

# A. Die Begriffe im Recht

## I. Warum streiten sich Juristen um Begriffe?

Seit eh und je streiten wir Juristen uns um Begriffe. Gehören zum Vermögen i.S. des Betrugstatbestandes auch Forderungen, die wegen Gesetzeswidrigkeit oder Sittenwidrigkeit ihrer Erlangung nichtig sind, sofern sie nur irgendwie faktisch durchsetzbar sind? Ist Vorsatz Wissen und Wollen einer Tatbestandsverwirklichung, und wenn ja, was ist in diesem Kontext unter dem Wort Wollen zu verstehen? Ist der richtige Täterbegriff ein objektiver, wonach Täter ist, wer die Tatherrschaft ausübt, oder ein subjektiver, wonach Täter ist, wer die Tat als eigene will? In welchem Sinne kann ein Begriff richtig oder falsch sein? Wahr oder falsch sein können nur Sätze, und zwar nur solche, die einen Sachverhalt beschreiben. Man kann ein und denselben Sachverhalt in verschiedenen Begriffen beschreiben. Deshalb gilt für die beschreibenden Wissenschaften, für die Naturwissenschaften ebenso wie für die Humanwissenschaften, das definitorische Belieben.<sup>1</sup> Jeder Wissenschaftler darf seine Begriffe definieren wie er will, sofern er dies nur tut, ehe er die Begriffe erstmalig verwendet. Definiert er einen bereits verwendeten Begriff nachträglich, so gerät er in die Gefahr einer Begriffsvertauschung (s. dazu u. D. V. 2.). Die Kehrseite dieses definitorischen Beliebens ist freilich, dass man in den beschreibenden Wissenschaften mit einer Begriffsdefinition nichts begründen oder gar beweisen kann, was nicht auch ohne sie zu begründen oder zu beweisen ist, sog. Nichtkreativität von Definitionen.<sup>2</sup>

In der praktischen Philosophie, also in der Ethik, ist das anders. Wenn sich zwei Ethiker um die Frage streiten, ob es mutig oder feige ist, wenn der Kommandant eines Kriegsschiffes, der sich einer Übermacht von Feinden gegenüber sieht, die Mannschaft in die Rettungsboote schickt und sein Schiff versenkt, statt, wie befohlen, bis zur letzten Patrone zu kämpfen<sup>3</sup>, so streiten sie um nichts anderes, als die Frage, was unter dem Begriff mutig und unter dem Begriff feige zu verstehen ist, denn über den Sachverhalt selbst sind sie sich ja einig. Sie ziehen aus ihrem Begriffsverständnis von Mut und Feigheit die Konsequenz, das Handeln des Kriegsschiffskommandanten zu billigen oder zu verurteilen und es für einen vergleichbaren Fall zu empfehlen oder abzulehnen.

Der Jurist zieht aus seinen Begriffsbestimmungen ganz praktische Konsequenzen, indem er ein Gesetz, in dem der von ihm bestimmte Begriff auftritt, auf einen bestimmten Fall anwendet oder nicht. Von der Frage, ob sittenwidrige Forderungen zum Vermögen gehören, hängt es ab, ob der Hehler, der den Dieb um einen Teil des versprochenen Anteils aus dem Beuteerlös prellt<sup>4</sup> oder der Rauschgiftdealer, der nach Vorleistung des Kaufpreises dem Abnehmer Schokolade statt Haschisch liefert<sup>5</sup>, wegen Betruges bestraft wird. Keine andere Wissenschaft und auch keine andere Praxis machen einen solchen Gebrauch von Begriffen. Deshalb kann das definitorische Belieben für Rechtsbegriffe nicht gelten. Damit stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien Rechtsbegriffe richtig oder falsch sein könnten.

Es hat eine Zeit gegeben, in der die Juristen geglaubt haben, dass uns die Dinge von Natur aus in bestimmten Begriffen vorgegeben sind, nicht in dem Sinne, dass andere Begriffe falsch seien, wohl aber in dem Sinne, dass sie die wirklichen Dinge, die sog. Lebenskonkreta<sup>6</sup> nicht vollständig beschreiben, sondern von ihnen abstrahieren. Man nennt diese Vorstellung heute Naturalismus und lehnt sie grundsätzlich ab. Trotzdem gibt es Rechtsgebiete, in denen dieser Naturalismus nach wie vor herrscht.

Eines dieser Gebiete ist die Lehre von den Konkurrenzen. Ausgehend von seiner Normentheorie hat *Binding* die These aufgestellt, dass jede Verletzung einer Rechtsnorm ein Verbrechen für sich sei, das eigentlich auch gesondert bestraft werden müsse. Wenn beispielsweise der Bruder mit seiner Schwester gewaltsam den Beischlaf vollzieht, so liegen danach zwei Verbrechen vor, ein Inzest und eine Vergewaltigung. Anhand dieses Beispiels gibt nun *v. Liszt* die gesamte Normentheorie der Lächerlichkeit preis mit folgenden Worten:

„Fast scheint es, daß die Normentheorie zu idealistisch sei, um sich mit dem Beischlaf im physiologischen Sinne irgendwie abzugeben. Aber leider, leider, wir Menschen können nicht heraus aus unserer Natur, bis der Tod dem Geist das All erschließt. Und so oft unsere Richter einen Beischlaf abzuurteilen haben, so war und ist und wird es sein der brutale Akt ohne jede begriffliche Abstraktion.“<sup>7</sup>

Der Beischlaf ist also der wirkliche Sachverhalt, Inzest und Vergewaltigungen sind nur Abstraktionen davon, deshalb liegt nur ein Verbrechen vor, und es darf nur eine Strafe verhängt werden. Das ist reinsten Naturalismus, nie vorher

<sup>1</sup> von Savigny Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren (1970), S. 25 ff.

