (Nicht-)Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe. Die Beantwortung beider Fragen ist für die Systematik der Zurechnung wichtig[62]; die erste Frage betrifft zudem eine praktisch bedeutsame Fallgruppe. **33**

2. *Ist Kausalität erforderlich?* **34**

a aa) Es gibt zahlreiche Begründungsversuche, mit denen die Notwendigkeit einer Kausalität der Beihilfe geleugnet wird. Gemeinsam ist der Anlaß: Die Straffreiheit versuchter Beihilfe nach dem AT[63] wirkt besonders in denjenigen Fällen gegenüber der Strafe für Beihilfe zum Versuch oder zur Vollendung zufällig, in denen schon in den

59 Insgesamt sehr streitig; siehe *F.-C. Schroeder* Täter hinter dem Täter S. 202 ff; *Gallas* ZStW 80 S. 1 ff, 32 f; *Armin Kaufmann* ZStW 80 S. 34 ff, 37.

60 BGH 4 S. 244 ff, 247.

61 RG 33 S. 401 ff, 402; 44 S. 208 ff, 211; 62 S. 74 f, 75; — zu Ausnahmen siehe RG 70 S. 138 ff, 139; 70 S. 293 ff, 296 f.

62 *SK-Samson* § 27 Rdn. 4.

63 Zum BT siehe § 120 Abs. 1, 3. Fallgruppe i. V. m. Abs. 3 StGB; § 121 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. Abs. 2 StGB u. a. m.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Äußerlichkeiten der Leistung des Helfenden eine Solidarisierung mit der Haupttat deutlich wird; Beispiele sind das Schmierestehen, während niemand kommt, oder das Beschaffen tauglicher, aber letztlich nicht benutzter Tatmittel. Einen Anlaß bilden weiterhin die Fälle, in denen Kausalität immerhin wahrscheinlich, wenn auch nicht nachweisbar ist; ein Beispiel ist das Ausarbeiten eines später vom Täter nach der Prüfung verworfenen Plans durch den Gehilfen, wobei wahrscheinlich ist, daß der Täter ohne die Prüfung eines solchen Plans die Tat überhaupt nicht unternommen hätte.

bb) Ein Verzicht auf Kausalität für die Tatbestandsverwirklichung in solchen Fällen führt zur Bestrafung von Hilfsversuchen als effektive Hilfe. Eine solche Verfälschung von Versuch in Vollendung würde die Beihilfe zu einem subjektiv-objektiv inkongruenten Delikt werden lassen; denn zum Vorsatz des Gehilfen gehört Kenntnis von Kausalität, nicht nur von Solidarisierung[64]. Ferner würden die Akzessorietätsregeln zerstört; denn die verwirklichte tatbestandsmäßige Haupttat wäre nicht dasjenige, zu dem der Gehilfe einen Beitrag geleistet hat; sein Beitrag gilt in den genannten Fällen einer anderen und eben ausgebliebenen Version der Haupttat. — Also ist Kausalität erforderlich[65].

35 b) *Abweichende Konzeptionen:*

aa) Die Notwendigkeit einer Kausalität der Beihilfe wird am radikalsten von den Vertretern der Ansicht bestritten, die Beihilfe sei ein abstraktes[66] oder gemischt abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt[67], und zwar im letzten Fall konkret gefährlich im Blick auf die Täterhandlung, abstrakt gefährlich im Blick auf deren Erfolg. Eine abstrakte Gefährlichkeit läßt sich aber nur an gesetzlich detailliert gegebenen Tat- und Situationsbeschreibungen festmachen; denn die Bestimmung, welches — nicht näher beschriebene — Verhalten für einen Erfolg abstrakt gefährlich ist („generell geeignet"), kann ohne Willkür schlechthin nicht erfolgen. Kraß: Selbst wer Diebeswerkzeug zerstört, vollzieht ein zur Förderung von Delikten generell geeignetes Verhalten; denn der Dieb mag sich mangels Werkzeugs nunmehr dem Raub zuwenden. Es kommt für die „generelle Eignung" also immer auf den Handlungskontext an. Da eine konkrete Tat- und Situationsbeschreibung für die Beihilfe fehlt, ist ihre Interpretation als abstrakt gefährliches Hilfeleisten ausgeschlossen[68]. Die Bestimmung der gemischt abstrakt-konkreten Gefahr führt — abgesehen von der soeben bezeichneten Unmöglichkeit freihändiger Bestimmung der abstrakten Gefahr — zu Inkonsequenzen auf der subjektiven Tatseite: Der Vorsatz des Täters reicht nicht nur bis zur Täterhandlung, sondern bis zum Taterfolg; sein Gegenstand müßte demnach zugleich nur-abstrakt wie schon-konkret sein[69].

bb) Eine weitere Lehre, die Beihilfe für gegeben hält, wenn der Täter das Risiko der Tatverwirklichung durch den Haupttäter erhöht hat[70], verwandelt Beihilfe in ein Delikt des gefährlichen Beihilfeversuchs[71].

---

64 Siehe unten zum agent provocateur 23/16; *SK-Samson* § 27 Rdn. 8.

65 Wie hier *Samson* Hypothetische Kausalverläufe S. 84 f; *ders.* Peters-Festschrift S. 121 ff; *SK-Samson* § 27 Rdn. 9 und die wohl noch überwiegende Ansicht; *Dreher* MDR 1972 S. 553 ff; *Gores* Rücktritt S. 37 ff, 70; *Bloy* Beteiligungsform S. 287; *Jescheck* AT § 64 IV 2 c; *LK-Roxin* § 27 Rdn. 2 ff, jeweils mit Nachweisen.

66 *Herzberg* GA 1971 S. 1 ff, 7.

67 *Vogler* Heinitz-Festschrift S. 295 ff, 304 ff.

68 Zutreffend kritisch *LK-Roxin* § 27 Rdn. 18; *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 147 ff.

69 Widersprüchlich *Vogler* aaO S. 314: keine Strafbarkeit des agent provocateur trotz konkreter Gefahr im Blick auf das Täterverhalten.

70 *Salamon* Beihilfe S. 155; *Schaffstein* Honig-Festschrift S. 169 ff; unklar *Stratenwerth* AT Rdn. 898.

71 Zutreffend kritisch *Samson* Hypothetische Kausalverläufe S. 202 ff; *ders.* Peters-Festschrift

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

cc) Der vorgenannten Position verwandt ist die in Einzelheiten unklare Stellung der Rechtsprechung[72], die darauf verzichtet, „daß der Erfolg der Haupttat durch die Gehilfentätigkeit ursächlich mitbewirkt" wird. Damit soll die objektive Seite der Beihilfe aber nicht weggestrichen werden, vielmehr wird verlangt, die „den Verbrechenstatbestand verwirklichende Handlung" müsse, „bevor sie zum Abschluß gekommen ist, zu irgendeinem Zeitpunkt durch das Tätigwerden des Gehilfen tatsächlich gefördert worden" sein[73]. — Die Auflösung der Tatbestandlichkeit wird deutlich: Eine den „Verbrechenstatbe stand verwirklichende Handlung" läßt sich anders als durch Erfolgskausalität zu „irgendeinem Zeitpunkt" nur fördern, wenn man von der exakten Bezeichnung der *Ausführung* des Verbrechens absieht und sich statt dessen mit einem vagen Gesamtgeschehen begnügt[74].

dd) Soweit das Erfordernis von Kausalität anerkannt ist, wird teils mit besonderen Kausalitätsbegriffen operiert: „Zufluß- oder Verstärkerkausalität"[75] oder Kausalität für „die Modalität (Art und Weise im besonderen Fall) der Handlung"[76]; — dies sind Ad-hoc-Konstruktionen, die keinen Gewinn an Klarheit bringen[77].

3. *Ist jede Kausalität hinreichend?* **36**

a) Es handelt sich um ein — nicht nur Beihilfe betreffendes — Problem der objektiven Zurechnung (siehe oben 7/72 ff, 90 ff). Bei der Beihilfe geht es wie bei jeder Beteiligung um die psychischen und physischen Leistungen, die zur Tatbestandsverwirklichung erbracht werden müssen. Wer eine dieser Leistungen erbringt, ist (mindestens) Gehilfe. Dabei stehen psychisch und physisch vermittelte Kausalität gleich. Eine bloße tätige Solidarisierung, die für den Erfolg nicht kausal wird, reicht nicht aus.

Zu den Leistungen, die erbracht werden müssen, gehört insbesondere auch das Durchhalten des Vorsatzes. Wer also den entschlossenen Täter für die Zeit einer Entschlußkrise wappnet, ist Gehilfe (durch psychische Beihilfe), wenn in der Krise die Wappnung zum Durchhalten des Entschlusses führt, mag auch wahrscheinlich sein, daß der Täter ohne Zuspruch gleichfalls entschlossen geblieben wäre; letzteres wäre ein Verlauf zum Erfolg gewesen, der von anderen Leistungen bewirkt worden wäre[78]. — Daß der psychische Einfluß gewirkt hat, ist freilich unabdingbar und im Prozeß nachzuweisen[79].

b) *Einzelheiten zur hinreichenden Kausalität*[80]*:* **37**

aa) Gehilfe ist, wer einen unersetzbaren Beitrag leistet (notwendiger Gehilfe).

S. 121 ff; *LK-Roxin* § 27 Rdn. 18 —; Risikoerhöhung plus Realisierung des Risikos verlangen *Otto* JuS 1982 S. 557 ff, 563 f; *Ranft* ZStW 97 S. 268 ff, 284 ff, 291 ff; *Bloy* Beteiligungsform S. 286.

72 Ausführliche Interpretation bei *Samson* Hypothetische Kausalverläufe S. 55 ff; *Dreher* MDR 1972 S. 553 ff.

73 RG 58 S. 113 ff, 114 f; — ähnlich RG 67 S. 191 ff; 71 S. 176 ff; 73 S. 53 ff; 75 S. 112 ff, 113; BGH 8 S. 390 ff, 391; BGH VRS 8 S. 199 ff, 201; — bloße billigende Anteilnahme versteht auch die Rechtsprechung nicht als Förderung, BGH GA 1985 S. 233. — Auch die Rechtsprechung kann die Verkürzung der Erfolgskausalität subjektiv nicht durchhalten; siehe hierzu RG 56 S. 169 ff, 170; 60 S. 24 f; siehe ferner *Mezger* Strafrecht § 57 II (S. 413).

74 Zum Zusammenahng der Beihilfedefinition der Rechtsprechung mit der das Gesamtgeschehen erfassenden natürlichen Handlungseinheit als Konkurrenzform siehe *Samson* Hypothetische Kausalverläufe S. 57; *SK-Samson* § 27 Rdn. 5.

75 *Class* Stock-Festschrift S. 115 ff.

76 *Mezger* Strafrecht § 57 II (S. 413).

77 Kritisch hierzu *Samson* Hypothetische Kausalverläufe S. 61 ff, 64 ff; *LK-Roxin* § 27 Rdn. 3 f; *Bloy* Beteiligungsform S. 270 ff.

78 *LK-Roxin* § 27 Rdn. 3; *Gores* Rücktritt S. 105; *Ranft* ZStW 97 S. 268 ff, 297; streitig.

79 Verfehlt deshalb BGH bei *Dallinger* MDR 1967 S. 173; OLG Stuttgart NJW 1950 S. 118 f; viel zu pauschal BGH 31 S. 136 ff, 136.

80 Alle Lösungen sind sehr streitig. Nach *Samson* (Hypothetische Kausalverläufe S. 160 ff) soll bei „Intensivierung" und „Übernahme" zu haften sein, und zwar bei „Intensivierung" auf das Ganze, nicht nur die Differenz; siehe auch *SK-Samson* § 27 Rdn. 10. — Nach *LK-Roxin* § 27 Rdn. 5 ff soll es auf die Kausalität für eine

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

bb) Gehilfe ist auch, wer einen ersetzbaren Beitrag leistet; denn eine normative Garantie entfällt nicht deshalb, weil auch noch ein anderer bereitsteht, sie zu mißachten[80a]. Das gilt selbst dann, wenn der real geleistete Beitrag weniger intensiv wirkt, als der hypothetische Beitrag wirken würde. Beispiele: Der Gehilfe besorgt eine Tatwaffe, die der Täter auch von einem anderen hätte bekommen können; der Gehilfe öffnet eine Tür, die der Täter hätte sprengen können, trägt eine Leiter zum Tatort, die der Täter auch selbst hätte tragen können, etc.

cc) Gehilfe ist ferner, wer einen schon von anderen Personen zurechenbar geleisteten Beitrag ersetzt, sofern es sich nicht nur um eine bloße Variation des identischen Risikos handelt (dazu sogleich). Beispiel: Wer neben die bereitliegende Schußwaffe ein Messer legt, das zur Mordtat erfolgreich verwendet wird, haftet wegen Beihilfe. Das gilt selbst dann, wenn die Ersetzung den Erfolg abmildert; denn der Verlauf zum Erfolg in seiner enttäuschenden Gestalt ist auch dann ohne die Ersetzung nicht zu erklären. Beispiel: Wer ein gefährliches Gift durch ein harmloses Brechmittel ersetzt, ist Gehilfe der Körperverletzung[81]. — In Grenzfällen ist Notstandsrechtfertigung möglich.

dd) Wer einen nicht zurechenbaren Beitrag ersetzt, ist Gehilfe, begeht aber eine der abstrakten Gefährdung (bei Kenntnis der Ersetzbarkeit) oder dem Beihilfeversuch (bei Unkenntnis) ähnliche Tat mit der Folge einer Milderung des Strafrahmens (eingehend oben 7/92 ff). Beispiel: Der Gehilfe nimmt dem arglosen Postboten das Paket ab, das eine Höllenmaschine enthält, und trägt es zum Empfänger.

ee) Bewirkt der Täter eine Intensivierung des ansonsten identischen und durch das identische Risiko herbeigeführten Erfolgs, haftet er (nur) für die Differenz. Beispiele: Tötung statt Körperverletzung; — Haftung für Beihilfe zur Tötung. — Zerstörung von zwei Sachen statt einer Sache; — Haftung für die Zerstörung der zweiten Sache.

ff) Keine Haftung besteht bei erfolgsneutralen oder erfolgsmindernden Variationen schon bestehender Risiken; denn der Beitrag wirkt sich in diesen Fällen nur auf nicht enttäuschende (absolute oder relative) Begleitumstände aus. Beispiel: Wer die scharfen Kanten der als Tatwerkzeug ausersehenen Keule abschleift oder den Hieb abschwächt oder von empfindlichen auf robustere Körperstellen ablenkt, haftet nicht wegen Beihilfe zur Körperverletzung, weil er die fremde Organisation nicht erweitert, sondern verengt (siehe auch die schon oben zur objektiven Zurechnung genannten Beispiele 7/89). Praktisch dürfte die Fallkonstellation relevant sein, daß der Beteiligte das Böse will, aber das Gute schafft: nur straffreie versuchte Beihilfe.

gg) Wer schon erbrachte Leistungen erst zerstört und dann neu errichtet, haftet nicht, wenn er durch die Zerstörung gegenüber dem Täter zum Garanten für die Erneuerung wird; denn die Wiedererrichtung wird in diesem Fall rechtlich als Erfüllung der Pflicht, nicht aber als Beitrag zum Delikt definiert: ein Fall des Regreßverbots (eingehender unter 24/17). Das gilt auch, wenn die Verletzung der Garantenpflicht keinen Straftatbestand erfüllt. Beispiel: Die bereitgelegte Tatwaffe wird erst weggetragen und dann zurückgebracht; — keine Haftung, wenn das Zurücktragen einer Pflicht nach § 985 BGB genügt. — Bei großem drohenden Schaden bleibt § 323 c StGB.

Risikoerhöhung ankommen. Dann dürfte aber (auch abgesehen von Notstandsrechtfertigung) keine Beihilfe begehen, wer sich an einer Tat mit mäßigem Risiko beteiligt, wenn der Täter ansonsten eine Tat mit hohem Risiko vollzöge, und es müßte sogar erlaubt sein (wiederum unabhängig von Notstandsrechtfertigung), einen Täter durch eine eigene Tat mit mäßigem Risiko von dessen Tat mit hohem Risiko abzuhalten. — Verkannt von OLG Stuttgart JZ 1979 S. 575 f.

[80a] *A. A.* — aber der Sache nach ein Regreßverbot formulierend (dazu unten 24/17) — BGH MDR 1985 S. 509 f, 510.

[81] Anders ist zu entscheiden, wenn das Gift bis hin zu einer harmlosen Brechreiz auslösenden Wirkung verdünnt wird: erfolgsmindernde Variation des identischen Risikos.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

B. Der Zeitpunkt der Beihilfe

1. Beihilfe kann schon vor dem Versuch der Haupttat geleistet werden (ja schon bevor der Haupttäter einen Vorsatz gefaßt hat), wenn sie nur mindestens den Deliktsversuch (Beihilfe zum versuchten Delikt) oder gar die Deliktsvollendung (Beihilfe zum vollendeten Delikt) kausiert. Eine Beihilfe, die nur auf eine Vorbereitung wirkt, ist straffrei (arg. § 30 StGB). — Strafbare Beihilfe zum versuchten Delikt ist stets zugleich (straffreie) versuchte Beihilfe, und zwar als Versuch, eine vollendete Haupttat zu produzieren. **38**

2 a) Beihilfe zu einem abgeschlossenen Geschehen ist unmöglich. Freilich kann die Zusage von Aktivitäten, die der Tat nachfolgen sollen, für den Täter Bedingung sein, überhaupt anzufangen; dann liegt in der Zusage psychische Beihilfe. **39**

b) *Einzelheiten zum Zeitpunkt der Beihilfe:* **40**

aa) Zu schon verwirklichten Teilen eines mehraktigen Geschehens ist Beihilfe nicht mehr möglich[81a]. Beispiel: Wer den Räuber (§ 249 StGB) nach der Gewaltanwendung nur bei der Wegnahme unterstützt, ist Gehilfe zum Diebstahl, nicht aber zum Raub. Ebensowenig können zur Zeit der Beihilfe schon verwirklichte Erschwerungen eines Delikts dem Gehilfen zugerechnet werden. Aber wenn der Täter noch für die Beseitigung des schon Perfekten nach den Grundsätzen der unechten Unterlassung haftet, bleibt Beihilfe möglich. Beispiel: Der Gehilfe unterstützt den Täter nur bei der Weg-

---

[81a] Die Lösung ist nicht selbstverständlich und könnte de lege ferenda auch anders ausfallen: Soweit der erste Akt einer mehraktigen Tatbestandsverwirklichung Schutzeinrichtungen eines Gutes in Ingerenzhaftung begründender Weise vermindert, so daß der nächste Akt die Schutzminderung ausnutzen würde, besteht nach dem ersten Akt folgende Lage: Der Organisationskreis des Akteurs ist mit der Pflicht belastet, den folgenden Akt *auch wegen der vorangegangenen Schutzminderung* zu unterlassen; Teilnahme an dieser erhöhten Pflicht ist nicht prinzipiell ausgeschlossen. Beispiele: Nach der Gewaltanwendung hat der Räuber nicht nur wie jedermann, sondern — wegen der vorangegangenen Gewalt — die erhöhte Pflicht, sich nicht am Eigentum des Opfers zu vergreifen. — Nach dem Gewahrsamsbruch hat der Dieb die erhöhte Pflicht, das dem Zugriff preisgegebene fremde Eigentum nicht zum Zweck der Zueignung in den eigenen Gewahrsam zu überführen. — Für die Haftung eines nach der Gewalt oder nach dem Gewahrsamsbruch hinzutretenden Beteiligten ist diese auf der Vororganisation beruhende Pflichtenlage so wenig gleichgültig wie in denjenigen Fällen, in denen der erste Akt nicht schon partielle Tatbestandsverwirklichung ist (Beispiel zu letzterem: Wer jemandem, der ein Kind scherzend in die Luft geworfen hat, *danach* erfolgreich rät, das Kind fallen zu lassen, beteiligt sich durch Handeln an der Körperverletzung des Kindes durch Unterlassen, obgleich zum Zeitpunkt seines Rats das Unterlassungshaftung begründende Vorverhalten bereits abgeschlossen ist.). Verbindet man die eigene Organisation mit einer fremden, dann ist vom Zeitpunkt des Zusammenschlusses an der Zustand der fremden Organisation auch eigene Angelegenheit (soweit der Zusammenschluß reicht und soweit nicht das Regreßverbot eingreift). Die damit *sachlich* mögliche „sukzessive" Beteiligung wird aber bei den mehraktigen Delikten *tatbestandlich* nicht erfaßt, weil allein die Verwirklichung des späteren Aktes zur Tatbestandsverwirklichung auch dann nicht genügt, wenn sie in einer Lage besonderer Zuständigkeit geschieht. Beispiel: Wer ohne Wegnahmevorsatz eine Person niederschlägt oder ohne Vorsatz zur Begründung neuen Gewahrsams fremden zerstört, wird zwar — aus Ingerenz — pflichtig, die von ihm in den Schutz gerissene Lücke zu schließen und ist deshalb stärker als jedermann verpflichtet, das schutzlose Gut nicht weiter zu beeinträchtigen, aber er begeht trotzdem keinen Raub, wenn er sich erst nach der Gewaltanwendung zur Wegnahme entschließt, und keinen Diebstahl, wenn er die Zueignung erst nach dem Gewahrsamsbruch plant. Der Tatbestand verlangt die *Antizipation der Aktfolge beim ersten Akt,* und zwar, weil Differenzierungen fehlen, für alle Beteiligten gleichermaßen. Diese Antizipation ist nicht erforderlich, weil sich sonst das erhöhte Unrecht der Verbindung beider Akte nicht begründen ließe; dieses Unrecht ergibt sich schon aus der erhöhten Zuständigkeit bei der Vornahme des späteren Aktes. Die Antizipation soll vielmehr lediglich den Deliktstyp scharf umrissen halten. Dem wäre freilich schon genügt, wenn man sie auf täterschaftlich Beteiligte beschränken würde.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

nahme von Sachen des Opfers, das aber zum Zweck der Wegnahme in jederzeit reversibler Weise gefesselt wurde; — Beihilfe zum Raub, §§ 27, 249 StGB, nicht nur zum Diebstahl.

bb) Wer erst nach der Vollendung eines Delikts, aber vor dessen Beendigung (d. h. vor dem Eintritt eines überschießend vorgesetzten Geschehens) zur Beendigung hilft, haftet nur dann wegen Beihilfe zu einem Delikt, wenn die Bewirkung der Beendigung für sich ein Delikt ist (wie etwa die Zueignung in Zueignungsabsicht weggenommener Sachen, § 242 StGB, für sich Unterschlagung ist, § 246 StGB)[81b], mag dieses Delikt dem Täter auch wegen Spezialität kraft Vorgriffs (sogenannte mitbestrafte Nachtat, unten 31/34 ff) nicht gesondert zuzurechnen sein. Beispiel: Wer dem Täter hilft, Benzin in ein in Brand gesetztes Gebäude zu schütten, haftet wegen Beihilfe zur qualifizierten Sachbeschädigung, §§ 27, 305 StGB, nicht aber zur Brandstiftung.

Es ist also irrelevant, ob die Beendigung erst eine Gutsverletzung perfekt macht (wie etwa bei § 242 StGB wegen der *Ent*eignungskomponente der Zueignungsabsicht, auch bei den §§ 306 ff StGB) oder ob die Beendigung mit der Gutsverletzung nichts zu tun hat (wie etwa bei § 263 StGB): Für das schon Vollendete wird nie gehaftet.

cc) Bei Dauerdelikten ist für den noch nicht abgelaufenen Deliktszeitraum Beihilfe möglich[82]; Beispiele: § 239 StGB, soweit der Erfolg weiterhin vom Täter beeinflußt wird, ferner § 316 StGB.

dd) Im Ergebnis ist also nur Gehilfe, wer zu einer kompletten Tatbestandsverwirklichung hilft. — Für die ausscheidenden Fälle kommen Begünstigung und Strafvereitelung, §§ 257 ff StGB, in Betracht. Begünstigung und Strafvereitelung sind auch möglich, wenn die Tathandlungen vor der Vollendung des Delikts vollzogen werden, aber nicht auf die Vollendung, sondern erst nach der Vollendung sichernd oder vereitelnd wirken[83]. — Wenn die Zusage von Begünstigung oder Strafvereitelung den Täter erst zum Delikt bereit macht, ist diese Zusage Beihilfe zum Delikt.

41 c) *Abweichende Konzeptionen:* Die Rechtsprechung und die ganz überwiegende Ansicht halten abweichend von der hiesigen Lösung Beihilfe bis zur Beendigung für möglich[84]. Die Anerkennung einer Beihilfe zu nicht voll tatbestandlichem Geschehen

---

[81b] Gelingt die Zueignung nicht, bleibt Beihilfe zum Versuch; das verkennt BGH StV 1985 S. 145; zur Betäubungsmitteleinfuhr siehe BGH NJW 1990 S. 654 f.

[82] RG 38 S. 417 ff, 418 f.

[83] Für Begünstigung streitig; siehe *Schönke-Schröder-Stree* § 257 Rdn. 7 mit Nachweisen; — zum Verhältnis von Begünstigung und Beihilfe siehe *Schaffstein* Honig-Festschrift S. 169 ff, 183 f; *Spendel* Dreher-Festschrift S. 167 ff, 175 ff.

[84] BGH 2 S. 344 ff, 346 f; 3 S. 41 ff, 43 f; 6 S. 248 ff, 251; 19 S. 323 ff, 325; OLG Düsseldorf JZ 1985 S. 590 f, 591; BayObLG NJW 1980 S. 412 f; — so schon das Reichsgericht; RG 23 S. 292 f; 58 S. 13 ff, 14; 71 S. 193 ff, 194. — *Baumann-Weber* AT § 37 II 2 b β; *Jescheck* AT § 49 III 3, § 64 IV 2 b; *Schönke-Schröder-Cramer* § 27 Rdn. 17; *Schmidhäuser* AT 14/137; eingehend *Jescheck* Welzel-Festschrift S. 683 ff, 697; *Hau Beendigung der Straftat* S. 114 ff, 119 ff. Hauptsächlich wie hier *Gallas* ZAkDR 1937 S. 438 f; *LK-Roxin* § 27 Rdn. 22; *Bottke* JA 1980 S. 379; *Küper* JZ 1981 S. 568 ff, 572 ff; *Isenbeck* NJW 1965 S. 2326 ff; *Rudolphi* Jescheck-Festschrift S. 559 ff (mit Abweichungen, die nicht das Prinzip, sondern einzelne Interpretationen des BT betreffen); *SK-Rudolphi* Rdn. 9 vor § 22; *LK-Vogler* Rdn. 34 ff vor § 22; *Bitzilekis* ZStW 99 S. 723 ff, 733 ff; für das österreichische Strafrecht *Triffterer* Beteiligungslehre S. 23 ff; speziell zu § 142 StGB *Küper* JZ 1981 S. 209 ff, 251 ff. — Nach der Lösung der Rechtsprechung müßte auch Beihilfe zu dem Versuch, die Beendigung zu erreichen, möglich sein (Beispiel: Der Gehilfe ohne Zueignungsabsicht bemüht sich, die Beute für den Täter zu sichern); inkonsequent BGH JZ 1985 S. 299 mit kritischer Besprechung *Küper* JuS 1986 S. 862 ff (eine konsequente Lösung hätte freilich Beihilfe zum Diebstahl, nicht — wie das vorentscheidende LG annahm — zum Raub, bejahen müssen). Siehe auch oben 22/10. — Zutreffend kritisch zu den Grenzen der Brauchbarkeit des Beendigungsbegriffs *Maurach-Gössel* AT II § 39 Rdn. 7 ff mit umfassenden Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

ist aber ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB. Das gilt selbst noch für einschränkende Lösungen, nach denen nur — aber immerhin — bis zum Eintritt der Gutsverletzung Beihilfe möglich sein soll[85] oder bis zum Eintritt von Erfolgen, die zum Tatbestand gehören[86].

C. Restfragen

42 1. Der Täter muß nicht um die Beihilfe wissen, noch weniger muß er sie veranlaßt haben[86a].

43 2. Zur Konkretisierung der Tat[87], zur Kettenbeihilfe[87a] und zur Abweichung der Haupttat von der Vorstellung des Gehilfen gelten die Ausführungen zur Anstiftung (oben 22/26 ff) entsprechend. — Verselbständigt eine Vorschrift des BT Beihilfehandlungen, wie etwa bei den §§ 129, 129 a, 257 StGB, so ist zu diesem Tatverhalten wiederum Beihilfe möglich. Das gilt auch bei einer zugleich erfolgenden Vorverlagerung der Strafbarkeit in den Bereich der Vorbereitung[88].

44 3. Die Strafdrohung gegen den Gehilfen ist zwingend nach § 49 Abs. 1 StGB zu mildern (§ 27 Abs. 2 Satz 2 StGB), was für den Gehilfen, der nur mangels subjektiver Sonderqualifikation nicht Täter sein kann, nicht unbedingt überzeugt, etwa nicht für denjenigen, der die Diebeshandlung vollzieht, aber ohne die Absicht, *sich* zuzueignen. — Die Strafmilderung bei Beiträgen, die einen nicht zurechenbaren Schadensverlauf ersetzen (oben 7/92 ff; 22/37), erfolgt zusätzlich zur Milderung nach § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB[89].

23. ABSCHNITT

Die innere (qualitative) Akzessorietät bei akzessorischer Beteiligung (Mittäterschaft und Teilnahme)

Literatur

G. Arzt „Gekreuzte" Mordmerkmale, JZ 1973 S. 681 ff; *H. -J. Bruns* Anmerkung zum BGH 26 S. 53 ff, JR 1975 S. 510 f; *ders.* „Widerspruchvolles" Verhalten des Staates als neuartiges Strafverfolgungsverbot und Verfahrenshindernis, insbesondere beim tatprovozierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel, NStZ 1983 S. 49 ff; *ders.* Zur Frage des tatprovozierenden Verhaltens polizeilicher Lockspitzel, StV 1984 S. 388 ff; *M. Cortes Rosa* Teilnahme am unechten Sonderverbrechen, ZStW 90 S. 413 ff; *F. Dencker* Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung, Dünnebier-Festschrift S. 447 ff; *E. Dreher* Anmerkung zu BGH 23 S. 39 f, JR 1970 S. 146 ff; *E. Foth* Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen? NJW 1984

---

85 *SK-Samson* § 27 Rdn. 18.

86 *Kühl* Beendigung S. 80 ff, 94 ff.

86a *Blei* AT § 80 II 3.

87 Speziell zur Beihilfe siehe BGH GA 1981 S. 133 f; BGH NJW 1982 S. 2453 f, 2454; unklar BGH NJW 1990 S. 1055.

87a *Joerden* Strukturen S. 137 ff, 140 will bei Kettenbeihilfe mehrfach mildern; aber nicht die Mediatisierung trägt die Milderung (auch ein Mit*täter* muß nicht eigenhändig handeln), sondern die geringe Quantität.

88 BGH 29 S. 258 ff, 263 ff; sehr streitig; *a. A. Schlothauer* und *Tscherch* StV 1981 S. 22 f; hauptsächlich auch *Sommer* JR 1981 S. 490 ff. — Da Vollendung ein formeller Begriff ist, hängt die Beurteilung der Vorverlagerung von der Perspektive ab (siehe unten 25/1); beim Hauptstreitpunkt, § 129 a StGB, dürfte nicht erst die terroristische Aktivität der Vereinigung, sondern schon der Bestand der Vereinigung ein störendes Ereignis sein, so daß eine krasse Vorverlagerung nicht stattfindet.

89 Soweit — bei Ähnlichkeit mit der abstrakten Gefährdung, oben 7/92, 96 — sowieso § 49 Abs. 2 StGB anzuwenden ist, reduziert § 49 Abs. 1 StGB immerhin die *Ober*grenze des Rahmens.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

S. 221 f; *H. Franzheim* Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittlung von Straftätern, NJW 1979 S. 2014 ff; *W. Gallas* Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, Beiheft ZStW 1957 S. 3 ff; *K. Geppert* Zur Problematik des § 50 Abs. 2 StGB im Rahmen der Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, ZStW 82 S. 40 ff; *ders.* Mordmerkmale und Akzessorietät der Teilnahme (§ 28 StGB), Jura 1986 S. 106 ff; *G. Grünwald* Zu den besonderen persönlichen Merkmalen (§ 28 StGB), Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 555 ff; *R. D. Herzberg* Die Problematik der „besonderen persönlichen Merkmale" im Strafrecht, ZStW 88 S. 68 ff; *ders.* Der agent provocateur und die „besonderen persönlichen Merkmale" (§ 28 StGB), JuS 1983 S. 737 ff; *F. Herzog* Rechtsstaatliche Grenzen der Verbrechensbekämpfung, NStZ 1985 S. 153 ff; *G. Jakobs* Niedrige Beweggründe beim Mord und die besonderen persönlichen Merkmale in § 50 Abs. 2 und 3 StGB, NJW 1969 S. 489 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 23 S. 39 f und 104 ff, NJW 1970 S. 1089 f; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik im Alternativentwurf, ZStW 80 S. 34 ff; *R. Keller* Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989; *E. Koffka* Ist § 50 Abs. 2 StGB n. F. auf den Gehilfen anwendbar, wenn der Haupttäter aus dem Gehilfen bekannten niedrigen Beweggründen tötet, die beim Gehilfen fehlen? JR 1969 S. 41 f; *H. H. Körner* Die Glaubwürdigkeit und die Strafbarkeit von V-Personen — die Strafbarkeit der provozierten Tat, StV 1982 S. 382 ff; *W. Küper* Der „agent provocateur" im Strafrecht, GA 1974 S. 321 ff; *W. Langer* Das Sonderverbrechen, 1972; *ders.* Zum Begriff der „besonderen persönlichen Merkmale", Lange-Festschrift S. 241 ff; *ders.* Zur Strafbarkeit des Teilnehmers gemäß § 28 Abs. 1 StGB, Ernst Wolf-Festschrift S. 335 ff; *K. Lüderssen* Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation? Peters-Festschrift S. 349 ff; *ders.* Die V-Leute-Problematik ... oder: Zynismus, Borniertheit oder „Sachzwang"? Jura 1985 S. 113 ff; *ders.* (Hrsg.) V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat, 1985; *ders.* Anmerkung zu BVerfG StV 1987 S. 177 ff, aaO S. 178 ff; *W. Maaß* Die Behandlung des „agent provocateur" im Strafrecht, Jura 1981 S. 514 ff; *R. Maurach* Die Mordmerkmale aus der Sicht des § 50 StGB, JuS 1969 S. 249 ff; *K. Meyer* Anmerkung zu BGH 32 S. 345 ff, NStZ 1985 S. 134 f; *J. Meyer* Zur prozeßrechtlichen Problematik des V-Mannes, ZStW 95 S. 835 ff; *ders.* Zur V-Mann-Problematik aus rechtsvergleichender Sicht, Jescheck-Festschrift S. 1311 ff; *H. Ostendorf, Chr. Meyer-Seitz* Die strafrechtlichen Grenzen des polizeilichen Lockspitzel-Einsatzes, StV 1985 S. 73 ff; *H. Plate* Zur Strafbarkeit des agent provocateur, ZStW 84 S. 294 ff; *I. Puppe* Verführung als Sonderopfer, NStZ 1986 S. 404 ff; *E. Riehle* Verdacht, Gefahr und Risiko, KrimJ 1985 S. 44 ff; *E. Samson* § 50 II n. F. StGB und die Verjährung, ZRP 1969 S. 27 ff; *H. Schröder* Der § 50 StGB n. F. und die Verjährung beim Mord, JZ 1969 S. 132 ff; *B. Schünemann* Die Bedeutung der „Besonderen persönlichen Merkmale" für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung, Jura 1980 S. 354 ff und 568 ff; *ders.* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 S. 341 ff, GA 1986 S. 293 ff; *ders.* Der polizeiliche Lockspitzel — Kontroverse ohne Ende? StV 1985 S. 424 ff; *K. Seelmann* Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes, ZStW 95 S. 797 ff; *H. O. Sieg* Die staatlich provozierte Straftat, StV 1981 S. 636 ff; *U. Sommer* Das tatbestandslose Tatverhalten des Agent Provocateur, JA 1986 S. 485 ff; *U. Stein* Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *J. Taschke* Verfahrenshindernis bei Anstiftung durch einen Lockspitzel, StV 1984 S. 178 ff; *K. Tiedemann* Die Verwertung des Wissens von V-Leuten im Strafverfahren, NJW 1984 S. 753 ff; *Th. Vogler* Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, Lange-Festschrift S. 265 ff; *H. Wagner* Amtsverbrechen, 1975; *H. Welzel* Zur Systematik der Tötungsdelikte, JZ 1952 S. 72 ff.

I. Das Problem

1 A. Der Beteiligte muß diejenigen Merkmale selbst verwirklichen, die sich aus den Beiträgen anderer Beteiligter nicht entlehnen lassen, da sie nur persönlich verwirklicht werden können. Die gesetzliche Regelung zu diesen Merkmalen ist widersprüchlich, lückenhaft und verwirrend, kurz: konzeptionslos. Sie hat folgenden Inhalt:

1. § 29 StGB erklärt die Schuld für nicht akzessorisch,

2. § 28 Abs. 2 StGB besondere persönliche Merkmale strafmodifizierender Art gleichfalls für nicht akzessorisch, während

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

3. § 28 Abs. 1 StGB strafbegründende besondere persönliche Merkmale immerhin beschränkt akzessorisch sein läßt.

B. Die Regelung bringt oder beläßt folgende Probleme: **2**

1. § 29 StGB verhält sich unklar zu den §§ 26, 27 StGB: Wenn die Spezifizierung einer Tat auch durch ein spezielles Schuldmerkmal erfolgt, so muß jedenfalls der Täter — entgegen dem Wortlaut von § 29 StGB — das Merkmal aufweisen, da ansonsten die Tat nicht festliegt, an der Beteiligung stattfindet.

2. Unklar bleibt die Entscheidung bei strafbegründenden speziellen Schuldmerkmalen, die einem *Teilnehmer* fehlen: Straffreiheit (wie in § 29 StGB) oder beschränkte Strafbarkeit (wie in § 28 Abs. 1 StGB)?

3. Die beiden Absätze von § 28 StGB harmonieren nicht miteinander, denn § 28 Abs. 1 StGB entscheidet die Akzessorietät von besonderen persönlichen Merkmalen eingeschränkt positiv, § 28 Abs. 2 StGB aber voll negativ[1]. Dadurch entstehen Auslegungsschwierigkeiten: Im höchsten Maße persönliche Merkmale passen für Abs. 2, nicht aber für Abs. 1; bei den nicht voll persönlichen Merkmalen verhält es sich umgekehrt. Die Disharmonie der beiden Absätze steigert sich bei den in § 28 Abs. 2 StGB genannten strafausschließenden Merkmalen bis zur Sinnlosigkeit: Es darf strafausschließende Merkmale nicht in § 28 Abs. 2 StGB *neben* der im § 28 Abs. 1 StGB für strafbegründende Merkmale getroffenen Regelung geben; denn das *Fehlen* eines strafausschließenden Merkmals (geregelt in Abs. 2) wäre ein strafbarkeits*begründender Umstand* (geregelt in Abs. 1 i. V. m. § 14 Abs. 1 StGB). Konsequenz: Entweder würde die Möglichkeit der Beteiligung eines Nicht-Merkmalsinhabers am Delikt des Merkmalsinhabers, die § 28 Abs. 1 StGB konstatiert, von § 28 Abs. 2 StGB vernichtet (Fehlen des Merkmals als strafausschließender Umstand), oder der Ausschluß der Haftung, der sich aus § 28 Abs. 2 StGB ergibt, würde von der Beteiligung an der Tat eines anderen, der die Ausschlußgründe nicht aufweist (strafbegründender Umstand) überholt (§ 28 Abs. 1 StGB). Es muß also, soll § 28 StGB eine sinnvolle Regelung sein, durch Interpretation sichergestellt werden, daß eines der beiden genannten Merkmale *niemals* verwirklicht wird (zum Ergebnis siehe unten 23/33).

4. Unklar bleibt die Behandlung *allgemeiner* persönlicher Merkmale, etwa des Vorsatzes bei den Vorsatzdelikten (wobei der jeweilige Inhalt des Vorsatzes — beim Teilnehmer muß er die Haupttat umfassen — schon wieder als je „besonders" verstanden werden kann). Sind diese Merkmale nicht akzessorisch (entsprechend der Regelung in § 29 StGB und dem Wortlaut der Regelung in § 28 Abs. 2 StGB), beschränkt akzessorisch (entsprechend § 28 Abs. 1 StGB) oder voll akzessorisch (als Teil der Tat)?

C 1. Bei dieser Lage läßt sich dem Gesetz nur wenig mehr entnehmen, als die Trennung von drei Merkmalsgruppen. Es gibt **3**

a) voll akzessorische Merkmale,

b) eingeschränkt akzessorische Merkmale,

c) nicht akzessorische Merkmale[1a] (höchstpersönliche Merkmale).

2. Wozu die besonderen persönlichen Merkmale gehören, ist ohne Blick auf die äquivok benannten Merkmale in § 14 StGB zu entscheiden, und zwar wegen des je **4**

---

[1] So schon kritisch *Armin Kaufmann* ZStW 80 S. 34 ff, 36; *Jakobs* NJW 1969 S. 489 ff, 492; jetzt eingehend *Grünwald* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 555 ff, 557 ff; *a. A. Langer* Sonderverbrechen S. 482 f.

[1a] Wegen dieser Merkmale ist die Lösung von *Schünemann* GA 1986 S. 293 ff, 339 undurchführbar, alle Merkmale (alle Unrechtsmerkmale) nach § 28 StGB zu behandeln, die nicht in mittelbarer Täterschaft verwirklicht werden können.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

unterschiedlichen Regelungsziels (bei § 14 StGB Belastung, bei § 28 StGB Entlastung; siehe schon oben zur Vertreterhaftung 21/11).

Das Dilemma des § 28 StGB ist folgendermaßen zu lösen: Nimmt man bei der Bestimmung der besonderen persönlichen Merkmale nicht akzessorische Merkmale als Leitbild, wie es § 28 Abs. 2 StGB nahelegt, so würde dies bei der Anwendung von § 28 Abs. 1 StGB zu einer ungerechtfertigten Belastung des Teilnehmers führen. — Eine je nach Absatz unterschiedliche und streng an der Regelung des Absatzes orientierte Interpretation ließe sich konsequent durchführen, ergäbe aber eine Norm, bei der Regelungsgehalt und Lücken kongruent wären: Absatz 1 müßte als selbstverständlich voraussetzen (nämlich daß höchstpersönliche Merkmale nicht akzessorisch sind), was Absatz 2 ausdrücklich regelt, — und was Absatz 1 ausdrücklich regelt (nämlich daß es beschränkt akzessorische Merkmale gibt), ließe Absatz 2 ungeregelt[2]. — So bleibt nur die Möglichkeit, die besonderen persönlichen Merkmale — unter Inkaufnahme einer ungerechtfertigten Entlastung bei einigen Fällen der modifizierenden Merkmale nach Absatz 2 — nach der „Meistbegünstigung" der Beteiligten zu interpretieren, d. h. *§ 28 StGB läßt,* auch in Absatz 2, *höchstpersönliche Merkmale ungeregelt,* setzt deren Nicht-Akzessorietät vielmehr voraus; *die Vorschrift regelt die beschränkt akzessorischen Merkmale,* und zwar in Absatz 1 voll sachgemäß und in Absatz 2 vereinfachend, was heißt, so als wären sie höchstpersönlich.

Daß höchstpersönliche Merkmale nie auch nur beschränkt akzessorisch sind, entspricht für Schuldmerkmale der Regelung des § 29 StGB, und diese Entsprechung ist wegen der Unsicherheit bei einer Abgrenzung zwischen höchstpersönlichem Unrecht und Schuld unumgänglich, wenn die Interpretation zu einer rechtssicheren Lösung führen soll.

5 3. Das Verhältnis von § 29 StGB zu den §§ 25 ff StGB ist leichter zu bestimmen: Der oben bezeichnete Widerspruch entfällt, wenn § 29 StGB als eine Regelung verstanden wird, die sich auf die Schuld *bei gegebener Beteiligung* beschränkt und nicht anspricht, was die Voraussetzungen für Beteiligung sind. Es handelt sich dann bei § 29 StGB um eine ausschnitthafte (nämlich nur die Schuld betreffende) Regelung der nicht akzessorischen Merkmale. Von dieser Lösung her kann dann § 29 StGB auch bei den strafbegründenden speziellen Schuldmerkmalen beim Wort genommen werden, und es besteht kein Grund, die Vorschrift allein für allgemeine Schuldmerkmale zu reservieren[3]. Spezielle Schuldmerkmale muß also jeder Beteiligte selbst aufweisen; es reicht nicht hin, wenn sie beim Haupttäter vorliegen. Beim Haupttäter müssen spezielle Schuldmerkmale sogar aus einem doppelten Grund vorliegen, scil. wegen seiner eigenen Haftung (§ 29 StGB) und wegen der Notwendigkeit, die Haupttat zu spezifizieren (oben 22/10).

6 4. Die verbleibende Problematik *allgemeiner* persönlicher Merkmale (Unrechtsmerkmale) ist ungeregelt und kann nur nach allgemeinen Prinzipien gelöst werden.

7 D. Damit ergibt sich:

1. Daß die Schuld nicht akzessorisch ist, regelt § 29 StGB. Die Vorschrift gilt für allgemeine wie spezielle Schuldmerkmale.

2. Daß Teilnahme nur möglich ist, wenn auch der Haupttäter die speziellen Schuldmerkmale aufweist, folgt aus den §§ 26, 27 StGB.

---

2 Siehe aber *Schönke-Schröder-Cramer*[20] § 28 Rdn. 6: besondere persönliche Merkmale in § 28 Abs. 2 StGB als weiterer Begriff gegenüber Abs. 1; diese durchaus konsequente Differenzierung ist preisgegeben aaO[21] Rdn. 7.

3 So aber *SK-Samson* § 29 Rdn. 2; *Schönke-Schröder-Cramer* § 29 Rdn. 2; *Grünwald* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 555 ff, 566 ff; differenzierend *LK-Roxin* § 29 Rdn. 2 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

3. Nicht akzessorische Merkmale, die dem Unrecht zugehören, sind ungeregelt und nach allgemeinen Grundsätzen als höchstpersönlich zu behandeln. Ungeregelt sind auch voll akzessorische Merkmale (selbstverständlich stets Unrechtsmerkmale).

4. *§ 28 StGB erfaßt nur beschränkt akzessorische Merkmale* (die nur Unrechtsmerkmale sein können, da die Schuld nach § 29 StGB nie akzessorisch ist).

II. Der Lösungsweg

A. Kritik der Lösungsvorschläge der Literatur

8 1. Die Festlegung des Lösungsspielraums hat zugleich für die Schuld das Ergebnis gebracht: Allgemeine wie — wenn es sie de lege lata überhaupt gibt — spezielle Schuldmerkmale sind stets höchstpersönlich. Für die Unrechtsmerkmale bleibt die heikle Gruppierung nach nicht akzessorischen, beschränkt akzessorischen (besonderen persönlichen Merkmalen im Sinn von § 28 StGB) oder voll akzessorischen Merkmalen zu leisten.

Die hierzu vorgeschlagenen Lösungsentwürfe können wenig befriedigen. Insbesondere kann eine philologische Raffinesse bei der Ausdifferenzierung der „besondere(n) persönliche(n) Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale)", §§ 28 Abs. 1 i. V. m. 14 Abs. 1 StGB, das Ergebnis nicht bringen; selbst den Verfassern des Gesetzes waren die Konsequenzen der Vorschrift weitgehend unklar, wie ungewollte Ergebnisse[4] und die verfehlte Identität der Bezeichnungen in § 14 StGB und § 28 StGB bezeugen[5].

9 2. Nachdem gemäß der neueren Gesetzesfassung jedenfalls feststeht, daß die Dauerhaftigkeit des Merkmals kein Kriterium der Entscheidung ist, wird überwiegend nach täterbezogenen (besonderen persönlichen im Sinn von beschränkt akzessorischen) und tatbezogenen (voll akzessorischen) Merkmalen unterschieden[6], jedoch nicht konsequent; denn der klar tatbezogene Vorsatz wird allgemein (und zutreffend) als höchstpersönlich im Sinn von überhaupt nicht akzessorisch verstanden[7]. Die Differenzierung nach tatbezogenen und täterbezogenen Merkmalen ist bei einem Unrechtsbegriff, der objektive und subjektive Momente des Verhaltens und teils zudem besondere Pflichtenstellungen verbindet, unbrauchbar. So verweisen die Differenzen innerhalb dieser Lösung auf Unklarheiten im Unrechtsbegriff, insbesondere zur Stellung der typisierenden Absichten[8] sowie zur Bedeutung der Unterscheidung von Merkmalen, die prinzipiell „innerlich" sind oder aber nach außen gewendet werden können[9].

10 3. Nach einer weiteren, zunehmend häufig vertretenen Ansicht sollen als besondere persönliche Merkmale nur modifizierende, spezielle Schuldmerkmale und Sonderpflichten erfaßt werden[10]. Diese Ansicht läßt also insbesondere subjektive Unrechtsele-

---

4 *Dreher* JR 1970 S. 146 ff.

5 Die Fragen sind weitgehend am Beispiel der Mordmerkmale behandelt worden; siehe hierzu mit jeweils ausführlichen Nachweisen *Welzel* JZ 1952 S. 72 ff, 74 ff; *Jakobs* NJW 1969 S. 489 ff; *Koffka* JR 1969 S. 41 ff; *Maurach* JuS 1969 S. 249 ff; *Samson* ZRP 1969 S. 27 ff; *Schröder* JZ 1969 S. 132 ff; *Schünemann* Jura 1980 S. 354 ff, 568 ff, 578 ff.

6 *Jescheck* AT § 61 VII 4 a; *Maurach-Gössel* AT II § 53 Rdn. 21 ff; *Schönke-Schröder-Cramer* § 28 Rdn. 15; *SK-Samson* § 28 Rdn. 16, jeweils mit Nachweisen; BGH 22 S. 376 ff, 379; 23 S. 39 f; 23 S. 104 ff, 105.

7 Zutreffend kritisch *Herzberg* ZStW 88 S. 68 ff, 89 ff.

8 Besonders persönlich nach *SK-Samson* § 28 Rdn. 20: Die Zueignungsabsicht soll in der Enteignungskomponente tatbezogen, in der Aneignungskomponente täterbezogen sein; siehe aber oben 8/41.

9 So differenzierend *Dreher* JR 1970 S. 146 ff; *Dreher-Tröndle* § 28 Rdn. 5 f; hiergegen *Jakobs* NJW 1970 S. 1089 f; — zur Kritik siehe auch *Langer* Lange-Festschrift S. 241 ff, 250 ff, 260.

10 *LK-Roxin* § 28 Rdn. 30 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 928 ff bei allerdings teilweise unterschiedlicher Definition der Schuldzugehörigkeit von spe-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

mente voll akzessorisch sein (mit der schon soeben bezeichneten Inkonsequenz beim Vorsatz). Die Begründung, es gehe bei den subjektiven Unrechtselementen schlicht um Kennzeichen der „Art und Schwere des Unrechts, für das die anderen Beteiligten (mit)haften" *(Stratenwerth)*, trifft auch die — nach dieser Ansicht nur eingeschränkt akzessorischen — Sonderpflichten, so daß die Lösung inkonsistent begründet ist. Zudem dürfte die Behandlung der Schuldmerkmale als immerhin eingeschränkt akzessorisch mit § 29 StGB nicht mehr zu vereinbaren sein.

11 4. *Herzberg* will nach wertbezogenen (besonderen persönlichen) und wertneutralen (voll akzessorischen) Merkmalen unterscheiden[11]. Wertneutrale Merkmale gibt es jedoch nur, wenn der Wert gelöst vom positiven Recht in freihändigem Vorgriff (bei *Herzberg* nach dem Rechtsgut und nach der Spezialprävention) ermittelt wird; bei Anerkennung der Wertintentionen des Gesetzes sind alle Merkmale wertbezogen; insbesondere haben auch Merkmale, die die Tat typisieren, einen Wertbezug, insbesondere generalpräventiver Art[12].

B. Eigene Lösung: Die Beschränkung der besonderen persönlichen Merkmale auf Sonderpflichten und Eigenhändigkeit

1. Entgegensetzung von subjektiven Merkmalen und Sonderpflichten

12 a aa) Zur Lösung müssen stets beide Seiten beschränkt akzessorischer Merkmale berücksichtigt werden: Sie sind demjenigen, der sie nicht aufweist, zwar nicht voll zurechenbar, aber immerhin doch beschränkt. Diese — wenn auch beschränkte — Zurechnung nicht in der eigenen Person verwirklichter Merkmale ist nur angebracht, wenn dem qualifikationslos Beteiligten durch die Beteiligung etwas erreichbar wird, was er *rechtlich* allein nicht erreichen kann, d. h. bei Beteiligung an Sonderdelikten und an eigenhändigen Delikten; denn in diesem Fall gibt gerade die Beteiligung einen Grund ab, den Pflichtenkreis des Täters umfangreicher zu definieren, wenn auch beschränkt gegenüber dem Pflichtenkreis des selbst Qualifizierten. Soweit aber die Beteiligung nur die *faktische* Organisationsgewalt erweitert, fehlt jeder Grund, die Zurechnung an anderen Merkmalen auszurichten als beim Alleintäter, der seine Organisationsgewalt mit Instrumenten, Maschinen o. ä. erweitert.

Deshalb fallen alle subjektiven Merkmale aus dem Kreis beschränkt akzessorischer Merkmale hinaus[12a]. Sie sind höchstpersönlich, soweit sie nicht als notwendiger Bestandteil der Haupttat zum *objektiven* Beurteilungsgegenstand gehören (wie etwa der Tatvorsatz des Angestifteten Erfolg der Anstiftung ist). Beispiel: Ob ein mit bloßen Händen zur Tat unfähiger Mensch seine Organisationsgewalt durch ein Werkzeug oder durch einen Beteiligten vergrößert, bleibt auf die Erwartung, er werde nach wie vor nicht in Zueignungsabsicht wegnehmen oder aus Habgier töten, ohne Einfluß.

13 bb) Diese Lösung muß freilich mit einer entsprechenden Auslegung der subjektiven Merkmale kombiniert werden. Insbesondere muß es genügen, wenn einer von mehreren Beteiligten einen Planungszusammenhang (Zueignungsabsicht etc.) herstellt, sofern die anderen darum wissen (dazu eingehend oben 8/34 ff und nachfolgend unten 23/20,

---

ziellen Deliktsmerkmalen; ähnlich schon *Gallas* Beiheft ZStW 1957 S. 3 ff, 31 ff.

11 ZStW 88 S. 68 ff, 98 ff; *ders.* JuS 1983 S. 737 ff, 739; — *Herzberg* erkennt zutreffend, daß § 28 StGB die höchstpersönlichen Merkmale ungeregelt läßt.

12 *Vogler* Lange-Festschrift S. 265 ff, 277 f; *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 750 ff; kritisch auch *SK-Samson* § 28 Rdn. 18 b ff; *LK-Roxin* § 28 Rdn. 28; *Grünwald* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 555 ff, 560. — auch *Herzberg* JuS 1983 S. 737 ff, 739 erkennt, daß die „wertneutralen" Merkmale das „im Sozialbewußtsein allein lebendige Deliktsbild" mit bestimmen.

12a Eingehende Darstellung des Meinungsstands bei *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 355 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

23). Im übrigen mag in der subjektiv-qualifikationslosen Teilnahme an einer subjektivqualifizierten Tat (Täterschaft scheidet schon mangels Erfüllung der deliktsspezifischen Tätermerkmale aus) eine Solidarisierung mit dem Verhalten des Täters erkennbar werden, auch soweit das Täterverhalten durch dessen „Absicht" o. ä. geprägt wird; eine erfolgskausale Solidarisierung ersetzt aber kein subjektives Merkmal.

b aa) Anders als bei der faktischen Erweiterung der Organisationsgewalt verhält es **14** sich bei den institutionellen Pflichten (und bei der Eigenhändigkeit im Sinn der eigenhändigen Delikte): Wenn auch nur *ein* Beteiligter eine Pflicht einbringt, steht damit allen Beteiligten die Möglichkeit offen, eine ihnen sonst (wenn sie selbst nicht Träger der Pflicht sind) unzugängliche Institution zu desavouieren. Bei den Sonderdelikten richtet sich die Erwartung an den Beteiligten auch nicht allein nach dessen Organisationsgewalt; vielmehr kommt die Beziehung zur besonders verpflichteten Person als Bestimmungsmerkmal hinzu. Deshalb vergrößert Beteiligung hier nicht nur die faktische Organisationsgewalt (durch Arbeitsteilung), sondern erweitert auch den Pflichtenkreis des Nicht-Qualifizierten (hebt also Rollentrennung partiell auf).

bb) Freilich wäre bei Sonderdelikten auch eine gegenteilige Lösung denkbar: Der **15** Nicht-Qualifizierte könnte überhaupt straffrei bleiben[13]. Diese Lösung wäre angebracht, wenn die Rollengrenzen zugleich Grenzen der Gesellschaft wären (wie die Grenzen einer strengstmöglichen Kaste: Was sich jenseits der Kaste ereignet, wäre Natur, nicht aber Gesellschaft). Ein solches Verständnis wäre jedoch für die gegenwärtig strafrechtlich geschützten Institutionen unangebracht: Sie sind für die gesamte Gesellschaft unverzichtbar; deshalb kann der Extrane die Institution über einen Intranen desavouieren.

2. Die Höchstpersönlichkeit subjektiver Merkmale

a aa) Nicht akzessorisch ist der *Vorsatz*. Zur Teilnahme reicht nicht das Wissen des **16** Teilnehmers vom Vorsatz des Haupttäters, sondern der Teilnehmer muß selbst Vollendungsvorsatz aufweisen. Nur so ist seine Handlung ein eigener Angriff auf dasselbe Gut, das auch vom Täter angegriffen wird: Per Akzessorietät läßt sich diese Gleichrichtung nicht leisten. Der agent provocateur (Lockspitzel; in der Beteiligungsform analog der Anstiftung wie analog der Beihilfe möglich, in Grenzfällen auch analog der Mittäterschaft) ist somit straffrei. Entsprechende Fallgestaltungen liegen nicht nur vor, wenn der Beteiligte davon ausgeht, die Handlung des Täters werde überhaupt erfolglos bleiben, sondern auch, wenn er im Gegensatz zum Täter weiß, daß eine den Tatbestand stand ausschließende Einwilligung vorliegt[14] oder daß sich — zumindest in seiner Person — der Tatbestand aus sonstigen Gründen nicht verwirklichen kann[14a], etwa wenn der agent provocateur zur Zerstörung eigener Sachen anstiftet, wobei der Angestiftete die Sachen im Eigentum dritter Personen wähnt. — Die Lösung entspricht heute überwiegender Ansicht[15]. Der agent provocateur verursacht zwar zurechenbar eine

---

13 Oder es könnten je eigene Tatbestände erforderlich sein, da sich eine generelle Regelung verbietet; kritisch zur Regelung des geltenden Rechts: *Schmidhäuser* AT 14/85 und 95; *ders.* Studienbuch 10/38; *Langer* Sonderverbrechen S. 480 ff; *ders.* Lange-Festschrift S. 241 ff, 261 ff.

14 BayObLG JZ 1979 S. 146.

14a Hierbei ist es möglich, daß die Haupttat vollendet wird; zu solchen Fällen *Mitsch* Provokation S. 139 ff.

15 Je nach dem angenommenen Strafgrund der Teilnahme mit unterschiedlicher Begründung *Stratenwerth* AT Rdn. 889 f; *SK-Samson* vor § 26 Rdn. 38; *Schönke-Schröder-Cramer* § 26 Rdn. 16; RG 15 S. 315 ff, 317; 44 S. 172 ff, 174; — ausführlich *Küper* GA 1974 S. 321 ff; *Plate* ZStW 84 S. 294 ff; abweichend *H. Mayer* AT § 51 I 3 (Schuldteilnahmetheorie); *Stratenwerth* MDR 1953 S. 717 ff (Unrechtsteilnahmetheorie im eigentlichen Sinn); *Jescheck* AT[1] § 64 I 2 (Verursachung des Handlungsunrechts).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Normdesavouierung durch den Haupttäter, und dies wird, wenn er ohne rechtlich akzeptablen Grund handelt, auch nicht vom Verhaltenskontext kompensiert, aber eine soziale Störung dieser Art wird vom Tatbestand der übertretenen Norm nicht erfaßt.

17 bb) Teilweise wird die Straffreiheit vom Fehlen eines Vollendungsvorsatzes auf das Fehlen eines Vorsatzes zur Rechtsgutsverletzung erweitert[16]. Diese Erweiterung ist wegen der Willkürlichkeit, mit der die Abstraktionshöhe des Rechtsguts bestimmt werden kann (Angriffsobjekt — Gut — Beziehung des Berechtigten zum Gut als Chance — als Realität etc.) geradezu uferlos und zudem überflüssig: In den Fällen, in denen der *Täter* nur um die Vollendung wissen muß, etwa bei der Sachbeschädigung, § 303 StGB, ist auch für den Teilnehmer nicht mehr zu fordern; das Wissen etwa, daß der Berechtigte die beschädigte Sache weder verkaufen noch sinnvoll nutzen konnte, schließt also seinen Vorsatz nicht aus. Soweit aber der Täter einen überschießenden Vorsatz aufweisen muß, da das Delikt auch formulierungsmäßig Versuchscharakter hat, haftet der Teilnehmer sowieso nur bei erweitertem Vorsatz (hierzu sogleich), wie ja auch bei der Teilnahme am Versuch der Tätervorsatz den Teilnehmervorsatz nicht ersetzt. Beispiele: Hält der Teilnehmer an einer Urkundenfälschung eine Täuschung im Rechtsverkehr für ausgeschlossen, ist er straffrei. — Straffrei ist auch der Diebstahlsbeteiligte, der weiß, daß der Täter zwar die Chance der Vollendung, nicht aber der dauernden Enteignung des Opfers hat. — Zur Teilnahme ist aber auch nicht mehr an Vorsatz erforderlich als zur Haupttat. Das ist für (abstrakte) Gefährdungsdelikte wichtig: Soweit beim Täter die Kenntnis der Ungefährlichkeit im Einzelfall die Haftung nicht ausschließt, macht diese Kenntnis auch den Beteiligten nicht straflos[17]; wenn freilich Besonderheiten des Einzelfalls eine Tatbestandsverwirklichung ausschließen, mag dies nur einer der Beteiligten wissen oder nur für denjenigen gelten, der es weiß. Beispiele: Wer zu einer Trunkenheitsfahrt (§ 316 StGB) anstiftet, handelt auch dann tatbestandsmäßig, wenn er weiß, daß der Fahrer nach wenigen Metern von einer Polizeistreife festgehalten wird. Aber wer den Verkauf von Rauschgift an einen zur Verfolgung zuständigen Amtsträger vermittelt, handelt nicht tatbestandsmäßig nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG[17a]. Tatbestandsmäßig ist aber der Verkauf von einer Amtsperson an eine Privatperson, etwa um als Mitglied einer Dealerbande anerkannt zu werden („Keuschheitsprobe"). — Trotz Vollendung der Haupttat ist Straffreiheit des agent provocateur bei denjenigen Delikten möglich, bei denen das Gesetz einen Rücktritt von der Vollendung straf*befreiend* wirken läßt (unten 25/3, 5, 7, 11); der agent provocateur muß dann von vornherein einen Rücktritt planen, was auch so geschehen kann, daß er das Rücktrittsverhalten vorwegnimmt. Beispiele: Der Anstifter zur Brandstiftung hat eine sicher wirkende automatische Löscheinrichtung installiert[17b] oder steht bereit, den Brand gewiß sofort zu löschen — straffrei. Aber: Er rechnet leichtfertig mit Regen, dieser bleibt aus, jedoch wird der in Brand gesetzte Gegenstand durch eine automatische Löscheinrichtung gerettet — strafbare Anstiftung zur Vollendung.

18 cc) Handelt der Teilnehmer ansonsten zumindest mit dolus eventualis auf Vollendung, so haftet er auch, wenn die Haupttat — wunschgemäß — im Versuchsstadium steckenbleibt (wegen Teilnahme am Versuch). — Bei Vollendungsvorsatz des Teilnehmers wird verbreitet die Möglichkeit einer Rechtfertigung durch Notstand (Beweis-, Strafverfolgungsnotstand) angenommen[18]; zumindest bei einem Strafverfolgungsor-

16 *Maaß* Jura 1981 S. 514 ff, 519 f; *Stratenwerth* AT Rdn. 889; *Schönke-Schröder-Cramer* § 26 Rdn. 16.

17 *Franzheim* NJW 1979 S. 2014 ff, 2016 f; *Sommer* JR 1986 S. 485 ff, 487 ff; *ders.* Erfolgsunrecht S. 110 ff, 191 ff, 223 ff.

17a Denn „In den Verkehr Bringen" heißt: Durch Weitergabe die amtliche Verfügungsgewalt verkürzen.

17b Straffreiheit wohl auch, wenn der Anstifter weiß, daß eine sicher wirkende Anlage installiert ist.

18 *SK-Samson* vor § 26 Rdn. 38; *Stratenwerth* AT Rdn. 889; *Franzheim* NJW 1979 S. 2014 ff, 2017

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

gan dürfte diese Rechtfertigung im Blick auf die Angemessenheitsklausel des § 34 Satz 2 StGB ausscheiden[19] (siehe oben 13/36 ff).

b) Wie sich der Vorsatz jedes Beteiligten auf Vollendung richten muß, so muß bei **19** Delikten mit vorverlagerter Vollendung auch jeder Beteiligte den *überschießenden Verletzungsvorsatz* aufweisen. Beispiel: Jeder Beteiligte an der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) muß selbst den Vorsatz haben, daß es zur Täuschung im Rechtsverkehr kommen wird.

---

f; *Rebmann* NJW 1985 S. 1 ff; *Keller* Grenzen S. 277 ff (aber nicht zur Ermöglichung der Ahndung vergangener Straftaten).

19 *Sieg* StV 1981 S. 636; *Seelmann* ZStW 95 S. 797 ff, 808 ff; *Ostendorf* und *Meyer-Seitz* StV 1985 S. 73 ff, 79; *Lüderssen* Jura 1985 S. 113 ff, 119 f; *Herzog* NStZ 1985 S. 153 ff, 155; *Sommer* JR 1986 S. 485 ff, 486 f; *Keller* Grenzen S. 354 ff (mit Ausführungen zu sonstigen, insbesondere polizeirechtlichen Rechtfertigungen S. 331; — nach *Keller* soll staatliches provozierendes Verhalten in der Regel in Persönlichkeitsrechte u. a. m. eingreifen und demgemäß auch als Beteiligung *am Versuch* einer Rechtfertigung bedürfen). — Die Rechtsprechung hält den Einsatz von V-Leuten auch als agents provocateurs bei bestimmten Kriminalitätsarten für zulässig, ohne dies jedoch zu begründen; BVerfG 57 S. 250 ff, 284; BGH GS 32 S. 115 ff, 122; als Grund gibt BVerfG StV 1985 S. 177 f (mit Anmerkung *Lüderssen* S. 178 ff) „Bedürfnisse einer wirksamen Strafrechtspflege" an (in einem Fall verbotener Prostitutionsausübung am Viktualienmarkt in München!); ähnlich BVerfG NJW 1987 S. 1874 f: „Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege". — *Von der Problematik der Zulässigkeit abgesehen* gilt: Wenn der agent provocateur für praktisch unentbehrlich zur Bekämpfung der Kriminalität mancher Bereiche (Rauschgift) gehalten wird, so heißt dies nichts anderes, als daß insoweit (vorgeblich oder wirklich) ein Rechtsstaat wegen seiner Bindungen nicht bestandsfähig ist und daß die Polizei deshalb mit nur durch die Effektivität limitierten, also mit bürgerkriegsähnlichen Mitteln vorgehen muß. Damit wird freilich die Legitimation des Staats zur (auch) rechtsstaatlichen Aburteilung der rechtsstaatswidrig erzeugten Kriminalität problematisch, und zwar sowohl, was diejenigen vollendeten Taten angeht, die durch — in Bürgerkriegsnotstand gerechtfertigte — Beteiligung des Staats zustandegekommen sind, als auch, was (versuchte oder vollendete) Taten betrifft, bei denen die Beteiligung des Staats schon nicht straftatbestandsmäßig, aber trotzdem rechtsstaatswidrig ist; denn eine versuchte oder vollendete Straftat kann nicht ohne Widerspruch zugleich als soziale Störung und zudem als so wünschenswert definiert werden, daß ihretwegen die üblichen Limitierungen der Verfolgung zurückgenommen werden müssen. Deshalb sollte die im Auftrag des Staats provozierte Kriminalität straffrei bleiben, was heißt, daß die Provokation überhaupt nur zur Ermöglichung der Verfolgung schon zuvor begangener Taten und der Verhütung zukünftiger Gefahren dienen kann (für eine Beschränkung der Zulässigkeit auf präventive polizeiliche Tätigkeit *Dencker* Dünnebier-Festschrift S. 447 ff, 460). Die Straffreiheit beruht nicht etwa auf geringer Schuld des Verleiteten, sondern auf der Unmöglichkeit konsistenten staatlichen Verhaltens (deshalb paßt die bei *Foth* NJW 1984 S. 221 f, 222 gezogene Parallele zu Fällen der § 11 SoldatenG, § 5 WStG nicht). Die Lösung ist sehr streitig; die Rechtsprechung nimmt — vergröbert gesprochen — an, die Verführung sei bei der Bestrafung des Provozierten nur zu berücksichtigen, wenn der agent provocateur nicht nur eine bestehende Tatbereitschaft auslöste, sondern erhebliche Widerstände zu überwinden hatte (wenn also der Einsatz eines agent provocateur keinen vernünftigen Grund gehabt haben kann oder allenfalls dem Zweck hat dienen können, tatbereite Hintermänner des zunächst nicht tatbereiten Verleiteten zu entlarven): BGH 32 S. 345 ff (erhebliche Verführung als Milderung) mit eingehenden Nachweisen der vorangehenden Rechtsprechung (mit Anmerkung *K. Meyer* NStZ 1985 S. 134 f und Besprechung *Bruns* StV 1984 S. 388 ff); BGH NJW 1986 S. 76; BGH GS 33 S. 356 ff (jedenfalls kein Verfahrenshindernis, S. 362); BGH NStZ 1986 S. 162 (Berücksichtigung schuldunabhängiger Milderungen, insbesondere des Fehlens der Gefahr einer dauernden Rechtsgutsverletzung durch die provozierte Tat); zur vorangehenden Rechtsprechung siehe *Körner* StV 1982 S. 382 ff, 384 f. — Für ein Verfahrenshindernis: *Bruns* NStZ 1983 S. 49 ff; *J. Meyer* ZStW 95 S. 834 ff, 843 ff, 853; *Taschke* StV 1984 S. 178 ff; für einen persönlichen Strafausschließungsgrund *Seelmann* ZStW 95, S. 797 ff, 830; für ein Absehen von Strafe wegen eines „Sonderopfers" *Puppe* NStZ 1986 S. 404 ff; für ein Beweisverbot grundlegend *Lüderssen* Peter-Festschrift S. 349 ff; rechtsvergleichend *J. Meyer* Jescheck-Festschrift S. 1311 ff. — Siehe ferner *Tiedemann* NJW 1984 S. 753 ff; *Schünemann* StV 1985 S. 424 ff; *Riehle* KrimJ 1985 S. 44 ff; zahlreiche Beiträge zu diversen Aspekten bei *Lüderssen* (Hrsg.) V-Leute, passim.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

20 c) Höchstpersönlich sind auch die *typisierenden Vorsätze* wie die Bereicherungsabsicht beim Betrug etc. Dies ist so selbstverständlich, wie die Höchstpersönlichkeit des Vorsatzes auf eine typisierende Beschreibung des Angriffswegs selbstverständlich ist (etwa der Vorsatz auf die Täuschung beim Betrug, die Wegnahme beim Diebstahl): Ohne diesen Vorsatz ist das vom Beteiligten ins Auge gefaßte deliktische Geschehen nicht komplett. Insbesondere muß auch jeder Beteiligte die Vollendung des Typisierenden wollen, so wie er bei Wegbeschreibungen den Vorsatz der Verwirklichung auf dem bestimmten Weg (und nicht etwa den Vorsatz der Verwirklichung auf einem anderen Weg) haben muß.

Ganz überwiegend wird anders entschieden, und zwar weil nahezu durchgehend die Parallelität zwischen Vollendungsvorsatz und überschießendem Vorsatz übersehen wird[20]: Während das Höchstpersönliche des Vollendungsvorsatzes selbstverständlich ist, soll der überschießende Vorsatz akzessorisch sein können. In welchem Maß Akzessorietät bestehen soll, ist freilich streitig[21]. Die Konfusion dürfte durch die zu enge Auslegung der „Absichten" mit bedingt sein. Was an fremder Planung akzessorisch ist, wird für die hiesige Lösung schon bei der Interpretation des subjektiven Tatbestands berücksichtigt: Jeder Vorsatz plus Kenntnis fremder Planung, nicht aber erst Absicht im eigentlichen Sinn, erfüllen den subjektiven Tatbestand (eingehender oben 8/34 ff).

21 d) Höchstpersönlich sind ferner die *affektiven Merkmale* (z. B. Mordlust bei § 211 StGB) und die der Antriebsseite wegen genannten Motive (siehe oben 8/94). Der Anerkennung einer auch nur beschränkten Akzessorietät dieser Merkmale steht entgegen, daß bezüglich der Antriebe keine Koordination des Verhaltens der Beteiligten stattfindet, nicht einmal, wie immerhin noch bei den Absichten als Planungszusammenhängen, in der Planung. Zwar können mehrere Personen zusammen planen, aber nur aus je eigenem Antrieb. Selbst wenn ein Beteiligter die Antriebe eines anderen wecken oder anstacheln kann, besagt dies über seine eigenen Antriebe nichts. Eine andere Lösung würde — wie die Schuldteilnahmetheorie — die Produktion eines Täters an die Stelle der Produktion einer Tat stellen.

22 e) Aus diesem Grund sind auch die *Konstitutions- und Gesinnungsmerkmale* in ihren subjektiven Teilen höchstpersönlich (zur objektiven Seite der Konstitutionsmerkmale siehe oben 8/97).

23 f) Was die *Vorsatzform* angeht, so ist bei den „Absichten", die zur Bezeichnung einer Gutsverletzung oder zur Typisierung einer Gutsverletzung die Vollendung überschießen, durch die Interpretation der subjektiven Seite als Vorsatz plus Kenntnis eines Planungszusammenhangs schon klargestellt, daß alle Beteiligten das Merkmal selbst erfüllen müssen, wie sie ja auch ansonsten je einen eigenen Vorsatz haben müssen. — Bei den (echten) Absichten, die eine feindliche Willensrichtung etc. kennzeichnen (oben 8/37), muß jeder Beteiligte diese Willensrichtung selbst aufweisen; denn die Unterstüt-

---

20 Zutreffend aber *Herzberg* ZStW 88 S. 68 ff, 93 f; siehe auch *SK-Samson* § 28 Rdn. 20; für die überwiegende Ansicht siehe *Keller* Grenzen S. 212 ff mit Nachweisen. *Keller* meint, die hiesige Lehre tendiere zur „Gesinnungshaftung" (S. 236). Das ist verfehlt: Das subjektive Merkmal (überhaupt nicht notwendig eine Gesinnung), das zur Rechtsgutsverletzung hinzukommen muß, wird vom Gesetz genannt, nicht von der Lehre. In der Umkehrung gilt: Wer den Beteiligten, der das subjektive Merkmal nicht aufweist, trotzdem haften läßt, operiert mit einem Tatbestand, der weiter geschnitten ist als der positivierte!

21 Nach überwiegender Ansicht voll akzessorisch; so mit diversen Begründungen *Herzberg* ZStW 88 S. 68 ff, 98; *ders.* JuS 1983 S. 737 ff, 742 ff (wertneutral, was heißen soll, im Blick auf die Gutsverletzung irrelevant); *Stratenwerth* AT Rdn. 930, 933 (subjektive Unrechtselemente sollen stets akzessorisch sein); ähnlich *LK-Roxin* § 28 Rdn. 42. — Nach *SK-Samson* (§ 28 Rdn. 20; siehe auch *Welzel* Strafrecht § 16 V 1) soll beschränkte Akzessorietät, also ein besonderes persönliches Merkmal nach § 28 StGB, vorliegen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

zung eines fremden, feindlichen Verhaltens (aus welchen Gründen auch immer) ist mit eigener Feindlichkeit weder stets sachlich noch auch nur stets in der Wertung gleichzusetzen. — Schließlich muß jeder Beteiligte die Vorsätze, die einer Risikoerlaubnis wegen qualifiziert sind (oben 8/36), höchstpersönlich qualifiziert aufweisen, weil er ohne den qualifizierten Vorsatz noch in einer Lage ist, die ein Risiko zuläßt, mag ein anderer Beteiligter auf Grund — irriger oder zutreffender — genauerer Vorstellungen auch bereits unerlaubt handeln.

3. Die beschränkte Akzessorietät der Sonderpflichten und der Eigenhändigkeit; Abgrenzungen

24 a) Bei den Beschränkungen des Täterkreises eines Delikts auf bestimmte Personen (Sonderdelikte im weiteren Sinn) ist zu unterscheiden:

aa) Soweit eine Beschränkung auf Personen erfolgt, die — ohne Träger besonderer Pflichten zu sein — als einzige ein bestimmtes Gut in bestimmter Weise angreifen können, geht es um *Täterbeschreibungen*, die nur die Situation kennzeichnen sollen, in der tatbestandsmäßiges Handeln überhaupt oder in praktisch relevanter Weise möglich ist. Die Merkmale sind deshalb wie andere Situationsmerkmale Beschreibungen der Ausgestaltung eines Organisationskreises und deshalb wie alle Merkmale eines Organisationskreises voll akzessorische Tatbestandsmerkmale[22]. Beispiele: nach — heute freilich als irrig erkannter — Vorstellung des historischen Gesetzgebers der Gewahrsamsinhaber bei der Unterschlagung, § 246 StGB; nach heutigem Verständnis die Stellung als Unfallbeteiligter bei § 142 StGB (anders früher: Sonderpflicht aus „Verkehrsgemeinschaft"); Gefangenenmeuterei, § 121 StGB; homosexuelle Handlungen, was die Eigenschaft als Mann angeht, nicht das Alter, § 175 StGB.

Dasselbe gilt, wenn der Täterkreis auf Personen beschränkt ist, die als einzige Personen ein Gut in besonders leichter oder praktisch relevanter Art und Weise angreifen können. Beispiele sind Schiffsgefährdung, § 297 StGB; exhibitionistische Handlungen, § 183 StGB; unbefugter Gebrauch von Pfandsachen, § 290 StGB; Vereitelung der Zwangsvollstreckung, § 288 StGB[23], Bankrott, § 283 StGB.

In diese Fallgruppe gehören auch die Garantenpflichten kraft Organisationszuständigkeit (Verkehrspflichten, Ingerenz und Übernahme); sie sind — als Umkehrungen der Handlungsfreiheit — Bestimmungen der Reichweite eines Organisationskreises. Beispiel: Ob einem Autofahrer mit der Folge einer vorsätzlichen Tötung vom Beifahrer geraten wird, zu beschleunigen (Tun) oder nicht zu bremsen (Unterlassen), hat mit § 28 StGB nichts zu tun; jedenfalls stiftet der Beifahrer zum Totschlag an (§§ 26, 212 StGB)[24].

25 bb) *Sonderdelikte im engeren Sinn:* Soweit freilich nicht oder doch nicht nur der Umfang eines Organisationskreises beschrieben wird, sondern ein Status des Täters, werden die Erwartungen rechtskonformen Verhaltens auch durch den Träger der Pflicht bestimmt. In diesen Fällen ist der nicht selbst Verpflichtete erst „in zweiter Linie" und deshalb nur beschränkt haftbar: Echte (strafbegründende) oder unechte (straf-

---

22 Abgesehen von Abgrenzungsdifferenzen zu einzelnen Tatbeständen die wohl überwiegende Ansicht; *LK-Roxin* § 28 Rdn. 41 mit Nachweisen.

23 *Herzberg* ZStW 88 S. 68 ff, 83 ff; *ders.* JuS 1983 S. 737 ff, 740 f; streitig.

24 Sehr streitig; eine Differenzierung der einzelnen Garantenstellungen kommt regelmäßig der überwiegenden Ansicht nicht in den Blick. Literaturbeispiele: *Geppert* ZStW 82 S. 40 ff, 70 ff (als rechtsgutsbestimmende Merkmale nie besonders persönlich); anders aber *Vogler* Lange-Festschrift S. 265 ff (als im Vertrauen begründete Merkmale immer besonders persönlich); weitere Nachweise unten 29/Fn. 220. — Zur Notwendigkeit der Differenzierung allgemeinen und besonderen Vertrauens sogleich unten.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

erhöhende) eigentliche Sonderpflichten sind besondere persönliche Merkmale[25]. — Als Status wird hierbei ein institutionell abgesichertes Bündel von Beziehungen zwischen dem Verpflichteten und dem betreffenden Gut verstanden, aus dem die verletzte strafbewehrte Pflicht nur ein Ausschnitt ist (eingehender unten zum Versuch 25/43 ff). Bei Institutionen, die für den gesellschaftlichen Bestand von elementarer Bedeutung sind, wird der Status zur Garantenstellung (unten 29/57 ff); das Sonderdelikt ist dann zugleich Pflichtdelikt, so daß der Sonderpflichtige, was den Bereich seiner Sonderpflicht angeht, stets Täter ist (oben 21/115 ff). Diese Konsequenz bestätigt die gefundene Lösung; denn da das besondere persönliche Merkmal per se Täterschaft begründet, wird (bei § 28 Abs. 2 StGB) die befremdliche Konstruktion einer Sonderunrechtsteilnahme ohne Sonderunrechtshaupttat vermieden.

Sonderpflichten sind etwa die Amtspflichten bei den Amtsdelikten, zahlreiche Personen- und Vermögensfürsorgepflichten einzelner Tatbestände des BT, die Pflichten der Aussagenden nach den §§ 153, 154 StGB[25a] (zweifelhaft), die Pflichten nach den §§ 174 ff StGB[26] gegen Mißbrauch einer durch qualifiziertes Vertrauen oder sonst institutionell abgesicherten Stellung sowie schließlich — die genannten Pflichten umfassend, soweit diese Garantenpflichten sind — die nicht an bestimmte Tatbestände gebundenen Garantenpflichten kraft institutioneller Zuständigkeit (Ehe, Eltern-Kind-Verhältnis, besonderes Vertrauen u. a. m., siehe unten 29/57 ff).

26 cc) Ein besonderes persönliches Merkmal ist auch die *Eigenhändigkeit;* da es um die persönliche Insuffizienz geht, läßt sich die Pflicht von ihrem Träger nicht lösen[27] (siehe oben 21/21).

27 dd) Täterbeschreibungen schließlich, die zwar objektiv formuliert sind, aber auf die Motivationslage abzielen, sind — in Konsequenz zur Behandlung der subjektiven Seite — höchstpersönlich, so etwa in § 217 StGB. Dasselbe gilt für objektivierte Tätereigenschaften (etwa die objektive Seite der Gewerbsmäßigkeit).

III. Das Ergebnis

A. Strafbarkeitsbegründende Merkmale

28 1. Fehlen höchstpersönliche, strafbarkeitsbegründende Merkmale bei einem Beteiligten, so ist dieser straffrei.

29 2 a) Fehlen besondere persönliche (beschränkt akzessorische) Merkmale strafbarkeitsbegründender Art (Sonderpflichten und Eigenhändigkeit) beim Beteiligten (der nie Täter oder Mittäter sein kann, da es an einem deliktsspezifischen Tätermerkmal mangelt), so wird wegen des Defizits der Strafrahmen nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert; das ist der Regelungsinhalt von § 28 Abs. 1 StGB. Diese Milderung wegen des Fehlens besonderer persönlicher Merkmale wird auch dann nur einmal gewährt, wenn Eigenhändigkeit und Sonderpflicht beide fehlen, wie z. B. beim unqualifizierten Anstifter zur Rechtsbeugung, § 336 StGB. Die Milderung tritt jedoch zu sonstigen Milderungen

---

25 Bei Abgrenzungsdifferenzen zu einzelnen Tatbeständen überwiegende Ansicht; BGH 6 S. 309 ff; *Jescheck* AT § 61 VII 4 a aa; *LK-Roxin* § 28 Rdn. 37, 44; *Stratenwerth* AT Rdn. 935; — ausführlich mit Nachweisen *Wagner* Amtsverbrechen S. 386 ff; zur Kritik (eher Straffreiheit des Extraneus angebracht) siehe oben Fn. 13 und (eher volle Akzessorietät angebracht) *Grünwald* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 555 ff, 561 ff.

25a Eingehend *Langer* Ernst Wolf-Festschrift S. 335 ff, 345 ff mit Nachweisen; siehe auch *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 332 ff.

26 Streitig; *a. A. Schönke-Schröder-Lenckner* § 174 Rdn. 20, § 174 a Rdn. 13; wie hier *LK-Roxin* § 28 Rdn. 38.

27 *A. A. Schmidhäuser* AT 14/82; *Schönke-Schröder-Cramer* § 28 Rdn. 19.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

kumulierend hinzu, insbesondere zur Milderung nach § 27 Abs. 2 StGB[28]. Die Milderungen nach § 28 Abs. 1 StGB und § 27 Abs. 2 StGB werden jedoch nicht kumuliert, wenn das Fehlen eines deliktsspezifischen Tätermerkmals alleiniger Grund der Bestrafung des ansonsten tatherrschaftlich Beteiligten als Gehilfe ist[29].

30 b) Ein Merkmal ist strafbarkeitsbegründend, wenn ohne dieses Merkmal kein tatbestandsmäßiges Verhalten vorliegt. Soweit eine Deliktsabwandlung zum eigenständigen Delikt (delictum sui generis) erklärt wird[30], ist dies für die Anwendung von § 28 StGB bedeutungslos[31]. Die Merkmale dieser „eigenständigen" Delikte begründen also keine Strafbarkeit, sondern modifizieren sie.

Zahlreiche Deliktstatbestände können je nach Art des Verhaltens strafbarkeitsbegründende Merkmale aufweisen oder aber Allgemeindelikte sein. Da auch die institutionell abgesicherten Garantenstellungen bei begehungsgleichen Unterlassungsdelikten besondere persönliche Merkmale sind, enthalten selbst allgemein begehbare Verursachungsdelikte nach Art der §§ 212, 223, 303 StGB für den Fall einer solcherart pflichtwidrigen Unterlassung (§ 13 Abs. 1 StGB) strafbegründende besondere persönliche Merkmale und unterfallen dann § 28 Abs. 1 StGB. — Heikel ist die Lage bei unechten Sonderdelikten (durch Sonderpflichten qualifizierten Delikten), wenn der Sonderpflichtige das Delikt über eine institutionell abgesicherte Garantenstellung verwirklicht; Beispiel: Der Staatsanwalt vereitelt auf Anraten eines Nichtqualifizierten eine Bestrafung durch Nichtbearbeitung der Strafsache, § 258 a Abs. 1 StGB[32]. Zwar modifiziert die qualifizierende Sonderpflicht im Normalfall die Strafbarkeit (was für den Nichtqualifizierten heißt: Bestrafung aus dem Grunddelikt gemäß § 28 Abs. 2 StGB), im Fall der Begehung durch Unterlassen aber begründet die Sonderpflicht die Strafbarkeit überhaupt, so daß § 28 Abs. 1 StGB anzuwenden ist[33].

31 c) Einem Beteiligten fehlt ein (strafbarkeitsbegründendes) Merkmal des Täters schon dann, wenn er ein solches Merkmal nicht mit dem Täter teilt, es vielmehr nur als ein eigenes Merkmal aufweist; denn dieses eigene Merkmal mag dem strafbarkeitsbegründenden Merkmal des Täters zwar analog sein, ist aber mit ihm nicht identisch. Die Sonderpflicht (wie die Eigenhändigkeit) eines Beteiligten — nach der hiesigen Lösung die einzigen besonderen persönlichen Merkmale — fehlt einem anderen Beteiligten per Definition stets; jeder Beteiligte ist schon vor aller Beteiligung selbst verpflichtet, oder nur durch die Beteiligung und deshalb nach § 28 Abs. 1 StGB abgeschwächt. Beispiel: Jemand ist selbst Beamter oder Vater oder Ehemann oder Soldat, oder aber er ist es nicht; er hat aber nie die Pflicht eines *anderen* Beamten etc., es sei in der durch § 28 Abs. 1 StGB geregelten, abgeschwächten Weise. Freilich kann die *eigene* Verpflichtung auch die Sorge zur Verhütung fremder Rechtsbrüche zur Folge haben. Beispiel: Bringen zwei je unbeschränkt pflichtige Testamentsvollstrecker verabredungsgemäß jeder

---

28 BGH NStZ 1981 S. 299; BGH StV 1983 S. 330 (nur Leitsatz); BGH NStZ 1989 S. 19 f (freilich für ein *höchst*persönliches Merkmal).

29 BGH 26 S. 53 ff, 55; *Bruns* JR 1975 S. 510 f; *Langer* Ernst Wolf-Festschrift S. 335 ff, 338 f; — *a. A. LK-Roxin* § 28 Rdn. 60 mit der Begründung, dadurch werde die Differenz zwischen Beihilfe und Anstiftung (= eine Milderungsstufe) eingeebnet; — bei einem tatherrschaftlichen Gehilfen ist diese Differenz aber auch nicht mehr gerechtfertigt, ganz abgesehen von generellen Zweifeln an der Berechtigung.

30 So die Rechtsprechung beharrlich zu § 211 StGB; genannt werden ferner §§ 217, 249 StGB u. a. m.

31 *Stratenwerth* AT[2] Rdn. 937; zweifelnd *Baumann-Weber* AT § 37 III 2 b β; zu den Inkonsequenzen der Rechtsprechung zu § 211 StGB siehe *Arzt* JZ 1973 S. 681 ff.

32 Weitere Beispiele bei *Cortes Rosa* ZStW 90 S. 413 ff, 424 ff.

33 *SK-Samson* § 28 Rdn. 6 b; streitig, anders *Cortes Rosa* ZStW 90 S. 413 ff, 429 f, mit zutreffendem Hinweis auf die ungereimte Strafrahmendifferenz zwischen einem nach § 49 StGB gemilderten Sonderdelikt und dem Allgemeindelikt; diese Differenz läßt sich aber wegen des Mangels an Harmonie zwischen § 28 Abs. 1 und Abs. 2 StGB (hierzu oben zu Fn. 1) nicht beseitigen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

die Hälfte des Vermögens beiseite, so haften sie wegen ihrer *eigenen* Fürsorgepflicht jeder für den gesamten Schaden als *Neben*täter nach § 266 StGB (siehe schon zu den Pflichtdelikten oben 21/115 ff). Ist die eigene Pflicht beschränkt, so hat das nicht nur eine Verkleinerung des Umfangs täterschaftlicher Haftung zur Folge, vielmehr muß bei einer Haftung für Teilnahme § 28 Abs. 1 StGB angewendet werden. Beispiel: Belügen zwei für getrennte Beweisthemen zuständige Zeugen verabredungsgemäß beide das Gericht, so bleibt es bezüglich der Aussage des jeweils anderen nicht nur bei Teilnahme, sondern insoweit fehlt dem Teilnehmer auch die Sonderpflicht des Aussagenden (wenn man die Aussagepflicht überhaupt als Sonderpflicht behandelt, was streitig ist). Es gibt keinen Fall, in dem einem Beteiligten die Sonderpflicht eines anderen Beteiligten nicht fehlt.

Für die überwiegende Ansicht, die auch besondere persönliche Merkmale subjektiver Art anerkennt, ergeben sich unlösbare Schwierigkeiten: Da ein subjektives Merkmal per Definition Merkmal einer bestimmten Person und nicht einer anderen Person ist[34], müßte der nicht täterschaftlich Beteiligte auch im Fall eigener subjektiver Qualifizierung in den Genuß der Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB kommen: Seine Psyche ist nun einmal nicht diejenige des Täters. Die überwiegende Lehre umgeht diese Konsequenz, indem sie eine gegenseitige Substitution der Merkmale zuläßt.

32 3. Für voll akzessorische, strafbarkeitsbegründende Merkmale (etwa die Erfolgsverursachung bei einem Delikt, dessen Versuch straffrei ist) haftet jeder Beteiligte nach allgemeinen Regeln.

B. Strafbarkeitsmodifizierende Merkmale

33 1. Strafmildernde oder strafausschließende besondere persönliche Merkmale gibt es nach der hier vertretenen Lösung nicht[34a]. Es gibt aber strafmildernde oder strafausschließende höchstpersönliche Merkmale; sie wirken nach hiesiger Lösung schon auf Grund allgemeiner Prinzipien nur individuell. Das Ergebnis deckt sich mit der — hier abgelehnten — Anwendung von § 28 Abs. 2 StGB. Für höchstpersönliche Merkmale paßt diese Vorschrift; nur die in der Konsequenz dann notwendige Anwendung von § 28 Abs. 1 StGB bei strafbarkeitsbegründenden Merkmalen würde zu ungerechtfertigten Belastungen führen.

34 2. Strafschärfende besondere persönliche Merkmale (da Eigenhändigkeit praktisch ausscheidet, bleiben die Sonderpflichten) wirken über § 28 Abs. 2 StGB wie die höchstpersönlichen Merkmale: Der Nichtqualifizierte wird aus dem Grunddelikt bestraft, und zwar je nach Beteiligung als Täter (Mittäter) oder Teilnehmer. — Das ist besonders für diejenigen Fälle, in denen dem Nichtqualifizierten an dem Zusammenwirken gerade mit einem qualifizierten Täter gelegen ist, eine unbefriedigende Regelung; denn die Förderung des Sonderdeliktsanteils durch den nicht Sonderpflichtigen wird nicht erfaßt. Deshalb wird vorgeschlagen, § 28 Abs. 2 StGB beim Sonderdelikt nur als Regelung des anzuwendenden Strafrahmens, nicht aber der für den Schuldspruch maßgeblichen Vorschrift zu verstehen[35], zumindest jedoch bei der Strafzumessung die Beteiligung am Sonderdeliktsanteil zu berücksichtigen[36]. — Da das Gesetz immerhin auch

---

34 Ohne Problembewußtsein BGH 23 S. 39 f; hierzu kritisch und grundlegend *Arzt* JZ 1973 S. 681 ff; *ders.* BT Bd. I Rdn. 96 ff.

34a Dazu, daß es eine Regelung für straf*ausschließende* Merkmale *neben* der in § 28 Abs. 1 StGB getroffenen Regelung für straf*begründende* nicht geben darf, siehe schon oben 23/2 (zu 3.).

35 *Cortes Rosa* ZStW 90 S. 413 ff, 427 ff, 431 ff; *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 41 ff; differenzierend *Wagner* Amtsverbrechen S. 398 ff; kritisch dazu *SK-Samson* § 28 Rdn. 6 b; *Grünwald* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 555 ff, 565 f.

36 *LK-Roxin* § 28 Rdn. 59; *Schönke-Schröder-Cramer* § 28 Rdn. 30.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

straf*ausschließende* Umstände in der identischen Vorschrift, § 28 Abs. 2 StGB, nennt, und bei Strafausschluß weder von einem verbleibenden Schuldspruch noch von Strafzumessung die Rede sein kann, ist die in jeder Hinsicht höchstpersönliche Wirkung im Gesetz deutlich angeordnet worden; deshalb verbieten Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB Korrekturen[37], obgleich diese angebracht wären. § 28 Abs. 2 StGB bringt also bei beschränkt persönlichen Merkmalen demjenigen, der sie nicht aufweist, einen Vorteil, der nach dem System der Zurechnung nicht angebracht ist.

3. Für voll akzessorische, modifizierende Merkmale, insbesondere qualifizierende **35**
Begehungsweisen (gemeingefährliches Mittel bei § 211 StGB, gefährliches Werkzeug bei § 223 a StGB) haftet jeder Beteiligte nach allgemeinen Regeln.

24. ABSCHNITT
Gemeinsame Regeln für Täterschaft und Teilnahme

Literatur

L. v. Bar Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 2 1907; *W. Beulke* Die Strafbarkeit des Verteidigers, 1989; *R. Bloy* Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *P. Bockelmann* Die Problematik der Beteiligung an vermeintlich rechtswidrigen Taten, Gallas-Festschrift S. 261 ff; *W. Bottke* Wahrheitspflicht des Verteidigers, ZStW 96 S. 726 ff; *P. Cramer* Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, Bockelmann-Festschrift S. 389 ff; *H. Dubs* Ist fahrlässige Mitwirkung bei einem Vorsatzdelikt strafbar, in: Mélanges Robert Patry, (Lausanne) 1988; *U. Ebert* Verbrechenskämpfung durch Opferbestrafung? JZ 1983 S. 633 ff; *B. Freudenthal* Die nothwendige Teilnahme am Verbrechen, 1901; *W. Frisch* Vorsatz und Risiko, 1983; *ders.* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *K. H. Gössel* Probleme notwendiger Teilnahme bei Betrug, Steuerhinterziehung und Subventionsbetrug, wistra 1985 S. 125 ff; *R. D. Herzberg* Täterschaft und Teilnahme, 1977; *ders.* Anstiftung zur unbestimmten Haupttat — BGHSt 34, 63, JuS 1987 S. 617 ff; *G. Jakobs* Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW 89 S. 1 ff; *H. Kamps* Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *R. Keller* Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989; *D. Kratzsch* Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht, Oehler-Festschrift S. 65 ff; *G. Küpper* Strafvereitelung und sozialadäquate Handlungen, GA 1987, S. 385 ff; *E.-J. Lampe* Täterschaft bei fahrlässiger Straftat, ZStW 71 S. 579 ff; *R. Lange* Die notwendige wald Literaturbericht, ZStW 93 S. 864 ff; *J. Mallison* Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme, 1979; *L. Meyer-Arndt* Beihilfe durch neutrale Handlungen? wistra 1989 S. 281 ff; *W. Naucke* Über das Regreßverbot im Strafrecht, ZStW 76 S. 409 ff; *H. Otto* Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Maurach-Festschrift S. 91 ff; *ders.* Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung, NJW 1974 S. 528 ff; *ders.* Straflose Teilnahme? Lange-Festschrift S. 197 ff; *C. Roxin* Täterschaft und Tatherrschaft, 5. Auflage 1989; *ders.* Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-Festschrift S. 133 ff; *ders.* Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-Festschrift S. 241 ff; *ders.* Bemerkungen zum Regreßverbot, Tröndle-Festschrift S. 177 ff; *H.-J. Rudolphi* Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966; *F.-C. Schroeder* Der Täter hinter dem Täter, 1965; *H. Schumann* Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; *G. Stratenwerth* Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Eb. Schmidt-Festschrift S. 383 ff; *W. Stree* Beteili-

---

37 *Gründwald* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 555 ff, 566.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

gung an vorsätzlicher Selbstgefährdung — BGHSt. 32, 262 und BGH NStZ 1984, 452, JuS 1985 S. 179 ff; *S. Wehrle* Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt — Regreßverbot? 1986; *J. Welp* Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; *H. Welzel* Buchbesprechung, ZStW 61 S. 209 ff; *J. Wolter* Notwendige Teilnahme und straflose Beteiligung, JuS 1982 S. 343 ff.

I. Die Verwirklichung des Risikos der vorsätzlichen Beteiligung, insbesondere: Der Irrtum über die Beteiligtenrolle

1 A 1. Auch bei der psychischen Vermittlung der Kausalität durch Beteiligung muß sich das vom Beteiligten geschaffene, unerlaubte Risiko verwirklichen, wenn der Erfolg zurechenbar sein soll. Notwendige Bedingung für das Unerlaubte eines Riskos ist eine Erfolgswahrscheinlichkeit, die das allgemeine Lebensrisiko übersteigt. Beispiel: Wer eine fremde Person auf der Straße unvermittelt mit der Aufforderung angeht, eine bestimmte dritte Person zu ermorden, schafft kein unerlaubt riskantes Anstiftungsrisiko und haftet nicht wegen Anstiftung zum Mord, wenn der extrem ungewöhnliche Fall eintritt, daß die Person der Aufforderung nachkommt.

Die Problematik überschreitet den Bereich des Kuriosen (obgleich die praktische Bedeutung minimal bleibt), wenn sich anläßlich eines vorsätzlich geschaffenen, unerlaubten Risikos oder zusammen mit einem solchen Risiko ein nicht gesehenes und also vom Vorsatz nicht umfaßtes Risiko verwirklicht. Beispiel: Ein Bandenmitglied fordert ein anderes Mitglied auf, bei einem Delikt mitzumachen, wobei der Auffordernde nicht weiß, daß dem Aufgeforderten vom Bandenchef schwerste Repressalien für den Fall angedroht worden sind, daß er sich solchen Aufforderungen widersetzt. In Fällen dieser Art muß bestimmt werden, ob sich das vom Beteiligten geschaffene und gesehene unerlaubte Risiko allein oder zumindest zusammen mit einem anderen Risiko verwirklicht hat oder einzig ein nicht gesehenes Risiko; im letzteren Fall scheidet mit dem Vorsatz jede vollendete Beteiligung aus.

2 2 a) Die Problematik firmiert üblicherweise unter der Bezeichnung des Irrtums über die Beteiligtenrolle. Diese Bezeichnung trifft freilich nur einen Ausschnitt: Auch *innerhalb* einer Beteiligtenrolle mag ein Beteiligter über das sich verwirklichende Risiko irren; denn für den Anstifter ist der Irrtum über das Motiv des Beeinflußten ein Irrtum über den Kausalverlauf. Beispiel: Der Beteiligte will einen Täter mit dem Versprechen einer Belohnung anwerben; der Ausersehene sagt aus Haß gegen das Opfer zu; die Belohnung lehnt er ab; — vollendete (vorsätzliche) Anstiftung?

3 b) Zur Lösung gelten die zur Verwirklichung eines vorsätzlich geschaffenen Risikos schon oben (8/64 ff) mitgeteilten Regeln. Danach kommt es nicht auf die Vorstellung des Beteiligten davon an, wie sich ein Risiko verwirklichen werde, sondern auf die Erfahrungstradition bezüglich des Risikos, das er vorsätzlich schafft. Besonders im Bereich psychisch vermittelter Kausalität sind laienhafte Vorstellungen von Wirkungsmechanismen regelmäßig nur Spekulationen. Ob beispielsweise bei einer Anstiftung die Hoffnung auf einen Beuteanteil oder der Gruppenzwang oder der Reiz des Riskanten o. ä. den Adressaten dazu bewegt, einen Vorsatz zu fassen, läßt sich mit laienhaften Mitteln überhaupt nicht und selbst von psychologischen Experten häufig nicht, zumal nicht ex post im Gerichtsverfahren, demonstrieren. Deshalb kann es zur Risikoverwirklichung nicht darauf ankommen, ob der Beteiligte den einen Aspekt als vermeintlich wichtig herausstreicht und den anderen vernachlässigt; entscheidend ist vielmehr, ob der Verlauf überhaupt noch im Spektrum der Erfahrungstradition liegt.

Die Zusammenfassung aller Wirkungsmöglichkeiten zu *einem* Risikobündel ist nur innerhalb der praktisch vorkommenden Streubreite des vom Beteiligten erkannten

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Risikos möglich. Dieser durch die Erfahrungstradition gestiftete Konnex mehrerer Möglichkeiten führt zwar zur Bildung von Beeinflussungstypen, schaltet aber nicht schlechthin alle Beeinflussungen gleich. Kraß: Daß eine mit Todesdrohungen zur Tat gezwungene Person den Drohungen nicht glaubt, aber die „Anregung" aufnimmt und die Tat doch vollzieht, liegt nicht mehr innerhalb der Erfahrungstradition. Insbesondere dürfte die Beeinflussung nicht verantwortlich handelnder Personen regelmäßig ein anderer Beeinflussungstyp sein als diejenige verantwortlich handelnder Personen. Diese Entscheidung ist freilich bei Fehlvorstellungen über den Grenzbereich von Verantwortlichkeit zweifelhaft. Sie gilt aber jedenfalls ohne Blick darauf, ob der Beeinflussende für den Defekt zuständig ist; der Irrtum mag also die Beteiligtenrolle (mittelbare Täterschaft oder akzessorische Beteiligung) überhaupt nicht betreffen.

c) Folgende Irrtumsformen sind möglich: **4**

aa) *Der Beteiligte überschätzt die Verantwortlichkeit des Beeinflußten*[1]: Zu dieser Irrtumsform gehören insbesondere die Fälle, in denen der Beteiligte verkennt, daß die objektiven Voraussetzungen mittelbarer Täterschaft vorliegen. Das gesehene Risiko, nicht mit anderen Personen zusammen deliktisch zu handeln (als Mittäter oder Teilnehmer), ist von dem Risiko unabhängig, einen anderen nicht als Werkzeug einzusetzen (als mittelbarer Täter): Teilnahme und Mittäterschaft sind nicht deshalb verboten, weil erfahrungsgemäß andere Beteiligte unbemerkt zu Werkzeugen degradiert werden könnten.

Das Vorhandensein eines nicht gesehenen Risikos läßt freilich nicht schon den Schluß zu, allein dieses und nicht (auch) das gesehene Risiko habe sich verwirklicht. Vielmehr dürften die meisten Fälle so liegen, daß beide Risiken zur Erklärung des konkreten Verlaufs notwendig sind. Beispiel: Der nachdrücklich von einem Beteiligten angeworbene Mittäter entpuppt sich später als geisteskrank; — kann wegen der Geisteskrankheit des Angeworbenen die Beeinflussung ohne Auswirkung auf die konkrete Tatbestandsverwirklichung so reduziert gedacht werden, daß der Beteiligte in ihr keinen riskanten Anwerbeversuch mehr gesehen hätte (wirkte etwa schon die bloße Aufforderung ohne Blick auf die Quelle, die Begleitumstände etc. motivierend), so hat sich das gesehene Anstiftungsrisiko nicht verwirklicht (Folge: Anstiftungsversuch), ansonsten — was der Regelfall sein dürfte — wohl (Folge: vollendete Anstiftung zur Tat; — eingehend oben zum Vorsatz 8/70).

Nach geltendem Recht scheidet vollendete Teilnahme natürlich aus, wenn das nicht erkannte Verantwortungsdefizit des ausersehenen Haupttäters aus dessen Unvorsätzlichkeit resultiert. Beispiel: Der vermeintliche Gehilfe geht irrig davon aus, der Ausführende wisse um die Tatbestandsverwirklichung; — (stets straffreie) versuchte Beihilfe, gegebenenfalls fahrlässige Täterschaft.

bb) *Der Beteiligte unterschätzt die Verantwortlichkeit des Beeinflußten:* Es geht **5** insbesondere um Fälle, in denen der Beeinflussende irrig meint, die Voraussetzungen mittelbarer Täterschaft seien gegeben. Das gesehene Risiko der Unterwerfung einer anderen Person ist von dem Risiko gemeinsamen Agierens unterschieden: Es ist nicht

---

1 Zum Irrtum über den Vorsatz des Ausführenden entspricht das hier entwickelte Ergebnis überwiegender Ansicht; *Roxin* Täterschaft S. 555 ff; *Frisch* Verhalten S. 626 ff; *SK-Samson* Rdn. 26 vor § 26; *Stratenwerth* AT Rdn. 963; ausführlich *Bockelmann* Gallas-Festschrift S. 261 ff, 264 ff mit Nachweisen, dort auch zu § 32 E 1962. — Zum Irrtum, der den Vorsatz des Ausführenden unberührt läßt, wird das Problem der Risikoverwirklichung regelmäßig vernachlässigt; siehe *Roxin* Täterschaft S. 261 ff; *Cramer* Bockelmann-Festschrift S. 389 ff, 399 f; *Frisch* Verhalten S. 624 ff; *Jescheck* AT § 62 III 1 mit Nachweisen. — Überhaupt abweichend natürlich die subjektive Theorie, siehe *Baumann-Weber* AT § 37 I 2 a β.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

deshalb verboten, andere Menschen als Werkzeug einzusetzen, weil erfahrungsgemäß diese auch sua sponte mitmachen könnten.

Wird nicht einmal der Vorsatz des Ausführenden vorsätzlich hervorgerufen, so dürften kaum Fälle denkbar sein, in denen das erkannte Risiko (unvorsätzlicher Täter) mit dem verwirklichten Risiko (vorsätzlicher Täter) einen einzigen Beeinflussungstyp bildet; denn üblicherweise stellt ein Täter bei seinen Entschlüssen darauf ab, ob ihre Durchführung einen Deliktstatbestand verwirklicht (oder nicht). Bekannt ist das Beispiel von zwei Jägern, deren einer dem anderen sein Gewehr mit der erfolgreichen Aufforderung reicht, auf eine Gestalt zu schießen, die er zutreffend als Mensch identifiziert, aber dem anderen als Wild bezeichnet; der andere durchschaut die Lüge; — versuchte Tötung in mittelbarer Täterschaft. — Eine verbreitete Ansicht nimmt Teilnahme zur vollendeten Tat (je nach Fallgestaltung müßte auch Mittäterschaft in Frage kommen) als angebliches Minus zur versuchten mittelbaren Täterschaft an[2], was jedoch verfehlt ist, da die Formen der Beteiligung bei dieser Lösung ohne Blick auf das jeweils unterschiedliche Risiko nivelliert werden[3].

Aber auch wenn der Beeinflussende beim Ausführenden vorsätzlich einen Deliktsvorsatz erregt, dürfte das sich verwirklichende Risiko der Beeinflussung eines Verantwortlichen jedenfalls dann nicht zum gesehenen Risikotyp gehören, wenn der Ausführende gerade wegen des irrig vermuteten Defekts ausgewählt wird (Beispiel: Der Anstifter sucht sich einen vermeintlich Geistesschwachen als Täter aus) oder wenn der Defekt erregt werden soll, um damit eine Tatgeneigtheit zu schaffen (Beispiel: Der Ausführende soll in Trunkenheit oder in den Zustand des Nötigungsnotstands versetzt werden). § 29 StGB regelt die Schuld bei *gegebener* Beteiligung, besagt aber nichts über die Verwirklichung des Beteiligungsrisikos beim Irrtum über die Schuld.

Wenn der Beeinflussende den Defekt für sein Vorhaben als irrelevant beurteilt, so wie beim Irrtum über den Grenzbereich der Schuldlosigkeit erkennt er den Risikotyp, der auch die Beeinflussung nicht verantwortlicher Personen umfaßt. Beispiele: Der Beteiligte hat bei der Planung bedacht, daß der Beeinflußte an einer Psychose leiden könnte, ohne aber daraus Konsequenzen für die Art der Beeinflussung zu ziehen; bei der Durchführung denkt er nicht mehr daran. — Der Beeinflußte ist entgegen den Erwartungen des Anstifters nicht schuldunfähig, sondern nur vermindert schuldfähig.

6 3. Der Beteiligte kennt seine Rolle und irrt nur über Einzelheiten des Verlaufs, wenn die anderen Beteiligten ihre Beiträge *nur anders aufteilen*, als der Beteiligte angenommen hat. Das gesehene Risiko der Beteiligung verwirklicht sich in solchen Fällen trotz des Irrtums, wenn die anderen Beteiligten einen Beitrag in das strafbare Stadium (mindestens Versuch) fortführen, d. h. der Beitrag kausal wird, mag die Fortführung durch die anderen Beteiligten auch den ursprünglichen Plan variieren. Wer nicht als letzter handelt, handelt stets auf das Risiko hin, daß die Nachfolgenden ihre Planung veränderten Umständen oder verbesserter Erkenntnis anpassen müssen.

II. Die sogenannte notwendige Teilnahme (die Beteiligung ohne Haftung)

7 A. Bei einigen Delikten wird der Tatbestand nur verwirklicht, wenn mehrere Personen einen Erfolg mit vereinten Kräften anstreben. Die erhöhte Dynamik vereinter Kräfte begründet oder qualifiziert deliktisches Verhalten gegenüber anderen: Gefangenenmeuterei (§ 121 StGB), schwerer Hausfriedensbruch (§ 124 StGB), Bandendieb-

---

2 *Jescheck* AT § 62 III 1; *Roxin* Täterschaft S. 271 ff; *Schmidhäuser* AT 14/54; *Stratenwerth* AT Rdn. 959.

3 Zutreffend kritisch *SK-Samson* § 25 Rdn. 38; *Herzberg* Täterschaft S. 45; *Maurach-Gössel* AT II § 50 Rdn. 61.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

stahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB). Bei diesen sogenannten *Konvergenzdelikten*[4] haften alle tatbestandlich Beteiligten miteinander wegen der Erfüllung des Tatbestands. Anstiftung und Beihilfe zu diesen Handlungen sind nach allgemeinen Regeln möglich.

B. Bei den sogenannten *Begegnungsdelikten*[5] sind mehrere Versionen zu unterscheiden: **8**

1. Bei einigen Delikten ermöglicht erst die Interaktion mehrerer Personen verschiedener sozialer Stärke ein deliktisches Verhalten gegenüber dem unterlegenen Beteiligten. Auch soweit die Beteiligung des unterlegenen Opfers die Voraussetzungen der Anstiftung oder Beihilfe erfüllt, bleibt das Opfer straffrei, da es zum Unrecht einer Fremdverletzung nichts beitragen kann. Beispiele: Die meisten Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, §§ 174 ff StGB, Kindesentziehung, § 235 StGB, Entführung mit Willen, § 236 StGB.

Auch Delikte, die nur mittelbar (über öffentliche Güter) dem Schutz der Einzelperson dienen, sind nach den genannten Regeln zu behandeln. Beispiele sind Förderung der Prostitution, § 180 a StGB[6], und Wucher, § 302 a StGB[7].

Das — unmittelbar oder mittelbar geschützte — Opfer kann immerhin Beiträge anderer Personen vermitteln, d. h. Einwirkungen Dritter auf das Opfer sind wegen dessen Unterlegenheit (also anders als sonst bei der Mitwirkung zur Selbstverletzung) Beihilfe zugunsten des Täters und somit strafbare Beihilfe der dritten Personen. Beispiel: Der Rat an die 15-jährige Schülerin zum Geschlechtsverkehr mit dem Lehrer ist bei Erfolg Beihilfe zu sexuellem Mißbrauch, §§ 27, 174 Abs. 1 Nr. 1, 28 StGB.

2. Soweit die Beteiligten gleichrangig sind, sind wiederum mehrere, insgesamt noch nicht abschließend geklärte Varianten zu unterscheiden. **9**

a) Wenn es um das Verbot der Fremdverletzung trotz Mitwirkung des Verletzten geht (Beispiele: § 223 StGB bei unwirksamer, aber nicht wegen Unterlegenheit unwirksamer Einwilligung, § 226 a StGB; — Tötung auf Verlangen, § 216 StGB), kann das beteiligte Opfer zu dieser Fremdverletzung wiederum nichts beitragen und bleibt straffrei[8]; straffrei bleibt aber auch ein Dritter, der auf das Opfer einwirkt; mangels dessen Unterlegenheit fördert die Einwirkung eine Selbstverletzung. Beispiel: Der erfolgreiche Rat an einen Lebensmüden, von einem Dritten die Tötung zu verlangen, ist straffrei; siehe oben 21/57 ff.

b) Soweit für alle Beteiligten eine bestimmte Art von Interaktion strafbar ist (Beispiel: Beischlaf zwischen Verwandten, § 173 StGB), gelten die allgemeinen Regeln; insbesondere ist Teilnahme dritter Personen an dem Verhalten aller Beteiligten möglich. **10**

c) Soweit Teilnahme zu einem Delikt tatbestandlich abschließend vertypt ist, würde durch Anwendung der Regeln des AT die Grenze der lex specialis unterlaufen. So darf etwa die Inkongruenz von Vorteilsannahme und Bestechlichkeit (z. B. keine Soldaten als Täter) gegenüber Vorteilsgewährung und Bestechung nicht durch eine nach den Regeln des AT begründete Beteiligung an der Tat der Gegenseite harmonisiert werden (zu §§ 331 ff StGB). — Ebenso muß die Beihilfe zu den in § 30 StGB genannten **11**

---

4 Seit *Freudenthal* Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen S. 1, 122.

5 Grundlegende Literatur außer den nachfolgend noch Genannten: *Lange* Die notwendige Teilnahme; *Lange* unternimmt den Versuch, die Straflosigkeit aus dem „Wesen" von Täterschaft und Teilnahme abzuleiten (aaO S. 63 ff); hiergegen *Welzel* ZStW 61 S. 209 ff, 212; siehe ferner noch *Ebert* JZ 1983 S. 633 ff, 641 f. — Zu Betrug und Steuerhinterziehung als Begegnungsdelikte siehe oben 21/15 und *Gössel* wistra 1985 S. 125 ff.

6 Streitig; siehe *Jescheck* AT § 64 VI 2 c Fn. 75.

7 Hierzu RG 18 S. 273 ff, 281.

8 *Wolter* JuS 1982 S. 343 ff, 345; — differenzierend *Otto* Lange-Festschrift S. 197 ff, 212 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Vorbereitungshandlungen straffrei bleiben, solange die Tat nicht über das in § 30 StGB bezeichnete Stadium hinaus gedeiht. — Förderung der Prostitution, § 180 a StGB, vertypt nicht die Beteiligung an *verbotener* Prostitution; Beihilfe zu einer Tat nach § 184 a StGB ist also nach allgemeinen Regeln möglich[9].

12 d) Schließlich können in zahlreichen Fällen bestimmte Personen aus diversen Gründen nicht Täter eines Delikts sein; wenn der Grund, der täterschaftliche Haftung ausschließt, auch für Haftung bei Teilnahme gilt, so ist auch diese Teilnahme straffrei. Dies gilt insbesondere für die Fälle selbstbegünstigenden Verhaltens: Entweichen bei Gefangenenbefreiung nach § 120 StGB und Akzeptation einer Begünstigung oder Strafvereitelung nach §§ 257 ff StGB. Ob gegenüber dem Begünstigten überhaupt keine normative Garantie besteht[10] oder eine entschuldigungsähnliche Lage anzunehmen ist[11], ist streitig und angesichts einer widersprüchlichen Gesetzesregelung (§ 257 Abs. 3 Satz 2 StGB gegen § 258 Abs. 5 StGB) auch nicht klar zu entscheiden. Jedenfalls dürfte auch eine Überschreitung der Mindestrolle (etwa durch Anstiftung des Täters), von den Fällen des § 257 Abs. 3 Satz 2 StGB abgesehen, straffrei bleiben[12] (Umkehrschluß aus der genannten Vorschrift). — Für konkurrierende Delikte ist jedoch zu haften; Beispiel: Anstiftung durch den Vortäter zum — begünstigenden — Meineid ist strafbar, §§ 26, 154 Abs. 1, 28 Abs. 1 StGB.

Einen allgemein gültigen Satz des Inhalts, daß die Einhaltung einer Mindestrolle vor Strafe bewahre, gibt es jedoch nicht. Der Gläubiger bei der Gläubigerbegünstigung, § 283 c StGB, oder die Partei beim Parteiverrat, § 356 StGB, sind also allenfalls in allgemeinen Ausnahmefällen (etwa Vorsatzlosigkeit oder Regreßverbot) von Haftung frei, haben aber in der Regel zu haften[13].

III. Das Regreßverbot (die scheinbare Beteiligung)

A. Der Meinungsstand

13 1. Es gibt einen Bereich vorsätzlicher oder fahrlässiger Mitwirkung an objektiv tatbestandserfüllendem Verhalten anderer Personen ohne Haftung für diese „Beteiligung" im weiteren Sinn. Dieser Bereich ist dadurch ausgezeichnet, daß der „Beteiligte" einen Beitrag leistet, der für sich harmlos und alltäglich ist und nur durch die Verwirklichung von Plänen anderer Personen in einen schädigenden Verlauf umgebogen wird. Realistisches Beispiel: Jemand zahlt pflichtgemäß seine Schuld an seinen Gläubiger, wissend, daß der Gläubiger mit dem Geld Mittel zu einem Delikt beschaffen wird; — Beihilfe? — Kurioses Beispiel: Ein Naturfreund züchtet Blumen, obgleich er weiß, daß sein Nachbar, notorischer Heiratsschwindler, gerade diese Blumen stehlen und als Präsent zu einer Betrügerei verwenden wird, was auch geschieht; — Haftung wegen Beihilfe zum Betrug? — Es geht also um die Trennung von einerseits *eigener* Deliktsbeteiligung und andererseits Schaffen einer Lage, in der *andere* einen Tatbestand erfüllen.

14 2. Für einzelne Fallgruppen wird die Haftungsfreiheit mit heterogenen Begründungen anerkannt[14].

9 BayObLG NJW 1981 S. 2766 ff, 2767 f.

10 *LK-Roxin* Rdn. 34 vor § 26.

11 *Stratenwerth* AT Rdn. 950.

12 Zum alten Recht entschied die Rechtsprechung für Strafbarkeit; BGH 17 S. 236 ff mit Nachweisen.

13 *Herzberg* Täterschaft S. 139; anders wohl die überwiegende Ansicht; *Jescheck* AT § 64 VI 2 c; *LK-Roxin* Rdn. 32 vor § 26; die von *Roxin* gegebene Begründung, bei Begegnungsdelikten müsse eine Haftung *beider* Seiten ausdrücklich angeordnet werden, ist ein Zirkel und als genereller Satz auch nicht durchzuhalten (etwa bei der Untreue, § 266 StGB).

14 Zum folgenden Text siehe *Jakobs* ZStW 89 S. 1 ff mit Nachweisen; *Frisch* Verhalten S. 230 ff; *Schumann* Handlungsunrecht S. 59 ff, 69 ff und passim, insbesondere dort S. 59 f, 64 zu *v. Bar* (Gesetz und Schuld S. 750, 761 ff); *Bloy* Beteiligungsform S. 126 ff; *Keller* Grenzen S. 252 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

a) Ohne Blick auf Beteiligung oder unmittelbares Bewirken soll ein sozialadäquates Verhalten nicht zur Haftung führen[15]. — Diese Lösung verschiebt das Problem in einen allzu unbestimmten Begriff: Was trotz der dichten Möglichkeit einer Schadensfolge sozialadäquat ist, bleibt offen.

b) Nach der Lehre vom Regreßverbot im älteren Sinn soll die fahrlässige Mitwirkung an einer vorsätzlichen und schuldhaften Tat haftungsfrei sein; man spricht von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, der im alten Schrifttum stärker als in der neueren Dogmatik als Zurechnungszusammenhang verstanden wird[16]. Diese Lösung bringt — umgekehrt zu der zuvor genannten Lösung — zwar mit der Vorsatz-Fahrlässigkeits-Grenze einen bestimmten, aber nicht sachadäquaten Begriff; denn Vorsatz kann auch eine Folge von besonderer Aufmerksamkeit sein und Fahrlässigkeit eine Folge von Gleichgültigkeit den Tatsachen gegenüber. Daß beim Zusammenwirken mehrerer Personen der Aufmerksame stets, der Nicht-Aufmerksame aber nie haften soll, läßt sich nicht begründen. Insbesondere ist völlig unbegründbar, wieso allseitige Fahrlässigkeit dann wieder zu allseitiger Haftung führen soll.

c) Haftungsfreiheit trotz vermeidbarer Kausalität findet sich weiterhin beim Vertrauensgrundsatz[17] (auf die Korrektheit fremden Verhaltens darf vertraut werden, auch wenn die Fehlerhaftigkeit voraussehbar ist) sowie bei einigen Fällen der Normzwecklehre[18] (nicht jeder Aufwand zur Rettung von Gütern aus Gefahr ist demjenigen zuzurechnen, der die Güter in Gefahr gebracht hat).

B. Die Begründung des Regreßverbots, Fallgruppen

1. Die genannten isolierten Aspekte sind, so strafrechtliche Zurechnung systema- **15**
tisch erfolgen soll, zu einer allgemeinen Lehre zu vereinigen. Wie bei Unterlassungsdelikten nicht die Abwendbarkeit des Erfolgs zur Zurechnung des Erfolgseintritts als Unrecht hinreicht, sondern eine Zuständigkeit des Abwendungsfähigen hinzukommen muß, so muß auch bei der Begehung zur (vermeidbaren) Kausalität eine Zuständigkeit für die Folgen hinzutreten, die zwar — anders als im Unterlassungsbereich — praktisch in der Regel gegeben ist, aber eben doch nicht stets. Hierbei zeigt eine positive Beschreibung der Zuständigkeit Parallelen zur Beschreibung von Ingerenz und Verkehrspflichten beim Unterlassungsdelikt: Es geht jeweils darum, in welchen Fällen der Urheber eines schädigenden Verlaufs von den Folgen nicht mehr distanziert werden kann[18a].

---

15 *Welzel* Strafrecht § 10 IV.

16 *Frank* Strafgesetzbuch[3, 4] (1903) S. 16; *ders.* aaO[18] (1931) S. 14 f; in neuerer Zeit eingehend *Naucke* ZStW 76 S. 432 ff mit Nachweisen; *Wehrle* Beteiligung S. 63 ff, der mit dem Verantwortungsgefälle zwischen schuldhafter (S. 87) Vorsatztat und Fahrlässigkeitstat argumentiert, S. 83 f; *Stratenwerth* AT Rdn. 1162 ff (Regreßverbot bei Vorsatz nicht ausgeschlossen, Rdn. 1165); *Dubs* Mélanges S. 295 ff, 299 ff (die Erhöhung allgemeiner Schadensneigung soll unerlaubt sein, nicht aber die Schaffung des Risikos speziell einer Vorsatztat); ferner *H. Mayer* AT § 19 A IV; *Lampe* ZStW 71 S. 579 ff, 615; *Otto* Maurach-Festschrift S. 91 ff, 99; siehe auch *Kamps* Arbeitsteilung S. 138 ff (abwegig freilich die Berücksichtigung der zeitlichen Dauer zwischen Erst- und Zweitursache). — Zur Harmonisierung der Lehre vom Regreßverbot mit den Haftungsprinzipien bei Unterlassungsdelikten, insbesondere bei Ingerenz, siehe *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 132 ff; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 275 ff; *Otto* NJW 1974 S. 528 ff, 533.

17 Siehe oben zum erlaubten Risiko; *Stratenwerth* Eb. Schmidt-Festschrift S. 383 ff, 392; *ders.* AT Rdn. 1010, 1155; *Roxin* Tröndle-Festschrift S. 177 ff, 185 ff (dazu auch oben 7/Fn 91).

18 *Roxin* Honig-Festschrift S. 133 ff, 142 f; *ders.* Gallas-Festschrift S. 241 ff, 246 f; *Stree* JuS 1985 S. 179 ff, 181; *Baumann-Weber* AT § 17 II 2 d Fn. 19.

18a Ähnlich *Kratzsch* Oehler-Festschrift S. 65 ff, 72 und passim. *Frisch* Verhalten S. 230 ff stimmt zwar der hiesigen Lehre weitgehend zu, kritisiert aber den Begründungsgang (Distanzierung oder Trennung von Verwantwortungsbereichen, S. 238 f); er argumentiert statt dessen, durch eine Beschränkung der Haftung für „durch Drittverhalten vermittelte Risiken" lasse sich eine

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Eine solche Distanzierung eines „Beteiligten" ist im Bereich des Regreßverbots möglich, wenn sein Verhalten zur Zeit seines Vollzugs nicht davon abhängt, daß die tatbestandsverwirklichende Handlung des Ausführenden überhaupt nachfolgt, mit anderen Worten, wenn sein Verhalten auch ohne diese Handlung des Ausführenden sinnvoll ist; denn dann hat der „Beteiligte" eine Situation geschaffen, die andere Personen zwar zur Tatbestandsverwirklichung fortführen mögen, die aber von ihm selbst einen gerade nicht tatbestandsverwirklichenden Sinn bekommen hat und von der Tatbestandsverwirklichung nicht rückwirkend eingefärbt werden kann. Die Argumentation ist dieselbe wie zum erlaubten Risiko und zur Ingerenz: Der „Beteiligte" hat kein Sonderrisiko beansprucht[18b] (siehe oben 7/50 f und unten 29/105a).

2. *Fallgruppen:*

16 a) Handelt ein „Beteiligter" nicht mit dem Täter zusammen, so haftet er nicht für Folgen, die der Täter willkürlich an das Handeln knüpft. Beispiele: Der Vollzug der Drohung, „Wenn du weggehst (Tun!), bringe ich jemanden um", führt nicht zur Haftung des Weggehenden für Totschlagsteilnahme; das Weggehen hat keinen deliktischen Sinn. — Ein Richter eines Strafprozesses gegen Desperados erfährt von der Drohung, ein Politiker werde ermordet, wenn er den Prozeß weiterführe. Er führt weiter, ein Politiker wird ermordet[19]. — Auch das Verteidigungsvorbringen im Strafprozeß gehört in diese Fallgruppe: Sein Sinn erschöpft sich in der Beurteilung der angeklagten Tat; nehmen dritte Personen das Vorbringen als Anregung für weitere Taten, so geht das den (Sich-)Verteidigenden nichts an[20].

17 b) Handelt der „Beteiligte" zusammen mit dem Täter, so scheidet trotzdem eine Haftung in den Fällen aus, in denen der soziale Kontakt sich in der (Gegen-)Leistung eines Gegenstands oder in einer Information erschöpft und die Realisierung der ansonsten subjektiv verfolgten Ziele je eigene Sache bleibt. Auch bei gemeinsamem Verhalten ist also nicht zu haften, wenn das deliktische Handeln nicht gemeinsamer Handlungssinn wird[20a]. Der reibungslose Informations- und Warenaustausch zwischen Personen mit höchst unterschiedlichen Präferenzen ist überhaupt nur bei Isolierung der Zweckverfolgung und damit bei Isolierung des jeweiligen Handlungssinns möglich[20b] (eben deshalb ist bei § 119 BGB der Motivirrtum irrelevant).

Zu dieser Fallgruppe zählen die üblichen Austauschgeschäfte des täglichen Lebens[20c]. Der Bäcker haftet also nicht wegen Totschlagsteilnahme (siehe aber unten 24/20 zur Haftung aus § 323 c StGB), wenn er beim Brötchenverkauf weiß, daß der Käufer das Produkt vergiften und sodann seinen Gästen servieren wird; der Tankwart haftet nicht für die erkannten Konsequenzen aus der Fahrt eines Autos mit gefährlich

---

„unerträgliche Einschränkung der Handlungsfreiheit" vermeiden (S. 240 f). Aber das ist eine zu naturalistische Argumentation: Es geht nicht um faktisch mögliche, sondern um *zustehende* Freiheit; die Grenze zwischen Pflicht und Freiheit läßt sich nicht mit dem Wert der Freiheit ermitteln, da sie diesen Wert erst bestimmt.

18b So insbesondere *Frisch* Verhalten S. 250 ff; *ders.* Vorsatz S. 148 f.

19 Analog zu der Entscheidung BGH 7 S. 268 ff, was das Begehen angeht; siehe *F.-C. Schroeder* Täter hinter dem Täter S. 155 ff.

20 Siehe BGH JZ 1982 S. 430 ff; eingehend *Küpper* GA 1987 S. 385 ff, 399 ff.

20a BGH 31 S. 202 ff: Die Gründung einer Firma soll auch dann keine Tat nach § 129 StGB sein, wenn von den Beteiligten nur deliktische Aktionen der Firma in Aussicht genommen werden. — OLG Köln NJW 1985 S. 572 f: Rechtshilfe soll auch dann zulässig sein, wenn das ersuchende Land die Todesstrafe verhängen kann und vollziehen wird. — BGH StV 1985 S. 279: Beihilfe zum Besitz von Betäubungsmitteln soll nicht durch bloße Chauffeurleistungen für den Besitzenden begangen werden.

20b Siehe *Schumann* Handlungsunrecht S. 62 ff und passim; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 101 ff vor § 13.

20c *Frisch* Verhalten S. 295 ff; insoweit auch *Roxin* Tröndle-Festschrift S. 177 ff, 197; teils enger *Meyer-Arndt* wistra 1989 S. 281 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

abgefahrenen Reifen, das er betankt hat; der Kreditgeber eines ungebundenen Darlehens haftet nicht für die gegebenenfalls deliktische Verwendung der Valuta; der Taxifahrer haftet nicht für die Straftat des Gastes am Ankunftsort[21] oder Abholort[22] oder im Fahrzeug[23]; niemand haftet für die Konsequenzen pünktlicher Erfüllung seiner Schulden[24] (siehe das Beispiel eingangs) etc.

Auch entsprechende Gefälligkeitsgeschäfte ohne rechtliche Verbindlichkeit zählen zu dieser Fallgruppe. Ausschenken von Alkohol privat oder per Bezahlung beim Gastwirt stehen sich also gleich: Für eine nachfolgende Trunkenheitsfahrt müssen Privater wie Wirt nicht haften[25].

Weiterer Unterfall ist die Auskunft über eine rechtliche oder tatsächliche Lage[26], insbesondere der wahrheitsgemäße Bericht, der von einem Rettungsplan „abstiftet". Beispiel: Jemand berichtet einem Rettungswilligen und Rettungsfähigen wahrheitsgemäß, der in Todesnot Befindliche sei Angehöriger einer bestimmten extremen Partei. Die Rettung unterbleibt aufgrund dieser Nachricht[27]. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der „Beteiligte" böse Absichten hegt, sondern es kommt auf den sozialen Sinn der Kommunikation an. Ebenso verhält es sich bei bloßen Berichten oder Meinungskundgaben, die der Täter zum Anlaß nimmt, sich zu einer Tat zu motivieren[27a]. Beispiel[27b]: Ein Landwirt äußert in einer Gastwirtschaft, seinem Nachbarn sei finanziell nur noch durch einen Scheunenbrand aufzuhelfen; einer der Zuhörer schreitet alsbald zur Tat. — Auch bei der Mitteilung von Trivialitäten ist es Sache des Adressaten, ob er sie als Baustein deliktischen Verhaltens verwendet. Beispiel[27c]: Wer auf die Frage, wie einer Geldverlegenheit abzuhelfen sei, anwortet, in solchen Fällen könne man sein Auto verkaufen oder einen Überfall auf eine Bank oder eine Tankstelle organisieren, hat kein unerlaubtes Risiko geschaffen. — Siehe auch zum Sonderwissen oben 7/50 a.

18 c) Handelt der Beteiligte mit dem Täter zusammen und wird das Verhalten des Beteiligten dadurch definiert, daß der Täter eine bestimmte Handlung, eben die deliktische Handlung, vollziehen kann, so haftet er wegen Deliktsbeteiligung[27d]. Hier geht es um die Normalfälle von Anstiftung und Beihilfe. Die Grenze zum Regreßverbot mag im Einzelfall so diffizil zu bestimmen sein, wie die Grenze der Ingerenz diffizil zu bestimmen ist; denn wodurch ein Verhalten definiert wird, hängt von zahlreichen Kontexten ab; diese können eine sozialkonforme, stereotype Rolle als Definitionsmerkmal hinter der Einpassung in eine deliktische Planung zurücktreten lassen. Beispiel: Berichtet ein Rechtsanwalt auf Befragen wahrheitsgemäß, daß in ein bestimmtes Land transferierte Deliktsbeute dem Zugriff deutscher Vollstreckungsorgane entzogen ist, so dürfte dies noch keine Begünstigung (vertatbestandlichte Teilnahme) sein, da sich der soziale Sinn der isolierten Auskunft in der Bekanntgabe der Rechtslage erschöpft (sie mag dem

21 *A. A.* BGH GA 1981 S. 133 f.

22 *A. A.* BGH 4 S. 107 ff.

23 Siehe dagegen BGH DAR 1981 S. 226; — eine Garantenstellung des Fahrers zur Verhütung von Überfällen während der Fahrt besteht nicht; siehe unten zur Garantenstellung des Wohnungsinhabers 29/37. — In der Umkehrung geht es den Fahrgast nichts an, wenn der Fahrer keine Fahrerlaubnis besitzt; *a. A.* BayObLG NJW 1982 S. 1891.

24 *A. A.* RG 56 S. 169 ff, 170 f.

25 BGH 19 S. 152 ff; — zu Einschränkungen siehe sogleich.

26 Viel zu eng (nur Rechtsauskunft) und mit viel zu einschränkender Begründung (Rechtfertigung kraft Verfassungsrechts) formuliert der Sache nach ein Regreßverbot *Mallison* Rechtsauskunft S. 108 ff, 136, 137 ff (dazu *Maiwald* ZStW 93 S. 864 ff, 885 ff). Zur Rechtsauskunft im Ergebnis wie hier OLG Stuttgart NJW 1986 S. 2883 f.

27 *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 191 ff, 200; *Welzel* Strafrecht § 10 IV; siehe auch *Roxin* Täterschaft S. 523; *Schmidhäuser* AT 14/126.

27a *Frisch* Verhalten S. 333 ff.

27b Siehe Schweizerisches Bundesgericht 105 IV S. 330 ff (auch bei *Wehrle* Beteiligung S. 126 ff).

27c BGH 34 S. 63 ff, wo freilich die Haftung schon mangels hinreichender Tatkonkretisierung abgelehnt wird; zutreffend *Herzberg* JuS 1987 S. 617 ff, 620 f.

27d *Frisch* Verhalten S. 280 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

Vollstreckungsgläubiger wie dem Vollstreckungsschuldner dienen). Anders ist zu entscheiden, wenn der Rechtsanwalt gutachtet, in welchen Ländern Deliktsbeute „sicher" untergebracht werden kann[27e].

19 d) Auch ansonsten haftet der Beteiligte, wenn er unabhängig von dem in Rede stehenden Verhalten (das per se keine Ingerenzhaftung auslöst) nach den Regeln der unechten Unterlassung Garant für die Abwendung eines Schadensverlaufs der in Rede stehenden Art ist[27f]. Beispiel: Jedermann ist Garant dafür, daß er ordnungsgemäß Auto fährt, so er fährt; fährt er in Schlangenlinien und versucht ein Nachfolgender trotzdem zu überholen und stürzt, haftet der Fahrer[28].

20 e) Nach den §§ 138 und 323 c StGB ist auch zu haften, wenn Deliktsbeteiligung ausscheidet[28a] (siehe oben zur objektiven Zurechnung 7/57, 68).

21 3. Der bezeichnete Haftungsumfang gilt — entgegen der älteren Version der Lehre vom Regreßverbot — *für Vorsatz wie für Fahrlässigkeit,* soweit letztere überhaupt strafbar ist, *und auch bei Unvorsätzlichkeit des Ausführenden.* Wenn im letzteren Fall der „Beteiligte" vorsätzlich handelt, beschränkt das Regreßverbot also den Umfang der „Beteiligung" an unvorsätzlicher Tat, die nach positivem Recht stets mittelbare Täterschaftschaft ist. Beispiel: Der Drogist, der einem ihm als zerstreut bekannten Arbeiter ein Unkrautvertilgungsmittel verkauft und damit rechnet, daß der Arbeiter in seiner Zerstreutheit das Mittel zum Schaden der Gartenpflanzen seines Arbeitgebers anwenden wird, begeht bei entsprechendem Verlauf nicht etwa eine Sachbeschädigung in mittelbarer Täterschaft durch Benutzung eines unvorsätzlich handelnden Werkzeugs. Er haftet nur, soweit durch die Anwendung ein Unglücksfall droht (§ 323 c StGB), oder er aber für die Gefahr des Mittels sowieso, d. h. ohne Blick auf seinen Beitrag durch Handeln, einzustehen hat (als Garant).

Die Rechtsprechung hat — trotz ständig gegenteiliger Beteuerung[29] — ein Regreßverbot der Sache nach mehrfach anerkannt[30].

27e Wohl ebenso *Bottke* ZStW 96 S. 726 ff, 756; zur Strafvereitelung durch sozialadäquates Verhalten *Küpper* GA 1987 S. 385 ff, 399 ff und insbesondere für Strafverteidiger *Beulke* Strafbarkeit, passim.

27f *Frisch* Verhalten S. 257 ff; *Wehrle* Beteiligung S. 100 ff.

28 Siehe BGH 7 S. 112 ff.

28a *Wehrle* Beteiligung S. 85; *Frisch* Verhalten S. 308 ff, der es freilich nur bei „deliktserleichternden Verhaltensweisen im eigenen Organisationsbereich" bei einer Haftung nach den §§ 138, 323 c StGB belassen will; bei „Erweiterung fremder deliktisch mißbrauchbarer Macht" soll Beihilfe vorliegen (S. 326).

29 Z. B. RG 64 S. 316 ff, 318.

30 So BGH 3 S. 203 ff, 205; ferner auch BGH 7 S. 268 ff; 19 S. 152 ff: durch Vernachlässigung der Begehungskausalität und Abstellen auf Unterlassung (so selbst RG 64 S. 316 ff, 317). Siehe ferner RG 34 S. 91 ff; 61 S. 318 ff; 64 S. 370 ff; OLG Köln NJW 1985 S. 695. — Weitere Nachweise bei *Meyer-Arndt* wistra 1989 S. 281 ff, 282 ff; *Jakobs* aaO in Fn. 14; siehe auch oben zur objektiven Zurechnung 7/52, 59.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:02

5. KAPITEL

Ergänzung zur Tatbestandsverwirklichung und zur Schuld: Der Versuch und der Beteiligungsversuch

25. ABSCHNITT

Der Versuch

Literatur

M. Adams, St. Shavell Zur Strafbarkeit des Versuchs, GA 1990 S. 347 ff; *P. Albrecht* Der untaugliche Versuch, 1973; *H. Alwart* Strafwürdiges Versuchen, 1982; *ders.* Zur Kritik der strafrechtlichen Stufenlehre, GA 1986 S. 245 ff; *G. Arzt* Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung, JZ 1969 S. 54 ff; *ders.* Falschaussage mit bedingtem Vorsatz, Jescheck-Festschrift S. 391 ff; *ders.* Strafbarer Versuch und Vorbereitung, recht 1985 S. 78 ff; *J. Baumann* Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht, NJW 1962 S. 16 ff; *J. Baumgarten* Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1888; *M. Bergmann* Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB, 1988; *U. Berz* Grundlagen des Versuchsbeginns, Jura 1984 S. 511 ff; *ders.* Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz, 1986; *W. Beulke* Anmerkung zu BGH NStZ 1982 S. 329 f, aaO S. 330 f; *N. Bitzilekis* Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat, ZStW 99 S. 723 ff; *H. Blei* Versuch und Rücktritt vom Versuch nach neuem Recht, JA 1975 S. 95 ff, 167 f, 233 ff; *P. Bockelmann* Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, JZ 1954 S. 468 ff; *ders.* Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, JZ 1955 S. 193 ff; *ders.* Vorbereitung und Versuch, Niederschriften Bd. II (1) Anhang Nr. 34; *ders.* Zur Reform des Versuchsstrafrechts, in: *ders.* Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 150 ff; *W. Bottke* Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979; *H.-J. Bruns* Der untaugliche Täter im Strafrecht, 1955; *ders.* Zur Strafbarkeit des „Versuchs" eines untauglichen Subjekts, DStr. 1938 S. 161 ff; *ders.* Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjekts, GA 1979 S. 161 ff; *ders.* Strafzumessungsrecht, 2. Auflage 1974; *ders.* Das Recht der Strafzumessung, 2. Auflage 1985; *M. Burgstaller* Der Versuch nach § 15 StGB, JurBl. 1976 S. 113 ff; *ders.* Strafbarer oder strafloser Versuch, JurBl. 1986 S. 76 ff; *B. Burkhardt* Das Unternehmensdelikt und seine Grenzen, JZ 1971 S. 352 ff; *ders.* Rechtsirrtum und Wahndelikt, JZ 1981 S. 681 ff; *ders.* Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungshandlung zum Betrug — OLG Karlsruhe, NJW 1982, 59, JuS 1983 S. 426 ff; *A. Graf zu Dohna* Der Mangel am Tatbestand, Güterbock-Festschrift S. 35 ff; *E. Dreher* Was bedeutet Milderung der Strafe für den Versuch? JZ 1956 S. 682 f; *ders.* Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen, JZ 1957 S. 155 ff; *ders.* Gedanken zur Strafzumessung, JZ 1968 S. 209 ff; *K. Engisch* Der „umgekehrte Irrtum" und das „Umkehrprinzip", Heinitz-Festschrift S. 185 ff; *H. Fiedler* Vorhaben und Versuch im Strafrecht, 1967; *H. Foth* Neuere Kontroversen um den Begriff des Wahnverbrechens, JR 1965 S. 366 ff; *H. Fuchs* Probleme des Deliktsversuchs, ÖJZ 1986 S. 257 ff; *K. H. Gössel* Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. Strafrechtsreformgesetz, GA 1971 S. 225 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 26 S. 101 ff, JR 1976 S. 249 ff; *H.-L. Günther* Der „Versuch" des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer, JZ 1987 S. 16 ff; *B. Haffke* Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA 1978 S. 33 ff; *W. Hardwig* Der Versuch bei untauglichem Subjekt, GA 1957 S. 170 ff; *R. D. Herzberg* Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1973 S. 89 ff; *ders.* Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH, JuS 1980 S. 469 ff; *ders.* Der Anfang des Versuchs bei mittelbarer Täterschaft, JuS 1985 S. 1 ff; *ders.* AIDS: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts, JZ 1989 S. 470 ff; *ders.* Strafverzicht bei bedingt vorsätzlichem Versuch, NStZ 1990 S. 311 ff; *M. Hettinger* Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, 1982; *H. Hilger* Anmerkung zu OLG Bamberg NStZ 1982 S. 247 f,

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

aaO S. 248 f; *H. J. Hirsch* Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts, GA 1972 S. 65 ff; *J. Höser* Vorbereitungshandlung und Versuch im Steuerstrafrecht, 1984; *J. Hruschka* Anmerkung zu BGH 31 S. 105 ff, JZ 1983 S. 217 ff; *H.-Chr. Jahr* Die Bedeutung des Erfolges für das Problem der Strafmilderung beim Versuch, 1981; *H. Jäger* Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, MSchrKrim. 1978 S. 297 ff; *G. Jakobs* Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten, 1967; *ders.* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *ders.* Schuld und Prävention, 1976; *ders.* Anmerkung zu BGH 32 S. 88 ff, JR 1984 S. 385 ff; *ders.* Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 S. 751 ff; *ders.* Tätervorstellung und objektive Zurechnung, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 271 ff; *M. Karollus* Zum Versuchsbeginn beim Betrug, JurBl. 1989 S. 627 ff; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *ders.* Die Dogmatik im Alternativentwurf, ZStW 80 S. 34 ff; *ders.* Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-Festschrift S. 393 ff; *ders.* Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Klug-Festschrift S. 277 ff; *R. Keller* Anmerkung zu BGH JR 1989 S. 390 f, aaO S. 391 f; *D. Kratzsch* Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB) — ein absolut untauglicher Versuch? JA 1983 S. 420 ff, 578 ff; *ders.* Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; *ders.* Unrecht und Prävention — eine Replik, GA 1989 S. 49 ff; *K. Kühl* Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, JuS 1979 S. 718 ff, 874 ff, JuS 1980 S. 120 ff, 273 ff, 506 ff, JuS 1981 S. 196 ff, JuS 1982 S. 110 ff, 189 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 31 S. 105 ff, JR 1983 S. 425 ff; *W. Küper* Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979 S. 775 ff; *ders.* Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, NJW 1984 S. 777 f; *G. Küpper* Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1982; *E.-J. Lampe* Genügt für den Entschluß des Täters in § 43 StGB sein bedingter Vorsatz? NJW 1958 S. 332 f; *ders.* Anmerkung zu OLG Koblenz JR 1984 S. 163 f, aaO S. 164 f; *W. Langer* Das Sonderverbrechen, 1972; *ders.* Zum Begriff der „besonderen persönlichen Merkmale", Lange-Festschrift S. 241 ff; *ders.* Zur Strafbarkeit des Teilnehmers gemäß § 28 Abs. 1 StGB, Ernst Wolf-Festschrift S. 335 ff; *K. Laubenthal* Der Versuch des qualifizierten Delikts einschließlich des Versuchs im besonders schweren Fall bei Regelbeispielen, JZ 1987 S. 1065 ff; *G. Less* Genügt „Bedingtes Wollen" zum strafbaren Verbrechensversuch? GA 1956 S. 33 ff; *F. v. Liszt* Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 S. 1 ff; *M. Maiwald* Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984; *R. Maurach* Die Beiträge der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Bestimmung des Wahnverbrechens, NJW 1962 S. 716 ff, S. 767 ff; *J. Meyer* Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit, ZStW 87 S. 598 ff; *E. Mezger* Anmerkung zu BGH NJW 1952 S. 514 f, aaO; *Y. Naka* Der Strafgrund des Versuchs, in: *H. J. Hirsch* u. a. (Hrsg.) Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und in Deutschland, 1989 S. 93 ff; *D. Oehler* Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW 69 S. 503 ff; *H. Otto* Anmerkung zu BGH 26 S. 201 ff, NJW 1976 S. 578 f; *ders.* Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten, JA 1980 S. 641 ff, 707 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 32 S. 88 ff, JZ 1984 S. 143 ff; *St. Papageorgiou-Gonatas* Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch? 1988; *W. Platzgummer* Die Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte im österreichischen Strafrecht, Beiheft ZStW 1987 S. 37 ff; *I. Puppe* Der halbherzige Rücktritt, NStZ 1984 S. 488 ff; *dies.* Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses, Lackner-Festschrift S. 199 ff; *dies.* Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990 S. 145 ff; *W. Rasch* Tötung des Intimpartners, 1964; *ders.* Schuldfähigkeit, in: *A. Ponsold* (Hrsg.) Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3. Auflage 1967, S. 55 ff; *R. Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986; *C. Roxin* Über den Tatentschluß, Schröder-Gedächtnisschrift S. 145 ff; *ders.* Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch, JuS 1979 S. 1 ff; *ders.* Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959; *ders.* Der Anfang des beendeten Versuchs, Maurach-Festschrift S. 213 ff; *H.-J. Rudolphi* Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch — OLG Celle, NJW 1972, 1823, JuS 1973 S. 20 ff; *ders.* Anmerkung zu HansOLG Hamburg JR 1981 S. 159 f, aaO S. 160 ff; *E. Samson* Irrtumsproblem im Steuerstrafrecht, in: *G. Kohlmann* (Hrsg.) Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht, 1983 S. 99 ff; *W. Sax* Zum logischen und sachlichen Gehalt des sogen. „Umkehrschlusses aus § 59 StGB", JZ 1964 S. 241 ff; *F. Schaffstein* Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, OLG Celle-Festschrift S. 175 ff; *G. Schewe* „Subjektiver Tatbestand" und Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, Lange-Festschrift S. 687 ff; *E. Schlüchter* Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1983; *dies.* Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht, wistra 1985

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

S. 43 ff, 94 ff; *dies.* Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB, JuS 1985 S. 373 ff, 527 ff, 617 ff; *W. Schmid* „Bedingter Handlungswille" beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen, ZStW 74 S. 48 ff; *ders.* Über Feuerbachs Lehre vom „Mangel am Tatbestand", Schröder-Gedächtnisschrift S. 19 ff; *R. Schmitt* Rücktritt von der Verabredung zu einem Verbrechen — BGHSt. 12, 306, JuS 1961 S. 25 ff; *K. Schmoller* Ist die versuchte Herbeiführung einer qualifizierenden Folge strafbar? JurBl. 1984 S. 654 ff; *ders.* Bedeutung und Grenzen des fortgesetzten Delikts, 1988; *H. Schröder* Anmerkung zu BGH 21 S. 194 ff, JZ 1967 S. 368 ff; *ders.* Die Unternehmensdelikte, Kern-Festschrift S. 457 ff; *B. Schünemann* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 S. 241 ff, GA 1986 S. 393 ff; *B. R. Sonnen* u. a. Die Abgrenzung des Versuchs von der Vorbereitung und Vollendung, JA 1988 S. 17 ff; *C. Sowada* Das unechte Unternehmensdelikt — eine überflüssige Rechtsfigur, GA 1988 S. 195 ff; *G. Spendel* Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht, ZStW 65 S. 519 ff; *ders.* Der sogenannte Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie, ZStW 69 S. 441 ff; *ders.* Kritik der subjektiven Versuchstheorie, NJW 1965 S. 1881 ff; *ders.* Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, Stock-Festschrift S. 89 ff; *F. Stöger* Der Versuch des untauglichen Täters, 1961; *G. Stratenwerth* Die fakultative Strafmilderung beim Versuch, Schweizer Juristentags-Festgabe S. 247 ff; *ders.* Der Versuch des untauglichen Subjekts, Bruns-Festschrift S. 59 ff; *W. Stree* Zur Auslegung der §§ 224, 226 StGB, GA 1960 S. 289 ff; *ders.* Beginn des Versuchs bei qualifizierten Straftaten, Peters-Festschrift S. 179 ff; *F. Streng* Rücktritt und dolus eventualis, JZ 1990 S. 212 ff; *E. Struensee* Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität, ZStW 102 S. 21 ff; *F. Sturm* Das unvollendete fahrlässige Delikt, ZStW 59 S. 23 ff; *G. Timpe* Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *W. G. Tischler* Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1984; *F. Traub* Die umgekehrte „Parallelwertung in der Laiensphäre" — Wahndelikt oder untauglicher Versuch? — BGHSt. 13, 235, JuS 1967 S. 113 ff; *K. Ulsenheimer* Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1966 S. 257 ff; *ders.* Zur Problematik des Rücktritts vom Versuch erfolgsqualifizierter Delikte, Bockelmann-Festschrift S. 405 ff; *Th. Vogler* Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer an der Straftat, ZStW 98 S. 331 ff; *H. Walder* Straflose Vorbereitung und strafbarer Versuch, SchwZStr. 99 (1982) S. 225 ff; *ders.* Strafrechtsdogmatik und Kriminologie, dargestellt am Problem „Vorbereitung oder Versuch", Leferenz-Festschrift S. 537 ff; *U. Weber* Die Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte, Beiheft ZStW 1987 S. 1 ff; *Th. Weigend* Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre, in: *H. J. Hirsch* u. a. (Hrsg.) Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989 S. 113 ff; *B. Wieser* Der Versuch beim Vorbereitungsdelikt, JurBl. 1987 S. 497 ff, 556 ff; *J. Wolter* Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *K. Yamanaka* Zum Beginn der Tatausführung im japanischen Strafrecht; in: *H. J. Hirsch* u. a. (Hrsg.) Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989 S. 101 ff; *R. Zaczyk* Das Unrecht der versuchten Tat, 1989; *U. Ziegert* Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987; *D. Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

I. Die Grenzen der Vorverlagerung der Strafbarkeit

A. Die Bestrafung von deliktischem Verhalten, das keine Deliktsvollendung bringt[1], **1** ist nur *ein* — freilich besonders sinnenfälliger — Fall von Vorverlagerungen der Strafbarkeit. Weitere Fälle sind die Vorverlagerungen der Vollendung bei Gefährdungsdelikten (oben 2/25 b, 6/86 ff), beim Schutz faktischer Normgeltung (oben 2/25 c) und bei der Formulierung von Vorbereitungen als Deliktsvollendungen (unten 25/9). Vorverlagerungen sind nicht beliebig weit zulässig; es gibt vielmehr prinzipielle Grenzen, die das geltende Recht freilich nicht hinreichend respektiert.

---

1 Eingehend *Jakobs* ZStW 97 S. 751 ff; *Zaczyk* Unrecht S. 126 ff (Kritik der hiesigen Position S. 31 ff); *Weber* Beiheft ZStW 1987 S. 1 ff; für das österreichische Recht *Platzgummer* Beiheft ZStW 1987 S. 37 ff; *Fuchs* ÖJZ 1986 S. 257 ff; *Wieser* JurBl. 1987 S. 497 ff, 556 ff (zu Vorbereitungen).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

1a B. 1. Die weitestmögliche Vorverlagerung des Schutzes der Normgeltung bestünde beim Verletzungsdelikt in der Pönalisierung schon eines ernsthaften Deliktsvorsatzes[1a], würde aber kraß gegen das Tatprinzip verstoßen: Cogitationis poenam nemo patitur *(Ulpian)*[1b]. Die allgemeine Anerkennung des Tatprinzips in der genannten Ausprägung[1c] dürfte auf zwei eher äußerlichen Gründen beruhen, scil. auf der Schwierigkeit einer Kontrolle der Gedanken und auf der Zugehörigkeit der Gedanken zum sinnenfälligen Internbereich. In einer freiheitlichen Ordnung wiegt ein dritter Grund am schwersten: Gedanken gehören zu der die Person konstituierenden Sphäre; ihre Kontrolle würde die freie Person zerstören.

Die genannte Ausprägung des Tatprinzips ist nicht umkehrbar: Was nicht bloßer deliktischer Gedanke bleibt, ist nicht allein deswegen auch schon eine soziale Störung; denn in einer freiheitlichen Ordnung ist ein Subjekt nicht nur beseelter Leib, sondern es ist Bürger, also ein System, zu dessen Internbereich auch Eigentum gehört, ferner Wohnung, einvernehmlicher sozialer Kontakt u. a. m. Eine Kontrolle dessen, was in diesem Internbereich geschieht, würde die bürgerliche Person zerstören; denn ohne einen Privatbereich ist ein Bürger überhaupt nicht vorhanden.

Das schließt es nicht aus, ein externalisiertes Delikt bis in die Interna des Täters zurückzuverfolgen. Dies darf freilich nicht geschehen, um im Internen das Deliktische erst noch zu finden, sondern um zu prüfen, ob das geschehene Delikt auch intern dem Täter zugehört oder aber der Täter zumindest intern — verkürzt: subjektiv — davon ganz oder partiell distanziert, also von Haftung *befreit* werden kann.

1b 2. Intern ist der gesamte Bereich einer Person, von der diese Person dritte Personen, denen kein Rechtfertigungsgrund zum Eingriff beiseite steht, fernhalten darf; mit anderen Worten, intern ist der Bereich absolut geschützter Rechte, in die niemand eindringen kann, ohne sich selbst sozial störend zu verhalten. Der Internbereich endet, wenn ihn der Inhaber aus der Hand gibt; denn von diesem Zeitpunkt an leistet er das Synallagma nicht mehr, das für die Freistellung des Internen von Kontrolle erbracht werden muß: die Sorge für die äußere Ungefährlichkeit der internen Organisation. Beispiel: Wer in seiner Wohnung den Zeitzünder einer nach draußen gerichteten Rakete einstellt, verläßt damit seinen Internbereich. — Soweit an sich internes Verhalten wegen seiner Gefährlichkeit durch abstrakte Gefährdungsdelikte rechtlich externalisiert wird, darf dies nur ohne Blick auf die deliktische Planung des Täters erfolgen, da sonst der Planungszusammenhang schon zur Begründung und nicht nur zur Interpretation der Störung herangezogen würde (oben 6/86b; 25/1a).

1c 3. Mehrere Personen können ihre Internbereiche zusammenlegen. Dies ist insbesondere auch bei einvernehmlicher Kommunikation der Fall, wie der Schutz der Vertraulichkeit des Worts und schriftlicher Nachrichten (§§ 201 f StGB) belegt. Im Rahmen der Zurechnung wird die Zusammenlegung von Internbereichen durch die Regeln der quantitativen Akzessorietät berücksichtigt, wonach der Versuch (die faktische Externalisierung) von Herrschaftsdelikten bei Mittäterschaft und Teilnahme für alle Beteiligten einheitlich erfolgt (oben 21/61; 22/19 f; zur abweichenden Lösung bei den Pflichtdelikten oben 21/118). Mit der Anerkennung eines gemeinsamen Internbereichs ist die Bestrafung des Beteiligungsversuchs nach § 30 StGB als Deliktsvorbereitung nicht zu

---

[1a] Außerhalb des Verletzungsdelikts ließen sich noch weitere Vorverlagerungen konstruieren, etwa das Verbot, sich in solche Gesellschaft zu begeben, in der man leicht verführt wird, einen Vorsatz zu fassen etc.

[1b] D. 48.19.18.

[1c] Die Anerkennung bezieht sich allein auf säkularisierte, staatliche Ordnungen. In religiösen Ordnungen oder in intimen Beziehungen u. a. m. mögen auch lautere Gedanken geschuldet sein.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

vereinbaren (unten 27/1 f), ebensowenig die Bestrafung der Bildung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung[1d].

C 1. Ein Verhalten externalisiert nur dann eine deliktische Planung, wenn der Täter **1d** in kommunikativ relevanter Weise vorgeht. Annahmen des Täters, die unter Mißachtung der Prinzipien der Erfahrung oder der Prinzipien der Logik zustande kommen, bilden überhaupt keinen Tatbestandsvorsatz oder, was gleichbedeutend ist, lassen sich nicht bis zu einem Ansetzen zur *Tatbestands*verwirklichung vorantreiben. Das gilt nicht nur für den abergläubischen Versuch, sondern — wichtiger noch — für Versuche, bei denen der Täter die Tauglichkeit seines Verhaltens aus Intuitionen, Träumen, vorschnellen Verallgemeinerungen etc. erschließt (eingehender unten 25/23). Es kommt als Versuchsverhalten also immer nur ein Verhalten in Betracht, bei dem der Täter auf die Prinzipien der Erfahrung und der Logik baut (mögen ihm dabei auch einzelne Anwendungsfehler unterlaufen), so daß jedes vernünftige Subjekt dieses Verhalten verstehen kann.

2. Ein externes Verhalten kann in zweifacher Hinsicht stören. Durch sein Verhalten **1e** kann sich der Täter eine Organisation anmaßen, die ihm nicht zusteht (etwa vom kurzen Betreten einer fremden Wohnung ohne Einwilligung des Berechtigten bis zur Tötung eines Menschen); es handelt sich dann um den Versuch (oder je nach dem Fortschritt der Anmaßung auch um die Vollendung) eines Verletzungsdelikts. Weiterhin kann der Täter durch sein Verhalten ausdrücklich oder konkludent eine zukünftige Organisationsanmaßung ankündigen (Beispiel: Eine terroristische Vereinigung verteilt Flugblätter, auf denen sie für ihre Ziele wirbt oder gar die physische Vernichtung eines Regierungsmitglieds androht). Dann geht es um ein Bedrohungsunrecht: Die Sicherheit der faktischen Normgeltung wird erschüttert[1e]. Ein solches Bedrohungsunrecht erfassen einzelne Vorschriften des BT, etwa die §§ 111, 126, 241 StGB.

D. Der Gesetzgeber kann alle genannten Begrenzungen überspielen, indem er das **1f** Subjekt seines bürgerlichen Status entkleidet und als *Feind* behandelt, dem kein oder allenfalls ein stark beschnittener Internbereich zugestanden wird[1f]. Die Legitimität solcher strafrechtlichen Ausbürgerungen wäre etwa für Angriffe auf den Bestand oder die Sicherheit des Staats, beim Mordkomplott oder bei der Bildung terroristischer Vereinigungen diskutabel. Daß aber der Gesetzgeber — offenbar ohne Problembewußtsein — Vorverlagerungen in den Internbereich zu einer durchgängig anzutreffenden Erscheinungsform des Strafrechts hat werden lassen, ist rechtsstaatlich nicht korrekt.

II. Die Stufen des Delikts

A. Die Grundbegriffe, der Versuch als formeller Begriff

1. Ein Delikt ist immer schon vollendet, wenn diejenigen Tatbestandsmerkmale, die **1g** der BT nennt, in einem zurechenbaren Zusammenhang verwirklicht sind (zum objektiven Zurechnungszusammenhang siehe oben 7/6 ff, zum subjektiven oben 8/1 ff; 9/1 ff). Vollendung ist also ein formeller Begriff, der über eine Gutsverletzung nichts aussagt (auch abstrakte oder konkrete Gefährdungsdelikte sind mit der Tatbestandsverwirklichung vollendet). Beispiel: Das Herstellen einer unechten Urkunde nach den beiden ersten Fallgruppen von § 267 Abs. 1 StGB ist ein (rechtsstaatlich freilich nicht korrekt gebildetes, oben 6/86b, 25/1c) vollendetes Delikt wie das — gleichfalls nicht

---

[1d] Bei solchen Taten bleibt allenfalls ein externalisiertes *Bedrohungs*unrecht; *Jakobs* ZStW 97 S. 751 ff, 778.

[1e] Eingehender *Jakobs* ZStW 97 S. 751 ff, 773 f (siehe oben 2/25c).

[1f] *Jakobs* ZStW 97 S. 751 ff, 783 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

notwendig gutsverletzende — Gebrauchmachen nach der dritten Fallgruppe. Eine materielle (auf die Gutsverletzung abstellende) Verwendung des Vollendungsbegriffs bliebe wegen der Unmöglichkeit, die Abstraktionshöhe des Guts absolut zu bestimmen, höchst ungenau (etwa bei Eigentum: die Chance der Sachnutzung, die Sachnutzung selbst, die Entfaltungschance durch Sachnutzung, die Entfaltung selbst etc.?).

2 2. Trotzdem lassen sich Delikte ausmachen, bei denen das tatbestandliche Verhalten nur als ein — bestimmt beschriebener — Schritt auf dem Weg zu einem weiteren Erfolg strafrechtlich relevant, ohne diesen Zusammenhang aber völlig harmlos ist. Die Verbindung zum Erfolg sieht das Gesetz teils in einer subjektiven Vermittlung (etwa bei der Urkundenfälschung: zur Täuschung im Rechtsverkehr), teils in einer von der Planung des Täters unabhängigen Gefährlichkeit (Meineid ist auch dann strafbar, wenn der Täter eine Verfälschung des Prozeßergebnisses für ausgeschlossen hält). Solche Delikte lassen sich als Delikte mit materiellem Versuchs- oder Vorbereitungscharakter bezeichnen. Zumindest ein Rest von materiellem Versuchscharakter läßt sich bei jedem Delikt ausmachen, durch das die Chancen des Rechtsgutsträgers nicht schon definitiv vernichtet werden.

3 3. Bei einigen Delikten der bezeichneten Art bestätigt das Gesetz die Versuchs- oder Vorbereitungsähnlichkeit der formellen Vollendung, indem es Rücktrittstatbestände schafft (§§ 129 Abs. 6, 129 a Abs. 5, 149 Abs. 2 und 3, 158 [1g], 310, 330 b StGB; nicht aber zu §§ 146 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 267 Abs. 1, 268 Abs. 1 StGB). Eine analoge Anwendung dieser Rücktrittsvorschriften auf Delikte derselben Art, aber ohne zugehörige spezielle Regelung des Rücktritts, ist nicht möglich, da die strafbefreiende oder außerordentliche strafmildernde Wirkung des Rücktritts kein systematisch zwingendes Ergebnis der Zurechnungslehre ist (anders nur bei einigen Bestrafungen von Vorbereitungsverhalten, unten 25/11); es bleibt insoweit bei der strafmildernden Berücksichtigung eines Nachtatverhaltens nach § 46 Abs. 2 StGB.

