

Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo

Eine strafrechtlich-rechtstheoretische Untersuchung*

Von Assistenzprofessor Dr. Christos Mylonopoulos, Athen

1. Einleitung

1.1. Problemstellung

Das Problem des Verhältnisses zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit als Entscheidungsproblem entsteht, wenn das Gericht vom Ausschluß der Schuldlosigkeit zwar überzeugt ist, aufgrund der (bereits abgeschlossenen) Beweiswürdigung jedoch nicht mit Sicherheit entscheiden kann, ob dem Täter Vorsatz oder Fahrlässigkeit zugeschrieben werden muß. Daß Fälle denkbar sind, in denen „nicht die Willensschuld des Täters ... zweifelhaft (ist), sondern nur der Umfang der Schuld“¹, wird in Rechtsprechung und Lehre durchweg anerkannt². Als Paradebeispiel gilt der in BGHSt. 17, 210 behandelte Sachverhalt: Der Angeklagte hatte den Verletzten, der ihn mit Handschlag begrüßen wollte, mit seinem Taschenmesser auf dem Handrücken verwundet, wobei aber unklar blieb, ob er ihn verletzen oder nur erschrecken wollte³. In der zweiten Alternative sind die objektive Vorhersehbarkeit (Erfolgsadäquanz der Handlung) und die objektive Sorgfaltswidrigkeit sowie die subjektive Voraussicht der Verletzungsmöglichkeit ohne weiteres gegeben. (Wenn ich weiß, daß meine Handlung geeignet ist, den anderen in bezug auf dessen Körperintegrität ernsthaft zu erschrecken, habe ich genau denjenigen Gefährdungsvorsatz, der die bewußt fahrlässige Körperverletzung kennzeichnet, und setze somit deren Handlungsunwert.)

Aber auch über diesen konkreten Fall hinaus könnte man generalisierend sagen: Gehen wir bei Zweifeln über den Vorsatz davon

* Diese Arbeit ist meinem hochverehrten Doktorvater Professor Dr. Gerhard *Kielwein* gewidmet.

¹ RGSt. 41, 391.

² Vgl. statt vieler *Wolter*, Grundfälle zu „in dubio pro reo“ und Wahlfeststellung, JuS 1983, 769.

³ Siehe auch das Beispiel bei *Wolter*, JuS 1983, 769.

aus, daß die objektive Sorgfaltswidrigkeit und Vorhersehbarkeit des Erfolges die subjektive Sorgfaltswidrigkeit und Vorhersehbarkeit indizieren⁴ und daß beide erstgenannten objektiven Merkmale auch Elemente der Vorsatztat sind⁵, so ist, wenn sie vorliegen, bei jeder Straftat, die sowohl vorsätzlich als auch fahrlässig begangen werden kann, die Möglichkeit (= der Verdacht) einer Fahrlässigkeit, die nicht eindeutig bejaht werden kann, mindestens prima facie gerechtfertigt, vorausgesetzt, daß die Schuldlosigkeit ausgeschlossen ist.

Es ist naheliegend, daß das Problem eher im Falle der Unklarheit über das Vorliegen von *dolus eventualis* oder bewußter Fahrlässigkeit auftaucht, obwohl auch Konstellationen denkbar sind, in denen es sogar um die Alternativität von Absicht und unbewußter Fahrlässigkeit geht⁶. Dies ist z.B. der Fall, wenn nicht bewiesen werden kann, ob der Täter, der beim Reinigen seiner Pistole einen tödlichen Schuß abgegeben hat oder beim Fahren auf das tödlich verletzte Opfer zugefahren ist, unbewußt fahrlässig gehandelt oder absichtlich einen „Unfall“ inszeniert hat.

Die Alternativität von Vorsatz und Fahrlässigkeit weist die Eigenart auf, daß hier „nicht zwei *verschiedene* tatsächliche, sich gegenseitig ausschließende Vorgänge ... in Frage (stehen), sondern ein *einziger* tatsächlicher Vorgang, von dem lediglich nicht aufzuklären ist, ob die innere Tatseite Vorsatz *ist* oder ob sie (auch) als Fahrlässigkeit zu *werten* ist“⁷. Zum hier zu erörternden Fragenkreis gehört also nicht der verwandte Fall, in dem offen bleibt, ob der erste, nur fahrlässige, oder der zweite, vorsätzliche, Schuß zum Tode geführt hat⁸.

Noch wichtiger ist aber eine zweite Eigenart des Begriffspaares, welche die besondere Behandlung des oben geschilderten Problems erforderlich macht und eine unerläßliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Grundsatzes in dubio pro reo betrifft. Im Gegensatz nämlich zu anderen Begriffspaaren, die dieselbe Alternativitätsfrage aufwerfen, stellen Vorsatz und (subjektive!) Fahrlässigkeit keine äußeren Tatsachen dar, die sinnlich wahrnehmbar sind, sondern bezie-

⁴ Jescheck, Allg. Teil, 3. Aufl. 1978, S. 483.

⁵ Vgl. Triffterer, Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung, Festschrift für Klug, 1984, S. 419; Lackner, 17. Aufl. 1987, § 15 Anm. V; Montenbruck, Wahlfeststellung und Werttypus im Strafrecht und Strafprozeßrecht, 1976, S. 352.

⁶ Vgl. die Beispiele von Wolter, JuS 1983, 769.

⁷ Tröndle, in: LK, 10. Aufl., § 1 Rdn. 101; vgl. Montenbruck (Anm. 5), S. 351 ff.

⁸ Siehe dazu BGH NJW 57, 1643; Hürxthal, in: KK, § 261 Rdn. 69; Peters, Strafprozeß, 4. Aufl. 1984, S. 288; Montenbruck (Anm. 5), S. 360 ff.; Tröndle, in: LK, § 1 Rdn. 102.

hen sich auf die sog. „innere Tatseite“. Deswegen fragt es sich, ob hier überhaupt noch von Tatsachen (i.S. von „inneren Vorkommnissen“) die Rede sein kann.

1.2. Anwendbarkeit der in-dubio-Regel bei Alternativität von Vorsatz und Fahrlässigkeit

1.2.1. „Tatsachen“ und „Dispositionen“

Die heute h.M. faßt zwar den Vorsatz als ein „Konglomerat von inneren Tatsachen“⁹ auf und konzipiert folglich auch die bewußte Fahrlässigkeit als eine Synthese aus einer Tatsache („Wissen“) und einer Wertung, während die unbewußte Fahrlässigkeit als schlichtes „Normativum“ angesehen wird¹⁰. Dieser Betrachtungsweise ist jedoch nicht ohne weiteres zuzustimmen: Gehen wir etwa davon aus, daß Tatsache nur das sein kann, „was vorhanden oder geschehen ist oder war und Gegenstand der Wahrnehmung, Beobachtung und Feststellung war oder ist“¹¹, so könnte sehr wohl der Tatsachencharakter von „inneren Vorgängen“, die durch Begriffe wie Vorsatz und Intention ausgedrückt werden, in Abrede gestellt werden¹², da sie keine unmittelbar beobachtbaren und greifbaren Gegenstände der Außenwelt¹³ (keine „zweite, unsichtbare Welt über der sichtbaren Welt“)¹⁴ darstellen würden. Den Vorzug würde insofern die Auffassung verdienen, daß diese „Phänomene“ Dispositionen¹⁵ sind, auf deren Vorliegen an

⁹ Vgl. die Angaben von *Hruschka*, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, Festschrift für Kleinknecht, 1985, S. 191.

¹⁰ *Fuchs*, Die Wahlfeststellung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, GA 1964, 65, 71.

¹¹ *Hoffmeister*, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 2. Aufl. 1955, Stichwort: „Tatsache“; vgl. *Quine*, Word and Object, 14th printing, Cambridge, Mass., 1985, S. 247: nach dieser Meinung setze eine Tatsache „Objektivität“ und „eine gewisse Beobachtungszugänglichkeit“ voraus.

¹² *Hruschka* (Anm. 9), S. 201.

¹³ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, S. 169; *ders.*, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, in: *Lüderssen/Sack* (Hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, Bd. I, 1980, S. 240.

¹⁴ *Kindhäuser*, Intentionale Handlung, 1980, S. 104, in bezug auf *Savigny*.

¹⁵ *Hassemer*, in: *Lüderssen/Sack* (Anm. 13), S. 244; *ders.*, Einführung (Anm. 13), S. 169f. Vgl. auch *Kindhäuser* (Anm. 14), S. 129, in bezug auf seelische Ereignisse im allgemeinen, sowie *Taylor*, Explaining Action, in: *Inquiry* 13 (1970), S. 63; *von Wright*, Erklären und Verstehen, 1984, S. 108, in bezug auf die Intention. Im Anschluß an *Taylor*, a. a. O., S. 60, und *Melden*, „Willing“, in: *White* (Hrsg.), The Philosophy of Action, 1968, S. 71, plädiert *Kindhäuser*, a. a. O., S. 110, 123, dafür, daß der Begriff „Wollen“ dispositional sei, weil wir mit ihm „die Neigung des Handelnden ausdrücken“, „sich in einer bestimmten Weise zu verhalten, nämlich so, daß er inter alia ein bestimmtes Ziel erreicht“. In dieser Richtung auch *Schöpf*, in: *Krings* u. a. (Hrsg.), Stichwort „Wille“,

Hand von „Indikatoren“¹⁶ geschlossen wird, d. h. mit Hilfe von äußeren Umständen, welche z. B. „die ... Grundlage für die Zurechnung des Tatvorsatzes liefern, der selbst keine Tatsache ist“¹⁷. Wir können nämlich „die Intentionen einer Person nicht dadurch feststellen, daß wir sie auffordern, in ihr Inneres zu schauen und uns mitzuteilen, welche Intentionen sie dort sieht ...“. Intentionen sind eben „nicht in derselben Weise introspektiv feststellbar wie Zahnschmerzen oder Kopfschmerzen ...“. Insofern sind Intentionen „keine Ereignisse, sondern *Dispositionen*. Sie können nur am Verhalten der Person in einer Vielfalt von Situationen erkannt werden, auch die Person selbst kann ihre eigenen Dispositionen nicht in anderer Weise erkennen“¹⁸. Man könnte ferner konsequenterweise mit *Hruschka* sagen, der Tatvorsatz werde „nicht festgestellt und bewiesen“, sondern „wie alles Geistige“ zugerechnet. Dabei würde es sich nicht um ein deskriptives, sondern um ein zuschreibendes, askriptives Urteil handeln¹⁹.

S.1722. Der dispositionale Charakter des „Wissens“, der insbesondere von *Ryle*, *Knowing How and Knowing That*, in: *Proceedings of the Aristotelian Society* 46 (1946), S.4 f, 15; *ders.*, *Der Begriff des Geistes*, S.28 f., 173; *Watling*, *Inference from the Known to the Unknown*, in: *Proceedings of the Aristotelian Society* 55 (1955), S.88, und *Stegmüller*, *Glauben, Wissen und Erkennen*, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 10 (1956), S.518 ff., 547 f., verfochten wird, ist allerdings nicht einhellig akzeptiert worden. So betrachtet z. B. *Rescher*, *Handlungsaspekte*, in: *Meggle* (Hrsg.), *Analytische Handlungstheorie I*, 1985, S.7, die „inneren“ (mentalen und nicht beobachtbaren) Bestandteile einer Handlung, die „allgemeinen Merkmale des geistigen Zustands des Handelnden“ (S.5) als „deskriptive Elemente“. Vgl. ferner *Brüggen*, in: *Krings* u. a. (Hrsg.), *Stichwort „Wissen“*, S.1737 m. w. N. [Fn.69], der die Beschreibung geistiger Zustände ebenfalls für möglich hält. Zu den Dispositionsbegriffen allgemein *Stegmüller*, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, Bd. II A, S.213 ff.; *Goodman*, *Tatsache, Fiktion, Voraussage*, 1975, S.50 ff.; *Savigny*, *Die Philosophie der normalen Sprache*, 1975, S.91 ff.; *Hampshire*, *Dispositions*, in: *Freedom of Mind*, 1972, S.34 ff.; *Quine*, *Die Wurzeln der Referenz*, S.23 ff.; *Volk*, *Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit*, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, S.76.

¹⁶ *Hassemer*, *Einführung* (Anm.13), S.170; *ders.*, in: *Lüderssen/Sack* (Anm.13), S.244; vgl. *Dopslaff*, *Wortbedeutung und Normzweck*, S.72; *Schroth*, *Philosophische und juristische Hermeneutik*, in: *Kaufmann/Hassemer* (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 4. Aufl. 1985, S.248; *Kindhäuser* (Anm.14), S.98 f., 103 Fn.46.

¹⁷ *Hruschka* (Anm.9), S.202, der jedoch den Vorsatz nicht als Dispositionsbegriff bezeichnet.

¹⁸ *Glassen*, *Die Kognitivität moralischer Urteile*, in: *Savigny* (Hrsg.), *Philosophie und normale Sprache*, 1969, S.144.

¹⁹ *Hruschka* (Anm.9), S.201; vgl. *Rodigen*, *Pragmatik der Juristischen Argumentation*, 1977, S.123; *Neumann*, *Juristische Argumentationslehre*, 1987, S.63 f.; *Kindhäuser* (Anm.14), S.105, 124 (in bezug auf die Intention); *Koch*, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, 1979, S.18; *Goodman* (Anm.15), S.62; *Dopslaff* (Anm.16), S.72 (in bezug auf die Dispositionsbegriffe im

Gleiches würde für die Fahrlässigkeit gelten, die ohnehin dispositionale Züge aufweist. Denn wenn man als Disposition die Fähigkeit eines Menschen bezeichnet, unter gewissen Umständen in gewisser Weise zu reagieren²⁰, so kann die subjektive Voraussehbarkeit des Erfolges als die allgemeine²¹ individuelle Fähigkeit des konkreten Täters aufgefaßt werden, Erfolge „dieser Art“ vorauszusehen, wenn die Bedingungen „Gelegenheit“ und „vernünftige Anstrengung“ erfüllt sind. Ähnlich kann die subjektive Vermeidbarkeit als die (ebenfalls allgemeine) Fähigkeit des konkreten Täters konzipiert werden, sich sorgfaltsgemäß zu verhalten, d.h. die gebotene Sorgfalt einzuhalten und Erfolge „dieses Typs“ zu vermeiden²². Dabei würde es sich ebenfalls um askriptive Urteile handeln²³.

Eine eingehende Erörterung dieses Fragenkreises würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Insbesondere mag dahingestellt bleiben, ob der obige enge Tatsachenbegriff einem weiteren vorzuziehen ist, nach dem die Tatsache in der „Zurechnung von Wahrheit“ besteht²⁴ und als der Inhalt eines wahren Satzes verstanden wird²⁵. Ebenso wenig ist der Tatsachencharakter der Dispositionen mit Sicherheit abzulehnen: Nicht nur weil die Existenz von „mental events“ seitens mancher Autoren nicht bestritten wird²⁶, sondern

allgemeinen). Ob und inwiefern auf diese Weise der Handelnde zugleich für etwas *verantwortlich* gemacht wird (Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, in: *Proceedings of the Aristotelian Society* 49 (1948/49), S. 171 ff.), was eine „quasi moralische Position“ impliziert, ist allerdings nach der Kritik von Geach, *Ascriptivism*, *Philosophical Review* 69 (1960), S. 221 f., umstritten; vgl. z.B. Pitcher, *Hart on Action and Responsibility*, *Philosophical Review* 69 (1960), S. 226 f., sowie Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford 1984, S.V. Zum ganzen *Kindhäuser*, *Kausalanalyse und Handlungszuschreibung*, GA 1982, 493 f. mit Fn. 82.