<sup>2</sup> Herberger/Simon Wissenschaftstheorie für Juristen: Logik, Semiotik, Erfahrungswissenschaften (1980), S. 324 f.

<sup>3</sup> Fall Kapitän Langsdorff zu Beginn des zweiten Weltkriegs.

<sup>4</sup> BGHSt 2, 364.

<sup>5</sup> BGH NStZ 2003, 152.

<sup>6</sup> Hettinger Die Bewertung der „aberratio ictus“ beim Alleintäter, GA 1990, 531 (549); ähnlich Roxin AT/1, 12/119; Frisch Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs (1988), 599; Koriath Einige Überlegungen zum error in persona, JuS 1998, 215 (216).

<sup>7</sup> v. Liszt Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. 1 (1905), 212 (245).

und nie nachher ist das naturalistische Verständnis von den Begriffen in der Jurisprudenz deutlicher und kämpferischer vertreten worden, aber so wird die Handlungseinheit bis heute von der h.L. begründet.<sup>8</sup> Oft wird auch die Willenstheorie des Vorsatzes heute noch rein naturalistisch begründet mit dem Argument, Vorsatz sei nun einmal Wille.<sup>9</sup>

Der Naturalismus ist der Glaube an fertige Gegenstände (Dinge) und fertige Tatsachen, die wir mit unseren Begriffen mehr oder weniger gut beschreiben können, die aber in ihrer „konkreten Gestalt“ unabhängig von diesen Begriffen existieren. Unsere Begriffe und unsere Beschreibungen sind umso besser, je genauer und vollständiger wir diese von Natur aus vorgegebenen Gestalten beschreiben. Ein Reservat dieser Weltauffassung ist die h.L. von der Kausalität nach der sich die Feststellung der Ursächlichkeit einer Handlung nicht auf den im Tatbestand beschriebenen Erfolg in seiner für das tatbestandsmäßige Unrecht maßgeblichen Qualität und Quantität bezieht, sondern auf den Erfolg „in seiner ganz konkreten Gestalt“. Wenn es richtig wäre, dass uns die Wirklichkeit solchermaßen in fertig abgepackten Portionen geliefert wird, so müsste unabhängig vom jeweiligen Zusammenhang auch feststehen, ob eine bestimmte Angabe zu einem Erfolg in seiner konkreten Gestalt gehört oder nicht. In einem klassischen Fall, den das Reichsgericht zu entscheiden hatte, hatte der Angeklagte den Täter, der einem anderen auflauern und ihn verprügeln wollte, ein sog. „Staubhemd“ (wohl eine Art Windjacke) geliehen, damit das Opfer ihn nicht sogleich an seiner Kleidung erkennt. Das Reichsgericht, das offenbar die Kleidung, die ein Täter während der Körperverletzungshandlung trägt, nicht zum Körperverletzungserfolg in seiner konkreten Gestalt zählte, sah sich genötigt, aus Anlass dieses Falles zu erklären, dass die Beihilfe nicht notwendig ursächlich für den Erfolg sein muss, vielmehr jede Förderung der Täterhandlung genügt.<sup>10</sup> Das wurde von *Mezger* mit heftigen Worten kritisiert.<sup>11</sup> Er wirft dem Reichsgericht vor, seiner Entscheidung liege „Unklarheit über den Gedanken der Kausalität zugrunde“, nämlich darüber, dass es für die Feststellung der Kausalität „auf den Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt ankommt“. Für *Mezger* ist es offenbar ganz selbstverständlich und bedarf keiner weiteren Begründung, dass die Kleidung, die ein Körperverletzer während der Körperverletzung trägt, zu der ganz konkreten Gestalt auch des Körperverletzungserfolgs gehört. Aber das kann man ja wohl mit Fug und Recht bestreiten, und dass man es bestreiten kann, ist der Beleg dafür, dass es jene ganz konkreten Gestalten der Wirklichkeit, die unabhängig von unseren Beschreibungen gegeben und in jedem Kontext maßgeblich sind, in Wahrheit gar nicht gibt (s. dazu auch u. A. V. 1).