4 4. § 22 StGB bringt eine vorverlagernde Tatbestandsergänzung für Vollendungstatbestände: Der Deliktsabschnitt, der in dem Zeitpunkt beginnt, den § 22 StGB bezeichnet, ist das formelle Versuchsstadium.

Wenn der Täter dieses Stadium zwar erreicht hat, aber noch weitere Handlungen vollziehen muß, um zum Erfolg zu kommen, spricht man vom *unbeendeten* Versuch, hat der Täter alles getan, vom *beendeten* Versuch. Die Unterscheidung ist für den Rücktritt von Bedeutung (unten 26/14 ff, dort auch zu Irrtumsfällen).

B. Die Unternehmensdelikte

1. Die echten Unternehmensdelikte

5 a) Bei den echten Unternehmensdelikten behandelt das Gesetz Versuch und Vollendung gleich [1h], § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB. Beispiele sind Hochverrat nach den §§ 81 und 82 StGB, Verbreitung pornographischer Schriften per Versandhandel, § 184 Abs. 1 Nr. 4 StGB, oder Verleiten eines Untergebenen zu einer Straftat, § 357 StGB (letzteres auch die nur versuchte Teilnahme umfassend). Die Gleichbehandlung des formellen Versuchs mit der Vollendung besteht in der direkten (d. h. nicht durch § 23 StGB vermittelten) Strafdrohung für den Versuchsfall und bringt deshalb einen Verzicht auf die beim Versuch sonst mögliche Strafmilderung durch Herabsetzung des Strafrahmens über § 23 Abs. 2 StGB, ferner auf die Berücksichtigung von Unverstand (§ 23 Abs. 3 StGB)

[1g] Dazu *Bergmann* Milderung S. 194 ff.

[1h] *A. A.* (Unternehmen als Sonderform der Vollendung) *Alwart* Versuchen S. 100 ff, 102; gegen eine „Stufenlehre" auch *ders.* GA 1986 S. 245 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

und schließlich auf die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts nach § 24 StGB. Wohl aber sind besondere Rücktrittsnormen möglich, etwa § 83 a StGB; eine Analogie zu diesen Normen bei Unternehmensdelikten ohne Sonderregelung des Rücktritts scheidet aus; es bleibt insoweit bei der strafmildernden Berücksichtigung eines Nachtatverhaltens nach § 46 Abs. 2 StGB[2]. — Durch die Gleichbehandlung wird jedoch nicht der Begriff des Versuchs geändert; es wird also jeder kommunikativ relevante Versuch erfaßt, ohne daß es ansonsten auf seine Tauglichkeit oder die Art seiner Untauglichkeit ankäme[3]. Für die Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens bleibt die vom Täter erreichte Deliktsstufe von Bedeutung.

Die Konstruktion als Unternehmensdelikt mag bei Hochverrat wegen der nur geringen Chance, im Vollendungsfall überhaupt noch strafen zu können, angebracht sein, ansonsten ist die Berechtigung der Verwendung dieser Deliktsform zumindest zweifelhaft, teils sogar willkürlich[3a] (etwa bei § 184 Abs. 1 Nr. 4 StGB).

b) Ein Versuch von Unternehmensdelikten ist, auch wenn es sich um Verbrechen **6**
handelt (§ 23 Abs. 1 StGB), stets straffrei[3b]. Das ergibt sich aus folgendem argumentum ad absurdum: Die Definition des Unternehmensbegriffs (§ 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB) bezieht sich auf die Versuchsbestimmung. Beim Versuch des Unternehmens würde also versucht, was seinerseits durch den Versuch bestimmt wird, so daß sich die Versuchsregelung auf sich selbst bezöge. Könnte sich aber die Versuchsregelung auf sich selbst beziehen, so wären bei *allen* Versuchen nicht nur der Versuch der direkten Verwirklichung des im BT beschriebenen Tatbestands, sondern auch der Versuch des Versuchs, wiederum dessen Versuch etc. strafbar, bis hin zur letzten Vorbereitungshandlung. — Zudem wäre die Tatbestandsbestimmtheit dahin.

2. Die unechten Unternehmensdelikte

Als unechte Unternehmensdelikte werden Delikte bezeichnet[4], deren Tathandlung **7**
mit einem „finalen Tätigkeitswort"[5] beschrieben wird. Beispiele: „Einwirken" in § 125 Abs. 1 StGB, „Hilfeleisten" in § 257 Abs. 1 StGB (und als gebotene Tathandlung in § 323 c StGB) sowie „dem Wilde Nachstellen" in § 292 Abs. 1 StGB. Bei diesen Delikten steht fest, daß das Ziel der Handlung zur Vollendung nicht erreicht werden muß, formelle Vollendung also auch eintreten kann, wenn materiell noch ein Versuch vorliegt. Gegenüber den echten Unternehmensdelikten haben die unechten jedoch die Besonderheit einer beschriebenen Tatsituation, die zur (formellen) Vollendung objektiv vorliegen muß und nicht nur „unternommen" sein darf[6]. Beispiel: Man kann es unternehmen, dem Wilde nachzustellen, indem man vermeintlich einem Fuchs, in Wahrheit aber einem Hund nachschleicht, versucht dann aber eben nur, dem Wilde nachzustellen, während man das Nachstellen nicht nur versucht, sondern vollendet, wenn man einen Fuchs beschleicht, ihn aber nicht erreicht. — Wie bei den echten

---

2 Streitig; wie hier BGH 15 S. 198 ff; OLG Celle JR 1981 S. 34 f, 35; *Burkhardt* JZ 1971 S. 352 ff, 357 f; *SK-Rudolphi* § 11 Rdn. 26; de lege lata auch *Berz* Tatbestandsverwirklichung S. 131 f; zu § 316a Abs. 2 StGB siehe *Bergmann* Milderung S. 163 ff; *a. A. Schröder* Kern-Festschrift S. 457 ff, 462 f, mit beachtlichen Hinweisen auf die Willkürlichkeit der Regelungen; *Schönke-Schröder-Eser* § 11 Rdn. 51.

3 Streitig; *a. A. Burkhardt* JZ 1971 S. 352 ff, 356 ff; — eine Differenzierung der Tauglichkeitsarten gelingt auch hier nicht.

3a Zutreffende Kritik bei *Weber* Beiheft ZStW 1987 S. 1 ff, 9 ff.

3b LK-*Vogler* Rdn. 94 vor § 22 mit Nachweisen.

4 Nach *Schröder* Kern-Festschrift S. 457 ff, 464 ff.

5 *v. Weber* Grundriß S. 54 f.

6 Sehr streitig, insbesondere für § 257 StGB. Ausführlich mit Nachweisen *Schönke-Schröder-Eser* § 11 Rdn. 52 ff; zu § 323 c StGB grundlegend und *a. A. Armin Kaufmann* Dogmatik S. 230 ff. — Auf die Ähnlichkeit mit Gefährdungsdelikten stellt *Sowada* ab, GA 1988 S. 195 ff, 213 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Unternehmensdelikten so scheidet auch bei den unechten eine analoge Anwendung von Rücktrittsvorschriften aus[7].

C. Die Vorbereitung

8 1. Das Stadium vor dem Versuchsbeginn heißt Vorbereitung. Sofern die Vorbereitung nicht nur Planung eines einzelnen Subjekts bleibt, sondern sich objektiviert (und bestehe eine „Objektivierung" nur in gemeinsamer Planung mehrerer Subjekte), bestraft sie das positive Recht in mehreren Fällen, ohne dabei die Schranken zu achten, die der bürgerliche Status des delinquierenden Subjekts dem Strafrecht zieht (dazu oben 25/1 ff).

9 2. Nach positivem Recht sollen Vorbereitungen strafbar sein:

a) Als Vorbereitung in jeder Art und Weise (untypisiert) bei Delikten, bei denen dies ausdrücklich angeordnet ist. Beispiele: Vorbereitung eines Angriffskriegs, § 80 StGB, Vorbereitung eines bestimmten hochverräterischen Unternehmens, § 83 StGB, Vorbereitung einer Verschleppung, § 234 a Abs. 3 StGB. Trotz der fehlenden Typisierung reicht nicht jedes Verhalten, das den Plan des Täters voranbringt; es ist vielmehr erforderlich, daß das Verhalten zumindest in groben Zügen seine deliktische Bestimmung erkennen läßt, also nicht sozial unauffällig ist. Zum Beispiel der Einkauf üblicher Gebrauchsgegenstände oder eine übliche Reise mögen nach dem Hochverratsplan eines Täters erforderlich sein; da solche Verhaltensweisen jedoch nicht nur keine bestimmte, sondern auch nicht eine vage Deliktsvorstellung objektivieren, scheiden sie aus dem Bereich des nach § 83 StGB Strafbaren aus. Objektiv tauglich braucht die Vorbereitungshandlung jedoch nicht zu sein. — Der Versuch der untypisierten Vorbereitungshandlung objektiviert entweder seinerseits den Deliktsplan, dann ist er selbst Vorbereitung und als solche strafbar, oder aber er ist straffrei.

10 b) Als Vorbereitungen in bestimmter Art und Weise (typisiert)

aa) bei Verbrechen gemäß § 30 StGB (unten 27/1 ff); bei Vergehen kann die Vorschrift entsprechend anzuwenden sein (§ 159 StGB);

bb) bei ausdrücklicher Anordnung, wie sie etwa in § 149 Abs. 1 StGB erfolgt ist;

cc) bei Erfassung materieller Vorbereitung als formelle Vollendung wie etwa bei der Geldfälschung nach § 146 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB und dem Herstellen unechter Urkunden nach § 267 Abs. 1, 1. und 2. Fallgruppe StGB (dagegen oben 6/86b und 25/1b). Der Versuch der formellen Vollendung ist möglich.

11 3. Soweit besondere Rücktrittsregeln nicht bestehen, ist eine analoge Anwendung von § 31 StGB immer dann angebracht, wenn von einer der Vorbereitung nachfolgenden Stufe desselben Delikts noch nach allgemeinen oder speziellen Vorschriften strafbefreiend zurückgetreten werden kann[8].

D. Die Beendigung

12 Deckt die zur Vollendung notwendige objektive Seite eines Delikts nicht den gesamten Inhalt des Tatbestandsvorsatzes ab, tritt also die Vollendung vor der vollen Ver-

---

7 Streitig; *a. A.* insbesondere *Schröder* Kern-Festschrift S. 457 ff, 467 f; *Schönke-Schröder-Eser* § 11 Rdn. 55; *Weber* Beiheft ZStW 1987 S. 1 ff, 14 f; eingehend und de lege lata wie hier *Berz* Tatbestandsverwirklichung S. 132 ff. — Zu § 323 c (kein Rücktritt durch Rückkehr zum Rettungsversuch) siehe BGH 14 S. 213 ff, 217.

8 Ähnlich BGH 6 S. 85 ff, 87 für § 234 a Abs. 3 StGB; weitergehend *LK-Roxin* § 31 Rdn. 2; unklar differenzierend *Bottke* Methodik S. 340 ff. — Zu einzelnen Delikten *Berz* Tatbestandsverwirklichung S. 55 ff; *Bergmann* Milderung S. 140 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

wirklichung des Tatbestandsvorsatzes ein, so wird der Eintritt derjenigen vorgesetzten Folgen, die zur Vollendung nicht verwirklicht sein müssen, als die materielle Beendigung des Delikts bezeichnet. Dem Stadium zwischen Vollendung und Beendigung werden zahlreiche materiellrechtliche Wirkungen zugesprochen. So sollen Handlungen in dem Stadium zwischen Vollendung und materieller Beendigung noch Idealkonkurrenz mit einem anderen Delikt begründen können. Das läßt sich zumindest für diejenigen überschießenden Vorsätze, die nicht die Tat, sondern die Täterhaltung kennzeichnen, nicht begründen (siehe unten zur Konkurrenz 33/7). Entsprechendes gilt für den Verjährungsbeginn (§ 78 a StGB). Die teils behaupteten Auswirkungen der Beendigung auf die Beteiligung sind mit dem Erfordernis der Tatbestandsbestimmtheit nicht zu vereinbaren (dazu schon oben 22/40 f). Ob qualifizierende Merkmale auch noch nach Vollendung des Grunddelikts herbeigeführt werden können, hängt von ihrem Bezugspunkt ab: Ist dieser die Tat selbst, so muß der qualifizierende Umstand vor der Vollendung bedingt worden sein[9]; denn das Verhalten zwischen Vollendung und Beendigung ist für sich allein nicht tatbestandsmäßig und deshalb nicht qualifizierbar. Ist Bezugspunkt aber die Reaktion des Opfers oder dritter Personen auf die Tat, so folgt das Qualifizierungsverhalten dem Grunddeliktsverhalten nach (stets bei § 252 StGB, möglich bei § 307 Nr. 3 StGB). — Insgesamt ist es nicht angebracht, die Beendigung pauschal als eine Stufe des Delikts zu behandeln[9a].

III. Der Strafgrund des (formellen) Versuchs

A. Der Meinungsstand

Zum Grund der Versuchsbestrafung gibt es zahlreiche Lehren[10]. Für die Beurtei- **13**
lung der Grenzen der Versuchsstrafbarkeit und der Grenzen des Rücktritts ist eine Stellungnahme zu den Lehren unumgänglich.

1. Nach den *objektiven Gefährlichkeitstheorien* soll es die konkrete Gefahr des Handlungsvollzugs für ein Gut oder ein Angriffsobjekt sein, derentwegen der Versuch bestraft wird.

a) Die Gefahr wird nach der älteren objektiven Theorie[11] ex post beurteilt, wobei der absolut untaugliche Versuch ungefährlich sein soll (dann Straffreiheit; Beispiel: Der Täter des Tötungsversuchs durch Gift hält Kochsalz für Arsen) und der nur relativ untaugliche Versuch gefährlich (Beispiel: Der Täter des Tötungsversuchs durch Gift nimmt eine zu geringe Menge Arsen). Die Abgrenzungsschwierigkeiten dieser Lehre haben sich schon bald als unbehebbar erwiesen (Arsen in ubiquitären Mengen als Tötungsmittel oder Kochsalz beim Nierenkranken?).

b) Ihre klassische Gestalt hat die (neuere) objektive Theorie durch *v. Hippel* erhal- **14**
ten[12]. Ein Versuch soll gefährlich sein, wenn ein einsichtiger Mensch mit den Kenntnissen des Täters und zusätzlich denjenigen eines aufmerksamen Beobachters zur Zeit der Tat (ex ante) die Vollendung für nicht unwahrscheinlich, also für adäquat gehalten hätte[13]. Beispiel: Ein Tötungsversuch mit einer Schußwaffe, die ein Dritter heimlich

9 *A. A.* BGH 20 S. 194 ff, 196 f zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB (die Lösung war in § 252 StGB zu suchen!); dagegen *Hruschka* JZ 1983 S. 217 f; *Kühl* JR 1983 S. 425 ff, 427, jeweils mit Nachweisen; siehe auch BGH 31 S. 105 ff, 107.

9a *Bitzilekis* ZStW 99 S. 723 ff mit Nachweisen.

10 Zur Geschichte *Zaczyk* Unrecht S. 20 bis 125; *Baumgarten* Lehre vom Versuche; *Albrecht* Der untaugliche Versuch S. 5 ff; zur Kritik der gegenwärtig vertretenen Theorien *Kratzsch* Verhaltensorganisation S. 63 ff. — Ausführlich zum Meinungsstand aus der Sicht des schweizerischen Rechts *Walder* SchwZStr. 99 (1982) S. 225 ff, 232 ff. — Zum japanischen Recht *Naka* in: Strafrecht S. 93 ff, 98 ff. — Ein ökonomisches Modell entwerfen *Adams* und *Shavell* GA 1990 S. 337 ff, 341 ff.

11 *Feuerbach* Lehrbuch § 42 mit Anm. 3; (zu *Feuerbachs* Lehre ausführlich *Schmid* Schröder-Gedächtnisschrift S. 19 ff); *Berner* Lehrbuch § 77.

12 Strafrecht Bd. II § 30.

13 *v. Hippel* aaO § 30 IV 6.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

entladen hat, ist nach der neueren objektiven Theorie ein gefährlicher Versuch, nach der älteren objektiven Theorie ein absolut untauglicher und deshalb ungefährlicher Versuch.

Die Gefährlichkeitstheorie ist wie folgt weiterentwickelt worden: Es soll nur für die „Handlung", nicht aber für die „vom Täter unabhängigen Tatumstände" auf ein Ex-ante-Urteil abzustellen sein[14]. Die Abgrenzung dürfte weder exakt zu leisten sein, noch ist dargetan, daß sie axiologisch befriedigt[15]. — Auch die Deutung des Versuchs als abstraktes Gefährdungsdelikt wird vertreten[16].

15 c) Die objektive Theorie ist ein Ausfluß des überholten Kausaldogmas; die Gleichung soll lauten: Wie ein vollendetes Verbrechen eine kausale Rechtsgutsverletzung ist, so ist ein versuchtes Verbrechen eine Rechtsgutsgefährdung. Wie aber das Verbrechen nicht primär Bewirken von Verletzungen an Gütern ist, sondern Verletzung der Normgeltung, so ist der Verbrechensversuch auch nicht primär über eine Gütergefährdung zu erfassen, sondern über die verletzte Normgeltung[17]. Der Strafgrund des Versuchs ist exakt derjenige der Vollendung, wie sich auch daran zeigt, daß zahlreiche vollendete Delikte materiell Versuche sind. Mit ihrem Abstellen auf die Gefahr bezeichnet die objektive Theorie als Versuch ein polizeiwidriges Geschehen, nicht aber ein strafbares Verhalten.

Hinzu kommt folgender Einwand: Jede taugliche Theorie zum Versuch muß die positivrechtliche Differenzierung zwischen Vorbereitung und Versuch erklären können. Die Gefahr als quantifizierbarer Begriff ist aber hierzu untauglich; denn es lassen sich zwischen Vorbereitung und Versuch allenfalls Gefahrengrade, nicht aber Gefahrqualitäten ausmachen. Eine Differenzierung von Gefahrqualitäten ist nur zwischen dem Handlungsstadium einerseits (Vorbereitung und Versuch) und andererseits dem Stadium nach dem beendeten Versuch möglich: Erst nach der Versuchsbeendigung, also zu spät, ist die Gefahr nur noch an objektiven Momenten festgemacht. Wegen der Möglichkeit, gleitende Gefahrskalen zu bilden, fehlt der verbreiteten Behauptung, die objektive Theorie führe zu einer rechtsstaatlich strengen Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, jeder Grund.

Die objektive Theorie stellt freilich zutreffend darauf ab, daß die Entäußerung des Täters nur dann eine soziale Störung ist, wenn sie objektiv verständlich ist; ansonsten verwirklicht der Täter kein Versuchsunrecht, sondern versucht vergeblich, Unrecht zu verwirklichen.

16 2 a) Objektiv ist auch die Lehre, die zwischen Versuch und (stets straffreiem) *Mangel am Tatbestand* im engeren Sinn unterscheidet, wobei diese Lehre weniger die Versuchsstrafbarkeit begründen als sie begrenzen soll. Wenn die Vollendung fehlt, so soll nach dieser Lehre beim Versuch „das Manko die eigentliche Handlung" treffen (Mangel am Tatbestand im weiteren Sinn[18]), während in den Fällen des Mangels am

14 *Spendel* Stock-Festschrift S. 89 ff; siehe auch *ders.* ZStW 65 S. 519 ff, 522.

15 Zur Kritik siehe *Wolter* Zurechnung S. 84 ff mit Nachweisen.

16 Nach *Kratzsch* Verhaltenssteuerung S. 436 ff hat die Versuchsnorm die Aufgaben, (1) deliktische Willensbetätigungen vor der Verletzung zu verhüten, (2) die Versuchsstrafbarkeit auf unverzichtbare Fälle zu beschränken und (3) eine allseitige (Täter, Opfer, Gesetzgeber, Richter) Verwirklichung der Normziele zu ermöglichen. Die Versuchsnorm abstrahiere deshalb vom individuellen Ereignis, da sich eine konkrete Gefährdung nur unsicher bestimmen lasse: Der Versuch sei abstraktes Gefährdungsdelikt. — Aber wieso soll demjenigen Täter, der eine Verletzungsvollendung trotz eines bestehenden Verbots anstrebt, das Verbot der abstrakten Gefährdung etwas bedeuten, so daß es zur Verwirklichung der Normziele auch kommt? Siehe dazu *Kratzsch* GA 1989 S. 49 ff, 54; *ders.* JA 1983 S. 420 ff, 578 ff, 579 ff.

17 Siehe *Stratenwerth* AT Rdn. 656.

18 *Dohna* Aufbau S. 56 f; *ders.* Güterbock-Festschrift S. 35 ff; *Frank* § 43 Anm. I; *von Liszt-Schmidt* § 44 I 2, § 45 III; *Mezger* Strafrecht § 53 IV mit weiteren Nachweisen in Fn. 12.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Tatbestand im engeren Sinn zwar die Handlung tauglich sei und ohne Manko durchgeführt werden könne[19], aber die „Umstände ... die Verwirklichung des Delikts von vornherein unmöglich machen" sollen[20].

b) Die Trennung von Handlung und Ausgangslage kann logisch nicht befriedigen; denn sie ist sprachlich oft beliebig. Ob etwa bei der Sachbeschädigung, § 303 StGB, die Beschädigung einer speziell fremden Sache als Erfolg oder nur die Beschädigung einer Sache als Erfolg, die Fremdheit aber als tatbestandliche Bedingung formuliert wird, ist nicht auszumachen. Die Lehre kann auch axiologisch nicht befriedigen, insbesondere nicht bei der Differenzierung zwischen Delikten mit tatbestandlich bestimmt beschriebenen Tatmitteln (dann Mangel am Tatbestand beim Irrtum über die Mittelqualität, etwa die Qualität als Gift bei § 229 StGB) und ohne solche Beschreibung (dann strafbarer Versuch beim Irrtum über die Mittelqualität, etwa über die Giftigkeit einer Substanz bei § 212 StGB)[21].

17 3 a) Nach der *subjektiven Theorie* geht es um die Gefahr für die Normgeltung durch den Vorsatz des Täters. Die Rechtsprechung hat seit den frühesten Entscheidungen des Reichsgerichts nach dieser Theorie judiziert[22]. Die Theorie ist eine Konsequenz der Einebnung aller Bedeutungsunterschiede sozialen Handelns durch die zur Kausalität entwickelte Äquivalenztheorie. So wie alle Bedingungen eines Erfolgs „gleichwertig" sein sollen, so soll auch ihr Fehlen stets „gleichwertig" sein, d. h. qualitative oder auch nur quantitative Differenzen zwischen den Bedingungen eines Erfolgs sollen nicht bestehen. Damit gehen taugliche wie untaugliche und gefährliche wie ungefährliche Versuche in der Gemengelage jedenfalls nicht hinreichend bedingter Erfolge auf[23]. Grund der Strafbarkeit kann bei dieser Lage nur noch der Vorsatz des Versuchstäters sein, wobei wegen des Tatprinzips nicht der insgeheime oder nur geäußerte, sondern der betätigte Vorsatz gemeint ist[24].

b) Kritik: Die subjektive Theorie ist als Theorie zur Bestrafung vor der Vollendung brauchbar, nicht aber als Theorie gerade der Versuchsbestrafung; denn sie erklärt nicht, weshalb nicht schlechthin jede betätigte Vorbereitung erfaßt wird. Zudem kann die Theorie nicht unverbunden neben eine Theorie der Strafe bei Vollendung gestellt werden. Wenn das Reichsgericht ausführt, es könne „kein Zweifel aufkommen, daß im Versuche der verbrecherische Wille diejenige Erscheinung ist, gegen welche das Strafgesetz sich richtet, im Gegensatz zu dem in der Vollendung zu Tage tretenden aus dem verbrecherischen Willen hervorgegangenen rechtswidrigen Erfolge"[25], so wird die Erkenntnis, daß es bei aller Gegensätzlichkeit von Versuch und Vollendung jedenfalls um einen perfekten Angriff auf die Normgeltung geht, verfehlt.

18 4. Nach einer *dualistischen Theorie* soll es bei intentionalen (absichtlichen) Versuchen auf die Gefahr für die Normgeltung durch den Vorsatz des Täters ankommen,

---

19 *Dohna* Aufbau S. 57.

20 *Mezger* Strafrecht § 53 IV (S. 396).

21 Zur Kritik siehe auch *Maurach-Gössel* AT II § 40 Rdn. 128 ff.

22 RG VS 1 S. 439 ff; RG 8 S. 198 ff, 202 f; BGH 11 S. 324 ff, 327; ständige Rechtsprechung. — Aus der Literatur *Baumann-Weber* AT § 32 II 1; *Dreher-Tröndle* § 22 Rdn. 24; *Welzel* Strafrecht § 24 IV 1 b.

23 Ein weiteres Argument der subjektiven Theorie war ein Umkehrschluß aus der Regelung des Tatbestandsirrtums in § 59 StGB a. F.; der Schluß war logisch unhaltbar (*Spendel* NJW 1965 S. 1881 ff) und axiologisch zumindest verkürzt (*Engisch* Heinitz-Festschrift S. 185 ff, 188; *Sax* JZ 1964 S. 241 ff).

24 Die Frage nach der Begründung von Versuchsstrafbarkeit durch subjektive Momente hat mit einem Gesinnungsstrafrecht nichts zu tun: Auch wenn der Vorsatz (der sowieso etwas anderes ist als eine Gesinnung) dasjenige Element ist, bis zu dem bei der Tatzurechnung die Tat zurückgeführt wird, heißt das nicht, auf die Tat könne überhaupt verzichtet werden; das vermengt aber die Kritik von *Spendel* NJW 1965 S. 1881 ff.

25 RG VS 1 S. 439 ff, 441.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

ansonsten auf die Gefährlichkeit des Vorgehens[26]. Die Kritik an den jeweiligen monistischen Lösungen gilt für den entsprechenden Arm der dualistischen Lösung.

19 5 a) Subjektiv, aber mehr um eine Verbindung mit der Ausführungshandlung bemüht, ist eine sogenannte *Tätertheorie,* nach der ein Versuch strafbar ist, weil bei ihm — wie bei der Vollendung und im Gegensatz zur Vorbereitung — die Entscheidung über das Ob der Tat gefallen sei. Die Entschlossenheit des Täters habe sich „im Moment ihrer Krisis" bewährt. Bestraft wird also des erprobten Vorsatzes wegen[27].

b) Diese Lehre führt über die subjektive Theorie nicht hinaus; denn was der Täter als Erprobung des Vorsatzes empfindet, hat mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung nicht notwendig etwas zu tun. Beispielsweise ist dem notorischen Fälscher die Herstellung einer unechten Urkunde (§ 267 Abs. 1, 1. Fallgruppe StGB) *noch* keine Erprobung und der Gebrauch der perfekt gelungenen Fälschung (§ 267 Abs. 1, 3. Fallgruppe StGB) *schon* keine Erprobung des Vorsatzes mehr.

20 6 a) Eine sogenannte *Eindruckstheorie*[28] versucht, die Ergebnisse der subjektiven Theorie um den „‚Eindruck' der Tat auf die Allgemeinheit", die „sozialpsychologische (?) Wirkung"[29] oder die Erschütterung des „Vertrauens der Allgemeinheit auf die Geltung der Rechtsordnung"[30] zu ergänzen.

b) Das ist zumindest falsch formuliert: Der Sitz des Versuchsproblems ist nicht die faktische „sozialpsychologische" „Erschütterung" irgendwelcher „Allgemeinheiten", sondern die Legitimität des Zugriffs vor der Tatbestandsverwirklichung. Insbesondere bei gewichtigen Delikten dürfte die — meist straffreie — Vorbereitung (etwa die minutiöse Vorbereitung eines Totschlags durch einen Alleintäter) an Eindruckskraft etwa hinter dem Versuch eines leichteren Delikts nicht zurückstehen, aber die Vorbereitung *darf* nicht Anlaß strafrechtlicher Reaktionen sein. Auch läßt sich das Abstellen auf die Eindruckskraft mit der ganz unterschiedlichen Gutsverletzungsdichte der (formellen!) Vollendungen und damit auch der Stadien vor den Vollendungen nicht harmonisieren. Wenn etwa bei der Urkundenfälschung schon mit der Herstellung der unechten Urkunde ein Delikt sogar vollendet ist, so läßt sich bezüglich des mit der Urkunde geplanten Betrugs in diesem Stadium nicht der massive Eindruck eines Normangriffs leugnen, obwohl von einem Versuchsbeginn insoweit nicht die Rede sein kann. Es kann also im Ergebnis nicht um den Zeitpunkt einer allgemeinen Aufregung gehen, sondern nur um die Anbindung an die Tatbestandsverwirklichung, die von der Eindruckstheorie nach ihrem positiven Gehalt nicht geleistet wird. Negativ freilich läßt sich festhalten, daß ohne Eindruckskraft des Tuns kein Anlaß vorliegt, einen Versuch zu konstruieren.

B. Der Versuch als expressiver und tatbestandsnaher Normbruch

21 1a) Da Versuch und Vollendung Angriffe auf die Normgeltung sind, muß der Täter eines Versuchs wie derjenige einer Vollendung durch sein Verhalten expressiv machen, daß er sich nicht an die Norm hält. Das ist der Mindestinhalt strafbaren Verhaltens.

---

26 *Alwart* Versuchen S. 163 ff, 172 ff, 182, 185; *Schmidhäuser* Studienbuch 11/1 ff, 16 f, 23, 27 ff, 34 ff.

27 *Bockelmann* JZ 1954 S. 468 ff, 473; *ders.* Untersuchungen S. 150 ff, 151, 161 f; abweichend aber *Bockelmann-Volk* AT § 27 III 2.

28 *Jescheck* AT § 49 II 3; *SK-Rudolphi* Rdn. 13 f vor § 22; *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 23 vor § 22; *LK-Vogler* Rdn. 37, 54 ff vor § 22; *Maurach-Gössel* AT II § 40 Rdn. 40 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 657; *Papageorgiou-Gonatas* Grenze S. 200 ff; jeweils mit Nachweisen. — Zutreffend kritisch *Weigend* in: Strafrecht S. 113 ff, 121 ff.

29 *Eser* aaO.

30 *Jescheck* aaO; — der gedankliche und sprachliche Blumenreichtum kann hier nicht in allen Varianten vorgeführt werden.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

b) Die Freiheit zu interner Organisation, die jeder verantwortlichen Person zukommt (oben 25/1 a ff), steht in einem Synallagma: Die Person hat dafür zu sorgen, daß aus ihrem Organisationskreis keine schädigenden Verläufe austreten[31]. Kommt sie dieser Pflicht nicht nach, so kann sie insoweit keine Freiheit beanspruchen, das heißt, was die Person nicht beherrscht, ist extern, also nachprüfbar. Die Preisgabe der Herrschaft zum potentiellen Nachteil eines anderen ist ein Versuch im *materiellen* Sinn (der Täter setzt zu einem extern störenden Verhalten an). Das geltende Recht stellt aber in § 22 StGB nicht auf einen potentiellen Nachteil ab, sondern auf die potentielle Tatbestandsverwirklichung (die nicht selten einer Gutsverletzung vorgelagert ist, oben 2/25 a ff, 6/86 a f); die Preisgabe der Herrschaft mit der Folge einer potentiellen Tatbestandsverwirklichung ist ein Versuch im *formellen* Sinn (weil die nach der Tatbestandsverwirklichung bestimmte Vollendung ein formeller Begriff ist, oben 25/1 g). Nach geltendem Recht gibt es also strafbare nur-formelle Versuche, scil. bei Tatbeständen, bei denen selbst die Vollendung so weit vorverlagert ist, daß eine Preisgabe eines potentiellen nachteiligen Verlaufs noch nicht stattgefunden hat. So verhält es sich etwa bei der ersten Tatvariante von § 267 Absatz 1 StGB; die unechte Urkunde gelangt nicht allein durch die Herstellung und erst recht nicht allein durch den Versuch der Herstellung aus der Herrschaft des Täters, aber das Gesetz behandelt die Herstellung als externes Verhalten.

Strafgrund des Versuchs ist das Expressiv-Werden eines Normbruchs, und zwar beim Versuch im materiellen Sinn in einem externen Verhalten, beim Versuch im nur-formellen Sinn in einem positivrechtlich für extern erklärten Verhalten.

2. Der Täter muß den Bruch einer wirklich vorhandenen Norm expressiv machen, **22**
nicht nur den Bruch einer Norm, die nur in seiner Vorstellung vorhanden ist. Eine wirklich vorhandene Norm wird dann nicht gebrochen, wenn der Täter bei der Bildung seines Vorsatzes, insbesondere bei der Auswahl der Mittel, von einer kommunikativ nicht relevanten Weltgestaltung ausgeht (siehe schon oben 8/65 a).

a) Versucht der Täter, übernatürliche Kräfte einzusetzen (abergläubischer Versuch), so fehlt der Bruch einer wirklich vorhandenen Norm (anders formuliert: es fehlt schon der Vorsatz, oben 8/6 a); denn alle Tatbestände beschränken sich auf den Einsatz bestimmter oder beliebiger natürlich-kausaler oder als natürlich-kausal vorgestellter Mittel gegen natürlich-reale oder als natürlich-real vorgestellte Objekte[31a]. Eine Planung mit übernatürlichen Elementen ist deshalb kein tatbestandlicher Vorsatz und der Ausführungsversuch nicht Versuch eines Delikts (anders aber bei nur abergläubischen Motiven: Der trivial-irdisch ausgeführte Mordversuch am Landesherrn in der Hoffnung auf ewigen Lohn ist strafbar). Der Grund für diese Beschränkung soll nach verbreiteter Ansicht[32] der mangelnde rechtserschütternde Eindruck der bezeichneten Verhaltensweisen sein, was allerdings nur relativ zu bestimmten Personengruppen (eben zu den Aufgeklärten) und auch dann nur bei sowieso absonderlichen Tätern gilt, nicht aber bei allgemein als vorbildhaft geltenden Personen: Das öffentliche Gebet des

---

31 Das gilt auch für das Begehungs-Pflichtdelikt: Der Täter muß garantieren, daß er keinen mit der Institution unverträglichen Verlauf externalisiert. Beispiel: Ein Richter hat nicht nur das Vorhandensein korrekter, sondern auch das Fehlen inkorrekter Entscheidungen zu garantieren.

31a Treffend *Zazcyk* Unrecht S. 252: „So wenig das Rechtsverhältnis durch transzendente Kräfte etabliert wird, so wenig kann die Beschwörung solcher Kräfte Unrecht sein."

32 *Gössel* GA 1971 S. 225 ff, 229 ff; *Maurach-Gössel* AT II § 41 Rdn. 142; *LK-Vogler;* § 23 Rdn. 30; *Schönke-Schröder-Eser* § 23 Rdn. 13; *SK-Rudolphi* § 22 Rdn. 34 f; *J. Meyer* ZStW 87 S. 598 ff, 618 f; *a. A. Armin Kaufmann* Welzel-Festschrift S. 393 ff, 403; — als Fall des § 23 Abs. 3 StGB behandelt bei *Baumann-Weber* AT § 33 IV 3 b; — aus der Rechtsprechung siehe RG 33 S. 321 ff und BGH LM § 49 a Nr. 10.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Landesbischofs um den Tod des Landesherrn dürfte mit der Eindruckstheorie nicht als irrelevant zu erklären sein. Die Beschränkung dürfte sich eher aus dem Bestreben erklären, die Ernsthaftigkeit einer Weltdeutung zu leugnen, die den Rahmen der Bedingungen des Rechts in Frage stellt[33].

23 b aa) Der Täter geht nicht nur beim abergläubischen Versuch, sondern immer dann von einer kommunikativ irrelevanten Weltgestaltung aus, wenn er eine dem Prinzip nach falsche Weltsicht hat, also seine Erkenntnisse aus prinzipiell ungeeigneten Quellen (Traum, intuitives Fühlen, Eingebung etc.) schöpft oder auf prinzipiell ungeeignete Weise verarbeitet (er klammert Erfahrung aus, die er hat; er schließt von einem Einzelfall auf eine Regel oder von einer einzigen Regelwidrigkeit auf den Nichtbestand der Regel etc.). Solcherart untaugliche Versuche richten sich gegen keine wirklich vorhandene Norm. Das hat folgenden Grund: Jedes Verhalten, das verstanden werden soll, muß in einem bestimmten Kontext interpretiert werden. Welcher Kontext das ist, richtet sich nach der Art der sozialen Beziehung, um die es geht. Gibt es in dieser Beziehung ein grenzenloses Sich-aufeinander-Einlassen, dann werden Traum und Wirklichkeit, Logisches und Alogisches austauschbar, wenn solches für den Täter austauschbar ist. Jedes nach der Vorstellung des Täters erfolgsgeeignete Verhalten ist dann ein tatbestandsmäßiges Verhalten, den abergläubischen Versuch eingeschlossen. Auf eine solchermaßen radikal am handelnden Subjekt ausgerichtete Art und Weise mögen sich Gesinnungen stabilisieren lassen, nicht aber differenzierte Interaktionen. Diese gelingen vielmehr nur, wenn rational organisiert wird (was nicht heißt: auf rational begründete Ziele hin, sondern: in rationaler Art und Weise). Deshalb darf nur rationale Organisation als relevante Organisation gelten[33a]. Ins Kriminalpolitische gewendet: Wer nicht rational organisierte Versuche bestraft, ermuntert dazu, irrationale Organisation ernst zu nehmen, und diese Aufwertung legt es nahe, auch die Vermeidung von Gefahren irrational zu organisieren, was heißt: ineffektiv, abgesehen von Zufallstreffern.

bb) Freilich muß die Norm in gewissem Maß die Perspektive des Täters übernehmen, zumal bei Erfolgsdelikten; denn der Täter hat selbst zu beurteilen, wann die in der Norm beschriebene Lage eintritt. Der Täter urteilt also von seinem Standpunkt aus, aber es muß sich um ein rationales Urteil handeln, wenn es zählen soll. Was sich in objektiver Sicht als schwerer Irrtum des Täters darstellt, kann trotzdem kommunikativ relevant sein, scil. wenn die Lage sich aus der Sicht des Täters als rational organisiert darstellt. Beispiel: Wenn in einem Fachbuch über Giftpflanzen versehentlich eine Variante des Löwenzahns abgebildet ist, verhält sich ein biologisch unbewanderter Mensch rational, wenn er dieses Kraut als Gift einsetzt; aber es ist nicht rational, Löwenzahn als Giftpflanze zu behandeln, nur weil neben der Pflanze ein totes Tier liegt.

cc) Fehlt dem Täter der allgemein selbstverständliche Sachverstand, so kann das aus seiner Sicht rationale Verhalten trotzdem nach allgemeiner Sicht grob unverständig sein (so im oben angeführten Beispiel eines offensichtlichen Abbildungsfehlers); die Strafbarkeit von solchen Fällen regelt § 23 Absatz 3 StGB. Fehlt aber einem Verhalten

---

33 Zahlreiche Fälle des abergläubischen Versuchs sind kurioserweise auch aus Gründen der Beteiligungslehre nicht faßbar: Die Beeinflussung überirdischer Subjekte ist mangels Tatherrschaft (wer entscheidet über das Ob und die Gestalt der Tat und vollzieht eigenhändig die Ausführungshandlung?) keine Täterschaft und mangels Haupttat (überirdische Wesen sind keine Normadressaten) keine Teilnahme. Somit bleibt die Strafbefreiung speziell wegen des Abergläubischen nur in den Fällen der Benutzung „übernatürlicher Werkzeuge".

33a *Jakobs* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 271 ff, 277 ff; siehe auch *Weigend* in: Strafrecht S. 113 ff, 127: Versuch als Schaffung eines verbotenen Risikos.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

schon die kommunikative Relevanz, so handelt es sich nicht um einen Versuch, sondern — weil der Tatbestand solches Verhalten nicht erfaßt — um ein Wahndelikt.

IV. Der subjektive Tatbestand beim Versuch

A. Die Beschränkung auf Vorsatzdelikte

24 1. Nach § 22 StGB versucht eine Straftat, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt. Der objektive Tatbestand ist beim Versuch nicht komplett; der subjektive Tatbestand hingegen muß vollständig vorliegen, und zwar mit demselben Inhalt und in derselben Form, wie es zur Bestrafung aus dem vollendeten Vorsatzdelikt erforderlich ist. — Freilich ist beim unbeendeten Versuch der Wille zur Verwirklichung des letzten Teilakts noch nicht *vollzogen;* insoweit besteht ein Willens*vollzugs*defizit gegenüber dem beendeten Versuch und der Vollendung[33b]. — Genügt zur Vollendung dolus eventualis, so auch zum Versuch[34]. Die eine Vollendung überschießenden Vorsätze gehören auch zur subjektiven Seite des Versuchs, ferner die das Delikt typisierenden Merkmale jenseits des Vorsatzes; bei komplexen Merkmalen wie den sogenannten Gesinnungsmerkmalen muß immerhin das subjektive Moment vorhanden sein.

Das Gesetz nennt die subjektive Seite nicht Vorsatz, sondern Vorstellung, weil es zur Bestimmung des Versuchsbeginns nicht nur darauf ankommt, *daß* der Täter davon ausgeht, der Tatbestand werde sich verwirklichen, sondern auch *wie* das geschehen soll. Vorbedacht, Überlegung oder Planung sind zum Versuch nicht erforderlich. Um das klarzustellen, wurde der Begriff „Tatplan" im Gesetz bewußt vermieden[35]; insbesondere kann auch eine Tat in plötzlicher affektiver Erregung versucht werden.

25 2 a) Ein Versuch *erfolgsqualifizierter Vorsatzdelikte* (§ 18 StGB, oben 9/28, 30 ff; erfolgsqualifizierte Fahrlässigkeitsdelikte können überhaupt nicht strafbar versucht werden) ist entgegen dem durch § 11 Abs. 2 StGB erweckten Anschein nicht in der Form möglich, daß die Folge nicht eintritt und nur von Fahrlässigkeit umfaßt ist, mag das Grunddelikt versucht oder vollendet sein. Vielmehr ist § 11 Abs. 2 StGB dahin

---

[33b] Da also beim unbeendeten Versuch der „Willensakt" noch nicht komplett ist, soll nach *Struensee* (Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 523 ff, 528 ff, 532 f) der subjektive Tatbestand gegenüber der Lage beim unbeendeten Versuch (und bei Vollendung) mit der Folge unentwickelt („verkümmert") sein, daß der unbeendete Versuch gegen eine andere Norm verstoße als der beendete (S. 537). — Freilich läßt sich nur von einem naturalistisch-psychologisierenden Ansatz aus begründen, daß es auf die — von *Struensee* zutreffend dargelegte — Muskelinnervationsdetaillierung überhaupt ankommen soll. Entweder *bedeutet* der unbeendete Versuch „Tatbestandsverwirklichung" (etwa „Töten" oder „Sachbeschädigen"), dann bedeutet er inhaltlich (qualitativ) dasselbe wie Vollendung, oder er verwirklicht *denselben* Tatbestand überhaupt nicht; mit anderen Worten, wenn das Verhalten „Tatbestandsverwirklichung" bedeutet, so ist die „Verkümmerung" der subjektiven Seite rein quantitativer Natur.

[34] RG 61 S. 159 f, 160; 68 S. 339 ff, 341; ganz überwiegende Ansicht; *a. A. LK*[7]*-Nagler-Jagusch* (1951) § 43 Anm. II unter Bezug auf die von *Binding* Normen Bd. II (2) S. 864 f herrührende Gleichsetzung von eventuellem und alternativem Vorsatz; *Lampe* NJW 1958 S. 332 f; *Puppe* NStZ 1984 S. 488 ff, 491 (dazu unten 26/22); de lege ferenda will *Herzberg* JZ 1989 S. 470 ff, 478 milder strafen; *ders.* NStZ 1990 S. 311 ff, 314 ff (§ 23 Abs. 3 StGB soll analog auf rücktrittsverwandte Fälle angewandt werden); siehe auch *Streng* JZ 1990 S. 212 ff, 219 f. — *Arzt* Jescheck-Festschrift S. 391 ff, 403 will bei den §§ 153 ff StGB eine Tat mit dolus eventualis nur im Vollendungsfall strafen; seine Beispiele betreffen Fälle mangelnder *Objektivierung* eines Vorsatzes auf ein unerlaubt riskantes Verhalten; diese Schwäche der Objektivierung weist der dolus eventualis freilich bei den §§ 153 ff nicht stets auf (Beispiel: Ein Zeuge behauptet offensichtlich ins Blaue, ein wahrscheinlicher, freilich nicht sicherer Verlauf habe gewiß stattgefunden.) und auch nicht nur bei diesen Delikten; zudem mag sich selbst direkter Vorsatz nur schwach objektivieren.

[35] BT-Drucksache V/4095 S. 11.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

auszulegen, daß die vorsätzliche Handlung die Möglichkeit eines Versuchs eröffnet, ohne daß aber vom Erfordernis eines Erfolgseintritts im fahrlässig zu bewirkenden Teil abzurücken wäre. Es soll nicht ein partiell fahrlässiger Versuch erfaßt werden, sondern ein Versuch, soweit Vorsatz vorliegt; ansonsten soll es bei den Regeln des Fahrlässigkeitsdelikts bleiben.

26 b) Es ergeben sich folgende Fallgruppen[36]:

aa) Einmal ist Versuch *für den Fall des Vorsatzes auf die Folge* nach allgemeinen Regeln möglich, also ohne Blick darauf, ob zumindest der Grundtatbestand eingetreten ist[37]. Ob schon der Versuch des Grundtatbestands für sich bestraft werden kann, ist für diesen Fall gleichgültig[38]. Beispiel[39]: Der Täter schießt auf den Unterleib einer Frau und hat bedingten Vorsatz bezüglich des Verlusts der Empfängnisfähigkeit, trifft aber überhaupt nicht; — versuchte schwere Körperverletzung, § 224 StGB.

bb) Zum anderen ist Versuch bei *eingetretener Folge* und mindestens Fahrlässigkeit (oder Leichtfertigkeit) bezüglich der Folge bei denjenigen erfolgsqualifizierten Vorsatzdelikten möglich, bei denen die spezifischen Bedingungen der Folge vor der Vollendung des Vorsatzteils des Delikts komplett sein können, wie etwa bei § 178 Abs. 3 StGB (der Tod kann Folge nur der Gewalt sein[40]) und § 251 StGB (der Tod ist in der Regel nicht Folge von Nötigung plus Wegnahme, sondern nur der Gewalt oder Drohung[41]), nicht aber bei den §§ 224, 226 StGB oder bei § 307 Nr. 1 StGB[42], da bei letzteren die Folge eine Weiterung der vorsätzlich bewirkten Vollendung des Grunddelikts sein muß (siehe oben 9/33 ff). Freilich muß der Versuch des Grunddelikts hier schon für sich strafbar sein, da sich § 18 StGB auf strafbarkeits*begründende* Folgen nicht beziehen läßt.

27 3. Ein Versuch der *nicht-qualifizierenden Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen* (oben 9/29) ist für den Fall möglich, daß die Folge ausbleibt, aber vom Vorsatz umfaßt ist, oder aber — bei Fahrlässigkeit — schon beim Versuch des Vorsatzteils eintritt[43]. Freilich muß der Versuch ein Verbrechen sein (was de lege lata ausscheidet) oder als Vergehen ausdrücklich mit Versuchsstrafe bedroht sein (so bei § 353 b Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 3 StGB).

28 4. Ein fahrlässiger Versuch wird von § 22 StGB nicht erfaßt, da die Vorschrift eine Vorstellung von der Tat als Handlung und Erfolgsbewirkung verlangt. Für die Lehre freilich, die entgegen der hier vertretenen Ansicht eine bewußte Fahrlässigkeit mit

---

36 Zum folgenden Text siehe *Hirsch* GA 1972 S. 65 ff; *Ulsenheimer* GA 1966 S. 257 ff; *Küpper* Zusammenhang S. 113 ff; *Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte S. 234 ff (zu weit ausdehnend); *Laubenthal* JZ 1987 S. 1065 ff, 1067; *Stree* GA 1960 S. 289 ff; *Oehler* ZStW 69 S. 503 ff; zusammenfassend *AK-Paeffgen* § 18 Rdn. 106 ff.

37 BGH 10 S. 306 ff, 309 f; 21 S. 194 ff; BGH GA 1958 S. 304; *LK-Vogler* Rdn. 83 ff vor § 22.

38 *Hirsch* GA 1972 S. 65 ff, 75 Fn. 50; *Jakobs* Konkurrenz S. 131 Fn. 117; *LK-Schroeder* § 18 Rdn. 37 ff; *Jescheck* AT § 49 VII 2; *Schönke-Schröder-Cramer* § 18 Rdn. 10; — *a. A.* (was nicht vorsätzlich sein *muß*, soll beim Vorsatz keinen Versuch begründen können) *Schröder* JZ 1967 S. 368 ff; *Schmoller* JurBl. 1984 S. 654 ff, 657 ff; ferner (nur bei Strafbarkeit des Versuchs des Grunddelikts) *Ulsenheimer* GA 1966 S. 257 ff, 278, aber aufgegeben in *ders.* Bockelmann-Festschrift S. 405 ff, 418 Fn. 61.

39 Nach BGH 21 S. 194.

40 RG 69 S. 332 f.

41 RG 62 S. 422 ff, 423.

42 RG 40 S. 321 ff, 324; BGH 20 S. 230 ff, 231; gegen BGH 7 S. 37 ff, 39.

43 Fraglich; *Schönke-Schröder-Eser* § 11 Rdn. 76 hält es für „denkbar, daß eine Grundhandlung versucht wird, die, falls erfolgreich, zu einer fahrlässigen Gefährdung führen würde"; ob diese Konsequenz des § 11 Abs. 2 StGB gewollt ist, ist zumindest zweifelhaft; jedenfalls ist die sich dann entsprechend ergebende immense Ausdehnung der Strafbarkeit der erfolgsqualifizierten Vorsatzdelikte auf alle Fälle fahrlässigen Versuchs bezüglich der Folge gewiß nicht gewollt. — Die Strafbarkeit des Versuchs ist überhaupt streitig; dagegen *SK-Rudolphi* § 11 Rdn. 36; für die Versuchsstrafbarkeit *LK-Tröndle* § 11 Rdn. 99; *Dreher-Tröndle* § 353 b Rdn. 14.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

vorsatzgleicher Vorstellung anerkennt (siehe oben 8/26 ff; 9/3), müßte der bewußt fahrlässige Versuch der Definition von § 22 StGB entsprechen; freilich wäre er mangels besonderer Strafbarkeitsanordnung straffrei (§ 23 Abs. 1 StGB; Fahrlässigkeitstaten sind Vergehen). — Ein fahrlässiger Versuch ist jedoch, auch wenn § 22 StGB ihn nicht erfaßt, als Deliktsform möglich (siehe schon oben zur Fahrlässigkeit 9/27): Der Täter vollzieht eine erkennbar unerlaubt riskante Handlung, aber der Erfolg bleibt aus (beendeter Versuch), oder der Täter setzt zu einer Handlung an, von der ihm erkennbar ist, daß sie deliktische Weiterungen bringen kann (unbeendeter Versuch). Vereinzelt erfüllt ein solches Verhalten einen Straftatbestand (§ 315 c Abs. 3 Nr. 2 i. V. m. Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe f, 2. Fallgruppe StGB: Jemand versucht auf einer Straße zu wenden, über deren Eigenschaft als Kraftfahrstraße er sich leichtfertig keine Gedanken macht). Häufiger ist der fahrlässige Versuch ausschnitthaft als fahrlässige Gefährdung tatbestandlich typisiert (§§ 97 Abs. 2; 315 Abs. 1, 5; 315 a Abs. 1, 3 Nr. 2; 315 b Abs. 1, 5; 315 c Abs. 1, 3 Nr. 2 StGB)[44]. Die verbreitet anzutreffende Ansicht, einen Versuch bei fahrlässigen Delikten gebe es nicht[45], ist entweder eine nur terminologische Reklamation der Bezeichnung Versuch für das Vorsatzdelikt oder aber falsch: Was vollzogen werden kann, kann auch angefangen werden, und was erfolgreich vollzogen werden kann, kann auch erfolgslos vollzogen werden[46].

B. Die Tatentschlossenheit[47]

1. Der Täter muß zur Tat, d. h. zum Handlungsvollzug mit seinen beabsichtigten **29** oder auch nur gesehenen Folgen, entschlossen sein; ein nur — mißverständlich sogenanntes — bedingtes Wollen reicht nicht aus[48]. Damit ist gemeint, daß der Täter, der mit dem Gedanken an ein Delikt nur spielt, noch keinen Deliktsvorsatz hat (und deshalb auch noch angestiftet werden kann). Da das bloße Gedankenspiel ohne hinzukommenden Entschluß keine Tat produziert, bleibt es beim Versuch sowieso außer Betracht[49]. — Der erforderliche Entschluß darf nicht als Entscheidung verstanden werden, das Vorgesetzte solle vollzogen werden, obgleich eine solche Entscheidung

---

44 Zu weiteren Ersatzformen siehe *Jakobs* Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff, 38 ff.

45 *Zaczyk* Unrecht S. 209 ff (freilich nur mit einer Argumentation zur Fahrlässigkeit als Irrtum aus Versehen, nicht zur Fahrlässigkeit als Unkenntnis aus Gleichgültigkeit); *Jescheck* AT § 49 III 1 a, § 54 IV; *Stratenwerth* AT Rdn. 661; *LK-Vogler* Rdn. 16 f vor § 22; differenzierend *Schönke-Schröder-Eser* § 22 Rdn. 22; eingehend *Alwart* Versuchen S. 154 ff, 156 (danach soll es kein fahrlässiges Versuchsdelikt geben, wohl aber ein „unvollendetes Fahrlässigkeitsdelikt").

46 Zutreffend *SK-Rudolphi* § 22 Rdn. 1; *Maurach-Gössel* AT II § 40 Rdn. 72; *Sturm* ZStW 59 S. 23 ff, 32; *Wolter* Objektive und personale Zurechnung S. 192 ff; *Jakobs* Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff, 41; *ders.* Studien S. 125.

47 Die Entscheidungen sind im einzelnen streitig. Wie hier *Walder* SchwZStr. 99 (1982) S. 225 ff, 252; ähnlich wie hier, aber die Betätigung des Entschlusses weiter fassend, *Arzt* JZ 1969 S. 54 ff; überwiegend wie hier, aber unter sehr weiter Anerkennung eines noch unverbindlichen, betätigten „Spielens mit der Möglichkeit" *Roxin* Schröder-Gedächtnisschrift S. 145 ff, 151; *ders.* JuS 1979 S. 1 ff, 2 f; *Roxin* entscheidet nach dem Übergewicht der Tatantriebe (Entschluß) oder Hemmungsvorstellungen (kein Entschluß) (Schröder Gedächtnisschrift S. 145 ff, 154; JuS 1979 S. 1 ff, 3). Seine Bedenken gegen die Verkürzung des Bereichs der Anstiftung erledigen sich bei der hier zur Anstiftung vertretenen, restriktiven Interpretation vorab (siehe oben 22/22); zu *Arzt* und *Roxin: Ziegert* Vorsatz S. 45 (der darauf abstellt, ob der Täter ein zur Begehung eines Delikts drängendes Motiv als Verhaltensziel zuläßt, S. 52 ff). — Die überwiegende Lehre entscheidet im Anschluß an *Schmid* ZStW 74 S. 48 ff nach Tatgeneigtheit (kein Entschluß) und Tatentschluß auf bewußt unsicherer Tatsachengrundlage sowie Entschluß mit Rücktrittsvorbehalt (beide Entschluß); *SK-Rudolphi* § 22 Rdn. 4 f; *Maurach-Gössel* AT II § 40 Rdn. 71; *Jescheck* AT § 29 III 3 c; *Schönke-Schröder-Eser* § 22 Rdn. 18 ff; *LK-Vogler* § 22 Rdn. 9 ff; siehe auch *Less* GA 1956 S. 33 ff; *R. Schmitt* JuS 1961 S. 25 ff; *Kratzsch* JA 1983 S. 420 ff, 578 ff, 583.

48 Zur Terminologie *Schmid* ZStW 74 S. 48 ff.

49 Sogenannte Tatgeneigtheit, *Schmid* aaO S. 51.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

häufig vorliegen wird. Es reicht als Entschluß hin, daß der Täter erkennt, er werde — kraft einer Entscheidung oder pathisch getrieben — das Vorgesetzte vollziehen. Diese weite Fassung des Entschlusses ermöglicht insbesondere einen Vorsatz bei Affekttaten.

Da nicht betätigte Vorsätze nicht strafbar sind, kann das Problem, wie ein Tatentschluß zur Versuchsbestrafung gestaltet sein muß, reduziert werden: Es interessiert nur die Gestalt eines *betätigten* Entschlusses.

30 2. Bleibt eine *Tatgeneigtheit* nicht bloßes Gedankenspiel, sondern wächst sie sich dahin aus, daß der Täter Handlungen vollzieht, die bei gegebenem Vorsatz Vorbereitungshandlungen oder gar unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung sind, so ist zu unterscheiden:

a) Haben die Handlungen für den Täter nur Bedeutung als Vorbereitung des Delikts oder als unmittelbares Ansetzen dazu, dann hat der Täter den Bereich des Unverbindlichen verlassen und ein Tatentschluß liegt vor, mag dem Täter auch selbst ungewiß sein, ob er den Entschluß bis zum Ende durchhalten kann. Beispiel: Der Täter hebt die scharfe Waffe gegen den ahnungslosen Feind (eine bloße Drohung scheidet wegen der Ahnungslosigkeit aus); ob er den Mut haben wird, sie zu gebrauchen, weiß er nicht gewiß. — Wenn eine Sinngebung des Akts aus dem Unterbewußten ausscheidet, handelt es sich um die Betätigung eines Entschlusses zur Verletzung des Feinds.

b) Ist das Handeln aber für den Täter zumindest ambivalent, also auch sinnvoll, wenn das letzte Teilstück zum Delikt ausbleibt, so hat der Täter speziell in das Delikt noch nichts „investiert"; er bewegt sich noch im Bereich des Unverbindlichen und ein betätigter Entschluß fehlt. Beispiel: Wie soeben, nur erkennt der Feind die Handlung, wie der Täter weiß, und die Drohung ist ihm schon den Akt wert[50].

c) Bei gemeinsamen Handlungen mehrerer Personen ist zu beachten, daß schon die Demonstration des Mitmachens gegenüber den anderen Beteiligten einen Handlungssinn abgeben kann; die Annahme eines zum Versuch hinreichenden Entschlusses hindert das aber nur, wenn noch ein eigenes Handeln nachfolgen muß. Konkret: Wer dem Freund die Waffe leiht, damit dieser schießt, handelt jedenfalls mit Tatentschluß; wer sie ihm gibt, um sie sich von ihm nur laden zu lassen, mag keinen Tatentschluß haben.

31 3. Ähnlich der Tatgeneigtheit verhält es sich beim *„Entschluß auf bewußt unsicherer Tatsachengrundlage"*[51]: Der Täter knüpft seinen Entschluß an das Vorhandensein oder Ausbleiben bestimmter Umstände objektiver, d. h. vom Täter unabhängiger, Art.

32 a) Wenn sich der Täter vor Eintritt der Bedingung aller Handlungen enthält, die ihren Sinn nur in der Förderung des Delikts haben können, mag ein hinreichender Entschluß vorliegen, aber darauf kommt es nicht an, da schon mangels Objektivierung eines Deliktsvorhabens ein Versuch ausscheidet. Beispiel: Der Gynäkologe, der für den Fall einer Schwangerschaft zur Abtreibung an einer Patientin entschlossen ist, die er sowieso untersuchen muß, betätigt mit der Untersuchung keinen Deliktsentschluß.

33 b) Wenn der Sinn des Täterhandelns aber in der Förderung des Delikts liegt, hindert die Bedingung den Entschluß nicht. Beispiele: Wie soeben, aber der Arzt untersucht hier einzig zur Vorbereitung der gegebenenfalls sogleich vorzunehmenden Abtreibung[52]. — Jemand prüft ein Objekt auf seine Verwertbarkeit (unter Bedingungen, bei denen ein legaler Erwerb ausscheidet), um es bei positivem Ausgang zu stehlen. — In beiden Fällen liegt die Betätigung eines Deliktsentschlusses vor. — Gegenbeispiel[53]:

---

50 RG 68 S. 39 ff.

51 *Schmid* aaO S. 54.

52 OLG Hamm MDR 1953 S. 568 ff.

53 Auch hier für betätigten Entschluß freilich BGH 21 S. 14 ff, 17 f; siehe auch BGH 12 S. 306 ff, 309 mit Nachweisen der älteren Rechtsprechung; BGH 22 S. 81 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Der Täter fährt an den Wohnort seiner Frau, die er für den Fall des Scheiterns einer Aussprache umbringen will. Die Fahrt ist zumindest ambivalent und objektiviert kein deliktisches Geschehen.

Es ist gleichgültig, ob die Bedingung die Vollendbarkeit des Delikts betrifft und deshalb selbstverständlich ist oder nur die Bedeutung der Tat für den Täter (mag die Bedeutung auf vernünftigen oder unvernünftigen Überlegungen beruhen). Insbesondere sind abergläubische Bedingungen möglich und für den Vorsatz unschädlich.

c) Von der zuletzt genannten Gruppe des betätigten, aber bedingten Entschlusses **34** sind die Fälle eines sogenannten *Rücktrittsvorbehalts*[54] nicht zu unterscheiden. Beispiel[55]: Der Täter eines geplanten sexuellen Mißbrauchs von Kindern lockt das Opfer an, behält sich aber vor, den Plan preiszugeben, wenn das Kind weinen sollte. Ein Entschluß auf unsicherer Tatsachengrundlage (ein durch das Gelassen-Bleiben des Opfers positiv bedingter Entschluß) und ein Entschluß mit dem Vorbehalt des Rücktritts sind hier voll identisch.

4. Die Entscheidung, welchen Sinn ein Verhalten für den Täter hat, wird sich in **35** Einzelfällen forensisch nicht demonstrieren lassen. Insbesondere mag in Grenzfällen der Täter schon in seiner Aktivität und schon in dem Erreichen einer Entscheidungssituation einen Sinn finden, wobei er seinerseits durchaus glauben mag, er bemühe sich um die Förderung eines Delikts. Auch die Investitionen, die jedermann alltäglich erbringt, um Entscheidungsalternativen offfen zu halten, bleiben selbst dann im Bereich des Unverbindlichen, wenn eine der Alternativen deliktisch ausfallen kann. Die Grenze zwischen dem, was hier einerseits betätigte Entschlossenheit ist und andererseits nur alle Wege offen halten will, verläuft durchaus ungenau. Erhebliche Investitionen sprechen für betätigte Entschlossenheit, wie minimale Investitionen es fraglich erscheinen lassen, ob mehr als alltägliche Vorsorge für eine hinreichende Zahl von Entscheidungsalternativen vorliegt. Beispiel: Wer eine Posaune mit ins Koleg nimmt, mit der er dort sinnvoll nichts anfangen kann als eine Nötigung des Dozenten, hat den Bereich des Unverbindlichen nur in Richtung eines Entschlusses verlassen, wenn er zur Mitnahme des Instruments erhebliche Mühen aufwenden muß. — Wegen des Vorsatzerfordernisses beim Versuch geht es stets allein um den bewußten Sinn des Verhaltens. Eine nur äußere Finalität oder eine nur unterbewußte Tendenz[56] können deshalb keinen Versuch *begründen.*

C. Die Tat als Gegenstand der Entschlossenheit

1. Die Tauglichkeit

a) Der Täter muß einen auf die *Tatbestands*merkmale des betreffenden Delikts **36** bezogenen Vorsatz aufweisen; daran fehlt es, wenn er abergläubisch oder in sonst kommunikativ irrelevanter Weise vorgeht (oben 25/22 f). Weiterhin muß er zur Verwirklichung des Tatbestands nach seiner Vorstellung (i. e. nach seinem *tatbestandsmäßigen Vorsatz*) unmittelbar ansetzen; es ist irrelevant, ob das Verhalten auch bei Vernachlässigung der Sicht des Täters, also nach allgemeinem Urteil, als ein unmittelbares Ansetzen zu verstehen wäre.

Man könnte die kommunikativ relevanten Versuche als taugliche Versuche bezeichnen und die irrelevanten Unterfangen als untaugliche; diese Terminologie wäre freilich

54 *Schmid* aaO S. 54 ff.

55 Nach Strafgericht Basel-Stadt, zitiert bei *Schmid* aaO S. 70 f.

56 Siehe oben zum Vorsatz 8/100; speziell zum Bewußtsein bei der Vorsatzbildung *Rasch* Tötung des Intimpartners S. 97; *ders.* in: *Ponsold* S. 67 ff; *Schewe* Lange-Festschrift S. 687 ff, 698 f; *Jäger* MonSchrKrim. 1978 S. 297 ff, 300; *Haffke* GA 1978 S. 33 ff, 41.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

mißverständlich, da die irrelevanten Unterfangen mangels Tatbestandsvorsatz überhaupt keine Versuche im strafrechtlichen Sinn, sondern Wahndelikte sind. — Innerhalb des kommunikativ relevanten Versuchsverhaltens gibt es keine Scheidung zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen[56a]. Vielmehr ist jeder Versuch, der sich nicht zur Vollendung weitert, vom Ausgang her gesehen (ex post) ein untauglicher Versuch[57], wie jeder Versuch vom Unternehmenden her gesehen (subjektiv ex ante) tauglich ist. Der ehemals die Versuchslehre bestimmende Begriff der objektiven Tauglichkeit des Versuchs hat nur noch Bedeutung für die Strafzumessung, und zwar im Grenzfall des unverständigen Versuchs nach § 23 Abs. 3 StGB sowie generell als Strafzumessungserwägung; je mehr das Opfer und dritte Personen den Versuch als bedrohlich verstehen, um so mehr verletzungsähnlich ist er, und um so weniger ist die Strafmilderung des § 23 Abs. 2 StGB angebracht.

b) Hinsichtlich wie vieler Tatbestandsmerkmale der Täter irrt, ist gleichgültig, wenn die Irrtümer die Rationalität der Vorstellung des Täters nicht beeinträchtigen. So mag der Täter eines Totschlags darüber irren, daß die Waffe, die er abdrückt, geladen ist, oder daß das Objekt, auf das er schießen will, ein Mensch ist, oder über beides etc. Gleichgültig ist ferner, ob der Erfolg ausbleibt, weil Mittel oder Objekt nur vermeintlich

---

56a *Struensee* (ZStW 102 S. 21 ff, 31) will zwei Versuchsarten nach ihrer subjektiven Seite scheiden, und zwar „Akte, die ihrer Intention nach identisch sind mit der subjektiven Seite des vollendeten Delikts" (Beispiel: Schuß auf den nur noch vermeintlich Lebenden), von solchen, „die in der Intention eines nicht tatbestandsmäßigen Kausalzusammenhangs vollzogen werden" (Beispiele: abergläubische Unternehmungen oder Versuch der Vergiftung eines Kleinkindes mit Dosenchampignons). Die Strafbarkeit von Akten der zweiten Art soll allein mit der subjektiven Versuchstheorie (oben 25/17) nicht zu leisten (aber auch nicht grundsätzlich ausgeschlossen) sein (S. 49). — *Konkrete* Vorsätze sind freilich nie „identisch", allenfalls sind sie es nach ihrer *Gattung. Struensee* erschleicht seine Ergebnisse, indem er — vermeintlichen Sachgesetzlichkeiten folgend — die Gattung so bildet, daß sie frei von Irrtümern über Kausalgesetze ist (während sie Wahrnehmungsirrtümer enthalten mag). Eine solche Gattungsbildung ist — jedenfalls im Strafrecht — willkürlich. Es geht vielmehr um die Gattung derjenigen Vorsätze, die bei ihrer Verwirklichung Normbrüche sind. Vor dieser gesellschaftlichen Prägung gibt es kein Entrinnen. Mit anderen Worten, es geht um Vorsätze mit kommunikativ relevanten Vorstellungen, mögen diese Vorsätze durch irrige Kausalannahmen oder durch irrige Wahrnehmungen oder irrtumsfrei zustande gekommen sein. — Zudem: Die Grenze zwischen einem Wahrnehmungsirrtum und einem nomologischen Irrtum läßt sich durch Umformulierungen verschieben. Beispielhaft gesprochen: Ein am Ort nur vermeintlich vorhandener Mensch (Wahrnehmungsirrtum) läßt sich mit einem geladenen und intakten Gewehr *gesetzmäßig* (nomologischer Irrtum) nicht töten.

57 So schon RG 1 S. 439 ff, 442. — *Zaczyk* Unrecht S. 229 ff bestimmt das Versuchsunrecht je nach der Zugehörigkeit des angegriffenen Rechtsguts unterschiedlich. Bei Delikten gegen die Person soll „die eigentliche Qualität der Unrechtshandlung ... nicht ihre (kausale) Geeignetheit zur Verletzung" sein, sondern der in ihr liegende „Bruch des Anerkennungsverhältnisses" (S. 250). Aber das Anerkennungsverhältnis soll „seinem Grunde nach *bestehen*" müssen, um verletzt werden zu können (S. 255). Deshalb soll ein Versuch fehlen: beim Schuß auf einen schon Toten, beim Abtreibungsversuch der Nichtschwangeren, beim Vergewaltigungsversuch am irrtümlich für eine Frau gehaltenen Mann; aber Versuch soll gegeben sein, wenn das Scheitern „aus der Selbständigkeit des Opfers als Rechtsperson resultiert" (S. 256): beim Griff in die leere Tasche; beim Schuß auf einen Baumstamm in der Meinung, es sei „der X" (anders bei der Meinung, es sei „ein Mensch"; S. 255 f). — Solche Kriterien sind *von der zu institutionalisierenden Norm* (Leiste Anerkennung! Besser: Halte geleistete Anerkennung durch!) *her gesehen* Äußerlichkeiten: Der Tote könnte nach objektivem Urteil noch leben (kraß: oder es könnte sich nach objektivem Urteil der Erbe an dessen Stelle befinden) etc. Soweit der Täter in kommunikativ relevanter Weise die Situation als eine solche bestimmt, die nach Anerkennung eines anderen verlangt, können die Regeln der Institution „Anerkennung" verletzt werden. — Bei Delikten gegen die Gesellschaft (S. 271 ff) soll nach *Zaczyk* eine „vermittelte Struktur" verletzt werden. Beispiel: Bei der Geldfälschung muß das Objekt *objektiv* als Geld gelten können (S. 275). Das ist richtig, aber kein spezifisches Problem des Versuchs: Wer an einen Getäuschten etwas weitergibt, was objektiv nicht als Geld gelten kann, vollendet auch keine Tat nach § 146 Abs. 1 StGB. — Zum österreichischen Recht *Burgstaller* JurBl. 1986 S. 76 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

existent sind oder aber existent, jedoch an einem anderen Ort befindlich. Auch wenn tatbestandlich ein Handeln gegen den Willen des Opfers gefordert wird und dieser Erfolg wegen einer dem Täter unbekannten Einwilligung ausscheidet, fehlt es an der allein maßgeblichen subjektiven Tauglichkeit nicht[58].

Zur objektiven Bestimmung der Unmittelbarkeit des Ansetzens siehe unten 25/59.

2. Die Abgrenzung von Versuch und Wahndelikt

a) Der Grundsatz

37 Die Vorstellung des Versuchstäters muß so wenig wie diejenige des Täters einer Vollendung das Verbotensein umfassen. Insoweit gelten die allgemeinen Regeln über Verbotskenntnis und Verbotsirrtum (§ 17 StGB). Die irrtümliche Vorstellung, ein — erlaubtes — Verhalten sei verboten, begründet keinen Versuch eines Delikts, da mangels eines Deliktstatbestands nichts strafrechtlich Relevantes versucht werden kann, sondern ist ein — unbestritten straffreies[59] — Wahndelikt (Putativdelikt). Beispiel: Die Mutter des nichtehelichen Kinds, die im Statusverfahren den ihr nur flüchtig bekannten Vater als ihren Verlobten bezeichnet und das für eine Fälschung des Personenstands hält, wird mangels Tatbestandserfüllung nicht wegen einer Personenstandsfälschung (§ 169 StGB) bestraft, und wenn sie diese Tat nur versucht, ebensowenig wegen versuchter Personenstandsfälschung. — Eine positivrechtliche Regelung des Unverbotenseins eines Wahndelikts findet sich in § 22 Abs. 1 Satz 2 WStG[60]. — Zum Wahndelikt wegen Nichtkenntnis eines Rechtfertigungsgrunds siehe oben 11/40.

Die Abgrenzung von Versuch und Wahndelikt verläuft insoweit abhängig von der Grenze zwischen Tatbestand und Verbot, als die irrige Vorstellung eines nicht gegebenen Verbots stets Wahndelikt ist, während die irrige Vorstellung, ein Tatbestand sei gegeben, Versuch sein kann, aber — in den Fällen der Überschätzung von Pflichten — nicht sein muß. Das betrifft normative Tatbestandsmerkmale und Sonderpflichten.

b) Die normativen Tatbestandsmerkmale

38 Die Abgrenzung zwischen Versuch und Wahndelikt ist in Einzelfällen diffizil. Der Grund dafür liegt vorweg in Schwierigkeiten zur Vorsatzlehre, scil. zur sogenannten Parallelbeurteilung im Täterbewußtsein bei den normativen Tatbestandsmerkmalen. So wie diese Parallelbeurteilung, zumal im Kernstrafrecht, auf eine Kenntnis der Rechtswidrigkeit hinauslaufen kann und somit Tatbestand und Rechtswidrigkeit ineinander übergehen, so geht es auch im Irrtumsfall um hoch komplexe Sachverhalte.

39 aa) Wie der Täter zum Vorsatz den Begriffsinhalt der Tatbestandsmerkmale, nicht aber ihren Namen kennen muß (Unbeachtlichkeit des Subsumtionsirrtums), so ist es kein Vorsatz mehr, führt also zum Wahndelikt, wenn der Täter ein richtig begriffenes Geschehen irrtümlich mit dem Namen eines Tatbestandsmerkmals belegt (umgekehrter Subsumtionsirrtum)[61]. Beispiele: Nach einem Alleinunfall hält sich der Täter für wartepflichtig[62]. — Der Täter nimmt irrig an, auch Schriftstücke ohne erkennbaren Aus-

---

58 BayObLG JZ 1979 S. 146.

59 RG 64 S. 229 ff, 238 f; 66 S. 124 ff, 126; BGH 8 S. 263 ff, 268.

60 Siehe auch § 109 StGB a. F. und hierzu *Maurach* NJW 1962 S. 716 ff, 767 ff, 768.

61 Insoweit herrschende Lehre; ausführliche Darstellung, insbesondere der Rechtsprechung, bei *Maurach* NJW 1962 S. 716 ff, 767 ff; teilweise erheblich von der hiesigen Lösung abweichend *Herzberg* JuS 1980 S. 469 ff, der den Blankettcharakter der Merkmale, die einer Parallelbeurteilung bedürfen, nicht berücksichtigt. — Weitgehend wie hier *Burkhardt* JZ 1981 S. 681 ff. — Darstellung der Dogmengeschichte bei *Tischler* Verbotsirrtum S. 167 ff, 303 ff und passim.

62 BGH 8 S. 263 ff, 268; der Versuch des § 142 StGB *n. F.* ist allerdings straffrei.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

steller seien Urkunden[63]. — Der einen Eid Leistende bezieht diesen irrig auf eine Unwahrheit, die außerhalb des Bereichs der Wahrheitspflicht liegt[64].

40 bb) Die Schwierigkeiten liegen in dem Bereich, in denen der Täter Tatsachen und eine den Tatsachen nicht zugehörige Bedeutung zum Begriff eines Tatbestandsmerkmals verbindet[65]. Wird hier allein auf die Bedeutungskenntnis (ohne welche kein Vorsatz gegeben ist) abgestellt, so wird der Unterschied verwischt, der zwischen der — die Bedeutung tragenden — Gestalt der geschützten Ordnung nach der Vorstellung des Täters und nach der objektiven Lage klafft. Ein krasses Beispiel: Der Täter stellt sich die Ordnung solchermaßen klerikal gestaltet vor, daß Gotteslästerung als schwere Bedrohung dieser Ordnung mit Fug bestraft würde, und versucht, einen Gotteslästerer der vermeintlich verwirkten Strafe zu entziehen; — Versuch der Strafvereitelung, § 258 StGB[66]? Das positive Recht schließt über die Strafrahmenbindung in § 258 Abs. 3 StGB die Bestrafung versuchter Vereitelung nur vermeintlich strafbarer Vortaten jedenfalls aus.

41 cc) Zur Lösung ist mit Hilfe der Regel, daß eine zu strenge Parallelbeurteilung nie belastet, zu differenzieren (siehe schon oben 8/59, 62):

α) Soweit der Täter bei gegebener Bedeutungskenntnis falsche Rückschlüsse auf die tatsächliche Basis der Parallelbeurteilung zieht, hindert die Fehlerhaftigkeit des Rückschlusses den Vorsatz (und damit Versuch wie Vollendung) nicht. Beispiel: Bei gegebener Kenntnis der Fremdheit einer Sache wird der Vorsatz nicht durch rechtlich zutreffende oder unzutreffende Spekulationen über den Entstehungsgrund des fremden Eigentums berührt, solange nicht die Absurdität der Spekulationen indiziert, daß der Täter den Regelungsbereich „Eigentum" im Kern mißversteht[66a]. Je nachdem, ob die Fremdheit irrig angenommen wird oder objektiv besteht, kommt es zu Versuch oder Vollendung.

42 β) Wenn der Täter von bestimmten Tatsachen her die parallele Beurteilung erschließt, führt dies zum Vorsatz (und damit zu Versuch oder Vollendung) nur dann, wenn Tatsachen der vorgestellten Art auch objektiv eine entsprechende Beurteilung auslösen. Ansonsten verbindet der Täter die Tatsachen mit einer Bedeutung, die ihnen nach der gegebenen Ordnung nicht zukommt, d. h., er greift nicht die bestehende, sondern nur eine vorgestellte Ordnung an: Wahndelikt[67]. Beispiele: Der Täter hält eine Sicherungsübereignung ohne Besitzkonstitut (wie er weiß!) für wirksam, verwendet aber die vermeintlich übereignete Sache für sich; — Wahndelikt[68]. Entsprechend liegt

---

63 BGH 13 S. 236 ff, 240 f; gegen BGH 7 S. 54 ff, 57 f. — Die zuerst genannte Entscheidung ist nicht ganz selbstverständlich; es handelte sich um Lebensmittelmarken, also immerhin um Objekte, die faktisch wie Urkunden gebraucht wurden. Die Parallelwertung des Täters dürfte deshalb den Urkundsbegriff im Kern erfaßt haben. Nach der Lehre, die nur auf Parallelbeurteilung abstellt, ohne die Eignung des Substrats der Beurteilung zu berücksichtigen, müßte somit Versuch angenommen werden; nach hiesiger Ansicht liegt ein Wahndelikt vor; siehe sogleich im Text.

64 BGH 14 S. 345 ff, 350; anders (Versuch) BGH 2 S. 74 ff, 76; 25 S. 244 ff, 246. — Zu den Eidesdelikten siehe auch unten zur Sonderpflicht Fn. 77.

65 Siehe *Schönke-Schröder-Eser* § 22 Rdn. 84 ff; zum folgenden auch *Schaffstein* OLG Celle-Festschrift S. 175 ff.

66 Für Versuch in einem allerdings weniger krassen Fall in der Tat BGH 15 S. 210 ff, 213 f; *Herzberg* JuS 1980 S. 469 ff, 473; *Schlüchter* Irrtum S. 153 ff, 162 ff; *dies.* JuS 1985 S. 373 ff, 527 ff, 528 f; — zutreffend für Wahndelikt BayObLG VRS 60 S. 117 f; *Burkhardt* JZ 1981 S. 681 ff, 685 f.

66a Zu dieser Einschränkung siehe *Schlüchter* wistra 1985 S. 43 ff, 94 ff, 95.

67 *Burkhardt* JZ 1981 S. 681 ff, 685 f; *Otto* Grundkurs AT § 18 IV 4; *ders.* JZ 1984 S. 143 ff, 144; *Jakobs* JR 1984 S. 385 ff, 386; *Schlüchter* wistra 1985 S. 46 ff, 94 ff, 95.

68 Anders (Versuch) OLG Stuttgart NJW 1962 S. 65 f und die überwiegende Ansicht; eingehend *Puppe* GA 1990 S. 145 ff, 154 ff (siehe aber auch S. 170 ff, 174 ff); es handelt sich gewiß um einen Grenzfall. — Die Entscheidungsrichtlinie dürfte im Fall einer irrig für wirksam gehaltenen mündlichen Grundstücksübereignung deutlich werden:

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Wahndelikt und nicht versuchte Steuerhinterziehung (§ 370 AO) vor, wenn der Täter einen Vorgang in der irrigen Meinung falsch deklariert, der wirkliche Vorgang löse eine Steuerschuld aus[69]. Versuch liegt aber vor, wenn der Täter irrig meint, ein objektiv steuerpflichtiger Vorgang habe stattgefunden, und er nunmehr falsch deklariert (unstreitig). — Insgesamt kommt es darauf an, ob sich der Täter gegen die gegebene Ordnung wendet (Versuch) oder meint, der Entstehungsgrund von Pflichten sei weiter, als die gegebene Ordnung es vorsieht (Wahndelikt). Im letzteren Fall fehlt es an einer Desavouierung der Norm der gegebenen Ordnung. — Zu den Eidesdelikten siehe auch sogleich unten 25/46 und Fn. 77; zur Rechtswidrigkeit der Zueignung und Bereicherung bei den Eigentums- und Vermögensdelikten siehe zur Rechtfertigung oben 11/41.

42a dd) Verweist ein normatives Tatbestandsmerkmal auf das Fehlen eines Rechtfertigungsgrunds, wie etwa das Merkmal „rechtmäßig" in § 113 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 StGB, so liegt nicht ein Versuch, sondern ein Wahndelikt vor, wenn der Täter aufgrund eines Irrtums meint, er sei Adressat einer auf einem Rechtfertigungsgrund beruhenden Duldungspflicht (siehe oben zur Rechtfertigung 11/41 a). Beispiel: Wer einem Nicht-Amtsträger im Irrtum über den Mangel der Amtsträgereigenschaft Widerstand leistet oder einem Amtsträger bei einer Handlung, die er für rechtmäßig hält, zu der aber in der gegebenen Situation oder sogar überhaupt kein Recht besteht, handelt auch dann wahndeliktisch, wenn er irrig meint, er sei duldungspflichtig, wobei es auf die Quelle des Irrtums (irrige Annahme der Rechtfertigungsvoraussetzungen oder Überdehnung der Rechtfertigungsgrenzen) nicht ankommt. Die Lösung von § 113 Abs. 3 StGB entspricht also allgemeinen Grundsätzen.

c) Die irrige Annahme von Sonderpflichten

43 aa α) Stets zum Wahndelikt[70] und nie zum Versuch führt die irrige Annahme des Ausführenden, er sei tauglicher Täter eines Sonderdelikts im engeren Sinn. Das den Täter bezeichnende Tatbestandsmerkmal grenzt den Kreis der Normadressaten ein, und diesen Kreis kann ein „Ausführender" durch seinen Irrtum nicht erweitern[71]. Der Nicht-Beamte kann nicht die Normen für Beamte in ihrer Geltung erschüttern (§§ 331 ff StGB u. a. m.), der Nicht-Erzieher nicht die Normen zum sexuellen Schutz der Anvertrauten (§ 174 StGB). Das gilt nicht nur für den — in der Entscheidung unstreitigen — Fall, daß der Täter bei einem zutreffenden Verständnis seiner Stellung sich irrtümlich unter die Bezeichnung eines tauglichen Täters rubriziert (der Zivilangestellte der Bundeswehr meint, auch er heiße Soldat und seine Flucht falle deshalb unter das Verbot der Fahnenflucht, § 16 WStG), sondern auch bei Kenntnis der richtigen Bedeutung der Täterqualifikation.

44 β) Freilich lassen sich alle Tatbestände mehr oder weniger zwanglos als scheinbare Sonderdelikte formulieren, und zwar durch Umformulierung des Angriffs auf ein fremdes oder jedenfalls nicht verfügbares Rechtsgut in einen Angriff aus der Position

---

Wenn der „Übereignende" aus dem Grundstück Sachen beweglich macht und verwertet, sollte dann Unterschlagung trotz der Schutzvorschrift des § 313 BGB vorliegen? Bejahend *Zaczyk* Unrecht S. 265 mit Fn. 99.

69 Sehr streitig; *a. A.* BGH 16 S. 283 ff, 285; *Samson* in: Strafverfolgung S. 99 ff, 111 f; *Maiwald* Unrechtskenntnis S. 29 ff und passim mit Nachweisen.

70 Der Begriff ist hier eher angebracht als in der zuvor genannten Gruppe; hier geht der Vorsatz des Täters auf ein gegebenes Delikt, ihn trifft jedoch aus objektiven Gründen die Pflicht nicht. In der obigen Gruppe geht der Vorsatz auf etwas, das allenfalls nach der Vorstellung des Täters ein Delikt ist.

71 Hauptsächlich ebenso *Stratenwerth* Bruns-Festschrift S. 59 ff, 60; *Armin Kaufmann* Klug-Festschrift S. 277 ff, 283 ff, 287 ff; *LK-Vogler* § 22 Rdn. 158; *Schünemann* GA 1986 S. 293 ff, 317 f; *Zaczyk* Unrecht S. 268 ff; *AK-Zielinski* §§ 15, 16 Rdn. 35.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

eines Fremden oder Nicht-Verfügungsberechtigten: Der Angriff auf fremdes Eigentum in den §§ 242, 246, 249 StGB kann als Angriff des Nicht-Eigentümers definiert werden, überhaupt kann die Nicht-Verfügbarkeit des Guts für eine Person als Tätermerkmal definiert werden. Vornehmlich wegen dieser verbalen Äquivalenz sowie wegen des sogenannten Umkehrprinzips (hierzu unten 25/52 ff, auch oben 25/Fn. 23) behandelt eine verbreitete Meinung alle Täterbezeichnungen wie sonstige Tatbestandsmerkmale: Die irrige Annahme einer Tätereigenschaft soll der irrigen Überschätzung von Handlungsfolgen oder der irrigen Annahme einer Deliktssituation gleichstehen[72]; in allen Fällen soll der volle „Handlungsunwert" vorliegen[73], — ein Zirkel; denn daß die Handlung des untauglichen Täters unwert ist, wäre zu begründen.

45 bb α) Zur Lösung ist danach zu differenzieren, ob durch die Pflicht der betreffen den Norm das Verhältnis des Täters zum Angriffsobjekt vollständig geregelt wird oder ob die Pflicht nur eine schon unabhängig von ihr bestehende Beziehung strafrechtlich garantiert. Was Begehungsdelikte angeht, so ist im ersteren Fall das Verhältnis rein negativ (§ 212 StGB verlangt nicht mehr, als andere nicht zu töten etc.), im letzteren, bei den Sonderdelikten im engeren Sinn, soll eine positive Beziehung garantiert oder zumindest ermöglicht werden (ein Beamter als Täter der Amtsdelikte ist nicht durch Unbestechlichkeit hinreichend definiert, ein Zeuge als Täter der Aussagedelikte nicht durch das Fehlen von Falschaussagen etc.). Entsprechend verhält es sich bei den Unterlassungsdelikten: Die Garantenpflichten kraft Organisationszuständigkeit (Verkehrspflichten, Ingerenz, Übernahme) erschöpfen sich restlos im positiven Erhalt eines Guts. Bei den Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit hingegen soll der Gutserhalt eine positive Beziehung ermöglichen (Eltern sind nicht dadurch hinreichend definiert, daß sie ihre minderjährigen Kinder nicht verhungern lassen, §§ 212, 13 StGB; dies im Gegensatz zu Ingerenten!). Es stehen sich also rein negative Beziehungen bei den allgemeinen Begehungsdelikten nebst den isolierten Pflichten zur Erhaltung eines Guts bei einigen Unterlassungsdelikten auf der einen Seite und auf der anderen Seite zu einem Status gehörende Sonderpflichten gegenüber.

46 Diese Differenzierung soll noch verdeutlicht werden: Isolierte Pflichten, etwa die Leistungspflicht eines vermögensrechtlichen Schuldners, begründen nicht ihrerseits den Status eines „Pflichtigen", im Beispielsfall nicht einen „Schuldnerstatus", auch nicht, wenn sie von Nebenpflichten flankiert werden. Die schlichte Schuldnereigenschaft bei der Steuerhinterziehung nach § 370 AO als isolierte Anzeige- und Zahlungspflicht macht also das Delikt nicht zum Sonderdelikt. Ein Status wird nur erreicht, wenn die strafrechtlich sanktionierte Pflicht ein Teil eines institutionell abgesicherten Bündels von Beziehungen ist (Beamter, Soldat, Vater, Mutter, Vormund, Vertrauensempfänger etc.) oder aber den Pflichtigen in eine Institution hineinzieht (der Zeuge bei den Aussagedelikten als durch interne Anordnung verpflichteter Mitwirkender bei der Rechtspflege; die Hilfsperson bei § 203 Abs. 3 StGB).

47 β) Die Regeln einer Institution kann als Täter nur verletzen, wer durch sie gebunden, also sonderpflichtig ist. Die irrige Annahme eines Status führt zum Wahndelikt, auch wenn an sich zur Statusbegründung geeignete Umstände irrig angenommen werden. Beispiel: Es liegt keine versuchte Veruntreuung vor (§ 246 Abs. 1, 2. Alternative StGB), wenn der Täter der Unterschlagung irrig meint, ihm sei die Sache anvertraut worden. Versuch liegt aber vor, wenn der wirkliche Intraneus sich nur über die Näm-

---

72 *Bruns* Untauglicher Täter S. 10 ff; *ders.* DStr. 1938 S. 161 ff; *ders.* GA 1979 S. 161 ff; *Schlüchter* Irrtum S. 164 ff; *dies.* JuS 1985 S. 373 ff, 527 ff, 529; *Jescheck* AT § 50 III 2; *Maurach-Gössel* AT II § 40 Rdn. 175; *Lackner* § 22 Anm. 2 b; *Schönke-Schröder-Eser* § 22 Rdn. 76, jeweils mit Nachweisen.

73 *SK-Rudolphi* § 22 Rdn. 28.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

lichkeit des Objekts irrt. Beispiel: Es handelt sich um versuchte Veruntreuung, wenn der Vertrauensempfänger und Täter irrig meint, die unterschlagene Sache sei das anvertraute Objekt.

γ) Daß die Annahme eines Wahndelikts unbefriedigend sei, wenn der Ausführende **48**
den Status, den er zu haben glaubt, nur versehentlich verfehlt[74], ist nicht zuzugeben: Auch wenn der Status von Kleinigkeiten oder Formalien abhängt, kann das Strafrecht eine rechtlich nun einmal nicht erreichte Stellung nicht fingieren. So wenig das Strafrecht etwa von den Formalien der Eigentumsordnung bei den Eigentumsdelikten befreit ist und auf eine materielle Zuordnung abstellen kann, so wenig kann es etwa bei einer an Formalien gescheiterten Beamtenernennung von den Normen des Beamtenrechts absehen[75] etc.

cc) Für Tätermerkmale, die keinen Sonderpflichtigen im engeren Sinn kennzeich- **49**
nen, gelten die allgemeinen Regeln[76]. Die Differenzierung zwischen Sonderdelikten im engeren Sinn und solchen im weiteren Sinn mag im Einzelfall zweifelhaft zu entscheiden sein[77].

dd) Eine mangels Sonderpflicht nicht tatbestandliche Tat ist auch dann keine taugli- **50**
che Haupttat für Teilnahme eines Extraneus, wenn dieser seinerseits die Sonderpflicht

---

74 So zum Fall OLG Kiel Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1949 S. 297 f (ein in der Position eines Beamten längere Zeit als vermeintlicher Beamter Tätiger war wegen eines — allseits unbekannten — Formfehlers nicht wirksam ernannt worden und hatte eine Handlung begangen, die bei einem Beamten ein Amtsdelikt wäre) *Bruns* Untauglicher Täter S. 36.

75 Zutreffend *Hardwig* GA 1957 S. 170 ff, 175.

76 Wie hier gegen die Strafbarkeit des untauglichen Täters bei freilich erheblichen Differenzen in Begründung und Reichweite: BT-Drucksache V/4095 S. 11 (anders aber *Corves* Protokolle Sonderausschuß V S. 1653); *Stratenwerth* Bruns-Festschrift S. 59 ff; *ders.* AT Rdn. 664, 698 ff (mit dem Ergebnis umfassender Straflosigkeit bei den Unterlassungsdelikten); *Baumann* NJW 1962 S. 16 ff, 18; *Baumann-Weber* AT § 33 IV 3a mit weiteren Nachweisen dort in Fn. 70; — mit erheblich abweichender Begründung *Schmidhäuser* AT 15/59 f; *Langer* Sonderverbrechen S. 168, 227 ff, 496; *ders.* Lange-Festschrift S. 241 ff, 244 f; — mit verfehlter Begründung (Ähnlichkeit mit dem abergläubischen Versuch) *Foth* JR 1965 S. 366 ff, 371. — *Stoeger* (Versuch des untauglichen Täters) versucht eine Differenzierung nach der Gefährlichkeit des Versuchs (S. 68), insbesondere der Fähigkeit des Ausführenden, bei veränderter Lage das Delikt als tauglicher Täter zu begehen (dann Versuch; sonst Mangel am Tatbestand; S. 69 ff, 78); — so naturalistisch läßt sich kein Normsinn erschließen. — Aus der Rechtsprechung entscheidet wie hier hauptsächlich die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts; RG 8 S. 198 ff, 200; 29 S. 419 ff, 420.

77 Bei den §§ 153 ff StGB sieht die Rechtsprechung in der zuständigen Stelle zur Abnahme von Eiden nicht die Stelle, die den Aussagenden zum Intraneus des Verfahrens macht, sondern den schlichten Auslöser der Jedermannspflicht, wahrheitsgemäße Aussagen zu leisten; von daher ist es — anders als hier vorgeschlagen wird — konsequent, Versuch anzunehmen, wenn sich der Aussagende irrig in einer Stellung glaubt, die an sich geeignet ist, die Eides- und Wahrheitspflicht auszulösen (BGH 1 S. 13 ff, 17); so auch *Roxin* Offene Tatbestände S. 165; *Schlüchter* Irrtum S. 156 f; — anders und hauptsächlich wie hier *Armin Kaufmann* Klug-Festschrift S. 277 ff, 289 f; zu den §§ 153 f StGB als Sonderdelikte eingehend *Langer* Ernst Wolf-Festschrift S. 335 ff, 343 ff). Wenn sich der Angeklagte im Strafprozeß für eides- und wahrheitspflichtig hält oder der Zeuge vor der Staatsanwaltschaft, so liegt nach der hier vertretenen Ansicht wegen der Anwendung der Regeln für normative Tatbestandsmerkmale ein Wahndelikt vor (so lagen die Fälle in folgenden Entscheidungen, die jedoch sämtlich auf Versuch erkennen: BGH 5 S. 112 ff, 117; 10 S. 272 ff, 275 f; 12 S. 56 ff, 58; — selbst Strafbarkeit wegen Meineidsversuchs des irrenden Angeklagten im Strafprozeß deutet an: BGH 10 S. 9 ff, 13; hiergegen zutreffend *Roxin* Offene Tatbestände S. 158, 165 ff). — Ebenso ist beim Irrtum über den Umfang der Wahrheitspflicht zu entscheiden: Die irrige Überdehnung führt zum Wahndelikt (Nachweise oben Fn. 64). — Entsprechend hängt die Entscheidung zu § 142 StGB a. F. (bei seinerzeit bestehender Versuchsstrafbarkeit) im Fall einer irrig angenommenen Unfallbeteiligung davon ab, ob § 142 StGB gemäß seiner Entstehung als eine institutionell begründete Norm innerhalb der Gemeinschaft (!) der Verkehrsteilnehmer verstanden wird oder aber als eine nur organisationstechnisch begründete Norm zur Leistung von Aufklärung. — Einzelheiten gehören zu den Delikten des BT.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

irrig annimmt: So wie der Extraneus über § 28 Abs. 1 StGB an der Sonderpflicht partizipieren kann, kann er auch ihre Umkehrung, ein Wahndelikt, verwirklichen. Diese Entscheidung ist für den Anstiftungsversuch am vermeintlich Sonderpflichtigen bedeutsam (unten 27/7).

51 ee) Die Ausführungen gelten für die eigenhändigen Delikte entsprechend.

d) Zusammenfassung

52 aa) Es gibt also ein Umkehrprinzip[78], nur wird es verbreitet ungenau formuliert: Was bei zutreffender Kenntnis Tatbestandsvorsatz begründet, soll angeblich bei irriger Annahme zum Versuch führen; was bei zutreffender Kenntnis Unrechtsbewußtsein begründet, soll bei irriger Annahme zum Wahndelikt führen.

53 bb) Es gelten folgende Spezifizierungen:

α) Die „Umkehrung" von Tätermerkmalen, die Sonderpflichten kennzeichnen, führt zu eingebildeten Pflichten, also zum Wahndelikt.

β) Die beiden Elemente des Vorsatzes, Tatsachenkenntnis und Bedeutungskenntnis, können nur zusammen „umgekehrt" werden.

54 cc) § 22 StGB ändert also — im Verhältnis zum vollendeten Delikt — weder den Kreis der Normadressaten noch den möglichen Vorsatzinhalt.

V. Der objektive Tatbestand beim unbeendeten Versuch; die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch

A. Das Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung

55 1. Das Gesetz folgt in § 22 StGB der Versuchsformel *Welzels*[79], die lautet: „Der Versuch beginnt mit derjenigen Tätigkeit, mit der der Täter nach seinem Verbrechensplan unmittelbar zur Verwirklichung des Verbrechenstatbestandes ansetzt". Die Formel hat gegenüber der Gesetzesfassung den Vorteil, den Regelungsinhalt speziell als Versuchsanfang und nicht überhaupt als Versuch zu bezeichnen.

56 2 a) § 22 StGB beschreibt den Zeitpunkt des Versuchsbeginns mit dem *Ansetzen* zur *Tatbestands*verwirklichung. Weil schon ein Ansetzen hinreicht, erledigt sich die formelle Theorie, die auf eine Teilverwirklichung der Tatbestandshandlung selbst abstellt[80]. Tötung mittels einer Pistole beginnt also nicht erst mit dem Anfang des Abziehens selbst, Betrug nicht erst (und auch nicht stets) mit dem Anfang der Täuschung selbst, sondern der Beginn liegt jeweils beim Ansetzen zu diesen Handlungen.

---

78 Eine nur logische Umkehrung ergibt eine bloße Umformulierung: Durch die Einführung negativer Größen läßt sich Erkenntnis nicht steigern. Die materiale Umkehrung ist nur bei material symmetrischen Verhältnissen zulässig; dazu *Puppe* Lackner-Festschrift S. 199 ff; *Sax* JZ 1964 S. 241 ff; ablehnend zum Gebrauch des Umkehrprinzips durch die subjektive Theorie *Spendel* ZStW 69 S. 441 ff; *ders.* NJW 1965 S. 1881 ff; für eine Umformung des Prinzips durch teleologisch materielle Überlegungen *Engisch* Heinitz-Festschrift S. 185 ff mit erheblichen Veränderungen des bisherigen Diskussionsrahmens zur Abgrenzung von Versuch und Wahndelikt; siehe auch *Jescheck* AT § 50 II 1 Fn. 14; *Maiwald* Unrechtskenntnis S. 29 ff, der die sogleich zu nennenden Modifikationen verkennt. — Eingehende Nachweise bei *Tischler* Verbotsirrtum S. 29 ff.

79 Strafrecht § 24 III (vor 1); — zur weitgehend parallelen Lage nach § 15 des österreichischen StGB siehe *Burgstaller* JurBl. 1976 S. 113 ff; zum — frühen — Versuchsbeginn nach schweizerischem Recht siehe *Arzt* recht 1985 S. 78 ff (insbesondere zur „Schwellentheorie" S. 80 ff); zum japanischen Recht siehe *Yamanaka* in: Strafrecht S. 101 ff.

80 *v. Hippel* Strafrecht Bd. II § 29 V 1; *Dohna* Aufbau S. 56; *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 44 III; ähnlich RG 70 S. 152 ff, 157; sämtlich zum alten Recht, das in § 43 vom „Anfang der Ausführung" sprach, — eine Formel, die allerdings die Rechtsprechung überwiegend nicht als Anfang der *tatbestandlichen* Ausführungshandlung interpretierte.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

b) Mit der Beziehung des Ansetzens auf die *Tatbestands*verwirklichung erledigen **57**
sich auch Formulierungen, die an eine nahe oder unmittelbare Gefahr für ein Rechtsgut oder ein anderes Objekt anknüpfen[81]; denn der Tatbestandsbegriff ist ein formeller Begriff, und ein Tatbestand kann deshalb nicht nur versucht, sondern sogar verwirklicht werden, ohne daß eine einigermaßen dichte Gefahr auszumachen wäre (etwa bei § 267 Abs. 1, 1. und 2. Fallgruppe StGB in den Fällen, in denen die Verwendung der Urkunde erst für spätere Zeit vorgesehen ist; oben 25/21).

Ein Abstellen auf die Gefahr ist aber nicht nur des Gesetzeswortlauts, sondern auch des Kriteriums selbst wegen verfehlt: Die Gefahr ist stufenlos quantifizierbar und beginnt mit der Gefahr der Fassung des Tatentschlusses[82]. So hat die Rechtsprechung — entgegen den Intentionen der Literatur — den Begriff der Gefahr zur Vorverlagerung des Versuchsbeginns benutzt[83].

3. Bei der Mehrzahl aller Delikte fällt der Vollzug der Tatbestands*handlung* mit der **58**
Tatbestands*verwirklichung* nicht zusammen. Der Täter hat alles getan (Gift eingegeben), aber bis zum Erfolgseintritt (Tod) braucht es (braucht der Körper des Opfers) seine Zeit. Würde die Tatbestandsverwirklichung einschließlich aller tatbestandlichen Folgen verstanden, gäbe die Formel vom Ansetzen in diesen Fällen keinen Sinn, denn zu einem unhinderbar in die Wege geleiteten Verlauf läßt sich nicht mehr ansetzen. Deshalb ist Bezugspunkt die Tatbestands*handlung*, soweit mit deren Abschluß nach der Vorstellung des Täters der Einfluß auf das Geschehen verlorengeht (Deliktsausführung ohne Revokationsmöglichkeit). Dies kann der Fall sein, weil der Täter den dann folgenden Verlauf nicht mehr beeinflussen kann oder weil es — so bei den Tätigkeitsdelikten (Delikte, bei denen mit dem Abschluß bestimmter Handlungen eo ipso die Vollendung eintritt, siehe oben 6/85) — keinen tatbestandlich relevanten Verlauf nach dem Tätigkeitsende gibt. Soweit das jedoch nicht der Fall ist, das Geschehen also nach der Vorstellung des Täters reversibel bleibt, gelten andere Regeln (Deliktsausführungen mit Revokationsmöglichkeit), die unten zum beendeten Versuch dargestellt werden (25/71 ff).

B. Die Unmittelbarkeit

§ 22 StGB konkretisiert das Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung nur durch die **59**
Unmittelbarkeit. Damit scheiden alle subjektiven Theorien aus, nach denen die Gewichtigkeit des erreichten Stadiums oder die Dichte der Tatbestandsnähe an die Beurteilung durch den Täter gebunden wird: Nicht die Überwindung von Schwierigkeiten zählt und auch nicht, was der Täter für tatbestandsnah hält, sondern es kommt auf die Dichte nach objektivem Urteil an, wobei freilich das Bild des Ablaufs subjektiv ist (hierzu sogleich). Die Formulierung, der Täter müsse „subjektiv die Schwelle zum ‚jetzt

81 Eine Version der materiell-objektiven Theorie; OLG Bremen NJW 1981 S. 2711 (die Entscheidung betrifft § 258 StGB und liegt neben der Sache: Ein Rechtsanwalt hatte in seiner Kanzlei auf eine Zeugin eingeredet, eine Falschaussage zu tätigen; — es geht um einen *beendeten Anstiftungs*versuch, nicht aber um täterschaftliche Vorbereitung); siehe auch unten Fn. 97. — Die Gefahr wird als ergänzendes Kriterium genannt bei *Schönke-Schröder-Eser* § 22 Rdn. 42; *LK-Vogler* § 22 Rdn. 57; *Dreher-Tröndle* § 22 Rdn. 11; *Roxin* in: Einführung S. 1 ff, 16; *J. Meyer* ZStW 87 S. 598 ff, 606 f; *Bockelmann-Volk* AT § 27 III 2 c; *Otto* NJW 1976 S. 578 f mit weiteren Nachweisen; *ders.* JA 1980 S. 641 ff, 646; — wenig ergiebig ist das Abstellen auf die abstrakte Gefahr (wie abstrakt?) bei *Kratzsch* JA 1983 S. 420 ff, 578 ff, 579 ff; *ders.* Verhaltenssteuerung S. 436 ff.

82 Zutreffend *Maurach-Gössel* AT II § 40 Rdn. 46; *Walder* SchwZStr. 99 (1982) S. 225 ff, 238; *Berz* Jura 1984 S. 511 ff, 513.

83 RG 59 S. 386; 69 S. 327 ff, 328; BGH 20 S. 150 ff, 151 f; 22 S. 81 f, 82; — selbst nach neuem Recht ausufernd und mit § 22 StGB nicht mehr zu vereinbaren BayObLG JR 1978 S. 38 (Versuch der Abgabenhinterziehung bei täuschender Beantragung einer später an der Grenze vorzulegenden Bescheinigung).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

geht es los'" überschreiten[84], entspricht deshalb nur dann dem Gesetz, wenn sie dahin korrigiert wird, daß der Täter hic et nunc[84a] die *tatbestandliche* Ausführungshandlung vollziehen will[85]; denn um irgendeine notwendig subjektiv empfindbare Schwelle geht es gerade nicht. Dies wird daran deutlich, daß selbst die volle Tatbestandsverwirklichung dem Täter beiläufig erscheinen mag, insbesondere bei Delikten mit materiellem Vorbereitungscharakter[86], ferner bei Delikten, die in Verbotsunkenntnis begangen werden.

Nicht brauchbar sind auch Formeln, die darauf abstellen, wann der Vorsatz des Täters im objektiven Geschehen deutlich wird (dolus ex re); die Sichtbarkeit mag sich längst vor der Unmittelbarkeit, die das Gesetz verlangt, ergeben; sie mag allerdings auch selbst bei der Vollendung noch fehlen.

C. Die Bedeutung der Vorstellung des Versuchstäters

60 § 22 StGB bestimmt schließlich, daß es auf das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung nach der *Vorstellung des Versuchstäters* ankommt. Die Tatbestandsnähe eines vom Täter vorgestellten Geschehens entscheidet, nicht aber diejenige eines objektiv beurteilten Verlaufs. Die verbreitet verwendete Formel von *Frank*, ein Anfang der Ausführung liege bei den Akten vor, „die vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteile erscheinen"[87], kann nunmehr nur noch verwendet werden, wenn die „natürliche Auffassung" auf das vom Täter erreichte und weiterhin geplante Geschehen bezogen wird.

D. Konkretisierungen

61 1. Es geht nach dem Gesetz also um objektiv-formelle (Tatbestand), objektiv-materielle (Unmittelbarkeit; als Tatbestands*nähe* materiell, freilich in der Abhängigkeit vom Tatbestand formell) und individuelle oder subjektive Momente (die Vorstellung des Täters). Die verbreiteten Formulierungen, das Gesetz folge einer materiellen oder einer subjektiven Theorie, treffen nur einzelne Aspekte.

62 2. Zur positiven Bestimmung dessen, was unmittelbares Ansetzen bedeutet, will eine streng am Tatbestand orientierte Lösung darauf abstellen, ob der letzte Teilakt vor der Tatbestandshandlung vollzogen wird[88]. Das stößt auf eine doppelte Schwierigkeit:

Erstens kann der Beginn der *Tatbestands*handlung bei Verursachungsdelikten nicht exakt festgelegt werden; das Gesetz bezeichnet als Ausführungshandlung den Moment der Verursachung, aber nicht, um diesen Moment als einen isolierbaren Teilakt, als abgeschlossene Handlung, auszuweisen, sondern um die relevante Gemeinsamkeit aller möglichen tatbestandlichen Handlungen zu benennen. Beispielsweise läßt sich das Abziehen eines Gewehrs in die je für sich motivierbaren Abschnitte des Abziehens bis zum Druckpunkt und darüber hinaus zerlegen; daß letzteres tatbestandlich hinreicht,

---

84 *Dreher-Tröndle* § 22 Rdn. 11; neben anderen Formulierungen wörtlich übernommen von BGH 26 S. 201 ff, 203; BGH GA 1980 S. 24 f; BGH bei *Holtz* MDR 1980 S. 271 ff, 272; BGH NStZ 1983 S. 364; extrem floskelhaft OLG Koblenz NJW 1983 S. 1625.

84a BGH NStZ 1984 S. 320: „im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang".

85 So auch BGH NStZ 1981 S. 99.

86 Zutreffend *Maurach-Gössel* AT II § 40 Rdn. 47; *Berz* Jura 1984 S. 511 ff, 516.

87 *Frank* § 43 Anm. II 2 b; aus der Rechtsprechung siehe BGH 2 S. 380 f, 381; 9 S. 62 ff, 64; ausführlich *Stratenwerth* AT Rdn. 669 ff.

88 *Maurach-Gössel* AT II § 40 Rdn. 48; *Gössel* GA 1971 S. 225 ff, 226; *SK-Rudolphi* § 22 Rdn. 13; *Rudolphi* JuS 1973 S. 20 ff, 23; siehe auch *LK-Vogler* § 22 Rdn. 39 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

heißt nicht, ersteres sei eine davon gesonderte Handlung im Sinn des Versuchsbeginns; entsprechendes gilt etwa für länger dauerndes Erwürgen etc.

Zweitens läßt sich auch die letzte *vortatbestandliche* Handlung nicht exakt bestimmen. Was bei Gewöhnung schwungvoll vollzogen vielleicht einer einzigen Motivation entspringt (Hochreißen, Anlegen, Entsichern und Abziehen eines Gewehrs beim geübten Jäger), mag dem Ungeübten noch zerlegt erscheinen etc. Deshalb soll es auch nach der genannten Lehre nicht um eine „nach einzelnen körperlichen Bewegungen aufspaltende Betrachtung" gehen[89], womit aber die Teilaktslösung ihre strenge Tatbestandsbindung verliert.

3 a) Zur Bestimmung der Versuchshandlung muß die im Gesetz beschriebene, ab- **63**
strahierende Momentaufnahme (die Verursachung) zu einem Handlungsgeschehen als Sinneinheit angereichert werden, d. h. — und sachlich ergibt sich bislang nach keiner Theorie etwas prinzipiell anderes —, es müssen konkretisierte Typen von Verursachungshandlungen gebildet werden, wie sie auch das Gesetz beschreiben würde, wenn es ihm auf die Art und Weise der Verursachung ankäme. Das Ergebnis dieser Typenbildung hängt nicht nur davon ab, was der Täter bewirken will (um welche Verursachung es geht), sondern auch in welchem sozialen Zusammenhang etwas geschehen soll[90]. Wegen der unabschließbaren Vielfalt der möglichen sozialen Zusammenhänge läßt sich keine Versuchsformel geben, wohl aber ein Katalog von Topoi, die teils einem beweglichen System zugehören, d. h. nicht stets müssen alle Topoi zusammentreffen und nicht stets ist die hinreichende Menge gleich groß[90a].

b) Zwingende (negative) Entscheidungsrichtlinien: **64**

aa) Ein Verhalten ist allenfalls dann Versuch, wenn es die Situation nach der Tätervorstellung der *Vollendung annähert*, ansonsten nicht. Retardierendes Verhalten (Einnahme von Stärkungen, Ausruhen, Divertissement) ist auch dann kein Versuch, wenn der Täter diese Verhaltensweise mit dem Vorsatz durchführt, sogleich danach die Ausführungshandlung zu vollziehen. Wohl aber kann ein Versuch schon *vor* solchem Verhalten begonnen worden sein und wegen des schon vollzogenen Verhaltens weiterhin andauern (die Verschnaufpause beim anstrengenden Versuch des Einbruchdiebstahls ist Pause innerhalb des längst begonnenen Versuchs).

bb) Ein Verhalten, mit dem jemand in *sozial üblicher Weise* seine Rechte wahrnimmt **65**
oder Gemeingebrauch übt, ist nur dann Versuch, wenn dieses Verhalten nach der Tätervorstellung schon die Ausführungshandlung selbst sein soll (deshalb beginnt mit dem Druck auf den häuslichen Lichtschalter mit vermeintlich angeschlossener Höllenmaschine trotz der Sozialüblichkeit dieser Bewegung ein Versuch; — siehe die sogleich zu nennenden Prinzipien). Kein Versuch sind also: Hingehen zum Tatort[90b], auch wenn der Tatort ganz nahe liegt, Hineingehen in ein geöffnetes Warenhaus, um dort möglichst bald zu stehlen (anders beim nächtlichen Einschleichen), Betreten einer Bank zu Raubzwecken, aber ohne Maske oder sonstiges Tatindiz, Einnahme von Stärkungen, um die Tat durchhalten zu können, Besuchen des Opfers in dessen Wohnung,

---

89 BGH 26 S. 201 ff, 204; *Maurach-Gössel* AT II § 40 Rdn. 50; ähnlich („natürliche Auffassung") *SK-Rudolphi* § 22 Rdn. 13.

90 Die weiteste Vorverlagerung des Versuchsbeginns nahm nach § 43 StGB a. F. der BGH bei einem Delikt vor, das nach üblicher Auffassung massive Tabus verletzt, einen starken Persönlichkeitsbezug aufweist, gegen ein besonders schutzwürdiges Opfer gerichtet ist und früh eine Schutzsphäre (die elterliche Sorge) verletzt: § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F.; BGH 6 S. 303 f; siehe die Übersicht bei *Rudolphi* JuS 1973 S. 20 ff, 21. — Reiche Kasuistik zum Versuchsbeginn bei *Höser* Vorbereitungshandlung S. 29 ff, 109 ff.

90a Ähnlich die Fallgruppenbildung bei *Roxin* JuS 1979 S. 1 ff, 3 ff; *Berz* Jura 1984 S. 509 ff, 517 ff; *Sonnen* u. a. JA 1988 S. 17 ff, 19 f.

90b BGH StV 1987 S. 528 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Ablenken des Opfers durch Gespräche, Arrangieren einer gemeinsamen Autofahrt[90c], Herumstehen am Tatort[90d], Verhandlungen mit dem ahnungslosen Opfer, ob das Tatverhalten (Geschlechtsverkehr mit der Gefahr einer Krankheitsübertragung) stattfinden soll[90e] etc.

Ist das gesamte *Handeln* erlaubt, das den Erfolg hinreichend bedingt, so beginnt der Versuch erst mit dem der Handlung nachfolgenden *Unterlassen.* Beispiel: Der Täter fährt mit Tötungsvorsatz in erlaubtem Tempo auf eine Kurve zu, an deren Außenrand ein Fußgänger steht; ein Versuch der Tötung des Fußgängers beginnt erst, wenn deutlich wird, daß der Täter nicht um die Kurve lenkt, sondern sein Fahrzeug auf den Fußgänger zurollen läßt (also unterläßt).

66 c) Bewegliche (positive) Entscheidungsrichtlinien:

aa) Für einen Versuchsbeginn spricht *zeitliche Nähe* des Verhaltens zu der ohne Unterbrechung angestrebten Ausführungshandlung. Versuch ist deshalb das Hochreißen der Waffe zum sofortigen Schießen[91]; ob noch entsichert werden muß oder nicht, ist gleichgültig. Versuch liegt auch beim Auflauern vor, wenn Bedingung der Ausführungshandlung nur noch das jederzeit erwartete Erscheinen des Opfers ist, auch wenn das Opfer letztlich ausbleibt[92]. Versuch ist — vorbehaltlich der Sozialadäquanz des Verhaltens — auch die Untersuchung eines Objekts auf Tauglichkeit, um bei positivem Ausgang ad hoc die Ausführungshandlung zu vollziehen[93]. Verbotene Einfuhr oder „Schmuggel" beginnt, wenn die Zollkontrolle dicht bevorsteht[93a].

Das Argument der zeitlichen Nähe gilt nicht, wenn der Täter, ohne bereits aus anderem Grund mit dem Versuch begonnen zu haben, ein retardierendes oder sozial übliches Verhalten vollzieht; also begeht keinen Versuch, wer bloß die Faust in der Rocktasche ballt, um gleich loszuschlagen oder — ohne Auffälligkeit — an einer Haustür klingelt, um den Öffnenden anzugreifen[93b].

67 bb) Das Argument der zeitlichen Nähe ist nicht umkehrbar[94]. Eine große Zeitdifferenz hindert den Versuch nicht, wenn der Täter eine Tat der geplanten Art technisch nicht schneller vollziehen kann, aber mit der Einwirkung auf das Tatobjekt beginnt. Versuch des Gelddiebstahls liegt also beim Beginn der Schweißarbeit am Tresor vor, versuchter Totschlag durch Erwürgen spätestens beim Beginn des ersten Zupackens etc. Trotz eventuell stundenlanger Zeitdifferenzen läßt sich in diesen Fällen in Anlehnung an *Frank* von einer *natürlichen Einheit eines Angriffsverhaltens* sprechen[95].

Stets muß sich jedoch der Täter, soll von der Einheitlichkeit des Angriffsverhaltens gesprochen werden, voll der Tat zuwenden. Einem Handeln mit eingeplanten (notwendigen oder fakultativen) Unterbrechungen durch anderweitige Beschäftigung fehlt die

---

90c Anders BGH 33 S. 378 ff, 381 für § 316a StGB: Vollendung (§ 11 Absatz 1 Nr. 6 StGB) mit „Beginn der Fahrt". Gewiß kann mit der Fahrt die *Benutzung* der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs beginnen, aber ohne soziale Auffälligkeit fehlt es am *Ausnutzen.* Zutreffend kritisch *Günther* JZ 1987 S. 16 ff, 26.

90d OLG Hamm NJW 1989 S. 3232 f.

90e BayObLG NJW 1990 S. 781 f.

91 RG 59 S. 386.

92 RG 68 S. 336 f; 77 S. 1. ff; BGH 26 S. 201 ff; BGH NStZ 1984 S. 506; *a. A. SK-Rudolphi* § 22 Rdn. 15 (eine Person müsse sich dem Ort nähern; — ein Relikt der früheren Theorien, die objektive Tauglichkeit verlangten); *Gössel* JR 1976 S. 249 ff, 251; *Otto* NJW 1976 S. 578 f, 579; — zweifelhaft aber BGH NJW 1952 S. 514 mit ablehnender Anmerkung *Mezger* aaO: Dort lauerten die Täter in ihrem Auto, aus dem sie erst noch aussteigen mußten; zutreffend wiederum BGH StV 1989 S. 526.

93 BGH 22 S. 81 f (Diebstahl); BGH bei *Dallinger* MDR 1953 S. 19 (Abtreibung).

93a BGH 36 S. 249 ff; siehe auch BGH 31 S. 216 ff; NJW 1990 S. 2072 f.

93b Siehe BGH StV 1984 S. 420, wo freilich die Sozialadäquanz nicht berücksichtigt wird.

94 Insoweit zutreffend *LK-Vogler* § 22 Rdn. 42 ff; *Berz* Jura 1984 S. 509 ff, 518; anders wohl *Roxin* JuS 1979 S. 1 ff, 5.

95 Ähnlich *Wessels* AT § 14 II 2.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Einheitlichkeit[95a]. Beispiele: Der Täter, der dem Opfer wöchentlich eine Dosis Gift in der Hoffnung gibt, die Summierung werde zum Tod führen, beginnt den Versuch erst mit dem Ansetzen zur Eingabe derjenigen Dosis, die nach seinem Vorsatz erstmals tödlich sein könnte (streitig). — Beim Prozeßbetrug (§ 263 StGB) im Zivilprozeß beginnt der Versuch nicht mit dem Einreichen eines Schriftsatzes bei Gericht, sondern mit dem Ansetzen zur Bezugnahme auf den Schriftsatz in der mündlichen Verhandlung[96]. — Versuch der Strafvereitelung (§ 258 StGB) beginnt nicht schon mit der Einwirkung auf einen bösgläubigen Zeugen, er möge im kommenden Prozeß falsch aussagen[97], sondern erst mit dessen Ansetzen zur Falschaussage im Verfahren[97a]. — Der Gebrauch eines Inhaberpapiers oder -zeichens in der Absicht, den Quittungsvermerk alsbald wieder zu vernichten, ist nicht schon Versuch eines Urkundsdelikts[97b].

cc) Für einen Versuchsbeginn spricht ein (vermeintlicher) *Einbruch des Täters in die* **68** *Schutzsphäre* des Angegriffenen[98]. Nach dieser Richtlinie beginnt ein Versuch des Diebstahls schon mit dem Beginn des Eindringens in die Gewahrsamssphäre, etwa durch Einsteigen in das Haus des Opfers[99], wie ein Raubversuch schon mit dem Versuch der Nötigung beginnt. Die Richtlinie gilt nur, wenn die durch den Einbruch in die Schutzsphäre gewonnene Position auch ohne zwischenzeitliche Preisgabe genutzt werden soll. Kein Versuch liegt also beim Einschleichen in einen fremden Fabrikhof vor, wenn dies nur geschieht, um Sachen zu individualisieren, die erst am nächsten Tag

---

95a *A. A. Schmoller* Bedeutung S. 57 f.

96 *LK-Lackner* § 263 Rdn. 319; *a. A.* OLG Bamberg NStZ 1982 S. 247 ff mit Nachweisen und Anmerkung *Hilger* aaO S. 248 f.

97 BGH 31 S. 10 ff, 12 ff (mit ablehnender Anmerkung *Beulke* NStZ 1982 S. 330 f); BGH JZ 1982 S. 434 f; KG JR 1984 S. 250; HansOLG Hamburg JR 1981 S. 159 f mit zustimmender Anmerkung *Rudolphi* aaO S. 160 ff; — siehe auch oben Fn. 81.

97a Immer noch zu früh, scil. mit der Benennung eines Zeugen im Prozeß soll (wohl im Blick auf § 138a Absatz 1 Nr. 3 StPO!) der Versuch nach BGH NJW 1983 S. 2712 beginnen. — Der im Text genannte Zeitpunkt (Ansetzen zu Falschaussage) ist nur bei akzessorischer Beteiligung an der Aussage des Zeugen maßgeblich (siehe zur quantitativen Akzessorietät oben 22/19 f), also nicht bei mittelbarer Täterschaft (oben 21/105).

97b *A. A. OLG Koblenz* NJW 1983 S. 1625 mit zutreffend ablehnender Besprechung *Küper* NJW 1984 S. 777 f und ablehnender Anmerkung *Lampe* JR 1984 S. 164 f (Benutzung einer präparierten Briefmarke als Versuchsbeginn der *nochmaligen* Benutzung; zu § 148 Absatz 2 StGB); — aber wohl kann die Präparierung des Papiers, um den Quittungsvermerk besser löschen zu können, dem Papier die Legitimationskraft nehmen, so daß sein Gebrauch beendeter Betrugsversuch ist (OLG Düsseldorf NJW 1983 S. 2341; zur Strafbarkeit des Betrugsversuchs siehe unten 31/31, 45) oder *Vollendung* nach § 148 Absatz 2 StGB.

98 Ähnlich („Berührung" der Sphären von Täter und Opfer) *Roxin* JuS 1979 S. 1 ff, 5; („räumliche Beziehung") OLG Frankfurt NJW 1984 S. 812; — nach *Walder* SchwZStr. 99 (1982) S. 225 ff, 268 soll schon eine Schutzminderung zum Versuchsbeginn hinreichen (etwa Weglokken des Wohnungsinhabers, um ungestört stehlen zu können). — Siehe auch *Zaczyk* Unrecht S. 308 ff: Versuchsbeginn bei „überlegener Stellung" des Täters. — Auf nur „geistige" Schutzsphären ist die Regel nicht zu übertragen. Beispiel: Urkundenfälschung ist nicht schon Versuch des mit dem Falsifikat geplanten Betrugs.

99 Ein entsprechend früher Beginn eines Versuchs auf offener Straße (Sphäre mit allseitigem Recht zur Organisation) oder gar in einer dem Täter gehörenden Wohnung (Sphäre mit dem vorrangigen Recht des Täters zur Organisation) ist wohl nicht konstruierbar. — Zum Einsteigediebstahl wie hier RG 68 S. 336 ff; 70 S. 201 ff; zu weit jedoch BGH 2 S. 380 f: Das Bereitmachen einer Winde zur Öffnung von Fenstergittern von außen als Versuch des Diebstahls von Gegenständen aus dem Gebäude; die Gewahrsamssphäre ist in diesem Fall noch nicht tangiert; zu weit auch BGH NJW 1980 S. 1759 f: Raubversuch soll danach das Präparieren eines Reifens am Auto eines Geldboten sein, was nach 500 bis 1000 Metern Fahrt zu einer Panne führen sollte, bei der dann gewaltsam gegen den Boten vorgegangen werden sollte; die Tabusphäre der Person ist noch unangetastet; — zutreffend zu ähnlichen Fallgestaltungen BGH NStZ 1989 S. 473 f (kein Versuchsbeginn beim Bereitlegen von Einbruchswerkzeug am Tatort, wenn vor dem Fortgang noch eine Zigarette geraucht werden soll); ähnlich BGH StV 1989 S. 525 f; *Roxin* JuS 1979 S. 1 ff, 5. — Zur *Vollendung* beim Diebstahl trotz Verbleibens in der Schutzsphäre des Opfers siehe BGH 16 S. 271 ff, 272 ff; 23 S. 254 ff, 255 f; BGH NStZ 1981 S. 435 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

nach einem erneuten Einschleichen gestohlen werden sollen[100]. — Eine bloße Berührung der Sphäre reicht nicht[101], soweit eine solche Berührung im sozialen Kontakt üblich ist. Ebensowenig reicht der Eintritt in eine vom Inhaber selbst zum Zweck des Eintritts geöffnete Sphäre[101a]. Beispiel: Wer die Abendeinladung zum Diebstahl silberner Löffel mißbrauchen will, beginnt den Versuch nicht mit dem Eintreten.

Ob zum Einbruch in die Sphäre eine Typizität des Fortgangs hinzukommen muß, ist zweifelhaft. Offen ist also, ob analog zu den geschilderten Fällen des Diebstahlsversuchs auch versuchte Tötung[101b] oder Vergewaltigung (§ 177 StGB) oder Sachbeschädigung (§ 303 StGB) oder Brandstiftung (§ 306 StGB) schon mit dem Eindringen in ein Haus anzunehmen sind. Zweifelhaft ist auch, ob ein Tötungsversuch schon mit der Eingabe von Betäubungsmitteln vorliegt, wenn das Opfer alsbald nach der Bewußtlosigkeit getötet werden soll.

Eine zwingende Voraussetzung des Versuchs ist der Einbruch in eine fremde Sphäre nicht[102], wie die Delikte mit vorverlagerter Vollendung zeigen, bei denen selbst bei einer Vollendung das Geschehen noch voll in der Sphäre des Täters liegen mag. Auch bei anderen Delikten kann der Täter unter Umständen bis zum beendeten Versuch voll in seiner Sphäre agieren, etwa beim heimlichen Schuß aus der Wohnung auf einen Passanten.

Wird die Schutzsphäre nach der Art des Delikts auch bei Vollendung nicht betroffen, so ist darauf abzustellen, ob der Täter mit der Einwirkung auf das Handlungsobjekt beginnt. Beispiel: Es spricht für Versuchsbeginn der Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB), wenn der Täter Teile der echten Urkunde ausradiert oder wegschabt.

69 dd) Das Argument ist insoweit umkehrbar, als Versuch ausscheidet, wenn der Einbruch in die Opfersphäre oder die Einwirkung auf das Handlungsobjekt zur Vollendung nötig sind, aber noch nicht zeitlich dicht bevorstehen: Das bloße Beschaffen eines Nachschlüssels ist noch kein Diebstahlsversuch an einem Auto[103]; die Verabredung mit dem Opfer für spätere Zeit ist kein Versuch eines geplanten Delikts am Opfer[104]. Ebensowenig Deliktsversuch sind der Ankauf von Tatmitteln, das Anwerben von Tatbeteiligten (aber § 30 StGB!), der Gang zum Tatort oder das Schaffen einer günstigen Gelegenheit[105].

70 4. Der Täter muß zur Verwirklichung des *ganzen Tatbestands* unmittelbar ansetzen. Das ist bei Delikten, deren Verwirklichung mehrere Handlungen erfordert, vor dem

---

100 Entgegen RG 53 S. 217 ff, 218 liegt kein Versuch beim erfolgreichen Wegführen eines Wachhunds vor, um nach sofortiger Rückkehr, zu der es aber nicht mehr kommt, zu stehlen: Die Sphäre wird zwar tangiert, aber das Opfer entfernt sich zunächst eben auch. Letzteres vernachlässigen *Roxin* JuS 1979 S. 1 ff, 6 und *Walder* SchwZStr. 99 (1982) S. 225 ff, 268. — Zutreffend RG 54 S. 42 ff; siehe auch RG 55 S. 191 f.

101 Wohl nur verbal anders *Roxin* JuS 1979 S. 1 ff, 6.

101a *A. A.* BGH bei *Holtz* MDR 1985 S. 627.

101b Bejahend BGH NStZ 1987 S. 20.

102 *Berz* Jura 1984 S. 511 ff, 517; abweichend insbesondere *Roxin* JuS 1979 S. 1 ff, 6.

103 BGH 28 S. 162 ff.

104 Anders BGH 6 S. 303 f, freilich durch § 22 StGB n. F. überholt; dagegen schon zu § 43 StGB a. F. die überwiegende Ansicht, insbesondere *Bockelmann* JZ 1955 S. 193 ff, 194; wie hier für den Fall einer Verabredung, bei der das Opfer betrogen werden soll, OLG Karlsruhe NJW 1982 S. 59 f; dazu *LK-Vogler* § 22 Rdn. 35.

105 Kein Betrugsversuch ist die täuschende Inszenierung eines Diebstahls, um danach die Versicherung zu betrügen; zutreffend BGH NJW 1952 S. 430 f; dagegen RG 72 S. 66 f. — Gleichfalls kein Betrugsversuch ist das Beschaffen einer Urkunde, die erst nach einer Verfälschung zur Täuschung gebraucht werden soll; BGH wistra 1984 S. 142 f. — Der Versuch der Einfuhr von Betäubungsmitteln beginnt nicht schon vor dem Verhalten an der Grenze; siehe BGH NStZ 1983 S. 511; siehe dagegen aber auch RG 71 S. 73 f; weitere Beispiele zum Versuchsbeginn bei der Hinterziehung von Einfuhrabgaben bei *Höser* Vorbereitungshandlung S. 73 ff, 187 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Ansetzen zum letzten Teilakt nur dann der Fall, wenn der Täter durch sein Verhalten zur ganzen Handlungssequenz unmittelbar ansetzt[105a]. Entsprechend liegt der Versuch eines qualifizierten Delikts oder eines Delikts in einem besonders schweren Fall nur dann vor, wenn der Täter unmittelbar zur Verwirklichung des Grunddelikts wie auch der Qualifizierung oder der Erschwerung ansetzt[106]. Die gegenteilige Ansicht[107], die — zumindest bei Qualifizierungen — die Verwirklichung *eines* Tatbestandsmerkmals ausreichen läßt, beruht auf einer Sinnverkehrung der formellen Theorie, die zum Versuchsbeginn die Verwirklichung von mindestens einem Tatbestandsmerkmal verlangt, ohne freilich zu begründen, daß die Verwirklichung irgendeines Merkmals stets hinreiche. Bildung einer Bande zu Raubzwecken ist nicht per se Raubversuch (§ 250 Abs. 1 Nr. 4 StGB), Beseitigung von Löschgeräten, die bei einem wesentlich später zu legenden Brand gebraucht würden, nicht versuchte Brandstiftung nach § 307 Nr. 3 StGB[108], wie auch bei umgekehrter Reihenfolge die Brandstiftung nach § 306 StGB nicht schon Versuch nach § 307 StGB allein deswegen sein muß, weil der Täter plant, noch Löschgeräte zu beseitigen, aber dazu noch nicht ansetzt[109]. — Der Meineid (§ 154 StGB) beginnt beim Nacheid (d. h. beim Eid nach der — gegebenenfalls schon für sich strafbaren — uneidlichen Aussage) erst mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Eidesleistung[110]. — Der Versuch eines qualifizierten Delikts oder eines Delikts in einem besonders schweren Fall ist auch dergestalt möglich, daß die qualifizierenden oder erschwerenden Umstände nur versucht werden, wobei das Grunddelikt und der nicht erschwerte Fall ihrerseits versucht oder vollendet sein mögen[111].

VI. Der objektive Tatbestand beim beendeten Versuch

A. Das Problem

71 § 22 StGB regelt den Versuchs*beginn* nur für den Fall, in dem der Täter nach seiner Vorstellung mit dem Abschluß der Ausführungshandlung den Einfluß auf das Geschehen verliert oder mehr als eine Ausführungshandlung zur Vollendung nicht vollzogen werden muß (Deliktsausführung ohne Revokationsmöglichkeit). Hat der Täter im beschriebenen Fall alles nach seiner Vorstellung Erforderliche getan, steht aber die (volle) Verwirklichung des Tatbestands noch aus, so liegt ein beendeter Versuch vor.

105a Bei der Täuschung beim Betrug ist zu unterscheiden: Wenn nach der Täuschungshandlung das Opfer ohne Mitwirkung des Täters einen Verfügungsschaden erleiden kann, ist die Täuschung beendeter Betrugsversuch, also insbesondere beim Eingehungsbetrug; muß aber der Täter zum Zustandekommen der Verfügung mitwirken, ist die Täuschung nur dann Versuch, wenn die Verfügung als sofortige Antwort auf die Täuschung erfolgen soll; siehe BGH 31 S. 178 ff, 181 f; *LK-Vogler* § 22 Rdn. 35; *Burkhardt* JuS 1983 S. 426 ff, 429 ff; weitergehend (schon der „entscheidende Täuschungsakt" soll hinreichen) *Karollus* JurBl. 1989 S. 627 ff. Entsprechendes gilt für täuschende Behauptungen, die noch bewiesen werden müssen, bevor es zu einer Verfügung kommen kann: Kennt der Täuschende das Beweiserfordernis, so sind seine Behauptungen nur dann Versuchsbeginn, wenn der Beweis sofort erfolgen soll; *a. A.* BGH JR 1989 S. 390 f mit zustimmender Anmerkung *Keller* S. 391 f.

106 Streitig; wie hier *Stree* Peters-Festschrift S. 179 ff mit ausführlicher Begründung und mit Nachweisen; *Roxin* JuS 1979 S. 1 ff, 7; *Laubenthal* JZ 1987 S. 1065 ff, 1066; *LK-Vogler* § 22 Rdn. 79 (entgegen Rdn. 35, 35a, wonach eine Teilverwirklichung des Tatbestands stets Versuch begründen soll); differenzierend (nach der Reihenfolge von Grunddelikt und Qualifikation) *Welzel* Strafrecht § 24 III 2; für das schweizerische Recht siehe *Arzt* recht 1985 S. 78 ff, 86 f.

107 Insbesondere die Rechtsprechung zu § 243 StGB a. F.; RG 43 S. 332 ff; 54 S. 35 f; 54 S. 182 ff, 183; *LK*[9]*-Busch* § 43 Rdn. 31 mit weiteren Nachweisen der Rechtsprechung; E 1962 Begründung S. 144; in der Tendenz auch *Lackner* § 22 Anm. 1 d; *Dreher-Tröndle* § 22 Rdn. 10.

108 Wohl aber Versuch bei sofort nach der Beseitigung geplanter Brandstiftung: Die Sphäre ist dann tangiert; *Roxin* JuS 1979 S. 1 ff, 7; anders *Stree* Peters-Festschrift S. 179 ff, 185.

109 Alle Beispiele nach *Stree* aaO.

110 BGH 4 S. 173 ff, 176; siehe auch BGH GS 8 S. 302 ff, 310.

111 Streitig für die besonders schweren Fälle; dazu oben 6/100 mit Fn. 188 b.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Auch bei Tätigkeitsdelikten ist ein (fehlgeschlagener) beendeter Versuch möglich, und zwar in der Form des vollen Handlungsvollzugs in einer objektiv ungeeigneten Lage. Beispiel: Der vorvereidigte Meineidstäter macht im Zug seiner Aussage falsche Angaben, nachdem — vom Täter unbemerkt — eine kurze Unterbrechung angeordnet worden ist und das Gericht nicht mehr zuhört; — beendeter Versuch des Meineids, §§ 22, 154 StGB.

72 Bei Delikten, deren Vollendung einen vom Handlungsvollzug unabhängigen Erfolg (einschließlich einer konkreten Gefährdung) voraussetzt, kann sich die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung für den Fall verschieben, bei dem selbst nach Abschluß aller Handlungen, die nach der Vorstellung des Täters zur Tatbestandsverwirklichung notwendig sind, noch eine Revokation des Verlaufs durch den Täter nach seiner Vorstellung möglich ist (Delikte mit Revokationsmöglichkeit). Die wörtliche Anwendung der oben entwickelten Regelung des § 22 StGB wäre nur begriffsjuristisch angebracht, material aber verfehlt. Das Gesetz bezieht seine Regelungen im Grundfall auf Begehung. Die Behandlung eines aus Begehung (Versuchshandlung) und Unterlassung (keine Revokation) zusammengesetzten Verlaufs muß immer auch mit Rücksicht auf das Unterlassungsmoment erfolgen. Beispielhaft: Wenn ein Täter für sein Opfer, dessen Eintreffen erst in einigen Stunden erwartet wird, ein vergiftetes Getränk griffbereit zur Selbstbedienung hinstellt, aber eingriffsfähig am Ort verweilt, während ein anderer Täter sich zur Verfügung hält, ein vergiftetes Getränk sofort bei Ankunft seines Opfers zu servieren, so läßt sich keine Begründung[112] dafür geben, daß wohl im ersten Fall Versuch vorliegen soll (der Täter hat alles getan, das Opfer soll sich selbst bedienen), nicht aber im zweiten (es muß noch serviert werden).

B. Lösung

73 Zur Lösung sind — durchaus wie beim Versuch des Unterlassungsdelikts — die Richtlinien zum unbeendeten Versuch entsprechend heranzuziehen[113]:

1. Zwingende (negative) Richtlinien:

a) Versuch liegt bei Revozierbarkeit des Erfolgs nach Abschluß der Handlung(en) allenfalls vor, wenn durch weiteres Zuwarten der *Aufwand zur Revokation* größer wird. Beispiel: Ob in dem oben gegebenen Fall der Vergiftung eines Getränks für ein erwartetes Opfer noch wenige oder noch viele Stunden zur Revokation bleiben, ist gleichgültig. Erst derjenige Zeitpunkt ist für den Versuch signifikant, in dem — etwa infolge nunmehr nötiger Eile — vom Unterlassungstäter oder von einer sonst an der Rettung beteiligten Person besondere Anstrengungen zur Bereinigung der Lage unternommen werden müssen.

b) Solange der Erfolgsbezug der Lage nach der Vorstellung des Täters in *sozial üblicher* Weise, insbesondere durch Wahrnehmung von Rechten oder Gemeingebrauch, gekappt werden kann, liegt auch bei Erhöhung des Aufwands kein Versuch

112 *Herzberg* MDR 1973 S. 89 ff, 93 begründet die unterschiedliche Behandlung mit der Gefahr, die besteht, wenn die Revokation sich überraschend als undurchführbar erweist; ähnlich *Blei* JA 1975 S. 167 ff. — Das Argument reicht zur Begründung einer Versuchsstrafbarkeit nicht hin; denn ein Geschehen, das materiell Vorbereitung ist, wird nicht dadurch zum Versuch, daß es höchst gefährlich ist.

113 Unten 29/118; die Lösung ist streitig; zum Problem grundlegend und in den Ergebnissen hauptsächlich wie hier, teils freilich mit anderer Begründung *Roxin* Maurach-Festschrift S. 213 ff; *ders.* JuS 1979 S. 1 ff, 9 ff; siehe ferner *Jescheck* AT § 49 IV 6; *Schönke-Schröder-Eser* § 22 Rdn. 42; *SK-Rudolphi* § 22 Rdn. 19; *Otto* Grundkurs § 19 II 3 c dd, § 20 I 2, jeweils mit Nachweisen. — Hauptsächlich *a. A. Herzberg* MDR 1973 S. 89 ff; *Blei* JA 1975 S. 167 f; *Gössel* JR 1976 S. 249 ff, 251; *LK-Vogler* § 22 Rdn. 71 bis 76.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

vor. Beispiel: Der Täter baut zu Hause aus eigenem Material eine Bombe mit mehrstündigem Zeitzünder, den er einstellt. Dies allein ist auch dann kein Versuch nach den §§ 22, 311 Abs. 1 StGB, wenn bei weiterem Zuwarten die Bastelleistung zur Entschärfung größer werden muß.

2. Bewegliche (positive) Richtlinien: **74**

a) Für einen Versuch spricht *zeitliche Nähe* des Erfolgseintritts. Deshalb liegt in der Regel beendeter Versuch vor, wenn die Zeit zwischen Handlungsende und erwartetem Erfolg kurz ist.

b) Für einen Versuch spricht die *Einheit des Eingriffsverhaltens.* Beispiel: Wer sein Opfer mit Tötungsvorsatz ins Wasser wirft, begeht auch dann einen Versuch, wenn der Tod nach der Tätervorstellung durch Schwimmversuche des Opfers hinausgezögert werden mag und ebenso lang durch ein Rettungsmanöver überhaupt verhindert werden könnte.

c) Für einen Versuch spricht ein schon geschehener *Einbruch in die Schutzsphäre.* Versuchte Tötung liegt beim Ausliefern vergifteter Milch an den Verbraucher vor, auch wenn dieser sie erst am nächsten Tag trinken wird. Aber kein Versuch ist das bloße Bereitstellen eines solchen Gifts, das vom arglosen Opfer erst am nächsten Tag abgeholt werden wird.

3. Fehlt dem Täter, der die Gefahr vorsätzlich geschaffen hat, zur Zeit des Verlustes **74a** der Revokationsmöglichkeit der Vorsatz, etwa weil er die Gefahr vergessen hat, so ist zu unterscheiden: Wenn dem Täter die Möglichkeit eines Vorsatzverlustes zuvor bewußt war, haftet er nach den Regeln der actio libera in causa (oben 17/64 ff); ansonsten kommt nur Fahrlässigkeitshaftung in Betracht[113a].

4. Für Fälle des Versuchs in mittelbarer Täterschaft mit Revokationsmöglichkeit **75** gelten die genannten Regeln entsprechend (siehe oben 21/105).

VII. Die Bestrafung des Versuchs

A. Der Umfang der Strafbarkeit und die Kannmilderung[114]

1. § 23 Abs. 1 StGB ordnet die Strafbarkeit des Versuchs für alle Verbrechen an; für **76** Vergehen verweist die Vorschrift auf Sonderregelungen im BT. Die Unterscheidung von Verbrechen und Vergehen richtet sich nach § 12 StGB. Gemeint sind nur täterschaftlich versuchte Taten, wie sich aus der Sonderregelung in § 30 Abs. 1 StGB sowie aus der Akzessorietät der Teilnahme ergibt. Der Vorsatz des Täters braucht sich nicht auf den Verbrechenscharakter oder die besondere Anordnung bei Vergehen zu beziehen: § 23 StGB regelt nur die Strafbarkeit; das Versuchsunrecht wird in § 22 StGB festgelegt.

2 a) Die Strafe *kann* (bis 1939 in § 44 StGB a. F.: *muß*) beim Versuch über den **77** Strafrahmen nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden (§ 23 Abs. 2 StGB). Da die Milderung über den Rahmen erfolgt, kann innerhalb des milderen Rahmens die konkrete Strafe über der Mindeststrafe des ungemilderten Rahmens liegen. Ob die Gründe für eine Milderung des Strafrahmens versuchsbezogen sein müssen, ist streitig. Streitig ist ferner, ob im Einzelfall die Versuchsstrafe nicht nur aus einem nicht gemilderten Strafrahmen entnommen werden, sondern sogar die Höhe der hypothetischen Vollendungsstrafe erreichen darf. — Zur Lösung:

[113a] Sehr streitig; für Haftung in beiden Varianten *Herzberg* JuS 1984 S. 1 ff, 8 mit dem Argument, auch beim Erfolgseintritt bedürfe es keines Vorsatzes mehr; — aber der Verlust der Revokationsmöglichkeit ist etwas anderes als ein Erfolgseintritt, scil. Tatverhalten.

[114] Zum Problemkreis ausführlich *Bruns* Strafzumessungsrecht S. 438 ff; *ders.* Leitfaden S. 170 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

78 b aa) Da die Gewichtigkeit jeder Strafe nur relativ zu einem System festliegt[115], läßt sich eine bestimmte Strafe nie ohne Blick auf einen festliegenden Strafrahmen ermitteln. Wenn die Rechtsprechung[116] mit partieller Unterstützung der Literatur[117] trotzdem meint, sie könne eine Entscheidung über den anzuwendenden Rahmen „auf Grund einer Gesamtschau der Tatumstände im weitesten Sinn so wie der Persönlichkeit des Täters . . . treffen, um die versuchte Tat, als Ausfluß der Täterpersönlichkeit (?), in ihrer Bedeutung für die verletzte Rechtsordnung voll zu erfassen"[118], so entspricht dieses Unterfangen (Gesamtbetrachtung), bei dem mit der Tat (dem Täter?) über den Strafrahmen geurteilt werden soll statt umgekehrt, seit *v. Liszt*[119] nicht mehr dem Stand der Diskussion.

Eine Gesetzesauslegung, die ohne Not beim Versuch einen milderen Strafrahmen aus Gründen wählt, deren Berücksichtigung das Gesetz bei der Vollendung nur innerhalb eines Rahmens zuläßt (etwa günstige Prognose), unterstellt zudem dem Gesetzgeber eine Willkür, die verfassungsrechtliche Konsequenzen zeitigen müßte. In der Umkehrung ist es auch Willkür, dem Versuchstäter die Zumessung aus dem milderen Rahmen aus Gründen zu versagen, die bei der Vollendung nicht oder nur eingeschränkt zur Wahl eines schwereren Rahmens führen könnten (etwa Vorstrafen). Deshalb bestimmen allein versuchsbezogene Gründe, ob der volle oder ob der gemilderte Strafrahmen Ausgang der Zumessung ist[120].

Da es also um spezifische Milderungsgründe geht, ist auch ein Zusammentreffen zwischen Versuchsmilderung und einem besonders schweren Fall möglich[120a], ebenso zwischen der Versagung einer Versuchsmilderung und der Annahme eines minder schweren Falls.

Freilich kann es vorkommen, daß zu versuchsbezogenen Gründen, die zur Wahl des nach § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Rahmens allein zu schwach sind, andere — wiederum schwache — Gründe hinzukommen, die bei genügender Stärke ihrerseits eine Milderung des Rahmens nach § 49 Abs. 1 StGB auslösen könnten (§§ 13 Abs. 2, 17 Satz 2, 21, 35 Abs. 1 Satz 2 StGB), und daß die Summe dieser Gründe die zur Rahmenbildung hinreichende Stärke erreicht. Eine Gesamtbetrachtung solcher genuin an sich zur Milderung geeigneter Gründe dürfte zulässig sein[121].

79 bb) *Die versuchsbezogenen Gründe:* Versuchsbezogen ist zwar das Ausbleiben des Erfolgs; dieses allein kann jedoch nicht zur Milderung des Strafrahmens führen, da ansonsten die Kann-Vorschrift in eine Muß-Vorschrift verwandelt würde. Beim Ausbleiben des Erfolgs kann aber gemildert werden, wenn mindestens einer der folgenden zwei Gründe vorliegt: (1) Versuch ist, wenn es beim Versuch bleibt, Irrtum und zeugt von Inkompetenz, wenn der Irrtum auf mangelnder oder flüchtiger Planung beruht. Insbesondere beim Ausbleiben beabsichtigter Folgen kann der Versuch also aus eben denselben Gründen milder bestraft werden, aus denen Fahrlässigkeit gegenüber Vor-

115 Schon *v. Liszt* ZStW 3 S. 1 ff, 24; hierzu *Jakobs* Schuld und Prävention S. 4.

116 BGH 16 S. 351 ff; 17 S. 266 f; BGH StV 1981 S. 514; StV 1984 S. 246; siehe auch BGH 26 S. 311 f.

117 *Bruns* Strafzumessungsrecht S. 440 ff, 446; *ders.* Leitfaden S. 172 f; *Maurach-Gössel* AT II § 40 Rdn. 183; *Stratenwerth* Schweizer Juristentags-Festgabe S. 247 ff, 261; dafür daß die „Gesamtschau" nicht dem Doppelverwertungsverbot (§ 46 Abs. 3 StGB) widerspricht, eingehend *Hettinger* Doppelverwertungsverbot passim.

118 BGH 16 S. 351 ff, 353.

119 AaO in 25/Fn. 115.

120 *Timpe* Strafmilderungen S. 64 ff, 88 f mit umfassenden Nachweisen; *Bergmann* Milderungen S. 25 ff; *Dreher* JZ 1956 S. 682 f; *ders.* JZ 1957 S. 155 ff; *ders.* JZ 1968 S. 209 ff, 213; *Schönke-Schröder-Eser* § 23 Rdn. 7 f; *SK-Rudolphi* § 23 Rdn. 3; *LK-Vogler* § 23 Rdn. 10.

120a So für die §§ 213, 21: BGH NStZ 1985 S. 115 f.

121 Freilich spricht dagegen, daß bei dieser „großen Milderung per Häufung kleiner Milderungen" der benennbare, scharf umrissene Typ des Milderungsgrunds verlorengeht; siehe auch oben 6/99.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

satz regelmäßig milder bestraft wird (dazu oben 8/5). (2) Daß der Erfolg ausbleibt, kann auch an retardierenden Tatelementen liegen. In Frage kommen Randfälle zum unverständigen Versuch und Randfälle zum Rücktritt[121a]. Beispiel: Der Täter des beendeten und unerkannt fehlgeschlagenen Versuchs bemüht sich mit nicht optimalen Mitteln, den Erfolg zu verhindern. — Daß ein Versuch nicht beendet ist, führt allenfalls zur Milderung, wenn noch eine lange Ausführungsphase fehlt. Die Beendigung selbst schließt Milderung so wenig aus, wie sie Rücktritt ausschließt; mangels eines Erfolgs fehlt auch hier die Verwirklichung des konkreten Unrechts und damit die Basis des vollen Schuldvorwurfs[122]. — Die Zufälligkeit des Scheiterns eines Versuchs ist kein Grund, die Milderung zu versagen[122a]; denn nicht-zufälliges, also planvolles Scheitern wäre Rücktritt!

Einige der retardierenden Tatelemente können freilich auch bei Vollendung vorliegen, scheinen also nicht versuchsbezogen zu sein; so kann sich z. B. auch ein schwacher Angriff vollenden[123]. Bei Vollendung fehlt den retardierenden Anlagen jedoch die „objektive Seite"; denn gerade die Schwäche eines Angriffs objektiviert sich nur, wenn die Tat scheitert. Beim Versuch kann also das Retardierende stärker angerechnet werden als bei Vollendung; die Entlastung ist deshalb größer. Entsprechend verhält es sich auch beim rücktrittsähnlichen Verhalten.

Wählt der Richter den herabgesetzten Strafrahmen, so darf er die Gründe für diese Wahl zur Bestimmung der Strafe aus dem gewählten Rahmen insoweit nochmals heranziehen, als sie von einer Art oder einer Stärke sind, wie es bloß zur Auslösung des gemilderten Rahmens nicht erforderlich ist; denn insoweit liegt keine Doppelverwertung vor[124].

c) Die versuchsbezogenen Gründe können zur Wahl eines herabgesetzten Rahmens **80**
zu schwach sein; dann ist innerhalb des nicht gemilderten Strafrahmens bei der Zumessung das Fehlen der Vollendung mildernd einzubringen[125], und zwar auch beim beendeten Versuch[126]. Daß gegebenenfalls diverse strafschärfende Umstände vorliegen, kann das Fehlen des Erfolgs nicht ausgleichen[127]; denn diese Umstände lägen auch bei Vollendung vor. Allenfalls beim Fall eines — schwer denkbaren — spezifisch versuchsbezogenen, belastenden Nachtatverhaltens könnte die hypothetische Vollendungsstrafe erreicht werden. — Natürlich kann die Differenz zwischen der Versuchsstrafe und der hypothetischen Vollendungsstrafe im Einzelfall minimal und deshalb praktisch nicht ausweisbar sein, insbesondere bei einem massiven Angriffsversuch auf ein unbedeutendes Objekt.

121a *Timpe* Strafmilderungen S. 109 ff (Unverstand) und 127 ff (Rücktritt); BGH MDR 1986 S. 271 (Rücktritt).

122 Streitig; *a. A.* insbesondere *Armin Kaufmann* ZStW 80 S. 34 ff, 50 f; *ders.* Welzel-Festschrift S. 393 ff, 403; *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 216; — zum Problem ausführlich oben 6/72 f, dort auch zu den Versuchen, den Erfolg immerhin als Merkmal des Strafbedürfnisses zu berücksichtigen.

122a BGH StV 1984 S. 246; 1985 S. 411; der Sache nach auch BGH StV 1986 S. 378 f; BGH 36 S. 1 ff, 18 ff.

123 *Stratenwerth* Schweizer Juristentags-Festgabe S. 247 ff, 252 ff, 261.

124 Sehr streitig; wie hier *SK-Rudolphi* § 23 Rdn. 4 mit Nachweisen —; zur Milderung nach § 21 StGB BGH StV 1984 S. 151 f; BGH NStZ 1984 S. 548; 1985 S. 164 f; zu minder schweren Fällen BGH StV 1985 S. 54 f, 546. — Zur unzulässigen Doppelverwertung BGH NJW 1989 S. 3230 f.

125 *Stratenwerth* AT Rdn. 684; siehe auch *Jahr* Bedeutung S. 93 ff.

126 Nur bei absoluten Strafen ist die Strafe in diesen Fällen mit der Vollendungsstrafe notwendig identisch; siehe LG Frankfurt NJW 1980 S. 1402 f, 1403.

127 *A. A.* BGH 16 S. 351 ff, 353.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

B. Der grob unverständige Versuch

81 1. Für den grob unverständigen Versuch eröffnet § 23 Abs. 3 StGB über die Regelung des Abs. 2 hinaus die Möglichkeit eines Absehens von Strafe oder einer Milderung nach Ermessen (§ 49 Abs. 2 StGB: Jede Strafuntergrenze fällt bis zum gesetzlichen Mindestmaß und Geldstrafe kann Freiheitsstrafe ersetzen; eine zudem erfolgende Reduktion der *Höchst*strafen gemäß den §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB dürfte nicht ausgeschlossen sein). Es geht bei dieser Regelung nicht um das stets straffreie kommunikativ irrelevante, insbesondere abergläubische Unterfangen (oben 25/22 f), das nicht einmal dem Begriff des Versuchs unterfällt, sondern um einen Versuch, bei dem der Täter die — zutreffend allein irdisch lozierten — Kausalitäten rational kalkuliert, aber von einer Basis aus, die von groben Wissenslücken zeugt. Grund der Strafbefreiung ist die im Unverstand des Versuchs sichtbar werdende generelle Unmaßgeblichkeit der Lebensplanung des Täters und damit auch die Unmaßgeblichkeit seines Normangriffs.

82 2. Einzelheiten:

a) Nach der Formulierung des Gesetzes muß ausgeschlossen sein, daß der Versuch zur Vollendung führen konnte. Gemeint ist das Fehlen von Gefahr[128]. Dies muß weiterhin auf grobem Unverstand beruhen. — Bei genauer Betrachtung reduzieren sich die Voraussetzungen auf den groben Unverstand:

Gemäß einer grob unverständigen Vorstellung kann sich nicht eine Gefahr ergeben oder gar ein Delikt verwirklichen; denn sonst wäre die Vorstellung sachadäquat und verständig. Wenn also trotz Unverstands ein Verhalten gefährlich ist (oder sich sogar vollendet), so kann das nur an zufälligen Konstellationen anläßlich des unverständigen Tuns liegen; solche Umstände sind zur Vorsatztat mangels Verwirklichung der gesehenen Gefahr nicht zuzurechnen. Beispiel: Wenn der Täter ein Kind mit Baldrianperlen vergiften will und sich vergreift und Valium gibt, so besteht eine Gefahr, und diese kann sich auch verwirklichen, aber der Versuch als solcher ist immer noch grob unverständig und *als Versuch* (nicht als Fahrlässigkeitstat) nicht anders zu behandeln, als habe der Täter per Vergreifen Kandiszucker eingegeben. Das Fehlen der zurechenbaren (!) Gefahr folgt also stets aus dem groben Unverstand[129].

83 b) Grob unverständig ist ein Versuch, wenn die Tätervorstellung vom Verständigen weit abweicht. Daß diese Abweichung eventuell eine verbreitete Erscheinung ist, macht sie nicht verständig, da Unverstand durch weite Verbreitung nicht zum Verstand wird[130]. — Fehlvorstellungen, die nur Experten beheben können, sind nie grob unverständig.

84 c) Der Unverstand schafft nach der Gesetzesfassung nur eine Milderungsmöglichkeit, wenn er sich auf die Art des Angriffsobjekts oder des Tatmittels bezieht. Damit ist die ganze tatbestandsrelevante Situation gemeint. Also ist auch die grob unverständige Annahme einer Täterstellung erfaßt (auch außerhalb der sowieso zum Wahndelikt führenden irrigen Vorstellung von Sonderpflichten). — Ausgeschlossen ist das unverständige Motiv (Sachbeschädigung als Liebeszauber etc.), das ja auch mit einer unverständigen Tat nicht notwendig korreliert, vielmehr zur zurechenbaren Vollendung führen kann.

---

128 BT-Drucksache V/4095 S. 11 f.

129 *A. A. Gössel* GA 1971 S. 225 ff, 227 f; *Maurach-Gössel* AT II § 40 Rdn. 189; zweifelnd *Schönke-Schröder-Eser* § 23 Rdn. 15; *Roxin* in: Einführung S. 1 ff, 18.

130 Im Ergebnis *a. A. Schönke-Schröder-Eser* § 23 Rdn. 17; *Stratenwerth* AT Rdn. 695.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

d) § 23 Abs. 3 StGB kann entsprechend auf Delikte mit vorverlagerter Vollendung **85** angewandt werden. Beispiel: Der vom Täter auf einem DIN-A4-Blatt holographisch hergestellte Reisepaß ist unechte Urkunde (§ 267 Abs. 1, 1. Fallgruppe StGB), aber nur in grob unverständiger Sicht zur Täuschung im Rechtsverkehr brauchbar.

26. ABSCHNITT
Der Rücktritt

Literatur

G. Arzt Zur Erfolgsabwendung beim Rücktritt vom Versuch, GA 1964 S. 1 ff; *L. Backmann* Strafbarkeit des vor Tatbeginn zurückgetretenen Tatbeteiligten wegen vollendeter Tat? JuS 1981 S. 326 ff; *M. Bergmann* Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 99 S. 329 ff; *ders.* Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB, 1988; *U. Berz* Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz, 1986; *H. Blei* Anmerkung zu BGH NJW 1973 S. 632, JA 1973 S. 395 ff; *R. Bloy* Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976; *ders.* Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tatvollendung, BGHSt. 31, 46 und BGH NJW 1985, 813, JuS 1987 S. 528 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 35 S. 184 ff, JR 1989 S. 70 ff; *W. Blumers* Zur Auslegung des § 371 AO am Beispiel „Tatentdeckung", wistra 1985 S. 85 ff; *P. Bockelmann* Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig? NJW 1955 S. 1417 ff; *ders.* Anmerkung zu RG DR 1942 S. 431 ff, aaO; *U. Borchert* und *U. Hellmann* Die Abgrenzung der Versuchsstadien des § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB anhand der objektiven Erfolgstauglichkeit, GA 1982 S. 429 ff; *W. Bottke* Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979; *ders.* Zur Freiwilligkeit und Endgültigkeit des Rücktritts vom versuchten Betrug, JR 1980 S. 441 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH NJW 1980 S. 602, JA 1981 S. 63 ff; *ders.* Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 StGB, 1980; *B. Burkhardt* Der „Rücktritt" als Rechtsfolgebestimmung, 1975; *A. Graf zu Dohna* Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch im Lichte der Judikatur des Reichsgerichts, ZStW 59 S. 541 ff; *E. Dreher* Anmerkung zu BGH JR 1969 S. 105 ff, aaO; *ders.* Zum Merkmal der tätigen Reue, MDR 1967 S. 934 f; *ders.* Anmerkung zu BGH 24 S. 48 ff, NJW 1971 S. 1046 ff; *I. Fahrenhorst* Anmerkung zu BGH 34 S. 53 ff, NStZ 1987 S. 278 f; *P. J. A. Feuerbach* Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche, 1804; *G. Geilen* Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch, JZ 1972 S. 335 ff; *C.-J. Gores* Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 1982; *K. H. Gössel* Über den fehlgeschlagenen Versuch, ZStW 87 S. 3 ff; *W. Grasnick* volens — nolens, JZ 1989 S. 821 ff; *G. Grünwald* Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht, Welzel-Festschrift S. 701 ff; *H.-L. Günther* Partieller Rücktritt vom Versuch und Deliktswechsel, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 541 ff; *A. P. Gutmann* Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue, 1963; *F. Haft* Der Rücktritt des Beteiligten bei Vollendung der Straftat, JA 1979 S. 306 ff; *W. Hassemer* Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, in: *K. Lüderssen* und *F. Sack* (Hrsg.) Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht Bd. I, 1980, S. 229 ff; *M. Havekost* Die Wiedergutmachung des Schadens als Strafaufhebungsgrund im deutschen und österreichischen Strafrecht, ZRP 1980 S. 308 ff; *E. Heinitz* Streitfragen der Versuchslehre, JR 1956 S. 248 ff; *R. D. Herzberg* Der Rücktritt durch Aufgeben der weiteren Tatausführung, Blau-Festschrift S. 97 ff; *ders.* Der Rücktritt mit Deliktsvorbehalt, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 709 ff; *ders.* Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, Lackner-Festschrift S. 325 ff; *ders.* Beendeter oder unbeendeter Versuch: Kritisches zu einer neuen Unterscheidung des BGH, NJW 1986 S. 2466 ff; *ders.* Gesamtbetrachtung und Einzelakttheorie beim Rücktritt vom Versuch: Entwurf einer Synthese, NJW 1988 S. 1559 ff; *ders.* Die Not der Gesamtbetrachtungslehre beim Rücktritt vom Versuch, NJW 1989 S. 197 ff; *ders.* Problemfälle des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung, NJW 1989 S. 862 ff; *ders.* Rücktritt vom Versuch trotz bleibender Vollendungsgefahr? JZ 1989 S. 114 ff; *ders.* Zur subjektiven Seite des Rücktritts durch Verhindern der Tatvoll-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

endung, JA 1989 S. 449 ff; *ders.* Theorien zum Rücktritt und teleologische Gesetzesdeutung, NStZ 1990 S. 172 f; *ders.* Aufgeben durch bloßes Aufhören? Der BGH im Dilemma einer Theorie, JuS 1990 S. 273 ff; *ders.* Strafverzicht bei bedingt vorsätzlichem Versuch, NStZ 1990 S. 311 ff; *R. v. Hippel* Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966; *J. Hruschka* Zur Frage des Wirkungsbereichs eines freiwilligen Rücktritts vom unbeendeten Versuch, JZ 1969 S. 495 ff; *G. Jakobs* Buchbesprechung, NJW 1977 S. 670; *ders.* Die Bedeutung des Versuchsstadiums für die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts, JuS 1980 S. 714 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 35 S. 184 ff, JZ 1988 S. 519 f; *H.-H. Jescheck* Anmerkung zu BGH 7 S. 296 ff, MDR 1955 S. 562 f; *B. Kadel* Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum unbeendeten, beendeten und fehlgeschlagenen Versuch, ÖJZ 1987 S. 269 ff; *D. Kienapfel* Anmerkung zu BGH 31 S. 170 ff, JA 1984 S. 72 ff; *ders.* Probleme des unvermittelt abgebrochenen Versuchs. Ein Beitrag zur Abgrenzung des unbeendeten und des beendeten Versuchs, Pallin-Festschrift S. 205 ff; *D. Krauß* Der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch, JuS 1981 S. 883 ff; *W. Küper* Anmerkung zu OLG Karlsruhe NJW 1978 S. 956 f, aaO; *ders.* Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979 S. 775 ff; *K. Lackner* Anmerkung zu BGH 35 S. 184 ff, NStZ 1988 S. 405 ff; *E.-J. Lampe* Rücktritt vom Versuch „mangels Interesses" — BGH 35, 184 ff, JuS 1989 S. 610 ff; *D. Lang-Hinrichsen* Bemerkungen zum Begriff der „Tat" im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Strafzumessung, des Rücktritts und der tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme, Engisch-Festschrift S. 353 ff; *Th. Lenckner* Probleme beim Rücktritt des Beteiligten, Gallas-Festschrift S. 281 ff; *P. Lewisch* Zur Endgültigkeit und Freiwilligkeit beim Versuchsrücktritt, ÖJZ 1990 S. 396 ff; *M. Maiwald* Die natürliche Handlungseinheit, 1964; *H.-W. Mayer* Zur Frage des Rücktritts vom unbeendeten Versuch, MDR 1984 S. 187 ff; *ders.* Nochmals: Gesamtbetrachtung und Einzelakttheorie beim Rücktritt vom Versuch, NJW 1988 S. 2589 f; *F. Muñoz-Conde* Der mißlungene Rücktritt: Eine Wiederkehr der Erfolgshaftung, GA 1973 S. 33 ff; *H. Otto* Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt, GA 1967 S. 144 ff; *ders.* Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Maurach-Festschrift S. 91 ff; *ders.* Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten, JA 1980 S. 641 ff, 707 ff; *I. Puppe* Der halbherzige Rücktritt, NStZ 1984 S. 488 ff; *dies.* Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt, NStZ 1986 S. 14 ff; *dies.* Anmerkung zu BGH NStZ 1990 S. 77 f, aaO S. 433 ff; *O. Ranft* Zur Abgrenzung von unbeendetem und fehlgeschlagenem Versuch bei erneuter Ausführungshandlung, Jura 1987 S. 527 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JZ 1989 S. 1128, aaO S. 1128 f; *R. Rengier* Anmerkung zu BGH 34 S. 53 ff, JZ 1986 S. 964 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 35 S. 90 ff, JZ 1988 S. 531 ff; *H.-J. Römer* Fragen des „ernsthaften Bemühens" bei Rücktritt und tätiger Reue, 1987; *ders.* Vollendungshinderung durch „ernsthaftes Bemühen" — Überlegungen zu einer Harmonisierung der Rücktrittsvorschriften, MDR 1989 S. 945 ff; *C. Roxin* Literaturbericht, ZStW 77 S. 60 ff; *ders.* Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, Heinitz-Festschrift S. 251 ff; *ders.* Der fehlgeschlagene Versuch, JuS 1981 S. 1 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 33 S. 295 und BGH JR 1986 S. 423 f, JR 1986 S. 424 ff; *H.-J. Rudolphi* Anmerkung zu BGH 31 S. 370 ff, NStZ 1983 S. 361 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 34 S. 82 ff, JR 1987 S. 162 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1987 S. 335 f, aaO S. 336 ff; *ders.* Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbemühen, NStZ 1989 S. 508 ff; *H. Schall* Der Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz und wiederholbarer Ausführungshandlung trotz Zielerreichung — BGH NStZ 1990, 30, NStZ 1990 S. 623 ff; *G. v. Scheurl* Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 1972; *F.-C. Schroeder* Rücktritt vom Versuch — OLG Karlsruhe, NJW 78, 331, JuS 1978 S. 824 f; *H. Schröder* Die Koordinierung der Rücktrittsvorschriften, H. Mayer-Festschrift S. 377 ff; *ders.* Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, JuS 1962 S. 81 ff; *ders.* Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch, MDR 1956 S. 321 ff; *B. Schünemann* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 S. 341 ff, GA 1986 S. 293 ff; *F. Streng* Tatbegriff und Teilrücktritt, JZ 1984 S. 652 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH NStZ 1985 S. 358 f, aaO S. 359 ff; *ders.* Rücktritt und dolus eventualis, JZ 1990 S. 212 ff; *K. Ulsenheimer* Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976; *ders.* Zur Problematik des Rücktritts vom Versuch erfolgsqualifizierter Delikte, Bockelmann-Festschrift S. 405 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JZ 1984 S. 852, aaO S. 852 ff; *Th. Vogler* Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer an der Straftat, ZStW 98 S. 331 ff; *M. Walter* Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedan-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

kens im zurechnenden Strafrecht, 1980; *ders.* Bestimmung der Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, GA 1981 S. 403 ff; *J. Weidemann* Der „Rücktrittshorizont" beim Versuchsabbruch, GA 1986 S. 409 ff; *J. Wolter* Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung, ZStW 89 S. 649 ff; *ders.* Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Leferenz-Festschrift S. 545 ff; *K. Yamanaka* Betrachtungen zum Rücktritt vom Versuch an Hand der Diskussion in Japan, ZStW 98 S. 761 ff; *R. Zaczyk* Anmerkung zu BGH NStZ 1984 S. 216 f, aaO S. 217.

