

Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

69. Jahrgang
21. März 2014
Seiten 261–312

JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professor Dr. Gunnar Duttge, Göttingen*

Wider die Palmströmsche Logik: Die Fahrlässigkeit im Lichte des Bestimmtheitsgebotes

Offenbar gilt auch für die Strafrechtswissenschaft, dass ihr eine spezifische „Trägheit“ immanent ist. Sonst ließe sich kaum nachvollziehen, wie es kommt, dass seit langem bekannte Unsicherheiten über den Bedeutungsgehalt zentraler Begriffe (wie der „Fahrlässigkeit“) de facto hingenommen werden. Sollte zutreffen, dass sich „wissenschaftlicher Fortschritt“ erst nach einer tiefgreifenden „Krise im Wege eines revolutionären „Paradigmenwechsels“ vollzieht (Thomas S. Kuhn), wäre geradezu wünschenswert, wenn das BVerfG seiner Aufgabe einer ernstzunehmenden Prüfung des Gesetzlichkeitsprinzips endlich nachkäme.

I. „Im Nachhinein ist man immer klüger...“

Jedwede „Erkenntnis“ des Menschen entspringt bekanntlich „aus zwei Grundquellen seines Gemüts“: die erste ist, „Vorstellungen zu empfangen“ (die „Sinnlichkeit“), durch welche der konkrete Gegenstand unserer Anschauung zugänglich wird, die zweite, in Bezug auf jenen Gegenstand weiterreichende Vorstellungen denkend (das heißt durch Bildung und Gebrauch von Begriffen) zu entwickeln (der „Verstand“). Diese beiden Elemente menschlichen Erkenntnisvermögens sind nach *Immanuel Kant* prinzipiell gleichwertig, und keine der jeweils anderen a priori vorzuziehen: „Der Verstand vermag nichts anzuschauen, und die Sinne [vermögen] nichts zu denken. [...] Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe blind“! Daher ist es einerseits notwendig, die eigenen Anschauungen sich und anderen (begrifflich) verständlich („begreiflich“) zu machen, aber auch, „seine Begriffe sinnlich zu machen, d.h. ihnen den Gegenstand in der Anschauung beizufügen“¹. Eben dies ist das zentrale Anliegen der jüngeren Kritik an der tradierten strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, wenn zunehmend die mangelnde le-

bensweltliche Substanz des Begriffes „Fahrlässigkeit“ beanstandet wird; um dies näher zu veranschaulichen, sei ein konkreter, aktueller Fall² zum Ausgangspunkt für die weiteren Überlegungen genommen:

Der Angeklagte, ein vormaliger Medizinstudent, ist auf der onkologischen Station einer Kinder- und Jugendklinik in seinem „praktischen Jahr“ tätig. In diesem Rahmen wird er von der behandelnden Ärztin beauftragt, bei einem an Leukämie erkrankten Kleinkind eine Blutentnahme vorzunehmen. Dies war für ihn, der zuvor auch als Rettungsassistent tätig war, nichts Ungewöhnliches, so wie er – zunächst unter Aufsicht, dann aber auch eigenständig – schon Spritzen intravenös appliziert hatte. Bei der vorangehenden Besprechung wurde ihm durch eine Krankenschwester erläutert, dass dies Teil des sogenannten „Berg-Tal-Spiegels“ sei, bei dem einer ersten Blutentnahme die Verabreichung eines bestimmten Antibiotikas zu folgen habe, bevor 30 min später eine zweite Blutentnahme vorzunehmen war. Der Angeklagte missverstand diese Erklärung in dem Sinne, dass er alle drei Maßnahmen im Sinne eines „Gesamtpakets“ übernehmen soll. Zwar bedarf es für Injektionen nach § 3 Abs. 4 der Approbationsordnung grundsätzlich einer ärztlichen Anweisung durch den Stations- oder Oberarzt; es war jedoch nicht ungewöhnlich, dass Krankenschwestern als „Sprachrohr“ der Ärzte fungierten. Während der ersten Blutentnahme betrat die Krankenschwester das Zimmer und legte eine vorbereitete, nicht beschriftete Spritze mit einem anderen Antibiotikum auf dem Nachttisch ab. Der anwesenden Mutter des erkrankten Kleinkindes gab sie aufgrund deren sprachlicher Verständigungsschwierigkeiten durch Blickkontakt zu verstehen, dass diese das Medikament (wie schon zuvor) ihrem Kind zu einem späteren Zeitpunkt oral durch Träufeln des Spritzeninhalts auf die Zunge verabreichen solle. Der Angeklagte, mit der Blutentnahme beschäftigt, hat dieses Geschehen in seinem Rücken nicht wahrgenommen. Während er das entnommene Blut in einem Nebenraum lagerte, verabreichte die Ärztin wiederum ohne sein Bemerken das für den „Berg-Tal-Spiegel“ erforderliche Antibiotikum. Als er zurückkehrte, ging er irrig davon aus, dass es sich bei der

* Der Autor ist Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht am Institut für Kriminalwissenschaften der Georg-August-Universität Göttingen. – Der Beitrag enthält die schriftliche Fassung eines Vortrages sowohl am Forschungszentrum für Deutsches Recht an der Özyegin University Istanbul (April 2013) als auch an der Juristischen Fakultät der Kyoto University (Oktober 2013).

¹ *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl. 1787, Kap. 22 („Der transzendenten Elementarlehre, Zweiter Teil“), Abschnitt I („Von der Logik überhaupt“).

² Angelehnt an *LG Bielefeld*, Urteil v. 14. 8. 2013 – 11 Ns 11/13, 11 Ns – 16 Js 279/11 – 11/13, juris.

auf dem Nachttisch abgelegten Spritze um das jetzt von ihm intravenös zu applizierende Medikament handle. Dabei war ihm zwar grundsätzlich bekannt, dass die Spritzen an sich krankenhauseinheitlich beschriftet und zusammen mit einem beigefügten, ärztlich unterschriebenen Kontrollzettel auf einem gesonderten „Spritzentisch“ gebrauchsfertig abgelegt werden. Er hatte jedoch in der Vergangenheit ebenfalls erlebt, dass in Eilsituationen – auch durch ihn selbst – intravenös Spritzen ohne Beschriftung gesetzt oder von ihm für andere Kollegen aufgezogen wurden. Dass eine exakte Beschriftung und zusätzlich mechanische Sicherungen wichtig sind, um Falschapplikationen zu vermeiden, war zu diesem Zeitpunkt in der einschlägigen Fachdisziplin aufgrund von Schadensfällen in den USA bereits bekannt. Im vorliegenden Fall brachte die zusätzliche intravenöse Applikation das erkrankte, durch die Leukämie stark geschwächte Kind unrettbar zu Tode.

Bei einem solchermaßen komplexen Geschehensverlauf lassen sich natürlich eine Reihe von Aspekten entdecken, die entweder für oder gegen die Annahme eines „fahrlässigen“ Verhaltens sprechen. Welche hiervon aber tatsächlich relevant sind, entscheidet sich allein anhand des rechtlichen Bezugspunktes, was also der Rechtsbegriff „Fahrlässigkeit“ (im strafrechtlichen Sinne) überhaupt bedeutet. Das *LG Bielefeld* hat für den vorstehend skizzierten Fall sein – den Angeklagten verurteilendes – Erkenntnis auf folgende Erwägungen gestützt:³

„Bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen und ihm möglichen Sorgfalt hätte er erkennen können und müssen, dass er diese Spritze nicht intravenös applizieren durfte. Denn die Spritze war unbeschriftet und auch nicht mit einer Nadel versehen. Wenn auch nur für einen kurzen Zeitraum hatte [sich] die Spritze darüber hinaus unbeaufsichtigt auf dem Nachttisch befunden, als er das Zimmer verlassen hatte. Zudem hatte er auch nur den Auftrag erhalten, die erste Blutentnahme [...] durchzuführen. [...] Diese Anweisung war konkret gefasst und klar umrissen, sie konnte an sich nicht missverstanden werden“.

Wenigstens hätte der Angeklagte daher nachfragen müssen, um sich über den Inhalt der Spritze und deren Verwendung Klarheit zu verschaffen; dass er diese ungefragt und unvermittelt zur Applikation verwendet hat, begründe eine „grobe Fahrlässigkeit“. – Diese Erwägungen klingen sehr plausibel, und es ist dennoch geradezu auffällig, dass sämtliche der potentiell entlastenden, eine „Fahrlässigkeit“ in Zweifel ziehenden Aspekte systematisch ausgeblendet bleiben: Der noch in Ausbildung befindliche Angeklagte war erst seit gut zwei Monaten in jener Klinik tätig, davon erst seit einer Woche auf jener Station. Dass er in dieser Situation in besonderer Weise von den Abläufen seines Umfeldes abhängig war, ohne über diese eigenverantwortlich zu disponieren, liegt auf der Hand. Der Klinikbetrieb war vorliegend aber gleich in zwei für das weitere Geschehen wesentlichen Punkten nicht regelkonform organisiert, nämlich zum einen hinsichtlich der Beschriftung der Spritzen und zum anderen in Bezug auf die Rolle der Krankenschwester. Dass diese dem Angeklagten einen mehraktigen Behandlungsplan erläutert und zugleich erwartet, dass dieser die nur begrenzte Relevanz für das eigene Handeln erkennt, war ersichtlich ein missverständliches Vorgehen. Zwar wusste die Krankenschwester nichts von der praktischen Vorerfahrung des Angeklagten bzgl. der eigenständigen Vornahme von Injektionen; das war aber wiederum diesem nicht bekannt oder auch nur erkennbar, ebenso wenig wie die eigentliche Zweckbestimmung der auf dem Nachttisch wortlos abgelegten Spritze. Dass die Verwendung normaler, unbeschrifteter

Spritzen für die orale Medikationsgabe eine „gefahrenträchtige Behandlungsmodalität“ gewesen und infolgedessen der Klinikleitung eine „Organisationsmitverantwortung“ zuzuschreiben ist, hat das *LG Bielefeld* jedoch nicht bei der Beurteilung der Straftatvoraussetzungen, sondern erst und allein bei der Bemessung der konkreten Strafe berücksichtigt. Diese fiel mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen vergleichsweise milde aus, was die zuvor angenommene „grobe Fahrlässigkeit“, die tödliche Folgen nach sich gezogen hat, nachdrücklich konterkariert: Denn nach § 46 Abs. 1 StGB ist Grundlage der Strafzumessung die (auf das Tatunrecht bezogene) „Schuld des Täters“.

