

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Band 2

Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik

Von

Priv.-Doz. Dr. Georg Küpper



Duncker & Humblot · Berlin

GEORG KÜPPER

Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Herausgegeben von

Hans Joachim Hirsch, Günter Kohlmann

Michael Walter, Thomas Weigend

Professoren an der Universität zu Köln

Band 2

Grenzen der normatивierenden Strafrechtsdogmatik

Von

Priv.-Doz. Dr. Georg Küpper



Duncker & Humblot · Berlin

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des
Kriminalwissenschaftlichen Instituts der Universität zu Köln gedruckt
mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Küpper, Georg:

Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik / von
Georg Küpper. – Berlin: Duncker und Humblot, 1990

(Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften; Bd. 2)

ISBN 3-428-07018-6

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1990 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fremddatenübernahme: Hagedornsatz, Berlin 46

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0936-2711

ISBN 3-428-07018-6

Vorwort

Die Abhandlung ist im Wintersemester 1989/90 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Habilitationsschrift angenommen worden. Für die Drucklegung konnten Literatur und Rechtsprechung bis Juni 1990 noch berücksichtigt werden.

Besonderen Dank schulde ich meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Hans Joachim *Hirsch*, der meinen wissenschaftlichen Werdegang von Anfang an begleitet und stets gefördert hat. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft danke ich für die großzügige Druckkostenbeihilfe.

Köln, im Oktober 1990

Georg Küpper

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
-------------------	----

Erster Teil

Methodische Grundlegung

§ 1 Wert und Wirklichkeit	13
I. Das Postulat vom Vorrang der Werte	13
1. Natur- und Kulturwissenschaft	13
2. Wertphilosophie im Recht	15
3. Kritische Würdigung	17
II. Die Rückkehr zum Sein	19
1. Kritischer Realismus	19
2. Phänomenologische Wesenserfassung	21
3. Sachlogik im Recht	24
4. Sachstruktur und Werthorizont	29
5. Schlußbetrachtung	33
§ 2 Natur der Sache	34
I. Begriff und Funktion	34
II. Die Elemente im einzelnen	36
1. Sache	36
2. Natur	37
3. Verbindlichkeit	38
III. Verhältnis zu anderen Kategorien	40
1. Natur der Sache und sachlogische Strukturen	40
2. Natur der Sache und Naturrecht	41
IV. Ergebnis	42

Zweiter Teil

Ausgewählte Problembereiche

§ 3 Handlungsbegriff	44
I. Der vorgegebene (ontologische) Handlungsbegriff: Die finale Handlungslehre	44
1. Übersicht	44
2. Grundlagen	46
3. Einwände gegen die finale Handlungslehre	51
4. Rück- und Ausblick	59

II. Der normativierende Handlungsbegriff: Die soziale Handlungslehre ..	60
1. Inhalt	60
2. Kritik	61
III. Der neue sprachphilosophische Ansatz: Intentionale Handlung	63
1. Einführung	63
2. Die einzelnen Auffassungen	64
3. Ergebnis	70
§ 4 Tun und Unterlassen	72
I. Ontologische Fundierung	72
II. Normative Betrachtung	74
III. Einzelfragen	75
1. Sukzession der Verhaltensformen	75
2. Koinzidenz der Verhaltensformen	76
3. Unterlassen durch Tun?	79
IV. Ergebnis	82
§ 5 Objektive Zurechnung	83
I. Überblick	83
II. Zurechnung und Handlung	85
1. Aristoteles	85
2. Pufendorf	86
3. Die Hegelianer	87
4. Weitere Entwicklung und Fazit	90
III. Zurechnung und Deliktformen	91
1. Vorsatzdelikt	91
2. Fahrlässiges Delikt	100
3. Erfolgsqualifiziertes Delikt	108
IV. Zurechnung und Beteiligungsformen	111
1. Allgemeines	111
2. Beihilfe als Risikoerhöhung?	112
V. Zusammenfassung	115
§ 6 Normative Tatbestandsmerkmale	117
I. Die Merkmale im allgemeinen	117
1. Abgrenzungskriterien	117
2. Einzelfälle	120
3. Vorsatzgegenstand	123
II. Der Gefahrbegriff: Zur Normativierung eines Tatbestandsmerkmals	128
1. Herkömmliche Kriterien	128
2. Die „Normativierung“ des Gefahrbegriffs	131
3. Die Reduktion auf Wahrscheinlichkeit und Zufall	133
§ 7 Täterschaft und Teilnahme	136
I. Vorgegebene Strukturmerkmale	136