I. Die dogmatische Stellung und der Grund der Strafbefreiung

A 1. Versuch ist das Stadium des expressiven, tatbestandsnahen Normbruchs. Wenn **1** der Täter die Tatbestandsnähe zurücknimmt und die Expressivität des Normbruchs widerruft, und zwar aus eigenem Antrieb, gewährt das Gesetz Straffreiheit wegen Rücktritts (§ 24 StGB).

Der Täter muß deutlich machen, daß sein Versuchshandeln falsch war, indem er — beim unbeendeten Versuch — das Handeln abbricht und damit das bisher Geschaffene als nunmehr nutzloses Fragment stehen läßt[1] (die weitere Tatausführung aufgeben, § 24 Abs. 1 Satz 1, 1. Fallgruppe StGB), oder indem er — beim beendeten Versuch — die Wirkungen seines Handelns durch Gegenmaßnahmen paralysiert (die Vollendung der Tat verhindern, § 24 Abs. 1 Satz 1, 2. Fallgruppe StGB). Diese Objektivierung des Widerrufs beim Rücktritt ist das Gegenstück zum Anfang der Ausführung beim Versuch.

Die Objektivierung muß dem Täter in dem Sinn zurechenbar sein, in dem gute Werke zurechenbar sein können (freiwillig, § 24 Abs. 1 Sätze 1 und 2, Abs. 2 Sätze 1 und 2 StGB), d. h. sie darf nicht als ein Geschehen erscheinen, von dem der Täter distanziert werden kann. Diese Zurechenbarkeit oder Freiwilligkeit des Rücktritts entspricht der Schuld beim Versuch. — Wie auch solche Folgen schuldhaft herbeigeführt werden können, die der Täter nicht beabsichtigt, so ist auch beim Rücktritt keine Absicht erforderlich, die Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden; es reicht hin, daß die Vermeidung durch freiwillige Motivation erfolgt[1a] (unten 26/36, 46).

2 a) Rücktritt ist ein *Nachtatverhalten*[1b] (§ 46 Abs. 2, letzte Fallgruppe StGB) in dem **2** Verständnis, daß er erst vollzogen wird, wenn schon ein strafbares Verhalten vorliegt (der Versuch). Jedoch ist Rücktritt insofern ein *besonderes* Nachtatverhalten, als er nicht nach einer abgeschlossenen Tat stattfindet, sondern ein zwar eindeutiges, aber unabgeschlossenes Verhalten in nunmehr widersprüchlicher Weise fortführt und abschließt. Das Besondere am Rücktritt ist nicht, daß er nach dem Versuchsbeginn erfolgt, sondern, daß er das Versuchsverhalten noch ändern kann: Rücktritt ist *Tatänderung*. Die Tatänderung erfolgt freilich erst, nachdem die Tat bis ins Strafbare vorangetrieben wurde; dieses Faktum des nun einmal geschehenen Versuchs kann der Rücktritt nicht rückwirkend aus der Welt schaffen[2], er kann dem Faktum nur für die Zukunft seine Eindeutigkeit nehmen. Da der Täter den Versuch zwar nicht zur Vollendung kommen läßt, er ihn aber zuvor ins Werk gesetzt hat, erwirtschaftet er durch den Rücktritt nicht nur keinen Bonus gegenüber dem status quo ante, sondern der Rücktritt

---

1 Freilich kann im Einzelfall das Fragment vom Täter genutzt werden, indem er umdisponiert. Beispiel: Der Täter legt die Sache, die er im Selbstbedienungsladen ergriffen und schon in seiner Faust verborgen hat, doch in einen Warenkorb. In solchen Fällen noch ambivalenten Verhaltens ist aber auch die auszugleichende Objektivation des Normbruchs schwach.

1a Freilich kennt § 24 StGB nur *vorsätzlichen* Rücktritt. Fahrlässiger Rücktritt ist allenfalls Strafmilderungsgrund. Beispiel: Der Einbruchsdieb macht aus grober Unaufmerksamkeit solchen Lärm, daß er sofort vom Tatort fliehen muß.

1b BGH NStZ 1989 S. 114.

2 *A. A. v. Hippel* Untersuchungen S. 58 ff, 64 f, 68 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

kann den Makel, daß zeitweise ein Versuch in der Welt war, nicht ungeschehen machen. Wenn der Täter für das sofortige Aufhören des Versuchs sorgt, so ist das kein besonderes Verdienst, sondern nicht mehr als Pflichterfüllung[2a]. Die völlige Straffreiheit nach geltendem Recht ist bei dieser Lage nur durch das Bestreben des Gesetzgebers zu erklären, nicht durch eine Strafdrohung den Weg zurück zu verbauen[3].

Auch wenn der Rücktritt den Versuch nicht beseitigen kann, so ist er doch Grund für das Aufhören des Versuchsstadiums. Er ist also partiell das Gegenteil eines Versuchs, scil. zurechenbares Versuchsende. Im Fall des Rücktritts ist ein Normbruch nur kurz in der Welt gewesen, und da der Rücktritt eine dem Täter zurechenbare Leistung ist, ist auch die Kürze des Normbruchsstadiums seine Leistung (freilich hätte bei pünktlicher Pflichtbefolgung das Stadium überhaupt gefehlt). Rücktritt ermöglicht deshalb Nachsicht, Verzicht auf Strafe, auch wenn ein Restunrecht bleibt. Die Minimierung des Normbruchs findet auf allen Stufen des Delikts statt: Die Tatbestandsverwirklichung (das unmittelbare Ansetzen) und die Schuld (die Normuntreue) werden beendet. Rücktritt ist also eine Tatänderung auf allen Stufen des Delikts. — Die übliche Bezeichnung als Strafaufhebungsgrund ist ganz farblos.

3 b) Daß die Ausgleichung schon auf der Tatbestandsebene beginnt, kommt Beteiligten trotz des Akzessorietätserfordernisses nicht zugute; denn für Beteiligte, die nicht ihrerseits zurücktreten, ist der Rücktritt des Ausführenden ein (umgekehrter) Exzeß und deshalb nicht als Verdienst zurechenbar; also haften sie wegen Beteiligung am verbleibenden Versuch[4].

4 B 1. Die Frage nach dem Grund der Strafbefreiung kann nur so komplex beantwortet werden wie die Elemente der Zurechnung komplex sind. Daß der Versuch und dessen Widerruf überhaupt verbunden werden, beruht

a) auf dem Handlungszusammenhang von Versuch und Rücktritt bei einem Delikt (pflichgemäße und deliktische Werke heben sich ansonsten nicht auf);

b) auf dem jeweils reziproken Verhältnis von Tatbestand und Versuchspreisgabe sowie Schuld und Freiwilligkeit;

c) auf dem kriminalpolitischen Interesse am Rücktritt.

Der Schwerpunkt dürfte beim *freiwilligen Tatwiderruf* liegen[4a]. Die Sonderbehandlung des Rücktritts gegenüber sonstigem Nachtatverhalten ist freilich keine *zwingende* Folge dieses Ansatzes[5].

5 2. In der Rechtsprechung und der Literatur werden überwiegend einzelne Aspekte verabsolutiert[6].

2a *Jakobs* JZ 1988 S. 519 f.

3 *Jescheck* AT § 51 I 2.

4 Im Ergebnis ganz überwiegende Lehre, anders nur (wegen einer Gesamtbetrachtung von Versuch und Rücktritt) *v. Hippel* Untersuchungen S. 71 f. — Eine Mittellösung bringt *v. Scheurl* Rücktritt S. 35 ff, 40: Ein nach einem Rücktritt verbleibendes Restunrecht soll dem Teilnehmer zuzurechnen sein. — Beide Versionen der Gesamtbetrachtung leiden darunter, daß ein Teil des Gesamten, der Versuch, vom Teilnehmer zurechenbar bewirkt wurde, ein anderer Teil, der Rücktritt, aber gerade nicht. Zum Gesamten steht der Teilnehmer ambivalent, und eine Option für das eine oder andere ist Willkür. Jedenfalls bezüglich des Teilnehmers paßt eine Gesamtbetrachtung nicht; so im Ergebnis auch *Lang-Hinrichsen* Engisch-Festschrift S. 353 ff, 374 ff; *Bloy* Bedeutung S. 175 ff, 178.

4a Ähnlich die „Schulderfüllungstheorie" von *Herzberg* Lackner-Festschrift S. 325 ff, 349 ff.

5 Anders die „Rechtstheorien" des vorigen Jahrhunderts; Nachweise bei *Gutmann* Freiwilligkeit S. 13 ff; heute noch *v. Hippel* Untersuchungen S. 71 f.

6 Überblick über den Argumentationsrahmen bei *Ulsenheimer* Grundfragen S. 36 f; *Bergmann* Milderung S. 143 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

a) Nach der kriminalpolitischen Theorie[7] soll mit dem Versprechen der Straffreiheit dem Täter eine „goldene Brücke" zur Rückkehr gebaut und damit die Vollendung vermieden werden, insbesondere wenn es um eine Gutsverletzung geht[8]. Die Theorie trifft — abgesehen vom Steuerrecht (Selbstanzeige bei Steuerhinterziehung, § 371 AO) — ein praktisch nur ganz vereinzeltes Rücktrittsmotiv[9]. Sie paßt zudem nicht beim qualifizierten Versuch (siehe unten 26/48), wenn das schon Vollendete von einigem Gewicht ist, und paßt nicht auf die Fälle des Rücktritts vom objektiv nicht vollendbaren Versuch nach § 24 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2, 1. Fallgruppe StGB. — Immerhin läßt sich die radikale gesetzliche Strafbefreiung nur als Anerkennung eines Interesses am Rücktritt deuten[9a].

b) Die Rechtsprechung argumentiert heute überwiegend im Sinn einer Strafzweck- **6**
theorie (auch Indiztheorie)[10]. Danach soll der Rücktritt zeigen, daß der „verbrecherische Wille" des Täters zur Tatdurchführung nicht hinreichend stark gewesen ist; die im Versuch demonstrierte Tätergefährlichkeit erweise sich durch den Fortgang als gering, und Strafe soll bei dieser Lage weder aus spezialpräventiven noch aus generalpräventiven Gründen und schließlich auch nicht nach dem „Gedanken der Gerechtigkeit" angebracht sein[11]. Die Theorie formuliert etwas nahezu Selbstverständliches: Ein so altes Rechtsinstitut wie der Rücktritt wird nicht den Strafzwecken gegenläufig ausgestaltet sein können. Entscheidungsrichtlinien lassen sich nach dieser Theorie jedoch nur so ungenau gewinnen, wie sich in der Umkehrung aus unscharfen Strafzweckerwägungen nur eine ungenaue Zurechnungslehre entwickeln läßt[12].

c) Einen Ausschnitt dessen, was die Strafzwecktheorie nur im Ergebnis benennt, **7**
behandeln die Theorien der Schuldminderung[13] und der Verkürzung des Versuchsunrechts[14]. Beide Theorien benennen zutreffende, aber nicht allein zutreffende Aspekte.

---

7 *Feuerbach* Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs, 2. Theil S. 103.

8 So im Schwerpunkt auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts, zuletzt RG 73 S. 53 ff, 60; eingehend dazu *Ulsenheimer* Grundfragen S. 38 f; *Walter* Rücktritt S. 11 ff, 18 f; vereinzelt auch der Bundesgerichtshof, so neben anderen Erwägungen BGH 6 S. 85 ff, 87; BGH JR 1963 S. 466 f; ausdrücklich abweichend allerdings BGH 9 S. 48 ff, 52.

9 Siehe dazu *Ulsenheimer* Grundfragen S. 68 ff mit Nachweisen S. 274; *Bockelmann* NJW 1955 S. 1417 ff, 1420.

9a Es ist aber verfehlt, wenn die kriminalpolitische Theorie als Vehikel genommen wird, um den Täter von einer Haftung für solches Versuchsunrecht zu befreien, dessen Fortlauf zur Vollendung (oder dessen Fehlschlag) er nicht mehr beeinflussen kann. Dies geschieht zur Gesamtbetrachtung (*Roxin* JuS 1981 S. 1 ff, 8; *Kienapfel* Pallin-Festschrift S. 205 ff, 215 u. a. m.; dagegen 26/14 ff) und zum Rücktritt vom beendeten Versuch (unten 26/19, 21 ff): Nur eine kurzatmige Kriminalpolitik hebt um eines aktuellen Gutserhalts willen allgemeine Regeln (also die Gleichheit vor dem Gesetz) auf. Mit *solchen* Überlegungen könnte man selbst den verfolgten Mörder straffrei lassen, der darauf verzichtet, auch noch seine Verfolger zu töten.

10 Neben anderen Erwägungen schon BGH 6 S. 85 ff, 87; deutlicher BGH 9 S. 48 ff, 52; 14 S. 76 ff, 80; konzeptionslos BGH 22 S. 330 ff, 332 und die zur Tatplanperspektive schwenkenden Entscheidungen BGH 31 S. 170 ff; 33 S. 295 ff; 35 S. 90 ff u. a. m.; ausführlich *Ulsenheimer* Grundfragen S. 39 ff; — aus der Literatur ferner *Roxin* Heinitz-Festschrift S. 251 ff, 269 (wobei — wie bei der hier eingenommenen Position — für *Roxin* Strafzweck und Schuld kohärente Begriffe sind); *Schönke-Schröder-Eser* § 24 Rdn. 2 f; *SK-Rudolphi* § 24 Rdn. 4; *Schmidhäuser* AT 15/69; *ders.* Studienbuch 11/68 ff; in der Hauptsache auch *Maurach-Gössel* AT II § 41 Rdn. 10 ff; ferner („strafzumessungsnaher Verantwortungsausschluß") *Bottke* Methodik S. 565 ff, 611 f. — Strafzweckorientiert ist auch die Konzeption von *Walter* Rücktritt S. 43 ff, der das Institut des Rücktritts als eine täterstrafrechtliche Integration der Bewährung in die Tatzurechnung deutet; dazu *Küper* GA 1982 S. 228 ff.

11 So BGH 9 S. 48 ff, 52.

12 Ebenso kritisch *Ulsenheimer* Grundfragen S. 78 f.

13 *Ulsenheimer* Grundfragen S. 91 ff, 103; *Roxin* Kriminalpolitik S. 33 ff, 35 ff; *ders.* Heinitz-Festschrift S. 251 ff, 273 ff (siehe aber auch Fn. 10); bei der Mehrzahl der Vertreter der Strafzwecktheorie ist eine Schuldmilderung wohl mehr oder weniger stillschweigende Beurteilungsbasis, siehe etwa *SK-Rudolphi* § 24 Rdn. 6.

14 *v. Hippel* Untersuchungen S. 58 ff; mit Ein-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

8 d) Die verbreitet vertretene Gnaden- oder Prämientheorie[15] formuliert nur eine — allerdings nicht selbstverständliche — Voraussetzung der Strafbefreiung, daß nämlich rechtswidriger Versuch und pflichtgemäßes Rücktrittsverhalten zusammen gewürdigt werden. Warum das so ist, nämlich wegen der Reziprozität in Tatbestand und Schuld (Rücktrittstatbestand und Freiwilligkeit), bleibt nach dieser Theorie offen.

II. Der Rücktrittstatbestand beim ausführenden Täter

A. Der unbeendete Versuch

9 1a) Hat der Täter noch nicht alles zur Ausführung Erforderliche getan und würde weiteres Handeln den Erfolg bringen (nicht fehlgeschlagener, unbeendeter Versuch), so genügt zum Rücktritt das Abstehen von weiterem Tun (§ 24 Abs. 1 Satz 1, 1. Fallgruppe StGB). Dieses Aufgeben der Tat ist nur in einer Lage durchführbar, die noch die Möglichkeit der erfolgversprechenden weiteren Abwicklung des Handlungsplans beläßt. Beispiel: Wer ein Vermögen stehlen will und nur Pfennige findet, gibt den Diebstahlsversuch bezüglich des Vermögens nicht auf, wenn er nichts nimmt[16]. Rücktritt ist in allen Formen ausgeschlossen, wenn der Täter seine Verhaltensalternative (Vollendung bewirken oder zurücktreten) verloren hat. Der Täter, der früh scheitert, erlebt ceteris paribus weniger Rücktrittssituationen als derjenige, der die Ausführungshandlung erfolgreich vollzieht. Somit kann ein dürftiger Angriff eine Rücktrittsmöglichkeit verschütten, die bei einem kräftigen Angriff eröffnet wird. — Dies und zahlreiche nachfolgend aufzuzeigende aleatorische Momente machen die Regelung des § 24 StGB insgesamt revisionsbedürftig.

9a b) Solange der Täter noch keine Handlung vollzogen hat, die nach seinem Urteil den Erfolg unhinderbar bringen könnte, hindert ein reparabler Fehlschlag den Rücktritt nicht, wenn der fehlgeschlagene Teil und dessen Ersatz *ein* deliktisches Verhalten bilden würden. Die Lage ist anders als beim fehlgeschlagenen beendeten Versuch: Wäre bei diesem ein Rücktritt durch freiwillige Tataufgabe möglich, so würde der Täter durch den Fehlschlag besser gestellt (ohne Fehlschlag wäre jedenfalls ein bloßes Nicht-Weiterhandeln kein Rücktritt); beim unbeendeten Versuch kommt es zu keiner Besserstellung. — Ein Fehlschlag ist freilich nur dann reparabel, wenn dem Täter eine Wiederholungsmöglichkeit zur Verfügung steht, die eine mindestens gleiche Erfolgswahrscheinlichkeit bringt, wie sie das fehlgeschlagene Verhalten brachte. Beispiel: Der Mörder, dem das Opfer aus dem Visier läuft, tritt zurück, wenn er es mit mindestens gleicher Chance, es zu treffen, wieder ins Visier nehmen könnte, nicht aber, wenn sich das Opfer so weit entfernt, daß die Gelingenschance spürbar sinkt; denn bei einem Sinken verzichtet der Täter auf weniger, als er erfolglos eingesetzt hat, mit anderen Worten, er kann den fehlgeschlagenen Teil nicht mehr ändern.

10 2. Bei Unterbrechung eines Versuchsverhaltens mit dem Vorsatz, demnächst fortzufahren (dazu auch unten 26/35), ist zu unterscheiden:

a) Die Versuchshandlung wird immer dann aufgegeben, wenn der Versuch und die Fortsetzung nicht denselben Tatbestand verwirklichen[17]. Beispiel: Wer vom Raubver-

---

schränkungen auch *v. Scheurl* Rücktritt S. 25 ff und *Bloy* Bedeutung S. 166 ff.

15 *Jescheck* AT § 51 I 3; *Bockelmann* NJW 1955 S. 1417 ff, 1420; *Bockelmann-Volk* AT § 27 V 4 (S. 214); *Baumann-Weber* AT § 34 I 1 u. a. m.

16 Verfehlt die Lozierung des Problems in der Freiwilligkeit bei BGH 4 S. 56 ff; 13 S. 156 f; zutreffend *Bottke* Rücktritt S. 23 f mit Nachweisen.

17 *Herzberg* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 709 ff, 716; *a. A. Streng* NStZ 1985 S. 359 ff mit dem Argument, die Tatbestandsidentität sei sub specie § 24 StGB jedenfalls dann „zufällig", wenn der Täter denselben „Rechtsgutsangriff auf höherem Niveau" (S. 359) fortführe; es gibt aber keine strafbaren Rechtsgutsangriffe außerhalb der vertatbestandlichten Angriffe.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

such absteht, um das in Aussicht genommene Opfer zu vergewaltigen, gibt jedenfalls den Raub auf (dies freilich nicht auch jedenfalls freiwillig), wenn auch nicht die Nötigung.

b) Wird die vorgesetzte Fortsetzung (mindestens auch) denselben Tatbestand wie der Versuch verwirklichen, so wird der Versuch immer und nur dann aufgegeben, wenn die Fortsetzung nicht (auch) mit dem Versuch zu *einer* quantitativ gesteigerten Tatbestandsverwirklichung verbunden werden kann[17a]. Besteht die Verbindung, so verläßt der Täter das Versuchsstadium nicht (aber — freiwillig — preisgegebene Teile dürfen dann bei der Strafzumessung nicht belasten[17b]). Ansonsten ist nicht erforderlich, daß der Täter das Angriffsobjekt künftig „in Ruhe lassen" will; es reicht hin, wenn er *jetzt* nicht mehr unmittelbar ansetzt. Beispiele: Der Dieb, der sich nach dem Einbruchsversuch davonmacht, um stundenlang Mittäter zu suchen, gibt den Versuch auf, weil es an einer einheitlichen Handlung „im natürlichen" oder juristischen Sinn fehlt[18]. — Wer eine Attacke mit einem Messer auf seinen Nachbarn abbricht, um auf dessen Frau einzustechen, gibt den Versuch der gefährlichen Körperverletzung am Nachbarn auf, weil Angriffe gegen höchstpersönliche Güter verschiedener Personen nie zu einer einheitlichen Tatbestandsverwirklichung verbunden werden können (unten 32/19). Die Lösungen sind insoweit streitig, als teils nicht nur eine Abkehr von der konkreten Tat, sondern vom ganzen Planungszusammenhang verlangt wird[19]. Da aber nur der konkret gestartete Versuch zur Debatte steht, kann es nicht um mehr gehen als um dessen Preisgabe[20]. Nicht mindestens in das Versuchsstadium getretene Deliktspläne sind für den Rücktritt *vom Versuch* irrelevant; strafbares *Vorbereitungs*verhalten mag strafbar bleiben (dazu unten 27/15). Eine Abkehr von dem Grundsatz, daß allein die konkrete Tat berücksichtigt werden darf, verletzt das Tatprinzip zugunsten ethisierender Erwägungen[20a].

10a 3. Merkt der Täter gerade deshalb nicht, daß er weiterhandeln, den Versuch beenden und damit das Delikt zur Vollendung bringen könnte, weil er das Interesse verloren hat, so schließt dies eine Tataufgabe nicht aus. Beispiele: Ein Stück der Klinge des zum Aufstemmen der Tür eingesetzten Messers bricht sofort ab; der Täter hält dies für ein schlechtes Zeichen und, ohne zu bedenken, daß auch das abgebrochene Messer ein voll taugliches Tatmittel für den zuvor geplanten Einbruchsdiebstahl wäre, geht er nach Hause. — Der Eindringling vergißt im Museum beim Betrachten der Kunstwerke die ursprünglich geplante Wegnahme der Kasse. — Es handelt sich um eine Ausdehnung der psychologisierend formulierten Regelung des § 24 StGB zugunsten des Täters.

Wie es bei der Unrechts*begründung* Tatsachenblindheit gibt, die nicht *ent*lasten dürfte (die freilich wegen der starren Regelung des § 16 Abs. 1 StGB de lege lata doch entlastet; siehe oben 8/5 f), so darf beim Rücktritt die mit rechtsfreundlicher Motivation verträgliche Blindheit nicht *be*lasten. — Dadurch wird freilich nicht ausgeräumt,

---

17a Siehe unten 32/1 ff, 5 ff; gegen die Relevanz des sogenannten Fortsetzungszusammenhangs siehe *Lenckner* Gallas-Festschrift S. 281 ff, 304 und unten 32/38 ff. — BGH 33 S. 142 ff mit kritischer Anmerkung *Streng* NStZ 1985 S. 359 ff stellt in einem Fall auf Fortsetzungszusammenhang ab, in dem auch eine einheitliche Handlung im juristischen Sinn hätte angenommen werden können.

17b Im Ergebnis auch BGH 33 S. 142 ff, 146 f.

18 Hauptsächlich so auch *Maurach-Gössel* AT II § 41 Rdn. 51 ff. — *A. A.* BGH 21 S. 319 ff, 332; ausführlich dazu *Hruschka* JZ 1969 S. 495 ff; vermittelnd *Schönke-Schröder-Eser* § 24 Rdn. 40; *LK-Vogler* § 24 Rdn. 79.

19 RG 72 S. 350 ff, 351; BGH 7 S. 296 ff, 297; *Baumann-Weber* AT § 34 II 1 a; *SK-Rudolphi* § 24 Rdn. 18; *Welzel* Strafrecht § 25 I 2 b.

20 *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 46 III; *Schmidhäuser* AT 15/81; *Maurach-Gössel* AT II § 41 Rdn. 51; *Heinitz* JR 1956 S. 248 ff; *Lenckner* Gallas-Festschrift S. 281 ff, 303; *Lewisch* ÖJZ 1990 S. 396 ff, 399 f.

20a Treffend *Herzberg* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 709 ff, 718.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

daß rechtsfeindliche Blindheit beim Rücktritt so *ent*lastet wie beim Versuch: Wer leichtfertig, aber im Ergebnis zutreffend den Versuch für unbeendet hält, kann durch bloßes Nicht-Weiterhandeln zurücktreten (wie derjenige, der leichtfertig die Erfolgseignung seines Verhaltens überhaupt nicht bemerkt, nicht erst einen Versuch begeht).

4. *Irrtumsprobleme:*

11 a) Hält der Täter den Versuch für schon fehlgeschlagen[21], obgleich er objektiv noch tauglich ist, so ist das Abstehen von weiterem Tun keine Entscheidung einer Alternative und somit keine Entscheidung gegen das bisherige Tun. Es fehlt schon am Bewußtsein der Verbrechensaufgabe (dieses Bewußtsein ist dem Vorsatz beim Versuch vergleichbar). Beispiel: Der betrügerische Verkäufer wendet sich vom Kaufinteressenten ab, weil er meint, dieser sei von der Wahrheit der (betrügerischen) Zusicherung nicht zu überzeugen; in Wirklichkeit ist der Käufer schon zum Kauf entschlossen; — kein Aufgeben der Tat.

12 b) Hält der Täter weitere Aktivitäten für erfolgversprechend, obgleich der Versuch bereits objektiv mißglückt ist, so kann der Täter — in Umkehrung der subjektiven Versuchsbegründung — die Tat aufgeben[22], da aus seiner Sicht eine Alternative zu entscheiden ist und ein Verzicht auf weiteres Handeln deshalb eine Wendung gegen den Versuch bedeutet. Beispiel: Der betrügerische Verkäufer, der nicht weiß, daß er schon durchschaut ist, betreibt das angebahnte Geschäft nicht weiter; — Aufgeben der Tat.

13 c) Ist die Vollendung bereits hinreichend bedingt oder gar eingetreten, obgleich der Täter meint, noch nicht alles Erforderliche bewirkt zu haben (Beispiel: Das Gebäude geht überraschend nach dem Verschütten von Benzin durch Selbstentzündung in Flammen auf), so ist zu unterscheiden:

aa) Hält der Täter den Versuch für mißglückt, so fehlt es mangels einer erkannten Verhaltensalternative an einer Tataufgabe, und der Täter haftet für Versuch. Daß der Erfolg eintreten wird oder schon eingetreten ist, kann dem Täter nicht als eine *Vorsatz*tat zugerechnet werden, da er die spezifischen Erfolgsbedingungen verkannt hat (siehe oben zum Problem der vorzeitigen Vollendung[23] 8/76).

bb) Sieht der Täter den Erfolgseintritt, so fehlt wiederum eine Alternative und damit fehlt das Aufgeben.

---

21 Der Begriff des Fehlschlags wird unterschiedlich gebraucht; siehe *Schmidhäuser* AT 15/77 Fn. 13; *LK-Vogler* § 24 Rdn. 23 ff; *Otto* GA 1967 S. 144 ff; *Gössel* ZStW 87 S. 3 ff; *Bottke* Methodik S. 355 ff; *ders.* Rücktritt S. 21 ff; *Roxin* JuS 1981 S. 1 ff, 2. — Nachfolgend wird jeweils präzisiert, ob eine objektive oder subjektive Sicht gemeint ist.

22 Nach § 24 Abs. 1 Satz 1, 1. Fallgruppe StGB, nicht etwa nach Satz 2! Denn daß — so Satz 2 — eine „Tat ohne Zutun des Zurücktretenden nicht vollendet" wird, setzt voraus, daß das Tun des Zurücktretenden die Tat vermeintlich bis zum Versuch gebracht hat.

23 Anders die überwiegende Lehre, die bei vorzeitigem Erfolgseintritt ein vollendetes Vorsatzdelikt annimmt: Haftung für Vollendung. — Für adäquate Abweichungen differenziert nach dem Zeitpunkt des Erfolgseintritts *Schönke-Schröder-Eser* § 24 Rdn. 22 ff; aber es geht nicht um die Reihenfolge von Kausalabläufen, sondern um deren Zurechnung. — Siehe auch *Wolter* ZStW 89 S. 649 ff, 695. — *Ulsenheimer* Grundfragen S. 224 f will auch bei bloßer objektiver Erfolgs*gefahr* nur nach den Regeln des beendeten Versuchs befreien. Das ist eine konsequente Erweiterung des von der überwiegenden Lehre (Vollendung) intendierten Rechtsgüterschutzes, aber eine ebenso konsequente Verkennung der Funktion des Strafrechts: Nach der Tat (also zum Güterschutz zu spät) soll es soziale Konflikte abarbeiten. Das Abstehen spricht auch bei einer objektiv bestehenden Gefahrenlage gegen den Versuch, d. h. für die Norm. *Ulsenheimer* will im Ergebnis immer Rücktritt ausschließen, wenn das Ausbleiben des Erfolgs nur Zufall ist; sehr ähnlich *Eser* Studienkurs Bd. II Fall 33 Rdn. 30 ff; dies ist die Anwendung der subjektiv orientierten Unrechtstheorie (6/72 f) auf den Rücktritt und ebenso anfechtbar wie diese Theorie: Es gibt keinen Satz des Inhalts, Zufall dürfe nicht zugunsten des Täters wirken; siehe unten zum beendeten Versuch 26/18, 28.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

cc) Meint der Täter, er befinde sich im Stadium des tauglichen, unbeendeten Versuchs, so kann er die *Vorsatz*tat aufgeben, da der — geschehene oder bevorstehende — Erfolgseintritt nicht als Vorsatztat zuzurechnen ist (anders die überwiegende Lehre[23a]).

dd) Die Möglichkeit einer Haftung für fahrlässige Erfolgsherbeiführung bleibt unberührt.

5. Der Täter kann bei teilbarem Unrecht von einem Unrechtsteil zurücktreten. Dies **13a** geschieht bei nebeneinanderstehenden Taten durch Aufgeben eines der Tatstränge. Beispiel: Der Täter, der zum Wurf einer Bombe auf zwei Opfer angesetzt hatte, zögert, bis eines der Opfer außer Gefahr ist. Bei hintereinander gestaffeltem Unrecht genügt es, wenn der Täter die Verwirklichung des nachgelagerten qualifizierenden Unrechts preisgibt, bevor diejenigen Umstände eingetreten sind, derentwegen die Qualifizierung besteht[23b]. Beispiel: Wer mit dem Vorsatz ein Haus betritt, den Bewohner sofort zu berauben, sich aber vor der ersten Kontaktmöglichkeit entschließt, nur zu stehlen und beim Auftauchen des Bewohners zu fliehen, tritt vom Raubversuch zurück.

B. Die Grenze von unbeendetem und beendetem Versuch

1 a) Zweifellos ist ein Versuch unbeendet, wenn der Täter nach seinem Plan noch **14** nicht alles getan hat und nach objektivem Urteil eine Erfolgsgefahr fehlt[24]. In breitem Maß streitig ist die Behandlung derjenigen erfolglosen Versuche, bei denen der Täter bereits Handlungen vollzogen hat, die nach seinem Urteil die Vollendung hätten bringen können oder noch bringen könnten, zugleich aber weitere Handlungsmöglichkeiten sieht, die seines Erachtens die Vollendung, sollte sie noch nicht hinreichend bedingt sein, bewirken würden. Beispiel: Der mit Tötungsvorsatz schießende Täter verfehlt mit dem ersten Schuß von mehreren möglichen sein Ziel, oder er weiß nicht, ob er überhaupt oder gar tödlich getroffen hat; jedenfalls gibt er weiteres Schießen auf.

Der Annahme eines unbeendeten Versuchs, insbesondere durch die Rechtsprechung (sogenannte Gesamtbetrachtung, schlichte Tataufgabe ist strafbefreiender Rück-

---

[23a] Angeblich Vollendung, siehe 8/76 mit Fn. 150. — Teils wird trotz der Annahme von (nur) Versuch die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts ausgeschlossen, soweit der Erfolgseintritt immerhin objektiv zurechenbar ist (Wolter ZStW 89 S. 647 ff, 695; *ders.* Leferenz-Festschrift S. 545 ff, 559 ff, 567 unter zweifelhafter Berufung auf *Frank* § 46 Anm. IV). Das beruht auf dem Gedanken des versari in re illicita, wie deutlich wird, wenn ein anderer als der vorgesetzte Erfolg objektiv zurechenbar eintritt: Die Art des eingetretenen Erfolgs ist bei *nur* objektiver Zurechnung subjektiv jedenfalls Zufall.

[23b] *A. A.* BGH NStZ 1984 S. 216 f; siehe dazu unten 26/48 mit weiteren Nachweisen Fn. 84a.

[24] Schon bei einer nur objektiven Erfolgsgefahr wird nach vereinzelten Ansichten die Grenze zum beendeten Versuch überschritten, siehe 26/Fn. 23. — *Borchert* und *Hellmann* (GA 1982 S. 429 ff, 437) wollen nur noch nach der „objektiven Erfolgstauglichkeit" differenzieren, und zwar „zum Zeitpunkt der Rücktrittsaktivitäten". Irgendwann zeigt sich freilich bei jedem Versuch, der Versuch bleibt, die Erfolgsuntauglichkeit (objektiv wie subjektiv). Wartet der Täter diesen Zeitpunkt ab, so müßte er nach dieser Lösung durch schlichtes Nicht-Weiterhandeln frei werden, auch wenn er das zwischenzeitliche Stadium objektiver Erfolgstauglichkeit ohne Abwendungsbemühungen hat verstreichen lassen. Dem beendeten Versuch (Rücktritt nur durch Gegenaktivitäten) würde also der unbeendete Versuch in axiologisch fragwürdiger Weise nachfolgen: Vorher erforderliche Rücktrittsleistungen würden durch Zeitablauf obsolet.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

tritt[25]), steht diejenige eines beendeten Versuchs (sogenannte Einzelbetrachtung[26]), je nach subjektiver Seite sogar ohne Rücktrittsmöglichkeit, schroff gegenüber[27].

15 b) Überhaupt außer Streit sollte sein, daß die Regeln des beendeten Versuchs gelten, wenn der Täter nach dem Handlungsvollzug mit der Möglichkeit eines Erfolgseintritts rechnet[27a]; denn ansonsten könnte er durch schlichte Tataufgabe zurücktreten, obgleich er wegen seines Vorverhaltens nach den Regeln für vorsätzliche, unechte Unterlassungsdelikte zu einem Erfolgsabwendungsversuch verpflichtet wäre[28]. Aber auch in den restlichen Fällen — scil. bei nur ex ante gegebener Erfolgstauglichkeit der vollzogenen Handlungen — ist der Versuch als beendet zu behandeln; denn sobald der Täter nach seinem Plan einen Verlauf (objektiv erfolgreich oder nicht) aus der Hand gibt, und sei es nur eventuell (mindestens mit dolus eventualis), gehört dieser Verlauf von

---

25 Die neuere Rechtsprechung kontinuierlich für diejenigen Fälle, in denen der Plan ex ante auf mehrere Handlungen geht oder quantitativ unbestimmt ist BGH 10 S. 129 ff, 131; 14 S. 76 ff, 79; 22 S. 330 ff, 332 f; 23 S. 356 ff, 359; BGH NJW 1980 S. 195; BGH NStZ 1981 S. 342; BGH StV 1981 S. 514 und S. 514 f; StV 1982 S. 70; OLG Karlsruhe NJW 1978 S. 331 f (mit Anmerkung *Küper* NJW 1978 S. 956 f; *Schroeder* JuS 1978 S. 824 f; — ein Fall eines Erpressungsversuchs, der nach einigen Nötigungshandlungen abgebrochen wird: Der Nötigungsversuch ist dann beendet), sogenannte *Tatplanperspektive;* Tataufgabe als Rücktritt wurde auch dann noch bejaht, wenn der Täter am Handlungsende in einer Fortsetzungszusammenhang begründenden Weise weitere Handlungen intendiert. Ist nur eine einzige Handlung eingeplant, so sollte nach dieser Rechtsprechung Rücktritt durch Aufgeben ausgeschlossen sein; bieten sich aber in einer solchen Lage weitere Handlungen drastisch an, korrigierte die Rechtsprechung das unbefriedigende Ergebnis durch Umdeuten des Plans; BGH 22 S. 176 f; hierzu *Dreher* JR 1969 S. 105 ff, 106; ausführliche Darstellung der Rechtsprechung bei *Otto* GA 1967 S. 144 ff; *Geilen* JZ 1972 S. 335 ff. — Sodann verläßt die Rechtsprechung offener die Tatplanperspektive und stellt darauf ab, wie sich die Lage nach der letzten Ausführungshandlung darstellt, ob also dann nach dem Urteil des Täters ein Weiterhandeln möglich ist (unbeendeter Versuch, Rücktritt durch Nicht-Weiterhandeln) oder nicht (fehlgeschlagener Versuch): Eine Entscheidung nach der sogenannten *Rücktrittsperspektive;* BGH 31 S. 170 ff, 175 ff; 33 S. 295 ff, 297 ff mit zustimmender Anmerkung *Roxin* JR 1986 S. 424 ff (zu dem obiter dictum, der Versuch sei schon bei „Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die den Erfolgseintritt nahelegen" beendet, S. 299, siehe *Weidemann* GA 1986 S. 409 ff); BGH 34 S. 53 ff, 56 f mit zustimmender Anmerkung *Rengier* JZ 1986 S. 964 ff und Anmerkung *Fahrenhorst* NStZ 1987 S. 278 f; BGH 35 S. 90 ff, 91 ff mit zustimmender Anmerkung *Rengier* JZ 1988 S. 931 ff; BGH NJW 1986 S. 1001 f mit hauptsächlich zustimmender Anmerkung *Roxin* JR 1986 S. 424 ff, 427; BGH NStZ 1986 S. 264 f; StV 1987 S. 529; bei *Holtz* MDR 1988 S. 29; StV 1989 S. 246 f; BGH 36 S. 224 ff mit zutreffend kritischer Anmerkung *Ranft* JZ 1989 S. 1128 f (später beseitigter Irrtum des Täters über die Rücktrittslage); BGH NStZ 1990 S. 30 ff mit ablehnender Besprechung *Schall* NStZ 1990 S. 623 ff; implizit auch BGH 35 S. 184 f (zu dieser Entscheidung siehe auch unten 26/Fn. 59); weitere Zusammenstellung der Rechtsprechung bei *Kadel* ÖJZ 1987 S. 269 ff. — Zur Kritik siehe *Herzberg* NJW 1986 S. 2466 ff; *ders.* JuS 1990 S. 273 ff und den folgenden Text. — Zum fehlgeschlagenen Versuch (der Täter sieht keine Möglichkeit des Weiterhandelns): BGH NStZ 1989 S. 18 f. — Für die Gesamtbetrachtung *Roxin* Heinitz-Festschrift S. 251 ff, 267 ff; *ders.* JuS 1981, S. 1 ff, 6 ff; *Schmidhäuser* AT 15/78; *ders.* Studienbuch 11/79 f; *Wessels* AT IV 3; *Bottke* Methodik S. 467 f; *ders.* Rücktritt S. 27 f; *LK-Vogler* § 24 Rdn. 65 ff; *Ranft* Jura 1987 S. 527 ff, 532 ff (wenn eine *art*gleiche Fortsetzung möglich ist und wenn nicht bei *dolus eventualis* die vorgestellte Versuchshandlung vollständig ausgeführt wurde).

26 *Baumann-Weber* AT § 33 II; *Ulsenheimer* Grundfragen S. 217 ff, 240 f; *Gutmann* Freiwilligkeit S. 92 ff; *Burkhardt* Rücktritt S. 90 ff; *Maiwald* Handlungseinheit S. 92; *Geilen* JZ 1972 S. 335 ff, 337, 342 f.

27 Zu den folgenden Differenzierungen siehe *Jakobs* JuS 1980 S. 714 ff; *Schönke-Schröder-Eser* § 24 Rdn. 21. — Zwischen den Positionen mit unterschiedlichen Begründungen vermittelnd *Maurach-Gössel* AT II § 41 Rdn. 46 ff, 81; *Jescheck* AT § 51 II 3c, d; *SK-Rudolphi* § 24 Rdn. 14. — Zum japanischen Recht *Yamanaka* ZStW 98 S. 761 ff.

27a Insoweit zutreffend immerhin auch BGH 31 S. 170 ff, 175, mit zustimmenden Anmerkungen *Rudolphi* NStZ 1983 S. 361 ff und *Kienapfel* JR 1984 S. 72 ff und Besprechung *Mayer* MDR 1984 S. 187 ff; BGH NJW 1985 S. 2428; BGH 33 S. 295 ff, 299 f; BGH NStZ 1986 S. 312 f; bei *Holtz* MDR 1987 S. 927.

28 Handlungsfähigkeit etc. unterstellt; hierauf weist *Geilen* JZ 1972 S. 335 ff. 339 hin; insoweit übereinstimmend *Bottke* Methodik S. 425 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

dann an zum vergangenen Handeln des Täters, d. h. der Täter hat aktuell mit dem Verlauf nichts mehr zu tun, es sei denn, er revoziert ihn durch Abwendungsmaßnahmen (also nach den Regeln für den Rücktritt vom beendeten Versuch)[29]. Ein bloßes Aufgeben weiteren Tuns ist mit dem vorstellungsgemäß entglittenen Verlauf schlechthin unverbunden: Bloßes Unterlassen weiterer Versuche ist kein Rücktritt.

16 2. Das kriminalpolitische Interesse am Unterbleiben weiterer Versuche spricht gegen die aufgezeigte Lösung. Dies besagt für sich allein jedoch nichts, da die Lösung aus der Entfaltung *genereller* strafrechtlicher Funktionen folgt und deshalb vor einer *einzelnen*, systematisch inkonnexen Lösungsmöglichkeit rangiert[30]. Das vorhandene Unrecht ist in den anstehenden Fällen nicht aus zurechenbaren Gründen gering, sondern zufälligerweise. Dies ließe sich nur ausgleichen, wenn der Täter ein über seine Pflichterfüllung hinausgehendes verdienstliches Werk erbringen würde (obgleich auch dann die Verrechnung eine plumpe Methode zur Abgrenzung des Strafbaren vom Straflosen wäre). Da freilich objektiv nichts Verdienstliches möglich ist (Pflichterfüllung reicht zur Schadlosigkeit hin), läßt sich ein Überschuß an Verdienst allenfalls im subjektiven Bereich ausmachen; zur Kompensation des nicht mehr beherrschbaren Unrechts kann man besondere Anforderungen an die Freiwilligkeit eines Rücktrittsverhaltens stellen. Statt bloß legaler Haltung ist dann eine innere Akzeptation des Rechts, Reue oder ähnliches zu fordern[30a]. So etwas ist in seiner Beschränkung auf das Subjektive freilich mit dem Versuch als auch objektivem Geschehen inkommensurabel; zudem macht das Schielen auf die Innerlichkeit die Rücktrittsregelung unpraktikabel. Immerhin wäre eine solche Lösung eher vertretbar als diejenige der Rechtsprechung, die Rücktritt trotz des nicht geringen Unrechts zulassen will, aber auch nichts zur Kompensation fordert[30b]. — Im Ergebnis bleibt es dabei, daß ein Täter die Vergangenheit nicht ungeschehen machen kann: Jedes einzelne Scheitern schließt Rücktritt aus. — Zum Problem des fehlenden Motivs zum Weiterhandeln beim nicht gescheiterten Versuch siehe unten zur Freiwilligkeit 26/39 a.

---

29 Das übersieht *Bottke* Methodik S. 467 f. — *Walter* Rücktritt S. 115 erkennt die Zäsur, meint aber, der Täter könne sich bei gegebenen Möglichkeiten zum Weiterhandeln noch bewähren, wenn sich ihm noch „eine Perspektive vorsorgenden Verhaltens" eröffne (aaO S. 121). Diese Deutung gelingt jedoch nur, wenn die gesetzlichen Stufen des Verbrechens entmaterialisiert werden und dasjenige, worin sich der Täter zu bewähren hat, in der Vermeidung eines noch zukünftigen, jedenfalls dem Versuch nachfolgenden „sozialen Schadens" gesehen wird (aaO S. 52). Daß freilich ein fehlgeschlagener Versuch als nicht revozierbare Entäußerung eines enttäuschenden Verhaltens seinerseits schon „sozialer Schaden" ist, bleibt dabei unbeachtet.

30 Das übersehen wohl *Otto* GA 1967 S. 144 ff, 149 und *Roxin* Heinitz-Festschrift S. 251 ff, 267, wenn sie ausführen, der Täter bringe mit der Aufgabe objektiv zum Ausdruck, daß er den Weg des Verbrechens verläßt. Solches kann man auch nach Vollendungen zum Ausdruck bringen. Wichtig wäre, daß man nicht nur den Weg verläßt, sondern das schon zurückgelegte Stück Wegs zurückgeht, was aber nach einem Fehlschlag unmöglich ist. — Das verbreitete Argument *für* die hier vertretene Lösung, es sei axiologisch ungereimt, dem Täter mit einem umsichtig mehrgleisig auf Erfolg abgesicherten Deliktsplan die Möglichkeit einer Strafbefreiung zu erhalten, die dem schlicht eingleisig planenden Täter abgehe, ist wohl nicht richtig. Wie *Herzberg* Blau-Festschrift S. 97 ff, 113, 116 ff ausführt, leistet der mehrgleisig Vorgehende einen Verzicht, den der unzulänglich Vorbereitete nach einem Verbrauch seiner Mittel nicht mehr leisten kann. Auch dem Täter des unbeendeten Versuchs wird dieser Verzicht ja zugute gehalten, siehe oben 26/9. Siehe auch unten 26/39 a.

30a Siehe *Jakobs* JZ 1988 S. 519 f.

30b Einziger Grund zur Rechtfertigung solcher Benefizien könnte das Interesse am Gutserhalt sein, aber dann müßte die Freiwilligkeit *danach* ausgerichtet werden: Freiwillig handelt dann nur, wer aus Einsicht oder aus Angst vor Strafe das Gut schont. Aber *diesen* Begriff der Freiwilligkeit verwendet die Rechtsprechung nicht. Dazu *Jakobs* JZ 1988 S. 519 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

17 3. Insgesamt handelt es sich um eine nicht voll befriedigende Folge des Alles-oder-nichts-Prinzips bei § 24 StGB[30c]. Immerhin muß das zum Rücktritt nicht hinreichende, aber rücktrittsähnliche Verhalten als Nachtatverhalten (§ 46 Abs. 2, letzte Fallgruppe StGB) berücksichtigt werden, was in Grenzfällen zur Strafrahmenmilderung führt (§ 23 Abs. 2 StGB).

C. Der beendete Versuch

18 1 a) Beendet ist nach den oben entwickelten Grundsätzen jeder Versuch, bei dessen Vollzug der Täter zumindest mit dolus eventualis urteilte, die Vollendung könne ohne weiteres Zutun eintreten[30d].

Es ist gleichgültig, bei welchem Tatbestandsmerkmal von mehreren kumulativ erforderlichen Merkmalen der Rücktritt die Verwirklichung hindert. In der Regel wird es sich um die Hinderung des äußeren Erfolgs handeln; möglich — wenn auch nicht gerade praktisch bedeutsam — ist aber auch etwa die Vollendungshinderung durch Einholung einer tatbestandsausschließenden Einwilligung[31] o. ä. Beispiel: Der Täter kauft dem Eigentümer die Sache, deren Zerstörung er tauglich beendet versucht hat, vor dem Erfolgseintritt ab. — Kann der Täter bei kupierten Erfolgsdelikten nach Versuchsbeendigung die Vollendung durch bloße Preisgabe seines Vorsatzes zum Weiterhandeln verhindern (oben 8/92 a), so genügt diese Preisgabe auch als Rücktrittsverhalten. Beispiel: Bei einem Diebstahl, begangen in mittelbarer Täterschaft, beschließt der Täter, nachdem er das Werkzeug endgültig losgeschickt hat, aber bevor dieses in die fremde Gewahrsamssphäre eingebrochen ist, das Tatobjekt doch nicht auf Dauer zu entziehen, sondern nur zum vorübergehenden Gebrauch.

19 b) Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn nicht die vorgesetzte Vollendung überhaupt verhindert wird, sondern wenn nach dem Ausbleiben des vollen oder frühesten Erfolgs nur der noch ausstehende Rest oder der noch ausstehende verspätete Erfolg verhindert werden; denn die ausgebliebene Vollendung selbst ist dann nicht mehr zu verhindern. Beispiele: Der Täter hat auf das Opfer geschossen und einen Schuß ins Herz mit sofortigem Tod für möglich gehalten; er trifft aber nur eine Extremität und kann das Opfer retten. — Der Täter sticht mehrfach auf das Opfer ein; als er nach einiger Zeit innehält, ist es noch nicht tot und sogar noch zu retten[32]. — Der Täter steckt einen fremden Holzschuppen in Brand; er löscht das Feuer, nachdem ihm klar ist, daß höchstens das Dach zerstört werden wird. — Der Täter mag bei dieser Lage noch eine schwächere oder spätere Vollendung hindern, nicht aber eine Vollendung im vollen Umfang seines Vorsatzes; denn dieser ist teils eben durch den (subjektiven) Fehlschlag schon erledigt[33]. Auch die Parallelisierung mit der Haftung aus einem unechten Unterlassungsdelikt weist auf diese Begründung und Beschränkung der Rücktrittsmöglich-

---

[30c] Ebenso *Bergmann* ZStW 99 S. 329 ff mit Vorschlägen de lege ferenda S. 351 ff; siehe auch *ders.* Milderung S. 180 ff.

[30d] Während nach der Rechtsprechung ein Versuch beendet ist, wenn (1) entweder der Täter nach dem Handlungsvollzug urteilt, der Erfolg könne ohne weiteres Zutun eintreten (tauglicher beendeter Versuch), oder aber (2) seine Handlungsmöglichkeiten erschöpft hat (fehlgeschlagener beendeter Versuch). Zum Problem der Bestimmung der Handlungsmöglichkeiten bei dolus eventualis siehe unten 26/39 a. Wenn BGH StV 1988 S. 201 ausführt, bei dolus eventualis sei ein Versuch erst dann beendet, „wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges (zumindest) für möglich hielt", so wurde die soeben zu (2) genannte Möglichkeit wohl übersehen.

[31] *Arzt* GA 1964 S. 1 ff; — die theoretisch konstruierbare Verhinderung einer rechtswidrigen Vollendung durch Bewirken einer Rechtfertigung würde auch befreien.

[32] Siehe BGH StV 1982 S. 219, wonach allerdings in der beschriebenen Situation eine als Rücktritt zurechenbare Erfolgshinderung noch möglich sein soll; ähnlich BGH StV 1982 S. 467.

[33] Axiologisch kraß neben der Sache liegt BGH NStZ 1981 S. 388.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

keit: Bei zufälliger Abwendungsfähigkeit hat der Pflichtige zu handeln; was aber schon endgültig ausgeblieben ist, kann und muß nicht noch abgewendet werden[34].

Immer wenn die nach der Tätervorstellung möglichen vollen Wirkungen des Versuchshandelns ausgeblieben sind, ist der Versuch partiell fehlgeschlagen[35]; die Hinderung derjenigen Vollendung, die noch durch die reduzierten Wirkungen eintreten kann (also gegenüber dem Vorgesetzten schwächer oder verspätet), befreit nicht von der Haftung für Versuch. Das gilt erst recht, wenn sich das Versuchsverhalten in mehrere, je für sich erfolgsgeeignete Einzelhandlungen zerlegen läßt. Da dann schon die erste Einzelhandlung, so der Erfolg ausgeblieben ist, den Versuch (subjektiv) fehlschlagen läßt, kann durch Verhinderung des Erfolgs weiterer Versuchshandlungen nicht der Versuch insgesamt straffrei werden. Beispiel: Wer mit dem ersten Schuß, den er mit dem Vorsatz der sofortigen Tötung abgegeben hat, das Opfer verfehlt, wird auch dann nicht straffrei, wenn er mit dem nächsten Schuß an sich tödlich trifft, aber noch im letzten Moment einen Arzt holt und dadurch das Opfer rettet. Freilich ist ein rücktrittsähnliches Verhalten ein Grund zur Milderung des Strafrahmens nach § 23 Abs. 2 StGB.

c aa) Rücktritt ist auch ausgeschlossen, wenn der Täter die Vollendung nicht mehr **19a**
sicher, sondern nur noch mehr oder weniger wahrscheinlich abwenden kann. Das hat folgenden Grund: Kann der Täter das Erfolgsrisiko nur noch verkleinern, nicht aber mehr aufheben, so bleibt ein vom Täter zurechenbar geschaffenes, nunmehr aber unbeeinflußbares Restrisiko. Verwirklicht sich dieses Restrisiko, liegt Vollendung vor (unstreitig); verwirklicht es sich nicht, bleibt es insoweit bei einem Versuch, der fehlgeschlagen ist (anders die ganz überwiegende Ansicht, dazu 26/21). Wäre das Restrisiko nicht als Versuch zu werten, so könnte es konsequenterweise auch nicht als Vollendung gewertet werden, wenn es sich verwirklicht. Ein nicht sicher wirkendes Erfolgsverhinderungsbemühen des Täters kann deshalb nur als *allgemeines* Nachtatverhalten, nicht aber als Rücktritt gewertet werden. Diese Wertung hat so auszufallen, daß dem Täter nur ein Versuch mit dem verbliebenen Restrisiko angelastet wird. Insbesondere Rücktritt vom erheblich verletzenden Tötungsversuch dürfte damit praktisch ausgeschlossen sein. — Der Wortlaut des § 24 Abs. 1 StGB steht dieser Lösung nicht entgegen: Dort ist zwingend angeordnet, daß der Täter für diejenige Vollendung nicht haftet, die er hindert; aber daß der Täter auch straffrei bleiben müsse, wenn er ein Restrisiko unbeeinflußt läßt, also *dessen* Vollendung nicht hindert, ergibt sich daraus nicht.

bb) Erst recht ist Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Täter mehrere Risiken geschaffen hat und nicht mehr alle revozieren kann. Beispiel: Wer sein Opfer vergiftet und zudem ins Wasser wirft, kann nicht vom Tötungsversuch durch Vergiften zurücktreten (wohl aber vom Tötungsversuch durch Ertränken), wenn er es nur wieder aus dem Wasser ziehen, nicht aber das Gift zurückholen kann, und zwar auch dann nicht, wenn das Gift nicht wirkt. Oft dürfte nicht unterschieden werden können, ob der Täter mehrere Einzelrisiken setzt oder *ein* Gesamtrisiko; auch das spricht dafür, beim zuvor

---

34 Zum Verhältnis von Rücktrittschance und Zufall siehe *Arzt* GA 1964 S. 1 ff.

35 In den oben Fn. 25 zur Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch genannten Entscheidungen liegt also ein fehlgeschlagener beendeter Versuch vor, der Rücktritt überhaupt ausschließt (zweifelhaft allein bei BGH 14 S. 76 ff). — Daß die Lehre überwiegend mindestens Rücktritt durch Erfolgshinderung zulassen will (kritisch dazu auch *Arzt* GA 1964 S. 1 ff), dürfte eine ungeprüfte Übernahme von Lösungen sein, die zur Zeit der kriminalpolitischen Theorie angebracht waren. — *Herzberg* Blau-Festschrift S. 97 ff, 118 will nur bei tätiger Erfolgshinderung befreien, nicht bei schlichter Tataufgabe (sogenannte modifizierte Einzelaktstheorie). Wenn der Täter erst mit dem auf n Akte folgenden Akt Erfolgshinderung notwendig macht, brächte also Tataufgabe nach n Akten keine Strafbefreiung, wohl aber Erfolgshinderung nach n + 1 Akten — das befriedigt axiologisch nicht; insoweit zutreffend kritisch *Rengier* JZ 1986 S. 964 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

behandelten Problem der bloßen Minderung eines Risikos bezüglich des verbleibenden Restrisikos keinen Rücktritt anzunehmen. Beispiele: Wer seinem in eine stürmische See geworfenen Opfer einen Rettungsring verschafft, hat gegen das Risiko, daß dem Opfer der Ring wieder entgleitet und es dann doch ertrinkt, nichts getan. — Wer die Wunden des mit einer Mistgabel niedergestochenen Opfers fachmännisch verbindet, beeinflußt allein dadurch nicht die Gefahr des Todes durch einen Wundstarrkrampf. — Jeweils haftet der Täter für das Restrisiko, auch wenn es sich nicht verwirklicht, ohne daß es darauf ankäme, ob dieses Restrisiko als verkleinertes Grundrisiko oder als gegenüber dem Grundrisiko anderes Risiko verstanden wird.

20 2 a) Um nach Beendigung des Versuchs straffrei zu werden, muß der Täter die Vollendung durch eigene Tätigkeit abwenden (§ 24 Abs. 1 Satz 1, 2. Fallgruppe StGB); dabei kann er sich fremder Hilfe bedienen[36], nur muß er der Initiator der Abwendung sein und diese muß ihm zugerechnet werden können. Unterläßt der Täter jede Initiative, weil er den Versuch für gescheitert hält, haftet er je nach der objektiven Lage für Versuch oder für Vollendung. — Mißlingt die Abwendung, so liegt kein Rücktritt vor, wenn der Verlauf zum Erfolg zurechenbar bleibt[37]. An der Zurechenbarkeit fehlt es nach allgemeinen Grundsätzen, wenn sich nicht die durch den Versuch gesetzte Gefahr verwirklicht. Beispiel: Das vergiftete Opfer stirbt auf dem Transport ins Krankenhaus durch einen Verkehrsunfall. Nur ein Unterfall mangelnder Verwirklichung der Versuchsgefahr liegt vor, wenn sich das Opfer ohne verständigen Grund weigert, Hilfe zu akzeptieren, oder gar Hilfsmaßnahmen positiv stört[38].

21 b) Der Täter muß die sichere Möglichkeit, die Tatbestandsverwirklichung zu hindern, voll nutzen. Beschränkt er sich darauf, die Gefahr einer Tatbestandsverwirklichung nur zu verkleinern, ohne sie ganz aufzuheben, so haftet er für den mit dem Restrisiko verbleibenden Versuch (und wenn sich das Restrisiko verwirklicht, auch für Vollendung). Die ganz überwiegende Lehre und die Rechtsprechung verlangen freilich für den Rücktritt viel weniger. Es soll nicht nötig sein, daß der Täter über eine sichere Abwendungsmöglichkeit verfügt und diese Möglichkeit auch nutzt; vielmehr soll es hinreichen, wenn der Täter eine auch nur geringe Chance zur Abwendung der Tatbestandsverwirklichung sieht, wobei noch nicht einmal nötig sein soll, daß er die gesehene Chance voll nutzt[39]; vielmehr soll die Nutzung irgendeiner im Ergebnis effektiven Chance genügen[40]. Daß nach einer solchen Ansicht straffrei werden kann, wer die

36 RG 15 S. 44 ff, 46; BGH NJW 1973 S. 632 f. Anders *Herzberg* NJW 1989 S. 862 ff, 866 f, der *tatherrschaftliches* Hindern fordert (dies aber selbst nicht durchhält, siehe aaO); dagegen *Rudolphi* NStZ 1989 S. 508 ff, 510 f; eingehend *Bloy* JuS 1987 S. 528 ff, 534 f.

37 Anders die Regelung in einigen Sondervorschriften (§§ 83 a Abs. 1 und 2; 84 Abs. 5; 85 Abs. 3; 129 Abs. 6; 129 a Abs. 5 StGB). Diese Vorschriften kennen aber neben der Strafbefreiung alle die bloße Strafreduzierung! — Zur Koordinierung der Vorschriften siehe *Schröder* H. Mayer-Festschrift S. 377 ff. — Allerdings bleibt auch ohne Sondervorschrift die Möglichkeit einer Reduzierung des Strafrahmens nach § 23 Abs. 2 StGB wegen rücktrittsähnlichen Verhaltens.

38 Im Ergebnis ebenso *Otto* Maurach-Festschrift S. 91 ff, 99; *ders.* JA 1980 S. 641 ff und 707 ff, 711; *Schröder* JuS 1962 S. 81 ff, 89; *SK-Rudolphi* § 24 Rdn. 28; *Jescheck* AT § 51 IV 1; *LK-Vogler* § 24 Rdn. 117 f; — *siehe auch Arzt* GA 1964 S. 1 ff; *Lenckner* Gallas-Festschrift S. 281 ff, 292; — siehe auch oben zur objektiven Zurechnung 7/80, 83.

39 BGH NJW 1985 S. 813 f; NJW 1986 S. 1001 f; *Grünwald* Welzel-Festschrift S. 701 ff, 715; *Lenckner* Gallas-Festschrift S. 281 ff, 297; *SK-Rudolphi* § 24 Rdn. 27 ff; — strenger BGH bei *Dallinger* MDR 1972 S. 751; *Rudolphi* NStZ 1989 S. 508 ff, 513 f stellt darauf ab, ob die Rettung eine objektiv zurechenbare Leistung ist — aber das kann die gleichzeitige Nichtrettung *auch* sein; *a. A.* BGH 31 S. 46 ff, 48 ff; BGH NStZ 1989 S. 525 (dazu *Rudolphi* NStZ aaO; *Herzberg* JR 1989 S. 449 ff; *ders.* NStZ 1990 S. 172 f) (siehe auch BGH NStZ 1986 S. 27); *Roxin* JR 1986 S. 424 ff, 427; wohl auch *LK-Vogler* § 24 Rdn. 121 f, aber anders Rdn. 123.

40 Auch *Herzberg* NJW 1989 S. 862 ff, 865 ff will eine Rücktrittsmöglichkeit schon dann eröffnen, wenn der Täter nur eine Revokations*wahrscheinlichkeit* sieht (dagegen oben 26/19); er verlangt

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Vollendung weniger effektiv zu hindern versucht, als er sie herbeizuführen versucht hat, bedeutet einen Wertungswiderspruch. Die Ansicht, es reiche ein letztlich effektives Bemühen, kann auch nicht konsequent durchgehalten werden. Vielmehr wird sie von der Haftung aus Ingerenz konterkariert; denn im Blick auf die nach der Schaffung einer Erfolgsgefahr bestehende Unterlassungshaftung aus Ingerenz (unten 29/41) wird der Täter nicht frei, so er bewußt eine nicht optimale, wenn auch im Ergebnis effektive Anwendungsmöglichkeit ergreift: Es bleibt ein *Unterlassungs*versuch, von dem nicht zurückgetreten wird. Beispiel: Wer sein Opfer so zusammenschlägt, daß er dessen Tod für nicht unwahrscheinlich hält, wenn Hilfe ausbleibt, tritt nach der genannten Ansicht zwar vom Tötungsversuch durch Tun zurück, wenn er eine letztlich effektive Hilfe initiiert, nicht aber vom Tötungsversuch durch Unterlassen, wenn seine Hilfe keine optimale Nutzung der ihm verfügbaren Abwendungschancen ist[41].

Zudem ergibt sich immer dann, wenn zum Rücktritt weniger verlangt wird als eine *volle* Nutzung einer *sicheren* Abwendungsmöglichkeit, ein weiterer Wertungswiderspruch[42]: Wer *vor* dem Versuch eine ex ante nicht optimale, im Ergebnis aber wirksame Gegenmaßnahme ergreift, haftet wegen Versuchs, während derjenige, der sie *nach* dem Versuch ergreift, zurücktritt, so man der skizzierten Ansicht folgt. Beispiel: Der Brandstifter, der zur Vermeidung einer Todesfolge die Hausbewohner vor der Tat (und im Ergebnis erfolgreich) telefonisch warnt, begeht einen Tötungsversuch, wenn er trotz der Warnung den Eintritt der Folge weiterhin als nicht unwahrscheinlich beurteilt; er soll aber zurücktreten können, wenn er bei gleicher subjektiver Lage nach der Brandstiftung warnt. Insgesamt bleibt nur die Wahl zwischen dem Erfordernis voller Kenntnis und Nutzung einer sicheren Chance einerseits und andererseits der Ersetzung dogmatischer Konsequenz durch das grobschlächtige Prinzip „Ende gut, alles gut" (siehe auch zum Rücktritt vom Unterlassungsversuch unten 29/119). — Es wäre angebracht, nicht nur zu fordern, daß der Täter ex ante die Abwendung für sicher hält, sondern auch, daß er seine Sicht sorgfältig überprüft hat; nur so läßt sich eine Privilegierung des optimistisch leichtfertigen Täters vermeiden. Dieses Erfordernis stellt das Gesetz beim nicht fehlgeschlagenen Versuch freilich nicht auf (zum fehlgeschlagenen Versuch sogleich im Text).

3. *Der unbekannt fehlgeschlagene, beendete Versuch:* Kann die Vollendung sowieso **22** nicht eintreten, bleibt Rücktritt durch ernsthaftes Abwendungsbemühen möglich, solange das Scheitern dem Täter verborgen ist, § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB. Ein ernsthaftes Bemühen ist nach den hier entwickelten Prinzipien nur der Einsatz eines ernsthaft für

---

freilich, daß der Täter das in dieser Situation Optimale leistet. Dies beseitigt den Wertungswiderspruch nicht, da so nicht zu garantieren ist, daß der Täter in den Rücktritt mindestens investiert, was er in den Versuch investiert hat. Soweit Straffreiheit in solchen Fällen für vertretbar gehalten wird (ausdrücklich *Bloy* JuS 1987 S. 528 ff, 531 f), kann dies nur an dem Interesse an Gütererhaltung liegen. *Herzberg* deutet den in der Situation optimalen, aber nicht sicheren Rücktritt dahin, der Täter leiste alles, was er könne. Dies ist freilich nicht allein maßgeblich, denn der Täter leistet nicht genug, nämlich keine Sicherheit, und daß er diese nicht leisten *kann*, ist, was *Herzberg* vernachlässigt, seine eigene Angelegenheit.

41 Völlig verkannt in BGH StV 1981 S. 514 f; NJW 1986 S. 1001 f. — Gegen diese Konsequenz *Bloy* JuS 1987 S. 528 ff, 531 f.

42 *Puppe* NStZ 1984 S. 484 ff, 491 sieht diesen Widerspruch und räumt dem allgemeinen Verständnis des Rücktritts Vorrang ein; sie will deshalb mit dolus eventualis begangene Versuche überhaupt straffrei lassen; dagegen *Herzberg* NJW 1989 S. 862 ff, 867 ff. Es geht aber überhaupt nicht nur um dolus eventualis. Beispiel: Der Täter schießt im Duell mit Tötungsabsicht, aber nicht, ohne vorher einen Arzt besorgt zu haben, sein Opfer nieder. Der Arzt rettet das Opfer. — *Herzberg* meint, so überhaupt ein Vorsatz bleibe, sei das *vor* der Tat eingeleitete Verhinderungsbemühen offenbar nicht optimal. Das ist richtig: Optimal ist nur, was den Vorsatz entfallen läßt. Dementsprechend muß auch ein Bemühen nach Versuchsbeendigung den Vorsatz aufheben, also sicher wirken.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

sicher wirksam gehaltenen Mittels zur Abwendung der Tatbestandsverwirklichung (zur Notwendigkeit sicherer Wirkung oben 26/19). Weit überwiegend wird freilich Sicherheit nicht verlangt, aber es soll doch nicht jedes Abwendungsunternehmen genügen[42a]: Der Täter soll alles Verfügbare einsetzen müssen, solange dies zur Abwendung sinnvoll ist, also die Abwendung nicht sowieso gewiß erfolgt; anderenfalls, so wird argumentiert, bleibe ein vermeidbar aleatorisches und deshalb mit der Ernsthaftigkeit unverträgliches Moment. — Der Täter muß die Erfolgsaussicht seines Einsatzes sorgfältig prüfen[42b]; denn ein Abwendungsversuch, der leichthin für sicher (oder nach überwiegender Ansicht: für immerhin chancenreich) gehalten wird, ist nicht ernsthaft. — So wie den Täter abergläubische oder sonst kommunikativ irrelevante Bemühungen nie als Versuch belasten (oben 25/22 f), entlasten ihn solche Abwendungsbemühungen nicht: Ernsthaft sind nur kommunikativ relevante Unternehmungen[43]. — Ein geringeres Bemühen kann als rücktrittsähnliches Verhalten zu einer Änderung des Strafrahmens über die §§ 23 Abs. 2, 49 StGB führen. — Der Täter bemüht sich um Abwendung erst dann, wenn er zur Abwendung unmittelbar ansetzt, nicht aber schon bei der Vorbereitung dieses Ansetzens[44]. Beispiel: Fährt der Täter zum Tatort zurück, um dem Opfer zu helfen, entdeckt dort freilich, daß bereits effektive Hilfe geleistet wurde, hat er Bemühungen vorbereitet, nicht aber geleistet.

23 4. Teilrücktritt ist möglich. Beispiel: Wer unbrauchbar gemachte Löschgeräte repariert, wenn er sieht, wie (gemäß seiner Erwartung) zum Löschen bereite Personen zur Brandstelle eilen, tritt von der Qualifizierung des § 307 Nr. 3 StGB zurück (zum Rücktritt vom Grunddelikt siehe § 310 StGB). Die Ausführungen zum unbeendeten Versuch gelten entsprechend (siehe oben 26/13 a).

III. Der Rücktrittstatbestand bei Beteiligung

24 A. Der Rücktritt des zuletzt Handelnden befreit Beteiligte nicht von Haftung. Beteiligte können jedoch ihrerseits zurücktreten, wobei bei allen nicht zuletzt handelnden Personen zu beachten ist, daß sie mit ihrer Leistung zugleich die Tatausführung dem Nachfolgenden überlassen, also ihrerseits schon dann alles getan haben, wenn die Tat beim zuletzt Handelnden entweder noch nicht ins Versuchsstadium getreten ist oder aber jedenfalls nicht in dasjenige des beendeten Versuchs. Die Art, in der Beteiligte zurücktreten, kann sich also nicht nach dem Stand der Haupttat richten. Das berücksichtigt § 24 Abs. 2 StGB. Die Vorschrift berücksichtigt ferner rücktrittserschwerend die mit der Beteiligung vollzogene Solidarisierung mit dem Normbruch der anderen Beteiligten[44a].

25 B 1. § 24 Abs. 2 StGB regelt nur den Rücktritt, nicht aber, wofür bei fehlendem Rücktritt zu haften ist[45]. Daraus folgt:

[42a] BGH 31 S. 46 ff, 48 ff; 33 S. 295 ff, 302; siehe BGH NStZ 1989 S. 525; anders *Grünwald* Welzel-Festschrift S. 701 ff, 715 f unter Übergehung eben der Ernsthaftigkeit; siehe auch *Gores* Rücktritt S. 210; *Römer* Fragen S. 34 ff, 38 ff erkennt die Notwendigkeit einer Parallelisierung zur Haftung für Unterlassungsversuche (Ingerenz!).

[42b] *Walter* Rücktritt S. 141 f; *LK-Vogler* § 24 Rdn. 140; a. A. *Lenckner* Gallas-Festschrift S. 281 ff, 299; *Grünwald* Welzel-Festschrift S. 701 ff, 715; *Bottke* Rücktritt S. 61; *Gores* Rücktritt S. 211 ff.

[43] *Bottke* Rücktritt S. 61 f; *Gores* Rücktritt S. 195.

[44] Streitig; tendenziell wie hier BGH NJW 1973 S. 632 f; *Blei* JA 1973 S. 395 ff, 397; *a. A. Schönke-Schröder-Eser* § 24 Rdn. 71.

[44a] Die Berechtigung dieser Erschwerung ist umstritten; gegen sie *LK-Vogler* § 24 Rdn. 154 ff mit Nachweisen.

[45] *Lenckner* Gallas-Festschrift S. 281 ff, 282 f; *Grünwald* Welzel-Festschrift S. 701 ff, 706, 708; *Gores* Rücktritt S. 21 ff, 136 f; *LK-Vogler* § 24 Rdn. 160 f; *a. A. Dreher* in: Beratungen Sonderausschuß V S. 1760, 1762.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

a) Soweit die Haupttat das Versuchsstadium nicht erreicht, kommen wegen der quantitativen Akzessorietät als Haftungsgrundlagen nur die §§ 30, 31 StGB in Betracht.

b) Soweit der Beteiligte nur den Versuch der Haupttat bewirkt, haftet er auch ohne Rücktritt nur für Teilnahme am Versuch oder für mittäterschaftlichen Versuch (jeweils soweit der Versuch überhaupt strafbedroht ist).

c) Soweit der Beteiligte die Vollendung bewirkt, ist für ihn strafbefreiender Rücktritt ausgeschlossen.

2 a) Geregelt wird somit die Entscheidung der Frage, *wann der Beteiligte, der nur* **26**
den Versuch, aber jedenfalls auch den Versuch bewirkt, von der Haftung für das Bewirken des Versuchs befreit wird. Zum Verständnis der Regelung ist zu berücksichtigen, daß die Haupttat identisch bleiben kann, insbesondere auch vollendet werden kann, wenn ein Versuch scheitert, aber zu einem neuen Versuch übergewechselt wird. Deshalb mag ein Beteiligter *nur* den Versuch einer Tat bewirken, die dann „unabhängig von seinem früheren Tatbeitrag vollendet wird" (§ 24 Abs. 2 Satz 2, 2. Fallgruppe StGB). Die Entscheidung über die Identität ist danach zu treffen, ob für den Ausführenden der Wechsel den Versuch abbricht oder nur inhaltlich ändert; mit anderen Worten, vollzöge der Ausführende den Wechsel von sich aus (Beispiel: Er verzichtet auf weitere Mitwirkung des Beteiligten am Projekt) und wäre dies für ihn ein Rücktritt, so ändert sich die Tat, andernfalls nicht[46].

b) Einzelheiten: **27**

aa) Bleibt die Vollendung der Haupttat aus, so wird der Beteiligte von der Versuchsstrafe frei, wenn er es ist, der die Vollendung verhindert (§ 24 Abs. 2 Satz 1 StGB), oder — falls die Vollendung sowieso ausbleibt — wenn er sich ernsthaft um die Verhinderung bemüht (§ 24 Abs. 2 Satz 2, 1. Fallgruppe StGB).

α) Sofern ein Beteiligter zur Vollendung noch unersetzbare Beiträge zu leisten hat, hindert er die Vollendung schon, indem er sich zukünftig versagt. Insoweit entspricht seine Stellung derjenigen des ausführenden Täters. Ansonsten kann zwar, muß aber nicht zwingend das Hindern der Vollendung so geschehen, daß der Beteiligte seinen Beitrag zurückzieht[47]; strafbefreiend wirkt neben der Zurücknahme des Beitrags auch die Verhinderung durch Anzeige bei der Polizei, Warnung des Opfers, Versagung eines ersetzbaren Beitrags bei gleichzeitiger Sorge dafür, daß er nicht anderweitig ersetzt wird[47a], Notwehrhilfe gegen den Ausführenden zugunsten des Angegriffenen (wenn etwa der Anstifter den Mörder beim Tatversuch in erforderlicher Abwehr erschießt) etc. Entsprechend der Straflosigkeit des agent provocateur reicht es zum Rücktritt hin, wenn der Beteiligte bewirkt, daß sein Beitrag nach seiner Vorstellung nur zum Versuch hilft. Beispiel: Der Mordgehilfe entlädt die Tatwaffe heimlich nach der Hingabe, aber vor der Tat.

β) Zum Verhindern der Vollendung und zum ernsthaften Bemühen gelten im übrigen die Ausführungen oben zum Rücktritt vom beendeten Versuch entsprechend. Auch hier muß der Täter seine Bemühungen für *sicher* wirksam halten (siehe oben 26/19 f). Allerdings hat das ernsthafte Bemühen bei § 24 Abs. 2 StGB in den Fällen, in denen der Beteiligte seinen Beitrag rückgängig gemacht hat, nur die Funktion, eine Entsolidari-

---

[46] Insbesondere Fortsetzungen in juristischer Handlungseinheit heben also die Einheitlichkeit nicht auf; kritisch zur sogenannten natürlichen Handlungseinheit *Haft* JA 1979 S. 306 ff, 310; eingehend *Lenckner* Gallas-Festschrift S. 281 ff, 299 ff mit zutreffendem Ausschluß des Fortsetzungszusammenhangs; im Ergebnis überwiegend übereinstimmend *Grünwald* Welzel-Festschrift S. 701 ff, 712 ff; — siehe auch *v. Scheurl* Rücktritt S. 120; *Gores* Rücktritt S. 235 ff; *LK-Vogler* § 24 Rdn. 171 ff.

[47] RG 47 S. 358 ff, 361; 56 S. 209 ff, 210; 62 S. 405 ff, 406.

[47a] BGH NStZ 1989 S. 317 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

sierung zu demonstrieren. Insoweit kann es schwächer bestimmt werden: Ein ernsthafter (mit gutem Grund für sicher wirksam gehaltener) Versuch, die Komplizen umzustimmen oder sonst abzuhalten, reicht und muß im Fall des Scheiterns nicht wiederholt werden[48]. Freilich bleibt eine Haftung aus § 138 StGB möglich; denn ein ehemals Deliktsbeteiligter, der nicht (mehr) für die Beteiligung haftet, kann nicht besser stehen als eine Person, die nie an dem Delikt beteiligt war (siehe oben 27/21 und 29/Fn. 192).

Auch hier ist Rücktritt ausgeschlossen, wenn eine frühere oder vollständige Vollendung ausbleibt und nur eine spätere oder partielle Vollendung verhindert wird. — Da nicht jeder Beteiligte die Tat selbst ausführt, sondern der Ausführende für alle Beteiligten handelt (quantitative Akzessorietät), reicht es zur Strafbefreiung hin, wenn sich eine Hinderungsmöglichkeit irgendwann vor dem Abschluß der Ausführungshandlung ergibt und sie dann erfolgreich ergriffen wird, mag sie auch zwischenzeitlich nicht mehr bestanden haben. Auch muß sich die Hinderungsmöglichkeit nicht vor der Versuchsbeendigung als *sichere* Möglichkeit darbieten. Allerdings darf der Verlauf zum Erfolg nicht schon (partiell) fehlgeschlagen sein. Beispiel: Dem Gehilfen gelingt es gegen seine Erwartung doch, dem sofort mit der Tat beginnenden Täter nach Versuchsbeginn das Tatmittel wieder zu entreißen oder das Opfer so zu schützen, daß der Versuch, auch wenn er beendet wird, sicher schadlos bleiben wird; — strafbefreiender Rücktritt.

γ) Als Besonderheit beim ernsthaften Bemühen ergibt sich bei Beteiligung (im Gegensatz zur Lage des Ausführenden beim beendeten Versuch), daß der nicht als Ausführender Beteiligte der ernsthaften, also sorgfältig überprüften Ansicht sein kann, schon ein Versagen weiterer Beiträge mache die (objektiv sowieso unerreichbare) Vollendung für jedermann überhaupt unmöglich. In solchen Fällen ist die Versagung der weiteren Beiträge, also ein schlichtes Unterlassen, ein ernsthaftes Bemühen um Verhinderung.

Es handelt sich auch noch unter einem weiteren Aspekt um einen *Sonderfall:* Da der nicht als Ausführender Beteiligte bei dieser Fallgestaltung aus seiner Sicht noch nicht alles getan hat, also sich auch auf seine Person bezogen noch im Stadium des unbeendeten Versuchs befindet, befreit ihn ein Nicht-Weiterhandeln auch dann von der Haftung für vorsätzliche Vollendung, wenn der Erfolg eintritt: Es geht um einen Fall vorzeitiger Vollendung[48a] (dazu oben 8/76).

28 bb) Abgesehen von dem soeben behandelten Sonderfall gilt: Wird die Haupttat vollendet, so wird ein Beteiligter nur straffrei, wenn sein Beitrag die Vollendung nicht bewirkt und er sich zudem ernsthaft um eine Hinderung der Vollendung bemüht hat (§ 24 Abs. 2 Satz 2, 2. Fallgruppe StGB). Daß der Beteiligte *nur* die Wirkungen seines Beitrags aufhebt, reicht zur Strafbefreiung nicht aus, wenn nicht dieses Aufheben schon zugleich ein ernsthaftes Bemühen um die Hinderung der Vollendung ist. Letzteres ist nur der Fall, wenn der Beteiligte der ernsthaften Ansicht ist, schon die Zurücknahme seines Beitrags mache die Vollendung für jedermann überhaupt unmöglich. Anderenfalls, also insbesondere bei leicht ersetzbaren oder in ihrer Wirkung zweifelhaften Beiträgen[49], haftet der Beteiligte wegen Beteiligung am Versuch[50].

---

48 Ähnlich *Grünwald* Welzel-Festschrift S. 701 ff, 714 ff mit Nachweisen; *a. A.* insbesondere *v. Scheurl* Rücktritt S. 117; *Gores* Rücktritt S. 200 ff; siehe auch *LK-Vogler* § 24 Rdn. 182 ff, 184; *Römer* Fragen S. 98 ff; *ders.* MDR 1989 S. 945 ff.

48a Zum Problem *Herzberg* JZ 1989 S. 114 ff. *Herzberg* strebt freilich eine *generelle* Aufhebung der *Versuchs*strafe bei ernsthaftem Bemühen um Vermeidung an, ohne daß dieses Bemühen bei seiner Lösung die Vollendungsstrafe — wenn die Tatbestandsverwirklichung trotz des Bemühens eintritt — hindern soll.

49 Etwa die Lieferung eines Tatmittels, das bei der Tatausführung kumulativ mit anderen Mitteln benutzt wird (ohne Benutzung keine Beteiligung — mindestens — am Versuch!), da seine Erfolgseignung ungewiß ist. Wer bloß dafür sorgt, daß sich

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

cc) Wirkt der Beitrag des Beteiligten bis zur Vollendung mit, so haftet er wegen **29**
Beteiligung an der vollendeten Tat[51], auch wenn er in seinem Bemühen um Abwendung dem Haupttäter per Saldo mehr Schaden als Nutzen gebracht hat. Beispiel: Wer dem Täter eine von drei diesem verfügbaren, je für sich hinreichenden Einheiten eines Tatmittels gegeben hat und, weil er seine Einheit nicht zurückerlangt, die zwei anderen wegnimmt, haftet, wenn der Haupttäter mit der von ihm gelieferten Einheit das Delikt begeht[52]. Sein Bemühen kann aber wiederum bei § 23 Abs. 2 StGB als rücktrittsähnliches Verhalten berücksichtigt werden. — Wer nach der Leistung einiger vollendungskausaler Beiträge schlicht die weiter zugesagte Tätigkeit einstellt, haftet für Vollendung; allerdings kann das Ausbleiben verabredeter Beiträge dazu führen, daß ein zur Mittäterschaft hinreichendes Mitwirkungsquantum unterschritten wird und nur Teilnahme übrig bleibt[53], gegebenenfalls neben Verbrechensverabredung.

IV. Die Zurechenbarkeit des Rücktrittsverhaltens: Die Freiwilligkeit

A. Der Meinungsstand

1. Ein Rücktrittsverhalten befreit nur dann von der Versuchsstrafe, wenn es freiwil- **30**
lig erfolgt (§ 24 StGB), d. h. die Erfüllung des Rücktrittstatbestands muß dem Zurücktretenden als seine Leistung zuzurechnen sein; daran fehlt es, wenn das Rücktrittsverhalten aus Bedingungen erklärt werden kann, für die der Zurücktretende nicht zuständig ist. Als Gegenstück der Schuld kann die Freiwilligkeit wie jene nur funktional bestimmt werden: Was freiwillig ist, läßt sich nicht psychologisierend festlegen, aber auch nicht durch einen *allgemeinen* oder doch rechtlich-*allgemeinen* Normbezug (Ausrichtung an positiven oder rechtlich-positiven Maximen), sondern nur durch Bezug auf das, was durch Rücktritt aufgewogen werden soll, also auf die *konkrete* Tat. *Freiwillig ist demnach eine Motivation zum Rücktritt, die mit der Motivation zur konkreten Tat unverträglich ist.* — Die Bestimmung der Freiwilligkeit ist äußerst streitig[54].

2. Eine insbesondere von *Frank* durchgeführte Theorie versucht, zwischen autono- **31**
mer (freier) und heteronomer (unfreier) Motivierung zu unterscheiden; bei frei gesetztem Motiv sagt sich der Täter: „Ich will nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es könnte"; andernfalls, „namentlich" wenn der Täter sich sagt: „Ich kann nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es wollte", liegt Unfreiwilligkeit vor[55]. *Frank* hat die Trennung ohne Blick auf die kriminalpolitische Brauchbarkeit der Konsequenzen durchgehalten und im heiklen Fall der Entdeckung des Täters bei der Tat danach unterschieden, ob der Täter die Hinderung der Vollendung voraussieht (dann keine Freiwilligkeit) oder ob er Anzeige und Bestrafung bei gleichbleibender Vollendbarkeit befürchtet (dann Freiwilligkeit).

---

die potentielle Wirkung dieses einzelnen Mittels nicht entfaltet, tritt nicht strafbefreiend zurück. — Zum Schmierestehen siehe BGH GA 1966 S. 209 f.

50 Eine Verschärfung gegenüber dem alten Recht; zur Rechtfertigung siehe *Dreher-Tröndle* § 24 Rdn. 16 mit Nachweisen; — Darstellung der alten Rechtslage bei *Schröder* JuS 1962 S. 81 ff, 85.

51 RG 54 S. 177 ff, 178; 59 S. 412 ff, 413; BGH NJW 1951 S. 410. — Streitig für diejenigen Fälle, in denen der Ausführende dem Rücktrittswilligen vorspiegelt, die Tat werde unterbleiben; siehe *LK-Vogler* § 24 Rdn. 163 mit Nachweisen.

52 Siehe *Lenckner* Gallas-Festschrift S. 281 ff, 294.

53 Siehe BGH 28 S. 346 ff; *LK-Vogler* § 24 Rdn. 162; kritisch *Backmann* JuS 1981 S. 336 ff, 339 f, der zur Haftung auf das ungenaue und praktisch nicht handhabbare Kriterium abstellen will, ob eine bewußte Preisgabe der „Gefahrbeherrschung" stattgefunden hat.

54 Umfassende Darlegungen des Streitstands bei *Ulsenheimer* Grundfragen S. 242 ff; *Bottke* Methodik S. 183 ff.

55 *Frank* § 46 Anm. II; die Formeln sind nicht eng genug: Die Lage bei Nicht-Weiter-Wollen *und* Nicht-Weiter-Können wird von beiden Formeln abgedeckt. — Die zweite Formel erfaßt u. a. den fehlgeschlagenen Versuch im Gewand der Unfreiwilligkeit (zutreffend kritisch *Roxin* Heinitz-Festschrift S. 251 ff, 253).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

32 3. Es gibt keinen materialen Grund[56], einen Täter straffrei zu lassen, der eine Vollendung bewirken, aber zur Nutzung der Vollendung nicht mehr kommen könnte, weil er sofort nach der Vollendung ergriffen würde. Beispiel: Der Täter könnte trotz des Herannahens der Polizei zwar noch die Scheibe des Fensters einschlagen, durch das er zu Diebstahlszwecken einsteigen will, aber nicht mehr die Beute in seine Gewalt bringen: nach *Frank* freiwilliger Rücktritt vom Versuch der Sachbeschädigung (Was den Diebstahlsversuch angeht, entfällt bei der geschilderten Lage der Tatmächtigkeit der Zueignungsabsicht — der Täter sieht keine reale Chance für eine Zueignung mehr —, also fehlgeschlagener Versuch!). Zur Vermeidung solcher Ergebnisse ist im Anschluß an die von *Frank* entwickelte Formel versucht worden, statt auf die Vollendung, auf den vom Täter erstrebten Erfolg abzustellen[57]. Das aber bringt für Fälle, in denen der vom Täter erstrebte Erfolg möglich, jedoch mit Nachteilen belastet ist, keine Lösung: Entweder behandelt man die geringste Abweichung vom idealen Täterplan als Fehlschlag[58] (Beispiel: Die zum Zweck der Vergewaltigung überfallene Person ist nur etwas älter, als es erwartet war: Fehlschlag), oder aber es gilt, die Gewichtigkeit von Hinderungsgründen gegen den erstrebten Vorteil abzuwägen (Wie viel älter darf die Person sein?), also einen subjektiven Freiheitsraum zu fixieren, was bislang jedoch auch nicht ansatzweise gelungen ist. — Zudem ist material nicht zu begründen, wieso ein subjektiv gewichtiger, aber norm- oder rechtsgutsfreundlicher Beweggrund (Mitleid, Reue) den Täter nicht entlasten soll.

33 4. Aus den genannten Gründen ist auch der Versuch der Rechtsprechung undurchführbar und material unbefriedigend, zwischen einem psychisch zwingenden Beweggrund (unfreiwillig) und einem solchen, der noch eine Wahl läßt (freiwillig), zu differenzieren[59]. Ein Zwang mit der Folge eines Ausschlusses jeder Willenstätigkeit besteht nur bei völliger seelischer Lähmung[60], wobei aber schon ein Rücktritts*verhalten* zu verneinen wäre. Jede sonstige Abstufung nach der Stärke des Motivs ist willkürlich.

34 5 a) Im Gegensatz zu den skizzierten, psychologisierenden Bestimmungen der Freiwilligkeit zielen neuere Bestimmungen[61] auf eine Bewertung der Motivationsänderung. Eine solche Normativierung ergibt als Umkehrung der Bewertung bei der Schuld einen schon eher zutreffenden Ansatz[62]; dieser liegt trotz psychologisierender Formulierung als unausgesprochene Leitlinie auch der Rechtsprechung zugrunde[63], wie ins-

---

56 Bezogen auf den hier zu Grunde gelegten Zweck der Rücktrittsvorschriften; — bei anderer Zweckrichtung, etwa bei einer reinen Verfolgung der kriminalpolitischen Theorie, würden die materialen Entscheidungen auch anders ausfallen.

57 *Dreher-Tröndle* § 24 Rdn. 6; *LK-Vogler* § 24 Rdn. 86 ff, 98 mit umfassenden Nachweisen der Rechtsprechung; *Welzel* Strafrecht § 25 I 2.

58 *Dohna* ZStW 59 S. 541 ff.

59 RG 47 S. 75 ff, 78; 75 S. 393 ff, 395; BGH 7 S. 296 ff, 299; 9 S. 48 ff, 50 (siehe aber auch S. 53); 21 S. 216 f, 217; zu der letzten Entscheidung siehe *Dreher* MDR 1967 S. 934 f; BGH 35 S. 184 ff, 186 mit hauptsächlich zustimmender Anmerkung *Lackner* NStZ 1988 S. 405 ff und Besprechung *Lampe* JuS 1989 S. 610 ff, sowie ablehnenden Anmerkungen *Bloy* JR 1989 S. 70 ff und *Jakobs* JZ 1988 S. 519 f; BGH StV 1986 S. 149; siehe auch *Heinitz* JR 1956 S. 248 ff.

60 *Welzel* Strafrecht § 25 I 2.

61 Siehe aber auch schon *M. E. Mayer* AT S. 371 Fn. 10.

62 *Lackner* (§ 24 Anm. 3b bb; *ders.* NStZ 1988 S. 405 f) erkennt die Richtigkeit der normativen Interpretation an, hält sie aber für unvereinbar mit dem Gesetzeswortlaut und deshalb für einen Verstoß gegen das Nulla-poena-Prinzip. Das könnte überhaupt nur die Fälle treffen, in denen die psychologisierende, nicht aber die normative Interpretation den Zurücktretenden begünstigt, trifft aber auch diese Fälle nicht: Die Bestimmung freien Verhaltens durch das Normgemäße entspricht langer philosophischer Tradition und überschreitet deshalb als gebräuchliche Bestimmung die Auslegungsgrenze nicht; siehe *Bottke* Methodik S. 209 f und passim; *Schünemann* GA 1986 S. 293 ff, 323; *Grasnick* JZ 1989 S. 821 ff; *Lampe* JuS 1989 S. 610 ff, 611 ff.

63 Ausführlich hierzu *Bockelmann* NJW 1955 S. 1417 ff, 1421; *Ulsenheimer* Grundfragen S. 243 ff, 276; *Roxin* Heinitz-Festschrift S. 251 ff, 264 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

besondere daran erkennbar ist, daß diese bei klar positiv zu bewertenden Motiven unter Umgehung eines gegebenenfalls vorliegenden psychischen Zwangs stets Freiwilligkeit bejaht hat[64].

b) In der Durchführung fehlt hinreichende Exaktheit. Teils wird auf die „sittliche Qualität der Antriebe zum Rücktritt" abgestellt, wobei freilich der Maßstab des Sittlichen in der „esoterischen Moral des Rechts" zu finden sein soll[65]. Überwiegend begnügt man sich mit einer — unterschiedlich umfassend, jedenfalls aber sittlich indifferent gemeinten — Rückkehr des Täters in die Bahnen des Rechts[66]. Nach einer ähnlichen Konzeption erfolgt die Bestimmung wertend, aber ex negativo: Der nach der „Verbrechervernunft" angebrachte Rücktritt ist unfreiwillig, der nach dieser „Vernunft" unangebrachte Rücktritt freiwillig[67]. Auch findet sich bei der Freiwilligkeitsbestimmung der Rückgriff auf die Strafzwecke unvermittelt: Freiwillig soll derjenige Rücktrittsantrieb sein, der die Entbehrlichkeit spezial- und generalpräventiver Reaktionen[68] oder „hinreichende (!) Normbefolgungsbereitschaft"[69] signalisiert.

c) Der skizzierte, normativierende Ansatz verfährt mit der richtigen Methode (Nor- **34a**
mativierung), wird aber auf den falschen Gegenstand bezogen: Er stellt darauf ab, ob der neue Motivationsinhalt des Täters dem Recht konform ist; aber es geht nicht darum, neue Pläne des Täters zu beurteilen, sondern die Preisgabe des in Rede stehenden deliktischen Unternehmens[69a]. Die Rückkehr in die Bahnen des Rechts geschieht demnach einzig durch Abkehr von diesem Unternehmen, nicht erst durch diese Abkehr plus Verzicht auf andere Delikte; mit anderen Worten, die richtige Frage lautet, warum der Täter das versuchte Delikt nicht mehr will, nicht aber, was er statt dessen will.

B. Die Lösung der Problematik

1. Wie es bei der Bestimmung von Schuld nur um die Zuständigkeit für eine **35**
konkrete Tat geht, so geht es bei der Freiwilligkeit beim Rücktritt um die Zuständigkeit für das Scheiternlassen des Versuchs der konkreten Tat, nicht aber um die Beurteilung dessen, was der Täter anstelle des Versuchs plant. Also kann ihn das Unrechtliche der neuen Planung nicht belasten. Beispiel: Der Täter verzichtet auf die Vollendung des Versuchs einer Trunkenheitsfahrt, die eine Beifahrerin konkret gefährden würde (§§ 22, 315 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a, Abs. 2 StGB), um die Person an Ort und Stelle zu vergewaltigen (§ 177 Abs. 1 StGB); — die rechtswidrige Absicht beim Verzicht hindert die Freiwilligkeit nicht[70]. In der Umkehrung kann den Täter das Rechtliche der

---

64 Schon RG 14 S. 19 ff, 22: „von seinem Gewissen gedrückt . . . also freiwillig"; BGH 9 S. 48 ff, 53: „. . . schämte sich der Angeklagte . . .war (sein Rücktritt) dann freiwillig"; — zum fehlenden Konnex zwischen diesen Entscheidungen und der angeblich psychologisierenden Freiwilligkeitsbestimmung siehe *Ulsenheimer* Grundfragen S. 304 f mit Nachweisen.

65 *Bockelmann* NJW 1955 S. 1417 ff, 1421; *ders.* DR 1942 S. 431 ff, 433; — hiergegen nachdrücklich *Heinitz* JR 1956 S. 248 ff, 251; *Schröder* MDR 1956 S. 321 ff, 323; *Jescheck* MDR 1955 S. 562 ff; *Gutmann* Freiwilligkeit S. 45 ff.

66 *Ulsenheimer* Grundfragen S. 312 ff, 314 mit Nachweisen; *Jescheck* AT § 51 III 2.

67 *Roxin* Heinitz-Festschrift S. 251 ff; schon *ders.* ZStW 77 S. 60 ff, 91 ff, 97 ff; *ders.* Kriminalpolitik S. 37; mit Einschränkungen auch *Bottke* Methodik S. 188 ff; *Krauß* JuS 1981 S. 883 ff, 887; hiergegen *Ulsenheimer* Grundfragen S. 306 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 720.

68 *Bottke* Methodik S. 469 ff, auch S. 572 ff und S. 183 ff, passim; *ders.* Rücktritt S. 35 ff, 39.

69 *Walter* Rücktritt S. 67 ff.

69a *Herzberg* Lackner-Festschrift S. 325 ff, 352 f.

70 Das entspricht ständiger Rechtsprechung; BGH 9 S. 48 ff, 50; 35 S. 184 ff, 186 (zu dieser Entscheidung siehe 26/Fn. 59), jeweils mit Nachweisen; BGH NJW 1980 S. 602; schon RG 54 S. 326 f; 61 S. 115 ff, 117. Die Rechtsprechung beschränkt die Lösung freilich auf Fälle von Tatmehrheit zwischen aufgegebener und neuer Tat, BGH 33 S. 142 ff, 145. Eingehend und hauptsächlich wie hier *Günther* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 541 ff, 546 ff; auch (wenngleich den hiesigen Ansatz kritisierend) *Herzberg* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 709 ff, 713 ff; *ders.* Lackner-Festschrift S. 325 ff, 353. Anders

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

neuen Planung nicht entlasten. Beispiel: Der Täter eines Diebstahlsversuchs, der den Hausherrn in Ohnmacht vorfindet und unter Verzicht auf den Diebstahl einen Arzt holt, handelt nicht schon allein wegen der rechtlichen Gesinnung freiwillig[71].

36 2. Kann für die Änderung des Handlungsplans überhaupt kein signifikanter äußerer Anlaß benannt werden, so ist der Rücktritt eine Leistung des Täters, also freiwillig. Wie der Täter bei Bestimmung der Schuld in der Regel für seine Antriebe und Neigungen als seine (negativ beurteilte) Angelegenheit einzustehen hat, so ist beim Rücktritt der Verlust der Handlungsbereitschaft in der Regel (positiv beurteilte) Angelegenheit des Täters. Der Täter also, der es sich anders überlegt, der das Interesse verliert[71a], der die weitere Ausführung vergißt, der aus Scham zurücktritt[72], der aus „Ärger, Verstimmung und Unmut über den bisherigen Verlauf" nicht weiter handelt[72a] oder der Gewissensbissen folgt[73] etc., verhält sich freiwillig. — Eine *Absicht* die Tatbestandsverwirklichung, insbesondere den tatbestandlichen Erfolg zu vermeiden, mag fehlen und wird etwa beim Rücktritt mangels weiteren Interesses regelmäßig fehlen. Beim unbeendeten Versuch geht es allein um die Preisgabe des Willens zum Vollzug der tatbestandlichen *Handlung* (zum beendeten Versuch unten 26/41).

37 3. Wenn für die Änderung ein äußerer Umstand als Anlaß benannt werden kann, so ist — wiederum in Entsprechung der Schuldbewertung — zu unterscheiden:

a) Erhöht der äußere Umstand Unrecht und Schuld, soll er also den Normappell stärken, dann ist der Rücktritt nur ein Verzicht auf ein gesteigertes Delikt und nicht freiwillig.

38 b) Ist der Umstand aber unrechts- und schuldneutral (oder mindert er gar Unrecht und Schuld), dann gibt der Anlaß rechtlich nicht eher einen Grund zur Umkehr ab, als zuvor schon an Gründen gegeben waren, und die Motivation zum Rücktritt ist deshalb mit der Motivation zum Versuch unverträglich; mit anderen Worten, der Rücktritt ist eine dem Täter zurechenbare Leistung.

39 c) Ob der äußere Anlaß plangemäß eintritt oder überraschend, ist gleichgültig; ebenfalls ist gleichgültig, ob ein Rücktritt vorbehalten war oder spontan erfolgt. Der detailliert kontrollierende Täter und der Täter mit einem nur pauschal bestimmten Handlungsrahmen stehen gleich. Die Erhöhung von Unrecht und Schuld ist also nicht in Beziehung zum geplanten Verlauf zu ermitteln, sondern in Beziehung zum erreichten Stadium des Versuchs. Beispiele zur Unfreiwilligkeit: Wenn sich herausstellt, daß ein Diebstahlsversuch nicht ohne Gewalt gegen eine Person, also nur als Raub, vollendet werden kann, und der Täter auf die Gewalt verzichtet, tritt er vom Versuch des *Diebstahls* nicht freiwillig zurück, gleich ob er zuvor an Gewalt nicht gedacht oder diese einkalkuliert hatte[73a] (freilich kann der Täter mit umfassendem Vorsatz, der bei unmittelbar bevorstehender Gewaltanwendung schon den *Raub* versucht hat, von der Gewaltanwendung und damit vom Raub freiwillig zurücktreten). — Der Vater, der

---

(keine Freiwilligkeit) wohl *Bockelmann* NJW 1955 S. 1417 ff, 1421; teils abweichend auch *Roxin* Heinitz-Festschrift S. 251 ff, 262; *Bloy* JR 1989 S. 70 ff, 71 f (Unfreiwilligkeit beim Verzicht auf kleine Beute beim Opfer A wegen großer Beute beim Opfer B: Eine Vermischung des konkret angegriffenen Guts mit der Gattung). — Siehe auch oben 26/10. — Die hier vorgeschlagene, weite Fassung der Freiwilligkeit, die allein auf den Grund für das Scheiternlassen des Versuchs abstellt, ist nur angebracht, wenn dieses Scheitern *restlos* Werk des Täters ist. Dazu oben 26/16. Die Übereinstimmung der hiesigen Lösung zur Freiwilligkeit mit derjenigen der Rechtsprechung, die auch einen Rücktritt nach einem korrigierbaren Fehlschlag zuläßt, ist also ganz äußerlich.

71 *Herzberg* Lackner-Festschrift S. 325 ff, 352; anders *Schröder* MDR 1956 S. 321 ff, 324.

71a BGH 35 S. 184 ff.

72 RG 47 S. 75 ff, 79.

72a BGH bei *Holtz* MDR 1989 S. 857.

73 RG 14 S. 19 ff, 22.

73a *A. A. Lampe* JuS 1989 S. 610 ff, 614.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

beim (mißglückten) Mitnahmesuizid seine Kinder töten will, ohne daß diese davon etwas merken, um ihnen seelische Qualen zu ersparen, und aufhört, wenn die Kinder aufmerksam werden, tritt unfreiwillig zurück[74]; es würde auch Freiwilligkeit fehlen, wenn der Vater zunächst eine Tötung um jeden Preis geplant hätte. — Beispiel zur Freiwilligkeit: Wenn die zur Vergewaltigung überfallene Frau verschüchtert schweigt und der Täter daraufhin von ihr abläßt, handelt er freiwillig, wie seine Voraussicht bezüglich des Verhaltens der Frau auch ausgesehen haben mag.

d) Raubt der äußere Anlaß dem Täter sein Motiv zum Weiterhandeln, so kommt es **39a** darauf an, ob irgendein Anlaß, notfalls die Freude am Vollzug der Körperbewegung, gegenüber dem verlorenen Motiv belasten würde — dann ist das Aufhören unfreiwillig — oder nicht — dann geschieht Aufhören freiwillig, auch wenn überhaupt kein neues Motiv gefaßt wird: *Desinteresse an Delinquenz darf nicht belasten.* Das Problem wird zum dolus eventualis häufiger behandelt und dabei — fälschlich — allein gegen die Lehre von der Gesamtbetrachtung gewendet (oben 26/14 ff). Beispiel: Ein Autofahrer zwängt sich trotz der Gefahr einer Beschädigung eines fremden Fahrzeugs in eine Parklücke, was ihm gelingt, ohne daß etwas passiert. Wenn nach der Lehre von der Gesamtbetrachtung ein Sadist, der die Beschädigung beabsichtigt, dadurch zurücktreten kann, daß er darauf verzichtet, das Manöver zu wiederholen, so kann es auch derjenige, der sich ohne Not gerade diese enge Parklücke ausgesucht hat[74a] (war er in Not, so belastet die unnütze Wiederholung). Das Problem ist nicht auf Nebenfolgen beschränkt[74b], besteht nicht in allen Fällen von Nebenfolgen[74c] und betrifft auch den

---

74 LG Arnsberg NJW 1979 S. 1420; *LK-Vogler* § 24 Rdn. 99.

74a So der Sache nach auch BGH StV 1989 S. 247; NStZ 1990 S. 30 ff (mit ablehnender Besprechung *Schall* NStZ 1990 S. 623 ff, 626 ff, dort auch weitere Nachweise); *a. A.* freilich BGH NJW 1984 S. 1693 mit zutreffend kritischer Anmerkung *Ulsenheimer* JZ 1984 S. 852 ff; BGH StV 1986 S. 15; NStZ 1990 S. 77 f (mit zustimmender Anmerkung *Puppe* aaO S. 433 ff); *Maurach-Gössel* AT II § 41 Rdn. 72 und Rdn. 119. — Um eine Privilegierung des Absichtstäters gegenüber einem Täter, für den die Tatbestandsverwirklichung nur Nebenfolge ist, zu vermeiden, dem Absichtstäter aber trotzdem die Strafbefreiungsmöglichkeit zu erhalten, will *Herzberg* NJW 1988 S. 1559 ff, 1561 ff bereits verwirklichte Fehlschläge von Einzelakten als nicht absichtlich (sondern mit dolus eventualis) verwirklicht behandeln. Das führt im Fall von Versuchstatbeständen, die nur absichtlich verwirklicht werden können, zur Straffreiheit und ansonsten, insbesondere beim Grundtyp des Verletzungs-Erfolgsdelikts, zur Haftung für einen fehlgeschlagenen Versuch mit dolus eventualis. Aber so wie das Scheitern des Täters, der den Tatbestand zukünftig noch verwirklichen könnte, sein *vergangenes* Scheitern nicht revozieren kann (was *Herzberg* sieht), so kann er auch die *vergangene* Absichtlichkeit nicht löschen. Wäre aber eine Löschung möglich, so müßte sie so lange vorgenommen werden können, wie das Beabsichtigte nicht verwirklicht wurde, was bei Delikten mit überschießender Innentendenz heißt: auch noch nach Vollendung, wenn nur vor der Beendigung. — Gegen *Herzberg* auch *Mayer* NJW 1988 S. 2589 f. — *Streng* (JZ 1990 S. 212 ff, 216 f) unterscheidet Fälle mit situativer „Vollendungsneigung" (ein Angriff auf den Körper des Opfers mit dolus eventualis seiner Tötung, um Rache zu üben) von solchen ohne diese Neigung (ein eben solcher Angriff, um etwa eine Sache wegnehmen zu können). Allein im ersten Fall soll Freiwilligkeit vorliegen, da nur dort ein Verzicht auf eine „Verlängerung", ein Abbruch der „Eigendynamik" geleistet werde. Aber auch diese Lösung prämiert das schwungvolle Vorgehen und bietet zudem keine handhabbaren Grenzen (wieso entwickelt nicht mancher Raub, der schon mit dolus eventualis der Tötung begonnen wird, eine Eigendynamik zum Verdeckungsmord?). Gegen *Streng* siehe *Herzberg* NStZ 1990 S. 311 ff, 312, 315 f, der seinerseits in Fällen von Versuchen mit dolus eventualis § 23 Abs. 3 StGB analog anwenden will.

74b Beispiel zur Absicht (nach *Herzberg* Blau-Festschrift S. 97 ff, 113 ff; *ders.* NJW 1989 S. 197 ff): Der Täter verfehlt nach einer Wette über seine Behauptung, eine fremde Fensterscheibe mit einem einzigen Wurf zertrümmern zu können, das Objekt.

74c Beispiel zum fortdauernden Motiv bei Nebenfolgen: Der Täter will einen fremden Schrank auch auf die Gefahr seiner Beschädigung hin mit einem Schraubenzieher öffnen; das Werkzeug rutscht beim ersten Versuch ab, ohne Schaden anzurichten.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

*un*beendeten Versuch[74d]: Der Anlaß kann vor dem Abschluß des Verhaltensvollzugs wegfallen. Beispiel zur Absicht: Der Täter will eine Fensterscheibe einschlagen; als er schon ausholt, sieht er, daß sie bereits herausgeschlagen ist; er könnte allerdings eine angrenzende Scheibe zerschlagen. Beispiel zu Nebenfolgen: Der Täter will ein Faß ausleeren, auch wenn der Inhalt in das Frühbeet seines Nachbarn strömen und dort die Pflanzen verderben sollte; als er anfängt das Faß zu kippen, merkt er, daß es schon leer ist, aber er kann mühelos Wasser beschaffen, wenn er nur will. — Es kommt jeweils darauf an, ob der verlorene Anlaß rechtsfreundlicher war als jeder sich nunmehr zur handlungseinheitlichen Fortsetzung anbietende; nur dann kapituliert der Täter vor größerem Unrecht. Ist aber ein rechtlich zumindest äquivalenter Anlaß denkbar, so kann es nicht darauf ankommen, ob der Täter ihn wählt und preisgibt oder nicht erst wählt.

40 4. Ergebnis: *Nicht schon der Täter handelt freiwillig, der zurücktritt, um nicht noch mehr Unrecht zu schaffen und Schuld auf sich zu laden, sondern erst derjenige, dem das bereits Verwirklichte zuviel ist.*

Die abweichende, aber ganz übliche Differenzierung nach dem Täterplan, befriedigt axiologisch nicht und geht am Tatprinzip vorbei: Vorstellungen des Täters interessieren nur, soweit sie betätigt sind. Die Differenz ist schließlich auch psychologisch höchst brüchig: Etwa mangelnde Detailplanung kann ein Zeichen für Gleichgültigkeit, aber auch für Angst vor den Tatfolgen sein. Deshalb kann nicht die Plangemäßheit interessieren, sondern nur der wirkliche Deliktsstand.

41 5. Die Lösung gilt auch für den *beendeten Versuch.* — Wenn sich der Täter nach Handlungsabschluß die Sache schlicht anders überlegt und die Vollendung hindert, ist das seine Sache und der Rücktritt freiwillig; ebenso verhält es sich, wenn er die Vollendung auf einen äußeren Umstand hin aufhält, der unrechts- und schuldirrelevant ist. Hierbei ist gleichgültig, ob dieser Umstand plangemäß oder überraschend eintritt. Beispiel: Das vergiftete Opfer leidet — plangemäß oder überraschend — deutliche Qualen; der Täter hindert den Tod; — unfreiwillig, da ein Durchstehen der Qualen Unrecht und Schuld erhöhen würde. Die Lauterkeit der Rücktrittsmotivation spielt jenseits des Unrechts- und Schuldrelevanten keine Rolle; Beispiel: Der Täter rettet die mit Tötungsvorsatz ins Wasser geworfene Frau, um sie zu vergewaltigen; — freiwilliger Rücktritt vom Tötungsversuch. — Wie beim unbeendeten Versuch, so bedarf es auch hier keiner Erfolgsverhinderungs*absicht;* die Rettung mag vielmehr bloße Nebenfolge der neuen Planung des Täters sein[74e], so etwa in dem zuletzt genannten Beispiel. Freilich ist die Rettungs*handlung* — wie jeder gewollte Handlungsvollzug, oben 8/8 — stets beabsichtigt.

42 6. *Einzelfragen:*

a) Die Parallelität von Freiwilligkeit und Schuld heißt nicht, von einem schuldlos begangenen Versuch sei kein Rücktritt möglich. Auch bei Schuldlosigkeit kann dem Täter seine Motivation als ihm zugehörig so zugerechnet werden, wie bei Taten, die rechtlich überhaupt neutral sind. Beispiel: Wer den Versuch einer Autofahrt abbricht, weil er doch mehr Lust hat, mit der Bahn zu fahren, tritt freiwillig zurück, gleich ob der Versuch der Autofahrt rechtlich neutral, ein schuldloser oder aber ein Versuch nach § 248 b StGB ist. — Nach dem Rücktritt von einem schuldlos begangenen Versuch sind also auch schuldunabhängige Reaktionen nicht mehr zulässig, ebensowenig kann nach

[74d] Zutreffend *Puppe* NStZ 1986 S. 14 ff, 16 f; *dies.* NStZ 1990 S. 433 ff.

[74e] *Herzberg* JR 1989 S. 449 f; anders die überwiegende Ansicht, BGH 31 S. 46 ff, 49; 33 S. 295 ff, 302; NStZ 1989 S. 525; *Jescheck* AT § 51 IV 1; *Dreher-Tröndle* § 24 Rdn. 7; *Lackner* § 24 Anmerkung 4 a.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

dem Rücktritt von einer Tat im Rausch noch aus § 323a StGB gestraft werden[74f]. — Freilich unterbricht die Zurechnungsunfähigkeit den Motivationszusammenhang per Definition (siehe oben 18/5), so daß von einem zurechnungsfähig begonnenen Versuch nicht nach Eintritt der Zurechnungsunfähigkeit (wohl aber der Unzumutbarkeit) strafbefreiend zurückgetreten werden kann. Beispiel: Der Täter erleidet beim Versuchsbeginn Traumatisierungen des Gehirns, die seine Zurechnungsfähigkeit ausschließen und gibt die Tat auf; — kein strafbefreiender Rücktritt. Das Problem dürfte praktisch irrelevant sein, da sich eine erst während des Versuchs eintretende Zurechnungsunfähigkeit nie so beweisen lassen dürfte, daß sie *zu Lasten* des Täters ausschlagen kann.

b) Furcht vor Strafe ist nach den oben genannten Grundsätzen irrelevant; es geht **43** allenfalls um das — furchtsame oder nicht furchtsame — Handeln trotz Strafwahrscheinlichkeit. Zumindest bei drastischen Wahrscheinlichkeiten dürfte ein Weiterhandeln belasten, Rücktritt also unfreiwillig sein. Beispiel[75]: Die zur Vergewaltigung überfallene Frau erkennt überraschend den Täter, der daraufhin von ihr abläßt; — unfreiwillig.

Nach altem Recht (§ 46 Nr. 2 StGB a. F.) ging es beim beendeten Versuch um das Entdecktsein der Tat. Das Merkmal wurde entsprechend dem Wechsel von der kriminalpolitischen Rücktrittstheorie zur Strafzwecktheorie zunächst eher objektiv, nachfolgend eher subjektiv (als Entdeckungs-Bewußtsein) interpretiert. In der letzten Gestalt hat es bis heute noch für alle Versuchsstadien Bedeutung: Führt die (vermeintliche) Entdeckung zu Scham oder Reue, so schließt sie Freiwilligkeit nicht aus, wohl aber, wenn sie die Bestrafungswahrscheinlichkeit deutlich erhöht[76].

c) Gewinnt der Täter während des Versuchs die Aussicht oder die Gewißheit, den **44** durch Delikt erstrebten Erfolg auch ohne Delikt zu erhalten, so ist der Rücktritt unfreiwillig, wenn der Täter die Erfolge nicht kumulieren kann; die dem Täter unnütze Wahl gerade des deliktischen Wegs würde ihn bei dieser Fallgestaltung belasten. Beispiele: Die zum Zweck der Vergewaltigung überfallene Frau erklärt ihre Bereitschaft zum ihrerseits freiwilligen baldigen Geschlechtsverkehr; — unfreiwillig[77]. — Der Beteiligte an einem Betrugsversuch deckt die Tat auf und wird dafür mit einer Summe belohnt, die dem erstrebten Vorteil aus dem versuchten Betrug entspricht; — unfreiwillig[78]. Soweit der Täter freilich kumulieren kann, ist ein Rücktritt freiwillig, wenn sich nicht durch die Kumulierung Unrecht oder Schuld ändern. Beispiele: Wer einige hundert Mark für einen Barbesuch stehlen will, tritt freiwillig zurück, wenn ihm während des Versuchs einfällt oder berichtet wird, daß er bei seinem zahlungskräftigen Schuldner den Betrag eintreiben kann (das ist ein unrechts- und schuldneutraler Umstand). — Unfreiwillig ist aber der Rücktritt eines Täters, der aus schuldmindernder Not handelt, sofern er während der Ausführung von reichlich sprudelnden, legalen Geldquellen erfährt.

d) Ein Rücktritt wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Beurteilung des er- **45** reichten Stadiums auch körperliche Konsequenzen hat, die ein Weiterhandeln unmöglich machen. Das Ausbleiben dieser Konsequenzen wäre ja auch für den Täter nicht

---

74f Streitig, *a. A. Neumann* Vorverschulden S. 91 ff mit Nachweisen.

75 BGH 9 S. 48 ff.

76 Zur Entdeckung siehe *Schönke-Schröder-Eser* § 24 Rdn. 50 ff; *Dreher* NJW 1971 S. 1046 ff; *LK-Vogler* § 24 Rdn. 106 ff, 125 ff; zu § 46 Nr. 2 StGB a. F. siehe *LK*[9]*-Busch* § 46 Rdn. 35 ff; — Zu § 371 AO siehe *Franzen-Gast-Samson* § 371 Rdn. 71 ff, 73 ff; *Blumers* wistra 1985 S. 85 ff.

77 *A. A.* BGH 7 S. 296 ff; BGH NStZ 1989 S. 550; wie hier *Roxin* Heinitz-Festschrift S. 251 ff, 258 f; RG 75 S. 393 ff; *Herzberg* Lackner-Festschrift S. 325 ff, 360 f.

78 *A. A.* BGH NJW 1980 S. 602; dagegen zutreffend kritisch *Bottke* JR 1980 S. 441 ff, 442 f; *ders.* JA 1981 S. 63 ff; *Walter* GA 1981 S. 403 ff, 408 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

belastend. Beispiel: Wer vor Aufregung über das Herannahen des Opfers die Schußwaffe nicht richtig halten kann oder vor Entsetzen über den Anblick der zur Vergewaltigung niedergeschlagenen Frau die potentia coeundi verliert, kann trotzdem (genauer: trotz des parallelen objektiven und subjektiven Fehlschlags des Versuchs) freiwillig zurücktreten, wenn nicht erst die körperliche Folge, sondern schon die psychische Erschütterung hinreichender Grund des Rücktritts ist. Die üblicherweise entgegengesetzt ausfallenden Entscheidungen[79] berücksichtigen nicht genügend, daß der Grund des Fehlschlags im Organisationsbereich des Täters liegt. — Ebenso verhält es sich in den zahlreichen Fällen eines Schocks auf Grund erster Tatfolgen[80]. Die Abwendung vom Versuch mit Leib und Seele kann nicht weniger bringen als diejenige nur mit der Seele.

46 e) Kapituliert der Täter vor Umständen, die er als Erschwerung empfindet, so ist der Rücktritt trotzdem freiwillig, wenn diese Umstände Unrecht und Schuld nicht vergrößern. Freiwillig ist also beispielsweise der Rücktritt auf drängendes Bitten nahestehender Personen[81] oder auf gutes Zureden eines Tatzeugen hin[81a] oder wegen religiöser (ein Kreuz am Halskettchen des Opfers) oder abergläubischer (eine Narbe auf der Stirn des Opfers) Deutungen; freiwillig ist auch der Rücktritt vom Vergewaltigungsversuch wegen Menstruationsblutungen[82]. Unfreiwillig ist hingegen der Rücktritt vor Hindernissen, deren Überwindung Unrecht und Schuld erhöhen würde. Beispiele: Die Tür des Gebäudes, aus dem gestohlen werden soll, müßte erst gewaltsam geöffnet oder der Hofhund beseitigt oder die Alarmanlage außer Betrieb gesetzt oder der Nachtwächter zusammengeschlagen werden etc.

47 f) Die Entscheidung[83], ob dem Täter schon das verwirklichte Unrecht und die verwirklichte Schuld zuviel sind oder aber nur die noch ausstehenden Quanten, kann im Einzelfall so zweifelhaft[84] sein, wie die Bestimmungen von Unrecht und Schuld zweifelhaft sein können. Grenzfälle der Unfreiwilligkeit können zur Milderung des Strafrahmens nach den §§ 23 Abs. 2, 49 StGB führen.

V. Die Wirkung des Rücktritts

48 A. Rücktritt befreit den Zurücktretenden von der Strafe wegen des preisgegebenen *Versuchs*. Bei nur partiellem Rücktritt bleibt Haftung für den Rest. Beispiel: Gibt der Täter eines Versuchs der räuberischen Erpressung (§ 255 StGB) die Gewalt gegen eine Person preis, nicht aber die Gewalt gegen Sachen, so bleibt der Versuch der einfachen Erpressung strafbar (§ 253 StGB)[84a]. Strafbar bleiben auch bereits vollendete Delikte,

---

79 RG DR 1943 S. 910; BGH LM § 177 Nr. 6; *Ulsenheimer* Grundfragen S. 319, siehe auch S. 330. — *Herzberg* Lackner-Festschrift S. 325 ff, 355, mißversteht die Problematik: Es geht nicht darum, eine bei fortbestehendem Vorsatz eintretende körperliche Unfähigkeit zum Rücktritt zu stilisieren, sondern es dem Täter, der seinen Vorsatz sua sponte preisgibt, nicht als Fehlschlag des Delikts anzurechnen (was Rücktritt ausschließen würde), wenn sich der Grund der Preisgabe *auch* physisch auswirkt.

80 *Roxin* Heinitz-Festschrift S. 251 ff, 265 ff; *H. Mayer* AT § 45 V 1; *Walter* Rücktritt S. 97 ff; *a. A.* wiederum *Ulsenheimer* Grundfragen S. 332.

81 *Roxin* Heinitz-Festschrift S. 251 ff, 264.

81a BGH NStZ 1989 S. 69 f.

82 BGH 2 StR 203/65, Urteil vom 4. 6. 1965, zitiert in der abweichenden Entscheidung BGH 20 S. 279 ff, 280; dort weitere Nachweise der überwiegend Freiwilligkeit verneinenden Rechtsprechung.

83 Ausführliche Darstellungen der gesamten Rechtsprechung bei *Ulsenheimer* Grundfragen S. 253 bis 279 und S. 348 bis 376; Diskussion der Problemkreise bei *Bottke* Methodik S. 502 ff; *Walter* Rücktritt S. 81 ff.

84 Erhöht der Rücktritt von Beteiligten Unrecht und Schuld des allein übrigbleibenden Täters? — Für Freiwilligkeit BGH StV 1982 S. 259 f.

84a Sogenannter Teilrücktritt; siehe schon oben 26/13a und 23a; *Streng* JZ 1984 S. 652 ff, 655; *Zaczyk* NStZ 1984 S. 217; *Schönke-Schröder-Eser* § 24 Rdn. 113; *LK-Vogler* § 24 Rdn. 208; *a. A.* BGH NStZ 1984 S. 216.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

gleich welcher Konkurrenz zum Versuch (bei Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz: sogenannter *qualifizierter Versuch*). Wenn für das vollendete Delikt ausnahmsweise eine besondere Strafbefreiungs- oder Milderungsmöglichkeit besteht, etwa bei den §§ 129 Abs. 6, 129 a Abs. 5, 310, 311 c StGB, können natürlich durch den Rücktritt auch deren Voraussetzungen erfüllt sein. Beispiele: Nach freiwilligem Rücktritt vom Tötungsversuch bleibt die Strafe für eine gegebenenfalls schon verwirklichte Körperverletzung[85], nach freiwilligem Rücktritt vom Versuch der Vergewaltigung für eine gegebenenfalls schon verwirklichte sexuelle Nötigung nach § 178 StGB oder für eine Beleidigung[86], nach freiwilligem Rücktritt vom Diebstahlsversuch durch Einsteigen in eine Wohnung für Hausfriedensbruch[87]. — Beim Rücktritt vom versuchten Meineid eines Zeugen oder Sachverständigen beim Nacheid bleibt die uneidliche Falschaussage nach § 153 StGB vollendet, aber § 158 StGB greift regelmäßig ein[88]. — Zu § 138 StGB siehe oben 26/27.

B. Beim versuchten erfolgsqualifizierten Delikt in der Gestalt des nicht vollendeten **49** Grunddelikts, aber eingetretener Folge bleibt nach einem freiwilligen Rücktritt die schon vollzogene Erfolgsbewirkung, gegebenenfalls verbunden mit einem für sich strafbaren Tatbestandsteil des Grunddelikts. Beispiel: Tritt der Täter des Raubs zurück, nachdem sich bei der Drohung mit der geladenen Pistole durch Fahrlässigkeit ein Schuß gelöst und das Opfer getötet hat, bleibt neben einer Nötigung (als schon verwirklichter, selbständig strafbarer Tatbestandsteil des Raubs) eine fahrlässige Tötung, aber deren Bezug zum Raub durch § 251 StGB entfällt[89].

C. Die Strafbefreiung umfaßt nicht die Strafe für Deliktsstufen, die dem Versuch **50** vorangehen; der Rücktritt von diesen Stufen richtet sich nach deren eigenen Regeln[90]. Ansonsten stünde besser da, wer die strafbare Vorstufe bis zum Versuch treibt und dann zur Vorstufe zurückkehrt, als wer die Vorstufe nie verlassen hat. Beispiel: Wer sich zu einem Verbrechen bereit erklärt hat und vom Versuch, nicht aber vom Bereiterklären zurücktritt, bleibt dafür strafbar. — Vollendete abstrakte Gefährdungsdelikte bleiben strafbar, vollendete konkrete Gefährdungsdelikte jedoch nur insoweit, als die Gefahr schon vor Versuchsbeginn oder unabhängig vom Verletzungsvorsatz bestanden hat; nur von einer Haftung für die konkrete Versuchsgefahr wird der Täter beim Rücktritt befreit[91].

---

85 Siehe BGH 16 S. 122 ff, 123 f; 21 S. 266 f. — Zu den Konsequenzen beim Rücktritt von der privilegierten Tötung und deshalb eintretender schwerer Körperverletzung siehe unten 31/32.

86 BGH 7 S. 296 ff, 300; 17 S. 1 ff, 2; BGH StV 1982 S. 15 f.

87 Zu § 243 StGB a. F. siehe RG 40 S. 430 ff.

88 BGH 8 S. 302 ff, 315.

89 RG HRR 1941 Nr. 521; *LK-Schroeder* § 18 Rdn. 42; *Schönke-Schröder-Eser* § 24 Rdn. 26; — *LK-Vogler* § 24 Rdn. 143 f; *a. A. Ulsenheimer* Bockelmann-Festschrift S. 405 ff, 414 f mit umfassenden Nachweisen. — *Ulsenheimers* Hinweis darauf, daß sich die Gefahr aus einem vollzogenen Teil der tatbestandlichen Handlung immerhin realisiert hat, ist richtig, geht aber daran vorbei, daß die Beziehung zum Noch-nicht-Vollzogenen nur im Tatbestandsvorsatz besteht und das Ansetzen zur Verwirklichung dieses Vorsatzes durch den Rücktritt aufgehoben wird. So wenig Nötigung mit Todesfolge generell ein erfolgsqualifiziertes Delikt ist, so wenig ist es dies als verbleibender Rest beim Rücktritt von einem Raub.

90 *Dreher-Tröndle* § 24 Rdn. 18; *a. A.* BGH 14 S. 379 ff, 380; BGH NStZ 1983 S. 364; *LK-Vogler* § 24 Rdn. 199 und die überwiegende Ansicht, die zutreffend wäre, wenn die zum Rücktritt geforderte Tataufgabe stets zu einer Aufgabe auch der Vorbereitung führen würde (dagegen oben 26/10).

91 Streitig; siehe *Schönke-Schröder-Eser* § 24 Rdn. 110; *Jescheck* AT § 51 VI 2; eingehend *Berz* Formelle Tatbestandsverwirklichung S. 64 ff, 98, 100 ff, 124, der de lege ferenda für die Möglichkeit strafbefreienden Rücktritts bei abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikten optiert.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

27. ABSCHNITT
Der Versuch der Beteiligung

Literatur

H. Blei Anmerkung zu BGH 10 S. 388 ff, NJW 1958 S. 30; *W. Bottke* Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 StGB, 1980; *J.-D. Busch* Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des § 49 a StGB, 1964; *R. Busch* Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49 a StGB, Maurach-Festschrift S. 245 ff; *E. Dreher* Grundsätze und Probleme des § 49 a StGB, GA 1954 S. 11 ff; *W. Gallas* Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 S. 1 ff; *R. D. Herzberg* Rücktritt vom Versuch trotz bleibender Vollendungsgefahr? JZ 1989 S. 114 ff; *H. H. Jescheck* Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen an einer Straftat, ZStW 99 S. 111 ff; *E. Kern* Die Äußerungsdelikte, 1919; *K. Kühl* Anmerkung zu BGH JZ 1984 S. 290 f und zu BGH 32 S. 133 ff, JZ 1984 S. 292 ff; *W. Küper* Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979 S. 775 ff; *ders.* Zur Problematik des Rücktritts von der Verbrechensverabredung, JR 1984 S. 265 ff; *K. Letzgus* Vorstufen der Beteiligung, 1972; *M. Maiwald* Literaturbericht, ZStW 88 S. 712 ff; *R. Maurach* Die Problematik der Verbrechensverabredung, JZ 1961 S. 137 ff; *C. Roxin* Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§ 30 StGB), JA 1979 S. 169 ff; *K. H. Schnarr* Gehören Vorbereitungshandlungen nach § 30 StGB zum Deliktsbereich von Katalogtaten? NStZ 1990 S. 257 ff; *H. Schröder* Grundprobleme des § 49 a StGB, JuS 1967 S. 289 ff; *Th. Vormbaum* Versuchte Beteiligung an der Falschaussage, GA 1986 S. 353 ff; *H. Zipf* Probleme der versuchten Bestimmung zu einer Straftat, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart Heft 8, 1981, S. 143 ff.

I. Der Strafgrund des Beteiligungsversuchs

1 A. Nach § 30 StGB[1] wird die Vorbereitung einer Tat durch bestimmtes Beteiligungsverhalten bestraft[2]. Der Grund für die gegenüber dem Versuch und der Teilnahme erweiterte Strafbarkeit ist streitig. Teils wird auf die besondere Gefährlichkeit konspirativer Bindungen abgestellt[3], was allerdings zu Korrekturen der lex lata führen müßte, da beim Anstiftungsversuch, der keinen Vorsatz bewirkt, von Bindung nicht die Rede sein kann[4]. Teils wird als Strafgrund angegeben, daß ein Beteiligter die Sache aus der Hand gibt, ohne sich weiteren Einfluß vorzubehalten[5], was aber zum geltenden Recht nicht für alle Beteiligungsvarianten paßt (nicht für Bereiterklären, Verabreden, § 30 Abs. 2, 1. und 3. Fallgruppe StGB) und zudem die — ansonsten unabdingbare — quantitative Akzessorietät zur Haupttat in Frage stellt[6].

---

1 Sogenannter Duchesne-Paragraph (im Kulturkampf hatte sich 1873 ein Belgier namens D. gegenüber dem Erzbischof von Paris erfolglos erboten, Bismarck zu ermorden); zur Geschichte siehe *J.-D. Busch* Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des § 49 a StGB, S. 47 ff. Rechtsvergleichung bei *Jescheck* ZStW 99 S. 111 ff, 136 ff. — Zu Vorbereitungshandlungen nach § 30 StGB als Katalogtaten *Schnarr* NStZ 1990 S. 257 ff.

2 Die Zugehörigkeit der Regelung zur Teilnahme (so die Stellung im Gesetz; *Maurach-Gössel* AT II § 53 Rdn. 4) oder zur Vorbereitung als Vorstufe des Versuchs (*Letzgus* Vorstufen S. 220 f; *LK-Roxin* § 30 Rdn. 2) ist streitig. Von der Entscheidung hängt nichts ab, wenn nur klar ist, daß es sich nicht allein um eine Strafbarkeitserweiterung gegenüber dem Versuch, sondern — wegen des Verzichts auf quantitative Akzessorietät — auch um eine Erweiterung gegenüber den Regeln der Teilnahme handelt.

3 So BT-Drucksache V/4095 S. 13; *Jescheck* AT § 65 I 2; recht überzogen *Letzgus* Vorstufen S. 126 ff, 135: „Verfestigung des kriminellen Willens" durch „ein- oder gegenseitige Suggestion"; hiergegen *Maiwald* ZStW 88 S. 712 ff, 719.

4 Auch wäre erst noch auszumachen, ob die Bindungsgefahr üblicherweise auf der Zusage einer konkreten Tat — also auf „Vertrag" — beruht oder aber auf der längst vorher abgeschlossenen Einpassung in eine Bande o. ä. — also auf Vertrauen oder Herrschaft.

5 So insbesondere die Konzeption in § 32 AE, siehe Begründung S. 67.

6 So zutreffend kritisch *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht[25] § 175 I; kritisch gegen die Vorschrift überhaupt *Kohlrausch-Lange* § 49 a Anm. II und III; kritisch gegen die Geltung für *alle* Verbre-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

B. Kumuliert decken die genannten Begründungen den ganzen Bereich des § 30 StGB ab[7]. Damit ist jedoch eine weitere Begründung zu verbinden, welche für alle Alternativen gleich gilt und durch welche die beiden verschiedenen Begründungen, scil. „Einflußverlust" und „Bindung", verklammert werden. Erst wenn zur tatbestandsfernen Vorbereitung eines Angriffs außer der Gefährlichkeit — die sich bei allen Vorbereitungen mehr oder weniger deutlich abzeichnet — ein perfekter und signifikanter Umstand hinzukommt, wird die Vorverlagerung der Strafbarkeit rechtsstaatlich akzeptabel: *Erst die Kommunikation darüber, daß das Verbrechen stattfinden soll, nimmt der Vorbereitung die weite Distanz zur Normverletzung, da durch diese Kommunikation die Norm selbst unmittelbar* (d. h. nicht nur durch eine rechtswidrige Tat vermittelt) *desavouiert wird.* Die Lösung ist alten Konzeptionen des Strafgrunds[8] ähnlich, vermeidet aber deren Verabsolutierung, indem die Fundierung der Norm auch in der Gefährlichkeit der Tatvorbereitung nicht geleugnet wird[9]. **2**

II. Die einzelnen Tatbestände des Beteiligungsversuchs

A. Die sogenannte versuchte Anstiftung, § 30 Abs. 1 StGB

1 a) Zur Anstiftung wurde schon oben (22/22) dargelegt: Der Anstifter muß dazu bestimmen wollen, daß der Angestiftete gerade seines Verlangens wegen die Tat begeht. — Tat kann nach § 30 Abs. 1 StGB die Haupttat oder eine weitere Anstiftungshandlung sein (Kettenanstiftung). Der Vorsatz des Anstifters muß die Vorsätzlichkeit der Haupttat (wie auch gegebenenfalls der Tat des Zwischenanstifters) umfassen, ferner deren Vollendung. — Die meist als Problem der „Ernstlichkeit" des Tuns nach § 30 StGB abgehandelte Frage des Vollendungsvorsatzes ist keine Besonderheit, sondern richtet sich nach allgemeinen Regeln: Ohne mindestens dolus eventualis auf Vollendung führt das Verhalten nicht zur Haftung[10]. **3**

Versuchte Anstiftung ist nicht nur der Versuch, einen Vorsatz zu erregen, sondern jeder durch Anstiftung begangene Versuch, eine vollendete Haupttat zu bewirken. § 30 Abs. 1 StGB greift also auch ein, wenn zwar ein Vorsatz erregt wird, es aber nicht zur Haupttat kommt (bei versuchter Haupttat beginnt akzessorische Haftung: Anstiftung zum Versuch). — Eine objektiv beurteilte Tauglichkeit des Versuchs ist nicht erforderlich[11]. — Behält sich der Anstiftende die Leistung unersetzbarer Beiträge vor, so fehlt mangels Einflußverlustes und Bindungsgefahr der Strafgrund.

b) Da der Strafgrund auch auf die geschehene Kommunikation darüber bezogen ist, daß der Normbruch stattfinden soll, muß das Bestimmen nicht nur begonnen worden, sondern auch soweit gediehen sein, daß der zu Bestimmende verstanden hat, was ihm angesonnen wird, mag er die Ausführung dann auch ablehnen. Es ist also ein beendeter Anstiftungsversuch notwendig, verbunden mit dem Verstehen der Mitteilung durch den Adressaten[12]. Die übliche Lehre, die im Anschluß an ein obiter dictum der Rechtspre- **4**

---

chen und jeweils alle Tatmodalitäten *Busch* Maurach-Festschrift S. 245 ff, 252 ff.

7 Für Kumulierung mit ausführlicher Begründung *LK-Roxin* § 30 Rdn. 3, 9 f; *ders.* JA 1979 S. 169 ff, 170 f.

8 Rechtsfrieden oder rechtstreue Gesinnung; *Binding* Lehrbuch BT Bd. II S. 838 ff; *H. Mayer* AT § 52 I 1 a.

9 Zur älteren Diskussion siehe *Frank* § 49 a Anm. I mit Nachweisen.

10 *Schröder* JuS 1967 S. 289 ff, 294; *LK-Roxin* § 30 Rdn. 18; RG 15 S. 359 ff, 360; 57 S. 171 f, 172; BGH 7 S. 234 ff, 238; auch BGH 18 S. 160 f.

11 Überwiegende Lehre; *a. A. Letzgus* Vorstufen S. 188.

12 So auch die alte Rechtsprechung bei allerdings anderem Gesetzeswortlaut; RG 26 S. 81 ff, 82; auch *Kern* Äußerungsdelikte S. 26. — Verbreitet wird heute immerhin Zugang der Anstiftungserklärung gefordert; *Letzgus* Vorstufen S. 40 f; *Schröder* JuS 1967 S. 289 ff, 290; *Stratenwerth* AT Rdn. 917; *Jescheck* AT § 65 II 1; *SK-Samson* § 30 Rdn. 14; so auch schon RG 30 S. 142; 36 S. 228 ff, 229; — noch enger, aber nicht eng genug, nämlich Einwirkung auf die Sinne des Adressaten fordernd, *Schmidhäuser* AT 15/111

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

chung[13] unbeendeten Versuch ausreichen läßt, gerät in Widerspruch mit der These, es gehe um den Verlust von Einfluß[14].

5 2. Ob der Anstifter oder der Anzustiftende schuldhaft handeln können, ist für den Tatbestand gleichgültig (§ 29 StGB). Auch die Anstiftung des Tatmittlers bei der mittelbaren Täterschaft erfüllt die Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 StGB, solange der Tatmittler Täter einer Vorsatztat ist[15]; der Anstiftungsversuch tritt freilich hinter dem speziellen täterschaftlichen Versuch des mittelbaren Täters in Gesetzeskonkurrenz zurück. — Zur personellen und sachlichen Bestimmtheit der Tat und zur Abweichung gelten die allgemeinen Regeln der Anstiftung.

6 3 a) Die vom Bestimmenden in Aussicht genommene Tat muß ein Verbrechen sein (§ 12 Abs. 1 StGB), wenn nicht ausnahmsweise die Anwendbarkeit auf Vergehen angeordnet ist (etwa § 159 StGB)[15a]. Hängt die Deliktsnatur von besonderen persönlichen Merkmalen ab (§ 28 Abs. 2 StGB), so ist für jeden Beteiligten gesondert zu bestimmen, ob es sich für seine Person um ein Verbrechen handelt[16]. Die Lösung ist sehr streitig. Teils wird auf die Person des zu Bestimmenden abgestellt[17], was aber den von § 28 StGB bestimmten Haftungsumfang überspielt. Insbesondere geht das Argument, es gehe um die Verhinderung gefährlicher Taten, an der relativen Gefährlichkeitsbestimmung des § 28 StGB vorbei. Teils wird verlangt, in der Person des Bestimmenden wie des Bestimmten müsse ein Verbrechen vorliegen[18]; — dies dürfte ein Ausdruck der Ratlosigkeit darüber sein, was besondere persönliche Merkmale bedeuten. Schließlich differenziert eine verbreitete Lehre danach, ob es sich um persönliche Merkmale handelt, die dem Unrecht zugehören (dann soll es auf den Adressaten ankommen) oder der Schuld (dann soll das Merkmal nicht berücksichtigt werden)[19]. Die Irrelevanz von nicht unrechtsbestimmenden Merkmalen ist nach der hier zu § 28 StGB gegebenen Lösung selbstverständlich.

Das argumentatorische Dilemma beruht darauf, daß § 30 StGB zu sehr an der kommenden Tat und zu wenig an der aktuellen Desavouierung der Norm festgemacht wird. Bei Berücksichtigung dieser Desavouierung ergibt sich die für jeden Beteiligten gesonderte Bestimmung so geläufig wie bei Vollendung. Beispiele: Der Versuch eines Extraneus, einen Richter zur Rechtsbeugung (§ 336 StGB) anzustiften, ist strafbar, da der Außenstehende zwar nach § 28 Abs. 1 StGB aus einem milderen Strafrahmen bestraft wird, aber ohne Relevanz für die Deliktsnatur seiner Tat (§ 12 Abs. 3 StGB). — Der Versuch eines Extraneus, einen Amtsträger zur Aussageerpressung (§ 343 StGB) anzustiften, ist straffrei, da der Außenstehende nach § 28 Abs. 2 StGB nur aus § 240 StGB haftet (ob § 343 StGB ein unechtes Amtsdelikt ist, ist allerdings streitig). — Siehe

---

(wohl wie hier — „geistiger Kontakt" — *ders.* Studienbuch 11/112 mit Fn. 57); auch schon RG 47 S. 230 f.

13 BGH 8 S. 261 ff, 262.

14 *Roxin* (JA 1979 S. 169 ff, 171; *LK-Roxin* § 30 Rdn. 16) stellt auf den „Zeitpunkt der Entäußerung" ab, der vor der Versuchsbeendigung liegen könne (und trotz Versuchsbeendigung fehlen kann; — Beispiel: Der Beteiligte hat vergessen, das Anstiftungsschreiben in den Briefumschlag zu stecken, den er zur Post gibt.). Noch weniger einschränkend *Schönke-Schröder-Cramer* § 30 Rdn. 19; *Dreher-Tröndle* § 30 Rdn. 9, jeweils mit Nachweisen.

15 *A. A. LK-Roxin* § 30 Rdn. 21.

15a Dazu *Vormbaum* GA 1986 S. 353 ff.

16 So, beschränkt auf § 218 StGB a. F., BGH 3 S. 228 f; 14 S. 353 ff. — Hauptsächlich wie hier *Lackner* § 30 Anm. 1; *Maurach-Gössel* AT II § 53 Rdn. 24 ff; *Schönke-Schröder-Cramer* § 30 Rdn. 10 ff; *Schröder* JuS 1967 S. 289 ff, 292; *SK-Samson* § 30 Rdn. 11; *Maurach* JZ 1961 S. 137 ff, 141.

17 So die Rechtsprechung; BGH 6 S. 309 ff, wobei natürlich für den Strafrahmen § 28 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen bleibt (aaO S. 310 f); ebenso *Bockelmann* AT § 27 VI 1 a bb; *Letzgus* Vorstufen S. 205 f; *Welzel* Strafrecht § 16 II 7; so auch § 35 Abs. 3 E 1962.

18 So der Vorschlag AE § 32 Abs. 2; siehe auch *Baumann-Weber* AT § 37 IV 4 b β.

19 *LK-Roxin* § 30 Rdn. 39 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 913 ff; *Dreher-Tröndle* § 30 Rdn. 6; *Jescheck* AT § 65 I 4; *Gallas* ZStW 80 S. 1 ff, 33.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

dazu oben 23/1 ff, dort insbesondere auch zu der unbefriedigenden Rechtslage, daß besondere persönliche (Unrechts-)Merkmale nach § 28 Abs. 2 StGB nicht zuzurechnen sind.

b) Bei Sonderdelikten muß der Versuch der Anstiftung eine wirklich bestehende Sonderpflicht betreffen. Beispiel: Der Versuch eines Extraneus, einen vermeintlichen Leiter einer Rechtssache zur Rechtsbeugung anzustiften, ist straffrei[20]; besteht die Leitung nur vermeintlich, weil es schon an der zu leitenden Rechtssache fehlt (ein Vereinsmitglied meint, der Vorstand habe in Vereinsangelegenheiten richterliche Gewalt), handelt es sich um ein Wahndelikt; hält hingegen der Täter einen Unbeteiligten für den Leiter einer wirklich anhängigen Sache, so fehlt der erforderliche Zugang der Anstiftungserklärung bei einem tauglichen Täter. — Wenn ein aktuell noch nicht, aber zukünftig Sonderpflichtiger angestiftet wird, so ist dies nur strafbar, wenn die Sonderpflicht wirklich entsteht; denn erst der Status bringt die spezifische Pflicht. Beispiel: Ein zukünftiger Richter wird schon vor seiner Ernennung zur Rechtsbeugung angestiftet; — strafbar nur nach erfolgter Ernennung[20a]. **7**

4. Beihilfe zur versuchten Anstiftung ist sachlich möglich[21], aber straffrei[22], wie sich daraus ergibt, daß (a) die qualitativ gleichwertige Anstiftung zur versuchten Beihilfe straffrei ist (§ 30 Abs. 1 StGB nennt nur Anstiftung), ferner (b) Beihilfe zur täterschaftlichen Vorbereitung straffrei ist (es fehlt an der mindestens versuchten Haupttat), somit ein Minus hierzu, nämlich Beihilfe zum Anstiftungsversuch nicht strafbar sein kann, und schließlich (c) § 30 StGB die Ketten*anstiftung* ausdrücklich nennt, was überflüssig wäre, wenn für Teilnahme an Taten nach § 30 StGB die allgemeinen Regeln gelten sollten[23]. **8**

B. Die Annahme des Sich-Erbietens, § 30 Abs. 2, 2. Fallgruppe StGB

Es handelt sich um einen Sonderfall der versuchten Anstiftung: Der Adressat der Annahme fragt beim Annehmenden nach, ob er die Tat (Haupttat oder Zwischenanstiftung) begehen soll. — Die versuchte Beihilfe auf eine erbietende Aufforderung hin ist so straffrei, wie es die spontan geleistete Beihilfe ist[24]. **9**

Das Erbieten muß so wenig ernsthaft sein, wie eine versuchte Anstiftung erfolgreich verlaufen muß, um strafbar zu sein. Es geht nicht um den Sich-Erbietenden, sondern um den Annehmenden[25]. Beispiel: Ein Richter erbietet sich gegenüber einer Partei in gewolltem Scherz zur Rechtsbeugung; die Partei mißversteht und nimmt an; — strafbar nach den §§ 30 Abs. 2, 336, 28 Abs. 1 StGB.

---

20 *A. A. Schönke-Schröder-Cramer* § 30 Rdn. 13.

20a Anders wohl die ganz überwiegende Lehre, die das Problem zwar nicht ausdrücklich behandelt, bei den §§ 153 ff i. V. m. 30, 159 StGB freilich Strafbarkeit schon eintreten läßt, wenn der prozessuale Status noch nicht vorliegt, etwa beim Versuch der Anstiftung des wahrscheinlich demnächst als Zeugen Benannten zum Meineid. Da die §§ 153 ff StGB im Vergleich zu sonstigen Sonderpflichten nur einen dürftigen Status voraussetzen, sind sie Grenzfälle der Sonderdelikte zu den Jedermannsdelikten: Ihre Behandlung läßt kaum Rückschlüsse auf das Verständnis der Differenz zwischen Sonderdelikten und Jedermannsdelikten zu.

21 So daß der Gehilfe ein Beteiligter im Sinn des § 138 StGB ist; BGH StV 1982 S. 220.

22 BGH StV 1982 S. 220 mit eingehenden Nachweisen; überwiegende Lehre; *a. A. Dreher* GA 1954 S. 11 ff, 17; *Busch* Maurach-Festschrift S. 245 ff, 252.

23 Hierzu ausführlich *LK-Roxin* § 30 Rdn. 45 ff. — Eine eventuelle Aufforderung zur Bereiterklärung muß nicht ernst gemeint sein: Sie mag als ernst mißverstanden werden, dann besteht die Gefahr der irrtümlichen Annahme einer Bindung; siehe aber unten 27/14.

24 *Schröder* JuS 1967 S. 289 ff, 290 f; *Letzgus* Vorstufen S. 96 ff; *LK-Roxin* § 30 Rdn. 88 ff mit weiteren Nachweisen; — *a. A. Blei* NJW 1958 S. 30; *ders* AT § 81 II 3; *Dreher-Tröndle* § 30 Rdn. 11.

25 Ebenso BGH 10 S. 388 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Zum Zugehen der Annahmeerklärung, zur Schuldhaftigkeit der Beteiligung, zur Bestimmung des Verbrechens und zur Straffreiheit der Beihilfe zum Erbieten gelten die Ausführungen zur versuchten Anstiftung entsprechend.

C. Das Sich-Bereiterklären, § 30 Abs. 2, 1. Fallgruppe StGB

10 Das Sich-Bereiterklären umfaßt (a) die Annahme einer Anstiftung zu einer Haupttat oder Zwischenanstiftung, (b) das noch von einer Anstiftung abhängige Sich-Anbieten zu einer Haupttat oder einer Zwischenanstiftung, so wie auch (c) die Erklärung der Bereitschaft gegenüber anderen, ohne daß es noch einer Anstiftung bedürfte. Auch in der zuletzt genannten Fallgestaltung kann die Erklärung denjenigen, der sie abgibt, faktisch binden, und zwar gegebenenfalls stärker, als es eine mehrseitige Vereinbarung kann, die sich — im Gegensatz zur einseitigen Erklärung — immerhin im mehrseitigen Einverständnis auch wieder aufheben läßt. Auch das Maß der Desavouierung der Norm ist bei der Erklärung eines „Alleingangs", der von einer Anstiftung unabhängig ist, nicht geringer als bei einer abhängigen Bereitschaft[26].

Stets muß das Sich-Bereiterklären ernstlich gemeint sein[27]; sonst fehlt es an der Gefahr einer Bindung. — Die Erklärung muß — wie die Anstiftung — zugehen und verstanden werden. — Zur Schuldhaftigkeit der Beteiligung, zur Bestimmung des Verbrechens und zur Straffreiheit der Beihilfe zum Sich-Erbieten gelten die Ausführungen zur versuchten Anstiftung entsprechend.

D. Die Verabredung, § 30 Abs. 2, 3. Fallgruppe StGB

11 1. Verabredung ist die — nicht notwendig freiwillige[28] — Einigung mindestens zweier[29] Personen zur gemeinsamen Begehung eines Verbrechens in gleich gewichtiger Weise, scil. als Mittäter oder als gemeinsame Anstifter[29a]. Der Entschluß zum Verbrechen muß so fest sein, wie es zum Versuch erforderlich ist. Die Anforderungen an die Bestimmtheit der Tat sind die gleichen wie bei der Anstiftung: Vorbesprechungen reichen nicht[30]; die am besten tatnah oder mit dem Tatfortgang zu bestimmenden Modalitäten können offen bleiben, aber es muß schon ausgemacht sein, nach welchen Maximen sie bestimmt werden sollen. Unter diesen Bedingungen ist auch beim Angriff auf höchstpersönliche Güter keine Konkretisierung des Opfers erforderlich[31] (aber Konkretisierbarkeit!). Die Festlegung bloß der Deliktsart reicht nicht[32]. Beispiel: Die Verabredung, sich jedenfalls per Bankraub Geld zu besorgen, ist auch bei Bestimmbarkeit des Mittels nicht entsprechend konkretisiert, wohl aber die Verabredung, diejenige der Banken eines Bezirks zu überfallen, deren Sicherheitseinrichtungen sich bei einer Kontrolle als die dürftigsten erweisen.

Die Beteiligten können je nach Sachlage alternative Taten verabreden[33]. Beispiel: Die Beteiligten wollen es von der Entdeckungswahrscheinlichkeit abhängen lassen, ob sie das Opfer eines Raubüberfalls nach dieser Tat auch noch vergewaltigen oder töten

---

26 Anders — die Fallgruppe zu c soll ausscheiden — überwiegende Ansicht; *Letzgus* Vorstufen S. 89 ff; *Jescheck* AT § 65 III 3; *LK-Roxin* § 30 Rdn. 85 mit weiteren Nachweisen.

27 RG 63 S. 197 ff, 199.

28 *A. A.* BGH NJW 1956 S. 30 f.

29 RG 55 S. 87.

29a Nicht als Gehilfen; BGH GA 1988 S. 501 f.

30 BGH 12 S. 306 ff, 309.

31 *A. A. Maurach* JZ 1961 S. 137 ff, 140; OLG Hamburg MDR 1948 S. 368 f; je nach der Bedeutung der Konkretisierung für den Tatplan differenzierend *LK-Roxin* § 30 Rdn. 66.

32 Wohl weniger streng *LK-Roxin* § 30 Rdn. 65 f mit Nachweisen der Rechtsprechung.

33 BGH 12 S. 306 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

oder aber laufen lassen wollen; — Vergewaltigung und Tötung sind (neben Raub) strafbar verabredet[34].

2. Behält sich einer der Verabredenden vor, nicht mitzumachen, so ist er für seine **12**
Person mangels eines Vollendungsvorsatzes straffrei, wenn er meint, die Tat dadurch verhindern zu können[35]. Geht er von einer Vollendbarkeit der Tat durch die anderen aus und war sein Mitmachen für die Willenseinigung der anderen konstitutiv, so haftet er wegen versuchter Anstiftung nach § 30 Abs. 1 StGB[36].

3. Zur Schuldhaftigkeit der Beteiligung, zur Bestimmung des Verbrechens (bei **13**
Anwendbarkeit von § 28 Abs. 2 StGB mag die Verabredung nur in der Person des qualifizierten Beteiligten strafbar sein!) und zur Strafbarkeit der Beihilfe zur Verabredung gelten die Ausführungen zur versuchten Anstiftung entsprechend. — Anstiftung zur Verabredung ist Anstiftung zur Mittäterschaft oder zur gemeinsamen Zwischenanstiftung.

III. Die Strafbarkeit der Beteiligung nach § 30 StGB

Die Strafe ist nach der wenig klaren Regelung von § 30 Abs. 1 Satz 1 und 2 StGB die **14**
Versuchsstrafe des betreffenden Verbrechens (unter Berücksichtigung minder oder besonders schwerer Fälle[36a]), jedoch mit obligatorischer Milderung des Rahmens nach § 49 Abs. 1 StGB. Da die Versuchsstrafe gleich der Vollendungsstrafe mit fakultativer Milderung ist (§ 23 Abs. 2 StGB), ist die Strafe für Taten nach § 30 StGB im Ergebnis die Vollendungsstrafe mit obligatorischer Milderung. Diese knappe Abschichtung vom Versuch ist nicht deutlich genug. — Bei Anwendung von § 28 Abs. 1 StGB ist doppelt zu mildern.

Die von § 30 Abs. 1 Satz 3 StGB angeordnete entsprechende Anwendbarkeit der Unverstandsklausel des § 23 Abs. 3 StGB ist speziell auf das in § 30 StGB genannte Vorbereitungshandeln zu beziehen; Beispiele sind die Verbrechensverabredung unter einer offensichtlich nie eintretenden Bedingung, der Anstiftungsversuch mit kraß untauglichen Mitteln (etwa am erstbesten Passanten), das Sich-Bereiterklären auf ein Angebot hin, das gewiß demnächst als unernst erkannt werden wird etc. — Ist nicht die Vorbereitung unverständig, sondern die in Aussicht genommene Tatausführung, so erfolgt die Anwendung der Klausel schon nach § 30 Abs. 1 *Satz 1* StGB. — Abergläubische Vorbereitungen werden überhaupt nicht erfaßt; Beispiele sind die gegenüber überirdischen Instanzen abgegebene Erklärung, zu einem Verbrechen bereit zu sein, der Anstiftungsversuch durch Vermittlung solcher Instanzen etc.

IV. Der Rücktritt vom Versuch der Beteiligung

A. Das gesamte Stadium des Hinwirkens auf eine Vollendung teilt sich in (Beteili- **15**
gung an der) Vorbereitung mit der Rücktrittsregelung nach § 31 StGB und (Beteiligung am) Versuch mit der Rücktrittsregelung nach § 24 StGB. Die Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch und beim Rücktritt vom Beteiligungsversuch folgt jeweils (teilweise) eigenen Regeln, weil beim Versuch, der durch Tatbestandsnähe des Verhaltens ausgezeichnet wird, schon das Verlassen der Tatbestandsnähe genügt, während ein Beteiligungsversuch durch mangelnde Tatbestandsnähe nicht ausgeschlossen werden kann (siehe oben 26/10 und 50).

---

34 Siehe BGH NJW 1973 S. 156 f, 157; BayObLG NJW 1954 S. 1257 f.

35 Siehe BGH 18 S. 160 f, 161.

36 Ähnlich *LK-Roxin* § 30 Rdn. 61 mit Nachweisen.

36a BGH 32 S. 133 ff, 135 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

§ 31 StGB ist auf die jeweils beim Beteiligungsversuch konkretisierte Tat zu beziehen; zur Konkretisierung gelten für den Anstiftungsversuch dieselben Prinzipien wie bei der Anstiftung. Danach sind Variationen innerhalb der tatnah zu entscheidenden Modalitäten keine Preisgabe des ursprünglichen Plans. Die Entscheidung ist insbesondere bei zeitlichen Verschiebungen zweifelhaft (Vertagung eines Mordkomplotts um ein Jahr als Rücktritt?)[37].

Soweit ein Beteiligter zum Fortgang des deliktischen Geschehens nichts Notwendiges mehr beitragen muß, kann er — anders als der Beteiligte am Versuch (oben 26/27) — nur zurücktreten, wenn er eine *sichere* Revokationsmöglichkeit nutzt, die er sich *vorbehalten* hat (oben 26/19 ff.); denn das Gesetz behandelt den Beitrag des Beteiligten gerade nicht akzessorisch, sondern als Ausführung (der Vorbereitung). Beispiel: Wer eine gelungene Anstiftung mit nur unsicher wirkenden (oder mit sicher wirkenden, aber nur zufällig zugewachsenen) Mitteln revoziert (kein Rücktritt), steht im Ergebnis wie ein Beteiligter, der eine nicht sicher wirkende, aber eben unerlaubt riskante Anstiftung erfolglos versucht (strafbar nach § 30 Abs. 1 Satz 1 StGB).

16 B. Das Rücktrittsverhalten:

1. Auch bei § 31 StGB ist Rücktritt ausgeschlossen, wenn nach dem Urteil des Beteiligten die Haupttat überhaupt unmöglich geworden ist oder wenn ein Verhalten, das nach dem Vorsatz des Beteiligten den Beteiligungserfolg (die Anstiftung) bringen sollte, fehlgeschlagen ist. Beispiel: Der Anzustiftende lehnt ab; — weitere Einflußnahmen mögen erfolgversprechend erscheinen oder nicht, jedenfalls ist der (erste) Anstiftungsversuch fehlgeschlagen[37a]. — Rücktritt ist ferner ausgeschlossen, wenn die Vollendung zurechenbar eingetreten ist. Beispiel: Der Anzustiftende hat bei der Ablehnung gelogen; er ist angestiftet worden und begeht die Tat.

17 2. Im verbleibenden Rahmen entspricht die Situation desjenigen, der *sich bereiterklärt* hat (§ 30 Abs. 2, 1. Fallgruppe StGB), der Situation des unmittelbar Ausführenden in § 24 Abs. 1 StGB. Dementsprechend verlangt § 31 Abs. 1 Nr. 2 StGB nur das Aufgeben des Vorhabens (das Gesetz bezieht sich auf denjenigen, der sich *allein* zu einer Tat bereit erklärt hat; bei Bereiterklärung durch gemeinsam Handelnde geht § 31 Abs. 1 Nr. 3 StGB vor), wobei das Aufgeben des Vorhabens durch Hindern der Vollendung bewirkt werden muß, wenn das Vorhaben bis zum beendeten Versuch gediehen ist.

Eine äußere Dokumentierung des Aufgebens ist nach dem klaren Gesetzeswortlaut nicht erforderlich[38].

18 3. Entsprechendes gilt für *Verabredungen* (auch in Form der *Annahme von Erbieten* zu gemeinsamem Tun), in denen der unersetzbare Beteiligte durch Nicht-Weiterhandeln die Vollendung hindern kann: „Verhindern" in § 31 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist für diese Fallgruppe gleich „Aufgeben"[38a]. Bei dieser Fallgruppe ist der Täter vom Irrtumsrisiko

---

37 Siehe zum Problem *Bottke* Rücktritt S. 30 ff, 34.

37a Anders die Lehre von der Gesamtbetrachtung (oben 26/14), insbesondere die Rechtsprechung; so, ohne das Problem zu benennen und bei zumindest zweifelhafter Freiwilligkeit, BGH JZ 1984 S. 290, 291; dazu *Küper* JR 1984 S. 265 f, 266 f.

38 Von den Verfassern des Gesetzes war eine Dokumentierung gewollt; siehe Niederschriften Bd. II Anhang Nr. 46 Fn. 3 zu § b; eine Dokumentierung wäre auch sachgemäß: Bei der zeitlich — zur vorgestellten Tatbestandsverwirklichung gerechnet — dichten Folge von *Versuchs*handlungen zeigt sich das Aufgeben in der Regel im Wechsel der Handlungsrichtung, bei sporadischen *Vorbereitungs*handlungen aber nicht. — Streitig; wie hier *Bottke* Rücktritt S. 48; *LK-Roxin* § 31 Rdn. 16 ff; *SK-Samson* § 31 Rdn. 17; *Schönke-Schröder-Cramer* § 31 Rdn. 8; *a. A. Jescheck* AT § 65 IV 2; *Dreher-Tröndle* § 31 Rdn. 6; *Lackner* § 31 Anm. 1 b; *Baumann-Weber* AT § 37 IV 4 b γ.

38a BGH JZ 1984 S. 290 f mit hauptsächlich zustimmender Anmerkung *Küper* JR 1984 S. 265 ff; BGH 32 S. 133 ff, 134 f; beide Entscheidungen

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

entlastet, da er aus seiner Perspektive den Verlauf noch nicht aus der Hand gegeben hat, so daß ein Erfolgseintritt ein Fall vorzeitiger Vollendung wäre (siehe zum Rücktritt vom Versuch 26/27). Beispiel: Wer bei der Verabredung eines Bankraubs meint, als einziger die zum Eintritt in die Bankabteilung erforderlichen Pässe beschaffen zu können, wird durch abredewidriges Versagen weiterer Hilfe frei, auch wenn die Vollendung eintritt[38b].

4. Die anderen Fallgruppen des Verabredens und die Fälle der Annahme eines **19**
Erbietens, in denen dem Annehmenden nichts Unersetzbares zu tun bleibt, entsprechen den Grundfällen der Situation nach § 24 Abs. 2 StGB: Rücktrittsverhalten nach § 31 Abs. 2 Nr. 3 StGB ist insoweit das tätige Hindern der Vollendung.

5. Beim *Anstiftungsversuch* verlangt das Gesetz in § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB kumulativ **20**
Aufgeben und Beseitigen der Vollendungsgefahr, was bei der hier entwickelten Ansicht, nach der u. a. eine Beendigung des Anstiftungsversuchs erforderlich ist, sachgerecht ist. Mit diesem Versuch hat der Anstifter aber nicht notwendig die Entscheidung über die Vollendung aus der Hand gegeben, scil. nicht in den Fällen von ihm noch zusätzlich zu leistender, unersetzbarer Beihilfe; für diese Fälle reicht Nicht-Weiterhandeln zum Rücktritt. Beispiel: Der Anstifter zum Meineid nennt den angestifteten Zeugen im Prozeß nicht[39] (obwohl er sich dazu verpflichtet hatte; — ansonsten fehlen Einflußverlust und Bindungsgefahr von vornherein).