Diese Ungereimtheit ist keineswegs singulär, sondern für die Beurteilung von Fahrlässigkeitsfällen vielmehr typisch: Zur Begründung des unrechtskonstitutiven Verhaltensfehlers wird dasjenige zum Maßstab genommen, was sich gemessen an ein ideales Umfeld und an die bestehenden Regularien als defizitär ausweisen lässt. Da sich in einem idealen Umfeld und bei jedermanns Beachtung aller Verhaltensgebote jedoch das schadensstiftende Ereignis schlechterdings nicht mehr vorstellen lässt, muss in Anbetracht des tatsächlichen Geschehensverlaufs denkwürdig irgendjemand etwas vorwerfbar falsch gemacht haben. Diese Betrachtungsweise übersieht jedoch zweierlei: Erstens „läuft das Leben nicht rückwärts und auch keiner Linie entlang, die wir einzeichnen können“⁴: Zwar lassen sich

„mit rationalen Methoden [...] bestens Verläufe von Anfang bis zum Ende analysieren [d. h. rekonstruieren]. [...] Traditionelle Methoden ... unterscheiden jedoch zu wenig zwischen Analysen, die der Prognostik dienen, und solchen, die Vergangenes beleuchten. [...] Selbstverständlich muss unser Gehirn auch Vergangenes gebührend berücksichtigen, um seine Aufgabe als Prognoseinstrument so erfüllen zu können, dass wir uns möglichst situationsgerecht verhalten. Aber würde es das Sammeln, Bewerten und Speichern all dieser Daten dem Bewusstsein überlassen, wäre selbst das Wunderwerk der Evolution überfordert. [...] Also wird Vergangenheitsbewältigung automatisiert, indem häufige und wichtige Datenpakete den Status einer Mustervorlage erhalten. Stehen dann Entscheidungen an, die wir mit rationalem Vorgehen nicht treffen können, greift das Unbewusste auf diese Vorlagen zurück und gibt uns seinen Vorschlag in Form einer Intuition bekannt“.

Menschliches Verhalten lässt sich also, neurowissenschaftlich aufgeklärt, im Nachhinein regelmäßig als rational erklären, was aber häufig gerade nicht die eigentlich relevanten verhaltenssteuernden Abläufe und Faktoren trifft. Dies gilt – zum zweiten – nicht zuletzt auch deshalb, weil sich menschliches Verhalten nicht auf ein ideales, sondern nur auf ein reales Umfeld bezieht. Selten verhalten sich alle Bezugspersonen ständig regelkonform und sind die organisatorischen Abläufe tatsächlich so wie auf dem Reißbrett strukturiert. Vielmehr haben sich insbesondere in hochkomplexen, arbeitsteilig differenzierten sozialen Systemen häufig normabweichende Praktiken und Routinen etabliert und würde sich gerade ein normkonformes Verhalten (zum Beispiel das Führen eines Pkw innerhalb geschlossener Ortschaften mit höchstens 50 km/h) als „störend“ und damit potentiell gefährlich erweisen. Bei der strafrechtlichen Beurteilung wegen einer möglichen Fahrlässigkeitstat tritt diese die soziale Welt realistisch abbildende Dimension aber als mildernder Faktor häufig erst im Rahmen der Strafzumessung in Erscheinung. Wenn es sich dabei jedoch um Umstände handelt, welche die Schuld des Täters in einem milderen Licht erscheinen lassen, so müssen selbige schon in die Beurteilung des unrechtsbegründenden Verhaltensfehlers Eingang finden.

⁴ Dazu wie zum Folgenden: *Fuchs*, Warum das Gehirn Geschichten liebt, 2. Aufl. 2013, S. 2013.

³ Wie Fn. 2.

II. „Selbstverständlichkeiten gewinnen erst an Wert, wenn sie keine Selbstverständlichkeiten mehr sind“⁵

Gewähr dafür, dass die rechtlich relevanten Sachverhaltsaspekte vollständig erfasst und zuverlässig von den irrelevanten geschieden werden, ist ein konkreter, der Vielzahl denkbarer Fallkonstellationen vorausgehender Beurteilungsmaßstab. Für die Frage, welche Verhaltensweisen die Voraussetzungen einer Straftat erfüllen, verlangen Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB deshalb die vorherige gesetzliche Bestimmung dessen, was als solche „Tat“ gelten soll. Dabei genügt es jedoch nicht, dass überhaupt ein (parlamentarisches) Gesetz besteht, welches die jeweilige Straftat nominalistisch zum Gegenstand hat; damit sich jene Zielsetzung nach Möglichkeit erfüllt, die mit dem Gesetzlichkeitsprinzip intendiert ist,⁶ muss das (Straf-)Gesetz die jeweiligen Tatvoraussetzungen und die hieran geknüpfte Rechtsfolge (Sanktion) hinreichend konkret prädeteminieren. Denn nur dann ist gewährleistet, dass die Rechtsanwendung auf den jeweiligen Einzelfall durch die Strafverfolgungsbehörden und -gerichte auch durch dieses Gesetz geleitet ist und nicht eine Strafbarkeit erst willkürlich anlässlich dieses Einzelfalls aufgrund von ad hoc gebildeten Strafwürdigkeitsintuitionen behauptet wird, ohne dass diese Strafbarkeit zuvor überhaupt erkennbar gewesen wäre. Schließlich kommt dem parlamentarischen Gesetzgeber die unmittelbarste und deshalb stärkste demokratische Legitimation zu, was die ständige Rechtsprechung des *BVerfG* in Bezug auf Art. 103 Abs. 2 GG von einem „strengen Gesetzesvorbehalt“⁷ sprechen lässt. Dadurch ist zugleich die nötige Gleichbehandlung aller (nach allgemeinem Urteil) gleich strafwürdigen Fälle befördert (Art. 3 Abs. 1 GG)⁸ ebenso wie die Berechenbarkeit des (Straf-)Rechts („Rechtssicherheit“), die es den Rechtsgenossen ermöglicht, schon vor Ausübung ihrer Handlungsfreiheit von deren strafrechtlichen Grenzen Kenntnis zu nehmen und damit das Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung zu meiden („freiheitssichernde Funktion“)⁹. Nicht zuletzt kommt dem Gesetzlichkeitsprinzip auch fundamentale Bedeutung für das strafrechtliche Schuldprinzip zu: „Wenn Strafe Schuld voraussetzt, so kann man von Schuld nur dann sprechen, wenn der Täter vor seiner Tat wusste oder wenigstens Gelegenheit hatte zu erfahren, dass sein Verhalten verboten ist; das aber setzt wiederum voraus, dass die Strafbarkeit vor der Tat gesetzlich bestimmt war“¹⁰. Erst das Vorliegen eines hinreichend bestimmten Strafgesetzes und die dadurch bewirkte Beseitigung des generellen „Informationsproblems“¹¹ in der Bevölkerung hinsichtlich der nötigen Rechtskenntnis rechtfertigt somit die vergleichs-

weise strenge Handhabung des Verbotsirrtums (vgl. § 17 StGB).

Einer häufig verwendeten Formulierung des *BVerfG* zufolge soll das Gesetzlichkeitsprinzip somit vor allem sicherstellen, „dass jedermann vorhersehen kann, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist“. Neben solcher nur durch konkrete und unmissverständliche Regelungen verbürgten Erwartungssicherheit verschafft das Bestimmtheitsgebot auch dem Rechtsanwender die nötige „Klarheit der Handlungsanweisungen“ sowie der Öffentlichkeit die Möglichkeit einer Kontrolle der Strafjustizpraxis. Sogar der Gesetzgeber selbst darf sich als Nutznießer betrachten: „Er kann seinen Normierungswillen in die Wirklichkeit der Normanwendung nur dann und in dem Maße durchsetzen, wenn und wie er ihn bestimmt zum Ausdruck bringt; ein unbestimmtes Strafgesetz kann seine Anwendung nicht beherrschen“¹². Unter den vier bekannten Ausprägungen des Gesetzlichkeitsprinzips, im Einzelnen: *lex certa*, *lex stricta*, *lex scripta* und *lex praevia*, bildet das Bestimmtheitsgebot gleichsam den im Zentrum des Ganzen stehenden „Oberatz“¹³: Denn wenn es an einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage fehlt, müssen sowohl Analogie- als auch Rückwirkungsverbot ins Leere laufen. Das unbestimmte Gesetz erfasst ja von vornherein eine unüberschaubare Vielzahl denkbarer Fälle, so dass „der Richter keine Schwierigkeiten hat, alle von ihm für strafwürdig gehaltenen Verhaltensweisen unter die Norm zu subsumieren“¹⁴. Dann verliert auch das Verbot strafbegründenden oder -schärfenden Gewohnheitsrechts seine Bedeutung. Ein Verhalten kann jedoch in noch so hohem Grade sozialschädlich und damit strafwürdig erscheinen: Ein rechtsstaatlich verfasster Staat darf es nur dann zum Anlass von strafrechtlichen Sanktionen nehmen, wenn er das zuvor in der Form eines parlamentarischen Gesetzes ausdrücklich angekündigt hat. Denn nur so kann einer willkürlichen, nicht berechenbaren und bloß vom subjektiv gefärbten „Rechtsgefühl“ des Einzelnen geprägten Strafverfolgung vorgebeugt werden. Dass auf diese Weise unter Umständen ein besonders raffiniertes sozialschädliches Tun straflos bleibt, „ist der (nicht zu hohe) Preis, den der Gesetzgeber für Willkürfreiheit und Rechtssicherheit [...] zahlen muss“¹⁵.

Alles dies zählt bekanntlich zu den Selbstverständlichkeiten des (nicht nur) deutschen Strafrechts, wie sie jedes Lehr- und Studienbuch zum Allgemeinen Teil des Strafrechts schmücken und wie sie allen Studierenden des ersten Semesters stolz gelehrt werden. Erst im weiteren Verlauf der strafrechtlichen Studien lernen diese, dass es die Institutionen und Experten des Strafrechts offenbar nicht immer so genau mit dem Gesetzlichkeitsprinzip nehmen: Da wird etwa das sogenannte Schwarzfahren als „Leistungserschleichung“ (§ 265a StGB) auch dann klassifiziert, wenn es zu einer Umgehung von Sicherheitseinrichtungen gar nicht gekommen ist,¹⁶ die bloße Sitzblockade als „Gewaltanwendung“ im Sin-

⁵ Katharina Eisenlöffel, *Lebensweisheiten*, 1997.

⁶ Zum Folgenden Duttge, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001, S. 146 ff.

⁷ *BVerfGE* 73, 206, 235 (= JZ 1987, 138 m. Anm. Starck); 75, 329, 341; 78, 374, 382; 87, 209, 224; 92, 1, 12 (= JZ 1995, 778 m. Anm. Gusy; dazu auch Hruschka JZ 1005, 737) u. a. m.

⁸ Vgl. *BVerfGE* 64, 389, 394; *BVerfG* NJW 1998, 2585, 2586: Art. 103 Abs. 2 GG als „spezielle Ausgestaltung“ des Willkürverbots.