Der Naturalismus steht im Widerspruch zum definitorischen Belieben in den beschreibenden Wissenschaften. Wenn uns die wirklichen Dinge von Natur aus in bestimmten Begriffen vorgegeben wären, dann gäbe es eben auch in beschreibenden Wissenschaften richtige und falsche Begriffe und Aussagen, die die Wirklichkeit falsch bzw. unvollkommen beschreiben, obwohl sie wahr sind. Abgesehen von diesen erstaunlichen Reservaten, die der Naturalismus bis heute behalten hat, ist er auch in der Rechtswissenschaft heute weitgehend überwunden. In der Methodenlehre hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass wir unsere Begriffe selbst bilden und bestimmen müssen. Aber diese Bestimmungen können nicht beliebig sein, wie sie es in den beschreibenden Wissenschaften sind, weil diese Begriffe in Gesetzen verwandt werden und weil aus ihrer Bestimmung in Verbindung mit diesen Gesetzen praktische Konsequenzen gezogen werden. Wir brauchen also für unsere Begriffsbestimmungen Richtigkeitskriterien.

Das naheliegendste dieser Kriterien ist der Gebrauch, den der Gesetzgeber selbst von diesem Begriff gemacht hat, sog. subjektive Auslegung (s. dazu u. B. V. 3.). Eine solche sog. Gebrauchsdefinition kann richtig oder falsch sein, insofern sie den Wortgebrauch des Gesetzgebers richtig wiedergibt. Sie kann aber kaum vollständig sein, weil der Gesetzgeber nicht jede Mehrdeutigkeit und jede Vagheit des Begriffs im Voraus bedacht haben kann, zumal wenn Phänomene auftreten, die zur Zeit des Erlasses des betreffenden Gesetzes noch nicht vorhanden waren.

Das zweite Richtigkeitskriterium ist der allgemeine Sprachgebrauch, sog. objektive Auslegung (s. dazu u. B. II.). Er setzt der Auslegung eine äußerste Grenze, jenseits derer die analoge Anwendung der Vorschrift beginnt. Auch dieses Kriterium führt zu einer Gebrauchsdefinition, die prinzipiell wahr oder falsch sein kann. Es ist aber deshalb unvollständig und u.U. auch irreführend, weil der sprichwörtliche Mann auf der Straße, der sog. native speaker, vor die Fragen des Begriffsgebrauchs, die der Jurist zu entscheiden hat, normalerweise gar nicht gestellt wird. Er wird beispielsweise auf die Frage, ob zum Vorsatz ein Wille zum Erfolg gehört, spontan mit ja antworten. Wenn man ihm nun aber die Frage vorlegt, ob er den Täter im sog. Fall Thomas, der ein Schiff in die Luft gesprengt hat, um die Versicherungssumme kassieren zu können<sup>12</sup>, nur wegen fahrlässiger Tötung der Mannschaft verurteilen würde, weil er deren Tod doch nicht gewollt habe, wird er diese Frage sicherlich verneinen. Damit korrigiert er aber seinen eigenen Sprachgebrauch des Begriffs Vorsatz.

Das dritte und heute praktisch wichtigste Richtigkeitskriterium für die Definition eines Rechtsbegriffs sind die praktischen Konsequenzen bei der Rechtsanwendung, sog. teleologische Auslegung (s. dazu u. B. V. 4.). Eine solche Begriffsbestimmung ist nicht wahr oder falsch, sie ist eine normative Aussage darüber, wie der betreffende Begriff

<sup>8</sup> Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Bosch Vor § 52 Rn. 11; LK-Rissing-van-Saan Vor § 52 Rn. 9; Fischer Vor § 52 Rn. 3; SK-Jäger Vor § 52 Rn. 51; Lackner/Kühl-Kühl Vor § 52 Rn. 3; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 1243.

<sup>9</sup> Jescheck/Weigend AT 29 II 2; Stratenwerth/Kuhlen AT 8/66; Spendel „Zum Begriff des Vorsatzes“, FS-Lackner (1987), 167 (168).

<sup>10</sup> RGSt 8, 267.

<sup>11</sup> *Mezger* Lb. (3. Aufl., Berlin 1949), 413; *ders.* StuB AT/1, 224.

<sup>12</sup> *Binding* Die Normen und ihre Übertretung Band II/2, S. 851 f., Fn. 1.

nach der Meinung des Rechtsanwenders oder Rechtswissenschaftlers verstanden werden soll. Dieses Verfahren, Rechtsergebnisse aus Begriffsdefinitionen zu begründen, ist zirkelverdächtig. Man begründet die Begriffsbestimmung mit den praktischen Konsequenzen, um dann die praktischen Konsequenzen aus der Begriffsbestimmung abzuleiten. Aber jeden Zirkel kann man durchbrechen, indem man eines seiner Argumente anderweitig begründet.