Zum Irtummsrisiko gilt das zur Verabredung Gesagte (27/18), soweit der Täter aus seiner Sicht die Entscheidung noch in der Hand hat. — Eine objektiv beurteilte Vollendungsgefahr, die der Täter nicht erkannt hat und die sich auch nicht verwirklicht, hindert den Rücktritt durch Nicht-Weiterhandeln nicht[40]. — Kann der Angestiftete allein weitermachen, hat also der Täter die Entscheidung aus der Hand gegeben, so muß der Täter den Angestifteten hindern; für das Gelingen dieser Hinderung trägt dann er das Irrtumsrisiko. Beispiel: Der zum Mord Angestiftete gibt auf Abstiftungsversuche hin scheinbar nach, begeht dann aber doch die Tat; — Haftung für Vollendung (zur Frage, ob Anstiftung oder nur Beihilfe zur Vollendung vorliegt, siehe oben 22/22). — Ist schon die Erregung eines Vorsatzes mißlungen und hat der Anstifter das gemerkt, so ist der Anstifungsversuch fehlgeschlagen und Rücktritt ausgeschlossen.

Im Ergebnis entspricht also die Regelung des § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB der Regelung des § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB.

6. Für alle Vorbereitungshandlungen nach § 30 StGB gilt: Im Fall der nach objekti- **21**
vem Urteil fehlgeschlagenen Vorbereitung, die der Täter jedoch für tauglich hält, genügt nach § 31 Abs. 2 StGB das ernsthafte Bemühen um Abwendung der Vollendung. Die Regelung entspricht § 24 Abs. 2 Satz 2 StGB. Beispiel: Wer ein Erbieten angenommen hat und nicht weiß, daß der Sich-Erbietende die Vollendung nicht schaffen wird, wird straffrei, wenn er sich durch Warnung des Opfers, Benachrichtigung der Polizei etc. in einer Art und Weise um eine Hinderung bemüht, die er mit guten Gründen für sicher wirksam hält. Wenn er ernsthaft meint, der Sich-Erbietende werde ohne seine Hilfe das Opfer nicht finden, wird er schon durch schlichtes Nicht-Weiterhandeln straffrei[40a]. Findet jedoch der Sich-Erbietende das Opfer durch eigene Anstrengungen und vollzieht die Tat, so ist zu haften. Der Beteiligte der Vorbereitung trägt also, soweit er für die Vollendung kausal wird, das Vollendungsrisiko wie der Beteiligte des Ver-

---

mit zustimmender Anmerkung *Kühl* JZ 1984 S. 292 ff.

38b Zum Problem *Herzberg* JZ 1989 S. 114 ff.

39 BGH 4 S. 200 f.

40 *Bottke* Rücktritt S. 45; *LK-Roxin* § 31 Rdn. 7; *SK-Samson* § 31 Rdn. 11; wohl *a. A. Maurach-Gössel* AT II § 53 Rdn. 58 ff; *Lackner* § 31 Anm. 1 a.

40a BGH JZ 1984 S. 290 f, 291 (zu 2); *Küper* JR 1984 S. 265 ff, 271 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

suchs[41]. — Wird die Tat unabhängig vom Beitrag des Beteiligten der Vorbereitung vollendet oder versucht, so befreit ein ernsthaftes Abwendungsbemühen den Beteiligten von der Haftung *für die Vorbereitung;* Haftung aus § 138 StGB bleibt möglich (siehe oben 26/27 und unten 29/Fn. 192). Beispiel: Der am Mordkomplott Beteiligte, der aber keinen förderlichen Beitrag geleistet hat, tritt durch ernsthafte Gegenvorstellungen von einer Tat nach den §§ 211, 30 StGB auch dann zurück, wenn er merkt, daß seine Gegenvorstellungen nicht fruchten; Haftung nach § 138 StGB bleibt bestehen. Auch hier kann die bloße „Kündigung" der Mitwirkung ein ernsthaftes Bemühen sein, scil. wenn der Täter mit guten Gründen davon ausgehen kann, es werde deshalb zur Begehung der Tat nicht kommen[42].

22 C. Zur stets erforderlichen Freiwilligkeit gelten die Ausführungen zum Rücktritt vom Versuch entsprechend.

41 *Bottke* Rücktritt S. 59 ff.

42 BGH NStZ 1987 S. 118 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

2. TITEL
Der Inhalt und der Aufbau der Zurechnung, hauptsächlich beim Unterlassungsdelikt

6. KAPITEL
DIE ZURECHNUNG BEIM UNTERLASSUNGSDELIKT

28. ABSCHNITT
Handlung und Unterlassung

Literatur

N. K. Androulakis Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963; *G. Arzt* Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980, S. 553 ff, 647 ff, 712 ff; *R. Bärwinkel* Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968; *H.-J. Behrendt* Die Unterlassung im Strafrecht, 1979; *K. Binding* Die Normen und ihre Übertretung Bd. II (1) 2. Auflage 1914; *A. Böhm* Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961, S. 177 ff; *R. Busch* Zur gesetzlichen Begründung der Strafbarkeit unechten Unterlassens, v. Weber-Festschrift S. 192 ff; *K. Engisch* Buchbesprechung, MonSchrKrim. 1939 S. 414 ff; *ders.* Tun und Unterlassen, Gallas-Festschrift S. 163 ff; *W. Gallas* Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989; *K. H. Gössel* Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, ZStW 96 S. 321 ff; *G. Grünwald* Das unechte Unterlassungsdelikt, Diss. Göttingen 1956; *B. Haffke* Unterlassung der Unterlassung? ZStW 85 S. 44 ff; *F. Haft* Die Unterlassungsdelikte — ein Lernprogramm, JA 1982 S. 473 ff; *R. D. Herzberg* Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *G. Jakobs* Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW 89 S. 1 ff; *H.-H. Jescheck* Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht, ZStW 77 S. 109 ff; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *ders.* Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961 S. 173 ff; *Arthur Kaufmann* Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift S. 200 ff; *D. Kienapfel* Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976 S. 281 ff; *H. J. Lütt* Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung, 1988; *L. Philipps* Der Handlungsspielraum, 1974; *C. Roxin* Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74 S. 411 ff; *E. Samson* Begehung und Unterlassung, Welzel-Festschrift S. 579 ff; *R. Schmitt* Zur Systematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1959 S. 432 ff; *W. Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen im Strafrecht, 1974; *B. Schünemann* Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96 S. 287 ff; *U. Sieber* Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der „passiven" Gesprächsteilnahme, JZ 1983 S. 431 ff; *G. Spendel* Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, Eb. Schmidt-Festschrift S. 183 ff; *U. Stein* Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *E. Struensee* Die Struktur der fahrlässigen Unterlassungsdelikte, JZ 1977 S. 217 ff; *G. Timpe* Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *ders.* Die Nötigung, 1989; *K. Volk* Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, Tröndle-Festschrift S. 219 ff; *J. Welp* Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968.

I. Die Trennung von Handlung und Unterlassung

A. Die Prinzipien der Trennung

1. Eine *Handlung* ist eine vermeidbare Erfolgsherbeiführung (oben 6/20 ff), wobei **1**
Erfolg schon der Vollzug einer Körperbewegung ist (Tätigkeitsdelikte), oder aber eine

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Folge über diese Bewegung hinaus (Erfolgsdelikte). Die Vermeidbarkeit, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit, verbindet den Erfolg mit der Motivation: Es geht um diejenigen Erfolge, die erkannt (vorsätzlich) oder zumindest erkennbar (fahrlässig) sind, und zwar erkannt und erkennbar als Folgen eines Motivationsprozesses. Motivationsprozesse sind die willkürlich gestalteten oder (bei Automatismen) willkürlich und ohne weitere körperliche Aktivität gestaltbaren Antriebssteuerungen.

Bei diesem simplen Modell wird ein psychophysischer Wirkungszusammenhang aus Motivation und Bewegungsapparat zu einem System erklärt: Was interessiert ist der Output dieses Systems; wie das Subjekt mit seiner Motivation fertig wird, ist im Unrechtsbereich seine Sache. Wer sollte auch für die Motivation zuständig sein, wenn nicht das Subjekt selbst? Konkret: Ob jemand apathisch und antriebsschwach nichts tut oder ob jemand einen starken Hang zu einer Handlung mühsam unterdrückt, zählt gleich; er handelt jedenfalls nicht; — ob jemand seinen starken Handlungsantrieben sofort nachgibt oder aber die innere Abwehr nach langem Kampf zusammenbricht, zählt auch gleich, er handelt jedenfalls. Alle diejenigen Umstände werden dem Handlungssystem zugeschlagen, deren Beherrschung nicht mehr verlangt als das Ausbleiben falscher Motivation.

2 2. Alle Handlungen lassen sich in Unterlassungen umformulieren (nicht aber in der Umkehrung alle Unterlassungen in Handlungen[1]), indem nicht bei der motivierten Körperbewegung angesetzt wird, sondern bei dem Unterlassen, das Motiv „niederzukämpfen"[2]. Da jedoch für die Leistung, die nach diesem Modell zu erbringen ist, nicht die allgemeinen Regeln der Unterlassungsdelikte gelten — auf eine besondere Fähigkeit zum „Niederkämpfen" etc. kommt es für den Begriff der Handlung nicht an (ein gehend oben 6/21 f) — bringt die Umformulierung keinen Ertrag, sondern nur eine Komplizierung.

3 3. Wer *handelt,* wenn er nicht handeln soll, hat also *ein Motiv zu einer Körperbewegung zuviel.* Der Satz ist umkehrbar: Wer *unterläßt,* wenn er handeln soll, hat *ein Motiv zu einer Körperbewegung zuwenig.* Beides kann strafrechtlich relevant sein; neben die *Verbotsnormen,* die durch Begehung der verbotenen Handlung übertreten und durch deren Unterlassung befolgt werden, treten *Gebotsnormen,* die durch Vollzug der gebotenen Handlung befolgt und durch deren Unterlassung übertreten werden[3]. Die ge-

---

1 So aber für die unechten Unterlassungsdelikte die sogenannte Interferenztheorie; *Binding* Normen Bd. II (1) S. 546 ff, 556: Unterlassung sei eine „interne Handlung". Jedoch ist das Erlahmen eines Rettungswillens keine innere Handlung, sondern gerade das Ende eines inneren Vorgangs, und wenn ein Rettungswille von vornherein fehlt, versagt die Interferenztheorie erst recht. — Zum Problem siehe *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 244, 268 f; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 45 ff; *Herzberg* Unterlassung S. 38 f; *Gallas* Studien S. 3 ff.

2 So insbesondere der negative Handlungsbegriff bei *Behrendt* Unterlassung S. 121 ff, 130 und passim; genauer zum negativen Handlungsbegriff oben 6/33.

3 *Armin Kaufmann* hat zur Übertragung der Dogmatik des Begehungsdelikts auf das Unterlassungsdelikt ein Umkehrprinzip entwickelt, nach dem die jeweils gleiche rechtliche Wirkung durch die jeweils umgekehrte „Struktur" ausgelöst wird und die jeweils gleiche „Erscheinungsform" die jeweils umgekehrte rechtliche Wirkung indizieren soll (Dogmatik S. 87 ff, 316 f und passim; kritisch *Haffke* ZStW 87 S. 44 ff). Dieses Prinzip beruht auf der Annahme einer Symmetrie- oder Spiegelbildlichkeit deliktischen Verhaltens. Selbst wenn diese Annahme zutrifft, ist zu bezweifeln, daß die Symmetrie zur normlogischen und ontologischen (?) „Struktur" besteht und nicht zu einer — die „Struktur" im Einzelfall auch konterkarierenden — sozialen Bedeutung von Tun und Unterlassen. Jedenfalls darf das Prinzip nicht nur in eine Richtung angewandt werden, so als sei die Begehungshaftung vorrangig. Es geht vielmehr darum, Begehung und Unterlassung aufeinander abzustimmen, so daß auch eine Umkehrung vom Unterlassungsbereich in den Begehungsbereich erfolgen kann, wie es etwa hier bei der Entwicklung von Garantenstellungen für Begehungsdelikte geschehen ist (oben 7/56 ff). Das Prinzip kann also dogmatische Arbeit nicht ersetzen, sondern allenfalls

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

nannte Differenzierung deckt sich mit der verbreiteten Differenzierung nach der Kausalität (Handlung) oder Nicht-Kausalität (Unterlassung) des Verhaltens[4], bezeichnet aber den Kausalitätsbeginn genauer: Dieser liegt nicht beim Körper (der Körper dessen, der vor einer fremden Garage liegt, ist Bedingung der Sperre, nicht aber ist es — während er liegt — seine Motivation) oder bei der Körperbewegung, sondern bei der Motivation.

4 4. Im Einzelfall können, auf denselben Erfolg bezogen, sowohl eine Handlung wie eine Unterlassung vorliegen; das Verhältnis der beiden Verhaltensweisen ist dann ein Konkurrenzproblem, sofern beide Versionen tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft sind. Ein genereller Vorrang einer Verhaltensweise besteht nicht[5]. Beispiel: Jemand löst auf abschüssiger Straße durch Unaufmerksamkeit die Bremsen eines Autos und unterläßt in Kenntnis der Folgen die Sicherung des abrollenden Fahrzeugs, das einen Menschen verletzt; — fahrlässige rechtswidrige Körperverletzung durch eine Handlung und vorsätzliche rechtswidrige Körperverletzung durch ein Unterlassen. Freilich können die Vermeidbarkeit (so schon im soeben genannten Beispiel), die Rechtswidrigkeit oder die Schuldhaftigkeit zwischen den Versionen wechseln. Beispiel: Ein Angriffsopfer sticht den Angreifer mit Tötungsvorsatz in erforderlicher Notwehr nieder und versäumt es bewußt, einen Arzt zur Rettung zu holen, so daß der Angreifer stirbt; — gerechtfertigte vorsätzliche Tötung und rechtswidrige unterlassene Hilfeleistung (§ 323 c StGB)[6]. Die häufig angegebene Regel, es sei auf den Schwerpunkt des Verhaltens abzustellen[7], kann nur *nach* der rechtlichen Bewertung aller Verhaltensversionen als Richtlinie für die Konkurrenzentscheidung gebraucht werden; als Regel zur Ermittlung einer rechtlichen Wertung führt sie zur Preisgabe der Dogmatik zugunsten vager Abwägungen[8].

B. Fallgruppen

5 Die Unterscheidung zwischen Handlung und Unterlassung ist auf Grund der Randschärfe der Begriffe stets eindeutig. Soweit beide Verhaltensversionen vorliegen, sind sie aber nicht auch stets beide rechtlich erheblich. Fallgruppen:

6 1. Vollzieht der Täter eine verletzende Handlung, die beim Hinzutritt einer weiteren Handlung schadlos wäre, so hat er nur dann das Motiv zur vollzogenen Handlung zuviel, wenn keine Handlungspflicht besteht. Beispiele: Wer nicht desinfizierte Materialien an Personen ausgibt, die an einer Infektion erkranken, handelt; die Ausgabe ist

---

bestätigen; so im Grundsatz auch *Kaufmann* aaO S. 89; siehe auch *Struensee* JZ 1977 S. 217 ff, 218 ff.

4 *Jescheck* AT § 58 II 2; *LK-Jescheck* Rdn. 83 vor 13; *Grünwald* Unterlassungsdelikt S. S. 21 ff; *Kienapfel* ÖJZ 1976 S. 281 ff, 286; *Roxin* ZStW 74 S. 411 ff, 415 f; *SK-Rudolphi* Rdn. 7 vor § 13; *Samson* Welzel-Festschrift S. 579 ff, 587 f; im Ergebnis wohl auch *Schmidhäuser* AT 16/105 f; *Lütt* Handlungsunrecht S. 40 ff. — Die Differenzierung von *Engisch* nach der Leistung oder dem Fehlen eines — nicht „naturalistisch", sondern „sozial-sinnhaft" verstandenen — Energieeinsatzes (Gallas-Festschrift S. 163 ff) kann allenfalls die Anschaulichkeit einer anderweit begründeten Abgrenzung erhöhen (siehe auch *Engisch* aaO S. 174 f), es sei denn, man wolle etwa auch epileptische Anfälle (gewaltige Energieeinsätze!) zu Handlungen erklären. Ebenfalls auf den Energieeinsatz abstellend *Welp* Vorangegangenes Tun S. 109 ff; *Androulakis* Studien S. 55 f; siehe auch *Sieber* JZ 1983 S. 431 ff, 434 f. — Für *Gössel* ist der Energieeinsatz nur Kennzeichen der Begehungshandlung, neben die eine Unterlassungs*handlung* treten soll *(Maurach-Gössel* AT II § 45 Rdn. 20).

5 *A. A.*, scil. „im Zweifel" (?) sei eine Handlung anzunehmen, *Arthur Kaufmann* Eb. Schmidt-Festschrift S. 200 ff, 212; *Spendel* Eb. Schmidt-Festschrift S. 183 ff, 194.

6 Siehe unten zur Ingerenz; zur Sukzession von Vorsatz und Fahrlässigkeit siehe auch BGH 7 S. 287 ff, 288 f.

7 So BGH 6 S. 47 ff, 59; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 158 vor § 13 mit weiteren Nachweisen; *Blei* AT § 84 II 1; *Wessels* AT § 16 I 2.

8 *SK-Rudolphi* Rdn. 6 vor § 13; *AK-Seelmann* § 13 Rdn. 27.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

verboten, nicht etwa ist die Desinfektion geboten[9], wenn nicht ausnahmsweise eine rechtliche Pflicht zur Verarbeitung der Materialien besteht. Gleichfalls kommt es nur auf eine Handlung an, wenn jemand ohne genügenden Seitenabstand mit einem Kraftfahrzeug einen Radfahrer überholt; denn eine Überholpflicht besteht nicht[10]. Ebenso ist zu entscheiden, wenn jemand ein Kind in einem Auto ohne Türsicherungen befördert[11]. Handlung ist auch der Auszug eines Ehepartners aus der ehelichen Wohnung, den der andere Ehepartner zum Anlaß für eine Tötung des gemeinsamen Kindes und für Selbsttötung nimmt[12]. — Zwar ist in den genannten Fällen auch etwas unterlassen worden, aber nur für den Fall, daß der Täter handeln will, und zum Handeln besteht keine Pflicht.

7 2. Auch wenn eine Handlungspflicht besteht, fällt die Entscheidung nach der oben genannten Regel, jedoch können Handlung und Unterlassung zusammentreffen. Das ist der Fall, wenn eine überhaupt falsche verletzende Handlung (ein Motiv zuviel) anstelle der gebotenen rettenden Handlung (ein Motiv zuwenig) vollzogen wird. Beispiel: Ein Arzt operiert versehentlich eine Hernie an der gesunden rechten statt an der kranken linken Seite; — Unterlassung der Heilung (Motiv zuwenig) und Verletzung durch die Operation (Motiv zuviel) konkurrieren ideal (§ 52 StGB). Das kann selbst bei Identität der Angriffsobjekte der Fall sein; Beispiel: Ein Arzt zerstört durch falsche Behandlung das heilbar kranke Organ noch mehr.

8 3. Soweit die Wahrung rechtlich anerkannter Interessen, folge sie einer schlichten Erlaubnis oder gar einem Handlungsgebot, zwar zu Eingriffen in fremde Güter führen darf, aber nur bei Erforderlichkeit des Eingriffs[13], kann sich folgende Lage ergeben: Eine Handlung ist nur erlaubt, wenn eine ergänzende Handlung die Eingriffsfolgen reduziert oder aufhebt; ist es jedoch unmöglich, die ergänzende Handlung zu vollziehen, oder schädigt der Vollzug rechtlich anerkannte Interessen, so ist der nicht gemilderte Eingriff erlaubt[14]. Beispiel: Ein Arzt darf auch im Notfalleinsatz nur ein Auto lenken (Handlung), wenn er seinen Führerschein verfügbar hält, was praktisch bedeuten kann, daß er ihn einstecken muß (Handlung); diese Pflicht tritt jedoch zurück, wenn die Hilfe darunter leidet (weil etwa die Suche nach dem Führerschein Zeit erfordert); bei dieser Lage ist das Motiv zur Handlung (Autofahren) ohne das Motiv zur ergänzenden Handlung jedenfalls nicht falsch (nicht zuviel), sondern es ist bei gegebener Möglichkeit zur Reduzierung oder Aufhebung der Folge nur verkürzt, also partiell zuwenig: Es geht um ein Unterlassungsdelikt. Die Entscheidung ist für das Unrecht bedeutsam: Der Täter haftet nicht für den ganzen verursachten Eingriff, sondern nur für das Eingriffsquantum, das durch eine hinzutretende Handlung vermeidbar ist[15]. Beispiel: Der Arzt, der ohne Narkose operiert, haftet nur für den überflüssigen Schmerz, nicht aber für den Operationsschnitt[16].

---

9 Anders RG 63 S. 211 ff, 214 („Ziegenhaarfall"); sehr streitig.

10 Siehe BGH 11 S. 1 ff.

11 Anders OLG Karlsruhe Justiz 1976 S. 435 f.

12 Anders BGH 7 S. 268 ff.

13 Zum Begriff der Erforderlichkeit siehe oben zu §§ 32, 34 StGB 12/30 ff; 13/16 ff.

14 Es geht um *identische* Handlungen. Sofern statt einer riskanten Handlung eine weniger riskante *andere* gewählt werden könnte, lautet der Normbefehl dahin, die übermäßig riskante Handlung *ganz zu unterlassen.* Die Unvermeidbarkeit eines Restrisikos ist dann ein Problem des Normzweckzusammenhangs.

15 Das Ergebnis deckt sich mit der Anwendung der Normzwecklehre, siehe oben 7/72 ff.

16 Die Lösung gilt nicht, wenn die Handlung kein Interesse wahrt. Beispiel: Ein Arzt, der mit dem Auto betrunken zu einer Gastwirtschaft fährt, die auf halbem Weg zu dem Aufenthaltsort eines Notfallpatienten liegt, zu dem der Arzt in rechtfertigendem Notstand fahren dürfte, aber nicht fahren will, soll überhaupt nicht betrunken fahren: ein Motiv zuviel, also Handlung.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

II. Die gesetzlichen Tatbestände von Unterlassungsdelikten

A. Teilweise werden Verstöße gegen Gebotsnormen schon durch die Formulierung einer Vorschrift des BT (oder von Nebengesetzen) für strafbar erklärt. Es handelt sich um *echte* (besser: primäre) Unterlassungsdelikte[17], bei denen Unrecht und Strafbarkeit gesetzlich ausformuliert sind, freilich in unterschiedlichem Bestimmtheitsgrad. **9**

1. Bei den *begehungsgleichen* (handlungsgleichen) echten Unterlassungsdelikten ist die Unterlassung eine Deliktsversion mit dem Unrechtsmaß und der Unrechtsart der Handlungsversion: Handeln und Unterlassen stehen ausdrücklich gleich. Sämtliche Delikte dieser Art weisen zumindest für die Unterlassungsvariante die ausdrückliche oder durch Interpretation zu ergänzende Beschreibung eines im weiteren Sinn sonderpflichtigen Täters (Garant) auf[18], und sei es in der verkappten Art und Weise, daß die Sonderpflicht durch eine dritte Personen ausschließende Organisationsgewalt im eigenen Lebenskreis oder Betrieb (so zu § 370 AO[19]), durch den Besitz einer gefährlichen Sache (so zu § 94 Abs. 1 Nr. 2 StGB[20]), durch die räumliche Lage des eigenen Körpers (so zu § 123 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB) oder durch die soziale Einbindung der eigenen Person (so zu § 185 StGB[21], auch zum Vornehmen-Lassen in den §§ 174 ff StGB) definiert wird, also durch Zuschreibung eines Organisationskreises zur verantwortlichen Gestaltung. **10**

Die Konkretisierung der Sonderpflicht geht teilweise über eine grobe Rahmenbestimmung nicht hinaus (etwa nicht bei § 221 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB), so daß die Konkretisierungsprobleme denjenigen zur Einstandspflicht bei § 13 Abs. 1 StGB (also bei den unechten Unterlassungsdelikten, unten 28/12; 29/1 ff) entsprechen. In diesen Fällen hat das Gesetz aber immer noch für das einzelne Delikt ausformuliert, *daß* (auch) eine Gebotsnorm für rahmenmäßig bestimmte Sonderpflichtige besteht und ihre Übertretung einer Handlung entspricht, mit anderen Worten, § 13 Abs. 1 StGB wird durch die spezielle Regelung im BT verdrängt. Dadurch wird aber nicht auch die Milderung nach § 13 Abs. 2 StGB ausgeschlossen (zu ihrer Anwendung auf echte Unterlassungsdelikte und selbst auf Pflichtdelikte bei Begehung siehe unten 29/123 ff).

Die Gleichstellung der Unterlassung mit einer Begehung im BT kann durch eine gesondert genannte Verhaltensalternative erfolgen, so beim Sich-nicht-Entfernen in § 123 Abs. 1 StGB[22] oder bei der Vernachlässigung einer Pflicht in § 223 b Abs. 1 StGB oder beim Begehen-Lassen in § 340 Abs. 1 StGB[23]. Das Gesetz verwendet aber auch

---

17 Die hiesige Differenzierung folgt *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 275 ff; *ders.* JuS 1961 S. 173 ff; auch *Stratenwerth* AT Rdn. 980, 1034; ähnlich *Schmitt* JZ 1959 S. 432 ff. — Die ehemals verbreitete Differenzierung danach, ob der Unterlassende ein Verbot übertritt (unecht) oder ein Gebot (echt) (so noch *Baumann-Weber* AT § 18 I und II 1), scheidet nach der hiesigen normlogischen Konzeption, bei der Unterlassungen nie Verboten zuwiderlaufen, aus. — Eingehende Darstellung der zur Differenzierung vertretenen Konzeptionen bei *Herzberg* Unterlassung S. 22 ff, der seinerseits danach differenziert, ob ein Tatbestand allein durch Unterlassen (echt) oder auch durch Handeln (unecht) verwirklicht werden kann; siehe auch *Schünemann* ZStW 96 S. 287 ff, 302 f.

18 Für einzelne Delikte sehr streitig; siehe die eingehenden Analysen bei *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 176 ff, 235, 349 ff.

19 Siehe auch BGH 23 S. 319 ff.

20 *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 183.

21 *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 227 ff mit weiteren Nachweisen.

22 BGH 21 S. 224 ff, 225.

23 Eingehend *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 176 ff, 304 ff; — hierher gehört auch § 221 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB: Das Verlassen ist zwar Begehung, ist aber nicht die Unrechtshandlung, sondern nur die äußere Manifestation des Willens, Hilfe zu unterlassen; es handelt sich also um ein verkapptes (durch eine — ihrerseits durch unechtes Unterlassen erfüllbare, BGH 21 S. 44 ff, 47; BGH NStZ 1983 S. 454 — Begehung verborgenes) echtes Unterlassungsdelikt; *Schöne* aaO S. 224 f; streitig.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Begehung wie Unterlassung umfassende Verhaltensbegriffe, insbesondere durch Bezeichnung eines Verhaltens als „Pflichtverletzung", soweit dies ohne Beschränkung auf eine Pflicht nur zum Unterlassen oder nur zum Handeln erfolgt (§§ 170 b, 170 d, 266 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB u. a. m.).

11 2. Eine weitere Gruppe echter Unterlassungsdelikte ist jedenfalls insoweit *nicht begehungsgleich,* als die übertretene Norm trotz gleichen Gefährdungs- oder Verletzungserfolgs schwächer und auch schwächer sanktioniert ist als die Verbotsnorm eines entsprechenden Begehungsdelikts. Es handelt sich um die §§ 138 f und 323 c StGB. In diesen Vorschriften geht es um die Pönalisierung einer Verletzung der *allgemeinen* Mindestsolidarität bei Gefahr für höchst wichtige Güter; es handelt sich also nicht um Sonderdelikte. Die verbreitete Auffassung, daß bei diesen Delikten nicht die Erfolgsabwendung geboten sei, sondern nur der Vollzug eines bestimmten Verhaltens[24], daß es sich also um umgekehrte Tätigkeitsdelikte handele[25], ist verfehlt: § 323 c StGB kann kein umgekehrtes Tätigkeitsdelikt sein, weil die gebotene Tätigkeit überhaupt nicht exakt beschrieben, sondern nur durch ihren Erfolgsbezug benennbar ist (Hilfe zur Beseitigung der Not für die betroffenen Güter); für § 138 StGB gilt wegen der Bindung an die Abwendbarkeit des Erfolgs Entsprechendes[26]. Zwar erfassen beide Delikte auch Unterlassungsversuche (etwa die Versagung der Hilfe oder Anzeige, die sich ex post als überflüssig erweisen); es handelt sich deshalb um partielle Unternehmensdelikte, bei denen jedoch so wenig vom Erfolgsbezug abgesehen werden darf wie beim Versuch allgemein[27].

12 B. Nach dem Wortlaut einer großen Zahl von besonderen Strafvorschriften, insbesondere auch nach den meisten Erfolgsdelikten (§§ 211 ff, 223 ff — siehe aber § 223 b Abs. 1 letzte Verhaltensalternative StGB —, 239, 263, 303 ff, 306 ff StGB), wird nur ein Handeln bestraft, ja die Vorschriften lassen nicht einmal erkennen, ob eine Unterlassung überhaupt Unrecht ist. Für Vorschriften dieser Art enthält § 13 Abs. 1 StGB eine generelle Transformationsnorm, genauer: Ergänzungsnorm, des Inhalts, daß die Verbotsnorm des Begehungsdelikts durch die Gebotsnorm eines Unterlassungsdelikts zu ergänzen sein soll und daß auf die Gebotsnormübertretung die Sanktionierung der Verbotsnormübertretung anwendbar sein soll. Die dabei in Ergänzung genuiner Begehungsdelikte entstehenden Unterlassungsdelikte heißen *unechte* (besser: sekundäre) Unterlassungsdelikte. Beispiel: Neben das strafbewehrte Verbot des § 212 StGB, einen Menschen durch eine Handlung zu töten (etwa einen Nichtschwimmer ins Wasser zu

---

24 So — unter gleichzeitiger Beschränkung des Begriffs der echten Unterlassung auf diese nicht begehungsgleichen und vorgeblich auch nicht erfolgsorientierten Delikte — *Jescheck* AT § 58 III 2; *ders.* ZStW 77 S. 109 ff, 122; *LK-Jescheck* Rdn. 84 vor § 13; *Busch* v. Weber-Festschrift S. 192 ff, 193 f; *Böhm* JuS 1961 S. 177 ff, 178; *SK-Rudolphi* Rdn. 8 vor § 13; *Wessels* AT § 16 I 1. — Ganz schief BGH 14 S. 280 ff, 281: Wenn (nach § 84 GmbHG a. F.) im Konkursfall der Geschäftsführer einer GmbH nur beim Unterlassen eines Konkursantrags bestraft wird, so ist das gebotene Verhalten insoweit beschrieben und Beteiligter kann nur sein, wer an der Unterlassung dieses beschriebenen Verhaltens mitwirkt, nicht also, wer auf andere Weise die Konkursreife verschleiert. Mit einem (umgekehrten) Tätigkeitsdelikt hat ein solches (umgekehrtes) verhaltensgebundenes Delikt nichts zwingend gemeinsam. — Zwischen den Positionen vermittelnd *Maurach-Gössel* AT 45 Rdn. 35 ff.

25 Die Ansicht resultiert aus dem Bestreben, die Rechtspflicht zum Handeln nach den Normen der §§ 138 und 323 c StGB nicht als Erfolgsabwendungspflicht im Sinne von § 13 StGB behandeln zu müssen, da andernfalls jedermann in der tatbestandsmäßigen Situation der genannten Vorschriften zum Garanten und damit strafbar aus den §§ 211 ff, 306 ff StGB etc. würde. Das — richtige — Ergebnis leitet sich aus der Schwäche des Normbefehls der genannten Vorschriften zwanglos ab. Eingehend *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 60 f mit Nachweisen.

26 Eingehend *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 43 ff, 100 ff; 103 ff, 172 f; 349 ff.

27 *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 230 ff; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 72 ff, 160 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

werfen), tritt durch § 13 Abs. 1 StGB das mit der Strafe des § 212 StGB bewehrte Gebot, das bedrohte Leben eines Menschen durch pflichtgemäße Zuwendung zu erhalten (etwa einen Nichtschwimmer bei gegebener Pflicht aus dem Wasser herauszuziehen).

III. Das Problem der Sonderpflicht bei der begehungsgleichen Unterlassung

A. Begehungsgleiche Unterlassung scheint, zumal als unechte Unterlassung, stets ein **13** Sonderdelikt zu sein; zwar muß nach dem Gesetzeswortlaut jedermann für die vermeidbaren (vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführten), schädigenden Folgen seines Handelns einstehen, aber nur Einstandspflichtige (§ 13 Abs. 1 StGB) müssen schädigende Folgen durch rettende Handlungen abwenden. Die Begründung für diese — im Ergebnis nur verbale — Differenz hat dogmatisch bedeutende Konsequenzen (für die Anwendbarkeit von Teilnahme auf Unterlassung, für die Begründung von Garantenstellungen, für die Bestrafung der Unterlassung durch Begehung u. a. m.).

Als Grund für das (äußerlich-verbale) Übergewicht der Verbote wird angeführt, ein Gebot erfordere vom Verpflichteten Energie, ein Verbot hingegen nicht; die Befolgung eines Verbots könne deshalb eher verlangt werden[28]. Das überzeugt aber nur bei minimalen Schadensfolgen oder bei großem Energieeinsatz; bei kleinem Energieeinsatz zur Vermeidung gewichtiger Schadensfolgen tritt nach rechtlicher Interessenabwägung (also nach den Maximen von § 34 StGB) das Interesse, keine Energie aufwenden zu müssen, zurück. Beispiel: Wenn ein bedrohtes Menschenleben durch ein kurzes Telefongespräch mit einem Arzt gerettet werden kann, ist die Beschränkung einer begehungsgleichen Unterlassung auf Sonderpflichtige — also die Beschränkung der §§ 211 ff StGB; § 323 c StGB bleibt als Jedermannsdelikt anwendbar — nicht mit einem überwiegenden Interesse des Unterlassenden erklärbar. — Entsprechend wenig überzeugt die Erklärung, Gebote würden wegen der Pflicht, sich ganz auf eine einzelne Handlungssequenz einzustellen, die Freiheit stärker einschränken als Verbote, bei denen nur eine einzelne Verhaltensweise aus dem ansonsten unbeschränkten Bereich des Erlaubten ausgeklammert werde[29]: Das Ergebnis der rechtlichen Gewichtung des Interesses an Freiheit gegen das Maß am Nutzen eines Gebots kann im Einzelfall zugunsten des Gebots ausfallen (etwa bei einer beiläufig zu erledigenden Abwendung von Gefahren für hochrangige Güter); und umgekehrt können im Einzelfall Verbote höchst intensiv Freiheit nehmen, wenn nämlich eine verbotene Handlung erst weitere Entfaltung ermöglicht, etwa beim Verbot des Ausbruchs aus der Haft[30]. — Ungeeignet ist aber auch der Versuch, das Überwiegen der Verbote und die Notwendigkeit einer Sonderpflicht für begehungsgleiche Gebote rechtspolitisch auf die „Illiberalität" gängelnder Gebote zurückzuführen[31]. Es bringt ferner keine Lösung, wenn in „individualistischer" Sicht die Rechtsgüter als isoliert bestehende Größen behandelt werden, die bei ihrer Entwicklung niemand stören darf, bei denen aber Fehlentwicklungen auch nur ausnahmsweise „solidarisch" gehindert werden müssen[32]. Schon jedes Verbot eines Erfolgsdelikts verlangt die Berücksichtigung der Existenz des geschützten Guts und erweitert insoweit eine individualistische Perspektive, insbesondere wenn sich das fremde Gut im Lebensbereich des Handelnden befindet. Beispiel: Das Verbot, den vor

---

28 *Engisch* Gallas-Festschrift S. 163 ff, 173 f; im Ergebnis ähnlich *Sieber* JZ 1983 S. 431 ff, 434 ff.

29 *Engisch* MonSchrKrim. 1939 S. 414 ff, 423; *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 86; *Bärwinkel* Struktur S. 17.

30 Zutreffend *Samson* Welzel-Festschrift S. 579 ff, 586.

31 *Baumann-Weber* AT § 18 I 1. — Es handelt sich um ein von *Feuerbach* herrührendes Verständnis, „die ursprüngliche Verbindlichkeit des Bürgers" gehe „nur auf Unterlassungen" und ein „Unterlassungsverbrechen" setzte „einen besonderen Rechtsgrund" voraus, dessen es beim Begehungsverbrechen nicht bedürfe, Lehrbuch § 24.

32 *Samson* Welzel-Festschrift S. 579 ff, 595; *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 231 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

der Privatgarage des Handelnden liegenden Betrunkenen zu überfahren, ist „individualistisch" nicht zu erklären[33]. Noch stärker „gängelt" ein Verbot, wenn sich das Handeln allein im eigenen Lebensbereich auswirken soll und nur durch Aktivitäten anderer Personen Außenwirkungen bekommt. Beispiel: Wer das Licht in seiner Wohnung löscht und weiß, daß auf der nunmehr unbeleuchteten öffentlichen Straße vor seiner Wohnung Passanten unvermeidbar stolpern und sich verletzen werden, kann — trotz Begehung — nicht ohne Blick auf eine Pflicht zur Solidarität zur Haftung gebracht werden. In der Umkehrung haben die Gebote, die wegen der Verkehrssicherung oder wegen einer Vorhandlung (Ingerenz) bestehen (siehe unten 29/29 ff), mit Solidarität so wenig etwas zu tun wie ein Verbot; denn sie sind nur Pflichten zur Begrenzung des eigenen Lebenskreises, nicht zur Aufopferung für andere.

14 B. *Da es also Gebote gibt, die keine Solidarität voraussetzen, und Verbote, die nur bei Solidarität Bestand haben, kann der Wechsel der Haftungsbegründung nicht zwischen allen Unterlassungen einerseits und allen Begehungen andererseits stattfinden, sondern nur innerhalb der Begehungen wie innerhalb der Unterlassungen* (siehe schon oben zur objektiven Zurechnung 7/56 ff).

Im Grundfall der Begehungsdelikte geht es darum, daß niemand den eigenen Organisationskreis oder sonst einen von ihm verwalteten Organisationskreis ohne Rücksicht auf die Organisationskreise anderer Personen ausdehnen soll. Ob eine solche Ausdehnung ohne Rücksicht auf andere durch eine Handlung (verbotswidrig) oder aber durch eine Unterlassung (gebotswidrig) erfolgt, hängt oft von Variablen innerhalb der Organisation eines Bereichs ab und ist von außen betrachtet zufällig[34]. Beispiel: Ob ein Autofahrer, um einen Fußgänger nicht zu überfahren, bremsen muß (Handeln) oder nicht weiter beschleunigen (Unterlassen), richtet sich nach Umständen (Konstruktion der Maschine, Vorverhalten des Fahrers etc.), die von der axiologischen Entscheidung, daß der Fahrer sich nicht um den Preis von Gesundheit und Leben eines anderen fortbewegen darf, unabhängig sind. Es gibt also Bereiche, in denen Begehung und Unterlassung praktisch konvertibel sind, ohne daß eine Konversion am Haftungsgrund etwas ändert: Es sollen aus einem Organisationskreis keine schädigenden Bedingungen nach außen dringen; mit anderen Worten, wer Handlungsfreiheit so gebraucht, daß ohne Aufwand (z. B. Abbremsen des Autos) Schäden bei anderen nicht vermieden werden können, soll den Aufwand tragen[35].

Dieser Haftungsgrund ist an die praktische Austauschbarkeit von Begehen und Unterlassen nicht gebunden, sondern gilt allgemein, wenn jemand bei der Lebensgestaltung Gefahren für andere eröffnet oder andere von der Beherrschung schon eröffneter Gefahren ausschließt. Beispiel: Wer das Ausheben einer Grube organisiert, hat dafür zu sorgen, daß niemand hineinfällt. Die in diesem Bereich angesiedelten Gebote (Verkehrspflichten) haben mit einer Solidarität so wenig zu tun und sind so wenig per se „illiberal" wie Verbote.

Der Organisationskreis im skizzierten Verständnis darf nicht als ein zwingend dinglich und räumlich definierter Bereich verstanden werden, aus dem bei bestimmtem Handeln oder Unterlassen im wörtlichen Sinn eine Erfolgsbedingung über die Grenzen dringt. Es geht vielmehr um die Bildung von Verantwortungsbereichen für Gefahren,

---

33 Siehe *Timpe* Strafmilderungen S. 169 f; *Jakobs* ZStW 89 S. 1 ff, 2 f Fn. 4.

34 *Philipps* Handlungsspielraum S. 140 ff; *Timpe* Strafmilderungen S. 171 ff; *ders.* Nötigung S. 89 ff; *Volk* Tröndle-Festschrift S. 219 ff, 225, 237; siehe auch *AK-Seelmann* § 13 Rdn. 24.

35 Es handelt sich um ein Parallelproblem zur Bildung des Handlungsbegriffs, bei dem auch ein psychophysischer Wirkungszusammenhang als System gedacht und nach seinen Außenwirkungen beurteilt wird; siehe oben 6/21 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

und diese Bereiche können nicht nur über Gegenstände oder Handlungen, sondern auch über die Erfolge, die es zu vermeiden gilt, definiert werden, ohne daß sich am Haftungsgrund etwas ändert. Beispiel: Wenn derjenige, der ein Kind scherzend in die Luft wirft, es zur Vermeidung von Körperschäden wieder auffangen muß, und so dies unterbleibt und das Kind sich verletzt, zur Vermeidung von Weiterungen einen Arzt holen muß etc., so besteht diese Pflicht zum Handeln nicht einer besonderen Solidarität mit dem Kind wegen, sondern weil die Rettungsmaßnahmen nur der Aufwand sind, der durch die Ausgestaltung des Organisationskreises durch den scherzenden Wurf entsteht; der Organisationskreis wird so definiert, daß er den Aufwand erfaßt, der nötig ist, um Schaden bei anderen zu vermeiden.

Zusammenfassung: Es gibt bei begehungsgleichen Unterlassungsdelikten Handlungspflichten, die Kosten der Handlungsfreiheit sind. *Der Haftungsgrund für das Unterlassungsdelikt ist in diesen Fällen (Pflichten kraft Organisationszuständigkeit) mit dem Haftungsgrund für Begehungs-Herrschaftsdelikte identisch: Rücksichtnahme auf andere bei der Gestaltung eines Organisationskreises.*

15 C. Neben die Haftung kraft Organisationszuständigkeit als Gegenstück der eigenen Entfaltungsfreiheit tritt eine Haftung bei Verletzung von Pflichten zur Aufopferung, also zur Garantie von Solidarität. Diese Pflichten sind an *Institutionen* gebunden, wie Ehe, Eltern-Kind-Verhältnis, besondere Vertrauensverhältnisse u. a. m. (Einzelheiten unten 29/57 ff). Die Garantie für ein Gut oder für das Fehlen einer Gefahr wird bei diesen Pflichten von einer Garantie der Institutionen flankiert. *Die durch eine Verletzung solcher Pflichten gekennzeichneten Unterlassungsdelikte finden ihr Gegenstück bei der Handlung in den Pflichtdelikten* (siehe oben zur objektiven Zurechnung 7/70 f). Dementsprechend partizipieren die Täter von Pflichtdelikten an der Vergünstigung des § 13 Abs. 2 StGB (unten 29/126).

16 D. Im Ergebnis ist also das Übergewicht der Verbote praktisch-statistisch begründet, nicht aber durch *besondere* Haftungsvoraussetzungen bei Geboten, die bei Verboten nicht erforderlich wären. Gebote wie Verbote kennen die Haftungsbegründung durch die Erfordernisse (a) der Rücksichtnahme auf andere bei der Gestaltung des eigenen Organisationskreises (Haftung kraft Organisationszuständigkeit) und (b) der institutionell abgesicherten Solidarität (Haftung kraft institutioneller Zuständigkeit). Hinzukommt bei Begehung wie Unterlassung eine Haftung für (c) die Verletzung der Mindestsolidarität (§§ 138, 323 c StGB). Die material bedeutsamere Differenzierung ist also nicht die zwischen Begehung und Unterlassung, sondern die nach dem Haftungsgrund: zwischen Haftung kraft Organisationszuständigkeit und Haftung kraft institutioneller Zuständigkeit (siehe schon oben zur objektiven Zurechnung 7/71).

29. ABSCHNITT
Das unechte Unterlassungsdelikt

I. Der Regelungsumfang von § 13 Abs. 1 StGB

Literatur

N. K. Androulakis Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963; *R. Bärwinkel* Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968; *P. Bockelmann* Betrug verübt durch Schweigen, Eb. Schmidt-Festschrift S. 437 ff; *J. Brammsen* Erfolgszurechnung bei unterlassener Gefahrverminderung durch einen Garanten, MDR 1989 S. 123 ff; *R. Busch* Zur gesetzlichen Begründung der Strafbarkeit unechten Unterlas-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

sens, v. Weber-Festschrift S. 192 ff; *K. Engisch* Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; *ders.* Buchbesprechung, MonSchrKrim. 1939 S. 414 ff; *ders.* Vom Weltbild des Juristen, 2. Auflage 1965; *W. Gallas* Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 S. 1 ff; *N. Geidies* Betrieb „wilder Müllkippen durch Unterlassen", NJW 1989 S. 821; *G. Grünwald* Das unechte Unterlassungsdelikt, Diss. Göttingen 1956; *ders.* Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, ZStW 70 S. 412 ff; *K. A. Hall* Über die Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, Grünhut-Erinnerungsgabe S. 213 ff; *W. Hardwig* Die Zurechnung, 1957; *R. D. Herzberg* Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1971 S. 881 ff; *ders.* Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *J. Hruschka* Rettungspflichten in Notstandssituationen, JuS 1979 S. 385 ff; *G. Jakobs* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *H. J. Kahrs* Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *ders.* „Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt? Jescheck-Festschrift S. 251 ff; *Arthur Kaufmann* Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift S. 200 ff; *D. Kienapfel* Zur Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976 S. 197 ff; *K. Lackner* Der Alternativentwurf und die praktische Strafrechtspflege, JZ 1967 S. 513 ff; *E.-J. Lampe* Tat und Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte, ZStW 101 S. 3 ff; *M. Maiwald* Kausalität und Strafrecht, 1980; *ders.* Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, JuS 1981 S. 473 ff; *J. Nagler* Die Problematik der Begehung durch Unterlassen, GS 111 S. 1 ff; *E. Nickel* Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz ‚nullum crimen sine lege (Art. 103 Abs. 2 GG), 1972; *H. Otto* Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterien bei Erfolgsdelikten, NJW 1980 S. 417 ff; *I. Puppe* Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 S. 863 ff; *O. Ranft* Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten, JZ 1987 S. 859 ff, 908 ff; *C. Roxin, W. Stree, H. Zipf, H. Jung* Einführung in das neue Strafrecht, 2. Auflage 1975; *H.-J. Rudolphi* Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966; *F. Schaffstein* Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Honig-Festschrift S. 169 ff; *W. Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1974; *ders.* Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit, JZ 1977 S. 150 ff; *B. Schünemann* Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971; *ders.* Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, GA 1974 S. 231 ff; *ders.* Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975 S. 435 ff, 511 ff, 575 ff, 647 ff, 715 ff, 787 ff; *ders.* Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; *ders.* Anmerkung zu BGH StV 1985 S. 229, aaO S. 229 ff; *ders.* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 S. 341 ff, GA 1986 S. 293 ff; *H. Schürmann* Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986; *G. Spendel* Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, JZ 1973 S. 137 ff; *R. Steiner* Die Begehung schlichter Tätigkeitsdelikte durch Unterlassen, de lege lata et ferenda, MDR 1971 S. 260 ff; *G. Stratenwerth* Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Gallas-Festschrift S. 227 ff; *K. Ulsenheimer* In dubio contra medicum — Ausweitung der strafrechtlichen Arzthaftung? Arzt und Krankenhaus 1982 S. 66 ff; *H. Walder* Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr. 93 (1977) S. 113 ff; *J. Welp* Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; *E. A. Wolff* Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965; *G. Wolfslast* Anmerkung zu BGH NStZ 1981 S. 218 f, aaO S. 219 f.

1 A. Die unechten Unterlassungsdelikte entstehen, indem die *Begehungsdelikte* in dem von § 13 Abs. 1 StGB bestimmten Umfang *um eine Unterlassungsvariante ergänzt* werden. Der ständig notwendige Bezug auf die Begehungsdelikte dient nicht nur der Konkretisierung der Unterlassungsdelikte, sondern auch der Erprobung der Gestaltungen der Begehungsdelikte auf ihre Systematisierbarkeit. Schon oben (7/56 ff) bei den allgemeinen Ausführungen haben sich dabei Grenzen der Begehungsdelikte ergeben (das Handeln im eigenen Organisationskreis einschließlich der Unterlassung durch Begehung), die bei alleiniger Betrachtung der Begehungsdelikte schwer aufzuweisen sind, sich jedoch bei einem Einbezug der Unterlassungsdelikte geläufig einstellen. Um einen Bezug auf angebliche Besonderheiten der Unterlassungsdelikte stets in der Kon-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

trolle einer Systematik aller Delikte zu halten, erfolgt die Behandlung des unechten, also gesetzlich weniger genau bestimmten Unterlassungsdelikts vorab.

B. Nach § 13 Abs. 1 StGB sind Begehungsdelikte nur dann um eine Unterlassungs- **2**
variante zu ergänzen, wenn zum Tatbestand des Delikts ein *Erfolg* gehört. Erfolg im Sinn dieser Vorschrift ist alles, was abgewendet werden kann, also zunächst das tatbestandliche Ergebnis der Erfolgsdelikte, sei es eine Verletzung (etwa der Tod in § 212 StGB), eine konkrete Gefährdung (etwa für Leib, Leben oder bedeutende Sachwerte in §§ 315 ff StGB) oder — bei den Delikten mit materiellem Versuchscharakter (oben 25/2) — ein signifikantes Ereignis auf dem Weg zu einer Verletzung (etwa das Perfekt-Werden einer unechten Urkunde, § 267 StGB; das selbständige Weiterbrennen eines Gebäudes, § 306 StGB[1]). Aber auch bei Tätigkeitsdelikten ist ein Erfolg vorhanden, soweit — wie regelmäßig — die Tätigkeit als handelnde Einwirkung auf ein Objekt beschrieben wird (Führen *eines Fahrzeugs);* die Einwirkung kann als Erfolg von der Handlung getrennt werden[2]. Freilich entstehen bei Tätigkeitsdelikten — wie aber auch bei verhaltensgebundenen Erfolgsdelikten — wegen der Bindung der Einwirkung an ein *bestimmtes* Verhalten besondere Probleme des Handlungs*entsprechens* (siehe unten 29/78 ff).

Auch bei eigenhändigen Delikten kann an die Stelle der sich in einem Akt zeigenden persönlichen Insuffizienz diejenige eines Unterlassens treten; Beispiel: Die Mutter, die den Vollzug des Beischlafs durch ihren minderjährigen Sohn passiv über sich ergehen läßt, haftet bei gegebener Abwendungsfähigkeit nach den §§ 173 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB (siehe auch die Variante echten Unterlassens in § 16 Abs. 1 WStG). — Die Beschränkungen der Beteiligung bei eigenhändigen Delikten (oben 21/22) bleiben freilich auch bei Unterlassungsdelikten bestehen; Beispiele: Unterläßt es im oben genannten Beispiel auch der Vater, den Geschlechtsverkehr des Sohns mit der Mutter zu verhindern, so ist er mangels eigener körperlicher Beteiligung nicht Mittäter der Tat nach § 173 Abs. 1, 2 StGB, sondern nur Teilnehmer. Ebensowenig kann der Feldjäger, der pflichtwidrig einen Fahnenflüchtigen nicht zurückschafft, mangels eigener Fahnenflucht mehr als Teilnehmer der Fahnenflucht sein (§ 16 Abs. 1 WStG).

C. Das Gesetz regelt nur das Ergebnis der Ergänzung des Begehungsdelikts um eine **3**
Unterlassungsvariante, scil. die Strafbarkeit. Die notwendig vorausgehende Ergänzung des Unrechts muß durch die Dogmatik geleistet werden: die Begründung des Unrechts als Verstoß gegen ein *Gebot* zu einer Handlung. *Daß* ein Gebot zu ergänzen ist, kann nicht zweifelhaft sein, weil die Unterlassung einer Handlung nur Unrecht sein kann, wenn die Handlung *ge*boten ist[3]. Die Frage, *wann* ein Gebot besteht, beantwortet das

---

1 Brandstiftung durch Unterlassen ist durch Nicht-Hindern des In-Brand-Geratens oder durch Nicht-Beseitigen eines vorhandenen Brands möglich, wie Brandstiftung durch Begehen durch Verursachung eines selbständig weiterbrennenden Brands und zudem durch Verursachung des selbständigen Weiterbrennens eines Brands möglich ist; streitig, *a. A. Schünemann* Grund und Grenzen S. 370 f.

2 Im Ergebnis wie hier *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 160 vor § 13 und § 13 Rdn. 3; *Grünwald* Unterlassungsdelikt S. 19; KKOWiG-*Rengier* § 8 Rdn. 10 f; siehe auch *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 326 f; *Steiner* MDR 1971 S. 260 ff; anders die überwiegende Ansicht; *Schmidhäuser* AT 16/68; *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 2 mit weiteren Nachweisen; für Straftaten gegen die Umwelt *Geidies* NJW 1989 S. 821.

3 Man kann allerdings Verbote so ungenau interpretieren, daß sie auch in Gebotslagen passen; Beispiel: Das Verbot, eigenes Vieh auf fremden Äckern grasen zu lassen, mag man als Verbot, sie dort hinzubringen, wie als Gebot, sie nicht dorthin laufen zu lassen, verstehen, ohne freilich dadurch der Trennung von Handlung (bringen) und Unterlassung (laufen lassen) zu entrinnen. Daß die Verhaltensdifferenz von Handlung und Unterlassung nicht auch eine axiologische Differenz sein muß, Handlung und Unterlassung in bestimmten Situationen also gleich zu bewerten sein mögen, ist gerade der Inhalt von § 13 Abs. 1 StGB und deshalb kein Argument gegen die

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Gesetz freilich nur durch die schon als wenig aussagekräftig demonstrierte Formel von der Erfolgsabwendung sowie durch die hoch abstrakten Begriffe einer rechtlichen Einstandpflicht und eines Entsprechens.

Immerhin ist also gesetzlich bestimmt, *daß* es unechte Unterlassungsdelikte gibt; damit erledigen sich alle Versuche, wegen Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB die unechte Unterlassung als Quasi-Handlung herauszuputzen[4], insbesondere den Begriff der Kausalität so zu fassen, daß er auch auf das Unterlassen von Erfolgsabwendungen paßt (hierzu unten 29/15 ff). Wenn etwa nach § 222 StGB bestraft wird, wer den Tod eines Menschen durch Fahrlässigkeit verursacht, so geht es im Fall eines Unterlassens nicht um die Ursächlichkeit der Unterlassung, sondern — in der nach § 13 StGB vorgeschriebenen Ergänzung — um das Nicht-ursächlich-Werden für die Abwendung des Todes.

4 D 1 a) Verfassungsrechtlich weniger unbedenklich ist die hochgradige Unbestimmtheit der rechtlichen Einstandspflicht *(Garantenpflicht)*[5]. Allerdings wird behauptet, die Sonderpflicht (im weiteren Sinn) enge die an sich ausformulierte Strafbarkeit aller Unterlassungen ein; sie wirke also in bonam partem und werde deshalb von dem Verbot unbestimmter Gesetze nicht getroffen[6]. Diese Deutung ist jedoch nicht richtig; abgesehen davon, daß jedes Merkmal, ohne das nicht gestraft werden kann, Haftung begründet[7], fehlt es schon an einem generellen Gebot, das eingeschränkt werden könnte: § 13 Abs. 1 StGB konstatiert nur Gebote für Sonderpflichtige im weiteren Sinn. Ohne Blick auf § 13 Abs. 1 StGB umfassen aber die Begehungsdelikte nur dann neben den Handlungen noch alle Unterlassungen, wenn die Verhaltensbeschreibungen so vage interpretiert werden, daß sie insgesamt, also für Handlungen wie Unterlassungen, nicht mehr mit dem Verbot unbestimmter Strafvorschriften vereinbar sind. So müßte z. B. das Töten in den §§ 211 ff StGB dahin interpretiert werden, daß es jedes Verhalten erfaßt, bei dem der Tod verursacht oder nicht gehindert wird, — eine Interpretation, die mit der Austreibung des Teufels durch Beelzebub vergleichbar wäre[8].

5 b) In der Umkehrung wird de lege lata die Verfassungswidrigkeit überhaupt jeder Bestrafung wegen unechter Unterlassung behauptet[9]. Dieser Rigorismus löst das Verbot unbestimmter Strafgesetze aus seinem Kontext. Nur Namen für Konkreta sind restlos bestimmt; schlechthin jeder Gattungsbegriff ist — in schwankendem Maß — unbestimmt (siehe oben 4/13 ff). Bei dieser Lage kann eine Verfassungswidrigkeit des § 13 StGB im Merkmal der Einstandspflicht nur behauptet werden, wenn der durchschnittliche Bestimmtheitsstandard *des BT* als Norm verabsolutiert wird; dieser Standard hat aber *im AT* nie gegolten (die Begriffe Vorsatz, Fahrlässigkeit, Beteiligung, Schuld u. a. m. sind — ganz abgesehen von dem zum Teil erst ansatzweise begrifflich

---

Schärfe der Scheidung. — Die überwiegende Lehre versteht die Handlungsbeschreibungen des BT als Handlungen wie einige Unterlassungen umfassende Verhaltensbeschreibungen, kommt aber doch um eine normlogisch schärfere Differenzierung nicht herum, da sie nur dem Unterlassungsteil des Tatbestands eine Garantenstellung attachieren will; — so die von *Nagler* GS 111 S. 1 ff, 51 ff entwickelte Tatbestandslösung. — Zur dogmengeschichtlichen Entwicklung siehe *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 5 ff; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 25 ff; einen Überblick mit Nachweisen gibt *Jescheck* AT § 58 I.

4 Hiergegen grundlegend *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 280 ff; *Grünwald* ZStW 70 S. 412 ff.

5 Auch § 13 E 1962 enthält keine Aufzählung der Garantenpflichten; siehe hierzu die Begründung S. 123 ff, 124 f. — Zur Aufzählung der Garantenpflichten in § 12 AE siehe zutreffend *Gallas* ZStW 80 S. 1 ff, 16 ff; *Lackner* JZ 1967 S. 513 ff, 516.

6 *Maurach-Gössel* AT II § 46 Rdn. 38 ff.

7 *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 279 mit weiteren Nachweisen; es handelt sich um einen ebenso untauglichen Versuch zur Bestimmung nur-begünstigend wirkender Haftungsvoraussetzungen, wie er analog bei der Schuld vorgenommen wird, oben 17/33.

8 Siehe zur Kritik *Welp* Vorangegangenes Tun S. 143 f; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 69.

9 *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 355 f; *Schürmann* Unterlassungsstrafbarkeit S. 187 f, der freilich die rechtliche Bedeutung der naturalistischen Differenz zwischen Handeln und Unterlassen überschätzt, S. 42 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

durchgeformten Strafzumessungsrecht — weniger bestimmt als etwa die Begriffe Mensch, Sache, fremd u. a. m.). Das Verbot unbestimmter Strafgesetze ist deshalb als ein Verbot zu interpretieren, hinter den Standard des betreffenden Regelungsbereichs zurückzufallen oder auf erreichbare Bestimmtheit zu verzichten (siehe oben 4/23 ff). Auch letzteres ist bei § 13 Abs. 1 StGB nicht der Fall, wie die noch darzustellenden erheblichen Kontroversen[10], selbst zu den Grundlagen der Einstandspflicht, zeigen (unten 29/26 ff). Allenfalls hätte das Gesetz in einer nicht abschließenden Weise durch — positive oder negative — Regelbeispiele ein Grundmuster für Einstandspflichten (und deren Fehlen) geben können[11]. Beim gegenwärtigen Stand verbietet es sich freilich, von einer Einstandspflicht auf eine analoge Pflicht und so fort zu schließen, weil solche Bewertungsassoziationen grenzenlos weitergeführt werden können. Vielmehr muß jede Pflicht durch Bezug auf die Begehungsdelikte oder die bei den begehungsgleichen echten Unterlassungsdelikten im BT genannten Pflichten systematisch abgesichert werden[12].

2. Es besteht wenig Hoffnung, daß sich die Schwierigkeiten einer generellen Pflich- **6**
tenbestimmung für unechte Unterlassung durch Sonderregelungen im BT umgehen lassen[13]; denn soweit ein entsprechendes Verfahren bereits geübt wird, scil. bei den begehungsgleichen echten Unterlassungsdelikten, ist dem Gesetzgeber nur in sowieso nicht problematischen Einzelfällen eine dem Standard des BT genügende Bestimmtheit der Formulierung gelungen (etwa bei den §§ 123, 265 b, 340, 357 StGB); ansonsten bleibt es bei einer — allenfalls durch Bezug auf den Herkunftsbereich konkretisierten — bloßen Benennung einer Fürsorgepflicht, Obhutspflicht etc.; die durch eine generelle Regelung im AT erreichbare Bestimmtheit übersteigt das nicht. Zudem wird durch die Verlagerung kein Sachproblem geklärt.

E. Die *Entsprechensklausel*[14] ist nicht etwa ein Vehikel, Unsicherheiten bei der **7**
Begründung von Einstandspflichten aufzufangen[15], sondern gilt denjenigen Delikten, bei denen sich die tatbestandlich beschriebene Handlung nicht in einer beliebigen Erfolgsverursachung erschöpft, vielmehr nur bestimmte Handlungsweisen dem Tatbestand genügen. Bei diesen verhaltensgebundenen Delikten muß die Ergänzung durch eine Unterlassungsversion auch entsprechend der Handlungsbeschreibung erfolgen[16]. Beispiel: Eine Mißhandlung durch Handlung ist eine *unangemessene* Behandlung des

---

10 Die Kontroversen haben auch den Grund für die Unbestimmtheit der Regelung abgegeben; siehe BT-Drucksache V/4095 S. 8.

11 Die Problematik hat zu verschiedenartigen Lösungsvorschlägen geführt. Siehe insbesondere die Unterscheidung von Auslegungs- und (Kodifikations- oder) Wortlauttatbestand bei *Schmidhäuser* AT 5/42, 16/11 ff; *Bärwinkel* Struktur S. 16 ff. — *Nickel* Problematik S. 172 ff, will Art. 103 Abs. 2 GG, soweit er an die Adresse des Gesetzgebers geht, auf rückwirkende Strafbegründung oder -schärfung beschränken, unbestimmte Gesetze aber zulasssen.

12 Das dürfte den Intentionen von *Stratenwerth* entsprechen, die Pflicht auf Fälle zu begrenzen, in denen sich die Gleichstellung „unabweisbar aufdrängt", AT Rdn. 988.

13 *A. A. Armin Kaufmann* Dogmatik S. 287 ff; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 342 ff; *Grünwald* ZStW 70 S. 412 ff, 425; *Busch* v. Weber-Festschrift S. 192 ff, 203 ff.

14 Ihre Bedeutung ist im Gesetzgebungsverfahren unklar geblieben. Die Verfasser des E 1962 verstanden die in § 13 des Entwurfs geforderte Gleich*wertigkeit* so, wie hier auch das Entsprechen verstanden wird, scil. als Klausel für die Transformation von Handlungsmodalitäten. Sie meinten aber, ein diesbezügliches Defizit durch ein anderweit — etwa durch besonders intensive Abwendungspflichten — begründetes Plus ausgleichen zu können, Begründung S. 125; — die Verfasser der Begründung zur jetzigen Gesetzesfassung umschrieben die Klausel als Leerformel, BT-Drucksache V/4095 S. 8.

15 *A. A.*, scil. für eine „Gesamtbewertung" des Verhaltens im Sinn einer Prüfung auf Gleichwertigkeit, *Henkel* MonSchrKrim. 1961 S. 178 ff; *Androulakis* Studien S. 219 ff, 222; vermittelnd *Dreher-Tröndle* § 13 Rdn. 17.

16 Überwiegende Ansicht; *Gallas* Niederschriften Bd. XII S. 79 ff, 80; *Roxin* in: Einführung S. 4 ff; *Herzberg* Unterlassung S. 66 ff; *Kienapfel* ÖJZ 1976 S. 197 ff, 199 u. a. m.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

fremden Körpers; die Unterlassensversion muß dieses Unangemessene für das Unterlassen übernehmen (eingehend unten 29/78 ff).

II. Die objektive Zurechnung

Literatur

Siehe zu I

A. Der Erfolgssachverhalt

8 Der objektive Tatbestand ist im *Erfolgssachverhalt* mit demjenigen des Begehungsdelikts identisch. Was Erfolg sein kann, wurde oben zur Darstellung des Regelungsumfangs von § 13 StGB ausgeführt. Der Erfolg kann auch eine Qualifizierung eines Delikts sein, z. B. die schwere Folge der §§ 224 f StGB. Soweit zur Vollendung (oder zur Vollendung einer Qualifizierung) Zwischenstadien auf dem Weg zum Erfolg beschrieben sind, müssen auch diese Stadien vorliegen, z. B. die konkrete Gemeingefährlichkeit des Verlaufs zum Tod bei § 211 Abs. 2, mittlere Fallgruppe a. E. StGB oder Irrtum und Verfügung als Zwischenstadien zum Schaden bei § 263 StGB.

Wie beim Begehungsdelikt, so kann auch beim Unterlassungsdelikt schwierig zu bestimmen sein, wann ein Erfolg perfekt eingetreten ist und seine Reversion nicht mehr Erfolgsabwendung, sondern Ersatzleistung ist. Die Schwierigkeit resultiert aus dem Umstand, daß in den Tatbeständen häufig nicht das Gut benannt ist, dem der Schutz gilt, sondern ein vorgelagertes Objekt, in dem sich das gemeinte Gut verdinglicht. So ist Freiheit im Eigentum verdinglicht, und was die Freiheit angeht, ist die Rückgabe gestohlenen Gelds Erfolgsabwendung; aber beim Diebstahl wird die Freiheit nicht genannt, und was das Eigentum angeht, so ist seine Rückgabe nicht Erfolgsabwendung, sondern Ersatzleistung. — Es handelt sich nicht um ein spezifisches Problem der Unterlassungsdelikte; siehe oben 6/83; 12/25.

B. Die Täterstellungen

9 Können bei Begehungsdelikten nur bestimmte Personen Täter sein (zur Terminologie: Auch der tatbestandlich Unterlassende heißt üblicherweise Täter, obwohl er gerade nichts *tut*, was den Tatbestand verwirklicht), so gilt dies auch für die unechte Unterlassung. Täter nach § 217 StGB kann also nur die Mutter des nichtehelichen Kindes sein, Täter einer Körperverletzung nur ein jeweils anderer (keine strafbare Selbstverletzung durch Unterlassen), Täter einer exhibitionistischen Handlung nur ein Mann (die Frau, die pflichtwidrig einen unbekleideten Mann nicht verhüllt, ist nicht Täter einer Tat nach § 183 Abs. 1 StGB) etc.

C. Die Abwendungsfähigkeit

10 1. Der Täter muß *abstrakt fähig* gewesen sein, den Erfolg durch eine Handlung abzuwenden[17]. Die abstrakte Fähigkeit entspricht der (erfolgskausalen) motivatorisch beeinflußbaren Körperbewegung im objektiven Tatbestand des Begehungsdelikts (nachfolgend verkürzt als Willkürakt bezeichnet).

---

17 Die Situation, nach der sich der Inhalt der Handlungspflicht richtet, heißt tatbestandsmäßige Situation; *Welzel* Strafrecht § 27 A I 1 (siehe aber auch aaO § 28 A I 1: Erfolgssachverhalt als tatbestandsmäßige Situation); *Jescheck* AT § 59 I; *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 96 f. Bei den Handlungsdelikten ginge es entsprechend um die Situation, die das konkret Verbotene bestimmt. — Der Begriff ist entbehrlich, zumal unklar ist, wie weit er — bei Unterlassungsdelikten — auf die individuelle Handlungsfähigkeit zuzuschneiden ist (siehe hierzu *Armin Kaufmann* aaO).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Zum Begriff der Fähigkeit: So wie es beim Willkürakt des Begehungsdelikts darum geht, die überhaupt auf menschliches Handeln zurückführbare Kausalität einzugrenzen, so daß es auf den Inhalt des Akts und auf die Vermeidbarkeit der Folge im objektiven Tatbestand nicht ankommt, so ist auch die virtuelle Handlung im objektiven Tatbestand des Unterlassungsdelikts ohne Blick auf die Erkennbarkeit der Handlungsfolgen zu bilden (und erst recht ohne Blick auf die Plausibilität eines Handlungsmotivs, also auf die Antriebssteuerung). Es geht allein darum, daß der Täter den Vollzug der rettenden Handlung hätte bewerkstelligen können, so er eine solche Handlung — aus welchen Gründen auch immer — hätte vollziehen wollen[18]. Der Begriff der abstrakten Fähigkeit stellt also nur darauf ab, daß ein bestimmtes Verhalten überhaupt willkürlich ausgelöst werden kann: Es muß beim unterstellten Verhaltensmotiv für den individuellen Täter psychisch und physisch vollziehbar sein.

2. Damit scheiden virtuelle Körperbewegungen als Rettungsunternehmen aus, die **11**
(a) nicht willkürlich ausgelöst oder aber (b) physisch nicht vollzogen werden können.

a) Daß Krampfakte etc. nicht willkürlich vollzogen werden können, dürfte praktisch ohne Bedeutung sein. Relevant ist jedoch, daß bei hoch komplexen Handlungen eine fehlende Routinisierung oder Automatisierung allein durch Willkür nicht ersetzt werden kann: Schwimmen, Autofahren in nicht ganz simplen Situationen, schnelles Schreibmaschineschreiben etc. sind allein willkürlich nur bei gegebener Routine zu leisten, ansonsten fehlt schon die abstrakte Fähigkeit. Beispiel: Die Nicht-Rettung eines mit Todesfolge Ertrinkenden durch einen Schwimmunkundigen erfüllt — sofern andere Rettungswege ausscheiden — schon mangels abstrakter Fähigkeit nicht den Tatbestand eines Tötungsdelikts.

b) Eine physische Fähigkeit zum Handlungsvollzug fehlt bei mangelnder Schärfe der Sinnesorgane, mangelnder Muskelstärke etc.

3. Eine abstrakte Fähigkeit zur Rettung ist nicht notwendig eine solche zur eigen- **12**
händigen Rettung. So ist der Nichtschwimmer zur Rettung eines Ertrinkenden abstrakt fähig, wenn er Hilferufe artikulieren und dadurch schwimmkundige Personen herbeiholen kann etc.

Sind mehrere Handlungen alternativ zur Rettung tauglich, so besteht eine mehrfache abstrakte Fähigkeit. Beispiel: Der Brand eines Hauses kann vor seiner Ausweitung eigenhändig oder durch Alarmierung des Hauseigentümers oder der Feuerwehr erfolgreich bekämpft werden.

4. Die abstrakte Handlungsfähigkeit ist so wenig eine individuelle Fähigkeit zur **13**
Rettungshandlung, wie ein kausierender Willkürakt eine tatbestandliche Handlung ist. Sie bezeichnet nur einen Schritt auf dem Weg zur Ermittlung tatbestandlichen Unterlassungsverhaltens. Die hier vorgenommene Parallelisierung von Willkürakt und abstrakter Handlungsfähigkeit wird in der Literatur in höchst unterschiedlicher Weise durch andere Definitionen von Handlungsfähigkeit ersetzt: Teils wird die Fähigkeit als Kenntnis des drohenden Erfolgseintritts bei objektiv bestimmter Erkennbarkeit der gebotenen Handlung ex ante definiert[19]. Es finden sich aber auch überhaupt auf

---

18 Wie beim Begehungsdelikt, so beschränkt sich auch hier der Wert dieses komplizierten Verfahrens auf den didaktischen Vorzug, die Probleme der (hypothetischen) Kausalität nicht in ihrer Spiegelung im Vorsatz, sondern als objektive Relation behandeln zu können. Beim Verzicht auf diesen Vorzug kann das konkret vermeidbare Unterlassungsverhalten, also das vorsätzliche oder fahrlässige Unterlassungsverhalten, so vor den objektiven Tatbestand gezogen werden, wie beim Begehungsdelikt die vermeidbare (vorsätzliche oder fahrlässige) Handlung vorgezogen werden kann; siehe oben 7/1 f; zu den Varianten des Begriffs der Fähigkeit bei den Unterlassungsdelikten siehe *Schöne* JZ 1977 S. 150 ff.

19 *Jescheck* AT § 59 II 2.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

objektive Erkennbarkeit von Erfolgseintritt wie Abwendungsmöglichkeit abstellende Definitionen[20]. Da diese objektiv begründeten Zurechnungen sämtlich subjektiv korrigiert werden müssen, kann auf sie schadlos verzichtet werden[21]. — Mit der Differenzierung von objektivem und subjektivem Tatbestand bricht eine Definition der Handlungsfähigkeit, nach der es — bei Kenntnis des drohenden Erfolgseintritts[22] oder ohne diese Kenntnis[23] — auf die individuell gegebene Möglichkeit ankommen soll, die Rettungshandlung zu verwirklichen; dieser Begriff bezeichnet nach hiesiger Terminologie die konkrete Handlungsfähigkeit. — Auch wird die Tauglichkeit einer Trennung von Handlungsfähigkeit und Motivationsfähigkeit bezweifelt und allein auf die Möglichkeit freier (schuldhafter) Entscheidung abgestellt[24].

14 5. Bislang ist wenig geklärt, welches Maß an Einsatz beim Unterlassungsdelikt vom Verpflichteten gefordert wird, ob er also eine Leistung bei äußerster Konzentration und (wörtlich) bis zum Umfallen erbringen und alle ihm verfügbaren Mittel einsetzen muß oder sich mit weniger begnügen darf. Das Problem deckt sich mit demjenigen der Berücksichtigung von Sonderwissen bei der Bestimmung des erlaubten Risikos (oben 7/49 ff). Es geht darum, daß die Risikoerlaubnis nach einem objektiven Standard gebildet wird. Niemand ist verpflichtet, diesen Standard zu übertreffen. Beispiel: Niemand muß sich überobligationsmäßig für sein Auto einen Heckscheibenwischer anschaffen, und, so er ihn angeschafft hat, muß er das Gerät nicht benutzen. Freilich können in bestimmten Lagen Personen, die ein Sonderrisiko beansprucht haben oder institutionell pflichtig sind, dafür zuständig sein, eine Gefahr ohne Blick auf Standardgrenzen abzuwenden; Einzelheiten gehören zur Lehre von der Pflichtenkollision (oben 15/12 ff).

Soweit der Garant nicht für die Verfügbarkeit der zur Rettung benötigten Materialien einstehen muß, ist er mit seinen eigenen Gütern nur leistungspflichtig, wie er duldungspflichtig wäre, wenn ein anderer die Rettung übernähme. Die Grenze zieht also § 34 StGB, nicht § 323 c StGB: Der zur Abwendung Verpflichtete muß Materialien beschaffen, wo er sie findet, auch bei sich selbst, aber eben nur im Rahmen des Verhältnismäßigen. Beispiel: Der Arzt, der eine Notfallbehandlung übernimmt, muß nicht schon wegen dieser Übernahme das erforderliche Transfusionsblut notfalls selbst spenden, wohl aber muß er notfalls sein eigenes Verbandsmaterial verwenden. Entsprechend muß verfügbares Rettungspotential, das nicht zum Standardpotential gehört, von Personen, die nur auf einen Standard verpflichtet sind, nur im Rahmen des § 34 StGB eingesetzt werden, und auch dies nur dann, wenn Potentialbeschaffung zum Standard gehört[25] (ansonsten bleibt § 323 c StGB). Beispiel: Sind bei einem außergewöhnlich umfangreichen Unglück alle Fahrzeuge der organisierten Unfallhilfe im Einsatz, müssen die Privatfahrzeuge der Helfer nur in einer Lage nach § 323 c StGB zur Verfügung gestellt werden, da zwar Bereithalten, nicht aber auch das Requirieren von Fahrzeugen zum Standard einer organisierten Unfallhilfe gehört. Freilich kann eine an sich nur auf einen Standard verpflichtete Person ein besonderes Vertrauen auf besondere Leistungsfähigkeit begründen. Beispiel: Hat eine Rettungsorganisation einen besonders leistungsstarken Hubschrauber angeschafft, muß die Leistung im Notfall auch ausgenutzt werden (darauf geht besonderes Vertrauen); aber eine Garantenpflicht, den

---

20 *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 142 f vor § 13; *Maiwald* JuS 1981 S. 473 ff, 479.

21 Ausführlich gegen objektiv bestimmte Fähigkeiten oben zur Fahrlässigkeit 9/8 ff; siehe auch *Herzberg* Unterlassung S. 200.

22 *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 96 ff, 106, siehe auch S. 46 ff; *Welzel* Strafrecht § 28 A I 3 c.

23 *Stratenwerth* AT Rdn. 1032 f.

24 *E. A. Wolff* Kausalität S. 45 f; *Androulakis* Studien S. 113 ff.

25 Anders wohl *Stratenwerth* AT Rdn. 1103.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

noch leistungsstärkeren Diensthubschrauber des Organisationsvorstands als Rettungsinstrument einzusetzen, besteht nicht.

D. Die hypothetische Kausalität

1. Die abstrakte Fähigkeit bezieht sich auf eine erfolgsabwendende Handlung: **15**
Wäre die Handlung vollzogen worden, so wäre der tatbestandsmäßige Erfolg ausgeblieben. Die *Unterlassung* als Nicht-Vollzug einer Handlung ist *nicht kausal für den eingetretenen Erfolg* (sie ist nur negative Bedingung, siehe oben 7/25 f), vielmehr wäre der Täter unter der Hypothese des Handlungsvollzugs für das Ausbleiben des Erfolgs kausal geworden (sogenannte hypothetische Kausalität der Unterlassung).

Der Streit um die Kausalität der Unterlassung, „einer der unfruchtbarsten, den die strafrechtliche Wissenschaft je geführt hat"[26], lehrt, wie schwer dem Strafrecht die Abnabelung von naturalistischen Kategorien fällt: Fehlt der Unterlassung eine Kausalität für den Erfolg, so fehlt damit — so scheint es — zwischen dem Unterlassenden und dem Erfolg eine Verbindung, die eine Zurechnung des Erfolgs gestattet. Die richtige Betrachtung verläuft jedoch umgekehrt: Die Prinzipien der Zurechnung entscheiden, ob und wie weit Kausalität erforderlich ist.

2 a) Eine verwirrende Rolle bei der Frage nach der Kausalität der Unterlassung **16**
spielt die Formel von der conditio sine qua non (oben 7/8 ff): „Das Verhalten, das weggedacht werden muß, ist beim positiven Tun ein ganz bestimmter, konkreter Energieeinsatz, es ist beim Unterlassen die Negation eines solchen; denke ich diese letztere Negation weg, so gelange ich nach dem Grundsatz ‚duplex negatio est affirmatio' zur hinzugedachten Handlung, die also vollkommen sinnidentisch ist mit der weggedachten Unterlassung"[27]. Das ist so zumindest schief formuliert: Eine Unterlassung als Negation eines Energieeinsatzes ist keine negative Größe, sondern keine Größe, Null, und deshalb per Definition das, was weggedacht ist und deshalb nicht nochmals wegzudenken. Zudem entspricht ein Wegdenken der Substraktion, während der zur Lösung bemühte Satz von der duplex negatio für Multiplikation gilt. — Es geht überhaupt nicht um Wegdenken, sondern um Negation: Die Unterlassung als Negation einer bestimmten Handlung kann wiederum negiert werden, und das ergibt die Position[28]. Wie jedoch zur Kausalität ausgeführt wurde (oben 7/25), sind die nur-negierenden Bedingungen (d. h. Negierungen eines Etwas, nicht: ein Etwas negativer Größe, etwa Schulden) eines Erfolgs zwar im logischen Verständnis vorhanden oder gegeben, sie ereignen sich aber nicht und sind auch nicht in dem Sinn physisch oder psychisch oder geistig gegenständlich, daß sie bei der Gestaltung einer Situation (bei einem Ereignis) eingesetzt werden könnten. Negative Bedingungen in diesem Sinn scheiden deshalb aus dem strafrechtlichen Kausalzusammenhang aus. Der Begriff der negativen Bedingung mag als Abbreviatur dafür verwendet werden, daß unter der Hypothese, das Negierte sei gegeben, die Hinderung des negativ bedingten Erfolgs bedingt wäre (würde der

---

26 *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 30, 2. Teil II mit Nachweisen der mittlerweile historischen Positionen; zu diesen Positionen ferner *Nagler* GS 111 S. 1 ff, 28 ff; *Mezger* Strafrecht § 16 III.

27 *Engisch* MonSchrKrim. 1939 S. 414 ff, 426; *ders.* Kausalität S. 31; *ders.* Weltbild S. 135; *Blei* AT § 86 II; *Baumann-Weber* § 18 II 2; *Hall* Grünhut-Erinnerungsgabe S. 213 ff, 224 ff; im Ansatz auch *Jescheck* AT § 59 III 3; *Wessels* AT § 16 II 3. — Auch die Rechtsprechung operiert mit der Formel; RG 58 S. 130 ff, 131; 63 S. 392 ff, 393; 75 S. 49 ff, 50. — Differenzierend *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 57 ff: Kausalität der Unterlassung sei gegeben, aber nicht Kausalität des Unterlassenden (den man „wegdenken" könne, ohne daß dies ein rettendes Handeln ergebe); es ist aber schon bei der Begehung verfehlt, sich den Handelnden (und nicht nur die Handlung) „wegzudenken" (wohin?); zu denken ist jeweils eine andere Motivationslage.

28 So zutreffend *Spendel* JZ 1973 S. 137 ff, 139.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Unterlassende handeln, so würde er den tatbestandsmäßigen Erfolg hindern), wobei jedoch stets das Hypothetische des Kausierens zu beachten ist.

Allerdings ist es, insbesondere im Bereich sozialer Interaktion, eine Frage der Definition des Nullpunkts, was ein Ereignis ist und was nicht. Man kann alles erlaubte Verhalten als rechtlich nicht relevante Größe definieren und erhält dann jedes unerlaubte Verhalten, sei es ein Tun oder Unterlassen, als ein Ereignis, das „weggedacht" werden kann und in *diesem* System „kausal" ist[29]. So können z. B. Vertreter des sozialen Handlungsbegriffs verfahren[30]: Der Ausbruch aus dem als richtig Erwarteten ist dann ein strafrechtlich relevantes Verhalten und „kausal". Beispiel: Ob der Vater sein Kind erschlägt oder nicht füttert, jedenfalls weicht er vom Zustand der sozialen Ausgeglichenheit, also vom sozialen Nullpunkt ab. Freilich kann die so ermittelte „Kausalität" nicht zur Beschreibung des erlaubten Verhaltens benutzt werden, denn sie setzt dessen Definition voraus. Im Beispiel: Daß das Erschlagen gesetzmäßige Bedingung des Todes ist, Nicht-Füttern aber Nicht-Hindern eines schon gesetzmäßig bedingten Todes, muß mit Hilfe einer Kausalität ermittelt und als verboten oder geboten beschrieben werden, die auf das rechtlich Geregelte nicht zurückgreift. Da es kein Dogma des Inhalts gibt, jeder Täter eines vollendeten Delikts müsse für einen Erfolg kausal geworden sein, ist die skizzierte Verdoppelung der Kausalsysteme trotz ihrer widerspruchsfreien Durchführbarkeit nutzlos; die Erkenntnis, daß der Unterlassungstäter für die Verweigerung rettender Kausalität haftet, wird nur umformuliert.

17 b) Entsprechendes gilt für das Verfahren, in dem unter der Bezeichnung der Kausalität nach der Fähigkeit des Täters gefragt wird, durch Verhaltensalternativen den Status quo zu ändern. Wird eine Erfolgsdifferenz zwischen einer vollzogenen Handlung und deren Unterlassung oder zwischen einer vollzogenen Unterlassung und der hypothetischen Handlung ausgemacht, so soll „Kausalität" des wirklich vollzogenen Verhaltens gegeben sein[31]. Zum obigen Beispiel: Die Differenz zwischen dem Erschlagen und dem Nicht-Erschlagen wie zwischen dem Nicht-Füttern und dem Füttern ist jedenfalls diejenige zwischen Tod und Leben. — So konsequent diese Lösung durchführbar ist, so bringt sie jedoch keine Änderung der Erkenntnis, daß das Unterlassen nichts *positiv* bedingt; es wird nur die Fragestellung auf die Differenz zwischen einem Unterlassen und einem Handeln gerichtet. Die Antwort auf diese Frage läßt sich aber wiederum nur mit dem Begriff der Kausalität als positiver, gesetzmäßiger Bedingtheit lösen; die Änderungen bleiben im Terminologischen.

18 c) Im Ergebnis verspricht die Bildung eines Systems, in dem auch die Unterlassung als kausal bezeichnet werden kann, also keinen Gewinn, sondern nur terminologische Wirrnis. Problematisch ist nicht das Fehlen derjenigen Kausalität bei der Unterlassung, die Kennzeichen der Handlung ist, sondern die Zurechnung (durch Handeln oder Unterlassen) vermeidbarer Erfolge[32].

E. Erlaubtes Risiko, Normzweckzusammenhang

19 1. Die zur Begehung genannten Institutionen der objektiven Zurechnung sind entsprechend anzuwenden. Für das erlaubte Risiko heißt dies: Eine Situation, die ein Täter

29 Siehe *Jakobs* Studien S. 23 mit weiteren Nachweisen.

30 *E. A. Wolff* Kausalität S. 33 ff, 36 ff, 55; — der Sache nach verfährt so schon *M. E. Mayer* AT 4. Kapitel C II 3 mit suggestiven Formulierungen.

31 *Herzberg* Unterlassung S. 204 f; der Sache nach wohl auch *Maurach-Gössel* AT II § 46 Rdn. 23 ff; siehe auch *Jakobs* Studien S. 27.

32 *Welp* Vorangegangenes Tun S. 165 ff; *Schmidhäuser* AT 16/74 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 1025; *Schönke-Schröder-Stree* § 13 Rdn. 61; *Bockelmann* Eb. Schmidt-Festschrift S. 437 ff, 449 ff; *Arthur Kaufmann* Eb. Schmidt-Festschrift S. 200 ff, 214 ff; *Walder* SchwZStr. Bd. 93 (1977) S. 133 ff, 152 ff; — siehe auch *Maiwald* Kausalität S. 77 ff mit weiteren Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

handelnd erlaubt herbeiführen darf, muß er auch nicht abwenden. Beispiel: Dürfen Eltern ihre Kinder allein durch den Straßenverkehr zur Schule schicken (Tun!), müssen sie die Kinder, wenn diese sich von selbst auf den Weg machen, nicht zurückrufen oder überwachen. Für den Bereich der Garantenstellung kraft Organisationszuständigkeit (unten 29/29 ff) folgt daraus, daß eine erlaubt riskante Organisation eine Garantenstellung auf Rücknahme dieser Organisation nie auslöst. Die häufig als Beschreibung der Grenze der Garantenstellung anzutreffende Aussage, es gebe keine Pflicht eines Organisators, ubiquitäre Risiken auszuschalten, ist also auch als Beschreibung eines erlaubten Risikos formulierbar. Jedoch kann ein erlaubt riskantes (oder auch gerechtfertigtes) Verhalten Pflichten auslösen, wenn sich das Risiko zu verwirklichen droht, freilich nur für den Fall, daß — wenn auch erlaubt — ein *Sonder*risiko beansprucht wurde (dazu unten 29/39, auch 29/30).

2. Zum Normzweckzusammenhang ist zu beachten: Zur Zurechnung des Erfolgs ist erforderlich, daß die Erfolgsabwendung dem Täter durch den Vollzug der gebotenen Handlung gelungen wäre[32a]. Ansonsten bleibt es — Tatvorstellung und unmittelbares Ansetzen unterstellt (§ 22 StGB) — bei einem Versuch.

Teils findet sich die Bemerkung, die Verhinderung des Erfolgs müsse mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit möglich gewesen sein[33]. Das ist nur als prozessuale Formulierung richtig; die Lage selbst, in der eine hypothetische Rettung gelungen wäre, ist mehr als wahrscheinlich, scil. wirklich[34].

3. Verbreitet wird freilich zur Zurechnung des Erfolgs weniger verlangt als ein **20**
Gelingen der hypothetischen Rettung; schon das Unterlassen, ein Erfolgsrisiko zu mindern, soll genügen[35]. Diese Lehre ist aus den Gründen abzulehnen, die schon gegen die Zurechnung per Risikoerhöhung beim Begehungsdelikt sprechen (oben 7/98 ff)[36]. Als Begründung für das Hinreichen einer unterlassenen Risikominderung wird angeführt, ein Garant sei zum jeweils bestmöglichen Rettungsverhalten verpflichtet; wirke dieses Verhalten nicht mit Sicherheit, so hebe das die Pflicht nicht auf. — Der damit

---

32a BGH StV 1985 S. 229; NStZ 1987 S. 505; BGH bei *Holtz* MDR 1988 S. 100 f.

33 *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 18; *Jescheck* AT § 59 III 4.

34 Zutreffend *Schmidhäuser* AT 16/76. — Die Probleme sind keine anderen als beim Abbruch rettender Verläufe; ob eine Unterbrechung des Blutkreislaufs (rettender Verlauf) mit Todesfolge durch Tun erfolgt oder durch Unterlassen, ändert an der Wirklichkeit der Relation zwischen Tun und Tod oder Unterlassen und Tod nichts, nur geht es einmal um eine Kausalbeziehung, das andere Mal nicht.

35 *SK-Rudolphi* Rdn. 16 vor § 13; *Stratenwerth* AT Rdn. 1028; *ders.* Gallas-Festschrift S. 227 ff; *Maurach-Gössel* AT II § 46 Rdn. 23; *Schaffstein* Honig-Festschrift S. 169 ff, 172; *Hardwig* Zurechnung S. 162; *Kahrs* Vermeidbarkeitsprinzip S. 52; *Otto* NJW 1980 S. 417 ff; *Brammsen* MDR 1989 S. 123 ff.

36 Konsequent die Rechtsprechung des BGH: BGH 6 S. 1 ff, 2; BGH NJW 1979 S. 1258 f; StV 1985 S. 229; NJW 1987 S. 2940. — Nach *Lampe* ZStW 101 S. 3 ff, 10 ff soll die Risikominderungslehre mit dem Wortlaut von § 13 Abs. 1 StGB (Unterlassen der *Erfolgsabwendung*) unvereinbar sein. — Das meist vorgebrachte Argument, bei unterlassener Risikominderung ohne Gewißheit der Rettung sei der Verlauf nicht zurechenbar, weil es beim Unterlassungsdelikt um die Begründung von Erfolgszurechnung gehe, während die Risikoerhöhung beim Begehungsdelikt die durch Kausalität schon gegebene Erfolgszurechnung nur einschränke (*Schünemann* JA 1975 S. 435 ff, 647 ff, 655; *ders.* StV 1985 S. 229 ff, 232 f; *ders.* GA 1985 S. 341 ff, 357 f; *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 18 Fn. 24; *Jescheck* AT § 59 III 4 Fn. 26), trifft das Prinzip der Risikominderung allerdings nicht: Nach diesem Prinzip trägt bei der Begehung die Kausalität gerade nicht schon eine Erfolgszurechnung, die dann per Risikoerhöhung einzuschränken wäre, sondern die Risikoerhöhung ist das die Erfolgszurechnung begründende Merkmal selbst, wie es nach diesem Prinzip bei der Unterlassung genuin um Risikominderung und nicht um hypothetische Kausalität geht. Daß freilich die Vertreter des Risikoerhöhungsprinzips der Kausalität mehr geben, als dieser nach *ihrer eigenen* Lehre recht ist, indem sie bei Risikoerhöhung, aber *erwiesener* Nicht-Verwirklichung des Risikos auf Haftung verzichten, trifft nicht das Prinzip, sondern ist nur eine fehlerhafte Variante seines Gebrauchs.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

zutreffend bezeichnete Inhalt der Pflicht bedingt jedoch nicht die Haftung *für den Erfolg* bei einer Pflichtverletzung; denn bei nicht sicherer Wirkung ist der Täter verpflichtet, die Rettung immerhin zu versuchen, und seine Haftung für Versuch — dies freilich nur bei Vorsatz — ist fraglos[37]. Einen Ansatz von Plausibilität bezieht das Prinzip der Risikoverminderung ausschließlich von Fällen, in denen es unterlassen wird, ein hohes Risiko auf ein geringes verbleibendes Restrisiko zu reduzieren. Beispiel: Die Krankenschwester sterilisiert das Operationsbesteck nicht; eine Wundinfektion läßt sich nie ganz sicher vermeiden. Im umgekehrten Fall, beim Unterlassen einer geringfügigen Risikoreduzierung und beachtlichem Restrisiko, dürfte die Verdachtszurechnung deutlich werden. Beispiel: Die herbeigerufene Feuerwehr versucht nicht erst, das in hellen Flammen stehende Gebäude zu löschen; die Erfolgsaussichten eines Löschens sind auch nur minimal; — vollendete Sachbeschädigung am Gebäude? — Das vermeintliche Korrektiv[38] des Prinzips der Risikominderung, objektiv ex post müsse nachgewiesen werden, daß die gebotene Handlung das Risiko „tatsächlich" herabgesetzt hätte[39], ist untauglich: Der Begriff des Risikos ist ein Kind der Unwissenheit und die Unwissenheit ein Kind der Erkenntnisgrenzen; es ist unmöglich, prozessual verbindlich festzulegen, wann eine Erkenntnisgrenze angenommen werden darf (wie viele Modellversuche sind zur Bildung einer Risikostatistik nötig?); bis an prinzipielle Grenzen (die notwendigen Daten übersteigen die überhaupt verfügbare Speicherkapazität) kann jedenfalls ein Strafprozeß nicht vorangetrieben werden. Mit anderen Worten, wie das Prinzip der Risikoerhöhung bei Begehungsdelikten, so ist auch das der Risikominderung als Prinzip der Erfolgszurechnung (nicht als Prinzip der Konkretisierung des verbotenen oder gebotenen Verhaltens) nicht durchführbar, ohne Aufklärungszweifel auch *gegen* den Täter wirken zu lassen.

Allerdings wäre es möglich — wiederum parallel zur Lage bei einer Risikoerhöhung durch Handeln —, *stets* bei ausbleibender Risikominderung in *Ex-ante-Sicht* wegen Vollendung zu strafen, wenn der Erfolg eintritt. Die Betrachtung ex post hätte voll auszuscheiden; aber dabei würde die Verfälschung der Erfolgsdelikte in konkrete Gefährdungsdelikte, die um einen Erfolg als bloße Strafbarkeitsbedingung angereichert sind, evident[40]. Beispiel[41]: Ein Arzt unterläßt es pflichtwidrig, einen Patienten zu behandeln; dieser stirbt; ob die Behandlung geholfen hätte, bleibt ungeklärt; — mehr als versuchte Tötung (bei Fahrlässigkeit Straffreiheit)? — Wenn die Sicherheit der

---

37 Der sich normtreu Verhaltende versucht dann, den Erfolg *wirklich* und nicht etwa mehr oder weniger wahrscheinlich abzuwenden. Das übersieht *Stratenwerth* AT Rdn. 1026 f, wenn er ausführt, ohne die Anwendung des Prinzips der Risikominderung zur Erfolgszurechnung müsse „der Versuch, ein bedrohtes Rechtsgut zu retten, nur dann unternommen werden ... wenn am Erfolg praktisch nicht gezweifelt werden" könne; ebenso *Brammsen* MDR 1989 S. 123 ff, 125.

38 Das Erfordernis, daß der Erfolg sich gerade als „Realisierung der pflichtwidrig nicht verminderten, d. h. aber rechtswidrigen Gefahr" soll darstellen müssen (*SK-Rudolphi* Rdn. 16 vor § 13 u. a. m.), ist überhaupt nur bei Risiken anwendbar, die sich aus *verschiedenen* — und dann eben teils nicht beseitigten — *Einzel*risiken zusammensetzen (etwa das Risiko des Nahrungsmangels und das Risiko der Kälte für ein ausgesetztes Kind). Bei Risiken, die aufeinander aufbauen (etwa das überhöhte Tempo in einer Kurve von 100 oder 120 oder 140 Stundenkilometern etc.), läuft das Korrektiv darauf hinaus, daß sich der höhere Grad nur realisiert, wenn bei einer Verminderung der Erfolg *gewiß* ausgeblieben wäre. Axiologische Konsequenzen für solchermaßen zufällige Differenzen eines Sachverhalts lassen sich nicht begründen.

39 *Stratenwerth* AT Rdn. 1028; *SK-Rudolphi* Rdn. 16 vor § 13 u. a. m.

40 Im Ergebnis wie hier die überwiegende Ansicht; BGH 6 S. 1 ff, 2; 7 S. 211 ff, 214; BGH NJW 1954 S. 1047 f, 1048; *Herzberg* MDR 1971 S. 881 ff, 882; *Armin Kaufmann* Jescheck-Festschrift S. 251 ff, 257; *Jescheck* AT § 59 III 4; *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 18; *Baumann-Weber* AT § 18 II 2; *Schönke-Schröder-Stree* § 13 Rdn. 61; *Schmidhäuser* AT 16/74; *AK-Seelmann* § 13 Rdn. 61; siehe *Schünemann* JA 1975 S. 435 ff, 647 ff, 654; siehe ferner die oben zur Risikoerhöhung bei Handlung genannte Literatur (7/98 ff).

41 Nach BGH 7 S. 211 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Wirkungschance nicht nachweisbar ist, wird häufig doch sicher sein, daß Hilfe den Erfolgseintritt hinausgeschoben hätte[42]. Dann ist für Vollendung zu haften, wenn allein schon die Chance der Verzögerung die Rettungspflicht begründet. Beispiel: Da eine große Operation in der Regel nicht schon angebracht ist, um das Leben um einige (eventuell sogar in Vollnarkose verbrachte) Stunden zu verlängern, kann sich die Verletzung der Pflicht, durch eine solche Operation ein längeres Überleben zu ermöglichen, nicht objektiv zurechenbar im Verlust einer kurzen Spanne vollenden.

4. Auch die weiteren Probleme des Normzweckzusammenhangs sind parallel zur **21** Lösung bei den Begehungsdelikten zu entscheiden; insbesondere darf auch beim Unterlassungsdelikt die Risikoverwirklichung nicht durch Berücksichtigung hypothetischer Schadensverläufe ermittelt werden.

a) Bei der Unterlassung ist auf die Verwirklichung desjenigen Risikos abzustellen, **22** zu dessen Abwendung der Unterlassende verpflichtet ist. Als Beispiel kann der zur Begehung in mehreren Varianten mitgeteilte Fall eines fehlerhaften Überholmanövers im Straßenverkehr (oben 7/80 ff) mit der Maßgabe genommen werden, daß der Überholende nicht handelnd mit zu engem Seitenabstand fährt, sondern eine Korrektur des ohne seinen Einfluß rollenden Fahrzeugs unterläßt.

b) Ist die Rettung nur unmöglich, weil bei pflichtgemäßem Verhalten andere Perso- **23** nen den Erfolg zurechenbar durch einen Abbruch des rettenden Verlaufs verursachen oder durch pflichtwidriges Nicht-Weiterleiten des rettenden Verlaufs nicht abwenden würden, so bleibt die Zurechnung bestehen (siehe oben 7/93). Beispiel: Wer eine Baugrube nicht durch Lampen sichert, haftet beim Sturz eines Passanten in die Grube für die Verletzungsfolgen auch dann, wenn nicht auszuschließen oder gar gewiß ist, daß die Lampen vor dem Unfall gestohlen worden wären[43]. — Der Nachtwächter schließt pflichtwidrig das Tor nicht, das der Dieb ansonsten überklettert hätte (siehe auch unten zur Teilnahme durch Unterlassen 29/102).

Das zu beseitigende Risiko verwirklicht sich auch dann im Erfolg, wenn der Täter den realen Verlauf zum Erfolg verhindern könnte, dabei aber gleichzeitig ein konkurrierendes Risiko mit einem anderen Verlauf zum Erfolg bedingen würde. Beispiel: Wer Garant dafür ist, daß fremdes Eigentum in einem Lagerraum untergebracht wird, diese Unterbringung aber unterläßt, so daß die Sachen verderben, verwirklicht das Risiko des Verderbs der Sachen auch dann, wenn die Unterbringung zum Untergang der Sachen durch Brand im Lagerraum geführt hätte.

Fehlt eine Risikoverwirklichung, so kann die Lage trotzdem so gestaltet sein, daß bei pflichtgemäßem Verhalten der tatbestandsmäßige Erfolg vermieden worden wäre. Aber die Vornahme der Rettungshandlung könnte in diesem Fall die Erfolgsvermeidung nicht erklären (zum Begriff der Erklärung gelten die Ausführungen oben 7/74 mit der Maßgabe, daß es nicht um die Erklärung des bewirkten Schadens, sondern der unterlassenen Rettung geht). Beispiel: Hätte der Arzt pflichtgemäß operiert, so hätte er das vermeintlich kranke Organ voll intakt gefunden, aber gelegentlich der Operation die

---

42 Siehe RG 51 S. 127; BGH NStZ 1981 S. 218 f mit Anmerkung *Wolflast* aaO S. 219 f; BGH NStZ 1985 S. 26 f; kritisch *Ulsenheimer* Arzt und Krankenhaus 1982 S. 66 ff; *Ranft* JZ 1987 S. 859 ff, 863. — Soweit die Verzögerung des Erfolgseintritts überhaupt geboten ist — zur Verzögerung des Tods siehe sogleich im Text; bei Sachgütern geht es sowieso nur um Zeiträume, die reale Nutzungschancen eröffnen — ist den Vertretern der Lehre von der Risikoerhöhung einzuräumen, daß durch die Haftung für eine gegebenenfalls minimale Vorverlagerung des Erfolgs das Unrecht der Chancenminderung nicht ausgeschöpft wird.

43 *A. A.* OLG Hamm NJW 1959 S. 1551 und die wohl überwiegende Ansicht; wie hier aber *Puppe* ZStW 92 S. 863 ff, 906 f; siehe auch RG 74 S. 350 ff, 352 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

wahre Krankheitsursache versehentlich beseitigt oder aber entdeckt und zweckvoll beseitigt.

24 c) Entsprechend der Lage bei Begehung, bei der die erfolgsneutrale oder erfolgsmindernde Variation innerhalb eines identischen Risikos nicht pflichtwidrig ist (oben 7/89), besteht auch bei der Unterlassung keine Pflicht zu erfolgsneutralen (oder gar erfolgsvermehrenden) Variationen innerhalb eines identischen riskanten Verlaufs. Beispiel: Wenn der Unterlassende aus der Tatwaffe nur die erste von zwölf Patronen entfernen kann und der Täter zur Vollendung höchstens sechs Patronen braucht, ist es nicht pflichtwidrig, die Waffe mit zwölf Patronen zu belassen.

25 d) Hypothetische Erfolgsursachen sind, wiederum parallel zur Lage bei Begehung (oben 7/90 ff), auf die Risikoverwirklichung ohne Einfluß. Beispiel: Ein vom Arzt pflichtgemäß gegebenes Medikament hätte die zu behandelnde Krankheit geheilt, aber zugleich eine neue, gleichgewichtige Krankheit ausgelöst. Das vom Täter zu hindernde Risiko verwirklicht sich, wenn der Arzt die Medikamentengabe unterläßt. Anders als bei der Begehung ist eine Unterlassung aber schon bei einem hypothetisch gleichen Erfolg, selbst an einem anderen, aber gleichwertigen Gut, durch Pflichtenkollision gerechtfertigt (siehe oben zur Rechtfertigung 15/6). Im genannten Beispielsfall wäre also die Unterlassung trotz Risikoverwirklichung nicht rechtswidrig, wenn zudem die subjektive Seite der Rechtfertigung gegeben ist. — Der Irrtum über den hypothetischen Verlauf betrifft nicht den Tatbestand, sondern die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrunds. — Soweit das an sich zu rettende und das hypothetisch gefährdete Gut identisch sind, ist bei einer Lage, die mangels Erforderlichkeit keine Rechtfertigungslage ist, eine Minderung des Unrechts zum Versuchsunrecht oder zum Unrecht der abstrakten Gefährdung möglich (siehe oben zur Begehung 7/92).

III. Die objektive Zurechnung; 1. Fortsetzung: Die Garantenstellungen

Literatur

G. Arzt Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980 S. 553 ff, 647 ff, 712 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH StV 1986 S. 59 f, aaO S. 337 f; *R. Bärwinkel* Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968; *Chr. v. Bar* Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pflichten, JuS 1988 S. 169 ff; *H.-J. Behrendt* Affekt und Vorverschulden, 1983; *G. Bemmann* Zur Fragwürdigkeit der Zwangsernährung von Strafgefangenen, Klug-Festschrift S. 563 ff; *H. Blei* Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen, H. Mayer-Festschrift S. 119 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 27 S. 10 ff, JA 1977 S. 137 f; *P. Bockelmann* Betrug verübt durch Schweigen, Eb. Schmidt-Festschrift S. 437 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH NJW 1961 S. 1934 ff, aaO S. 1934 f; *A. Böhm* Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1957; *ders.* Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961 S. 177 ff; *W. Bottke* Suizid und Strafrecht, 1982; *J. Brammsen* Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986; *P. Bringewat* Selbstmord, Suizidpatient und Arztpflichten im Strafrecht, NJW 1973 S. 540 ff; *M. Bruns* AIDS, Alltag und Recht, MDR 1987 S. 353 ff; *H. Dahs* Zur strafrechtlichen Haftung des Gewässerschutzbeauftragten nach § 324 StGB, NStZ 1986 S. 97 ff; *D. Dölling* Suizid und unterlassene Hilfeleistung, NJW 1986 S. 1011 ff; *ders.* Zulässigkeit und Grenzen der Sterbehilfe, MedR 1987 S. 6 ff; *S. Dönicke* Strafrechtliche Aspekte der Katastrophenmedizin, 1987; *D. Doering* Strafrechtliche Garantenpflicht aus homosexueller Lebensgemeinschaft? MDR 1972 S. 664 f; *A. Eser* Sterbehilfe und ärztliche Verantwortung, MedR 1985 S. 6 ff; *W. Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *H. Fünfsinn* Anmerkung zu BGH StV 1985 S. 56 f, aaO S. 57 ff; *W. Gallas* Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ 1960 S. 649 ff, 686 ff; *ders.* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten unter besonderer Berücksichtigung des „verantwortlichen Bauleiters", 1964; *ders.* Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989; *F. Geerds* Kenntnisnahme vom Tatverdacht und Verfolgungspflicht, Schröder-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Gedächtnisschrift S. 389 ff; *M. Geiger* Anmerkung zu BGH JZ 1983 S. 151 ff, aaO S. 153 f; *G. Geilen* Garantenpflichten aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft, FamRZ 1961 S. 147 ff; *ders.* Stillschweigen des Angehörigen beim Mordkomplott, FamRZ 1964 S. 385 ff; *ders.* Zur Mitverantwortung des Gastwirts bei Trunkenheit am Steuer. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom vorangegangenen Tun, JZ 1965 S. 469 ff; *ders.* Anmerkung zu BayObLG JZ 1973 S. 319 f, aaO S. 320 ff; *ders.* Suizid und Mitverantwortung, JZ 1974 S. 145 ff; *Chr. Geisler* Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltrecht, NJW 1982 S. 11 ff; *K. Geppert* Die gegenwärtige Regelung der Zwangsernährung von Gefangenen, Jura 1982 S. 177 ff; *E. Göhler* Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen, Dreher-Festschrift S. 611 ff; *W. Gropp* Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Rechtsprechung, NStZ 1985 S. 97 ff; *E. Heinitz* Anmerkung zu BGH JR 1955 S. 104 f, aaO S. 105 f; *M. Henke* Anmerkung zu OLG Stuttgart NJW 1984 S. 2879 f, NStZ 1985 S. 124 f; *H. Henkel* Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten, MonSchrKrim. 1961 S. 178 ff; *R. D. Herzberg* Garantenpflichten auf Grund gerechtfertigten Vorverhaltens — BGH, NJW 1970, 2252, JuS 1971 S. 74 ff; *ders.* Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *ders.* Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, dargestellt am Beispiel des Gefangenensuizids und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Vollzugsbediensteten, ZStW 91 S. 557 ff; *ders.* Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984; *ders.* Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt, JA 1985 S. 131 ff, 177 ff, 265 ff, 336 ff; *ders.* Zur Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, JZ 1986 S. 986 ff; *Th. Hillenkamp* Beweisnot und materielles Recht, Wassermann-Festschrift S. 861 ff; *ders.* Anmerkung zu BayObLG JR 1988 S. 299 ff, aaO S. 301 ff; *H. J. Hirsch* Ehre und Beleidigung, 1967; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1979 S. 429, aaO S. 429 ff; *E. Horn* Anmerkung zu BayObLG JR 1979 S. 289 ff, aaO S. 291 ff; *ders.* Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden, NJW 1981 S. 1 ff; *Y. Hsü* Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten, 1986; *H. Hüwels* Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung, 1986; *U. Iburg* Zur Unterlassungstäterschaft im Abfallstrafrecht bei „wilden" Müllablagerungen, NJW 1988 S. 2338 ff; *B. Immel* Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, 1987; *G. Jakobs* Literaturbericht, ZStW 91 S. 637 ff; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *R. Keller* Anmerkung zu OLG Frankfurt JR 1988 S. 168 ff, aaO S. 172 ff; *D. Kienapfel* Die Garantenpflichten (§ 2 StGB): System, Voraussetzungen und Grenzen, JurBl. 1975 S. 13 ff; *M. Köhler* Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; *H. Konrad* Probleme der eheähnlichen Gemeinschaft im Strafrecht, 1986; *F.-W. Krause* Erfüllt die Nichtverfolgung durch den Staatsanwalt bei privat erlangter Kenntnis den Tatbestand des § 346 StGB? GA 1964 S. 110 ff; *ders.* Verfolgungspflicht bei privater Kenntnis und Strafvereitelung im Amt, JZ 1984 S. 548 ff; *A. Kreuzer* Anmerkung zu BGH JR 1984 S. 293 f, aaO S. 294 ff; *K. F. Kugler* Ingerenz und Selbstverantwortung, Diss. Bochum 1972; *H.-H. Kühne* Strafrechtliche Aspekte der Suicid-Abwendung in Strafanstalten, NJW 1965 S. 671 ff; *R. Kusch* Die Strafbarkeit von Vollzugsbediensteten bei fehlgeschlagenen Lockerungen, NStZ 1985 S. 385 ff; *K. Kutzer* Strafrechtliche Überlegungen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten und zur Zulässigkeit der Sterbehilfe, MDR 1985 S. 710 ff; *C. Landscheidt* Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, 1985; *H. Lilie* Anmerkung zu BGH NStZ 1983 S. 313 f, aaO S. 314 f; *H.-D. Lippert* Rechtsprobleme bei der Durchführung von Notarzt- und Rettungsdienst, NJW 1982 S. 2089 ff; *ders.* Die Stellung des Notarztes bei der Durchführung von Rettungs- und Notarztdienst, MedR 1984 S. 41 ff; *H.-J. Lütt* Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung, 1988; *M. Maiwald* Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, JuS 1981 S. 473 ff; *V. Meinberg* Amtsträgerstrafbarkeit bei Umweltbehörden, NJW 1986 S. 2220 ff; *J.-E. Meyer* Zur ärztlichen Verantwortung bei der Verhinderung eines Suizids aus psychiatrischer Sicht, MedR 1985 S. 210 ff; *Möhrenschlager* Anmerkung zu LG Bremen NStZ 1982 S. 164 f, aaO S. 165 f; *W. Naucke* Anmerkung zu BGH JR 1977 S. 289, aaO S. 290 ff; *U. Neumann* Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des „Opfers", JA 1987 S. 244 ff; *E. Nickel* Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz ‚nullum crimen sine lege, 1972; *P. Nitze* Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), 1989; *W. Nöldeke* und *St. Weichbrodt* Hungerstreik und Zwangsernährung, NStZ 1981 S. 281 ff; *H. Ostendorf* Das

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Recht zum Hungerstreik, 1983; *ders.* Das Recht zum Hungerstreik, GA 1984 S. 308 ff; *H. Otto* Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung, NJW 1974 S. 528 ff; *ders.* Anmerkung zu BayObLG JZ 1987 S. 826 ff, aaO S. 828 ff; *ders.* und *J. Brammsen* Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassung, Jura 1985 S. 530 ff, 592 ff, 646 ff; *K. Pfleiderer* Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, 1968; *O. Ranft* Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten, JZ 1987 S. 859 ff, 908 ff; *R. Rengier* Kündigungsbetrug des Vermieters durch Tun und Unterlassen bei vorgetäuschtem Eigenbedarf — BayObLG NJW 1987, 1654, JuS 1989 S. 802 ff; *K. Rogall* Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG), ZStW 98 S. 573 ff; *C. Roxin* Täterschaft und Tatherrschaft, 5. Auflage 1989; *ders.* Die Mitwirkung beim Suizid — ein Tötungsdelikt? Dreher-Festschrift S. 331 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH NStZ 1985 S. 319 f, aaO S. 320 f; *H. -J. Rudolphi* Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1974 S. 159 f, aaO S. 160 f; *ders.* Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerverunreinigungen, Dünnebier-Festschrift S. 561 ff; *ders.* Häusliche Gemeinschaft als Entstehungsgrund für Garantenstellungen? NStZ 1984 S. 149 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH StV 1982 S. 516 f und S. 517 f, aaO S. 518 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1987 S. 335 f, aaO S. 336 ff; *E. Samson* Zur Strafbarkeit der klinischen Arzneimittelprüfung, NJW 1978 S. 1182 ff; *Chr. Sangenstedt* Garantenstellung und Garantenpflicht vom Amtsträgern, 1989; *C. P. Schmidt* Die strafrechtliche Verantwortung Betriebsangehöriger für Arbeitsunfälle, 1986; *R. Schmitt* Der Arzt und sein lebensmüder Patient, JZ 1984 S. 866 ff; *ders.* Ärztliche Entscheidung zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht, JZ 1985 S. 365 ff; *W. Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1974; *H. Schröder* Eigenhändige und Sonderdelikte bei Fahrlässigkeitstatbeständen, v. Weber-Festschrift S. 233 ff; *M. Schubarth* Zur strafrechtlichen Haftung des Geschäftsherrn, SchwZStr. 92 (1976) S. 370 ff; *B. Schünemann* Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971; *ders.* Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, GA 1974 S. 231 ff; *ders.* Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; *ders.* Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96 S. 287 ff; *ders.* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985 S. 341 ff, GA 1986 S. 293 ff; *ders.* Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Gewässerstrafrecht, wistra 1986 S. 235 ff; *N. Schultz* Amtswalterunterlassen, 1984; *ders.* Aufhebung von Garantenstellungen und Beteiligung durch Unterlassen — BGH NJW 1984, 2639, JuS 1985 S. 270 ff; *K. Seelmann* Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik, GA 1989 S. 241 ff; *J. Seier* Kündigungsbetrug durch Verschweigen des Wegfalls von Eigenbedarf, NJW 1988 S. 1617 ff; *U. Sieber* Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der „passiven" Gesprächsteilnahme, JZ 1983 S. 431 ff; *C. Sowada* Strafbares Unterlassen des behandelnden Arztes, der seinen Patienten nach einem Selbstmordversuch bewußtlos auffindet? Jura 1985 S. 75 ff; *W. Stree* Garantenstellung kraft Übernahme, H. Mayer-Festschrift S. 145 ff; *ders.* Ingerenzprobleme, Klug-Festschrift S. 395 ff; *ders.* Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung — BGH St. 32, 262 und BGH NStZ 1984, 452, JuS 1985 S. 179 ff; *G. Timpe* Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *H. Tröndle* Zwangsernährung und Rechtsstaat, Kleinknecht-Festschrift S. 411 ff; *P. Ullrich* Strafrechtlich sanktionierte Hilfeleistungspflichten in der Schweiz, 1980; *H. J. Ulrich* Unterlassene Hilfeleistung des Arztes gegenüber einem behandlungsunwilligen Patienten? MedR 1983 S. 137 ff; *P. Ulmer* Die deliktische Haftung aus der Übernahme von Handlungspflichten, JZ 1969 S. 163 ff; *H. Wagner* Amtsverbrechen, 1975; *J. Wagner* Selbstmord und Selbstmordverhinderung, 1975; *U. Weber* Garantenstellung kraft Sachherrschaft? Oehler-Festschrift S. 83 ff; *ders.* Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Bürgermeistern und leitenden Verwaltungsangestellten im Umweltrecht, 1988; *J. Welp* Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; *H. Welzel* Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1958 S. 494 ff; *ders.* Anmerkung zu OLG Karlsruhe JZ 1960 S. 178 f, aaO S. 179 f; *W. Winkelbauer* Die strafrechtliche Verantwortung von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, NStZ 1986 S. 149 ff; *E. A. Wolff* Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965; *D. Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

A. Überblick

26 1. Täter eines Unterlassungsdelikts kann nur der Träger einer *Einstandspflicht* (Garantenpflicht) sein. Die Bestimmung des Garanten ist eine der schwierigsten Aufgaben der Dogmatik des AT. Da das Gesetz selbst unbestimmt ist, ist die Absicherung der Garantenpflicht im System der Zurechnung für die Bestimmung des Haftungsgrunds und der Haftungsgrenzen unerläßlich. Geläufig ist die Orientierung an der Quelle der Pflichten (formelle Rechtspflichtlehre, Rechtsquellenlehre, besser: genetische Betrachtung)[44, 45], wobei in der Regel Gesetz, Vertrag, vorangegangenes Tun (Ingerenz, i.e. das aufdrängende Hineintragen gefährlicher Verläufe in einen fremden Organisationskreis) und enge Lebensgemeinschaft genannt werden[46]. Da das Gesetz ein *rechtliches* Einstehenmüssen verlangt, muß die Quelle rechtliche — und nicht etwa „nur" sittliche — Pflichten spenden[47]. Da es weiterhin um begehungsgleiche Unterlassungsdelikte geht, muß die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten vom Gewicht der Rechtspflicht zum Unterlassen bei den Begehungsdelikten sein; deshalb scheiden insbesondere die Rechtspflichten nach den §§ 138, 323 c StGB als Garantenpflichten aus[48]. Beispiel: Wer im Wald ein verirrtes Kind findet und ihm nicht hilft, haftet nur nach § 323 c StGB, nicht aber nach den §§ 223 ff, 211 ff, 13 StGB. — Die Rechtsquellenlehre bringt kaum mehr als einen mnemotechnischen Ertrag.

27 2. Eine neuere Funktionenlehre ordnet die Garantenpflichten nach ihrem Inhalt: Ein Teil der Pflichten dient der Verteidigung eines bestimmten Guts gegen bestandsgefährdende Vorgänge (Beschützergarantenpflicht, Obhutsgarantenpflicht), ein Teil der Überwachung einer bestimmten Gefahrenquelle zugunsten aller potentiell betroffenen Güter (Überwachergarantenpflicht, Sicherungspflicht)[49]. Diese Ordnung ersetzt nicht die Herleitung aus einem Rechtsgrund, sondern setzt diese voraus[50], präzisiert aber die Pflicht insoweit, als an die Stelle einer in der Richtung diffusen Garantenpflicht eine bestimmt ausgerichtete Pflicht des Garanten tritt. Beispiel: Wenn ein Ehegatte für den anderen Beschützergarant ist, folgt daraus nichts für eine Überwachungspflicht zugunsten dritter Personen, wenn der andere — zurechenbar oder nicht — diese gefährdet[51]. Mit dieser Präzisierung des Leistungsinhalts ist der Ertrag der Funktionenlehre aber auch schon ausgeschöpft[52]. Insbesondere lassen sich keine systematischen Konsequenzen an einer Unterscheidung von Beschützergaranten und Überwachergaranten festmachen, da die identische Aufgabe regelmäßig als Beschützeraufgabe sowie als Überwacheraufgabe formulierbar ist: Der Schutz für eine Person ist Überwachung der ihr drohenden Gefahren zu ihren Gunsten und die Überwachung einer Gefahrenquelle ist Schutz für die jeweils Gefährdeten. Beispielhaft: Ist der Bademeister Beschützer der Gäste vor den Gefahren des Wassers oder Überwacher dieser Gefahr? Relevant ist

---

44 Um eine formelle Rechtspflichtlehre handelt es sich nur, solange es um die Entstehung einer Pflicht aus Gesetz oder Vertrag geht; die Ergänzung dieser Entstehungsgründe um nicht förmliche Rechtsquellen, scil. Ingerenz und enge Lebensgemeinschaft, beseitigt die strenge Bindung der unechten Unterlassung an außerstrafrechtliche förmliche Rechtspflichten.

45 BGH 2 S. 150 ff, 153; 19 S. 167 ff, 168; *Baumann-Weber* AT § 18 II 3 c β; *Dreher-Tröndle* § 13 Rdn. 5 f; *Lackner* § 13 Anm. 3 a u. a. m.

46 Enger aber *Stratenwerth* AT Rdn. 989 ff; *Blei* H. Mayer-Festschrift S. 119 ff, 133 ff, 142 f.

47 Zur Rechtsprechung vor § 13 StGB n. F. siehe BGH 7 S. 268 ff, 271.

48 Statt aller *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 285 f.

49 So zuerst *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 283 ff; ferner *Schönke-Schröder-Stree* § 13 Rdn. 9; *Schmidhäuser* AT 16/39 f; *ders.* Studienbuch 12/22; *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 24 f, *Henkel* MonSchrKrim. 1961 S. 178 ff, 189 ff; *Hruschka* JuS 1979 S. 385 ff; *ders.* AT S. 119.

50 *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 19; *Maurach-Gössel* AT II § 46 II C 1 a.

51 BGH 19 S. 295 ff, 297; OLG Stuttgart NJW 1986 S. 1767 ff, 1768 mit Besprechung *Ranft* JZ 1987 S. 908 ff, 909 ff; anders noch BGH 6 S. 322 ff.

52 *Geilen* AT § 44 I 3 b und c; *Roxin* Täterschaft S. 659 f; noch skeptischer *AK-Seelmann* § 13 Rdn. 35. — Dezidiert *a. A.* („ganze Bedeutung bisher noch keineswegs voll gewürdigt") *Hruschka* AT S. 119.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

allein die Festlegung des Schutzzwecks, also daß er personell beschränkt (kein Garant für Badende außerhalb der Anstalt) *und* nur für beschränkte Gefahren haftet (kein Garant zur Vermeidung von Hitzschlägen etc.).

28 3. Nach der Begründung, die oben 28/13 ff für die Notwendigkeit von Garantenpflichten bei den Unterlassungsdelikten gegeben wurde, ist eine Systematisierung der Garantenpflichten material nach dem Haftungsgrund schon vorgezeichnet[53]: Es geht

---

53 Die Lösungsvorschläge zum Haftungsgrund sind mittlerweile unübersehbar detailliert. — Signifikante Beispiele:
(1) Eine Materialisierung der Kausalität hin zu einem „Bewirken" versucht *E. A. Wolff;* „Bewirken" soll das freie Abweichen von einem als normal definierten Verhaltensstandard sein; was ein Abhängiger an Hilfe bedarf, wird als ihm gehörig definiert, es „gehört zu einem normalen, bestimmungsgemäßen Leben und ist nicht eine besondere ‚Vergünstigung'" (Kausalität S. 37).
(2) *Schünemann* sieht in Parallele zum Begehungs-Erfolgsdelikt den Haftungsgrund in der „Herrschaft über den Grund des Erfolges" und konkretisiert dieses Verhältnis durch die „Herrschaft über die wesentliche Erfolgsursache" und die „Herrschaft über die Hilflosigkeit des Opfers" (Grund und Grenzen S. 229 ff, 236, 241; *ders.* GA 1974 S. 231 ff, 234; *ders.* Unternehmenskriminalität S. 87 ff; siehe auch *ders.* ZStW 96 S. 287 ff, 304 ff; *ders.* GA 1985 S. 341 ff, 374 ff); wichtigste Konsequenz ist, daß die Ingerenz mangels aktueller Herrschaft keinen Haftungsgrund mehr abgibt (ebenso *Sangenstedt* Garantenstellung S. 318 ff). Der Begriff der aktuellen Herrschaft dürfte jedoch bei Unterlassungen (aktuell geschieht nichts) stets nur mit Modifikationen gegenüber der Begehung zu gebrauchen sein. Zudem wird bei dieser Lösung das Material, das zu systematisieren ist, verkürzt: Aktuelle Herrschaft ist schon bei der Begehung nicht der einzige Haftungsgrund, nämlich nicht bei den Pflichtdelikten. Auch gilt es nicht, den Begehungsdelikten die Unterlassung abzukopieren, sondern Begehung und ebenso originär wie Begehung gedachte Unterlassung zu systematisieren (zutreffend kritisch *Herzberg* Unterlassung S. 189 ff, 192 f; *Maiwald* JuS 1981 S. 473 ff, 480; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 69 ff).
(3) *Welp* sieht bei den Begehungsdelikten den Haftungsgrund in einem durch finale Initiative (Täterposition) überspielten Vertrauen eines wegen des Vertrauens gegen Einwirkungen anfälligen Guts (Opferposition) (Vorangegangenes Tun S. 171 ff); bei Unterlassungen sucht *Welp* Bedingungen nachzuweisen, bei denen das „durch finale Initiative überspielte Vertrauensverhältnis" (aaO S. 177) gleichfalls anzutreffen ist. *Welp* findet diese Bedingungen in Vorhandlungen des Täters, die adäquat, wenn auch als rechtmäßige Risikohandlungen oder als schuldlose Handlungen (Folge der Verkehrsteilnahme des Schuldlosen, aaO S. 192), einen Erfolg bedingen. Der Erfolg soll in diesen Fällen Werk des Täters an einem anfälligen und in seinem Vertrauen schutzbedürftigen Opfer sein. Die Zuordnung zum Täter erfolgt bei rechtswidrigem Vorverhalten wegen der Verhaltensart und bei rechtmäßigem Vorverhalten wegen der Pflicht des Opfers zur Hinnahme dieses Verhaltens; diese Pflicht könne nur bei einer komplementären Rettungspflicht begründet werden; andernfalls werde das rechtliche Ziel nicht erreicht, Handlungsfreiheit und Gutsintegrität in ein „‚kompossibles Maximum" zu bringen (aaO S. 224). — Siehe auch unten 29/39 ff.
(4) Das bedeutendste Konzept, das ohne institutionelle Pflichten auskommen soll, stammt von *Gallas,* Studien S. 67 ff, 91 ff. Grund dafür ist — neben einer weiten Deutung der Übernahme, insbesondere der durch Übernahme begründeten Pflichten der Polizei (S. 83 f) — die Vermutung, es gehe außerhalb der Fälle von Organisationszuständigkeit um Näheverhältnisse (statt um Institutionen), und bei den Näheverhältnissen würden *moralische* Pflichten vorschnell rechtlich unterfangen. Aber nicht die Nähe entscheidet: Menschen organisieren nicht nur die Welt um, sondern leben in einer schon gestalteten Welt, wobei die dauerhafte Gestaltung der gesellschaftlichen Welt durch Institutionen erfolgt. Anders formuliert, der Schutz des Chancenbestands ist nur der negative Aspekt von Gesellschaft (*nicht* verletzen); die *gemeinsame* Welt, die Gesellschaft auch ist, bleibt bei *Gallas* ohne strafrechtliche Garantie (abgesehen von — unter seinem Aspekt — einer Inkonsequenz zum Verhältnis zwischen Eltern und Kind, S. 92).
(5) An dem „Wertungssachverhalt der sozialen Rolle im Garantieverhältnis" orientiert sich *Bärwinkel,* wobei freilich nicht jede Erwartung an einen Rollenträger genügen soll, sondern nur eine Erwartung, die als „für ein gedeihliches Gemeinschaftsleben unbedingt notwendig i. S. einer besonderen Dringlichkeit" durchgehalten werden muß (Struktur S. 91 ff, 104 ff).
(6) *Pfleiderer* will die Garantenpflichten nicht im Vergleich mit der Lage bei Begehungsdelikten entwickeln, vielmehr in einem „analogistischen Verfahren" (Garantenstellung S. 126) von sogenannten Grundfällen abziehen; Grundfälle sollen Fälle allgemein anerkannter *Unterlassungs*haftung sein (siehe auch *Schmidhäuser* AT 16/52 ff; *Henkel* MonSchrKrim. 1961 S. 178 ff, 189 ff). Als Grundfälle zu dem üblicherweise als Ingerenz bezeichneten Bereich nennt *Pfleiderer* „Befreiung eines . . . Eingeschlossenen" (aaO S. 130), „Ver-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

einerseits parallel den Begehungs-Herrschaftsdelikten um die Verantwortlichkeit für die Gestaltung eines Organisationskreises und andererseits parallel den Begehungs-Pflichtdelikten um die Pflicht zur zuwendenden Leistung an einen anderen. Die Garantenpflichten der ersten Gruppe heißen nachfolgend *Pflichten kraft Organisationszuständigkeit,* diejenigen der zweiten Gruppe *Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit*[53a].

Die förmliche Rechtsquelle ist bei dieser Einteilung nebensächlich. Insbesondere schafft ein Gesetz nicht ex nihilo eine Garantenstellung, sondern kann allenfalls die Grenzen einer Organisationszuständigkeit oder einer Institution klären[54]. So sind z. B. die zumeist genannten Gesetze für Garantenpflichten, scil. die §§ 1353 ff BGB für die Fürsorgepflicht der Ehegatten untereinander und § 1626 Abs. 1 BGB für die Fürsorgepflicht der Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern, nicht in dem Sinn für die genannten Pflichten konstitutiv, daß ohne die genannten Normen des positiven Rechts eine Pflicht entfiele. Hätte der Gesetzgeber diese Pflichten als selbstverständliche Pflichten nicht positiviert, wohl aber die Institutionen Ehe und Eltern-Kind-Verhältnis anerkannt, so würde das Manko an Positivierung die Garantenstellung nicht beeinträchtigen. Zudem läßt sich nur mit einem materialen Prinzip klären, ob eine gesetzliche Pflicht eine Garantenpflicht oder aber eine schwächere Pflicht ist (bedeutsam insbesondere für die allesamt zumindest rahmenmäßig gesetzlich geregelten Amtspflichten).

---

trieb gesundheitsschädlicher Lebens- oder Arzneimittel" (aaO S. 133) u. a. m. Diese Methode dürfte zumindest als Methode der Absicherung anderweit gewonnener Ergebnisse weit verbreitet sein; wenn nicht sogar als Methode der Gewinnung von Pflichten, denen dann ein System aufgepropft wird. Siehe dazu die Darstellung bei *Schünemann* Grund und Grenzen S. 79 ff.

(7) Nach *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 103 ff, 105, 113 ff (abgeschwächt auch *Brammsen* und *Otto* Jura 1985 S. 530 ff, 536) sollen Garantenpflichten auf „besonderen Verhaltenserwartungen, nach außen erkennbar als Überantwortung eines besonderen sozialen Einflußbereiches" beruhen. „Entscheidend ist, daß der Unterlassende die an seinen besonderen sozialen Einflußbereich gerichtete und seine soziale Position mitberücksichtigende Handlungserwartung nicht befolgt hat, obwohl er wußte, daß andere Personen sich in ihrem Verhalten an seinem als sicher erwarteten erfolgsvermeidenden Tun orientieren und es als determinierten Faktor in ihrem Alltagsleben berücksichtigt haben" (Entstehungsvoraussetzungen S. 123; dagegen *Sangenstedt* Garantenstellung S. 334 f). So leitet man freilich Garantenstellungen nicht her, sondern beschreibt sie und auch das nur unvollkommen; die Ingerenzhaftung muß mangels „sozialer Position" des Ingerenten als Begehungshaftung definiert werden (Entstehungsvoraussetzungen S. 284 ff). Folglich erschöpft sich die Konkretisierung dieser Theorie in einer begriffsjuristisch (nach den Klassenbegriffen Beschützer- und Überwachergarant) geordneten Aufzählung vorkommender Garantenstellungen (Entstehungsvoraussetzungen S. 149 bis 283), ohne sich den Prinzipien, nach denen erwartet wird, zu nähern. Daß mit dem skizzierten Verfahren „außerrechtliche Pflichtenpositionen" (Entstehungsvoraussetzungen S. 114) ermittelt und ins Rechtliche transformiert würden, ist eine Illusion; denn die Erwartungen sind von ihrer rechtlichen Stütze nicht trennbar. Was wären, ohne rechtliches Band gedacht, etwa Ehe, Polizei, Justiz etc.?

(8) Wie hier *Timpe* Strafmilderungen S. 171 ff, 188 ff; *Hüwels* Gesetzesvollzug S. 121 ff; ähnlich *AK-Seelmann* § 13 Rdn. 50, 98 ff; *Seelmann* GA 1989 S. 241 ff, 253, 256; kritisch *Sangenstedt* Garantenstellung S. 347 ff.

[53a] Garantenstellungen gehen beim *Erbfall* nicht über. Aber wohl kann der *Antritt* (oder auch die vorläufige Verwaltung) einer Erbschaft wie jede andere Beanspruchung einer Organisation Garantenstellungen kraft Organisationszuständigkeit entstehen lassen. — Soweit ehemals staatliche Herrschaft erblich war, wurden auch die daran gebundenen institutionellen Pflichten vererbt.

[54] *Stratenwerth* AT Rdn. 996. — Deshalb sind z. B. die Pflichten aus §§ 16 ff, 32 ff PStG nicht sämtlich Garantenpflichten im Rahmen von § 169 StGB (*a. A. Maurach-Gössel* AT II § 46 Rdn. 78). Während die Pflichten nach den §§ 18, 34 PStG als Garantenpflichten aus Organisationszuständigkeit verstanden werden können, sind die Anzeigepflichten (bei Geburt) für Hebamme, Arzt und (bei Geburt und Tod) dritte Personen weder per Organisation noch institutionell zu begründen und damit Jedermannspflichten ohne begehungsgleiches Gewicht. — Die Pflichten aus § 60 Abs. 1 SGB I sollen nach OLG Koblenz NJW 1984 S. 1979 f Garantenpflichten sein. — Zu den Garantenpflichten im Rahmen von § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO zutreffend *Lütt* Handlungsunrecht S. 96 ff. — Zu den §§ 56, 101 StVollzG siehe unten 29/75.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Freilich wäre es verfehlt, die Garantenpflichten ohne Blick auf die normative Lage bestimmen zu wollen. Die strafrechtlich relevante Wirklichkeit ist ohne Berücksichtigung der rechtlichen Gestaltung nicht auszumachen. So ist z. B. der häufig gezogene Schluß von der Garantenpflicht aus Ehe auf eine vermeintliche Garantenpflicht aus anderen Intimgruppierungen verfehlt, da er von der rechtlichen Anerkennung des Verhältnisses abstrahiert, dem die Erwartung einer Hilfe entspringt (unten 29/66).

B. Die Pflichten kraft Organisationszuständigkeit

1. Die Sicherungspflichten bei Verkehrspflichten und Ingerenz

a) Die Begründung der Pflichten

29 aa) Es wurde schon ausgeführt, daß die Haftung für Handlungen nur ein Fall von mehreren möglichen Fällen der Haftung für Auswirkungen eines Organisationskreises ist (oben 28/14). Dieser Organisationskreis kann außer über Handlungen — Handlungshaftung ist Haftung für die Verletzung der Verkehrssicherung des psychophysischen Apparats[54a] — auch über sächliche Entfaltungsmittel definiert werden; das führt zu den *Verkehrspflichten*, etwa den Pflichten zur Sicherung vor Gefahren von Gegenständen oder betrieblichen Unternehmungen etc. Der Organisationskreis kann ferner über schon vollzogenes Verhalten definiert werden, und zwar über vorangegangenes Tun wie über Unterlassen: Die potentiellen Wirkungen des abgeschlossenen Verhaltens bestimmen dann den Umfang der Organisationszuständigkeit; das führt zu den Pflichten aus *Ingerenz* (vorangegangenes Tun).

30 bb) Die Verkehrspflichten wie diejenigen aus Ingerenz gehen zunächst (aber nicht nur) auf *Sicherung* einer Gefahrenquelle, d. h. der Verpflichtete hat dafür zu sorgen, daß sein Organisationskreis keine schädlichen Außenwirkungen hat. Grund der Pflichten ist insoweit die Zuständigkeit des Organisators für die innere Organisation unter Ausschluß der Zuständigkeit der in ihren Gütern bedrohten Personen. Die Pflicht ist wegen der konkurrenzlosen Zuständigkeit des Inhabers des Organisationskreises vom Verhalten dessen, der durch die Gefahr bedroht wird, unabhängig; insbesondere wird die Pflicht nicht dadurch aufgehoben, daß das spätere Opfer sich seinerseits zurechenbar schadensgeneigt verhält. Beispiele: Der Autofahrer muß auch Radfahrern ausweichen, die infolge Trunkenheit in Richtung auf das Auto torkeln. — Der Abbruchunternehmer muß die Tätigkeit seiner Arbeiter beim Einreißen einer Mauer auch dann

---

[54a] Bei Kommunikationen tritt an die Stelle der Handlungen die Mitteilung als Information. Diese Mitteilung wird häufig durch eine Handlung erzeugt werden, aber je nach dem Kommunikationszusammenhang, auf den sich die Teilnehmer eingelassen haben, kann auch Schweigen oder schweigende, aber offenbar aufmerksame Kenntnisnahme etc. eine Mitteilung sein. Das führt zu einer Verkehrssicherungspflicht für das eigene kommunikative Verhalten als Pflicht zur Vermeidung von Delikten durch diejenigen Kommunikationen, auf die man sich eingelassen hat oder nach den sozialen Regeln hat einlassen müssen (das heißt, die zur eigenen Organisation gehören). Beispiel: Ein Rechtsanwalt wird von einem Gesprächspartner zur Unterstützung bei einem Gespräch mit dem anderen Partner gebeten und zu Beginn des Gesprächs diesem mit der bezeichneten Funktion vorgestellt; bei dem Gespräch erpreßt der eine den anderen Partner zur Überraschung des Rechtsanwalts, der schweigend, aber aufmerksam dabeisitzt: *Wenn* dieses Verhalten den Erfolg bedingt hat (durch Stärkung des Erpressers oder durch Einschüchterung des Opfers), so haftet der Rechtsanwalt als Beteiligter; sehr streitig, für Begehung BGH StV 1982 S. 517 f mit Besprechung *Sieber* JZ 1983 S. 431 ff; für Unterlassung, aber eine Garantenstellung verneinend, *Rudolphi* StV 1983 S. 518 ff; *SK-Rudolphi* Rdn. 7 vor § 13; *Ranft* JZ 1987 S. 431 ff. — In den Beschlüssen BGH StV 1982 S. 516 und aaO S. 516 f (dazu *Ranft* aaO S. 861) waren die Personen nicht auf die deliktische Bedeutung ihres kommunikativen Verhaltens festgelegt. Haben die jeweiligen Täter es aber so verstanden, ist das *ihre*, nicht aber eine objektiv gültige Interpretation.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

stoppen, wenn Personen gefährdet sind, die eine ordnungsgemäße Absperrung mißachtet haben. — Die Pflicht ist auch davon unabhängig, ob die Sicherung planvoll oder im Einzelfall nur durch Zufall möglich ist. So muß z. B. der Hauseigentümer sein Dach auch dann vor herabfallenden Ziegeln sichern, wenn sich ihm die Notwendigkeit hierzu nur zufällig zeigt und es ohne diese zufällige Offenbarung an einem zurechenbaren Verhalten gefehlt hätte. Der Fahrer eines Autos, dessen Bremsen überraschend versagen, muß das Fahrzeug so lenken, daß es ausrollen kann, ohne Schaden anzurichten.

Die Pflicht endet — wie die Unterlassungspflicht der Begehungsdelikte —, wenn es um sozialadäquate Beziehungen des Organisationskreises geht, die einen anderen zu schädigen drohen (siehe oben 29/19). Es ist nicht mehr Inhalt der Sicherungspflichten, einem seinerseits erfolgsbezogenen organisierten oder von dritter Seite bedrohten fremden Organisationskreis solidarisch zu helfen. Niemand muß also für einen rettenden Output seines Organisationskreises sorgen oder einen sozialadäquaten Output verhindern, nur weil dies anderen Personen nutzt. Beispiele: Wenn das Laub eines ortsüblichen Baums die Ansaugvorrichtung der Klimaanlage beim Nachbarn zu verstopfen droht, ist der Grundstückseigentümer trotzdem nicht bei Strafe aus § 303 StGB gehalten, das Herumfliegen von Laub zu verhindern. — Wer weiß, daß die Mörder seines Nachbarn sich über das eigene Grundstück anschleichen wollen, beteiligt sich nicht an der Tötung dadurch, daß er die Tür zu seinem Grundstück nicht schließt (Unterlassung)[55] oder auch öffnet (Handlung); er haftet aber wegen Verletzung der Mindestsolidarität nach § 323 c StGB. — Wohl aber bestehen Sicherungspflichten, soweit das Sicherungspotential ausgeschaltet wird, auf das der Inhaber eines fremden Organisationskreises einen Anspruch hat. Beispiel: Wer eine Grube so sichern muß, daß Passanten nicht hineinfallen, ist, was den Notarzt als Passanten angeht, auch zugunsten von dessen Patienten sicherungspflichtig. Die Lage ist nicht anders als beim Abbruch rettender Verläufe durch eine Handlung. — Zu den Pflichten bei Aussagen, insbesondere beim prozessualen Vortrag, siehe unten 29/Fn. 92 a.

cc) Die Ingerenz geht im Bereich der Sicherungspflichten in den Verkehrspflichten **31**
auf[56]: Das Vorverhalten ist ein Gefahr auslösender Organisationsakt, der den Inhaber des gefährlich gewordenen Organisationskreises zur Sicherung verpflichtet[57]. Für einen Organisationskreis zuständig ist der zur Gestaltung und damit zum Ausschluß anderer Personen Berechtigte. Diese Position wird in der Regel durch eine Handlung erreicht (Bau und Eröffnung einer Straße; Kauf oder Errichtung eines Hauses; Schaffung eines Marktmonopols; Okkupation eines herrenlosen Tiers etc.), in Einzelfällen aber auch durch eine Unterlassung (Unterlassung, die Erbschaft auszuschlagen; Un-

55 *Frisch* Verhalten S. 245 ff; im Ergebnis *a. A. Roxin* Täterschaft und Tatherrschaft S. 485 ff, der hier eine Beihilfe ohne Garantenpflicht annehmen will. *Roxins* Entscheidung beruht auf dem Gedanken des Rechtsmißbrauchs (aaO S. 486 f); damit wird jedoch die rechtlich relevante Solidaritätsgrenze von § 323 c StGB aufgelöst, obgleich diese Vorschrift das *allgemeine* Verhältnis (d. h. das Verhältnis ohne Sonderpflichten) von Freiheit und Solidarität fixiert. Wird das Beispiel vom Totschlagsfall zum Fall mäßiger Sachbeschädigung reduziert, dürfte die Verletzung der Grenzen des § 323 c StGB deutlich werden.

56 Sehr streitig; für Trennung der Pflichten, jedoch ohne exakte Kriterien dafür anzugeben, *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 35; *Kugler* Ingerenz S. 147 ff; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 68; *Otto* NJW 1974 S. 528 ff, 532; — Ingerenz überhaupt verwerfend: *Schünemann* Grund und Grenzen S. 284 ff. — Für Identität der Pflichten, freilich unter zu starker Bindung der Verkehrspflichten an eine vorangegangene pflichtbegründende Handlung, *Welp* Vorangegangenes Tun S. 241 ff; siehe auch *Arzt* JA 1980 S. 712 ff, 715.

57 Freilich gilt das nur, solange nicht ein anderer Täter den Inhaber eines Organisationskreises von seinen Gütern despossediert und sie eigener Verfügung unterwirft; Beispiele: Wer in Richtung auf eine Schaufensterscheibe gestoßen wird, muß die Folge nicht einer begehungsgleichen Verkehrspflicht wegen zu verhüten versuchen (*Herzberg* Unterlassung S. 299 f); — der Hauseigentümer ist nicht Garant dafür, daß niemand von seinem Dach mit Ziegeln nach Passanten wirft etc.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

terlassung, das zugelaufene Tier abzuweisen; Unterlassung, den akquirierenden Prokuristen an seiner Geschäftigkeit zu hindern etc.) und besteht für die eigene Person genuin (wer spürt, daß er einen Krampfanfall bekommen wird, muß einen Porzellanladen verlassen[58]; wer an einer Infektion mit einem — nicht ubiquitären — Erreger leidet, muß Kontaktpersonen warnen[58a]). Dem Berechtigten steht derjenige gleich, der sich unter faktischem Ausschluß anderer als Berechtigter geriert, etwa der Dieb. Die Pflicht ist delegierbar (unten 29/46 ff); durch die Delegation wird der primär Verpflichtete nur befreit, wenn und solange der Übernehmende den Anforderungen genügt[59].

Sicherungspflichten für Gefahren, die von Sachen ausgehen, beziehen sich nicht notwendig auf typischerweise gefährliche Sachen oder typische Gefahren von Sachen, obgleich sie sich insoweit praktisch konzentrieren. Hinreichender Grund für ihren Bestand ist allein das Gestaltungsrecht unter Ausschluß anderer Personen.

Beispiele für Sicherungspflichten[60]: Der Kraftfahrzeughalter muß die Benutzung eines verkehrsunsicheren Fahrzeugs verhüten[61]; bildet das Fahrzeug nach einem Unfall ein Verkehrshindernis, müssen Fahrer und Halter es — ohne Blick auf ihr Verschulden am Unfall — so sichern, daß nicht andere Verkehrsteilnehmer zu Schaden kommen[62]. — Der Bauherr und der Bauunternehmer müssen die Baustelle sichern[63]. — Baulichkeiten, die zur Benutzung freigegeben sind, müssen vom Inhaber in einem Zustand gehalten werden, der Schäden für die Benutzer oder dritte Personen ausschließt[64]; das gilt insbesondere auch für öffentliche Straßen. — Für den Verkehr bestimmte Produkte müssen von Fehlern frei sein[64a]. — Der Halter eines Hundes muß Risiken bis hinab zum erlaubten Risiko ausschalten[65]. — Öffentliche Sportanlagen sind frei von „nicht ohne weiteres erkennbaren Gefahren" zu halten[66]. — Ist die Gefährlichkeit einer Anlage nicht für jeden Benutzer offensichtlich, so muß sie auch dann gesichert werden (oder die Gefährlichkeit muß offensichtlich gemacht werden), wenn sie nicht zur Benutzung freigegeben wurde (wenn also die Benutzung rechtswidrig erfolgt). Beispiel[66a]: Sind die Gefahren beim Baden in einem Baggersee nicht für jedermann, auch für Kinder, evident, so muß der Inhaber darauf hinweisen oder den See absperren, selbst wenn er die Anlage nicht zum Baden freigegeben hat; hinreichender Haftungsgrund ist schon die ihm zugeordnete oder von ihm beanspruchte Herrschaft. — Wer die Herrschaft über ein Grundstück innehat oder beansprucht, muß die Beseitigung von Abfällen auf dem Grundstück hindern oder aufheben (§ 326 Abs. 1 StGB). Soweit freilich dritte Personen unabhängig von der Organisation des Sachherrn auf dem Grundstück Abfälle beseitigen, haftet dieser für die Erfolgsabwendung nur

---

58 Im Ansatz zutreffend BayObLG JR 1979 S. 289 ff mit ablehnender Anmerkung *Horn* aaO S. 291 ff: Wer weiß, aber nicht zurechenbar verhindern kann, daß er fahruntüchtig werden wird, muß sich selbst davor sichern, im Zustand der Fahruntüchtigkeit zu fahren; — zum Problem des Entsprechens bei den §§ 316, 13 StGB siehe unten 29/79.

58a *A. A. Bruns* MDR 1987 S. 353 ff, 355 f, soweit Ärzte als Kontaktpersonen betroffen sind.

59 BGH 19 S. 286 ff, eingehender unten 29/52.

60 Ausführliche Kasuistik bei *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 35 ff; *v. Bar* JuS 1988 S. 169 ff.

61 BGH VRS 17 S. 389 f, 390; 22 S. 212 ff; 27 S. 185 f, 186.

62 BGH 5 S. 393 ff, 394.

63 BGH 19 S. 286 ff, 288; OLG Karlsruhe NJW 1977 S. 1930 f; OLG Stuttgart NJW 1984 S. 2897 f; *Gallas* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit S. 31 ff, 52 ff.

64 RG 14 S. 362 ff, 363 f (Beleuchtung eines Treppenhauses in einem Mietshaus); BGH VRS 18 S. 48 ff, 51 (Sicherung eines Sportplatzes, so daß keine Bälle auf die nahe Bundesstraße geraten); RG 57 S. 148 ff (Abdecken eines Schachts auf einem frequentierten Hof); BayObLGSt. 1971 S. 230 ff, 232 (Sicherung einer Maschinenanlage).

64a BGH NJW 1990 S. 2560 ff, 2562 f.

65 OLGZ Celle NJW 1970 S. 202 f.

66 BGH NJW 1971 S. 1093 ff, 1094 mit Nachweisen; BGH NJW 1973 S. 1379 ff.

66a BGHZ JZ 1989 S. 249 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

dann, wenn ein besonderer Grund besteht[66b]; (dazu unten 29/32 ff); die Verpflichtung des polizeilichen Zustandsstörers ist keine Garantenpflicht. — Der Schuldner muß bei Überschuldung oder drohender Zahlungsunfähigkeit ordnungsgemäß wirtschaften (zu § 283 StGB[66c]).

dd) Sicherungspflichten sind auch wegen eines gefährlichen, insbesondere delikti- **32** schen *Verhaltens anderer Personen* möglich. Es bedarf jedoch in diesen Fällen stets eines besonderen Grunds, durch den der eigene Organisationskreis mit demjenigen des anderen verknüpft wird. Eine rein faktische Sukzession des Kausalablaufs von einem zum anderen reicht nicht aus, auch nicht bei Voraussehbarkeit des Ablaufs, da der andere prinzipiell selbst verantwortlich ist, d. h. die Organisation seines Lebenskreises ist — ohne besonderen Grund — an sich seine Sache. Der eigene Organisationskreis kann mit dem Verhalten einer anderen Person in vierfacher Weise besonders verbunden sein, scil. (α) durch eigene gefährliche Handlungen, (β) durch gefährliche Sachen oder Situationen, (γ) durch die Gewalt über die andere Person selbst und schließlich (δ) durch die Rückwirkung des Verhaltens des anderen auf den eigenen Organisationskreis.

α) Eigene gefährliche Handlungen sind Beteiligungen am Verhalten der anderen **33** Person, also Anstiftung, Beihilfe und Mittäterschaft. Die Möglichkeit einer Haftung für unechte Unterlassung nach einer Beteiligung durch Handeln wirkt sich insbesondere in den Fällen auf die Strafbarkeit aus, in denen nur das Unterlassen volldeliktisch erfolgt. Beispiel: Wer als agent provocateur einen anderen zu einer Tat „anstiftet", muß das potentielle Opfer vor der Tat — etwa durch Abstiftung — sichern, wenn er nach der Handlung bemerkt, daß die Haupttat nicht nur Versuch bleiben wird. Daneben geht es um Fallgestaltungen, in denen das gemeinsame Unternehmen keinen Tatbestand verwirklicht, aber das Sonderrisiko einer Tatbestandsverwirklichung schafft. Beispiel[67]: Wenn ein Mittäter den Diebstahlsort verabredungsgemäß mit einem offenen Licht ausleuchtet, müssen alle Beteiligten die Gefahr eines Brands beseitigen. — Wer aber ohne Beteiligung nur eine Deliktsgelegenheit für andere Personen schafft, hat keine Sicherungspflicht.

β) Sicherungspflichten gegen die Benutzung gefährlicher Sachen durch andere **34** Personen bestehen, wenn zum Organisationskreis Gegenstände gehören, deren allgemeine freie Verfügbarkeit nicht mehr im Rahmen des erlaubten Risikos liegt. Der Ausschluß freier Verfügbarkeit ist jeweils gesetzlich geregelt, etwa für strahlendes Material, Explosivmittel, Waffen etc.[68]. Beispiele: Der Kraftfahrzeughalter muß dafür sorgen, daß unqualifizierte Personen nicht das Fahrzeug benutzen, etwa Betrunkene[69] oder Personen ohne Fahrerlaubnis[70]; selbst die Benutzung durch Personen, deren Qualifikation er nicht prüfen kann, muß er verhindern[71]. Eine Pflicht des Fahrers zur Sicherung vor der Benutzung durch den betrunkenen Halter besteht jedoch nicht, da der Halter gegenüber dem Fahrer eine vorrangige Organisationsgewalt innehat[72]. Der Halter eines Kraftfahrzeugs muß das Fahrzeug auch sichern, wenn es von an sich

---

66b Zu extensiv *Iburg* NJW 1988 S. 2339 ff, 2343.

66c Sehr streitig; *a. A.* — der Schuldner soll kein Garant sein — *Tiedemann* KTS 1984 S. 539 ff, 544 mit Nachweisen.

67 Nach OLG Schleswig NStZ 1982 S. 116 f. — In der Entscheidung wird die Möglichkeit einer nicht per se strafbaren, aber Pflichten begründenden Beteiligung an nicht tatbestandlichem Verhalten verkannt.

68 Siehe z. B. §§ 7 ff WaffG; §§ 3 ff AtomG; §§ 7 ff SprengstG; §§ 2 ff KriegswaffenG u. a. m.

69 BGH 14 S. 24 ff, 28; 18 S. 6 ff; 18 S. 359 ff, 361 f; OLG Karlsruhe GA 1980 S. 429 ff, 431 (mit freilich zu weiten Formulierungen zur „Zechgemeinschaft"); OLG Hamm NJW 1983 S. 2456 f (gleichfalls sehr weitgehend).

70 BGH VRS 27 S. 185 f, 186.

71 BGH 17 S. 289 ff.

72 OLG Karlsruhe JZ 1960 S. 178 f mit Anmerkung *Welzel* aaO S. 179 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

qualifizierten Personen in verkehrswidriger Weise benutzt wird[73] (zweifelhaft). Der Unternehmer muß dafür sorgen, daß Maschinen und Geräte den Arbeitsschutzvorschriften entsprechen[73a]. — Gefährliche Situationen bestehen, wenn das *vor Drittschädigungen schützende* Sicherungspotential vorenthalten oder ausgeschaltet wird, auf dessen Bestand die potentiellen Opfer einen Anspruch haben (siehe oben 29/30). Beispiele: Der Täter hindert das Opfer im Scherz, die Wohnungstür zu schließen, und hört damit auch nicht auf, wenn dritte Personen in die Wohnung des Opfers eindringen. — Der Täter blockiert mit seinem Fahrzeug die Autobahn so, daß es bei (auch mäßig fahrlässigem) Verhalten anderer Fahrer zu Unfällen kommen kann.

35 γ) Sicherungspflichten wegen einer Gewalt über andere Personen sind — wie bei Sachherrschaft — das komplementäre Stück der andere Personen ausschließenden Organisationsgewalt[74]. Sie sind deshalb an das Recht gebunden, das Verhalten der anderen Personen inhaltlich zu gestalten. So sind z. B. Eltern (oder sonst Erziehungsberechtigte) verpflichtet, Straftaten oder anderes gefährliches Verhalten ihrer Kinder[75] zu verhüten. Die Sicherungsbeamten einer Haftanstalt sind in Vertretung des Staats verpflichtet, diejenigen Straftaten der Häftlinge zu verhüten, die speziell durch die Freiheitsbeschränkung ermöglicht werden. Die Sicherungspflicht vor einem Gelegenheitsdiebstahl während der Arbeit in der Haftanstalt wie vor der Gelegenheitstat eines Freigängers folgt hingegen der allgemeinen Pflicht des Staats, für Sicherheit und Ordnung zu sorgen[76].

36 δ) Die Verbindung eines Organisationskreises mit fremdem Verhalten durch die Rückwirkung dieses Verhaltens auf den Organisationskreis ist insbesondere für die Inhaber von Betrieben bedeutsam. Der Inhaber eines Betriebs hat bezüglich des Verhaltens seiner Mitarbeiter kein Gestaltungsrecht; vielmehr kann jeder Mitarbeiter, so er die arbeitsrechtlichen Konsequenzen in Kauf nimmt, die Tätigkeit für den Inhaber einstellen. Eine Haftung des Inhabers für deliktisches oder sonst gefährdendes Verhalten der Mitarbeiter kann bei dieser Lage nach den schon genannten Regeln durch Kollusion und durch gefährliche Sachen des Betriebs erfolgen. Beispielsweise muß der Inhaber die Auslieferung giftiger Stoffe verhindern, ebenso die verkehrswidrige Benutzung der Betriebsfahrzeuge etc. Hinzu kommt, daß Handlungen *im Rahmen des Betriebs* stets auch Handlungen im Organisationskreis des Inhabers sind. Dieser haftet zwar nicht für das Verhalten des anderen selbst, wohl aber für die durch das Verhalten bewirkte Ausgestaltung seines eigenen Organisationskreises. So wie der Eigentümer eines Hauses nicht von der Pflicht zur Sicherung der Ziegel auf dem Dach befreit ist, wenn ein Handwerker sie aus Nachlässigkeit schlecht montiert hat, so haftet der Betriebsinhaber für den gefährlichen Zustand seines Betriebs, solange überhaupt noch seine Geschäfte organisiert werden. Beispiel: Die Lieferung von Produkten, deren Gebrauch schädigt

---

73 BayObLG JZ 1959 S. 638 f; BayObLGSt. 1962 S. 278 f; zu weit (Pflicht des zufällig anwesenden Halters, eine Verkehrsunfallflucht des Fahrers zu verhüten) OLG Stuttgart NJW 1981 S. 2369; zutreffend OLG Frankfurt NJW 1983 S. 2038 f, 2039.

73a *Schmidt* Verantwortlichkeit S. 59 ff mit Nachweisen; *Herzberg* Verantwortung S. 231 ff.

74 Die Organisationsgewalt bringt auch die Pflicht, den Fremdbestimmten vor den Gefahren des Fehlens von Selbstbestimmung zu sichern, also das Kind oder den Strafgefangenen zu ernähren, ihm ärztliche Versorgung zukommen zu lassen etc. Solche Fürsorgepflichten bestehen aber nicht nur in den Schranken der Pflichten kraft Organisationszuständigkeit, sondern gehen im Einzelfall weiter: Auch der Hilflose, der keine Hilfe von dritter Seite zu erwarten hat (der in der Abgeschiedenheit geborene Säugling, der nach einer Flucht im Wald halb erfroren aufgefundene und wieder eingelieferte Gefangene), muß versorgt werden; es geht um institutionalisierte Fürsorge, dazu unten 29/57 ff.

75 BGH FamRZ 1958 S. 211 ff; BGHZ NJW 1980 S. 1044 f; OLGZ Celle NJW 1970 S. 202 f.

76 Weitergehend — umfassende Sicherungspflicht — RG 53 S. 292 f; — siehe unten 29/74 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

(etwa verdorbene Lebensmittel), muß er ebenso unterbinden wie den Abschluß rechtswidriger Geschäfte (etwa unerlaubten Waffenhandel)[77] im Namen seiner Firma; benutzen freilich anarchistisch gesinnte Mitarbeiter Betriebsräume als *eigenes* Sprengstofflager, steht der Betriebsinhaber einer dritten Person gleich. — Die Haftung nach § 130 OWiG geht wegen der umfassenden Strafbarkeit fahrlässigen Verhaltens teils weiter, teils, insbesondere wegen der Beschränkung auf Pflichten, die den Betriebs- oder Unternehmensinhaber „als solchen" treffen, ist sie enger[77a]. — Für öffentliche Dienstverhältnisse siehe § 357 StGB und § 41 WStG.

36a ee) Soweit es sich nicht um gefährliche Sachen handelt (dazu oben 29/34), entstehen keine Pflichten für den Sachherrn daraus, daß eine andere Person sich einen Umgang mit der Sache anmaßt; für diesen Umgang ist dann die andere Person zuständig. Beispiele: Bringt eine Terrororganisation einen Sprengkörper in einem Gebäude an oder besprüht jemand eine fremde Hauswand oder ein fremdes Fahrzeug mit beleidigenden oder gotteslästerlichen Parolen[77b], so entstehen allein daraus keine Sicherungspflichten des — partiell depossedierten — Inhabers[77c].

b) Grenzfragen

37 aa) Die Rechtsprechung hat die Sicherungspflichten in bezug auf das Verhalten anderer Personen weit über den bezeichneten Rahmen hinaus ausgedehnt. So soll ein Ehegatte verpflichtet sein, Straftaten des anderen zu verhüten[78]. Diese Wertung traf zu einer Zeit zu, in der das Verhalten der Ehegatten im Idealtyp als Gestaltung einer gemeinsamen Welt verstanden wurde, die Ehe also als ein gleichsam das ganze Leben beider Gatten umfassendes gemeinsames „Unternehmen"; mit dem Wandel dieses Eheverständnisses ist die Rechtsprechung überholt. — Verfehlt ist es auch, mit der älteren Rechtsprechung aus der Verabreichung von Alkohol an erwachsene Personen Sicherungspflichten vor Taten der Berauschten herzuleiten, jedenfalls solange diese ihrerseits — und sei es eingeschränkt — verantwortlich handeln. Zwar mag Alkohol ein besonders gefährlicher Gegenstand sein; sein Genuß durch verantwortliche Personen ist jedoch rechtlich nicht beschränkt[79]. Entsprechendes gilt für die Hingabe anderer

---

77 BGH NJW 1990 S. 2560 ff, 2562 ff; Schweizerisches Bundesgericht 96 IV S. 155 ff; *Noll* Verhandlungen 49. DJT Bd. II M S. 20 ff, 29; siehe auch *Schubarth* SchwZStr. 92 (1976) S. 370 ff; *Göhler* Dreher-Festschrift S. 611 ff; eingehend *Schünemann* Unternehmenskriminalität S. 62 ff, 77 ff, 84 ff mit freilich zu enger Bindung der Haftung an eine aktuell ausgeübte „Herrschaft"; überhaupt eine Garantenstellung des Betriebsinhabers verneinend *Hsü* Garantenstellung S. 165 ff, 250 ff; zu weit („prinzipielle Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für Handlungen seiner Bediensteten") *Rogall* ZStW 98 S. 573 ff, 616 ff, 618; — enger *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 45; *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 35a; — mit ungeeigneter Begründung („Autoritätsverhältnis") *Landscheidt* Problematik S. 112 ff (es kommt nicht darauf an, wie weit das Direktionsrecht des Geschäftsherrn reicht — dieser kann z. B. das Verlassen des Betriebsgeländes während der Arbeitszeit verbieten und so Straftaten „draußen" verhindern — sondern was zu *seinem* Organisationskreis gehört; an letzterem fehlt es insbesondere bei einem Verhalten des Arbeitnehmers *gelegentlich* seiner Verrichtungen). — Verfehlt die Begründung in RG 58 S. 130 ff, 133: culpa in eligendo; der Mitarbeiter ist selbst verantwortlich; das Verschaffen der Gelegenheit zu Straftaten per se ist kein Zurechnungsgrund.

77a Zu § 130 OWiG eingehend *Rogall* ZStW 98 S. 574 ff mit umfassenden Nachweisen.

77b Siehe die bei *Weber* Oehler-Festschrift S. 83 ff, 84 mitgeteilten Fälle.

77c Teils abweichend *Weber* Oehler-Festschrift S. 83 ff, 86, 93.

78 RG 74 S. 283 ff, 285; BGH 6 S. 322 ff, 323 f; offen aber BGH 19 S. 295 ff, 297.

79 So jetzt BGH 19 S. 152 ff, 154 f; 25 S. 218 ff, 221; 26 S. 35 ff, 38; gegen BGH 4 S. 20 ff; — ablehnend *Geilen* JZ 1965 S. 469 ff; *Herzberg* Unterlassung S. 314 f; siehe auch *Landscheidt* Problematik S. 127 ff. — Im übrigen, also bei Verlust der Verantwortlichkeit infolge Trunkenheit, ist begehungsgleiche Haftung nur angebracht, wenn der Defekt beim Betrunkenen in mittelbarer Täterschaft erzeugt wird (etwa heimliches Eingeben der Alkoholika oder Abgabe an Kinder, pathologisch Süchtige etc.). Ansonsten

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Mittel, über die im Rahmen des erlaubten Risikos frei verfügt werden darf[80]. — Auch die Verknüpfung mit fremdem Verhalten über eigene Handlungen hat die Rechtsprechung überdehnt, indem sie allein auf die faktische Eignung der Handlungen abgestellt hat, von einem anderen ins Deliktische fortgeführt zu werden. Daß der andere seinerseits selbst verantwortlich ist, wird durch die Berücksichtigung allein dieser faktischen Verbindung überspielt. Beispiele: Die Pflicht, einen Meineid in einem Ehescheidungsprozeß zu verhindern, kann durch ein ehebrecherisches Verhältnis mit dem Eidleistenden auch bei Fortdauer des Verhältnisses bis in die Zeit des Prozesses nicht begründet werden[81]. — Beteiligung an einem Delikt begründet keine Garantenpflicht, nicht verabredete Verdeckungstaten — etwa Tötung eines Tatzeugen — zu verhüten, wenn nicht die Beteiligung das Abwehrpotential des Opfers geschwächt hat[82].

37a bb) Ob sich mit dem Besitz eines abgeschlossenen Raums eine Garantenpflicht begründen läßt, ist umstritten; die Rechtsprechung hat insbesondere Pflichten des Raumbesitzers anerkannt, Personen in dem Raum vor schädigenden Angriffen dritter Personen zu schützen[83], dies freilich in neuerer Zeit nur noch eingeschränkt[84]. Folgende Aspekte sind zu unterscheiden:

α) Der Besitz eines Raums löst diejenigen Verkehrssicherungspflichten aus, die Kehrseite schlechthin jeder Organisationsgewalt sind (auch etwa bei so trivialen Gegenständen wie Betten, Schränken, Spielsachen etc.). Beispiel: Der Wohnungsinhaber ist Garant dafür, daß keinem Gast ein Kronleuchter auf den Kopf fällt, gleich ob das Gerät bei der Wohnungsübernahme schon schlecht montiert war, später schlecht montiert wurde oder seine ursprünglich hinreichende Stabilität durch irgendein Ereignis verloren hat; denn jedenfalls schließt die Organisation des Wohnungsinhabers andere Personen von der Gestaltung aus. Freilich ist Haftungsvoraussetzung, daß das potentielle Opfer nicht seinerseits vorrangig für die Gefährdung seiner Güter zuständig ist. Beispiel: Wenn die Polizei eine bekanntermaßen baufällige Hütte inspiziert, wobei ihr die Dachbalken auf den Kopf stürzen können, treffen den Besitzer keine besonderen Pflichten.