⁹ Explizit *BVerfGE* 75, 329, 341; siehe auch Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 4. Abschn. Rn. 6: „Handlungsfreiheit hat nur dort vollen Wert, wo keine Gefahr besteht, dass in nicht kalkulierbarer Weise belastende Folgen an das Verhalten geknüpft werden“.

¹⁰ Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn 24; siehe auch *BVerfGE* 25, 269, 285 (= JZ 1989, 505 m. Anm. Heidenhain): „Art. 103 Abs. 2 GG geht von dem rechtsstaatlichen Grundsatz aus, dass keine Strafe ohne Schuld verwirklicht wird“.

¹¹ Ransiek, *Gesetz und Lebenswirklichkeit*. Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot, 1989, S. 26.

¹² Hassemer/Kargl, in: *Nomos Kommentar (NK)*, *Strafgesetzbuch*, Bd. I, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 14.

¹³ Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2003, § 9 Rn. 6.

¹⁴ Baumann/Weber/Misch (Fn. 13).

¹⁵ Roxin (Fn. 10), § 5 Rn. 3.

¹⁶ Vgl. *BVerfG* NJW 1998, 1135 f.; *BGHSt* 53, 122 ff. m. abl. Anm. Alwart JZ 2009, 478; Gaede HRRS 2009, 69 ff.; hiergegen auch Duttge, in: *Handkommentar zum Gesamten Strafrecht (HK-GS)* 3. Aufl. 2013, § 265a Rn. 19 ff.

ne des Nötigungstatbestandes (§ 240 StGB) beurteilt¹⁷ oder werden der Untreue- und der Betrugstatbestand durch extensive (im Wege der sogenannten „kaufmännischen“ bzw. „bilanzakzessorischen Betrachtungsweise“) Interpretation des Schadensbegriffs zu einem Gefährdungsdelikt umgewandelt.¹⁸ Es mag zwar der Eindruck zutreffen, dass sich „extreme“ Verstöße gegen das Analogieverbot vor allem in der älteren Rechtsprechung finden und die jüngere Spruchpraxis möglicherweise „doch die (zunehmende) Bereitschaft zeigt, die Wortlautgrenze zu respektieren“¹⁹; dies gilt aber bislang eher für die Rechtsprechung des *BVerfG*, während der *BGH* über lange Zeit hinweg mit den unseligen „Strafbarkeitslücken“ argumentiert hat²⁰ und sich bei ihm erst neuerdings die Erkenntnis Bahn bricht: „Die Schließung von Strafbarkeitslücken ist nicht Sache der Rechtsprechung, sondern des Gesetzgebers“²¹! Doch was hilft dies, wenn sich der Gesetzgeber mit generalklauselartigen Strafvorschriften begnügt und deren Interpretation weithin an die Rechtsprechung delegiert? So ist gänzlich unbestimmt, unter welchen normativen Voraussetzungen beispielsweise der Unterlassungstäter „rechtlich dafür einzustehen hat, dass der [scil.: tatbestandliche] Erfolg nicht eintritt“ bzw. „das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entpricht“ (§ 13 Abs. 1 StGB), wann eine Tat nicht durch Notwehr „geboten“ ist (§ 32 Abs. 1 StGB), eine Körperverletzung „trotz der Einwilligung [scil.: des Verletzten] gegen die guten Sitten verstößt“ (§ 228 StGB) oder „die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist“ (§ 240 Abs. 2 StGB). Jeweils findet sich dabei nicht einmal annäherungsweise ein „Prüf- und Argumentationsprogramm“²² des Gesetzgebers, wie die verwendeten Generalklauseln näher gedeutet werden sollen. Ohne einen solchen gesetzlich vorgegebenen Deutungsrahmen gerät jedoch die „Rechtsanwendung“ unweigerlich zu einem Akt weitreichender Beliebigkeit und (für den einer Straftat Beschuldigten) Schicksalhaftigkeit. Allgemein lässt sich somit konstatieren: So unbestritten das Gesetzlichkeitsprinzip auch in abstracto zu den fundamentalen Grundlagen des Strafrechts zählt, so schnell verliert es diese Selbstverständlichkeit, sobald seine rechtspraktische Handhabung in Bezug auf konkrete Problemlagen in Frage steht.

III. Wie bestimmt ist eigentlich bestimmt genug?

Selbstredend hat dies seinen Grund: Nicht anders als in Bezug auf das Analogieverbot steht das Strafrechtssystem auch mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot vor dem Problem, dass der Gesetzgeber zum Zeitpunkt des Normerlasses weder die

künftigen gesellschaftlichen, technischen usw. Entwicklungen noch die Fülle und die Besonderheiten all jener Fälle voraussehen kann, die anhand der von ihm autorisierten Fassung der betreffenden Regelung beurteilt werden müssen. Da sich somit so gut wie nie vermeiden lassen wird, dass sich das Gesetz im Lichte der ihm zugrunde liegenden Wertentscheidung für den neuen Fall als „unpassend“ erweist, sieht sich nicht nur die Judikatur dazu gedrängt, die Diskrepanz gleichsam im Wege der (in der Regel teleologischen) „Auslegung“ zu überbrücken (bzw. zu kaschieren); zugleich resultiert daraus ein durchaus verständliches Bedürfnis, dass der Gesetzgeber „nicht überpräzise formulieren“, sondern „der Rechtsanwendung Entscheidungsspielräume soweit einräumen [möge], so dass diese dem Einzelfall gerecht werden und den Willen des Gesetzgebers zeitgerecht weiterentwickeln kann“²³. Ganz in diesem Sinne spricht daher auch das *BVerfG* in ständiger Rechtsprechung von der „Notwendigkeit, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen“²⁴. Es dürfe deshalb das Gebot der Gesetzesbestimmtheit „nicht übersteigert“ werden:

„Die Gesetze würden sonst zu starr und kasuistisch und könnten [...] dem Wandel der Verhältnisse oder der Besonderheit des Einzelfalles nicht mehr gerecht werden“. Auch im Strafrecht lasse sich „deshalb nicht darauf verzichten, allgemeine Begriffe zu verwenden, die [...] in besonderem Maße der Deutung durch den Richter bedürfen“²⁵.

In der Tat kann schon wegen der prinzipiellen Ungenauigkeit der Sprache,²⁶ aber ebenso wegen der unüberbrückbaren Distanz zwischen abstrakt-genereller Regel und deren „Konkretisierung“ zwecks Anwendung auf den konkreten Einzelfall ein „berechtigter Bedarf an Vagheit“²⁷ nicht gänzlich bestritten werden. Die entscheidende Frage ist nur: Innerhalb welchen Umfangs ist dies verfassungsrechtlich tolerabel, das heißt wie lässt sich das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmaß an „gesetzlicher Bestimmtheit“ selbst näher bestimmen? Denn hinter dem vieldeutigen Begriff der Norm-„Konkretisierung“²⁸ kann sich nicht nur das unmittelbare Übertragen eines bis ins Detail ausgearbeiteten Rechtssatzes auf den konkreten Lebenssachverhalt, sondern auch die völlig eigenständige Schöpfung anwendungsfähiger Rechtsnormen aus einer hochabstrakten Normhülle verstecken: Der Unterschied liegt allein in der Abstraktionshöhe des jeweiligen Ausgangspunktes, nicht aber in der für den methodologischen Vorgang gewählten Begrifflichkeit²⁹ – freilich eben bei einem höchst disparaten Ausmaß an Freiheit oder Gebundenheit des Rechtsanwenders. Es liegt auf der Hand, dass hierauf die vielzitierte bundesverfassungsgerichtliche Formel von der Unausweichlichkeit „generalklauselartiger oder unbestimmter, wertausfüllungsbedürftiger Begriffe“ (die „deshalb nicht von vornherein verfassungsrechtlich zu beanstanden“ seien)³⁰ keinerlei Antwort gibt und auch das Bemühen, qua Rekurs auf „wenigstens“ eine Erkennbarkeit des „Risikos einer Bestrafung“ („in Grenzfäl-

17 Vgl. *BGHSt* 23, 46 ff.; zwar gegen den „vergeistigten Gewaltbegriff“: *BVerfGE* 92, 1, 14; siehe aber auch *BVerfGE* 104, 92 ff.; *NJW* 2011, 3020 ff.; *BGHSt* 41, 182 ff.

18 Zuletzt *BVerfG* *NJW* 2009, 2371 ff.; *BGH* *NJW* 2009, 89 ff.; 2390 ff.; *JR* 2012, 79 ff.; *NJW* 2012, 2370 f.; zuletzt vorsichtig eingrenzend *BVerfG* *NJW* 2012, 907 ff.; hiergegen statt vieler *Duttge*, in: *HK-GS* (Fn. 16), § 263 Rn. 69 m. w. N.

19 *Hassemer/Kargl*, in: *NK-StGB* (Fn. 12), § 1 Rn. 93, unter Verweis auf *BVerfG* *NJW* 2002, 1779 ff.; *NJW* 2006, 3050; 2007, 1666 ff.; 2008, 3627 ff.; *BGHSt* 41, 220 ff.; siehe aber auch die Fallbeispiele bei *Duttge*, in: *Krey-Festschrift*, 2010, S. 39 ff.

20 Zuletzt *BGH* *NStZ* 2010, 449, 450; 2012, 511, 513.

21 *BGH* *NStZ* 2013, 584, 586 (Anfragebeschluss des 3. Strafsenats zum Erfordernis eines Absatzerfolges in Abänderung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung).

22 *Hassemer/Kargl*, in: *NK-StGB* (Fn. 12), § 1 Rn. 20.

23 *Hassemer/Kargl*, in: *NK-StGB* (Fn. 12), § 1 Rn. 19.

24 *BVerfGE* 71, 108, 114 f. = *JZ* 1986, 153.

25 *BVerfGE* 48, 48, 56; ähnlich *BVerfGE* 4, 352, 358; 11, 234, 237; 41, 314, 319 f.; 45, 363, 371 f.

26 Dazu unmissverständlich *Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 2. Aufl. 2001, § 4 IV; zu den Typen der sprachlichen Mehrdeutigkeiten siehe im Überblick *Hassemer/Kargl*, in: *NK-StGB* (Fn. 12), § 1 Rn. 35 ff.: Vagheit, Porosität, Wertausfüllungsbedürftigkeit und Bezeichnung von Dispositionen.

27 *Hassemer/Kargl*, in: *NK-StGB* (Fn. 12), § 1 Rn. 18.

28 Grundlegend dazu *Engisch*, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953.

29 Vgl. *Pavcenik* *ARSP-Beiheft* 53 (1994), 171, 177: Rechtsentscheidung, „die trotz einer größeren oder kleineren inhaltlichen Offenheit des Gesetzes rational begründet ist“.

30 Wie o. Fn. 25.

len“³¹ das Herabsinken des Bestimmtheitsgebotes zu einem bloßen Verbalbekenntnis³² zu verhindern, ein sehr unsicheres Unterfangen bleibt.