²⁰ Darmstadt, *Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge*, 1983, S. 70, Stegmüller (Anm. 15), S. 213 ff.

²¹ „Can (general) in particular use“: Honoré, *Can and Can't*, in: *Mind* 1964, 466; dazu unten 2.3. Vgl. *Kindhäuser* (Anm. 14), S. 113: „in unserer Alltagsdiskussion schließen wir von der generellen Fähigkeit des Handelnden auf seine singuläre Möglichkeit.“

²² Vgl. Arnold Kaufman, *Ability*, *Journal of Philosophy*, 1963, 542; Nowell Smith, *Ifs and Cans*, *Theoria* 26 (1960), S. 93; vgl. White, *Modal Thinking*, 1975, S. 33, der aber den Gedankengang erweitert.

²³ Vgl. Thalberg, *Abilities and Ifs*, *Analysis* 1962, 124.

²⁴ Quine, *Word and Object*, 1960, S. 247 f.

²⁵ Vgl. Davidson, *True to the Facts*, in: *Inquiries into Truth and Interpretation*, 1984, S. 41, 43; ders., *The Individuation of Events*, in: *Essays on Actions and Events*, 1980, S. 169; Frege, *Der Gedanke*, in: *Kleinere Schriften*, S. 359; Currie, *Frege's Metaphysical Argument*, in: *Frege*, 1984, S. 155 („A fact is a Thought that is true“). Nach dieser Auffassung ist Tatsache nicht nur eine *vérité de fait*, sondern auch eine *vérité de raison*, z. B. daß $2 \times 2 = 4$.

²⁶ Davidson, *Mental Events*, in: *Essays* (Anm. 25), S. 207 ff.

auch im Hinblick auf die Tatsache, daß die Dispositionen manchmal als eingebaute Strukturmerkmale („built-in, enduring structural traits“) konzipiert werden, die auf „gewisser subtiler Nervenbeschaffenheit“ beruhen²⁷.

1.2.2. Der in-dubio-Satz als Metanorm

In Anbetracht obiger Erwägungen ist die Anwendbarkeit des in-dubio-Grundsatzes im Falle der Alternativität von Vorsatz und Fahrlässigkeit keineswegs selbstverständlich. Denn geht man mit der h.M. davon aus, der Grundsatz stelle eine Beweis-²⁸ bzw. Beweiswürdigungsregel²⁹ dar, die „sich auf die tatsächliche Grundlage des Urteils auswirkt“³⁰, so wird damit auch angenommen, daß er Tatsachen³¹ zum Gegenstand hat. Eine solche Auffassung bedeutet somit, daß es äußerst fragwürdig ist, ob der in-dubio-Grundsatz im Falle der Alternativität von Vorsatz und Fahrlässigkeit eingreifen kann. Vorausgesetzt wird die Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Dispositionen als Tatsachen bezeichnet werden können, die (wenn auch schwer) festgestellt und bewiesen werden können. Fällt die Antwort negativ aus, so wäre die Anwendung des in-dubio-Grundsatzes allenfalls in bezug auf die *Indikatoren* möglich. Aber auch eine solche Auffassung wäre verfehlt, da der Grundsatz erst nach Abschluß der Beweiswürdigung eingreift, nämlich genau dann, wenn eine eindeutige Aussage über die Wirklichkeit nicht gemacht werden kann. Es ist also alles andere als sicher, daß mit Hilfe des Grundsatzes „in dubio pro reo“ Tatsachenfeststellungen getroffen werden können³².

Faßt man demgegenüber mit *Frisch* den in-dubio-Satz als eine Entscheidungsregel (daher: Metanorm) auf³³, die dem Richter ermöglicht, die für den Angeklagten günstigere Norm anzuwenden (= die günstigere Rechtsfolge auszusprechen), obwohl die für diese an sich gegebenen Voraussetzungen ungewiß bleiben, so ist man legitimiert,

²⁷ *Quine* (Anm. 24), S. 223.

²⁸ RGSt. 52, 319; vgl. *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972, S. 44.

²⁹ *Stree*, In dubio pro reo, 1962, S. 56.

³⁰ *Frisch*, Zum Wesen des Grundsatzes „in dubio pro reo“, Festschrift für Henkel, 1974, S. 274 f.

³¹ *Hassemer*, Einführung (Anm. 13), S. 157.

³² *Frisch* (Anm. 30), S. 275.

³³ *Frisch* (Anm. 30), S. 281 m. w. N.; vgl. *Androulakis*, Grundbegriffe des Strafprozesses (in griechischer Sprache), 1979, S. 183; *Wolter*, JuS 1983, 368, 771, der jedoch Vorsatz und Fahrlässigkeit als „Tatsachen“ begreift (S. 771, 772); ferner *Joerden*, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, 1985, S. 22.

danach zu fragen, ob der Grundsatz auch bei Ungewißheit über das Vorliegen von Vorsatz oder Fahrlässigkeit eingreifen kann, da die genannten Begriffe, obwohl keine Tatsachen, doch zu den Voraussetzungen der Rechtsfolge gehören³⁴.

1.3. Vorgeschlagene Lösungen

Die möglichen Lösungen des Problems sind bekanntlich fünf³⁵: (a) Freispruch³⁶ wegen doppelter Anwendung des in-dubio-Grundsatzes, (b) Betrachtung des Fahrlässigkeitsdelikts als Auffangtatbestand³⁷, (c) Wahlfeststellung³⁸ und (d) Abstellen auf ein sog. „begriffslogisches“ oder schließlich (e) auf ein „normatives Stufenverhältnis“ zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit. Davon werden die drei ersteren heute kaum noch vertreten³⁹, während die zwei letzteren der näheren Erörterung bedürfen⁴⁰.

2. Die Lehre vom sog. „begriffslogischen Stufenverhältnis“

2.1. Der Grundgedanke der Lehre

Im Rahmen dieser Meinung⁴¹ wird hauptsächlich darauf abgestellt, daß die Fahrlässigkeit die Erkennbarkeit, der Vorsatz hingegen

³⁴ Auch *Montenbruck*, In dubio pro reo aus normtheoretischer, straf- und strafverfahrensrechtlicher Sicht, 1985, S.52f., begreift als Gegenstand des Grundsatzes die Strafbarkeitsvoraussetzungen, obwohl er die Lehre *Frischs* nicht akzeptiert.

³⁵ Vgl. *Dreher*, MDR 1970, 369f.

³⁶ Dafür OLG Hamm NJW 1982, 193; *Lang-Hinrichsen*, DRiZ 1960, 381; *Kohlrausch/Lange*, StGB, 43. Aufl. 1961, § 2 b I 3; *Niese*, Rechtsprechungsbericht, JZ 1955, 321; *Schaffstein*, Die neuen Voraussetzungen der Wahlfeststellung im Strafverfahren, NJW 1952, 725, 729. Dabei dient der Verdacht der einen Schuldform als Grund zum Zweifeln über die andere. Dagegen BGHSt. 17, 210, 213; vgl. *Wolter*, JuS 1983, 770; RGSt. 41, 391; *Peters*, Strafprozeß, S. 288.

³⁷ Dafür BGHSt. 17, 210. Dagegen: *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, 22. Aufl. 1985, § 1 Rdn. 97 m. w. N.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, Bd. 1, § 10 III 2; vgl. auch *von Hippel*, Zum Problem der Wahlfeststellung, NJW 1963, 1533f.; *Blei*, JA 1974, 383; *Tröndle*, Zur Begründung der Wahlfeststellung, JR 1974, 133, 134; *Wolter* (Anm. 28), S. 86 ff.; *ders.*, JuS 1983, 772 m. w. N. in Fn. 37; sowie *Dreher*, Im Irrgarten der Wahlfeststellung, MDR 1970, 370.

³⁸ Dafür BGHSt. 4, 340, 343; *Christians*, Die Zulässigkeit von Alternativfeststellungen im Strafrecht, Diss. Bonn 1951; vgl. AG St. Wendel DAR 1980, 54; *Deubner*, Die Grenzen der Wahlfeststellung, JuS 1962, 21, 24. Dagegen *Wolter* (Anm. 28), S. 169 f.; vgl. *Tröndle*, in: LK, § 1 Rdn. 101.

³⁹ Vgl. Anm. 36–38.

⁴⁰ Zur Problemstellung allgemein *Androulakis*, Zur sogenannten „wahldeutigen Verurteilung“, in: Strafrechtliche Studien, Athen 1972, S. 319 ff. (in griechischer Sprache).

⁴¹ *Otto*, „In dubio pro reo“ und Wahlfeststellung, Festschrift für *Peters*, 1974, S. 378; *Jakobs*, Allg. Teil, 1983, 9/4; *ders.*, Probleme der Wahlfeststellung, GA 1971, 257; *Nowakowski*, Verkappte Wahlfeststellungen? JBl 1958, 380; z. T. auch RGSt. 41, 391; *Wolter*, JuS 1983, 770. Weitere Angaben bei *Montenbruck* (Anm. 5), S. 351 ff.

die Kenntnis (bzw. Prognose) des tatbestandsmäßigen Erfolges voraussetzt. Beim Vorsatz würden die Merkmale der Fahrlässigkeit um ein „weiteres Element“ angereichert⁴². Deswegen wird betont, die Fahrlässigkeit sei im Vorsatz enthalten⁴³, sie sei dem Vorsatz gegenüber der „generellere Begriff“⁴⁴, genauso, wie es zwischen Grund- und Qualifikationstatbestand der Fall sei. Damit wird der Weg zur direkten Anwendung des in-dubio-Grundsatzes geebnet.

Die Annahme dieser Thesen ist jedoch nicht unproblematisch. Über die Ausführungen *Wolters*⁴⁵ hinaus, daß diese Auffassung mit der Theorie steht und fällt, die zur Abgrenzung von *dolus eventualis* und bewußter Fahrlässigkeit jeweils akzeptiert wird⁴⁶, könnte man doch folgende zwei Argumentationen dagegensetzen:

2.2. Möglicher Wortsinn

Was könnte „begriffslogisches Stufenverhältnis“ bedeuten? Im Rahmen der bisherigen Diskussion müssen wir unterscheiden:

(a) Dieser unglückliche⁴⁷ und mehrdeutige Ausdruck kann zunächst einmal ein Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit zum Ausdruck bringen, das sich aus dem Umstand ergibt, daß die Erkennbarkeit (unterstellt als gemeinsames Element) sich zur Kenntnis entwickelt. Bei dieser Deutung wird vom Abstufungsverhältnis *eines* Merkmals auf ein „logisches Stufen-(und Umfassungs-)verhältnis der

⁴² *Otto* (Anm. 41), S. 378; vgl. *Nowakowski*, JBl 1958, 382 (Die vorsätzliche Schuld unterscheidet sich von der fahrlässigen sachverhaltsmäßig durch ein zusätzliches Element, eine bestimmte emotionale Einstellung zur Rechtsgutsverletzung); *Jakobs*, Allg. Teil, 9/4; *ders.*, GA 1971, 260.

⁴³ *Jakobs*, GA 1971, 260; *Otto* (Anm. 41), S. 378.

⁴⁴ *Jakobs*, Allg. Teil, 9/4; vgl. *Otto* (Anm. 41), S. 378. Die Bemerkung *Ottos*, daß die „weiteren Merkmale“ eine „qualitative Änderung“ des Unrechts bewirken (a. a. O., S. 377, 383), ist an sich weniger widersprüchlich gegenüber seiner Hauptthese als sein unvermeidbares Zugeständnis, daß schließlich das (begriffslogische?) Stufenverhältnis durch den „unterschiedliche(n) Grad in der Intensivität der Rechtsgutsverletzung durch den Täter begründet werde“ (a. a. O., S. 379).

⁴⁵ JuS 1983, 770.

⁴⁶ Deswegen vertritt *Wolter*, JuS 1983, 770, diese Theorie nur beschränkt: Nach ihm ist der Sachverhalt der bedingt vorsätzlichen und der bewußt fahrlässigen Tat teildentisch. Wer bedingt vorsätzlich handele, verhalte sich zumindest auch bewußt fahrlässig (direkte Anwendung des in-dubio-Grundsatzes).

⁴⁷ In der Logik betrifft diese Ausdrucksweise eine ganz andere Beziehung: *Frege* unterscheidet namentlich Begriffe, unter die Gegenstände fallen, als Begriffe erster Stufe, von den Begriffen zweiter Stufe, in die Begriffe erster Stufe fallen; vgl. *Frege*, Logik in der Mathematik, in: Nachgelassene Schriften, 1. Bd., 1969, S. 269, sowie *ders.*, Über den Begriff der Zahl, a. a. O., S. 120.

gesamten Begriffe" geschlossen⁴⁸. Das „Stufenverhältnis" wird an Hand nur eines Merkmals beurteilt. Von der Feststellung, der Vorsatz enthalte ein Element der Fahrlässigkeit, wird darauf geschlossen, daß er sämtliche Fahrlässigkeitsmerkmale umfaßt, und zwar in der Weise, daß Vorsatz nur dann möglich ist, wenn Fahrlässigkeit vorliegt.

Eine solche Konklusion wäre natürlich nicht stichhaltig: Erstens braucht der Vorsatz nicht unbedingt die subjektive Voraussehbarkeit zu enthalten. Denn es sind Fälle denkbar, in denen „das zum Vorsatz führende sichere Wissen der Tatbestandsverwirklichung durch Zufall erlangt", normalerweise aber nicht erlangbar gewesen ist⁴⁹, oder allgemeiner, in denen zwar Vorsatz möglich, Fahrlässigkeit aber wegen der mangelhaften Begabung oder geringen Erfahrung des Handelnden ausgeschlossen ist⁵⁰. Es ist also alles andere als sicher, daß die subjektive Vorhersehbarkeit ein gemeinsames Element beider Schuldformen darstellt. Aber auch wenn dem so wäre, erlaubt zweitens das Vorhandensein eines Merkmals der Fahrlässigkeit im Vorsatz keineswegs den Schluß, daß sämtliche Fahrlässigkeitselemente im Vorsatz enthalten sind. Im Rahmen des Anwendungsbereichs des in-dubio-Grundsatzes ist jedoch das Anliegen des Juristen, der auf ein begriffslogisches Stufenverhältnis abhebt, nicht die Abstufung eines Merkmals festzustellen, sondern das Umfassungsverhältnis der Begriffe herauszuarbeiten.