II. Spezielle Problembereiche	139
1. Extensiver oder restriktiver Täterbegriff	139
2. Grundsatz der Akzessorietät	141
3. Normativer Täterbegriff?	145
III. Zusammenfassung	148
§ 8 Schuld begriff	148
I. Grundlagen	148
II. Die „Funktionalisierung“ der Schuld­kategorie	152
1. Kriminalpolitische Strafzweckerwägungen	152
2. Systemtheoretischer Funktionalismus	155
III. Zur Kritik der Präventionslehren	157
1. Bedenken aus dem Schuldprinzip	157
2. Antinormativistische Kritik	160
3. Fazit	162
§ 9 Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums	164
I. Bestandsaufnahme	164
II. Vermeidbarkeit und Prävention	168
III. Bewußtseinsstufen der Unrechtserfassung	172
1. Unrechtsbewußtsein und Vorsatzinhalt	172
2. Vermeidbarkeit als Vorwerfbarkeit	174
3. Zusammenfassung	178
§ 10 Freiwilligkeit des Rücktritts	179
I. Die herkömmliche Auffassung	179
II. Normativierende Deutungen	181
1. Abfall von den Normen der Verbrechervernunft	181
2. Rückkehr in die Bahnen des Rechts	182
3. Hinreichende Normbefolgungsbereitschaft	184
4. Funktionaler Freiwilligkeitsbegriff	185
5. Zur Kritik der Strafzwecktheorien	186
III. Unfreiwilligkeit als Nötigungssituation	190

Dritter Teil

Ergebnisse und Schlußfolgerungen

§ 11 Zusammenfassung	196
I. Das Wesen des Normativismus	196
II. Wertungsobjekt und Objektswertung	199
III. Die Dominanz des Handlungsbegriffs	200
IV. Schlußwort	200

“Über weite Strecken hat man in der Tat schon den Eindruck, daß eine zunehmende Zahl von Juristen ihr Fach so betreibt, daß jeder von ihnen beim Ansichtigwerden eines Rechtsproblems sogleich munter vor sich hinwertet, so gut er eben kann.“

(Bydlinski, Rechtstheorie 1985, 16)

Einleitung

In seiner Abhandlung „Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht“ hatte *Welzel*¹ gegen eine normativierende Strafrechtsdogmatik Front bezogen und hervorgehoben, daß die Begriffsbildungen des Gesetzes, des Richters und des Wissenschaftlers eine gestaltete, sinnerfüllte Welt bereits vorfinden. Ihre Begriffe seien keine methodologischen Umformungen eines amorphen Materials, sondern Deskriptionen eines gestalteten Seins, wenn auch im Hinblick auf ein in konkreten Wertbeziehungen stehendes Sein. Die Rechtswissenschaft müsse darum durch die gesetzlichen Begriffe hindurch zu den realen Lebensgestaltungen hinabsteigen.

Im Zentrum einer dementsprechenden Betrachtungsweise stand bekanntlich der Handlungsbegriff. Dessen Rückführung auf vorgegebene Strukturen bildete indes nur einen Ausschnitt aus dem umfassenden Anliegen, der einseitig normativen Methodik der Strafrechtswissenschaft entgegenzuwirken. Es sollte stärker ins Bewußtsein gebracht werden, daß vor aller juristischen Wertung erst einmal die Strukturen der in der Wirklichkeit vorzufindenden Phänomene zu analysieren sind. Das Gefüge der menschlichen Handlung war dabei nur ein besonders ins Auge fallendes Beispiel, an dem diese methodische Problematik zutage tritt.² Als Programmsatz galt für *Welzel*³: „Unsere künftige Arbeit wird uns zum Sein zurückführen.“

Rund 50 Jahre später propagiert der *Welzel*-Schüler *Jakobs*⁴ das Gegenteil: „Die ontologisierende Strafrechtsdogmatik zerbricht, und zwar gründlicher, als sie je bewußt etabliert worden ist.“ Nicht nur die Begriffe Schuld und Handlung, denen die Strafrechtsdogmatik immerhin ausdrücklich ein Wesen oder eine

¹ Naturalismus (1935), S. 74f.

² Vgl. *Hirsch*, ZStW 93 (1981), 850; auch *Jescheck* (Eb. Schmidt-FS, S. 139) weist darauf hin, daß der Handlungsbegriff wegen seiner fundamentalen Bedeutung in den Mittelpunkt der Diskussion gerückt ist.

³ Naturalismus, S. 89.

⁴ AT (1983), S. V f.

(sachlogische, vorrechtliche) Struktur zuerkannt hat, würden zu Begriffen, von denen sich ohne Blick auf die Aufgabe des Strafrechts schlechthin nichts sagen läßt, sondern selbst der Begriff des Subjekts, dem zugerechnet wird, erweise sich als funktionaler Begriff. Setze man demnach an der Aufgabe des Strafrechts an und nicht beim Wesen (oder bei der Struktur) der Gegenstände von Dogmatik, so führe das zu einer (Re-)Normativierung der Begriffe. Bei dieser Sicht sollen dann auch einige Probleme verschwinden, die von der traditionellen Lehre durch den steten Blick auf den Seinszusammenhang erzeugt würden.