Um dem Gewährleistungsgehalt des Art. 103 Abs. 2 GG klarere Konturen und eine größere Wirkung zu verleihen, ohne dabei aber dem Glauben an eine restlose Erfassbarkeit sozialer Abläufe in einem Gesetz weiter nachzujagen, wird hierin bis heute vorherrschend eine Art Optimierungsgebot gesehen. Weil der Verfassungsauftrag „vernünftigerweise nicht weiter gehen [können], als er überhaupt realisierbar ist“, gebiete er lediglich, dass die Gefahren für die Rechtssicherheit „auf das mögliche Minimum reduziert werden“³³. Ein solches „Konzept der größtmöglichen Bestimmtheit“ wirkt auf den ersten Blick plausibel, weil sich in der Tat nicht einsehen lässt, warum die Unbestimmtheit eines Gesetzes hingenommen werden sollte, wenn die Regelung präziser gefasst werden könnte. Freilich lässt sich hieraus ein auch nur annähernd festes Maß an objektiv gebotener Bestimmtheit nicht entnehmen; der materiale Gehalt des Art. 103 Abs. 2 GG ist nach wie vor kaum greifbar,³⁴ was auf den zweiten Blick jedoch nicht überraschen kann, weil Optimierungsgebote rechtstheoretisch niemals auf einen bestimmten Inhalt, sondern stets auf eine formale Struktur der Entscheidungsfindung verweisen.³⁵ Und in der Sache ist letztlich gar nicht einzusehen, dass einerseits ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot zwingend schon dann vorliegen soll, wenn eine (Straf-)Vorschrift sich unter Umständen noch präziser hätte fassen lassen (was sich wohl selten ganz in Abrede stellen ließe), andererseits aber seine Wahrung auch dann anzunehmen sei, wenn die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe aufgrund der Weite des Gesetzes unvermeidbar wird. Mit den treffenden Worten *Ransieks*: „Selbst der ... Schurkenparagraph³⁶ ist unvermeidbar, wenn man jeden Schurken bestrafen will“³⁷. Daraus folgt nahtlos: Ohne ein inhaltliches Kriterium, ohne eine Objektivierung ist nicht auszukommen, soll das Bestimmtheitsgebot nicht allzu leicht unterlaufen werden können.

Mit Blick auf den Bedeutungsgehalt eines Rechtsbegriffes drängt sich daher geradezu auf, den gesuchten objektiven Maßstab im sprachlichen Ausdruck der vom Gesetzgeber jeweils gewählten Sprachzeichen zu suchen. Geht man dabei nicht radikal-konstruktivistisch davon aus, dass jedwedes Sprachverstehen erst und allein durch den intersubjektiven Sprachgebrauch und der in dieser Praxis sich manifestierenden „Übereinstimmung in der Bedeutungszuschreibung“ bedingt,³⁸ sondern zur Ermöglichung dieses Sprachgebrauchs notwendig an eine vorgelagerte „objektive“ Wortbedeutung gebunden ist, so muss es zur Wahrung der „gesetzlichen

Bestimmtheit“ entscheidend auf die Präzision des im Strafgesetz selbst zum Ausdruck gebrachten Aussagegehalts ankommen. Nach dieser als „hermeneutisch“ bezeichneten Sichtweise³⁹ bedarf es also eines hinreichend umgrenzten „Regelungsrahmens“⁴⁰, der jedem Rechtsanwender vorgibt, unter welchem Blickwinkel und anhand welcher Kriterien er die weitere „Konkretisierung“ vorzunehmen hat. Die im jeweiligen Rechtsbegriff „eingekörperte“⁴¹ Information ist dabei um so aussagekräftiger, je mehr sie an „Wirklichkeit“ aus dem grenzenlosen Raum des Daseins ausschließt, je geringer also der „Spielraum“ bemessen ist, innerhalb dessen Lebenssachverhalte auf diesen Begriff (entsprechend seiner kontextuellen Stellung innerhalb der jeweiligen Gesetzesvorschrift) zutreffen. Manche sprechen auch von der Konkretheit des jeweils gewählten „Sprachmodells“⁴², wenn es also eine gehaltreiche Intension (= Bedeutungsgehalt) und eine kleine Extension (= sachverhaltsbezogenes Anwendungsspektrum) aufweist.⁴³ Selbstredend ist eine vollständige Abbildung der Wirklichkeit in Sprachzeichen niemals möglich, weswegen sich bei jedweder Gesetzesfassung durchaus von einer Art „Halbfertigprodukt“ sprechen lässt.⁴⁴ Die damit unhintergehbare „Arbeitsteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsanwendung“⁴⁵ muss aber, damit sie dem Bestimmtheitsgebot gerecht wird, so beschaffen sein, dass sich schon aus dem Gesetz selbst ein „Prüf- und Argumentationsprogramm der Strafrechtsanwendung“ entnehmen lässt. Denn:

„Klarheit und Genauigkeit des Gesetzes als Bedingungen von Verlässlichkeit, Voraussehbarkeit, Täuschungsfreiheit und Nachprüfbarkeit der Strafrechtspflege sind nicht Qualitäten bestimmter Ergebnisse der Rechtsanwendung, sondern Qualitäten des Rechtsanwendungsprogramms selbst; ist dieses Programm [...] nicht mehr lesbar, wird zwangsläufig der Richter in die Rolle des Ersatzgesetzgebers gedrängt“⁴⁶.

In diesem Sinne genügt es somit nicht, wenn die nötige Präzisierung erst und allein im Wege einer „ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung“ herbeigeführt wird.⁴⁷ Wie hat das *BVerfG* einst treffend festgestellt: „Ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht, hat der Gesetzgeber, nicht der Richter zu bestimmen“⁴⁸. Dementsprechend ist das Bestimmtheitsgebot, verfassungsrechtlich gesehen, in der Tat ein nachdrückliches Votum für den Gesetzes- und nicht für den Richterstaat.⁴⁹

31 *BVerfGE* 71, 108, 114 f. (= JZ 1986, 153); siehe auch *BVerfGE* 73, 206, 235; 75, 329, 341; 87, 209, 224.

32 In diesem Sinne u. a. der Befund bei *Geitmann*, Das Bundesverfassungsgericht und „offene Normen“, 1971, S. 68; *Hassemer ARSP-Beiheft* 44 (1991), 130, 134; *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, 1978, S. 4, 6 passim.

33 *Lenckner* JuS 1968, 249, 257 und 304, 305; aus der jüngeren Literatur etwa *Baummann/Weber/Mitsch* (Fn. 13), § 9 Rn. 15; *Gropp*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 2 Rn. 5, 28; *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, StGB-Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 1 Rn. 20; *Rudolph*, in: Systematischer Komm. (SK-StGB), 7./8. Aufl. 2005, § 1 Rn. 14; zuletzt *Kuhlen*, in: *Otto-Festschrift*, 2007, S. 89 ff.; *Schulz*, in: *Roxin-II-Festschrift*, 2011, S. 305, 319.

34 Zutreffend *Jakobs* (Fn. 9), 4. Abschn. Rn. 27.

35 Grdl. *Alexy* Rechtstheorie 18 (1987), 405 ff. sowie *ders.*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994.

36 Er lautet: „Jeder Schurke wird bestraft“ (*Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 22).

37 *Ransiek* (Fn. 11), S. 58.

38 So aber *Ransiek* (Fn. 11), S. 71 ff.; zur Kritik näher *Duttge* (Fn. 6), S. 192 ff.

39 *Gropp* (Fn. 33), § 2 Rn. 29.

40 *Roxin* (Fn. 10), § 5 Rn. 75.

41 *Gadamer*, in: *Caysa/Eichler* (Hrsg.), Philosophiegeschichte und Hermeneutik, 1996, S. 319, 331: „In jedem Wort, das wir sprechen, ist doch etwas von Bedeutung eingekörpert...“.

42 *Haft*, in: *Arthur Kaufmann/Hassemer* (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6. Aufl. 1994, S. 275.

43 Zur Unterscheidung von Intension und Extension näher *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986.

44 *Schünemann*, in: *Hassemer-Festschrift*, 2010, S. 239, 243.

45 *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB (Fn. 12), § 1 Rn. 19.

46 *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB (Fn. 12), § 1 Rn. 20 a. E.

47 So aber das *BVerfG* in st. Rspr., vgl. zuletzt *BVerfGE* 126, 170 ff.; zur jüngsten Rechtsprechungsentwicklung eingehend *Saliger*, in: *Duttge/Ünver* (Hrsg.), Das Gesetzlichkeitsprinzip als Grundlage für das deutsche und türkische Strafrecht, 2014 (im Erscheinen); zur älteren Kritik vgl. *Duttge* (Fn. 6), S. 170 ff.; treffend jüngst *Roxin*, in: *Hilgendorf* (Hrsg.), Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 2013, S. 113, 134: „Wenn die Herstellung einer ausreichenden Bestimmtheit den Gerichten überantwortet wird, liegt darin das Gegenteil dessen, was die Verfassung fordert“.

48 *BVerfGE* 47, 109, 120.; vgl. auch *BVerfGE* 81, 298, 309 (= JZ 1990, 638 m. Anm. *Gusy*).

49 *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB (Fn. 12), § 1 Rn. 17; siehe auch *Kargl*, in: *Hassemer-Festschrift*, 2010, S. 849 ff.