Freilich: Es steht außer Frage, daß die Anwendung der in-dubio-Regel in den Fällen eines unangefochtenen „logischen Stufenverhältnisses" richtig ist. Mit diesem Ausdruck meint der Jurist die Klassenbeziehung, die im Rahmen des Klassenkalküls Subsumtion⁵¹ oder Subordination⁵² genannt wird. Dies ist der Fall, wenn alle Elemente der Extension des subordinierten Begriffs zur Extension des übergeordneten gehören, das gleiche aber nicht umgekehrt gilt⁵³. So sagen wir, der Grundsatz „in dubio pro reo" wird richtig angewandt, wenn z. B. der Satz „Die Klasse der Einbrecher ist eine Teilklasse der Klasse der Diebe" wahr ist⁵⁴.

⁴⁸ So ausdrücklich *Schmidhäuser*, Allg. Teil, 2. Aufl. 1975, 10/115, nach dem nur das Vorsatz und Fahrlässigkeit Gemeinsame in Erwägung gezogen werden muß, was uns erlaubt, sie in einem plus-minus-Verhältnis zu konzipieren.

⁴⁹ *Schroeder*, in: LK, § 15 Rdn. 9.

⁵⁰ Statt vieler *Wolter* (Anm. 28), S. 158 Fn. 34; a. A. *Jakobs*, GA 1971, 260 Fn. 18.

⁵¹ *Klug*, Juristische Logik, 4. Aufl. 1982, S. 66 f.

⁵² *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980, S. 254, *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 1983, S. 381 ff.

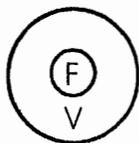
⁵³ *Herberger/Simon* (Anm. 52).

⁵⁴ *Klug* (Anm. 51), S. 66.

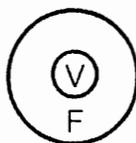
Das Vorbild des auf das „logische Stufenverhältnis“ abstellenden Juristen ist also die Klassenbeziehung der Subordination. Als klassisches Beispiel dient dabei das Verhältnis zwischen Grunddelikt und Qualifikation (wie oben, zwischen Diebstahl und Einbruch). In bezug auf die Alternativität Vorsatz/Fahrlässigkeit strebt demgemäß diese Lehre den Nachweis eines Umfassungsverhältnisses an, das uns bei Ungewißheit über das Vorliegen des zusätzlichen Elements erlauben würde, das Vorsatzdelikt „durch einfaches Weglassen einzelner Begriffe“ auf das Fahrlässigkeitsdelikt zu reduzieren⁵⁵. Eine solche Möglichkeit kann jedoch an Hand dieser Deutung des logischen Stufenverhältnisses nicht erzielt werden.

(b) Nach dem Gesagten ist also plausibel, daß die zweite Möglichkeit, den Ausdruck „begriffslogisches Stufenverhältnis“ zu deuten, auf das Verhältnis der gesamten Begriffe abstellt. Daß die Fahrlässigkeit der „generellere“, im „Vorsatz enthaltene“ Begriff sei, könnte bedeuten, daß zwischen beiden Begriffen das Verhältnis der Subordination (oder der materiell äquivalenten Inklusion)⁵⁶ besteht, daß nämlich die Klasse der vorsätzlichen Delikte Teilklasse der Klasse der fahrlässigen ist. Das würde wiederum bedeuten: Stets wenn eine Handlung vorsätzlich ist, ist sie auch ein Element der Klasse der fahrlässigen Delikte. Oder, aus der Sicht der Inklusion: Nur wenn eine Handlung fahrlässig ist, ist sie ein Element der Klasse der vorsätzlichen Handlungen⁵⁷.

Ist diese Auffassung richtig, so entsteht der Vorsatz, indem dem Begriff der Fahrlässigkeit ein Merkmal konjunktiv hinzugefügt wird. Die Intension der Fahrlässigkeit wird auf diese Weise erweitert, so daß in der Intension des Vorsatzes auch die engere Intension der Fahrlässigkeit enthalten ist⁵⁸, während sich die dazugehörige Extension verkleinert⁵⁹, weil sie die Extension des Vorsatzbegriffs enthält („genereller Begriff“):



Intension



Extension

⁵⁵ So *Otto* (Anm. 41), S. 378, in bezug auf die Alternativität Grunddelikt – Qualifikation.

⁵⁶ Dazu *Klug* (Anm. 51), S. 67.

⁵⁷ Vgl. *Klug* (Anm. 51), S. 45, 66 f.

⁵⁸ Vgl. *Otto* (Anm. 41), S. 378; *Jakobs*, GA 1971, 260; *H. Mayer*, Allg. Teil, 1953, S. 418.

⁵⁹ Vgl. *Herberger/Simon* (Anm. 52), S. 251.

Wollen wir also das zwischen Grunddelikt und Qualifikation bestehende „Stufenverhältnis“ in den Bereich der Schuldstufen übertragen, so müßten wir konsequenterweise den Vorsatz erst an Hand der Fahrlässigkeit ermitteln, genauso wie wir bei der praktischen Rechtsanwendung zuerst den Diebstahl positiv feststellen müssen, um dann nach den zusätzlichen (qualifizierenden oder privilegierenden) Elementen überhaupt suchen zu können. Mit diesem Anliegen stünde das Klassenverhältnis der Subordination (bzw. Inklusion) vollkommen im Einklang, denn sie erlaubt ein begriffliches „Stufenverhältnis“, das dem Erfordernis gerecht wird, das Vorsatzdelikt müsse „durch einfaches Weglassen einzelner Begriffe“ auf das fahrlässige „reduziert werden“ können⁶⁰.

Dies bedeutet zwar nicht, daß der Sinn der Subordination (bzw. Inklusion) darin besteht, eine Reihenfolge der Merkmalsprüfung zu etablieren, denn diese ist ausschließlich eine Frage der praktischen Rechtsanwendung. Die Gleichbehandlung jedoch der Alternativität von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der unbestreitbaren Fälle von logischem „Stufenverhältnis“ ist nur mit der Klassenbeziehung der Inklusion bzw. Subordination vereinbar.

Diese Deutung des begriffslogischen Stufenverhältnisses ist aber kaum stichhaltig. Es wurde mehrmals betont, daß bei Nichterweislichkeit der Vorsatzvoraussetzungen nicht zwangsläufig Fahrlässigkeit vorliegt. Diese muß vielmehr „von der Wertungsseite her gegen die Schuldlosigkeit abgegrenzt und selbständig begründet“ werden⁶¹. Inklusion, wie auch Subordination, liefe ferner darauf hinaus, daß vorsätzlich nur eine fahrlässige Handlung sein könnte, da konsequenterweise vorausgesetzt werden muß, daß der Vorsatz sämtliche und nicht nur einige (etwa die „positiven“) Fahrlässigkeitsmerkmale enthält. Vorsatz müßte nach dieser Auffassung unter anderem auch als ein Nichtwissen (bzw. Nichtwollen) definiert werden, zu dem ein Wissen und/oder ein Wollen hinzutritt. Das genus proximum des Vorsatzes wäre die Fahrlässigkeit (und nicht die schlichte Erkennbarkeit), die durch kognitive bzw. volitive Merkmale angereichert würde. Vorsätzlich könnte nach dieser Auffassung nur eine fahrlässige Handlung sein, was natürlich absurd ist. Darüber hinaus: Das Feststellen des Vorsatzes setzt das Vorliegen des negativen Merkmals des „Nichtwissens“ (bzw. Nichtwollens) nicht voraus. Für die Bejahung der Fahrlässigkeit ist dies hingegen unentbehrlich. Denn schlichte (objek-

⁶⁰ Vgl. Anm. 55.

⁶¹ Wolter (Anm. 28), S. 158 Fn. 53 m. w. N.

tive und subjektive) Vorhersehbarkeit sagt über das Vorliegen von Fahrlässigkeit nichts Endgültiges aus — auch Vorsatz kann gegeben sein. Hinzukommen muß das Nichtwissen bei Möglichkeit der Erfolgsvoraussicht. Die subjektive Vorhersehbarkeit kann erst bei selbständiger, positiver Feststellung des „Nichtwissens“ die Fahrlässigkeit begründen. Ähnlich reicht die subjektive Voraussicht der Erfolgsmöglichkeit nicht aus, um die bewußte Fahrlässigkeit zu begründen. Hinzukommen muß, daß der Täter die Tatbestandsverwirklichung nicht billigt. Das braucht man aber nicht zu bejahen, um anschließend den Vorsatz zu untersuchen.

Zwischenergebnis: Ein logisches Stufenverhältnis im Sinne der Inklusion (bzw. Subordination), wie bei der Beziehung von Grunddelikt und Qualifikation, kann es zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht geben.

2.3. Zum Verhältnis zwischen Kenntnis und Erkennbarkeit

Hinter der Behauptung, „durch das Faktum der Erkenntnis sei auch die Erkennbarkeit bewiesen“, steht der Grundgedanke, daß die Wirklichkeit (der Voraussicht) den Rückschluß auf deren Möglichkeit denknotwendig macht. Hier geht es um die *Hartmannsche These*⁶², daß die Realwirklichkeit reale Möglichkeit voraussetzt und daher enthält⁶³. Denn im Wirklichen kann nur die Möglichkeit des Seins, nicht des Nichtseins, enthalten sein; sonst könnte das Wirkliche nachträglich unwirklich gemacht werden⁶⁴. Insofern ist es richtig, daß Erkenntnis (somit Vorsatz) ohne Möglichkeit (der Voraussicht, d.h. ohne Erkennbarkeit) überhaupt nicht denkbar ist⁶⁵ (ab esse ad posse).

Wenn jedoch auf der anderen Seite im Rahmen der Lehre vom begriffslogischen Stufenverhältnis davon die Rede ist, daß die Erkennbarkeit „beim Vorsatz sich zur Kenntnis entfaltet, bei der Fahrlässigkeit aber nicht“, handelt es sich offensichtlich um einen ganz anderen Gebrauch des Ausdrucks „Erkennbarkeit“, der mit dem oben geschilderten (der in der Realwirklichkeit enthaltenen Realmöglich-

⁶² *Hartmann*, Möglichkeit und Wirklichkeit, 2. Aufl. 1949.

⁶³ *Stegmüller*, Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie, Bd. I, 1986, S. 260; vgl. *Joerden* (Anm. 33), S. 20 Fn. 5 m. w. N.; *Austin*, Ifs and Cans, in: *Philosophical Papers*, Oxford 1961, S. 175: „The premiss ‚I raised my finger‘ entails the conclusion ‚I had the ability to raise my finger.‘“

⁶⁴ *Stegmüller* (Anm. 63), S. 260.

⁶⁵ Vgl. *Becker*, Untersuchungen über den Modalkalkül, 1952, S. 53: „Die Existenzbehauptung gibt ... den Sinn der Existenzmöglichkeitsbehauptung“, sowie, a. a. O., S. 56 ff.; *White* (Anm. 22), S. 6, 22.

keit) keineswegs identisch ist. Vielmehr bezeichnet er eine (ganz andere) Möglichkeitsform, die nicht, wie die erste, unbedingt zur wirklichen Kenntnis führt, sondern im Gegenteil zum Ausdruck bringt, daß es „so oder nicht so“⁶⁶ sein kann. Diese „Erkennbarkeit“ schließt zwar die Entfaltung zum Vorsatz nicht aus, läßt aber nichtsdestoweniger auch das Verbleiben bei der Fahrlässigkeit vollkommen zu.

Der doppelte Gebrauch des Ausdrucks „Erkennbarkeit“ geht auf die Doppeldeutigkeit⁶⁷ des Ausdrucks „Möglichkeit“ zurück. Denn der positiven (sog. „indifferenten“) Möglichkeit (dem „so sein können = nicht anders sein müssen“, symbolisch M_p ⁶⁸) wird das Bloß-Möglich-Sein, die (sog. „disjunktive“) Möglichkeit des Seins und zugleich des Nichtseins, gegenübergestellt. Dies stellt den kombinierten Modus des Zugleichbestehens von indifferenter (positiver) Möglichkeit und Unnotwendigkeit (symbolisch $M_p \wedge M \rightarrow p$) dar und ist deshalb mit der Kontingenz (Zufälligkeit) äquivalent⁶⁹.

Da ferner die reale Möglichkeit nur im Sinne der positiven gedacht werden kann⁷⁰, folgt aus dem Gesagten, daß die Aussage, im Vorsatz (= wirkliche Erkenntnis) sei die Erkennbarkeit enthalten, nur dann richtig sein kann, wenn von der positiven (realen) Möglichkeit ausgegangen wird. Für das abstrakte Begriffsverhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit kann aufgrund dieser These keine Konsequenz gezogen werden. Das Verlassen der Realebene würde, wie gezeigt, die Aufgabe der positiven realen zugunsten der disjunktiven Möglichkeit implizieren und spricht deshalb gegen ein begriffslogisches Stufenverhältnis. Die Aussage über die Realmöglichkeit kann nur auf der Realebene wahr sein, d.h. sie setzt eine wirkliche Kenntnis in der realen Welt voraus. Die Aussage über die Erkennbarkeit i.S. der subjektiven Vorhersehbarkeit der Fahrlässigkeitslehre ist aber, im Gegenteil, vom Vorhandensein der Voraussicht unabhängig und als Urteil erst dann von Bedeutung, wenn die reale Erkenntnis gerade fehlt.

Die in der Realwirklichkeit (Erkenntnis) enthaltene Realmöglichkeit (Erkennbarkeit) erlaubt also keine generalisierende Aussage, sondern bezieht sich nur auf den konkret (mindestens hypothetisch)

⁶⁶ Vgl. Becker (Anm. 65), S. 57, in bezug auf Hartmann.

⁶⁷ Becker (Anm. 65), S. 57.

⁶⁸ Becker (Anm. 65), S. 57.

⁶⁹ Becker (Anm. 65), S. 57, 59.

⁷⁰ Becker (Anm. 65), S. 62.

geschehenen Vorgang. Insofern sind wir berechtigt zu sagen, daß der Vorsatztäter fähig war, den von ihm vorgesehenen Erfolg vorauszusehen. Das bedeutet aber noch nicht, daß er auch die Möglichkeit hatte, Erfolge dieser Art allgemein vorauszusehen, so daß er auch die allgemeine Fähigkeit hatte, den konkreten Erfolg vorherzusehen. Sein konkretes Können („Erkennbarkeit“) braucht nämlich nicht unbedingt auf einer allgemeinen, dauerhaften (persönlichen!) Fähigkeit zu beruhen, sondern kann auch auf Zufall zurückgeführt werden.

Der Vorsatz schließt die Möglichkeit, daß die in ihm enthaltene (reale) Voraussichtsmöglichkeit zufällig erlangt worden ist, nicht aus. Diese Möglichkeit der Möglichkeit ist somit „disjunktiv“ und mit dem Zufall verträglich⁷¹. Die subjektive Vorhersehbarkeit (i. S. der Fahrlässigkeitslehre) liegt hingegen nur dann vor, wenn der Täter allein auf Grund seiner persönlichen Fähigkeiten und Verhältnisse imstande ist, den Erfolg vorauszusehen. In der Terminologie der analytischen Handlungstheorie: Die „ability“ des Handelnden, den Erfolg vorauszusehen, muß auf dessen „capacity“ beruhen, und nicht auf dem Zufall⁷². Denn der Begriff der subjektiven Vorhersehbarkeit bezweckt gerade dies, den Zufall auszuschließen.