β) Hält sich eine Person in einem verkehrssicheren, abgeschlossenen Raum auf, ohne daß dessen Besitzer für den Aufenthalt vorrangig zuständig ist, so gehört ein drohender Schaden nicht zum Organisationsbereich des Besitzers. Der Besitz begründet per se so wenig eine Garantenstellung, wie sich sonst aus der rein faktischen

---

kann das Verhalten eines Berauschten ein Unglücksfall i. S. des § 323 c StGB sein, insbesondere bei seiner Teilnahme am Straßenverkehr. Soweit sich der Betrunkene selbst in die Defektlage gebracht hat, schließt es seine Verantwortlichkeit aus (actio libera in causa, § 323 a StGB), anderen Personen, abgesehen von den allgemeinen Regeln der Beteiligung, den Konflikt zuzurechnen. Das gilt auch zugunsten von Personen, die den Alkohol ausgeschenkt oder verkauft haben o. ä.; wer bei einem Trinkgelage Spender oder Lieferant ist und wer nur Konsument, hängt von Zufälligkeiten der diesbezüglichen Logistik ab; — *a. A.* die Rechtsprechung aaO und die ganz überwiegende Lehre.

80 Verfehlt also BGH 11 S. 353 ff, 355: Haftungsbegründung aus dem arglosen Hingeben eines Taschenmessers, mit dem der Empfänger dann zusticht; so auch LG Berlin MDR 1965 S. 592.

81 Anders RG 72 S. 20 ff, 23; abgeschwächt auch noch BGH 17 S. 321 ff mit Nachweisen der vorgehenden Rechtsprechung; — weitere Nachweise bei *LK-Willms* § 154 Rdn. 15 ff; *Schönke-Schröder-Lenckner* Rdn. 39 f vor § 153; — zur Bestrafung der Unterlassung bei (nicht beweisbarem) Verdacht einer Begehung in diesen Fällen siehe *Hillenkamp* Wassermann-Festschrift S. 861 ff, 864 f.

82 Oben 29/33; unten 29/45.

83 RG 72 S. 373 ff; BGH NJW 1966 S. 1763; BGH 27 S. 10 ff, 12 f, dort freilich nicht auf die Organisationsgewalt, sondern auf Vertrauen abstellend, dazu unten 29/67 ff; im Ergebnis wie die Rechtsprechung: *Blei* JA 1977 S. 137 f; *ders.* AT § 87 I 4 c; *Dreher-Tröndle* § 13 Rdn. 12; *Lackner* § 13 Anm. 3 c bb.

84 Nur wenn die Wohnung eine *besondere* Gefahrenquelle bildet; BGH 30 S. 391 ff, 396; siehe auch OLG Stuttgart NJW 1981 S. 182 f, 183.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Verknüpfung eines sozialadäquaten Verhaltens mit einer Gefahrenquelle Garantenstellungen ergeben. Beispiele: Erleidet ein Kunde eine Herzattacke in einem Geschäft, so ist der Geschäftsinhaber zwar nach § 323c StGB, nicht aber als Garant zur Hilfe verpflichtet. Das gilt insbesondere bei Gefahren, die durch deliktisches Verhalten dritter Personen drohen; niemand ist als Inhaber eines Raums Garant dafür, daß sich die darin befindlichen Personen untereinander kein Leid zufügen, denn freie Personen behalten auch in fremden Räumen ihren eigenen Organisationskreis[85]. Freilich können statt des Raumbesitzes *andere* Umstände Garantenstellungen ergeben (siehe oben 29/32 ff), etwa der Besitz gefährlicher Sachen (Waffen, Gifte) in dem Raum oder aber die Ausschaltung des Selbstschutzes des Opfers. Beispiel: Wer eine verfolgte Person in seine Wohnung zieht, muß dafür sorgen, daß sie dort nicht gefährdeter ist, als sie es draußen war.

γ) Garant dafür, daß Personen in seinen Räumen nicht eingeschlossen werden, sei es durch deliktisches oder erlaubtes, durch vermeidbares oder unvermeidbares Verhalten, ist der Besitzer eines abschließbaren Raums per se gleichfalls nicht (und nach dem Einschließen infolgedessen nicht als Garant *rettungs*pflichtig); wohl aber mag er eine Sicherung von Besuchern übernommen haben (unten 29/46) (bei Museen, Schulen etc.); übernommen wird insbesondere auch die Garantie von Freizügigkeit zugunsten derjenigen Personen, die sich mit Willen des Besitzers in einen Raum begeben. Beispiel: Wenn ein geladener Besucher krank wird, muß der Gastgeber ihn — je nach Wunsch — hinauslassen oder den Arzt hereinlassen. Auch aus Ingerenz oder aus der Schaffung von Sonderrisiken (Labyrinth) etc. können Garantenstellungen folgen.

2. Die Rettungspflichten bei Verkehrspflichten und Ingerenz

a) Im bisher bezeichneten Rahmen geht es um Sicherungspflichten, also um Pflich- **38**
ten, schädliche Auswirkungen eines Organisationskreises zu verhüten, der durch Sachen oder eigenes oder fremdes Verhalten definiert ist. Hinzu kommen in freilich engerem Umfang *Rettungspflichten;* dabei handelt es sich um Pflichten, gefährliche Kausalverläufe zu inhibieren, die schon den Organisationskreis des bezeichneten Umfangs verlassen, ja vielleicht sogar den des Opfers schon erreicht haben. Beispiel: Das gesundheitsschädliche Nahrungsmittel ist schon verkauft und lagert beim Konsumenten oder ist sogar schon verzehrt, und der Konsument bedarf ärztlicher Hilfe.

Der gefährliche Verlauf läßt sich in solchen Lagen schon zum Organisationskreis des Opfers (oder anderer Personen) schlagen. Bei der Bestimmung der Zuständigkeit für den Verlauf konkurrieren also (mindestens) zwei Systeme, dasjenige, aus dem der Verlauf kommt, mit demjenigen, in dem er sich weiterentwickelt. Bei dieser Lage bedarf es eines besonderen Grunds, um die Pflicht des Sicherungspflichtigen als Rettungspflicht bis in den fremden Organisationskreis hinein verlängern zu können.

Wird die Pflicht verlängert, so bleibt sie doch eine Pflicht kraft Organisationszuständigkeit; denn es geht auch dann nicht darum, dem Opfer solidarisch Hilfe zuzu-

---

85 Sehr streitig; eingehend (und hauptsächlich wie hier) *Landscheidt* Problematik S. 73 ff, 84 ff und passim mit Darstellung der Rechtsprechung S. 27 ff und Literatur S. 45 ff; hauptsächlich wie hier ferner *Stratenwerth* AT Rdn. 1020; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 360 ff; *ders.* ZStW 96 S. 287 ff, 309 f; auch BGH GA 1971 S. 336 ff; OLG Zweibrücken StV 1986 S. 483 f; ähnlich *Rudolphi* NStZ 1984 S. 149 ff, 151, 153 f; *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 37; *Herzberg* Unterlassung S. 332 f; *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 44; *Schönke-Schröder-Stree* § 13 Rdn. 54; *Naucke* JR 1977 S. 290 ff; eingehend — aber für weiter gezogene Haftungsgrenzen — *Bärwinkel* Struktur S. 139 ff, 149 ff, 159 ff mit weiteren Nachweisen (dazu *Landscheidt* Problematik S. 47 ff); *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 267 ff (bei „drohenden elementaren Rechtsgutsverletzungen").

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

wenden, sondern für die Konsequenzen der eigenen Organisation einzustehen[85a]. Mit anderen Worten, der *eigene* Organisationskreis wird in diesen Fällen nicht nur durch Sachen oder Verhalten, sondern durch die Konsequenzen des Umgangs mit Sachen und die Konsequenzen des Verhaltens bestimmt, also durch die potentiellen deliktischen Erfolge. Beispiel: Ob ein Fabrikant, der infizierte Materialien verarbeiten lassen will, diese vor der Verarbeitung desinfizieren läßt oder bei der Verarbeitung Schutzkleidung ausgibt oder aber nach der Verarbeitung den Arbeitern mit dem ersten, noch harmlosen Anzeichen einer Infektion wirksame ärztliche Hilfe zukommen läßt, ist — gleiche Effizienz der Maßnahmen unterstellt — für den Gesundheitszustand äquivalent. In der zuletzt genannten Variante wird der eigene Organisationskreis des Fabrikanten durch potentielle Folgen definiert und überlagert den — durch Zuständigkeit für den eigenen Körper begründeten — Organisationskreis der Arbeiter.

39 b) Deshalb lautet die zentrale Frage, wann der Organisationskreis eines Täters bis hin zu den potentiellen deliktischen Erfolgen zu erstrecken ist. Während bei den Verkehrspflichten — zu Unrecht (unten 29/42) — Rettungspflichten überhaupt abgelehnt werden, ist die Frage bei der Ingerenz[86] als Frage nach der Qualifikation des vorangehenden Verhaltens äußerst kontrovers.

Soweit verlangt wird, das vorangehende Verhalten müsse in einer adäquaten Weise die Gefahr des tatbestandlichen Erfolgs herbeiführen[87], scheitert die Erfüllung dieses Verlangens an der allgemeinen Unbrauchbarkeit des Adäquanzbegriffs im Rahmen der Haftungsvoraussetzungen (oben 7/31 ff). Der Sache nach geht es darum, daß die Gefahr keine begehungsgleiche Rettungspflicht auslöst, wenn sie Folge des allgemeinen Bestandsrisikos ist und sich nicht durch Vermeiden der Vorhandlung planvoll steuern läßt. Beispiele: Den Erbauer eines Hauses trifft keine begehungsgleiche Pflicht, die bei einem Erdbeben unter den Trümmern Begrabenen zu retten[88]. — Erleidet jemand beim Platzen eines Autoreifens einen Herzanfall vor Schreck über das Geräusch, trifft den Halter oder Fahrer keine begehungsgleiche Rettungspflicht; solche Überraschungen sind ubiquitär möglich und deshalb jedermanns eigenes Risiko.

Ansonsten besteht Einigkeit darüber, daß nicht jedes beliebige Verhalten, das eine Gefahr bedingt, eine Rettungspflicht auslöst. Eine Beschränkung wird überwiegend in der Formel gesucht[89], das Vorverhalten müsse objektiv pflichtwidrig, wenn auch nicht schuldhaft sein. Begründet wird das mit dem Recht des Gefährdeten, von pflichtwidrigem Verhalten verschont zu bleiben und andernfalls zumindest von den schädigenden Konsequenzen pflichtwidrigen Verhaltens entlastet zu werden[90]. — Diese Beschrän-

---

85a *AK-Seelmann* § 13 Rdn. 125.

86 Soweit diese nicht überhaupt abgelehnt wird, insbesondere von *Schünemann* Grund und Grenzen S. 281 ff, 313 ff; *ders.* GA 1974 S. 231 ff; sehr kritisch auch *Welzel* JZ 1958 S. 494 ff.

87 *Schönke-Schröder-Stree* § 13 Rdn. 34; *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 32 mit umfassenden Nachweisen.

88 Siehe *Herzberg* Unterlassung S. 301 f; *ders.* JZ 1986 S. 986 ff, 989 f. — Nach *Herzberg* soll aus Ingerenz rettungspflichtig sein, wer schon „während seines gefahrauslösenden Tuns verantwortlich war, den (jetzt manifest drohenden) Erfolg möglichst zu vermeiden" (JZ 1986 S. 989); dagegen *Rudolphi* JR 1987 S. 162 ff, 165. Diese Formel berücksichtigt nicht, daß die Sicherungspflicht eine Folge des Ausschlusses anderer Personen von der Beherrschung des eigenen Organisationskreises ist, während bei den Rettungspflichten niemand ausgeschlossen wird, also zu begründen wäre, weshalb der Vorhandelnde eher verpflichtet sein soll als irgendein anderer.

89 Zudem wird teils postuliert, „Art und Gewicht" eines in der Vorhandlung enthaltenen Pflichtverstoßes müßten zu „Größe, Nähe und Bedeutung" der Gefahr in einem „angemessenen Verhältnis" stehen: *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 34; *Jescheck* AT § 59 IV 4 a; *Blei* AT § 87 I 2 c; — das Postulat gründet auf einem Arkanum bei *E. A. Wolff* Kausalität S. 42 f; — dieser Rekurs auf diffuse Wertungen ist nur notwendig, wenn eine Begrenzung der Unterlassungshaftung mißlungen ist.

90 Grundlegend *Gallas* Studien S. 88 ff; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 157 ff, 163 ff; *ders.* JR 1974 S. 160 f; *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 39; *Lk-Jescheck* § 13 Rdn. 33; *Jescheck* AT § 59 IV 4 a;

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

kung engt die Pflicht zu sehr ein. Zwar beansprucht der rechtswidrig Handelnde — oder garantenpflichtwidrig Unterlassende — stets einen *besonderen* Gebrauch seiner Freiheit, so daß der Aufwand zur Begrenzung der Folgen ihm eher anzulasten ist als dem potentiellen Opfer, in dessen Organisationskreis er mit dem Gebrauch der besonderen Freiheit einbricht. Aber diese Lage ist nicht auf rechtswidriges Verhalten beschränkt; denn es gibt auch einen *erlaubten* Gebrauch besonderer, also die allgemeine Handlungsfreiheit übersteigender Freiheit, und die Erlaubnis allein ist kein Grund, den Destinatär der Freiheit vom Aufwand zur Begrenzung der Folgen zu entlasten und diesen Aufwand dem potentiellen Opfer aufzubürden, das sich seinerseits nicht im Rahmen besonderer Risiken bewegt hat.

Daß die Verbindung von rechtmäßigem Verhalten mit Rettungspflichten dem System der Verhaltensfreiheiten entspricht, wird — außerhalb der Ingerenz — an den Verhaltenserlaubnissen deutlich, die überhaupt nur vorbehaltlich einer vor dem Verhaltensvollzug installierten Rettungseinrichtung erteilt werden[91]. Beispiel: Der Schiffsführer darf ein Kind nur mit auf Fahrt nehmen, wenn es eine Schwimmweste trägt oder angegurtet ist; ist diese Sicherung vorab nicht möglich, so mag das Verhalten trotzdem erlaubt sein, wenn eine Rettungshandlung, die einer Rettungsanlage gleichwertig ist, bei Gefahr garantiert, daß das Kind gewiß wieder aus dem Wasser herausgezogen werden wird. — Es geht aber nicht allein darum, solche Fälle bedingter Erlaubnisse zu erfassen; diese sind vielmehr nur ein Beispiel für die Verknüpfung von besonderer Freiheit und Garantenpflicht.

c) Es ist jeweils durch eine Analyse der vom Vorhandelnden, vom Gefährdeten und **40**
von gegebenenfalls sonst Beteiligten beanspruchten Verhaltensfreiheiten zu ermitteln, welchem Organisationskreis die Folgen des vorangegangenen Verhaltens zuzuschlagen sind[92, 92a]. Soweit es nur um den Vorhandelnden und den Gefährdeten geht, heißt das:

Lackner § 13 Anm. 3 a dd; *Schmidhäuser* AT 16/54; *Schünemann* ZStW 96 S. 287 ff, 308; *Schönke-Schröder-Stree* § 13 Rdn. 35; *Nickel* Problematik S. 193 f. — BGH 34 S. 82 ff leitet die Garantenstellung aus einem unerlaubten Risiko ab, daß sich nicht zu verwirklichen droht, aber „in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Unfall" geschaffen wurde. Diese „Unmittelbarkeit" ist etwas ganz Äußerliches (Handlungseinheit, Zeitgleichheit oder ähnliches) und deshalb keine Begründung für eine Haftung; *Ranft* JZ 1987 S. 859 ff, 864 f; *Rudolphi* JR 1987 S. 162 ff; *a. A. Herzberg* JZ 1986 S. 986 ff, 989 ff.

91 Hierzu eingehend *Welp* Vorangegangenes Tun S. 212 ff. — Siehe für Fahrlässigkeit auch *Zielinski* Handlungs- und Erfolgsunwert S. 171 ff.

92 *AK-Seelmann* § 13 Rdn. 117 f; ebenso im Ansatz, bei freilich erheblichen Differenzen der Ergebnisse, *Welp* Vorangegangenes Tun S. 209 ff; *Herzberg* Unterlassung S. 294 ff; *ders.* JuS 1971 S. 74 ff; *Baumann-Weber* AT § 18 II 4 c; *Maurach-Gössel* AT II § 46 Rdn. 98 ff; *Otto* NJW 1974 S. 528 ff, 534; *Maiwald* JuS 1981 S. 473 ff, 482 f; *Behrendt* Affekt S. 79 ff; ähnlich *Stratenwerth* AT Rdn. 1009; *Bockelmann-Volk* AT § 17 B I 6 e aa; *Dreher-Tröndle* § 13 Rdn. 11; *Wessels* AT § 16 II 6 c.

92a Eine Person ist für ihre *Aussagen sicherungs*pflichtig, soweit der Adressat ein Recht auf Wahrheit hat, wobei der Umfang dieses Rechts freilich weitgehend ungeklärt ist. Beispiel: Der Vermieter teilt seinem Prozeßvertreter für einen Kündigungsprozeß wahrheitsgemäß mit, es bestehe Eigenbedarf, aber bevor der Prozeßvertreter dies (letztmalig) vorträgt, fällt der Eigenbedarf weg: Frühestens mit dem Vortrag des Prozeßvertreters verläßt die Information den Organisationsbereich des Kündigenden; also ist der Kündigende bis dahin sicherungspflichtig. — *Rettungs*pflichten entstehen bei rechtswidrigen Aussagen; Beispiel: Eine Partei trägt fahrlässig im Prozeß falsche Tatsachen vor, was sie sodann bemerkt; sie verwirklicht einen Prozeßbetrug durch Unterlassen, wenn sie die Aussage nicht korrigiert (und wenn die sonstigen Tatbestandsmerkmale des Betrugs verwirklicht werden). Wird ein abgeschlossener und korrekter Vortrag durch eine spätere Entwicklung unrichtig, so entsteht keine Rettungspflicht, da allgemein bekannt ist, daß sich die Welt ändern kann, so daß der Aussagende insoweit nicht vorrangig zuständig ist. Wer freilich Prozeßpartei ist, benutzt das Gericht — auf seiten des Beklagten: notgedrungen — zur autoritativen Abgrenzung seiner Organisation von derjenigen des Gegners. Deshalb kann die gerichtliche Entscheidung als Organisationsakt der Parteien ver-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

41 aa) Aus rechtswidrigen Vorhandlungen folgt stets eine Rettungspflicht. Beispiele: Wer einen anderen fahrlässig in ein Wasserbecken stößt, so daß dieser zu ertrinken droht, muß ihn bei ansonsten verwirkter Strafe nach den §§ 211 ff, 13 StGB wieder herausziehen oder sonst vor dem Ertrinken retten. — Der Zeuge muß nach einer vermeidbaren Falschaussage im Prozeß schädigende Konsequenzen seiner Aussage abwenden.

42 bb) Aus Vorhandlungen im Rahmen des erlaubten Risikos folgt eine Rettungspflicht unter einer doppelten Voraussetzung: Das erlaubte Risiko darf nicht ein üblicherweise von jedermann vollzogenes Verhalten betreffen; es muß also ein Verhalten mit höherem Risiko sein als beim unumgehbaren alltäglichen Verhalten. Zudem muß der Gefährdete die ihm seinerseits obliegenden Sicherungen getroffen haben.

Ein Indiz für das Bestehen eines Sonderrisikos sind zivilrechtliche Gefährdungshaftung und Pflichtversicherung. Sonderrisiken bestehen etwa bei Luftverkehr, Bahnverkehr, Jagd, bei der Produktion und beim Gebrauch zahlreicher gefährlicher Stoffe (Gift, Explosivmittel, strahlendes Material etc.) und bei Arzneimittelversuchen. Auch der Betrieb eines Kraftfahrzeugs dürfte noch als Sonderrisiko einzustufen sein, obgleich dieses Risiko den alltäglich unumgehbaren Risiken mittlerweile angenähert ist; aber immerhin bürdet das Recht dem Halter eine Gefährdungshaftung und eine Pflichtversicherung auf, und beläßt es nicht dabei, daß das potentielle Opfer seinerseits für Unfallschutz sorgen mag. Daraus folgt, daß die Gefahren des Betriebs rechtlich nicht als Gefahren eines jeden Lebens gewertet werden; deshalb zieht der Betrieb, auch soweit er sich im Rahmen des erlaubten Risikos hält, nicht nur Sicherungspflichten nach sich, sondern im Fall eines Unfalls auch Rettungspflichten, etwa für verletzte Unfallbeteiligte, die einer medizinischen Versorgung bedürfen[93]. Entsprechendes gilt für das Inverkehrbringen von Produkten, wie die Gefährdungshaftung nach § 1 ProdHaftG zeigt[93a].

Die Verknüpfung von Sonderrecht und Rettungspflicht, also die Zuschreibung des gefährlichen Verlaufs zum Organisationskreis des Vorhandelnden, verliert freilich ihre Berechtigung, wenn die Gefahrenlage nur entstanden ist, weil das Opfer seinerseits Sonderrechte gebraucht hat. Beispiel: Der Autofahrer, gegen dessen Fahrzeug ein

---

standen werden, so daß die Parteien (nicht aber etwa Zeugen) dafür *sicherungs*pflichtig sind. Beispiel (BayObLG JZ 1987 S. 826 ff mit ablehnender Anmerkung *Otto* aaO S. 828 ff und teils zustimmender Anmerkung *Hillenkamp* JR 1988 S. 301 ff sowie zustimmender Besprechung *Rengier* JuS 1989 S. 802 ff, 805 ff; eingehend *Seier* NJW 1988 S. 1617 ff mit Nachweisen; siehe auch unten 29/69 mit Fn. 140a): Trägt der Kläger im Prozeß über die Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses Eigenbedarf vor, der einige Zeit nach dem Vortrag wegfällt, so muß er *sichern*, daß nicht auf seinen Antrag das Gericht den Beklagten wegen Eigenbedarfs des Klägers zur Räumung verurteilt.

93 Äußerst streitig; *a. A.* die oben 29/Fn. 90 Genannten; — BGH 25 S. 218 ff hat die Entscheidung bei allseits (für Fahrer und Opfer) korrektem Verhalten offengelassen. — Im übrigen spricht auch § 142 StGB für die rechtliche Wertung als Sonderrisiko. Der Strafrahmen der Vorschrift ist mit demjenigen von § 323 c StGB allerdings kaum zu harmonisieren. Wenn es an einer Garantenpflicht fehlt — nach verbreiteter Ansicht bei rechtmäßigem Verhalten, nach hiesiger Ansicht immerhin, soweit das Opfer sich falsch verhalten hat — ist die rechtliche Garantie von Leib und Leben des Opfers nach einem Straßenverkehrsunfall (§ 323 c StGB) schwächer als die Garantie der Kostentragung für Krankenhaus und Beerdigung (§ 142 StGB).

93a Auch für einen Fall von Produkthaftung läßt der BGH offen, ob ein nicht pflichtwidriges Vorverhalten zur Begründung von Rettungspflichten hinreichen kann; denn er meint, es genüge schon eine „Mißbilligung des Gefährdungserfolges" (NJW 1990 S. 2560 ff, 2563). Diese Lösung ist uferlos weit; die sich im Erfolg ex post zeigende Schadensneigung indiziert nicht notwendig „objektiv pflichtwidriges" Verhalten (so aber der BGH aaO), vielmehr mag der Schadensverlauf objektiv ex ante nicht voraussehbar gewesen sein, also nicht zurechenbares Unglück.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Betrunkener torkelt, ist sicherungspflichtig, aber nach einem Unfall nicht Garant für die Rettung des verunglückten Betrunkenen[94].

Da es bei den Sonderrisiken nicht speziell um Handlungsrisiken, sondern überhaupt um die Zurechnung von Risikosphären geht, ist eine Rettungspflicht auch als Folge bloßer Zuständigkeit für Sachen oder Betriebe, also als „verlängerte" Verkehrspflicht möglich. Beispiel: Der Unternehmer eines chemischen Betriebs ist beim Ausbruch einer Giftgaswolke wegen der Sondergefahr des Betriebs rettungspflichtig, und zwar ohne Blick auf sein Vorverhalten bezüglich dieses speziellen Vorkommnisses.

43 cc) Aus gerechtfertigten Vorhandlungen folgt eine Rettungspflicht allenfalls, wenn dem Gefährdeten die Notwendigkeit zu einem Eingriff nicht zugerechnet werden kann, also — mit noch zu nennenden Einschränkungen — beim aggressiven Notstand[95] und insbesondere nicht bei der Notwehr[96]. Beispiel: Der Angegriffene sticht den Angreifer in erforderlicher Abwehr nieder; er unterläßt es, für die angebrachte ärztliche Versorgung des Angreifers zu sorgen, der deshalb stirbt; — unterlassene Hilfeleistung nach § 323 c StGB, nicht aber ein Tötungsdelikt in unechtem Unterlassen. — Entsprechendes gilt für Dauerdelikte; Beispiel: Wer im aggressiven Notstand kurz eine Person eingesperrt hat, muß sie nach dem Fortfall der Gefahrenlage als Garant befreien, aber wer die Freiheitsberaubung in Notwehr beging, haftet nur wie jedermann (§ 323 c StGB).

44 dd) Den Eingreifenden trifft eine Rettungspflicht nur dann vorrangig zum Eingriffsopfer, wenn dieses auch bei unterstellter Fähigkeit nicht zumindest nach § 323 c StGB verpflichtet war, bei der Abwendung der Notstandsgefahr mitzuwirken. Nur in diesem Fall besteht für das Eingriffsopfer eine rechtlich reine (was heißt, nicht nur aufgrund der faktischen Lage sich ergebende) *Duldungs*pflicht. Beispiel: Wer an einem Wasserhahn im Garten seines Nachbarn Löschwasser zur Bekämpfung eines Brands des Fahrradschuppens einer dritten Person holt, muß den Hahn zur Vermeidung von Wasserschäden am Blumenbeet auch dann schließen, wenn der Nachbar daneben steht. Ist das Eingriffsopfer hingegen, Fähigkeit unterstellt, selbst zur Abwendung der Notstandsgefahr verpflichtet, so führt der Eingreifende auch dessen Geschäft und muß es allenfalls weiterführen, wenn nicht das Opfer selbst die Aufgabe übernehmen kann[96a].

44a ee) Die Rettung ist objektiv ein Geschäft des Begünstigten, also in rechtlicher Sicht auch seine Organisation. Wegen dieser Zugehörigkeit des Eingriffs zu seiner Organisation treffen den Begünstigten Rettungspflichten, und zwar vorrangig vor der Rettungspflicht des Eingreifenden; denn dieser vollzieht nur eine objektiv fremde Organisation[96b]. Dies gilt auch, wenn Retter und Eingriffsopfer identisch sind. Beispiel: Ein

---

94 BGH 25 S. 218 ff, 222; *a. A.* diejenigen, die selbst den Notwehrtäter für rettungspflichtig halten; siehe unten 29/Fn. 96.

95 Insoweit erweitern auch einige Vertreter des Rechtswidrigkeitskriteriums die Ingerenz, etwa *SK-Rudolphi* § 13 Rdn.40 a; die Notwendigkeit zu einer Erweiterung beweist, daß die Rechtswidrigkeit allein nicht das richtige systembildende Kriterium ist; insoweit zutreffend *Herzberg* JZ 1986 S. 986 ff, 988. — Auch eine Garantenstellung des durch die Notstandstat Begünstigten ist diskutabel, da dessen Organisationskreis die Vorteile des Eingriffs zufließen.

96 Sehr streitig; wie hier BGH 23 S. 327 f; BGH NStZ 1987 S. 171 f (mit Besprechung *Ranft* JZ 1987 S. 859 ff, 865 f) und die überwiegende Ansicht; *a. A. Welp* Vorangegangenes Tun S. 266 ff; *Herzberg* JuS 1971 S. 74 ff; *ders.* Unterlassung S. 297 f; *Ullrich* Hilfsleistungspflichten S. 55 ff; *Baumann-Weber* AT § 18 II 4 c, die ausführen, der Angreifer dürfte nicht als friedlos behandelt werden; der „Grundschutz" des „Nicht-Friedlosen" geschieht aber nicht durch unechte Unterlassungsdelikte, sondern durch § 323 c StGB; diese Vorschrift schützt auch den Angreifer; siehe *LK-Spendel* § 32 Rdn. 333 mit Nachweisen.

96a Das Problem ist wenig geklärt. Solange die Rettung nicht notwendig ist, um die beim aggressiven Notstand geforderte Verhältnismäßigkeit zu erhalten, dürfte sich eine Rettungspflicht *des Eingreifenden* jedenfalls dann nicht begründen lassen, wenn er zum Eingriff nach § 323 c StGB verpflichtet war.

96b *Der Begünstigte* wird wohl auch dann rettungspflichtig sein, wenn die Verhältnismäßigkeit beim Unterbleiben der Rettung nicht tangiert wird;

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Motorradfahrer lenkt sein Fahrzeug zur Vermeidung eines Zusammenstoßes mit einem leichtfertig in die Fahrbahn laufenden Passanten in den Straßengraben, wo er stürzt und zur Vermeidung weiterer Schäden Hilfe braucht; der Passant muß als Garant helfen, da der Motarradfahrer auch dessen Geschäft organisierte. Noch vor dem Begünstigten haftet der Veranlasser der durch die Notstandshandlung abzuwendenden Katastrophe, wenn die Veranlassung durch Inanspruchnahme eines Sonderrisikos geschah.

45 d) Soweit der gefährliche Verlauf zwischen dem Vorhandelnden und dem Gefährdeten *von einem weiteren Beteiligten vermittelt wird*, bedarf es — wie bei den Sicherungspflichten — zur Haftung des Vorhandelnden einer besonderen Verbindung mit dem vermittelnden Verhalten. Die Gründe für diese besondere Verbindung sind dieselben wie bei den Sicherungspflichten, hier aber beschränkt auf die Fälle von Sonderrisiken, insbesondere von Vernachlässigung der Sicherungspflichten. Die vier Gründe: (α) Beteiligung am Verhalten des Vermittelnden (Beispiel: Der Anstifter ist Garant wie der Täter selbst[97]); (β) Zuständigkeit für gefährliche Sachen, soweit nicht die Zuständigkeit durch Übergabe an den Vermittelnden entfällt (Beispiel: Wer Sprengstoff schlecht verwahrt, wird bei gefährdender Benutzung durch Dritte rettungspflichtig, nicht aber, wer Sprengstoff bei der zuständigen Behörde abliefert, die ihrerseits damit falsch umgeht); Zuständigkeit für gefährliche Situationen (Beispiele: Wer vermeidbar bei Nebel die Autobahn blockiert, was zu einem Unfall führt, muß jedenfalls diejenigen Verletzten als Garant retten, die nicht aufgrund von Leichtfertigkeit in den Unfall verwickelt wurden. — Aber wer mit einem Betrunkenen in einem Wald spazieren geht, wird mangels Sonderrisiko dadurch nicht schon Garant für die Folgen des Angriffs eines Räubers[97a]); hierher gehört auch die Schwächung des Abwehrpotentials eines Opfers (Beispiel: Wer eine Person in eine hilflose Lage bringt, muß dafür sorgen, daß andere — zumal Mittäter beim Bewirken der Hilflosigkeit — die Lage nicht ausnutzen[97b]); (γ) Gewalt über die vermittelnde Person, soweit die Gewalt unsorgfältig ausgeübt wurde (Beispiel: Bei schlechter Aufsicht, aber auch nur dann, wird der Vater nach den Übeltaten seines minderjährigen Sohns rettungspflichtig); schließlich (δ) die Rückwirkung fremden Verhaltens, soweit die diesbezüglichen Sicherungspflichten vernachlässigt wurden (Beispiel: Der Fabrikant von Nahrungsmittelkonserven, der die Auslieferung von gesundheitsschädlichen Produkten durch seinen Lageristen auch nur fahrlässig zuläßt, muß die Produkte zur Vermeidung begehungsgleicher Haftung zurückrufen).

3. Die Übernahme von Pflichten, Obliegenheiten und Handlungsbereitschaften; zugleich: Die Befreiung eines primär Verpflichteten durch Übernahme

46 a) Wer anfängt, eine bestimmte Rolle zu übernehmen, etwa als Samariter, kann an den Rollenerwartungen unter Umständen so festgehalten werden, daß für ihn eine Rechtspflicht zu rollenkonformem Verhalten entsteht. Dabei geht es um ein qualifiziertes Vertrauen in die Konstanz von Verhaltensschemata, also um eine Haftung kraft institutioneller Zuständigkeit. Anders bei der Übernahme im engeren Sinn[98]: Hier ist

---

zweifelhaft. Dasselbe dürfte für diejenigen Personen gelten, die als Garanten zugunsten des Begünstigten handeln.

97 Zur Beteiligung durch Unterlassen siehe unten 29/101 ff.

97a BGH NStZ 1983 S. 454 f.

97b Im Ergebnis ebenso BGH StV 1982 S. 218; BGH NStZ 1985 S. 24; BGH StV 1986 S. 59 f mit Anmerkung *Arzt* aaO S. 337 f; *a. A. Stree* Klug-Festschrift S. 395 ff, 403.

98 Allgemein wird nicht zwischen Haftung aus besonderem Vertrauen und aus Übernahme differenziert; *Schönke-Schröder-Stree* § 13 Rdn. 26 ff; *Stree* H. Mayer-Festschrift S. 145 ff; *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 58 ff; *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 26 ff; — differenzierend aber *Blei*

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

die ausdrücklich oder konkludent erklärte Bereitschaft zu einer Sicherung oder einer Rettung erst der Grund dafür, daß fremde Güter in einen Zustand gebracht werden, in dem Sicherung oder Rettung nötig oder nicht mehr anderweit garantiert ist. Der Grund der Haftung für Übernahme ist derselbe wie bei der Ingerenz: Der Täter muß für die Konsequenzen der Gestaltung seines eigenen Organisationskreises, hier: durch das Übernahmeverhalten, einstehen[99]. — Beim Handeln für einen anderen bestehen Sonderregeln (§ 14 StGB; dazu oben 21/11), ebenso in weiteren gesetzlich geregelten Fällen[99a].

47 b) Übernommen wird demnach die Erfüllung einer kognitiven (nach der tatsächlichen Chance zu beurteilenden) Erwartung, nicht diejenige einer normativen (rechtlich garantierten) Erwartung. Die Haftung aus Übernahme ist der Ausgleich einer Chancenverschlechterung. Beispiel: Übernimmt die Nachbarin das Babysitting, obgleich erkennbar ist, daß die Eltern das Kind notfalls allein gelassen hätten, wird sie so wenig Garant per Übernahme, wie die Aufhebung einer sonstigen nicht effektiven „Schutz"-Maßnahme per Ingerenz garantenpflichtig macht[100]. In der Umkehrung wird derjenige sehr wohl Garant, der die effektive Hilfe von einer Person übernimmt, die ihrerseits nur nach § 323 c StGB[101] oder überhaupt nicht zur Hilfe verpflichtet ist[102]. Ebenso wird Garant, wer die Selbstschutzobliegenheiten der Person übernimmt, die es zu schützen gilt[103], sofern ohne die Übernahme faktisch wirksame Selbstschutzmaßnahmen zu erwarten sind.

H. Mayer-Festschrift S. 119 ff, 136 ff; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 342 ff, 348 ff; *ders.* ZStW 96 S. 287 ff, 307 f, jeweils mit weiteren Nachweisen. — Zwar wird auch bei Übernahme häufig dem Übernehmenden vertraut werden. Das muß aber nicht so sein, vielmehr mag z. B. der Schichtarbeiter nur die Verantwortung loswerden wollen und mit ordnungsgemäßer Erfüllung der Aufgaben durch den Ablösenden nicht rechnen. Die Erwartungen an den Übernehmenden können also kognitiv dahin gehen, daß er das Übernommene nicht leisten wird. Fraglich ist in diesen Fällen nicht die Pflichtbegründung durch Übernahme, sondern die Befreiung dessen, von dem übernommen wird; dazu unten 29/52.

99 Siehe *Stree* H. Mayer-Festschrift S. 145 ff, 158; *Blei* H. Mayer-Festschrift S. 119 ff, 137 f; — sehr kritisch *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 184 ff, freilich in Widerspruch zu seiner eigenen Aussage S. 205.

99a Etwa für den Gewässerschutzbeauftragten; dazu *Dahs* NStZ 1986 S. 97 ff.

100 OLG Karlsruhe JZ 1960 S. 178 f mit zustimmender Anmerkung *Welzel* aaO S. 179 f; *Stree* H. Mayer-Festschrift S. 145 ff, 155 ff; *a. A. Blei* AT § 87 I 3 b; *Herzberg* Unterlassung S. 353 f; *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 59 f, aber sämtlich auf Vertrauen abstellend, dazu unten 29/67 ff.

101 Bleibt freilich bei mehreren alternativ nach § 323 c StGB Verpflichteten die Erfüllung an einem „hängen", so wächst dessen Pflicht nicht zur Garantenstellung an; denn er übernimmt nichts, sondern die Pflicht liegt genuin bei ihm.

102 *A. A.* für die deliktische Haftung im Zivilrecht *P. Ulmer* JZ 1969 S. 163 ff. — Nach hiesiger Ansicht ist ein Bereitschaftsarzt schon wegen der Ersetzung einer ansonsten effektiven Hilfe Garant, auch soweit die Bereitschaft nicht gesetzlich geregelt ist (siehe BGH 7 S. 211 ff, 212; OLG Hamm NJW 1975 S. 604 f; *Gallas* Studien S. 83 f; *AK-Seelmann* § 13 Rdn. 101; *Jescheck* AT § 59 IV 3 c; *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 27; *Blei* AT § 87 I 4 a; *a. A. SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 61; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 353; *Ranft* JZ 1987 S. 908 ff, 914): Die Organisation durch Ärzteverbände geschieht zur Vermeidung der gesetzlichen Anordnung einer effektiven Hilfe. Der einzelne Arzt wiederum „verdrängt" durch seine Einpassung in die Organisation die Hilfe eines anderen Arztes (*Stree* H. Mayer-Festschrift S. 145 ff, 160). Neben die Garantenstellung wegen Übernahme tritt eine Garantenstellung wegen besonderen Vertrauens, die im Weg des garantievermittelnden Vertrauens auf den zuständigen Arzt übergeht (siehe unten 29/73). — Zu den rechtlichen Grundlagen der Organisation des ärztlichen Notdienstes und des Rettungsdienstes siehe *Lippert* NJW 1982 S. 2089 ff; *ders.* MedR 1984 S. 41 ff; zum Katastrophenfall *Dönicke* Aspekte S. 24 ff.

103 Im Fall BGH 26 S. 35 ff war eine effektive Erfüllung dieser Selbstschutzobliegenheiten nicht zu erwarten; denn das Opfer hatte sich schon allein auf den Weg gemacht (siehe S. 35 f); eine Garantenpflicht per Übernahme scheidet also aus (anders der BGH aaO S. 39) ; — gegen Ingerenz in einem solchen Fall siehe schon oben 29/37 mit Fn. 79. — Bei der gegebenen Fallgestaltung bleibt also allenfalls eine Haftung aus besonderem Vertrauen (das bei bloßem Zechen in der Gastwirtschaft aber nicht besteht). Natürlich bleibt § 323 c StGB, und es bleibt eine Begehungshaftung, wenn

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

48 c aa) Die Garantenpflicht beginnt mit der Übernahme. Eine Übernahme liegt vor, wenn der Täter nicht nur eine Leistung ausdrücklich oder konkludent verspricht, sondern zudem zu erkennen gibt, daß er auf Grund seines Versprechens die Preisgabe anderweit gegebenen Schutzes erwartet und für angebracht hält, was dann auch geschieht[104]. Beispiele: Der Lehrer ermuntert den schwachen Schwimmschüler, seine Fähigkeiten im tiefen Wasser zu erproben; der Bergführer begleitet vereinbarungsgemäß den unerfahrenen Touristen auf einer schwierigen Route; der Passant reicht dem Blinden zur Überquerung der Straße den Arm[105]. — Das Versprechen muß nicht rechtswirksam sein, es kann sich vielmehr um eine Gefälligkeitszusage handeln, deren Erfüllung nicht eingeklagt werden könnte; relevant ist nicht die vertragliche Bindung[106], sondern die zu verantwortende faktische Verbindung des eigenen Organisationskreises mit einem fremden. Deshalb kann auch eine nicht voll geschäftsfähige Person Übernahmegarant werden (etwa der 15-jährige Babysitter).

Geschieht die Verbindung mit einem fremden Organisationskreis freilich durch ein Versprechen, das auf Grund eines vom Empfänger zu verantwortenden Mangels defekt ist, dürfte keine Pflicht entstehen; denn die Preisgabe des anderweit gegebenen Schutzes ist hier nicht dem Versprechenden zuzurechnen, sondern demjenigen, der das Versprechen manipuliert hat. Beispiel: Der Bergtourist offenbart dem Bergführer auf dem Gipfel vor dem schwierigen Abstieg, daß er zahlungsunfähig ist und das bei der

---

der Betrunkene ohne Rechtfertigungsgrund mit vis absoluta hinausgezwungen oder in mittelbarer Täterschaft (Opfer als Werkzeug der Selbstverletzung) hinausbefördert wird.

104 Diese Preisgabe des Geschehens wird üblicherweise im Anschluß an *Stree* H. Mayer-Festschrift S. 145 ff, 160 und *Welzel* Strafrecht § 28 I 4 β, auch *Mezger* Strafrecht § 16 IV 2, danach bestimmt, von wann an die Gefährdung *faktisch* nicht mehr vermieden werden kann. Das ist insoweit richtig, als bis zu diesem Zeitpunkt die Haftung dessen, von dem übernommen wurde, wieder aufleben kann (dazu unten 29/52); nicht aber wird der Übernehmende dadurch jedenfalls frei. Beispiel: Der Babysitter, der den Eltern in der Opernpause fristlos kündigt, verpflichtet diese zwar zu sofortiger Rückkehr, wird aber selbst nicht von der Haftung frei, wenn die Eltern ihrer Pflicht nicht nachkommen, obgleich sie das könnten. — Der Zeitpunkt der Übernahme ist danach auszurichten, wann sich der primär für Schutz Sorgende *in seinen Dispositionen* auf die Übernahme eingestellt hat, mag das auch reversibel sein. Diese normative (auf ein Recht auf Entlastung von Sorge) abstellende Bestimmung bewährt sich dann, wenn Umdispositionen möglich sind, aber nur bei Verletzung rechtlich gewichtiger Interessen. Beispiel: Der Babysitter, der eine Ärztin beim Bereitschaftsdienst entlastet, kann nicht wirksam fristlos kündigen, nur weil diese faktisch den Bereitschaftsdienst vernachlässigen und für ihr Kind sorgen könnte. — Schwierigkeiten bereiten die Fälle der Übernahme von Selbstschutzobliegenheiten. So soll in einem bekannten Beispielsfall der Bergführer nicht haften, wenn er entgegen der Abrede und obgleich zur Zeit der Abrede auch andere qualifizierte Führer verfügbar waren, am vereinbarten Treffpunkt nicht erscheint und die Touristen das Unternehmen nunmehr allein wagen (*Welzel, Stree* aaO). Die Evidenz des Ergebnisses beruht auf der Annahme, die Selbstgefährdung sei nunmehr grob unvernünftig. Wenn das aber nicht der Fall ist, etwa weil die Gefahren gering sind und das Interesse an der Tour, z. B. weil sie zu dringenden Vermessungszwecken geschieht, schwer wiegt, besteht kein Grund, wegen der faktischen Möglichkeit zur Gefahrvermeidung den Führer von seiner Zuständigkeit für Hilfe bei der Tour zu entlasten. Im Ergebnis wird der Übernehmende durch eine „Kündigung" nur frei, wenn er die Fähigkeit zum rettenden Eingreifen vor dem kritischen Moment (dem Versuchsbeginn) verliert und der primär zur Sorge Berufene bei weiterem (normativen und voll kontrafaktischen) Vertrauen für den Kreis *seiner* Güter kein plausibles Interesse wahrt: Die Garantenstellung des Übernehmenden tritt dann hinter der Selbstverletzung zurück; — zur Abgrenzung von straffreier Teilnahme an einer Selbstverletzung und strafbarer Verletzung eines mitwirkenden Opfers durch Unterlassen siehe unten 29/53 ff.

105 In den Fällen garantievermittelnden Vertrauens (etwa Polizei, unten 29/73), haftet der einzelne Beamte also auch per Übernahme; seine erklärte Einsatzbereitschaft schließt den Einsatz nachrangig Einzusetzender aus.

106 *Gallas* Studien S. 79. — *A. A.* insoweit, als die vertragliche Bindung allein ausreichen soll, BGH 5 S. 187 ff, 190: Pflicht zur Verhinderung von Diebstählen wegen des Arbeitsvertrages; BGH 6 S. 198 f: Pflicht zur Aufklärung des Werkvertragspartners über die eigene Insolvenz.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Verabredung schon wußte; der Bergführer ficht den Vertrag an; — keine Garantenstellung des Bergführers; es bleibt bei den Pflichten aus § 323 c StGB. Auch durch die Übernahme rechtswidrigen Verhaltens entstehen keine Pflichten. Beispiel: Wer es „übernimmt", Falschgeld vor der Einziehung (§§ 150, 74 StGB) und Vernichtung zu retten, wird wegen der strafvereitelnden Wirkung (§ 258 Abs. 1 und 2 StGB) und mangels Gefährdung rechtlich geschützter Interessen nicht Garant. Auch wird nicht Garant, wer durch die Übernahme ein Delikt ermöglicht, das die Notwendigkeit einer Hilfe erst auslöst; denn die Notlage bleibt dann Angelegenheit des Auslösenden. Beispiel: Die vor einem Attentat dem Terroristen gegebene Zusage medizinischer Versorgung für den Fall einer Verletzung bindet nicht.

Stellt sich *nach* der Übernahme heraus, daß der ansonsten zu erwartende Schutz, der wegen der Übernahme preisgegeben wurde, nicht effektiv gewesen wäre, so bleibt die Pflicht des Übernehmenden trotzdem bestehen; denn sie richtet sich nach dem Bestand der ursprünglich bestehenden Erwartung (ex ante), nicht nach der Erfüllbarkeit ex post. Dementsprechend wird die Pflicht bei sich nachträglich zeigender höherer Effektivität der ursprünglich bestehenden Sicherungen auch nicht zu Lasten des Übernehmenden angepaßt. So wie der durch die Pflicht Begünstigte die Chance der preisgegebenen Sicherungen verliert, aber auch die Risiken des Scheiterns dieser Sicherungen nicht mehr trägt, erhält er die Chance der übernommenen Leistung und trägt das Risiko ihres Scheiterns.

bb) Das Versprechen ist eine Übernahme, wenn es irgendeine, nicht notwendig die **49**
primär zuständige Person davon abbringt, anderen effektiven Schutz zu besorgen. So ist der Bademeister am Strand auch per Übernahme Garant für diejenigen Badegäste, die von seiner Existenz nichts wissen; dies gilt jedoch nur in dem Maß, in dem seine Wache nach einem Ex-ante-Urteil effektiven anderen Schutz verhindert hat[107]. — Die Übernahme kann sich auf bestimmte Hilfsmaßnahmen beschränken, etwa auf die Kontrolle eines Guts und die Beschaffung *fremder* Hilfe, wenn das Gut in eine riskante Lage kommt. In diesem Fall muß der Übernehmende die fremde Hilfe nicht eigenhändig ersetzen, wenn er sie nicht beschaffen kann und sein Bemühen nicht qualitativ schlechter ist als der wegen der Übernahme preisgegebene Schutz.

cc) Das Risiko, das der Versprechende auslöst, muß er nur dann als Garant zurück- **50**
halten, wenn es von rechtlich relevanter Dichte ist. So ist es zwar möglich, die Reduzierung eines noch erlaubten Risikos zu übernehmen (etwa den Einbau eines Anti-Blokkier-Systems in ein Automobil, obgleich dies nicht zur gesetzlich vorgeschriebenen Ausrüstung gehört[108]), aber nicht die Reduzierung unter das Maß des allgemeinen Bestandsrisikos (der zweite Leibarzt des Monarchen ist nicht Garant, wenn sich der erste guter Schaffenskraft erfreut, aber per Zufall nicht verfügbar ist).

d) Die Garantenpflicht endet, wenn das Übernommene geleistet worden ist. Häufig **51**
wird freilich auch übernommen worden sein, noch einen Nachfolger zu besorgen[109]. Ferner kann eine mit der Übernahme einhergehende Pflichtbegründung durch besonderes Vertrauen einen weiteren Haftungsrahmen eröffnen. Fehlt es jedoch daran, so

---

107 Streitig; wie hier *Stratenwerth* AT Rdn. 1002; *a. A. SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 59; *Stree* H. Mayer-Festschrift S. 145 ff, 159; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 350 ff.

108 So wohl auch BGH 19 S. 286 ff, 291 f: Bestellung eines Statikers neben dem Bauunternehmer bei statisch schwierigen Schachtarbeiten.

109 So war im Fall RG 17 S. 260 ff die Übernahme der Pflege einer gebrechlichen Person nach dem Ablauf der Pflegezeit *und* der Aufforderung an die Gemeinde zur Rückübernahme beendet; freilich könnte eine Haftung aus besonderem Vertrauen geblieben sein; — falsch OLG Hamm NJW 1987 S. 2245, wonach aus einer wahrheitsgemäßen Gefälligkeitsauskunft die Pflicht folgen soll, den Adressaten über Veränderungen der Lage auf dem Laufenden zu halten.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

verlängert sich die Pflicht nicht. Beispiel: Wer es übernommen hat, einen Höhlenforscher zu bestimmter Zeit aus der Höhle herauszuziehen, muß nicht jedenfalls stundenlang warten, wenn der Forscher — sei es aus Gleichgültigkeit, aus Vergeßlichkeit oder wegen eines Unfalls — nicht pünktlich an der Öffnung erscheint; eine Wartepflicht besteht vielmehr nur, wenn es auch übernommen wurde, die Risiken der Unpünktlichkeit zu beseitigen (natürlich bleibt stets § 323 c StGB). — Insbesondere bei Gefälligkeitsübernahmen und Übernahmen von Hilfen für geringwertige Güter dürfte in der Regel nur eine eng begrenzte Aufgabe übernommen worden sein[110].

52 e) Durch die Übernahme *von* einem Garanten wird dieser jedenfalls frei, wenn er für die Qualifikation des Übernehmenden nicht einstehen muß. Beispiel: Der Schichtingenieur am Hochofen verliert mit der Übernahme durch den von der Betriebsleitung bestimmten Nachfolger seine Pflicht, für den Erhalt des Ofens zu sorgen. Hat der primär Verpflichtete auch für die Auswahl eines qualifizierten Übernehmenden einzustehen, nicht aber für die Beseitigung der Gefahr überhaupt, so wird er bei der Übernahme durch einen Qualifizierten frei, auch wenn dieser anschließend versagt. Beispiel: Der Notarzt, der den Kranken an einen Facharzt überweist, muß nicht wieder einspringen, wenn der Facharzt Fehler macht; denn der Notarzt hat nur die ständige Bereitschaft ärztlicher Hilfe zu garantieren. Wer jedoch für den Bestand eines Guts überhaupt einzustehen hat (etwa Eltern bezüglich der Gesundheit ihrer Kinder) oder für die Beseitigung einer Gefahr überhaupt[111], wird nur vorbehaltlich ordnungsgemäßer Durchführung der Arbeiten durch einen Übernehmenden frei. Bei gewichtigen Risiken mag sich sogar die Übertragung im Einzelfall nur dann im Rahmen des erlaubten Risikos halten, wenn der primär Verpflichtete die Durchführung durch den Übernehmenden kontrolliert; so muß z. B. der Facharzt seinen Assistenzarzt bei nicht ganz simplen Arbeiten kontrollieren.

4. Die Pflichten kraft Organisationszuständigkeit zur Hinderung von Selbstverletzungen

53 a) Wie bei der Begehung, so gibt es auch bei der Unterlassung keine Tatbestandsverwirklichung durch akzessorische Beteiligung an einer Selbstverletzung. Aber das Zusammenwirken mit dem Opfer selbst kann sich als Fremdverletzung darstellen. Dies ist erstens der Fall, wenn der unterlassend Mitwirkende *vor* dem Opfer Garant zur Vermeidung von dessen Schädigung ist, zweitens, wenn mittelbare Täterschaft durch Unterlassen vorliegt, und drittens, wenn das Opfer, auch ohne Werkzeug zu sein, in ein Verletzungsverhalten des Täters nicht wirksam einwilligen kann. — Bei Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit gelten — gleichfalls wie bei der Begehung, oben 21/116 — die Regeln der akzessorietätsüberspringenden Pflichtdelikte.

54 b aa) Eine Garantenstellung, die dem Unterlassenden eine Pflicht *vor* dem Sich-Verletzenden einräumt, ist bei Vorsätzlichkeit des Sich-Verletzenden wegen der Ubiquität der Möglichkeiten zur Selbstverletzung überhaupt nur bei Unterlegenheit des Sich-Verletzenden sinnvoll. Im Bereich unvorsätzlicher Selbstverletzung reicht der Schutzzweck weiter; daß der Sich-Verletzende vor Selbstverletzung geschützt wird, ist teils gerade der Hauptzweck einer Pflicht, insbesondere bei Verkehrspflichten. So hat z. B. ein Betriebsinhaber Arbeitsschutzvorschriften auch dann zu beachten, wenn die Arbeiter darauf leichtfertig keinen Wert legen. Die Pflichten enden jedoch, wenn der Vermit-

---

110 Ähnlich *Stree* H. Mayer-Festschrift S. 145 ff, 161; *Jescheck* AT § 59 IV 3 c mit Fn. 41; *Kienapfel* JurBl. 1975 S. 13 ff, 22.

111 Etwa der Bauherr und der Bauunternehmer bezüglich der Gefahren des Bauwerks (BGH 19 S. 286 ff, 288; OLG Karlsruhe NJW 1977 S. 1930 f; *Gallas* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit S. 36, 45).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

telnde in Kenntnis der Gefahrenlage, und ohne in seinen Fähigkeiten zur Beurteilung der Konsequenzen dem primär Verpflichteten unterlegen zu sein, den gefährlichen Verlauf in seinen eigenen Organisationskreis hineinnimmt. Eine Fortdauer der primären Verpflichtung liefe in diesen Fällen auf eine Pflicht zur Bevormundung hinaus, die mit dem Prinzip der Eigenverantwortung nicht verträglich wäre. Beispiel[111a]: Zwar haftet der Halter eines Fahrzeugs dafür, daß sein Chauffeur nicht mit abgefahrenen Reifen fährt; benutzt der Chauffeur das Fahrzeug jedoch in Kenntnis des Defekts privat, so besteht die Sicherungspflicht des Halters nur noch zugunsten gefährdeter dritter Personen; verletzt sich der Chauffeur bei privater Nutzung infolge des Defekts, so haftet der Halter also für diese Verletzung nicht nach den §§ 230, 13 StGB.

bb) Eine mittelbare Täterschaft liegt bei vorsätzlicher Selbstverletzung in denjenigen **55** Fällen vor, in denen die Organisation des Unterlassenden den Sich-Verletzenden in die Situation eines quasi-gerechtfertigten Werkzeugs bringt (oben 21/88 ff, 97 ff). Beispiele: Wer einen anderen durch vermeidbar falsche Aussagen im Strafprozeß zu Unrecht ins Gefängnis bringt, ist Garant (Ingerenz) dafür, daß sich das Opfer nicht aus Kummer über den Freiheitsverlust (analog § 34 StGB) selbst tötet[112]. — Einer wegen ihrer Drogenabhängigkeit nicht mehr verantwortlichen Person wird Heroin gegeben und dann im Koma nicht geholfen[113].

cc) In der letzten Fallgruppe geht es um ein Unterlassungsverhalten, das der Eigen- **56** händigkeit beim Begehen entspricht: So wie in diesen Fällen beim Begehungsdelikt der Täter dann haftet, wenn keine wirksame tatbestandsausschließende oder rechtfertigende Einwilligung vorliegt, insbesondere also bei der Tötung auf Verlangen, so haftet er auch im Unterlassungsbereich; und wie im Begehungsbereich der Täter nicht haftet, wenn das Opfer den Beitrag des Täters durch eine nachfolgende Organisation in eine Selbstschädigung umsetzt (akzessorische Beteiligung des Täters an der tatbestandslosen Selbstverletzung des Opfers), so kommt es auch im Unterlassungsbereich nicht zur Haftung, wenn das Opfer nach dem Verhalten des Täters seine Verletzung selbst organisiert. Beispiel: Wirft sich das lebensmüde Opfer vor ein fahrendes Auto, so ist der Fahrer so wenig aus seiner Garantenpflicht, bremsen zu müssen, entlassen, wie er das Opfer handelnd überfahren dürfte, wenn dieses ihn darum gebeten hätte; bremst er

---

111a Siehe OLG Stuttgart NJW 1980 S. 2897 f mit ablehnender Anmerkung *Henke* NStZ 1985 S. 124 f: Die Einhaltung von Unfallverhütungsvorschriften soll der Bauherr nicht zugunsten der Arbeiter des Bauunternehmers zu garantieren haben, wohl aber der Bauunternehmer zugunsten seiner Arbeiter, und beide sollen zugunsten dritter Personen Garanten sein; — zutreffend.

112 Zwar trifft auch den zu Unrecht Verurteilten oder materiell zu Unrecht in Untersuchungshaft Festgehaltenen eine besondere Duldungspflicht (§ 35 Abs. 1 Satz 2 StGB, oben 20/14), jedoch nicht im Verhältnis zu demjenigen, der ihn zurechenbar in die Notlage gebracht hat. — Das heißt aber nicht, schon der Organisationszuständigkeit wegen sei auch der Staat verpflichtet, jeden Strafgefangenen vor Selbsttötung zu bewahren (zur Fürsorgepflicht und den §§ 56 ff, 101 StVollzG siehe unten 29/74 f); denn gegenüber dem Schuldigen beansprucht der Staat — ungeachtet des Fehlens einer Organisationsalternative — schon kein Sonderrecht; anders gegenüber dem zu Unrecht Verurteilten und dem unschuldigen Untersuchungshäftling, denen gegenüber er aber *bei ordnungsgemäßem Verfahren* keine Organisationsalternative hat; ein Verzicht auf Strafverfolgung wäre keine zulässige Staatsorganisation.

113 Zutreffend auf den Verantwortungsausschluß abstellend OLG Stuttgart NJW 1981 S. 182 f; verfehlt — wenn eine Person, die verantwortlich Rauschgift genossen hat, dadurch hilflos wird, soll der Geber Garant werden — BGH NStZ 1984 S. 452 f (dagegen zutreffend die Besprechung *Stree* JuS 1985 S. 179 ff, 184 und die Anmerkung *Fünfsinn* StV 1985 S. 57 ff); BGH NStZ 1985 S. 319 f, 320 (insoweit in BGH 33 S. 66 ff nicht abgedruckt) (dagegen zutreffend *Roxin* NStZ 1985 S. 320 f); auch *Landscheidt* Problematik S. 132 ff; wäre die Hingabe des Rauschgifts gegenüber dem verantwortlichen Empfänger (und nicht nur im Allgemeininteresse) rechtswidrig oder sonst Inanspruchnahme eines Sonderrisikos, so wäre sie schon ein *Begehungs*delikt (jede Überlassung wäre mindestens beendeter Versuch der gefährlichen Körperverletzung).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

nicht, so haftet er nach den §§ 216, 13 StGB. — Der Täter muß das ihm obliegende Rettungsverhalten aber nicht erweitern, wenn das Opfer es unternimmt, der Rettung zu entkommen: Eine solche Erweiterungspflicht wäre als Pflicht kraft Organisationszuständigkeit gegenüber einem sich verantwortlich verhaltenden Opfer nicht begründbar (und als Pflicht aus institutioneller Zuständigkeit mag sie das Opfer durch sein Unternehmen wirksam gekündigt haben). Beispiele: Hat ein Chirurg gerade ein lebenswichtiges Gefäß geöffnet, wenn der Patient verlangt, jede weitere Operationstätigkeit einzustellen, so darf der Chirurg zwar nicht weiterhin eine Heilung versuchen, weil insoweit (institutionelle Zuständigkeit des Arztes) das Veto bindet, aber er muß trotz dieses Verlangens das Gefäß schließen, da er für das Sonderrisiko „Körperöffnung" auch Garant kraft Organisationszuständigkeit ist. Er muß aber den fliehenden Patienten nicht festhalten (und darf das nicht): Solches Patientenverhalten ist Organisation von Selbstverletzung. — Bittet ein lebensmüder Akrobat seinen Partner, ihn beim nächsten Sprung nicht aufzufangen, und willfährt der Partner dieser Bitte, so haftet er nach den §§ 216, 13 StGB, aber nicht auch dann, wenn sich der Lebensmüde gegen das Auffangen wehrt: Die Überwindung der Abwehr wäre Nötigung. — Zu den Fällen, in denen dem Opfer noch Beeinflussungsmöglichkeiten bleiben, wenn der Unterlassende sie schon verloren hat, siehe oben 21/56 ff.

C. Die Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit

1. Das Problem

57 Die zuvor behandelten Sicherungs- und Rettungspflichten kraft *Organisationszuständigkeit* schützen — wie die Herrschaftsdelikte — durch den Schutz der auf Sicherung und Rettung zielenden Erwartungen zugleich auch Beziehungen, die Institutionen[114] genannt werden können: Organisationsfreiheit und Folgenverantwortung. Auch die Pflichten kraft Organisationszuständigkeit lassen sich also als Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit verstehen, allerdings in einem unspezifischen Sinn (wie bei den Grundfällen der Begehungsdelikte: Bei einer Berührung von Organisationskreisen soll deren Trennung durchgehalten werden).

58 Anders bei den Pflichten kraft *institutioneller Zuständigkeit* im engeren Sinn: Hier geht es um die Verbindung von Lebenskreisen, idealiter um eine partiell gemeinsam zu gestaltende Welt, also um — nicht unbedingt uneigennützige — Zuwendung. Dabei können Pflichten aus einer solchen Institution nur begehungsgleich sein[114a], wenn die Institution für den gesellschaftlichen Bestand von demselben elementaren Gewicht ist, wie es Organisationsfreiheit und Folgenverantwortung sind. Es kommen deshalb nur in Betracht: das Eltern-Kind-Verhältnis und sein Ersatz, ferner die Ehe, besonderes Vertrauen sowie — für genuin staatliche Pflichten — staatliche Gewaltverhältnisse, ferner „polizeiliche" Sorge für elementare Sicherheit und schließlich die Sorge für die Gesetzesbindung von Verwaltung und Rechtsprechung als Grundprinzip der Rechtsstaatlichkeit. Es handelt sich also um diejenigen gesellschaftlichen Beziehungsformen, zu denen — jedenfalls generell[115] — keine Organisationsalternative besteht. Diese

---

114 Institution wird im sozialwissenschaftlichen Sinn als dauerhafte und rechtlich anerkannte Beziehungsform einer Gesellschaft verstanden, die der Disposition des einzelnen Menschen entzogen ist, ihn vielmehr mit konstituiert; siehe *H. Dubiel* in: *J. Ritter* und *K. Gründer* (Hrsg.) Historisches Wörterbuch der Philosophie Bd. IV, 1976, Stichwort Institution Nr. 5.

114a Überhaupt kritisch zur Herleitung institutioneller Pflichten *Gallas* Studien S. 91 ff; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 354 ff.

115 Der einzelne Mensch mag nicht heiraten, keine Kinder haben, per Leibwächter selbst für seine Sicherheit sorgen etc., generell wird Gegenteiliges erwartet.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Grundinstitutionen sind — abgesehen vom besonderen Vertrauen, das aber im venire contra factum proprium eine stabile rechtliche Wurzel hat — zumindest ansatzweise positiviert; üblicherweise werden die Pflichten deshalb unter Verwechslung von Grund und Folge nicht aus der Institution, sondern aus dem Gesetz „hergeleitet", was jedoch im Blick auf die überaus zahlreichen gesetzlichen Pflichten, die keine Garantenpflichten sind, eine recht unvollkommene Deutung ist.

Der Schutz von Gütern[116] (genauer: die Garantie von Erwartungen, die auf Gütererhalt bezogen sind) ist stets nur eine von mehreren Funktionen der betreffenden Institutionen. Die Erfüllung weiterer Funktionen ist in der Regel auch rechtlich abgesichert, aber eben nicht strafrechtlich, beispielsweise[117] beim Eltern-Kind-Verhältnis durch die subsidiär öffentliche Erziehung des Kindes oder bei den genuin staatlichen Pflichten durch das Disziplinarrecht der Beamten. — Der strafrechtliche Schutz dient stets auch der Festigung der Institution.

2. Das Eltern-Kind-Verhältnis

Die Sorgepflicht der Eltern für die ihren ehelichen Kindern zustehenden Güter gilt **59** als Prototyp der Garantenpflichten überhaupt[118]; sie wird überwiegend auf die „natürliche" oder „enge persönliche" Verbundenheit gestützt[119], teils auch auf „Gesetz"[120], womit jeweils nur Aspekte der Institution benannt sind. Die Pflicht geht so weit, wie Eltern und Kind eine gemeinsame Welt gestalten, also beim Kind alles umfassend: Die Eltern müssen das Kind ernähren[121] und pflegen[122], notfalls für ärztliche Hilfe sorgen, auch sonst Leibes- und Lebensgefahren, einschließlich der Gefahren vorsätzlicher und unvorsätzlicher Selbstverletzung und einschließlich der vom anderen Elternteil drohenden Gefahren, abwenden,[123] und zudem für das Vermögen des Kindes sorgen. Beispiel: Retten die Eltern ein dem Kind gehörendes Gemälde nicht vor dem Verderb durch Feuchtigkeit, haften sie wegen Sachbeschädigung durch Unterlassen. Praktisch bedeutsam ist die Vermögensfürsorgepflicht bei der Untreue (§ 266 StGB).

Die Pflichten garantieren nur einen Mindeststandard an Fürsorge, da strafrechtlich **60** nicht eine — wie bestimmbare? — optimale Zuwendung garantiert werden kann, sondern nur eine Zuwendung, deren Versagung evident fehlerhaft ist; Beispiele: Auch begüterte Eltern müssen nicht bei Strafe der §§ 223 ff, 211 ff, 13 StGB den einzigen Spezialisten auf einem anderen Kontinent aufsuchen, um ihr Kind von einer Krankheit heilen zu lassen; — praktisch wohl wichtiger: Nicht einmal regelmäßige Säuglings-

116 Also ein fragmentarischer Schutz! Die Grenzen sind freilich nicht stets exakt zu bezeichnen; ungeklärt ist insbesondere die Unterlassungsseite der Nötigung durch Gewalt. Wenn eine der Begehungsseite parallele Unterlassungsseite des „modernen" Gewaltbegriffs (siehe *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 6 ff vor § 234) entwickelt wird, wird jedes Nichtgewähren von Entfaltungschancen zur Nötigung durch Unterlassung; das hätte Auswirkungen auf die Legalität der strukturellen Gewalt: Das voraussichtlich funktionsfähige Modell der besseren Ordnung nähme der vorhandenen Ordnung schon die Legalität.

117 Bis zur Eherechtsreform 1976 (§§ 1564 ff BGB) fand sich eine Absicherung der alltäglichen Ehefunktionen im Scheidungsrecht, scil. durch die bei Schuldhaftigkeit einer Ehezerstörung eher belastenden Scheidungsfolgen. Nachdem die Scheidung in der Hauptsache zur formalisierten Kündigung gewandelt worden ist und damit die Organisationsalternative auch als gleichwertig verstanden werden kann, muß die Begehungsgleichheit der Garantenstellung aus Ehe zweifelhaft werden.

118 *A. A.* nur *Schünemann* Grund und Grenzen S. 342 ff, 357, der eine aktuelle Herrschaft über den Grund des Erfolgs (hier über die Hilflosigkeit des Kindes) verlangt; — eine Verkennung der Pflicht, eben die Herrschaft sorgend herzustellen.

119 *Jescheck* AT § 59 IV 3 a; *Schmidhäuser* AT 16/42; *Schönke-Schröder-Stree* § 13 Rdn. 17.

120 So die ältere Lehre, siehe *Mezger* Strafrecht § 16 IV 1; auch noch *Baumann-Weber* AT § 18 II 4 a und d.

121 RG LZ 1925 S. 485.

122 RG 76 S. 371 ff, 372 f.

123 RG 66 S. 71 ff, 73 f (zur dortigen Beziehung der Pflicht auf den nichtehelichen Vater siehe aber unten 29/61); BGH 7 S. 268 ff, 272.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Vorsorgeuntersuchung dürfte zum Mindeststandard zählen. — Die Pflichten müssen nicht eigenhändig erfüllt werden[124]; durch Übertragung werden die Eltern jedoch nur befreit, wenn und solange der Übernehmende dem Mindeststandard genügt.

61 Die Pflichten sind für den Vater frühestens auf den Zeitpunkt der Vollendung der Geburt bezogen (in zivilrechtlicher Bestimmung nach § 1 BGB), da zu diesem Zeitpunkt die nicht mehr durch die Mutter vermittelte, rechtlich abgesicherte Sorge des Vaters beginnt. Garantenpflichten zur Verhinderung eines rechtmäßigen oder rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruchs durch die Mutter bestehen also nicht[125].

62 Die Pflichten enden mit der Volljährigkeit des Kindes, da von diesem Zeitpunkt an eine rechtliche Verantwortlichkeit der Eltern für die Lebenswelt des Kindes nicht mehr besteht. Freilich mögen Pflichten aufgrund besonderen Vertrauens fortbestehen (dazu unten 29/67 ff). — Den Vater eines nichtehelichen Kindes treffen die Pflichten nicht, da er nur vermittelt über finanzielle Unterhaltungsleistungen für das Kindeswohl verantwortlich ist[126]. Dasselbe gilt für die Großeltern, wenn ihnen nicht das Sorgerecht übertragen wurde oder eine Lage besonderen Vertrauens besteht[127].

Die teils behauptete Garantenstellung von Geschwistern per Verwandtschaft[128] fehlt mangels rechtlich garantierter Gemeinsamkeit der Lebenswelt[129]. — Da es nicht rechtlich abgesicherte Aufgabe der Kinder ist, die Lebenswelt der Eltern zu gestalten, besteht auch keine Garantenstellung der Kinder für ihre Eltern allein der Abstammung wegen[130] (§ 1618 a BGB trifft eine familienrechtliche Regelung, die insbesondere unterhaltsrechtliche Konsequenzen vorbereitet; ansonsten ist die Vorschrift ein bloßer Programmsatz).

3. Die Ehe

63 Auch die Pflichten aus Ehe sind Pflichten aus einer Institution, die auf gemeinsame Gestaltung der Lebenswelt zielt. Wie beim Eltern-Kind-Verhältnis wird wiederum nur ein Mindeststandard garantiert. Damit fällt insbesondere eine wegen der Ehe bestehende Vermögensfürsorgepflicht nicht in den Kreis der Garantenpflichten; freilich kann die Vermögensfürsorge übernommen werden oder insoweit ein besonderes Vertrauensverhältnis entstehen. Wegen der Gleichberechtigung der Ehegatten bei der Gestaltung der gemeinsamen Welt kann Inhalt der Pflicht nie ein Verhalten gegen den Willen des verantwortlichen anderen Gatten sein. Eine Garantenpflicht zur zwangsweisen Hinderung von vorsätzlichen Selbstverletzungen oder zur Verhinderung von Delikten[130a] des verantwortlichen Ehegatten besteht also nicht. Aber auch eine Pflicht zur

---

124 In Grenzfällen zweifelhaft; etwa zur Abwehr einer Suizidgefahr wird persönliche Zuwendung zu verlangen sein, nicht jedoch bei einem psychisch labilen Kind als tägliche Zuwendung bis zur Volljährigkeit.

125 *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 157; streitig; *a. A.* RG DStr. 1936 S. 178 f; BGH bei *Dallinger* MDR 1973 S. 369; siehe auch *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 22.

126 *A. A.* RG 66 S. 71 ff; *Schönke-Schröder-Stree* § 13 Rdn. 18.

127 *A. A.*, freilich teils unter Kumulierung der Verwandtschaft mit weiteren Topoi, RG 39 S. 397 ff, 398; 72 S. 373 ff, 374; beide Fälle betreffen die Nichthinderung der Tötung des Enkels durch die *minderjährige* Tochter und Kindsmutter, nach hiesiger Auffassung lag also eine Pflicht kraft Organisationszuständigkeit vor — elterliche Gewalt; OGH 1 S. 87 ff, 88; *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 22 und die überwiegende Ansicht.

128 *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 22; *Schönke-Schröder-Stree* § 13 Rdn. 18; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 160.

129 Ganz uferlos BGH 13 S. 162 ff: Garantenstellung aus Schwägerschaft.

130 Streitig; *anders* BGH 19 S. 167 ff; *Geilen* FamRZ 1964 S. 385 ff, 391 und die überwiegende Ansicht; wie hier *Jescheck* AT § 59 IV 3 a; *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 49; *AK-Seelmann* § 13 Rdn. 137; *Nickel* Problematik S. 186; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 357 f.

130a Nachweise der Rechtsprechung hierzu oben 29/Fn. 51.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Hinderung durch Überredung oder Überzeugung des anderen fehlt: Ein solches Verhalten wäre Herstellung des ehelichen Lebens und die Unerzwingbarkeit solchen Verhaltens gehört zur Gestalt der Institution (siehe § 888 Abs. 2 ZPO)[131]. Das gilt auch, wenn der Ehegatte nach seinem Suizidverhalten den Einfluß über den Verlauf zum Tod verloren hat, so nicht aus den Umständen auf eine Sinnesänderung zu schließen ist; denn auch eine Garantenpflicht für diesen Zeitraum wäre eine Pflicht zur Herstellung vom Ehegatten nicht gewollter Gemeinsamkeit und deshalb mit der Institution unverträglich[132] (siehe unten 29/Fn. 141). — Soweit freilich ein Selbsttötungsunternehmen ein Unglücksfall ist, weil es aus einem psychischen Unglück hervorgeht (Irrtum, Depression u. a. m.) und soweit zugleich dem Unglück durch Suizidverhinderung abgeholfen werden kann, ist der Ehegatte als Garant zur Erfolgshinderung dort verpflichtet, wo jedermann eine Pflicht aus § 323 c StGB trifft[132a]. Beispiel: Ein Getreidehändler, der mit seinem gesamten Vermögen Ernte auf dem Halm gekauft hat, mißversteht die scherzhaft gemeinte Nachricht, alles sei verhagelt, und will sich umbringen; durchschaut seine Ehefrau den Irrtum, muß sie ihn aufklären, notfalls auch sonst den Erfolg hindern.

Damit verbleiben Pflichten zur Abwendung solcher Gefahren für Leib, Leben, **64**
Freiheit, Ehre und andere höchstpersönliche[133] Güter, die vom Ehegatten nicht verantwortlich gewollt sind[134]. Diese Pflichten sind nicht daran gebunden, daß eine eheliche Lebensgemeinschaft praktiziert wird; denn die Gemeinschaft *soll* praktiziert werden, und das genügt rechtlich[135]. Ein materiales Defizit kann freilich eine Strafmilderung begründen (unten 29/125). Die Pflichten bestehen auch nicht nur für den Fall solcher Gefahren, wie sie sich durch eine Ehebindung planvoll vermeiden lassen; denn die Institution hat nicht die Funktion, Güter zu maximieren, sondern Gemeinsamkeit zu begründen. Beispiel: Der Ehegatte ist auch zur Hilfe für den anderen verpflichtet, wenn er ihn zufällig irgendwo in hilfsbedürftigem Zustand findet.

Eine Garantenstellung durch Verlöbnis besteht nicht[136], da diese Institution auch **65**
der Erprobung dient, ob die Bindung der Verlobten hinreichend stark ist, um eine gemeinsame Welt aufzubauen. Das rechtliche Band darf deshalb nicht stärker sein, als die Innerlichkeit (Zuneigung) der Verlobten tatsächlich ist; mit anderen Worten, das Verlöbnis ist auch zur Unzeit, wenn also Hilfe aktuell not tut, mit sofortiger Wirkung kündbar.

---

131 Siehe BGH 7 S. 268 ff, 272; BGH NStZ 1987 S. 406.

132 Sehr streitig; im Ergebnis wie hier *Gallas* JZ 1960 S. 649 ff, 686 ff, 688 f; *Roxin* Dreher-Festschrift S. 331 ff, 347 ff; *Dölling* NJW 1986 S. 1011 ff, 1012; *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 52; *Schönke-Schröder-Stree* § 13 Rdn. 22; *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 39 ff vor § 211. — Für eine Garantenpflicht des Ehegatten vom Beginn des Einflußverlusts des anderen Gatten an BGH 2 S. 150 ff, 153; wohl auch BGH NStZ 1984 S. 73; BGH 32 S. 367 ff, 373 f (für § 323 c StGB von diesem Zeitpunkt an BGH 6 S. 147 ff; siehe aber auch BGH 7 S. 268 ff, 272); *Geilen* JZ 1974 S. 145 ff. — Für eine Erstreckung der Garantenpflicht auf Selbstmordverhütung überhaupt *Herzberg* ZStW 91 S. 557 ff, 567; *ders.* JA 1985 S. 177 ff; — weitere Literatur bei *Eser, Roxin* und *Herzberg* aaO, oben 21/56 ff, 99; 29/53 ff und unten 29/Fn. 141.

132a Dazu *Bottke* Suizid S. 292 ff; *Neumann* JA 1987 S. 244 ff, 251 ff; *Dölling* MedR 1987 S. 6 ff, 10 f (zu weit die Definition jeden Suizids als Unglücksfall bei „affektiver Verzweiflungstat in Krisensituation"; zu eng die Nichtberücksichtigung von Irrtumsfällen). — Ob die Suizidverhinderung dem Unglück überhaupt abhilft, wird in der Literatur kaum thematisiert.

133 Zur Erstreckung auf Vermögen in den Fällen, in denen das Vermögen existentielle Bedeutung erhält, siehe *Schmidhäuser* AT 16/44.

134 Die zur Erfüllung der Pflichten gebotenen Leistungen werden überwiegend Dienstleistungen sein, aber nicht solche aus einem Dienstvertrag, siehe § 888 Abs. 2 ZPO.

135 *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 23; *Geilen* FamRZ 1961 S. 147 ff, 148 f; *Schönke-Schröder-Stree* § 13 Rdn. 19; *a. A. SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 51; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 355 ff.

136 *Geilen* FamRZ 1961 S. 147 ff, 155; *a. A.* (freilich das Verlöbnis mit weiteren Topoi kumulierend) BGH JR 1955 S. 104 f; *Heinitz* JR 1955 S. 105 f; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 165 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

4. Die Ersatzverhältnisse

66 Für das Eltern-Kind-Verhältnis gibt es rechtlich anerkannte Ersatzverhältnisse, scil. Adoption und Vormundschaft. Dafür gelten die obigen Ausführungen entsprechend, ebenso für Vormundschaft über volljährige Personen. — Ein rechtlich anerkanntes Ersatzverhältnis für die Ehe gibt es nicht, so daß mehr oder weniger eheähnliche Lebensgemeinschaften sämtlich keine Pflichten per se erzeugen[137], sondern allenfalls durch besonderes Vertrauen, bei dessen Begründung die Eheähnlichkeit jedoch keine Rolle spielt. Entgegen geläufiger Argumentation treffen also z. B. den homosexuellen Dauerpartner nicht „mindestens" die Pflichten des Ehegatten[138]; denn das faktisch vorhandene Vertrauen auf Abwendung kann rechtlich nicht gestützt werden; würden Intimgruppen außer der Ehe durch Garantenpflichten abgesichert, so würde das Ehemonopol zerstört.

5. Das besondere Vertrauen

67 a) Bei der kraft Organisationszuständigkeit entstehenden Garantenpflicht aus Übernahme (oben 29/46 ff) ist Haftungsgrund die zurechenbare Verursachung einer Gefahr. Es gibt jedoch auch ein Vertrauen schaffendes Verhalten, das selbst dann mit begehungsgleichem Gewicht bindet, wenn es auf den Bestand von Gütern keine negativen unmittelbaren (Ingerenz) oder mittelbaren (Übernahme) Auswirkungen hat, sondern die Lage der Güter nur verbessert. Dieses Vertrauen geht darauf, daß sich andere Personen bei sozialen Kontakten nicht ohne plausiblen Grund widersprüchlich verhalten, d. h. insbesondere Definitionen einer Lage, die sie zu ihren Gunsten in Anspruch nehmen, auch zu ihren Lasten gegen sich gelten lassen.

Inhalt des besonderen Vertrauens kann nicht jede überhaupt durchführbare Hilfe sein, sondern nur eine Hilfe, die voraussichtlich einen angemessenen Effekt bringt, mag sie auch schon nicht mehr zum allgemeinen Standard zählen. Wenn auf eine unangemessene Leistung ein wirksamer Vertrag geht, so hat diese Wirksamkeit strafrechtlich keine Bedeutung; denn strafbares Verhalten läßt sich nicht unter Isolierung von rechtlichen und anderen sozialen Wertungen per Vertragsfreiheit bestimmen. Das ist für die Garantenpflichten von Ärzten praktisch bedeutsam; sie müssen zur Lebensverlängerung bei einer Intensivbehandlung nicht jede Manipulation vornehmen, die das Leben für wenige Minuten verlängert, wenn nicht ausnahmsweise an der kurzen Spanne ein besonderes Interesse besteht[139]. Ebensowenig ist ein Arzt Garant dafür, daß ein Patient mit Medikamenten oder Behandlungstechniken versorgt wird, deren Wirkungschancen nicht medizinisch anerkannt sind[140], mögen sie sich auch später als wirksam erweisen. — Siehe schon oben zur objektiven Zurechnung 7/64.

68 b) Die Voraussetzungen des besonderen Vertrauens sind unterschiedlich, je nachdem, ob es (aa) um die *Begründung* eines Garantieverhältnisses durch Vertrauen geht (garantiebegründendes Vertrauen) oder aber (bb) um die *Erfüllung* eines schon beste-

---

137 *A. A. SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 51; *Maurach-Gössel* AT II § 46 Rdn. 89 ff; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 168 ff; zweifelnd *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 25; wie hier eingehend *Geilen* FamRZ 1961 S. 147 ff, 149 ff; *Konrad* Probleme S. 74 ff, 86 ff; *Schönke-Schröder-Stree* § 13 Rdn. 17; wohl auch *Baumann-Weber* AT § 18 II 4 d.

138 So aber im Ergebnis AG Duisburg MDR 1971 S. 1027 (hierzu ablehnend *Doering* MDR 1972 S. 664 f); *Rudolphi* NStZ 1984 S. 149 ff, 153 (sachlich aber auf Übernahme und besonderes Vertrauen abstellend); *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 51; *Dreher-Tröndle* § 13 Rdn. 10; *Landscheidt* Problematik S. 150 f; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 168 ff.

139 *Jakobs* ZStW 91 S. 637 ff, 638 f.

140 Siehe *Samson* NJW 1978 S. 1182 ff, 1185; *Jakobs* aaO S. 655.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

henden Garantieverhältnisses, das über eine Organisation verwaltet wird (garantievermittelndes Vertrauen).

aa) Beim *garantiebegründenden Vertrauen* muß der Empfänger des Vertrauens sich **69** seinerseits auf eine Beziehung einlassen, die ihm die Zuständigkeit für die Sicherung eines Guts oder die Bekämpfung einer Gefahr zuschiebt[140a].

α) Das ist zunächst der Fall, wenn er nicht nur Hilfe verspricht, sondern zudem vor **70** der aktuellen Notlage das gefährdete Gut oder die zu bekämpfende Gefahr in seinen räumlich-gegenständlich definierten Organisationskreis hineinzieht oder die Lenkung eines fremden Organisationskreises übernimmt, in dem Gut oder Gefahr belegen sind. Geäußerte, aber nicht praktizierte Hilfsplanungen scheiden also ebenso aus wie bloß vertragliche Zuwendungen (Zuständigkeit für eine Leistung an das Opfer ist nicht Zuständigkeit für das Ergebnis der mit der Leistung zu vollziehenden Organisationsakte) und Leistungen, zu denen nach § 323 c StGB eine Pflicht besteht (diese Pflicht entsteht, ohne daß sich der Retter auf Zuständigkeit einlassen müßte). — Wie bei der Übernahme kann das Sich-Einlassen eine Garantenstellung auch dann begründen, wenn ein wirksamer Vertrag fehlt. — Pflichten zur Hinderung vorsätzlicher Selbstverletzungen verantwortlicher Personen entstehen aus diesem besonderen Vertrauen nicht, insbesondere auch nicht für einen Arzt[141].

Das Spektrum reicht von der Aufnahme pflegebedürftiger Personen zur Pflege in den eigenen Haushalt, in ein Krankenhaus oder Altersheim, bis zur Verwaltung fremder Vermögen oder zur Führung fremder Geschäfte (als Arbeiter, Beamter etc.). Eine Verpflichtung entsteht nicht, wenn der Retter erst im Notfall mit der Hilfe anfängt. Da vielmehr die Hilfe in der Not Gegenstand des besonderen Vertrauens ist, muß der Verpflichtete *vor* der Notlage sein Versprechen abgeben und Organisationsakte für den kommenden Fall der Notlage vollziehen. Natürlich kann bei wiederkehrenden gleichartigen Gefahren während einer Phase der Not die Hilfe in der nächsten Phase garantiert werden. — Beispiele: Ein Arzt wird — ungeachtet der Unverfügbarkeit

---

140a Die Rechtsprechung leitet bei Vertragsverhältnissen auch aus „Treu und Glauben" Garantenpflichten her (RG 70 S. 152 ff, 155 f; BGH 6 S. 198 f; BayObLG NJW 1987 S. 1654 ff, 1655); diese zwischen Ingerenz, Übernahme und besonderem Vertrauen schillernde Quelle ist aber viel zu unspezifisch, um Pflichten entsprechender Dichte zu erzeugen: Es geht bei ihrer Verletzung nur um schlichte Vertragsverletzung. — Siehe auch oben 29/Fn. 92 a.

141 Nach BGH 32 S. 367 ff, 373 f sollen Garanten („Ehegatten oder behandelnder Arzt") zwar straffrei bleiben, soweit sie einen *„tatherrschaftlich"* sich selbst Tötenden nicht hindern oder gar unterstützen (so auch BGH NStZ 1983 S. 117 f, dazu *Ranft* JZ 1987 S. 908 ff, 911; BGH NStZ 1987 S. 406 f), aber sie sollen als Unterlassungstäter haften, wenn sie den Erfolg zu einem Zeitpunkt nicht abwenden, in welchem das Opfer die Herrschaft über das Geschehen verloren hat. Grund der Erfolgsabwendungspflicht soll bei einem Arzt „das durch die Übernahme der ärztlichen Behandlung entstandene Arzt-Patienten-Verhältnis" sein, das „vor dem Übergang der Tatherrschaft" freilich „durch die gesetzgeberische Entscheidung, die Hilfe gegenüber einem freiverantwortlich handelnden Selbstmörder (gemeint ist: die Beteiligung an einer Selbsttötung) straflos zu lassen", überlagert gewesen sei. Die Begründung und das Ergebnis sind nicht haltbar: Wie sollten sich aus einem vom *Patienten jederzeit grundlos kündbaren* und inhaltlich beschränkten (die Überwachung von Suizidabsichten wurde nicht anvertraut) Behandlungsverhältnis Pflichten des Arztes *gegen den Willen des Patienten* ergeben können? Man könnte argumentieren, erfahrungsgemäß ergebe sich die Motivation zur Selbsttötung nicht selten aus passageren Gründen, so daß die Rettung nur dem vorübergehenden Willen des Patienten nicht entspreche. Wenn die Gründe wirklich auf Irrtum oder auf vorübergehenden Depressionen o. ä. beruhen (im Fall BGH 32 S. 367 ff sprach freilich nichts dafür), ist das Selbsttötungsunternehmen ein Unglücksfall: Für jedermann gilt dann § 323 c StGB, und für Garanten gelten die Tötungsdelikte in Verbindung mit § 13 StGB, auch wenn das Opfer zurechnungsfähig ist (oben 29/63; aus psychiatrischer Sicht *Meyer* MedR 1985 S. 210 ff). In solchen Fällen ließe es sich freilich nicht begründen, daß die Pflicht erst beginnen soll, wenn das Opfer die Herrschaft verloren hat. — Jedenfalls ist es

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

anderer Ärzte — mit der Übernahme eines Falls Garant[142] kraft besonderen Vertrauens; denn sein Versprechen geht dahin, zumindest die Personen, die er annimmt, behandeln zu wollen, und der Betrieb seiner Praxis ist eine Organisation für die künftigen Patienten. Der Nachbar aber, der den plötzlich Erkrankten zum Arzt fährt, ist allenfalls Garant durch Übernahme, wenn nämlich wegen seiner Bereitschaft andere effektive Transportmöglichkeiten nicht genutzt werden.

Die Rechtsprechung hat mehrfach eine Garantenstellung aus der Hausgemeinschaft (im Sinn einer Großfamilie einschließlich des Dienstpersonals) mit einer gefährdeten Person begründet[143]. Die Hausgemeinschaft mag im Einzelfall durch Übernahme[144] zu denjenigen Hilfen verpflichten, die auch in anderen Gemeinschaften oder selbst in der Neutralität eines Hotels ohne Mühe zu erreichen wären; einen Grund zur Haftung durch besonderes Vertrauen gibt sie jedoch nur, wenn Hilfe versprochen und Hilfsvorbereitung praktiziert wird. Die Hausgemeinschaft per se ist keine rechtlich anerkannte Elementarinstitution und deshalb nicht eigenständiger Grund von Garantenpflichten. Beispiel: Dem Bruder, der, obgleich nicht Hoferbe, aus Gewohnheit auf dem Hof

---

unzulässig, das Vorübergehende des Selbsttötungswillens beim Opfer als gewiß zu präsumieren, nur weil es so sein könnte. Solange das Opfer in noch verantwortlicher Weise erklärt, es wolle sterben, geht das Irrtumsrisiko zu seinen Lasten. Suizidverhütung auf Kosten der Selbstverantwortung der Person ist kein Gewinn. Was Selbsttötungsunternehmungen angeht, mit denen das Opfer um mehr Zuwendung appelliert, so läßt sich überhaupt nicht begründen, wieso das Opfer durch solches Verhalten anderen Menschen *strafrechtlich* sanktionierte Pflichten soll *aufdrängen* können (kraß anderer Ansicht *Herzberg* JA 1985 S. 265 ff). — Wie BGH 32 S. 367 ff zuvor schon BGH JR 1979 S. 429 mit zutreffend kritischer Anmerkung *Hirsch* aaO S. 429 ff; BayObLG JZ 1973 S. 319 f mit insoweit zustimmender Anmerkung *Geilen* aaO S. 320 ff. — Im Ansatz wie BGH 32 S. 367 ff *Herzberg* JA 1985 S. 177 ff, 184 f. — Kritisch zu BGH 32 S. 367 ff *Schmitt* JZ 1984 S. 866 ff (siehe auch *ders.* JZ 1985 S. 365 ff, 367 f); *Sowada* Jura 1985 S. 75 ff (der S. 82 ff darlegt, daß es auf den Zeitpunkt des Eintritts der Bewußtlosigkeit nicht ankommen kann); *Gropp* NStZ 1985 S. 97 ff; *Eser* MedR 1985 S. 6 ff; *Schultz* JuS 1985 S. 270 ff; *Kutzer* MDR 1985 S. 710 ff (mit zutreffenden Ausführungen zum Behandlungsveto S. 712, aber unzutreffenden Ausnahmen für den Suizidkandidaten S. 712 f); *Ranft* JZ 1987 S. 908 ff, 911 ff; *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 42 f vor § 211.

Die Garantenpflicht kann dem Suizidpatienten auch nicht dadurch angedient werden, daß eine dritte Person den Arzt zur Aufnahme seiner Tätigkeit bewegt; *a. A. Bringewat* NJW 1973 S. 540 ff, 543 f; *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 46 vor § 211.

Behandelt der Arzt den Patienten doch, aber fahrlässig falsch, so ist dies nur bezüglich neuer Verletzungen tatbestandsmäßig (§§ 222, 230), nicht aber bezüglich der Nicht-Heilung der alten. Nach einem Tötungsversuch, der den Tod nicht bringen wird, geht der mutmaßliche Wille des Patienten auf Heilung; hier wird (nicht: bleibt; — bezüglich *dieses* drohenden Schadensverlaufs war noch kein Arzt-Patienten-Verhältnis begründet worden) der Arzt Garant.

142 RG 74 S. 350 ff, 354; BayObLG JZ 1973 S. 319 f; BGHZ NJW 1979 S. 1248 ff, 1249 f. — Wird der Arzt nur partiell in Anspruch genommen, so wird er auch nur partiell Garant; das gilt nicht nur bei verschiedenen gleichzeitigen Krankheiten, sondern auch bei Beschränkung der Inanspruchnahme auf einzelne Heilmaßnahmen; Beispiel: Will der Verletzte keine Bluttransfusion, hat der Arzt sie auch nicht zu garantieren; BGH NStZ 1983 S. 313 f mit ablehnenden Anmerkungen *Lilie* aaO S. 314 f und *Kreuzer* JR 1984 S. 294 ff. Die Entscheidung hält freilich ein Behandlungsveto, auch wenn es in Kenntnis der Tragweite erfolgt, für einen Unglücksfall im Sinn von § 323 c StGB; so hauptsächlich auch *Dölling* NJW 1986 S. 1011 ff, 1012 ff; aber wer die Willkür eines Menschen als dessen Unglück definiert, bevormundet den Menschen; zutreffend *Ulrich* MedR 1983 S. 137 ff; siehe auch *Geiger* JZ 1983 S. 153 f.

143 RG 69 S. 321 ff; 73 S. 389 ff; 74 S. 309 ff, 311; ebenso *Maurach-Gössel* AT II § 46 Rdn. 91; *Jescheck* AT § 59 IV 3 b; eingehende Nachweise bei *Landscheidt* Problematik S. 142 ff; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 178 ff.

144 Auf Übernahme wie auf besonderes Vertrauen (und diverse Topoi) abstellend: *Rudolphi* NStZ 1984 S. 149 ff, 151 ff; *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 56; *Schmidhäuser* AT 16/46; unklar noch BGH NJW 1982 S. 2390; zutreffend jetzt BGH NStZ 1984 S. 163 f: „Tatsächliches Zusammenwohnen" ergibt „allein noch keine Handlungspflicht"; BGH NJW 1987 S. 850 f; siehe auch *Ranft* JZ 1987 S. 908 ff, 909.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

geduldet wird, muß der Bauer im Notfall nicht schon der Hausgemeinschaft wegen als Garant helfen[145]. — Zur Organisationszuständigkeit für eine Wohnung siehe oben 29/37 f.

β) Weiterhin entsteht ein garantiebegründendes besonderes Vertrauen bei einer **71** Verbindung von Organisationskreisen vor der Notlage zur gegenseitigen Hilfe *(Gefahrengemeinschaften)*. Wenn mehrere Personen ein gefährliches Unternehmen mit der Abrede gegenseitiger Hilfe im Notfall durchführen, ist — anders als bei der Übernahme — auch derjenige an der Durchführung Beteiligte wegen dieser Beteiligung hilfspflichtig, ohne den das Unternehmen notfalls auch durchgeführt worden wäre[146]. Grund der Haftung ist wiederum die praktizierte Zuständigkeit. — Dient die Gemeinschaft deliktischen Zwecken, so garantiert das Recht keine Konstanz der Rolle. Beispiel: Terroristen sind bei gemeinsamen, riskanten Aktionen nicht Garanten ihrer gegenseitigen Versorgung im Fall von Verletzungen.

Ein Sonderfall dieser Gefahrengemeinschaften ist die Lebensgemeinschaft zur Vermeidung von Lebensrisiken. Als Beispiel mag die sprichwörtliche Symbiose des sehenden Lahmen mit dem gehfähigen Blinden gelten. Die Gefahrenvermeidung muß der praktizierte Inhalt der Gemeinschaft sein, was überhaupt nur beim Zusammenschluß von Personen anzunehmen ist, die von mehr als den üblichen Risiken des Lebens betroffen werden. Nicht die Intimität der Gemeinschaft entscheidet, sondern die praktizierte gemeinschaftliche Bewältigung von Gefahren[147]. Danach richtet sich auch, ob die Pflicht notfalls persönliche Pflege zum Inhalt hat oder aber nur, Hilfe dritter Personen zu beschaffen. Beispiel: Wer aus besonderem Vertrauen in einer Wohngemeinschaft verpflichtet ist, alle Stunden das Wohlergehen einer gebrechlichen Person zu prüfen und notfalls Hilfe zu holen, ist nicht schon deshalb auch bei Strafe der Körperverletzungsdelikte verpflichtet, die völlig verschmutzte Person zu baden oder die hungrige Person zu füttern.

γ) Ein garantiebegründendes Vertrauen entsteht schließlich gegenüber den Trägern **72** derjenigen Organisationen, die den staatlichen Elementarschutz (unten 29/76) ersetzen, soweit der Ersatz auch praktiziert wird: freiwillige Feuerwehr, private (oder kirchliche), aber faktisch-öffentliche Krankenanstalten, auch ärztlicher Bereitschaftsdienst, soweit er nicht sowieso öffentlich-rechtlich organisiert ist (siehe auch 29/Fn. 102), Badeaufsicht an allgemein zugänglichen Gewässern etc. Organisationen mit weniger elementaren Schutzaufgaben scheiden aus. Beispiel: Die freiwillige Ortsfeuerwehr muß auch das Haus des Geizhalses löschen, der nie für die Freiwilligen etwas gespendet hat, aber der einzige greifbare Abschleppunternehmer muß nicht bei ansonsten verwirkter Strafe der Nötigung das Auto seines Intimfeinds aus dem Straßengraben ziehen. — Eine Pflicht, die Organisation durchzuhalten, besteht nicht; die Auflösung muß allerdings durch einen Abbau und darf nicht durch einen Bruch des besonderen Vertrauens erfolgen; rechtswirksam ist demnach nur die Zurücknahme des Hilfsversprechens *vor* der Notlage.

---

145 Auch die Summierung beliebig vieler garantenstellungs*ähnlicher* Positionen ergibt so wenig die Position eines Garanten, wie die Summierung von mehreren jeweils nicht voll erfüllten Tatbeständen des BT einen voll erfüllten Tatbestand ergibt: Ein *Bruder,* der *Hausgemeinschafts*-„Vorstand" ist und zudem *Monopolist,* wird trotzdem nicht Garant.

146 *Schönke-Schröder-Stree* § 13 Rdn. 24; *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 55; *Jescheck* AT § 59 II 3 b; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 355. — Bei Gefahren rechtswidriger Unternehmungen gelten die Ausführungen oben zur Übernahme entsprechend 29/48; siehe auch *Bärwinkel* Struktur S. 117.

147 Zu den abweichenden Ansichten siehe oben 29/66.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

73 bb) Beim *garantievermittelnden Vertrauen* besteht schon eine Garantenpflicht und es geht nur darum, wen sie innerhalb der Organisation[148] trifft, die das Garantieverhältnis verwaltet. An die Stelle der Verbindung Pflichtiger—Hilfsverhalten, die über das garantiebegründende Vertrauen entscheidet, tritt hier die Verbindung Pflichtiger—Organisation; denn die Verbindung Organisation—Hilfsverhalten besteht schon vorab. Pflichtig ist, wer sich in die Organisation eingliedern läßt, also die Position (nicht notwendig auch den einzelnen Dienst) antritt, zu der nach dem Dienstplan das Hilfsverhalten gehört. Beispiel: Daß in einem größeren Krankenhaus nachts ein Bereitschaftsarzt als Garant verfügbar sein muß, ist Folge des Betriebs eines solchen Hauses (Verbindung Organisation—Hilfsverhalten); wer aber zuständig ist (Verbindung Pflichtiger—Organisation) richtet sich nicht danach, wer sich schon zuvor um die Patienten gekümmert hat o. ä., sondern nach dem Dienstplan.

Anders als bei der Garantenpflicht per Übernahme, aber in Übereinstimmung mit der Garantenpflicht aus garantiebegründendem Vertrauen kommt es nicht darauf an, ob durch den Antritt der Position ein anderweit bestehender Schutz ausgeschaltet wird; denn die Erwartungen an den Pflichtigen richten sich nach seiner Position ohne Blick auf die zufälligen Bedingungen beim Antritt dieser Position. Beispiel: Auch denjenigen Bereitschaftsarzt im Krankenhaus trifft eine Garantenpflicht, dessen Vorgänger ein unqualifizierter Scharlatan war und der sich als einziger um die Position beworben hat.

Das garantievermittelnde Vertrauen ist praktisch insbesondere in den Bereichen der Organisationszuständigkeit staatlicher Organisationen (oben 29/29 ff) und des staatlichen Elementarschutzes (unten 29/76) bedeutsam und leitet die genuin staatlichen Pflichten auf den konkret zuständigen Beamten über oder auf den konkret Zuständigen der Organisation, die an der Stelle des Staats tätig wird. Es gibt auch Überleitungen auf den Bürger, der damit als Ad-hoc-Funktionär eingesetzt wird, etwa bei der Überleitung der Streupflicht bei Glatteis auf die Anlieger (siehe z. B. Art. 51 Abs. 5 Bayerisches Straßen- und Wegegesetz) oder bei der Überleitung von Pflichten zur Mitwirkung bei der gerichtlichen Wahrheitsfindung auf Zeugen.

6. Die genuin staatlichen Pflichten[149]

a) Staatliche Gewaltverhältnisse

74 aa) Eine Organisationsgewalt löst per se Garantenpflichten nur in dem Maß aus, in dem die Organisation die Bedingungen des Güterbestands verschlechtert. Bei staatli-

148 Die Begründung der Pflicht bei einer Organisation (die strafrechtlich nicht selbst haftet, oben 7/43 ff) kann nicht nur kraft institutioneller Zuständigkeit erfolgen (besonderes Vertrauen gegenüber der Organisation), sondern auch kraft Organisationszuständigkeit, und zwar letzteres auch dann, wenn die agierenden natürlichen Personen nicht per se zuständig sind. So ist z. B. bei einem Ingerenzverhalten eines Krankenhausarztes die Organisation zur Schadensverhütung verpflichtet, wobei gegebenenfalls ein Arzt einer anderen Abteilung die Sicherungs- oder Rettungshandlung vornehmen muß, wenn der erste Arzt dazu unfähig ist (also schon nicht tatbestandsmäßig unterläßt).

149 Die Bezeichnung als Pflichten des Staats, also einer juristischen Person, ist zum einen eine Abkürzung für ein aufgefächertes Pflichtenbündel, das die für den Staat oder auch die Kommune handelnden *natürlichen Personen* — im Regelfall — durch besonderes garantievermittelndes Vertrauen trifft. Etwa im Fall der Pflicht des Staats, die Gesundheit eines Strafgefangenen zu erhalten, geht es um mannigfaltige Organisationspflichten der Personen, die Mitglieder der Regierung oder der Anstaltsleitung sind, um Pflichten zu konkreten medizinischen Maßnahmen für den Anstaltsarzt, um Hilfspflichten für das Personal u. a. m. — Zum anderen geht es aber auch um Pflichten der juristischen Person selbst; insbesondere bestimmt sich der Inhalt der Erwartungen genuin danach, was die juristische Person stetig organisieren kann, nicht was die natürlichen Personen im Einzelfall vermögen; siehe auch oben 29/73 mit Fn. 148. Dienstpflichten sind also allenfalls (!) Garantenpflichten, wenn der Staat ihre Erfüllung generell durchsetzen kann, nicht schon, wenn sie der Amtsträger erfüllen kann.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

chen Gewaltverhältnissen (z. B. Schulpflicht, Wehrpflicht, Haft) gibt es keine Organisationsalternativen. Deshalb werden die Auswirkungen der Organisation auf den Güterbestand des Unterworfenen teilweise ausgeblendet, und es gilt als Sache des Unterworfenen, sich auf das Gewaltverhältnis einzustellen. Anders wäre die Organisation nicht durchführbar. Beispiel: Muß ein selbständiger Gärtner eine Freiheitsstrafe antreten, so ist es seine Angelegenheit, für die Pflege seiner Kulturen zu sorgen; beim Verderb haftet der Staat nicht nach den §§ 303, 13 StGB. Soweit die Gewaltunterworfenheit ein Sonderopfer ist, entsteht für den Staat eine Entschädigungspflicht, so insbesondere nach dem Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen[150]; diese Pflicht ist keine Garantenpflicht im Sinne von § 13 StGB, sondern Pflicht zur Leistung von *Ersatz* für Schadenszufügungen durch rechtmäßiges Verhalten.

Nur wenn es um Auswirkungen geht, die nicht von der Organisation des Güterbestands des Unterworfenen abhängen, sondern schlechthin jedermann treffen, korrespondiert dem Gewaltverhältnis eine Fürsorgepflicht als Garantenpflicht, und zwar stets für Unfallhilfe während der Zeit der Gewaltausübung, bei umfassenden Gewaltverhältnissen zudem für Ernährung, Kleidung etc. Diese Pflicht geht über die staatliche Elementarfürsorge (unten 29/76) hinaus und ist auch nicht auf Maßnahmen beschränkt, die der Unterworfene in Freiheit selbst organisieren würde. Beispiel: Ein Häftling ist auch ohne Blick auf die Ansteckungsgefahr, also auf die Fürsorge für andere Personen, von Läusen zu befreien, selbst wenn er sie in Freiheit zu behalten pflegt.

bb) Die Grenzen der Fürsorgepflicht sind im einzelnen sehr zweifelhaft, insbeson- **75**
dere soweit es um die Behandlung schon eingebrachter Defekte geht (Garantenpflicht zur Sanierung des Gebisses eines Häftlings, das dieser in Freiheit jahrzehntelang vernachlässigt hat?). Die gesetzlichen Pflichten nach den §§ 56 ff StVollzG dürften jedenfalls nicht sämtlich Garantenpflichten sein.

Eine Garantenpflicht zur Verhinderung vorsätzlicher Selbstverletzungen eines verantwortlichen Gewaltunterworfenen besteht nicht, auch nicht, wenn die Unterworfenheit der Grund der Selbstverletzung (insbesondere des Suizids) ist. Die Verantwortlichkeit des sich selbst Verletzenden entfällt nicht schon einer Freiheitsentziehung wegen, auch nicht beim unschuldig Inhaftierten (§ 35 Abs. 1 Satz 2 StGB, genauer oben 20/14). § 101 Abs. 1 Satz 1 und 2 StVollzG konstatieren keine Garantenpflicht zugunsten von Leib und Leben des Gefangenen, sondern zugunsten der Ordnung im Vollzug[151] (was aber nicht heißt, bei einer Ordnungsstörung im Zusammenhang mit einem Selbstverletzungsunternehmen, etwa einem Hungerstreik, sei dessen Unterbindung stets die angemessene Reaktion). Eine aus der Organisationsgewalt zu begründende Rettungspflicht besteht jedoch, wenn der Gewaltunterworfene nach einem gefährlichen Versuch der Selbsttötung seinen Sinn wandelt, insbesondere wenn durch den gefährlichen Selbsttötungsversuch die autoaggressiven Impulse verbraucht sind.

---

150 Vom 8. 3. 1971, BGBl. I S. 157.

151 Sehr streitig; die Lösung ist bei isolierter Betrachtung sowohl für den materiell unschuldigen Untersuchungsgefangenen als auch für die zahlreichen Fälle eines ernsthaften, aber erfahrungsgemäß mit der Zeit überwindbaren Suizidwillens zweifelhaft; sie kann nur als Grenzfall der Selbstverantwortung gerechtfertigt werden. Im Ergebnis wie hier *Schönke-Schröder-Eser* Rdn. 45 vor § 211; *Wagner* Selbstmord S. 141 f, 153; *Bemmann* Klug-Festschrift S. 563 ff, 568 f; *Ostendorf* Hungerstreik S. 161 ff; *ders.* GA 1984 S. 308 ff, 320 f; differenzierend *Bottke* Suizid S. 209 ff; — zwischen „Bilanzselbstmord" und — wie zu ermittelndem? — „ambivalentem Selbstmord" differenzierend *Kühne* NJW 1975 S. 671 ff; — gegen jederlei Pflicht zur Zwangsernährung mit beachtlichen Argumenten *Tröndle* Kleinknecht-Festschrift S. 411 ff, 417 ff. — *A. A.* OLG Koblenz NJW 1977 S. 1461 ff, 1462 f; *Nöldeke* und *Weichbrodt* NStZ 1981 S. 281 ff; eingehend *Herzberg* ZStW 91 S. 557 ff; wohl auch *Geppert* Jura 1982 S. 177 ff, 185, jeweils mit Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

b) Staatszwecke

76 aa α) Der Staat wird durch diejenigen Leistungen definiert, die er unverzichtbar zu erbringen hat: *elementare Versorgung, äußere und innere Sicherheit,* die *Grundprinzipien der Rechtsstaatlichkeit.* So wie die Gestalt der nichtstaatlichen elementaren gesellschaftlichen Institutionen garantiert ist (oben 29/57, 59 bis 73), so bedürfen auch die elementaren staatlichen Einrichtungen einer Garantie: Der Staat hätte sonst keine bestimmte Gestalt und trüge also zur Leistung von Erwartenssicherheit nichts bei[152]. Nicht alle staatlichen Leistungen sind garantiert, auch nicht alle, auf die ein Rechtsanspruch besteht (wie ja auch nicht jeder Vertrag ein besonderes Vertrauen begründet), sondern nur die unverzichtbaren[153]. Unverzichtbar sind alle Staatsleistungen, die vom Staat (Kommunen eingeschlossen) ohne Blick auf die Finanzkraft spätestens dann selbst erbracht werden müssen, wenn nichtstaatliche Anbieter ausfallen. Daß dieser Rahmen ungenau ist, gibt zwar einen Grund, das Unverzichtbare eng zu schneiden, nicht aber, auf die Garantie der Leistung staatlicher Institutionen überhaupt zu verzichten; nicht, *ob* der Staat eine Gestalt hat, kann streitig sein, sondern nur, *welche* es im Grenzfall ist. Beispiele: Steuereinzug ist nur *faktisch* unverzichtbar; der Staat wird durch diese Leistung nicht definiert. Also sind die Einzugsbehörden nicht *per Institu-*

---

152 Siehe dazu auch oben 29/Fn. 53 zu *Gallas.*

153 Die ehemals zentral abgehandelten Amtspflichten wurden zwischenzeitlich vernachlässigt; dazu kritisch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 362 f; siehe aber *Böhm* Rechtspflicht S. 70 ff; *Schmidhäuser* AT 16/61; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 204 ff, 208 ff und passim; *Hüwels* Gesetzesvollzug S. 145 ff. — In neuerer Zeit finden sich umfassende Konkretisierungsversuche, ohne daß jedoch im Grundsatz Einigkeit erzielt worden wäre.

Schultz Amtswalterunterlassen, bindet die Garantenstellung des Amtsinhabers an zwei Bedingungen: Zum einen soll nur eine Pflicht zur definitiven Erfüllung (nicht allein zur Vorbereitung) der staatlichen Aufgabe hinreichen (S. 80 ff, 94); zum anderen soll nur bei Aufrechterhaltung einer Gefahr oder Übernahme ihrer Beseitigung eine Garantenstellung vorliegen (S. 135 ff, 152). Die erste Bedingung knüpft an offensichtliche Zufälligkeiten der Arbeitsteilung an (etwa daran, ob ein Feuerwehrmann, je nach der Größe des Brands, sogleich löschen oder erst einmal Schläuche verlegen oder weitere Hilfe holen muß). Sie wird von *Schultz* je nach Bedarf auch prompt preisgegeben (S. 91, der Vorgesetzte soll auch dann Täter sein, wenn er die Leistung nur vorzubereiten — etwa anzuordnen — hat). Die zweite Bedingung überspielt (vergleichbar dem Ansatz von *Schünemann,* oben 29/Fn. 53; *Schultz* S. 145) den gesamten Bereich institutioneller Pflichten, die von *Schultz* zu Pflichten kraft Organisationszuständigkeit zurechtgeschnitten werden. Weil aber häufig weder eine Organisationsalternative des Verpflichteten noch eine solche des Begünstigten besteht, ist *Schultz* genötigt, die Aufrechterhaltung der Gefahr oder die Übernahme der Rettung zu fingieren (so soll etwa im Umweltstrafrecht die „gefahrschaffende Disposition" der bestehenden Wasserbehörden im Verzicht der „Allgemeinheit" auf „Schaffung kompetenter Wasserbehörden" bestehen, S. 167; ähnlich für Polizei, Gesundheitswesen u. a. m. passim). Es kommt aber nicht darauf an, welche (realen oder fiktiven) Alternativen es zum Staat und für den Staat bei seinem Handeln gibt, sondern durch welche Leistungen er definiert wird.

Nach *Sangenstedt* erweist sich „das strafrechtliche Einstehenmüssen für verbotene Aktivität als Kehrseite und Korrelat der Entscheidungshoheit des Menschen über seine Körperbewegungen" (Garantenstellung S. 378). Dementsprechend soll es bei der Unterlassung um eine „‚Herrschaft' über eine risikoträchtige dingliche Sphäre" gehen (S. 381), und zwar zur Sicherung wie zur Obhut (S. 415). Alles andere könne allenfalls als „sekundäres" Garantieverhältnis durch Übertragung des skizzierten primären Verhältnisses entstehen; solche Übertragung bejaht *Sangenstedt* für Feuerwehr (S. 597 ff), Polizei (S. 606 ff) und Wasserbehörden (S. 633 ff). — Entscheidungshoheit über den Körper als Faktum ist freilich schiere Natur (wäre dies maßgeblich, so wäre jeder faktische Abwendungsmonopolist ein Garant), als *Zuständigkeit* für den Körper ist sie ein normatives Problem: Auch das Unrecht des Begehungsdelikts ist — wie spätestens die Lehre von der objektiven Zurechnung zeigen sollte — kein naturwüchsiges Ereignis. Man kann deshalb nicht am Begehungsdelikt Zurechnung besser „sehen" als am Unterlassungsdelikt. Den nach seiner Lehre — wegen der Vernachlässigung der gesellschaftlichen Perspektive — unterminimalen Umfang der primären Garantenstellungen korrigiert *Sangenstedt* notdürftig durch das uferlose und zudem seinem System fremde Kriterium für sekundäre Garantieverhältnisse: durch die „soziale und rechtliche Notwendigkeit" (S. 437).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

tion Garanten (siehe aber unten 29/77 a). — Gesetzwidrig unterlassene Filmförderung ist nicht Nötigung (keine unverzichtbare Leistung), unterlassene Ermöglichung jeglichen Schulbesuchs eines Kindes hingegen wohl.

77 β) Die Erscheinung des Staats ist gegliedert. Deshalb betrifft eine Garantie der Normbefolgung nur diejenige Behörde, zu deren amtlichem Bereich die Normanwendung gehört. Beispiel: Die allgemeine Pflicht jedes Beamten, Mißständen entgegenzuwirken und dementsprechend dienstlich relevante Straftaten seiner Untergebenen anzuzeigen, ist keine Garantenpflicht, obgleich diejenigen Behörden, denen die Strafverfolgung amtlich obliegt, Garanten nach den §§ 258, 258 a, 13 StGB sind. — Durch Normen, die bloße Voraussetzungen amtlicher Tätigkeit regeln, nicht aber die Tätigkeit selbst, wird der Staat nicht definiert. Aus diesem Grund sind diejenigen beamtenrechtlichen und allgemeinen verwaltungsrechtlichen Normen nicht garantiert, die — ohne zu einem bestimmten Amt zu gehören — im Interesse einer allgemeinen Effektivität der Verwaltung eine Beschleunigung der Dienstgeschäfte oder einen vollen Einsatz der Arbeitskraft gebieten. Beispiel: Die nicht pünktliche Freigabe einer Importsendung mit Medikamenten durch den Zoll ist nicht Körperverletzung durch Unterlassen am Empfänger der Sendung, der mangels medikamentöser Versorgung weiterhin Schmerzen erleidet.

77a γ) Neben genuin staatliche Pflichten — wie neben jede andere Pflicht — können weitere institutionell oder durch Organisation begründete Pflichten treten. So kann die vom Staat praktizierte Sorge für die elementare Sicherheit zugleich eine Pflicht aus besonderem Vertrauen eröffnen[154]. — Fehlt eine staatliche Pflicht, so können die für den Staat Handelnden trotzdem aus einem anderen Pflichtengrund einstehen müssen. Insbesondere Pflichten aus besonderem Vertrauen und, wichtiger noch, aus Organisation erwachsende Pflichten binden auch außerhalb des Bereichs der genuin staatlichen Pflichten. Beispiele: Obgleich die Erhaltung der Finanzkraft durch Steuereinzug und die Erhaltung staatlichen Eigentums nicht zu den unverfügbaren Staatsaufgaben zählen, müssen Finanzbeamte als Garanten Steueransprüche durchsetzen oder die Hausinspekteure des Bundestags als Garanten einen Brand melden; sie wären ja auch als Inkassobeauftragte oder als Sicherheitsbeauftragte privater Unternehmen als Garanten verpflichtet.

77b δ) Welcher Amtsträger innerhalb des Staats und innerhalb einer Behörde dafür zuständig ist, die Garantenpflichten zu erfüllen, richtet sich nach den Kriterien, die zum garantie*vermittelnden* Vertrauen bereits genannt wurden (oben 29/79).

77c bb α) Die *elementare Versorgung,* die der Staat als Garant zu leisten hat, umfaßt nicht seine gesamte fürsorgerische Tätigkeit, sondern nur den Bereich der Sorge zum Schutz gegen drastische Gefahren, bei denen eine individuelle Sicherung ausscheidet, mögen auch kollektive Sicherungen neben denjenigen des Staats betrieben werden (etwa durch karitative Organisationen, durch ärztliche Standesorganisationen[155] etc.). Es geht um Sicherungen vor Naturkatastrophen oder Großbränden, massiven Gefähr-

---

154 Wenn der Staat zum Schutz *öffentlich verwalteter* Güter Straftatbestände schafft, legt er damit den potentiellen Tätern die Pflicht auf, ihre Organisation nur noch mit Rücksicht auf die betreffenden Güter zu gestalten. In der Regel würde sich der Staat bei dieser Lage widersprüchlich verhalten, wenn er die Pflicht der öffentlichen Verwaltung schwächer definieren würde; mit anderen Worten, die öffentliche Verwaltung von Gütern, deren Beeinträchtigung strafbewehrt ist, erfolgt vom Staat als Garant (besonderes Vertrauen). Umgekehrt argumentiert *Rudolphi* Dünnebier-Festschrift S. 561 ff, 578 f: Die Strafbewehrung mache Garanten überflüssig. Das gilt jedenfalls nicht bei schutzlosen Gütern; denn ansonsten brächte die Strafbewehrung per Saldo keinen Gewinn (Sind Eltern keine Garanten zur Verhütung einer Straftat an ihren Kindern, weil diese Straftat per se schon verboten ist?).

155 Zum ärztlichen Notdienst siehe oben 29/Fn. 102.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

dungen oder gar Verletzungen der Umwelt[156], schweren Unfällen und gefährlichen Krankheiten, ferner um Rettungsunternehmen im Fall des Eintritts eines entsprechenden Unglücks. Beispiele: Der Fahrer des kommunalen Krankenwagens muß als Garant den Infarktpatienten ins Krankenhaus transportieren. — Die kommunale Feuerwehr muß als Garantin löschen.

Drohende Schäden geringeren Gewichts sind nicht erfaßt; hier reichen individuelle Sicherungen hin (bei privaten Gütern etwa Schadensversicherungen). Beispiel: Der Staat muß sich nicht als Garant um Armknochenbrüche seiner Bürger kümmern (aber eine öffentliche Klinik wird in solchen Fällen in der Regel per besonderes Vertrauen Garant sein).

77d β) Die *äußere* und die *innere Sicherheit* sind Hauptzwecke des Staats. Ihretwegen begibt sich der aufgeklärte Mensch in den Status des Bürgers, beschränkt also seine natürliche Freiheit zum Gebrauch von Notrechten und leistet den Gesetzen Gehorsam. Der bürgerliche Staat wird durch seine Pflicht der Leistung von Sicherheit definiert, solange er überhaupt vorhanden ist. Wäre der Staat, wie einige annehmen, nur wie jedermann nach den §§ 138, 323 c StGB verpflichtet[156a], so nähme diese Beschränkung dem Verzicht der Bürger die Geschäftsgrundlage: oboedientiae finis est protectio (*Hobbes*, Leviathan Kapitel 21). Die Polizei ist also Garant zum Schutz vor Delinquenz[156b]; soweit sie höherrangige Ziele verfolgt, ist sie durch Pflichtenkollision gerechtfertigt, und zwar — soweit die Polizeigesetze entsprechendes anordnen — nach pflichtgemäßem Ermessen. Zudem geben Bagatellangriffe keinen Anlaß für eine Staatsgründung; Prävention der Bagatellkriminalität wird demgemäß vom Staat auch nicht per se institutionell garantiert. — Das Militär ist Garant für die äußere Sicherheit.

77e γ) Die *Grundprinzipien der Rechtsstaatlichkeit* sind nur insoweit garantiert, als sie sich auf die ihrerseits garantierte Staatsgestalt beziehen; ansonsten wäre über den

156 Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht ist heftig umstritten. Zu Besonderheiten der Beteiligung bei fehlerhaften Erlaubnissen siehe oben 16/29 f. — An der Zugehörigkeit der Sicherheit der Umwelt zur elementaren Sicherheit wird man nach gegenwärtigem Verständnis kaum vorbeikommen. Weiterhin gehört Umweltschutz als Schutz vor Umweltstraftätern zum Schutz vor Delinquenz (unten 29/77 d). Das deckt freilich nur den Bereich massiver Gefahren ab. Für den restlichen Bereich wird in der Regel ein anderer Haftungsgrund gegeben sein (oben 29/76). — Die Bedenken gegen eine Garantenstellung resultieren meist aus einer prinzipiellen Ablehnung institutioneller Zuständigkeit, also aus einer Unterschätzung der Bedeutung von „Rolle" bei zumeist gleichzeitiger Überschätzung der Bedeutung von „Herrschaft". Ablehnend (hauptsächlich zu Wasserbehörden) *Rudolphi* Dünnebier-Festschrift S. 561 ff, 571 ff; *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 54 d; *Schünemann* wistra 1986 S. 236 f, 244 (mit der in sich verfehlten Weiterführung, nur bei Erteilung einer später durch Wandel der Verhältnisse fehlerhaft werdenden Erlaubnis sei die Behörde Garant: Der Wandel wird nicht beherrscht!) mit weiteren Nachweisen S. 242 Fn. 71; *Geisler* NJW 1982 S. 11 ff, 13 ff; *Immel* Verantwortlichkeit S. 169 ff, 211 f; *Weber* Verantwortlichkeit S. 55 f. — Hauptsächlich wie hier die überwiegende Ansicht; OLG Frankfurt JR 1988 S. 168 ff, 171 f (mit Anmerkung *Keller* aaO S. 172 ff); Generalstaatsanwalt Celle NJW 1988 S. 2394 ff, 2395 f; LG Bremen NStZ 1982 S. 164 f (mit insoweit zustimmender Anmerkung *Möhrenschlager* aaO S. 165 f und zustimmender Besprechung *Ranft* JZ 1987 S. 908 ff, 916); *Horn* NJW 1981 S. 1 ff, 5 ff; *Hüwels* Gesetzesvollzug S. 145 ff (mit zutreffender Kritik der hiesigen Vorauflage S. 178 ff); *Meinberg* NJW 1986 S. 2220 ff, 2223 f; *Winkelbauer* NStZ 1986 S. 149 ff, 151; *Lackner* Anmerkung 5 a bb und 5 b vor § 324; *Schönke-Schröder-Cramer* Rdn. 39 ff vor § 324; *AK-Seelmann* § 13 Rdn. 139; *LK-Steindorf* § 324 Rdn. 63 ff mit weiteren Nachweisen; siehe auch *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 164 ff.

156a So *Rudolphi* JR 1987 S. 336 f gegen BGH NJW 1987 S. 199; *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 54 c; ebenso *Ranft* JZ 1987 S. 908 ff, 914 ff; im Ergebnis auch *Herzberg* Unterlassung S. 356; siehe auch *Gallas* Studien S. 84. — Die von *Rudolphi* (aaO S. 339) gesuchte „besondere Abhängigkeitsbeziehung" entsteht beim Eintritt in den bürgerlichen Zustand!

156b BGH 8 S. 187 ff, 189; *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 27; *Jescheck* AT § 59 IV 3 c und 4 c; *AK-Seelmann* § 13 Rdn. 139; *Schönke-Schröder-Stree* § 13 Rdn. 52; *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 160 ff (mit Einschränkungen, die dem Ermessen des Beamten gelten); differenzierend *Schünemann* Grund und Grenzen S. 363; streitig.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Gleichheitssatz und das Prinzip der Gesetzlichkeit der Verwaltung sämtliches nichtlegislative Staatshandeln garantiert. § 357 StGB und § 41 WStG ist zu entnehmen, daß Vorgesetzte Straftaten der Untergebenen im Amtsbereich (wenn auch nicht schlechthin jede Gesetzesverletzung) zu verhüten haben[156c], und zwar unter zutreffender — Pflichtdelikt! — Nivellierung der Beteiligungsform (siehe auch § 340 StGB).

Gegen den fürsorgenden Staat entstehen garantierte Ansprüche überhaupt nur im rechtsstaatlichen Rahmen. Die Grundprinzipien der Rechtsstaatlichkeit haben deshalb praktisch nur Bedeutung, soweit der Staat selbst Ansprüche erhebt: Es geht um die Gesetzlichkeit und Gleichheit im Bereich des Gewalt-, genauer: Eingriffsmonopols; zu nennen sind die Gesetzesbindung der Richter und der sonst zu Entscheidungen und Vollstreckungen[156d] berufenen Personen, ferner das Legalitätsprinzip[156e] bei der Strafverfolgung wie bei der Strafvollstreckung[156f] (siehe § 120 Abs. 2 StGB) sowie die Gesetzesbindung bei jedwedem sonst eingreifenden Verhalten. Diese Garantenpflichten sind das Synallagma des Verzichts auf unbeschränkte Selbsthilfe (Privatjustiz) und der Pflicht der Bürger, legale Eingriffe zu dulden.

IV. Die objektive Zurechnung; 2. Fortsetzung: Die Entsprechensklausel

Literatur

Siehe zu III

78 1. Die Unterlassung des Einstandspflichtigen, einen Erfolg abzuwenden, muß der Erfolgsherbeiführung durch Begehung *entsprechen*, d. h. — wie schon oben 29/2 ausgeführt —, auch für die Bindung der tatbestandlich beschriebenen Handlung an eine bestimmte Art und Weise des Vollzugs muß die Unterlassung ein Korrelat bieten (sogenannte verhaltensgebundene Delikte[157]).

Die Bildung eines Korrelats bereitet keine Schwierigkeiten und ist nur eine Spezifizierung des Umfangs der Einstandspflicht, soweit die Verhaltensbindung in (a) aufeinander aufbauende (mehraktige Delikte) oder (b) parallele Kausalverläufe aufgelöst werden kann und der Unterlassende Garant ist, den Verlauf insgesamt zu hindern[158]. Beispiele: (zu a) Der Vater, der nicht verhindert, daß sein Kind ausgeraubt wird, ist

---

156c Dazu *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 156 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 994.

156d RG 61 S. 229 ff, 230; 71 S. 31 ff.

156e Die Rechtsprechung bejaht eine Pflicht auch bei privat erlangtem Wissen der Verfolgungsorgane, soweit nach Abwägung des öffentlichen Interesses an der Verfolgung gegen ein gegebenenfalls vorhandenes privates Interesse an der Untätigkeit ersteres Interesse überwiegt (BGH 5 S. 226 ff, 229; 12 S. 277 ff, 280; BGH JR 1989 S. 430 ff, 432; OLG Köln NJW 1981 S. 1974 f). Aber die Pflicht des Beamten zur Verwertung privat erworbenen Wissens ist keine Garantenpflicht, da der Beamte das Wissen nicht wegen seines Amts erfährt und deshalb die gerade seinem Amt (nicht ihm persönlich oder ihm in seiner Eigenschaft als Beamter) geltende Erwartung durch seine Untätigkeit auch nicht enttäuscht. — Streitig; im Ergebnis wie hier *SK-Samson* § 258 a Rdn. 11 ff; *Geerds* Schröder-Gedächtnisschrift S. 389 ff, 394 ff; *Krause* GA 1964 S. 110 ff; *ders.* JZ 1984 S. 548 ff, 550; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 538 ff; *Wagner* Amtsverbrechen S. 296 ff, jeweils mit Nachweisen; siehe auch zum Sonderwissen 7/49 ff und 29/14.

156f Nachweise zu den Grenzen der Pflicht bei *Kusch* NStZ 1985 S. 385 ff.

157 Eingehend *Herzberg* Unterlassung S. 60 ff; *Nitze* Bedeutung S. 165 ff; siehe auch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 368 ff; *ders.* ZStW 96 S. 287 ff, 312 ff; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 63 f; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 18 ff und die schon oben 29/Fn. 14 bis 16 Genannten.

158 Nach diesen Regeln erledigt sich auch die höchst streitige Behandlung der Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger durch Unterlassen, §§ 180, 13 StGB: Die Eltern sind — Überschreitung des Erzieherprivilegs (§ 180 Abs. 1 Satz 2 StGB) vorausgesetzt — verpflichtet, *jede* Gelegenheit für sexuelle Handlungen zu verhindern; ihr Nicht-Einschreiten ist also stets Gewährung von Gelegenheit durch Unterlassen. — Gegen eine Garantenstellung per „Hausrecht" siehe oben 29/37.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

(mangels Zueignungsabsicht nicht Täter, sondern) Gehilfe durch Unterlassen zum Raub (§§ 249, 13, 27 StGB); er hat das Unterbleiben einer durch Gewalt oder Drohung ermöglichten Wegnahme zu garantieren. (zu b) Wer die konkret gemeingefährliche Explosion einer Bombe mit der Folge des Todes eines Menschen nicht verhindert, tötet mit gemeingefährlichen Mitteln (§ 211 Abs. 2, 2. Fallgruppe a. E. StGB), so er Garant zur Vermeidung des Todes wie der Gemeingefahr ist, etwa als Feuerwerker[158a] (anders — nur Garant für das Opfer — wenn dessen Eltern unterlassen).

79 2. Sonderprobleme des Entsprechens bieten aber eigenhändige oder formulierungsmäßig eigenhändige Delikte. Sie können nur beschränkt durch Unterlassen begangen werden, da Täterschaft bei diesen Delikten eine körperliche Beteiligung voraussetzt. Haftung für täterschaftliches Unterlassen bleibt möglich, soweit eine Pflicht verletzt wird, die — dann stattfindende — eigene körperliche Beteiligung nicht zu hindern[159]. Beispiel: Der betrunkene Steuermann auf der Brücke, der vom Kapitän zur Überwachung des Autopiloten bestellt wird, weist den Kapitän nicht auf seine Trunkenheit und die Notwendigkeit anderweit zu besorgender Überwachung hin (§ 316 StGB; bei dieser technischen Gestaltung führt das Fahrzeug im Sinne von § 316 StGB, wer für die Überwachung zuständig und am Überwachungsort ist). — Ansonsten bleibt bei gegebener Haupttat die Möglichkeit von Teilnahme. Dabei entstehen Haftungsdifferenzen, die material nicht gerechtfertigt, aber des Gesetzeswortlauts wegen hinzunehmen sind: Wer selbst betrunken ein Auto führt, haftet als Täter nach § 316 StGB; wer als Halter nicht hindert, daß ein anderer mit Vorsatz betrunken ein Auto führt, haftet abgeschwächt als Gehilfe (§§ 316 Abs. 1, 13, 27, 49 Abs. 1 StGB); wer als Halter nicht hindert, daß ein anderer unvorsätzlich betrunken ein Auto führt, haftet nicht wegen einer Trunkenheitsfahrt, da es für Beihilfe an einer Haupttat und für mittelbare Täterschaft an einer eigenen körperlichen Beteiligung fehlt[160].

80 3. Sonderprobleme bieten ferner Delikte, die durch Abgabe einer Information begangen werden (Aussagedelikte, §§ 153 ff StGB; Beleidigung, §§ 185 ff StGB[161]; Betrug, § 263 StGB[162]). Eine dem Begehen entsprechende Informationsabgabe ist möglich, wenn der Täter es unterläßt, aus seinem Organisationskreis nach außen dringende Informationen zurückzuhalten[163]. Beispiel: Der Chef hindert nicht, daß die Sekretärin den als Entwurf gedachten, beleidigenden oder täuschenden oder eine falsche eidesstattliche Versicherung enthaltenden Brief expediert.

Ein dem Begehen entsprechendes Unterlassen ist ferner möglich, wenn das Ausbleiben eines Signals seinerseits Informationswert hat. So verhält es sich, wenn es nach den üblichen Regeln der Kommunikation unter Menschen Sache des Täters ist, ein Geschehen für den Fall mitzuteilen, daß nicht der Kommunikationspartner das Ausbleiben des Geschehens annehmen soll. Zur Unterlassungshaftung muß der Täter auch Garant dafür sein, daß der Kommunikationspartner auf die üblichen Regeln vertrauen darf[164].

158a *A. A. Nitze* Bedeutung S. 171 f.

159 So auch zu Delikten des 13. Abschnitts, §§ 174 ff StGB, *Schünemann* Grund und Grenzen S. 370.

160 BGH 18 S. 6 ff; *a. A. Schröder* v. Weber-Festschrift S. 233 ff, 239.

161 Siehe *Herzberg* Unterlassung S. 82 ff; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 368 ff; *Hirsch* Ehre und Beleidigung S. 238 ff; *Nitze* Bedeutung S. 178 f.

162 Sehr streitig; zur abweichenden Ansicht umfassend *LK-Lackner* § 263 Rdn. 68 ff mit Nachweisen. Beim Verzicht auf ein Informationsverhalten lassen sich jedoch die Fälle des (von einer Information) isolierten täuschenden Sacharrangements (sogenannte ignorantia facti) nicht mehr ausgrenzen. — *Bockelmann* Eb. Schmidt-Festschrift S. 437 ff verlangt eine Einflußnahme auf die Vorstellungsbildung (S. 440); *ders.* NJW 1961 S. 1934 f, aber nicht notwendig durch Information. — Im Ergebnis hauptsächlich wie hier *Herzberg* Unterlassung S. 70 ff; siehe auch *Nitze* Bedeutung S. 179 ff.

163 *Herzberg* Unterlassung S. 81 f, 85 ff; *Böhm* Rechtspflicht S. 19 ff.

164 Der Informationsgehalt des Unterlassens dürfte oft von einer Garantenstellung abhängig sein und

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Beispiel[165]: Der in die Bahn neu Zugestiegene (Ingerenz) schweigt auf die Frage des Schaffners nach den neu Zugestiegenen.

Das bloße Vorenthalten einer Information ist hingegen nicht begehungsgleich. Beispiel: Wer pflichtwidrig den Brief nicht absendet, der das ahnungslose Betrugsopfer aufklären würde, betrügt nicht täterschaftlich durch Unterlassen. — Da eine Teilnahme an den genannten Delikten schon bei Begehung keine Informationsabgabe voraussetzt, richtet sich der Rahmen der Teilnahme durch Unterlassen nach allgemeinen Grundsätzen[166]. Beispiel: Der Vater, der es nicht hindert, wenn sein Sohn massiv betrogen wird (also nicht in einer noch zu Erziehungszwecken duldbaren Weise), haftet wegen Beihilfe.

4. Die bezeichneten Fallgruppen schließen die Problematik des Entsprechens nicht **81**
ab[167]; weitere Einzelheiten können jedoch nur zusammen mit einer Interpretation der einzelnen Delikte im BT bezeichnet werden. — Zu den subjektiven Modalitäten siehe unten 29/91 f.

V. Der subjektive Tatbestand

Literatur

H. Fünfsinn Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht, 1985; *G. Geilen* Unterlassene Verbrechensanzeige und ernsthafte Abwendungsbemühung — BGHSt. 19, 295, JuS 1965 S. 426 ff; *G. Grünwald* Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, H. Mayer-Festschrift S. 281 ff; *W. Hardwig* Vorsatz bei Unterlassungsdelikten, ZStW 74 S. 27 ff; *R. D. Herzberg* Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1971 S. 881 ff; *ders.* Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *G. Jakobs* Fallbesprechung, JuS 1969 S. 485 ff; *ders.* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *ders.* Unterlassung und Vorsatz, v. Weber-Festschrift S. 207 ff; *Arthur Kaufmann* Bemerkungen zum Irrtum beim unechten Unterlassungsdelikt, JZ 1963 S. 504 ff; *J. Krümpelmann* Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, Beiheft ZStW 1978 S. 6 ff; *L. Kuhlen* Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum, 1987; *E.-J. Lampe* Die Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht, ZStW 79 S. 476 ff; *C. Roxin* Literaturbericht, ZStW 78 S. 214 ff; *F. Schaffstein* Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, OLG Celle-Festschrift S. 175 ff; *W. Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1974; *ders.* Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit, JZ 1977 S. 150 f; *G. Spendel* Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, JZ 1973 S. 137 ff; *E. Struensee* Die Struktur der fahrlässigen Delikte, JZ 1977 S. 217 ff; *K. Ulsenheimer* Strafbarkeit des Garanten bei Nichtvornahme der einzig möglichen, aber riskanten Rettungshandlung — BGH bei Dallinger, MDR 1971, 361, JuS 1972 S. 252 ff; *E. A. Wolff* Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965.

---

bei gegebenem Informationsgehalt dürfte eine Garantenstellung (Sicherungspflicht im Organisationskreis) teils wegen des Informationsgehalts bestehen. Trotzdem kann weder die Einstandspflicht das Entsprechen ersetzen noch umgekehrt; *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 18; *a. A.* (Entsprechen ersetzt Einstandspflicht) *Herzberg* Unterlassung S. 68 ff.

165 Siehe auch BGH NJW 1958 S. 229 (zu § 351 StGB a. F.): Dem unrichtigen Führen eines Handelsbuchs entspricht das Weglassen von einzelnen Eintragungen, nicht aber das Unterlassen, überhaupt ein Buch zu führen, im letzteren Fall fehlt der Informationswert des Verhaltens.

166 Teils streitig; gegen die Möglichkeit einer Beteiligung an fremder Beleidigung durch Unterlassen *Roxin* Täterschaft und Tatherrschaft S. 480 f; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 368 f; wie hier *Hirsch* Ehre und Beleidigung S. 241.

167 Siehe zu § 268 Abs. 3 StGB BGH 28 S. 300 ff, 306 ff, wonach die Nicht-Beseitigung eines ohne Fremdeinwirkung entstandenen Gerätedefekts keine „störende Einwirkung" sein soll (sehr zweifelhaft).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

A. Der Unterlassungsvorsatz

82 1. Auch beim Unterlassungsdelikt ist Vorsatz das ernsthafte Urteil, daß die Verwirklichung des objektiven Tatbestands (mindestens) nicht unwahrscheinlich ist[168]. Das wird freilich in mehrfacher Weise angezweifelt.

Teils wird für den Vorsatz beim Unterlassungsdelikt ein Unterlassungsentschluß oder eine Unterlassungsentscheidung postuliert[169]. Das ist verfehlt, da ein Entschluß oder eine Entscheidung — sollen sie mehr sein als Kenntnis des Kommenden[170] — vom Täter nur bei einer Verhaltensalternative vollzogen wird, bei der nicht von vornherein nur eine Variante überhaupt erwägenswert ist[171]. Dementsprechend ist schon für das Begehungsdelikt eine Entscheidung nicht konstitutionell. Beispiel: Der Autofahrer, der sieht, wie er eine Katze überfährt, entscheidet sich nicht für eine Sachbeschädigung, wenn ihn der Tod des Tiers so wenig berührt, daß mehr als die Kenntnis vom Vorgang nicht stattfindet, mag das Überfahren eine Handlung (Lenken) oder eine Unterlassung (Nicht-Bremsen) sein.

83 2. Da bei der Begehung immerhin die Handlung zwecktätig gewollt wird (allerdings nicht immer auch die Tatbestandsverwirklichung, oben 8/7 ff, und selbst die Handlung nicht ausnahmslos, nämlich nicht bei den Automatismen), bei der Unterlassung jedoch mangels eines tauglichen Gegenstands — der Unterlassende vollzieht die Rettungshandlung *nicht* — nichts zwecktätig gewollt werden kann, wird teils die Brauchbarkeit des Vorsatzbegriffs für die Unterlassungsdelikte überhaupt bestritten[172]. Eine vorsätzliche Unterlassung könne es bei diesem Befund nicht geben, sondern allenfalls eine quasi-vorsätzliche, und diese sei nicht zu bilden, indem man im Unterlassungsbereich das Gegenstück der Verhaltensform Vorsatz suche, sondern das Gegenstück des Vorsatzes als gegenüber der Fahrlässigkeit schwererer Vorwurfsgegenstand[173]. Bei dieser Abkoppelung von der Vermeidbarkeitsform und Ankoppelung ans Materiale hat die (dann nur noch: Quasi-) Vorsätzlichkeit der Unterlassung nicht nur nichts mit einem Entschluß oder einem zwecktätigen Wollen zu tun, sondern auch nicht notwendig etwas mit der Bewußtseinsseite eines Vorsatzes, also mit der Kenntnis der Tatbestandsverwirklichung. Der Gewichtung nach, so wird argumentiert, rangiere die Unterlassung, in einem erkannten Notfall Hilfe ausfindig zu machen, vor, zumindest aber gleich mit der Unterlassung, eine erkannte Hilfsmöglichkeit zu nutzen; denn gerade den Gleichgültigen oder gar feindlich Gesonnenen werde seine Einstellung daran hindern, sich seine Abwendungsmöglichkeiten zu vergegenwärtigen. Demnach sei für das gewichtigere, also für das quasi-vorsätzliche Verhalten nicht die Kenntnis der Abwendungsfähigkeit (der hypothetischen Rettungskausalität) zu verlangen, sondern nur die

168 Wie beim Begehungsdelikt zur Vollendung die Kausalität feststehen muß, zum Vorsatz aber die Voraussicht des Erfolgs als nicht unwahrscheinlich hinreicht, so muß auch beim Unterlassungsdelikt die hypothetische Kausalität des Verhaltens für die Erfolgsabwendung feststehen, während zum Vorsatz das Bewußtsein einer nicht auf Unwahrscheinliches gehenden Chance genügt; *a. A.* nur BGH JZ 1973 S. 173 f ohne nähere Begründung; gegen diese Entscheidung zutreffend *Spendel* JZ 1973 S. 137 ff, 143; *Herzberg* MDR 1971 S. 881 ff, 883; *Ulsenheimer* JuS 1972 S. 252 ff, 253 f; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 218.

169 *Hardwig* ZStW 74 S. 27 ff, 43 f, siehe aber auch S. 34 Fn. 6; *E. A. Wolff* Kausalität S. 52; *H. Mayer* AT § 38 III 2; so auch BGH 16 S. 155 ff, 159 als obiter dictum.

170 So allerdings definiert bei *Stratenwerth* AT Rdn. 1043.

171 *Lampe* ZStW 79 S. 476 ff, 511.

172 *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 66 ff, 110 ff, 120, 309 ff, der auf das Fehlen der Finalität (des Verwirklichungswillens) der Unterlassung abstellt, die Möglichkeit eines — nicht als rechtlichen Terminus fixierten — Wollens der Unterlassung aber einräumt, aaO S. 78 f und *ders.* v. Weber-Festschrift S. 207 ff, 207 Fn. 1, 221 f; *Welzel* Strafrecht § 27 A I 3, § 28 I 3 a und b; zur Unbrauchbarkeit des Begriffs des Wollens bei der Unterlassung siehe auch *Schmidhäuser* AT 16/90 Fn. 70.

173 *Armin Kaufmann* v. Weber-Festschrift S. 207 ff, 212; *ders.* Dogmatik aaO; *Welzel* Strafrecht aaO; siehe auch *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 180 Fn. 19.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Erkennbarkeit[174]. Beispiel: Wer bei Kenntnis eines fremden Verbrechenskomplotts nicht einmal nach einer Verhinderungsmöglichkeit (etwa Information der Polizei) suche, verdiene kein geringeres Unwerturteil als derjenige, der eine erkannte Verhinderungsmöglichkeit nicht nutze[175].

84 3. Nach der überwiegenden Ansicht wird die Möglichkeit eines Unterlassungsentschlusses mit der Folge, daß die Unterlassung gewollt ist, anerkannt, aber nicht für konstitutiv gehalten; wenn der Unterlassungstäter in Kenntnis der tatbestandsmäßigen Situation und seiner Fähigkeit zum Vollzug der gebotenen Handlung die Dinge treiben lasse, so reiche dieses Bewußtsein zum Vorsatz hin[176].

85 4 a) Die zuletzt genannte Lösung, die — jedenfalls der Formulierung nach — zum Vorsatz Kenntnis des gesamten gebotenen Verhaltens verlangt, wird den Fällen nicht gerecht, in denen ein komplexes Verhalten zur Erfolgsabwendung erforderlich ist und sich Maß und Art des Erforderlichen erst beim Vollzug des Verhaltens ermitteln lassen. Beispiel: Als ersten Schritt zur Rettung muß ein Bereitschaftsarzt einen ohnmächtigen Patienten untersuchen, erst dann kann er den nächsten Schritt überhaupt erkennen, etwa ob er detaillierter untersuchen muß oder operieren oder einen Spezialisten zuziehen etc. Hier besteht das gebotene Verhalten darin, sich mit dem ersten Schritt von dem folgenden Verhalten Kenntnis zu verschaffen.

86 b aa) Es kann deshalb nur noch darum gehen, ob zur vorsätzlichen Unterlassung mindestens das Bewußtsein gehört, überhaupt mit der Aussicht auf einen nicht unwahrscheinlichen Erfolg Hilfsmaßnahmen (zu denen auch eine bloße Prüfung der Lage gehört) *beginnen* zu können[177], oder ob es beim vorsätzlichen Unterlassungsdelikt keine Parallele zur Kenntnis der Kausalität beim vorsätzlichen Begehungsdelikt gibt. Für die letztgenannte Lösung spricht, daß mit der Kenntnis von Gefahr und Garantenstellung dem Täter die Voraussetzungen seiner Zuständigkeit bekannt sind und es nunmehr an ihm ist, „von der erkannten Situation her (. . .) sich zu entschließen, diese Situation zu verändern (. . .), und zu diesem Zweck die Möglichkeit (oder die Möglichkeiten!) des Eingreifens zu erwägen"[178]. Mit dieser Kenntnis der Zuständigkeit ist jedoch eine Lage beschrieben, die zur Handlung parallelisierbar ist und dort keine Lage vorsätzlichen Handelns darstellt: Der Täter kennt seine Handlung und kennt den Erfolg, bedenkt aber nicht den Kausalnexus. Beispiel: Ein Schiffskapitän schüttet für einen chemischen Betrieb regelmäßig Chemieabfälle in eine Meeresbucht; er sieht bei jeder Fahrt Massen toter Fische; den Konnex zwischen seinem Tun und dem Erfolg bedenkt er nicht. Daß hier bezogen auf das Handeln Vorsatz fehlt, ist unstreitig und wegen des § 16 Abs. 1 StGB auch de lege lata nicht zu bezweifeln. Beschränkt sich im Beispielsfall der Kapitän auf die Überwachung seiner Mannschaft, unterläßt er also, so muß ihm dementsprechend auch ein Vorsatz abgehen.

87 bb) Es bleibt also das materiale Argument, schon durch das Verlangen nach einem Bewußtsein des Unterlassungstäters, mit Hilfsmaßnahmen bei Aussicht auf einen nicht

174 Der Verzicht auf Kenntnis müßte bei konsequenter materialer Begründung allerdings auf Fälle beschränkt werden, in denen der Rettungsweg aus belastenden Gründen nicht erkannt wird. — Da auch die Kenntnis der tatbestandsmäßigen Situation aus belastenden Gründen fehlen kann, scil. bei Nicht-Rezeption aus Desinteresse an der Not, müßte auch insoweit eine Erkennbarkeit ausreichen. Vorsatz würde dann *voll* vom Bewußtsein der Tatbestandsverwirklichung gelöst und von einer Vermeidbarkeitsform zu einem Vermeidbarkeitsgewicht gewandelt.

175 *Armin Kaufmann* aaO; *Welzel* aaO; siehe auch *Geilen* JuS 1965 S. 426 ff, 427; *ders.* AT § 45.

176 BGH 19 S. 295 ff, 299; OLG Köln NJW 1973 S. 861 f, 862; *LK-Jescheck* Rdn. 89 vor § 13; *Jescheck* AT § 59 VI 2 b; *Grünwald* H. Mayer-Festschrift S. 281 ff, 294 f; *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 91; wohl auch *Bockelmann-Volk* AT § 17 C II.

177 So *Stratenwerth* AT Rdn. 1043; *SK-Rudolphi* Rdn. 24 vor § 13.

178 *Armin Kaufmann* v. Weber-Festschrift S. 207 ff, 229.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

unwahrscheinlichen Erfolg beginnen zu können, werde der Gleichgültige prämiiert; denn dem Gleichgültigen werde angesichts einer Notlage mangels Interesse seine Hilfsmöglichkeit nicht psychisch präsent werden. Dieses Argument gibt jedoch aus zwei Gründen keinen Anlaß zur Änderung des Ergebnisses. Einmal müssen die Gründe, die dem Täter die Kenntnis des Rettungswegs verbauen, nicht notwendig strafrechtlich belasten, sondern sie können auch verständlich und strafrechtlich neutral sein oder gar entlasten, etwa bei Ängstlichkeit oder Verwirrung[179]. Das materiale Argument paßt also nicht auf alle Fallkonstellationen. Zudem ist die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit nur eine *pauschalierende* Grenze der strafrechtlichen Gewichtung des Verhaltens; bei Rechtsgleichgültigkeit und Rechtsfeindschaft, die so ausgeprägt sind, daß der Täter nicht einmal die relevanten Tatsachen rezipiert, kennt auch das Begehungsdelikt trotz massiven Gewichts des Verhaltens kein Korrektiv dafür, daß mit dem Fehlen eines Bewußtseins der Folgen die Tatbestandskenntnis entfällt (Tatsachenblindheit, siehe oben 8/5). Will man das axiologische Gegenstück des Handlungsvorsatzes bei der Unterlassung ausmachen, so muß man die axiologischen Brüche, die sich schon auf der Handlungsseite finden, auch transformieren, d. h. die materiell nicht gerechtfertigte Privilegierung des Tatsachenblinden übernehmen, die § 16 StGB mit dem Erfordernis durchgehender Tatbestandskenntnis festschreibt[180]. Die Kenntnis der Abwendungsfähigkeit ist also zum Vorsatz unverzichtbar. Beispiel: Stellt sich ein Polizist einem flüchtenden Autofahrer in den Weg und erkennt der Fahrer nicht, daß der Polizist überfahren und getötet werden könnte, so scheidet Vorsatz — unstreitig — aus; erkennt der Fahrer die Möglichkeit der Todesfolge, aber ohne die eigene Vermeidbarkeit zu erkennen, weil er etwa (ob vor lauter Angst oder vor lauter Sadismus zählt gleich) den Tod nicht mit seinem eigenen Niedertreten (Handlung) des Gaspedals verknüpft oder nicht mit dem ihm möglichen Bremsen (Unterlassung; nur diese Variante ist streitig), fehlt Vorsatz gleichfalls.

88 5. Das Bewußtsein beim Unterlassungsdelikt muß nicht reflektiert sein; wie beim Vorsatz des Begehungsdelikts reicht sachgedankliches Bewußtsein[181]. Insbesondere kann die Beeinflußbarkeit als Eigenschaft eines Vorgangs zu dessen Essentialien gehören, so daß mit der Kenntnis des Vorgangs die Beeinflußbarkeit mit gekannt ist. Dies ist hauptsächlich bei Vorgängen der Fall, bei denen schon die alltäglich vorgenommene, sozialadäquate Ausgestaltung einen ständigen Wechsel von Aktivität und Unterlassung bringt. Beispiele sind das Führen eines Fahrzeugs oder das Versorgen eines Kleinkinds.

89 6 a) Die Garanten*pflicht* ist nicht Gegenstand des Tatbestandsvorsatzes. Das Bewußtsein einer Gebotsübertretung ist das Bewußtsein des Unrechts eines Unterlassungsdelikts, wie beim Begehungsdelikt das Bewußtsein von der Verbotsübertretung Unrechtsbewußtsein ist; beide gehören zur Schuld (Schuldtheorie). Wohl aber gehört die Kenntnis der Garanten*stellung* als Kenntnis der Merkmale, die den Garanten kennzeichnen, zum Vorsatz; denn diese Merkmale bestimmen den Umfang eines Organisationskreises (bei der Haftung kraft Organisationszuständigkeit) oder den Umfang

---

179 *Stratenwerth* AT Rdn. 1047.

180 *Grünwald* H. Mayer-Festschrift S. 281 ff, 296; *Jakobs* Studien S. 104 f; *ders.* Beiheft ZStW 1974 S. 6 ff, 8; *ders.* JuS 1969 S. 485 ff, jeweils mit Nachweisen.

181 Oben 8/10 ff und zudem *Grünwald* H. Mayer-Festschrift S. 281 ff, 294 f; *Roxin* ZStW 78 S. 214 ff, 248 ff, 259 f; *Herzberg* Unterlassung S. 224 ff; *LK-Schroeder* § 16 Rdn. 217; — wenn *Krümpelmann* anmerkt (Beiheft ZStW 1978 S. 1 ff, 20 f), damit werde nur eine „Schwäche im Präsenzgrad" überbrückt, nicht aber „fehlende inhaltliche Bestimmtheit", so ist dem zuzustimmen; mit der Kritik wird aber kein spezifischer Mangel des Unterlassungsdelikts bezeichnet, sondern der Vorsatz-Fahrlässigkeitsgrenze überhaupt.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

einer institutionell abgesicherten Sonderpflicht (bei der Haftung kraft institutioneller Zuständigkeit), sind also Elemente des Tatbestands[182] als Verbotsmaterie[183].

b) Bislang ist freilich wenig beachtet worden, daß die Merkmale, die eine Garanten- **90** stellung ergeben, sämtlich entweder normbezogen (bei Garantenpflichten kraft Organisationszuständigkeit) oder normgefüllt sind (bei Garantenpflichten kraft institutioneller Zuständigkeit), also sogenannte normative Tatbestandsmerkmale (oben 8/48 ff, 55 f), bei denen zur Merkmalskenntnis eine parallele Beurteilung der normativen Verbindung im Täterbewußtsein erforderlich ist. Es geht bei der Kenntnis der Garantenstellung nicht nur um das Bewußtsein von Tatsachen, sondern auch um die Kenntnis des sozialen Konnexes, in den die Tatsachen eingeordnet sind[184]. So gehört zum Vorsatz bei den Sicherungspflichten kraft Organisationszuständigkeit die — eventuell laienhafte — Kenntnis davon, daß die zu sichernde Gefahrenquelle in einem Bereich liegt, für den der Täter *zuständig* ist, zu den Rettungspflichten die Kenntnis von der Auslösung eines *nicht alltäglichen Risikos*. Zum Vorsatz bei den Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit gehört ein Verständnis der jeweiligen Institution, also z. B. der *Gemeinsamkeit* der Lebenswelt bei der Ehe oder der *Besonderheit der Erwartung* beim besonderen Vertrauen. Damit dürfte der Unterlassungstäter, so er Vorsatz hat und Rechtfertigungsgründe fehlen, in der Regel auch die materielle Rechtswidrigkeit seines Unterlassens kennen (wenn er nicht das Delikt überhaupt verkennt, auch als Begehungsdelikt). Beispiel: Wer weiß, daß er durch den Besitz eines Gebäudes andere von einem planvollen Umgang damit ausschließt, wird nur in Ausnahmefällen nicht wissen, daß eine Pflicht zur Sicherung rechtlich angebracht ist (so etwa bei maßvollem Irrtum über die Höhe des noch erlaubten Risikos oder in sonstigen Randfällen[185]). Die Lage gleicht derjenigen beim Begehungsdelikt: Auch dort wird ein Täter allenfalls in Grenzfällen dem Irrtum verfallen, er dürfe seinen Organisationskreis ohne Rücksicht auf fremde Güter (die er als Güter erkennt!) gestalten.

7. Bei den *Arten* des Vorsatzes bringen direkter Vorsatz zweiten Grads und dolus **91** eventualis keine Besonderheiten; im ersteren Fall beurteilt der Täter die Verwirklichung des objektiven Tatbestands als gewiß oder als bei Erfüllung eines beabsichtigten

---

182 *A. A. Baumann* AT (8. Auflage 1977) § 18 II 2 b (der Rechtswidrigkeit zugehörig).

183 Seit BGH 16 S. 155 ff, 158 (freilich ein Fall, in dem wohl zu Unrecht eine Garantenstellung bejaht wurde; aber § 323 c StGB lag vor) weit überwiegende Ansicht (zur echten Unterlassung siehe BGH 19 S. 295 ff, 299 mit Anmerkung *Geilen* JuS 1965 S. 426 ff); *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 129 ff, 306 ff; *Arthur Kaufmann* JZ 1963 S. 504 ff; *Schaffstein* OLG Celle-Festschrift S. 175 ff, 198 f; weitere Nachweise bei *Jescheck* AT § 59 VI 2 a; *LK-Jescheck* Rdn. 89 vor § 13; *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 96 f. — *A. A. Schmidhäuser* AT 16/96; *E. A. Wolff* Kausalität S. 49 f. — Aus der älteren Rechtsprechung, die den Vorsatz auf die Pflicht bezieht, siehe BGH 2 S. 150 ff, 155 f; 3 S. 82 ff, 89; 14 S. 229 ff, 232; RG 52 S. 99 ff, 102; 75 S. 160 ff, 163.

184 Eingehend *Köhler* Bewußte Fahrlässigkeit S. 315 f; zuvor schon *Wolff* Kausalität S. 45 ff; *Herzberg* Unterlassung S. 232 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 1039; *Jescheck* AT § 59 VI 1 Fn. 64; *AK-Seelmann* § 13 Rdn. 75; gegen die Aufspaltung nach „Stellung" und „Pflicht" *Kuhlen* Unterscheidung S. 230 ff. — Zum Vorsatz bezüglich des In-Unkenntnis-Lassens nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO — sollte es sich dabei um eine Garantenpflichtwidrigkeit handeln — gehört ein Bewußtsein davon, daß eine Information erwartet wird; dieses Bewußtsein wird der Kenntnis einer Anzeigepflicht häufig gleichstehen. — Sehr streitig; teils wird Kenntnis der Pflicht verlangt, OLG Bremen StV 1985 S. 283 ff, 284 mit Nachweisen, teils wird Kenntnis der Nicht-Bekanntgabe für hinreichend gehalten, *Franzen-Gast-Samson* § 370 Rdn. 189.

185 Es dürfte deshalb kein Zufall sein, daß der für die überwiegende Ansicht grundlegenden Entscheidung, BGH 16 S. 155 ff, ein Sachverhalt zugrunde liegt, bei dem eine Rettungspflicht zumindest höchst zweifelhaft ist: Der Täter kannte kein Geschehen, das ihm eine Stellung einräumte, die deliktisch eher zentral war als die Stellung der ansonsten zufällig Anwesenden. Nur in solchen Fällen wird eine Trennung von Tatbestandskenntnis und Verbotskenntnis psychologisch plausibel.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Geschehens gewiß, im letzteren beurteilt er sie ernsthaft als nicht unwahrscheinlich[186]. Schwieriger ist die Bestimmung der Absicht; denn bei der Unterlassung bewirkt die erstrebte Weltgestaltung gerade kein Motiv, während bei der Handlung die erstrebte Weltgestaltung (das Beabsichtigte) das Handlungsmotiv ausmacht.

Dennoch läßt sich eine der Absicht entsprechende Situation bei der Unterlassung ausmachen[187]. Jeder Unterlassungstäter zieht die Lage ohne sichernde oder rettende Handlung der Lage mit einer solchen Handlung vor; das entspricht dem Vorzug, den der vorsätzlich Handelnde dem Handlungsvollzug gegenüber der Unterlassung dieses Handlungsvollzugs einräumt: So wie der vorsätzliche Handlungsvollzug (hier noch ohne Blick auf die Folgen) stets beabsichtigt ist, so ist auch die vorsätzliche Unterlassung (wiederum zunächst noch ohne Blick auf die durch Handlung abwendbaren Folgen) stets beabsichtigt. Was die Folgen angeht, so zieht der mit Absicht auf die Folgen handelnde Begehungstäter wegen des Folgeneintritts die Lage mit der folgenreichen Handlung derjenigen ohne diese Handlung vor; dem entspricht es, wenn ein Unterlassungstäter wegen der Auswirkungen einer Gefahr, die ohne Sicherung oder Rettung eintreten, die Lage ohne abwendende Handlung derjenigen mit einer abwendenden Handlung vorzieht. Ob der Unterlassende psychisch so disponiert ist, daß er sich ohne die Präferenz anders verhalten hätte, oder ob er auch dann aus Faulheit oder Gleichgültigkeit unterlassen hätte, ist als nur hypothetische psychische Disposition irrelevant, wie ja auch bei einer absichtlich vorgenommenen Handlung irrelevant ist, ob der Täter ohne seine Absicht einen anderen Grund zum Vollzug derselben Handlung „in Reserve" gehabt hätte. Es geht also nicht notwendig um die Feststellung einer Interferenzwirkung (oben 28/2), also nicht um das Niederkämpfen eines Handlungsimpulses, sondern um das Vorliegen einer Präferenz, mit der ein Handlungswille unverträglich ist. Beispiel: Wer seine Ehefrau, die versehentlich eine giftige Flüssigkeit einnimmt, nicht warnt und ihr eine schmerzhafte Magenverstimmung wünscht, eine Gesundheitszerstörung jedoch auch nicht für unwahrscheinlich hält, hat den Vorsatz der Vergiftung durch Unterlassen (§§ 229 Abs. 1, 13 StGB): Absicht bezüglich einer Verletzung und (mindestens) dolus eventualis bezüglich der Zerstörung der Gesundheit.

92 8. Auch soweit Absichtsmerkmale nicht die Funktion von Steuerungsmerkmalen haben, sondern — wie beim Mord die Ermöglichungs- und Verdeckungsabsicht — der Bewertung des Tatantriebs gelten (eingehend oben 8/94 f), sind sie beim Unterlassungsdelikt so aufweisbar wie die Steuerungsmerkmale[188]. — Schließlich können auch Gesinnungsmerkmale (oben 8/97) die Gesinnung einer Unterlassung kennzeichnen;

---

186 Soweit der dolus eventualis nicht wie nach der hier vertretenen sogenannten intellektuellen Theorie allein durch ein ernsthaftes Urteil bestimmt wird, sondern durch hinzutretende Einstellungen, müssen auch diese Einstellungen bei der Unterlassung vorliegen; so konsequent *Stratenwerth* AT Rdn. 1048.

187 Im Ergebnis überwiegende Ansicht; *Schönke-Schröder-Cramer* § 15 Rdn. 98; *LK-Jescheck* Rdn. 89 vor § 13; *Maurach-Gössel* AT II § 46 Rdn. 120; teils einschränkend *SK-Rudolphi* Rdn. 27 f vor § 13; *Stratenwerth* AT Rdn. 1050; *Jescheck* AT § 59 VI 2 b; *a. A. Grünwald* H. Mayer-Festschrift S. 281 ff, 289 f.

188 Umstritten ist insbesondere die Verdeckungsabsicht beim Mord. Soweit Absicht beim Unterlassen überhaupt anerkannt wird, ergibt die auf den Tod als Verdeckungsmittel bezogene Absicht keine Sonderprobleme (nach einer Brandstiftung läßt der Täter den Tatzeugen in den Flammen umkommen). Folgt man der Rechtsprechung, wonach bezüglich des *Todeserfolgs* dolus eventualis hinreicht und nur das Tötungs*verhalten* Mittel der Verdeckung sein muß (BGH 23 S. 176 ff, 194 mit Nachweisen der vorgehenden Rechtsprechung), so reicht bei der Unterlassung hin, daß die Verdeckung Grund der Präferenz des Unterlassens ist. Das Besondere an BGH 7 S. 287 ff, 290 liegt darin, daß die hilflos gelassene Person nicht auch die potentiell aufdeckende Person war; das wiederum ist kein Sonderproblem der Unterlassung, sondern trifft die Verdeckungsabsicht für Tun wie für Unterlassen; siehe *SK-Horn* § 211 Rdn. 69.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

das lehrt auch die teils gesetzlich angeordnete Gleichbehandlung von Handeln und echtem begehungsgleichen Unterlassen in Tatbeständen mit Gesinnungsmerkmalen (etwa in § 223 b StGB). Selbst bei Konstitutionsmerkmalen (oben 8/97) ist eine Übertragung auf Unterlassung nicht ausgeschlossen und wohl auch nicht praktisch irrelevant, etwa beim gewohnheitsmäßigen Gewährenlassen einer zu beaufsichtigenden Person (z. B. zu §§ 292 f StGB).

B. Die Unterlassungsfahrlässigkeit

93 1. Der Tatbestand des fahrlässigen Unterlassungsdelikts[188a] unterscheidet sich von dem des vorsätzlichen lediglich darin, daß an die Stelle des Urteils, die Verwirklichung des objektiven Tatbestands sei zumindest nicht unwahrscheinlich (Vorsatz), die individuelle Erkennbarkeit tritt, daß die Verwirklichung des objektiven Tatbestands nicht unwahrscheinlich ist. Erkennbarkeit heißt: Hätte der Täter über die Tatbestandsverwirklichung geurteilt, so hätte das Urteil nicht deren Unwahrscheinlichkeit ergeben. Ob der Täter zum Urteilen einen psychologisierend verstandenen Anlaß hat, ist ebenso gleichgültig wie bei der entsprechenden Lage beim Begehungsdelikt (oben 9/5). Urteilt der Täter und findet nicht zu dem Ergebnis, die Verwirklichung des Tatbestands stehe bevor, fehlt Fahrlässigkeit. Kann sich der Täter — etwa infolge von Aufregung — nicht dominant motivieren, die Lage zu beurteilen, aber wäre bei dominanter Motivation die Tatbestandsverwirklichung erkannt worden, so liegt Fahrlässigkeit vor; das Verhalten des Täters kann jedoch wegen Unzumutbarkeit entschuldigt sein (unten 29/100).