IV. Was bedeutet nun „Fahrlässigkeit“?

Blickt man vor diesem Hintergrund aber in das deutsche Strafgesetzbuch und sucht zu ergründen, was denn der Gesetzgeber unter dem Rechtsbegriff „fahrlässig“ eigentlich verstanden wissen will, so muss man konsterniert feststellen: Das Gesetz schweigt! Nirgends findet sich eine Legal- oder auch nur Teildefinition (wie bezüglich des Vorsatzbegriffs mit § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB), ganz anders als in zahlreichen Strafgesetzbüchern anderer Länder;⁵⁰ vielmehr lassen §§ 15, 16 Abs. 1 Satz 2, § 18 StGB gänzlich offen, welche Art von Fehlverhalten dem potentiellen Täter aus welchen Gründen zur Last gelegt werden soll. Das einzige, was sich hieraus wie auch aus den regelmäßig reduzierten Strafrahmen der Fahrlässigkeitstatbestände im Besonderen Teil verglichen mit den jeweils korrespondierenden Vorsatztaten (Ausnahmen: §§ 316, 323a StGB) bzw. aus der zum Teil fehlenden Strafandrohung (zum Beispiel §§ 218, 303, 323c StGB) entnehmen lässt, ist ein generell reduziertes kriminelles Gewicht der fahrlässig begangenen Tat (vgl. auch § 18 StGB: „wenigstens Fahrlässigkeit“).⁵¹ Das reicht aber bei weitem nicht, um den Anforderungen an eine *gesetzliche* Wegweisung der Straftatvoraussetzungen Genüge zu tun. Ungeachtet allem ehren Bekenntnis zum „personalen Unrecht“⁵² in Abkehr vom sogenannten „Erfolgsstrafrecht“ schwebt somit über jedem Einzelnen fortlaufend das Damoklesschwert der drohenden strafrechtlichen Inverantwortnahme, ohne dass auch nur annäherungsweise Klarheit bestünde, auf welche Weise, insbesondere durch Meidung welchen konkreten Verhaltens sich selbiger entgehen ließe. In einer „Risikogesellschaft“⁵³, in der risikoträchtiges Verhalten wie auch die (Mit-)Verursachung von Schadenszuständen niemals restlos vermieden werden kann, verliert das Fundamentale gebot des „neminem laedere“ seine Wirksamkeit, wenn nicht mindestens eine legale Verhaltensalternative konkret erkennbar wird; und wenn es schadensvermeidende Verhaltensnormen am Ende gar nicht gibt, kann natürlich auch niemand zur Schadensvermeidung motiviert werden.⁵⁴ So hätte der Beschuldigte in unserem Ausgangsfall zwar seinem Dienst an jenem Unglückstage gänzlich fernbleiben oder sich vor einer Übernahme der ihm zugewiesenen Aufgabe „drücken“ können: Doch in einer arbeitsteilig organisierten und auf zeitliche Effizienz hin ausgerichteten Gesellschaft ist weder das eine noch das andere möglich oder – man denke nur an den beklagenswerten Zustand häufig fehlender Zivilcourage oder aber im medizinischen Kontext an die Problematik der sogenannten „Defensivmedizin“⁵⁵ – auch nur wünschenswert.

1. Erfordernis eines „triftigen Anlasses“

Gewiss: Der Beschuldigte hätte sich, bevor er zur Spritze griff und unvermittelt die tödliche Injektion vornahm, noch einmal bei kundiger Stelle vergewissern können, ob er damit

wirklich dasjenige ausführt, was ihm aufgegeben worden ist. Doch wenn *er* dazu keinerlei Anlass sah, wenn *für ihn* in seiner Situation keinerlei Anhaltspunkt ersichtlich war, an der Richtigkeit seines Verhaltens zu zweifeln, wie hätte *er* dann diesen Gedanken bilden und sich zum Innehalten gedrängt sehen können? Das *LG Bielefeld*⁵⁶ fragt daher im Ansatz ganz zutreffend nach dem Vorliegen potentieller Warnsignale in der betreffenden lebensweltlich-sozialen Situation: der im Ausgangspunkt klar begrenzte Auftrag (nur einmalige Blutentnahme), der Ablageort der Spritze und ihr Erscheinungsbild (keine Beschriftung, ohne Nadel). Unabhängig davon, ob diese potentiellen Warnsignale ihr Warnpotential möglicherweise durch die nicht regelkonforme, abweichende Routine in jenem sozialen Umfeld verloren haben könnten, ist mit dieser konkret-situativen Analyse in Richtung eines „realistischen Fahrlässigkeitsbegriffs“ der richtige Zugang gefunden. Denn kognitionspsychologisch lassen sich Gefahren mangels eines darauf spezialisierten Sinnesorgans stets nur mittelbar, das heißt anhand von „Signalfaktoren“, erkennen.⁵⁷ Eine situative Wahrnehmbarkeit der sich anschließend dann auch realisierenden Gefahr ist aber auf dem Boden einer sich auf die realen Lebensverhältnisse beziehenden Bewertung von Verhaltensweisen die unverzichtbare Basis für die Annahme einer (konkret-situativen) „Vermeidbarkeit“, und diese wiederum für das Werturteil eines vorwerfbaren Verhaltensfehlers („Vermeidpflichtverletzung“)⁵⁸. Dementsprechend ist bereits an anderer Stelle mit weiterführender Konkretisierung (sogenanntes „Merkmalsprofil“) festgestellt worden:

„Kern der Fahrlässigkeit ist es [...] nicht, sich überhaupt (abstrakt) gefährlich verhalten zu haben; Gegenstand des Vorwurfs strafbarer Fahrlässigkeit ist vielmehr ein Zuwiderhandeln gegen das Verbot, *trotz triftigen Anlasses* (in den äußeren Gegebenheiten unter Einschluss auch des eigenen Wissens) von dem weiteren Geschehensverlauf in Richtung einer Rechtsgutsbeeinträchtigung nicht oder nicht rechtzeitig Abstand genommen haben.“⁵⁹

Wie bedeutsam dieses „Veranlassungsmoment“ für ein auf die reale Lebenssituation des Handelnden bezogenes Fahrlässigkeitsverständnis ist, verdeutlicht etwa auch der sogenannte „Wohnbrandfall“:⁶⁰ Eine alleinerziehende Mutter hatte nach stundenlangem Rauchen und Alkoholkonsum ihre schlafenden Kinder (darunter eines, das an Windpocken erkrankt war) unbeaufsichtigt zurückgelassen, um mit Gästen den Abend in einer Gaststätte zu verbringen. Während ihrer Abwesenheit entwickelte sich auf der Couch ein Schmelbrand, durch welchen die beiden Kinder zu Tode kamen. Im Nachhinein ließ sich jedoch der genaue Hergang, der zum Entstehen des Brandes führte, nicht mehr aufklären; das Tatgericht ging davon aus, dass es wohl heruntergefallene Zigarettenreste oder -stummel waren, die auf der Couch herumliegende Papiere, Zeitungen und/oder Textilien entzündet haben müssen. Es sprach jedoch die Beschuldigte vom

⁵⁰ Zum europäischen Rechtsraum im Überblick Duttge, in: MünchKommStGB, 2. Aufl. 2011, § 15 Rn. 60ff.

⁵¹ In diesem Sinne bereits Duttge, in: MünchKommStGB (Fn. 50), § 15 Rn. 32.

⁵² Dazu näher Duttge, in: *Jehle/Lipp/Yamanaka* (Hrsg.), *Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht. Zweites Rechtswissenschaftliches Symposium Göttingen – Kansai*, 2008, S. 195 m. w. N.

⁵³ Grundlegend Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986.

⁵⁴ Treffend *Schöne*, in: Hilde Kaufmann-Gedächtnisschrift, 1986, S. 649, 660.

⁵⁵ Siehe dazu statt vieler nur *Loewen*, *Die verlorene Kunst des Heilens. Anleitung zum Umdenken*, 11. Aufl. 2012 (engl. Originalausgabe 1996), S. 118.

⁵⁶ Siehe o. bei Fn. 2f.

⁵⁷ Dazu eingehend Duttge (Fn. 6), S. 410ff.

⁵⁸ Treffend *Otto*, in: *Schlüchter-Gedächtnisschrift*, 2002, S. 77, 89f.

⁵⁹ Duttge, in: MünchKommStGB (Fn. 50), § 15 Rn. 122 a. E.; vollständig oder wenigstens grds. zustimmend: *Hauck GA* 2009, 280, 288ff.; *Kraatz JR* 2009, 182ff.; *Vogel*, in: *Leipziger Kommentar (LK)-StGB*, 12. Aufl. 2007, § 15 Rn. 262ff.; *Pfefferkorn*, *Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit im französischen und deutschen Recht*, 2006, S. 206f., 232f., 282f.; *Radtke*, in: *Jung-Festschrift*, 2007, S. 737, 747ff., 750; *Sauer*, *Die Fahrlässigkeitsdogmatik der Strafrechtslehre und Strafrechtsprechung*, 2003, S. 437ff.; *Hoyer*, in: *SK-StGB* (Fn. 33), Anh. zu § 16 Rn. 29ff.; *Sternberg-Lieben*, in: *Schlüchter-Gedächtnisschrift*, 2002, S. 217, 227f.; *Stratenwerth/Kublen*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2011, § 15 Rn. 33 a. E.; *Walther JZ* 2005, 686, 688; *Weigend*, in: *Gössel-Festschrift*, 2002, S. 129, 134ff.

⁶⁰ *BGH NStZ* 2005, 446f.

Vorwurf der fahrlässigen Tötung frei, weil diese „keine Veranlassung gehabt [habe], nach glimmenden Zigaretten zu suchen“, und zwar weder aufgrund eigenen vorangegangenen Verhaltens noch aufgrund ihr bekannter Unachtsamkeiten Dritter. Demgegenüber sah der *BGH* den Vorwurf als begründet an, weil man als sorgfältig handelnder Mensch in jener Situation seine „in unordentlichem Zustand“ befindliche Wohnung samt seiner kleinen (und noch dazu teilweise erkrankten) Kinder nicht verlässt, ohne „eine Kontrolle auf noch glimmende Zigarettenreste vorzunehmen“. Damit ist zweifelsohne die vorherrschende Sichtweise über eine „anständige Lebensführung“ beschrieben; jedoch geht es hier nicht um das nach Moral und Sitte erwartete Optimum, sondern vielmehr um das Verfehlen jenes *Minimums*, das die Annahme einer kriminellen Tat rechtfertigt. Selbstredend weiß ein jeder in abstracto, dass man kleine Kinder nicht unbeaufsichtigt lässt, schon aus Gründen der Hygiene wenigstens hin und wieder für die nötige Ordnung sorgen sollte und der Umgang mit Feuer potentiell gefährlich ist; damit sich diese sehr unterschiedlichen „allgemeinen Sorgfaltsgebote“ jedoch in der konkreten Situation aktualisieren (zum Beispiel durch einen Unfall der Kinder, durch hygienebedingte Erkrankungen oder eben durch Entstehen eines Brandes), bedarf es konkreter, deutlich wahrnehmbarer („triftiger“) Anhaltspunkte, die auf eine akute Gefahr gerade in der jeweils spezifischen Hinsicht hier und jetzt hindeuten – und das Werturteil eines unrechtsbegründenden Verhaltensfehlers namens „Fahrlässigkeit“ ist infolgedessen nicht bloß die Verletzung jener allgemeinen, sondern vielmehr einer konkreten, spezifisch „erfolgsbezogenen Sorgfaltspflicht“⁶¹. Die entscheidende Frage bei der strafrechtlichen Beurteilung des Geschehens im „Wohnbrandfall“ lautet daher nicht, ob es Ausdruck einer „guten Lebensführung“ als alleinerziehende Mutter war, mit Gästen Alkohol zu konsumieren und hernach die Wohnung „in unordentlichem Zustand“ zu verlassen; sie lautet vielmehr: Musste die Beschuldigte aufgrund der ihr bekannten situativen Gegebenheiten erstlich damit rechnen, dass in ihrer Abwesenheit ein solcher Brand entstehen und ihre Kinder in akute Gefahr bringen könnte? Wie *Walthers* zutreffend herausgestellt hat, liefert aber ein unaufgeräumtes Sofa und der Umstand, dass „fünf in der Wohnung anwesende Personen zahlreiche Zigaretten geraucht hatten“, „für sich genommen keinen konkreten Anhalt für das Bestehen einer (konkreten und offensichtlichen) Brandgefahr“⁶². Anders hätte es natürlich gelegen bei konkreter Wahrnehmung einer aktuellen Brandgefahr (zum Beispiel durch Riechen oder Sehen) oder bei einer schon vorausgegangenen Vorerfahrung dergestalt, dass Zigaretteglut beim Rauchen unkontrolliert herabgefallen ist. An solchen „triftigen Anhaltspunkten“ fehlt es vorliegend aber gerade, so dass der vom *BGH* behaupteten „Sorgfaltspflichtverletzung“ in Wahrheit ein überzogenes Maß an geforderter Gefahrenkognition und -prävention zugrunde liegt:⁶³ dass nämlich schon dann, wenn sich eine Gefahr generell „nach allgemeiner Lebenserfahrung“ nicht ausschließen lässt, besondere Vorsicht, Abhilfe oder gegebenenfalls Unterlassen zu leisten sei.