Die Voraussichtsfähigkeit (Erkennbarkeit für den Täter), die sich aus der Wirklichkeit der Voraussicht ergibt, ist nicht denkbare notwendig aus dem Begriff der subjektiven Vorhersehbarkeit ableitbar, geschweige denn mit ihr identisch. Es kann sich vielmehr um eine schlicht vorläufige Zustandsfähigkeit handeln. Die im Vorsatz enthaltene Erkennbarkeit hat, qua reale Möglichkeit, mit der Erkennbarkeit als allgemeiner Fähigkeit (subjektiver Vorhersehbarkeit) nichts zu tun. Die Erkennbarkeit, die dem Vorsatz zugrunde liegt, ist somit mit der subjektiven Voraussichtsfähigkeit der Fahrlässigkeit keineswegs identisch. Umgekehrt: Die Konsequenz, der Vorsatz beinhaltet die subjektive Vorhersehbarkeit, kann nicht aus der These gezogen werden, daß die Kenntnis die Erkennbarkeit enthält: Es ist eben nicht *diese* Erkennbarkeit, die „zum Vorsatz entfaltet“ ist.

⁷¹ Vgl. *Kaufman*, *Journal of Philosophy* 1963, 537, 539: „... it is at least logically possible to suppose that someone performed in a certain way by luck and not because he had the ability.“

⁷² Vgl. *Kaufman*, *Journal of Philosophy* 1963, 544: „We distinguish potential abilities from capacities and capacities from abilities. An infant may have the potential ability to speak a language, but lack the capacity to do so. After a certain period of maturation he may acquire the capacity and then the ability.“ Vgl. auch *Kindhäuser* (Anm. 14), S. 114, m. w. N.

Diese Differenzierungen stehen vollkommen im Einklang mit der Unterscheidung zwischen allgemeiner und konkreter Fähigkeit der analytischen Handlungstheorie. Es ist namentlich auffallend, daß die Dispositionsbegriffe „can (general)“ und „can (particular)“, die *Honoré*⁷³ erarbeitet hat, ihr Pendant in der Dogmatik der Fahrlässigkeitslehre haben. Zum einen entspricht das „can (particular)“, das fast immer gleichwertig mit „will“ ist und eine „predictive force“ hat⁷⁴, der Realmöglichkeit (Erkennbarkeit) i. S. der Lehre von *Jakobs* und *Otto* (positive Möglichkeit).

Zum zweiten ist das „can (general)“, das in Zusammenhang mit einer „allgemeineren Kompetenz, Fähigkeit oder Fertigkeit bei der Ausführung gewisser Handlungstypen“ gebraucht wird und sich auf die „normale oder durchschnittliche Leistung des Handelnden“ bezieht⁷⁵, für das Strafrecht insbesondere dann von Bedeutung, wenn es in bezug auf eine konkrete Handlung gebraucht wird. In diesem Fall wird nämlich der Handelnde nach seiner normalen Leistung („normal performance“) beurteilt, während er bei Gebrauch des „can (particular)“ nach seiner Leistung im konkreten Fall beurteilt wird.

Dieser („particular“) Gebrauch des „can (general)“ entspricht, wie gesagt (oben 1.2.1.), der Möglichkeit des Handelnden, die der subjektiven Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit zugrunde liegt. Denn auch bei der Prüfung der subjektiven Fahrlässigkeit wird danach gefragt, ob der Täter, der sich in concreto nicht subjektiv sorgfaltsgemäß verhalten und den Erfolg hat voraussehen können („can [particular]“: verneint), in der Lage war, nach seinen durchschnittlichen persönlichen Fähigkeiten und Verhältnissen die konkrete Tatbestandsverwirklichung vorauszusehen und zu vermeiden („particular use“ des „can [general]“). Auch hier geht es also um ein allgemeines hypothetisches Urteil, das an Hand der normalen Fähigkeiten der konkreten Person formuliert wird⁷⁶. Im Lichte dieser Bemerkungen leuchtet es ein, daß es falsch ist, von dem Umstand, daß der Handelnde *einmal* fähig gewesen war, etwas zu tun (Erkennbarkeit beim vorsätzlich Handelnden, Realmöglichkeit, can particular), darauf zu schließen, daß er auch die Fähigkeit besaß, es zu *wiederholen* (allgemeine Fähigkeit der

⁷³ *Honoré* (Anm. 21), S. 463 ff.

⁷⁴ *Honoré* (Anm. 21), S. 464.

⁷⁵ *Honoré* (Anm. 21), S. 465.

⁷⁶ Vgl. *Honoré* (Anm. 21), S. 478: „... it is tacitly assumed that a person's conduct may properly be judged according to his normal standard of achievement“ [subjektive Fahrlässigkeit!] „and so indirectly by the standard of the average man“ [objektive Fahrlässigkeit!].

konkreten Person [„can (general)“ in „particular use“], wie es bei der subjektiven Vorhersehbarkeit bzw. Vermeidbarkeit der Fall ist)⁷⁷.

Auch aus diesen Gründen ist also die Lehre vom „begriffslogischen Stufenverhältnis“ abzulehnen.

3. Die Lehre vom sog. „normativen Stufenverhältnis“

3.1. Das Verhältnis der „Exklusivität“ (h. M.)

Nach der heute in der Bundesrepublik herrschenden Meinung besteht zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit kein ausschließlich begriffslogisches Stufenverhältnis in dem Sinne, daß „die Fahrlässigkeit im Vorsatz als ein Weniger bereits enthalten wäre“⁷⁸, sondern werden die fahrlässigen Straftaten als „eine in sich geschlossene, selbständige Erscheinung“ angesehen, nicht als ein bloßes minus gegenüber den vorsätzlichen Delikten, sondern als ein aliud. Dieser Betrachtungsweise nach schließen sich Vorsatz und Fahrlässigkeit gegenseitig aus (Verhältnis der Exklusivität⁷⁹ oder Alternativität)⁸⁰.

Nach der h. M. ist es also falsch, daß dieselbe Handlung, von der der Strafrichter feststellt, daß sie entweder vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden ist, zugleich vorsätzlich *und* fahrlässig sein kann. Denn die Aussagen „A hat vorsätzlich gehandelt“ und „A hat fahrlässig gehandelt“ können in bezug auf ein und dasselbe Verhalten nicht beide zugleich wahr sein. Auf der anderen Seite aber ist es ebenfalls ausgeschlossen, daß beide Aussagen falsch sind, da die alternative Feststellung nur dann in Betracht kommt, wenn feststeht, daß die Schuldlosigkeit sicher auszuschließen ist⁸¹. Das Verhalten muß entweder (nur) vorsätzlich oder (nur) fahrlässig sein.

⁷⁷ So *Thalberg* (Anm. 23), S. 121 ff., und *White* (Anm. 22), S. 23, die zutreffend den Unterschied zwischen „can“ bzw. „was able“ und „had the ability“ betonen.

⁷⁸ *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, § 1 Rdn. 96; vgl. *Lackner*, § 15 Anm. V; *Wolter* (Anm. 28), m. w. N.; *Gollwitzer*, in: LR, § 261 Rdn. 143.

⁷⁹ *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil, Teilbd. 2, 6. Aufl. 1984, S. 69 f.

⁸⁰ *Klug* (Anm. 51), S. 32. Die Alternative ($x \# y$, entweder x oder y) bezeichnet diejenige Aussage, die dann und dann wahr ist, wenn entweder x wahr und y falsch ist oder wenn x falsch und y wahr ist. (Tertium non datur.) So ergibt sich folgende Wahrheitstafel, die die h. M. widerspiegelt:

x	y	$x \# y$
w	f	w
f	w	w
w	w	f
f	f	f

⁸¹ *Klug* (Anm. 51), S. 41.

3.2. Konsequenzen der h. M. für die Problematik des in-dubio-Grundsatzes – Das „normative Stufenverhältnis“ als Ausweg

Im Rahmen dieser Betrachtungsweise gilt das Argument, daß das voluntative Element nicht nur einen quantitativen, sondern auch einen qualitativen Unterschied begründe⁸², als unüberwindbar. Eine wertfreie, kognitiv psychologische „Tatsache“ (wie man den Vorsatz konzipiert)⁸³, die der Seins-Ebene zugehört, mit dem normativen Begriff der Fahrlässigkeit auf einen (ontischen) gemeinsamen Nenner zu bringen, erscheint nach dieser Lehre ungereimt.

Eine Beschränkung der Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ auf nur „logische Stufenverhältnisse“ hätte jedoch höchst unerfreuliche Konsequenzen: Entweder würde sie zu einem den Ideen der „Gerechtigkeit, Schuld und Prävention kraß widersprechenden“⁸⁴ Freispruch führen oder aber zu den anfangs erwähnten „Ausweichlösungen“⁸⁵. Um die Alternativität von Vorsatz und Fahrlässigkeit „der kriminalpolitisch befriedigenden Lösung der eindeutigen Verurteilung aus dem fahrlässigen Delikt zuzuführen“⁸⁶, ohne jedoch das begrifflich-logische aliud-Verhältnis aufgeben zu müssen, versucht man also ein Stufenverhältnis zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu erarbeiten, das die Anwendung des in-dubio-Grundsatzes reibungslos erlauben würde. Dabei wird auf ein „im Wege juristisch-wertender Betrachtung zu ermittelndes normatives Stufenverhältnis“⁸⁷ abgestellt. Diese Auffassung stellt heute die h. M. dar⁸⁸. Danach ist der Vorsatz nur in juristisch wertender Betrachtung ein Mehr, welches das Weniger der Fahrlässigkeit umfaßt.

Die Besonderheit dieser Meinung besteht darin, daß nach ihr trotz Annahme „echter“ Alternativität Vorsatz und Fahrlässigkeit „so miteinander korrespondieren, daß eine vergleichende Unrechtsbewertung sicher möglich ist“⁸⁹.

⁸² BGHSt. 4, 341; Gollwitzer, in: LR, § 261 Rdn. 143; vgl. *Wegscheider*, ZStW 98 (1986), S. 647.

⁸³ *Fuchs*, GA 1964, 65.

⁸⁴ *Wolter*, JuS 1983, 771; vgl. *Rudolphi*, in: SK, Anh. zu § 55 Rdn. 22; ferner *Androulakis* (Anm. 40), S. 327, der die Absurdität der doppelten Anwendung des in-dubio-Grundsatzes zutreffend betont.

⁸⁵ *Jescheck*, Allg. Teil, S. 115.

⁸⁶ *Wolter* (Anm. 28), S. 162.

⁸⁷ *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, § 1 Rdn. 91 m. w. N., *Sax*, in: KMR, 6. Aufl. 1966, § 260, S. 837; *Gollwitzer*, in: LR, § 261 Rdn. 143; *Wolter* (Anm. 28), S. 157 m. w. N. in Fn. 26; *Peters*, Strafprozeß, S. 288.

⁸⁸ *Wolter*, JuS 1983, 771 m. w. N. in Fn. 21; *Jescheck*, Allg. Teil, S. 115.

⁸⁹ *Gollwitzer*, in: LR, § 261 Rdn. 142.

Die Versuche, Vorsatz und Fahrlässigkeit in einen solchen normativen Zusammenhang zu bringen, haben über die Ausführungen von *Heinitz*⁹⁰ und *Peters*⁹¹ zur heutigen Ausgestaltung der Lehre durch *Wolter* und *Rudolphi*⁹² geführt, die in der Subsidiarität der Zurechnungsformen⁹³ das Charakteristikum des normativen Stufenverhältnisses erblicken. Vorsatz und Fahrlässigkeit seien deshalb kommensurabel, weil sie unterschiedliche Zurechnungsgrade⁹⁴ darstellen, so daß in jedem Falle von Alternativität „die Mindestvoraussetzungen für die objektive und individuelle Zurechnung des Erfolges gegeben sind“⁹⁵. Deswegen ordne der in-dubio-Grundsatz bei Zweifeln über den Zurechnungsgrad die Strafe nach dem minderen Zurechnungsgrad an. Es handele sich um eine Art unechte Wahlfeststellung (eindeutige Verurteilung auf wahldeutiger Grundlage), wobei der in-dubio-Grundsatz nur im weiteren Sinne gelte⁹⁶.

3.3. Zur bisherigen Kritik

Dadurch werden jedoch die Bedenken, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit über ihre Strukturverschiedenheit hinaus auch im Unrechtstyp und Schuldvorwurf eine Andersartigkeit aufweisen⁹⁷, keineswegs ausgeräumt:

Die psychologische und rechtsethische Vergleichbarkeit beider Schuldformen ist oft in Abrede gestellt worden⁹⁸. Da sie wegen des

⁹⁰ *Heinitz*, Zum Verhältnis der Wahlfeststellung zum Satz in dubio pro reo, JR 1957, 128, (contra *Jakobs*, GA 1971, 261 Fn.20) stellt im Anschluß an *von Liszt/Schmidt*, Allg. Teil, 26. Aufl. 1932, S.280; *Schroeder*, JZ 1970, 423, und *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S.58, auf den Umstand ab, daß der Vorsatz und die (ihm gegenüber „subsidiäre Bedeutung“ habende) Fahrlässigkeit zum selben Gattungsbegriff der Schuld (Vorwerfbarkeit) gehören.

⁹¹ *Peters*, Mehrere Schüsse bei einer Tötung, GA 1958, 104; vgl. *Dreher*, MDR 1970, 370.

⁹² *Wolter*, JuS 1983, 772f.; *Rudolphi*, in: SK, 138 Rdn.35, § 323c Rdn.31, allerdings nur in bezug auf die Alternativität von Absicht und unbewußter Fahrlässigkeit.

⁹³ *Wolter*, JuS 1983, 772 m. w. N. in Fn. 40.

⁹⁴ *Wolter*, JuS 1983, 771.

⁹⁵ *Rudolphi*, in: SK, Anh. zu § 55 Rdn.21.

⁹⁶ *Wolter*, JuS 1983, 772. Anhänger der Lehre vom „normativen Stufenverhältnis“ sind u. a. *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, § 1 Rdn.96; *Gollwitzer*, in: LR, § 261 Rdn.143; *Heinitz*, JR 1957, 126; *Jescheck*, Allg. Teil, S. 115; *Rudolphi*, in: SK, nach § 55 Rdn.22; *Tröndle*, in: LK, § 1 Rdn.101; *Peters*, GA 1958, 104; *Sax*, in: KMR, 6. Aufl. 1966, Bd. 1, § 260, S.837; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar, Teil II, 1967, § 244 Anm. 1.

⁹⁷ Vgl. *Wolter* (Anm.28), S.165; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, Teilbd.1, § 10 III 2; *Niese*, JZ 1955, 321; *Blei*, Wahlfeststellung zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitstat, NJW 1954, 500.