Hierfür ein Beispiel: Im Zivilrecht definiert man den Beginn des menschlichen Lebens mit der Vollendung der Geburt. Im Strafrecht setzt man ihn bereits mit dem Beginn der Geburt an, um den Geburtshelfer, der durch einen Fehler bei der Entbindung den Tod oder eine Gesundheitsschädigung des Kindes verursacht, wegen fahrlässiger Tötung oder Körperverletzung bestrafen zu können. Hat nun der Gynäkologe Dr. A den Tod des Kindes K in der Geburt deshalb verschuldet, weil er nicht rechtzeitig erkannt hat, dass sich die Nabelschnur um seinen Hals gewickelt hat, so wird nun aus der Begriffsbestimmung: ein Mensch ist ein menschliches Lebewesen von Beginn der Geburt an, i.V.m. § 222 StGB abgeleitet, dass Dr. A bestraft werden soll, weil er den Tod eines Menschen durch Fahrlässigkeit verursacht hat. Aber jeder Zirkel wird dadurch aufgehoben, dass eines seiner Elemente anderweitig begründet wird. Die Begründung muss hier bei der These ansetzen, dass das Kind in der Geburt bereits ein Mensch im Sinne des Strafrechts ist. Das kann damit begründet werden, dass die Geburt eine besonders kritische Lebensphase ist, die äußerste Aufmerksamkeit und Sorgfalt von den Geburtshelfern erfordert und dass deshalb das Kind bereits in der Geburt eines strafrechtlichen Schutzes vor Fahrlässigkeit bedarf. Die Definitionen unserer Rechtsbegriffe sind, jedenfalls soweit sie ergebnisorientiert sind, in Begriffsform gewissermaßen eingefrorene Rechtssätze.

## II. Die Bedeutung von Rechtsbegriffen

### 1. Beschreibende Begriffe

Rechtsbegriffe werden heute üblicherweise als normativ bezeichnet, schon, weil sie in Normen vorkommen und im Hinblick auf die bei der Anwendung dieser Normen angestrebten Ergebnisse bestimmt werden.

Aber der Ausdruck normativer Begriff suggeriert und meint manchmal auch, dass der betreffende Begriff seinem Inhalt nach, also seiner Bedeutung nach, eine Norm ausdrückt. In diesem Sinne normativ sind wertende Begriffe wie beispielsweise *sittenwidrig*, *wider Treu und Glauben*, *besonders verwerflich* oder *niedrige Beweggründe*. Sie sind in dem Sinne normativ, dass sie die Norm implizieren, man solle das, was mit diesen Begriffen bezeichnet wird, tun oder nicht tun. Beschreibende Begriffe drücken dagegen keine Norm aus. Da sie aber, sofern sie in Rechtsnormen vorkommen, die Bedeutung dieser Normen bestimmen, wird ihre eigene deskriptive Bedeutung im Hinblick auf die Konsequenzen bestimmt, die sich für die betreffenden Normen ergeben, also danach, welchen Inhalt diese Normen haben sollen. Wenn man aber nun alle Begriffe, die in Normen vorkommen um dessentwillen als normativ bezeichnet, weil ihre Begriffsbestimmung damit begründet wird, dass die betreffenden Normen einen bestimmten Inhalt haben sollen, so vermengt man die Gründe für die Bestimmung eines Begriffsinhalts mit diesem Begriffsinhalt selbst.

Den Unterschied können wir uns am Begriff des menschlichen Lebens klarmachen. Im Zivilrecht beginnt die Rechtsfähigkeit, also zivilrechtlich gesprochen das Leben als Mensch, mit der Vollendung der Geburt. Erst von diesem Moment an ist das menschliche Wesen Träger von Rechten und Pflichten. Das ist beispielsweise für das Erbrecht von Bedeutung. Stirbt das Kind nach Vollendung der Geburt, so kann es Erbe geworden sein und seinerseits etwa an seine gesetzlichen Erben weitervererben. Stirbt es bereits während der Geburt, so wird es im Erbgang nicht berücksichtigt. Im Strafrecht beginnt das menschliche Leben mit dem Beginn der Geburt, genauer, mit dem Beginn der Eröffnungswehen. Dass man das menschliche Leben im Strafrecht anders bestimmt als im Zivilrecht, hat den Grund, dass man dem Kind schon in der Geburt den vollen Schutz des Menschenlebens, insbesondere gegen Fahrlässigkeit, zuteil werden lassen will und nicht nur den unvollkommenen Schutz, den das Gesetz einem Embryo gewährt. Der normative Grund dafür besteht darin, dass die Phase der Geburt besonders gefährlich ist und von den Beteiligten, insbesondere den ärztlichen Geburtshelfern, besondere Aufmerksamkeit verlangt. Sowohl über die zivilrechtliche als auch über die strafrechtliche Bestimmung des Beginns des menschlichen Lebens mag man sich streiten können. Man kann beispielsweise der Ansicht sein, dass auch schon der Embryo im Mutterleib rechtsfähig sein und beispielsweise im Erbgang berücksichtigt werden sollte. Man könnte auch der Meinung sein, dass ein Kind während der Geburt nur gegen vorsätzliche Tötung geschützt werden sollte, nicht aber gegen fahrlässige. Dieser Streit geht um Normen, deren Inhalt und deren Begründung und wird deshalb als normativ bezeichnet. Das ändert aber nichts daran, dass die beiden Begriffe des menschlichen Lebens, um die gestritten wird, rein deskriptiv bestimmt sind. Ob das Baby den Mutterleib verlassen hat, also die Geburt vollendet ist, kann man in der Regel sehen. Ob die Geburt begonnen hat, also die Eröffnungswehen eingesetzt haben, kann man mit einem Wehenschreiber messen.