2. Illusionäre Ex-post-Bewertung: Die Gefahr von Attributionsfehlern

Dieser dezidierte Bezug zu den realen Wahrnehmungs- und Handlungsbedingungen in der konkreten Situation des Akteurs, wie er im „Veranlassungsmoment“ prägnant zum Ausdruck kommt, ist deshalb so bedeutsam, weil die Einschätzung von Risiken maßgeblich von den zur Verfügung stehenden Informationen und vom Zeitpunkt der Risikoprognose abhängt und deshalb bei der nachträglichen Bewertung eines Verhaltens leicht und in erheblichem Maße sogenannte Attributionsfehler unterlaufen können.⁶⁴ Eine faire und angemessene Bewertung setzt demgegenüber voraus, von dem Handelnden in seiner sich fortlaufend verändernden Situation nicht mehr zu verlangen, als der Urteiler selbst zu erbringen imstande gewesen wäre. Sich im Nachhinein in die im Handlungszeitpunkt bestehende Situation und überdies in die Perspektive des Handelnden „hineinzusetzen“ und demzufolge das eigene Wissen über den tatsächlichen Ausgang des Geschehens gleichsam „auszublenden“, bildet erfahrungsgemäß eine schwierige „kognitive Operation von einiger Künstlichkeit“⁶⁵, die letztlich die alltagstheoretisch fundierte „Actor-observer-Differenz“⁶⁶ nicht restlos überwinden kann. Im Einzelnen sieht sich die ex post-Bewertung zum einen strukturell der Versuchung ausgesetzt, die Offenheit einer Handlungssituation gleichermaßen zu unterschätzen wie die Möglichkeiten einer rationalen Entscheidungsfindung in der jeweiligen Situation überzubewerten; zum Zweiten kann der Beurteiler selbst bei bestem Willen seine Kenntnis über die eingetretenen Folgen nur unzureichend ignorieren, so dass nachträglich gestellte Prognosen zwangsläufig einem „schleichenden Determinismus“ unterliegen („creeping determinism“); drittens schließlich sind Bewertungen maßgeblich von der Schwere negativer Handlungsfolgen abhängig, so dass stets die Gefahr einer „Überattribution persönlicher Verantwortlichkeit“⁶⁷ in Richtung einer reinen „Erfolgshaftung“ besteht („severity-responsibility-relation“). Es ist außerordentlich bemerkenswert, dass diesen Zusammenhang schon *Karl Binding* in seinen berühmten „Normen und ihre Übertretung“ gesehen und wie folgt festgehalten hat:

„Dem Gerichte steht nach gelungenem Beweise der Verlauf der Handlung vollständig klar vor Augen. [...] Diese leicht erlangte Klarheit durch Metagnose wird allzu gerne in eine leicht zu erlangende Prognose des Angeklagten verwandelt. Es ist dies einer der allerverhängnisvollsten richterlichen Irrtümer und seine völlige Vermeidung fällt schwer: Es liegt so nahe, das hinterher leicht Begriffene in ein vorher leicht Begriffliches umzudeuten.“⁶⁸

Eben deshalb ist die tradierte Rede von der – noch dazu: „objektiven“ – „Sorgfaltspflichtverletzung“ in höchstem Maße unterbestimmt, weil hiermit lediglich das Bewertungsergebnis mitgeteilt wird, ohne den dafür relevanten Bezugsmaßstab und die Bewertungskriterien offenzulegen. Und überdies leistet dieser Begriff dem groben Missverständnis Vorschub, dass der fahrlässigkeitsspezifische Verhaltensfehler unmittelbar aus der Missachtung einer dem Strafrecht vorgelagerten „konkreten Sondernorm“ resultiere und damit

⁶¹ Insoweit zutreffend *Hardtung*, in: MünchKommStGB (Fn. 50), § 222 Rn. 11.

⁶² *Walthers* JZ 2005, 686, 688.

⁶³ Merkwürdig unentschlossen *Herzberg* NStZ 2005, 602, 607, der aber letztendlich auch von „strengen, vielleicht zu strengen Anforderungen“ ausgeht.

⁶⁴ Dazu wegweisend *Kuhlen*, in: *Jung/Müller-Dietz/Neumann* (Hrsg.), *Recht und Moral*, 1991, S. 341 ff.

⁶⁵ *Kuhlen*, in: *Jung/Müller-Dietz/Neumann* (Fn. 64), S. 342.

⁶⁶ Statt vieler nur *Bierhoff*, *Sozialpsychologie*. Ein Lehrbuch, 4. Aufl. 1998, S. 221 ff.

⁶⁷ *Bierbrauer/Haffke*, in: *Hassemer/Lüderssen* (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, 1978, S. 121, 150 und 152.

⁶⁸ *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. IV, 1919, § 312 (= S. 646 f.).

gleichsam äquivalent sei: Dies kann aber schon deshalb nicht zutreffen, weil eine derartige Betrachtungsweise notwendig „Gefahr [liefe], die strafrechtliche Verantwortung für Fahrlässigkeit als abstrakte Gefährdungshaftung zu konzipieren“⁶⁹ – im Übrigen in eklatantem Widerspruch zu den regelmäßig nur auf eine Ordnungswidrigkeit verweisenden Sanktionsregelungen, etwa bei Verstößen gegen die Straßenverkehrsordnung (vgl. § 49 StVO).⁷⁰ Deshalb sieht die ständige Rechtsprechung ebenso wie die herrschende Lehre in einem „Sondernormverstoß“ lediglich ein „Indiz“ für das Vorliegen einer fahrlässigkeitsspezifischen „Sorgfaltspflichtverletzung“⁷¹ – ohne allerdings zu erläutern, wann sich diese angebliche „Indizwirkung“⁷² zu einem strafrechtlich relevanten Verhaltensfehler verdichten soll und wann nicht. Dass die Anforderungen dabei – aller nachdrücklichen Betonung des „objektiven“ Charakters solcher Pflichtverletzung zum Trotz⁷³ – „nach unten zu generalisieren, nach oben [dagegen] zu individualisieren“ seien,⁷⁴ zeigt die Widersprüchlichkeit und Unfairness der tradierten Lehre: Denn wenn die individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten der konkreten Person maßgeblich das von ihr rechtlich Geforderte bestimmen, dann darf dies nicht allein zu Ihrem Nachteil, sondern muss ebenso zu Ihrem Vorteil gelten. Für die Lösung ein und desselben Sachproblems, nämlich der Frage nach dem leitenden Beurteilungsmaßstab für die Begründung jener „Sorgfaltspflicht“, je nach Blickrichtung (Verschärfung oder Milderung der Anforderungen) jedoch eine unterschiedliche Antwort zu geben, offenbart das in Wahrheit gänzliche Fehlen eines konsistenten Maßstabes.⁷⁵ Ebenso schillernd ist der Versuch einer Konkretisierung durch Verweis auf die Großformel des sogenannten „Überschreitens des erlaubten Risikos“, die Orientierung an sogenannten „Maßfiguren“ innerhalb des jeweiligen „Verkehrskreises“ (wie zum Beispiel am Leitbild des „sorgfältigen Kerzenbenutzers“)⁷⁶ oder an einer „Abwägung zwischen Nutzen und Schaden“:⁷⁷ Denn nichts davon nimmt auch nur ansatzweise Bezug auf die reale Handlungssituation desjenigen, dem ein fahrlässigkeitsspezifischer Verhaltensfehler vorgehalten wird. Eine auf die reale Lebenswelt bezogene Beurteilung der „Vermeidbarkeit“ eines konkreten Schadensverlaufes muss aber – selbstredend von einem normativen Bezugspunkt ausgehend⁷⁸ – notwendig diejenigen Realbedingungen in sich aufnehmen, welche den Handlungsspielraum des Beschuldigten aufgrund der spezifischen Tatumstände und der jeweils individuellen

Kenntnisse und Fähigkeiten mehr oder minder weitreichend begrenzen.⁷⁹

3. Der ernüchternde Befund

Von alledem will die tradierte, die gängigen Lehrwerke bis heute prägende Fahrlässigkeitsdogmatik wenig wissen, obgleich sie doch mit ihren vagen, noch dazu in unklarem systematischen Verhältnis zueinander stehenden Formalbegriffen (wie „Sorgfaltspflichtverletzung“, „Voraussehbarkeit“, „Vermeidbarkeit“ u. a. m.) so gut wie keine substantielle Wegweisung bei der Beurteilung von Fahrlässigkeitsfällen bietet. Im Rahmen einer vom *Verfasser* durchgeführten „Anwendungsbeobachtung“⁸⁰ anlässlich einer Klausur mit Jurastudierenden der Anfangssemester ergab sich deutlich, dass die Wahl der unterschiedlichen – angeblich so zentralen – Begriffskategorien für die jeweils getroffene Beurteilung des Falles nahezu irrelevant war: Als vorentscheidend erwies sich vielmehr, ob die studentischen Urteiler näher die konkret-situativen Bedingungen zwecks Auslotung des täterindividuellen Könnens in den Blick nahmen (was nur eine Minderheit tat) oder aber sich die Argumentation im Wesentlichen auf ein Paraphrasieren des rechtlich Gesollten (in Richtung einer Schadensvermeidung) erschöpfte; letzterenfalls war dann aufgrund des tatsächlich eingetretenen Erfolges das Ergebnis weithin vorprogrammiert. Wenn es aber selbst die Strafrechtsdogmatik mit ihrem Begriffskaleidoskop nicht vermag, das fahrlässigkeitsspezifische „Handlungsunrecht“ hinreichend zu markieren, wie sollte dann der gesetzlich allein vorgegebene Begriff der „Fahrlässigkeit“ als solcher die nötige strafgesetzliche Bestimmtheit gewährleisten? Dies gilt um so mehr, als sein Bedeutungsgehalt ebenso wie seine sprachgeschichtliche Genese weithin im Dunkeln liegen:⁸¹ Im Ausgangspunkt lässt sich zwar leicht darauf schließen, dass dem Täter ein „Fahren-lassen“ zum Vorwurf gemacht werden soll; doch gerät damit nicht die letztlich ausschlaggebende Frage ins Blickfeld, aus welchem (Rechts-)Grund und unter welchen Voraussetzungen die versäumte oder verfehlte Verhaltensalternative gesollt gewesen wäre. Zudem stehen hierzu vier weitere Deutungsversuche in Konkurrenz: Der eine nimmt das mittelhochdeutsche „varn län“ zum Ausgangspunkt des Fahrlässigkeitsbegriffs, was dem neuhochdeutschen „vernachlässigen“ entspricht. Andere verweisen dagegen auf den Ausdruck „vare-los“, der gleichbedeutend ist mit einer Verneinung der Vorsätzlichkeit, oder interpretieren die Fahrlässigkeit im Sinne einer Ableitung von „war“ bzw. „ware“, ins Neuhochdeutsche übersetzt: (fehlende) Wahrnehmung, Beobachtung oder Aufmerksamkeit. Schließlich wird die Fahrlässigkeit auch auf das mittelhochdeutsche „verlaz“ zurückgeführt, was eine auffällige Lässigkeit im Gehen, Fahren, Benehmen oder Handeln kennzeichnen soll. In diesem Sinne liegt daher geradezu auf der Hand, dass die „Fahrlässigkeit“ sowohl begrifflich als auch dogmatisch etwas „Schillerndes und nicht zu Greifendes“⁸² markiert und demzufolge im Ganzen grundlegende „Unsicherheit über das materiell Verbotene“⁸³ besteht.