94 2. Die Fahrlässigkeit kann sich auf alle Merkmale des objektiven Tatbestands beziehen; es gibt keine Merkmale, die mindestens bekannt sein müßten[189]. Gegenstand der Fahrlässigkeit können also sein: das Drohen eines Erfolgs, die Ausgestaltung des je nach Lage optimalen Wegs zur Erfolgsabwendung (das umfaßt auch die irrige Annahme der optimalen Eignung des gewählten Wegs und seiner Durchführung) und die Voraussetzungen der Garantenstellung[190].

188a Eingehende Nachweise zu den Vorschlägen, wie die Merkmale dieser Deliktsart zu ordnen sein sollen, bei *Fünfsinn* Aufbau passim.

189 *A. A. Armin Kaufmann* Dogmatik S. 171, wonach Fahrlässigkeit den Willen voraussetzen soll, den Erfolg abzuwenden; bei dieser Lösung bleibt für Fahrlässigkeit der Fall eines erkennbar unzulänglichen Erfolgsabwendungsversuchs. — Von den Grundlagen der Konzeption *Armin Kaufmanns* ausgehend gelangen zum auch hier vertretenen Ergebnis *Schöne* JZ 1977 S. 150 ff (freilich bei Deutung der Vermeidbarkeit als Verstoß gegen eine Sorgfaltsnorm S. 158; hiergegen oben 9/6 f); *Struensee* JZ 1977 S. 217 ff; — nach *Welzel* Strafrecht § 28 B soll stets die Kenntnis der Garantenstellung notwendig sein, da z. B. zwar eine Norm „sinnvoll" sei, „ertrinkende Kinder zu retten", nicht aber eine Norm, „darauf zu achten, ob das ertrinkende Kind ein eigenes ist". Letzteres ist zu bestreiten: Zwar ist das Unterlassen der Rettung eines Kinds, das nur höchst unwahrscheinlich das eigene ist, nur nach § 323 c StGB zu beurteilen, weil sich die begehungsgleiche Unterlassung im Bereich des erlaubten Risikos hält; wird aber dieser Bereich überschritten, so erfaßt die Norm auch den Fall, daß der Pflichtige seine Stellung und damit die Voraussetzungen seiner Zuständigkeit für den Notfall erkennen kann.

190 Es wird behauptet, daß diese möglichen Fälle des fahrlässigen Unterlassens keine gemeinsame „Struktur" aufwiesen; *Struensee* JZ 1977 S. 217 ff, 222. Da ist falsch. Von abweichender „Struktur" soll der Fall des unzulänglichen Erfolgsabwendungsversuchs sein, bei dem der Täter die Zweifelhaftigkeit des Gelingens erkennt, einen besseren Weg aber nicht erkennt, wohl aber erkennen könnte: Hier soll Fahrlässigkeit nicht als Erkennbarkeit des objektiven Tatbestands definierbar sein. Da der Täter in diesem Fall jedoch seine abstrakte Fähigkeit zur Beseitigung (oder Verkleinerung) des verbleibenden Risikos nicht kennt, aber erkennen könnte, fehlt der „Struktur" jede Besonderheit.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

VI. Die Rechtswidrigkeit

Literatur

G. Geilen Stillschweigen des Angehörigen beim Mordkomplott, FamRZ 1964 S. 385 ff; *H. Henkel* Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Mezger-Festschrift S. 249 ff; *G. Jakobs* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *D. Kienapfel* Zur Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976 S. 197 ff; *E.-J. Lampe* Die Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht, ZStW 79 S. 476 ff; *F. Nowakowski* Zur Theorie der Fahrlässigkeit, JurBl. 1953 S. 506 ff; *O. Ranft* Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten JZ 1987 S. 859 ff, 908 ff; *A. C. Ruck* § 142 StGB als Vermögensdelikt, 1985; *E. Schmidhäuser* Über die Anzeigepflicht des Teilnehmers, Bockelmann-Festschrift S. 683 ff; *W. Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1974; *B. Schünemann* Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96 S. 287 ff; *K. Ulsenheimer* Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener Strafverfolgung, GA 1972 S. 1 ff; *H. Welzel* Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1958 S. 494 ff.

95 Wie bei einem Begehungsdelikt so ist auch bei einem Unterlassungsdelikt mit der Verwirklichung des Tatbestands die Verbotsmaterie gegeben. Die Verbotsmaterie ist das Unrecht und rechtswidrig, wenn nicht ein Rechtfertigungsgrund die Tatbestandsverwirklichung ausnahmsweise zuläßt. Es kommen alle Rechtfertigungsgründe in Betracht, die ein Begehungsdelikt rechtfertigen können, wobei aber nur die Pflichtenkollision (oben 15/6 ff) und die Kollision einer Pflicht mit dem Interesse an der Selbsterhaltung (oben 15/11 ff) praktisch sein dürften. — Beispiel zur Rechtfertigung einer fahrlässigen Unterlassung: Wer sein von einer Brücke ins Wasser gefallenes Kind in höchster Eile rettet und dabei seinen Hund auf der belebten Straße unbeaufsichtigt herumstreunen läßt, haftet im Fall eines durch das Tier erkennbar verursachten Verkehrsunfalls so wenig wegen einer fahrlässigen Tat, wie er wegen einer vorsätzlichen Tat haften würde, wenn er das Risiko erkannt hätte.

VII. Die Schuld

Literatur

Siehe zu VI

96 A. Auch zur Schuld gelten die Ausführungen zum Begehungsdelikt entsprechend. Der Kenntnis oder Erkennbarkeit des Verbots beim Begehungsdelikt entspricht beim Unterlassungsdelikt die Kenntnis oder Erkennbarkeit des Gebots (§ 17 StGB).

97 B. Erhebliche Unklarheiten bestehen jedoch insoweit, als verbreitet angenommen wird, bei Unterlassungsdelikten könnten neben den generell gültigen Gründen fehlender oder geminderter Schuld auch überpositive allgemeine Zumutbarkeitserwägungen das Schuldurteil beeinflussen[191]. Das läßt sich dogmatisch nicht begründen.

98 1. Regelungen der Zumutbarkeit finden sich bei *echten*, aber *nicht begehungsgleichen* Unterlassungsdelikten (§§ 139 Abs. 3 Satz 1, 323 c StGB) und sind schon deshalb auf die begehungsgleichen Unterlassungsdelikte mit ihren gewichtigeren Pflichten nur bei Berücksichtigung der anderen Gewichtung übertragbar. Zudem handelt es sich bei der einzigen generellen (nicht als numerus clausus beschränkten) Regelung, bei § 323 c StGB, um ein nicht unterlassungsspezifisches *Rechtfertigungs*problem, scil. um einen Hinweis auf die Möglichkeiten einer Pflichtenkollision oder einer Kollision der Handlungspflicht mit dem Interesse an der Selbsterhaltung; wegen ihres geringeren Gewichts

191 Dabei geht es nicht stets um Erwägungen zur Schuld; die Zumutbarkeit wird vielmehr verbreitet auch im Tatbestand eingeordnet; eingehend hierzu *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 90 ff mit Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

(Mindestsolidarität) tritt die Pflicht aus § 323 c StGB eher zurück als ceteris paribus die Pflicht eines Begehungs-Erfolgsdelikts[192]. Daß auch beim begehungsgleichen Unterlassungsdelikt der Aufwand, der zur Erfolgsabwendung nötig ist, in die Pflichtenabwägung eingehen kann, ist kein Sonderproblem der Zumutbarkeit, sondern folgt aus den allgemeinen Regeln der Rechtfertigung in Kollisionsfällen.

2. Teils wird ein generell geringeres Gewicht der unechten Unterlassungsdelikte **99** gegenüber den entsprechenden Begehungsdelikten behauptet und als schwächere Zumutbarkeit tituliert[193]; vorgeblich soll § 13 Abs. 2 StGB diese Ansicht bestätigen. Auch

---

192 Aber nicht im heiklen Fall der Selbstbegünstigung! Wer ein Delikt begeht, hat die Konsequenzen zu tragen; lediglich die schlichte Vereitelungswirkung hat er nicht zu verantworten, § 258 Abs. 1, 5 StGB. Entgegen der überwiegenden Ansicht (*Schönke-Schröder-Cramer* § 138 Rdn. 20 mit Nachweisen) trifft deshalb auch den Deliktsbeteiligten die Pflicht aus § 138 StGB (wie ihn diejenige aus Ingerenz trifft); eingehend dazu *Schmidhäuser* Bockelmann-Festschrift S. 683 ff. — Die dabei entstehende Haftung schon im Vorfeld der Ausführung (etwa des Gehilfen zur Vorbereitung) ist kein Sonderproblem Tatbeteiligter: § 138 StGB sollte im Blick auf die §§ 25 ff StGB so interpretiert werden, daß die Tat bis in ein strafbares Stadium gediehen muß; § 139 Abs. 1 StGB setzt dann strafbare Vorbereitung voraus. Daß der Angehörige befreit ist, liegt allenfalls an *seinem* Interesse an der Verbindung zu der nahestehenden Person, ist also sein eigenes Privileg; der Beteiligte hat das Recht auf eine nicht durch Strafverfolgung gestörte Sozialbeziehung verwirkt; siehe auch oben 17/75. — Zu § 323 c StGB hauptsächlich wie hier BGH 11 S. 353 ff, 354 f; *Ulsenheimer* GA 1972 S. 1 ff, 22 ff; *SK-Rudolphi* Rdn. 33 vor § 13; — *a. A. Geilen* FamRZ 1964 S. 385 ff; *Welzel* JZ 1958 S. 494 ff, 495 f; für § 142 StGB *Ruck* § 142 StGB S. 42 ff; und für § 138 StGB (aber ausdrücklich gegen eine Übertragung auf unechte Unterlassung) auch BGH FamRZ 1964 S. 416 ff. — Zur Privilegierung der Angehörigen von Straftätern siehe oben 10/19 und unten 31/43 mit Fn. 89. Einen generellen Satz des Inhalts, es sei die Verletzung von Pflichten entschuldigt, deren Befolgung einem Angehörigen Strafe eintragen würde, gibt es nicht. Im Grundsatz berühren vielmehr persönliche Bindungen die Schuld nicht, wobei auch hier kein Unterschied zwischen Verboten (Begehungsdelikten) und Geboten (Unterlassungsdelikten) besteht. Die gesetzlichen Ausnahmen — die §§ 139 Abs. 3 Satz 1, 258 Abs. 6, 157 StGB — betreffen diejenigen Fallbereiche, bei denen der Angehörige häufig erst aufgrund seines Status die Informationen erhalten dürfte, die ihn in die Lage versetzen, die Norm zu brechen. Bei dieser Lage sollen die Ausnahmen garantieren, daß der Status nicht *typischerweise* zur Erhöhung von Prävention und Repression ausgeschlachtet wird. Eine analoge Anwendung auf *Einzel*fälle eines Delikts scheidet also aus. Allerdings ist ein nach § 139 Abs. 3 Satz 1 StGB straffreies Verhalten auch nicht nach § 323 c StGB strafbar, weil die Ausnahmen sonst unterlaufen würden (weitergehende Anwendung von Entschuldigungen für unterlassene Hilfeleistungen bei BGH 11 S. 135 ff, 137 f). — Gegen Analogie im Ergebnis auch BGH NStZ 1984 S. 164 (Beihilfe der Ehefrau zum sexuellen Mißbrauch Schutzbefohlener durch Nichtanzeige des Ehemanns, der die minderjährige Tochter der Ehefrau mißbraucht; es geht um eine Garantenstellung aus dem Eltern-Kind-Verhältnis, nicht etwa aus der Ehe) mit zustimmender Besprechung *Ranft* JZ 1987 S. 908 f; OLG Köln NJW 1983 S. 861 ff. — Die zumeist gebrachten — und von der Rechtsprechung auch anerkannten — Beispiele angeblicher Unzumutbarkeit außerhalb der gesetzlich geregelten Bereiche betreffen nicht die Schuld, sondern schon die Grenzen der Pflicht: (1) Wer zum Schutz einer bestimmten Person bestellt ist, muß allein deswegen nicht schon Unternehmungen der Person verhüten, die fremden Gütern Nachteile bringen; deshalb besteht schon keine Pflicht eines Ehepartners, Straftaten des anderen — mit oder ohne Hilfe der Polizei — zu verhüten. (2) Wenn ein voll Verantwortlicher einen sozialen Kontakt — oder gewährte Freiheit — sua sponte ins Deliktische umbiegt, besteht ein Regreßverbot (siehe oben 24/13 ff). Mit den zu 1 und 2 genannten Regeln erledigen sich RG 58 S. 226 ff, 227 und RG 77 S. 125 ff, 127 f. (3) Natürlich sind Notstandsrechtfertigung und Notstandsentschuldigung möglich; auch damit erledigt sich RG 77 S. 125 ff aus heutiger Sicht: Dem Verwandten drohte Verbringung in ein Konzentrationslager. (4) Abgelebte Normen werden auch durch großzügige Entschuldigungen nicht zeitgemäß (zu BGH 6 S. 47 ff, 57 f). — Jedenfalls besteht kein Unterschied zwischen Tun und Unterlassen. Sollten die Eltern entschuldigt sein, wenn sie nicht die Polizei herbeiholen, um ein unzüchtiges Verhalten ihrer Kinder in der Wohnung zu verhüten (so BGH 6 S. 47 ff, 57 f; zu §§ 180 f StGB a. F.), so wären sie auch entschuldigt, wenn sie etwa den schon gebetenen Besuch, der das Verhalten der Kinder entdecken und anzeigen würde, wieder ausladen würden (Tun!).

193 Für Zumutbarkeit als Schuldvoraussetzung (Folge für Teilnahme: § 29 StGB) *Baumann-Weber* § 18 I 2; *SK-Rudolphi* Rdn. 31 vor § 13; *Kienapfel* ÖJZ 1976 S. 197 ff, 201; *Bockelmann-Volk* AT § 17 E III 2; *Schmidhäuser* AT 16/101;

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

die Rechtsprechung hat in wechselndem Umfang und mit wechselnder Begründung eine Zumutbarkeit als Voraussetzung der Bestrafung von Unterlassungsdelikten anerkannt[194]. Es gibt jedoch bei den Unterlassungsdelikten mit Pflichten kraft Organisationszuständigkeit kein Zumutbarkeitsproblem, das nicht bei den Begehungs-Erfolgsdelikten ebenso vorliegen könnte. Insbesondere ist der Handlungsvollzug als gebotene Leistung nicht per se von größerem Gewicht als das Unterlassen einer Handlung bei der Verbotsbefolgung (eingehend oben 28/13 ff). — Die Unterlassungsdelikte mit Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit entsprechen voll den Begehungs-Pflichtdelikten. Sonderprobleme der Unterlassensversion gibt es auch hier nicht (siehe zur Strafmilderung unten 29/125 f).

Im Ergebnis bleiben somit die allgemeinen Regelungen der Schuld; eine unterlassungsspezifische Zumutbarkeit ist nicht anzuerkennen[195].

100 C. Für die Schuld bei fahrlässigem Unterlassen gelten neben anderem auch die Ausführungen zur Zumutbarkeit beim fahrlässigen Begehungsdelikt entsprechend (oben 20/35 ff): Bei der Ermittlung der tatbestandlichen Vermeidbarkeit (der konkreten Abwendungsfähigkeit) wird ein dominanter Wille zur Beurteilung der Lage unterstellt; daß ein dominanter Wille fehlt und deshalb der fahrlässig Unterlassende nicht leistet, was der Vorsatztäter wegen seines Vorsatzes nicht erst leisten muß, scil. die Beurteilung der Situation, entschuldigt in den Fällen, in denen der Täter für das Fehlen eines „kühlen Kopfs" nicht zuständig ist, insbesondere weil das Manko aus einer richtigen Werthaltung hergeleitet werden kann[196]. Beispiel[197]: Entschuldigt ist die Mutter, die von einem schweren Unfall ihres Kinds erfährt und bei der Durchführung des sofort gefaßten Entschlusses, ins Krankenhaus zu eilen, das Abschalten des Bügeleisens vergißt, so daß ein Brand ausbricht; nicht entschuldigt ist sie jedoch, wenn ihr der gleiche Verlust an Besonnenheit bei der Nachricht ihres Modehauses widerfährt, es seien neue Modelle eingetroffen. Nicht die psychische Stärke des Eindrucks entscheidet, sondern die Werthaltung.

VIII. Ergänzung zur Tatbestandsverwirklichung: Die Besonderheiten der Beteiligung durch Unterlassen

Literatur

G. Arzt Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980 S. 553 ff, 647 ff; *R. Bloy* Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *ders.* Anstiftung durch Unterlassen? JA 1987 S. 490 ff; *W. Gallas* Anmerkung zu BGH JZ 1952 S. 370 f, aaO S. 371 ff; *ders.* Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ 1960 S. 649 ff, 686 ff; *G. Grünwald* Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, ZStW 70 S. 412 ff; *ders.* Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959 S. 110 ff; *R. D. Herzberg* Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *ders.* Täterschaft und Teilnahme, 1977; *ders.* Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, dargestellt am Beispiel des Gefangenensuizids und der strafrechtlichen Verantwortung der Vollzugsbediensteten, ZStW 91 S. 557 ff; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *G. Kielwein* „Unterlassung und Teilnahme", GA

ders. Studienbuch 12/86 (neben einer rechtfertigenden Zumutbarkeit bei Kollisionsfällen; AT 16/84; Studienbuch 12/70); — für Zumutbarkeit als Tatbestandsvoraussetzung (Folge: keine Teilnahme bei Unzumutbarkeit) *Henkel* Mezger-Festschrift S. 249 ff, 280 f; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 155 vor §§ 13 ff; *Dreher-Tröndle* § 13 Rdn. 15 f; *Lampe* ZStW 79 S. 476 ff, 502 ff.

194 Für unechte Unterlassungen siehe RG 58 S. 97 f, 98; 69 S. 321 ff, 324 (unter Gleichsetzung mit der Pflichtenkollision); 77 S. 125 ff, 127; siehe auch BGH 7 S. 268 ff, 271 ff; BGH NJW 1964 S. 731 f, 732; — zur analogen Anwendung von § 139 Abs. 3 Satz 1 StGB siehe oben 29/Fn. 192.

195 *Jescheck* AT § 59 VIII 3; *LK-Jescheck* Rdn. 91 vor § 13; *Blei* AT § 89 II; *Maurach-Gössel* AT II § 46 Rdn. 133 ff; *Schünemann* ZStW 96 S. 287 ff, 316.

196 Eingehend *Jakobs* Studien S. 141 ff, 144 f.

197 Nach *Nowakowski* JurBl. 1953 S. 506 ff, 509.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

1955 S. 225 ff; *D. Meyer* Anstiftung zum Unterlassen? MDR 1975 S. 286 ff; *P. Nitze* Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), 1989; *H. Otto* Anstiftung und Beihilfe, JuS 1982 S. 557 ff; *O. Ranft* Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung, ZStW 94 S. 815 ff; *ders.* Das garantiepflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung, ZStW 97 S. 268 ff; *C. Roxin* Täterschaft und Tatherrschaft, 5. Auflage 1989; *H.-J. Rudolphi* Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966; *H. Rüping* Teilnahme durch Unterlassen, Revue de Droit International 1974 S. 126 ff; *B. Schünemann* Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971; *M. Schultz* Amtswalterunterlassen, 1984; *Chr. Sowada* Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt, Jura 1986 S. 399 ff; *U. Stein* Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *G. Timpe* Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983.

A. Pflichten kraft Organisationszuständigkeit

1. Bei den Unterlassungsdelikten, bei denen einer Pflicht kraft Organisationszuständigkeit zuwidergehandelt wird, ist die Differenzierung der Beteiligungsformen wie beim Begehungsdelikt durchzuführen. Es gibt also Täterschaft durch Unterlassen in allen Formen und zudem Teilnahme durch Unterlassen. Eine abweichende Lösung könnte auch wegen der Willkürlichkeit, mit der Handlungen in Unterlassungen kraft Organisationszuständigkeit umorganisiert werden können, axiologisch nicht befriedigen. Die Entsprechung besteht freilich nicht zwischen der Unterlassung selbst und einem Handeln bestimmter Beteiligungsform; denn die Unterlassung kann mangels Kausalität weder tatherrschaftlich (oder mit Täterwillen) vollzogen werden noch eine fremde Tat fördern[198]. Es entsprechen sich vielmehr der Haftungs*grund* der Unterlassung und die Beteiligungsform der Handlung. *Die Anteile an dem schädlichen Verlauf, die diesen in den Organisationskreis des Unterlassungstäters einbinden, entsprechen einer Handlung, durch die solche Anteile an dem Verlauf produziert werden.* Beispiel: Wer Garant dafür ist, daß ein bestimmtes Gift nicht frei verfügbar ist, wird, sofern er es der Verfügung eines Totschlägers überläßt, im Fall des Überlassens durch Unterlassen (Nicht-Sichern; Nicht-Revozieren) so behandelt wie im Fall des Überlassens durch Handeln (Hingeben), also in der Regel als Gehilfe[198a]. **101**

Entsprechend der Beteiligung durch Begehen muß auch bei der Beteiligung durch Unterlassen in den Fällen von Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) und Teilnahme (§§ 26 f StGB) mit Vollendungsvorsatz die Hinderung einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat oder ihres Versuchs unterlassen werden. Um Täter sein zu können, muß der Unterlassende auch die gegebenenfalls erforderlichen besonderen objektiven und subjektiven Tätermerkmale aufweisen. Beispiel[199]: Der Fahrzeughalter, der nicht verhindert, daß sich der Fahrer nach einem Unfall entfernt, ist — Garantenstellung unterstellt — nur Gehilfe zum unerlaubten Entfernen (§ 142 StGB) des Fahrers. Bei mittelbarer Täterschaft (§ 25 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB) muß der Unterlassende die Entscheidungsherrschaft innehaben. Einzelheiten:

2 a) Für die praktisch wichtige Abgrenzung von Mittäterschaft[199a] und Beihilfe kommt es darauf an, ob die Anteile am Verlauf, die zum Organisationskreis des Unterlassungstäters gehören, zumindest mit dem Beitrag des Haupttäters gleichwertig **102**

198 Anders die Rechtsprechung, die auch hier teils nach der subjektiven Theorie (BGH LM Nr. 10 vor § 47 StGB; BGH 13 S. 162 ff, 166 ff; BGH NJW 1966 S. 1763; ebenso *Baumann-Weber* AT § 37 II 2 b α), teils nach der Tatherrschaftslehre entscheiden will (BGH 2 S. 150 ff; BGH MDR 1960 S. 939 f). — Zur Rechtsprechung ausführlich *Roxin* Täterschaft S. 91 ff, 572 ff; *LK-Roxin* § 25 Rdn. 143; zur Rechtsprechung des Reichsgerichts siehe *LK-Roxin* aaO Rdn. 142.

198a Siehe *Timpe* Strafmilderungen S. 203 ff.

199 OLG Stuttgart NJW 1981 S. 2369.

199a Zum gemeinsamen Tatentschluß *Nitze* Bedeutung S. 153 ff, zur Beihilfe S. 159 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

die Tatgestalt mitbestimmen, dann Mittäterschaft, oder aber schwächer sind, dann Beihilfe. Beispiele: Wer nur dafür Garant ist, daß gefährliche Gegenstände unverfügbar gehalten oder gefährdete Objekte gesichert werden (Türen verschlossen, Kinder behütet), wird in der Regel nur Gehilfe sein, da die Tatgestalt durch die Verfügbarkeit des Mittels oder das Fehlen der Sicherung nicht im gleichen Maß bestimmt wird wie durch die Haupttat. Nur in Grenzfällen, etwa bei sehr breiter Arbeitsteilung, kommt hier Mittäterschaft in Betracht (siehe oben 21/55). — Mittäterschaft liegt aber vor, wenn mehrere Haftungsgründe zusammenkommen und in der Summierung die Tat gleichgewichtig mitgestalten (wobei auch Beiträge durch Handlung und Unterlassung kumuliert werden können). Beispiel: Wer zu einer Körperverletzung ein Tatmittel hingibt, zudem die ihm unabhängig davon obliegende Sicherung des Tatobjekts und die ihm wiederum unabhängig von den vorgenannten Haftungsgründen obliegende Alarmierung von Hilfe unterläßt, ist in der Regel Mittäter. Mittäter sind deshalb auch die Eltern an den geduldeten Straftaten der ihrer Sorge unterstehenden minderjährigen Kinder: Sie sind Garanten für das Ausbleiben deliktischer Entschlüsse ihrer Kinder wie für das Ausbleiben von Taten jeder Gestalt.

102a b) Das Problem der hypothetischen Kausalität bei der Beihilfe[200] durch Unterlassen ist entsprechend der Lösung zur Kausalität bei der Beihilfe durch Tun zu entscheiden: Wie schon derjenige Gehilfe durch Tun ist, der einen ersetzbaren Beitrag leistet (oben 22/37), so ist auch schon derjenige Gehilfe durch Unterlassen, der pflichtwidrig ein überwindbares Tathindernis nicht bereitet[201]. Beispiel: Wer pflichtwidrig das Tor nicht schließt, das der Dieb andernfalls überklettert hätte, ist Gehilfe. — Dasselbe gilt für Mittäterschaft: Wie beim Begehungsdelikt Mittäter auch sein kann, wer ersetzbare Beiträge leistet, so kann auch als Mittäter durch Unterlassen haften, wer ein überwindbares Tathindernis nicht bereitet. Beispiel[201a] zum allseitigen Unterlassen: Ein Mitglied des Vorstands einer Firma unterläßt es, den Rückruf eines gesundheitsgefährlichen Produkts zu beantragen; die anderen Mitglieder (die sämtlich ebenso unterlassen!) hätten den Antrag nicht angenommen (letzteres ist bloß ein hypothetischer Verlauf; dazu oben 7/75, 83 a).

Für das Nicht-Hindern der Intensivierung eines Erfolgs gelten die Ausführungen zur Beihilfe durch Tun entsprechend (oben 22/37). Siehe auch zum Normzweckzusammenhang oben 29/24 f und für kommunikatives Verhalten oben 29/30 Fn. 92 a.

103 c) Mittelbare Täterschaft durch Unterlassen liegt vor, wenn der Umstand, der beim Ausführenden die Zurechnung ausschließt, Haftungsgrund für den Unterlassungstäter ist. Der Haftungsgrund wird häufig die Gewalt über eine ihrerseits generell nicht verantwortliche Person sein[202], kann aber auch eine einzelne Situation betreffen, in der

---

200 Zur Rechtsprechung siehe *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 57 mit zahlreichen Nachweisen.

201 *Ranft* ZStW 97 S. 268 ff, 288 und passim; *a. A. Armin Kaufmann* Dogmatik S. 293; *Grünwald* GA 1959 S. 110 ff, 118 Fn. 21; *Roxin* Täterschaft S. 489. — Daß es bei der hiesigen Lösung um ein Gebot zum „nutzlosen Eingreifen" geht (*Grünwald* aaO), ist nicht zuzugeben: Das Gebot ist nicht nutzlos, sondern bewirkt, sofern es erfüllt wird, daß dem Haupttäter auch die Überwindung der Erschwerung zuzurechnen ist. Die normative Garantie eines Guts würde bei anderer Entscheidung wegen des Faktischen verlorengehen. Für die hiesige Lösung spricht auch, daß nach allgemeiner Meinung derjenige, der dem Täter ein Hindernis aus dem Weg räumt, Gehilfe ist (oben 22/37); bei dieser Lage kann das Nicht-Schaffen des Hindernisses nicht rechtlich neutral sein.

201a BGH NJW 1990 S. 2560 ff, 2566; das dort auch gegebene *Tun* — ein positiver Beschluß, das Produkt nicht zurückzurufen — bewirkte nicht den Schaden, sondern war nur die Festlegung eines gemeinsamen Unterlassungsentschlusses.

202 Siehe *Schmidhäuser* AT 17/8; *Nitze* Bedeutung S. 156 f. — So wohl auch der Fall LG Göttingen NStZ 1985 S. 411 (dazu *Kusch* NStZ 1985 S. 385 ff): Ein Klinikleiter trägt durch nicht erlaubte Vollzugslockerungen (im gegebenen Fall: fahrlässig) zu neuen Straftaten des Untergebrachten bei. Sind dem Untergebrachten die

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Zurechnung ausgeschlossen ist. Beispiel: Der Hausmeister, der den im Gebäude versehentlich Eingeschlossenen nicht befreit, ist — Vorsatz unterstellt — mittelbarer Täter durch Unterlassen, und zwar durch Benutzung eines gerechtfertigten (§ 34 StGB) Werkzeugs, wenn sich der Eingeschlossene seine Freiheit durch Zerstörung einer Tür verschafft[202a].

104 d) Gemäß der oben zur Anstiftung entwickelten Lösung, nach der eine Kommunikation darüber erforderlich ist, daß die Tat vollzogen werden soll (oben 22/22), liegt Anstiftung durch Unterlassung[202b] nicht schon vor, wenn Haftungsgrund der fremde Deliktsvorsatz ist (etwa der Deliktsvorsatz einer zu überwachenden Person). Es muß vielmehr entweder die Unterlassung ihrerseits Informationswert haben, oder aber die Pflicht muß auf die Sicherung oder Rettung vor einer anstiftenden Information gehen, die ohne Handlung des Unterlassenden aus dessen Organisationskreis dringt. Beispiele: Der Sohn erklärt, er werde im Interesse des Vaters den Hof abbrennen, aber dann dürfe der Vater sein Sparbuch nicht immer wegschließen; der Vater läßt das Buch dort, wo es sich gerade befindet, offen liegen. — Die Eltern hindern den ihrer Sorge unterstehenden minderjährigen Sohn nicht daran, einen Dritten zu einer Tat anzustiften (oder hindern nicht die Tat, zu der angestiftet wurde). — Der agent provocateur merkt, nachdem er den Haupttäter angestiftet hat, daß dieser die Tat doch wird vollenden können, und hindert die Tat nicht. — Der Empfänger eines Erbietens (§ 30 Abs. 2 StGB), der einen Annahmeentwurf hergestellt hat, hindert seine Sekretärin nicht, den Entwurf abzusenden.

e) Kettenbeteiligung ist nach allgemeinen Grundsätzen möglich (oben 22/30). Das täterschaftliche Nicht-Hindern einer Beihilfe ist also selbst Beihilfe, das gehilfenschaftliche Nicht-Hindern ist nur Beihilfe zur Beihilfe.

105 3. Die genannten Lösungen sind äußerst umstritten[202c]. Die Kontroversen beruhen hauptsächlich darauf, daß nicht zwischen Delikten kraft Organisationszuständigkeit und Delikten kraft institutioneller Zuständigkeit differenziert wird[203], so daß die Ähnlichkeit der ersteren mit einem Herrschaftsdelikt gegen die Eigenschaft der letzteren als Pflichtdelikt ausgespielt werden kann und umgekehrt. — Teils wird zwischen Beschützergaranten (auch neben anderen Beteiligten in der Regel Täter) und Überwachergaranten (neben anderen Beteiligten nur Gehilfen) differenziert[204]. Wegen der Umformbarkeit dieser Garantenarten dürfte die Lösung auf einem Zirkel beruhen: Je nach der für richtig gehaltenen Beteiligung kann die Garantenstellung zugeordnet werden. — Nach einer weiteren Ansicht soll der Unterlassende neben einem vorsätzlich Handelnden stets nur Gehilfe sein; er soll jedoch zum Täter erstarken, wenn er noch abwendungsfähig ist, während der Handelnde den Einfluß über das Geschehen schon verlo-

neuen Taten als schuldhaft zurechenbar, scheidet mittelbare Täterschaft aus, und es gelten die Prinzipien der anderen Beteiligungsarten.

202a Die mittelbare Täterschaft beruht auf der Garantenstellung für den Eingeschlossenen! Die Garantenstellung für das Gebäude führt zur Beihilfe an der Tat des Eingeschlossenen (wie beim Begehen die Hingabe einer fremden Sache zum Zweck von deren Beschädigung Beihilfe ist).

202b Eingehend *Bloy* JA 1987 S. 490 ff; *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 273 ff, jeweils mit Nachweisen zum Streitstand; kritisch *Nitze* Bedeutung S. 157 ff.

202c Darstellung des Meinungsstands bei *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 176 ff; *Ranft* ZStW 94 S. 815 ff, 817 ff, 823 ff; *Sowada* Jura 1986 S. 399 ff, 401 ff. — Wer der subjektiven Theorie folgt, scheut die hier angestrebte Präzision; siehe zum Beispiel BGH StV 1986 S. 59 f.

203 Siehe aber *Roxin* Täterschaft S. 659 f. — Eine im Ergebnis ähnliche Differenzierung findet sich allerdings bei *Schönke-Schröder-Cramer* Rdn. 86 ff vor §§ 25 ff, die dort freilich in deutlich topischer Argumentation begründet wird. — Restlos topisch („eine Entscheidung unabhängig von Einzelfallkonstellationen" soll „sachwidrig" sein) *Otto* JuS 1982 S. 557 ff, 565.

204 *Schönke-Schröder-Cramer* 18 Rdn. 80 ff vor § 25; *Herzberg* Unterlassung S. 257 ff; *ders.* Täterschaft und Teilnahme S. 82 ff; siehe auch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 377 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

ren hat[205]. Diese generelle Abwertung von Unterlassungen gegenüber Handlungen wird jedoch bei den Pflichten kraft Organisationszuständigkeit der Vertauschbarkeit von Handlung und Unterlassung durch geringfügige Organisationsänderungen nicht gerecht. Auch die generelle Aufwertung der Unterlassung, wenn der Handelnde keinen Einfluß mehr hat, kann nicht befriedigen, da das der Eigenhändigkeit (Handlungsherrschaft) entsprechende Unterlassen nicht durch den Zeitpunkt der Hilfshandlung bestimmt wird (hierzu oben 29/56). — Überwiegend werden durchgehend, also auch für die hier einschlägigen Garantenpflichten kraft Organisationszuständigkeit, ausdrücklich oder der Sache nach die Regeln der Pflichtdelikte angewendet[206], wenn auch teils mit erheblichen Modifikationen[207]. Die dabei zum Deliktsversuch auftretenden Probleme sind unlösbar[208]: Die Hingabe (Tun) einer Sache zu einer Haupttat, die nicht mindestens versucht wird, ist als nur versuchte Beihilfe straffrei; das pflichtwidrige Nicht-Sichern derselben Sache müßte bei Anwendung der Regeln des Pflichtdelikts täterschaftlicher Versuch sein (zur sogenannten Einzellösung bei Pflichtdelikten oben 21/118). Weiterhin ist bei dieser Ansicht ungereimt, daß Beihilfe durch Tun sich per Ingerenz zur Täterschaft durch Unterlassen wandelt, also die Strafrahmenmilderung für Beihilfe (§§ 27 Abs. 2, 49 StGB) überspielt und die Differenzierung der Beteiligungsformen beim Begehungsdelikt damit von der Unterlassungsseite her aufgerollt wird. Man versucht, diesem Dilemma durch eine generelle — und entsprechend ungenaue — Strafmilderung für Unterlassung zu entkommen[209]. Bei der hier vorgeschlagenen Herleitung der Beteiligungsform aus dem Haftungsgrund tauchen alle diese Schwierigkeiten nicht auf. — Ungeachtet der schon genannten Kontroversen werden verbreitet Anstiftung durch Unterlassen ausgeschlossen[210], und teils ebenso mittelbare Täterschaft durch Unterlassen[211]. Die zu diesen Beteiligungsformen oben genannten Fallgruppen dürften dabei übersehen worden sein.

105a 4. Bei bloß scheinbarer Beteiligung (Regreßverbot, oben 24/13 ff) fehlt eine Garantenstellung. So schwierig die zugehörigen Fälle im Bereich des Begehungsdelikts auszumachen sind, weil dort nach üblicher Ansicht auf die positive Herleitung einer Garantenstellung verzichtet werden kann, so geläufig fallen sie beim Unterlassungsdelikt an, weil sich für sie eben keine Garantenstellung begründen läßt. Beispiel: Es ist umstritten, ob ein Spirituosenhändler eine Beihilfe zur Vergiftung begeht, wenn er dem Täter in Kenntnis von dessen Plänen einen handelsüblichen Schnaps verkauft, mit dem das Gift beigebracht werden soll; aber es steht (nahezu) außer Streit, daß ein Spirituosenhändler keine Beihilfe durch Unterlassung begeht, wenn er den Schnaps arglos verkauft hat, danach aber von den Plänen des Käufers erfährt und deren Durchführung nicht

---

205 *Gallas* JZ 1952 S. 371 ff; *ders.* JZ 1960 S. 649 ff, 686 ff, 687; *Kielwein* GA 1955 S. 225 ff, 227; *Jescheck* AT § 64 IV 5; *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 57; hauptsächlich auch *Ranft* ZStW 94 S. 815 ff, 845, 861, 862 f (dagegen *Roxin* Täterschaft S. 630 ff); siehe auch *Maurach-Gössel* AT II § 50 Rdn. 71 ff; *Bockelmann-Volk* AT § 26 I 2 b; *Schmidhäuser* AT 17/14; *ders.* Studienbuch 13/13.

206 Grundlegend *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 291 ff; *Grünwald* GA 1959 S. 110 ff; *Welzel* Strafrecht § 28 V 2; *Roxin* Täterschaft S. 459 ff; ferner *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 138 ff; *LK-Roxin* § 25 Rdn. 147 ff; *SK-Rudolphi* Rdn. 37 ff vor § 13; *Stratenwerth* AT Rdn. 1076 ff; mit Ausnahmen für verhaltensgebundene Delikte auch *Bloy* Beteiligungsform S. 214 ff, 219 ff.

207 Siehe dazu *LK-Roxin* § 25 Rdn. 150 mit Nachweisen.

208 Zutreffend *Schönke-Schröder-Cramer* Rdn. 89 vor §§ 25 ff.

209 *Grünwald* aaO und *ders.* ZStW 70 S. 412 ff, 429 f; *Armin Kaufmann* aaO S. 300 ff; *Welzel* Strafrecht § 28 VI.

210 *Baumann-Weber* AT § 37 I 2 b β; *Jescheck* AT § 64 III 6; *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 56 mit weiteren Nachweisen. — Für Anstiftung, jedoch ohne — wie hier — auf einen Kommunikationsakt abzustellen, *Lackner* § 26 Anm. 3; *Schmidhäuser* AT 17/10.

211 *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 59; *LK-Roxin* § 25 Rdn. 155; *Stratenwerth* AT Rdn. 1066, jeweils mit Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

hindert, obgleich er das könnte. Fehlt es in der Unterlassungsvariante an der Begründung eines Sonderrisikos (also keine Garantenstellung aus Ingerenz), so kann dies bei der Begehungsvariante nicht anders sein (§ 323 c StGB bleibt in jeder Variante).

B. Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit

1. Die Unterlassungsdelikte, bei denen einer Pflicht kraft institutioneller Zuständig- **106**
keit zuwidergehandelt wird, sind Pflichtdelikte. Es geht bei diesen Delikten nicht darum, ein fremdes Gut vor den Auswirkungen des eigenen Organisationskreises zu bewahren, sondern den Bestand des Guts überhaupt oder gegen bestimmte Gefahren solidarisch zu garantieren. Haftungsgrund ist die institutionelle Verknüpfung mit dem Gut; diese Verknüpfung ist stets unvermittelt, ihr Bruch erfolgt also täterschaftlich[212]. Täterschaftliches Unterlassen liegt damit auch dann vor, wenn der Verpflichtete das Delikt einer anderen Person gegen das Gut nicht abwendet, auch wenn dieses Delikt seinerseits nur eine Teilnahme ist[213]. Beispiel: Der Polizist, der eine Anstiftung zu einem Delikt nicht hindert (und andere Hinderungsmöglichkeiten nicht hat), ist Täter des Delikts.

Aus der unvermittelten Zuständigkeit für das Gut folgt auch, daß es auf die Tatbestandlichkeit einer „Haupttat" nicht ankommt. Beispiel: Eltern, die ihr minderjähriges und ihrer Sorge unterstehendes Kind nicht von einer — tatbestandslosen — Selbsttötung abhalten, sind Täter des — in ihrer Person tatbestandlichen — Tötungsdelikts[214]. Dies gilt auch bei einer Beteiligung des Sonderpflichtigen durch Handlung. Beispiel: Geben im soeben angeführten Fall die Eltern dem Kind das Mittel zur Selbsttötung, so sind sie trotz der äußeren Teilnahmehandlung Täter, und zwar auch dann, wenn sie keine Möglichkeit haben, das Kind anders als durch Vorenthalten des Mittels (also durch ein Unterlassen) von der Tat abzuhalten. Nach denselben Regeln überlagert die Täterschaft des Pflichtdelikts auch eine eventuell gegebene Beihilfe durch Tun. Beispiel: Der Ehemann, der das Mittel zur Tötung seiner Frau hingibt, ist Täter[215].

2. Teilnahme kommt bei Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit nur in Be- **107**
tracht, wenn der Verpflichtete nicht Täter sein kann, weil er nicht alle Tätermerkmale in seiner Person erfüllt[216], etwa weil ihm überschießende Absichten fehlen (Beispiel: Der Vater hindert ohne eigene Zueignungsabsicht den Diebstahl am Eigentum seines minderjährigen und seiner Sorge unterstehenden Kinds nicht, §§ 242, 13, 27 StGB).

IX. Ergänzung zur Tatbestandsverwirklichung: Die Beteiligung am Unterlassen

Literatur

K. Geppert Zur Problematik des § 50 Abs. 2 StGB im Rahmen der Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, ZStW 82 S. 40 ff; *R. D. Herzberg* Die Problematik der „besonderen persönli-

212 Siehe die oben 29/Fn. 206 Genannten, die freilich alle unechten Unterlassungsdelikte für Pflichtdelikte halten; zur neueren Diskussion siehe *Roxin* Täterschaft S. 629 f.

213 *A. A. SK-Rudolphi* Rdn. 42 vor § 13; *LK-Roxin* § 25 Rdn. 151, jedoch jeweils mit Beispielen zu Pflichten kraft Organisationszuständigkeit.

214 Zur Problematik eingehend *Herzberg* Unterlassung S. 262 f; *ders.* ZStW 91 S. 557 ff, 567 mit Nachweisen des Streitstands; weitere Nachweise oben 21/99; 29/Fn. 132.

215 Für einen Fall, in dem der Pflichtige den Erfolg nur durch Unterlassen seiner Beteiligung hindern könnte, ist dies eine Täterschaft in der Verhaltensform des Handelns; die Verhaltensform interessiert aber bei Pflichtdelikten nicht (auch nicht für § 13 Abs. 2 StGB, siehe unten 29/126); der Pflichtige ist nicht des Handelns wegen Täter, sondern der Pflichtverletzung wegen.

216 Ebenso *Stratenwerth* AT Rdn. 1079; *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 41; *LK-Roxin* § 25 Rdn. 150; *Roxin* Täterschaft S. 479 ff; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 63; *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 288.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

chen Merkmale" im Strafrecht, ZStW 88 S. 68 ff; *G. Jakobs* Nötigung durch Gewalt, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 791 ff; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *W. Langer* Zum Begriff der „besonderen persönlichen Merkmale", Lange-Festschrift S. 241 ff; *C. Roxin* Täterschaft und Tatherrschaft, 5. Auflage 1989; *W. Stree* Teilnahme am Unterlassungsdelikt, GA 1963 S. 1 ff; *Th. Vogler* Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, Lange-Festschrift S. 265 ff.

108 1. Das Unterlassen als Ausbleiben einer Handlung ist kein Ereignis, sondern das Fehlen eines Ereignisses. Wird ein so definiertes Unterlassen als Basis genommen, so ist eine Beteiligung am Unterlassen unmöglich, da sich dasjenige, woran teilgenommen werden soll, zumindest ereignet haben muß[217]. — Tatbestandliches Unterlassen ist aber nicht nur Fehlen eines Ereignisses, sondern auch Zuständigkeit für einen Verlauf. An diesem Verlauf ist Beteiligung mit der Folge von Beteiligungszuständigkeit möglich, und zwar indem der Sich-Beteiligende seinen Organisationskreis mit demjenigen des Unterlassenden so verbindet, daß der Beteiligte für den Verlauf wegen dieser Verbindung auch zuständig wird. Sofern die Beteiligung am Unterlassen durch Tun geschieht, handelt es sich um die Fälle, in denen die Stellung als letzter in einer Kette von Handelnden wegen der nachfolgenden Unterlassung nicht eigenhändige Täterschaft ist (oben 21/37 f; 29/56). Beispiel: Der Bote des Betriebsleiters einer chemischen Fabrik, der dem Techniker an der Kläranlage die Anweisung überbringt, das Abfließen des Chemieabfalls nicht zu stoppen, obgleich der Abfall einen Fluß stark verunreinigen wird, ist nicht Täter, sondern allenfalls Gehilfe der umweltgefährdenden Abfallbeseitigung (§ 326 Abs. 1 StGB), da sein Beitrag nur über den betrieblichen Organisationskreis wirksam wird und zur Mittäterschaft nicht hinreichend gewichtig ist (je nach Fallgestaltung kommt auch ein Regreßverbot in Betracht).

Die Beteiligung am Unterlassen ist nicht auf Unterlassungsdelikte mit Garantenpflichten kraft Organisationszuständigkeit beschränkt. Vielmehr ist auch Beteiligung an Unterlassungsdelikten mit Garantenpflichten kraft institutioneller Zuständigkeit möglich, entsprechend der Beteiligung am Begehungs-Sonderdelikt im engeren Sinn.

109 2. Ohne Sonderprobleme erledigt sich die Anstiftung zum Unterlassen; sie setzt voraus, daß dem Verpflichteten der Tatvorsatz des Beeinflussenden ein hinreichender Grund ist, ein erfolgsabwendendes Verhalten zu unterlassen (siehe oben 22/22). Beispiel: Der Anstifter bietet einem ermittelnden Polizisten Geld, wenn dieser darauf verzichtet, bestimmte Ermittlungen anzustellen. — Hat der Angestiftete keine Pflicht zur erfolgsabwendenden Handlung, so fehlt mangels tatbestandsmäßiger Haupttat auch eine tatbestandsmäßige Anstiftung[218] (aber das Abstiften von der Rettung kann eine Tat nach § 323 c StGB sein).

110 3. Auch die mittelbare Täterschaft bringt keine Sonderprobleme. — Bei Benutzung eines unvorsätzlichen Werkzeugs werden nach geltendem Recht, entsprechend der

217 Grundlegend *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 190 ff; *Welzel* Strafrecht § 28 V i. V. m. § 27 V.

218 Streitig; teils wird in diesem Fall Täterschaft (Handeln als letzter) des Anstiftenden (als des von der Erfolgsabwendung Abstiftenden) angenommen. Aber mangels Herrschaft über das Ausbleiben der Erfolgsabwendung läßt sich diese Gleichsetzung einer Kausalität, die von einem Abwendungsfähigen vermittelt wird, mit unvermeidbar vermittelter Kausalität axiologisch nicht rechtfertigen. — Zudem kann nur eine akzessorische Beteiligungsform zur Strafbarkeit führen, wenn dem Beeinflussenden eine Täterqualifikation fehlt. Beispiel: Der Extraneus, der den Verwalter zu einem schädigenden Unterlassen veranlaßt, kann mangels Treuepflicht nicht selbst Täter der Untreue sein, § 266 StGB; — so zutreffend *Schönke-Schröder-Cramer* Rdn. 87 vor §§ 25 ff; *Stree* GA 1963 S. 1 ff, 3 ff, 9; *Meyer* MDR 1975 S. 286 ff; *Roxin* Täterschaft S. 524. — In der Umkehrung würde die Strafbarkeit des Versuchs erweitert: Der erfolglose Versuch, den Pflichtigen zur Verletzung seiner Pflicht zu veranlassen, wäre täterschaftlicher Deliktsversuch; siehe *Stree* aaO S. 2 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

Regelung bei der Begehung, einige Fälle von Teilnahme an unvorsätzlicher Tat mit umfaßt (oben 21/72). — Da mittelbare Täterschaft eine eigene Tat des Hintermanns ist, kommt es auf die Pflichtenlage beim Werkzeug nicht an. Beispiel: Wird eine Person, die ein Sachgut retten will, durch die Lüge von der Rettung abgehalten, eigene Güter von Gewicht seien in Gefahr, so ist der Lügende mittelbarer Täter der Beschädigung an den unversorgt bleibenden Gütern, ob nun der Unterlassende zur Erfolgsabwendung als Garant oder nach § 323 c StGB oder überhaupt nicht verpflichtet war. Freilich muß das Rettungsunternehmen dem Opfer garantiert sein; dies ist der Fall, wenn der Retter das Geschäft des Opfers aktuell betreibt, nicht aber, wenn er es demnächst betreiben könnte. Beispiel: Wer einen Menschen durch die Lüge, eigene Güter von Gewicht seien in Gefahr, davon abhält, sich an einen bestimmten Ort zu begeben, wo dieser Mensch eine Notlage vorfinden und das Opfer retten *würde*, haftet allenfalls nach § 323 c StGB[218a] (siehe oben 7/22 und 7/60 ff).

111 4. Akzessorische Beteiligungen (Mittäterschaft per Gestaltungsherrschaft oder Teilnahme) sind durch psychische wie durch physische Hilfen möglich; letzteres betrifft bei der Beteiligung am Unterlassen durch Tun den Bereich, in dem ein nachfolgendes Unterlassen dem vorangehenden Verhalten die Eigenschaft nimmt, (voll) eigenhändige Erfolgsherbeiführung zu sein[219] (siehe oben 29/108). — Beim Unterlassen eines Pflichtigen kraft institutioneller Zuständigkeit kann niemand Mittäter sein (siehe oben 21/115 ff). Scheidet Teilnahme aus, weil der Beteiligte selbst institutionell verpflichtet ist oder täterschaftlich organisiert, liegt Nebentäterschaft vor.

112 5. Bei den Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit kann nur der Inhaber eines institutionell abgesicherten Status Täter sein; es handelt sich also um Sonderpflichten im engeren Sinn (oben 6/91), so daß auf Teilnehmer § 28 Abs. 1 StGB anzuwenden ist. Beispiel: Wer einem Staatsanwalt Geld für die Nicht-Verfolgung einer Strafsache verspricht, haftet wegen Anstiftung zur Strafvereitelung im Amt (§ 258 a StGB ist im Unterlassungsbereich bei den Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit echtes eigentliches Sonderdelikt), aber mit einer Strafrahmenreduzierung nach den §§ 28 Abs. 1, 49 StGB.

Bei den Pflichten kraft Organisationszuständigkeit hingegen geht es um die Verantwortlichkeit dafür, daß der eigene Organisationskreis nicht einen fremden Organisationskreis schädigt; die Beziehung des Verpflichteten zum fremden Gut bleibt negativ definiert (Nicht-Schädigen). Eine Sonderpflicht liegt deshalb so wenig vor, wie bei einem Begehungs-Erfolgsdelikt das Verbot der Ausführungshandlung eine Sonderpflicht begründet. § 28 StGB ist nicht anzuwenden[220].

218a *Jakobs* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift S. 791 ff, 806 mit Fn. 39.

219 Jedenfalls zur psychischen Beeinflussung entspricht das Ergebnis der hier freilich wenig differenzierenden überwiegenden Lehre; BGH 14 S. 280 ff, 282; *Schönke-Schröder-Cramer* Rdn. 86 vor §§ 25 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 1075; *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 52 mit ausführlichen Nachweisen.

220 Sehr streitig; eine Differenzierung nach der Art der Garantenstellung findet sich ansonsten nicht, vielmehr wird teils von der Verbotsähnlichkeit der Gebote kraft Organisationszuständigkeit her die Anwendbarkeit von § 28 StGB allgemein verneint (*Herzberg* ZStW 88 S. 68 ff, 108 f; *Geppert* ZStW 82 S. 40 ff, 70; *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 52), teils wird von der Sonderbindung der Pflichtigen kraft institutioneller Zuständigkeit her die Anwendbarkeit von § 28 StGB allgemein bejaht (*Langer* Lange-Festschrift S. 241 ff, 262; *Vogler* Lange-Festschrift S. 265 ff, 279 ff; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 107 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 935; *Baumann-Weber* AT § 37 III 2 b β; *SK-Samson* § 28 Rdn. 21).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

X. Ergänzung zur Tatbestandsverwirklichung und zur Schuld: Der Versuch und der Versuch der Beteiligung durch Unterlassen

Literatur

J. Brammsen Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986; *G. Grünwald* Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, JZ 1959 S. 46 ff; *R. D. Herzberg* Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1973 S. 89 ff; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *O. Lönnies* Rücktritt und tätige Reue beim unechten Unterlassungsdelikt, NJW 1962 S. 1950 ff; *W. Maihofer* Der Versuch der Unterlassung, GA 1958 S. 289 ff; *C. Roxin* Der Anfang des beendeten Versuchs, Maurach-Festschrift S. 213 ff; *H.-J. Rudolphi* Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdelikts, MDR 1967 S. 1 ff; *F. Schaffstein* Die Vollendung der Unterlassung, Dreher-Festschrift S. 147 ff; *E. Schmidhäuser* Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, Gallas-Festschrift S. 81 ff; *W. Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1974; *H. Wegscheider* Versuch und Rücktritt beim schlichten Unterlassungsdelikt, JurBl. 1976 S. 353 ff; *J. Wolter* Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981.

A. Der Versuch

113 1. Auch eine Unterlassung kann versucht werden[221]; da Unterlassung ein tatbestandliches Verhalten ist, das ein vollendetes Delikt sein kann, durchläuft es auch das Stadium vor der Vollendung. Die Versuchsbestimmung des Gesetzes (§ 22 StGB) ist gemäß der Entsprechensklausel des § 13 Abs. 1 StGB dahin zu modifizieren, daß es nicht um ein Ansetzen zur Tatbestands*verwirklichung* geht (verstanden als Handlung), sondern um ein Ansetzen zum tatbestandlichen Unterlassen[222]. Man kann freilich auch tatbestandsmäßiges Unterlassen als Tatbestandsverwirklichung im weiteren Sinn ansehen.

114 2 a) Wie beim Versuch des Begehungsdelikts ist auch beim Versuch des Unterlassungsdelikts Tatbestandsvorsatz erforderlich. — Im Gegensatz zur Lage beim Begehungsdelikt wird vereinzelt zudem für den Versuch des Unterlassungsdelikts Tauglichkeit verlangt, teils in dem Sinn, daß allein die Vorstellung des Täters, das Gut schwebe in Gefahr, nicht hinreichen soll[223], teils auch noch bezüglich der Eignung der zur Verfügung stehenden Abwendungsmittel[224]. Grund für diese Abweichung von den Regeln des Begehungsdelikts soll sein, daß sich in den bezeichneten Fällen der Versuch allein in der Psyche des Täters vollziehe und seine Bestrafung deshalb Strafe für eine nicht objektivierte „Gesinnung" sei[225]. — Daß der Tatvorsatz nur dürftig objektiviert ist, mag im Einzelfall zutreffen und entspricht dann der Lage beim Begehungsdelikt, bei dem der Täter irrig meint, mit nahezu objektiv sozialadäquaten Handlungen den Erfolg herbeiführen zu können (und gegebenenfalls sogar herbeiführt, oben 25/65, 73). Die Objektivierung eines Verhaltens kann immer nur im Blick auf das vom Täter Gewollte bestimmt werden. Jedenfalls besteht kein Sonderproblem für Unterlassungen.

115 b) Allerdings können beim Unterlassungsversuch so wenig wie beim Begehungsversuch Sonderpflichten per Vorsatz erzeugt werden; die irrige Annahme einer Garanten-

221 Schon das ist streitig; nach *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 204 ff, 210 ff, 221 ff; *Welzel* Strafrecht § 28 IV soll es nicht um den Versuch einer Unterlassung, sondern um das Unterlassen des Versuchs einer erfolgsabwendenden Handlung gehen. Das trifft die normlogische „Struktur", nicht aber die soziale Bedeutung; siehe oben 28/Fn. 3.

222 *A. A. Jescheck* AT § 60 II 2, der die Formel vom Ansetzen bei Unterlassungen für untauglich hält und auf die Gefahr für das Handlungsobjekt abstellen will; — gegen die Brauchbarkeit des Gefahrbegriffs schon oben 25/57.

223 *Rudolphi* MDR 1967 S. 1 ff; *SK-Rudolphi* Rdn. 55 vor § 13.

224 *Schmidhäuser* AT 17/27; *ders.* Gallas-Festschrift S. 81 ff, 96 f.

225 *Rudolphi, Schmidhäuser* aaO; *Herzberg* MDR 1973 S. 89 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

stellung kraft institutioneller Zuständigkeit führt also nicht zum Versuch, sondern zum Wahndelikt (oben 25/43 ff mit Nachweisen). Beispiel: Der Vater eines nichtehelichen Kindes, der — ohne faktisch (Übernahme) für das Kind zu sorgen — meint, die Sorge sei ihm gesetzlich zugewiesen, und nunmehr in einer Notlage Hilfe unterläßt, versucht eine nicht bestehende Pflicht zu übertreten, begeht also ein Wahndelikt. Versuch liegt aber vor, wenn der Unterlassende die Voraussetzungen einer Garantenstellung kraft Organisationszuständigkeit irrig annimmt[226] oder bei institutioneller Zuständigkeit irrig meint, es bestehe eine Gefahrenlage (der Vater verwechselt das in Gefahr befindliche Kind mit seinem eigenen, das seiner Sorge untersteht).

116 3 a) Beim Unterlassungsdelikt ist der unbeendete Versuch nach denselben Regeln vom beendeten Versuch zu scheiden wie beim Begehungsdelikt: Wie bei letzterem der Versuch unbeendet ist, solange der Täter kein Risiko perfekt geschaffen hat, und beendet, sobald ein Risiko geschaffen wurde, mag der Täter es auch noch zurücknehmen können (beendeter Versuch mit Revokationsmöglichkeit, dazu oben 25/72 ff), so ist beim Unterlassungsdelikt der Versuch unbeendet, solange das bei Versuchsbeginn bestehende Risiko des Mißlingens der Rettung nach Art oder Umfang nicht geändert wurde (mag auch der zur Rettung erforderliche Aufwand gestiegen sein), und beendet, sobald eine solche Änderung — revozierbar oder nicht revozierbar — perfekt vorliegt[227]. Beispiel: Wer für ein krankes Kind, das ärztlicher Behandlung bedarf, zu sorgen hat, das Kind aber sterben lassen will, verwirklicht einen unbeendeten Tötungsversuch durch Unterlassen, solange telefonisch der Hausarzt geholt werden kann, der dann die Krankheit heilt; der Versuch ist aber beendet, sobald dieser Rettungsweg versperrt ist, auch wenn etwa eine Operation im Krankenhaus die Todesgefahr noch sicher beseitigen kann (beendeter Versuch mit Revokationsmöglichkeit). Wie freilich beim Begehungsdelikt nicht schon ein (beendeter) Versuch vorliegt, wenn der Täter den Erfolg durch ein *erlaubtes* Handeln hinreichend bedingt (oben 25/65), so ist auch das Verstreichenlassen einiger Rettungsmöglichkeiten dann kein Versuchsbeginn, wenn es sich dabei um eine erlaubte Neuorganisation der Rettungschancen handelt. Beispiel: Wer es unterläßt, sofort per Telefon eine unentbehrliche Hilfe anzufordern, verwirklicht nicht etwa einen beendeten, sondern überhaupt keinen Unterlassungsversuch, wenn die Hilfe später mündlich ohne Gefahr eines Effektivitätsverlusts immer noch angefordert werden kann.

Wenn teils „wertend" zwischen unbeendetem und beendetem Versuch danach unterschieden wird, ob dem Täter das Fehlschlagsrisiko aufgebürdet werden soll (beendeter Versuch) oder nicht (unbeendeter Versuch), so ist dies mit der Maßgabe richtig, daß es nur um das Risiko eines Fehlschlags *wegen der Verzögerung der Rettung* geht, nicht aber auch um einen Fehlschlag aus Umständen, die auch bei pünktlicher Rettung vorgelegen hätten; denn die Chance des Mißlingens bleibt im letzteren Fall Unglück des Opfers und beruht nicht auf dem Fehlverhalten des Täters. Beispiel: Braucht ein Kranker ein Medikament und verzögert der Garant die Beschaffung, bis nicht mehr sicher ist, ob sich das Medikament in der Kürze der verbleibenden Zeit überhaupt noch

---

226 Bei prinzipieller Übereinstimmung insoweit *a. A. Stratenwerth* AT Rdn. 699; ähnlich wie hier *LK-Vogler* § 22 Rdn. 159 f.

227 Die Lösung ist streitig; für die Anwendung der Regeln des beendeten Versuchs *Roxin* Maurach-Festschrift S. 213 ff, 232 Fn. 54; *SK-Rudolphi* Rdn. 56 vor § 13; — verbreitet wird ähnlich wie hier darauf abgestellt, ob die ursprünglich erforderliche Handlung noch zur Rettung hinreicht (dann unbeendet) oder nicht; *Jescheck* AT § 60 II 2, siehe aber auch aaO 3; *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 48; *Schönke-Schröder-Eser* § 24 Rdn. 28 f; *Blei* AT § 86 III 3; *Lönnies* NJW 1962 S. 1950 ff, 1951 f; siehe auch *Grünwald* JZ 1959 S. 46 ff, 48; *Maihofer* GA 1958 S. 289 ff, 298. — Die Vorauflage differenzierte nicht zwischen den Versuchsformen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

besorgen läßt, so trägt der Garant zwar das Verzögerungsrisiko, aber nach wie vor nicht das Risiko, ob das Medikament wirkt (es sei denn, das Medikament wirke gerade wegen der verspäteten Verabreichung schlechter). Im Ergebnis entspricht also das Verzögerungsrisiko des Unterlassungsversuchs dem Risiko des beendeten Begehungsversuchs[228].

117 b) Zum Versuchsbeginn ergibt eine Parallelisierung zur Begehung folgenden Befund: Es ist eine notwendige (aber nicht hinreichende) Bedingung des Versuchs eines Begehungsdelikts, daß der Täter etwas unternimmt, was ihn nach seiner Vorstellung auf dem Weg zur Tatbestandsverwirklichung voranbringt. Bricht er den Versuch ab, so bleibt das Unternommene ein Fragment, d. h. die Investition in den Versuch war umsonst, und der Täter hat das Investierte verloren. Dem entspricht folgende Lage beim Unterlassungsdelikt: Notwendige (aber nicht hinreichende) Bedingung des Versuchs ist ein Unterlassen, das nach der Vorstellung des Täters die zur Erfolgsabwendung vom Täter aufzuwendenden Investitionen erhöht, so daß beim Abbruch des Unterlassungsversuchs die Erfolgsabwendung nicht mehr so billig zu bewerkstelligen ist wie beim sofortigen Handeln.

118 c) Zum Versuchsbeginn gelten — einheitlich für unbeendeten wie beendeten Versuch — die folgenden, in der Formulierung dem beendeten Versuch mit Revokationsmöglichkeit beim Begehungsdelikt entsprechenden Topoi[229] (siehe eingehend oben 25/73 f):

aa) Zwingende (negative) Richtlinien:

α) Ein Versuch der Unterlassung liegt nicht vor, solange — bei gleichbleibender Chance — trotz weiteren Zuwartens der *Aufwand zur Erfolgsabwendung* nicht steigt. Beispiel: Der Unterlassungstäter muß auch später zur Erfolgsabwendung keine größere Wegstrecke zurücklegen, oder eine sonst an der Rettung beteiligte Person muß auch später nicht in allgemein unüblicher Eile arbeiten oder mehr Geld investieren etc.

β) Soweit die Erfolgsabwendung auf *sozial üblichem* Weg erfolgen kann, ist auch eine Erhöhung von Aufwand kein Indiz für einen Versuchsbeginn. Beispiel: Wer mit dem Vorsatz, nicht zurückzukehren und seine Kinder umkommen zu lassen, aus der Wohnung geht, begeht keinen Versuch, solange seine Entfernung das bei besorgten Eltern übliche Maß nicht übersteigt.

---

228 Beim Begehungs- wie beim Unterlassungsdelikt gibt es die Konstellation, daß ein Versuch vorliegt und damit der Täter bei einem Rücktritt das Risiko des Gelingens der Abwendung trägt, obgleich er, wäre die identische Abwendung von vornherein geplant gewesen, mangels dann verbleibender Kenntnis der Erfolgschance keinen Vorsatz mehr gehabt hätte. Beispiel: Der Autofahrer, der auf einen Fußgänger mit Tötungsvorsatz zufährt (Handlung) — oder angesichts eines Fußgängers nicht bremst (Unterlassung) — haftet wegen vollendeter Tat, wenn eine dann doch noch vorgenommene Bremsung nicht gelingt, auch wenn zur Zeit der Notbremsung der Täter am Gelingen nicht zweifelt. — Hätte er die Notbremsung sogleich eingeplant und den Fußgänger nur erschrecken wollen, würde es am Vorsatz jedenfalls dann fehlen, wenn seine Planung in kommunikativ relevanter Weise zustandegekommen wäre (oben 8/6a).

229 Die Festlegung des Versuchsbeginns ist streitig. Teils wird schon im Verstreichenlassen der ersten Möglichkeit zum Vollzug der gebotenen Handlung Versuch angenommen (*Herzberg* MDR 1973 S. 89 ff, 93; *Lönnies* NJW 1962 S. 1950 ff, 1951; *Maihofer* GA 1958 S. 289 ff, 297), wobei jedoch vereinzelt das Gebotene der Handlung ohne Blick auf die Tatbestandsnähe bestimmt wird (so *Herzberg* aaO). In dieser zuletzt genannten Version ist die Festlegung so falsch, wie die Fixierung des Versuchsbeginns beim Begehungsdelikt an der ersten Vorbereitungshandlung falsch wäre. — Hauptsächlich wie hier differenzierend *Grünwald* JZ 1959 S. 46 ff; *Roxin* Maurach-Festschrift S. 213 ff, 231 ff; siehe auch *Wolter* Objektive und personale Zurechnung S. 95 ff, 258 ff; *Maurach-Gössel* AT § 40 Rdn. 106. — Weitere Nachweise bei *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 48; *LK-Vogler* § 22 Rdn. 109 bis 121; *Schönke-Schröder-Eser* § 22 Rdn. 50 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

bb) Bewegliche (positive) Richtlinien:

α) Für einen Versuchsbeginn spricht die *zeitliche Nähe* des nach der Tätervorstellung erwarteten Erfolgseintritts.

β) Für einen Versuch spricht ferner, wenn der Täter nicht nur beiläufige *Zwischenerfolge* verantwortlich eintreten läßt. Beispiel: Ein Indiz für den Beginn der Tötung durch Unterlassen ist es, wenn Eltern an ihren Kindern durch schlechte Versorgung nicht nur vorübergehende Körperschäden eintreten lassen.

γ) Für einen Versuchsbeginn spricht es schließlich, wenn der Täter den Verlauf zum Erfolg aus seinem räumlich-gegenständlich definierten *Organisationskreis* entläßt, stärker noch, wenn er den Eintritt des Verlaufs in den Organisationskreis des Opfers duldet. Beispiel: Der Betriebsinhaber, der die Auslieferung verdorbener Lebensmittel an einen Boten oder gar die Übergabe an den Kunden duldet, begeht — Vorsatz unterstellt — in der Regel einen Versuch der Körperverletzung durch Unterlassen.

B. Der Rücktritt

1 a) Wie zum beendeten Versuch, so wird auch zum Unterlassungsversuch überwiegend argumentiert, es reiche hin, wenn der Zurücktretende die Vollendung letztlich effektiv hindere, auch wenn er das Hinderungsmittel nicht für wirkungssicher gehalten habe (siehe oben 26/19, 21 f). Diese Ansicht führt auch hier zu einem drastischen Wertungswiderspruch: Der Pflichtige, der vorsätzlich ein nicht optimales Abwendungsmittel einsetzt, begeht einen Versuch der Unterlassung, da er einen vermeidbaren Erfolgseintritt für möglich hält; der Pflichtige aber, der nach dem Beginn eines Unterlassungsversuchs ein nicht optimales, aber letztlich effektives Mittel einsetzt, wird von *diesem* Unterlassungsversuch frei. Beispiel: Wer für sein todkrankes Kind trotz bekannter Verfügbarkeit guter Ärzte einen Arzt holt, der zumeist betrunken ist, begeht einen versuchten Totschlag durch Unterlassen. Wer aber zunächst keinen Arzt holt und dann den schlechten, tritt — folgt man der skizzierten Ansicht — strafbefreiend zurück, wenn der Arzt letztlich effektiv hilft. — Man könnte versuchen, diesen Widerspruch dadurch auszuräumen, daß der Unterlassungsversuch als *neuer* haftungsbegründender Sachverhalt definiert wird (Ingerenz), der zu optimalem Einsatz verpflichtet. Aber auch dadurch ließe sich nicht vermeiden, daß der Pflichtige, der nach dem Versuchsbeginn im Gebrauch seiner Fähigkeiten eingeschränkt wird, durch den Einsatz seiner dann relativ-optimalen Fähigkeiten befreit würde (Effektivität unterstellt), obgleich eine identische Abwendungshandlung vor Versuchsbeginn als dann nicht-optimal einen Unterlassungsversuch belassen hätte (auch hierzu oben zur Begehung 26/22). **119**

b) Folgendes Verständnis des § 24 StGB in seiner Anwendung auf Unterlassungsversuche vermeidet das Dilemma: Der Täter, der keine *sichere* Chance zur Verhinderung der Tatbestandsverwirklichung hat, beläßt ein Restrisiko, auf das sich der Rücktritt nicht erstrecken kann. Verwirklicht sich dieses Restrisiko, so haftet er für Vollendung; verwirklicht es sich nicht, liegt insoweit ein fehlgeschlagener Versuch vor (so im oben genannten Beispiel). Dies gilt — wie beim Begehungsdelikt — erst recht für den Fall, daß der Täter mehrere Risiken zu verantworten hat. Beispiel: Eltern, deren todkrankes Kind in einem brennenden Haus liegt, begehen einen Totschlagsversuch durch Unterlassen, wenn sie nur das Haus löschen, auch wenn die Krankheit von allein heilt.

2. Ein Rücktritt ist nur möglich, solange der Versuch nicht fehlgeschlagen und der Erfolg nicht zurechenbar eingetreten ist. Entsprechend der Lage beim Begehungsdelikt **120**

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

liegt ein Fehlschlag schon vor, wenn sich eine vom Täter angenommene Erfolgsgefahr nicht realisiert, mögen sich auch durch weiteres Unterlassen weitere Gefahren realisieren. Beispiel: Der Tötungsversuch der Eltern, die beschließen, ihr krankes Kind an der Krankheit umkommen zu lassen, ist sowohl fehlgeschlagen, wenn das Kind nach einem Tag Zuwarten noch lebt, obgleich die Eltern mindestens mit dolus eventualis den Tod in dieser Zeit prognostiziert hatten, als auch beim spontanen Ausheilen der Krankheit; daß die Eltern im ersteren Fall der Krankheit weiter ihren Lauf lassen und im letzteren das Kind verhungern lassen könnten, ändert nichts daran, daß das vermeintlich vorhandene Plus an Erfolgsbedingungen gefehlt hat und insoweit der Versuch nicht weitergeführt werden kann (siehe oben 26/19).

121 3. Wann die Vollendung eingetreten ist, kann im Einzelfall zweifelhaft sein. — Es gibt Situationen, in denen dem Pflichtigen unverzügliches Handeln geboten ist (etwa: schwere Blutungen verlangen sofortiges Abschnüren der Arterie, um weiteren Blutverlust — Körperverletzung — zu verhindern); jedes Zögern[230] ist hier schon Vollendung. Das heißt aber nicht, daß ein verzögert erfolgendes Handeln für die Zurechnung irrelevant wäre; es ist vielmehr, so es den Erfolg noch abwendet, Rücktritt vom Versuch *weiteren* Unterlassens. — Bei Unternehmensdelikten (§ 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB, siehe oben 25/5 f) wird auch im Unterlassungsfall der Versuch wie die Vollendung bestraft. — Einzelheiten sind Gegenstand des BT[231].

C. Der Beteiligungsversuch

122 Ein strafbarer *Beteiligungsversuch durch* Unterlassen nach den §§ 13, 30 StGB (mit der Möglichkeit des Rücktritts nach § 31 StGB) ist in dem Maß möglich, in dem die relevanten Beteiligungsformen durch Unterlassen begangen werden können. Beispiel: Der agent provocateur merkt, daß der von ihm zum Raub Angestiftete entgegen den ursprünglichen Erwartungen die Vollendung der Tat doch schaffen wird, unterläßt aber Bemühungen um die Verhinderung des nur zufällig schon vor dem Versuchsbeginn scheiternden Unternehmens; — §§ 249, 30 Abs. 1 Satz 1, 1. Fallgruppe, 13 StGB. — Ein Beteiligungsversuch *zum* Unterlassen folgt allgemeinen Regeln, jedoch ist bei Pflichtigen kraft institutioneller Zuständigkeit zu beachten, daß ein „Verabreden" wegen der akzessorietätsüberspringenden Pflicht (oben 21/115 ff) sachlich wechselseitige Anstiftung plus Bereiterklären ist; Beispiel: Eltern beschließen, ihr Kind verhungern zu lassen.

XI. Die fakultative Strafmilderung

Literatur

N. K. Androulakis Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963; *H. J. Bruns* Strafzumessungsrecht, 2. Auflage 1974; *ders.* Zur Auslegung des § 13 Abs. 2 StGB, Tröndle-Festschrift S. 125 ff; *G. Grünwald* Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, ZStW 70 S. 412 ff; *ders.* Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959 S. 110 ff; *R. D. Herzberg* Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *Armin Kaufmann* Die Dogmatik

230 Zur moralischen Schrecksekunde siehe *Schmidhäuser* AT 16/97, 17/25.

231 Eingehend *Schaffstein* Dreher-Festschrift S. 147 ff; *Schmidhäuser* AT 16/25 f; für das österreichische Recht *Wegscheider* JurBl. 1976 S. 353 ff. — Streitig ist insbesondere die Behandlung einiger echter Unterlassungsdelikte; zu § 323 c StGB siehe *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 70 ff; zu § 138 StGB siehe *ders.* aaO S. 149 ff, 161 ff. — Insbesondere zu § 323 c StGB ist es eine Frage der jeweiligen Tatsituation, ob unverzüglich zu handeln ist oder ob es chancengleiche, verzögerbare Handlungen gibt. BGH 14 S. 213 ff, 215 ff behandelt nur einen Fall fehlender chancengleicher Äquivalente; die Maximen der Entscheidung sind deshalb nicht auf Fälle vorhandener Äquivalente übertragbar.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

der Unterlassungsdelikte, 1959; *C. Roxin* Täterschaft und Tatherrschaft, 3. Auflage 1975; *ders.* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970; *C. Roxin, W. Stree, H. Zipf, H. Jung* Einführung in das neue Strafrecht, 2. Auflage 1975; *H.-J. Rudolphi* Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdelikts, MDR 1967 S. 1 ff; *W. Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1972; *G. Timpe* Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *ders.* Anmerkung zu BGH 36 S. 227 ff, JR 1990 S. 428 ff; *M. Walter* Läßt sich der Handlungsunwert an der aufgewendeten „kriminellen Energie" ermessen? GA 1985 S. 197 ff; *H. Welzel* Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1958 S. 494 ff.

123 A. Der Grund für die fakultative Strafmilderung und demgemäß der Bereich, in dem zu mildern ist, sind heftig umstritten[231a]. Weder der E 1962[232] noch der AE (zu § 12) kannten eine entsprechende Regelung. Im Gesetzgebungsverfahren wurde § 13 Abs. 2 StGB auf Hinweise der „Rechtslehre" zurückgeführt, „daß unter sonst gleichen Umständen das Unterlassen ... regelmäßig weniger schwer wiege, als ... positives Tun"[233]. Die Rechtslehre wiederum hat die Wertungsdifferenz höchst unterschiedlich begründet: Neben Überlegungen zum Unterschied von Energieeinsatz (Tun) und bloßer Passivität (Unterlassen) stehen solche zum Einheitstäter beim Unterlassungsdelikt[234] und zur allgemeinen (wieso?) minderen Strafwürdigkeit des Unterlassens wegen eines geringeren Unrechts oder geringerer Schuld[235], teils auch spezifiziert als geringere „verbrecherische Energie" oder „verbrecherische Willensenergie"[236]; letzteres ist im Blick darauf, daß der Unterlassende gerade für das *Fehlen* eines Willens und das *Fehlen* eines Energieeinsatzes (scil. zur Erfolgsabwendung) bestraft wird, bestenfalls eine höchst unklare Metapher. — Freilich findet sich auch die Gegenposition[237], wonach eine Wertungsdifferenz nicht bestehen soll.

124 B 1. In präziserem Zugriff wird vorgeschlagen, bei der Milderung darauf abzustellen, ob die Erfolgsabwendung zur alltäglichen Verrichtung des Unterlassenden gehört, oder ob dieser „zur Rettung aus ungewöhnlichen Gefahren" berufen ist[238]. Für das Versagen in einer überraschend komplexen Situation dürften sich eher vom Täter nicht zu verantwortende Gründe finden lassen als für das Versagen im planbaren Bereich[239]. Allerdings geht es dabei nicht um ein Spezifikum der Unterlassungsdelikte; vielmehr kann der Ausweg aus einer überraschend komplexen Situation auch durch eine deliktische Handlung gewählt werden. Beispiel: Ob die Mutter das neugeborene und überra-

---

231a Eingehende Darstellung des Streitstands bei *Timpe* Strafmilderungen S. 152 ff (zu der hier vorgeschlagenen Lösung siehe aaO. S. 206 ff) und *Bruns* Tröndle-Festschrift S. 125 f — weitgehend wie hier *AK-Seelmann* § 13 Rdn. 146 f.

232 Siehe Begründung zu § 13 S. 126 f mit dem Argument, eine Milderungsmöglichkeit könne zur Leichtfertigkeit bei der Annahme begehungsgleichen Unterlassens führen.

233 BT-Drucksache V/4095 S. 8.

234 Insbesondere *Armin Kaufmann* Dogmatik S. 300 ff. — Wenn die Differenz von Täterschaft und Beihilfe beim Unterlassungsdelikt nicht nachgezeichnet werden könnte, ließen sich freilich auch die Fälle nicht ermitteln, in denen zu mildern wäre.

235 *Grünwald* ZStW 70 S. 412 ff, 429; *ders.* GA 1959 S. 110 ff, 113; *Rudolphi* MDR 1967 S. 1 ff, 2; *Welzel* JZ 1958 S. 494 ff, 495 ff; *Herzberg* Unterlassung S. 271 ff (siehe aber auch aaO S. 7 ff); *Welzel* Strafrecht § 28 VI; *Jescheck* AT § 58 V; *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 61.

236 *Schönke-Schröder-Stree* § 13 Rdn. 64; *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 65; *Schünemann* ZStW 96 S. 287 ff, 317; der Sache nach auch *Walter* GA 1985 S. 197 ff, 208.

237 *Androulakis* Studien S. 243; *Bruns* Strafzumessungsrecht S. 458 f; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 338 ff; *Eb. Schmidt* Niederschriften Bd. II S. 281.

238 *Roxin* in: Einführung S. 9; siehe *ders.* Kriminalpolitik S. 18 ff; *ders.* Täterschaft S. 465 ff; *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 62.

239 Daß freilich die Unerträglichkeit einer ständig wiederkehrenden und gerade darum planbaren und alltäglichen Belastung ein Unterlassen auch mildern kann, ist dadurch nicht ausgeschlossen; etwa: Die alleinstehende Frau hat ständig ein schwer krankes Kind zu versorgen, so daß ihr kein Verhaltensspielraum bleibt. Auch hier geht es nicht um ein Spezifikum der Unterlassung. Beispiel: Die Frau erschlägt (Tun) ihren despotischen Ehemann, der ihr keinen Verhaltensspielraum läßt.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

schend kraß deformierte Kind (ungewöhnliche Gefahr? Jedenfalls eine Situation überraschender Komplexität) nicht versorgt (Unterlassen) oder erstickt (Handeln), dürfte keine Strafrahmendifferenz tragen können. — Falls sich der Strafmilderungsgrund so präzisieren läßt, daß er auf Begehungsdelikte übertragbar ist, mag er als allgemeiner, Begehung wie Unterlassung umfassender Milderungsgrund angewendet werden.

125 2 a) Einen sicher begründbaren Anwendungsbereich findet die Milderungsmöglichkeit jedenfalls bei den Unterlassungsdelikten mit Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit; denn Haftungsgrund ist die Institution ohne Blick auf ihre Ausgestaltung im Einzelfall, so daß notfalls das Faktum der Bindung an die Institution ohne Blick darauf zur Haftung hinreicht, wie weit sie noch gelebt wird, also materiell vorliegt. Möglicherweise ist also die unterlassene Erfolgsabwendung nur die Ergänzung einer schon vorher, und zwar straffrei, angelegten Enttäuschung und deshalb weniger drastisch als im Fall einer auch materiell intakten Institution. Um eine Milderung zu begründen, muß freilich hinzukommen, daß die Ausgestaltung der materiellen Seite auch das Opfer etwas angeht, daß es also nicht dem Täter ausgeliefert ist wie z. B. ein kleines Kind seinen Eltern. Milderung ist beispielsweise angebracht, wenn in einer sowieso schon zerrütteten Ehe Hilfe versagt wird oder Eltern Hilfe verweigern, wenn die Kinder schon verantwortlich sind und sich faktisch aus der Familie gelöst haben, auch wenn sie noch elterlicher Sorge unterstehen; entsprechendes gilt zwischen den Partnern besonderen Vertrauens.

126 b) Die zuletzt genannte Milderungsmöglichkeit ist Konsequenz der Haftung aus institutioneller Zuständigkeit, nicht aber spezifisch der unechten Unterlassung. § 13 Abs. 2 StGB ist deshalb auf echte Unterlassungsdelikte mit Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit ebenso anzuwenden[240] wie auf Pflichtdelikte im Fall der *Begehung*.

127 c) Bei der Entscheidung über die Milderungsmöglichkeit geht es — entgegen der Lehre von der Gesamtbetrachtung[241] — nicht um allgemeine Zumessungserwägungen wie Rückfall, Maß des Schadens, geminderte Zurechnungsfähigkeit etc.[242]; die diesbezüglichen Ausführungen zum Versuch (oben 25/77 f) gelten entsprechend.

30. ABSCHNITT
Das echte Unterlassungsdelikt

Literatur

Siehe zum 28. und 29. Abschnitt

A. Die Vollendung

1 1. Die echten Unterlassungsdelikte (zur Terminologie siehe oben 28/9) bieten keine Probleme, die nicht bei den unechten auch zu entscheiden wären; im Einzelfall fehlen freilich Probleme der unechten Unterlassungsdelikte, scil. es entfällt die Bestimmung

240 BGH 36 S. 227 ff mit Nachweisen (die Entscheidung trifft nur zufällig das richtige Ergebnis; zutreffende Kritik bei *Timpe* JR 1990 S. 428 ff); *a. A. Roxin* Täterschaft S. 460; *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 65; *Herzberg* Unterlassung S. 51 ff.

241 Der die Rechtsprechung hier auch nicht folgt! BGH NJW 1982 S. 393 verlangt eine „Gesamtwürdigung der wesentlichen unterlassensbezogenen Gesichtspunkte", also gerade nicht eine Gesamtbetrachtung aller überhaupt zumessungsrelevanten Aspekte.

242 Insoweit wie hier *LK-Jescheck* § 13 Rdn. 63; *SK-Rudolphi* § 13 Rdn. 65; *Schönke-Schröder-Stree* § 13 Rdn. 64; die jedoch sämtlich „unterlassensbezogene" und andere Gründe trennen, während nach der hier entwickelten Ansicht auch eine analoge Anwendung auf Begehungsdelikte in Frage kommt, es also um „pflichtbezogene" und andere Gründe geht.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

des Garanten bei den nicht begehungsgleichen echten Unterlassungsdelikten, und die Schwierigkeiten der Bestimmung des Garanten reduzieren sich bei den begehungsgleichen echten Unterlassungsdelikten in dem Maß, in dem der Garant gesetzlich präzisiert ist. Einzelheiten:

2 a) Der Erfolgssachverhalt, der auch schlicht im Fehlen einer Handlung bestehen **2**
kann (umgekehrte Tätigkeitsdelikte[1]) muß eingetreten sein (siehe oben 29/8); er wäre ausgeblieben (hypothetische Kausalität; oben 29/15 ff), wenn der abstrakt Fähige (oben 29/10 ff) die relevante Handlung vollzogen hätte (zum Normzweck siehe oben 29/19 ff). Alle echten Unterlassungsdelikte können als Sonderdelikte im weiteren Sinn verstanden werden, da der Täter stets als Täter in einer bestimmten Lage definiert ist (stets etwa als Inhaber bestimmter Kenntnis, § 138 StGB; als bei einem Unglücksfall oder bei gemeiner Not befindlich, § 323 c StGB, etc.). Kann der Täter nur ein Verpflichteter kraft institutioneller Zuständigkeit sein, so liegt ein Sonderdelikt im engeren Sinn vor, nicht aber bei Pflichten kraft Organisationszuständigkeit. Ein echtes Unterlassungsdelikt kann — wie ein unechtes Unterlassungsdelikt — also je nach Pflichtenart Sonderdelikt im engeren Sinn sein (und damit Pflichtdelikt) oder nicht. Beispiel: § 221 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB ist bei Pflichten aus Ehe oder Eltern-Kind-Verhältnis ein Sonderdelikt und Pflichtdelikt, bei Pflichten aus Ingerenz und Übernahme jedoch nicht (wichtig für Teilnahme).

b) Zum Vorsatz[1a] und zur Fahrlässigkeit (strafbar etwa bei § 138 Abs. 3 StGB) **3**
gelten die Ausführungen zum unechten Unterlassungsdelikt, ebenso zur Rechtswidrigkeit und zur Schuld. § 13 Abs. 2 StGB ist auf echte Unterlassungsdelikte bei Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit entsprechend anzuwenden (oben 29/126).

c) Teilnahme *durch* echtes Unterlassen ist nicht möglich, da tatbestandlich ein **4**
Einheitstäter beschrieben wird (zweifelhaft), wohl aber ist Teilnahme durch Tun oder unechtes Unterlassen *am* echten Unterlassen nach den Regeln der Teilnahme am unechten Unterlassen möglich. Beispiele[1b]: Die Mutter, die nicht hindert, daß die zur Pflege verpflichtete und einzig fähige Krankenschwester das Kind verläßt, begeht eine Teilnahme an der Aussetzung (§ 221 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB) durch Unterlassen; — der Vater, der nicht einschreitet, wenn sein 17-jähriger Sohn, der eine Vereinskasse verwaltet, bei einigen Vereinsmitgliedern eine Selbstbedienung aus der Kasse zuläßt, haftet wegen Teilnahme durch Unterlassen an einer Veruntreuung durch Unterlassen. — Soweit die echten Unterlassungsdelikte Sonderdelikte sind, also bei Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit, ist die Strafe des nicht qualifizierten Teilnehmers[2] nach § 28 Abs. 1 StGB zu mildern. — Zu § 323 c StGB scheidet Teilnahme aus, da das Nicht-Hilfe-Leisten jede Beteiligung als Täterschaft umfaßt und zudem auch durch Handeln begangen werden kann (oben 7/67). „Teilnahme" durch Tun oder Unterlassen an einem Nicht-Hilfe-Leisten durch Tun oder Unterlassen ist also Täterschaft nach § 323 c StGB. Beispiel: Wer dem nach § 323 c StGB pflichtgemäß Helfenden rät, die Hilfe einzustellen, oder den trotz Hilfspflicht Unlustigen nicht zur Hilfe animiert, haftet selbst nach dieser Vorschrift unmittelbar.

---

1 *Schmidhäuser* AT 16/16.

1a Zweifelhaft BGH NStZ 1985 S. 409 f: Ein Bereitschaftsarzt hilft in einem Notfall nicht; jede Hilfe wäre freilich aus der Sicht ex post wahrscheinlich vergeblich gewesen (deshalb kein *vollendetes* Unterlassungsdelikt). — Ging der Arzt davon aus, effektive Hilfe sei möglich, so dürfte er als Garant wegen eines versuchten Verletzungsdelikts haften; verkannte der Arzt aber leichtfertig die erforderliche Hilfe, fehlt auch für § 323c StGB der Vorsatz.

1b Zu § 142 Abs. 2 StGB siehe BayObLG NJW 1990 S. 1861 f.

2 Zur bloßen Teilnahme trotz Qualifikation kann es kommen, wenn dem Qualifizierten ein sonstiges Tätermerkmal fehlt oder er eine vom Täter zu vollziehende Handlung nicht vollzieht (Sich-Entfernen in § 221 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

B. Der Versuch und der Rücktritt

5 Soweit echte Unterlassungsdelikte nicht als Unternehmensdelikte ausgestaltet sind (§ 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB; dazu oben 25/5 f), gelten für Versuch und Rücktritt die Regeln der unechten Unterlassungsdelikte entsprechend, insbesondere wird auch bei echten Unterlassungsdelikten eine Sonderpflicht kraft institutioneller Zuständigkeit nicht durch die irrige Annahme ihrer Voraussetzungen durch den Täter (des Wahndelikts!) erzeugt. Der Versuch ist freilich selten strafbar; Beispiele: § 41 WStG; § 336 StGB[3]; § 357 StGB i. V. m. Verbrechenstatbeständen.

[3] Zum tatbestandlichen Unterlassungsverhalten bei § 336 StGB siehe *Schönke-Schröder-Cramer* § 336 Rdn. 4 mit Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:03

3. TITEL
Die Konkurrenz

7. KAPITEL
Die scheinbare und die echte Konkurrenz

31. ABSCHNITT
Die scheinbare Konkurrenz (sogenannte Gesetzeskonkurrenz)

I. Die Grundbegriffe und die Grundmodelle der Konkurrenzlehre

Literatur

A. Baumgarten Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, 1909; *F. Geerds* Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961; *H.-H. Jescheck* Die Konkurrenz, ZStW 67 S. 529 ff; *A. Köhler* Die Grenzlinie zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, 1900; *K. Kühl* Das leidige Thema der Konkurrenzen, JA 1978 S. 475 ff; *P. Merkel* Konkurrenz, VDAT Bd. V S. 269 ff; *W. Niese* Empfiehlt sich die Einführung einer einheitlichen Strafe auch im Falle der Realkonkurrenz, Materialien Bd. I S. 155 ff; *K. Peters* Einheitsstrafe bei Verbrechensmehrheit, Kohlrausch-Festschrift S. 199 ff; *I. Puppe* Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979; *R. Schmitt* Die Konkurrenzen im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW 75 S. 43 ff, 179 ff; *O. Schweling* Die Bemessung der Gesamtstrafe, GA 1955 S. 289 ff.

A. Verwirklicht ein Täter sukzessiv mehrere Delikte oder ist der Vollzug eines Verhaltens (also die Körperbewegung beim Begehungsdelikt oder deren Unterbleiben beim Unterlassungsdelikt) ein Teil mehrerer Deliktsverwirklichungen, so sind bei der Entscheidung, wie sich die konkurrierenden Deliktsverwirklichungen zueinander verhalten, drei Problemkreise zu scheiden. Die Problemkreise betreffen nur teils die Zurechnung, teils hingegen die Strafzumessung und Strafvollstreckung. **1**

1. *Scheinbare Konkurrenz:* Zunächst geht es darum, ob überhaupt mehrere Delikte verwirklicht sind oder ob eine Konkurrenz nicht besteht, weil dasselbe Delikt nur mehrfach ausformuliert wird. Letzteres ist im Bereich der Gesetzeskonkurrenz (auch scheinbare Konkurrenz oder Gesetzeseinheit) der Fall: Mehrere Deliktsformulierungen („Gesetze") konkurrieren um die Bestimmung des Unrechts; eine der Formulierungen bestimmt das Delikt abschließend. Beispiel: Der Raub (§ 249 StGB) ist eine erneute Formulierung eines qualifizierten Falls der Nötigung (§ 240 StGB) wie des Diebstahls (§ 242 StGB) und bestimmt das Delikt für den Fall der qualifizierten Nötigung zur Wegnahme in Zueignungsabsicht abschließend. **2**

2. *Strafrahmenkonkurrenz:* Konkurrieren je selbständige Delikte (echte Konkurrenz), so ist eine triviale — wenn auch terminologisch streitige — Folge, daß auch mehrere Deliktsverwirklichungen zuzurechnen sind. Problematisch sind freilich die Behandlung der zugehörigen Strafdrohungen und Strafrahmen und die Festlegung weiterer Rechtsfolgen. **3**

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

4 a) Folgende Möglichkeiten bestehen:

aa) Es kann überhaupt nur wegen des schwersten Delikts Strafe zuzumessen sein (*absolute Absorption;* so § 73 StGB a. F. im ursprünglichen Verständnis[1]).

bb) Weiterhin kann wegen aller Deliktsverwirklichungen nur aus einem der Strafrahmen zuzumessen sein (*Strafrahmenabsorption;* so die Lösung de lege lata für Idealkonkurrenz, § 52 Abs. 2 StGB, wenn einer der Rahmen in jeder Hinsicht der schärfste ist oder aber alle Rahmen gleich sind).

cc) Es kann auch aus jedem Rahmen je für die zugehörige Deliktsverwirklichung zuzumessen sein (so die Lösung de lege lata für Realkonkurrenz, § 53 Abs. 1 StGB).

dd) Ferner kann ein neuer, aus den verfügbaren Rahmen kombinierter Strafrahmen (nebst Festlegung weiterer Rechtsfolgen) zu bilden sein, aus dem für alle Deliktsverwirklichungen zuzumessen ist (*Kombination;* so de lege lata bei Idealkonkurrenz, wenn die einzelnen Rechtsfolgenbestimmungen unterschiedliche Höchstmaße, Mindestmaße, Nebenstrafen etc. kennen, § 52 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 StGB; siehe auch unten 31/8).

ee) Schließlich kann überhaupt ein neuer und schärferer Rahmen gebildet werden (*Asperation* des primären Strafrahmens; so früher etwa bei rückfallbegründender Konkurrenz, § 48 StGB a. F., was die Mindeststrafe anging).

5 b) Soweit aus einem einzigen Rahmen für mehrere Deliktsverwirklichungen zuzumessen ist, geht es ferner darum, wieviel jede einzelne der zusammentreffenden Deliktsverwirklichungen in Strafeinheiten bei der Zumessung ausmacht: Ebenso viel, wie sie allein wiegt, oder weniger (so de lege lata) oder mehr (so de lege lata bei besonderen, im BT ausformulierten Deliktskonkurrenzen, etwa bei erfolgsqualifizierten Delikten, oben 9/28, 30 ff, oder bei einigen zusammengesetzten Delikten, etwa Raub, § 249 StGB).

6 3. *Strafenkonkurrenz:* Sind bei echter Konkurrenz für mehrere Deliktsverwirklichungen auch mehrere Strafen (und gegebenenfalls weitere Rechtsfolgen mehrfach) verwirkt (de lege lata nur bei Realkonkurrenz, § 53 Abs. 1 StGB), so ist letztlich die Konkurrenz dieser verwirkten Strafen zu entscheiden.

7 a) Es besteht die Möglichkeit, es bei allen verwirkten Strafen zu belassen, sie also zu *kumulieren,* was bei gleichartigen und kumulierbaren Folgen auf eine *Addition* hinausläuft (de lege lata bei Realkonkurrenz nach überwiegender Ansicht im Fall lebenslanger Strafen; fakultativ bei Geldstrafe neben Freiheitsstrafe, § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB; bei mehreren Verurteilungen ohne die Möglichkeit einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung nach § 55 StGB; ferner bei kumulierbaren Nebenstrafen etc., §§ 53 Abs. 3 i. V. m. 52 Abs. 4 StGB).

8 b) Die verwirkten Strafen können aber auch in einem weiteren Zumessungsakt zu einer Gesamtstrafe verbunden werden, was dann wiederum (neben einigen im Ergebnis identischen oder nicht diskutablen Varianten) durch Addition geschehen kann (verkappte Kumulation und im Ergebnis mit dieser identisch), oder aber durch Schärfung der schwersten Strafe *(Strafasperation);* diese Schärfung kann entweder innerhalb des Strafrahmens erfolgen, der die schärfste Strafe zuläßt, oder aber in einem kombinierten Rahmen (so de lege lata für Nebenstrafen etc., §§ 53 Abs. 3 i. V. m. 52 Abs. 4 StGB) oder schließlich überhaupt nach neu bestimmten Grenzen (*Asperation* des sekundären Strafrahmens; so de lege lata bei Realkonkurrenz stets für die Mindeststrafe, manchmal auch für die Höchststrafe, § 54 Abs. 2 Satz 2 StGB[2]).

---

1 Siehe *Frank* StGB[3, 4] § 73 Anm. VI a. E.; ebenso jetzt *Puppe* Idealkonkurrenz S. 19 ff.

2 In dem neuen Rahmen bildet die höchste verwirkte Einzelstrafe plus eine Strafeinheit die Min-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

B. Zur üblichen Terminologie[3] sind folgende Klarstellungen nötig: Den bei Gesetzeskonkurrenz erfolgenden Ausschluß einer Straftatbestandsformulierung nebst Strafdrohung bezeichnet man als *Exklusionsprinzip* (Ausschlußgrundsatz), was nicht stets völlig korrekt ist, da die verdrängte Strafdrohung (nebst Anordnung weiterer Rechtsfolgen) über das mindestens Verwirkte entscheiden kann (unten 31/38 ff). — Das *Kumulationsprinzip* (Additionsgrundsatz) ist entgegen geläufiger Darstellung nicht auf die oben schon skizzierten Fälle beschränkt, sondern gilt — der Sache nach unstreitig — stets für diejenigen Rechtsfolgen, die schon vollstreckt sind, wenn es zur Verurteilung wegen einer anderen Tat oder zur Vollstreckung einer anderen Rechtsfolge kommt (zu den daraus folgenden Ungereimtheiten siehe unten 33/15). — Als *Kombinationsprinzip* bezeichnet man die Kumulation aller belastenden — oder bei Privilegierungen entlastenden — Eigenschaften der angedrohten Rechtsfolgen. — Verbreitet findet sich die Behauptung, das Gesetz folge bei der Realkonkurrenz dem *Asperationsprinzip* (Verschärfungsgrundsatz) und bei der Idealkonkurrenz dem *Absorptionsprinzip* (Einschlußgrundsatz). Diese Behauptung ist — auch beschränkt auf Strafen und hier unter Ausklammerung der Konkurrenz von Freiheitsstrafe und Geldstrafe sowie der Bestimmung der Strafuntergrenze — in doppelter Hinsicht erläuterungsbedürftig. Zum einen sind bei Idealkonkurrenz alle hinzukommenden Deliktsverwirklichungen strafzumessungsrelevant, also Strafschärfungsgründe, wenn auch nicht in einem erweiterten Strafrahmen; es gilt also keine absolute Absorption (mehr), sondern nur noch eine Strafrahmenabsorption bei Zumessungsasperation. Zum anderen siedelt das geltende Recht die Lösungsprinzipien auf unterschiedlichen Stufen an: Bei Idealkonkurrenz wird die Konkurrenz schon zwischen den Strafdrohungen entschieden (primäre, zumessungsorientierte Lösung), bei Realkonkurrenz erst zwischen den verwirkten Strafen (sekundäre, vollstreckungsorientierte Lösung[4]). Die Absorption der Strafrahmen und Asperation der Zumessung bei der Idealkonkurrenz findet also schon vor der Stufe statt, auf der bei Realkonkurrenz zu schärfen ist. — Hauptsächlich wird das Lösungsprinzip für Realkonkurrenz als Asperationsprinzip bezeichnet, weil die verwirkte schwerste Strafe verschärft wird. Das ist freilich gegenüber der Idealkonkurrenz nur eine Differenz der Lösungsstufe: Auch bei Idealkonkurrenz verschärfen die hinzukommenden Deliktsverwirklichungen die ansonsten fällige Strafe. Signifikanter ist die durch § 54 Abs. 2 Satz 2 StGB für Realkonkurrenz gegebene Möglichkeit der Schärfung derjenigen Strafrahmen, die nicht sowieso bis zur Höchstgrenze reichen. Freilich kann dieser sekundäre Strafrahmen in der Höchststrafe auch unter der höchsten Strafdrohung jedes der verwirklichten Delikte bleiben, da er durch die Summe der verwirklichten (nicht: angedrohten) Einzelstrafen (minus eine Strafeinheit) limitiert ist. **9**

C. Es wird verbreitet gefordert, der Regelung des Jugendstrafrechts (§§ 31, 105 Abs. 1 und 2 i. V. m. 31 JGG) und ausländischen Rechtsordnungen folgend (§ 28 österreichisches StGB; § 68 schweizerisches StGB), die komplizierte Regelung der echten Konkurrenz durch ein *Einheitsstrafenprinzip* zu ersetzen[5]. Das kann sehr Verschiedenes bedeuten. (1) Jedes nicht kumulierende System, also in der Hauptsache auch **10**

---

deststrafe; die Höchststrafe kann — wegen der Beschränkung durch die Summe der Einzelstrafen minus eine Strafeinheit — unter der höchsten Strafdrohung für die einzelnen Delikte liegen.

3 Siehe *Blei* AT § 90 III; *SK-Samson* Rdn. 4 ff vor § 52; *Haft* AT Teil XII § 3, 2; eingehend *Geerds* Konkurrenz S. 339 f, 452 ff (Asperation), 60 f, 457 (Absorption), 58 ff, 457 ff (Kumulation) 59 ff, 328 ff, 496 ff (Kombination).

4 Treffend schon RG 25 S. 298 ff, 309; 44 S. 302 ff, 306: Gesamtstrafenbildung als „richterliche Entscheidung über die Modalität der Vollstreckung der Einzelstrafen".

5 AE § 64 und Begründung S. 123; *Niese* Materialien Bd. I S. 155 ff, 157 ff; *Schmitt* ZStW 75 S. 43 ff, 179 ff, 193 ff, 219; *Geerds* Konkurrenz S. 495 ff; *Jescheck* ZStW 67 S. 529 ff, 541 ff; *Schweling* GA 1955 S. 289 ff, 302; *Peters* Kohlrausch-Festschrift S. 199 ff, 217 ff mit Nachweisen; weitere Nachweise bei *Jescheck* AT[1] § 67 V.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

dasjenige des geltenden Rechts, führt zu einem Urteil mit einer einzigen Strafe und in diesem Sinn zu einer Einheitsstrafe. — (2) Eine Einheitsstrafe als nur einmal zuzumessende Strafe kennt das geltende Recht immerhin für Idealkonkurrenz, § 52 Abs. 1 StGB. — (3) Eine Einheitsstrafe im Sinn einer bei Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz in einem einheitlichen Verfahren zuzumessenden Strafe wäre angebracht[6], da die Zählung und Gewichtung der verletzten Pflichten von der Tateinheit oder -mehrheit nicht abhängt; eingehender dazu unten 32/5. — (4) Eine Einheitsstrafe freilich als Strafe für eine undifferenzierte Masse Unrecht widerspricht dem Tatprinzip: Der Täter wird bei dieser Lösung für ein Konglomerat von Deliktsverwirklichungen bestraft, ohne daß der Anteil des einzelnen Delikts und insbesondere des einzelnen Unrechts an der Strafe noch hervorträte. Eine solche Einheitsstrafe ist als Vehikel notwendig, wenn ein täterorientiertes Strafensystem mit einem tatorientierten Delikts- und insbesondere Unrechtssystem verträglich gemacht werden soll[7] und paßt deshalb für das Jugendstrafrecht; denn das Delikt (und davon insbesondere das Unrecht) bestimmt bei dieser Variante der Einheitsstrafe allenfalls (!) noch den Rahmen in zwingender Weise, während die Ausfüllung deliktsunabhängig erfolgen kann (aber nicht muß[8]). Soll es beim Tatprinzip bleiben, so bringt diese Einheitsstrafe gegenüber dem mehrstufigen Zumessungsverfahren bei Realkonkurrenz und dem einstufigen, aber immerhin gegliederten Verfahren bei Idealkonkurrenz zwar eine Vereinfachung, aber doch nur um den Preis einer weniger exakten Kontrollierbarkeit des Zumessungsvorgangs. Gewiß ist die Zumessung der verwirkten Einzelstrafen bei massenhafter Realkonkurrenz[9] oft nur formelhaft und bei Idealkonkurrenz die Bestimmung des „Zuschlags" für hinzukommende Deliktsverwirklichungen nur pauschal möglich. Ein Verzicht auf eine tatorientierte Gliederung oder Stufung des Zumessungsverfahrens wird dem Tatprinzip jedoch noch weniger gerecht.

II. Die Prinzipien der Gesetzeskonkurrenz

Literatur

J. Baumann Straflose Nachtat und Gesetzeskonkurrenz, MDR 1959 S. 10 ff; *ders.* Amtsunterschlagung und Betrug, NJW 1961 S. 1141 ff; *P. Bockelmann* Zur Konkurrenz der Vermögensdelikte, JZ 1960 S. 621 ff; *H.-J. Bruns* Strafzumessungsrecht, 2. Auflage 1974; *ders.* Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1980; *ders.* Anmerkung zu BGH 30 S. 166 ff, JR 1982 S. 166 f; *M. Burgstaller* Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht, JurBl. 1978 S. 393 ff; *E. Dreher* Anmerkung zu OLG Braunschweig MDR 1964 S. 168 f, aaO; *H. Dünnebier* Die Subsidiaritätsklausel, GA 1954 S. 271 ff; *A. Eser* Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung neu abzugrenzen? Gutachten 53. DJT Bd. I (D), 1980; *F. Geerds* Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961; *ders.* Anmerkung zu OLG Celle JR 1981 S. 34 f, aaO S. 35 ff; *ders.* Anmerkung zu KG JR 1979 S. 249 f, aaO S. 250 ff; *K. Geppert* Grundzüge der Konkurrenzlehre, Jura 1982 S. 358 ff, 418 ff; *G. Geilen* Provokation als Privilegierungsgrund der Tötung? Dreher-Festschrift S. 357 ff; *K. H. Gössel* Buchbesprechung, GA 1981 S. 134 ff; *K. Händel* Anmerkung zu BGH 19 S. 320 ff, NJW 1964 S. 1733; *J. Häussling* Anmerkung zu BGH 17 S. 97 ff, JZ 1963 S. 69 f; *H. J. Hirsch* Literaturbericht, ZStW 81 S. 917 ff; *ders.* Zur Reform der Reform

— Kritisch dazu E 1962 Begründung S. 189 ff; *Maurach-Gössel* AT II § 56 Rdn. 60 f; *Baumann-Weber* AT § 42 I mit treffenden Begründungen; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 7 vor § 52; *v. Hippel* Strafrecht Bd. II § 36 XI; *Mezger* AT § 71.

6 *Niese* Materialien Bd. I S. 155 ff, 159; *Jescheck* ZStW 67 S. 529 ff, 542 ff; AE § 64 mit Begründung S. 117.

7 Treffend *Baumann-Weber* AT § 42 I.

8 Siehe dazu *Geerds* Konkurrenz S. 458 f.

9 Das komplizierte Verfahren hat in der Rechtsprechung eine Tendenz zur Annahme von Idealkonkurrenz begründet; dazu *Schmitt* ZStW 75 S. 43 ff, 46 ff. — Mit zunehmender dogmatischer Durchdringung und deshalb zunehmender Kontrollierbarkeit auch der einstufigen Strafzumessung bei Idealkonkurrenz dürften freilich die Gründe für die Flucht in die Idealkonkurrenz entfallen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

des Widerstandsparagraphen, Klug-Festschrift S. 235 ff; *R. Hirschberg* Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz, ZStW 53 S. 34 ff; *R. M. Honig* Straflose Vor- und Nachtat, 1927; *G. Jakobs* Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten, 1967; *ders.* Anmerkung zu BGH 22 S. 248 ff, NJW 1969 S. 437 f; *ders.* Probleme der Wahlfeststellung, GA 1971 S. 257 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 30 S. 235 ff, JR 1982 S. 206 f; *H.-H. Jescheck* Die Konkurrenz, ZStW 67 S. 529 ff; *J. C. Joerden* Die „Verdoppelung" — ein zentrales Strukturproblem des Strafrechts, GA 1984 S. 249 ff; *D. Kienapfel* Anmerkung zu BGH 31 S. 380 ff, JR 1984 S. 162 f; *ders.* Anmerkung zu BGH 34 S. 108 ff, JR 1987 S. 424 f; *U. Klug* Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, ZStW 68 S. 399 ff; *G. Kohlmann* Schließt die Verjährung der Vortat auch die Bestrafung wegen der Nachtat aus? JZ 1964 S. 492 ff; *D. Krauß* Zum Begriff der straflosen Nachtat, GA 1965 S. 173 ff; *R. Maurach* Anmerkung zu HansOLG Bremen JZ 1956 S. 257 f, aaO; *E. Mezger* Anmerkung zu RG 70 S. 358 ff, JW 1937 S. 627 f; *O. Miehe* Zum Verhältnis des Fälschens zum Gebrauchmachen im Tatbestand der Urkundenfälschung, GA 1967 S. 270 ff; *A. Montenbruck* Strafrahmen und Strafzumessung, 1983; *I. Puppe* Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979; *dies.* Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz, GA 1982 S. 143 ff; *dies.* Exklusivität von Tatbeständen, JR 1984 S. 229; *R. Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986; *G. Roth* Eigentumsschutz nach der Realisierung von Zueignungsunrecht, 1986; *H. J. Rudolphi* Strafvereitelung durch Verzögerung der Bestrafung und Selbstbegünstigung durch Vortäuschen einer Straftat — BayObLG, NJW 1978, 2563, JuS 1979 S. 859 ff; *R. Schmitt* Vorsätzliche Tötung und vorsätzliche Körperverletzung, JZ 1962 S. 389 ff; *ders.* Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW 75 S. 43 ff; *K. Schneidewin* Inwieweit ist es möglich und empfehlenswert, die Art der Konkurrenz zwischen mehreren Straftatbeständen im Gesetz auszudrücken? Materialien Bd. I S. 221 ff; *H. Schröder* Anmerkung zu BGH GS 14 S. 38 ff, JR 1960 S. 305 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 20 S. 235 ff, JZ 1965 S. 729; *ders.* Anmerkung zu BGH 21 S. 194 ff, JZ 1967 S. 368 ff; *J. Seier* Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen, Jura 1983 S. 225 ff; *E. Struensee* Mehrfache Zivildienstverweigerung, JZ 1984 S. 645 ff; *ders.* Anmerkung zu OLG Celle JZ 1985 S. 954 f, aaO S. 955 ff; *G. Timpe* Anmerkung zu BGH JR 1986 S. 75 f, aaO S. 76 f; *Th. Vogler* Funktionen und Grenzen der Gesetzeseinheit, Bockelmann-Festschrift S. 715 ff; *H. Wagner* Anmerkung zu BGH 28 S. 11 ff, JR 1979 S. 295 ff; *H. Welzel* Das Verhältnis der Tötungsdelikte zu den Körperverletzungsdelikten, v. Weber-Festschrift S. 242 ff; *H. Wegscheider* Echte und scheinbare Konkurrenz, 1980; *G. Werle* Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, 1981.

A. Die Spezialität als Form der Gesetzeskonkurrenz

1. Der Grundsatz

a) Bei der Gesetzeskonkurrenz wird das Verhalten des Täters von mehreren Gesetzen im Sinn von Delikts*formulierungen* erfaßt, während nur ein einziges Gesetz im Sinn einer Delikts*bestimmung* vorliegt: Ein identisches Delikt wird mehrfach ausformuliert, freilich möglicherweise in jeweils unterschiedlicher Konkretisierung und entsprechend mit jeweils unterschiedlicher Bestimmung der Unrechtsfolgen. Unter Deliktsformulierung ist hierbei nicht allein der Gesetzestext zu verstehen, sondern das Ergebnis seiner interpretatorischen Konkretisierung bei der Subsumtion bis hin zur Benennung der Strafzumessungsfaktoren. Deliktsformulierung ist also der bis zur Anwendbarkeit auf den Einzelfall konkretisierte Rechtssatz. Beispiel: Ein Satz etwa des Inhalts: „Bei Dieb stahl wirkt ein Hausfriedensbruch straferschwerend", ist Teil einer Deliktsformulierung, mag die Erschwerung über einen qualifizierenden Tatbestand, über einen besonders schweren Fall oder ohne Änderung des Strafrahmens bei der Strafzumessung erfolgen. Jeder andere Ansatz bei der Bestimmung der Gesetzeskonkurrenz würde die Entscheidung von der Gesetzestechnik statt vom Regelungsgegenstand abhängig machen. **11**

Da nur ein einziges — freilich mehrfach ausformuliertes — Delikt verwirklicht worden ist, besteht die Konkurrenz im Bereich der Deliktsmerkmale nur scheinbar

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

(Gesetzeseinheit[10], Gesetz im Sinn von Deliktsbestimmung; scheinbare Konkurrenz). Würden bei der Zurechnung und bei der Bestimmung der Rechtsfolgen alle Gesetze (im Sinn der Deliktsformulierungen) angewendet, so käme es zu einer mehrfachen Zurechnung und Ahndung des identischen deliktischen Geschehens. Beispiel: Dem Mörder (§ 211 StGB) würde nicht nur die qualifizierte Tötung zugerechnet, sondern zudem, daß er das Opfer körperlich verletzt hat (§ 223 StGB), und zwar mit Todesfolge (§§ 226, 18 StGB) und auch vorsätzlich als Totschläger (§ 212 StGB).

12 b) Materiell geht es bei der Gesetzeskonkurrenz um die Vermeidung solcher Mehrfachverwertungen[11] (in der Regel als Doppelverwertungen bezeichnet; siehe auch § 46 Abs. 3 StGB). Dabei ist es gleichgültig, ob eine Mehrfachverwertung des identischen deliktischen Geschehens durch eine Kumulation der Bewertung voneinander unabhängiger Handlungen einträte (scheinbare Realkonkurrenz) oder als Mehrfachverwertung (teil-)identischer Handlungen (scheinbare Idealkonkurrenz)[12].

Die Methode zur Vermeidung der Mehrfachverwertungen besteht darin, daß nur diejenige Festlegung des Delikts mit den zugehörigen Rechtsfolgen angewendet wird, die den konkreten Fall im umfassenderen Kontext regelt. Diese Methode beruht auf dem hermeneutischen Grundsatz, daß ceteris paribus eine inhaltlich reichere Aussage den Willen des „Sprechenden" vorrangig vor einer inhaltlich ärmeren wiedergibt (lex specialis derogat legi generali). Man kann also restlos alle Fälle von Gesetzeskonkurrenz als Spezialität bezeichnen[13]: Anwendbar ist der auf den Einzelfall konkretisierte

---

10 So die überwiegende Terminologie der neueren Rechtsprechung; BGH 11 S. 15 ff, 17; 18 S. 26 ff, 27; 25 S. 373 f; 28 S. 18 ff, 19; — anders (Gesetzeskonkurrenz) RG 7 S. 116 ff, 117; OLG Celle JR 1981 S. 34 f; — weitere Nachweise zur Terminologie bei *LK-Vogler* Rdn. 101 f vor § 52.

11 *Wegscheider* Konkurrenz S. 211 f; *Vogler* Bokkelmann-Festschrift S. 715 ff, 721 f; siehe auch *Burgstaller* JurBl. 1978 S. 394 ff, 459 ff, 470; *Bruns* Strafzumessungsrecht S. 467 f.

12 So die überwiegende Lehre; *Blei* AT § 96 I; *Jescheck* AT § 69 II vor 1; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 102 vor § 52; *LK-Vogler* Rdn. 104 vor § 52; *Jescheck* ZStW 67 S. 529 ff, 533 ff; siehe schon *Hirschberg* ZStW 53 S. 34 ff, 46 ff; *M. E. Mayer* AT S. 512. — Teils wird für die scheinbare Realkonkurrenz eine eigene Terminologie reklamiert, scil. mitbestrafte („straflose") Vor- und Nachtat; so *Honig* Vor- und Nachtat S. 1 und passim; *Baumann-Weber* AT § 41 III 3; *Baumann* MDR 1959 S. 10 ff, 10 Fn. 1; *Wessels* AT § 17 VI; *Maurach-Gössel* AT II § 55 Rdn. 11 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 1195; siehe auch *Schmitt* ZStW 75 S. 43 ff, 45; *Klug* ZStW 68 S. 399 ff, 399; eingehend *Wegscheider* Konkurrenz S. 153 ff, 165 ff. Doch fehlt ein Grund, die sowieso verfehlte Differenzierung von Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz (siehe unten 32/5) bei der Gesetzeskonkurrenz zu übernehmen, zumal dadurch das System komplizierter wird. Beispiel: Wenn der handlungseinheitliche Versuch im Vollendungsfall nach den Regeln der Gesetzeskonkurrenz zurücktritt, — warum sollte dann für die handlungsmehrheitliche Vorbereitung nach § 30 StGB eine Begründung außerhalb der Gesetzeskonkurrenz gesucht werden?

13 Das gälte auch, wenn es Deliktsformulierungen mit völlig identischem Inhalt gäbe, sogenannte *Alternativität* im Sinn einer angeblichen Wahlalternative des Richters, welche der Regelungsformulierungen er anwendet. Die Wahlmöglichkeit bestünde jedoch nicht; denn entweder wäre das spätere Gesetz als deklaratorische Wiederholung des früheren zu verstehen, dann wäre aus dem früheren zu strafen, oder aber das spätere Gesetz würde als selbständige Regelung erlassen, dann hätte es als lex posterior gegenüber der lex prior derogierende Kraft. — Ein Begriff der *Alternativität* bei unterschiedlichem Regelungsgegenstand (so früher *Welzel* Strafrecht[7] § 29 II 2) ist überflüssig; es geht, so nicht Idealkonkurrenz vorliegt, um Beschränkungen der Gesetzeskonkurrenz auf Fallgruppen eines Delikts; so jetzt auch im Ergebnis die überwiegende Ansicht; siehe *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 133 vor § 52; *LK-Vogler* Rdn. 106 vor § 52; *Geerds* Konkurrenz S. 224 ff; *Klug* ZStW 68 S. 399 ff, 410 f. — *Alternativität* als Bezeichnung für den Fall sich gegenseitig ausschließender Deliktsverwirklichungen (Exklusivität) betrifft gerade nicht Gesetzeskonkurrenz, sondern deren tatbestandlichen Ausschluß (Beispiel: Der Tod des Opfers schließt weitere Körperverletzung aus); siehe *Hirschberg* ZStW 53 S. 34 ff, 48; *Honig* Vor- und Nachtat S. 98 f, 113; *Maurach-Gössel* AT II § 55 Rdn. 11 ff; *Klug* aaO S. 409. Zutreffend gegen Versuche, zur Vermeidung von Konkurrenzproblemen Exklusivität per Interpretation zu begründen, *Puppe* JR 1984 S. 229 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Rechtssatz, der alle Konkretisierungen der verdrängten Formulierung aufweist und mindestens noch ein zusätzliches (spezialisierendes) Merkmal[13a]. Dabei ist gleichgültig, für welche Stufe der Zurechnung die Spezifizierung gilt; denn alle Bedingungen für das Ob und das Maß der Strafbarkeit müssen gegen Mehrfachverwertung abgesichert werden, insbesondere auch Strafzumessungsfaktoren.

2. Die Beschränkung der Gesetzeskonkurrenz auf Fallgruppen eines Delikts

a) Die Möglichkeit, Gesetzeskonkurrenz ganz auf Spezialität zurückzuführen, wird **13**
von der üblichen Lehre verkannt, und zwar weil man nicht bei einem Rechtssatz ansetzt, der bis zur Anwendbarkeit auf den Einzelfall konkretisiert ist, sondern bei einem Rechtssatz auf einer Abstraktionsstufe, wie sie der Gesetzestext wählt. Damit wird die Gesetzeskonkurrenz von Äußerlichkeiten der Gesetzestechnik abhängig gemacht[14]. Freilich kann innerhalb eines Delikts, dessen Umfang nach der Abstraktionsstufe des Gesetzes bestimmt wird, die Gesetzeskonkurrenz mit einem anderen Delikt auf einzelne der Fallgruppen beschränkt sein, die sich bei der Konkretisierung des Gesetzes ergeben. Diese Beschränkung ändert an der logischen Form der Spezialität nichts, nur darf man nicht auf das ganze Delikt blicken, sondern muß sich auf die Fallgruppe beschränken. Beispielhaft gesprochen: Man kann alle qualifizierten Körperverletzungsdelikte als Fallgruppen einer — vom Gesetz freilich aufgeschlüsselten — Gesamtqualifikation ansehen. Die Beschränkung der Spezialität auf einzelne Fallgruppen (Qualifikationen) aus der Gesamtqualifikation ist dann ganz selbstverständlich; so ist etwa die beabsichtigte schwere Körperverletzung in Gestalt von Siechtum des Opfers spezieller gegenüber der mit der Tat notwendig verbundenen Nötigung (§§ 225, 240 StGB), ohne daß eine Spezialität gegenüber einem so hohen Quantum an Nötigung bei anderen Qualifikationen, etwa bei § 223 a StGB, auch nur diskutabel wäre. Ob nun aber das Gesetz — wie im Beispielsfall — die Aufgabe der Differenzierung in Fallgruppen selbst übernimmt und Tatbestandsabwandlungen bildet oder besonders schwere oder minder schwere Fälle benennt, oder ob es die Aufgabe den Interpreten überläßt, macht sachlich keinen Unterschied.

Die nachfolgenden Beispiele betreffen im Ergebnis unstreitige Fälle von Gesetzeskonkurrenz, aber nur das erste Beispiel ist als Spezialität allgemein anerkannt: Die

---

[13a] Der Sache nach wie hier, aber terminologisch abweichend (nicht Spezialität, sondern „Subordination des Unwertgehaltes") *Montenbruck* Strafrahmen S. 165 ff, 167, 170.

[14] Das gilt auch für die logischen Untersuchungen von *Klug* ZStW 68 S. 399 ff, der ausführt, daß zwischen zwei Deliktstatbeständen — abgesehen von hier irrelevanten Beziehungen — nur die Verhältnisse der Subordination (Einschließung) oder Interferenz (Überschneidung) bestehen können (S. 404; zustimmend *Schmidhäuser* AT 18/24 mit Fn. 20; *Hruschka* AT S. 387 ff; *Maurach-Gössel* AT II § 55 Rdn. 27 ff; *Joerden* GA 1984 S. 249 ff, 259 ff). Ob bei Interferenz Idealkonkurrenz oder Gesetzeskonkurrenz anzunehmen sei, soll von teleologischen Erwägungen abhängen (S. 413). — Das ist richtig, aber unvollständig: *Klug* erkennt zwar, daß in Gesetzeskonkurrenz aufzulösende Interferenzfälle nichts sind als Subordinationsfälle, die auf eine deliktstatbestandliche Fallgruppe beschränkt sind (S. 408), meint aber, die Aufspaltung des Deliktstatbestands in Fallgruppen müsse unterbleiben, weil sie eine „Einschränkung des Begriffsbereichs eines gesetzlichen Tatbestandes" sei, und zwar „contra legem". Es geht aber überhaupt nicht um „Einschränkung", sondern um Differenzierung innerhalb eines nur in der Formulierung uniformen Tatbestands, und diese Differenzierung ist sowieso unumgänglich, solange man bei formulierungsmäßiger Interferenz Gesetzeskonkurrenz für möglich hält. Beispiel: Wer nicht auch Vollendungsfälle mit eingeschlossenen Vorbereitungen gemäß § 30 StGB anerkennt, hat keinen Grund mehr, im Verhältnis der Vollendung zur Vorbereitung Gesetzeskonkurrenz anzunehmen. *Klug* behandelt nur die Perspektive von der Logik des Tatbestandsverhältnisses hin zur Gesetzeskonkurrenz und unterläßt es, von der Gesetzeskonkurrenz her den fälligen Schluß oder Rückschluß auf die Logik des Tatbestandsverhältnisses und der anderen Merkmale der Zurechnung zu ziehen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Merkmale der gefährlichen Körperverletzung (§ 223 a StGB) sind eine Körperverletzung (§ 223 StGB) plus die besonders benannten, qualifizierenden Umstände, — ein Fall von unstreitiger Spezialität. — Jedes Delikt ist zuvor versucht worden. Die Vollendung ist vollkommen identisch mit einem unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung nach der Tätervorstellung (Versuch, § 22 StGB), das erfolgreich verlaufen ist (Spezifizierung); sie ist also ein spezieller Fall des Versuchs[15]. — Nicht alle, aber einige vollendete Delikte sind in einer nach § 30 StGB strafbaren Weise vorbereitet worden. Vorbereitungen, die zur Vollendung führen, sind als Vollendungen spezialisiert: Sie sind Vorbereitungen mit anschließendem erfolgreichen Fortgang (Spezifizierung). Daß es Vollendungen ohne Vorbereitung der in § 30 StGB beschriebenen Art gibt, hindert die Spezifizierung nicht; denn die Vollendung muß, wenn im Verhältnis zur Vorbereitung überhaupt Gesetzeskonkurrenz und nicht echte Konkurrenz bestehen soll, so beschrieben werden, daß sie zumindest in einer Fallgruppe die Vorbereitung umfaßt. Ansonsten könnte die Vollendung die Zurechnung der Vorbereitung nicht erledigen und deshalb das Vorbereitungsdelikt nicht verdrängen. Vollendungen sind also trotz ihrer uniformen Ausformulierung als gespalten zu denken: Der auch Vorbereitungen der in § 30 StGB beschriebenen Art umfassende Teil ist die insoweit speziellere Regelung.

14 b) Die Spezifizierung eines generellen Delikts und der nicht spezifizierte Fall dieses Delikts können zusammentreffen. Beispiel: Eine Vergewaltigung (§ 177 StGB) hat auch eine Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) zur Folge; deshalb wird die bei einer Vergewaltigung erfolgende Freiheitsberaubung im Vergewaltigungsdelikt spezieller benannt. Vergewaltigung ist aber nur für denjenigen Fall der Freiheitsberaubung spezieller, der begleitende Folge des Vergewaltigungsverhaltens ist; eine Freiheitsberaubung hingegen, die zwar zum Zweck der dann auch erfolgenden Vergewaltigung oder gelegentlich der Vergewaltigung vollzogen wird, nicht aber schon Versuchsbeginn der Vergewaltigung und auch nicht mit deren Abschluß beendet ist, bleibt eigenständig. Es wird also nur ein Deliktsteil der Freiheitsberaubung durch Vergewaltigung spezifiziert[16].

15 c) Die Antwort auf die Frage, ob ein Delikt — bestimmt nach dem Abstraktionsniveau des Gesetzes — ein anderes wegen Gesetzeskonkurrenz verdrängt, kann also im Ergebnis doppelt zu limitieren sein: Bei beschränkter Spezialität verdrängt es nur, wenn es sich um die spezifizierende Fallgruppe handelt, und auch diese verdrängt nur den spezifizierten Teil des generellen Delikts. Beispiel: Manche Körperverletzungen sind zugleich Spezialfall einer Freiheitsberaubung; so tritt etwa die in einer kurzen Ohnmacht neben der Körperverletzung zugleich enthaltene Freiheitsberaubung hinter die Körperverletzung zurück und ist im Rahmen des Körperverletzungsdelikts zuzurechnen, — ein Fall beschränkter Spezialität, da die Körperverletzung nicht in jeder Fallgruppe eine Freiheitsberaubung verdrängt. Aber auch nicht jede zusammen mit einer Körperverletzung verwirklichte Freiheitsberaubung tritt zurück, sondern nur eine solche ohne Eigenbedeutung nach dem Täterplan und von geringerem Gewicht als die Körperverletzung; etwa bei Narkose zum Zweck der Freiheitsberaubung besteht Idealkonkurrenz zwischen den §§ 239 und 223 StGB.

---

15 *Puppe* Idealkonkurrenz S. 331.

16 BGH 18 S. 26 ff, 27; 28 S. 18 ff, 19.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

B. Die Gründe für die Annahme von Gesetzeskonkurrenz

1. Üblicherweise[17, 18] wird — mit verwirrenden Varianten — argumentiert, Gesetzeskonkurrenz sei der Fall, **16**

a) wenn ein Gesetz spezieller sei als das andere, *Spezialität* (zu ergänzen: *kraft der Intensität der Beschreibung*) (lex specialis derogat legi generali);

b) wenn sich aus dem Wortlaut oder dem Sinnzusammenhang ergebe, daß ein Gesetz nur hilfsweise anzuwenden sein soll, *Subsidiarität* (lex primaria derogat legi subsidiariae);

c) wenn ein Delikt schon innerhalb eines anderen Delikts erschöpfend gewürdigt werde, *Konsumtion* (lex consumens derogat legi consumptae).

2. Diese Zuordnungen liegen auf ganz unterschiedlichen Ebenen: Spezialität ist eine (genauer: die einzige) *Form*, in der sich der Vorrang eines Gesetzes äußert; ausdrückliche Subsidiarität ist die positivrechtliche Festschreibung dieser Form. Hingegen sind Subsidiarität kraft Sinnzusammenhangs oder Konsumtion kraft erschöpfender Würdigung durch ein Gesetz materielle *Gründe* für den Vorrang eines Gesetzes. Auf der Verwechslung dieses elementaren Unterschieds beruhen zahlreiche Verwirrungen innerhalb der üblichen Lehre. Da die Form von Gesetzeskonkurrenz stets die der Spezialität ist (oben 31/12), kann eine weitere Ordnung nur nach Gründen erfolgen. Es sind nachfolgend mehrere Gründe zu nennen, die freilich sämtlich randunscharf sind. Die Unschärfe der Grenzen zwischen den Gründen ist unschädlich, da alle Gründe Spezifizierungen des Satzes sind, daß die Anwendung einer kontextreicheren Regelung eher **17**

17 *Baumann-Weber* AT § 41 II 3 b; *Blei* AT § 96 II; *Bockelmann-Volk* AT § 35 II; *Dreher-Tröndle* Rdn. 18 ff vor § 52; *Lackner* Anm. VI 1 vor § 52; *Stratenwerth* AT Rdn. 1180 ff; *SK-Samson* Rdn. 60 ff vor § 52; *LK-Vogler* Rdn. 105 ff vor § 52; *Geerds* Konkurrenz S. 227 ff; *Jescheck* ZStW 67 S. 529 ff, 533 ff; *Burgstaller* JurBl. 1978 S. 393 ff, 395 u. a. m. — Die Konsumtion halten für überflüssig (zutreffend, aber nicht radikal genug, da die Subsidiarität gleichfalls überflüssig ist) *Schmidhäuser* AT 18/24; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 131 vor § 52. — Zum Versuch der Aussonderung der mitbestraften Nachtat aus der Gesetzeskonkurrenz siehe oben Fn. 12.

18 Nach *Puppe* Idealkonkurrenz S. 313 ff, 315, soll nur Gesetzeskonkurrenz in Form der Spezialität im engeren Sinn möglich sein. Grund dafür ist *Puppes* Verständnis der Idealkonkurrenz: Da *Puppe* die Regelung des § 52 StGB im Sinn einer absoluten Absorption deutet (S. 19 ff), paßt die gesetzliche Regelung nur, wenn der deliktische Gehalt der konkurrierenden Normen schon sowieso bei der Strafzumessung im Rahmen der schärfsten Strafdrohung erfaßt wird („unrechtsverwandte Tatbestände", aaO S. 170 ff, 293 ff; *dies.* GA 1982 S. 143 ff, 151 ff); denn bei dieser Lage wäre eine weitere Berücksichtigung eine unzulässige Mehrfachverwertung (S. 19). Ohne die Unrechtsverwandtschaft soll die Verhängung einer einzigen Strafe unangebracht sein, so daß Realkonkurrenz anzunehmen sei. Für Gesetzeskonkurrenz bleibt bei dieser Lösung „Spezialität im logisch strengen Sinne" (S. 355). — Gegen diese Lösung sprechen hauptsächlich drei Argumente: Erstens bringt der Begriff der Unrechtsverwandtschaft keinen Gewinn an Genauigkeit (siehe *Puppe* Idealkonkurrenz S. 184 f, 307). — Zweitens können unrechtsverwandte Delikte nur unter der zusätzlichen Voraussetzung eines einheitlichen Deliktskomplexes einheitlich erledigt werden (eine gestern begangene fahrlässige Körperverletzung ist im Rahmen einer morgen begangenen fahrlässigen Tötung nicht zu erfassen); das hierfür — schaut man nicht doch auf die Handlungssequenz, also auf Tateinheit oder Tatmehrheit — verbleibende Merkmal des „zeitlichen Zusammenhangs" (aaO S. 302 ff, 306 f) ist so äußerlich und zufällig (*Gössel* GA 1981 S. 134 ff, 136, der freilich *Puppe* ansonsten im wesentlichen zustimmt), wie es das Merkmal der Handlungseinheit ist (kritisch dazu unten 32/5), bringt also keinen Gewinn (dagegen wiederum *Puppe* JR 1985 S. 245 f, 247). — Drittens aber und hauptsächlich ist zu kritisieren, daß es sachlich und bei genauer Betrachtung auch logisch keinen Unterschied macht, ob ein Delikt erst im Rahmen der Strafzumessung oder schon früher (auf der Tatbestandsebene etc.) ein anderes umfaßt: Es geht immer um Spezialität (oben 31/12); denn entweder erledigt ein Delikt den deliktischen Gehalt eines anderen mit (Gesetzeskonkurrenz) oder nicht (echte Konkurrenz). Die konsequente Form des Ansatzes von *Puppe* bestünde darin, restlos alle Gesetzeskonkurrenz in Idealkonkurrenz umzutaufen, dies bei Geltung absoluter Absorption; alle echte Konkurrenz würde als Realkonkurrenz erledigt. — Kritisch zu *Puppe: Werle* Konkurrenz S. 119 ff, 140; *Stratenwerth* AT Rdn. 1177, 1254.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

zum gewollten Regelungseffekt führt als die Anwendung einer kontextärmeren Regelung. Die folgende Aufschlüsselung des Grundsatzes erfolgt in einer Weise, die eine der üblichen Lehre noch grob entsprechende Gruppierung zuläßt.

18 3. Es geht um folgende Gründe[19]:

a) Qualifizierungen, Privilegierungen und zusammengesetzte Delikte (oben 6/95 ff) sind merkmalsreicher als das Grunddelikt und gehen deshalb diesem vor, *Spezialität kraft Beschreibungsintensität.* Ebenso sperrt ein bei Bildung eines besonders schweren Falls oder auch nur bei der Strafzumessung verwendetes anderes Delikt dessen weitere Anwendung.

b) Die Regelung der vollendungsnäheren Deliktsstufe geht derjenigen der vollendungsferneren vor, *Spezialität kraft Vollendungsdichte;* der Bereich wird üblicherweise als Subsidiarität bezeichnet, ausschnittweise auch als Fallgruppe mitbestrafter Vortaten. — Dasselbe gilt für die Regelung der intensiveren Beteiligung im Verhältnis zur Regelung der weniger intensiven, *Spezialität kraft Beteiligungsintensität,* und für die Regelung des intensiveren Erfolgs im Verhältnis zur Regelung des weniger intensiven, *Spezialität kraft Erfolgsintensität.*

c) Ein Delikt, das ein anderes als sekundären deliktischen Vorgang umfaßt, rangiert insoweit vor diesem anderen, auch wenn der Strafrahmen des anderen Delikts nicht niedriger ist, *Spezialität zur Begleittat.* Ein Delikt ist sekundär, wenn es typische, aber geringer zu gewichtende Begehungsmodalität des primären Delikts ist. — Üblicherweise heißt die Fallgruppe Konsumtion. Auch die dem Wortlaut nach subsidiären Delikte gehören in diese Fallgruppe[20].

d) Ein Delikt, das einen noch nicht abgeschlossenen Vorgang schon als abgeschlossen zurechnet, geht dem Delikt vor, das beim Abschluß verwirklicht wird; *Spezialität kraft des Vorgriffs* der Regelung; die übliche Bezeichnung des verdrängten Delikts als mitbestrafte Nachtat trifft gleichfalls.

III. Die einzelnen Fallgruppen der Gesetzeskonkurrenz

Literatur

Siehe zu II

A. Die Spezialität kraft Beschreibungsintensität

19 1 a) Privilegierungen[21] schließen die Anwendung des abgewandelten Delikts aus, gleich ob sie (auch) schon das Unrecht betreffen (etwa § 216 StGB) oder erst die Schuld

19 Teils ähnlich *Wegscheider* Konkurrenz S. 222 ff, 243 ff, 302 f, 304.

20 Die ausdrückliche Subsidiarität kann nur unter der Voraussetzung gelten, daß das primäre Gesetz den deliktischen Gehalt des subsidiären umfaßt: *Es läge auch ohne ausdrückliche Anordnung Gesetzeskonkurrenz vor.* Denn ansonsten hinge die Bestrafung wegen des Delikts davon ab, ob der Täter mehr als das subsidiäre Delikt begangen hat. Das wäre eine rechtsstaatlich kaum erträgliche Lösung, und zwar nicht wegen der partiellen Straffreiheit des Täters, der die subsidiäre und noch eine weitere Tat begeht, sondern wegen der Strafbarkeit dessen, der nur die subsidiäre Tat begeht und dafür bestraft wird, obgleich auf diese Bestrafung bei anderen Tätern verzichtet wird. Die Beschränkung der Subsidiarität ist — zugunsten des Täters bindend (das verkennen OLG Celle JR 1981 S. 34 f und *Geerds* Konkurrenz S. 35 ff) — klargestellt in den §§ 98 Abs. 1; 99 Abs. 1; 145; 145 d Abs. 1 StGB; teils wird sie immerhin dadurch angedeutet, daß das primäre Gesetz eine schwerere Strafdrohung enthalten muß: §§ 125 Abs. 1; 248 b Abs. 1; 265 a Abs. 1 StGB. — Streitig, hauptsächlich wie hier BGH 6 S. 297 f, 298; *Jescheck* AT § 69 II 2 vor a; *LK-Vogler* Rdn. 119 vor § 52; *Maurach-Gössel* AT II § 55 Rdn. 15 ff; — *a. A.* („im Zweifel ist unbedingtes Zurücktreten anzunehmen") *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 106 vor § 52; — zutreffend kritisch gegen Subsidiaritätsklauseln überhaupt *Schneidewin* Materialien Bd. I S. 221 ff, 223 f; *Puppe* Idealkonkurrenz S. 338. — Zur Sperrwirkung des subsidiären Delikts siehe *Dünnebier* GA 1954 S. 271 ff und unten 31/41 und 43 mit Fn. 89.

21 Ein Zusammentreffen von mehreren Privilegierungen des BT ist de lege lata praktisch nicht möglich. Die Lösung wäre danach zu treffen, ob

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

(etwa § 217 StGB), und auch wenn der Effekt der Privilegierung nur in einer besonderen Prozeßvoraussetzung besteht, wie etwa bei den Antragsprivilegierungen nach den §§ 247, 248 a, 263 Abs. 4 StGB. Ob eine Privilegierung auch die Anwendung von Erschwerungen des abgewandelten Delikts ausschließt, ist teils gesetzlich geregelt (etwa bei § 248 a StGB [22]) und ansonsten ein Problem der Interpretation des BT[23]. So schließt beispielsweise die Schuldprivilegierung des § 217 StGB auch die Anwendung des § 211 StGB aus; dieselbe Wirkung hat die schon im Unrecht angesiedelte Privilegierung des § 216 StGB (etwa im — gekünstelten — Fall einer Tötung auf Verlangen mit gemeingefährlichen Mitteln).

Beim praktisch wichtigsten Fall handelt es sich nicht um eine Privilegierung, sondern um einen bloßen minder schweren Fall, scil. demjenigen des Totschlags nach § 213 StGB. Ein Vorrang des minder schweren Falls vor dem Mord als qualifizierter Tötung entspricht der alten Systematik der Tötungsdelikte, wonach der „Affekt" die ehemals für Mord konstitutive Überlegung ausschloß. Diese Lösung ist auch heute noch vorzugswürdig[24], wobei die Beschränkung des minder schweren Falls auf Taten, bei denen der Täter für die Sonderlage nicht zuständig ist (§ 213 StGB: „. . . ohne eigene Schuld"; siehe oben zur Schuld 17/69 ff), garantiert, daß nicht der Sinn der Mordqualifikationen durch den minder schweren Fall verfälscht wird. Beispiel: Eine Panik beim Handeln zur Verdeckung einer Straftat ist kein Grund für einen minder schweren Fall nach § 213 StGB. — Das Verhältnis von § 213 StGB zu den §§ 212, 21 StGB ist wie folgt zu bestimmen: § 213 StGB ist im beschriebenen Teil die speziellere Regelung für diejenigen Fälle, in denen das Opfer für den Konflikt massiv selbst zuständig ist (durch „Mißhandlung" oder „schwere Beleidigung"), während die affektive Erregung demgegenüber nachrangig bleiben kann (jeder „Zorn" reicht hin). Die §§ 212, 21 StGB sind hingegen in denjenigen Fällen spezieller, in denen der Schwerpunkt der Dekulpation auf der affektiven Erregung beruht (diese muß die Einsichts- oder Befolgungsfähigkeit „erheblich" mindern), wohingegen die Zuständigkeit für den Konflikt nur nicht vorrangig beim Täter liegen darf (sonst erfolgt keine Milderung des Strafrahmens, siehe oben 18/34); sie kann bei dritten Personen oder aber auch — gegenüber § 213 StGB abgeschwächt — beim Opfer liegen. Sind die Voraussetzungen beider Regelungskomplexe erfüllt (massive Opferzuständigkeit plus gewichtige affektive Erregung), so können die privilegierenden Wirkungen kumuliert werden (§§ 213, 21 StGB: Die Mindeststrafe des § 213 StGB entfällt und die Höchststrafe sinkt, beides gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1, Nr. 3 letzte Variante StGB)[24a].

b aa) Qualifizierungen und zusammengesetzte Delikte sind die Paradebeispiele für **20**
Gesetzeskonkurrenz überhaupt; so wird etwa die Anwendung von § 223 StGB durch die §§ 223 a, 223 b, 224 bis 226 StGB[25] ausgeschlossen, auch durch die Körperverletzung im Amt, § 340 StGB, — die Anwendung von Diebstahl durch Waffen- und Bandendiebstahl oder räuberischen Diebstahl (§§ 242, 244, 252 StGB), — die Anwen-

---

eine der Privilegierungen auch noch spezieller gegenüber den anderen ist; dann ist sie allein anzuwenden. Ansonsten sind die Privilegierungen zu kumulieren, und zwar bei einer für das mildeste Delikt noch bestehenden erhöhten Mindeststrafe durch Anwendung von § 49 Abs. 1 StGB, in anderen Fällen durch Berücksichtigung bei der Zumessung.

22 Ausgeschlossen ist § 246 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB, nicht aber sind es die §§ 244, 249 StGB; siehe *Schönke-Schröder-Eser* § 248 a Rdn. 4; zu § 243 StGB siehe dessen Abs. 2.

23 Siehe *Geerds* Konkurrenz S. 199 f; *Welzel* Strafrecht § 30 III; *Puppe* Idealkonkurrenz S. 339 ff („das Gesetz" gehe vor, „dessen spezielle Merkmale die gewichtigeren sind"), jeweils mit Nachweisen.

24 Grundlegend *Geilen* Dreher-Festschrift S. 357 ff, 383 ff; *Eser* 53. DJT Gutachten D S. 58 f.

24a Dazu *Timpe* JR 1986 S. 76 f.

25 Zu § 226 StGB siehe BGH 8 S. 54.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

dung von Raub durch schweren Raub und Raub mit Todesfolge (§§ 249 bis 251 StGB), — die Anwendung von Diebstahl und Nötigung durch Raub (§§ 242, 240, 249 StGB)[26], — nach der Interpretation der Rechtsprechung auch die Anwendung von räuberischer Erpressung durch Raub (§§ 255, 249 StGB)[27], — die Anwendung von Geiselnahme durch erpresserischen Menschenraub, soweit nur eine Bereicherung beabsichtigt ist (§§ 239 a und b StGB)[28], — die Anwendung von § 27 VersG durch § 125 a StGB[28a], — die Anwendung von abstrakten Gefährdungsdelikten durch konkrete Gefährdungsdelikte, soweit diese die abstrakte Gefahr umfassen, wie etwa § 315 c Abs. 1 Nr. 1 StGB die abstrakte Gefahr des § 316 StGB umfaßt[29] (siehe aber unten 31/29), u. a. m.[30].

bb) Die §§ 138, 323 c StGB treten hinter einer Haftung von Garanten (auch von Teilnehmern) für das nicht angezeigte Delikt oder für die vorsätzliche Herbeiführung oder Nichtabwendung der Katastrophe zurück[30a]. Beispiel: Der Gehilfe zum Totschlagsversuch wird nur nach §§ 22, 27, 212 StGB bestraft.

21 c) Nicht anders verhält es sich, wenn ein Delikt zur Bildung eines besonders schweren Falls oder sonst bei der Strafzumessung verbraucht wird (anders die überwiegende Ansicht für den Fall der Strafzumessung[31]; zu den besonders schweren Fällen siehe oben 6/99 ff); Beispiele: Wenn ein besonders schwerer Fall des Diebstahls, § 243 StGB, vorliegt, weil der Täter das Opfer (unterhalb der in § 249 StGB bezeichneten Schwelle) genötigt hat, so tritt die Nötigung, § 240 StGB, hinter diesem Diebstahl in einem besonders schweren Fall zurück. — Hinter einer Nötigung, § 240 StGB, die wegen ihrer Ausführung durch einen Hausfriedensbruch ein besonders schwerer Fall ist, tritt § 123 StGB zurück. — Ebenso tritt Hausfriedensbruch zurück, wenn bei der Strafzumessung wegen Vertraulichkeitsverletzung, § 201 StGB, ein als Tatmittel eingesetzter Hausfriedensbruch straferschwerend angelastet wird. — Die Fälle lassen sich auch als Spezialität zu einer Begleittat einordnen.

22 d) Da Vorsatz als Fahrlässigkeit plus ein ernsthaftes Urteil über den Erfolgseintritt definiert werden kann (oben 9/4), sind Vorsatzdelikte spezieller als Fahrlässigkeitsdelikte[32]. Deshalb tritt nicht nur das fahrlässige, sondern auch das erfolgsqualifizierte Delikt hinter dem Vorsatzdelikt zurück. So weichen etwa § 222 vor § 212, — § 230 vor § 223, — § 224 (bei Fahrlässigkeit ein erfolgsqualifiziertes Delikt) vor § 225 StGB. Dolus directus ist gegenüber dolus eventualis spezieller, ferner Absicht gegenüber dolus directus zweiten Grads, der ja nicht durch sichere Voraussicht, sondern durch die Voraussicht der sicheren Abhängigkeit von einer beabsichtigten Folge zu definieren ist (oben 8/18). Absicht ist nicht gegenüber Wissentlichkeit spezieller.

23 2. Treffen mehrere spezialisierende Erschwerungsgründe zusammen, so sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

a) Handelt es sich um Erschwerungen, von denen eine wiederum spezieller ist (gleichgerichtete Qualifizierungen), sei es ausdrücklich dem Tatbestand nach, wie etwa

26 BGH 20 S. 235 ff.

27 BGH 14 S. 387 ff, 390.

28 BGH 25 S. 386 ff; 26 S. 24 ff, 28; bei Absicht auf Bereicherung und einem sonstigen Nötigungserfolg ist nur § 239 b StGB anzuwenden, wobei die Bereicherungsabsicht strafzumessungsrelevant ist; *a. A.* (Idealkonkurrenz; — aber das führt zur Doppelverwertung der Entführung oder Bemächtigung) BGH 26 S. 24 ff.

29 Weitergehend *Maurach-Gössel* AT II § 55 Rdn. 18 (Subsidiarität).

30 Weitere Beispiele bei *LK-Vogler* Rdn. 108 f vor § 52.

30a Anders die überwiegende Ansicht, die davon ausgeht, die Pflichten aus den §§ 138, 323 c StGB träfen Tatbeteiligte nicht; BGH NStZ 1982 S. 244; *Schönke-Schröder-Cramer* § 138 Rdn. 20 mit Nachweisen; siehe auch 29/Fn. 192.

31 Überhaupt gegen die Berücksichtigung von Merkmalen, die nicht Tatbestandsmerkmale sind, *Maurach-Gössel* AT II § 55 Rdn. 20.

32 *Jakobs* GA 1971 S. 257 ff, 260 mit Nachweisen; sehr streitig; für erfolgsqualifizierte Delikte *a. A. Rengier* Erfolgsqualifizierte Delikte S. 98 ff (Exklusivität).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

bei § 225 StGB gegenüber § 224 StGB nach dem subjektiven Tatbestand, sei es sachlich und nur bei der Strafzumessung, so gilt allein die speziellere Spezialisierung. Beispiele: Die §§ 224, 225 und 226 StGB sind gegenüber § 223 a StGB spezieller[33], § 251 StGB ist auch gegenüber § 250 StGB spezieller[34] (zweifelhaft für § 250 Abs. 1 Nr. 4 StGB).

b) Sind die Gründe der Qualifizierungen jedoch voneinander unabhängig (verschie- **24** dengerichtete Qualifizierungen), so müssen sie kumuliert werden. Das geschieht analog § 52 Abs. 2 Satz 1 StGB durch Benennung aller Qualifikationen bei demjenigen Delikt, das die schwerste Strafe androht. Die Rechtsprechung nimmt in solchen Fällen „großzügig" Gesetzeskonkurrenz an[35]; dadurch geht der selbständige Gehalt der verdrängten Qualifizierung für den Schuldspruch verloren[36]. Deshalb wird vorgeschlagen, alle qualifizierenden Delikte in Idealkonkurrenz zu vereinigen[37]. Folgt man diesem Vorschlag, so wird zwar der deliktische Umfang der Tat klargestellt, aber nur um den Preis mehrfacher Mitbenennung des Grunddelikts; daß sich die fehlerhafte Mehrfachbenennung bei der Strafzumessung wieder ausgleichen läßt, kann den Mangel des Schuldspruchs nicht ändern. — Zur Lösung ist zu berücksichtigen, daß die Aufgliederung von Qualifizierungen und deren Verteilung auf einzelne Tatbestände ein gesetzes technisches Mittel ist, dem Unbestimmtheitsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) zu genügen. Zur Lösung der Konkurrenzproblematik können alle Qualifizierungen als Merkmale eines Delikts mit entsprechend weitem Strafrahmen gedacht werden: Nur die qualifizierenden Merkmale konkurrieren echt. Beispiel: Mißhandlung Schutzbefohlener (§ 223 b StGB) mit zumindest fahrlässiger Todesfolge (§§ 226, 18 StGB) ist als Körperverletzung mit Todesfolge *durch* (nicht plus) Mißhandlung Schutzbefohlener abzuurteilen und aus dem Rahmen des § 226 StGB zu bestrafen, wobei die Qualifizierung des § 223 b StGB (nicht das ganze Unrecht dieses Delikts) Strafzumessungsfaktor ist.

3. Entsprechend muß die Lösung für erfolgsqualifizierte Delikte ausfallen. Wenn die **25** vorsätzliche Herbeiführung allein des qualifizierenden Erfolgs ein Delikt bildet, das auch gegenüber dem Grunddelikt spezieller ist, so wird im Vorsatzfall auch die Erfolgsqualifizierung verdrängt; Beispiel: Bei vorsätzlicher Tötung sind nur die §§ 211 ff StGB anzuwenden; § 226 StGB tritt zurück. — Umfaßt die vorsätzliche Herbeiführung des qualifizierenden Erfolgs das Grunddelikt nicht, so ist im Fall einer Vorsatztat wegen des erfolgsqualifizierten Delikts, begangen *durch* (nicht plus) eine vorsätzliche Erfolgsherbeiführung zu verurteilen (oder umgekehrt, wenn für das Vorsatzdelikt

---

33 § 223 a StGB muß dann freilich als reine Gefährlichkeitsqualifizierung verstanden werden und nicht — beim hinterlistigen Überfall — als Verwerflichkeitsqualifizierung. — RG 63 S. 423 f, 424; siehe auch BGH 21 S. 194 ff, 196; BGH NJW 1967 S. 297 f, 298. — *A. A. Jescheck* AT § 69 II 1; *LK-Vogler* Rdn. 110 vor § 52; *Vogler* Bockelmann-Festschrift S. 715 ff, 722.

34 BGH 21 S. 183 ff; *a. A. LK-Vogler* Rdn. 110 vor § 52; teils auch *Schönke-Schröder-Eser* § 251 Rdn. 10.

35 So zwischen § 223 b StGB und § 226 StGB; RG 70 S. 358 ff, 359 (dagegen *Mezger* JW 1937 S. 627 f); 74 S. 309 ff, 311; BayObLG 1960 S. 285 ff; ferner zwischen § 249 StGB und §§ 243 f StGB a. F.; BGH 20 S. 235 ff, 236 f (dagegen *Schröder* JZ 1965 S. 729); wie die Rechtsprechung *Welzel* Strafrecht § 30 III mit weiteren Nachweisen; hauptsächlich auch *Montenbruck* Strafrahmen S. 190 ff, 193 (mit quantitativ bestimmten Ausnahmen).

36 Der Gehalt läßt sich bei der Strafzumessung bei regelgerechtem Vorgehen auch nur dann wieder aktivieren, wenn eine der Qualifizierungen einen Strafzumessungsgrund im Rahmen des durch die andere Qualifizierung gebildeten Delikts abgibt. Da die Qualifizierungen verschiedengerichtet sind, kann das nur der Fall sein, wenn eine der Qualifizierungen schon beim Ausgangsdelikt genuiner Strafzumessungsfaktor ist, also auf dem Rücken des Ausgangsdelikts (regelmäßig des Grunddelikts) in die anders gerichtete Qualifizierung aufgenommen werden kann.

37 *Geerds* Konkurrenz S. 200; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 111 vor § 52; *LK-Vogler* Rdn. 110 vor § 52; *Jescheck* AT § 69 II 1; *Vogler* Bockelmann-Festschrift S. 715 ff, 722 ff; siehe auch *Burgstaller* JurBl. 1978 S. 393 ff, 397.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

schwerere Strafe angedroht wird). Beispiel: Bei einer bedingt vorsätzlichen Tötung zur Vermeidung des Ausbruchs des Opfers einer Freiheitsberaubung ist wegen Totschlags (oder Mords) durch Freiheitsberaubung mit Todesfolge zu verurteilen. Verbreitet wird Idealkonkurrenz zwischen dem erfolgsqualifizierten Delikt und der Vorsatztat angenommen[38]; dabei wird aber die vermeidbare (vorsätzliche oder fahrlässige) Erfolgsherbeiführung unzulässigerweise doppelt veranschlagt. Unproblematisch ist die Konkurrenz zwischen dem erfolgsqualifizierten Delikt und dem Delikt der fahrlässigen Herbeiführung allein des qualifizierenden Erfolgs: Letzteres tritt immer wegen Spezialität kraft Beschreibungsintensität zurück[39] (§ 18 StGB, wenigstens Fahrlässigkeit).

B. Die Spezialität kraft Vollendungsdichte, Beteiligungs- und Erfolgsintensität (Subsidiarität)[40]

26 1 a) Die Strafe für ein vollendetes Delikt ist nicht allein eine Strafe für eine Fortführung des Delikts vom perfekten Versuch an, sondern für die ganze Tat, wie schon daraus ersichtlich ist, daß nach dem beendeten Versuch überhaupt kein bewertbares Verhalten mehr anfallen muß. Deshalb umfaßt das vollendete Delikt das versuchte Delikt und das Vorbereitungsdelikt, soweit letzteres überhaupt strafbar ist (mitbestrafte Vortaten[41]). Alle über § 22 StGB begründete Strafbarkeit tritt also hinter Vollendung desselben Delikts[42] durch einen einzigen Angriff zurück, ebenso alle über § 30 StGB begründete Strafbarkeit[43]. Auch im BT ausformulierte Versuchs- oder Vorbereitungshandlungen treten bei Haftung für spätere Stadien zurück[44]. Beispiele: Die Anwendung von § 83 StGB weicht vor den §§ 81, 82 StGB, — von § 149 StGB vor den §§ 146, 148 StGB[45], — von § 265b StGB vor § 263 StGB[45a], — von § 267 Abs. 1, 1. und 2. Fallgruppe StGB vor § 267 Abs. 1, 3. Fallgruppe StGB[46], — von § 311 b StGB vor den dort genannten Bestimmungen etc. Soweit argumentiert wird, die Vorbereitung könne eine besondere Gefährlichkeit des Verhaltens kennzeichnen[47], hindert das die Gesetzeskonkurrenz nicht, da diese Gefährlichkeit sowieso (d. h. auch ohne die besondere Strafbarkeit der Vorbereitung) im Rahmen der Haftung für Vollendung zurechenbar ist.

27 b) Gesetzeskonkurrenz scheidet aus, wenn die Vorbereitung qualifizierende Merkmale aufweist, die von der Vollendung nicht umfaßt werden[48]; Beispiel: Endet eine als Raub und Vergewaltigung vorbereitete Tat über einen versuchten Raub in einem

---

38 BGH 9 S. 135 ff, 136 f; 19 S. 102 ff, 106; 20 S. 269 ff, 271 f; *Jescheck* AT § 67 III 3. — Gegen die Annahme von Tatbestandsausschluß zwischen den §§ 211 f StGB und § 251 StGB in BGH 26 S. 175 siehe oben zu den erfolgsqualifizierten Delikten 9/31. — Nach *Montenbruck* Strafrahmen S. 208 ff, 212, 214 sollen die niedrigen Beweggründe beim Mord als „Auffangbestimmung" regelmäßig den „Unwertgehalt der . . . Erfolgsqualifikationen als auch den der Grundtatbestände mit abdecken". Das ist ein unzulässiger Schluß von der größeren Quantität auf eine umfassende Qualität.

39 BGH 8 S. 54; *Montenbruck* Strafrahmen S. 206 f mit Nachweisen; *a. A.* BGH NJW 1965 S. 2411 f.

40 Siehe *Honig* Vor- und Nachtat S. 31 ff; *Burgstaller* JurBl. 1978 S. 393 ff, 399 ff; *Geerds* Konkurrenz S. 184 ff; *Puppe* Idealkonkurrenz S. 327 ff; *Wegscheider* Konkurrenz S. 153 ff.

41 *Honig* Vor- und Nachtat S. 113.

42 Zum Verhältnis der §§ 22, 255 StGB zu § 249 StGB beim Verständnis von § 255 StGB als Auffangtatbestand siehe BGH StV 1982 S. 114.

43 RG 59 S. 376 ff, 377 f.

44 RG 19 S. 13 ff, 15.

45 RG 66 S. 217 f, 218; — zum Verhältnis der Tatvarianten des § 46 StGB zueinander siehe BGH NJW 1986 S. 2960.

45a BGH 36 S. 130 ff.

46 Soweit der Gebrauch mit dem Herstellen oder Verfälschen in einem Planungszusammenhang steht (oben 8/39 f); streitig, siehe BGH 17 S. 98 ff mit Anmerkung *Häussling* JZ 1963 S. 69 f; *Miehe* GA 1967 S. 270 ff.

47 *Puppe* Idealkonkurrenz S. 329 f; das trifft auch § 30 StGB: Die offene Kommunikation über die Tat desavouiert die Norm, siehe oben 27/2.

48 RG 73 S. 71 ff, 75 f; BGH 9 S. 131 ff, 132 ff (*a. A.* noch BGH 1 S. 131 ff); *LK-Vogler* Rdn. 124 vor § 52; *SK-Samson* Rdn. 69 vor § 52;

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

vollendeten Diebstahl, so besteht echte Konkurrenz zwischen Vergewaltigungsvorbereitung (§§ 170, 30 StGB) und Raubversuch (§§ 249, 22 StGB), wobei letzterer — eine Folge der bloßen Kannmilderung bei Versuch — den vollendeten Diebstahl umfaßt (dazu unten 31/40).

28 2. Bei der Zurechnung einer täterschaftlichen Tat kann jede Förderung der Tat zugerechnet werden, bei derjenigen für Anstiftung wohl auch gehilfenschaftliche Förderung (siehe oben zum Strafgrund der Anstiftung 22/22). Deshalb treten die Haftung aus jedem Teilnahmedelikt (§§ 26, 27 StGB) hinter derjenigen für Täterschaft sowie die Haftung aus dem Beihilfedelikt hinter derjenigen für Anstiftung zurück[49]. Weist nur das Teilnahmedelikt eine Qualifizierung auf, so besteht Idealkonkurrenz zum täterschaftlichen Delikt[49a] (wie beim Verhältnis von Vollendung und Versuch, oben 31/27).

29 3. Da eine Vollendung ein Ereignis sein kann, das einer Gutsverletzung vorgelagert ist, kann es bei einem einzigen Angriff auf ein Gut mehrere Stadien der Vollendung geben, insbesondere das Stadium der konkreten Gefährdung zeitlich vor dem der Verletzung. Das den jeweils intensiveren Erfolg erfassende Delikt betrifft aber nicht nur die Differenz vom Zwischenstadium an, sondern den ganzen Angriff; deshalb tritt das Delikt, das beim Zwischenstadium vollendet ist, vor der Haftung für das später am selben Angriffsobjekt[50] vollendete Delikt zurück[51]. Beispiele[52]: Aussetzung tritt bei vorsätzlicher Tötung zurück (§§ 221, 211 ff StGB)[53], und zwar auch bei privilegierter Tötung, da die Verletzungsprivilegierungen im Rahmen der Gefährdungsdelikte entsprechend gelten. — Schwere Körperverletzung verdrängt aber nicht die Beteiligung an einer Schlägerei (§§ 224, 227 StGB)[54], da das Beteiligungsverbot nicht nur das Opfer schützt. Aus entsprechenden Erwägungen treten abstrakte Gefährdungsdelikte nie vor Verletzungsdelikten zurück[55]. — Zwischen vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs und fahrlässiger Körperverletzung oder Tötung (§§ 315 c Abs. 1, 222, 230 StGB) besteht Idealkonkurrenz, da die Gefährdung nicht den Verletzungserfolg und die Fahrlässigkeitstat nicht die vorsätzliche Gefährdung spezifiziert[56]. Ist eine lebensgefährliche Tat nach § 315 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a StGB zugleich vorsätzliche Tötung des einzig gefährdeten Opfers, so ist aus dem Tötungsdelikt und zudem aus § 316 StGB zu strafen, da die Tötung zwar die konkrete Lebensgefährdung umfaßt, aber — anders als § 315 c StGB — nicht die abstrakte Gefahr des § 316 StGB (siehe auch oben 31/20).

C. Die Spezialität zur Begleittat (Konsumtion)

30 1. Der Begriff der Begleittat ist nicht fest umrissen; insbesondere ließen sich auch zahlreiche per Spezialität kraft Beschreibungsintensität zurücktretende Delikte zu den Begleittaten zählen. Eine eigene Bedeutung hat die Spezialität zur Begleittat nur, soweit sie Fälle kennzeichnet, in denen unabhängig von der angedrohten Strafe ein Delikt (die Begleittat) als sekundär zu einem anderen bezeichnet werden kann, weil es praktisch häufig oder gar notwendig, jedenfalls aber bei geringerem deliktischen Gewicht, Begehungsmodalität eines anderen Delikts (der primären Tat) in der Art ist, daß es —

Schönke-Schröder-Stree Rdn. 125 vor § 52; — eingehende Behandlung der bei § 30 StGB möglichen Fallkonstellationen bei *LK-Roxin* § 30 Rdn. 51 ff, 76 ff.

49 BGH 4 S. 244 ff, 247; siehe auch RG 70 S. 138 ff; 70 S. 239 ff; überwiegende Ansicht; — *a. A. Puppe* Idealkonkurrenz S. 331 f.

49a BGH 33 S. 50 ff, 53 f.

50 Siehe RG 70 S. 400 ff, 402.

51 Kann die Gefährdung zu Rechtsfolgen führen, die bei der Verletzung nicht verhängt werden können, gilt das Kombinationsprinzip; *a. A.* (Idealkonkurrenz) BGH 8 S. 243 ff, 244.

52 Siehe auch BGH 25 S. 385.

53 RG 25 S. 321 ff, 322; 68 S. 407 ff, 409.

54 Siehe RG 59 S. 107 ff, 110; 67 S. 367 ff, 370.

55 *SK-Samson* Rdn. 69 vor § 52; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 129 vor § 52; *Maurach-Gössel* AT II § 55 Rdn. 18; *Geerds* Konkurrenz S. 213.

56 Siehe *Schönke-Schröder-Cramer* § 315 c Rdn. 45.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

spätestens bei der Strafzumessung — auch als zurechenbarer Teil dieses anderen Delikts behandelt werden muß[57]. Ist das Gewicht im Einzelfall nicht gering, so steht der Überschuß in echter Konkurrenz zur primären Tat. Beispiel: Sprengt der Diebstahlstäter eine Wand eines Gebäudes, um an den Inhalt zu kommen, so ist diese Sachbeschädigung nicht Begleittat des Diebstahls in einem besonders schweren Fall (§ 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB), obgleich ein bloßes Zertrümmern der Tür Begleittat wäre. Die Grenze zwischen erschwerender Spezialität kraft Beschreibungsintensität und Spezialität zur Begleittat verläuft also wie folgt: Die erschwerende Spezialität kraft Beschreibungsintensität richtet sich nach dem abstrakt strengeren Gesetz, die Spezialität zur Begleittat hingegen nach der typisch schwereren Verwirklichung[58]. Beispiel: Daß ein Kinnhaken mit der Folge einer kurzen Ohnmacht in der Regel (d. h. wenn die Ohnmacht nach dem Täterplan keine eigene Bedeutung hat) Körperverletzung mit einer Freiheitsberaubung (und Nötigung) als Begleittat ist, nicht aber Freiheitsberaubung (oder Nötigung) mit Körperverletzung als Begleittat, folgt nicht aus dem abstrakten, sondern aus dem bei Verwirklichungen dieser Art typischen Gewicht: Die Beschränkungen in der Bewegungsfreiheit (§ 239 StGB) oder Willensbildungs- und Willensbetätigungsfreiheit (§ 240 StGB) wiegen bei üblicher Bewertung weniger, als der sie fundierende körperliche Eingriff (§ 223 StGB) wiegt.