Es wird behauptet, ein deskriptiver Begriff sei ein solcher, den man durch pure sinnliche Wahrnehmung ohne geistiges Verstehen auf einen Fall richtig anwenden kann.<sup>13</sup> Der Begriff ionisierende Strahlen in § 311 I StGB ist sicherlich ein deskriptiver Begriff, aber ohne eine ganze Menge geistiges Verstehen kann man ihn nicht richtig auf eine Strahlung anwenden. Prinzipiell gilt das für jeden Begriff, auch den einfachsten und alltäglichsten. Wer den

<sup>13</sup> Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schuster § 15 Rn. 18 ff., 43; SK-Rudolphi (8. Aufl.), § 16 Rn. 21 (Stand: Oktober 2002); anders jetzt SK-Stein § 16 Rn. 18; MüKo-Joecks § 16 Rn. 69; Roxin AT/1 10/57, 12/100; Tischler Verbotssirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale (1984), 36 m.w.N.

Begriff Auto oder Fahrrad nicht geistig versteht, kann ihn auch nicht richtig anwenden, wenn er ein Auto oder ein Fahrrad zu Gesicht bekommt. Ein deskriptiver Begriff ist dadurch charakterisiert, dass ein Satz, in dem er auf einen Fall angewandt wird, wahr oder falsch ist. Ein deskriptiver Begriff bezeichnet also Tatsachen.

Dies können natürliche Tatsachen sein, aber auch sog. institutionelle Tatsachen.<sup>14</sup> Das sind gesellschaftliche Sachverhalte und dazu gehören auch Rechte und Rechtsverhältnisse. Auch hier sorgt das Modewort normativ für Verwirrung, weil Begriffe, die Rechte und Rechtsverhältnisse bedeuten, als normative Merkmale bezeichnet werden, was ein Gegensatz zu deskriptiven Merkmalen sein soll. Aber auch ein Satz, der ein Recht oder ein Rechtsverhältnis beschreibt, ist wahr oder falsch. Wenn er wahr ist, beschreibt er eine Tatsache. Eine Sache ist für mich eine fremde, wenn sie nämlich einem anderen gehört, oder sie ist es nicht. Ein Anspruch steht mir zu oder nicht. Eine Personenvereinigung ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder sie ist es nicht. Dass ein „Akt geistigen Verstehens“<sup>15</sup> erforderlich ist, um diese Begriffe richtig anzuwenden, unterscheidet sie nicht von anderen deskriptiven Begriffen, die natürliche Sachverhalte bezeichnen.

## 2. Vage Begriffe

Die Vermengung der Frage, wie ein Begriff inhaltlich bestimmt ist, also was seine Bedeutung ist, mit der Frage, warum er gerade so bestimmt ist, hat auch dazu geführt, dass man vage, also unbestimmte Begriffe, als normative oder gar wertende Begriffe bezeichnet.<sup>16</sup> Dabei können vage Begriffe durchaus deskriptiv sein. Das gilt beispielsweise für vage quantitative Begriffe wie etwa „Sachen von bedeutendem Wert“ in § 315c StGB, „geringwertige Sachen“ in § 248a StGB, „ein Vermögensschaden großen Ausmaßes“ in § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB, Betäubungsmittel in nicht geringer Menge in § 29a Abs. 1 Ziff. 2 BtMG.

Manche quantitativen Begriffe lassen sich durch Verwandlung in numerische Begriffe präzisieren, in dem sog. Grenzwerte festgelegt werden. Dass die Festlegung dieser Grenzwerte daran orientiert werden muss, welche Auswirkungen sie auf die Anwendung der Normen hat, in denen die quantitativen Begriffe vorkommen, ändert nichts daran, dass diese ihrem Inhalt nach rein deskriptiv sind. § 11 des Hundegesetzes NRW regelt die Haltung sog. „großer Hunde“. Wer einen großen Hund hält, muss dies der zuständigen Behörde anzeigen, seine Zuverlässigkeit und Sachkunde nachweisen, eine Haftpflichtversicherung für den Hund abschließen und ihn mit einem Micro Chip, eine Art Hunderausweis, kennzeichnen. Große Hunde sind innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile auf öffentlichen Straßen und Wegen an der Leine zu führen. Der Begriff „großer Hund“ ist an sich vage, aber er wird in § 11 Abs. 1 Hundegesetz definiert als ein Hund, „der ausgewachsen eine Widerristhöhe von mindestens 40 cm oder ein Gewicht von mindestens 20 kg erreicht“. Bei der Formulierung dieser Legaldefinition hat sich der Gesetzgeber sicherlich von der normativen Frage leiten lassen, ab welcher Größe und welchem Gewicht eines Hundes die Gefahr, die von der Spontaneität des Tieres oder seiner falschen Haltung oder Behandlung ausgehen kann, so groß ist, dass die in § 11 Hundegesetz angeordneten Bestimmungen und Einschränkungen für seine Haltung zur Bekämpfung dieser Gefahren gelten sollen. Dabei ist zu bedenken, dass gewisse Gefahren dieser Art durchaus auch von kleineren Hunden oder ganz kleinen Hunden ausgehen können. Das ändert nichts daran, dass die Legaldefinition des Begriffes „großer Hund“, die dabei herausgekommen ist, rein deskriptiv und sogar ziemlich exakt ist. Das ist ein Gewinn an Rechtssicherheit und Einfachheit des behördlichen Verfahrens. Blicke es bei dem vagen Begriff „großer Hund“, so müsste die zuständige Behörde von Fall zu Fall entscheiden, ob ein Hund groß im Sinne des Gesetzes ist und den Einschränkungen der Hundehaltung nach § 11 Hundegesetz NRW unterliegt. Der Preis für diese Rechtssicherheit ist allerdings der Schmerz der Grenze. Es kann von einer Differenz von wenigen Zentimetern Widerristhöhe oder einem halben Pfund Gewicht abhängen, ob die Haltung eines Hundes den Bestimmungen des § 11 Hundegesetz NRW unterliegt oder nicht.