69 Pfefferkorn (Fn. 59), S. 221.

70 Bedenken gegen eine „kriminalrechtliche Aufwertung“ an sich nur bußgeldbewehrter „Sorgfaltspflichtverletzungen“ auch bei Geppert, in: Joerden/Swarz/Yamanaka (Hrsg.), Das vierte deutsch-japanisch-polnische Strafrechtskolloquium der Stipendiaten der Alexander von Humboldt-Stiftung, 2011, S. 99, 106.

71 Seit BGHSt 4, 102, 105; weitere Nachweise und Fallkonstellationen bei Duttge, in: MünchKommStGB (Fn. 50), § 15 Rn. 138.

72 Zutreffend Schünemann, in: Rudolphi-Festschrift, 2004, S. 297, 304: Verstoß gegen eine Sondernorm „ist weder eine hinreichende noch eine notwendige Bedingung für die Fahrlässigkeit“.

73 Zur „Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven“ eingehend Burkhardt, in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 99 ff.; siehe auch Duttge, in: Maiwald-Festgabe, 2007, S. 167 ff.

74 So dezidiert Roxin (Fn. 10), § 24 Rn. 57.

75 In diesem Sinne bereits Duttge, in: MünchKommStGB (Fn. 50), § 15 Rn. 98.

76 BayObLG NJW 1990, 3032.

77 Dazu ausführlich Duttge Comparative Law Review (jap.) 43 (2009), No. 2, S. 21 ff.

78 Näher zum Zusammenwirken von „Perzeption“ und „Präskription“: Duttge (Fn. 6), S. 361 ff.

79 Aufschlussreiche Beispiele bei Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 59), § 15 Rn. 18 f.; ausdrücklich wie hier auch Hoyer, in: SK-StGB (Fn. 33), Anh. zu § 16 Rn. 19.

80 Im Kontext der medizinischen Forschung meint diese eine systematische begleitende („prospektive“) Erfassung der bestehenden Praxis mit anschließender Auswertung.

81 Zum Folgenden bereits Duttge, in: MünchKommStGB (Fn. 50), § 15 Rn. 38 ff.

82 Baumann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1960, § 28 II 3b.

83 Jakobs ZStW-Beiheft 1974, 6, 16.

V. Die üblichen Beschwichtigungen...

Von hier aus drängt sich unweigerlich die Schlussfolgerung auf, dass die geltende Gesetzeslage dem Bestimmtheitsgebot geradezu Hohn spricht. Die Annahme eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB⁸⁴ wird jedoch von der herrschenden Lehre mit allerlei „Ausreden“⁸⁵ vehement in Abrede gestellt. Zu den besonders untauglichen Einwänden zählt dabei der Gedanke, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Regelungsgegenständen des Allgemeinen Teils von vornherein keine oder nurmehr in wesentlich abgeschwächter Weise Geltung beanspruchen können. Insbesondere mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot bestehe die „Regel ...“, dass die Genauigkeit der gesetzlichen Bestimmung bei zunehmender Generalität abnimmt“; es genüge daher völlig, wenn die gesetzlichen Vorschriften lediglich die Eckpunkte andeuten und sodann durch allgemeine Zurechnungsregeln ergänzt werden, solange letztere den erstgenannten nicht widersprechen.⁸⁶ Dies dürfte in der Tat den vorherrschenden Rechtszustand beschreiben, besagt aber nichts über seine verfassungsrechtliche Haltbarkeit: Denn Art. 103 Abs. 2 GG bezieht das Gesetzlichkeitsprinzip bekanntlich auf die gesamte „Strafbarkeit“, wozu verbrechenssystematisch über die in „Tatbeständen“ erfassten Prima-facie-Verbote hinaus eben insbesondere auch die Strafbarkeitsvoraussetzungen der „Rechtswidrigkeit“, der „Schuld“ sowie die innere Tatseite zählen. Läge es anders, könnte sich der Gesetzgeber durch ein „Vor-die-Klammer-ziehen“ seiner verfassungsrechtlichen Bindung nach Belieben entziehen und mittels großflächiger Freiräume und unbestimmter Vorgaben eine noch weit größere Ausdehnung der Strafbarkeit bewirken, als es die Extension eines einzelnen Tatbestandsmerkmals je vermochte.⁸⁷ Ohnehin ließe sich angesichts der vielfältigen Verflechtungen zwischen Allgemeinem und Besonderem Teil⁸⁸ eine derartige Trennung weder durchführen noch sachlich rechtfertigen. Deshalb hat der BGH in seiner Grundsatzentscheidung zur „*actio libera in causa*“ zutreffend festgestellt, dass Art. 103 Abs. 2 GG „in gleicher Weise (!) bei der Auslegung von Bestimmungen des Allgemeinen Teils“ Geltung beanspruche.⁸⁹ Pointiert lässt sich daher feststellen: Soll das Gesetzlichkeitsprinzip tatsächlich die Erwartungssicherheit des Bürgers garantieren, so verbietet sich die Frage nach dem gesetzestechnischen Standort der dafür relevanten Regelung!⁹⁰

Ein anderer Einwand artikuliert die Sorge, dass bei strenger Operationalisierung des Gesetzlichkeitsprinzips eine „Erstarrung“ der Rechtsentwicklung zu befürchten sei, mithin nur bei gesetzgeberischer Zurückhaltung ein Fortschritt des Rechts durch Jurisprudenz und Wissenschaft möglich bleibe.⁹¹ Diese Annahme kann aber schon in ihrem empirisch-prognostischen Anteil nicht überzeugen, wie vielzählige Kontroversen belegen, die sich gerade an einer gesetzgeberischen Weichenstellung entzündet haben (zum Beispiel zur „Vermeidbarkeit“ des Verbotsirrtums, § 17 StGB, zum Merkmal der „Freiwilligkeit“ nach § 24 StGB, zu Anwendungsbereich und Regelungsgehalt des § 28 StGB, zur Auslegung der Mordmerkmale nach § 211 StGB, zur Neufassung des § 246 StGB u. a. m.). Bei anderen, von gesetzgeberischem Elan unberührt gebliebenen Fragestellungen hätte man sich angesichts ausufernder, fein differenzierender Theoriebildung mitunter ein klärendes Wort geradezu gewünscht, wie die unendliche und mittlerweile nicht mehr sonderlich fruchtbare Diskussion um den „Erlaubnistatstandsirrtum“⁹² schlaglichtartig erhellt. Gerade an diesem Beispiel lässt sich zudem erkennen, dass dem Fortschritt des Rechts die von jedwedem Bezugspunkt völlig losgelöste Debatte ad infinitum keineswegs immer zuträglich ist, sondern vielmehr eine Art von „Arbeitsteilung“, bei der die im Wesentlichen konsentierten Resultate zur Stärkung der Rechtssicherheit auch in Gesetzesform gegossen werden sollten. Und soweit sich in der gewiss fortgeführten Debatte Defizite der gesetzlichen Regelung zeigen sollten, steht es dem Gesetzgeber doch frei, aus dieser Erkenntnis die nötigen Konsequenzen zu ziehen. Dass er mancherlei Klar- oder Richtigstellung heute lieber der Rechtsprechung überlässt, und das mitunter selbst dann, wenn keine sinnvolle Deutungsmöglichkeit mehr verbleibt (wie etwa zum Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ i. S. des § 250 StGB), sollte nicht als Glücksmoment zum Wohle der wissenschaftlichen Freiheit, sondern im Lichte des Gesetzlichkeitsprinzips als Grund für nachdrückliche Kritik aufgefasst werden. In den Worten *Günter Dürigs*: Art. 103 Abs. 2 GG

„enthält [...] einen unmittelbaren Anruf [...], keiner Streitfrage auszuweichen: Ein Offenlassen von Streitfragen und ihr Überlassen an Lehre und Rechtsprechung ist in einer normalen Gesetzgebung oft sehr weise. In der spezifischen Strafgesetzgebung jedoch ist es ein unzulässiges Ausweichen vor der Stringenz des Art. 103 Abs. 2 [GG]“⁹³.

Weiterhin wird zwecks Leugnung der verfassungsrechtlichen Unverträglichkeit immer wieder behauptet, dass eine präzisere Fassung des fahrlässigkeitspezifischen Verhaltensfehlers nur im Wege der Gerichtspraxis, nicht aber in abstracto möglich sei. Häufig findet sich diese „Unmöglichkeitsthese“ noch durch den Gedanken ergänzt, dass der Gesetzgeber schließlich an anderer Stelle ebenso unbestimmte und wertungsoffene Gesetzesbegriffe verwendet habe wie zum Beispiel „Vorsatz“, „Beleidigung“, „Gewalt“ etc., er also auf solche gar nicht verzichten könne. Dem Letztgenannten liegt allerdings eine versteckte *petitio principii* zugrunde, weil die verfassungsrechtliche Akzeptabilität anderer Generalklauseln – deren Vergleichbarkeit mit der „Fahrlässigkeit“ einmal unterstellt – jedenfalls ebenso zweifelhaft sein kann. Soweit dabei im Besonderen der „Vorsatz“ in Bezug genommen wird, ist die Behauptung im Übrigen schlichtweg unzutreffend: Denn § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB ent-

⁸⁴ In diesem Sinne vor allem *Schlüchter*, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, 1996, S. 17 ff.; *Schroeder ZStW* 91 (1979), 257, 261; *Seebaß*, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 2 (1994), S. 375, 379; *Walther JZ* 2006, 686 ff.; ausf. *Duttge*, in: Kohlmann-Festschrift, 2003, S. 13 ff.; zuletzt eingehend dargelegt von *Colombi Ciacchi*, Fahrlässigkeit und Tatbestandsbestimmtheit, 2005, S. 13 ff., 41; *Schmitz*, in: Samson-Festschrift 2010, S. 181 ff.; s. auch *Mikus*, Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, 2002, S. 38; *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB (Fn. 12), § 1 Rn. 23; *Schöne*, in: Hilde Kaufmann-Gedächtnisschrift, 1986, S. 649, 667.