Schon die einleitenden Sätze machen deutlich, daß das Buch von *Jakobs* — wie in einer Rezension⁵ vermerkt — inhaltlich geradezu einen „Anti-Welzel“ darstellt. Nach *Schünemann*⁶ bedeutet diese Konzeption zudem eine frappierende Renaissance der von *Welzel* so heftig und für fast 5 Jahrzehnte erfolgreich bekämpften Begriffsbildungstheorie des Neukantianers Lask. Die Wiederkehr beschränkt sich allerdings nicht auf das in Rede stehende Werk. Vielmehr ist heute eine weit verbreitete Tendenz zu beobachten, allein noch mit Wertungen zu operieren und außerrechtliche Gegebenheiten zu ignorieren. Wie auch *Hirsch*⁷ konstatiert, fällt es Theoretikern des Rechts nach wie vor schwer, sich aus der — gedanklich bequemerem und wissenschaftlich schwerer überprüfbareren — rein normativen Vorgehensweise zu lösen.

Die vorliegende Arbeit stellt sich zur Aufgabe, die in vielen Bereichen anzutreffende „stolze Autonomie der juristischen Begriffsbildung“⁸ auf ihre Berechtigung und Konsequenzen hin kritisch zu überprüfen. Anzuknüpfen ist dabei zunächst an die erwähnte neukantianische Betrachtungsweise, die damals wie heute das theoretische Fundament für ein wertungsorientiertes Vorgehen bildet(e). Demgegenüber gilt es zu untersuchen, ob und wie die Wirklichkeit wieder in ihr Recht gesetzt werden kann.

Im Anschluß daran werden die Auswirkungen des „Normativismus“ in seinen unterschiedlichen Erscheinungsformen analysiert. Der Gang der Darstellung folgt dem Delikttaufbau; beginnend mit vortatbestandlichen Fragen über solche des Unrechtstatbestandes gelangt sie schließlich zu denen von Schuld und Strafe. Die Weite der Thematik bedingt dabei von vornherein eine Einschränkung in zweierlei Hinsicht: Zum einen wird eine Auswahl getroffen im Hinblick auf diejenigen Bereiche, in denen die normativierende Dogmatik ein besonders ergiebiges Betätigungsfeld zu finden vermeint. Zum anderen kann auch insoweit der jeweilige Problemkreis nicht in vollem Umfang erörtert werden; vielmehr konzentriert sich das Erkenntnisinteresse strikt auf die Auseinandersetzung mit der reinen Wertungsjurisprudenz.

⁵ *Roxin*, NJW 1984, 2270.

⁶ Grundfragen, S. 54.

⁷ ZStW 93 (1981), 850.

⁸ So — kritisch — *Niese*, JZ 1956, 457.

Erster Teil

Methodische Grundlegung

§ 1 Wert und Wirklichkeit

I. Das Postulat vom Vorrang der Werte

1. Natur- und Kulturwissenschaft

Die Wertphilosophie nimmt ihren Ausgang in der von *Windelband*¹ begründeten methodologischen Einteilung der Wissenschaften in naturwissenschaftliche und historische Disziplinen. Das Einteilungsprinzip ist dabei der formale Charakter ihrer Erkenntnisziele: Die einen suchen allgemeine Gesetze, die anderen besondere geschichtliche Tatsachen. Erstere sind Gesetzeswissenschaften, letztere Ereigniswissenschaften; jene lehren was immer ist, diese was einmal war. Das wissenschaftliche Denken wird in dem einen Fall nomothetisch, in dem anderen idiographisch genannt.²

Aus dieser Differenzierung folgt, daß allein die Naturforschung das wahre, hinter den Erscheinungen liegende „Wesen der Dinge“ erfassen will.³ Die historischen Wissenschaften — zu denen auch die Jurisprudenz zählt — bleiben im Besonderen stecken. Ihnen geht es nicht um Abstraktionen, sondern um anschauliche Einzel Tatsachen.

Daran anknüpfend hat *Rickert*⁴ den leitenden Gesichtspunkt herausgestellt, unter dem die individuellen Ereignisse betrachtet werden. Dieser besteht im Begriff des Wertes. Aus der Fülle der historischen Vorgänge greift der Geschichtsforscher diejenigen heraus, die unter Wertaspekten Beachtung verdienen. Erst der Wertbezug macht das gegebene Material zu einer historischen Tatsache. Demnach ist Natur das Sein von Tatsachen unter Gesetzen, Kultur das Sein von Tatsachen unter Werten.⁵

¹ Geschichte und Naturwissenschaft, in: Präludien II, S. 136 ff.

² Vgl. *Windelband*, in: Präludien II, S. 144 f.; ihm folgend *Rickert*, Kulturwissenschaft, S. 62; zur Unterscheidung zwischen naturwissenschaftlicher und geschichtswissenschaftlicher Methodik außerdem *Bauch*, Wahrheit, S. 377 ff.

³ *Windelband*, in: Präludien II, S. 151 f.

⁴ Grenzen, S. 371 ff.; dazu auch *Larenz*, Methodenlehre, S. 92 f.

⁵ In dieser Formel faßt *Riedel* (Geschichte der Philosophie, Bd. 7, S. 331) die Anschauung des südwestdeutschen Neukantianismus zusammen.