Die Vorzüge und Nachteile der numerischen Definition quantitativer Begriffe sind aus dem Verwaltungsrecht, beispielsweise dem Immissionsschutzrecht, allgemein geläufig. Vielfach, so beispielsweise in § 48 BImSchG wird die numerische Definition quantitativer Begriffe durch Festsetzung sog. Grenzwerte dem Ordnungsgeber oder gar der Rechtsprechung überlassen, um diese Werte rascher den tatsächlichen Veränderungen des betreffenden Rechtsgebiets und u.U. auch neuen naturwissenschaftlichen Erkenntnissen anpassen zu können.

Der BGH hat für vorläufig den Begriff Vermögensschaden großen Ausmaßes dahin präzisiert, dass es ein Schaden von mindestens 50.000 € sein muss. Dafür hatte er normative Gründe. Um der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit Willen hat er darauf verzichtet, den Begriff des Vermögensschadens großen Ausmaßes von den individuellen Vermögensverhältnissen des Betrugsopfers abhängig zu machen, und damit auf eine Differenzierung nach Billigkeitskriterien zu Gunsten der Rechtssicherheit verzichtet. Dass diese Entscheidung normative Gründe hat und mit normativen Gründen bestritten werden kann, ändert aber nichts daran, dass der Begriff des Vermögensschadens von mindestens 50.000 € seinem Sinn nach rein deskriptiv ist. Unsere Gesetze verwenden solche vagen

<sup>14</sup> NK-Puppe § 16 Rn. 31, 46 ff.

<sup>15</sup> Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schuster § 15 Rn. 43; SK-Rudolphi § 16 Rn. 21 (Stand: Oktober 2002); anders jetzt SK-Stein § 16 Rn. 18 f.; MüKo-Joecks § 16 Rn. 69; Roxin AT/1 10/57; 12/100; Tischler Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale (1984), 36 m.w.N.

<sup>16</sup> Vgl. dazu Koch/Rüssmann S. 194 ff.

Mengenbegriffe, um den Gerichten die Möglichkeit zu geben, ihren Inhalt an veränderte Verhältnisse anzupassen, ohne dass der Gesetzeswortlaut deshalb geändert werden muss.<sup>17</sup> Sollte die allseits befürchtete Entwertung des Euro in den nächsten Jahren stattfinden, so kann der BGH den Begriff des Vermögensschadens großen Ausmaßes dahin ändern, dass er erst bei einem Mindestschaden von 100.000 € erfüllt ist, ohne dass deshalb der Wortlaut des Gesetzes geändert werden müsste.

Es gibt vage quantitative Begriffe, die sich nicht durch Definition in numerische, also präzise Begriffe verwandeln lassen, obwohl das theoretisch möglich wäre, weil, wie man in der Wissenschaftstheorie sagt, diese numerischen Begriffe nicht valide sind. D.h., dass derjenige, der den Begriff anwenden soll, also der Bürger oder der Richter, nicht in der Lage ist, sich die tatsächlichen Kenntnisse zur Ermittlung von Zahlenwerten zu verschaffen. Das klassische Beispiel dafür ist der Begriff der Gefahr. Dieser hat insofern eine wertende Komponente, als man von einer Gefahr nur dann spricht, wenn das Ereignis, auf das sich das Gefahrurteil bezieht, negativ bewertet ist. Ist es positiv bewertet, so nennt man die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts eine Chance. Aber wir können die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Ereignisses begrifflich von seiner negativen oder positiven Bewertung trennen und erhalten dann den vagen quantitativen Begriff der Wahrscheinlichkeit. Immer wieder hat man versucht, den Begriff der Gefahr quantitativ zu bestimmen, etwa in dem Sinne, dass der Eintritt des negativ bewerteten Ereignisses wahrscheinlicher sein müsse als sein Ausbleiben.<sup>18</sup> Das bedeutet also genau genommen eine Wahrscheinlichkeit von mehr als 50%. Das wirkt zunächst einigermaßen willkürlich. Sollte der Wahrscheinlichkeitskoeffizient bei der Gefahr nicht auch davon abhängen, wie groß der drohende Schaden ist? Aber wie dem auch sei, es hat sich als nicht sinnvoll erwiesen, eine solche Quote festzusetzen, weil weder der Richter, noch gar der normunterworfenen Bürger im Moment des Handelns in der Lage ist, für den Eintritt des möglichen Schadens eine Wahrscheinlichkeitsquote anzugeben oder zu ermitteln. Geht es beispielsweise um eine konkrete Gefährdung im Straßenverkehr i. S. von § 315c StGB, so müsste er dazu umfangreiche verkehrsstatistische Untersuchungen anstellen. Außerdem bleibt noch offen, welche Faktoren des Einzelfalls er in diese Untersuchung einbeziehen dürfte und von welchen er abstrahieren müsste. Auf das Ergebnis der Wahrscheinlichkeitsermittlung wäre dies von großem Einfluss. Deshalb versucht man den vagen quantitativen Begriff der Gefahr nicht in einen numerischen Begriff zu verwandeln, sondern in einen qualitativen Begriff, obwohl das vom wissenschaftstheoretischen Standpunkt aus eine Art Rückschritt ist. Die Rechtsprechung und herrschende Lehre definieren die konkrete Gefahr als eine Situation, „in der es nur noch vom Zufall abhängt“ ob ein bestimmter Schaden eintritt oder nicht.<sup>19</sup> Diese Formulierung ist suggestiv, besagt aber genau genommen nichts. Erstens hängt im Leben alles vom Zufall ab und zweitens bleibt völlig unklar, welche gefahrbezüglichen oder gefahrhemmenden Faktoren hier als Zufall angesehen werden sollen und welche nicht. Ich würde daher den Begriff der Gefahr wie folgt erklären: Eine Gefahr im Straßenverkehr liegt vor, wenn ein Verkehrsteilnehmer zu außergewöhnlichen Maßnahmen gezwungen ist, um einen Schaden abzuwenden, so dass der Erfolg dieser Maßnahmen von seiner Leistungsfähigkeit abhängt.