⁹⁸ *Kohlrausch/Lange*, § 2b I 3; *Heinitz*, Die Grenzen der zufälligen Wahlfeststellung im Strafprozeß, JZ 1952, 102; *Lang/Hinrichsen*, DRiZ 1960, 380; BGHSt.9, 390, 393; 4, 340; *Schwarz*, Wahlfeststellungen im Strafrecht, 1977, S.9 ff., 95.

jeweils andersartigen Schuldvorwurfs nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ verschieden seien⁹⁹, könnten sie nicht in ein Verhältnis von mehr oder weniger gebracht werden¹⁰⁰. Auch wenn ein normatives Element, die Abweichung des Motivationsvorganges, als Gemeinsamkeit anerkannt wird, sei die „sittliche Wertung“ jeweils so verschiedenartig¹⁰¹ und seien die Unterschiede so „tiefgreifend“, daß beide Schuldformen miteinander „unvereinbar“ seien, da sie einen „eigenen Charakter“ hätten¹⁰². Sie stünden somit auch in rechts-ethisch-normativer Hinsicht in einem aliud-Verhältnis¹⁰³.

Diese Kritik bringt den Umstand zum Ausdruck, daß man sich über die Rechtsfeindlichkeit der vorsätzlichen Tat nicht hinwegsetzen kann, die beim Typus der fahrlässigen Tat in der Regel nicht zu finden ist. Darüber hinaus scheint der Einwand, man könne nicht zunächst ein Verschulden des Täters feststellen und dann nach dem Maße dieses Verschuldens Vorsatz oder Fahrlässigkeit suchen¹⁰⁴, nicht hinreichend beantwortet worden zu sein. In diesem Zusammenhang ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen gesagt werden kann, das Gericht habe die volle Überzeugung vom Vorsatz zwar nicht erlangt, das Täterverhalten sei aber jedenfalls objektiv und subjektiv sorgfaltswidrig gewesen, noch weitgehend erklärungsbedürftig. Bedeuten aber diese Einwände, daß im Falle der Alternativität von Vorsatz und Fahrlässigkeit die Lösung des Freispruchs unvermeidbar ist, wie die meisten Befürworter der Lehre vom Mangel rechtsethischer und psychologischer Vergleichbarkeit zwischen beiden Schuldformen annehmen¹⁰⁵?

4. Prolegomena zum eigenen Standpunkt

4.1. Zum Ausschluß der Schuldlosigkeit

Daß in bezug auf eine Straftat sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit in Betracht kommen können, bedeutet noch nicht, daß es sich um ein Dilemma handelt. Ist z. B. der Erfolg durch eine objektiv

⁹⁹ Schaffstein, NJW 1952, 729; Schröder, ZStW 65 (1953), S. 195.

¹⁰⁰ Heinitz, JZ 1952, 102.

¹⁰¹ Vgl. von Schack, Die Grenzen der wahldeutigen Feststellung im Strafrecht, 1937, S. 37.

¹⁰² Heinitz, JZ 1952, 102.

¹⁰³ Zeiler, Verurteilung wegen fahrlässiger Tat trotz eines schweren Verdachtes auf Vorsatz?, ZStW 53 (1933), S. 252 f.; Kohlrausch/Lange, S. 44; Schaffstein, NJW 1952, 729. Vgl. auch die Angaben bei Wolter (Anm. 28), S. 164 Fn. 70, 71.

¹⁰⁴ Heinitz, JR 1952, 102.

¹⁰⁵ Vgl. Anm. 36.

sorgfaltswidrige (= sozial inadäquate) Handlung verursacht und deswegen objektiv vorhersehbar gewesen (was den Verdacht sowohl der Fahrlässigkeit als auch des Vorsatzes erlaubt), während über die subjektive Vorhersehbarkeit keine Aussage gemacht werden kann, so ist die Schuldlosigkeit nicht auszuschließen. Kommt in diesem Fall das Gericht zum Ergebnis, der Vorsatz sei nicht eindeutig gegeben, so muß der Angeklagte freigesprochen werden.

Vom Dilemma „Vorsatz oder Fahrlässigkeit“ kann nur dann die Rede sein, wenn die Schuldlosigkeit sicher ausgeschlossen ist. Ausschluß der Schuldlosigkeit bedeutet aber: Der einzige Grund, weswegen keine Fahrlässigkeit vorliegen kann, ist der Verdacht, daß Vorsatz vorliegen kann, und umgekehrt. Schon hier taucht die Frage auf: Reicht der Vorsatzverdacht aus, um Gewißheit über den Ausschluß der Schuldlosigkeit zu schaffen?

Daß der Vorsatzverdacht keineswegs Gewißheit über die Fahrlässigkeit schafft, ist eine gesicherte Erkenntnis. Bei der Prüfung des Vorsatzes werden die Fahrlässigkeitsmerkmale nicht schon denknotwendig bejaht. Sonst bestünde zwischen beiden Begriffen das Verhältnis der Inklusion (bzw. Subordination). Ist also die Prüfung des Vorsatzes ergebnislos abgeschlossen, so bedeutet Vorsatzverdacht allenfalls die Bejahung der objektiven Sorgfaltswidrigkeit und Vorhersehbarkeit sowie der Voraussicht des Erfolges. Das bedeutet aber: Der Vorsatzverdacht, so dringend er auch immer sein mag, läßt die Frage, ob Fahrlässigkeit oder Schuldlosigkeit vorliegt, offen.

Die Fahrlässigkeit (= deren Abgrenzung zur Schuldlosigkeit) bedarf also immer der selbständigen Begründung¹⁰⁶. Ob die Schuldlosigkeit ausgeschlossen ist, ob es bei Vorsatzverdacht auch die Fahrlässigkeitsmöglichkeit gibt, kann nur in concreto festgestellt werden. Im einzelnen bedeutet das:

a) Wird bei der Prüfung des Vorsatzdeliktes die objektive Sorgfaltswidrigkeit und Vorhersehbarkeit sowie (subjektiv) die Voraussicht der Erfolgsmöglichkeit bejaht und bleibt unklar, ob der Angeklagte den Erfolg gebilligt (bzw. in Kauf genommen hat usw.) oder nicht, so ist die Schuldlosigkeit nicht schon deshalb ausgeschlossen, sondern ist es erst dann, wenn kein Zweifel in bezug auf die subjek-

¹⁰⁶ Vgl. *Tröndle*, in: LK, § 1 Rdn. 101: „Ist Vorsatz nicht nachweisbar, so kommt diese Möglichkeit [sc. einer Wahlfeststellung zwischen Vorsatz/Fahrlässigkeit] überhaupt (auch alternativ) nicht mehr in Betracht („in dubio pro reo“!), und es kommt *nur* noch darauf an, ob die ... Voraussetzungen der Fahrlässigkeit eindeutig vorliegen, wenn nicht, ist überhaupt freizusprechen.“

tive Sorgfaltswidrigkeit besteht: Von der im Rahmen der Vorsatzprüfung vorgenommenen Bejahung der „Wissenskomponente“ kann nicht auf die subjektive Sorgfaltswidrigkeit geschlossen werden. Diese muß vielmehr gesondert geprüft und begründet werden. Denn es können ausnahmsweise Umstände vorliegen, deren Prüfung im Rahmen des Vorsatzdeliktes zwar belanglos¹⁰⁷ ist, die aber die (in der Regel durch die objektive indizierte) subjektive Sorgfaltswidrigkeit und somit den Fahrlässigkeitsvorwurf ausschließen. Dies ist der Fall, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, daß die Kenntniss zufällig erlangt worden sein könnte¹⁰⁸, der Angeklagte aber subjektiv nicht imstande war, sich sorgfaltsgemäß zu verhalten. Diese Umstände interessieren im Rahmen des Vorsatzdeliktes nicht und sind erst im Rahmen des fahrlässigen von Bedeutung. Kann also die subjektive Sorgfaltswidrigkeit nicht bejaht werden, so ist auch der Ausschluß der Schuldlosigkeit nicht mit Sicherheit zu bejahen. Der Freispruch des Angeklagten ist hier der einzig gangbare Weg.

b) Bleibt ferner bei der Prüfung des Vorsatzdeliktes und ebenfalls nach Bejahung der objektiven Sorgfaltswidrigkeit und Vorhersehbarkeit unklar, ob der Angeklagte die Tatbestandsverwirklichung vorausgesehen hat oder nicht, so ist nicht einmal die subjektive Voraussehbarkeit gegeben und muß aus demselben Grunde selbständig begründet werden. Denn geht der Richter davon aus (in dubio pro reo), der Angeklagte habe den Erfolg nicht prognostiziert, so kann die von der objektiven indizierte subjektive Vorhersehbarkeit nur dann endgültig bejaht werden, wenn feststeht, daß keine Umstände vorliegen, die sie ausschließen. Die Frage nach dem Vorliegen oder Nichtvorliegen dieser Umstände wäre aber im Falle des „Wissens“ im Rahmen des Vorsatzdeliktes belanglos und wird deshalb bei der Vorsatzprüfung nicht gestellt. Das Gericht muß sich also Klarheit darüber schaffen, ob die zur Prognose des Erfolges erforderliche Kenntnis noch im Rahmen der persönlichen Fähigkeiten und Verhältnisse des Angeklagten liegt oder ob sie über diese hinausragt (vgl. oben a). Ist die Tatbestandsverwirklichung nach den besonderen Täterverhältnissen nicht vorhersehbar gewesen, so muß der Angeklagte freigesprochen werden.

¹⁰⁷ Vgl. *Tröndle*, in: LK, § 1 Rdn. 100: „Die Voraussetzungen der Fahrlässigkeit müssen ... getrennt beurteilt werden, denn möglicherweise sind für die Wertentscheidung, ob Fahrlässigkeit vorliegt, Umstände von Bedeutung, die bei der Prüfung, ob Vorsatz vorliegt, überhaupt nicht erheblich gewesen wären.“

¹⁰⁸ Vgl. *Schroeder*, in: LK, § 15 Rdn. 9.

Dies gilt auch dann, wenn der „Anlaß zur Erkennbarkeit“¹⁰⁹ so stark war, daß der Sachverhalt „nur die Wahl zwischen der Annahme von Erkennbarkeit für oder positiver Kenntnis durch den Täter“ läßt. Denn auch in diesem Fall wird die Intensität des Anlasses nicht bei der Prüfung des Vorsatzdeliktes untersucht, sondern erst wenn die Kenntnis nicht mit Sicherheit bejaht werden kann (also außerhalb der Vorsatzprüfung).

Beispiel: A schenkt dem Rauschgiftsüchtigen B ein Glas Alkohol ein. B stirbt. Es bleibt unklar, ob A den Zustand von B sowie die Inkompatibilität zwischen Alkohol und Rauschgift kannte oder ob er seinen Fähigkeiten und persönlichen Verhältnissen nach imstande war, dies einzusehen oder den Tod zu prognostizieren. Kann die subjektive Voraussehbarkeit (bzw. die subjektive Sorgfaltswidrigkeit im Falle der Voraussicht der Todesmöglichkeit) nicht bejaht werden, so ist A freizusprechen. Die Lehre vom minderen Zurechnungsgrad kann hier nicht angewandt werden.

Der Vorsatzverdacht kann somit den Ausschluß der Schuldlosigkeit nicht indizieren. Ein so dringender Fahrlässigkeitsverdacht, der bei bestehendem Vorsatzverdacht die Gewißheit ermöglicht, daß die Schuldlosigkeit ausgeschlossen ist, erfordert vielmehr die zusätzliche Prüfung von fahrlässigkeitspezifischen Merkmalen, die im Rahmen des Vorsatzdeliktes nicht geprüft werden. Ohne selbständige Prüfung der subjektiven Sorgfaltswidrigkeit und/oder der subjektiven Vorhersehbarkeit kann nicht von einem Dilemma bzw. von Ausschluß der Schuldlosigkeit die Rede sein, sondern nur von einem Trilemma.

Kommt man aber nach gesonderter Prüfung der positiven Fahrlässigkeitsmerkmale zu dem Ergebnis, daß (Vorsatzverdacht unterstellt!) die Schuldlosigkeit ausgeschlossen ist (d.h. daß Fahrlässigkeit möglich ist), so ist nunmehr ein auf die Unschuld des Täters gegründeter Freispruch ausgeschlossen.

4.2. Zur Notwendigkeit eines Stufenverhältnisses

Wozu braucht man dann aber überhaupt ein Stufenverhältnis zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit? Die Antwort darauf könnte unseren Fragenkreis erheblich aufschließen:

Ist die Figur der (echten) Wahlfeststellung überhaupt zulässig, so kann sie nur unter der Bedingung rechtsethischer und psychologischer Gleichwertigkeit in Betracht kommen¹¹⁰. Stehen dagegen die

¹⁰⁹ Schroeder, in: LK, § 15 Rdn. 10.

¹¹⁰ Statt vieler Hürxthal, in: KK, § 261 Rdn. 67.

alternativ gegebenen Tatbestände in einem logischen „Stufenverhältnis“, so kann die Bestrafung aus dem milderen Tatbestand aufgrund der in-dubio-Regel erfolgen. „Stufenverhältnis“ bedeutet hier, daß das Gericht in bezug auf die mildere Alternative auf jeden Fall überzeugt ist. Dies wird dadurch ermöglicht, daß zwischen den alternativ gegebenen Tatbeständen das Verhältnis der Inklusion unterstellt wird. Eine doppelte Anwendung des in-dubio-Satzes bei Spaltung des Dilemmas würde bedeuten, den Beschuldigten z. B. von der Anklage des Diebstahls allein deshalb freizusprechen, weil der Verdacht besteht, der Diebstahl könnte qualifiziert sein. Im Falle eines so verstandenen Stufenverhältnisses (Inklusion) kommen solche unerwünschten Konsequenzen nicht in Betracht.

Liegt jedoch zwischen den alternativ gegebenen Tatbeständen weder Gleichwertigkeit noch ein Stufenverhältnis vor, so müßte das Gericht konsequenterweise den Angeklagten freisprechen. Denn die mildere Alternative ergibt sich nicht denkbare, sondern muß erst selbständig begründet werden, was jedoch unmöglich ist. Mangels eines begriffslogischen Stufenverhältnisses kann nicht gesagt werden, daß der leichtere Tatbestand auf jeden Fall gegeben ist. Der Zweifel über das Vorliegen der schwereren Alternative impliziert nicht die Überzeugung vom Gegebensein der milderen. Hier müßte also das Dilemma „Tatbestand a oder Tatbestand b?“ gespalten¹¹¹ und gesondert nach dem Vorliegen von a oder von b gefragt werden. Genau deswegen, nämlich um den kriminalpolitisch ungerechtfertigten Freispruch zu vermeiden, wird die Anwendung des in-dubio-Grundsatzes innerhalb der Alternativität (ohne Spaltung des Dilemmas) angestrebt. Dies ist jedoch nur in Fällen eines (nunmehr normativen) Stufenverhältnisses möglich¹¹².

Insoweit ist es zwar richtig, daß das Erfordernis eines Stufenverhältnisses die Anwendbarkeit des in-dubio-Grundsatzes beschränkt¹¹³, diese Beschränkung ist jedoch nicht unangemessen: Durch das Abstellen auf das Stufenverhältnis versucht man absurde Freisprüche zu vermeiden, zu denen die in-dubio-Regel bei Spaltung des Dilemmas führen würde.

Gemeinsame Voraussetzung der Annahme von Gleichwertigkeit oder eines Stufenverhältnisses ist die Vergleichbarkeit (Kommensu-

¹¹¹ Nach dem Ausdruck von *Androulakis* (Anm. 40), S. 326.