⁸⁵ Treffend *Colombi Ciacchi* (Fn. 83), S. 49.

⁸⁶ So *Jakobs* (Fn. 9), 4. Abschn. Rn. 16.

⁸⁷ Überzeugend *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 169; vgl. auch *Baumann*, in: Jescheck-Festschrift, 1985, S. 105, 112; *Zipf*, in: *Maurach*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufl. 1992, § 10 Rz. 21.

⁸⁸ Dazu näher *Naucke*, in: Welzel-Festschrift, 1974, S. 761, 773 f.

⁸⁹ *BGHSt* 42, 235, 236 f. (= JZ 1997, 50, dazu *Hruschka JZ* 1997, 22); ebenso *BGHSt* 42, 158 ff. (= JZ 1997, 261, dazu *Küper JZ* 1997, 229) (Rücktritt gem. § 24 StGB vom erfolgsqualifizierten Versuch).

⁹⁰ So bereits *Duttge*, in: Kohlmann-Festschrift, 2003, S. 13, 20; wie hier zuletzt auch *Schiemann*, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen, 2012, S. 22 ff.; vertiefende Analyse und Begründung bei *Dannecker*, in: Otto-Festschrift, 2007, S. 25 ff., insbes. S. 32 und 40.

⁹¹ Z. B. *Puppe*, in: NK-StGB (Fn. 12), § 15 Rn. 13.

⁹² Zu dieser Begrifflichkeit wie auch zum Streitstand siehe zuletzt *Duttge Kansai University Review of Law and Politics* (jap.) 34 (2013), 41 ff.

⁹³ *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz. Kommentar, Stand: 27. Jg. 1989, Art. 103 Abs. 2 Rn. 112 a. E.

hält in seiner Umkehrung zumindest eine Teildefinition, und das – freilich umstrittene – Willenselement⁹⁴ resultiert gerade aus der Abgrenzungsproblematik zur (bewussten) Fahrlässigkeit. Nur wenn man diese gleichsam als Basis auch des Vorsatzes und zwischen beiden daher ein Plus-Minus-Verhältnis annehmen wollte, erlangte der Verweis auf den Vorsatzbegriff Substanz. Doch beruht diese Lehre auf der irrigen Identitätsthese zwischen „Fahrlässigkeit“ und sogenanntem „erlaubten Risiko“,⁹⁵ die das Spezifikum der Fahrlässigkeit als „innere Tatseite“ grob verkennt. Die vorherrschende Ansicht geht deshalb mit Recht von einem Aliud-Verhältnis aus,⁹⁶ was dem Vorsatzargument den Boden entzieht. Im Übrigen ist – und dies trifft zugleich die erstgenannte Behauptung – eine gesetzliche Spezifizierung des Fahrlässigkeitsbegriffs mittels einer geschlossenen Definition selbstredend ohne weiteres möglich. Um dies einzusehen, muss man sich nur der älteren Reformentwürfe wieder erinnern (z. B. § 60 E 1909, § 22 E 1911, § 18 E 1962, § 18 AE 1966) oder auf die zahlreichen ausländischen Strafgesetzbücher blicken, in denen sich mit zunehmender Tendenz mehr oder minder ausführliche Begriffsbestimmungen finden.⁹⁷ Über die sachliche Überzeugungskraft dieser im Verhältnis zueinander durchaus erheblich divergierenden Definitionsvorschriften lässt sich natürlich im Einzelnen trefflich streiten;⁹⁸ dass es jedoch „unmöglich“ sei, den Bedeutungsgehalt der „Fahrlässigkeit“ generaliter zu präzisieren und in Worte zu fassen, kann damit als endgültig widerlegt angesehen werden.

Damit bleibt nur noch ein einziges Gegenargument übrig, das ganz auf die möglichen Folgen des hiesigen Standpunktes rekurriert: Dieser habe, so argumentiert insbesondere Herzberg, geradezu eine „ungeheuerliche Konsequenz“, indem jedenfalls seit Inkrafttreten des Grundgesetzes 1949 Jahr für Jahr verfassungswidrige Urteile durch deutsche Strafgerichte gefällt worden wären.⁹⁹ Da sich die hiesige Auffassung allerdings stets mit der weiteren Annahme verbunden hat, die eine verfassungskonforme Auslegung (mit der Folge einer restriktiven Auslegung) für zulässig erachtete,¹⁰⁰

spielt diese Art des Argumentierens mit einer falschen Dichotomie. Selbst wenn man jedoch einräumen müsste, dass diese ansonsten weithin anerkannte Auslegungsmethode gerade in Bezug auf Art. 103 Abs. 2 GG – aus welchen Gründen auch immer – keine Berechtigung hätte, was ergäbe sich aus dem Herzbergschen Schreckenszenario? Ganz gewiss nicht, dass deshalb die gänzliche Unbestimmtheit des Gesetzes hingenommen werden müsste, auf dass die Strafgerichte auch weiterhin mit gutem Gewissen und mehr oder weniger Treffsicherheit wegen „Fahrlässigkeit“ verurteilen dürften. Ganz im Gegenteil ist es die normenhierarchisch höherrangige Vorgabe, die vorurteilsfreie und vorbehaltlose Beachtung beansprucht. Demgegenüber widerspricht es dem Grundverständnis wissenschaftlicher Rationalität und Ergebnisoffenheit, eine Option allein deshalb aus der Betrachtung auszublenden, weil ihre Konsequenzen nicht gefallen. Die Devise der „drei weisen Affen“ (japanisch: *sanzaru/san'en* oder *sanbiki no saru*)¹⁰¹ – „nicht sehen, nicht hören, nicht aussprechen“ – mag für den zwischenmenschlichen Umgang aus Gründen der Humanität mitunter vielleicht empfehlenswert sein: für den Bereich der (Rechts-)Wissenschaft ist sie es zweifelsohne nicht.¹⁰² Was darin also letztlich zum Vorschein kommt, hat Christian Morgensterns Gedicht „Die unmögliche Tatsache“ in unübertroffener Manier Ausdruck verliehen:

*Palmström, etwas schon an Jahren,
wird an einer Straßenbeuge
und von einem Kraftfahrzeuge
überfahren.*

*Wie war (spricht er, sich erhebend
und entschlossen weiterlebend)
möglich, wie dies Unglück, ja –:
dass es überhaupt geschah?*

*Ist die Staatskunst anzuklagen
in Bezug auf Kraftfahrwagen?
Gab die Polizeivorschrift
hier dem Fahrer freie Trift?*

*Oder war vielmehr verboten
hier Lebendige zu Toten
umzuwandeln – kurz und schlicht:
Durfte hier der Kutscher nicht –?*

*Eingehüllt in feuchte Tücher,
prüft er die Gesetzesbücher
und ist alsobald im klaren:
Wagen durften dort nicht fahren!*

*Und er kommt zu dem Ergebnis:
Nur ein Traum war das Erlebnis.
Weil, so schließt er messerscharf,
nicht sein kann, was nicht sein darf.*

⁹⁴ Im Überblick: Duttge, in: HK-GS (Fn. 16), § 15 Rn. 11 m. w. N.

⁹⁵ Zuletzt nochmals nachdrücklich betont von Herzberg ZIS 2011, 444, 448 f.

⁹⁶ Siehe Duttge, in: MünchKommStGB (Fn. 50), § 15 Rn. 101 ff. m. w. N.

⁹⁷ Zum europäischen Umfeld siehe näher Duttge, in: MünchKommStGB (Fn. 50), § 15 Rn. 60 ff. Beispielhaft § 6 öStGB: „(1) Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt außer acht lässt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen geistigen und körperlichen Verhältnissen befähigt ist und die ihm zuzumuten ist, und deshalb nicht erkennt, daß er einen Sachverhalt verwirklichen könne, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht. (2) Fahrlässig handelt [unter den vorstehenden Voraussetzungen, G.D.] auch, wer es für möglich hält, daß er einen solchen Sachverhalt verwirkliche, ihn aber nicht herbeiführen will.“

⁹⁸ Unglücklich formuliert ist beispielsweise § 22 Abs. 2, 3 des neuen türkischen StGB: Zum einen erschöpft sich die Regelung auf die bloße Nennung der Pflicht zur „Vorsicht“ und „Sorgfalt“, ohne diese näher zu spezifizieren; zum anderen wird der Fahrlässigkeitsbegriff zunächst ganz auf die bewusste Fahrlässigkeit bezogen, ehe sich im Anschluss – gesetzgebungstechnisch ungeschickt – die unbewusste Fahrlässigkeit gleichsam nachgeschoben findet. – Hingegen ist die japanische Situation mit der deutschen vergleichbar: Auch Art. 38 Abs. 1 jap. StGB enthält keinerlei Wegweisung und nennt nicht einmal den Begriff der Fahrlässigkeit als solchen!

⁹⁹ Herzberg GA 2001, 568, 571; noch weiter zuspitzend ders. NSZ 2004, 593, 594: „permanente und massenhafte Rechtsbeugung...“.

¹⁰⁰ Eingehend begründet in: Kohlmann-Festschrift, 2003, S. 13, 29 ff. und GA 2008, 115 ff.; i. E. auch Colombi Ciacchi (Fn. 83), S. 42 ff.; Vogel, in: LK-StGB (Fn. 33), Vor § 15 Rn. 43; zweifelnd allerdings Schmitz, in: Samson-Festschrift, 2010, S. 181, 182 Fn. 16.

¹⁰¹ Kulturwissenschaftliche Vertiefung bei Mieder, „Nichts sehen, nichts hören, nichts sagen“: Die drei weisen Affen in Kunst, Literatur, Medien und Karikaturen, 2005.

¹⁰² Im hiesigen Zusammenhang ganz wie hier auch Schmitz, in: Samson-Festschrift, 2010, S. 181, 198: „...dass Wissenschaft nicht dazu da ist, den Ist-Zustand für gut zu befinden, sondern ihn stets kritisch zu hinterfragen“.