### 3. Bewertende Begriffe

Ein bewertender Begriff beschreibt nicht nur einen Sachverhalt, beispielsweise einen Zustand oder eine Handlung, sondern spricht über diesen Sachverhalt ein positives oder negatives Urteil, nämlich dass dieser Sachverhalt sein soll, also gegebenenfalls auch durch Handlungen angestrebt werden soll, oder nicht sein soll, also durch Handlungen vermieden werden soll. Ein wertender Begriff drückt stets eine Norm aus. Wenn es eine Begriffsart gibt, die die Bezeichnung normativ verdient, so sind das die bewertenden Begriffe.<sup>20</sup> Im Folgenden werden wir den Ausdruck normativer Begriff in diesem Sinne gebrauchen. Da im Strafrecht und auch im Zivilrecht normative Begriffe meistens im Zusammenhang mit Verboten auftreten, haben wir es hier öfter mit negativen Bewertungen zu tun als mit positiven, wie beispielsweise Verstoß gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), wider Treu und Glauben (§ 242 BGB), gegen die guten Sitten verstoßend (§ 138 BGB, § 826 BGB), arglistige Täuschung (§ 123 BGB), ausbeuten (§ 138 Abs. 2 BGB, 181a Abs. 1 Ziff. 1 StGB), zum Hass aufstacheln (§ 130 Abs. 1 Ziff. 1 StGB), pornografisch (§ 184 StGB), auffälliges Missverhältnis (§ 138 Abs. 2 BGB) oder verwerflich (§ 240 StGB). Im öffentlichen Recht finden sich dagegen viele positive Wertungsbegriffe wie, dem Umständen nach angemessen (§ 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG), Sicherheit und Ordnung und notwendige Maßnahmen (§ 14 Abs. 1 OBG NRW), Gründe des Wohls der Allgemeinheit (§ 31 Abs. 2 Ziff. 1 BauGB), Wohl des Kindes oder des Jugendlichen (§ 27 Abs. 1 SGB VIII), die nach dem Stand der Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge (§ 6 Abs. 2 Ziff. 2 AtG). Ein positiver Wertungsbegriff ist aber auch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) oder ein angemessenes Mittel (§ 34 StGB). Zu den bewertenden Begriffen zählen auch die Notenstufen in öffentlich-rechtlichen Prüfungen.

Normative oder bewertende Begriffe haben also nicht immer eine moralische oder ästhetische Bedeutung. Wir zählen in der Jurisprudenz zu den wertenden Begriffen auch solche der Zweckmäßigkeit, die unter der Voraussetzung

<sup>17</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit solcher unbestimmten Rechtsbegriffe BVerfGE 49, 89 (139 f.).

<sup>18</sup> *Lacmann* Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes, GA 58 (1911), 109 (129); *Sauer* Grundlagen des Strafrechts (1921), 610 f.

<sup>19</sup> BGH NStZ 2012, 701; NStZ-RR 2012, 123 (124); *MüKo-Radtke* Vor §§ 306 ff Rn. 8; *Schönke/Schröder-Heine/Bosch* Vor §§ 306 ff Rn. 3.

<sup>20</sup> *Engisch* Einführung in das juristische Denken, S. 111; *Koch/Rüßmann* S. 202.

eines von einem Gesetz festgelegten Zwecks eine Maßnahme oder sonst ein Verhalten als geeignet oder erforderlich bezeichnen. Was die normativen Rechtsbegriffe von den deskriptiven unterscheidet ist dies: Sie implizieren eine Norm, nach der ein Sachverhalt als richtig oder falsch beurteilt wird. Die Sätze, in denen ein normativer Rechtsbegriff über einen Sachverhalt ausgesagt wird, sind also weder wahr noch falsch, sondern wie die Normen, die sie implizieren, gültig oder ungültig, Sie werden anerkannt oder nicht anerkannt.