¹¹² Sonst wäre das Abstellen auf ein Stufenverhältnis überhaupt zwecklos: *Androulakis* (Anm. 40), S. 327.

¹¹³ *Androulakis* (Anm. 40), S. 326.

rabilität) der alternativ gegebenen Größen. Schon die Unmöglichkeit eines Vergleichs führt zur Spaltung des Dilemmas und zum Freispruch wegen doppelten Zweifels. Gehen wir also davon aus, daß zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit keine Inklusion besteht, so ist ein Freispruch nur dann vermeidbar, wenn wir das Dilemma nicht zu spalten brauchen. Dazu bietet die Lehre vom normativen Stufenverhältnis den einzigen Ausweg, vorausgesetzt, daß die beiden Schuldformen kommensurabel sind.

4.3. Die Lehre vom Stufenverhältnis und die klassifizierende Tätigkeit des Rechtsanwenders

Betrachtet man die Figur des begriffslogischen Stufenverhältnisses in zweifellosen Fällen (z.B. Grunddelikt/Qualifikation), so stellt man unschwer fest, daß es sich dabei um eine klassifizierende Tätigkeit handelt. Dies steht mit dem Anliegen jedes nach Rechtssicherheit strebenden Juristen im Einklang, sich bei der Subsumtion klassifikatorischer Begriffe zu bedienen.

Wenn also der Rechtsanwender prüft, ob z.B. das Verhalten des Angeklagten als vorsätzlich oder fahrlässig zu bezeichnen ist, so prüft er, ob es die Eigenschaften hat, die erlauben, es in die Klasse der fahrlässigen oder vorsätzlichen Taten (oder: Verwirklichungen der jeweiligen Rechtsgutsbeeinträchtigung) einzuordnen. Der Richter untersucht, ob unter dem Beweismaterial Merkmale (hier: Indikatoren) gegeben sind, die ihm ermöglichen, das fragliche Verhalten als vorsätzlich oder als fahrlässig zu klassifizieren. Mit Hilfe des einschlägigen klassifikatorischen Begriffs ordnet hier der Richter ein Objekt aufgrund der Tatsache, daß es bestimmte Eigenschaften aufweist, einer bestimmten Klasse von Objekten zu. In der Regel wird die Frage „Vorsatz oder Fahrlässigkeit?“ (positiv oder negativ) eindeutig beantwortet.

Bei Zweifeln nun versucht man ebenfalls, das Problem an Hand des bequemen und sicheren Klassifizierungsverfahrens zu lösen, indem man die Lehre vom „begriffslogischen Verhältnis“ anwendet. Ein solches Verfahren ist in Fällen von Subordination (bzw. Inklusion) ergiebig, denn dieses logische Begriffsverhältnis erlaubt auf jeden Fall eine Klassifikation: Weist das Täterverhalten diejenigen Eigenschaften auf, die uns ermöglichen, es in die Klasse z.B. der qualifizierten Diebstähle einzuordnen, so gehört es erst recht auch zur Klasse der einfachen. Die Lehre vom begriffslogischen Stufenverhältnis kann sich also hier bewähren.

Dies ist jedoch beim Zweifel „Vorsatz/Fahrlässigkeit“ leider nicht der Fall (siehe oben 4.2.). Das Klassifizierungsverfahren scheidet hier aus. Der Richter kann nicht zuerst die Fahrlässigkeit bejahen, um dann anschließend den Vorsatz zu untersuchen. Die schon geschilderte Notwendigkeit jedoch, ungereimte Konsequenzen zu vermeiden, drängt zu der Frage, ob es nicht angezeigt wäre, die klassifikatorischen Begriffe zu verlassen und nach einem anderen Ausgangspunkt zu suchen. Eine solche Möglichkeit eröffnet die Lehre vom normativen Stufenverhältnis. In ihrer heutigen Ausgestaltung ist ihr dies jedoch nicht gelungen.

5. Grundriß einer eigenen Lösung

5.1. Allgemeines

Die Beurteilung der Lehre vom normativen Stufenverhältnis setzt die Beantwortung der Frage voraus, was mit diesem Ausdruck gemeint sein kann. Das normative Stufenverhältnis ergibt sich nach *Wolter*¹¹⁴ aus der Feststellung, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit normativ „verschiedene Grade“ und „abgestufte Intensitäten“, verschiedene „personale und individuelle normative Zurechnungsstufen“ darstellen.

Die Betrachtung von Vorsatz und Fahrlässigkeit unter dem Aspekt, daß sie „Stufen“, „Grade“, „Intensitäten“-sind, bedeutet aber, daß es sich dabei nicht um eine Beschreibung von Eigenschaften, sondern um eine Bewertung handelt. Ob hier keine Tatsachenbehauptung aufgestellt wird, von der gesagt werden kann, daß sie „wahr“ oder „unwahr“ ist, sondern eine normative Äußerung, die nur „richtig“ oder „unrichtig“¹¹⁵ bzw. „gerecht“ oder „ungerecht“ sein kann¹¹⁶, mag dahingestellt bleiben. Von Belang ist jedoch, daß unter dieser Voraussetzung die Lehre vom „normativen Stufenverhältnis“ als eine Betrachtungsweise gedeutet werden kann, die auf verschiedene Wertungsstufen abstellt, und zwar in zweifacher Hinsicht:

a) Legen wir darauf Wert, daß hier „die eine Alternative“ (Fahrlässigkeit) „normativ“ (= in bezug auf die Intensität der Zurechnung) „in der höheren Zurechnungsstufe der anderen Alternative... steckt“¹¹⁷,

¹¹⁴ JuS 1983, 771.

¹¹⁵ Vgl. *Alexy*, Theorie juristischer Argumentation, 1983, S. 134, in bezug auf *Habermas*.

¹¹⁶ Vgl. *Hruschka* (Anm. 52), S. 415 ff.

¹¹⁷ *Wolter*, JuS 1983, 772.

so unterstellen wir, daß zwischen den beiden Wertungen ein „Umfassungsverhältnis“ besteht¹¹⁸.

b) Stellen wir hingegen auf den Begriff der Subsidiarität ab und legen wir das normative Stufenverhältnis dahingehend aus, daß die Wertung über den Vorsatz die Wertung über die Fahrlässigkeit absorbiert, so unterstellen wir zum einen, daß letztere erst dann eingreifen darf, wenn die erstere nicht vollzogen werden kann, und implizieren zweitens, daß sich der Zusammenhang zwischen den Wertungen darin erschöpft.

Beide Auslegungsmöglichkeiten sind unergiebig. Doch bevor man darauf eingeht, muß gezeigt werden, daß die Bezeichnung von Vorsatz und Fahrlässigkeit als verschiedene „Intensitätsgrade“ ein Werturteil ist.

5.2. Das normative Stufenverhältnis als komparative Wertaussage

Zunächst einmal muß klargelegt werden, daß die Bezeichnung der Schuldformen als Zurechnungsgrade ein praktisches Urteil ist. Denn sie bringt keine Eigenschaften zum Ausdruck, „die die Dinge als solche haben“, sondern sagt uns, „was aufgrund gesellschaftlicher Regel gilt“. Durch sie werden den Schuldformen konventionale Eigenschaften zugeschrieben, „die sich erst aus der Stellungnahme des Menschen zu den Dingen ergeben“¹¹⁹. Den praktischen Urteilen ist also der Begriff der sozialen Schlußregel (Standard, Konvention) wesentlich¹²⁰. In unserem Fall besteht diese Konvention darin, daß die große psychische Beteiligung am äußeren Tatgeschehen eher mißbilligt wird als die kleine: Je größer die innere Beteiligung, desto größer die Mißbilligung, desto schwerer deren Unwert und die Verantwortung.

¹¹⁸ Vgl. die Terminologie von *Wolter* (Anm. 28), S. 158.

¹¹⁹ *Kindhäuser*, Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale, *Jura* 1984, 471; vgl. *ders.*, Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, *ZStW* 96 (1984), S. 1; *Baier*, Der Standpunkt der Moral. Eine rationale Grundlegung der Ethik, 1974, S. 60f.; *Weinberger*, Schlüsselprobleme der Moraltheorie, in: *Schröder* (Hrsg.), Vernunft Erkenntnis Sittlichkeit. Internationales philosophisches Symposium, 1979, S. 123.

¹²⁰ *Kindhäuser*, *Jura* 1984, 471. „Mit dem Wort ‚Standard‘ wird deutlich hervorgehoben, daß man es bei einem Wert mit einem Maßstab zu tun hat, an dem bestimmte Sachverhalte gemessen werden.“ *Lautmann*, Wert und Norm, 1971, S. 30; vgl. auch *Rokeach*, *The Nature of Human Values*, London 1975, S. 13; *Mayberry*, Standards and Criteria: Can God be the Standard of the Good?, *Mind* 1972, 87; *Berleant*, The Experience & Judgment of Values, in: *Laszlo/Wilburg* (Hrsg.), *Value Theory in Philosophy and Social Science*, S. 28: „While we may not *make* values, they *depend* upon us.“ Ähnlich *Robbins*, *The nature and significance of economic science*, 2. Aufl. London 1937, S. 87: „Valuation is a subjective process. We cannot *observe* valuation.“

Sagen wir nun an Hand dieser sozialen Schlußregel, daß im Falle des Vorsatzes der Erfolg dem Täter „intensiv“ zugerechnet werde, die Fahrlässigkeit hingegen einen „schwachen“, „minderen“ Zurechnungsgrad gegenüber dem Vorsatz darstelle, so graduieren wir beide Größen, indem wir den intensiveren Zurechnungsgrad dem minderen gegenüberstellen. Dies geschieht jedoch erst nach einem Vergleich¹²¹, der an Hand des Grades der Mißbilligung vorgenommen wird, die die innere Beteiligung bei jeder Schuldform jeweils erfährt. Nur relativ, im Hinblick auf die soziale Reaktion auf Vorsatz und Fahrlässigkeit, wird ihnen nach dem Maße der inneren Beteiligung die Eigenschaft verliehen, eine Intensität zu haben, bestimmten Graden der Zurechnung zu entsprechen. Nur im Rahmen einer Konvention werden diese Formen der inneren Beteiligung in ein Rang- bzw. Stufenverhältnis gebracht. Und da die Reaktion in einer Mißbilligung besteht, liegt es nahe, daß die Verbindung von Vorsatz und Fahrlässigkeit in einem (normativen) Stufenverhältnis (= ihre Betrachtung unter dem Gesichtspunkt ihres Grades) ein Werturteil ist. Betrachten wir dagegen die „Zurechnungsgrade“ als wertneutral, so stellen wir zugleich fest, daß sie in diesem Falle unbrauchbar sind¹²².

5.3. Wesen und Funktion des Werturteils

Ein Werturteil liegt dann vor, wenn, allgemein gesagt, einem Gegenstand eine Wert- bzw. Unwerteigenschaft zugeschrieben wird¹²³: Eine Person spricht einem Sachverhalt einen Wert zu. Dies ist aber gleichbedeutend damit, daß die Person den bewerteten Sachverhalt allen anderen oder doch einigen anderen vorzieht¹²⁴. Allen Wertungen ist also gemeinsam, daß sie Präferenzregeln darstellen¹²⁵. Im ersten Fall spricht man von absoluten, im zweiten von komparativen Wertungen¹²⁶. Bei den komparativen Wertungen geht es um die Frage, inwieweit ein Gegenstand (hier: ein psychischer Vorgang, die

¹²¹ *Kindhäuser*, Jura 1984, 471; *Sapir*, Grading, a Study in Semantics, in: *Philosophy of Science*, Bd. 11, 1944, S.94: „Many merely means any number ... which is *more than* some other number taken as a point of departure.“

¹²² Vgl. *Mackenzie*, Fact and Value, *Mind* 1967, 228f., sowie *Rodigen*, Pragmatik der Juristischen Argumentation, 1977, S.153, der den Glauben an „unverrückbare Wert- und Normwelten“ als „naiven Ontologismus“ bezeichnet.

¹²³ Vgl. *Schreiner*, Die Intersubjektivität der Wertungen, 1980, S.86; *Kindhäuser*, Jura 1984, 473.

¹²⁴ *Schreiner* (Anm. 123), S.86.

¹²⁵ *Podlech*, Wertungen und Werte im Recht, AöR 1970, 195; vgl. *Perry*, General Theory of Value, 1950, S.615ff.; *Kindhäuser*, Jura 1984, 473; *Hull*, Value, Valuation and Natural-Science Methodology, in: *Philosophy of Science*, Bd. 11 (1944), S. 125ff., 132.

¹²⁶ *Iwin*, Grundlagen der Logik der Wertungen, 1975, S.46.

innere Beteiligung in Form der Fahrlässigkeit) einem anderen vorzuziehen oder zurückzustellen oder als gleich zu betrachten ist¹²⁷. Sie bilden nämlich das Tripel: „besser — gleichwertig — schlechter“.

Wenn von einem normativen Stufenverhältnis die Rede ist, so ist damit gemeint, daß der Vorsatz als schwerere Schuldform gegenüber der Fahrlässigkeit bewertet wird. Die wertmäßige Stufenbeziehung beruht auf dem unterschiedlichen Unwertgehalt beider Größen. Es handelt sich also um eine komparative Wertung.

Diese ist nicht darauf zurückzuführen, daß beim *dolus* der Täter etwa „mehr“ in bezug auf die Tatbestandsverwirklichung weiß bzw. will als bei der *culpa*, sondern darauf, daß die (tatsächlich größere) psychische Beteiligung beim *dolus* als schwererwiegend aufgrund sozialer Konvention bewertet wird.

Die Betrachtung von Vorsatz und Fahrlässigkeit als verschiedene Intensitätsgrade ist also ein Werturteil, das auf der Einstellung der Gesellschaft beruht: „je größer die psychische Beteiligung, desto schwerer deren Unwert bzw. die Verantwortung“ (Standard, Konvention). Deswegen sprechen wir insofern von Intensitäts- und Zurechnungsgraden und nicht von Aspekten bzw. Formen der Schuld, die beziehungslos nebeneinander stehen. Durch die Zuschreibung von Graden wird das Werturteil ausgedrückt, daß die größere innere Beteiligung eher mißbilligt wird als die geringere. Dies ist jedoch ohne soziale Konvention nicht selbstverständlich: Würden wir von einem anderen Standard ausgehen, so könnten wir Vorsatz und Fahrlässigkeit gleichstellen oder sogar ein umgekehrtes Vorzugsverhältnis aufstellen. Die Zeit liegt noch nicht weit zurück, zu der der Grad der inneren Beteiligung gleichgültig war (Erfolgshaftung, *versari in re illicita* — vgl. heute das angelsächsische Strafrecht). Es ist ebenfalls durchaus vorstellbar, daß Fahrlässigkeit mindestens in bestimmten Fällen als schwererwiegend beurteilt werden kann („*c'est plus qu'un crime; c'est une faute*“)¹²⁸. Die Intensität ist also von Belang im Hinblick auf die wertende Bedeutung, die sie zum Ausdruck bringt, und nicht auf die deskriptive. Das Urteil, Vorsatz sei eine schwerere Zurechnungsstufe als die Fahrlässigkeit (= bei seinem Vorliegen werde der Erfolg intensiver zugerechnet), ist also nicht aus der deskriptiven Aussage über die innere Beteiligung des Täters ableitbar¹²⁹, sondern beruht auf Konvention.