31 2 a aa) Soweit die Begleittat mit schwererer Strafe bedroht ist als die primäre Tat, wirkt die Konsumtion privilegierungsähnlich: Die schwerere Strafdrohung fällt weg. Neben dem soeben angeführten Beispiel von einfacher Körperverletzung mit der beiläufigen Folge einer Freiheitsberaubung ist insbesondere das Verhältnis von § 248 b StGB zu § 242 StGB zu nennen; der Strafrahmen für den unbefugten Fahrzeuggebrauch wäre bei Fahrzeugen mit einem Verbrennungsmotor praktisch obsolet, wenn der zwar nicht unumgängliche, aber eben doch typische Diebstahl des Treibstoffs nicht als Begleittat gewertet würde. Die privilegierungsähnliche Wirkung zeigt sich in den genannten Beispielen nicht nur am Strafrahmen, sondern auch am Antragserfordernis nach den §§ 232 und 248 b Abs. 3 StGB; fehlt ein Strafantrag, darf nicht aus den §§ 239, 240, 242 StGB gestraft werden (siehe aber auch unten zu den Wirkungen der Gesetzeskonkurrenz 31/47).

bb) Begleittaten sind weiterhin Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung beim Einsteigediebstahl[59] als besonders schwerer Fall des Diebstahls (§§ 123, 303, 242, 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Da die in dieser Diebstahlsvariante enthaltenen Delikte als Teile des Diebstahls zu behandeln sind, bedarf es zur Berücksichtigung des Hausfriedensbruchs und der Sachbeschädigung keines Strafantrags; § 243 StGB kennt keine antragsabhängigen besonders schweren Fälle. — Betrug und Leistungserschleichung (§§ 263, 265 a StGB) sind je Begleittat zur Wertzeichenfälschung nach § 148 Abs. 1 StGB[59a]. — Auch die Körperverletzung der Frau nach § 223 StGB bei einem Schwan-

---

57 Siehe RG 59 S. 321 ff, 325 („regelmäßig notwendig"); 60 S. 118 ff, 122 („regelmäßige Erscheinungsform"); BGH 11 S. 15 ff, 17; OLG Frankfurt NJW 1970 S. 1333 f, und die nachfolgend noch zu nennenden Entscheidungen.

58 *Burgstaller* JurBl. 1978 S. 393 ff, 459 ff; *Geerds* Konkurrenz S. 203 ff, 216 ff; teils wird der Begriff für überflüssig gehalten; *Klug* ZStW 68 S. 399 ff, 415; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 131 vor § 52; *Schmitt* ZStW 75 S. 43 ff, 55.

59 Zu § 243 StGB a. F. siehe RG 40 S. 430 ff; BGH 22 S. 127 ff, 129; zu § 243 StGB n. F. siehe KG JR 1979 S. 249 ff, 250 mit zustimmender Anmerkung *Geerds* aaO S. 250 ff; — streitig.

59a Streitig, *a. A.* für Betrug BGH 31 S. 380 ff, 381 f mit zustimmender Anmerkung *Kienapfel* JR 1984 S. 162 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

gerschaftsabbruch (§ 218 Abs. 1 StGB) ist Begleittat[60], während zwischen Schwangerschaftsabbruch und qualifizierten Körperverletzungen echte Konkurrenz besteht[61].

b) Zum Verhältnis der Tötungsdelikte zu den Körperverletzungsdelikten ist zu differenzieren[62]: **32**

aa) Jede vorsätzliche Tötung enthält eine vorsätzliche einfache oder gefährliche Körperverletzung, jede fahrlässige Tötung eine fahrlässige Körperverletzung; insoweit ist die Körperverletzung zurücktretende Begleittat (auch das im engeren Sinn generellere Delikt).

bb) Vollendete schwere Körperverletzung nach den §§ 224, 225 StGB ist nicht nur durch die Intensität der Verletzung, sondern auch durch ihre Dauer gekennzeichnet und kann deshalb — abgesehen von Grenzfällen (jahrelanges Siechtum mit Todesfolge) — mit vollendeten Tötungsdelikten nicht konkurrieren, sondern nur als Versuch mit der vollendeten Tötung oder vollendet mit der versuchten Tötung: dann Idealkonkurrenz[63]. Privilegierungen und sonstige Strafrahmenmilderungen können dabei[64] auf die Körperverletzung analog anzuwenden sein. Beispiel: Handelt der Täter eines Totschlags in einem minder schweren Fall (§ 213 StGB) mit dem alternativen Vorsatz (oben 8/33), das Opfer zu töten oder (im Sinn des § 224 StGB) zu verstümmeln, und vollzieht er die Tat durch Vergiftung, so ist die Milderung des § 213 StGB auf § 229 Abs. 2 StGB analog anzuwenden.

cc) Die privilegierten Tötungsfälle schließen Körperverletzungen, die Begleittaten sind, auch dann aus, wenn diese einen strengeren Strafrahmen aufweisen. Tötung auf Verlangen durch Vergiftung (§ 229 StGB) ist allein nach § 216 StGB zu beurteilen, Kindestötung durch Vergiftung nach § 217 StGB.

dd) Die Körperverletzung als Begleittat ist quantitativ begrenzt, wie sich schon daran zeigt, daß ein Übermaß an Verletzung als grausame Behandlung die Tötung zum

---

60 Was bei Einwilligung der Frau überhaupt nur bei einem das Mindestmaß überschreitenden Quantum an Körperverletzung in Betracht kommt, da ansonsten die Körperverletzung (nicht der Tod der Leibesfrucht) so gering ist, daß ihre Vornahme keines vernünftigen Grunds bedarf: Es liegt eine tatbestandsausschließende Einwilligung vor; siehe oben 7/112; abweichend die überwiegende Ansicht.

61 BGH 28 S. 11 ff mit Nachweisen der zuvor abweichend entscheidenden Rechtsprechung S. 14; siehe die teils kritische Anmerkung *Wagner* JR 1979 S. 295 f; — entgegen der Ansicht von *Wagner* aaO S. 296 liegt in der Annahme echter Konkurrenz, insbesondere zu § 226 StGB, kein Verstoß gegen das Mehrfachverwertungsverbot, da die Körperverletzung, die als Begleittat ausscheidet, beim Schwangerschaftsabbruch nicht bewertet wird.

62 Die Rechtsprechung hat mehrfach geschwankt (eingehende Nachweise bei *Jakobs* Konkurrenz S. 53 ff), wobei sie einen Ausschluß der Körperverletzung durch die Tötung (Gegensatztheorie) auf sich angeblich ausschließende Vorsätze gestützt hat, insbesondere RG 61 S. 375 f. Die Literatur erstreckte die Exklusivität bis in den objektiven Tatbestand; *Binding* Normen Bd. II S. 999 ff; *Welzel* v. Weber-Festschrift S. 242 ff, 244. Die Gegensatztheorie bezweckte in ihren frühen Versionen die Lösungsergebnisse der Gesetzeskonkurrenz, indem sie eine formelhaft in den subjektiven Tatbestand verlagerte Garantie für die Anwendung nur eines der Delikte schuf (siehe *Jakobs* aaO S. 40); später ging es vorweg darum, beim Rücktritt vom qualifizierten Versuch der privilegierten Tötung die — nach altem Recht sehr unharmonischen — rigiden Strafdrohungen der qualifizierten Körperverletzungsdelikte zu umgehen. Seit BGH 16 S. 122 ff, 123; 21 S. 266 f ist die Lehre vom Einschluß der Körperverletzung in die Tötung (Einheitstheorie) in der Rechtsprechung unangefochten (ebenso schon RG 28 S. 200 ff, 212 f) und ganz überwiegende Ansicht; siehe zum folgenden Text insbesondere *Schmitt* JZ 1962 S. 389 ff; *Jakobs* Konkurrenz S. 110 ff; *Hirsch* ZStW 81 S. 917 ff, 927 ff; *LK-Hirsch* Rdn. 14 ff vor § 223; *Schönke-Schröder-Eser* § 212 Rdn. 17 ff, jeweils mit Nachweisen.

63 *Schmitt* JZ 1962 S. 389 ff, 391; *Welzel* Strafrecht § 38 I 6; *Jakobs* Konkurrenz S. 128 ff, und zum alternativen Vorsatz S. 155 ff; *LK-Hirsch* Rdn. 16 vor § 223; *a. A.* BGH 22 S. 248 ff mit ablehnender Anmerkung *Jakobs* NJW 1969 S. 437 f.

64 Wie auch im Fall fehlenden oder jedenfalls nicht nachweisbaren Tötungsvorsatzes; BGH 25 S. 223 f; *LK-Hirsch* § 226 Rdn. 10.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Mord qualifiziert (§ 211 Abs. 2, 2. Fallgruppe, 2. Untergruppe StGB), also vom Totschlag nicht schon konsumiert wird[65]. Diese Begrenzung ist für eine die Tötung nur begleitende (ohne Tötungsvorsatz vorausgehende, zeitgleiche oder folgende) Körperverletzung selbstverständlich. Beispiel: Der Täter mißhandelt das schon tödlich verletzte Opfer, ohne dadurch den Tod zu beschleunigen. Ansonsten geht es nur darum, diejenigen Körperverletzungen aus der Gesetzeskonkurrenz auszuscheiden, die vom — durchaus weit bestimmten — Durchschnittsfall der Tötung durch eine exzessiv hohe Quantität an Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung abweichen (quälende Tötung, lange verzögerliche Tötung etc.). Zwischen der Tötung und dem überschießenden Quantum besteht dann echte Konkurrenz, sofern der Überschuß nicht als Grausamkeit bei § 211 StGB bewertet und dadurch ausgeschöpft wird. — Die quantitative Beschränkung der Begleittat ist keine Besonderheit der Körperverletzung als Begleittat zur Tötung, sondern gilt generell.

ee) Beim Rücktritt vom Versuch der privilegierten Tötung oder der Tötung in einem minder schweren Fall richtet sich das Höchstmaß der Strafe für schon vollendete Körperverletzung nach der Tötungsprivilegierung[66] (wichtig für Körperverletzung nach § 229, insbesondere Abs. 2 StGB und § 221 Abs. 3 StGB). Siehe zum Rücktritt ansonsten unten 31/44. — Versuchte Tötung hat dieselbe Konsumtionskraft wie vollendete Tötung, was die bloße Kannmilderung des § 23 Abs. 2 StGB zeigt[67] (streitig; siehe unten 31/40).

33 4. Es ist zu erwägen, in einigen Fällen auch an sich strafbare *Begleittaten zu straffreiem Verhalten* als straffrei zu behandeln. Beispiele: Der Diebstahl des entweichenden Häftlings an der Anstaltskleidung sollte straffrei sein. Begleittat zu einem straffreien Verhalten ist auch der Verbrauch geringer Mengen von Schmier- oder Betriebsmitteln bei vorübergehender Benutzung fremder Geräte oder Instrumente (etwa der Verbrauch von Tinte bei der Benutzung eines fremden Füllfederhalters für eine einzige Unterschrift). — Wenn ein Selbsttötungsversuch einen Schwangerschaftsabbruch zur Folge hat, sollte dieser straffrei sein. — Überhaupt sollten Begleitdelikte zur versuchten Selbsttötung (etwa versuchte Strafvereitelung durch den Belastungszeugen) nicht bestraft werden[67a], da es sich dabei um den Versuch handelt, die Pflichten nicht zu brechen, sondern aufzuheben („— der Tod hebt alle Eide auf —", *Schiller* Kabale und Liebe, V/7).

D. Die Spezialität kraft Vorgriffs (mitbestrafte Nachtat)

34 1. Bei einigen Delikten haftet der Täter für ein schädigendes Ereignis schon voll (und nicht nur wegen Versuchs), wenn er mit der Herbeiführung signifikant begonnen hat (Vortat), ohne das Ereignis aber auch schon komplett bewirkt zu haben.

In einer ersten Fallgruppe[68] geht es um Eigentumsdelikte und Vermögensdelikte: Sie sind mit der Wegnahme (§§ 242, 249 StGB) oder der Zueignung (§ 246 StGB) oder der schädigenden Verfügung (§ 263 StGB) vollendet, ohne daß damit der *dauernde* Verlust des Objekts schon komplett sein müßte. Bewirkt der Täter nunmehr durch eine Nachtat den dauernden Verlust in der Art und Weise, wie sie bei der Vortat vorausge-

---

65 RG 42 S. 214 ff, 215 f; BGH NJW 1962 S. 115 f, 116; *Welzel* Strafrecht § 38 I 6; *Jakobs* Konkurrenz S. 110 ff; anders *Hirsch* ZStW 81 S. 927 ff, 929; *Puppe* Idealkonkurrenz S. 179 f Fn. 10.

66 *Vogler* Bockelmann-Festschrift S. 715 ff, 729; *Geerds* Konkurrenz S. 172; *LK-Hirsch* Rdn. 16 vor § 223 mit Einschränkungen für § 229 StGB, die nicht erforderlich sind, wenn § 213 StGB sowieso, also auch bei bloßem Körperverletzungsvorsatz, analog auf § 229 StGB angewendet wird.

67 BGH 22 S. 248 ff, 249.

67a *A. A.* BGH NStZ 1974 S. 73 a. E.

68 Dazu eingehend *Roth* Eigentumsschutz S. 60 ff, 140 ff mit Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

setzt wird, so ist diese Nachtat zwar unter üblichen Voraussetzungen ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten, aber in die Vortat schon „eingerechnet" und deshalb mitbestraft. Das gesamte Geschehen wird durch die Vortat abschließend bewertet[69].

Eine weitere Fallgruppe[69a] betrifft Delikte, bei denen der Täter einen Leistungserfolg, für den er einzustehen hat, nicht bewirkt (Unterlassen) oder den Eintritt des Leistungserfolgs hindert (Tun), wobei freilich Nachleistungen oder Ersatzleistungen möglich bleiben. Soweit dem Täter wegen der primären Leistungsstörung das volle Ausbleiben des Leistungserfolgs zugerechnet wird, also ohne Berücksichtigung der Chance, eine Nachleistung oder Ersatzleistung zu erbringen, umfaßt diese Zurechnung auch nachfolgende Störungen bei der Nach- oder Ersatzleistung als mitbestrafte Nachtaten. Beispiele: Wer sich seiner Unterhaltspflicht entzieht (§ 170b StGB) und deshalb verurteilt wird, begeht ein schon mitbestraftes Delikt, wenn er danach die *alte* Schuld immer noch nicht bezahlt[69b]. — Wer der Einberufung zum Wehr- oder Ersatzdienst nicht folgt, „um sich der Verpflichtung ... dauernd ... zu entziehen" (§ 16 Abs. 1 WStG, § 53 Abs. 1 ZDG), unternimmt damit eine auf Dauer angelegte Pflichtverletzung; weitere Verweigerungen — etwa nach erneuten Einberufungen — sind mitbestrafte Nachtaten[69c].

2. Welche Taten mitbestrafte Nachtaten sein können, läßt sich nicht ohne Blick auf **35**
die Vortat bestimmen, sondern hängt davon ab, auf was für ein Verhalten die Vortat vorgreift. Das war bei Mundraub nach § 370 Abs. 1 Nr. 5 StGB a. F. allein der alsbaldige Verbrauch[70], ist bei den Zueignungsdelikten die Enteignung des Berechtigten durch Nutzung[71] (nicht etwa auch durch Sachzerstörung[71a]), bei unbefugtem Fahrzeuggebrauch die Sicherung allein des Gebrauchs (nicht etwa auch der Möglichkeit einer Zueignung oder einer Sachzerstörung), bei einem durch Betrug erlangten Fremdbesitz nur dessen Sicherung, nicht diejenige des Eigenbesitzes[72] etc.[73]. Verbreitet wird auch jedes im Schädigungsmaß dem Vorgriff äquivalente (oder geringere) Verhalten als straflose Nachtat akzeptiert, insbesondere eine nicht mit einer Nutzung verbundene Sachbeschädigung statt einer Zueignung[74]. Dieser Austausch ist hier so unzulässig wie

---

69 *Jescheck* AT § 69 II 3; *Burgstaller* JurBl. 1978 S. 393 ff, 459 ff, 461 ff; *Honig* Vor- und Nachtat S. 81 ff; *LK-Vogler* Rdn. 139 vor § 52; *Vogler* Bockelmann-Festschrift S. 715 ff, 733 f, der freilich die mitbestrafte Nachtat als Konkurrenz nicht der „abstrakten Strafdrohungen", sondern der „Strafansprüche" sieht (?); *Krauß* GA 1965 S. 173 ff, 177; *Geerds* Konkurrenz S. 205 ff; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 113 vor § 52.

69a Siehe auch noch RG 68 S. 227 ff, 229.

69b *Struensee* JZ 1984 S. 645 ff, 650.

69c Zur üblichen Lösung bei kontinuierlicher Zivildienstverweigerung siehe oben 20/Fn. 37; gegen diese Lösung eingehend *Struensee* JZ 1984 S. 645 ff; *ders.* JZ 1985 S. 955 ff, dessen prozessuale Lösung (*eine* Tat im prozessualen Sinn) der hier vorgenommenen materiellrechtlichen Lösung nicht widerspricht.

70 Damit erledigt sich OLG Braunschweig JZ 1964 S. 524 f; zutreffend dazu *Krauß* GA 1965 S. 173 ff, 179 ff; siehe auch *Kohlmann* JZ 1964 S. 492 ff.

71 RG 39 S. 239 ff, 243 ff; 43 S. 60 ff, 65.

71a *Roth* Eigentumsschutz S. 148 f.

72 BGH 16 S. 280 ff, 281 f.

73 Siehe ferner RG 50 S. 166 ff, 168 (zu Urkundenfälschung und Steuerhinterziehung); 51 S. 4 ff, 6 ff (Diebstahl nicht mitbestrafte Nachtat zur Urkundenfälschung; Betrug gegen dritte Personen nicht mitbestrafte Nachtat zum Diebstahl); 54 S. 80 ff, 81 (Preistreiberei — nach altem Recht — nicht mitbestrafte Nachtat zum Diebstahl); 62 S. 61 ff, 62 (Unterschlagung mitbestrafte Nachtat zur Beteiligung am Betrug, durch die Eigenbesitz erlangt wurde); 67 S. 273 ff, 275 (Untreue kann mitbestrafte Nachtat nach Betrug sein); BGH 3 S. 290 ff, 292 f (Diebstahl oder Unterschlagung nicht mitbestrafte Nachtat zur Wiederverwendung von Wertzeichen — nach altem Recht); 6 S. 67 f (Veruntreuung — § 246 Abs. 1, 2. Fallgruppe StGB — mitbestrafte Nachtat nach Betrug); 11 S. 398 ff, 400 f (Betrug soll nicht mitbestrafte Nachtat zum Versicherungsbetrug nach § 265 StGB sein; wohl falsch; streitig, siehe *Schönke-Schröder-Lenckner* § 265 Rdn. 16; BGH NStZ 1987 S. 23 (Bankrott auch dann nicht mitbetrafte Nachtat zur Steuerhinterziehung, wenn der Fiskus der einzige Konkursgläubiger ist).

74 RG 35 S. 64 f; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 114 vor § 52 u. a. m.; wie hier *Jescheck* AT § 69 II 3 b

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

sonst bei der Gesetzeskonkurrenz. Beispiel: Der Diebstahl eines Schlüssels, mit dessen Hilfe eine Tür zum Zweck weiterer Diebereien aufgeschlossen wird, ist in der zweiten Tat nicht als Begleittat enthalten, obgleich die — konkret stärker schädigende — Zerstörung der Tür als Begleittat darin enthalten wäre; wie die Begleittat so kann auch die Nachtat nicht nur am Schadensmaß und ohne Blick auf den Verhaltenstyp bestimmt werden.

36 3 a) Die Nachtat muß dasselbe Gut betreffen wie die Vortat (nicht denselben Gutsinhaber[75]), soll sie straffrei sein; Beispiele: Das Ableugnen des Besitzes nach einem Diebstahl ist mitbestrafte Nachtat, auch wenn der Eigentümer mittlerweile gewechselt hat; erneut strafbare Tat ist aber die Veräußerung einer gestohlenen Sache an eine dritte Person, die wegen § 935 BGB kein Eigentum erwirbt, so daß ihr Vermögen geschädigt wird[76]. Erneut strafbar sind auch die Fälschung einer Übereignungsurkunde für eine gestohlene Sache oder das Ausfüllen eines gestohlenen Schecks, auch wenn das jeweils unter Gebrauch des Namens des Bestohlenen geschieht, da die in den §§ 242 und 267 StGB geschützten Güter nicht identisch sind[77].

b) Das verbreitete Postulat, der schon eingetretene Schaden dürfe quantitativ nicht erweitert werden[78], ist schief formuliert; denn wenn die Nachtat Erfolg hat, vertieft sie den Eingriff stets. Gemeint ist, daß nur die schon *abgegoltene* Quantität straflos ausgeschöpft werden kann. Beispiel: Die (unterschlagene) Veräußerung einer schon zuvor unterschlagenen Sache an einen Gutgläubigen ist mitbestrafte Nachtat zur ersten Unterschlagung, auch wenn der Eigentümer durch den gutgläubigen Erwerb des Empfängers sein Eigentum verliert; denn die volle Verwertung der Sache ist schon durch die erste Unterschlagung erfaßt[79].

37 4. Die Nachtat kann mit schwererer Strafe bedroht sein als die Vortat, sofern sie nur im Vorgriff der Vortat liegt. So war die dem Mundraub nach § 370 Abs. 1 Nr. 5 StGB a. F. regelmäßig in einem Verwertungsakt nachfolgende Unterschlagung mitbestraft (bei anderer Interpretation wäre die Vorschrift praktisch bedeutungslos gewesen), ebenso ist trotz der höheren Strafdrohung die Anstiftung zur Hehlerei (§§ 26, 259 StGB) durch den Vortäter einer einfachen Unterschlagung (§ 246 Abs. 1, 1. Fallgruppe StGB) mitbestraft[80]. Sind nur bei der Vortat das Unrecht oder die Schuld aufgehoben oder gemindert, so ist die Nachtat strafbar, da sie nicht auf Verwertungen vorgreift, die unter veränderten Tatbedingungen erfolgen. Beispiele: Strafbar ist also der Täter, der sich in Lebensnot — per aggressiven Notstand gerechtfertigt — eine rettende Sache zugeeignet hat, wenn er diese nach dem Ende der Not weiter nutzt. Strafbar ist auch der wegen Volltrunkenheit entschuldigte Diebstahlstäter, der die Beute nach der Aus-

---

Fn. 27; *ders.* ZStW 67 S. 529 ff, 535; *Krauß* GA 1965 S. 173 ff, 180; *Sauer* Strafrechtslehre § 29 II 3 a.

75 Zutreffend *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 114 vor § 52; dagegen *Maurach-Gössel* AT II § 56 Rdn. 32 f (der die hiesige Position wohl mißversteht); *LK-Vogler* Rdn. 141 vor § 52.

76 RG 49 S. 16 ff, 17, 20; 49 S. 405 ff, 407 f.

77 RG 60 S. 371 ff; BGH 5 S. 295 ff, 297; BGH bei *Dallinger* MDR 1957 S. 652.

78 Etwa *Jescheck* AT § 69 II 3 a; *Maurach-Gössel* AT II § 56 Rdn. 30 f.

79 *A. A. Baumann-Weber* AT § 41 III 3 b. — Nach BGH 14 S. 38 ff, 45 soll Unterschlagung „schon tatbestandlich" voraussetzen, „daß sich der Täter die fremde Sache nicht bereits durch eine strafbare Handlung zugeeignet hat", so daß es eine unterschlagende Nachtat nach einer Zueignung nicht geben könne (die Entscheidung betrifft das Verhältnis von Betrug und nachfolgender Amtsunterschlagung und will dem scharfen Strafrahmen von § 346 StGB a. F. ausweichen: Amtsunterschlagung liegt nicht im Vorgriff des Betrugs); — ähnlich schief zum Betrug als Nachtat des Diebstahls BGH 17 S. 206 ff, 208 ff. — Gegen diese Lehre vom Tatbestandsausschluß zutreffend *Baumann* NJW 1961 S. 1141 ff; *Bockelmann* JZ 1960 S. 621 ff; *Schröder* JR 1960 S. 305 ff und die überwiegende Ansicht.

80 *Jescheck* AT § 69 II 3 a; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 115 vor § 52; *Baumann-Weber* AT § 41 III 3; *Krauß* GA 1965 S. 173 ff, 179; teils *a. A. Maurach* JZ 1956 S. 257 f, 258; *Kohlmann* JZ 1964 S. 492 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

nüchterung verwertet. — Jedenfalls ist das Nachtatverhalten Strafzumessungsgrund zur Vortat (§ 46 Abs. 2 letzte Variante StGB). Beispiel: Wenn ein Dieb eine gestohlene Sache verbraucht, obgleich er mittlerweile weiß, daß der Berechtigte ohne die Sache in Not gerät, so ist ihm dies strafschärfend *beim Diebstahl* (nicht: als gesonderte Nachtat durch Gebrauch der Sache) anzulasten[80a]. — Zu Fällen schnellerer Verjährbarkeit der Vortat siehe unten 31/46.

IV. Die Wirkungen der Gesetzeskonkurrenz

Literatur

Siehe zu II

38 A. Das verdrängte Gesetz im Sinn der Gesetzes*formulierung* wird nicht angewendet; das verdrängte Gesetz als Deliktsbestimmung wird hingegen implizit angewendet, scil. in der Modifikation, die es durch das vorgehende Gesetz erfährt. Beispiel: Die Anwendung der Gesetze über Mord oder Tötung auf Verlangen ist immer auch Anwendung des modifizierten Gesetzes über Totschlag. Da es zur Gesetzeskonkurrenz überhaupt nur kommen kann, wenn das anzuwendende Gesetz den Regelungsinhalt des verdrängten Gesetzes spezifiziert, ist ein Unterfall des generellen Gesetzes stets im speziellen enthalten. *Die Differenz zwischen Gesetzeskonkurrenz und Idealkonkurrenz besteht also überhaupt nur darin, daß bei der Gesetzeskonkurrenz der deliktische Gehalt des verdrängten Gesetzes genuin beim anzuwendenden Gesetz zu berücksichtigen ist, während bei der Idealkonkurrenz der deliktische Gehalt des hinzutretenden Gesetzes erst durch den Hinzutritt verwertbar wird*[81]. Dieser Hinzutritt würde bei Gesetzeskonkurrenz gegen das Mehrfachverwertungsverbot verstoßen[82]. Nicht gegen das Mehrfachverwertungsverbot verstößt es aber, wenn alle Merkmale desjenigen Rechtssatzes, der bis zur Anwendbarkeit auf den Einzelfall spezifiziert ist, also auch die Merkmale des verdrängten Gesetzes enthält, so berücksichtigt werden, wie es bei Tatbestandsmerkmalen zulässig ist: Nicht daß die Merkmale vorliegen, aber in welcher Quantität sie vorliegen, ist strafzumessungsrelevant.

Heikel ist der Fall belastender, beschränkter Spezialität (also der Spezialität nur einer Fallgruppe eines Delikts), wenn die anderen Fallgruppen keine vergleichbaren Erschwerungen kennen: Sollte die Strafe für einen Fall aus der spezielleren Gruppe dann stets, das heißt ohne Blick auf die verwirklichte Quantität des verdrängten Delikts, höher ausfallen müssen als ceteris paribus ohne Erschwerung? Diese Frage ist wie bei sonstigen Strafzumessungstatsachen zu entscheiden und hängt davon ab, ob es quantitätsunabhängige Zumessungstatsachen gibt. Praktisch dürfte das Problem eines verdrängten Delikts von nicht mehr wägbar minimaler Quantität freilich irrelevant sein.

39 B 1 a) Der *Strafrahmen* des anzuwendenden Gesetzes ist in zwei Fällen mit demjenigen des verdrängten zu kombinieren[83]. Ist die Spezialisierung wegen eines privilegie-

[80a] Zu pauschal (Nachtat kein Strafzumessungsgrund) OLG Düsseldorf StV 1985 S. 330.

[81] Explizit *a. A. Puppe* Idealkonkurrenz S. 313 ff; dazu oben Fn. 18.

[82] Hierüber herrscht in Einzelheiten Streit, weil nicht erkannt wird, daß Gesetzeskonkurrenz *stets* in der Form von Spezialität auftritt; zutreffend *Geerds* Konkurrenz S. 231. — Den Fall der Berücksichtigung des verdrängten Gesetzes *neben* dem anzuwendenden (nicht als dessen Teil) gibt es also nicht; wohl nur der Formulierung nach *a. A. Jescheck* AT § 69 III 2; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 141 vor § 52; *Bruns* Strafzumessungsrecht S. 465 ff; *ders.* Leitfaden S. 157. Die von den Autoren genannten Entscheidungen (BGH 1 S. 153 ff, 155; 6 S. 25 ff, 27; 19 S. 188 ff, 189) betreffen alle Fälle *beschränkter* Spezialität eines Delikts: Nur in der speziellen Fallgruppe, dort aber genuin und nicht kraft Hinzutritts der verdrängten Norm, ist der deliktische Gehalt des verdrängten Gesetzes strafzumessungsrelevant (siehe oben 31/13 ff).

[83] *Stratenwerth* AT Rdn. 1198 ff; *Jescheck* AT § 69 III; — verbreitet wird nach dem Typ der Gesetzeskonkurrenz differenziert.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

renden Effekts gewollt, läßt aber das zurücktretende Gesetz eine mildere Rechtsfolge zu als das anzuwendende, so ist auch beim Rahmen des anzuwendenden Gesetzes die Untergrenze um diesen Bereich zu erweitern (so war der Rahmen von § 216 StGB a. F. strenger als derjenige von §§ 212, 213 StGB). Gewichtiger ist die Umkehrung: Ist die Spezialisierung wegen eines qualifizierenden Effekts gewollt und läßt das zurücktretende Gesetz eine schärfere Rechtsfolge zu als das anzuwendende (erhöhte Mindeststrafe, Nebenstrafe etc.), so ist der Rahmen des anzuwendenden Gesetzes um die Schärfung zu ergänzen[84] (eine der „Sperrwirkungen" des milderen Gesetzes). Beispiel[85]: Bei versuchter Vergewaltigung (spezielles Delikt, §§ 177, 22 f, 49 Abs. 1 Nr. 3, 2. Fallgruppe StGB), aber vollendeter sexueller Nötigung (generelles Delikt, § 178 StGB) darf die Mindeststrafe der sexuellen Nötigung, obgleich diese das generelle Delikt ist, nicht unterschritten werden. Auch schärfere Höchststrafen des generelleren Gesetzes bleiben bestehen[86]; Beispiel: Bei der Zumessung einer Strafe für einen Totschlagsversuch in einem minder schweren Fall (§ 213 StGB), wobei der Rahmen nach den §§ 23 Abs. 2, 49 StGB zu mildern ist, wird die Rahmenobergrenze durch § 223 a StGB bestimmt, wenn der Totschlagsversuch eine vollendete gefährliche Körperverletzung enthält.

b) Die Notwendigkeit einer Strafrahmenkombination ist ein Zeichen dafür, daß im Gesetz die Spezialisierung bei *einer* Gesetzesformulierung nicht gelungen ist. Zwar erfaßt die eine der Formulierungen Rechtsfolgenvoraussetzungen spezieller, aber die andere der Formulierungen nennt die Rechtsfolgen spezieller; erst die Kombination ergibt eine komplette Spezialisierung.

40 2. Umfaßt ein vollendetes Delikt ein anderes Delikt, so umfaßt auch sein *Versuch* das andere Delikt, und zwar selbst für den Fall der Vollendung des anderen Delikts (qualifizierter Versuch); denn da bei Versuch nur fakultativ zu mildern ist (§ 23 Abs. 2 StGB), ist — abgesehen davon, daß der Erfolg ausgeblieben ist — die Zurechnung nicht notwendig weniger intensiv oder weniger umfassend als bei Vollendung[87]. Das Problem ist an den Beispielen des versuchten schweren Diebstahls nach § 243 StGB a. F. bei vollendetem einfachen Diebstahl und der versuchten Tötung bei vollendeter Körperverletzung viel und streitig behandelt worden, für das Strafmaß aber irrelevant, da niemand die Strafzumessungsrelevanz des schon Vollendeten bestreitet. Gegen Gesetzeskonkurrenz wird verbreitet eine angebliche „Klarstellungsfunktion" der echten Konkurrenz beschworen, jedoch werden ansonsten nur für Fallgruppen geltende Gesetzeskonkurrenzen auch nicht „klargestellt", ganz abgesehen von dem Fehlen jeder „Klarstellung" bei bloßen Strafzumessungsfaktoren. Beispiel: Wenn ein Tötungsversuch beim Opfer eine Beule hinterläßt, so ist es ungereimt, gerade diese Körperverletzung im Urteil „klarzustellen", nicht aber etwa, daß die Zufügung der Beule auch eine Nötigungs- oder gar Freiheitsberaubungswirkung hatte (Begleittaten).

---

84 *Dünnebier* GA 1954 S. 271 ff, 273 f; *Jescheck* ZStW 67 S. 529 ff, 535 f; *ders.* AT § 69 III 2; *SK-Samson* Rdn. 78 vor § 52; *a. A. Geerds* Konkurrenz S. 166 f, 230 ff; siehe auch *Burgstaller* JurBl. 1978 S. 393 ff, 459 ff, 468 f.

85 Nach BGH 1 S. 153 ff, 155 f; siehe ferner RG 73 S. 148 ff; BGH 7 S. 307 ff, 312; 8 S. 46 ff, 52; 10 S. 313 ff, 315; 19 S. 188 ff, 189.

86 *A. A.* BGH 30 S. 166 ff, 167 f mit zustimmender Anmerkung *Bruns* JR 1982 S. 166 f.

87 BGH 16 S. 122 ff, 123; 21 S. 266 ff, 267; 22 S. 248 ff, 249; *Geerds* Konkurrenz S. 171; *Schmitt* JZ 1962 S. 389 ff, 391; *LK-Hirsch* Rdn. 18 vor § 223; *Arzt-Weber* BT Bd. I Rdn. 230; *Maurach-Schroeder* BT I § 8 Rdn. 44 ff; *Jakobs* NJW 1969 S. 437 f; *ders.* Konkurrenz S. 122 ff; — *a. A.* BGH 21 S. 78 ff; 21 S. 194 ff, 195 f; 28 S. 11 ff, 17; 34 S. 108 ff mit Anmerkung *Kienapfel* JR 1987 S. 424 f; *Schröder* JZ 1967 S. 368 ff, 369 f; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 126 vor § 52; *SK-Samson* Rdn. 69 vor § 52; *LK-Vogler* Rdn. 111, 125 vor § 52; *Montenbruck* Strafrahmen S. 215.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

3. Kann der Täter aus dem spezielleren Delikt nicht verurteilt werden, so kann *auf das generelle Delikt zurückgegriffen* werden, wenn dadurch der Zweck der Spezialisierung nicht unterlaufen wird, was aber bei Privilegierungen regelmäßig der Fall wäre[88]. **41**

C. *Einzelfragen:*

1. Da das verdrängte Delikt ein Teil des verdrängenden Delikts ist, können sich dritte Personen am verdrängten Delikt beteiligen, was insbesondere bei Unkenntnis des Beteiligten von qualifizierenden Merkmalen (oder bei höchstpersönlichen qualifizierenden Merkmalen) bedeutsam ist: Hat der Beteiligte immerhin Vorsatz bezüglich des Grundtatbestands, so haftet er insoweit für Beteiligung. Beispiel: Der Gehilfe berichtet dem Räuber, wo Beute zu machen ist, wobei er irrig davon ausgeht, die Beute werde heimlich und nicht mit Gewalt weggenommen; — Beihilfe zum Diebstahl, §§ 27, 242 StGB (wenn sich die Gefahr der Beihilfe verwirklicht, dazu oben 24/1 ff). **42**

2. Ein auf eine Qualifizierung beschränkter Verbotsirrtum läßt die Schuld bezüglich des Grunddelikts unberührt. — Die irrige Annahme, eine Privilegierung bewirke völlige Rechtmäßigkeit (etwa Tötung auf Verlangen sei gerechtfertigt), beläßt höchstens (bei Vermeidbarkeit) Strafe aus dem privilegierten Delikt. — Volle Entschuldigung bei spezielleren *und* schwereren Delikten ist stets auch Entschuldigung beim generellen Delikt[89]. **43**

3. Rücktritt vom Versuch des spezielleren Delikts hebt die Strafbarkeit für das generellere Delikt nur dann auf, wenn auch davon nach den Regeln, die für das generellere Delikt gelten, zurückgetreten wurde. Beispiele: Der Rücktritt vom verletzenden Tötungsversuch bleibt als Körperverletzung strafbar. — Der Täter, der die Tat im Sinn von § 24 Abs. 1 StGB aufgibt, gibt sie auch im Sinn von § 31 Abs. 1 Nr. 2 StGB auf (aber es können *alternative* Taten — Wiederholung des Versuchs nach einer Woche etc. — verabredet oder sonst strafbar vorbereitet bleiben). — Zu Einzelheiten siehe oben zu den Wirkungen des Rücktritts 26/50; 27/15; zum Rücktritt vom Versuch der privilegierten Tötung siehe oben zur Begleittat 31/32. **44**

4. Fehlende Versuchsstrafbarkeit beim privilegierenden, spezielleren Delikt sperrt die Versuchsstrafbarkeit für das generellere Delikt. Beispiel: Der Versuch einer nicht qualifizierten Mißhandlung ist nicht als Nötigungsversuch (Begleittat) strafbar. — Bei qualifizierender — oder, bei identischen Strafrahmen, nur einen Tattyp besonders benennender — Spezialität kann wegen Versuchs des Grunddelikts gestraft werden[89a]; denn ist der Versuch der Qualifizierung straffrei, so heißt das nur, daß die qualifizierenden Merkmale keine Versuchsstrafbarkeit tragen; die Entscheidung zum Versuch des Grunddelikts bleibt davon unberührt. Beispiel: In Entführungsversuchen nach den §§ 235 ff StGB oder in Freiheitsberaubungsversuchen nach § 239 StGB[90] enthaltene versuchte Nötigungen sind nach den §§ 22, 240 Abs. 1, 3 StGB strafbar. Das besondere **45**

---

88 BGH 24 S. 262 ff, 266; *a. A.* für das Verhältnis von § 113 StGB zu § 240 StGB *Hirsch* Klug-Festschrift S. 235 ff, 236, 242 f mit Nachweisen des Streistands.

89 *A. A.* für einen Fall ausdrücklicher Subsidiarität (§§ 145 d und 258 StGB) BayObLG NJW 1978 S. 2563 f mit zustimmender Besprechung *Rudolphi* JuS 1979 S. 859 ff, 863; OLG Celle JR 1981 S. 34 f mit zustimmender Anmerkung *Geerds* aaO S. 35 ff; in den Entscheidungen wird die Subsidiarität für einen Fall von § 258 Abs. 5 StGB verneint; das läuft darauf hinaus, die — verfehlte, aber positivrechtlich nun einmal vorhandene — Subsidiaritätsentscheidung durch — richtige, aber dem positiven Recht widerstreitende — Erwägungen zum Verhältnis der geschützten Güter zu korrigieren. Die Subsidiarität des § 145 d StGB für einen Fall von § 258 Abs. 6 verneint mit der überwiegenden Ansicht BayObLG NJW 1984 S. 2302 f.

89a *A. A.* für die §§ 105, 240 StGB BGH 32 S. 165 ff, 176 ff.

90 BGH 30 S. 235 f mit Anmerkung *Jakobs* JR 1982 S. 206 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Unrecht des spezielleren Delikts darf freilich auch bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt werden; anderenfalls würde die Entscheidung des Gesetzes unterlaufen, dessen Versuch straffrei zu lassen; so muß etwa bei der Bestrafung einer versuchten Kindesentziehung (§ 235 StGB) als versuchte Nötigung unberücksichtigt bleiben, daß sich der Angriff gegen die Muntgewalt richtete.

46 5. Verjährung richtet sich stets nach dem spezielleren Delikt, insbesondere auch bei Nachtaten[91] (die Erfolge der Nachtaten sind keine tatbestandlichen Erfolge im Sinne von § 78 a StGB); wenn das vorgreifende Delikt das noch ausstehende Geschehen schon voll zurechnet, ist eine volle Haftung möglich und es besteht dann kein Grund, den Beginn der Verjährungsfrist hinauszuschieben. Ist die zurücktretende Tat, insbesondere die Nachtat, in einer für die Verjährungsfrist nach § 78 StGB relevanten Weise mit schwerer Strafe bedroht, würde der privilegierende Effekt bei einer Anknüpfung an die Nachtat zerstört[92].

47 6. Fehlt ein Strafantrag, so ist zu unterscheiden: Gilt das Antragserfordernis beim spezielleren Delikt der Privilegierung der ganzen Tat (so bei der Spezialität vor der Begleittat oder kraft Vorgriffs), so sperrt das speziellere Gesetz auch das generellere. Gilt das Antragserfordernis hingegen nur einem hinzukommenden Unrechtsteil, so ist dieser Teil allein gesperrt. Beispiel: Fehlt der Antrag bei den Entführungsdelikten nach den §§ 235 bis 238 StGB, so bleibt die Tat als Freiheitsberaubung oder Nötigung strafbar (§§ 239, 240 StGB), da das Antragserfordernis allein dem bei Entführungen zu Freiheitsberaubung und Nötigung hinzukommenden Unrechtsteil gilt[93]. Natürlich darf der durch das Antragserfordernis gesperrte Unrechtsteil auch nicht bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.

32. ABSCHNITT

Die Einheit des Verhaltens bei der echten Konkurrenz und bei der einfachen, quantitativ erweiterten Tatbestandsverwirklichung

Literatur

H. Achenbach „Tat", „Straftat", „Handlung" und die Strafrechtsreform, MDR 1975 S. 19 ff; *A. Baumgarten* Die Idealkonkurrenz, Frank-Festgabe Bd. II S. 188 ff; *H. Bindokat* Anmerkung zu BGH NJW 1961 S. 1731 f, aaO; *H. Blei* Die natürliche Handlungseinheit, JA 1972 S. 711 ff, JA 1973 S. 95 ff; *P. Bringewat* Fortsetzungstat und „in dubio pro reo" — BGHSt. 23, 33, JuS 1970 S. 329 ff; *ders.* Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Strafrecht, ZStW 84 S. 585 ff; *H.-J. Bruns* Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesses, Heinitz-Festschrift S. 317 ff; *L. Buchholz* Die Selbständigkeit der Einzelakte beim fortgesetzten und Kollektivdelikt, 1940; *M. v. Buri* Einheit und Mehrheit von Verbrechen, 1879; *A. Coenders* Über die Idealkonkurrenz, 1921; *P. Cramer* Das Strafensystem des StGB nach dem 1. April 1970, Juristische Analysen 1970

91 Sehr streitig; OLG Braunschweig NJW 1963 S. 1936; *Burgstaller* JurBl. 1978 S. 393 ff, 459 ff, 466; *Krauß* GA 1965 S. 173 ff, 178; *Baumann-Weber* AT § 41 III 3; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 116 vor § 52; *Jescheck* AT § 69 III u. a. m.; — *a. A.* BGH JZ 1968 S. 710; *Dreher* MDR 1964 S. 168 f; *Geerds* Konkurrenz S. 169 Fn. 104; *Kohlmann* JZ 1964 S. 492 ff; *LK-Vogler* Rdn. 146 vor § 52 u. a. m.

92 *Burgstaller* JurBl. 1978 S. 393 ff, 459 ff, 465.

93 *Händel* NJW 1964 S. 1733; siehe auch BGH 28 S. 18 ff, 19; *a. A.* BGH 19 S. 320 f; *Jescheck* AT § 69 III 1; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 136 vor § 52.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

S. 183 ff; *F. Doerr* Das fortgesetzte Delikt und seine Wirkungen im deutschen Recht, 1908; *ders.* Die Lehre vom fortgesetzten Delikt und R. v. Franks Stellungnahme hierzu in seinem Kommentar zum StGB, Frank-Festgabe Bd. II S. 210 ff; *A. Graf zu Dohna* Betrachtungen über das fortgesetzte Verbrechen, DStr. 1942 S. 19 ff; *F. Geerds* Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961; *ders.* Anmerkung zu BGH 18 S. 376 ff, JZ 1964 S. 593 ff; *K. Geppert* Grundzüge der Konkurrenzlehre, Jura 1982 S. 358 ff, 418 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH NStZ 1989 S. 73 f, aaO S. 320 ff; *K. H. Gössel* Anmerkung zu BGH JZ 1986 S. 43 f und 44 f, aaO S. 45 ff; *R. Hamm* Anmerkung zu BGH 33 S. 163 ff, NStZ 1986 S. 68 ff; *F. Hartung* Tateinheit und künstliche Verbrechenseinheiten in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts, SJZ 1950 Sp. 326 ff; *Th. Hein* Fortsetzungszusammenhang und Rauschtat, NStZ 1982 S. 235 ff; *J. Hellmer* Das Zusammentreffen von natürlicher Handlungs- und rechtlicher Tateinheit bei Verletzung höchstpersönlicher Interessen, GA 1956 S. 65 ff; *P. Hentschel* Anmerkung zu BayObLG JR 1982 S. 249 f, aaO S. 250 f; *R. D. Herzberg* Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1971 S. 881 ff; *W. Höpfner* Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1901; *R. M. Honig* Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925; *ders.* Der zurückdatierte Gesamtvorsatz, Schröder-Gedächtnisschrift S. 167 ff; *H. Jagusch* Anmerkung zu BGH 24 S. 268 ff, NJW 1972 S. 454 f; *B. Jähnke* Grenzen des Fortsetzungszusammenhangs, GA 1989 S. 376 ff; *H.-H. Jescheck* Die Konkurrenz, ZStW 67 S. 529 ff; *R. E. John* Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechenskonkurrenz, 1860; *H. Jung* Fortgesetzte Handlung und Verjährung, Schultz-Gedächtnisschrift S. 183 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1985 S. 512 f, aaO S. 513 ff; *ders.* Die fortgesetzte Handlung, Jura 1989 S. 289 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 36 S. 106 ff u. a., StV 1990 S. 72 f; *U. Kindhäuser* Normverstoß und natürliche Handlungseinheit — BGH NJW 1984, 1568, JuS 1985 S. 100 ff; *R. Kniffka* Aspekte der Tateinheit bei Steuerhinterziehung, wistra 1986 S. 89 ff; *D. Kratzsch* Die fortgesetzte Tat: eine Sonderform des Vorsatzdelikts, JR 1990 S. 177 ff; *F. W. Koch* Zur fortgesetzten Fahrlässigkeitstat, NJW 1956 S. 1267 f; *E. Kohlrausch* Der Sammelbegriff der Sammelstraftat, ZAkDR 1938 S. 473 ff; *Kubisch* Tateinheit und Tatmehrheit, DJ 1942 S. 97 ff; *F. v. Liszt* Rechtsgut und Handlungsbegriff im Binding'schen Handbuche, ZStW 6 S. 663 ff; *C. Lorenzen* Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte, 1981; *M. Maiwald* Die natürliche Handlungseinheit, 1964; *ders.* Die Feststellung tatmehrheitlicher Deliktsbegehung, NJW 1978 S. 300 ff; *D. Mann* und *U. Mann* Materielle Rechtskraft und fortgesetzte Handlung, ZStW 75 S. 251 ff; *E. Mezger* Anmerkung zu RG JW 1934 S. 2145 f, aaO; *ders.* Der Fortsetzungszusammenhang im Strafrecht, JW 1938 S. 3265 ff; *O. Miebe* Zum Verhältnis des Fälschens zum Gebrauchmachen im Tatbestand der Urkundenfälschung, GA 1967 S. 270 ff; *A. Montenbruck* Strafrahmen und Strafzumessung, 1983; *R. Neuhaus* Fortsetzungszusammenhang und Strafklageverbrauch, BGH NJW 1985, 1173 und NJW 1985, 1174, JuS 1986 S. 964 ff; *W. Niese* Empfiehlt sich die Einführung einer einheitlichen Strafe auch im Falle der Realkonkurrenz, Materialien Bd. I S. 155 ff; *P. Noll* Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 S. 1 ff; *ders.* Diskussionsvotum, ZStW 76 S. 707 ff; *F. Nowakowski* Fortgesetztes Verbrechen und gleichartige Verbrechensmenge, 1950; *D. Oehler* Neuere Verschiebungen im prozessualen Tatbegriff, Schröder-Gedächtnisschrift S. 439 ff; *ders.* Internationales Strafrecht, 1973; *Preiser* Aufspaltung der Sammelstraftat, insbesondere der fortgesetzten Handlung, ZStW 58 S. 743 ff; *ders.* Einheitsstrafe für eine Mehrheit gleichartiger Handlungen. Einzelstrafen für verschiedenartige Handlungen einer Mehrheit, ZStW 71 S. 341 ff; *I. Puppe* Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979; *dies.* Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz, GA 1982 S. 143 ff; *dies.* Anmerkung zu BGH JR 1985 S. 244 f, aaO S. 245 ff; *dies.* Anmerkung zu OLG Hamm JR 1986 S. 203 ff, aaO S. 205 ff; *K. Roth-Stielow* Kritisches zur fortgesetzten Handlung, NJW 1955 S. 450 f; *H. Rüping* Beendigung der Tat und Beginn der Verjährung, GA 1985 S. 437 ff; *K. Rüth* Anmerkung zu OLG Celle JR 1982 S. 79 f, aaO S. 80; *L. Schirmeyer* Wesen und Voraussetzungen des fortgesetzten Verbrechens, 1941; *Schlosky* Über Tateinheit und fortgesetztes Verbrechen, ZStW 61 S. 245 ff; *H. Schlothauer* Anmerkung zu BGH StV 1984 S. 242 f, aaO S. 243; *E. Schlüchter* Anmerkung zu BGH 36 S. 106 ff; NStZ 1990 S. 180 ff; *E. Schmidhäuser* Die „Gesetzesverletzung", Dünnebier-Festschrift S. 407 ff; *Eb. Schmidt* Anmerkung zu OLG Düsseldorf SJZ 1950 Sp. 268 ff, aaO; *ders.* Zum Begriff der Sammelstraftat, JZ 1952 S. 136 f; *R. Schmitt* Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW 75 S. 43 ff, 179 ff; *K. Schmoller* Individualisierung der Tat und fort-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

gesetzes Delikt, ÖJZ 1987 S. 323 ff; *ders.* Bedeutung und Grenzen des fortgesetzten Delikts, 1988; *ders.* Zur aktuellen Diskussion um das „fortgesetzte Delikt", Österreichische Richterzeitung S. 207 ff, 230 ff; *F.-C. Schroeder* Die Zusammenrechnung im Rahmen von Quantitätsbegriffen bei Fortsetzungstat und Mittäterschaft, GA 1964 S. 225 ff; *ders.* Die Behandlung der natürlichen Handlungseinheit in strafrechtlichen Übungsarbeiten, Jura 1980 S. 240 ff; *H. Schröder* Anmerkung zu BGH 19 S. 323 ff, JR 1965 S. 106; *Schwarz* Sammelstraftat und fortgesetzte Handlung, ZAkDR 1938 S. 539 ff; *G. Stratenwerth* Zum Verbrauch der Strafklage bei Fortsetzungszusammenhang — BGHSt. 15, 268, JuS 1962 S. 220 ff; *ders.* Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht, Schultz-Festgabe S. 88 ff; *W. Stree* Teilrechtskraft und fortgesetzte Tat, Engisch-Festschrift S. 676 ff; *ders.* In dubio pro reo, 1962; *E. Struensee* Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten, 1971; *E. Wahle* Die sogenannte „Handlungseinheit durch Klammerwirkung", GA 1968 S. 97 ff; *G. Warda* Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 1964 S. 81 ff; *ders.* Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit, Oehler-Festschrift S. 241 ff; *H. v. Weber* Zur Behandlung des zum Teil im Ausland begangenen fortgesetzten Delikts, ZStW 57 S. 490 ff; *G. Werle* Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, 1981; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1990 S. 73 f, aaO S. 74 ff; *J. Wolter* Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972; *ders.* Natürliche Handlungseinheit, normative Sinneinheit und Gesamtgeschehen, StV 1986 S. 315 ff.

I. Die Einheit der Handlung im Sinn von § 52 StGB

A. Die Einheit der Handlung im „natürlichen" Sinn

1 1. Bei Gesetzeskonkurrenz konkurrieren nur Gesetzesformulierungen; bei der echten Konkurrenz geht es um die Konkurrenz von Gesetzen selbst: Der Täter hat mehrere Gesetze oder ein Gesetz mehrfach verletzt. Bei diesen mehrfachen Gesetzesverletzungen unterscheidet das positive Recht danach, ob „dieselbe Handlung" mehrere Gesetzesverletzungen bewirkt (§ 52 StGB, *Tateinheit, Idealkonkurrenz*) oder ob „mehrere Straftaten begangen" werden (§ 53 StGB, *Tatmehrheit, Realkonkurrenz*). Im ersteren Fall wird wiederum unterschieden, ob „dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze" verletzt (*verschiedenartige* Idealkonkurrenz) oder „dasselbe Strafgesetz mehrmals" (*gleichartige* Idealkonkurrenz).

2 2 a) Tateinheit setzt voraus, daß es um „dieselbe Handlung" geht[1] (§ 52 StGB). Der Handlungsbegriff der Konkurrenzlehre ist von demjenigen der Tatbestandslehre unterschieden. Handlung als der kleinste gemeinsame Nenner aller Tatbestände von Begehungsdelikten ist das vermeidbare (vorsätzliche oder fahrlässige) Bewirken eines Erfolgs, wobei Erfolg bei Begehungsdelikten mindestens eine Körperbewegung ist, aber auch außerhalb des Körpers des Handelnden liegen kann (oben 6/78, 85). Nun ist eine Handlung, die ein Strafgesetz verletzt, überhaupt nur eine strafgesetzverletzende Handlung, weil der konkrete tatbestandliche Erfolg vermeidbar ist. Diese durch die Vermeidbarkeit der konkreten Tatbestandsverwirklichung bestimmte Handlung kann per Definition nicht auch noch ein weiteres Strafgesetz oder dasselbe Strafgesetz ein weiteres Mal verletzen, weil dazu wiederum die Vermeidbarkeit der zugehörigen *weiteren* konkreten Tatbestandsverwirklichung gegeben sein muß, und diese weitere Vermeidbarkeit gehört nicht zu derjenigen Handlung, durch die der erste Tatbestand verwirklicht wird. In der Umkehrung gehört zur tatbestandsmäßigen Handlung der weiteren Delikte nicht die Vermeidbarkeit der Tatbestandsverwirklichung des ersten Delikts. *Eine tatbestandsmäßige Handlung ist immer nur eine und nicht auch eine weitere Gesetzesverletzung.* Beispiel: Verletzt der Täter mit einem einzigen Steinwurf vorsätzlich einen Menschen und beschädigt vorsätzlich eine Sache, so ist die vermeidbare Sachbeschädigung für die Bestimmung der Körperverletzungshandlung ganz überflüs-

[1] Zur Entstehung dieser Terminologie siehe *Achenbach* MDR 1975 S. 19 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

sig (auch wenn die beschädigte Sache Eigentum des Täters wäre, bliebe die Körperverletzungshandlung), wie umgekehrt (auch bei Selbstverletzung bliebe die Sachbeschädigungshandlung). Der Begriff der Handlung in § 52 StGB kann deshalb nicht als tatbestandsmäßige Handlung zu interpretieren sein, sondern muß genereller verstanden werden: Bei der Handlung im Sinn von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit kommt es nicht auf notwendig tatbestandliche Handlungen an, sondern auf Handlungen als vermeidbares Bewirken *irgendwelcher* Erfolge (sogenannte Handlungen im natürlichen Sinn[2]), wobei diese nicht notwendig tatbestandlich bestimmten Handlungen, soll es zur Konkurrenz kommen, *zudem* auch noch tatbestandliche Handlungen sein müssen. Zum genannten Beispiel: Eine Werfhandlung (die als solche keinen Tatbestand verwirklicht) ist zugleich sowohl tatbestandsmäßige Körperverletzungshandlung wie tatbestandsmäßige Sachbeschädigungshandlung. Eine genereller bestimmte Handlung ist also Bestandteil zweier spezieller bestimmter, tatbestandsverwirklichender Handlungen.

b) Die Verläufe der tatbestandlichen Handlungen sind stets nur partiell identisch[3]. **3**
Im genannten Beispiel ist freilich immerhin die Körperbewegung für beide Tatbestandsverwirklichungen restlos identisch. Das muß nicht notwendig so sein, vielmehr mag die gemeinsame, nicht tatbestandlich bestimmte Handlung nur ein Ausschnitt aus den jeweils zur Tatbestandsverwirklichung erforderlichen Körperbewegungen sein. Beispiel[3a]: Durch eine einzige Nötigung (zwar eine tatbestandliche Handlung, aber sie tritt wegen Spezialität im engeren Sinn zurück!) bringt der Täter das Opfer zur Duldung sowohl des außerehelichen Beischlafs (§ 177 StGB) als auch der Wegnahme von Sachen (§ 249 StGB).

3. Immer kommt es auf die (partielle) Identität des Verhaltens an. Bloße Zeitgleich- **4**
heit stiftet keine Handlungseinheit. Wer einen anderen Menschen gleichzeitig schlägt und beschimpft, begeht die Körperverletzung und die Beleidigung also nicht handlungseinheitlich. Treffend führt das Reichsgericht aus[4]: „Selbst die Gleichzeitigkeit der Verletzung zweier Strafgesetze bedingt nicht ohne weiteres die Handlungsidentität und schließt die ‚Selbständigkeit der sie hervorbringenden Akte der Willensbethätigung nicht aus. Denn dieselbe Person kann im gleichen Zeitpunkte zur Erreichung verschiedener Zwecke zwei objektiv und subjektiv voneinander durchaus unabhängige körperliche Thätigkeiten zur Ausführung bringen; beispielsweise liegt solches Verhältnis vor, wo jemand mit jeder Hand auf eine andere Person einen Schuß abfeuert, wo jemand denjenigen, welchen er körperlich mißhandelt, während dessen wörtlich beleidigt u. s. f. Vielmehr ist erforderlich, daß die Willensbethätigungsakte, durch welche der Thatbestand der verschiedenen strafbaren Handlungen hergestellt wird, wenn nicht vollständig, so doch zu einem Teile dergestalt zusammenfallen, daß mindestens ein Teil der einheitlichen Handlung zur Herstellung des Thatbestandes beider Delikte mitwirkt".

4. Die Einheitlichkeit des Verhaltens kann für Beteiligte an einer Tat unterschiedlich **4a**
zu bestimmen sein; das ist eine Folge der an zufällige Äußerlichkeiten anknüpfenden gesetzlichen Regelungen. Beispiel: Gibt ein Gehilfe ein Tatmittel hin, das plangemäß für

---

2 Die Bestimmung dieser Handlung ist freilich nicht natürlich, sondern im Moment der Vermeidbarkeit längst juristisch geprägt.

3 *Binding* Handbuch Bd. I S. 567. — Ist eine tatbestandliche Handlung voll in der anderen enthalten, so liegt Gesetzeskonkurrenz vor, oben 31/11.

3a Ähnlich BGH NStZ 1985 S. 546.

4 RG 32 S. 137 ff, 139 f; zur besonderen Problematik dieser Entscheidung — Konkurrenz mit einem Dauerdelikt — siehe unten 33/10.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

mehrere selbständige Haupttaten genutzt wird, so handelt der Gehilfe tateinheitlich, der Täter aber tatmehrheitlich[4a].

B. Die juristische Handlungseinheit als Erweiterung der Einheit der „natürlichen" Handlung

5 1. Es wurde soeben ausgeführt, daß in § 52 StGB — soll diese Vorschrift überhaupt einen Anwendungsbereich haben — der Begriff der Handlung nicht eng als tatbestandsmäßige Handlung verstanden werden darf, sondern mindestens zur Handlung im „natürlichen" Sinn erweitert werden muß. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, den Begriff der Handlung noch weiter zu fassen; nur muß die Erweiterung mit dem Regelungszweck verträglich sein. Diese Verträglichkeit wiederum ist schwer zu bestimmen, weil der Regelungszweck unklar ist.

Daß für Gesetzesverletzungen, die Teil eines tateinheitlichen Geschehens sind, keine einzelnen festen Strafgrößen genannt werden müssen, wohl aber für tatmehrheitliche Gesetzesverletzungen (§§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 1, 54 Abs. 1 Satz 2 StGB), mag ein generell plausibler Regelungszweck sein, wenn auch im Einzelfall, insbesondere bei Tatmehrheit trotz „Einheit strafbarer Lebensführung"[5], die Berechtigung dieser Differenzierung zweifelhaft ist. Die Differenz der oberen Strafgrenzen — diejenige der schwersten Strafdrohung bei Tateinheit, bei Tatmehrheit hingegen die Grenze nach § 54 Abs. 2 StGB — läßt sich jedoch überhaupt nicht rechtfertigen[6], so daß eine zwingende Grenze der Tateinheit nicht gebildet werden kann. Nicht nur der — noch zu kritisierende — Fortsetzungszusammenhang, sondern jedes unter einem beliebigen subjektiven oder objektiven Aspekt einheitliche Geschehen ließe sich zur Tateinheit ziehen, so etwa bei Einheitlichkeit per Planungszusammenhang oder per Gleichartigkeit der Ausführungshandlungen oder per Einbruch in eine Schutzsphäre etc.[6a]; die Ergebnisse einer solchen Ausdehnung der Tateinheit wären nicht weniger plausibel, als sie es bei einer Behandlung nach den Regeln für Tatmehrheit sind. — Die Verfassungsmäßigkeit der Differenzierung zwischen Tateinheit und -mehrheit ist wegen der Willkürlichkeit der Grenze zweifelhaft.

6 2. Bei dieser Lage bleibt nur die Möglichkeit, auf die *tatbestandlichen* Erweiterungen einer Ausführungshandlung, insbesondere durch die Versuchsregelung, abzustellen:

[4a] Seit RG 70 S. 26 ff ständige Rechtsprechung; RG 70 S. 344 ff, 349 f; BGH bei *Dallinger* MDR 1957 S. 266; zuletzt BGH StV 1984 S. 329 (nur Leitsatz).

[5] *Welzel* Strafrecht § 29 II 4 b.

[6] Zur Kritik grundlegend *Binding* Handbuch Bd. I S. 575 ff; *Niese* Materialien Bd. I S. 155 ff. — De lege ferenda ist zu erwägen, bei Ideal- wie Realkonkurrenz eine Erhöhung der Strafobergrenze zuzulassen, aber strenger limitiert als es nach der lex lata schon bei Realkonkurrenz der Fall ist: *in Relation zur Höchststrafe der verletzten Gesetze und zur Summe der Einzelstrafen* (letztere Limitierung fehlt in § 64 AE). Überhaupt muß die Erhöhung der Obergrenze auf Extremfälle beschränkt bleiben. Daß die Rechtsprechung schon nahezu ein Jahrhundert lang massive Formen von Massendelinquenz eines Täters über die Konstruktion des Fortsetzungszusammenhangs (unten 32/38 ff) ohne Möglichkeit einer Erhöhung der Obergrenze abwickelt, ist der Beweis dafür, daß die Erhöhung praktisch verzichtbar ist. — Es ist auch verfehlt, de lege ferenda eine Erhöhung der Höchststrafe bei Idealkonkurrenz entsprechend § 54 Abs. 2 Satz 2 StGB mit der Begründung zu fordern, so ließen sich einige Qualifikationen des BT, insbesondere die erfolgsqualifizierten Delikte, einsparen (so aber *Schmitt* ZStW 75 S. 43 ff, 179 ff, 219; *Noll* ZStW 76 S. 707 ff, 711; *Lorenzen* Rechtsnatur S. 166; AE Begründung zu § 64 S. 117; — siehe auch oben zu den erfolgsqualifizierten Delikten 9/37); denn diese Schärfung erfaßt dann alle, nicht aber nur die durch eine spezielle Gefahrverwirklichung verbundenen, konkurrierenden Unrechtstatbestandsverwirklichungen, soweit nicht die Summe der Einzelstrafen (minus eine Strafeinheit) bereits eine Grenze innerhalb des nicht geschärften Rahmens bildet.

[6a] Deshalb überschätzt *Warda* Oehler-Festschrift S. 241 ff, 260 die Leistungskraft „unbefangener" oder „natürlicher" Betrachtung; es geht um befangene, unnatürliche, eben tatbestandliche Betrachtung.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

juristische Handlungseinheit. Da es bei dieser Bestimmung der Einheitlichkeit einer Ausführungshandlung um die soziale Bewertung eines individuellen Verhaltens geht, kann die Einheitlichkeit nicht allein durch die Motivation des Täters gestiftet werden, sondern muß auch in der Objektivation dieser Motivation erkennbar sein. Die Bestimmung der Einheitlichkeit kann aber auch nicht allein aus einer objektiven Betrachtung folgen, da — ganz entsprechend der Lage beim Versuchsbeginn — die individuelle Deutung des objektiven Geschehens dessen soziale Wertung beeinflußt. Jedenfalls geht es um eine Einheitlichkeit allein in strafrechtlich-tatbestandlicher Perspektive; andere Perspektiven, etwa diejenigen der Psychologie oder Geschichtsschreibung („eine" Judenausrottung kann ein Geflecht von Millionen strafrechtlich zu trennender Taten sein[7]) etc. sind strafrechtlich nicht maßgeblich.

3. Für die strafrechtliche Einheitlichkeit eines Verhaltens sind demnach die subjek- **7**
tive Einheitlichkeit und die Einheitlichkeit des tatbestandlichen Verhaltensvollzugs zu nennen, wobei die letztgenannte Einheitlichkeit bei einzelnen Tatbeständen durch andere Momente ersetzt werden kann (dazu unten 32/26 ff).

a) *Subjektive Einheitlichkeit* **8**

aa) Handlungseinheit liegt nur vor, wenn der Täter von vornherein auf eine Sequenz von Akten aus ist oder sich doch spätestens während des Vollzugs des vorangehenden Verhaltens das nachfolgende Verhalten vorsetzt. Ob der Täter hierbei über die Zahl der notwendigen Akte konkrete Vorstellungen hat (zehnmal zuschlagen) oder aber die Akte vom Effekt abhängig macht (zuschlagen, bis das Opfer zusammen bricht), zählt gleich. — Bei Fahrlässigkeit entscheidet der Konnex des unerlaubt riskanten Verhaltens[8] (brennende Streichhölzer aus dem Fenster werfen, bis die Streichholzdose leer ist). — Werden die Einzelakte teils vorsätzlich, teils unvorsätzlich vollzogen, so liegt Handlungseinheit zwischen den unterschiedlich vermeidbaren Taten vor, wenn sie sämtlich aus dem gleichen Grund unerlaubt riskant sind. Beispiel: Um einen Balkonkasten zu leeren, wirft der Täter alle dort befindlichen Blumentöpfe nacheinander hinunter; bei den geradzahligen Würfen verletzt er verschiedene Menschen, wie er erkennt, bei den ungeradzahligen verkennt er die gleichfalls stattfindenden Verletzungen leichtfertig: Handlungseinheit von vorsätzlichen und fahrlässigen Körperverletzungen. Nach diesen Regeln kann auch ein unvorsätzliches, aber unerlaubt riskant begonnenes einheitliches Verhalten in unterschiedlichen vorsätzlichen Akten enden, ohne seine Handlungseinheitlichkeit zu verlieren (wie ein einheitlich begonnenes Versuchsverhalten sich in verschiedene Versuchsbeendigungen spalten kann); siehe auch unten 32/33.

bb) Das Erfordernis der individuellen Verklammerung ist eine Folge der Berück- **9**
sichtigung der subjektiven Tatseite bei der Zurechnung (oben 32/6). Der Ansicht, die eine mehrfache, jeweils erneute Motivation für hinreichend hält, wenn diese aus einem identischen Grund erfolgt[9], ist nicht zuzustimmen; denn diese Ansicht vernachlässigt, daß mit dem Fortfall des Handlungswillens — oder bei Automatismen: der bestehenden Handlungsbereitschaft — das Delikt endet, mögen auch kurz darauf aus der gleichen

---

7 Ein „Massenverbrechen" ist also nicht eine einheitliche Tat; BGH 1 S. 219 ff, 221 f; BGH JZ 1976 S. 372 f. Deshalb ist eine Beteiligung an einem Teil aus der Masse auch nicht als Beteiligung am Ganzen zu behandeln; BGH NJW 1969 S. 2056 f; *LK-Vogler* Rdn. 28 vor § 52.

8 Dazu *Maiwald* Handlungseinheit S. 110.

9 BGH 4 S. 219 ff, 221; *Jescheck* AT § 66 III 2; *Maiwald* Handlungseinheit S. 90 f (der von *Maiwald* aaO behandelte Fall einer Tötung mit mehreren Dosen Gift betrifft vor dem Ansetzen zur kritischen Dosis überhaupt noch keinen Tötungsversuch, siehe oben 25/67, so daß sich eine Zusammenfassung der nicht kritischen Dosen insoweit erübrigt); *ders.* NJW 1978 S. 300 ff, 302; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 18 vor § 52.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Situation ein neuer Handlungswille oder eine neue Handlungsbereitschaft entstehen[10]. Beispiele: Beendet der Täter eine Prügelei, weil das Opfer seines Erachtens genug abbekommen hat, gerät er dann aber sofort wieder in Rage und schlägt erneut zu, neue Körperverletzung. — Zertrümmert der Täter in einem ununterbrochenen Wutanfall die Einrichtung einer Gastwirtschaft und verletzt dabei mehrere Gäste, so ist das eine einfache Sachbeschädigung in Tateinheit mit mehrfacher Körperverletzung. — Stiehlt ein Täter ohne Unterbrechung sukzessiv und plangemäß mehrere Flaschen eines je Stück noch soeben geringwertigen Getränks, so ist die Beute des einen Diebstahls insgesamt nicht mehr geringwertig (zu § 248 a StGB).

10 b) *Einheitlichkeit des Vollzugs:*

aa) Die Zusammenfassung zu einer Handlungseinheit setzt weiter eine Aufeinanderfolge der einzelnen Akte dergestalt voraus, daß der Täter nach seiner Vorstellung durch den Vollzug des vorgehenden Akts unmittelbar zur Verwirklichung des nachfolgenden ansetzt, mag er mit dem Akt eine Erfolgsvorstellung verbinden (bei Vorsatz) oder nicht (bei Fahrlässigkeit)[11]. Es reicht nicht aus, wenn im vorgehenden Akt der Wille deutlich wird, überhaupt irgendwann weiterzumachen, weil allein dieser Wille wegen des Tatprinzips kein Delikt abgibt; er muß vielmehr spezifisch tatbestandlich objektiviert sein. Tatprinzip und Tatbestandlichkeit kommen erst beim Versuch auf einen Nenner. *Eine* Tat sind also *nicht* die in wöchentlichen (oder auch täglichen) Abständen erfolgenden Giftbeibringungen zur Tötung des Opfers, das allnächtlich sukzessiv erfolgende Leerstehlen eines Lagerhauses, das fahrlässig falsche Rezeptieren durch einen Arzt bei jedem Patienten mit einem bestimmten Krankheitsbild, die Betrügereien an mehreren Personen, die durch eine einzige Annonce angelockt wurden[11a] und ähnliche auseinandergezogene Taten, da bei solchen Fallkonstellationen mit der vorangehenden Tat nicht nach der Tätervorstellung unmittelbar zur Fortsetzung angesetzt wird; die Einheit der Tatbestandsverwirklichung ist also unterbrochen. *Eine* Tat sind aber das Verprügeln eines Opfers mit einem Hagel von Schlägen, das Beschimpfen mit einer Kaskade von Schmähungen, das ohne Unterbrechungen durchgeführte Leerstehlen eines Lagers[12], die allenfalls durch die verkehrsüblichen Unterbrechungen unterteilte Trunkenheitsfahrt (§ 316 StGB) oder das Kratzen entlang einer parkenden Reihe von Automobilen mit einem Nagel. Insbesondere zählen hierher alle Fälle dicht aneinanderschließender Versuche zu einem Delikt, bis dieses gelingt, oder aber die Mittel erschöpft sind.

11 bb) Bei dieser dichten Sukzession, verbunden mit subjektiver Einheitlichkeit, ist es überflüssig, noch eine Gleichartigkeit der Einzelakte zu fordern[13]. Beispiel: Gleichgültig ist also, ob sich der Täter einer sexuellen Nötigung mit der Wiederholung immer derselben sexuellen Handlung begnügt, oder ob er phantasievolle Variationen anbringt. Insbesondere beim praktisch wichtigen Fall sukzessiver Versuche zu einer Vollendung können die einzelnen Versuchsakte unterschiedlich ausfallen. Beispiel: Ob ein Täter einen Totschlag mit zwei Axthieben versucht oder aber erst mit Würgen und dann mit einem Axthieb, führt zum gleichen Ergebnis. Das Postulat gleichartiger Einzelakte kommt nur auf, wenn die subjektive Einheitlichkeit oder die Einheitlichkeit des Vollzugs nicht streng durchgehalten werden. Der Konnex der Verhaltensweisen muß dann in Äußerlichkeiten gesucht werden und bleibt zufällig. — Freilich mag ein bestimmtes

10 *Binding* Handbuch Bd. I S. 545 mit Konzessionen zugunsten unjuristischer „Anschauungen".

11 *Binding* Handbuch Bd. I S. 544 ff, freilich wiederum mit erheblichen Konzessionen; *Struensee* Konkurrenz S. 25; *SK-Samson* § 52 Rdn. 12; *Stratenwerth* AT Rdn. 1244; *a. A.* wohl BGH 16 S. 397 f; *Miebe* GA 1967 S. 270 ff, 278; *LK-Vogler* § 52 Rdn. 21 ff mit weiteren Nachweisen.

11a BGH NStZ 1984 S. 70.

12 Siehe BGH 10 S. 230 ff.

13 So aber RG 76 S. 140 ff, 144; BGH 4 S. 219 ff, 221.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Verhalten eher als Versuchsbeginn eines gleichartigen Folgeverhaltens anzusehen sein als eines ungleichartigen.

Zu handlungsvereinigenden Tatbeständen siehe unten 32/26 ff; zur Kritik an nicht anzuerkennenden Formen von Handlungseinheit siehe unten 32/34 ff.

II. Das Verhältnis der Zahl der Handlungen zur Zahl der Delikte

A. Die Mehrheitstheorie

12 1. Es besteht kein Hindernis, jeder Tatbestandsverwirklichung eine Handlung im Sinn der Tatbestandslehre zuzuordnen[14]. Ein Bombenwurf, der einen Menschen tötet und ein Gebäude zerstört, ist dann in eine Tötungshandlung und eine Sachbeschädigungshandlung aufzugliedern, die beide im Verlaufsteil „Wurf" äußerlich identisch sind (darauf kommt es nach positivem Recht für die Konkurrenz an), aber rechtlich auch insoweit trennbar: Der Wurf interessiert bei jeder einzelnen tatbestandlichen Tat nur als Kausalglied zum konkreten tatbestandlichen Erfolg ohne Blick auf andere Weiterungen. Diesen tatbestandsgebundenen Handlungsbegriff verwendet das Gesetz bei der Konkurrenzregelung nicht: Es lägen ansonsten bei mehreren Gesetzesverletzungen immer auch mehrere Handlungen vor; Handlungseinheit wäre unmöglich[15]. Durch die Loslösung des Handlungsbegriffs vom Tatbestand macht das Gesetz die Konkurrenz freilich von einem äußerlichen Umstand abhängig, der die unterschiedlichen Wertungen bei Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz nicht zu tragen vermag. Das gilt unabhängig davon, ob man bei Einheit der Handlung im nicht-tatbestandlichen, scil. „natürlichen" oder juristischen Sinn auch eine Verschmelzung der verwirklichten Tatbestände zu einer Deliktseinheit annimmt *(Einheitstheorie)* oder — zutreffend — die Möglichkeit einer Deliktsmehrheit bei Einheit der Handlung im natürlichen Sinn anerkennt *(Mehrheitstheorie)*[16].

13 2. Die Einheitstheorie treibt den naturalistischen Ansatz des Gesetzes bei einer Handlung im nicht-tatbestandlichen Sinn weiter bis hin zu einem Naturalismus der Deliktsbestimmung: „Das Verbrechen ist Handlung; mehrere Verbrechen müssen daher mehrere Handlungen sein; *eine* natürliche Handlung kann immer auch nur *eine* verbrecherische Handlung sein"[17]. Da durch eine Handlung im nicht-tatbestandlichen Sinn mehrere Tatbestände verwirklicht werden können (ein Steinwurf verletzt einen Menschen und zerstört eine Glasscheibe), sehen sich die Vertreter der Einheitstheorie genötigt, dies als eine durch Kombination zustande kommende Wertung eines einzigen Geschehens zu deuten, wobei die Kombination nötig sein soll, weil das Gesetz — abgesehen von den zusammengesetzten Delikten — seine Regelungen nach einzelnen isolierten Erfolgen und abstrahiert von deren Zusammentreffen ausgestaltet habe. Im genannten Beispiel müssen also Körperverletzung und Sachbeschädigung zu einem Delikt der „Körperverletzung mit Sachbeschädigung" zusammengefaßt werden.

14 3. Demgegenüber bestimmen die Vertreter der Mehrheitstheorie[18] nur den Handlungsbegriff bei der Konkurrenz naturalistisch; der Deliktsbegriff bleibt allein rechtlich

14 *Binding* Handbuch Bd. I S. 564 ff, 570 ff; *Hälschner* Strafrecht Bd. I S. 670 ff; *v. Buri* Einheit und Mehrheit S. 1 ff; *John* Fortgesetztes Verbrechen S. 2 ff; siehe dazu *Maiwald* Handlungseinheit S. 61 f; *Puppe* GA 1982 S. 143 ff.

15 *Binding* Handbuch Bd. I S. 565.

16 Eingehende Darstellung bei *Geerds* Konkurrenz S. 322 ff; *Maiwald* Handlungseinheit S. 61 ff; *Puppe* Idealkonkurrenz S. 27 ff.

17 *v. Liszt* ZStW 6 S. 663 ff, 686 ff; *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 54 III Fn. 6; *Kubisch* DJ 1942 S. 97 ff, 99; *Baumgarten* Frank-Festgabe Bd. II S. 188 ff, 189 f; *Höpfner* Einheit S. 101 ff; *Mezger* Strafrecht § 69 I 3; *M. E. Mayer* AT Kap. 3 D I 1 Fn. 2; *Baumann-Weber* AT § 41 I 2 a; *Maurach-Gössel* AT II § 54 Rdn. 28; *Montenbruck* Strafrahmen S. 148.

18 RG 62 S. 83 ff, 87; *Binding* Handbuch Bd. I S. 564 ff; *Coenders* Idealkonkurrenz S. 12 f; *Dreher-Tröndle* Rdn. 4 vor § 52; *Frank* § 73

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

bestimmt: Eine Handlung im nicht-tatbestandlichen Sinn soll mehrere Delikte verwirklichen können. Handlungseinheit und Deliktsmehrheit sind bei dieser Lösung verträglich.

Verbreitet wird gegen diese Lösung folgender Einwand vorgebracht: So wie ein weißes Rennpferd trotz zweier Eigenschaften (weiß und zu Rennen tauglich) nur *ein* Gegenstand sei, so verhalte es sich auch mit einer mehrere Tatbestände verwirklichenden Handlung, auch sie sei nur *ein* Gegenstand[19]. Dieser Einwand zeugt von naturalistischer Befangenheit; denn mehrere Eigenschaften einer Sache können je für sich Gegenstand rechtlicher Wertung sein. Es richtet sich nach dem Zweck der Regelung, ob das Recht seine Wertungen an Dinge oder an deren Eigenschaften oder an anderes anknüpft. Werden etwa Rennpferde als Luxusgegenstände besteuert und weiße Pferde wegen ihrer mangelnden Zuchtqualität, so ist die doppelte Rechtsfolge beim Besitz eines einzigen Dings ganz selbstverständlich; entsprechend verhält es sich bei mehreren Tatbestandsverwirklichungen durch eine Handlung im „natürlichen" oder juristischen Sinn[20].

15 4. Deshalb ist die Mehrheitstheorie vorzugswürdig, und die Ergebnisse der Mehrheitstheorie können von der Einheitstheorie nicht vermieden, sondern nur terminologisch kaschiert werden[21]: Man kann mit der Einheitstheorie die mehrfache Tatbestandsverwirklichung als eine einfache Verwirklichung eines kombinierten Tatbestands bezeichnen, hat aber auch dann keinen Grund, für das per Kombination gewonnene Delikt eine andere Strafdrohung vorzusehen als angebracht ist, wenn die zur Kombination verwendeten Delikte im Sinn der Mehrheitstheorie aufgegliedert bleiben oder gar in Realkonkurrenz einzeln nacheinander begangen werden. Die Strafrahmendifferenz des positiven Rechts zwischen Idealkonkurrenz (Rahmen des schwersten Delikts) und Realkonkurrenz (§ 54 Abs. 2 Satz 2 StGB) ist also auch mit einer — richtig verstandenen — Einheitstheorie nicht zu rechtfertigen[22].

B. Keine mehrfache Gesetzesverletzung bei bloßer Quantitätssteigerung

16 1. Manche Tatbestandsverwirklichungen können quantitativ gesteigert werden; Beispiel: Eine Trunkenheitsfahrt (§ 316 StGB) kann fortgeführt werden, eine Freiheitsbe-

---

Anm. I; *Niese* Materialien Bd. I S. 155 ff, 156; *LK*[9]*-Mösl* Rdn. 1 vor § 73; *Schmidhäuser* AT 18/38 mit Fn. 30; *H. Mayer* AT S. 412; *ders.* Studienbuch § 52 II 2.

19 *Höpfner* Einheit S. 161 f; *Mezger-Blei* AT[15] § 90 I; *Baumann-Weber* AT § 41 I 2 a.

20 *Puppe* Idealkonkurrenz S. 20, 29 mit Fn. 2; *Schmidhäuser* AT 18/38 mit Fn. 30; *Geerds* Konkurrenz S. 325.

21 Für irrelevant halten den Streit *Jescheck* AT § 67 I 2; *ders.* ZStW 67 S. 529 ff, 533; *LK-Vogler* Rdn. 6 vor § 52; *Schönke-Schröder-Stree* § 52 Rdn. 3; *Cramer* Juristische Analysen 1970 S. 183 ff, 205.

22 Der Streit wirkt sich im Prozeßrecht aus: Während die Einheitstheorie bei Handlungseinheit immer auch eine Tat im Sinn des § 264 StPO annehmen *muß*, da nur ein Delikt vorliegt, kann die Mehrheitstheorie insoweit nach der Funktion des prozessualen Tatbegriffs unterscheiden. Daß heute nahezu einhellig angenommen wird, bei Handlungseinheit im materiellrechtlichen Sinn liege auch stets *eine* Tat im prozessualen Sinn vor (anders für das Verhältnis von Tötungsdelikten zu Dauerdelikten nach dem WaffG OLG Hamm JR 1986 S. 203 f mit Anmerkung *Puppe* aaO S. 205 ff), ist freilich ein Zeichen eines Mangels an funktionaler Begriffsbildung; denn eine prozessuale Einheitlichkeit materiellrechtlich einheitlicher Taten mit ganz unterschiedlicher konkreter Angriffsrichtung läßt sich funktional nicht begründen, sondern nur begriffsjuristisch „ausrechnen". Beispiel: Wenn ein Täter verurteilt wird, weil er einen Brief in den Verkehr gebracht hat, der mit schon verwendeten Wertzeichen freigemacht ist (§ 148 Abs. 2 StGB), so ist kein Grund ersichtlich, auch die beleidigenden (§§ 185 ff StGB) oder landesverräterischen (§§ 94 ff StGB) Kundgaben durch den Briefinhalt als prozessual erledigt anzusehen. Zu weiteren prozessualen Auswirkungen siehe *Maurach-Gössel* AT II § 55 Rdn. 96 ff; siehe auch unten zur sogenannten Klammerwirkung 33/Fn. 15.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

raubung (§ 239 StGB) verlängert, eine Sachbeschädigung (§ 303 StGB) intensiviert, Diebesbeute (§ 242 StGB) vermehrt etc. In solchen Fällen muß unterschieden werden, ob der Täter *immer noch dieselbe Tatbestandsverwirklichung* fortführt, oder ob er *erneut denselben Tatbestand* verwirklicht. Im ersteren Fall liegt eine einfache Gesetzesverletzung vor, die durch weitere Akte quantitativ gesteigert wird, im letzteren Fall hingegen wird ein Gesetz mehrfach verletzt.

2 a) Voraussetzung einer bloßen Quantitätssteigerung und deshalb nur einfachen **17**
Gesetzesverletzung ist im Regelfall Handlungseinheit im bezeichneten „natürlichen" oder juristischen Sinn (zu den Erweiterungen durch handlungsvereinigende Tatbestände siehe unten 32/26 ff). Aber Handlungseinheit führt nur dann zur bloßen Quantitätssteigerung, wenn Einheiten angehäuft werden, die zu einem homogenen Unrecht summierbar sind. Kraß: Wenn ein Tötungsdelikt und ein Hochverratsdelikt handlungseinheitlich vollzogen werden, so ist die Quantität gesteigert, aber nicht zu einem homogenen Unrecht summierbar. Eine einfache Tatbestandsverwirklichung liegt nur vor, solange sich der Erfolg des Verhaltens als ein deliktischer Gesamterfolg definieren läßt und auch der Weg zum Erfolg — soweit der Tatbestand ihn spezifiziert regelt — tatbestandlich gleichartig verläuft. Erfüllt ein Verhalten die Tatbestände verschiedener Delikte, die nicht im Verhältnis der Spezialität im weiteren Sinn stehen (oben 31/12), so scheidet Einheitlichkeit also aus. Beispiele: Werden eine Körperverletzung und eine Sachbeschädigung uno actu vollzogen, so ist dies nicht nur eine einfache, quantitativ gesteigerte Deliktsverwirklichung; wohl aber kann es sich um eine quantitativ gesteigerte Deliktsverwirklichung handeln, wenn ein Diebstahl an mehreren Objekten mit Gewalt gegen eine Person und deshalb als Raub fortgeführt wird oder wenn sich beim Versuch einer Unterschlagung herausstellt, daß die fremde Sache im Gewahrsam eines anderen steht und sie deshalb durch einen Diebesgriff weggenommen wird.

b aa) Stehen die angegriffenen Güter verschiedenen Personen zu, so ist zu unter- **18**
scheiden: Ist die Zuständigkeit einer bestimmten Person für eines der Güter in dem Sinn zufällig, daß das Gut auch auf einen anderen Inhaber übertragen oder doch seine Nutzung einem anderen zur Ausübung überlassen werden könnte, so hindert die Verschiedenheit der Zuständigen die Wertung als Gesamterfolg nicht[23].

Handelt es sich aber um ein nicht übertragbares oder zur Nutzung überlaßbares, **19**
sondern um ein höchstpersönliches Gut, so kann seine Beeinträchtigung zwar mit seiner weiteren Beeinträchtigung, nicht aber mit der Beeinträchtigung eines Guts, das einem anderen Inhaber zusteht, zu einem Gesamterfolg verknüpft werden, weil das höchstpersönliche Gut im Gegensatz zum übertragbaren Gut ohne den Inhaber nicht definierbar ist. Die Verletzungen höchstpersönlicher Güter verschiedener Personen sind also nie nur eine einfache Gesetzesverletzung[23a].

Diese Dominanz der Opferperspektive bei der Beeinträchtigung höchstpersönlicher **20**
Güter beruht auf einem normativen Grund und wird nicht notwendig in der Täterpsyche nachvollzogen. Der Täter etwa, der durch eine Handlung Sachen verschiedener Eigentümer zerstört und dabei mehrere Personen — vorsätzlich oder fahrlässig — verletzt, wird die Körperverletzung kaum weniger als Gesamterfolg erleben als die Sachbeschädigung; trotzdem ist zur Ermittlung der sozialen Bedeutung zwischen der zufälligen Berechtigung an Sachen und der konstitutiven Berechtigung an höchstpersönlichen Gütern zu unterscheiden. Gewiß können auch bei der Beeinträchtigung

---

23 *Schönke-Schröder-Stree* § 52 Rdn. 29; *a. A. SK-Samson* § 52 Rdn. 25; *Jescheck* AT § 67 II 1.

23a Anders für die konkrete Personengefährdung in § 315 c StGB BGH NStZ 1989 S. 73 f mit kritischer Anmerkung *Geppert* aaO S. 320 ff und Anmerkung *Werle* JR 1990 S. 74 ff; BayObLG NJW 1984 S. 68; für § 315 b StGB BGH NJW 1989 S. 2550 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

höchstpersönlicher Güter Normbrüche derselben Art vorliegen und zusammengefaßt werden — sonst ließe sich die Strafzumessung nicht zu *einem* Ende führen —, aber die Erfolge lassen sich wegen ihrer Personenbezogenheit so wenig strafrechtlich wirksam bündeln, wie sich mehrere Personen zu einer Gesamtperson strafrechtlich vereinigen lassen[24]. Beispiele: Wer mehrere Personen tötet oder verletzt[25] oder beleidigt[26] oder mehrere Schwangerschaften abbricht[27] oder mehrere Personen in ihrer sexuellen Selbstbestimmung beeinträchtigt[28], begeht auch dann mehrere Gesetzesverletzungen, wenn die Attacken, hätten sie einer einzigen Person gegolten (was bei Tötung und Schwangerschaftsabbruch freilich nur möglich ist, wenn mit der Vollendung Versuchsakte zusammentreffen), auf Grund ihres Zusammenhangs eine einzige Gesetzesverletzung gewesen wären. Das gilt für Vorsatz wie — soweit strafbar — für Fahrlässigkeit.

21 bb) Soweit ein einziger Tatbestand dem Schutz übertragbarer und höchstpersönlicher Güter dient, hindern die höchstpersönlichen Güter die Zusammenfassung zu einer (quantitativ gesteigerten) Gesetzesverletzung. Beispiel: Raub nur einer Sache durch Gewalt gegen mehrere Personen ist mehrfacher Raub in gleichartiger Idealkonkurrenz.

22 cc) Wie bei den höchstpersönlichen Gütern die Opferperspektive den Gesamterfolg in Einzelerfolge zergliedert, so ist es bei der Beteiligung an — sachlich, nicht nur formulierungsmäßig — eigenhändigen Delikten die Isolierung der Täter, die eine Zusammenfassung zu einer einfachen Gesetzesverletzung hindert[29]. Beispiele[30]: Anstiftung von mehreren Personen zu Meineiden durch einen einzigen Brief ist also mehrfache Meineidsanstiftung in gleichartiger Idealkonkurrenz[31], Anstiftung mehrerer Personen zur Fahnenflucht entsprechend etc.

23 3 a) Im Fall bloßer Quantitätssteigerung liegt eine einfache, freilich quantitativ gesteigerte Gesetzesverletzung vor, nicht gleichartige Idealkonkurrenz. Gleichartige Idealkonkurrenz kommt demnach bei Eigentumsdelikten, Vermögensdelikten u. a. m. überhaupt nicht vor und bei Delikten, durch die höchstpersönliche Güter angegriffen werden, nur für den Fall verschiedener Gutsinhaber. *Bei Handlungseinheit kommt es zur Addition mehrerer Tatbestandsverwirklichungen also nur, wenn sich das Geschehen nicht schon durch Addition innerhalb einer einfachen Tatbestandsverwirklichung erledigen läßt.*

24 b) Daß als Folge der Einheitlichkeit der Tatbestandsverwirklichung nur eine einzige Gesetzesverletzung vorliegt, gilt nur im Rahmen der Konkurrenz und der Strafzumes-

---

24 Die Grenze zwischen höchstpersönlichen und an deren Gütern ist nicht scharf. Nicht nur ist die Einordnung einzelner Güter zweifelhaft — § 123 StGB? —, sondern alle Güter lassen sich zu höchstpersönlichen Gütern materialisieren; Beispiel: Wenn der Eigentumsschutz auf die im Einzelfall verdinglichten Entfaltungschancen bezogen wird, ist ein Eigentumsdelikt so höchstpersönlich wie Nötigung. — Zur Behandlung von Sachen als Individuen siehe *M. E. Mayer* AT Kap. 3 D II 1 a β.

25 RG 27 S. 20 f, 21; 66 S. 221 f.

26 Das Reichsgericht hat hier selbst die Möglichkeit von Handlungseinheit bei mehrfacher Gesetzesverletzung problematisiert, wenn die Äußerungen nicht auch in einem gedanklichen (oder sprachlichen) Zusammenhang stehen; RG 33 S. 46 ff, 48 ff; 34 S. 134 ff, 135 f; 62 S. 83 ff, 87; 66 S. 1 ff, 4 f; ebenso noch *Dreher-Tröndle* Rdn. 9 vor § 52; *Oehler* Schröder-Gedächtnisschrift S. 439 ff, 450. Es handelt sich um den Versuch, den äußerlichen Anknüpfungspunkt des Gesetzes (eine Handlung im „natürlichen" Sinn) zu unterlaufen; siehe *Struensee* Konkurrenz S. 26.

27 RG 59 S. 98 ff.

28 RG 70 S. 243 ff, 244 f; BGH 1 S. 21 ff, 22; BGH 18 S. 26 ff.

29 Teils werden Taten mit „individuellem Eigenwert" o. ä. den Verletzungen höchstpersönlicher Güter gleichgestellt. Genannt werden neben der Beteiligung an eigenhändigen Delikten: Strafvereitelung zugunsten mehrerer Täter (Begründung?), falsche Verdächtigung mehrerer Personen (schon als Angriff auf ein höchstpersönliches Gut deutbar; BGH GA 1962 S. 24 f: gleichartige Idealkonkurrenz); siehe *Schönke-Schröder-Stree* § 52 Rdn. 27; *LK-Vogler* § 52 Rdn. 35.

30 Siehe auch RG 72 S. 174 ff, 175 f (Bestechung).

31 RG 70 S. 334 ff, 335.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

sung, nicht aber generell. Zur Bestimmung tatbestandlich relevanter Quantitäten sind die durch die Teilakte realisierten Einzelmengen zu addieren[32] (§§ 248 a, 259 Abs. 2, 263 Abs. 4 StGB). Auch im Sinn von § 66 Abs. 2 StGB soll nur eine Tat vorliegen[33]. — Die einfache Gesetzesverletzung wird nach ihrer schwersten Variante beurteilt[34], insbesondere treten der Versuch hinter der Vollendung und das Grunddelikt oder eine privilegierte Variante hinter einer Qualifizierung oder einer nicht privilegierten Variante zurück. Vollendung der leichteren Variante wird auch vom Versuch der schwereren Variante umfaßt (streitig, siehe oben zur Gesetzeskonkurrenz 31/40). — Für die Strafzumessung besteht keine Differenz zwischen gleichartiger Idealkonkurrenz und einfacher, aber quantitativ gesteigerter Gesetzesverletzung[35].

c aa) Die Zusammenfassung gilt nicht für die Teilnahme, wie auch sonst Teilnahme an abtrennbaren Teilen eines Delikts möglich ist. Beispiel: Wer auf einen Haufen fremder Sachen, die der Täter später anzündet, weitere fremde Sachen wirft, haftet nur für Beteiligung an der Zerstörung der von ihm hinzugefügten Objekte. **25**

bb) Auch für das Strafantragsrecht bleiben die einzelnen Akte getrennt. Sind verschiedene Personen je durch einen Teilakt verletzt worden, so steht nicht jeder Person ein Antragsrecht für die ganze Tat zu (nicht § 77 Abs. 4 StGB), sondern nur für den Teil, durch den sie selbst verletzt worden ist[36].

cc) Zur Bestimmung der Verjährung ist die Tatbestandsverwirklichung gleichfalls aufzugliedern; eine Tat im Sinn der Verjährungsregelung (§ 78 a StGB) ist nicht mit einer Tat im Sinn der Konkurrenzregelung identisch[37]. Tat im Sinn der Verjährungsregelung ist jeder Teilakt, der den Tatbestand selbständig verwirklicht; deshalb verjähren zwar beim Raub nicht Nötigungsteil und Diebstahlsteil getrennt (nur beide zusammen verwirklichen den Raubtatbestand), wohl aber beim sukzessiven Leerräumen eines Lagerraums alle Einzelakte, auch bei einheitlicher Tat. — Ebenso ist die Tat im Sinn des internationalen Strafrechts (§ 9 StGB) in Einzelakte zu zerlegen[38].

III. Die handlungsvereinigenden Tatbestände

Bei einigen Delikten kann trotz Fehlens einer einheitlichen Handlung im „natürlichen" oder juristischen Sinn, aber bei gegebener subjektiver Einheitlichkeit, der Tatbestand verschiedene Akte zu einer einfachen Deliktsverwirklichung (nicht zu Idealkonkurrenz) verklammern. Es geht um Dauerdelikte, „Veranstaltungsdelikte" und mehraktige Delikte. **26**

A. Bei Delikten mit einem Erfolg, der sich durch die *Dauer in der Zeit* intensiviert (Dauerdelikte, siehe oben 6/80 ff), kann sich der vorsätzliche oder fahrlässige[39] oder teils vorsätzliche und teils fahrlässige[40] Tatvollzug zeitlich so strecken, wie der Eintritt des Erfolgs gestreckt wird, ohne daß die Einheitlichkeit der Gesetzesverletzung verlorenginge. Die zumeist genannte Trunkenheitsfahrt nach § 316 StGB und die Fahrt ohne **27**

32 Eingehend zur Lage bei Fortsetzungszusammenhang *Schroeder* GA 1964 S. 225 ff, 236.

33 So selbst zum Fortsetzungszusammenhang BGH 1 S. 313 ff; *LK-Hanack* § 66 Rdn. 55 mit Nachweisen; überwiegende Ansicht.

34 So für Fortsetzungszusammenhang RG 67 S. 183 ff, 188.

35 *Geerds* Konkurrenz S. 273; *Schönke-Schröder-Stree* § 52 Rdn. 31.

36 So für Fortsetzungszusammenhang BGH 17 S. 157 f, 158; *a. A.* RG 71 S. 286 ff, 287.

37 Für Fortsetzungszusammenhang zutreffend *Noll* ZStW 77 S. 1 ff, 4 f; im Ergebnis ebenso *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 33 vor § 52; abweichend die Rechtsprechung; RG 62 S. 212 ff, 214; 64 S. 33 ff, 39; BGH 1 S. 85 ff, 91 f; BGH JR 1985 S. 244 f (mit zutreffend ablehnender Anmerkung *Puppe* aaO S. 245 ff) und die überwiegende Lehre; siehe auch unten 32 Fn. 91.

38 So für Fortsetzungszusammenhang *v. Weber* ZStW 57 S. 490 ff, 496; *a. A.* RG 50 S. 423 ff, 425; 71 S. 286 ff, 288; RG DJ 1937 S. 1004 f; RG HRR 1939 Nr. 480; *Oehler* Internationales Strafrecht S. 214; *LK-Tröndle* § 9 Rdn. 11.

39 Zur Fahrlässigkeit RG 59 S. 53 f; 76 S. 68 ff, 70.

40 RG 73 S. 230 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Fahrerlaubnis nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG dürften freilich in der Regel schon nach allgemeinen Grundsätzen einfache Gesetzesverletzungen sein[41, 42]. Insbesondere aber bei Freiheitsberaubung und lang andauernder Nötigung wird häufig trotz je zeitlich isolierter Verhaltensweisen nur eine einzige Tat gegeben sein. Die subjektive Einheitlichkeit kann sich in diesen Fällen darauf reduzieren, „bei Bedarf" weiterhandeln zu wollen. Beispiel: Das eingesperrte Opfer ermöglicht nach zwei Tagen seine Flucht; der Täter verhindert diese, so daß die Freiheitsberaubung weitere zwei Tage dauert; — nicht zwei Freiheitsberaubungen von je zwei Tagen, sondern eine einfache Freiheitsberaubung von vier Tagen, wenn subjektive Einheitlichkeit gegeben ist. — Der Hausbesetzer hindert den Berechtigten bei dessen allwöchentlichen Besuchen jedes Mal am Betreten des Hauses; — bei subjektiver Einheitlichkeit: eine Nötigung. — Dauerdelikte sind auch die Unterlassungsvarianten der §§ 123 und 170 b StGB.

28 B. Bei zahlreichen Delikten besteht das deliktische Verhalten in einer quantitativ unbestimmten Beteiligung an einer schon bestehenden oder vom Täter erst initiierten *rechtswidrigen Veranstaltung.* Die einzelnen Beteiligungsakte werden dann auch bei zeitlicher Isolierung dadurch zusammengefaßt, daß der Täter sich — bei subjektiver Einheitlichkeit — immer wieder an der identischen Veranstaltung beteiligt. Hauptsächlich geht es um die Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen (§§ 129 f StGB), ferner um Agententätigkeit (§§ 98 f StGB), friedensgefährdende Beziehungen (§ 100 StGB), Förderung der Prostitution (§ 180 a StGB), Beteiligung an einer Schlägerei (§ 227 StGB), nach der Rechtsprechung auch Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 BtMG), dies auch zusammen mit Erwerb oder Einfuhr[43], sowie ferner Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315 c StGB[43a] u. a. m. (siehe auch unten 33/7). — Nicht hierher gehört die Geldfälschung (§ 146 StGB)[44]; die einzelnen Akte des Herstellens oder Vertreibens sind — wie bei der Urkundenfälschung — beim Fehlen der Einheitlichkeit des Vollzugs selbständig. Zwar wird die Herstellung oft einen längeren Zeitraum beanspruchen, tatbestandliches „Nachmachen" i. S. von § 146 StGB ist hierbei jedoch nur der letzte Abschnitt, der unmittelbar (§ 22 StGB) das Produkt Geld hervorbringt. Auch kein einschlägiger Fall ist eine Anstiftung, die nur durch mehrfache „Bearbeitung" des Anzustiftenden zu bewerkstelligen ist[44a].

29 C. Bei den — notwendig oder fakultativ — *mehraktigen Delikten*[45] (mit dem Unterfall der durch Nacheinanderschaltung anderer Delikte zusammengesetzten Delikte) erfolgt die Tatbestandsverwirklichung durch eine Sequenz von Handlungen. Dabei verwirklicht jeder Einzelakt nur einen Teil des Tatbestands und erst in ihrer Zusammenfassung verwirklichen die Akte den gesamten Tatbestand einfach. Beispiele bilden

---

41 Zur Trunkenheitsfahrt BayObLG NJW 1960 S. 879 f; OLG Stuttgart NJW 1964 S. 1913 f; — die These, ein Verkehrsunfall unterbreche das Delikt (BGH 21 S. 203 ff, 204; OLG Celle JR 1982 S. 79 f mit zustimmender Anmerkung *Rüth* aaO S. 80; BayObLG JR 1982 S. 249 f mit Anmerkung *Hentschel* aaO S. 250 f), ist für diejenigen Fälle richtig, in denen der Unfall die subjektive Einheitlichkeit zerreißt; sehr streitig, siehe *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 84 f vor § 52 mit Nachweisen.

42 Die verschiedene Objekte konkret gefährdende Trunkenheitsfahrt nach § 315 c Abs. 1 Nr. 1 StGB ist nur bei Gefährdung verschiedener Sachen als einfache Gesetzesverletzung möglich, bei Gefährdung verschiedener Personen hingegen zerbricht die Höchstpersönlichkeit der Güter die Einheitlichkeit des Erfolgs, und es liegt gleichartige Idealkonkurrenz vor; *a. A.* BGH 22 S. 67 ff, 71 f; BayObLG VRS 63 S. 275 und die überwiegende Ansicht. Die Entscheidung fällt freilich anders aus, wenn man den Einzelnen nicht auch per se, sondern nur als zufälligen Repräsentanten der Allgemeinheit für geschützt hält.

43 BGH 25 S. 290 ff; BGH NJW 1981 S. 1325 f.

43a BGH NStZ 1989 S. 73 f.

44 *A. A. Jescheck* AT § 66 III 1.

44a *A. A.* BGH StV 1983 S. 456 f.

45 Siehe *Geerds* Konkurrenz S. 264 ff; *Schmitt* ZStW 75 S. 43 ff, 46 f; *Warda* JuS 1964 S. 81 ff, 84 f; *Maiwald* Handlungseinheit S. 70 ff; *SK-Samson* Rdn. 24 f vor § 52; *LK-Vogler* Rdn. 16 vor § 52; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 14 vor § 52; *Jescheck* AT § 66 II 2.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Vergewaltigung und sexuelle Nötigung (§§ 177 f StGB), Entführung gegen den Willen der Entführten (§ 237 StGB), weitere Qualifizierungen der Nötigung, insbesondere Raub (§§ 249 f StGB[45a], aber auch §§ 239 a und b, 252, 253, 255 StGB), besonders schwere Brandstiftung nach § 307 Nr. 3 StGB u. a. m. Zum Teil besteht bei diesen Tatbeständen die Verwirklichung notwendig aus mehreren Akten, wie etwa bei der Entführung gegen den Willen der Entführten (§ 237 StGB) erst die Entführung und dann eine sexuelle Handlung stattfinden müssen oder beim räuberischen Diebstahl (§ 252 StGB) erst der Diebstahl und dann die Verteidigung der Beute. Teils freilich ist die Tatbestandsverwirklichung nicht notwendig, aber in den praktisch allein relevanten Fällen mehraktig. So mögen Fälle des Raubs (§ 249 StGB) denkbar sein, bei denen der Täter uno actu nötigt und wegnimmt, etwa indem er dem Opfer die Sache so aus der Hand reißt, daß sie ohne weiteres Zutun vom Gewahrsam des Opfers in denjenigen des Täters wechselt, oder in Fällen der besonders schweren Brandstiftung nach § 307 Nr. 3 StGB mag das In-Brand-Setzen durch eine zweckvoll dergestalt arrangierte Explosion erfolgen, daß dadurch zugleich Löschgeräte vernichtet werden. Eine Beschränkung der Tatbestandsverwirklichung auf solche einaktigen Fälle brächte jedoch keine axiologisch sinnvolle Abgrenzung. Deshalb können die Tatbestände auch durch mehrere, aufeinander aufbauende Teilhandlungen verwirklicht werden, indem etwa beim Raub zuerst die Gewaltanwendungshandlung vollzogen wird und dann die Wegnahmehandlung oder bei der besonders schweren Brandstiftung nach § 307 Nr. 3 StGB erst die Vernichtung der Löschgeräte und anschließend das In-Brand-Setzen. Der Tatbestand gibt dabei den Einzelakten der Handlungssequenz eine gemeinsame Bedeutung, eben diejenige des betreffenden Delikts.

IV. Die Einheitlichkeit des Verhaltens beim Unterlassungsdelikt[46]

A. Beim Unterlassungsdelikt gelten die Ausführungen zum Begehungsdelikt entsprechend. Für die Frage der Einheitlichkeit des Unterlassens kommt es darauf an, ob in der Unterlassung einer bestimmten Aktion die Verletzung mehrerer Pflichten expressiv (d. h. mindestens versucht) wird — dann Tateinheit — oder ob die Pflichten auf das Unterlassen je verschiedener Aktionen zu beziehen sind. Stehen dem Täter für verschiedene Pflichten mehrere Abwendungsmöglichkeiten zur Verfügung, die nach Wahl des Täters entweder je eigene Aktionen fordern, oder aber in einer alle Pflichterfüllungen zumindest beginnenden einzelnen Aktion bestehen, so liegt Tatmehrheit vor[47]: Der Täter, der alle Aktionen unterläßt, unterläßt damit zwar auch diejenige Aktion, durch die alle Pflichterfüllungen zumindest begonnen würden. Das Unterlassen dieser Aktion macht aber nicht expressiv, daß er *alle* Pflichten nicht erfüllen wird; denn er könnte ja einzelne Pflichten durch isolierte Aktionen erfüllen. Beispiel[48]: Wer mehrere Unterhaltspflichten verletzt, verhält sich in Unterlassungsmehrheit (Realkonkurrenz), wenn er durch einen einzigen Auftrag seinen Angestellten zur rechtzeitigen Erfüllung aller Verpflichtungen bewegen, aber auch getrennte Wege zur Zahlung einschlagen könnte. **30**

[45a] Ist zweifelhaft, ob die Gewalt zur Ermöglichung der Wegnahme angewendet wurde, so kann nicht „in dubio pro reo" von *einer* Handlung (Körperverletzung und Diebstahl in *Ideal*konkurrenz) ausgegangen werden; denn mangels subjektiver Einheitlichkeit fehlt dann auch eine Voraussetzung der juristischen Handlungseinheit (oben 32/5 ff); *a A.* BGH NStZ 1983 S. 346 f; BGH StV 1984 S. 242.

[46] Eingehend *Struensee* Konkurrenz passim; *Maiwald* Handlungseinheit S. 105 ff; siehe ferner *Höpfner* Einheit Bd. I S. 164 ff; *Geerds* Konkurrenz S. 262, 272 mit Fn. 172, 291 f; *ders.* JZ 1964 S. 593 ff; *Herzberg* MDR 1971 S. 881 ff, 883; *Puppe* JR 1985 S. 245 ff, 246 f (auf Zeitgleichheit abstellend); *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 28 vor § 52; *Jescheck* AT § 66 IV 2; *LK-Vogler* Rdn. 39 ff vor § 52.

[47] *A. A. Struensee* Konkurrenz S. 46 ff, 56, 105; BGH NJW 1990 S. 2560 ff, 2567.

[48] Nach BGH 18 S. 377 ff, 379; BayObLG NJW 1960 S. 1730.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Unterlassungseinheit wird nur gestiftet, wenn *zwingend* mit einer bestimmten Aktion die Erfüllung aller Verpflichtungen zumindest begonnen werden müßte. — Für die Bestimmung der dem Täter zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Pflichterfüllung zählt erst die Lage vom Versuchsbeginn an, da aus dem vorangehenden Unterlassen kein deliktisches Fehlen eines Handlungswillens expressiv wird. Pflichten, deren gemeinsame Erfüllung zwar vor, nicht aber nach Versuchsbeginn mit einer bestimmten Aktion zumindest begonnen werden muß, werden also unterlassungsmehrheitlich verletzt, auch wenn sie vor dem kritischen Zeitpunkt nur gemeinsam durch eine Aktion zu erfüllen waren[49]. — Vom Versuchsbeginn an reicht zur Unterlassungseinheit eine einzelne notwendig gemeinsame Rettungshandlung aus.

31 B 1. Entsprechend der Lage beim Begehungsdelikt gibt es auch eine juristische Unterlassungseinheit[50]. Diese liegt vor, wenn bei gegebener subjektiver Einheitlichkeit das Unterlassen einer Pflichterfüllung zumindest der Versuch des Unterlassens einer weiteren Pflichterfüllung ist. Bei Fahrlässigkeit entscheidet das Verhältnis zwischen den gekannten Unterlassungen bei nicht gekannten Folgen. Beispiele: Sieht der Wächter den Flammen zu, wie sie eine Sache nach der anderen ergreifen und zerstören, so unterläßt er in juristischer Unterlassungseinheit (Ergebnis hier: eine einfache, quantitativ gesteigerte Sachbeschädigung). — Zur Fahrlässigkeit: Beißt ein Hund mehrere Kinder rasch nacheinander und unterläßt es der Halter, das Tier zurückzupfeifen, weil er fahrlässig nicht erkennt, daß es sein Hund ist oder daß der Hund nicht nur spielt o. ä., so liegt eine juristische Unterlassungseinheit vor (Ergebnis hier: mehrere Körperverletzungen in gleichartiger Idealkonkurrenz). — Die zur Begehung genannten Erweiterungen der Einheitlichkeit bei Dauerdelikten[51] und Delikten per Beteiligung an einer rechtswidrigen Veranstaltung gelten entsprechend.

32 2. Die Abgrenzung von gleichartiger Idealkonkurrenz und einfacher, aber quantitativ gesteigerter Tatbestandsverwirklichung richtet sich nach der Art des betroffenen Guts (höchstpersönliche Delikte) oder der Identität des Täters (Beteiligung an eigenhändigen Delikten). Beispiel: Wer durch Unterlassen einen Güterzug mit der Folge bloßen Sachschadens entgleisen läßt, begeht eine einzige Sachbeschädigung durch Unterlassen, gleichgültig wie viele Personen Eigentümer der Güter sind; wer aber ceteris paribus einen Personenzug mit der Folge von Tötung und Körperverletzung mehrerer Personen entgleisen läßt, begeht mehrfache Tötung und Körperverletzung durch Unterlassen in gleichartiger Idealkonkurrenz.

33 C 1. Handeln und Unterlassen können sich in einer juristischen Verhaltenseinheit abwechseln[51a] (siehe unten 32/zu Fn. 83). Insbesondere beim Führen von Fahrzeugen ist das praktisch stets der Fall (Handeln: Gas-Geben; Unterlassen: Nicht-Bremsen). Delikte mit handlungsvereinigenden Tatbeständen können voll durch Unterlassen begangen werden; Beispiel: Der Wächter hindert zunächst nicht das Unbrauchbar-Werden von Löschgeräten und später nicht den Brand (§ 307 Nr. 3 StGB). Auch ein Wechsel von Handlung und Unterlassung ist möglich (etwa bei Freiheitsberaubung; Handeln: Einsperren; — Unterlassen: Nicht-Freilassen).

2. Ein vorsätzliches Verhalten verliert seine Handlungseinheitlichkeit nicht dadurch, daß der Täter die drohenden Tatbestandsverwirklichungen nach dem Handlungsvollzug durch je verschiedene Rettungshandlungen abwenden könnte (Ingerenz!). Entsprechend verhält es sich bei einem unerlaubt riskanten Verhalten, das der

---

49 Auch insoweit *a. A. Struensee* Konkurrenz S. 77 f.

50 Siehe RG 76 S. 140 ff, 143 f.

51 Siehe *Struensee* Konkurrenz S. 57, 75 f; *SK-Samson* § 52 Rdn. 14.

51a BGH NJW 1987 S. 199; NJW 1990 S. 2560 ff, 2567 (für natürliche Handlungseinheit).

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Täter unvorsätzlich vollzieht, das aber, läge Vorsatz vor, bereits ein Versuchsbeginn wäre (siehe oben 32/6, 8). Beispiel: Wer unerlaubt riskant ein Haus in Brand setzt und sodann mehrere Insassen nicht rettet, tötet diese handlungseinheitlich; dabei kommt es nicht darauf an, ob er beim In-Brand-Setzen im Blick auf die Tötung vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat (die Brandstiftung ist jedenfalls der unerlaubt riskante Beginn des Tötungsverhaltens), auch nicht darauf, ob die Tötung durch Unterlassen vorsätzlich oder fahrlässig geschieht, und schließlich ist auch gleichgültig, ob die Rettung nur durch ein einziges Rettungsverhalten vollzogen werden konnte (der Beginn wurde sowieso handlungseinheitlich vollzogen, und Teilidentität reicht zur Handlungseinheitlichkeit hin).

V. Weitere Erscheinungsformen juristischer Handlungseinheit?

A. Die Sammelstraftat

Teils wird die Einheitlichkeit einer Tat mit der Folge einer nur einfachen, quantitativ erweiterten Tatbestandsverwirklichung oder aber einer Idealkonkurrenz weit über den hier bezeichneten Rahmen ausgedehnt. **34**

Die ehemals angenommene Einheitlichkeit einer Sammelstraftat (Kollektivdelikt) wird freilich mittlerweile überwiegend nicht mehr anerkannt. Es geht um Delikte, bei denen das Tatverhalten als sich wiederholendes oder mit der Intention der Wiederholung vollzogenes Verhalten beschrieben wird: als gewerbsmäßig (§§ 180 a, 260, 292 Abs. 3, 293 Abs. 3 StGB), d. h. in der — nicht unbedingt verwirklichten[52] — Absicht, sich aus wiederholter Begehung eine Einnahmequelle zu beschaffen[53], als geschäftsmäßig (§ 144 StGB), d. h. in verwirklichter berufsähnlicher, wenn auch nicht notwendig gewinnbringender Ausübung[54], oder als gewohnheitsmäßig (§§ 292 Abs. 3, 293 Abs. 3 StGB), d. h. einem durch mehrfache Begehung begründeten Hang folgend[55]. Der Zweck dieser Merkmale ist es, ein mit einer bestimmten, rechtlich mißbilligten Haltung vollzogenes Verhalten zu erfassen, mag die Haltung als reines Innenmerkmal Bestand haben oder eine Objektivierung in weiteren Taten erfordern. Die einzelne Tat gehört zwar stets zu dem Verhalten, das die Haltung objektiviert, und vermittelt über die Haltung hängen die Taten durchaus zusammen; das begründet aber mangels Einheitlichkeit des Vollzugs keinen Zusammenhang der Tatbestandsverwirklichungen: Eine Haltung ist kein Tatvollzug und stiftet deshalb auch dann keine einheitliche Gesetzesverletzung oder Tateinheit, wenn die Haltung ein Tatbestandsmerkmal ist[56]. — Das wird mit dem Argument bestritten, jede Einzelhandlung sei „unselbständiger Bestandteil der durch sie charakterisierten bestimmten verbrecherischen Lebensführung (des gesamten ‚Verbrechensbetriebs'"[57]), es komme also dem Gesetz mehr auf die Beteili-

52 BGH 26 S. 5 ff, 8.

53 RG 58 S. 19 ff, 20; 66 S. 19 ff, 21; BGH 1 S. 383 f; — zutreffend mehr auf die Objektivierung des Gewerbes abstellend *Stratenwerth* Schultz-Festgabe S. 88 ff, 105 f.

54 So jedenfalls bei § 144 StGB: sich zum Geschäft machen, nicht nur machen-wollen; nur-subjektiv ist die Definition der Geschäftsmäßigkeit in RG 61 S. 47 ff, 51 ff; 72 S. 313 ff, 315.

55 RG 59 S. 142 ff, 143; BGH 15 S. 377 ff, 380 f mit kritischer Anmerkung *Bindokat* NJW 1961 S. 1731 f.

56 So die Rechtsprechung seit RG GS 72 S. 164 ff, 175 ff mit kritischer Besprechung *Schwarz* ZAkDR 1938 S. 539 ff; RG 72 S. 257 ff, 258 f; 72 S. 401 f; BGH 1 S. 41 ff, 42 f; ferner die überwiegende Lehre; *Hartung* SJZ 1950 Sp. 326 ff, 332 f; *Geerds* Konkurrenz S. 269 f; *Schmitt* ZStW 75 S. 43 ff, 62; *Kohlrausch* ZAkDR 1938 S. 473 ff; *Preiser* ZStW 58 S. 743 ff, 748 ff; *Schmidhäuser* AT 18/21; *Jescheck* AT § 66 VI; *LK-Vogler* Rdn. 26 f vor § 52; *Kohlrausch-Lange* Anm. II B 3 a vor § 73; *Maurach-Gössel* AT II § 56 Rdn. 49 ff; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 93 ff vor § 52; *Stratenwerth* AT Rdn. 1239.

57 *Welzel* Strafrecht § 29 II 5; *Binding* Handbuch Bd. I S. 551; *Eb. Schmidt* SJZ 1950 Sp. 286 ff, 292; *ders.* JZ 1952 S. 136 f; *H. Mayer* AT S. 410; *Sauer* Strafrechtslehre S. 230.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

gung an einer Veranstaltung an als auf die einzelne Tat. Diese Veranstaltung ist hier freilich im Gegensatz zur Lage bei den oben anerkannten Fällen ein In-sich-Geschäft des Täters und müßte jeden subjektiven Zusammenhang gleichermaßen erfassen: Alle aus einer Planung oder einer Verführbarkeit oder einer Reizbarkeit etc. hervorgehenden Taten müßten eine einfache Gesetzesverletzung sein; der nur-subjektive Konnex (dagegen oben 32/10 f) wäre unvermeidbar.

B. Die natürliche Handlungseinheit

35 1. Ferner soll eine sogenannte natürliche Handlungseinheit[58] zur Zusammenfassung mehrerer Handlungen zu einem einfachen deliktischen Geschehen oder zur Idealkonkurrenz führen können. Eine solche Handlungseinheit ist jedoch so wenig anzuerkennen, wie es ein natürliches Delikt oder einen natürlichen Tatbestand gibt. — Nach der Rechtsprechung soll zur Begründung einer natürlichen Handlungseinheit ein einheitliches Ziel nicht hinreichen; vielmehr soll neben einem „einheitlichen Willensentschluß"[59] ein „solche(r) unmittelbare(r) Zusammenhang" erforderlich sein, „daß sich das gesamte Tätigwerden an sich (objektiv) auch für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun bei natürlicher Betrachtungsweise erkennbar macht", wobei „entscheidend . . . im wesentlichen nur die Auffassung des Lebens" sein könne[60]. Nach dieser Formel hängt die Einheitlichkeit des Verhaltens davon ab, mit welcher Perspektive der gedachte Beobachter ausgestattet wird: mehr subjektiv (Planungszusammenhang)[61] oder mehr am äußeren Bild orientiert (Gleichförmigkeit der Einzelakte)[62] oder auch am erkennbaren Sinnzusammenhang der Einzelakte[62a] etc. Die Formel vertauscht die tatbestandliche Wertung gegen eine nicht fixierbare „Auffassung des Lebens" und ist deshalb ganz unbrauchbar. So hat die Rechtsprechung z. B. verschiedene Taten während einer Flucht als Teile einer „Flucht vor der Polizei" verknüpft[63]; mit dieser Methode vorrechtlicher Typenbildung läßt sich beliebig viel mehr (bis hin zur „Flucht aus dem Alltag") oder weniger (bis zur Beschränkung auf den „ersten Schritt der Flucht") verknüpfen.

36 2. Ob die natürliche Handlungseinheit auch bei Verletzung höchstpersönlicher Güter verschiedener Inhaber Einheit stiften kann, ist streitig[64] und hängt von der

---

58 Eingehende Darstellung der Rechtsprechung bei *Maiwald* Handlungseinheit S. 13 ff, 41; *Blei* JA 1972 S. 711 ff, JA 1973 S. 95 ff; zutreffende Einschränkung bei *Warda* Oehler-Festschrift S. 241 ff, 245 ff.

59 RG 44 S. 223 ff, 227; BGH NJW 1977 S. 2321; BGH NJW 1984 S. 1568 mit Besprechung *Kindhäuser* JuS 1985 S. 100 ff, 105; BGH NJW 1985 S. 1565; — dieser Entschluß soll sich von einem „Gesamtvorsatz" unterscheiden. Die Rechtsprechung schwankt; Nachweise bei *Maiwald* Handlungseinheit S. 16 ff, 68 ff.

60 RG 58 S. 113 ff, 116; BGH 4 S. 219 ff, 220; siehe ferner BGH 10 S. 129 ff, 130 f; 10 S. 230 ff, 231; 22 S. 67 ff, 76; BGH NStZ 1984 S. 214 f, 215; BGH NStZ 1985 S. 70; BGH JZ 1985 S. 250 f.

61 BGH 22 S. 67 ff, 76; BGH VRS 28 S. 359 ff, 361; etwas einschränkend BGH VRS 48 S. 191; — gerade nicht subjektiv BGH NJW 1976 S. 1512 f, 1513.

62 RG 76 S. 140 ff, 143 f; BGH 10 S. 230 ff, 231; BGH VRS 36 S. 354.

62a Eine Sicherungstat kann mit der Ausgangstat in Handlungseinheit stehen (dazu unten 33/7), wobei es freilich nicht darauf ankommt, ob die Sicherungstat „zwangsläufig" folgen muß, wenn die Ausgangstat nicht entdeckt werden soll (so aber BGH wistra 1985 S. 103; gegen BGH StV 1985 S. 324, jeweils mit Nachweisen), sondern ob sie noch der Sicherung des *tatbestandlichen* Erfolgs dient (mitbestrafte Nachtat); die Einheitlichkeit ist also nicht „natürlich", sondern tatbestandlich bedingt. — Zur Tateinheit nach der Rechtsprechung bei Steuerhinterziehung mit Nachweisen *Kniffka* wistra 1986 S. 89 ff.

63 BGH 22 S. 67 ff, 76.

64 Die — zunächst verneinende — Antwort der Rechtsprechung kann schon deshalb nicht überzeugen, weil die Möglichkeit einer Differenzierung der Rechtsfolgen (*eine* Erfolgsherbeiführung oder Idealkonkurrenz) nicht gesehen wird; siehe BGH 16 S. 397 f, 398; BGH NStZ 1984 S. 311 f; bejahend und zutreffend Idealkonkurrenz annehmend jetzt BGH StV 1984 S. 13 f; BGH NJW 1985 S. 1565 mit kritischer Anmerkung *Maiwald* JR 1985 S. 513 ff; BGH NStZ

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Rechtsfolge der natürlichen Handlungseinheit ab[65]. Wer als Rechtsfolge stets nur eine einfache Gesetzesverletzung annimmt (was freilich wohl nicht begründbar ist), muß bei höchstpersönlichen Gütern die Möglichkeit einer natürlichen Handlungseinheit ausschließen, da sich diese Güterverletzungen nicht zu einer Gesamtverletzung bündeln lassen. Wer hingegen nur die Einheitlichkeit des Verhaltens als Rechtsfolge behauptet und bei einer natürlichen Handlung mehrere Gesetzesverletzungen für möglich hält, kann bei höchstpersönlichen Gütern eine mehrfache Gesetzesverletzung in Idealkonkurrenz annehmen.

3. Im Ergebnis ist die natürliche Handlungseinheit — soweit sie nicht nur ein **37** (schlechter) Name für die oben spezifizierte juristische Handlungseinheit ist — mangels Fixierbarkeit kein brauchbares strafrechtliches Institut[66].

C. Der Fortsetzungszusammenhang

1. Nach weit überwiegender Ansicht, insbesondere nach gefestigter Rechtspre- **38** chung, soll auch ein Fortsetzungszusammenhang die Einheitlichkeit einer Handlung stiften können. Dabei handelt es sich um ein Rechtsinstitut, das zum Teil materiellrechtlich begründet wird, zum Teil aber auch aus prozessualen Gründen dem materiellen Recht aufgepfropft wird. Es geht hauptsächlich um folgende Anliegen: Die Bestimmung von einzelnen Strafen für gleichzeitig abzuurteilende einzelne Taten (§ 53 Abs. 1 StGB) soll bei Ähnlichkeit der Taten vermieden werden[67], ferner sollen die Notwendigkeit von Nachtragsanklagen (§ 266 StPO) eingeschränkt und der Umfang der Rechtskraft des Urteils (§ 264 StPO) in den Fällen erweitert werden, in denen das Gericht einige wenige Taten aus einem großen Gesamtkomplex ähnlicher Taten nicht mit abgeurteilt hat.

2. Als Erfordernisse einer fortgesetzten Handlung werden überwiegend objektive **39** und subjektive Merkmale genannt[67a]:

a) *Die objektiven Merkmale:*

aa) Fortsetzungszusammenhang soll nur zwischen Angriffen gegen dasselbe Gut möglich sein; damit ist nicht eine Identität des Angriffsobjekts gemeint, sondern daß die Fortsetzung eine bloße quantitative Steigerung der schon vollzogenen Tatbestandsverwirklichung ist[68] (siehe oben 32/16 ff). Demnach soll bei Tötungen (Tötungsversu-

1985 S. 217. — Eingehend *Hellmer* GA 1956 S. 65 ff; *Maiwald* Handlungseinheit S. 80 ff; *ders.* NJW 1978 S. 300 ff, 301.

65 Zutreffend nach der Rechtsfolge differenzierend *Maiwald* Handlungseinheit S. 113; *Puppe* Idealkonkurrenz S. 255 mit Nachweisen Fn. 1.

66 Kritisch auch *Honig* Studien S. VII f; *Geerds* Konkurrenz S. 246 ff, 249, 282 ff; *Werle* Konkurrenz S. 97 ff; *Jescheck* AT § 66 III 3; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 22 ff vor § 52; *SK-Samson* Rdn. 21 vor § 52; *Blei* AT § 93 I 4; *Schmitt* ZStW 75 S. 43 ff, 46 ff; *LK-Vogler* Rdn. 13 vor § 52; *Maurach-Gössel* AT II § 54 Rdn. 32 ff; *Stratenwerth* AT Rdn. 1217; *Kindhäuser* JuS 1985 S. 100 ff, 105. — Einschränkend auch *Schmidhäuser* AT 18/10 ff; stark einschränkend (natürliche Handlungseinheit nur bei einheitlicher Motivationslage in der identischen Situation und nicht bei höchstpersönlichen Gütern) *Maiwald* Handlungseinheit S. 68 ff; *ders.* NJW 1978 S. 300 ff, 302. — Hauptsächlich wie die Rechtsprechung *Warda* JuS 1964 S. 81 ff, 83 (stärker einschränkend aber *ders.* Oehler-Festschrift S. 241 ff, 248 ff); *Schroeder* Jura 1980 S. 240 ff; siehe auch *Bruns* Heinitz-Festschrift S. 317 ff, 319 ff.

67 Es soll sich dabei nach RG 70 S. 243 ff, 244 um eine „lästige, überflüssige und wunderlich anmutende Arbeit" handeln, was aber zu den Merkmalen der Überflüssigkeit und Wunderlichkeit ein Zirkelschluß ist und im Merkmal der Lästigkeit strafrechtlich nichtssagend. — Zum Fortsetzungszusammenhang als Vehikel zur Umschiffung des gemeinrechtlichen „quot crimina, tot poena" siehe *Doerr* Fortgesetztes Delikt S. 12 ff; *Höpfner* Einheit und Mehrheit S. 47 f; *Buchholz* Selbständigkeit S. 11 f; *Preiser* ZStW 58 S. 743 ff, 777 f.

67a Lehrbuchhafte Zusammenfassung in BGH 36 S. 106 ff, 109 ff.

68 RG 51 S. 305 ff, 308; 57 S. 140 f; 70 S. 243 ff, 244 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

chen) und Körperverletzungen verschiedener Personen[69], bei Abbruch verschiedener Schwangerschaften einer oder mehrerer Frauen[70] oder bei Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung verschiedener Opfer[71] Fortsetzungszusammenhang ausscheiden, ferner bei Erpressung mehrerer Opfer[72], Urheberrechtsverletzungen an Werken verschiedener Autoren[73] (sehr zweifelhaft), Bestechung mehrerer Beamter[74] und sogar Verkürzung verschiedener Steuern[74a] u. a. m.

Eine sachliche Berechtigung hat das genannte Erfordernis nicht. Fehlt es an einer bloß quantitativen Erweiterung des ersten Delikts, so entfällt nicht die Einheitlichkeit des Verhaltens, sondern nur die Möglichkeit einer einfachen Gesetzesverletzung, und es kommt zu gleichartiger Idealkonkurrenz[75]; nur diese Lösung entspricht der Lage bei den positivrechtlich geregelten Fällen von Handlungseinheit. Im Ergebnis dürfte das Merkmal der Gutsidentität dazu dienen, bei fehlender Identität der Handlung im „natürlichen" oder juristischen Sinn eine Homogenität des deliktischen Geschehens zu suggerieren.

40 bb) Weiterhin soll nur bei Verletzung desselben Verbots Fortsetzungszusammenhang möglich sein[76]. Eine hinreichende Identität soll noch zwischen Grunddelikt und Qualifizierung vorliegen[77], nicht aber mehr zwischen Delikten, die dasselbe Gut gegen unterschiedliche Angriffsweisen schützen, wie etwa zwischen Diebstahl und Unterschlagung[78], Steuerhinterziehung und Steuerhehlerei[79], Vorteilsannahme und Bestechlichkeit[80] oder Beleidigung und Verleumdung[81].

Auch dieses Merkmal hat keine sachliche Berechtigung, wenn die Einheitlichkeit parallel zur positivrechtlichen Konkurrenzregelung bestimmt wird; es geht dann wiederum nur um die Differenz zwischen einer einfachen Tatbestandsverwirklichung und Idealkonkurrenz.

41 cc) Schließlich soll Einheitlichkeit nur bestehen, wenn der äußere Ablauf der Tatbestandsverwirklichung(en) ähnlich ist. Als hinreichend wird noch die Ähnlichkeit zwischen dem Diebstahl eines Werkzeugs für einen weiteren Diebstahl und diesem weiteren Diebstahl angesehen[82]. Ungleichartigkeit soll zwischen Begehung und Unterlassung bestehen[83], was freilich der rechtlichen Gleichheit der Pflichtgründe nicht gerecht wird. Wer z. B. bei einer Amokfahrt eine Reihe parkender Autos zerbeult, teils indem er sie anfährt (Tun), teils indem er nicht zur Seite lenkt (Unterlassen), mißbraucht seine Organisationsgewalt über eine gefährliche Sache einheitlich. — Vollrausch (§ 323 a

69 RG 70 S. 243 ff, 244; OGH 1 S. 203 ff, 204.

70 RG 59 S. 98 ff; RG HRR 1938 Nr. 1209.

71 RG 53 S. 274 f; BGH 18 S. 26 ff; siehe ferner RG 70 S. 283 ff, 284; 72 S. 257 ff.

72 RG HRR 1937 Nr. 981; BGH LM § 253 StGB Nr. 7; BGH NJW 1987 S. 509 f.

73 BayObLG NJW 1965 S. 2166 f.

74 RG 72 S. 174 ff.

74a Implizit BGH 33 S. 163 ff mit ablehnender Anmerkung *Hamm* NStZ 1986 S. 68 ff.

75 Andeutungsweise BGH 1 S. 21 f, 22. — Konkurrieren im Einzelakt Angriffe auf höchstpersönliche Güter mit solchen auf addierbare Güter, will BGH NJW 1987 S. 509 f teils *eine* Tat, teils Handlungsmehrheit annehmen, so daß die mehreren Taten nur über die Klammerwirkung der konkurrierenden *einen* Tat verbunden werden. — Zur Kritik des Erfordernisses der Gutsidentität siehe *SK-Samson* Rdn. 36 vor § 52; *Stratenwerth* AT Rdn. 1221 ff, 1223; *Struensee* Konkurrenz S. 86 ff.

76 RG 51 S. 305 ff, 308; 56 S. 323 f; 57 S. 81 ff.

77 RG 53 S. 262 ff, 263; 70 S. 386 ff.

78 RG 58 S. 228 ff, 229 f; BGH GA 1962 S. 78 ff, 79.

79 BGH 8 S. 34 ff, 35.

80 BGH NJW 1959 S. 108.

81 RG HRR 1938 Nr. 186.

82 BGH MDR 1978 S. 623; BGH StV 1982 S. 468; siehe auch BGH VRS 13 S. 41 ff; BGH bei *Dallinger* MDR 1957 S. 526; 1967 S. 12 f; 1968 S. 727; 1973 S. 554 f; BGH StV 1983 S. 237 f; BGH bei *Holtz* MDR 1983 S. 619 ff, 621. — *A. A.* BGH DAR 1965 S. 282.

83 BGH GA 1955 S. 211; OLG Frankfurt NJW 1953 S. 557 f; OLG Bremen NJW 1955 S. 1606 f; wohl auch OLG Köln VRS 63 S. 128 ff, 129; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 41 vor § 52; *a. A.* BGH 30 S. 207 ff, 210 ff.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

StGB) und Taten von der Art der Tat im Rausch dürften nach den referierten Grundsätzen nicht hinreichend ähnlich sein[84].

Das Merkmal der Ähnlichkeit ist äußerlich und ohne rechtliche Relevanz; die Berücksichtigung der für seine Notwendigkeit zumeist angeführten Lebensanschauung bedeutet einen Verzicht auf tatbestandliche Kategorien zugunsten diffuser außerrechtlicher Wertungen.

dd) Teils finden sich — nicht streng durchgehalten — die Postulate zeitlicher Dichte **42**
der Teile einer Verhaltenssequenz, Einheitlichkeit der Taterscheinung für eine dritte Person[84a], Einheitlichkeit oder Ähnlichkeit der Tatsituation u. a. m.

b) *Subjektive Merkmale:* **43**

aa) Nach der älteren Rechtsprechung soll zur Verklammerung der Handlungssequenz zu einer Tat ein Gesamtvorsatz erforderlich sein, „der so beschaffen sein muß, daß er vor oder spätestens bei Verwirklichung des ersten Teilakts der geplanten Handlungsreihe deren sämtliche Teile in den wesentlichen Grundzügen ihrer künftigen Gestaltung umfaßt"[85]. Insbesondere soll der Plan, zukünftig bei jeder sich bietenden Gelegenheit eine gleichartige Tat zu begehen, zur Verklammerung nicht hinreichen[86], ebensowenig der Vorsatz, einen bestimmten Deliktserfolg (etwa den Diebstahl einer bestimmten Geldsumme) auf beliebige Weise herbeizuführen[87].

bb) Das Erfordernis des Gesamtvorsatzes privilegiert den umsichtig planenden **44**
Täter[88] (keine Anwendung von § 52 Abs. 2 Satz 2 StGB) und verdammt den Fortsetzungszusammenhang — abgesehen von Fällen planmäßigen Leerräumens einer Quelle von Diebesgut — zur praktischen Bedeutungslosigkeit, so man das Erfordernis ernst nimmt und nicht mit Fiktionen operiert. Deshalb läßt die Literatur verbreitet einen Fortsetzungsvorsatz genügen[89], der gegeben sein soll, wenn „jeder spätere Entschluß als Fortsetzung des vorangegangenen erscheint, weil diese Entschlüsse eine fortlaufende psychische Linie bilden"[90]. Diese Linie soll insbesondere noch vorliegen, wenn der Täter die Nichtentdeckung der ersten Tat zum Anlaß einer Wiederholung nimmt.

Die Definition des Fortsetzungsvorsatzes gibt nur eine nahezu beliebig ausfüllbare Leerformel; die Ausfüllung hängt davon ab, in welcher Richtung und mit welcher Genauigkeit die Verknüpfungen der Tat mit der (einen!) Vita des Täters gesucht werden, also ob man den Täter als planendes Subjekt nimmt (dann Einheitlichkeit der Planungsgrundlage) oder als verführbares Subjekt (dann Einheitlichkeit der Situation, die den Vorsatz weckt) oder als unbewußt motiviertes Subjekt (dann Einheitlichkeit der

---

84 *Hein* StV 1982 S. 235 ff.

84a BGH 4 S. 219 ff, 220; 10 S. 230 ff, 231; StV 1986 S. 293 mit kritischer Besprechung *Wolter* aaO S. 315 ff.

85 BGH 15 S. 268 ff, 271 im Anschluß an RG 51 S. 305 ff, 308; 66 S. 45 ff, 47; 66 S. 236 ff, 238; 70 S. 51 ff, 52; 72 S. 211 ff, 213; 75 S. 207 ff, 209; BGH 1 S. 313 ff, 315; 2 S. 164 ff, 167; 8 S. 34 ff, 35 u. a. m.; so auch wieder BGH bei *Holtz* MDR 1983 S. 619 ff, 622; *Rüping* GA 1985 S. 437 ff, 441 f; siehe auch BGH NStZ 1987 S. 551.

86 BGH StV 1981 S. 125 f; BGH NStZ 1986 S. 408 f; NStZ 1989 S. 571 f, jeweils mit Nachweisen vorangehender Rechtsprechung.

87 Freilich soll nach BGH StV 1982 S. 222 bei bestimmtem Gesamterfolg eine nur vage Bestimmung von Verletztem (dazu auch BGH wistra 1985 S. 103), Tatort und Tatzeit hinreichen.

88 Kraß: Die Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung wird zum Indiz für Fortsetzungszusammenhang und bewirkt im Ergebnis eine mildere Bestrafung; so BGH StV 1981 S. 626 f. — Umkehrung: Der Wille, sich zu bessern, wird um so eher zum Indiz gegen Fortsetzungszusammenhang, wie er ernsthaft ist; siehe BGH StV 1983 S. 414 f.

89 *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 52 vor § 52; *SK-Samson* Rdn. 44 vor § 52; *Maurach-Gössel* AT II § 54 Rdn. 78; *Blei* AT § 94 II 2; *Eb. Schmidt* SJZ 1950 Sp. 286 ff; *Roth-Stielow* NJW 1955 S. 450 f; — siehe auch *Stratenwerth* AT Rdn. 1231 f; — wie die Rechtsprechung aber *Jescheck* AT § 66 V 2 c; *LK-Vogler* Rdn. 61 vor § 52.

90 *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 52 vor § 52.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

triebdynamischen Konstellation) oder überhaupt als Subjekt (dann restlose Einheitlichkeit).

45 cc) Die neuere Rechtsprechung erweitert den Gesamtvorsatz in Richtung auf den Fortsetzungsvorsatz; es soll hinreichen, wenn der Täter den Vorsatz bildet, „solange das erste Teilstück der für die Beurteilung in Betracht kommenden Handlungsreihe noch nicht abgeschlossen ist", wobei es für den Abschluß auf einen „nach der natürlichen Auffassung des Lebens bemessenen Bereich bis zur tatsächlichen Beendigung der Tat" ankommen soll[91]; das „Teilstück" kann seinerseits eine Fortsetzungstat sein[92]. Aber auch dieser sogenannte erweiterte Gesamtvorsatz muß die nächste Tat in den wesentlichen Zügen umfassen[92a] (wie oben 32/43).

Freilich gibt dieser Verweis auf den Zeitpunkt der Vorsatzverknüpfung keine Begründung für die Besserstellung desjenigen Täters, dem immerhin der Appetit beim Essen kommt, gegenüber demjenigen, der zunächst einmal satt ist, — mit der Folge von Realkonkurrenz weiterer Taten.

46 dd) Zwischen Täterschaft und Teilnahme soll ein Fortsetzungsvorsatz ausgeschlossen sein, weil der Vorsatz zur Begehung einer Tat „als eigener" nicht mit dem Vorsatz zur Begehung einer Tat „als fremder" einheitlich bestehen könne[93]. — Das ist schon für die subjektive Theorie zu Täterschaft und Teilnahme zweifelhaft; für die Tatherrschaftslehre fehlt überhaupt jeder Anlaß, die Identität einer Tat an eine konstante Begehungsform zu binden. Bei Fahrlässigkeitstaten ist ein Gesamtvorsatz oder Fortsetzungsvorsatz insoweit möglich, als der Täter die Handlungen ohne ihre fahrlässig herbeigeführten Weiterungen einheitlich plant (Gesamthandlungswillen) [94]. Beispiel: Eine Mutter gibt ihrem Kind allabendlich die zehnfache Menge Hustensaft („damit es sicher wirkt"), ohne die Verletzungsfolgen zu bedenken. Auch Fortsetzungszusammenhang von Fahrlässigkeitstaten mit Vorsatztaten muß möglich sein, wenn die Handlungen einer Gesamtplanung entspringen; Beispiel: Der Täter unternimmt eine mehrfach unterbrochene Trunkenheitsfahrt, teils mit Vorsatz, teils — seine Trunkenheit vergessend — mit Fahrlässigkeit (§ 316 StGB). Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen sind wie Vorsatztaten zu behandeln[95] (§ 11 Abs. 2 StGB).

47 3. *Abweichende Konzeptionen*[96]: In der Literatur wird verbreitet bei Bestimmung des Zusammenhangs auf einen Gesamtvorsatz oder einen Fortsetzungsvorsatz verzich-

---

91 BGH 19 S. 323 ff, 324 mit Anmerkung *Schröder* JR 1965 S. 106; BGH 21 S. 319 ff, 322; BGH StV 1981 S. 124 f, 125; BGH NJW 1984 S. 376; BGH StV 1984 S. 242; BGH NJW 1984 S. 2838; BGH GA 1987 S. 225 f; BGH StV 1988 S. 13 f; siehe schon RG 17 S. 103 ff, 113; — für nicht hinreichende Konkretisierung: BGH NJW 1987 S. 509 f; — für nicht hinreichenden „sachlichen Zusammenhang" (recht kleinlich) BGH MDR 1989 S. 1115; — wie die Rechtsprechung: *Doerr* Fortgesetztes Delikt S. 95; *Schirmeyer* Fortgesetztes Verbrechen S. 61 f. — Einschränkend für Einkommensteuerhinterziehung (um Verjährung zu ermöglichen; siehe unten 32/48) BGH 36 S. 106 ff, 111 ff mit zustimmender Anmerkung *Schlüchter* NStZ 1990 S. 180 ff, kritischer Anmerkung *Jung* StV 1990 S. 72 f und kritischer Besprechung *Kratzsch* JR 1990 S. 177 ff; BGH NJW 1989 S. 2140 f; StV 1990 S. 66 f und 71; einschränkend für weitere Fälle periodischer Abrechnungen BGH NStZ 1990 S. 435 f; auch BGH 36 S. 320 f. — Zutreffend kritisch zum erweiterten Gesamtvorsatz *Jähnke* GA 1989 S. 376 ff, 386 f.

92 BGH 23 S. 33 ff, 34 f.

92a BGH 26 S. 5 ff, 7 ff; StV 1986 S. 528 f.

93 RG 67 S. 130 ff, 139 f; 67 S. 401 ff, 405; BGH 23 S. 204 ff, 206 mit weiteren Nachweisen.

94 OGH 1 S. 344 ff, 347; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 55 vor § 52; *SK-Samson* Rdn. 45 vor § 52; *Stratenwerth* AT Rdn. 1232; *Koch* NJW 1956 S. 1267 f; im Ergebnis auch *Welzel* Strafrecht § 29 II 4 b β. — *A. A.* die überwiegende Rechtsprechung; RG 76 S. 68 ff, 70; RG JW 1934 S. 2145 f mit Anmerkung *Mezger* aaO S. 2145 f; BGH 5 S. 371 ff, 376; 22 S. 67 ff, 71; zum Teil auch die Literatur; *Baumann-Weber* AT § 41 II 4 b α; *Jescheck* AT § 66 V 2 d; *Doerr* Frank-Festgabe Bd. II S. 210 ff, 212; *LK-Vogler* Rdn. 72 vor § 52.

95 BGH 22 S. 67 ff, 71; *LK-Vogler* Rdn. 73 vor § 52.

96 Zur Ablehnung des Instituts siehe unten 32/50. — Siehe auch *Nowakowski*, der den Fortsetzungszusammenhang mit materiellrechtlichen und pro-

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

tet, wobei die notwendige Einheit teils — subjektivierend — in der „Einheit strafbarer Lebensführung“[97] gesucht wird oder — objektivierend — in „äußeren Merkmalen der Zusammengehörigkeit“[98]. Diesen Lehren[99] ist einzuräumen, daß sich bei Verzicht auf einen Gesamtvorsatz der Zweck des Instituts vollkommener erreichen läßt, scil. hauptsächlich die Vermeidung stereotyp sich wiederholender Strafzumessungen für einzelne Taten aus einer Serie. Dem steht jedoch als Nachteil die noch weitergehende Ausdehnung eines materiell nicht begründbaren Instituts entgegen; denn aus einer wie auch immer gearteten Gemeinsamkeit mehrerer Handlungen läßt sich nicht herleiten, daß die Rechtsfolge schwächer sein müsse als bei mehreren Handlungen ohne Gemeinsamkeit; bei letzteren kann aber nach positivem Recht die Obergrenze des Strafrahmens zu schärfen sein (§ 54 Abs. 2 Satz 2 StGB).

48 4 a) Die *Konsequenzen von Fortsetzungszusammenhang* sind diejenigen einer einfachen Tatbestandsverwirklichung durch mehrere Akte, sofern Fortsetzungszusammenhang nur zur Begründung einer quantitativ gesteigerten Tatbestandsverwirklichung anerkannt wird. Ansonsten geht es um die Konsequenzen von Handlungseinheit. Jedenfalls müssen die einzelnen Taten je für sich als tatbestandsmäßig, rechtswidrig, schuldhaft und verfolgbar festgestellt werden[100]; sie sollen freilich einheitlich verjähren[100a] (Verjährungsbeginn mit dem letzten Akt). — Zur Klammerwirkung siehe unten 33/11 f.

49 b) Die prozessualen Wirkungen des Fortsetzungszusammenhangs harmonieren teils nicht mit der materiellrechtlichen Fundierung des Instituts. Das zeigt sich zunächst bei dem Prinzip in dubio pro reo, das insbesondere die Rechtsprechung beim Fortsetzungszusammenhang nicht anwenden will[101], obwohl die Anwendung für materiellrechtliche Institute zwingend ist und in sonstigen Fällen juristischer Handlungseinheit auch stattfindet. Soweit der Fortsetzungszusammenhang im Einzelfall nicht zur milderen Rechtsfolge führt (insbesondere bei Summierung mehrerer geringwertiger Erfolgsmengen zu einer nicht mehr geringwertigen Menge[101a]), ist im Zweifel Realkonkurrenz anzunehmen[102].

Am deutlichsten zeigt sich die Disharmonie bei der Wirkung einer wegen Fortsetzungszusammenhang rechtskräftig erkennenden Entscheidung: Diese Entscheidung

---

zessualen Konsequenzen ausstatten, aber auf die Begehung einer einzigen strafbaren Handlung in Teilakten beschränken will und daneben das Institut einer „gleichartigen Verbrechensmenge“ anerkennt, das nur prozessuale Bedeutung haben soll (Fortgesetztes Verbrechen S. 10 f, 42 ff, 49 f, 55, 56 ff, 72).

97 *Welzel* Strafrecht § 29 II 4 b; siehe auch *Schirmeyer* Fortgesetztes Verbrechen S. 46 ff, 94 ff.

98 *Mezger* Lehrbuch § 67 IV 2; *ders.* JW 1938 S. 3265 ff, 3268.

99 Siehe außer den schon Genannten *Honig* Handlungseinheit S. 137; *ders.* Schröder-Gedächtnisschrift S. 167 ff, 174; *Frank* § 74 Anm. V 2 c β (S. 240); *v. Hippel* Strafrecht Bd. II § 39 V 5; *Dohna* Aufbau S. 66; *ders.* DStr. 1942 S. 19 ff, 21; *v. Liszt-Schmidt* Strafrecht § 55 II 1. — Der Übergang zur Lehre vom Fortsetzungsvorsatz ist fließend, siehe *Maurach-Gössel* AT II § 54 Rdn. 77 und die anderen oben in Fn. 89, 91 zum Fortsetzungsvorsatz genannten Autoren. — Die zur objektivierenden Lehre entgegengesetzte Ansicht (es soll auf die objektive Einheitlichkeit verzichtet werden) vertritt *Schlosky* ZStW 61 S. 245 ff, 266 ff.

100 BGH 1 S. 313 ff, 315; BGH 17 S. 157 f, 158; BGH StV 1981 S. 275 f und S. 542.

100a BGH 1 S. 84 ff, 91 f; 24 S. 218 ff, 221; dagegen zutreffend *Rüping* GA 1985 S. 437 ff, 443 ff mit umfassenden Nachweisen; *Jung* Schultz-Gedächtnisschrift S. 183 ff.

101 BGH 23 S. 33 ff, 35; BGH bei *Herlan* MDR 1955 S. 16 f; BGH StV 1981 S. 125 f, 126; StV 1984 S. 242 f (mit Darlegungen zu den Grenzen der Einschränkung des In-dubio-Prinzips; dazu *Schlothauer* StV 1984 S. 243).

101a Siehe BGH NStZ 1983 S. 369 f.

102 Eingehend *Stree* In dubio pro reo S. 24 ff, 26; siehe ferner *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 63 vor § 52; *SK-Samson* Rdn. 46 vor § 52; *LK-Vogler* Rdn. 75 vor § 52; *Bringewat* JuS 1970 S. 329 ff, 331; *Wolter* Alternative und eindeutige Verurteilung S. 259 ff. — Zur Beschwer durch die Annahme von Fortsetzungszusammenhang wegen des nach überwiegender Ansicht späteren Verjährungsbeginns siehe oben 32/25 mit Fn. 37.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

soll den Fortsetzungszusammenhang unterbrechen[103]. Da ein rechtskräftiges Urteil mit dem äußeren Konnex von Taten nichts zu tun hat und mit dem subjektiven Konnex allenfalls bei zeitweise reuigen Tätern, zerstört diese — praktisch nicht umgehbare — Konsequenz die materiellrechtliche Basis.

Aber auch die Einheitlichkeit der Tat bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über zumindest einen Teil der Tat wird prozessual überwiegend nicht durchgehalten. Bei materiellrechtlicher Einheitlichkeit müßte jede Entscheidung über einen Teil — gleich ob er als bloßer Teil bekannt ist oder irrig als selbständig beurteilt wird — das gesamte Geschehen erledigen; ein weiteres Verfahren wäre nur zulässig, wenn sich sein Gegenstand so darstellt, daß er nicht mit dem schon erledigten Teil in Fortsetzungszusammenhang steht[104]. Diese Regeln beachtet die Rechtsprechung bislang nur vereinzelt. Nach ihr soll zwar eine Verurteilung wegen einer fortgesetzten Tat den gesamten Handlungskomplex erledigen, auch wenn nur ein Bruchteil der Teilakte dem Gericht bekannt geworden ist[105]. Nach zahlreichen Entscheidungen soll aber ein weiteres Verfahren zulässig sein, wenn die vorgehende Entscheidung auf Freispruch lautet[106] oder auf Verurteilung wegen einer oder mehrerer nicht in Fortsetzungszusammenhang stehender Akte[107], also wenn das vorgehend entscheidende Gericht nicht von Fortsetzungszusammenhang ausgeht. In diesen Fällen soll die Strafklage nur bezüglich der im vorgehenden Erkenntnis ausgesprochenen Einzelakte verbraucht sein. Da jedoch die Tatsachenfeststellung durch das vorgehend entscheidende Gericht das nachfolgend entscheidende nicht bindet, kann der nach Ansicht des letzteren einheitliche Prozeßgegenstand nicht deshalb wirksam aufgespalten werden, weil ersteres die Grenze des Prozeßgegenstands irrig zu eng gezogen hat. In der Umkehrung kann das nachfolgend entscheidende Gericht, sofern es Fortsetzungszusammenhang verneint, Taten aburteilen, die das vorgehend entscheidende Gericht, hätte es sie gekannt, in einen Fortsetzungszusammenhang einbezogen hätte. — In Fällen juristischer Handlungseinheit jenseits des Fortsetzungszusammenhangs wird die Einheitlichkeit hingegen konsequent berücksichtigt.

50 5 a) *Im Ergebnis ist der Fortsetzungszusammenhang als materiellrechtliches Institut nicht anzuerkennen*[108]. Es läßt sich kein Grund ausmachen, nach dem — jenseits der

103 RG 66 S. 45 ff, 48; BGH 9 S. 324 ff, 326; OLG Düsseldorf StV 1984 S. 425 f; *LK-Vogler* Rdn. 94 vor § 52; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 74 vor § 52; überwiegende Ansicht.

104 *Stratenwerth* JuS 1962 S. 220 ff; *SK-Samson* Rdn. 50 ff vor § 52; *Eb. Schmidt* Lehrkommentar Teil I Rdn. 303 ff.

105 RG 72 S. 99 ff, 105; 72 S. 211 ff, 212; BGH 6 S. 92 ff, 95; 15 S. 268 ff, 270; BGH GA 1958 S. 366 f. — Dagegen kritisch *Mann* und *Mann* ZStW 75 S. 251 ff; *Jagusch* NJW 1972 S. 454 f. 455. — Zu den Problemen bei Teilrechtskraft siehe *Stree* Engisch-Festschrift S. 676 ff.

106 RG 47 S. 397 ff, 399; 54 S. 333 ff, 335; 66 S. 19 ff, 26; *LK-Vogler* Rdn. 99 vor § 52; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 72 vor § 52. — Ein Freispruch bei erkanntem Fortsetzungszusammenhang (etwa wegen Tatbestandslosigkeit des Tuns oder wegen Rechtfertigung) müßte freilich auch nach der Rechtsprechung ein weiteres Verfahren ausschließen.

107 RG 51 S. 253 ff, 254; 54 S. 283 ff, 285; 72 S. 257 ff, 258; BGH GA 1958 S. 367 f; BGH NJW 1963 S. 549 f; BGH NJW 1985 S. 1174 mit kritischer Anmerkung *Gössel* JZ 1986 S. 45 ff und Besprechung *Neuhaus* JuS 1986 S. 1174 f; OLG Hamburg JZ 1964 S. 34; *a. A.* außer den oben Fn. 104 genannten BGH 15 S. 268 ff, 272 (nur obiter dictum) und jetzt BGH 33 S. 122 ff, gleichfalls mit kritischer Anmerkung *Gössel* und Besprechung *Neuhaus* (aaO). — *LK-Vogler* Rdn. 96 f vor § 52 will immerhin § 55 StGB analog anwenden, dies aber ohne § 54 Abs. 2 Satz 2 StGB. — Nach der Rechtsprechung soll freilich das fortgesetzte Verhalten auch dann Gegenstand der Urteilsfindung werden können, wenn nur ein einzelner Akt angeklagt wurde; BayObLG VRS 63 S. 278 f.

108 *Schmidhäuser* AT Rdn. 18/20; *ders.* Studienbuch 14/18; *Stratenwerth* AT Rdn. 1238; siehe auch *Jescheck* AT § 66 V 1; *Gössel* JZ 1986 S. 45 ff, 48; *Jung* Jura 1989 S. 289 ff, 290, 292 f; *Jähnke* GA 1989 S. 376 ff (Beschränkung auf Fälle „in der Nähe zur natürlichen Handlungseinheit", S. 383); *R. Schmitt* ZStW 75 S. 43 ff, 59 ff; *Wahle* GA 1968 S. 97 ff, 109; *Preiser* ZStW 71

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Tatbestandsformulierung — konnexe und nicht konnexe Taten sinnvoll so getrennt werden könnten, daß die konnexen Taten zur Handlungseinheit, die nicht konnexen zur Handlungsmehrheit zu schlagen wären. Das Hauptanliegen der Vertreter der Lehre vom Fortsetzungszusammenhang, scil. die Vermeidung einer Zerfaserung der Strafzumessung in Einzelstrafen bei Realkonkurrenz, wird um den Preis einer weder materiell richtigen noch dem System des positiven Rechts entsprechenden Privilegierung bei Serientaten erkauft (keine Anwendung von § 54 Abs. 2 Satz 2 StGB). Die Ersparnisse an Strafzumessungsaufwand sind zudem gering, wenn das Erfordernis ernstgenommen wird, jeden Einzelakt genau aufzuklären [109].

b) Über den Fortsetzungszusammenhang als prozessuales Institut ist hier nicht zu **51** befinden. Immerhin liegt auf der Hand, daß die prozessuale Sperrwirkung — soweit sie überhaupt anerkannt wird — bei krassen Differenzen zwischen den aufgeklärten und den unentdeckt gebliebenen Tatteilen allenfalls ein notwendiges Übel, nicht aber erwünscht ist; sie kann in weniger krassen Fällen durch eine Entscheidung über § 154 a StPO ersetzt werden. Dem verbleibenden Bedürfnis zur Vermeidung von Nachtragsanklagen ist notfalls durch ein rein prozessuales Rechtsinstitut zu genügen.

33. ABSCHNITT
Die Idealkonkurrenz und die Realkonkurrenz

I. Die Idealkonkurrenz

Literatur

J. Bitzilekis Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat, ZStW 99 S. 723 ff; *F. Geerds* Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961; *K. H. Gössel* Anmerkung zu BVerfG JR 1982 S. 108 ff, aaO S. 111 ff; *G. Grünwald* Der Verbrauch der Strafklage bei Verurteilungen nach den §§ 129, 129 a StGB, Bockelmann-Festschrift S. 737 ff; *J. Hellmer* Anmerkung zu BGH 18 S. 26 ff, NJW 1963 S. 116; *W. Klughardt* Die

S. 341 ff, 383 f. — Wiederum kritisch zu diesen Gegenstimmen *Bringewat* ZStW 84 S. 585 ff; *Kratzsch* JR 1990 S. 177 ff, 180 ff (vorsätzliche „Gesamttat"). — *Schmoller* Bedeutung S. 56 ff will — hauptsächlich für das österreichische Strafrecht — den Fortsetzungszusammenhang (der bei *Schmoller* auch die juristische und die natürliche Handlungseinheit umfassen soll) als bewegliches System etablieren (ein bestimmtes Quorum von Elementen aus dem Arsenal möglicherweise konstitutiver Elemente reicht zur Annahme von Fortsetzungszusammenhang hin). Es soll dabei um die Auslegung gehen, ob der Tatbestand des BT einmal (Fortsetzungszusammenhang) oder mehrfach („gleichartige Verbrechensmenge") verwirklicht wird; materiales Kriterium der Einheitlichkeit soll die „einheitliche Überwindung der entscheidenden Hemmstufe" sein (S. 59 ff, 62 ff); die Einheitlichkeit soll auch beim Versuch gelten (mit Versuchsbeginn soll das *gesamte* fortgesetzte Delikt versucht werden; siehe aber auch S. 58 Fn. 175). Kritik: Versteht man die „Hemmstufe" psychologisierend, richtet sich nach der Täterpsyche, wann Hemmungen fallen; fallen die *letzten* Hemmungen, wird *alles* folgende zu einem fortgesetzten Delikt. Versteht man die Hemmungen aber normativ (so Seite 80), also auf den rechtstreuen Bürger bezogen, hemmt die Vorstellung *eines jeden* Einzelakts voll. Zudem bleibt die Bindung an die *Tatbestände* des BT zu vage, um die Bedenken gegen eine Vermischung der materiellrechtlichen Grenze von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit überwinden zu können. Siehe auch *ders.* Österreichische Richterzeitung 1989 S. 207 ff, 230 ff. — Zu den prozessualen Konsequenzen *ders.* ÖJZ 1987 S. 323 ff.

109 *Schmidhäuser* AT 18/20.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus aus strafrechtlich-soziologischer Sicht, 1984; *H. Krauth* Zum Umfang der Rechtskraftwirkung bei Verurteilung von Mitgliedern krimineller und terroristischer Vereinigungen, Kleinknecht-Festschrift S. 215 ff; *K. Lenzen* Die besondere Schwere der Schuld i. S. des § 57 a StGB in der Bewertung durch die Oberlandesgerichte, NStZ 1983 S. 543 ff; *R. Lippold* Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfstein der Lehre von den Konkurrenzen, 1985; *R. Maurach* Zur Rechtsnatur des erpresserischen Kindesraubes (§ 239 a StGB), JZ 1962 S. 559 ff; *R. Maschinsky* Zur Frage von Tateinheit und Tatmehrheit, DJ 1942 S. 503 f; *K. Meyer* Anmerkung zu OLG Karlsruhe JR 1978 S. 34 f, aaO S. 35 f; *E.-J. Oske* Das Konkurrenzverhältnis der Dauerdelikte zu den übrigen Straftaten, MDR 1965 S. 532 ff; *Eb. Schmidt* Anmerkung zu OLG Bremen JZ 1951 S. 21 ff, aaO; *R. Schmitt* Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW 75 S. 43 ff; *E. Struensee* Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten, 1971; *E. Wahle* Die sogenannte „Handlungseinheit durch Klammerwirkung", GA 1968 S. 97 ff; *G. Warda* Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 1964 S. 81 ff; *G. Werle* Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, 1981; *ders.* Konkurrenz und Strafklageverbrauch bei der mitgliedschaftlichen Beteiligung an kriminellen oder terroristischen Vereinigungen, NJW 1980 S. 2671 ff.

A. Die kumulierte Zurechnung

1 1 a) Bei Handlungseinheit sind dem Täter alle verwirklichten Delikte kumuliert zuzurechnen; insoweit konkurrieren die Gesetze realiter. Die Konkurrenz der Rechtsfolgen dieser zuzurechnenden Strafgesetze löst das positive Recht durch Strafrahmenabsorption und Strafrahmenkombination. Die Absorption stiftet den Namen für diese Konkurrenz: Die mehreren Straf*drohungen* sind der Idee nach in einer einzigen vereinigt. Nach der Regelung des Gesetzes wird nur auf eine Strafe erkannt (§ 52 Abs. 1 StGB), die innerhalb desjenigen Rahmens zu bestimmen ist, der die schwerste Strafe zuläßt (§ 52 Abs. 2 Satz 1 StGB). Es entscheidet — anders als bei § 54 Abs. 1 Satz 1 StGB — nicht die Höhe der Strafe, die innerhalb eines Rahmens bei isolierter Betrachtung eines Delikts zuzumessen ist, sondern die Strafdrohung. Beispiel: Auch bei handlungseinheitlicher Verwirklichung einer nur minimalen Sachbeschädigung mit einem massiven Hausfriedensbruch rangiert der Rahmen von § 303 StGB vor demjenigen von § 123 StGB. Sind die höchsten angedrohten Strafen bei mehreren Rahmen gleich (so stets bei gleichartiger Idealkonkurrenz), so wird ein beliebiger Rahmen ausgewählt, wobei es freilich sinnvoll sein dürfte, denjenigen zu wählen, der zum konkret schwersten Delikt gehört. Beispiel: Wird eine gewichtige Zerstörung von Bauwerken mit einem beiläufigen Diebstahl handlungseinheitlich vollzogen, so ist der Strafrahmen des § 305 StGB anzuwenden; überwiegt der Diebstahl, so geht der Rahmen des § 242 StGB vor. Der Rahmen ist nach dem Kombinationsprinzip um gegebenenfalls höhere Mindestdrohungen (§ 52 Abs. 2 Satz 2 StGB) oder strengere Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen der anderen Rechtsfolgenbestimmungen zu ergänzen (§ 52 Abs. 4 StGB), — eine der sogenannten Sperrwirkungen des milderen Gesetzes. Mindestdrohung ist auch die obligatorische Androhung von Freiheitsstrafe; droht ein anderes Gesetz eine höhere, aber fakultative Freiheitsstrafe an, so sperrt das Obligatorische der geringeren Androhung das Fakultative der höheren (natürlich bleibt § 47 StGB anwendbar).

2 Bei der Bestimmung der Höchst- und Mindeststrafen kommt es auf das im konkreten Fall einschlägige Maß der Strafdrohung an; also sind nicht nur Rahmenänderungen durch Qualifizierungen und Privilegierungen, sondern — anders als nach § 12 Abs. 3 StGB — auch besonders schwere oder minder schwere Fälle zu berücksichtigen[1].

[1] *Jescheck* AT § 67 IV 2; *Baumann-Weber* AT § 41 II 2 b; *SK-Samson* § 52 Rdn. 30; *Schönke-Schröder-Stree* § 52 Rdn. 37; *LK-Vogler* § 52 Rdn. 44. — Zum alten Recht schon RG 75 S. 14 ff, 17 f; 75 S. 19 ff, 22; 76 S. 59 ff, 60 f.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Beispiel: Treffen Betrug und Urkundenfälschung handlungseinheitlich zusammen, so sind im Grundfall die Höchststrafen gleich; wird der Betrug in einem besonders schweren Fall begangen, so ist aus dem Rahmen des § 263 Abs. 3 StGB zuzumessen; ist (auch) die Urkundenfälschung ein besonders schwerer Fall, so gilt der Rahmen von § 267 Abs. 3 StGB (in Verbindung mit § 38 Abs. 2 StGB). Kann ein einziger Sachverhalt bei zwei verschiedenen der verwirklichten Delikte, insgesamt aber nur einmal, einen besonders schweren oder minder schweren Fall bilden, so ist er so zu verbrauchen, daß er die größte Strafrahmensteigerung oder größte Strafrahmensenkung bewirkt.