¹²⁷ *Iwin* (Anm. 126); von *Kutschera*, Grundlagen der Ethik, 1982, S. 13.

¹²⁸ Vgl. *Maurach*, Festschrift für Heinitz, 1972, S. 403.

¹²⁹ Vgl. *Podlech*, AöR 1970, 195; *Alexy* (Anm. 115), S. 84.

„Zurechnungsgrad“, „Intensität“ der Zurechnung, „Zurechnungsstufen“ haben eine vorwiegend evaluative Bedeutung (value terms). Diese Bedeutung entsteht nicht aufgrund von Eigenschaften, die die Handlung „als solche“ (d.h. als ein rein physikalisch beschreibbares Ereignis) hat und die z.B. die Bezeichnung einer gewissen Form innerer Beteiligung als „intensivere“ implizieren würden, sondern aufgrund eines konventionellen Standards, einer gemeinsamen Stellungnahme der Menschen zu den Eigenschaften.

Diese Stellungnahme ist freilich nicht willkürlich. Schon die Tatsache, daß etwas bestimmte (nichtmoralische) Eigenschaften hat, ist ein Grund dafür, es in bestimmter Weise zu bewerten¹³⁰. Natürlich gibt es Werte und Wertungen, die als „rein subjektiv-willkürliche Äußerungen“ zu betrachten sind, wie auch solche, „die als intersubjektiv geltend zumindest von allen Angehörigen eines Kulturkreises vorausgesetzt werden, wenn sie nicht gar als anthropologisch fundiert erachtet werden“¹³¹. Im Falle der Schuldformen gilt als Grundlage der Wertung der inneren Beteiligung, d.h. als Grund, der das Subjekt zur Zustimmung, zum Tadel oder zum Ausdruck der Indifferenz veranlaßt¹³², die Erkenntnis, daß der Vorsatztäter „in ein anderes Verhältnis zur Norm“ tritt als der Fahrlässigkeitstäter: „Er ist ... in ungleich höherem Maße bedrohlich als der Fahrlässigkeitstäter ... er bedroht zugleich die Norm, die rechtliche Ordnung“¹³³.

5.4. Möglicher Wortsinn des Ausdrucks „normatives Stufenverhältnis“

Die folgenden Argumente versuchen auf der Grundlage des bisher Gesagten zu zeigen, daß es sich beim „normativen Stufenverhältnis“ weder um ein Umfassungs- noch um ein Subsidiaritätsverhältnis zwischen Zurechnungsgraden handeln kann und daß infolgedessen das normative Verhältnis zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit unter ganz anderem Blickwinkel begründet werden sollte.

a) Gehen wir von einem normativen „Umfassungsverhältnis“ zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit aus, so bedeutet dies, daß die Bewertung der schwereren Schuldform schon die Bewertung der minde-

¹³⁰ Vgl. *Alexy* (Anm. 115), S. 92, sowie das Zitat von *Hare*, *Freedom and Reason*, S. 21: „When we make a moral judgement about something, we make it because of the possession by it of certain nonmoral properties.“

¹³¹ *Schreiner* (Anm. 123), S. 88.

¹³² *Iwin* (Anm. 126), S. 50.

¹³³ *Hassemer*, Einführung (Anm. 13), S. 208; vgl. *Hubmann*, Wertung und Abwägung im Recht, 1977, S. 35; *Wolter* (Anm. 28), S. 154, 182 ff.; *Peters*, GA 1958, 104.

ren enthält: Wer die Bewertung der Vorsatztat abschließt, der hat schon das „Quantum“ des Fahrlässigkeitsunwerts (oder: die Fahrlässigkeitsmerkmale qua Aspekte des Vorsatzdeliktes) bewertet. Dies wäre jedoch deshalb absurd, weil es sich hier um Bewertungen von verschiedenen, sich gegenseitig ausschließenden (h.M.) Gegenständen handelt, zwischen denen, um das Ergebnis vorwegzunehmen, nur eine Präferenzbeziehung denkbar ist.

Es trifft zwar zu, daß, wenn wir z.B. sagen, „dieser Gesetzentwurf ist gut“, wir damit meinen, daß auch die einzelnen Vorschriften gut sind. Wenn wir aber sagen, der eine Entwurf sei „gut“, der andere hingegen „mittelmäßig“, so kommt diese Einstufung erst an Hand eines Vergleichs zustande und nicht etwa aufgrund eines Raisonnements des Typs „was gut ist, ist auch erst recht mittelmäßig“. Daß, was „gut“ ist, auch den Anforderungen genügt, die dessen Bezeichnung als „mittelmäßig“ erlauben (= „wenigstens mittelmäßig“), bedeutet noch lange nicht, daß es auch „*genau* mittelmäßig“ ist. Eine solche Konzipierung des Wertverhältnisses, die übrigens auch *Wolter* nicht gewollt hat, wäre also unergiebig und würde an die Denkweise erinnern, die am Verhältnis der Inklusion ausgerichtet war. Zwei Wertungen mit verschiedenen Gegenständen können auf diese Weise nicht in Beziehung gebracht werden. Das Werturteil über die Kenntnis (bzw. das Wollen) enthält keineswegs ein Werturteil über das sorgfaltswidrige Nichtwissen (bzw. über das „Vertrauen darauf, daß der Erfolg nicht eintritt“).

b) Stellen wir demgegenüber auf den Begriff der Subsidiarität (im Sinne *Wolters*) ab, so meinen wir damit, daß das Unwerturteil, das man fällen dürfte, wenn die Fahrlässigkeitstat eindeutig festgestellt worden wäre, bei Alternativität einem Unwerturteil gleichzusetzen ist, das folgende Merkmale zum Gegenstand hat: aa) einige Verbrechensmerkmale, die zwar mit Sicherheit gegeben sind, von denen wir aber nicht wissen, ob sie Aspekte (Indikatoren) der vorsätzlichen oder der fahrlässigen Tat sind (objektive Sorgfaltswidrigkeit, objektive Vorhersehbarkeit), und bb) die positiven fahrlässigkeitsspezifischen Merkmale, die im Vorsatzdelikt nicht geprüft werden und die selbständig bejaht werden müssen (subjektive Sorgfaltswidrigkeit, subjektive Vorhersehbarkeit).

In diesem Fall, da der Unwert der inneren Beteiligung, der mit Sicherheit verwirklicht worden ist, dem Unwert der Fahrlässigkeit gleichzusetzen ist, bestrafen wir, als ob kein Zweifel in bezug auf die Fahrlässigkeit bestünde. Diese Deutung ist jedoch deshalb nicht trag-

fähig, weil sie schon wegen der Verschiedenartigkeit der Wertungsobjekte deren Kommensurabilität, die erst die Gleichstellung ermöglichen sollte, nicht zu begründen vermag. Auch bei dieser Betrachtungsweise bleibt man die Antwort schuldig, wie die Bewertung des Wissens und die des sorgfaltswidrigen Nichtwissens in Beziehung gebracht werden könnten. Die Verschiedenartigkeit von Vorsatz und Fahrlässigkeit hindert uns also zu sagen, daß die Bewertung des ersteren die des letzteren „absorbiert“.

5.5. Änderung des Ausgangspunktes

Was bedeutet aber, Vorsatz und Fahrlässigkeit in Beziehung zu bringen? Was kann der Sinn eines Zusammenhanges zwischen ihnen sein? Der Zusammenhang, den der Begriff der Subsidiarität zum Ausdruck bringen wollte, besteht darin, daß das Gesetz (als Verkörperung der sozialen Konvention) das Vorsatzdelikt als schwererwiegend gegenüber dem fahrlässigen betrachtet. Dabei handelt es sich, wie gezeigt, um eine komparative Wertung. Wertungen sind aber Präferenzregeln. Wenn wir sagen, die Fahrlässigkeit sei ein weniger intensiver Zurechnungsgrad als der Vorsatz, so meinen wir damit, daß sie dem Vorsatz vorzuziehen ist, daß sie nach den Standards unserer Rechtsordnung einen geringeren Unwert als der Vorsatz hat. Zwischen beiden „Intensitäten“ („Zurechnungsgraden“) ist also nur eine Präferenzbeziehung denkbar. Diese vollzieht sich durch einen Vergleich. Vorsatz und Fahrlässigkeit qua Intensitäten in Beziehung zu bringen, ist also nur dann sinnvoll und möglich, wenn wir einen Vergleich bezwecken, wenn wir, mit anderen Worten, die klassifikatorische Betrachtung verlassen und auf die komparativen Wertungen abstellen, um die Intensitäten von Fahrlässigkeit und Vorsatz in eine Reihenordnung (Skala) zu bringen¹³⁴.

Die Brauchbarkeit und Funktion der komparativen (Wert-)Begriffe liegt darin, daß sie es ermöglichen, Gegenstände mit Blick auf eine ihnen mehr oder weniger zukommende Eigenschaft in eine Reihenordnung zu bringen¹³⁵. Ein normativer Vergleich und daher ein Zusammenhang zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit setzt also das

¹³⁴ Vgl. ähnliche Gedanken in meiner Doktorarbeit: Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981, S. 125, die *Bitzilekis*, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984, S. 111 Fn. 99, nicht nur völlig mißverstanden, sondern auch verdreht hat, da er u. a. übersieht, daß die von ihm vermißte Erklärung auf S. 124 Fn. 28 steht.

¹³⁵ *Herberger/Simon* (Anm. 52), S. 279; *Stegmüller* (Anm. 15), S. 28 ff.; *Kuhlen*, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977, S. 39.

Bestehen einer gemeinsamen Eigenschaft voraus, die erst die Kommensurabilität beider Größen ermöglicht. Von Kommensurabilität zu sprechen ist aber nur dann sinnvoll, wenn es um einen Vergleich geht und nicht, wenn etwa an Hand des Subsidiaritätsbegriffs operiert wird.

Wollen wird also den recht brauchbaren und ergiebigen Ansatz *Wolters* und *Rudolphis* weiterführen, so müssen wir in Erwägung ziehen, daß ein „normatives Stufenverhältnis“ vollkommen anders beschaffen ist als ein „begriffslogisches“. Dieses hat zum Gegenstand klassifikatorische Begriffe und deren Beziehung zueinander, jenes das Verhältnis zwischen Wertungen. Genau wegen der Betrachtung des normativen Stufenverhältnisses mit dem Instrumentarium des Klassenkalküls und der klassifikatorischen Begriffe („Subsidiarität“) hat man so viele Schwierigkeiten gehabt, die Kommensurabilität der Schuldformen auf der Wertungsebene zu zeigen. Stellt man hingegen auf die komparativen Werturteile ab oder, genauer gesagt, wird man sich dessen bewußt, daß es hier um komparative Wertungen geht, so kann man sagen, daß der Richter bei Alternativität von Vorsatz und Fahrlässigkeit davon überzeugt sein kann, daß „auf jeden Fall“ der Unwert des minderen Zurechnungsgrades gegeben ist. Allerdings unter einer Voraussetzung: daß an der Kommensurabilität beider Größen nicht zu zweifeln ist. Das muß aber noch gezeigt werden.

5.6. Vergleich und Wertvergleich

Wenn also die vorhandenen „Indikatoren“ die Klassifizierung eines Verhaltens als fahrlässig oder vorsätzlich nicht erlauben, wohl aber die Schuldlosigkeit ausschließen, ist zumindest eines sicher: Will man die relativ mildere Norm anwenden, um nicht freizusprechen, so ist dazu ein Vergleich erforderlich, was wiederum Kommensurabilität (Vergleichbarkeit) der in Beziehung zu bringenden Gegenstände voraussetzt. Der Vergleich ist also insofern von Bedeutung, als er uns erlaubt zu begründen, warum der Angeklagte nicht straffrei auszugehen braucht.

Die Vergleichung ist eine ganz andere Tätigkeit als die Klassifizierung. Hier geht es nicht darum, die Handlung „an Hand bestimmter Eigenschaften“ einer der beiden Klassen zuzuweisen, sondern darum, die Eigenschaften beider Klassen gegenüberzustellen¹³⁶. Das bedeutet aber: Um die Objekte miteinander vergleichen zu können, müssen wir ihnen Eigenschaften zuschreiben¹³⁷. Wenn wir etwas vergleichen,

¹³⁶ *Kindhäuser*, Jura 1984, 469 f.

¹³⁷ Vgl. *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979, S. 86.

dann wollen wir wissen, welches von zwei Objekten eine bestimmte Eigenschaft in höherem Maße besitzt¹³⁸.

Bei einem Wertvergleich müssen wir demgemäß davon ausgehen, daß auch die Anwendung der in Betracht kommenden Wertwörter an das Vorliegen bestimmter Eigenschaften gebunden ist¹³⁹. Das Werturteil z.B. „a ist besser als b“ erfolgt an Hand einer Vergleichen kommensurabler Eigenschaften. Hier handelt es sich also darum, daß man an einem Sachverhalt eine Beschaffenheit wiederentdeckt, die man schon an einem anderen erkannt hat und die ihn in gleichem oder verschiedenem Maße wertvoll oder wertwidrig macht¹⁴⁰. Wie schon gezeigt worden ist, erfordert das Vergleichen von Eigenschaften die Benutzung eines Maßstabes, eines Vergleichsstandards, der die Bedingungen für ein Mehr oder Weniger (bzw. für ein Gleich) festlegt¹⁴¹. In unserem Fall dient als Vergleichsstandard das Kriterium: „Je größer der Grad der inneren Beteiligung (= der Zurechnungsgrad), desto größer die soziale Mißbilligung. Denn der Wert bzw. Unwert des menschlichen Handelns bemißt sich auch (und bei identischem äußeren Geschehen: ausschließlich) nach dem Grad der Achtung bzw. Mißachtung, die der Handelnde den Werten entgegenbringt“¹⁴².

Anhand dieser Konvention können wir feststellen, daß der Zurechnungsgrad (die Zurechnungsintensität) beim vorsätzlichen Delikt größer ist als beim fahrlässigen. Da im ersteren Fall der Unwert der inneren Beteiligung am äußeren Geschehen in höherem Maße vorliegt, muß konsequenterweise die fahrlässige Handlung der vorsätzlichen vorgezogen werden. Das ist aber nichts anderes als eine komparative Wertaussage (normative Präferenzrelation)¹⁴³. Damit sind wir im Bereich der komparativen Wertbegriffe, die uns erlauben zu sagen, daß ein Gegenstand einen höheren Wert bzw. Unwert als ein anderer hat¹⁴⁴.

¹³⁸ Baier (Anm. 119), S. 64, 66 f.

¹³⁹ Vgl. schon oben 5.3., sowie Alexy (Anm. 115), S. 85 f.; Hare, Die Sprache der Moral, 1981, S. 144 f.

¹⁴⁰ Vgl. Hubmann (Anm. 133), S. 18.

¹⁴¹ Kindhäuser, Jura 1984, 470, 472; Baier (Anm. 119), S. 63; vgl. Urmson, On grading, in: Flew (Hrsg.), Logic and Language, Oxford 1979, S. 168 ff., 179 ff., vgl. auch Fn. 117.

¹⁴² Vgl. Hubmann (Anm. 133), S. 19, 35; von Kutschera (Anm. 127), S. 63 ff., insbesondere S. 79 f.

¹⁴³ Von Kutschera (Anm. 127), S. 13; Baier (Anm. 119), S. 62; Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 129.

¹⁴⁴ Vgl. oben 5.3., 5.5., sowie Alexy (Anm. 143), S. 129.

5.7. Zur Frage der Kommensurabilität

Wenden wir uns nunmehr der Frage zu, ob es trotz struktureller Verschiedenartigkeit von Vorsatz und Fahrlässigkeit überhaupt sinnvoll ist, sie in Beziehung zu bringen. Geht es, so ist zu fragen, um qualitativ oder nur um quantitativ verschiedene Werturteile? Während im letzteren Fall Kommensurabilität impliziert wird, bewahrheitet sich im ersteren die Kritik an der Lehre vom „normativen Stufenverhältnis“: Da die Werturteile über Vorsatz und Fahrlässigkeit verschiedenartige Objekte haben, sind sie selbst auch qualitativ verschieden. Ebenso wie bei den Wertaussagen „ein guter Arzt“ und „ein gutes Auto“, die auf jeweils verschiedenartige Eigenschaften und Standards abstellen, könnte auch hier die Mißbilligung jeweils verschiedenartig sein. Es wird also, mit anderen Worten, gefragt: Gibt es eine gemeinsame Eigenschaft, die in jeweils verschiedenem Maße zugesprochen wird, oder nur verschiedene Eigenschaften, die nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ verschiedenartige Unwerturteile bedingen? Vorsatz und Fahrlässigkeit können nur dann kommensurabel sein, wenn zwischen ihnen gewisse Gemeinsamkeiten bestehen, die einen Vergleich ermöglichen¹⁴⁵. Eine Vergleichung setzt voraus, daß an Hand einer gemeinsamen Eigenschaft eine Klasse gebildet wird, die das sog. Feld der Relation einschließt oder mit ihm identisch ist¹⁴⁶. Ohne eine solche gemeinsame Eigenschaft wäre ein Vergleich (und somit die Annahme eines normativen Stufenverhältnisses) genauso unsinnig wie z.B. die Aussage „die Tat A des Täters T [ist] schwerer ... als eine Schreibmaschine, oder ... der Bundeskanzler [ist] härter ... als Stahl“¹⁴⁷.

Schon hier könnte man freilich einwenden, daß bei allen Wertvergleichen das Wertvollsein (bzw. Unwertvollsein) eine gemeinsame Eigenschaft ist, in der die Werte (bzw. Unwerte) miteinander verglichen werden könnten¹⁴⁸. Das ist jedoch wiederum eine Wertung, die uns über die ihr zugrunde liegenden Eigenschaften und Standards nichts sagt. Sie bedarf nämlich der Präzisierung. Denn stellen wir im

¹⁴⁵ Vgl. *Puppe* (Anm. 137), S. 85 ff. Fn. 5, 6: „Zunächst muß sichergestellt werden, daß die Anwendung der komparativen Begriffe [z. B.] „schwerer“ oder „leichter“ ... überhaupt sinnvoll ist, d. h. es ist den einzelnen Gegenständen nicht die Eigenschaft schwer oder leicht ... zuzusprechen, wohl aber die Eigenschaft, ein Gewicht ... zu haben.“

¹⁴⁶ *Puppe* (Anm. 137), S. 86 Fn. 6; *Ströker*, Einführung in die Wissenschaftstheorie, 1973, S. 47 ff.; *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1968, S. 284 ff., insbesondere S. 288 Fn. 194.

¹⁴⁷ *Puppe* (Anm. 137), S. 86 Fn. 6.

¹⁴⁸ *Hubmann* (Anm. 133), S. 23.

Falle der Alternativität von Vorsatz und Fahrlässigkeit schlicht auf deren „Unwertvollsein“ ab, so dürfen wir den Täter nicht „auf jeden Fall aus dem Fahrlässigkeitstatbestand“ bestrafen. Das ist deswegen nicht möglich, weil wir in diesem Fall nicht wissen, aus welchem Grund (d.h. an Hand welchen Standards, aufgrund welcher Konvention) wir das Täterverhalten mißbilligen. Die Standards können verschieden sein. Ist es aber so, so wissen wir nicht, ob der Grund der geringeren Bestrafung „auf jeden Fall“ vorliegt. Der Täter müßte freigesprochen werden. Nur wenn die Konvention (Standard), an Hand deren die alternativ gegebenen Sachverhalte beurteilt werden sollen, mit Sicherheit bekannt ist, ist die Anwendung der milderen Strafnorm möglich. Dies kann aber wegen der vorausgesetzten Alternativität nur dann vorkommen, wenn der Standard derselbe ist, was wiederum die Einbeziehung einer gemeinsamen Eigenschaft impliziert. Denn nur in diesem Fall kann es eine und dieselbe Eigenschaft geben, die in höherem oder geringerem Maße mißbilligt werden kann, so daß „auf jeden Fall“ der geringere Unwert verwirklicht ist.

Nun liegt verständlicherweise der Gedanke nahe, daß eine solche gemeinsame Eigenschaft darin besteht, daß beide Schuldformen als Stufen innerer Beteiligung angesehen werden. Wie *Hassemer* formuliert, sind Vorsatz und Fahrlässigkeit „nur die markantesten Zwischenpunkte auf einer langen Skala von Stufen innerer Beteiligung am äußeren Geschehen“¹⁴⁹. Ähnlich hat die Lehre vom normativen Stufenverhältnis auf den Zurechnungsgrad abgestellt.

In der Tat: Die ununterbrochene Kontinuität der Schuldformen ist eine schwer zu leugnende Tatsache. Sie wird zunächst einmal dadurch nahegelegt, daß die Schematisierung des traditionellen Strafrechtssystems, nach dem Vorsatz und Fahrlässigkeit „Komplementärbegriffe“¹⁵⁰ sind, die einander ausschließen¹⁵¹, zunehmend in Abrede gestellt wird. Die Unmöglichkeit einer befriedigenden Unterscheidung zwischen *dolus eventualis* und bewußter Fahrlässigkeit hat nämlich viele Autoren dazu bewogen, die beiden Schuldformen nicht als *kontradiktorische*, sondern als *konträre* Begriffe zu betrachten, d.h. als solche, deren Extensionen die Extension des Gattungsbegriffs nicht erschöpfen, weil noch andere Arten zu dieser Gattung gehören.

¹⁴⁹ *Hassemer* (Anm. 13), S. 207 Fn. 95; vgl. oben Anm. 129.

¹⁵⁰ *Th. Weigend*, Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 93 (1981), S. 660; *Morkel*, Abgrenzung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, NStZ 1981, 178.

¹⁵¹ Nach h.M. gibt es also nur eine „schwere“ (Vorsatz) und eine „leichte“ (Fahrlässigkeit) Form der inneren Beteiligung (*Maiwald*, GA 1974, 261 m.w.N.; *Schroeder*, in: LK, § 15 Rdn. 5, 8), die als kontradiktorische und disjunkte Begriffe angesehen werden.

So bemerkt *Nowakowski*¹⁵², man könnte statt der üblichen zwei ohne weiteres auch drei oder mehr Schuldformen bilden. Nach *Baldus*¹⁵³ ist culpa latior eine besondere Schuldform, ein Mittelding zwischen dolus und culpa lata. Ähnlich spricht *Hall* von dolus mixtus, *Weigend* von Leichtfertigkeit, die etwa der amerikanischen „recklessness“ entspricht, *Löffler* und *Mirička* von „Wissentlichkeit“ und *Schweikert* von „riskantem Verhalten“¹⁵⁴. — Aber auch die Disjunktion zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit wird bestritten und eine „volle und engste Berührung“¹⁵⁵ zwischen ihnen festgestellt¹⁵⁶, was dazu führt, daß der Vorsatzvorwurf nicht immer als schwerer betrachtet wird.

Diese Gedanken sprechen jedoch zwar für eine *Kohärenz* der Schuldformen, nicht aber für deren *Kommensurabilität*: Vorsatz und Fahrlässigkeit stellen, als Formen innerer Beteiligung, eine inhaltlich sich ständig transformierende Reihenfolge von Verhaltensweisen dar. Die innere Beteiligung hat also mehrere Gestalten und verwandelt sich inhaltlich nach ihrem Grad. Diese Transformation ist nicht abrupt, sondern vollzieht sich stufenweise und unmerklich. Doch es kann nicht geleugnet werden, daß auf der nicht-normativen Ebene, trotz dieser Kontinuität, die Festpunkte „Vorsatz“ und „Fahrlässigkeit“ inhaltlich so unterschiedlich sind, daß sie nicht als nur quantitativ verschieden aufgefaßt werden können. Sie sind insofern nicht *kommensurabel*, obwohl deren Grenzen *fließend* sind. Erforderlich ist also zur Feststellung der *Kommensurabilität* das Abstellen auf die normative Ebene, wie es die Lehre vom normativen Stufenverhältnis tut. Dies bedeutet aber Abstellen auf die Intensität der Zurechnung, die wiederum, wie gezeigt, von der Intensität der Mißbilligung abhängt.

Der einfachste Weg bei der Suche nach der gemeinsamen Eigenschaft ist, im Rahmen dieser Betrachtungsweise danach zu fragen, was verglichen wird, wenn wir das komparative Werturteil formulieren, „der Vorsatz stelle einen intensiveren Zurechnungsgrad als die Fahr-

¹⁵² SchwZStR 65 (1950), S. 305.

¹⁵³ *Hall*, Festschrift für Mezger, 1954, S. 240; *Engelmann*, Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung, 1965, S. 157; *Th. Weigend*, ZStW 93 (1981), S. 688.

¹⁵⁴ *Hall*, Fahrlässigkeit im Vorsatz, 1959, S. 59; *Th. Weigend*, ZStW 93 (1981), S. 688; *Löffler*, Die Schuldformen des Strafrechts, Bd. I, 1895, S. 5 ff.; *Mirička*, Die Form der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, 1903, S. 14 f.; *Schweikert*, Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?, ZStW 70 (1958), S. 394 ff.

¹⁵⁵ *Wimmer*, ZStW 49 (1929), S. 175, 684; vgl. *Schroeder*, in: LK, § 15 Rdn. 9 Fn. 6; RGSt. 41, 391; E 62 Begründung S. 526.

¹⁵⁶ Vgl. *Hall* (Anm. 153), S. 229 f.; Arthur *Kaufmann*, Schuldprinzip, 2. Aufl. 1976, S. 170, sowie die Angaben von *Maiwald*, GA 1974, 257, 260, der für die Gegenmeinung plädiert, und von *Engisch* (Anm. 90), S. 51 f.

lässigkeit dar". Es ist unschwer zu sehen, daß Gegenstand dieses Urteils die *Intensität* ist, mit der die Tatbestandsverwirklichung bei der jeweiligen Form der inneren Beteiligung dem Täter subjektiv zugerechnet wird. Denn alle denkmöglichen Formen der inneren Beteiligung weisen die Gemeinsamkeit auf, daß sie eine Intensität haben, was zum Ausdruck bringt, daß sie von der Rechtsordnung mehr oder weniger mißbilligt werden. „Eine Intensität zu haben“ ist also die gesuchte gemeinsame Eigenschaft, genauso wie die Eigenschaft, „ein Gewicht zu haben“, die komparative Aussage erst ermöglicht, daß ein Gegenstand schwerer (oder leichter oder gleichschwer) ist als ein anderer.

Vorsatz und Fahrlässigkeit haben also unter normativem Gesichtspunkt eine Gemeinsamkeit, die ihre Kommensurabilität gewährleistet: Beide haben eine Intensität, beide werden an Hand desselben Standards (= unter demselben Gesichtspunkt) derselben Bewertung (= Mißbilligung) unterzogen, die alle Schuldformen durchzieht. Mißbilligung bedeutet aber Schätzung des Abstandes der erbrachten von der normgemäßen Willensbildung. Sie ist daher in allen Fällen einheitlich und nur quantitativ abstufbar. Da also die Mißbilligungsintensität die bewertende Einstellung der Rechtsordnung zum Ausdruck bringt, ist sie unter normativer Hinsicht der einzige juristisch relevante Faktor, der die Kommensurabilität erlaubt.

Bezugspunkt der Intensität der Zurechnung ist die innere Beteiligung. Wie diese inhaltlich mit den einzelnen Schuldformen korrespondiert, ist eine andere Frage. Ob z.B. die bewußte Fahrlässigkeit immer eine größere Intensität hat als die unbewußte (*Hassemer, Peters, Wolter*) oder nicht, interessiert hier nicht. Im Gegenteil, die einheitliche Bewertung (mindestens seitens der h.M.) zweier so sehr unterschiedlicher Entitäten wie der bewußten und der unbewußten Fahrlässigkeit ist auf die Erwägung zurückzuführen, daß diese beiden Wertungsobjekte ungefähr denselben Vorwurf verdienen.

6. Zusammenfassung

Ein begriffslogisches Stufenverhältnis zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit existiert nicht. Auch die Lehre vom normativen Stufenverhältnis kann nicht befriedigend begründet werden, solange sie von einer Betrachtungsweise ausgeht, die auf den Gebrauch klassifikatorischer Begriffe abstellt. Wenn wir den dieser Lehre zugrunde liegenden Gedanken, beim Vorsatz werde der Erfolg dem Täter intensiver zugerechnet, analysieren, so stellen wir fest, daß dies eine kom-

parative Wertaussage ist. Als praktisches Urteil setzt sie eine soziale Schlußregel (Standard, Konvention) voraus, die darin besteht, daß nach sozialer Vereinbarung (und nicht wegen der So-Beschaffenheit der Dinge) die größere psychische Beteiligung intensiver mißbilligt wird als die mindere. Als Werturteil ist diese Wertaussage ferner zugleich eine Präferenzregel. Das normative Stufenverhältnis kann demgemäß nicht als ein Umfassungs- bzw. Subsidiaritätsverhältnis zwischen zwei Wertungen konzipiert werden, wie dies bei der heutigen Ausgestaltung der einschlägigen Lehre versucht wird. Wir müssen deshalb den Standpunkt ändern und auf den Vergleich abstellen, der im komparativen Werturteil ausgedrückt wird, nämlich daß der Vorsatz eine größere Zurechnungsintensität aufweist als die Fahrlässigkeit. Als Maßstab des Vergleichs dient die ihm zugrundeliegende oben erwähnte soziale Konvention. Als gemeinsame Eigenschaft, die die Kommensurabilität von Vorsatz und Fahrlässigkeit auf normativer Ebene gewährleistet, betrachten wir die Eigenschaft, „eine Intensität zu haben“. Unter diesen Voraussetzungen kann also bei Alternativität von Vorsatz und Fahrlässigkeit die Lehre vom normativen Stufenverhältnis in allen Fällen reibungslos angewandt werden.