Kumulieren verschiedene Strafarten, so rangiert nach allgemeinen Regeln bestimmte Freiheitsstrafe vor Freiheitsstrafe in Form von Strafarrest (§§ 11, 12 WStG); jede Freiheitsstrafe rangiert vor Geldstrafe (im StGB ist stets auch Freiheitsstrafe angedroht; zum Landesrecht siehe Art. 3 EGStGB).

b) Nur solche Strafdrohungen können eine andere absorbieren oder mit einer **3** anderen kombiniert werden, die unbedingt anwendbar und prozessual durchsetzbar sind. Beispiele: Werden Beteiligung an einer Schlägerei, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch tateinheitlich vollzogen, so gilt die Strafdrohung nach § 227 StGB nur dann, wenn die dort genannte Strafbarkeitsbedingung verwirklicht ist; fehlt es daran und ist nur für den Hausfriedensbruch ein Strafantrag gestellt, so bleibt auch die Strafdrohung für Sachbeschädigung unberücksichtigt[2]. Entsprechendes gilt, wenn bei isolierter Betrachtung eines Delikts nach § 60 StGB von Strafe abzusehen wäre[3].

2. Die Delikte, deren Strafrahmen nicht angewendet werden, sind bei der Strafzu- **4** messung zu berücksichtigen, wenn nicht auf eine Zumessung zu verzichten ist, weil eine absolute Strafe verhängt wird[4]. Die verbreitete Formulierung, eine Berücksichtigung könne zwar, müsse aber nicht zwingend erfolgen[5], ist ein Relikt aus der Zeit, in der ein Übergang im Verständnis der Idealkonkurrenz von der absoluten Absorption hin zur bloßen Strafrahmenabsorption stattfand. Eine bloß fakultative Berücksichtigung (wann überhaupt?) ist zudem material nicht haltbar: Keine deliktische Quantität verliert ihre Relevanz für die Strafzumessung, weil der Täter noch mehr an Quantität verwirklicht hat. Schließlich ist die bezeichnete Formulierung auch schon deshalb unangebracht, weil das den Strafrahmen spendende Gesetz nicht das konkret schwerste Delikt betreffen muß. Beispiel: Wenn eine massive Verleumdung mit einem minimalen Betrug handlungseinheitlich zusammentrifft (§§ 187, 263 StGB), so ist aus dem Rahmen des Betrugs zuzumessen, aber nicht allein und nicht einmal primär *wegen* des Betrugs. — Freilich können einzelne der handlungseinheitlichen Delikte so minimal sein, daß ihre — durchaus stattfindende — Berücksichtigung bei der Strafzumessung das Ergebnis nicht einmal um eine einzige Strafeinheit verschärft (siehe aber auch zu den quantitätsunabhängigen Strafzumessungstatsachen oben bei den Wirkungen der Gesetzeskonkurrenz 31/38).

B. Fallgruppen der Idealkonkurrenz

1 a) Die *tatbestandlichen* Handlungen werden nie voll einheitlich vollzogen, son- **5** dern einheitlich können Handlungen nur in einer generelleren Bestimmung sein (oben 32/2). Sind für eine Tatbestandsverwirklichung aus praktischen oder rechtlichen

---

2 Siehe BGH 7 S. 305 ff; 17 S. 157 f; Einzelheiten bei *LK-Vogler* § 52 Rdn. 47.

3 *A. A.* (Gesamtbetrachtung aller Gesetzesverletzungen für die Entscheidung nach § 60 StGB) OLG Köln NJW 1971 S. 2036 ff, 2037; BayObLG NJW 1972 S. 696.

4 RG 49 S. 401 ff, 402.

5 RG 22 S. 388 ff, 393; OLG Hamburg JR 1951 S. 86 f; BGH NStZ 1987 S. 70 f; *LK-Vogler* § 52 Rdn. 46; *SK-Samson* § 52 Rdn. 27.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Gründen mehrere Teilhandlungen erforderlich, so reicht es zur Begründung von Handlungseinheit hin, wenn *mindestens eine dieser Teilhandlungen* in genereller Bestimmung mit der Ausführungshandlung einer weiteren Tatbestandsverwirklichung oder mit einer Teilhandlung zu dieser Tatbestandsverwirklichung identisch ist. Üblicherweise wird dies dahin formuliert, daß Teilidentität der Ausführungshandlungen hinreicht[6], wobei als Ausführungshandlung eben nicht die tatbestandlich bestimmte Handlung, sondern die genereller bestimmte Handlung bezeichnet wird. Beispiel: Sind bei einem Diebstahl zum Bruch des Gewahrsams und zu dessen Neubegründung mehrere Teilhandlungen erforderlich und ist nur die Ausführung des Gewahrsamsbruchs zugleich Ausführung eines Verstrickungsbruchs (§ 136 StGB), so konkurriert der Verstrickungsbruch mit dem Diebstahl ideal, obgleich der Diebstahl zudem aus Teilhandlungen besteht, die nicht zugleich Ausführung des Verstrickungsbruchs sind (scil. die Handlungen zur Gewahrsamsneugründung) und gegebenenfalls umgekehrt (der Verstrickungsbruch mag schon vor dem Diebstahl begonnen haben o. ä.).

6 b) Handlungseinheit zwischen *vorsätzlichen und fahrlässigen* Taten ist nach diesen Regeln problemlos[7]; Beispiel: Die Ausführung einer vorsätzlichen Sachbeschädigung ist zugleich Ausführung einer fahrlässigen Körperverletzung oder Tötung.

7 c aa) Die Identität von Teilhandlungen, die der Tatbestandsverwirklichung vor- oder nachgelagert sind, reicht freilich zur Begründung von Handlungseinheit nicht hin, auch nicht, wenn das gesamte Geschehen subjektiv eine einzige Sinneinheit ist (siehe oben zur natürlichen Handlungseinheit und zum Fortsetzungszusammenhang 32/35, 44). Beispiele: Der Diebstahl eines Tatmittels und die geplante Tat oder die Verwertung der Tatbeute und die vorangegangene Beschaffung der Beute stehen nicht schon allein deswegen in Tateinheit, weil für den Täter der erste Akt ohne den nachfolgenden sinnlos ist.

bb) Verbreitet wird auch Teilhandlungen, die der Tatbestandsverwirklichung nachgelagert sind, die Kraft zur Stiftung von Handlungseinheit dann zugesprochen, wenn es sich um Handlungen nach der Vollendung, aber vor der Beendigung eines Delikts handelt[8]. Das ist zumindest insoweit abzulehnen, als es bei der Beendigung um die Realisierung einer Absicht geht, die nicht den Gutsangriff, sondern die Täterhaltung charakterisiert (insbesondere die Bereicherungs- und Vorteilsabsicht); bei diesen Beendigungen handelt es sich nicht um Tathandlungen, sondern um Objektivierungen einer nur in ihrer subjektiven Ausprägung bei der Tat relevanten Motivationslage. Beispiel: Wenn der Täter nach vollendetem Betrug seine Bereicherung nur durch Begehung eines Hausfriedensbruchs erlangen kann, konkurrieren Betrug und Hausfriedensbruch real. Soweit Beendigungen hingegen den Erfolg eines Angriffs auf ein Gut sichern, ist das Sicherungsverhalten mit dem vorangegangenen Angriffsverhalten nicht nur nach der Planung, sondern auch nach der Ausführung tatbestandlich verbunden, wie daran ersichtlich ist, daß das Sicherungsverhalten in Gesetzeskonkurrenz zurücktritt (Spezialität kraft Vorgriffs des vorangegangenen Angriffs, siehe oben 31/34 ff). Das Sicherungsverhalten kann deshalb als Fortsetzung einer einzigen, mit dem vorangegangenen Angriff begonnenen Veranstaltung verstanden werden (siehe oben 32/28). Handlungen, die mit dem Sicherungsverhalten ideal konkurrieren, stehen deshalb auch mit dem

---

6 Überwiegende Ansicht; *a. A. Wahle* GA 1968 S. 97 ff, 110.

7 RG 48 S. 250 ff, 251; 72 S. 120 ff, 123; RG DR 1943 S. 753; BGH 1 S. 278 ff, 280; 17 S. 333 ff, 337.

8 BGH 26 S. 24 ff, 27 f; *Struensee* Konkurrenz S. 24 f; *Warda* JuS 1964 S. 81 ff, 87; *Stratenwerth* AT Rdn. 1244; *Schönke-Schröder-Stree* § 52 Rdn. 11; *Jescheck* AT § 67 II 2; *SK-Samson* § 52 Rdn. 12. — Dagegen *Bitzilekis* ZStW 99 S. 723 ff, 725 ff mit Nachweisen und oben 25/12.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Beginn der Veranstaltung, also dem vorangegangenen Angriff, in Tateinheit[8a]. Beispiel: Leugnet ein Dieb den Besitz ab (Sicherungsbetrug), und zwar in einer den Eigentümer beleidigenden Art und Weise, konkurrieren Diebstahl und Beleidigung ideal. — Für das Verhältnis von zwei Taten zueinander, deren eine mit dem vorangegangenen Angriff und deren andere mit der nachfolgenden Sicherung in Tateinheit stehen, gelten die Regeln der Konkurrenz verschiedener Handlungen mit verschiedenen Akten eines mehraktigen Delikts entsprechend („Klammerwirkung", unten 32/11 ff).

8 2 a) *Begehungstaten* können auch *mit Unterlassungstaten* „handlungs-"einheitlich (genauer: verhaltenseinheitlich) vollzogen werden. Das ist für diejenigen Fälle von Verhaltenseinheit, die zu einer einfachen, nur quantitativ gesteigerten Tatbestandsverwirklichung führen, zumindest der Sache nach allgemein anerkannt. Beispiel: Wer einen anderen Menschen einsperrt und nicht wieder freiläßt, begeht eine einfache Freiheitsberaubung. Aber auch Verhaltenseinheit mit der Folge von Idealkonkurrenz ist möglich[9]. Freilich reicht bloße Zeitgleichheit zur Verhaltenseinheit nicht hin. Beispiel: Wer während eines Hausfriedensbruchs in der Version des Sich-nicht-Entfernens den Hausherrn beschimpft (§§ 123, 185 ff StGB), begeht real konkurrierende Delikte. Verhaltenseinheit liegt aber bei Fallgestaltungen vor, die der Einheit der Handlung im „natürlichen" Sinn entsprechen. Wer nicht nur zeitgleich mit einem Verbot ein Gebot übertritt, sondern *an Stelle* der Gebotserfüllung einem Verbot nicht genügt, begeht und unterläßt verhaltenseinheitlich, weil in seinem Verhalten eine doppelte rechtliche Fehlerhaftigkeit expressiv wird: Das Verhalten hat die Gestalt einer Verbotsübertretung und zudem nicht die Gestalt einer Gebotserfüllung. Nicht bloße Zeitgleichheit, sondern Verhaltenseinheit liegt demnach vor, wenn die zur Gebotserfüllung erforderlichen Körperbewegungen (die Handlungen im „natürlichen" Sinn) nicht neben denjenigen der Verbotsübertretung vollzogen werden können (oder umgekehrt). Die Grenze zwischen Verhaltenseinheit und bloßer Zeitgleichheit trifft hier freilich ebensowenig eine material indizierte Differenz, wie überhaupt die Grenze von Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz eine solche Differenz trifft. Beispiel zur Verhaltenseinheit: Ein Arzt, der infolge einer fahrlässigen Verwechslung einen sofort indizierten Körpereingriff zur Linderung akuter Schmerzen nicht beim Erkrankten, sondern statt dessen bei einem Gesunden vollzieht, verletzt verhaltenseinheitlich den Kranken durch Unterlassen und den Gesunden durch Handeln.

9 b) Weiterhin treffen Begehung und Unterlassung verhaltenseinheitlich zusammen, wenn sie in der allgemeinen Form juristischer Handlungseinheit verbunden sind, also aufeinander so folgen, daß die Vollendung eines der deliktischen Verhalten sogleich Versuchsbeginn des anderen Verhaltens ist. In diesen Fällen macht die Vollendung des einen Verhaltens zugleich den anderen Normbruch expressiv. Beispiel: Die Eltern fahren betrunken von zu Hause weg (§ 316 StGB), statt für ihr schwer erkranktes Kind einen Arzt zu holen (§§ 212, 13, 22 StGB).

10 3. Bei der Konkurrenz mit einem Dauerdelikt ist zu beachten, daß weder Zeitgleichheit noch Einheitlichkeit des subjektiven Sinns zur Handlungseinheit hinreichen. Das

---

[8a] Im Ergebnis ebenso die Rechtsprechung, die freilich die Lösung mit „natürlicher Handlungseinheit" (BGH StV 1983 S. 413 f) oder überhaupt nicht (BGH wistra 1985 S. 103) begründet; siehe auch oben 32/35 a. E.

[9] Sehr streitig; hauptsächlich wie hier RG 71 S. 200 ff, 204; 75 S. 355 ff, 360; BayObLG NJW 1957 S. 1485; *Baumann-Weber* AT § 41 II 1a; *LK*[9]*-Mösl* § 73 Rdn. 4; *Maschinsky* DJ 1942 S. 503 f, 504. — *A. A.* (Idealkonkurrenz nur bei Dauerdelikten) RG 68 S. 315 ff, 317 f; BGH 6 S. 229 ff, 230; *Jescheck* AT § 67 III; *Schönke-Schröder-Stree* § 52 Rdn. 19; *Kohlrausch-Lange* § 73 Anm. I; *Stratenwerth* AT Rdn. 1245; *LK-Vogler* § 52 Rdn. 12; — vermittelnd *Lackner* § 52 Anm. 2 c.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

heißt aber nicht, nur Delikte, die der Aufrechterhaltung des Dauerdelikts dienen (also zugleich Fortsetzungen des Dauerdelikts sind), könnten mit dem Dauerdelikt in Idealkonkurrenz stehen[10]. Vielmehr liegt — entsprechend dem soeben dargelegten Verhältnis von Begehung und Unterlassung und ebenso entsprechend ohne materiale Begründung — stets dann mehr als bloße Zeitgleichheit oder bloße subjektive Einheitlichkeit vor, wenn die zur Verwirklichung eines weiteren Delikts erforderlichen Körperbewegungen (die Handlungen im „natürlichen" Sinn) mit der Beendigung des Dauerdelikts unverträglich sind[11] oder wenn zumindest ein Abschnitt des Dauerdelikts zugleich Versuchsbeginn des weiteren Delikts ist (oder umgekehrt). Beispiel: Wer das seiner Freiheit beraubte Opfer verprügelt, statt ihm sofort die Fesseln aufzuschließen, begeht handlungseinheitlich die Delikte nach den §§ 223, 239 StGB; ebenso liegt Handlungseinheit vor, wenn der Täter das Opfer seiner Freiheit beraubt und damit unmittelbar zur Verwirklichung eines weiteren Delikts ansetzt.

C. Kritik der Klammerwirkung

11 1. Besteht eine tatbestandliche Handlung aus mehreren Handlungen im „natürlichen" Sinn, so können die Teilhandlungen dieses bestimmten Delikts je mit verschiedenen anderen Delikten in Handlungseinheit stehen. In Rechtsprechung und Literatur wird in diesem Fall eine *Verklammerung* der verschiedenen Delikte durch das bestimmte Delikt angenommen[12]: Wenn verschiedene Delikte alle mit einem bestimmten Delikt in Handlungseinheit stehen, so soll auch zwischen diesen mehreren Delikten Handlungseinheit bestehen, eben per Verklammerung durch das bestimmte Delikt. Diese Lösung beruht auf einem naturalistischen Mißverständnis dessen, was deliktische Handlung und dementsprechend Handlungseinheit ist[13], wobei das Mißverständnis freilich durch den äußerlichen und material verfehlten Ansatz des Gesetzes bei der Handlungseinheit begünstigt wird. Die Verklammerung wird auch nicht konsequent durchgehalten: Wenn die Strafdrohung beim verklammernden Delikt geringer ist als bei den verklammerten Delikten (teils ist auch vom Gewicht der Tatbestände oder des Unrechts die Rede; — generell oder bei der konkreten Tat?[13a]), so soll Realkonkurrenz vorliegen[14].

---

10 So freilich die überwiegende Ansicht; *Oske* MDR 1965 S. 532 ff; *Jescheck* AT § 67 III 2; *SK-Samson* § 52 Rdn. 13; *Schmidhäuser* AT 18/43; *LK-Vogler* § 52 Rdn. 25; *Stratenwerth* AT Rdn. 1245; *Lackner* § 52 Anm. 2 c. — Teils ähnlich wie hier *Welzel* Strafrecht § 30 I 4; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 91 vor § 52; *Maurach* JZ 1962 S. 559 ff, 562; *Eb. Schmidt* JZ 1951 S. 21 ff.

11 Das bleibt unberücksichtigt in RG 32 S. 137 ff, 139 f und wohl auch in RG 54 S. 288 f, 289; 66 S. 346 ff, 347; BGH 18 S. 29 ff, 34; BGH LM § 177 StGB Nr. 8, 10; BGH GA 1967 S. 21 f; — zutreffend aber RG 66 S. 117 ff, 119.

12 RG 44 S. 223 ff, 228 f; 56 S. 329 ff, 330; 60 S. 241 ff, 243; 66 S. 117 ff, 119 f; 68 S. 216 ff, 217 f; ständige Rechtsprechung, zuletzt BGH NStZ 1984 S. 262, 408; BGH 33 S. 4 ff, 5 ff; BGH bei *Holtz* MDR 1985 S. 627 f; BGH NStZ 1989 S. 20, 70 f. *Warda* JuS 1964 S. 81 ff, 88; *Geerds* Konkurrenz S. 280 ff; *Jescheck* AT § 67 II 3; *Maurach-Gössel* AT II § 55 Rdn. 74 ff; *Schönke-Schröder-Stree* § 52 Rdn. 14 ff; *Lackner* § 52 Anm. 2 b und die überwiegende Lehre; — kritisch gegen eine Klammerwirkung *Wahle* GA 1968 S. 97 ff, 107 ff; *R. Schmitt* ZStW 75 S. 43 ff, 48; *Stratenwerth* AT Rdn. 1246; *LK-Vogler* § 52 Rdn. 29; *Schmidhäuser* AT 18/41. — Differenzierend *Struensee* Konkurrenz S. 26 ff; *Werle* NJW 1980 S. 2671 ff, 2680; *ders.* Konkurrenz S. 167 ff, 195 ff, 211 ff (mit eingehender Darstellung und Kritik der Klammerwirkung S. 48 ff), der alle diejenigen Einzelakte schon aus dem verklammernden Delikt herauslösen will, die gegen ein ideal konkurrierendes Gesetz mindestens gleichen Gewichts verstoßen (insbesondere zu den §§ 129, 129 a StGB).

13 *Schmidhäuser* AT 18/41.

13a Für eine Berücksichtigung besonders schwerer und minder schwerer Fälle BGH 33 S. 4 ff, 6 ff.

14 BGH 1 S. 67 ff; 2 S. 246 ff; 3 S. 165 ff, 167; 6 S. 92 ff, 97; 18 S. 66 ff, 69 mit Anmerkung *Hellmer* NJW 1963 S. 116; BGH 23 S. 141 ff, 149 f; 29 S. 288 ff, 291 f; BGH NJW 1975 S. 985 f, 986; BGH 31 S. 29 ff (mit der Klarstellung, daß keine Entklammerung stattfinden soll, wenn nur eines der verklammerten Delikte schwerer ist; ebenso BGH bei *Holtz* MDR 1983 S. 619 ff, 620); *Schönke-Schröder-Stree* § 52 Rdn. 17 mit weiteren Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Auch für die Fälle, in denen die Strafdrohung des verklammernden Delikts zumindest gleich stark ist, wird es als unbefriedigend erkannt, daß die strengeren Regelungen der Realkonkurrenz (§ 54 Abs. 2 StGB) entfallen, nur weil der Täter neben handlungsmehrheitlichen Delikten noch ein verbindendes Delikt begangen hat.

Für eine Klammerwirkung spricht einzig, daß um die Idealkonkurrenz aller handlungsmehrheitlichen Delikte mit einem bestimmten gemeinsamen Delikt nicht herumzukommen ist. Es scheint also bei der Annahme von Realkonkurrenz folgendes Dilemma[14a] zu bestehen: Entweder wird das bestimmte gemeinsame Delikt bei *jeder* der handlungsmehrheitlichen Taten in Handlungseinheit angefügt und somit unzulässig mehrfach verwertet[15], oder aber es wird nur *einer* der Taten handlungseinheitlich attachiert, wobei freilich die Handlungseinheit der anderen Taten mit diesem Delikt unbenannt bleibt[16].

2. Die Annahme von Idealkonkurrenz aller Delikte ist freilich ein falscher und **12**
unnötiger Ausweg. Der Ausweg ist falsch, weil die „verklammerten" Delikte ihrerseits keine gemeinsame Handlung aufweisen und deshalb nicht ideal konkurrieren, und er ist unnötig, weil folgender Lösungsweg sowohl die Idealkonkurrenz aller handlungsmehrheitlichen Delikte mit dem einen gemeinsamen Delikt als auch die Handlungsmehrheitlichkeit der Delikte berücksichtigt: Zunächst ist für die handlungsmehrheitlichen Delikte nach den Regeln der *Real*konkurrenz, ohne Blick auf die Handlungseinheitlichkeit zum gemeinsamen Delikt[17], eine Strafe festzulegen; sodann ist die gefundene Strafe, die alle handlungsmehrheitlichen Delikte berücksichtigt, im Blick auf die *einmal* bestehende Idealkonkurrenz zum gemeinsamen Delikt nach der Regel des § 52 StGB zu ergänzen. Letzteres geschieht folgendermaßen: Es wird der Strafrahmen mit der höchsten Strafdrohung ermittelt, wobei für die real konkurrierende Gruppe der strengste Rahmen der verwirklichten Delikte oder — für den Fall noch größerer Strenge — derjenige des § 54 Abs. 2 StGB gilt. Mindeststrafen etc. werden nach dem Kombina-

---

14a Zum Dilemma treffend *Lippold* Konkurrenz S. 29 ff, der selbst aber nur eine „fiktive Lösung" bietet, S. 58 ff, 64.

15 So die überwiegende Ansicht im Fall der „Entklammerung" mangels Gewicht des an sich verklammernden Delikts. Dadurch — wie auch durch die hier vorgeschlagene Lösung — wird die Idealkonkurrenz zwischen den handlungseinheitlichen Taten und dem bestimmten gemeinsamen Delikt nicht aufgelöst; die rechtskräftige Erledigung des letzteren Delikts kann also alle Verfahren mit den ersteren Delikten als Prozeßgegenstand sperren. Zwar dürfte der Satz, Idealkonkurrenz führe *stets* zur Tatidentität im Sinn des Prozeßrechts, nicht uneingeschränkt gelten (oben 32/Fn. 22). Eine Ausnahme ist aber nicht angebracht, wenn das Delikt, das Gegenstand eines Urteils ist, dieselbe Verletzungsrichtung aufweist wie das handlungseinheitliche Delikt: In diesem Fall ist der Prozeßgegenstand nur quantitativ unbestimmt. Demgemäß sperrt — ohne Blick auf eine Klammerwirkung — eine Verurteilung aus den §§ 129, 129 a StGB ein weiteres Verfahren wegen aller Taten, die als mitgliedschaftliche Beteiligungsakte vollzogen wurden; eingehend *Grünwald* Bockelmann-Festschrift S. 737 ff. — *A. A.* BVerfG NJW 1978 S. 414 f; NJW 1981 S. 1433 ff; BGH 29 S. 288 ff, 292 ff; BGH GA 1980 S. 314 ff. — Für eine Auflösung der Tat nach den §§ 129, 129 a StGB in real konkurrierende Einzelakte *Werle* NJW 1980 S. 2671 ff; *ders.* Konkurrenz S. 161 ff. — Für eine Beschränkung der §§ 129, 129 a StGB auf organisationsbezogene Akte OLG Karlsruhe JR 1978 S. 34 f mit Anmerkung *Meyer* aaO S. 35 f; *LK-Vogler* Rdn. 23 vor § 52; *Gössel* JR 1982 S. 111 ff, 112. — *Krauth* Kleinknecht-Festschrift S. 215 ff, 227 ff (mit eingehender Stellungnahme zu den vorgenannten Ansichten S. 219 ff) will ein schutzwürdiges Vertrauen auf Erledigung für sich strafbarer Unterstützungshandlungen nach einer Verurteilung wegen der §§ 129, 129 a StGB nur dann nicht anerkennen, wenn die „Tathandlung (dem Angeklagten) in der Anklage nicht vorgeworfen wird und . . . tatsächlich in der Hauptverhandlung nicht Gegenstand der Untersuchung war" (S. 229). — Zu Vorschlägen de lege ferenda siehe *Klughardt* Gesetzgebung S. 152 ff.

16 Wegen des Dilemmas soll nach *SK-Samson* § 52 Rdn. 19 ohne Blick auf das Gewicht der Taten stets Idealkonkurrenz anzunehmen sein.

17 Das Ausklammern von ideal konkurrierenden Delikten bei der Strafzumessung ist keine Besonderheit dieses Lösungswegs, vielmehr bei fehlendem Strafantrag für ein Delikt etc. geläufig.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

tionsprinzip berücksichtigt (§ 52 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 StGB); die nach § 52 Abs. 1 StGB erforderliche *eine Strafe* wird durch eine Erhöhung der schon feststehenden Strafe (scil. für die handlungsmehrheitlichen Delikte) gebildet, wenn nicht das gemeinsame handlungseinheitliche Delikt im Blick auf das Gewicht der handlungsmehrheitlichen Delikte eine quantité négligeable ist. Beispiel: Begeht ein Täter zur Aufrechterhaltung einer einfachen Freiheitsberaubung mehrfach und nur durch die Freiheitsberaubung verbunden eine einfache Körperverletzung, so ist zunächst die Strafe für die real konkurrierenden Körperverletzungen nach den Regeln der §§ 53 f StGB festzusetzen; diese Strafe ist innerhalb des bezeichneten strengsten Rahmens wegen der *einmal* ideal konkurrierenden Freiheitsberaubung zu schärfen, so wie es allgemein den Prinzipien der Strafzumessung bei Idealkonkurrenz entspricht.

II. Die Realkonkurrenz

Literatur

E. Bender Doppelte Gesamtstrafe oder „Einheits"-Gesamtstrafe? NJW 1964 S. 807 f; *B.-D. Bode* Die bedingte Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe, Faller-Festschrift S. 325 ff; *K. Böhm* Zusammentreffen von lebenslanger Freiheitsstrafe mit anderen Strafen und freiheitsentziehenden Maßregeln, NJW 1982 S. 135 ff; *P. Bringewat* Die Bildung der Gesamtstrafe, 1987; *ders.* Straferledigung i. S. des § 55 StGB und angemessener Härteausgleich, NStZ 1987 S. 385 ff; *ders.* Zäsurwirkung des früheren Urteils trotz Straferledigung? — BGHSt. 33, 367, JuS 1988 S. 25 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH JR 1989 S. 247 f, aaO S. 248 ff; *H. J. Bruns* Zum Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen oder strafrahmenbildenden Umständen, H. Mayer-Festschrift S. 353 ff; *ders.* Strafzumessungsrecht, 2. Auflage 1974; *ders.* Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1980; *E. Dreher* Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen, JZ 1957 S. 155 ff; *H. Jagusch* Anmerkung zu BGH 24 S. 268 ff, NJW 1972 S. 454 f; *K. Lackner* Zur rechtlichen Behandlung der Mehrfachtäter bei Aussetzung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe, Leferenz-Festschrift, S. 609 ff; *F. Loos* Anmerkung zu BGH 31 S. 102 ff, NStZ 1983 S. 260 f; *K. Niederreuther* Die prozessuale Behandlung der Realkonkurrenz im geltenden und künftigen Recht, 1930; *K. Rüdiger* Zur Zäsurwirkung einer früheren Verurteilung im Rahmen nachträglicher Gesamtstrafenbildung, NJW 1987 S. 479 f; *H. Sacksofsky* Die Problematik der doppelten Gesamtstrafe, NJW 1963 S. 894 f; *O. Schweling* Die Bemessung der Gesamtstrafe, GA 1955 S. 289 ff; *W. Stree* Anmerkung zu BGH 33 S. 326 ff, NStZ 1986 S. 163 ff; *ders.* Anmerkung zu BGH 33 S. 367 ff, JR 1987 S. 73; *Th. Vogt* Anmerkung zu BGH 31 S. 102 ff, JR 1983 S. 250.

A. Der Grundsatz der Gesamtstrafenbildung

13 1. Soweit eine Handlungsmehrheit nicht nach den Regeln der Gesetzeskonkurrenz zu erledigen ist und es nicht um einen handlungsvereinigenden Tatbestand geht, werden dem Täter alle verwirklichten Delikte kumuliert zugerechnet, und für jedes selbständige Delikt wird eine Strafe bestimmt. Delikte und Einzelstrafen konkurrieren somit realiter. Aber aus den — zeitigen — Einzelstrafen wird eine Gesamtstrafe gebildet, in der die Einzelstrafen nur noch der Idee nach vereinigt sind. Die Realkonkurrenz wird also nach positivem Recht so wenig rein durchgeführt wie die Idealkonkurrenz.

Der Unterschied dieser Regelung von Tatmehrheit zu mehreren Verurteilungen wegen mehrerer Taten (die nicht schon im ersten Urteil als real konkurrierend erledigt werden konnten, sonst erfolgt eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung nach § 55 StGB) besteht im Ersatz der Addition (Kumulation) aller Strafen durch Asperation der schwersten Einzelstrafe (§ 54 Abs. 1 Satz 1 StGB). Der Unterschied zur Idealkonkurrenz besteht — abgesehen vom Verfahren der Strafzumessung: erst Einzelstrafen, dann Gesamtstrafe — darin, daß zur Schärfung der höchsten Einzelstrafe der Strafrahmen des § 54 Abs. 2 StGB zur Verfügung steht. Beide Unterschiede sind de lege ferenda

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

zu überprüfen. Was den Unterschied zur Lage bei mehreren Verurteilungen angeht, so dürfte dort eine erweiterte Zulassung nachträglicher Gesamtstrafenbildung tolerabel sein (siehe unten 33/15). Der Unterschied zur Idealkonkurrenz — stets Beschränkung auf den Rahmen des schwersten verwirklichten Delikts bei Idealkonkurrenz, stets der Rahmen des § 54 Abs. 2 StGB bei Realkonkurrenz — läßt sich überhaupt nicht begründen.

14 2 a) Der bei tatmehrheitlicher Verurteilung erfolgende Verzicht auf eine Addition der Einzelstrafen wird mit zwei Argumenten begründet. Zum einen soll sich „die Freiheitsstrafe ihrer Natur nach gerade durch die Verlängerung der ohne Unterbrechung zu verbüßenden Strafzeit . . . empfindlicher gestalte(n)“[18]. Zum anderen soll die Vollstreckung mehrerer, addiert faktisch lebenslanger Strafen die Zeitigkeit der Freiheitsstrafe aufheben[19]. Das erste Argument beruht auf bislang nicht fundierten Spekulationen über den Strafschmerz; das zweite kann nicht erklären, weshalb auch innerhalb der für zeitige Strafen geltenden Grenze von fünfzehn Jahren nicht addiert wird. Der Sache nach geht es darum, daß die Strafe als Symbol der Mißbilligung des Täterverhaltens zu verstehen ist und mehrere Mißbilligungen gleichzeitig symbolisieren kann. Die Vollstreckung der Gesamtstrafe erfolgt demgemäß auch nicht dergestalt, daß die Taten bestimmten Gesamtstrafenteilen zuzuordnen wären, sondern die gesamte Strafe wird wegen aller Taten vollstreckt. Die Funktion der Gesamtstrafe besteht nach diesem Verständnis nicht darin, eine bestimmte Summe Strafschmerz zu bewirken. Die Effektivität der Strafe läßt sich auch hier nicht naturalistisch bestimmen. Vielmehr muß durch die Gesamtstrafe die Mißbilligung aller Taten expressiv werden; hierfür bedarf es so wenig der Addition der Einzelstrafen, wie es zur Zusammenfassung einzelner sprachlicher Sinneinheiten einer Addition der diese Einheiten verkörpernden Wörter bedarf. Treffend formuliert das Reichsgericht, daß die Festsetzung der Gesamtstrafe eine „richterliche Entscheidung über die Modalität der Vollstreckung der Einzelstrafen“ ist[20]: Die Einzelstrafen werden also alle, und zwar gleichzeitig, vollstreckt, obgleich die Gesamtstrafe geringer ist als die Summe der Einzelstrafen.

15 b) Alle Begründungen für die Gesamtstrafe sind freilich damit unverträglich, daß die Gesamtstrafenbildung auf Fälle beschränkt ist, in denen mehrere Taten gleichzeitig abgeurteilt werden oder in denen — bei mehreren Entscheidungen, nachträgliche Gesamtstrafenbildung, § 55 StGB — alle Taten vor der früheren Entscheidung liegen. Diese Regelung wird wohl von der Befürchtung geprägt, eine Einbeziehung auch von Taten nach einer früheren Entscheidung nehme der Norm die spezialpräventive Kraft, da der Täter dann keine Erhöhung der Gesamtstrafe um so viele Strafeinheiten zu befürchten habe, wie die Tat allein genommen ausmacht. Diese Befürchtung paßt aber weder zu der geläufigen Spekulation über die progressive Zunahme des Strafschmerzes in der Zeit noch zu der hiesigen Ansicht, nach der es auf den expressiven Gehalt der Gesamtstrafe ankommt[21]. Auch ist das Ergebnis der Beschränkung — die Strafensumme kann fünfzehnjährige Freiheitsstrafe übersteigen — mit der Zeitigkeit der Freiheitsstrafe unverträglich. Die Berücksichtigung vorgehender Verurteilungen bei der Strafzumessung wegen der nachfolgenden Taten[22] läuft zwar auf eine partielle Korrektur des insoweit verfehlten Gesetzes hinaus, führt aber zu unangemessenen Ergebnissen, wenn das erste Urteil keinen Bestand hat (etwa bei erfolgreicher Wiederauf-

---

18 RG 44 S. 302 ff, 306; 25 S. 298 ff, 299.

19 E 1962 Begründung S. 192 f; *Schönke-Schröder-Stree* Rdn. 4 vor § 52; *Jescheck* AT § 68 II 1; *LK-Vogler* § 53 Rdn. 2.

20 RG 25 S. 298 ff, 309; 44 S. 302 ff, 306.

21 Siehe auch *Stratenwerth* AT Rdn. 1258.

22 Dafür *Schönke-Schröder-Stree* § 53 Rdn. 8; *a. A.* RG 4 S. 54 ff; OLG Hamm NJW 1971 S. 1373 f, 1374; *Dreher-Tröndle* § 38 Rdn. 3.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

nahme). — Jedenfalls ist — neben § 57 StGB — § 57 a StGB entsprechend auf Strafensummen anzuwenden, bei denen zwei Drittel mehr ist als fünfzehn Jahre.

16 3. Nach altem Recht fehlte eine Regelung über die Bildung der Gesamtstrafe für den Fall, daß mindestens eine der Einzelstrafen eine lebenslange Freiheitsstrafe (oder ehemals eine Todesstrafe) war. Obwohl die Schärfung einer solchen Strafe dieser die absolute Strenge raubt[23], wurde bis zuletzt überwiegend vertreten, zur lebenslangen Freiheitsstrafe könne zwar bei der Vollstreckung nichts mehr hinzutreten, hingegen sei eine Kumulation im Urteil möglich (etwa: Verurteilung „zweimal zu lebenslänglichem Zuchthaus und außerdem zu 15 Jahren Zuchthaus"[24]). Die Ermöglichung der Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe durch § 57 a StGB (1981) nötigte zu einer Entscheidung auch solcher Fälle[25]; dadurch veranlaßt beendet § 54 Abs. 1 Satz 1 StGB n. F. nunmehr (ab 1986) die Kumulationspraxis, der schon *Carpzovs* „Tadel" und „Spott" gegolten hatte[25a] (siehe unten 33/18).

B. Der Vorgang der Gesamtstrafenbildung

17 1. Die Gesamtstrafe wird bei einer gleichzeitigen Verurteilung wegen mehrerer Taten (§ 53 Abs. 1 StGB) und bei einer Verurteilung[26] wegen Taten, die vor einer

---

23 Die Schärfung ist die sinnenfällige Lösung (nichts Sinnenfälliges ist absolut); aber nach ihrer Bedeutung ist eine einzige absolute Strafe schon alles.

24 RG 54 S. 190 ff; siehe noch BGH 32 S. 93 f.

25 Zu den Schwierigkeiten, die der Gesetzgeber zunächst der Praxis überlassen hatte, siehe *Böhm* NJW 1982 S. 135 ff; *Bode* Faller-Festschrift S. 325 ff, 335 ff, und insbesondere *Lackner* Lefeerenz-Festschrift S. 609 ff.

25a Nach *v. Hippel* Strafrecht II § 36 II 4, siehe auch § 38 III 1.

26 Wird die Möglichkeit einer Gesamtstrafenbildung bei der späteren Verurteilung nicht wahrgenommen, so ist die Gesamtstrafe nach § 460 StPO zu bilden, und zwar auch, wenn eine der Strafen *mittlerweile* schon vollstreckt worden ist, sofern nur aus einer anderen Strafe noch (ein Rest) zu vollstrecken ist; *KK-Chlosta* § 460 Rdn. 10. — Sind bei einer späteren Festsetzung einer Strafe frühere — gesamtstrafenfähige — Strafen schon vollstreckt, so soll die neue Strafe nicht ohne Abzug auf die vollendete Strafe folgen können, da es Zufall, jedenfalls aber nicht dem Täter anzulasten sein soll, daß die Aburteilung wegen aller Taten nicht zu *einem* Zeitpunkt erfolgte. In der Literatur wird die Lösung vorgeschlagen (*Loos* NStZ 1983 S. 260 f; *Schönke-Schröder-Stree* § 55 Rdn. 28 ff; *SK-Samson* § 55 Rdn. 8), eine hypothetische (als wäre nicht vollstreckt) Gesamtstrafe zu bilden und als neue Strafe nur deren nicht durch Vollstreckung erledigten Rest auszuwerfen. Ist die Erledigung durch Strafe*rlaß* erfolgt, soll aber lediglich der prozentuale Anteil der erledigten Strafe an der Gesamtstrafe subtrahiert werden. — Die Rechtsprechung hält dieses Verfahren für zulässig, aber nicht für zwingend (BGH MDR 1982 S. 946; BGH 31 S. 102 ff mit Anmerkungen *Loos* NStZ 1983 S. 260 f und *Vogt* JR 1983 S. 250); der Richter soll nach seinem Ermessen auch auf jede andere Weise, die dem Täter einen angemessenen Ausgleich gewährt, verfahren können (indem er etwa die neue Strafe sogleich als reduzierte Strafe festsetzt). Da nach BGH 33 S. 131 ff, 132; BGH NJW 1989 S. 236 f (mit zutreffend ablehnender Anmerkung *Bringewat* JR 1989 S. 248 ff) freilich *nur* ein solcher Ausgleich „angemessen" sein soll, wie er sich nach dem geschilderten Literaturvorschlag errechnet, ebnet sich die Differenz zur Literatur im Ergebnis völlig ein. — Ist die neue Strafe sowieso schon als Gesamtstrafe zu bilden, soll dabei die Grenze des § 54 Abs. 1 Satz 2 StGB unterschritten werden dürfen (etwa wenn bereits eine Strafe von fünf Jahren vollstreckt ist und die neuen Einzelstrafen zwei Jahre und zudem sechs Monate betragen, hätte die fiktive Gesamtstrafe wohl unterhalb von sieben Jahren gelegen; die neue Gesamtstrafe soll deshalb unter zwei Jahren liegen dürfen); die Berechnungsgrundsätze des § 39 StGB sollen nicht gelten (BGH NJW 1989 S. 236 f); die Obergrenze des § 54 Abs. 2 Satz 2 StGB soll aber zu beachten sein (BGH 33 S. 131 ff). — Der in der Literatur vorgeschlagene fiktive Berechnungsschematismus und die im Ergebnis ebenso verfahrende Angemessenheitsberechnung der neueren Rechtsprechung bringen nur eine problematische Lösung, da sie Strafquanten und Strafbedeutung in eins setzen. Gleiches gilt für das in der Rechtsprechung zur Obergrenze des § 54 Abs. 2 Satz 2 Ausgeführte. Die schon vollstreckte Strafe ist nun einmal nicht als Gesamtstrafe, also nicht als Antwort auf die vormals abgeurteilte und zudem die nunmehr anstehende Tat, vollstreckt worden (siehe oben 33/14; weitere Einwendungen bei *Bringewat* NStZ 1987 S. 385 ff, 388; *ders.* Bildung Rdn. 254 ff); sie betrifft überhaupt nicht den neuen Kontext. Der Abzug wird deshalb —

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

früheren Verurteilung liegen (§ 55 Abs. 1 StGB), gebildet. Werden mehrere Taten gleichzeitig abgeurteilt, von denen mindestens eine vor und mindestens eine nach einer früheren Verurteilung liegt, so kann keine Gesamtstrafe gebildet werden, die beide Gruppen verbindet, da die frühere Verurteilung die nachfolgende(n) Tat(en) aus der Gesamtstrafe aussperrt[27] (§ 55 Abs. 1 Satz 1 StGB a. E.). Das Ergebnis — nachträgliche Gesamtstrafe für die Taten der ersten Verurteilung und vorgehende Taten gemäß § 55 StGB, Kumulation mit der Strafe für nachfolgende Taten — ist natürlich so unbefriedigend, wie die Beschränkungen des § 55 StGB überhaupt unbefriedigend sind. Eine andere Entscheidung (scil. Gesamtstrafe) würde aber den Täter, der vor der ersten Verurteilung noch weitere Taten begangen hat, gegenüber demjenigen begünstigen, der keine Taten vor der ersten Verurteilung „in Reserve" hat (Kumulation). Auch wäre das Ergebnis von dem Zufall abhängig, ob die erste Verurteilung alle vor ihr liegenden Taten erfaßt (dann Kumulation mit der Verurteilung wegen nachfolgender Taten) oder nicht (dann Gesamtstrafe).

Sind für die einzelnen Taten je Freiheitsstrafe oder je Geldstrafe[28] auszuwerfen, so ist die Gesamtstrafenbildung zwingend vorgeschrieben (§ 53 Abs. 1 StGB). Beim Zusammentreffen von Freiheits- und Geldstrafe hat das Gericht die Möglichkeit, auf eine Gesamtfreiheitsstrafe (§ 53 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 54 Abs. 3 StGB) oder auf Geldstrafe gesondert neben Freiheitsstrafe zu erkennen (§ 53 Abs. 2 Satz 2 StGB), wobei es im letzteren Fall freilich nicht um bloße Kumulation von Freiheits- und Geldstrafe geht, sondern um eine Bestimmung beider Strafen entsprechend den Zumessungsregeln des § 54 Abs. 1 Satz 2 StGB[29] (streitig).

18 2. Für die Bestimmung der Gesamtstrafe gibt das Gesetz bei *zeitigen* Strafen einen dreifach fixierten Rahmen: Sie muß um mindestens eine Strafeinheit höher sein als die höchste Einzelstrafe (die sogenannte *Einsatzstrafe,* § 54 Abs. 1 Satz 2 StGB), wenn diese nicht schon das Höchstmaß ausmacht; sie muß ferner um mindestens eine Strafeinheit niedriger sein als die Summe aller Einzelstrafen (§ 54 Abs. 2 Satz 1 StGB), und sie darf schließlich fünfzehn Jahre Freiheitsstrafe (also das Höchstmaß zeitiger Freiheitsstrafe überhaupt, § 38 Abs. 2 StGB) und siebenhundertzwanzig Tagessätze Geldstrafe (also das Doppelte des regelmäßigen Höchstsatzes, § 40 Abs. 2 StGB) nicht übersteigen (§ 54 Abs. 2 Satz 2 StGB). Innerhalb dieses Rahmens erfolgt die Strafbestimmung unter zusammenfassender Würdigung der Person des Täters und der einzelnen Taten, § 54 Abs. 1 Satz 3 StGB, was heißt, unter Berücksichtigung aller Grundsätze

---

von der neuen Sache her gesehen — extern erzwungen: Daß der Täter nicht unter den Zufällen des Urteilszeitpunkts leiden soll, führt zu einem Verlust an Straf*bedeutung.* Der Sache nach geht es also nicht mehr um Straf*zumessung,* sondern um Straf*verzicht* aus strafrechtsexternen Gründen.

27 Streitig; wie hier RG 4 S. 54 ff, 55 ff; BGH 9 S. 370 ff, 383; BGH GA 1963 S. 374 f; BGH 32 S. 190 ff; ständige Rechtsprechung; *Bender* NJW 1964 S. 807 f; *LK-Vogler* § 55 Rdn. 12; *Dreher-Tröndle* § 55 Rdn. 5; *Lackner* § 55 Anm. 2 b; *Jescheck* AT § 68 III 2. — *A. A.* (es sei eine Gesamtstrafe aus allen Einzelstrafen zu bilden) *Sacksofsky* NJW 1963 S. 894 f; *SK-Samson* § 53 Rdn. 9. — Vermittelnd (eine Gesamtstrafe soll aus allen Einzelstrafen nur dann gebildet werden, wenn die vorgehende Verurteilung im Blick auf die folgenden Taten einen „warnenden Appell" ausübte) *Schönke-Schröder-Stree* § 55 Rdn. 14 ff, 16. — Ist die Vorverurteilung erledigt (im Sinn von § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB), so hindert sie eine Gesamtstrafe trotzdem. Ansonsten hinge die Möglichkeit der Gesamtstrafenbildung von Zufälligkeiten der Vollstreckung ab; BGH 33 S. 367 ff, 368 ff mit Besprechungen *Rüdiger* NJW 1987 S. 478 ff und *Bringewat* JuS 1988 S. 25 ff und Anmerkung *Stree* JR 1987 S. 73 ff, freilich gegen die ganz überwiegende, bei Erledigung die Zäsurwirkung verneinende Rechtsprechung: BGH NStZ 1982 S. 377; BGH 32 S. 190 ff, 193; BGH StV 1987 S. 480; siehe auch BGH NStZ 1988 S. 270.

28 Zum Problem unterschiedlicher Tagessatzhöhen siehe *Bringewat* Bildung Rdn. 288 ff mit Nachweisen.

29 Zur Geldstrafe nach § 53 Abs. 3 i. V. m. § 52 Abs. 3 StGB siehe *LK-Vogler* § 53 Rdn. 16.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

der Strafzumessung bei der Zusammenfassung[30]. Da es bei der Gesamtstrafenbildung nur noch um die Frage geht, wie die verwirkten Einzelstrafen zu vollstrecken sind, ist nicht etwa der gesamte Strafzumessungsvorgang durch erneute Würdigung der einzelnen Taten zu wiederholen. Vielmehr erfolgt die Schärfung der höchsten verwirkten Strafe wegen der anderen verwirkten und schon fixierten *Strafen*, so daß die zugehörigen *Taten* nur vermittelt über die Strafen in die zusammenfassende Würdigung bei der Bestimmung der Gesamtstrafe aufzunehmen sind. Da also die anderen Strafen und nicht die anderen Taten ein Schärfungsgrund sind, dürfen Strafzumessungserwägungen, die schon bei der Bestimmung der Einzelstrafen verbraucht wurden, nicht erneut berücksichtigt werden[31] (Mehrfachverwertungsverbot). Freilich erlaubt das Gesetz auch keinen mathematisierten Schematismus der Zusammenrechnung von Strafen (etwa: höchste verwirkte Strafe plus x Prozent der anderen verwirkten Strafen), ja nicht einmal je eine Schärfung der höchsten verwirkten Strafe für eine jede der anderen Strafen, sondern nur eine einfache Schärfung[32]. Die Einzelstrafen unterhalb der höchsten Einzelstrafe haben deshalb praktisch auf die Strafbestimmung innerhalb des Strafrahmens je nach der Gesamtlage einen ganz unterschiedlichen Einfluß.

Eine *lebenslange* Freiheitsstrafe als Einzelstrafe ist nach § 54 Abs. 1 Satz 1 StGB zugleich Einsatzstrafe und Gesamtstrafe. Auch bei mehreren lebenslangen Einzelstrafen ist die Gesamtstrafe eine einzige lebenslange Strafe. Für Nebenstrafen[33] etc. siehe § 53 Abs. 3 i. V. m. § 52 Abs. 4 StGB und § 55 Abs. 2 StGB. — Einzelheiten sind Gegenstand der Strafzumessungslehre.

---

30 BGH 24 S. 268 ff, 269 mit Anmerkung *Jagusch* NJW 1972 S. 454 f; siehe ferner *Schweling* GA 1955 S. 289 ff; *Bringewat* Bildung Rdn. 182 ff. — Hat der Verurteilte auf eine Strafaussetzung bereits eine Leistung erbracht und scheidet eine Aussetzung der Gesamtstrafe aus, so ist der Verlust der Leistung bei der Straf*vollstreckung* anzurechnen; BGH 36 S. 379 ff, 381 ff (anders — Berücksichtigung bei der Gesamtstrafen*bildung* — BGH 33 S. 326 ff mit Anmerkung *Stree* NStZ 1986 S. 163 ff); siehe § 56 f Abs. 3 Satz 2 StGB.

31 *Dreher* JZ 1957 S. 155 ff, 157; *Schönke-Schröder-Stree* § 54 Rdn. 15; *SK-Samson* § 54 Rdn. 9; *Jescheck* AT § 82 V 3; siehe auch OLG Bremen NJW 1952 S. 1069; OLG Köln NJW 1953 S. 275 f, 276. — Die teilweise erheblich abweichenden Ansichten (BGH 8 S. 206 ff, 210 f; 24 S. 268 ff, 270; *Bruns* H. Mayer-Festschrift S. 353 ff, 374; *ders.* Strafzumessungsrecht S. 473; *ders.* Leitfaden S. 115; *Schweling* GA 1955 S. 289 ff, 292; *LK-Vogler* § 54 Rdn. 11) beruhen auf Unklarheiten über den Schärfungsgrund: die anderen Strafen oder die zugrundeliegenden Taten? — *Montenbruck* JZ 1988 S. 332 ff hält die Einzelstrafen für hypothetische Strafen auf fiktiver Basis (weil von ihrem Kontext abgesehen werde) und qualifiziert allein die Gesamtstrafenbildung als Strafzumessung: im Rahmen der Bildung einer *Einheitsstrafe* (dazu oben 31/10). Er hält deshalb auch einen Rückgriff auf die Einzelstrafe (etwa bei nachträglichem Fortfall aller anderen Strafen) für verfehlt.

32 Siehe RG 44 S. 302 ff, 304 f; BGH 12 S. 1 ff, 6 f.

33 *Bringewat* Bildung Rdn. 134 ff mit Nachweisen.

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Sachregister

Die fetten Zahlen verweisen auf die Abschnitte, die mageren auf deren Randnummern.

Abartigkeit siehe Unzumutbarkeit
Abbruch ärztlicher Intensivbehandlung 7 64
Aberglauben siehe überirdische Kräfte
aberratio ictus siehe Objektsirrtum
Abschreckung siehe Generalprävention, negative
Absicht 8 15 ff
Beschränkung der — auf Hauptfolgen 8 15
Endziel und Zwischenziel bei — 8 15
— bei Situationsbeschreibungen 8 16
Vorstellungsseite der — 8 17
Willensseite der — 8 15 f
siehe auch subjektive Unrechtselemente; Vorsatz; Vorsatzgestalt
absolute Straftheorie siehe Vergeltungstheorie
Absorption siehe Konkurrenz
abstrakte Gefährdung siehe Gefährdungsdelikte
Abwägung siehe Interessenabwägung; defensiver Notstand
Abweichung des Kausalverlaufs 8 64 ff
Adäquanzlösung 8 64 f, 72
Quantitätsirrtum 8 73
— bei zu enger Risikodefinition 8 68 f
— bei zu weiter Risikodefinition 8 67
— als Problem der Risikoverwirklichung 8 64 ff
siehe auch Irrtum über Beteiligung
actio illicita in causa 12 Fn. 106; 21 84
actio libera in causa 17 57 ff, 64 ff (25 74 a)
Beteiligung an eigener Tat bei — 17 67
fahrlässige — 17 66; 21 113
Rücktritt bei — 17 68
Verhältnis der — zur mittelbaren Täterschaft 17 64
Versuchsbeginn bei — 17 68
Voraussetzungen der — 17 65 ff
vorsätzliche — 17 66
Vorverlagerung der Tathandlung bei — 17 68
Adäquanztheorie siehe objektive Zurechnung
Äquivalenztheorie 7 5 ff
Affekt
— beim Notwehrexzeß 20 29
Unrechtsbewußtsein bei Taten im — 19 26
Unzumutbarkeit bei Taten im — 8 17 f
Vorsatz bei Taten im — 8 13
Zurechnungsunfähigkeit bei Taten im — 18 10
agent provocateur 23 16 ff (22 3, 8; 29 33)
aggressiver Notstand 13 9 ff (13 5)
Abgrenzung zum erlaubten Risiko 7 41
Abgrenzung zur Notwehr 12 18
— neben behördlicher Abwehr 13 44 a
Eignung der Abwehr 13 17
Erforderlichkeit des Eingriffs 13 16 ff
Exzeß beim — 20 32
— bei hypothetischen Erfolgsursachen 7 96; 13 26
Gefahrbegriff beim — 13 12 ff
Gefahrenquelle 13 14
Gegenwärtigkeit der Gefahr 13 15
geschützte Güter 13 9 ff
Staatsnotstandshilfe im — 13 10 f
siehe auch Angemessenheit; Interessenabwägung
Akzessorietät 22 19 f; 23 1 ff (21 3 ff, 72 f)
extreme — 21 17
limitierte — 21 72, 91 f; 22 10; 23 5
Pflichtdelikte als akzessorietätsüberspringende Delikte 21 116
siehe auch qualitative (innere) —; quantitative —
alternativer Vorsatz 8 33
Alternativität 31 Fn. 13
Amtsrechte 16 1 ff
Beurteilungsspielraum des Amtsträgers 16 6 (16 15)
Delegation im Einzelfall 16 27
Delegation durch Gesetz 16 16 ff, 26
Ermessensprivileg des Amtsträgers 16 2, 15
indirekter Verbotsirrtum des Amtsträgers 16 7
Tatbestandswirkung zu vollstreckender Entscheidungen 16 4
Vollstreckbarkeitslösung 16 5 (16 2)
Voraussetzungsirrtum des Amtsträgers 16 8
siehe auch Handeln pro magistratu
Analogieverbot siehe Auslegung
Angehöriger
— als Begünstigter beim entschuldigenden

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Notstand **20** 7
— als Privilegierter **10** 19; **29** Fn. 192
Sonderpflicht eines — bei Unzumutbarkeit **17** 75
Angemessenheit der Notstandstat **13** 36 ff, 49 (**13** 19)
— bei Beweismangel im Prozeß **13** 39 ff
— bei Duldungs- und Opferpflichten **13** 43
— bei Geldmangel **13** 37 f
Vorrang des formellen Rechtsstaats **13** 42
Angriffsobjekt **2** 6
Anordnung siehe Anweisung
Anrechnung
— des Maßregelvollzugs auf die Strafe **1** 52
Anstiftung **22** 21 ff
Abgrenzung der — zur psychischen Beihilfe **22** 22
Begriff der — **22** 21
— zur Entschlußänderung **22** 25 f
— zum erfolgsqualifizierten Delikt **22** 29
Exzeß des Angestifteten **22** 29
Ketten- **22** 30
Konkretisierung der Tat **22** 27
Konkretisierung des Täters **22** 28
Mittel der — **22** 23
omnimodo facturus **22** 24
Strafrahmen **22** 31
versuchte — **27** 3 ff
siehe auch Beteiligung an einer Selbstverletzung; Beteiligung am und durch Unterlassen
Antriebssteuerung **6** 21 f, 25
Anweisung als Rechtfertigungsgrund **16** 11 ff (**19** 51)
Anweisung zu rechtswidrigem Verhalten **16** 11
Entschuldigungslösung **16** 13
Ermessen des Anweisenden **16** 15
gesetzliche Regelungen **16** 12
mittelbare Täterschaft des Anweisenden **16** 11
Rechtfertigungslösung **16** 13 f
Arzt siehe Abbruch ärztlicher Intensivbehandlung; bedingter Vorsatz; institutionelle Pflichten; mutmaßliche Einwilligung; rechtfertigende Einwilligung; Übernahme
Asperation siehe Konkurrenz
Aufklärungspflicht siehe rechtfertigende Einwilligung
Auflagen
— als Tatfolge **1** 51
Auslegung **4** 17 ff
— im AT **4** 43 ff
Generalisierbarkeit der — **4** 22, 37 ff
Generalisierungsverbot (Analogieverbot) bei der — **4** 33 ff
historische Theorie der — **4** 19 ff
Konnexität der Vorannahmen bei der — **4** 20 f
Lückenschließung durch — **4** 40 f
objektive Theorie der — **4** 19 ff
— bei Rechtfertigungsgründen **4** 44 (**12** Fn. 87)
Regelungssinn und — **4** 36
— und Sprachgebrauch **4** 35, 39
subjektive Theorie der — **4** 19 ff
Systembildung bei der — **4** 22, 37 ff, 45
Vorannahmen des Interpreten bei der — **4** 18 ff
— von Zeitgesetzen **4** 64 f
siehe auch Gesetzesbindung
Ausnahmen von der Strafbarkeit
persönliche — siehe rollenbezogene Bedingungen
Aussetzung
— des Strafrests **1** 52
— der Strafe **1** 51, 53
Automatismus siehe Handlung

Beamtengesetze siehe Anweisung (gesetzliche Regelungen)
bedingte Verurteilung **1** Fn. 78
bedingter Vorsatz **8** 21 ff
Billigungstheorien **8** 26
Bundesgerichtshof zum — **8** 28
emotionsorientierte Einstellungstheorien **8** 26 ff
Frank'sche Formel **8** 27
gültiges Urteil als — **8** 23
intellektorientierte Einstellungstheorien **8** 25
intellektuelle Theorie **8** 22
— als Mißachtung von Risikomaximen **8** Fn. 53
Prinzipien der Abgrenzung zur Fahrlässigkeit **8** 21
— bei Risikogewöhnung **8** 31 f
— bei riskanten ärztlichen Operationen **8** 24
Theorie der Selbstbegrenzung des Verwirklichungswillens **8** 29
Untergrenze der Wahrscheinlichkeit bei — **8** 30 ff (**8** 29 a)
— und Vermeidewille **8** 24
Wahrscheinlichkeitstheorie **8** Fn. 47
siehe auch Vorsatz; Vorsatzgestalt
Bedingung siehe Kausalität
Beendigung **22** 40 f; **25** 12; **33** 7

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Befehl siehe Anweisung; Verbotsirrtum beim Handeln auf Anweisung
Befolgungsunfähigkeit siehe Einsichtsunfähigkeit
Begleitumstände
absolute — **7** 16
relative — **7** 16 f, 82
Begnadigung **10** 25
behördliche Erlaubnis **16** 28 ff
— als Fall der Einwilligung **16** 28
fehlerhafte — **16** 29 a
nichtige — **16** 29 a
rechtfertigende — **16** 29
tatbestandsausschließende — **16** 29
Beihilfe **22** 33 ff
— beim Dauerdelikt **22** 40 f
— als Gefährdungsdelikt **22** 35
hypothetische Erfolgsursachen **22** 37; **29** 102
Kausalität der — **22** 33 ff
— bei mehraktigen Delikten **22** 40
Normzweckzusammenhang bei — **22** 37
objektive Zurechnung der — **22** 36 ff
— als Risikoerhöhung **22** 35
Strafmilderung für — **22** 44
— nach Vollendung **22** 40
Zeitpunkt der — **22** 38 ff
siehe auch Beteiligung an einer Selbstverletzung; Beteiligung am und durch Unterlassen
Bereiterklären siehe Beteiligungsversuch
Besitzkehr **16** 25
Besitzwehr **16** 25
besondere persönliche Merkmale siehe qualitative Akzessorietät; Vertreterhaftung
besonders schwere Fälle **6** 99 ff (**6** 104 f; **8** 43)
— bei Gesetzeskonkurrenz **31** 21
Bestimmtheit des Gesetzes **4** 11 ff, 13 ff
siehe auch Auslegung
Beteiligtenrolle siehe Irrtum über Beteiligung; Täterschaft; Täterschaftsformen; Teilnahme
Beteiligung siehe — an einer Selbstverletzung; — am und durch Unterlassen; notwendige Teilnahme; Täterschaft; Täterschaftsformen; Teilnahme
Beteiligung an einer Selbstverletzung **7** 120, 130; **21** 38, 56 ff, 77 ff, 88 ff, 97 ff, 114 a; **24** 9; **29** 53 ff, 70, 106
— bei deliktischer Selbstverletzung **21** 56
fahrlässige — **21** 114 a
— als Fremdverletzungsversuch **21** 56
— durch Garanten bei Begehen **21** 99
— bei Entscheidungsherrschaft des Opfers **21** 58 a, 78 a
mittäterschaftliche — **21** 57 ff
— bei Pflichtdelikten **21** 116
— eines quasi-gerechtfertigten Werkzeugs **21** 88 ff
— eines quasi-schuldlosen Werkzeugs **21** 97 ff
— eines quasi-unvorsätzlichen Werkzeugs **21** 78 ff
— durch Selbst-Begehen **21** 38, 58 a
Straffreiheit der Selbstverletzung **21** 58
— durch Unterlassen, Arzt **29** Fn. 141
— durch Unterlassen, Ehe **29** 63
— durch Unterlassen, Prinzip **29** 53
— durch Unterlassen in Quasi-Eigenhändigkeit **29** 56
— durch Unterlassen, Rang **29** 54
— durch Unterlassen, Strafvollzug **29** 75
— durch Unterlassen, bei Unterlegenen **29** 55
— eines Unterlegenen **21** 78 ff, 88 ff, 97 ff, 114; **29** 55
— bei unvorsätzlicher Selbstverletzung **21** 78, 114
siehe auch Handeln auf eigene Gefahr; Abbruch einer Intensivbehandlung
Beteiligung am Unterlassen **29** 108 ff
Abgrenzung von Mittäterschaft und Teilnahme **29** 111
Anstiftung **29** 109
— bei echter Unterlassung **30** 4
Grundsatz **29** 108
mittelbare Täterschaft **29** 110
qualitative Akzessorietät **29** 112
Beteiligung durch Unterlassen **29** 101 ff
Abgrenzung von Mittäterschaft und Teilnahme **29** 102
Anstiftung **29** 104
hypothetische Kausalität der Beihilfe **29** 102 a
Meinungsstand zur — **29** 105
mittelbare Täterschaft **29** 103
— bei Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit **29** 106 f
— bei Pflichten kraft Organisationszuständigkeit **29** 101 ff
Regreßverbot **29** 105 a
— bei echter Unterlassung **30** 4
siehe auch Beteiligung an einer Selbstverletzung
Beteiligungsversuch **27** 1 ff
— durch Annahme eines Erbietens **27** 9
Beteiligung am — **27** 8
Ernsthaftigkeit des — **27** 9 f, 12
— durch Sich-Bereiterklären **27** 10
— beim Sonderdelikt **27** 7

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Strafbarkeit des — **27** 14
Strafgrund des — **27** 1 f
— durch Unterlassen **29** 122
— durch Verabredung **27** 111
Verbrechensbestimmung beim — **27** 6
als versuchte Anstiftung **27** 3 ff
siehe auch Rücktritt; Rücktritt bei Beteiligung

Bewährung 10 23
Bewährungshilfe 1 51
Bewußtseinsstörung siehe Unzumutbarkeit
Blankettgesetz
Auslegung **4** 42 a
Rückwirkung beim — **4** 70 ff
Schuldtheorie beim — **19** 20
— als Zeitgesetz **4** 66
siehe auch Vorsatz bei Blankettgesetzen
Bürgerwehr siehe Notwehr

corpus delicti **6** 48

Dauerdelikte
Begriff der — **6** 80 ff
Beteiligung bei — **21** 60; **22** 38 ff
Konkurrenz bei — **32** 27; **33** 10
Unterlassung bei — **29** 8
defensiver Notstand **13** 46 ff (**12** 18; **13** 5; **16** 20)
Angemessenheit **13** 49
— bei Angriffen Schuldloser **12** 18
Exzeß beim — **20** 32
Interessenabwägung beim — **13** 46
— statt Notwehr nach Provokation **12** 53
Perforation **13** 22, 47
Wahrnehmung berechtigter Interessen **16** 37
Zuständigkeit des Eingriffsopfers **13** 47
delictum sui generis siehe eigenständiges Verbrechen
Deliktsaufbau siehe Zurechnung
Deliktsbegriff **6** Fn. 1
Deliktsstufen **25** 1 g ff
siehe auch Beendigung; Versuch; Vollendung; Vorbereitung
deskriptive Tatbestandsmerkmale siehe Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen
dienstliche Anordnung siehe Anweisung
direkter Vorsatz siehe Absicht; Wissentlichkeit
Distanzdelikt siehe Tatort
Disziplinarmaßnahmen **3** 11 ff
Abgrenzung der — von Strafen und Maßregeln **3** 15 ff
Geschichte der — **3** 12
dolus
— antecedens **8** 1
— generalis **8** 77 ff
— malus **19** 14 (**11** 48; **19** 21)
— subsequens **8** 1
dolus alternativus siehe alternativer Vorsatz
dolus directus ersten Grads siehe Absicht
dolus directus zweiten Grads siehe Wissentlichkeit
dolus eventualis siehe bedingter Vorsatz

eigenhändige Delikte **21** 19 ff (**6** 90; **21** 9)
Beteiligung an — **21** 22
Höchstpersönlichkeit der — **21** 19 (**21** 21)
mittelbare Täterschaft bei — **21** 22
Mittäterschaft bei — **21** 22
nur-positivrechtlich — **21** 20
Pflichtdeliktsregeln für — **21** 22; **23** 26
qualitative Akzessorietät **23** 26
unechte Unterlassung bei — **29** 2, 79 (**21** 22)
Wahndelikt bei — **25** 51
Eigenhändigkeit siehe eigenhändige Delikte; Selbst-Begehen
eigenständiges Verbrechen **6** 98
Einheit der Handlung **32** 1 ff (**4** 59)
Abgrenzung der — zur tatbestandlichen Handlung **32** 2
— bei Beteiligung **32** 4 a
bloße Quantitätssteigerung **32** 16 ff (Abgrenzung zur Idealkonkurrenz **32** 23; eigenhändige Delikte **32** 22; höchstpersönliche Güter **32** 18 ff; homogenes Unrecht **32** 17; Rechtsfolgen **32** 24 f; Strafantrag **32** 25; Teilnahme **32** 25; Verjährung **32** 25)
Dauerdelikte **32** 27
Einheit von Handeln und Unterlassen **32** 33; **33** 8 f
Einheit von Vorsatz- und Fahrlässigkeitstat **32** 8
Einheitstheorie **32** 13, 15
Handlung im natürlichen Sinn **32** 1 ff
handlungsvereinigende Tatbestände **32** 26 ff
juristische Handlungseinheit **32** 5 ff (Einheitlichkeit des Vollzugs **32** 10 f; subjektive Einheitlichkeit **32** 8 f)
mehraktige Delikte **32** 29
Mehrheitstheorie **32** 12 ff
partielle Identität **32** 3 f; **33** 5
Tat im prozessualen Sinn **32** Fn. 22
Veranstaltungsdelikte **32** 18
siehe auch Einheit des Unterlassungsverhaltens; Fortsetzungszusammenhang; Idealkonkurrenz; natürliche Handlungseinheit; Sammelstraftat

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Einheit der Rechtsordnung 11 4 ff
Einheit des Unterlassungsverhaltens 32 30 ff
bloße Quantitätssteigerung 32 32
Einheit von Handeln und Unterlassen 32 33; 33 8 f
juristische Unterlassungseinheit 32 31
Verhalten im natürlichen Sinn 32 30
Einheitsstrafe 31 10
Einheitstäter 21 5 ff
Einsichtsunfähigkeit und Befolgungsunfähigkeit bei Schuldunfähigkeit 18 24 ff
Abgrenzung zur Regelung des Verbotsirrtums 18 24, 31
Normativität der Begriffe 18 25
Einstandspflicht siehe Garantenstellung
Einverständnis 7 104 ff
Begriff des — 7 104 a
Dispositionsbefugnis 7 106
finales — 7 109
Objektivierung 7 110
— bei Rechts- und Sittenwidrigkeit 7 105
unfinales — 7 109
Widerruf 7 110
— bei Zwang und Irrtum 7 107 f
Einwilligung siehe behördliche Erlaubnis; mutmaßliche —; rechtfertigende —; tatbestandsausschließende —
Eltern siehe institutionelle Pflichten
Entscheidungsherrschaft siehe mittelbare Täterschaft
Entscheidungszeit 4 69
siehe auch zeitliche Geltung
entschuldigender Notstand
Erforderlichkeit 20 6
— und funktionaler Schuldbegriff 20 4
Gefahr beim — 20 5
gefährdete Güter beim — 20 8 f
gefährdeter Personenkreis beim — 20 7
Gegenwärtigkeit der Gefahr 20 6
normativierende Lösung 20 2
psychologisierende Lösung 20 1
Rettungsvorsatz beim — 20 10 f
— zum Schutz von Sachgütern 20 9
Strafmilderung beim — 20 19
Theorie der doppelten Schuldminderung 20 3
Zumutbarkeit durch institutionelle Pflichten 20 13 ff
Zumutbarkeit durch Vorverhalten 20 16
Zumutbarkeit als Zuständigkeit 20 12 ff
Zuständigkeit bei Personenmehrheit 17 75
siehe auch Interessenkollision
Entschuldigung siehe Unzumutbarkeit
Entsprechensklausel beim Unterlassungsdelikt 29 78 ff (29 7)
eigenhändige Delikte 29 79
Information durch Unterlassen 29 80 f
subjektive Merkmale 29 91 f
Enttäuschung siehe Erwartung
Erfolg
— in konkreter Gestalt 7 15
— bei der Tatortbestimmung 5 21 f
Verhältnis des — zu Unrecht und Handlung 6 69 ff
Erfolgsabwendung
Abgrenzung der — zum Schadensersatz 6 83; 12 25; 29 8
Erfolgsdelikte 6 78, 80 (7 30)
kupierte — 6 93 (8 89)
Erfolgsqualifizierungen 9 28, 30 ff (7 31)
Anstiftung zu — 22 29
— als besonders schwerer Fall 8 43
Gefährdung als Erfolg bei — 9 30
Grund der Qualifizierung 9 33
— bei Leichtfertigkeit 9 31
Mittäterschaft bei — 21 46
Rücktritt vom Versuch der — 26 49
Risikoverwirklichung bei — 9 34 ff
Strafrahmen der — 9 37
Versuch bei — 25 25 ff
siehe auch Vorsatz-Fahrlässigkeitskombinationen
Erfolgsunwert 6 76
Erforderlichkeit siehe aggressiver Notstand; Notwehr
Erlaubnis siehe behördliche Erlaubnis
erlaubtes Risiko 7 30, 33, 35 ff
Abgrenzung zum rechtfertigenden Notstand 7 41
Abwehrrechte gegen Handeln im — 7 41 a
Anonymität der Opfer 7 38
Begrenzung durch eine lex artis oder technische Normen 7 44
Begrenzung durch rechtliche Normen 7 43
Bereiche mit einem — 7 46, 48
Beurteilung objektiv ex ante 7 47 f
— bei Fahrlässigkeit 9 7, 11
Grundrisiko 7 45
— und Handlungsfreiheit 7 35
— durch historische Legitimation 7 36
— als Merkmal des Unrechtstatbestands 7 39 ff
Mindestrisiko 7 42, 45
— durch Risikoabwägung 7 35
— bei Sonderwissen des Täters 7 49 f (29 14)
— bei Unterlassung 29 19
Ermächtigung 10 12
Ermessen siehe Amtsrechte; Anweisung
error in persona vel objecto siehe Individualisierungsirrtum

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Erwartung
Ankündigung der Enttäuschung einer — **2** 25 c
Enttäuschung einer — als öffentlicher Konflikt **1** 8
Erledigungsmöglichkeiten bei Enttäuschung einer — **1** 12 ff
kognitive — **1** 5, 56
normative — **1** 6, 56
Preisgabe einer — **1** 13 a
— bei sozialadäquatem Verhalten **7** 30
Stabilisierung einer — **1** 4 ff
Exklusivität 31 Fn. 13
Exterritorialität 10 13
Exzeß eines Beteiligten 21 45, 106; **22** 29
umgekehrter — **26** 3

Fahrlässigkeit 9 1 ff
Abweichungsprobleme bei — **9** 18 ff
bewußte — **9** 3, 23
Entscheidungsrelevanz des Risikos **9** 15
Erkennbarkeit, Definition **9** 2
Erkennbarkeit der Kausalität **9** 16
Erkennbarkeit des sich verwirklichenden Risikos **9** 16 f
— und erlaubtes Risiko **9** 7
— als individuelle Erkennbarkeit **9** 5 ff
— als genereller Begriff zum Vorsatz **9** 4
grobe — **9** 23 ff
Intensität der Erkennbarkeit **9** 26
— als Irrtum **9** 1
Kenntnisverschaffungspflicht **9** 2
objektive Voraussehbarkeit **9** 8 ff
Prinzipien der Abgrenzung zum Vorsatz **8** 21
Rechtfertigung bei — **11** 30 ff
Regreßverbot bei — **21** 114
scheinbare — **9** 26
— bei Sonderwissen **9** 11
Sorgfaltspflicht **9** 6
Strafbarkeit der — **9** 2
Täterschaft bei — **21** 111
Tatsachenblindheit als — **8** 5 ff
Übernahme- **9** 14
Unzumutbarkeit bei — **20** 35 ff
Versuch bei — **9** 27; **25** 28
siehe auch Unterlassungsfahrlässigkeit
Festnahmerecht 16 16 ff (**12** 10)
frische Tat **16** 18
entschuldigter Exzeß beim — **20** 32
Inhalt des — **16** 19
Irrtumsrisiko beim — **16** 16
Schutzzweck des — **16** 17
Verhältnismäßigkeit **16** 20
Flaggenprinzip siehe räumliche Geltung

Folgeschaden 7 55, 59, 81
siehe auch garantenbezogene Begehung
Fortsetzungszusammenhang 32 38 ff
Ähnlichkeit der Tatabläufe **32** 42 f
Fortsetzungsvorsatz **32** 44 f
Funktion des — **32** 38
Gesamtvorsatz **32** 43
Identität des Guts **32** 39
Identität der Norm **32** 40
Kritik des — **32** 38 ff, 50 f
materiellrechtliche Konsequenzen **32** 48
Meinungsstand **32** 47
prozessuale Konsequenzen **32** 49
— zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit **32** 46
Freiheitsstrafe
— von unbestimmter Dauer **1** 44, 46
Freiwilligkeit beim Rücktritt 26 30 ff
— und äußerer Anlaß **26** 36 ff
— vom beendeten Versuch **26** 41
Definition der — **26** 30, 40
bei Desinteresse **26** 39 a
Einzelheiten der — **26** 42 ff
Frank'sche Formel **26** 31
Furcht vor Strafe **26** 43
— vom konkreten Versuch **26** 35
normativierende Lösung **26** 34 f
psychologisierende Lösung **26** 31 ff
— bei schuldlosem Versuch **26** 42
funktionaler Schuldbegriff 17 3, 18 ff (**19** 53)
Abhängigkeit von der gesellschaftlichen Verfassung **17** 22
— beim Gewohnheitstäter **17** 26
Lebensführungsschuld beim — **17** 34 ff
Limitierung durch Schuld beim — **17** 33
Schuld als Verteilung von Zuständigkeit **17** 20 ff
Schuldgrundsatz beim — **17** 29 ff
Sozialisationsdefekte beim — **17** 28
Tatsituation beim — **17** 27
unspezifizierte Unzumutbarkeit beim — **20** 44 f
Willensfreiheit und — **17** 23 ff (**18** 27)

garantenbezogene Begehung 7 56 ff; **28** 13 f (**7** 30)
Abbruch ärztlicher Intensivbehandlung **7** 64, 66
Garantenstellung beim Begehen **7** 57 f, 66, 68
Haftungsausschluß bei ubiquitären Risiken **7** 65
Haftungsausschluß bei Zuständigkeit dritter Personen **7** 65 a

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Haftungsausschluß bei Zuständigkeit des Verletzten **7** 60 ff
Haftungsausschluß bei Zweitschäden **7** 65
Irrelevanz der Garantenstellung für die §§ 138, 323 c StGB **7** 67
siehe auch Regreßverbot
Garantenpflichten allgemein
Arten der Zuständigkeit **29** 28, 57
Funktionenlehre **29** 27
Grundlagen **7** 56 ff; **28** 13 ff
— aus institutioneller Zuständigkeit **29** 57 ff
Meinungsstand zu — **29** Fn. 53
— aus Organisationszuständigkeit **29** 29 ff
Rechtsquellenlehre **29** 26
siehe auch Beteiligung an einer Selbstverletzung; garantenbezogene Begehung; institutionelle Pflichten; Regreßverbot; Rettungspflichten; Sicherungspflichten; Übernahme; Vertrauensgrundsatz
Gefährdungsdelikte
abstrakte — **2** 25 b; **6** 86 ff
Beihilfen als — **22** 35
konkrete — **6** 78 f
Vorsatz bei — **6** 79
Vorverlagerung durch abstrakte — **6** 86 a
Gefahr
— bei konkreten Gefährdungsdelikten **6** 79
Gefahrengemeinschaft siehe Interessenabwägung; Interessenkollision
Geisteskrankheiten siehe Zurechnungsunfähigkeit
Geldstrafe
Vorrang der — **1** 53
Geltung siehe personelle —; räumliche —; zeitliche —
Generalprävention
negative — **1** 27 ff
positive — **1** 4 ff, 14 f, 18, 34
Gesamtwürdigung bei fakultativer Strafrahmenmilderung 18 33; **19** 50; **25** 78; **29** 127
Geschäftsführung ohne Auftrag siehe mutmaßliche Einwilligung
Gesetz siehe Gesetzesbindung
Gesetzesbindung 4 1 ff
— im AT **4** 15 f, 43 ff
Begriff des Gesetzes bei — **4** 11 (**16** 35)
— und Demokratie **4** 4
Folgerungen aus der — für den Gesetzgeber **4** 23 ff
Funktion der — **4** 1 ff
— bei Generalklauseln **4** 32
— und Gewaltenteilung **4** 5
— bei normativen Merkmalen **4** 29 f
— als Objektivitätsgarantie **4** 9 ff (**4** 13 ff, 48)
— bei Rechtsfolgen **4** 14
Relativität der — **4** 13 ff
— und Schuldprinzip **4** 3
— bei Teilnahme **21** 6
— bei unbestimmten Mengenbezeichnungen **4** 31
unbestimmte Regelungen **4** 28
— und Vertrauensschutz **4** 6 ff (**4** 81)
siehe auch Auslegung
Gesetzeskonkurrenz 31 2, 11 ff
Abgrenzung zur Idealkonkurrenz **31** 38
Beteiligung am generellen Delikt **31** 42
— bei Fallgruppen eines Delikts **31** 13 ff
— als Formulierungskonkurrenz **31** 11
Gründe für — **31** 16 ff
Kombination der Strafrahmen bei — **31** 39
partieller Verbotsirrtum bei — **31** 43
Rücktritt bei — **31** 44
Sperrwirkung des milderen Gesetzes **31** 39
Spezialität als einzige Form der — **31** 12
Strafantrag bei — **31** 47
Strafhindernisse beim spezielleren Delikt **31** 41
Verjährung bei — **31** 46
— beim Versuch des generelleren Delikts **31** 45
— beim Versuch des spezielleren Delikts **31** 40
siehe auch Alternativität; Spezialität zur Begleittat; Spezialität kraft Beschreibungsintensität; Spezialität kraft Beteiligungsintensität; Spezialität kraft Erfolgsintensität; Spezialität kraft Vollendungsdichte; Spezialität kraft Vorgriffs
Gesinnungsmerkmale siehe subjektive Unrechtselemente
Gestaltungsherrschaft siehe Mittäterschaft
Gewissenstäter siehe Überzeugungstäter
Gewohnheitsrecht 4 46 f (**4** 12, 17, 42)
— beim Züchtigungsrecht **16** 34 f
Gewohnheitstäter siehe funktionaler Schuldbegriff
Grundsatz der Gesetzesbindung siehe Gesetzesbindung

Handeln auf eigene Gefahr 7 129 f
Handeln pro magistratu siehe Amtsrechte; Besitzkehr; Festnahmerecht; Selbsthilfe
Handlung 6 1 ff
äußere Finalität als — **6** 18 f
Automatismus als — **6** 35 ff (**6** 16, 19; **8** 14)
Bestimmung des Subjekts durch die — **6** 21; **28** 1

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

— bei Bewußtlosigkeit **6** 41
Fehlen der — bei der Unterlassung **6** 28, 37; **28** 1 ff
finale — bei Automatismen **6** 16
finale — bei bewußter Fahrlässigkeit **6** 13
finale — bei Fahrlässigkeit **6** 15
finale — bei Nebenfolgen **6** 12
Gleichheit von — und Unterlassung in der Erfolgsdifferenz **6** 29 (**6** 33; **20** Fn. 66; **29** 17)
— als individuelle Vermeidbarkeit **6** 20 ff, 24 ff, 34 (**9** 9; **28** 1)
intentionale — **6** Fn. 43, Fn. 68
— als Motiv zuviel **6** 30; **28** 3 (**7** Fn. 118)
— als Regelanwendung **6** Fn. 43
Relativität der — als individuelle Vermeidbarkeit **6** 27
— als Sinnausdruck **6** 11
Subjekt der — **6** 21; **28** 1 (**17** 19)
Tatort der — **5** 23
Trennung von — und Schuld im Finalismus **6** 11
— bei Trunkenheit **6** 41
Umformulierbarkeit der — in Unterlassung **28** 2
— eines Verbands **6** 43 f
Verhältnis von Tatbestand und — **6** 67 f
— bei vis absoluta **6** 40
— als Willensverhalten **6** Fn. 68
Willkürakt als — **6** 7 f (**6** 21; **7** 1 f)
Zusammentreffen von — und Unterlassung **28** 11 ff
siehe auch Handlungsbegriff

Handlungsbegriff **6** 1 ff; **28** 1 ff (**17** 19)
Bestimmung des Subjekts durch den — **6** 21; **28** 1
— Hegels und der Hegelianer **6** 3, 5
finaler — **6** 8 ff, 31
kausaler — **6** 4, 6 ff, 31
Kritik des finalen — **6** 12 ff, 17
Kritik des kausalen — **6** 6 f
Kritik des sozialen — **6** 23
negativer — **6** 33
— und Schuldhaftigkeit **6** 2 f; **17** 19
sozialer — **6** 23, 31
Stellung des Erfolgs im — **6** 69 ff, 75
siehe auch Handlung

Handlungseinheit siehe Einheit der Handlung; Idealkonkurrenz

Handlungsobjekt **2** 6

Handlungssteuerung **6** 21 f, 25

Handlungsunwert **6** 76

Heilbehandlung, Heileingriff siehe mutmaßliche Einwilligung; rechtfertigende Einwilligung

Heimatprinzip siehe personelle Geltung

Herrschaftsdelikte **7** 71; **21** 3 ff, 16 ff, 37 ff, 40 ff, 62 ff
siehe auch Organisationszuständigkeit und zu den einzelnen Täterschaftsformen

hypothetische Erfolgsursachen
Ähnlichkeit des Verhaltens mit abstrakter Gefährdung bei — **7** 92, 96 f (**8** 74; **20** 41 f)
Ähnlichkeit des Verhaltens mit einem Versuch bei — **7** 92, 96 f (**8** 74)
— bei Beihilfe **22** 37
Strafrahmenmilderung bei — **7** 96 f (**8** 74)
Grundsatz der Irrelevanz — **7** 90 f, 93 ff
siehe auch aggressiver Notstand; Interessenkollision; Kausalität; Risikokonkurrenz; Unterlassung

Idealkonkurrenz **31** 4; **33** 1 ff
— bei Beendigungshandlungen **33** 7
— bei besonders schweren und minder schweren Fällen **33** 2
— bei Dauerdelikten **33** 10
gleichartige — **32** 1
— von Handlung und Unterlassung **33** 8 f
Klammerwirkung bei —, Meinungsstand **33** 11
Klammerwirkung bei —, Kritik **33** 12
Kombination bei — **33** 1
kumulierte Zurechnung bei — **33** 1 f
Sperrwirkung des milderen Gesetzes **33** 1
Strafrahmenbestimmung bei — **33** 1 ff
Strafzumessung bei — **33** 4
Teilidentität der Handlungen **33** 5
verschiedenartige — **32** 1
siehe auch Einheit der Handlung

Immunität **10** 14

Indemnität **16** 30 (**10** 15)

indirekter Verbotsirrtum **11** 36 ff (**11** 53)
— bei Amtsrechten **16** 7
— bei Befehlen **19** 52
Zusammentreffen des — mit einem Voraussetzungsirrtum **11** 38

Individualisierungsirrtum **8** 82
— bei Mittäterschaft **21** 45
— bei mittelbarer Täterschaft **21** 106

in dubio pro libertate **4** Fn. 57

Ingerenz siehe Rettungspflichten; Sicherungspflichten; Übernahme

inkongruente Delikte **6** 92 ff (**21** 9; **23** 19 f)

Inland siehe räumliche Geltung

innere Akzessorietät siehe qualitative Akzessorietät

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Institution 29 Fn. 114
siehe auch institutionelle Pflichten; Pflichtdelikte; Sonderdelikte
institutionelle Pflichten 7 70 f; **21** 115 f; **28** 13 f; **29** 57 ff (**1** 7; **2** 16 f; **3** 21)
Abgrenzung Vertrauen zu Übernahme **29** 46, 67
Amtspflichten **29** 74 ff
— des Arztes **29** 70
besonderes Vertrauen **29** 46, 67 ff
Ehe **29** 63 f
Eltern-Kind-Verhältnis **29** 59 ff
— beim entschuldigenden Notstand **20** 13
— beim Ersatz staatlichen Elementarschutzes **29** 72
Ersatzverhältnisse **29** 66
garantiebegründendes Vertrauen **29** 69 ff
garantievermittelndes Vertrauen **29** 73
Gefahrengemeinschaft **29** 71
Geschwister **29** 62
— Grundsatz **29** 58
Hausgemeinschaft **29** 70
— und Interessenkollision **15** 15
Intimgruppen **29** 66
Lebensgemeinschaft **29** 71
— als Notwehreinschränkung **12** 57 f
— bei rechtfertigendem Notstand **13** 28, 33
staatliche —, Grundsatz **29** 76 ff
staatliche —, Rechtstaatlichkeit **29** 77 e
staatliche —, Sicherheit **29** 76, 77 d
staatliche —, Versorgung **29** 76, 77 c
staatliche —, Zuständigkeit **29** 77 b
— des Vaters **29** 61 f
Verlöbnis **29** 65
siehe auch Beteiligung an einer Selbstverletzung; Pflichtdelikte; qualitative Akzessorietät
Interessenabwägung beim aggressiven Notstand 13 20 ff
absolute Opfergrenze **13** 21
— bei Duldungswillen **13** 29
— bei Eingriffen in die Güter des Begünstigten **13** 34
Erheblichkeit der Interessendifferenz **13** 33 f
— bei Gefahrengemeinschaft **13** 23
Gewicht des Gefahrengrads **13** 30
Gewicht einer Gefahrtragungspflicht **13** 28
Gewicht der Güter **13** 20, 25 f
Gewicht der Ordnungsstörung **13** 31
Gewicht der Pflicht des Eingreifenden **13** 24
Gewicht von Sonderpflichten **13** 21, 33
Gewicht einer Verantwortlichkeit des Gutsinhabers **13** 27
— bei hypothetisch verlorenen Gütern **13** 26; **29** 25 (**20** 41 f)
Kumulierung von Interessen **13** 22
Leben als Höchstwert, Kritik **13** 21
Perforation **13** 22
symbolischer Gehalt der Güter **13** 25 f
Wahrnehmung berechtigter Interessen **16** 37
Interessenkollision 20 39 ff
Abgrenzung der — zur Pflichtenkollision **20** 39
— bei hypothetisch verlorenen Gütern **20** 41 f
Voraussetzungen der Entschuldigung wegen — **20** 42
interlokales Strafrecht 5 27
internationales Strafrecht siehe personelle Geltung; räumliche Geltung; Tatort
Interpretation siehe Auslegung
Intoxikation siehe Zurechnungsunfähigkeit
irrige Annahme siehe Irrtum
Irrtum siehe Einverständnis; Fahrlässigkeit (Unterlassungsfahrlässigkeit); indirekter Verbotsirrtum; Irrtum über Beteiligung; Irrtumsrisiko; Notwehr; rechtfertigende Einwilligung; Rechtfertigungstendenz; Rechtsfolgenirrtum beim Schuldtatbestand; Schuldtheorie; Subsumtionsirrtum; tatbestandsausschließende Einwilligung; Verbotsirrtum; Verbotsirrtum beim Befehl; Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums; Versuch (Unterlassungsversuch); Voraussetzungsirrtum; Vorsatz (Unterlassungsvorsatz); Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen; Vorsatzabweichungen; Vorsatztheorie; Widerstandsrecht
Irrtum über Beteiligung 24 1 ff
— als Irrtum über Arbeitsteilung **24** 6
— als Problem der Risikoverwirklichung **24** 1 ff
— durch Überschätzung fremder Verantwortlichkeit **24** 4
— durch Unterschätzung fremder Verantwortlichkeit **24** 5
Irrtumsrisiko bei Rechtfertigungsmerkmalen
— allgemein **11** 9 ff, 26 f, 29
— bei Amtsrechten **16** 2 ff
— bei axiologischer Unsicherheit beim Notstand **13** 35
— bei Befehlen **16** 14; **19** 53
— beim Festnahmerecht **16** 16
— bei Notstand **13** 13
— bei Notwehr **12** 19

Kausalität 7 5 ff

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

— beim Abbruch rettender Verläufe **7** 22 ff
Äquivalenztheorie **7** 6 f
Bedingungstheorie **7** 6 f
— der Beihilfe **22** 33 ff
Doppel- **7** 21
— für den Erfolg in konkreter Gestalt **7** 15 ff
— trotz Ersatzbedingung **7** 10, 12, 18 f, 24
— als Gegenstand des AT **7** 4 f
hypothetische — der Unterlassung **7** 26; **29** 15 ff
Irrelevanz der — für Begleitumstände **7** 14
— für den konkreten Verlauf **7** 18 f
kumulative — **7** 20
keine — negativer Bedingungen **7** 25, 88; **29** 16
— durch psychische Ereignisse **7** 27
— und Stand der Naturwissenschaften **7** Fn. 14
Theorie der condicio sine qua non **7** 8 ff
keine — bei überholender Bedingung **7** 13
Trennung von — und Zuständigkeit **7** 28
siehe auch hypothetische Erfolgsursachen; objektive Zurechnung; Risikokonkurrenz

Klammerwirkung siehe Idealkonkurrrenz

Kombination siehe Konkurrenz

Konflikt **1** 4 ff; **4** 50, 64
Erledigung des — ohne Strafe **1** 12 ff, 22, 38, 45, 47, 51
öffentlicher — **2** 10, 25
Verweigerung der Kenntnisnahme **1** 13 a
siehe auch Erwartung; Unzumutbarkeit; Zurechnungsunfähigkeit

konkrete Gefährdung siehe Gefährdungsdelikte

Konkurrenz **31** 1 ff; **32** 1 ff; **33** 1 ff
absolute Absorption **31** 4
Asperation **31** 4, 8 f
Einheitsstrafe **31** 10
Exklusionsprinzip **31** 9
Kombination **31** 4, 9; **33** 1
Kumulation **31** 7, 9; **33** 1 f
Strafenkonkurrenz **31** 6
Strafrahmenabsorption **31** 4, 9
Strafrahmenkonkurrenz **31** 3 ff
siehe auch Einheit der Handlung; Gesetzeskonkurrenz; Idealkonkurrenz, Realkonkurrenz

Konkurrenz, echte siehe Idealkonkurrenz; Realkonkurrenz

Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen siehe Rechtfertigungsgründe

Konkurrenz, scheinbare siehe Gesetzeskonkurrenz

Konsumtion siehe Spezialität zur Begleittat

krankhafte seelische Störung siehe Zurechnungsunfähigkeit

Lebensführungsschuld **17** 34 ff (**19** 37)

Legitimation des Strafrechts **2** 1 ff
— durch Friedensschutz **2** 19
— durch Gesellschaftsschutz **2** 1, 24 f
— durch Pflichten **2** 18
— durch Rechtsgüterschutz **2** 7 ff, 24
— durch Schutz des Funktionierens von Institutionen **2** 16 f

Leichtfertigkeit **9** 23 ff (**8** Fn. 44)
— bei gerechtfertigtem Verhalten **9** 25
Wertungsprobleme **9** 24

Lücken des Gesetzes siehe Auslegung

Maßregeln der Besserung und Sicherung **1** 53 ff
Beendigung der — **1** 56 ff
Entziehungsanstalt **1** 56
psychiatrisches Krankenhaus **1** 56
Sicherungsverwahrung **1** 56
strafergänzende — **1** 56
strafersetzende — **1** 57
strafvertretende — **1** 58

materielles Recht
Grenze des — zum Prozeßrecht **10** 10 f

Menschenrechtskonvention siehe Notwehreinschränkungen

Merkmale, besondere persönliche siehe qualitative Akzessorietät; Vertreterhaftung

mildestes Gesetz siehe zeitliche Geltung

militärischer Befehl siehe Anweisung

minder schwere Fälle **6** 99 ff (**6** 104 f; **8** 85)

Mindeststrafen **18** 30; **19** 50; **20** 19

mitbestrafte Vor- und Nachtat siehe Spezialität kraft Vollendungsdichte; Spezialität kraft Vorgriffs

Mitbewußtsein siehe Vorsatz

Mittäterschaft **21** 40 ff
— bei alternativ wirksamen Beiträgen **21** 55 a
— des Bandenchefs **21** 52
— bei breiter Arbeitsteilung **21** 55
Entscheidungsherrschaft bei — **21** 48
Exzeß eines Mittäters **21** 45
— durch formelle Tatherrschaft **21** 47 (**21** 35)
Gegenstand der Gestaltungsherrschaft **21** 50
— durch geistige Leistungen **21** 52
gemeinsamer Tatentschluß als Einpassungsentschluß **21** 43
gemeinsamer Tatentschluß, Kritik **21** 41 f
gemeinsamer Tatentschluß, Meinungsstand **21** 41

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

gemeinsames Begehen bei — **21** 47 ff
— durch Gestaltungsherrschaft **21** 49 ff (**21** 35)
— als gleichrangige Zuständigkeit **21** 40 (**21** 3, 17)
Individualisierungsirrtum bei — **21** 45
Konsequenzen der — **21** 59 ff
Maß der Herrschaft bei — **21** 49, 54 f
— bei mehraktigen Delikten **21** 53
— durch partielle mittelbare Täterschaft **21** 94
Realisierung der Gestaltungsherrschaft **21** 51
— bei Selbstverletzung **21** 56 ff
sukzessive — **21** 60
Versuchsbeginn bei — **21** 61
— vor Versuchsbeginn **21** 47, 51
Zeitpunkt der subjektiven Seite **21** 45
— bei Zwang und Irrtum **21** 44
siehe auch Beteiligung an einer Selbstverletzung; Beteiligung am und durch Unterlassen

mittelbare Täterschaft **21** 62 ff
Abgrenzung zur Beteiligung an gerechtfertigter Tat **21** 81
Abgrenzung zur Beteiligung an schuldloser Tat **21** 91 f
Abgrenzung zur Mittäterschaft **21** 66
keine — bei absichtslos-dolosem Werkzeug **21** 104
— bei aggressivem Notstand **21** 84, 113
keine — bei Benutzung organisatorischer Machtapparate **21** 103
keine — bei Benutzung Tatentschlossener **21** 102
Bestimmung der Überlegenheit **21** 65
— bei defensivem Notstand **21** 85
— bei dienstlicher Anweisung **16** 11; **19** 53; **21** 96
— als Entscheidungsherrschaft **21** 63
— bei gerechtfertigten Amtshandlungen **21** 86
Grenzen der — **21** 63, 65, 68 ff, 82, 100 ff
Individualisierungsirrtum bei — **21** 106
— bei Kindern **21** 96
— in Mittäterschaft **21** 66
keine — bei Motivirrtum **21** 101 f
partielle — **21** 75, 79, 94
keine — bei qualifikationslos-dolosem Werkzeug **21** 104
— bei Quasi-Entschuldigung **21** 97 ff
— bei Quasi-Rechtfertigung **21** 88 ff
— bei Quasi-Unvorsätzlichkeit **21** 77 ff, 80
— bei rechtfertigender Erlaubnis **21** 87
— bei Rechtfertigung des mittelbaren Täters **21** 64
— bei Rechtfertigung des Werkzeugs **21** 81 ff
Regreßverbot bei — **21** 71 a
— bei Schuldlosigkeit **21** 90 ff
— bei Schuldunfähigkeit **21** 96
Strafrahmen für — **21** 108
— bei tatbestandsausschließender Einwilligung **7** 118 ff
Tätermerkmale, spezielle **21** 67
— und Teilnahme an unvorsätzlicher Tat **21** 72; **22** 14
— bei unvermeidbarem Verbotsirrtum **21** 96
— bei unvorsätzlicher Selbstverletzung **21** 78 f
— bei Unvorsätzlichkeit **21** 74, 76
— bei Unzumutbarkeit **21** 96
Versuchsbeginn bei — **21** 105
— bei Voraussetzungsirrtum **21** 76
vorrangige Zuständigkeit bei — **21** 63, 68 ff, 91 (**21** 3, 17)
Vorsatz bei — **21** 107
Zuständigkeit durch Pflicht zur Rücksicht **21** 71
Zuständigkeit durch Schaffen eines Sonderrisikos **21** 69
Zuständigkeit durch willkürliche Folgenverknüpfung **21** 70
siehe auch Beteiligung an einer Selbstverletzung; Beteiligung am und durch Unterlassen

Motivirrtum **8** 82; **21** 101 f
Motivmerkmale **8** 42
mutmaßliche Einwilligung **15** 16 ff (**13** 34)
— in Heileingriff **15** 16
Subsidiarität der — vor wirklicher Einwilligung **15** 16
Verhältnis der — zur Geschäftsführung ohne Auftrag **15** 17
Voraussetzungen der — **15** 17

nationalsozialistische Gewalttaten siehe mittelbare Täterschaft, Benutzung organisatorischer Machtapparate; Rückwirkungsverbot; Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums
natürliche Handlungseinheit **32** 35 ff
Nebentäterschaft **21** 109, 115; **23** 31
ne bis in idem
— bei Fortsetzungszusammenhang **32** 49
— bei Strafen und Disziplinarmaßnahmen **3** 19 ff
Neurosen siehe Unzumutbarkeit

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Normanerkennung 1 15; 17 18
normative Tatbestandsmerkmale
— des Unrechtstatbestands **8** 48 ff (**6** 65; **8** 3)
— des Rechtfertigungstatbestands **11** 39 ff
siehe auch Rechtfertigungstatbestand; Vorsatz bei —
Normbruch
Bedeutung (expressiver Gehalt) des — **1** 9
Normgeltung
Anerkennung von — und Verbotsirrtum **19** 12, 38 ff
Garantie der — als Strafrechtsgut **2** 2 ff, Fn. 40, 25 a
Normzweckzusammenhang siehe Risikokonkurrenz
Notstand **13** 1 ff, 9 ff; **20** 1 ff
Differenzierungstheorie zum — **13** 2, 6
Einheitstheorien zum — **13** 1
Exemtionstheorie zum — **13** 3
Kollisionstheorie zum — **13** Fn. 3; **13** 4, 6
Sonderregelungen des — **13** 7
übergesetzlicher rechtfertigender — **13** 5
Zwecktheorie zum — **13** 4, 6
siehe auch Angemessenheit; aggressiver —; defensiver —; entschuldigender —; Interessenabwägung beim aggressiven —; Interessenkollision; Pflichtenkollision; Widerstandsrecht
Notstandshilfe **13** 10 f; **15** 1
Notstandsprovokation **13** 27; **21** 84, 113
Notwehr **12** 1 ff
Abgrenzung zu planmäßiger Deliktsverhütung **12** 22
Abgrenzung zu rechtfertigenden Notständen **12** 18
Abwehr bei — **12** 28
Ausweichpflicht bei — **12** 36
— durch automatisierte Schutzanlagen **12** 35
— als Besitzwehr **16** 25
— durch Bürgerwehren **12** Fn. 9
Eignung der Abwehr **12** 34
Ende des Angriffs **12** 25 f
Erforderlichkeit **12** 30 ff
Erforderlichkeit bei unsicherer Abwehrwirkung **12** 31
— gegen Erpressung **12** Fn. 49
Gebotensein der — **12** Fn. 87
Gegenwärtigkeit des Angriffs **12** 22 ff
Irrtum über die Abwehrwirkung **12** 37 f
Kosten der Abwehr **12** 33
Proportionalität bei — **12** 12
rechtswidriger Angriff **12** 14 ff
relative Erforderlichkeit **12** 30
Schulderfordernis beim Angreifer **12** 16 ff
— durch Schutzwehr **12** 29
Staatsnotwehrhilfe **12** 6 ff
Strafähnlichkeit der — **12** 20
— durch Trutzwehr **12** 29, 46
Unterlassen als Angriff **12** 21
Verfahrensvorrang bei Staatsnotwehrhilfe **12** 8, 10
Verspätung der Abwehr **12** 32
Vorrang polizeilichen Schutzes **12** 11
wehrfähige Güter **12** 3 ff
Wirkungen der — **12** 63 f
siehe auch Notwehreinschränkungen
notwehrähnliche Lage **12** 27 (**12** 24)
Notwehreinschränkungen **12** 39 ff
— neben hoheitlichem Handeln **12** 45
— durch die Menschenrechtskonvention **12** 39 f
— durch die Mindestsolidarität **12** 46 ff
Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff **20** 34
— durch Provokation **12** 49 ff
— durch Sondernormen für hoheitliches Handeln **12** 41 ff
— durch Sonderpflichten **12** 57 f
— bei Unfugabwehr **12** 48
Notwehrexzeß **20** 28 ff
Affektlage beim — **20** 29
analoge Fälle zum — **20** 32
bewußter — **20** 30
extensiver — **20** 31
Exzeß bei Putativnotwehr **20** 33
Grund der Strafbefreiung für — **20** 28
intensiver — **20** 31
— nach provoziertem Angriff **20** 34
unbewußter — **20** 30
Zuständigkeit bei Personenmehrheit **17** 75
Notwehrhilfe **12** 59 ff (**12** 6 ff)
Notwehrprovokation siehe Notwehreinschränkungen
notwendige Teilnahme **24** 7 ff (**7** Fn. 55; **22** 3)
Begegnungsdelikte bei Rangdifferenz **24** 8
Begegnungsdelikte bei Ranggleichheit **24** 9 ff
Konvergenzdelikte **24** 7
— bei Selbstverletzung **24** 9
nullum crimen, nulla poena sine lege siehe Auslegung; Gesetzesbindung
nur-objektive Bedingungen **10** 1 ff (**4** 67; **7** 99)
Auswirkung auf Beteiligung **10** 9
Auswirkungen auf Tatort und Tatzeit **10** 8
— als Indiz der Strafwürdigkeit **10** 5
— der Straftatbestandlichkeit **10** 1, 3 f
tatbestandliche Zuordnung der — **10** 6
— des Unrechts **10** 1 f, 4

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Verwirklichung des Normzwecks **10** 7 (**17** 63)
siehe auch Vollrausch
objektive Strafbarkeitsbedingungen siehe nur-objektive Bedingungen
objektive Zurechnung **7** 4 ff, 6 ff (**8** 44)
Adäquanzbegriff **7** 32
Adäquanztheorie **7** 30 ff
Grundprinzipien der — **7** 4 b
Kausalität als Beginn der — **7** 5, 29
Kritik der Adäquanztheorie **7** 33 ff, 78, 85
Relevanztheorie **7** Fn. 57
siehe auch Beihilfe; erlaubtes Risiko; garantenbezogene Begehung; Normzweckzusammenhang; Regreßverbot; Unterlassung; Vertrauensgrundsatz
Objektsirrtum **8** 80 f
— bei Zusatzindividualisierungen **8** 81
omnimodo facturus siehe Anstiftung
Opfer
erfolgsbezogene Opferorganisation **7** 60 ff
hypothetisches Verhalten des — **7** 90 f
Konkretisierung des — bei erlaubtem Risiko **7** 38
Selbstschutz des — **2** 26 ff
Sonderwissen des Täters, Lage des — **7** 50
Verantwortung oder Veranlassung durch — **11** 3 f, 9 f; **12** 1 ff; **13** 46 ff; **20** 28 ff
Zuständigkeit des — allgemein **1** 13 a; **17** 21 f; **29** 38
Zuständigkeit des — bei erlaubtem Risiko **7** 35
Zuständigkeit des — bei Risikokonkurrenz **7** 72 f, 76 f, 78 ff
Zuständigkeit von Täter und — gemeinsam **7** 55, 83
siehe auch Beteiligung an einer Selbstverletzung; Einverständnis; Einwilligung; Garantenpflichten; Handeln auf eigene Gefahr; mußmaßliche Einwilligung; Strafantrag
Ordnungsmittel **3** 22 f
Ordnungswidrigkeiten
Abgrenzung von — und Straftaten **3** 8 ff
Geschichte der — **3** 3 ff
Ordnungswidrigkeitengesetz
Grundzüge des — **3** 6
rechtfertigender Notstand **13** 6
Täterschaft **21** 7, 10
Verbotsirrtum **19** 18
Organisationskreis siehe Organisationszuständigkeit
Organisationszuständigkeit **7** 56 ff; **28** 13 f; **29** 29 ff (**17**; **7** 71)
— beim entschuldigenden Notstand **20** 16 f
— bei Kollision von Pflichten und Obliegenheiten **15** 12
nur-negativer Inhalt der — **1** 7; **28** 14
Tatort bei Haftung kraft — **5** 24
— des Überzeugungstäters **20** 26
Zumutbarkeit wegen — **17** 72 ff, 74
siehe auch Herrschaftsdelikte; qualitative Akzessorietät; Teilnahme; Zuständigkeit

Parallelbeurteilung siehe Rechtfertigungstatbestand; Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen; Unrechtseinsicht
parlamentarische Berichte **16** 30 f
partielle Unzumutbarkeit **18** 28 ff
Abgrenzung zur Regelung des Verbotsirrtums **18** 31
Ausschluß der — nach dem Wehrstrafgesetz **18** 35 a
Gesamtwürdigung bei — **18** 33
Kannmilderung **18** 32 ff
— bei minimalisierter Zuständigkeit **18** 30
Quantifizierbarkeit der — **18** 30
— als partielle Unzuständigkeit **18** 34
siehe auch Einsichtsunfähigkeit; Unzumutbarkeit; Zurechnungsunfähigkeit
Perforation siehe defensiver Notstand; Interessenabwägung beim aggressiven Notstand
Personalitätsprinzip siehe personelle Geltung
persönliche Ausnahmen von der Strafbarkeit siehe rollenbezogene Bedingungen
personelle Geltung **5** 1 ff
— nach dem aktiven Personalitätsprinzip **5** 6, 16 f
dogmatische Zuordnung der — **5** 11 f
— nach dem Heimatprinzip **5** 6, 17
prozessuale Besonderheiten der — **5** 25 f
— nach dem Schutzprinzip **5** 8, 16 ff
— bei stellvertretender Strafrechtspflege **5** 10, 18 f
— und subjektive Tatseite **5** 12
— im ehemaligen Verhältnis zur DDR **5** 17 f, 28 ff
Pflichtdelikte **7** 70 f; **21** 115 ff; **28** 15; **29** 53 ff, 106 f (**21** 2, 104)
— als akzessorietätsüberspringende Delikte **21** 116
qualitative Akzessorietät zum — **23** 25
Täterschaft bei — **21** 115 ff
verhaltensgebundene — **21** 117
Versuchsbeginn bei — **21** 118
siehe auch institutionelle Pflichten
Pflichtenkollision **15** 6 ff (**19** 31; **20** 39)
— bei gleichgewichtigen und gleichartigen Pflichten **15** 6

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

— zwischen Handlungs- und Unterlassungspflichten **15** 8 f
— zwischen Handlungspflichten und Selbsterhaltung **15** 11 ff
— bei mehreren Verpflichteten **15** Fn. 10
— bei Nichterfüllung sämtlicher Pflichten **15** 7 a
— zwischen Unterlassungspflichten und Selbsterhaltung **15** 10
— bei verschiedenartigen Pflichten **15** 7
— bei verschiedengewichtigen Pflichten **15** 7
— bei mehreren Unterlassungspflichten **15** 15 a

poena naturalis **1** 7 a, 13 c; **8** 5

Prävention siehe Generalprävention; Spezialprävention

Präventivnotwehr siehe notwehrähnliche Lage

Privilegierungen **6** 96 (**4** 14; **6** 105)
Gesetzeskonkurrenz bei — **31** 19 (**31** 32, 39)
irrige Annahme der Merkmale von — **8** 84 (**8** 87)
Unkenntnis der Merkmale von — **8** 83
— der unterlassenen Verbrechensanzeige **10** 17

Provokation siehe Notwehreinschränkungen

Prozeßrecht siehe materielles Recht

Prüfungspflicht **11** 24 ff (**11** 51)
— bei ex ante bestimmten Merkmalen **11** 26 f

Psychopathien siehe Unzumutbarkeit

Psychosen siehe Zurechnungsunfähigkeit

Putativdelikt siehe Wahndelikt

Putativrechtfertigung siehe indirekter Verbotsirrtum; Voraussetzungsirrtum (als irrige Annahme bei Rechtfertigung)

qualifizierter Versuch siehe Rücktritt

Qualifizierungen **6** 97 (**4** 14; **6** 105)
— bei Gesetzeskonkurrenz **31** 20, 39

qualitative Akzessorietät **23** 1 ff
keine — bei affektiven Merkmalen **23** 21
agent provocateur **23** 16 ff
besondere persönliche Merkmale **23** 25, 28 ff, 33 ff (**23** 4, 7; **29** 112)
keine — bei besonderen Vorsatzformen **23** 23
eingeschränkt akzessorische Merkmale **23** 24 ff (**23** 3 f, 7; **29** 112)
eingeschränkte — bei Eigenhändigkeit **23** 26
eingeschränkte — bei Sonderpflichten **23** 25 f (**23** 14 f; **29** 112)
Fehlen eines strafbarkeitsbegründenden Merkmals **23** 31
— bei Garantenpflichten kraft Organisationszuständigkeit **23** 24; **29** 112
gesetzliche Regelung der — **23** 1 f
höchstpersönliche Merkmale **23** 12, 16 ff (**23** 3 f, 7, 33)
keine — bei Konstitutions- und Gesinnungsmerkmalen **23** 22
Meinungsstand **23** 9 ff
Meistbegünstigung **23** 4
keine — bei Schuldmerkmalen **23** 5, 7 f
strafbarkeitsbegründende Merkmale **23** 28 ff
strafbarkeitsmodifizierende Merkmale **23** 33 ff
strafschärfende Merkmale **23** 34
keine — bei subjektiven Merkmalen **23** 12, 16 ff (**23** 27)
keine — bei subjektiven Unrechtselementen **23** 10, 19 ff
— bei Täterbeschreibungen **23** 24
täterbezogene contra tatbezogene Merkmale **23** 10
keine — bei überschießenden Vorsätzen **23** 19 f
keine — beim Vorsatz **23** 16 ff
voll akzessorische Merkmale **23** 3 f, 7, 24, 32, 35; **29** 112
wertbezogene contra wertneutrale Merkmale **23** 11
Widersprüchlichkeit des Gesetzes **23** 2, 4, 34

Quantitätssteigerung, bloße siehe Einheit der Handlung; Einheit des Unterlassungsverhaltens

quantitative Akzessorietät **22** 19 f (**21** 61, 105)

räumliche Geltung **5** 1 ff
— nach dem BT **5** 1 ff
— bei Blankettgesetzen **5** 4
dogmatische Zuordnung der — **5** 11 f
Erstreckung der — auf den Festlandsockel **5** 15
— nach dem Flaggenprinzip **5** 7
Inlandsbegriff bei der — **5** 15 f
prozessuale Besonderheiten zur — **5** 25 f
— bei stellvertretender Strafrechtspflege **5** 10
— und subjektive Tatseite **5** 12
— nach dem Territorialitätsprinzip **5** 7, 14 f
— nach dem Universalitätsprinzip **5** 8, 20

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

— im ehemaligen Verhältnis zur DDR **5** 28 ff (**5** 15)
siehe auch Tatort
räumlicher Geltungsbereich 5 15
Rahmentheorie siehe Spielraumtheorie
Rausch siehe Vollrausch; Unzumutbarkeit; Zurechnungsunfähigkeit
Realkonkurrenz 31 4, 6 ff; **33** 13 ff
Einsatzstrafe **33** 18
Gesamtstrafenbildung **33** 17 f
Gesamtstrafenbildung bei erledigten Strafen **33** Fn. 26
Grenzen der Gesamtstrafenbildung **33** 15 f
kumulierte Zurechnung bei — **33** 13
— bei lebenslanger Freiheitsstrafe **33** 16
Prinzipien der Schärfung der Einsatzstrafe **33** 18
Strafrahmen bei — **33** 13, 18
Strafrahmen und Summe der Einzelstrafen **33** 18
vollstreckungsrechtliche Lösung **33** 14
rechtfertigende Einwilligung 14 1 ff
Abgrenzung der — zur tatbestandsausschließenden Einwilligung **7** 111 ff; **14** 4 f, 13
Abwägungstheorie **14** 3 f
ärztliche Aufklärungspflicht **14** 7
finale — **14** 12
— in ärztliche Heilbehandlung **14** 6, Fn. 9
— als behördliche Erlaubnis **16** 28
Dispositionsbefugnis bei — **14** 7
Interessentheorie **14** 2
— in Kastration **14** 10
Sittenwidrigkeit der Tat trotz Einwilligung **14** 9
— in Sterilisation **14** 6, 9
— in eine Tötung **14** 5
— in ein Tötungsrisiko **14** 12, 14
unfinale — **14** 12
vernünftiger Handlungsanlaß bei — **14** 9, 11
Verzichtstheorie **14** 2
— bei Zwang und Irrtum **14** 8; **21** 90
siehe auch tatbestandsausschließende Einwilligung
rechtfertigender Notstand siehe aggressiver Notstand; defensiver Notstand; Notstand; Pflichtenkollision
Rechtfertigung 11 1 ff; **12** 1 ff; **13** 1 ff; **14** 1 ff; **15** 1 ff; **16** 1 ff
Abwehrbefugnis bei gerechtfertigtem Eingriff **11** 13 ff
— bei Fahrlässigkeitstaten **11** 30 f
Prinzipien der — **11** 1 ff
Prinzip der Interessendefinition durch das Opfer **11** 3, 11
Prinzip der Veranlassung **11** 3, 9
Prinzip der Verantwortung **11** 3, 9
Proportionalität, allgemein **11** 3 a
relative — **11** 60 f
Solidaritätsprinzip **11** 3, 12
subjektive Seite der — **11** 18 ff
siehe auch zu den einzelnen Rechtfertigungsgründen; Einheit der Rechtsordnung; indirekter Verbotsirrtum; Prüfungspflicht; Rechtfertigungslage; Rechtfertigungstatbestand; Rechtfertigungstendenz; Voraussetzungsirrtum
Rechtfertigungsgründe
Auslegung der — **4** 44
Konkurrenz von — **11** 16 f; **12** 41 ff; **13** 42
unvollkommen zweiaktige — **11** 18, 21
siehe auch zu den einzelnen Rechtfertigungsgründen; Rechtfertigung
Rechtfertigungslage
ungewisse Vorstellung von einer — **11** 28 ff
siehe auch Rechtfertigungstendenz; Voraussetzungsirrtum
Rechtfertigungstatbestand
normative Merkmale, zu enge Parallelbeurteilung **11** 40
normative Merkmale, zu weite Parallelbeurteilung **11** 39
normative Merkmale, Rechtswidrigkeit der Zueignung oder Bereicherung **11** 41
prospektive Merkmale **11** 7 ff (**16** 3)
Verdachtsmerkmale **11** 7 (**16** 3)
siehe auch Rechtfertigungstendenz; Voraussetzungsirrtum
Rechtfertigungstendenz 11 18 ff
— bei Fahrlässigkeitstaten **11** 32
Meinungsstand zur — **11** 18
Rechtfertigungsabsicht, Kritik **11** 20 f
Versuch bei fehlendem Rechtfertigungsvorsatz **11** 23
Vollendung bei fehlendem Rechtfertigungsvorsatz, Kritik **11** 22
siehe auch Rechtfertigungstatbestand; Voraussetzungsirrtum
Rechtfertigungsvorsatz siehe Rechtfertigungstendenz
Rechtsfolgenirrtum beim Schuldtatbestand 17 76
rechtsfreier Raum 13 3; **15** Fn. 11
Rechtsgut 2 7 ff
Begriff des — **2** 12 ff
Begünstigter **2** 9
— als Beziehung **2** 14 f
— als Funktionseinheit **2** 15, 17
Kritik der Lehre vom — **2** 22 ff
Vorverlagerung **2** 25 a ff (**6** 86 a)

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

siehe auch Legitimation des Strafrechts; Normgeltung
Rechtstreue 17 20 (1 15; 11 46)
siehe auch Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums; Verbotsirrtum
Rechtsuntreue siehe Rechtstreue
Rechtswidrigkeit
objektive — 6 5 f
— der Zueignung oder Bereicherung 11 41
siehe auch Unrecht
Rechtswidrigkeitsmerkmale
spezielle — 6 64 f (8 51, 56)
Reflex siehe Handlung
Regelbeispiele 6 99
Regelstrafrahmen 6 104
Regreßverbot 7 59; 21 71 a; 24 13 ff (7 30; 22 37)
— bei Fahrlässigkeit 21 114
kein — für Garanten 24 19
Grundsatz 7 59; 24 15
Haftung für unterlassene Hilfeleistung durch Begehen 24 20
Irrelevanz der subjektiven Seite 24 21
— bei isolierten Handlungen 24 16
— Meinungsstand 24 14, 21
— bei mittelbarer Täterschaft 21 71 a
— beim Unterlassungsdelikt 29 105 a
— bei verbundenen Handlungen 24 17 f
siehe auch garantenbezogene Begehung
relative Rechtfertigung 11 60 f (21 84)
relative Theorien siehe Generalprävention; Spezialprävention
Relegalisierung 1 47
Relevanztheorie siehe objektive Zurechnung
„Republikflucht" 5 29 f
Rettungspflichten 29 38 ff
— nach fehlerhaften Aussagen 29 Fn. 92 a
Begründung aus vorrangiger Zuständigkeit 29 39 f
Definition des Organisationskreises bei — 29 38
— bei erlaubt riskantem Vorverhalten 29 42
— bei fremdem Verhalten 29 45
— bei gerechtfertigtem Vorverhalten 29 43 f
Rang der — 29 44 f
— bei rechtswidrigem Vorverhalten 29 41
Richterrecht siehe Auslegung
Risikoerhöhung 7 98 ff; 9 17
Beihilfe als — 22 35
— als Ersatz für fahrlässigen Versuch 7 98
Gefährdung statt Verletzung bei — 7 99
— und in dubio pro reo 7 100 f, 103
Perspektive zur Ermittlung der — 7 101
siehe auch erlaubtes Risiko; Unterlassung
Risikogewöhnung 8 31 f; 9 15
Risikokonkurrenz 7 72 ff; 29 21 ff
Chancenverlust allein kein Schaden 7 74
Erfolgsbeschleunigung bei — 7 86
hypothetischer Verlauf 7 75, 88, 90 f; 29 25
— bei inadäquaten Verläufen 7 79, 85
mehrfache Zuständigkeit bei — 7 83
mehrfache Zuständigkeit für ein einziges Risiko 7 73
Relativität der Unerlaubtheit 7 76 f, 79 ff
Risiko als Bedingungskomplex 7 72
nur faktische Risikoverbindung 7 76 f
Risikovariation 7 16, 82; 29 24
Risikoverwirklichung bei — 7 78 ff
Schutzbereich der Norm 7 79, 81
Spätfolgen bei — 7 81
ubiquitäre Risiken 7 79
überbedingte Erfolge bei — 7 83 a f, 89
— bei Unterlassung 29 21 ff
siehe auch hypothetische Erfolgsursachen; Risikoerhöhung; Unterlassung
Risikoverwirklichung siehe Risikokonkurrenz
rollenbezogene Bedingungen
— für Ärzte, Rechtsanwälte, Geistliche 10 17
— der Ausschließung des Unrechts oder seiner Straftatbestandlichkeit 10 15 ff
— für Parlamentarier 10 16
Rückfall 17 26
Rücktritt 26 1 ff
— bei actio libera in causa 17 68
— beim erfolgsqualifizierten Delikt 26 49
ernsthaftes Bemühen 26 23, 27; 27 21
— bei Gesetzeskonkurrenz 31 44
Gnadentheorie 26 8
Grund der Strafbefreiung 26 1, 4 (10 21)
kriminalpolitische Theorie 26 5
Prämientheorie 26 8
— bei qualifiziertem Versuch 26 48
— vom Rettungsversuch 7 62
Strafzwecktheorie 26 6
— als Tatänderung 26 2
Umfang der Strafbefreiung 26 48, 50
Strafmilderung bei rücktrittsähnlichem Verhalten 26 23, 29, 47
— als umgekehrter Exzeß 26 3
— vom Unterlassungsversuch 29 119 ff
siehe auch Freiwilligkeit; — bei Beteiligung; — des Tatausführenden; Teilrücktritt
Rücktritt bei Beteiligung 26 24 ff; 27 15 ff
Abgrenzung von Beteiligungsversuch und Beteiligung am Versuch 26 26; 27 15
— bei Annahme eines Erbietens 26 19
— beim Anstiftungsversuch 27 20
— beim Bereiterklären 27 17

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

— vom Beteiligungsversuch **27** 15 ff
— beim fehlgeschlagenen Versuch **26** 27
Regelungsumfang des Gesetzes **26** 25 f
durch Tataufgabe **26** 27
— bei Vollendung der Tat **26** 28 f
— bei Verabredung **27** 18
— durch Verhindern der Vollendung **26** 27

Rücktritt des Tatausführenden 26 9 ff
Abgrenzung des unbeendeten vom beendeten Versuch **26** 14 f
— durch Abwenden der Vollendung **26** 20
— vom beendeten Versuch **26** 18 ff
fehlgeschlagener beendeter Versuch **26** 19
fehlgeschlagener unbeendeter Versuch **26** 9a
Irrtum über Fehlschlag beim unbeendeten Versuch **26** 11 f
Normzweckzusammenhang **26** 20
Strafbefreiung contra Unterlassungshaftung **26** 21
— durch Tataufgabe **26** 9 f
Tataufgabe, Begriff **26** 10 f
— vom unbeendeten Versuch **26** 9 ff
unerkannter Fehlschlag beim beendeten Versuch **26** 22
— von einem Unrechtsteil **26** 13a, 23
— bei Unsicherheit der Erfolgsabwendung **26** 19a
— bei vorzeitiger Vollendung **26** 13
siehe auch Freiwilligkeit beim Rücktritt; Rücktritt bei Beteiligung

Rückwirkungsverbot 4 48 ff (**4** 68 ff)
— bei Änderung der Rechtsprechung **4** 80 ff
— bei Bestrafung nationalsozialistischer Gewalttaten **4** Fn. 23
formelles und materielles — **4** 51
— bei Maßregeln **4** 55 f
— bei Prozeßrecht **4** 57
— bei Verjährungsverlängerung **4** 9
siehe auch zeitliche Geltung

sachgedankliches Bewußtsein siehe Vorsatz
Sammelstraftat 32 34
Schadensersatz 1 13c
scheinbare Konkurrenz siehe Gesetzeskonkurrenz
Schuld 17 1 ff; **18** 1 ff; **19** 1 ff; **20** 1 ff
— als Straflimitierung **1** 22 ff; **17** 33 (**1** 32, 34)
— eines Verbands **6** 45
Verhältnismäßigkeit statt — **17** 4
— als Zuständigkeit **17** 1
siehe auch actio libera in causa; funktionaler Schuldbegriff; Schuldbegriff; Schuldmerkmale; Schuldtatbestand; Unrechtseinsicht; Unzumutbarkeit; Verbotsirrtum; Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums; Vollrausch; Zurechnungs(un)fähigkeit

Schuldbegriff
Aufbau des — **17** 2, 14, 39 ff, 43 ff
Definition der Schuld (durch asoziale Gesinnung **17** 11; durch Dafür-Können **17** 16; durch fehlerhafte Gesinnung **17** 17; durch individuelle Zumutbarkeit **17** 10, 12; durch Rechtsuntreue **17** 20; durch Verstoß gegen eine Pflichtnorm **17** 9; durch Vorwerfbarkeit **17** 7, 13 ff)
— des Finalismus **17** 13 ff
Geschichte des — **17** 5 ff
normativer — **17** 3, 7 ff, 13 ff
psychologischer — **17** 5 ff
Sprachgebrauch **17** 46
Trennung von Schuld und Verantwortung **17** 39 ff
Verhältnis von Sachverhalt und Wertung **17** 12
siehe auch funktionaler Schuldbegriff; Schuldtatbestand; Unzumutbarkeit

Schuldgrundsatz siehe funktionaler Schuldbegriff

Schuldmerkmale
spezielle — **17** 2, 52

Schuldtatbestand 17 43 ff (**6** 53)
Inhalt des — **17** 44, 47 ff
Mißachtung (des Geltungsgrunds) einer Norm als Merkmal des — **17** 51; **19** 6 ff
spezielle Schuldmerkmale **17** 52
Unrecht als Merkmal des — **17** 47
Unzumutbarkeit als negativer — **17** 53 ff
Verhältnis des positiven — zur Unzumutbarkeit **17** 45
Zurechnungsfähigkeit als Merkmal des — **17** 48 ff

Schuldtheorie 19 2 (**8** 3)
Appellfunktion des Tatbestands **11** 47; **19** 21
— bei Blankettgesetzen **19** 20
eingeschränkte — **11** 49 ff
elastische — **19** 2
— im Nebenstrafrecht **19** 18 ff
rechtsfolgenverweisende — **11** 51
starre — **19** 1 f, 16
strenge — **11** 45 ff
unselbständige — **11** 58 f
siehe auch Unrechtseinsicht; Verbotsirrtum; Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums; Voraussetzungsirrtum (als irrige

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Annahme beim Rechtfertigungstatbestand); Vorsatztheorie
Schuldunfähigkeit
— als Zurechnungsunfähigkeit oder Unzumutbarkeit **18** 3 ff, 6, 14 ff (**18** 18, 28)
siehe auch partielle Unzumutbarkeit; Unzumutbarkeit; Zurechnungsunfähigkeit
Schutzbereich der Norm siehe Risikokonkurrenz
Schutzprinzip siehe personelle Geltung
Schwachsinn siehe Zurechnungsunfähigkeit
Schwangerschaftsabbruch
Rechtfertigung beim — **13** 7
Verweigerung der Mitwirkung beim — **20** Fn. 39
Selbst-Begehen 21 37 ff
Begriff des — **21** 37
— bei Selbstverletzung **21** 38
— bei Unterlassung **29** 56, 108
volle Zuständigkeit bei — **21** 3, 17, 38
— des Werkzeugs **21** 39
Selbsthilfe 16 21 ff
Beschränkungen der — **16** 23
entschuldigter Exzeß bei der — **20** 32
Inhaber des Rechts **16** 21
Inhalt des -rechts **16** 22 (**16** 24)
Schutzzweck des -rechts **16** 21
Verhältnis zur obrigkeitlichen Hilfe **16** 21
Selbstverletzung siehe Beteiligung an einer —
Sicherungspflichten 29 29 ff
— für fehlerhafte Aussagen **29** Fn. 92 a
— wegen Beteiligung an fremdem Verhalten **29** 36
— bei fremdem Verhalten **29** 32 ff
— wegen Gewalt über andere Personen **29** 35
— durch Ingerenz **29** 29, 31
— für den eigenen Organisationskreis **29** 29 ff, 36 a
— für Räumlichkeiten **29** 37a
— nach der Rechtsprechung **29** 37
— wegen Rückwirkung fremden Verhaltens **29** 36
Verkehrspflichten als — **29** 29 f
Soldatengesetz siehe Anweisung; Verbotsirrtum beim Befehl
Sonderdelikte
— im engeren Sinn **6** 91; **21** 115 ff; **23** 25; **25** 43 ff; **28** 15; **29** 43 ff, 57 ff, 106 f, 112, 115 (**21** 9, 17)
Beteiligungsversuch bei — **27** 7
echte — **6** 91; **23** 28 ff
irrige Annahme der Sonderpflicht als Wahndelikt **25** 43 ff
Teilnahme des Extranen an — **22** 3 f, 7; **23** 25
Teilnahme an unvorsätzlichen — **22** 13, 15 f
unechte — **6** 91; **23** 34
— im weiteren Sinn **6** 91; **21** 9; **25** 44, 49; **28** 13 ff
siehe auch Akzessorietät; Pflichtdelikte; Tätermerkmale; Vertreterhaftung
Sonderwissen siehe erlaubtes Risiko
Sorgfaltspflicht siehe Fahrlässigkeit
Sozialadäquanz 7 30
Spätfolge 7 81
Sperrwirkung siehe Gesetzeskonkurrenz; Idealkonkurrenz
Spezialität siehe Gesetzeskonkurrenz; — zur Begleittat; — kraft Beschreibungsintensität; — kraft Beteiligungsintensität; — kraft Erfolgsintensität; — kraft Vorgriffs
Spezialität zur Begleittat 31 18, 30 ff
Abgrenzung zur Spezialität im engeren Sinn **31** 30
Begleittaten zu straffreiem Verhalten **31** 33
— bei Tötung und Körperverletzung **31** 32
privilegierende Wirkung der — **31** 31
Spezialität kraft Beschreibungsintensität 31 16, 18, 19 ff
— bei besonders schweren Fällen **31** 21
— bei erfolgsqualifizierten Delikten **31** 25
Konkurrenz von Spezifizierungen **31** 23 ff
— bei Privilegierungen **31** 19
— bei Qualifizierungen **31** 20
— im Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit **31** 22
Spezialität kraft Beteiligungsintensität 31 18, 28
Spezialität kraft Vollendungsdichte 31 18, 26 f
Spezialität kraft Vorgriffs 31 18, 34 ff
Spezialprävention 1 35 ff, 46 f, 50
Spielraumtheorie 1 Fn. 73
Sprachgebrauch siehe Auslegung
Staatsnotstandshilfe 13 10 f; **15** 1
siehe auch aggressiver Notstand
Staatsnotwehrhilfe 12 6 ff, 59 ff; **15** 1
siehe auch Notwehr
stellvertretende Strafrechtspflege siehe personelle Geltung; räumliche Geltung
Sterilisation siehe rechtfertigende Einwilligung
Steuerungsmerkmale siehe Vorsatzgestalt
Strafantrag 10 12; **31** 47; **32** 25
Strafausschließungsgründe 10 18 ff
— für Angehörige **10** 19
— bei Begnadigung **10** 25
— bei Bewährung **10** 23
— für Minderjährige **10** 20
— bei Verjährung **10** 22
siehe auch Rücktritt

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Strafbarkeitsbedingungen siehe nur-objektive Bedingungen
Strafe
Alternativen **1** 12 ff
Aufgabe der — **1** 1 ff, 11
allgemeine Definition der — **1** 2
Bedeutung (expressiver Gehalt) der — **1** 10 f (**2** 5; **4** 49)
Inhalt der — **1** 11
— als Übelszufügung **1** 3
Strafgrund der Teilnahme 22 1 ff
Korrumpierungstheorie **22** 2
Theorie der erfolgsbezogenen Unrechtsteilnahme **22** 6
Unrechtsteilnahmetheorie **22** 3
Verursachungstheorie **22** 4 f
Strafgrund des Versuchs 25 13 ff
dualistische Theorie **25** 18
Eindruckstheorie **25** 20
Expressivität und Tatbestandsnähe als — **25** 21 ff
Mangel am Tatbestand **25** 16
objektiv-formelle Theorie **25** 70
objektive Gefährlichkeitstheorie **25** 13 f
subjektive Theorie **25** 17
Tätertheorie **25** 19
Strafrechtsgut siehe Normgeltung
Strafrechtsnormen
Kernbereich und Randbereich der — **3** 1 ff, 10
siehe auch Normgeltung
Straftheorien siehe Generalprävention; Spezialprävention; Sühnetheorie; Vereinigungstheorie; Vergeltungstheorie
Strafverlangen 10 12
subjektive Unrechtselemente 8 88 ff, 99 (**8** 45; **21** 9; **23** 20 ff; **29** 91 f)
affektiv bestimmte Antriebe als — **8** 95 f
Gesinnungsmerkmale als — **8** 97
Konstitutionsmerkmale als — **8** 97 f
Kritik der Psychowissenschaften **8** 100 ff
Motive als — **8** 94, 96
qualitative Akzessorietät der — **23** 10, 20 ff
Steuerungsmerkmale als — **8** 88 ff
typisierende Vorsätze als — **8** 91 ff
siehe auch Vorsatzgestalt
Subsidiarität siehe Spezialität kraft Beteiligungsintensität; Spezialität kraft Erfolgsintensität; Spezialität kraft Vollendungsdichte
Subsidiarität der Strafe 2 26 ff
Subsumtionsirrtum
— bei Merkmalen des Rechtfertigungstatbestands **11** 36
— bei Merkmalen des Unrechtstatbestands **8** 50, 86
Süchte siehe Unzumutbarkeit
Sühnetheorie 1 25 f
System siehe Auslegung

Täterbegriff
extensiver — **21** 8, 27
restriktiver — **21** 8, **22** 6
Tätermerkmale, spezielle 21 9, 18, 67, 93, 111; **29** 9 (**23** 5)
— bei actio libera in causa **17** 67
Täterschaft siehe Akzessorietät; eigenhändige Delikte; Einheitstäter; Herrschaftsdelikte; Nebentäterschaft; Organisationszuständigkeit; Pflichtdelikte; Täterbegriff; Tätermerkmale; Täterschaft bei Fahrlässigkeit; Täterschaftsformen; Täterschaftstheorien; Tatherrschaft; Teilnahme; Vertreterhaftung; Zuständigkeit
Täterschaft bei Fahrlässigkeit 21 111 ff
mittelbare Täterschaft **21** 113
— bei Selbstverletzung **21** 114
spezielle Tätermerkmale **21** 111
Täterschaftsformen siehe Mittäterschaft; mittelbare Täterschaft; Selbst-Begehen
Täterschaftstheorien 21 24 ff
ältere materielle Theorie **21** 26
Animustheorie **21** 28 f
— des Bundesgerichtshofs **21** 31
formell-objektive Theorie **21** 25
Interessentheorie **21** 30
— des Reichsgerichts **21** 29
subjektive Theorien **21** 27 ff, 100
Tatherrschaftslehre **21** 32 ff
Tätigkeitsdelikte 6 85
Talion 1 18
Tatbestand 6 46 ff
— als Entschuldigungstatbestand **6** 53; **17** 53 ff
— als Gesamtschuldtatbestand **6** 53
— als Gesamtunrechtstatbestand **6** 53, 57
— als Leitbildtatbestand **6** 53
objektiver und subjektiver — **6** 68; **7** 1 ff
offener — **6** 61 ff
— als Rechtfertigungstatbestand **6** 53, 56
— als Sachverhalt **6** 53
— als Schuldtatbestand **6** 53; **17** 43 ff
— im Sinn der Rechtstheorie **6** 53
— als Unrechtstatbestand **6** 52, 54 ff
Verhältnis von — und Handlung **6** 67 ff
Verhältnis von — und Unrecht **6** 59 ff
siehe auch Tatbestandsbegriff
tatbestandsausschließende Einwilligung 7 111 ff
Abgrenzung der — zur rechtfertigenden Einwilligung **7** 111 ff

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

— als behördliche Erlaubnis **16** 28
Dispositionsbefugnis bei der — **7** 114, 131
finale — **7** 125, 128
mittelbare Täterschaft durch Bewirken einer — **7** 118 ff
Objektivierung der — **7** 115
Qualifikationsirrtum bei — **7** 117
— bei rechtsgutsbezogener und nicht rechtsgutsbezogener Täuschung **7** 121 ff
— bei Rechts- und Sittenwidrigkeit **7** 124
— in ein Risiko **7** 113, 128
unfinale — **7** 126 ff
Verhältnis der — zur Selbstverletzung **7** 119 ff, 130
— bei Zwang und Irrtum **7** 116 ff; **21** 90
siehe auch Handeln auf eigene Gefahr; rechtfertigende Einwilligung

Tatbestandsbegriff **6** 51 ff
Geschichte des — **6** 48 ff
siehe auch Rechtswidrigkeitsmerkmale; Tatbestand; Tatbestandsmerkmale

Tatbestandsmerkmale
— bei besonders oder minder schweren Fällen **6** 99 ff
negative — **6** 54 ff; **11** 44
negativ gefaßte — **6** 56
Überschreitung erlaubter Risiken als — **7** 39 ff
siehe auch normative Tatbestandsmerkmale; Privilegierungen; Qualifizierungen; Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen

Tatbestandsverwirklichung
— als Zurechnungsstufe **6** 46 f

Tatherrschaft **21** 32 ff
— als Entscheidungsherrschaft **21** 35 f, 48, 58, 62 ff
formelle — **21** 35 f, 37 ff, 48
— als Gestaltungsherrschaft **21** 35 f, 40 ff
Meinungsstand zur — **21** 33
siehe auch Mittäterschaft; mittelbare Täterschaft; Selbst-Begehen

Tatort
— bei abstrakten Gefährdungsdelikten **5** 21
besondere Verhältnisse am — **5** 22
— bei einem Distanzdelikt **5** 22
— bei Handlungen **5** 21 ff
— bei nur-objektiven Bedingungen **10** 8
— bei Transitdelikten **5** 23
— nach dem Ubiquitätsprinzip **5** 21
— bei Unterlassungen **5** 24

Tatprinzip **1** 41 ff, 54; **2** Fn. 2; **2** 6; **6** 34, 73; **11** 20; **20** 11; **25** 1 a ff

Tatsachenblindheit **8** 5 ff, 10; **9** Fn. 1 a, 23; **19** 1, 14; **20** 30

Tatschuld **17** 34 ff

Tatzeit
Gesetzesänderung während der — **4** 58 ff
— bei Handlungen **4** 53
— bei nur-objektiven Bedingungen **10** 8
— bei Unterlassungen **4** 54

Teilnahme **22** 1 ff
— bei besonders schweren Fällen **6** 100
Beteiligungsformen der — **21** 110
— an eigener Tat **17** 67
Kritik des Vorsatzerfordernisses der Haupttat **22** 17 f
— bei minder schweren Fällen **6** 100
— an rechtmäßiger Tat **21** 11
— trotz Selbst-Begehens **21** 30 f, 36
— an Sonderdelikten **22** 3, 7, 15 f; **23** 14 f
— bei Unkenntnis der Rechtswidrigkeit der Haupttat **22** 11
— an unvorsätzlicher Tat **21** 72; **22** 12 ff, 17
— bei einem Voraussetzungsirrtum des Ausführenden **22** 11
— als Zuständigkeit **22** 13
Zuständigkeit bei — **21** 3
siehe auch agent provocateur; Akzessorietät; Anstiftung; Beihilfe; notwendige Teilnahme; Strafgrund der Teilnahme

Teilrücktritt **26** 13 a, 23 a

Territorialitätsprinzip siehe räumliche Geltung

Transitdelikte siehe Tatort

Triebstörungen siehe Unzumutbarkeit

überirdische Kräfte **8** 6, 65 a; **11** 37, 42; **17** 83 a; **19** 25; **25** 22 f (**11** 23 a; **20** 42)

Übernahme **29** 46 ff
Abgrenzung der — zum besonderen Vertrauen **29** 46, 67
— des Arztes **29** Fn. 102
Befreiung des Übergebenden **29** 52
Definition der — **29** 48 f
Ende der Haftung für — **29** 51
Gegenstand der — **29** 47
Mindest-Risikohöhe für — **29** 50

Übernahmeverhalten **6** 39, 42; **9** 14

übernatürliche Kräfte siehe überirdische Kräfte

Übertretung **3** 2; **6** 102

Überzeugungstäter **20** 20 ff
Begehung und Unterlassung beim — **20** 27
Grundsatz **20** 20, 23
harter — als Konfliktätter **20** 22
— und Ideologietäter **20** 22
Unrechtseinsicht beim — **19** 24
Unzumutbarkeit beim — **20** 24 ff

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Unzuständigkeit des — für den Konflikt **20** 26
Unzuständigkeit des — für die Überzeugung **20** 24 f
weicher — **20** 21
Ubiquitätsprinzip siehe Tatort
Umkehrprinzip
— bei der Unterlassung **28** Fn. 3
— beim Versuch **25** 52 ff
Unfugabwehr 12 48
Ungehorsam siehe ziviler Ungehorsam
Ungehorsamsdelikte 6 88
Universalitätsprinzip siehe räumliche Geltung
Unkenntnis siehe Irrtum
Unmoral
bloße — als Gegenstand strafrechtlicher Verbote **2** 13, 21
Unrecht
äußere Seite von — **6** 72 f
Stellung des Erfolgs im — **6** 69 ff
Verhältnis von — und Tatbestand **6** 59 ff
siehe auch Legitimation des Strafrechts
Unrechtseinsicht 17 21, 51; **19** 1 ff
belastende bedingte — **19** 1, 29
entlastende bedingte — **4** 82; **19** 30
entlastende unbedingte — **19** Fn. 54
Intensität der — **19** 26
— als Kenntnis des Einschreitens ex officio **19** 23
— als Kenntnis des Grunds der Störung **19** 24
— als Parallelbeurteilung **19** 24
Teilbarkeit der — **19** 27 f
— beim Überzeugungstäter **19** 24
unbedingte — **19** 1
Verhältnis von positivem und überpositivem Recht bei der — **19** 25
— bei widersprechenden Normen **19** 31
Zeitpunkt der — **19** 26
unspezifizierte Unzumutbarkeit 20 43 ff
— beim funktionalen Schuldbegriff **20** 45
untauglicher Täter siehe Wahndelikt
unterlassene Hilfeleistung durch Begehen 7 67 (**24** 20)
— durch Notwehrüberschreitung **12** 46
Unterlassung 28 1 ff; **29** 1 ff; **30** 1 ff
Abgrenzung der — von der Handlung bei Automatismen **6** 37
Abwendungsfähigkeit **29** 10 ff
Beteiligungsversuch durch — **29** 122
echte — **28** 9; **30** 1 ff
echte begehungsgleiche — **28** 10, 13 f; **30** 1 f
echte nicht begehungsgleiche — **28** 11; **30** 1 f
eigenhändige Delikte bei — **29** 2, 79
Entsprechensklausel bei unechter — **29** 7, 78 ff
erlaubt riskante — **29** 19
Fehlen einer Handlung bei der — **6** 28, 30
gesetzliche Regelung der unechten — **29** 1
hypothetische Erfolgsursachen **29** 21 ff
hypothetische Kausalität der — **29** 15 ff
Kannmilderung **29** 123 ff
Kannmilderung, analoge Anwendung auf Begehungs-Pflichtdelikte **29** 126
Kannmilderung bei institutionellen Pflichten **29** 125
keine Kausalität der — **7** 26; **29** 15 ff
Maß der geforderten Aufopferung **29** 14
— als Motiv zuwenig **6** 30; **28** 3
Normlogik **28** 3; **29** 1, 3
Normzweckzusammenhang bei — **29** 19 ff
Pflicht bei begehungsgleicher — **28** 13 ff
— einer Risikominderung **29** 20
Risikovariation bei — **29** 24
Schuld bei der — **29** 96 ff
Sonderfähigkeiten **29** 14
subjektive Unrechtselemente bei — **29** 91 f
tatbestandsmäßiger Erfolg der — **29** 2, 8
unechte — bei eigenhändigen Delikten **29** 2, 79
unechte — und Gesetzesbindung **29** 2 ff
Zusammentreffen von Handlung und — **28** 4 ff
siehe auch Beteiligung am und durch Unterlassen; Entsprechensklausel; Garantenpflichten; Unterlassungsfahrlässigkeit; Unterlassungsversuch; Unterlassungsvorsatz
Unterlassung durch Begehung 7 69
Unterlassungsfahrlässigkeit 29 93 f; **30** 3
Unterlassungsversuch 29 113 ff; **30** 5
Abgrenzung zum Wahndelikt **29** 115
beendeter und unbeendeter — **29** 116
— bei echter Unterlassung **30** 5
Rücktritt vom — **29** 119 ff
subjektive Seite beim — **29** 114
Versuchsbeginn **29** 118
Unterlassungsvorsatz 29 82 ff; **30** 3
— und Garantenstellung **29** 89 f
Gegenstand des — **29** 86 f, 89
Grundsatz **29** 82
Intensität des Wissens **29** 88
Meinungsstand zum — **29** 83 ff
Vorsatzarten beim — **29** 91 f
Unternehmensdelikte 25 5 ff
echte — **25** 5
unechte — **25** 7
Versuch der echten — **25** 6

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Unvermeidbares 6 42 a
siehe auch Vermeidbarkeit; Zuständigkeit
Unzumutbarkeit 17 53 ff, 69 ff; 20 1 ff (17 2, 35, 57 f)
Abgrenzung der — zur Zurechnungsunfähigkeit 18 6, 14 ff (18 3 ff, 18, 28)
Ermittlung der Unzuständigkeit 17 72 ff
Maßstabsabhängigkeit der — 17 55, 70 f (18 12)
— durch Neurosen 18 21
— durch Psychopathien 18 20
— beim Rausch 18 12
relative (Un-)Zuständigkeit 17 73
— durch schwere seelische Abartigkeit 18 19 ff
— durch Süchte 18 23
— durch Triebstörungen 18 22
— als Unzuständigkeit 17 55, 57 ff, 69 ff
Verhältnis der — zum positiven Schuldtatbestand 17 45
Zuständigkeit bei Personenmehrheit 17 75
siehe auch Einsichtsunfähigkeit; entschuldigender Notstand; Interessenkollision; Notwehrexzeß; partielle Unzumutbarkeit; Überzeugungstäter; unspezifizierte Unzumutbarkeit; Unzumutbarkeit bei Fahrlässigkeit, bei Unterlassung; Zurechnungsunfähigkeit
Unzumutbarkeit bei Fahrlässigkeit 20 35 ff
Besonderheiten der — gegenüber Vorsatz 20 36 f
Parallele zum Vorsatz 20 35
— und Risikoabwägung 20 38
— bei Unterlassung 29 100
Unzumutbarkeit bei Unterlassung 29 97 ff
Unzuständigkeit siehe Zuständigkeit
Urkundenfälschung
subjektive Seite der — 8 39 f (23 19)
Ursache siehe Kausalität

Verabredung siehe Beteiligungsversuch
Verantwortung siehe Schuldbegriff
Verbandshandlung siehe Handlung
Verbandsschuld siehe Schuld
Verbotsirrtum 19 6 ff, 32 ff (11 45 ff; 17 21)
Abgrenzung zur Zurechnungsunfähigkeit und zur Unzumutbarkeit 18 25
Anerkennung des Geltungsgrunds von Normen trotz — 19 11 f
doppelter — 19 28
durch Fahrlässigkeit vermittelter — 19 34
— als Grundlagenirrtum 19 8 ff, 13
— nach dem funktionalen Schuldbegriff 19 6 ff
indirekter — 11 36 ff
— als Irrtum im verfügbaren Bereich 19 11 ff
Irrtumsformen 19 32
partieller — 31 43
— aus Rechtsgleichgültigkeit 19 49, 54
Rechtsprechung zum — 19 3 ff
Sonderregeln beim Handeln auf Anweisung 16 12; 19 51 ff
— durch ein Sozialisationsdefizit 19 8 f
unvermeidbarer — 19 46
siehe auch indirekter —; Schuldtheorie; Unrechtseinsicht; — beim Handeln auf Befehl; Vermeidbarkeit des —; Vorsatztheorie
Verbotsirrtum beim Handeln auf Anweisung 19 51 ff
— nach dem funktionalen Schuldbegriff 19 53
— als indirekter Verbotsirrtum 19 52
Irrtumsrisiko beim — 19 54
— nach dem SoldatenG 19 53
— nach dem WStG 19 53, 55
Verbrechen
— im gesetzestechnischen Sinn 6 102 ff
— im Sinn der Strafrechtsdogmatik 6 Fn. 1
Vereinigungstheorien 1 48 ff
Verfahrenshindernisse 10 10 ff
Vergehen
— im gesetzestechnischen Sinn 6 102 ff
Vergeltungstheorie 1 17 ff
Verhältnismäßigkeit
— statt Schuld 17 4
— von Tat und Maßregel 1 52, 54 ff, 60
— von Tat und Strafe 1 45
Verhalten
Bedeutung (expressiver Gehalt) von — 1 9; 2 5 f
— als Oberbegriff von Handlung und Unterlassung 6 31 f, 33
siehe auch Handlung; Handlungsbegriff; Unterlassung
verhaltensgebundene Delikte 6 84; 21 9, 117; 29 7, 78 ff
Verjährung
— bei bloßer Quantitätssteigerung 32 25
— bei Gesetzeskonkurrenz 31 46
Grund der Strafbefreiung 10 22
— und Grundsatz der Gesetzesbindung 4 9
Verkehrspflichten siehe Rettungspflichten; Sicherungspflichten
Verletzter siehe Opfer
Verletzungsdelikte 6 78

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Vermeidbarkeit (als Merkmal der Handlung) **6** 8, 20 ff, 24 ff, 68; **17** 19, Fn. 103
— bei Automatismen **6** 36 ff
Begriff der — **6** 26 f
Fahrlässigkeit als — **9** 2, 4
— bei Reflexen **6** 36 ff
Relativität der — **6** 27, 34
Zuständigkeit ohne — **6** 42 a
Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums **19** 35 ff
Anlaß zur Vermeidung **19** 40 ff
Fehlerhaftigkeit einer hypothetischen Auskunft **19** 45
— bei Gefahr großen Schadens **19** 48
— und Gewissensanspannung **19** 41, Fn. 70
Lebensführungsschuld **19** 37
minimalisierte — **19** 50
— bei nationalsozialistischen Gewalttaten **19** 9
— als nicht hinreichende Normanerkennung **19** 38 ff
Obliegenheiten zur Normermittlung **19** 38 f, 41 ff
— im Randbereich des Rechtmäßigen **19** 48
Rest-Normwissen **19** 36 f
— als Zuständigkeit **19** 35 ff, 47 ff (**19** 8, 33)
verminderte Schuldfähigkeit siehe partielle Unzumutbarkeit
versari in re illicita **9** 33; **19** 27
Versuch **6** 70; **25** 1 ff
abergläubischer — **25** 22
Abgrenzung von tauglichem und untauglichem — **25** 13, 17
Abgrenzung von Vorbereitung und — **25** 55 ff
— der Anstiftung **27** 3
beendeter — **25** 4, 71 ff; **26** 14 ff
— bei erfolgsqualifizierten Delikten **25** 25 ff
— bei Fahrlässigkeit **9** 27; **25** 28
fehlgeschlagener beendeter — **26** 23
fehlgeschlagener unbeendeter — **26** 11 f
— im formellen Sinn **25** 21
Gesamtwürdigung bei der Strafrahmenwahl **25** 77
grob unverständiger — **25** 81 ff
Kannmilderung **25** 77
kommunikative Relevanz des Vorsatzes **25** 22 f
— im materiellen Sinn **25** 2, 85
— als Organisationsanmaßung **25** 1 e
qualifizierter — **26** 48
Strafbarkeit des — **25** 76
subjektive Tauglichkeit des — **25** 36
unbeendeter — **25** 4; **26** 14 ff
versuchsbezogene Gründe bei der Strafrahmenwahl **25** 79 f
Vorverlagerungsgrenzen **25** 1 ff, 8 ff
Umkehrprinzip **25** 52 ff
siehe auch Beendigung; Beteiligungsversuch; Deliktsstufen; Rücktritt; Strafgrund des Versuchs; Unterlassungsversuch; Unternehmensdelikte; Versuchsbeginn; Vollendung; Vorbereitung; Vorsatz beim Versuch; Wahndelikt
Versuchsbeginn **25** 55 ff
— bei actio libera in causa **17** 68
kein — trotz Beendigung **25** 72 ff
Einbruch in eine Schutzsphäre als — **25** 68, 74
Einheitlichkeit des Angriffs beim — **25** 67, 74
— als formeller Begriff **25** 56
Gesetzesformel für den — **25** 55 f
— bei Mittäterschaft **21** 61
— bei mittelbarer Täterschaft **21** 105; **25** 75
negative Richtlinien zum — **25** 64 f, 73
— bei Pflichtdelikten **21** 118
positive Richtlinien zum — **25** 66 ff, 74
— bei Qualifizierungen **25** 70
kein — bei retardierendem Verhalten **25** 64
— bei steigendem Revokationsaufwand **25** 73
— bei sozialüblichem Verhalten **25** 65, 73
— bei Taten mit Revokationsmöglichkeit **25** 58, 72 ff
Tätervorstellung beim — **25** 60
Theorie der vorletzten Handlung **25** 62
Unmittelbarkeit beim — **25** 59
Unmöglichkeit einer deduzierenden Formel **25** 63
— beim Unterlassungsversuch **29** 118
zeitliche Nähe der Vollendung als — **25** 66, 74
siehe auch Unterlassungsversuch
Vertrauen siehe institutionelle Pflichten
Vertrauensgrundsatz **7** 30, 51 ff
Abgrenzung des — zum erlaubten Risiko **7** 51
— als Aufteilung von Zuständigkeit **7** 53
Ausschluß des — bei Regelunkundigen **7** 54
— bei eigenem Fehlverhalten **7** 55 f
— bei Folgeschäden **7** 55, 59, 81
Vorrangigkeit des Regreßverbots **7** 52
Vertreterhaftung **21** 10 ff
erfaßte Vertretungsverhältnisse **21** 12
faktische Betrachtungsweise **21** 14

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Handeln „als Vertreter" **21** 13
— nur bei objektiven Täterbeschreibungen **21** 11
Sonderpflichten bei — **21** 11
— nur bei strafbarkeitsbegründenden Merkmalen **21** 10
subjektive Merkmale und — **21** 11, 15

Verwaltungsdelikt, Verwaltungsstrafrecht siehe Ordnungswidrigkeit

vikariierendes System 1 52, 58

Vollendung
— als formeller Begriff **25** 1
Sonderregeln zum Rücktritt trotz — **25** 3

Vollrausch 17 57 f, 59 ff; **21** 23 (**9** 10; 10 1 f; **17** 57 f, Fn. 86)
Beteiligung am — **21** 23
Beweisprobleme beim — **17** 62
Gefährlichkeitstheorien **17** 59 f
Normzweckzusammenhang beim — **17** 63
Strafgrund des — **17** 59, 61

Voraussetzungsirrtum (als irrige Annahme beim Rechtfertigungstatbestand) **11** 42 ff
Abgrenzung zu anderen Irrtümern **11** 53
— bei Amtsrechten **16** 8
Appellfunktion des Vorsatzes **11** 47, 54
— und Beteiligung **11** 49, 59
eigenständige Rechtsfolge beim — **11** 52, 54 ff
eingeschränkte Schuldtheorie **11** 49 ff
Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen **6** 54 ff; **11** 44
rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie **11** 51
Rechtstreue beim — **11** 46
strenge Schuldtheorie **11** 45 ff
unselbständige Schuldtheorie **11** 58 f
siehe auch Rechtfertigungstatbestand; Widerstandsrecht

Voraussetzungsirrtum (als irrige Annahme beim Schuldtatbestand) **17** 78 ff
— als actio libera in causa **17** 84
entschuldigende Wirkung beim unvermeidbaren — **17** 81 ff
vermeidbarer — **17** 83
vorstellungsabhängige Merkmale **17** 79 ff
vorstellungsunabhängige Merkmale **17** 78

Voraussetzungsirrtum (als Unkenntnis beim Rechtfertigungstatbestand)
siehe Rechtfertigungstendenz

Voraussetzungsirrtum (als Unkenntnis beim Schuldtatbestand) **17** 80
— als Verbotsirrtum **17** 77; **19** 6 ff

Vorbereitung **25** 8 ff
— als Beteiligungsversuch **27** 1 ff
Rücktritt von der — **25** 11; **27** 15 ff
typisierte — **25** 10
untypisierte — **25** 8
siehe auch Beteiligungsversuch

vorläufige Festnahme siehe Festnahmerecht

Vorsatz **8** 1 ff
— bei Affekttaten **8** 13
alternativer — **8** 2, 15
Appellfunktion des — **11** 47; **19** 21
— bei Automatismen **8** 14
— bei besonders schweren Fällen **8** 43
Entscheidungsrelevanz des erkannten Risikos **8** 17, 30 ff
Erfordernis von — **8** 4
Erlebnis als — **8** 11
Fehlen von — wegen Tatsachenblindheit **8** 5 ff
— bei Gefährdungsdelikten **6** 79
genereller — **8** 2
— bei Hauptfolgen **8** 7, 15 ff
Intensität des Wissens **8** 10 ff, 12 (**19** 26)
Kritik der Psychowissenschaften **8** 13, 100 ff
Mitbewußtsein als — **8** 11
— bei Nebenfolgen **8** 7 f, 18 ff
objektive Zurechnung und — **8** 44
Planungszusammenhang beim — **8** 2, 37 ff, 91
sachgedankliches Bewußtsein als — **8** 11
— als speziellerer Begriff zur Fahrlässigkeit **9** 4
subjektive Unrechtselemente als Gegenstand des — **8** 45
Tatbestandsverwirklichung als Gegenstand des — **8** 43, 63
Wechsel des — **8** 2
— als Wissen **8** 7 ff
„Wissen und Wollen" als — **8** 8
Zeitpunkt des — **8** 1 f
siehe auch Absicht; alternativer —; bedingter —; dolus; Irrtum; Tatsachenblindheit; Unterlassungsvorsatz; — bei Blankettgesetzen; — bei normativen Tatbestandsmerkmalen; Vorsatzabweichungen; Wissentlichkeit

Vorsatz bei Blankettgesetzen **8** 46 ff
— bei Normen mit Regelungseffekt **8** 47
— bei nur verhaltenslenkenden Normen **8** 47

Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen **9** 28 ff
nicht-qualifizierende — **9** 29; **22** 29
qualifizierende — **9** 30 ff
Versuch bei — **25** 27
siehe auch Erfolgsqualifizierungen

Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen **8** 48 ff

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

Abgrenzung von Vorsatz und Unrechtsbewußtsein **8** 57
Bedeutungskenntnis als — **8** 52 ff
deskriptiv contra normativ **8** 51
Irrtum über den Entstehungsgrund **8** 58
normbegrenzte Merkmale **8** 53
normbezogene Merkmale **8** 54
normgefüllte Merkmale **8** 55 f
Parallelbeurteilung beim — **8** 49, 61 f
Subsumtionsirrtum beim — **8** 50
umgekehrter Subsumtionsirrtum beim — **8** 59
Versuch **8** 60
siehe auch Rechtfertigungstatbestand; Wahndelikt

Vorsatz beim Versuch 25 24 ff
bedingtes Wollen **25** 29
Entschluß mit Rücktrittsvorbehalt **25** 34 f
Entschluß auf unsicherer Tatsachengrundlage **25** 31 f
— bei erfolgsqualifizierten Delikten **25** 25 ff
— als Tatentschlossenheit **25** 29 ff
Tatgeneigtheit **25** 30
subjektive Tauglichkeit beim — **25** 36
Vorstellung als Spezifizierung von Vorsatz **25** 24
siehe auch Wahndelikt

Vorsatzabweichungen siehe Abweichung des Kausalverlaufs; dolus generalis; Fahrlässigkeit; Individualisierungsirrtum; Motivirrtum; Objektsirrtum; Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen; Vorsatz beim Versuch; vorzeitige Vollendung

Vorsatzgestalt 8 15 ff, 34 ff (**8** 88; **23** 13)
— bei Delikten mit vorverlagerter Vollendung **8** 39 f
Differenzierung der — nach Steuerungsgraden **8** 35
— bei feindlicher Willensrichtung **8** 37
— bei koordinierenden Beteiligten **8** 38
— bei Motivmerkmalen **8** 42
— bei Planungszusammenhängen **8** 37 ff
— bei Risikoerlaubnissen **8** 36
— bei typisierenden Absichten **8** 41

Vorsatztheorie 19 2, 14
elastische — **19** 17
starre — **19** 14
starre — und geltendes Recht **19** 15
siehe auch Schuldtheorie; Verbotsirrtum

Vor- und Nachtat siehe Spezialität kraft Vollendungsdichte und kraft Vorgriffs

Vorteilsabsicht 8 41, 91
Akzessorietät bei — **23** 20
Rechtswidrigkeit des Vorteils **11** 41

Vorverhalten 17 57 ff
siehe auch actio libera in causa; Unzumutbarkeit; Vollrausch

Vorverlagerung siehe Gefährdungsdelikte; Rechtsgut; Versuch

Vorwerfbarkeit siehe Schuld

vorzeitige Vollendung 8 75 ff
Rücktritt bei — **26** 13

Wahn siehe überirdische Kräfte

Wahndelikt 25 37 ff, 42 a (**11** 40, 41 a)
— bei eigenhändigen Delikten **25** 51
— bei irriger Annahme von Duldungspflichten **11** 41 a; **25** 42 a
kein — bei irriger Annahme von Organisationszuständigkeit **25** 44 ff
irrige Annahme von Sonderpflichten als — **25** 43 ff
umgekehrter Subsumtionsirrtum als — **25** 39
Umkehrprinzip **25** 52 ff
zu weite Parallelbeurteilung als — **25** 42

Wahrnehmung berechtigter Interessen 16 37

Wehrstrafgesetz siehe Anweisung; partielle Unzumutbarkeit; Verbotsirrtum beim Handeln auf Befehl

Weisungen
— als Tatfolge **1** 51

Werkzeug, menschliches siehe mittelbare Täterschaft

Widerstandsrecht 15 1 ff
Angriffsart beim — **15** 2
Inhalt des — **15** 4
Subsidiarität des — **15** 3
Verhältnis des — zu anderen Rechtfertigungsgründen **15** 1
Voraussetzungsirrtum beim — **15** 5
siehe auch ziviler Ungehorsam

Willensfreiheit 17 23 ff (**18** 27)

Wissen siehe Vorsatz

Wissensfehler versus Wollensfehler 1 7 a; **8** 5 f

Wissentlichkeit 8 18 ff
— zwischen Handlungsvollzug und Nebenfolge **8** 18
— zwischen Hauptfolge und Nebenfolge **8** 18
Höhe der Gewißheit bei — **8** 19
Wollen bei — **8** 20
siehe auch Vorsatz; Vorsatzgestalt

Wollen siehe Vorsatz; Vorsatz beim Versuch

Wollensfehler siehe Schuldbegriff; Wissensfehler versus —

Zeitgesetz 4 62 ff (**4** 42)

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05

zeitliche Geltung 4 48 ff
— bei einem Blankettgesetz 4 66, 70 ff
Bestimmung des mildesten Gesetzes 4 77 ff
— einer Strafmilderung 4 60, 70 ff
— einer Strafschärfung 4 61, 68 ff
— bei Variation der Bestrafungsvoraussetzungen 4 73
Umfang der — 4 50, 52
siehe auch Rückwirkungsverbot
Ziviler Ungehorsam 15 5 a f
siehe auch Widerstandsrecht
Züchtigungsrecht 16 32 ff
vom — Betroffene 16 33 f
— der Eltern 16 33
— des Erziehers 16 34 ff
durch — gerechtfertigte Eingriffe 16 32, 36
mutmaßliche Einwilligung des Berechtigten 16 33 (15 Fn. 21)
Rechtfertigungstendenz beim — 11 20
Überlassung des — an dritte Personen 16 33, 35
Zueignungsabsicht 8 41
Akzessorietät bei — 23 Fn. 8; 23 20
Rechtswidrigkeit des Beabsichtigten 11 41
Zumutbarkeit siehe partielle Unzumutbarkeit; Unzumutbarkeit
Zurechnung
Probleme der Stufung der — 6 1, 4, 46 f, 59 ff; 7 1, 4 ff; 17 19 f
Zurechnungsfähigkeit
Definition der — 17 48
— als Gleichheit 17 48 ff
keine Quantifizierbarkeit der — 17 49
siehe auch Zurechnungsunfähigkeit
Zurechnungsunfähigkeit 18 1 ff
Abgrenzung der — zur Unzumutbarkeit 18 3 ff, 14 ff (18 18, 28)
Adressatenproblem bei — 6 74; 17 50
Analogiefähigkeit der gesetzlichen Gründe von — 18 7
— wegen Bewußtseinsstörung 18 17
biologisch-psychologische Methode 18 3
— und Determination 18 4
— bei Heranwachsenden 18 2
— durch Intoxikationen, insbesondere Räusche 18 11
— bei Jugendlichen 18 2
— der Kinder 18 1
Konsequenz von — 18 24 ff
körperliche Befunde für — 18 10
— durch krankhafte seelische Störungen 18 8 ff
psychologisch-normative Methode 18 3
— durch Schwachsinn 18 13
— als Unzuständigkeit 18 5 f
siehe auch Einsichtsunfähigkeit; partielle Unzumutbarkeit; Unzumutbarkeit; Zurechnungsfähigkeit
Zuständigkeit
Aufteilung der — beim Vertrauensgrundsatz 7 53
— für Abwehrkosten bei Notwehr 12 17 f
— des Angreifers beim Notwehrexzeß 20 28
Einsichtsunfähigkeit und Befolgungsunfähigkeit als Unzuständigkeit 18 25, 34
— für die Gefahr beim defensiven Notstand 13 47
— beim Normzweckzusammenhang 7 75
Schuld als — 17 1
— bei Sonderwissen 7 49 f; 29 14
Trennung von — und Kausalität 7 28
— aufgrund unvermeidbaren Verhaltens 6 42 a
Unzumutbarkeit als Unzuständigkeit 17 55, 69
Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums als — 19 8, 33, 35 ff, 47 ff
Zumutbarkeit beim entschuldigenden Notstand als — 20 12 ff
Zurechnungsunfähigkeit als Unzuständigkeit 18 6
siehe auch Garantenpflichten; Herrschaftsdelikte; institutionelle Zuständigkeit; Organisationszuständigkeit; Pflichtdelikte; qualitative Akzessorietät; Teilnahme
Zustandsdelikte 6 80 ff
Zwangsmittel 3 21, 24; 16 9
Zweispurigkeit 1 53 (1 52)
Zweitschaden siehe Folgeschaden; garantenbezogene Begehung
Zwischengesetz 4 68

Bereitgestellt von | National Cheng Kung University
Angemeldet
Heruntergeladen am | 09.01.16 08:05