Analysieren wir die Bedeutung, die eine bewertende Aussage hat, so stoßen wir auf ein Dilemma. Eine solche Aussage kann nicht bewiesen werden, sie ist weder wahr noch falsch. Sie ist eine höchstpersönliche Äußerung des Sprechers, die zunächst einmal nur für ihn gilt. Und doch können sich Philosophen und manchmal auch Juristen heftig über solche bewertenden Aussagen streiten. Das wäre nicht möglich, wenn eine bewertende Aussage nichts anderes wäre, als eine persönliche Gefühlsäußerung des jeweiligen Sprechers. Aber der jeweilige Sprecher will mit einer Bewertung nicht nur sein Gefühl, etwa der Sympathie oder Antipathie angesichts bestimmter Handlungen ausdrücken. Er beansprucht vielmehr für eine Bewertung und für die in ihr implizit enthaltene Norm Gültigkeit für andere.<sup>21</sup>

Erinnern wir uns an unsere beiden Ethiker, die um die Frage streiten, ob das Verhalten des Kommandanten der Graf Spee, Langsdorff, angesichts einer feindlichen Übermacht seine Mannschaft in die Rettungsboote zu schicken und sein Schiff versenken zu lassen, mutig oder feige war. Über die Tatsachen, die sie bewerten, streiten sie sich nicht. Wäre ihre Bewertung nur eine persönliche Gefühlsäußerung wie etwa „mir imponiert das“ oder „mir gefällt das nicht“, so könnten sie sich darüber nicht streiten, denn jeder hat schließlich seine eigenen Gefühle. Sie streiten sich deshalb, weil jeder mit seinem Bewertungsurteil nicht nur irgendeine Empfindung äußert, sondern allgemeine Geltung beansprucht, in dem Sinne, dass jeder Kriegsschiffskommandant in der Situation von Langsdorff so hätte handeln sollen oder nicht so hätte handeln sollen. Ein Werturteil ist nicht wahr oder falsch. Es drückt also nicht einen Sachverhalt aus, sondern eine Norm. Diese Norm aber beansprucht Geltung nicht nur für den Sprecher, sondern für jedermann und nicht nur für den Einzelfall, sondern für alle Fälle, die in den für die Bewertung entscheidenden Eigenschaften dem bewerteten gleich sind. Man nennt das die Universalisierbarkeit der ethischen Norm.<sup>22</sup> Besitzt aber der Sprecher keine äußere Macht oder Autorität, Kraft derer seine Norm für andere gültig ist, so kann er den Anspruch der Gültigkeit seiner Norm nur dadurch geltend machen, dass er sie begründet. Die einzige Möglichkeit, eine Norm zu begründen, besteht darin, sie als die Konsequenz anderer Normen aufzuweisen, die der Gesprächspartner möglicherweise anerkennen wird.

Kehren wir zurück zu unseren beiden Ethikern. Derjenige, der das Verhalten des Kommandanten Langsdorff als feige bewertet, also als nicht richtig, wird zur Begründung vielleicht folgendes anführen: „Wo kämen wir hin, wenn in einem Krieg jeder einzelne Truppenführer oder Kriegsschiffskommandant sich Gedanken darüber machen würde, ob die Erfüllung seines Kampfauftrags im Einzelfall den Einsatz lohnt, beispielsweise ob das Opfer an Menschenleben in einem angemessenen Verhältnis zu den Schäden steht, die er dem Gegner zufügen kann? Die Kampfoperationen der einzelnen Einheiten wären nicht mehr miteinander koordiniert, die Schlagkraft der Armee wäre dahin.“ Der andere Ethiker, der das Verhalten des Kriegsschiffkommandanten Langsdorff als mutig bewertet, könnte darauf hinweisen, dass der gesamte Zweite Weltkrieg ein Verbrechen war. Der Erste würde dieses Argument mit der Erklärung zurückweisen, dass einem Frontoffizier eine Verantwortung für die Verbrechen des Kriegsherrn nicht aufgebürdet werden darf. Der Kontrahent könnte das zugeben, aber nun direkt auf die Darlegung des andern vielleicht wie folgt antworten: „Deine Regel, dass ein Frontoffizier über den Sinn seines Kampfauftrags in der konkreten Situation nicht urteilen darf, mag allgemein gelten, aber sie gilt nicht mehr, wenn die Erfüllung des Kampfauftrags im Einzelfall aussichtslos ist und große Opfer an Menschenleben kosten würde. In einer solchen Extremsituation habe sich Kommandant Langsdorff befunden (die Graf Spee hatte eine Besatzung von tausend Mann, von denen die meisten das Gefecht nicht überlebt hätten). Deswegen sei es mutig gewesen, sich über das allgemein geltende Gebot des militärischen Gehorsams hinwegzusetzen und der Menschlichkeit den Vorrang zu geben. Die beiden Kontrahenten streiten sich also um die normative Frage, ob die militärische Gehorsamspflicht eines Offiziers unter jeder Bedingung gilt oder ob es bei einem extremen Missverhältnis zwischen den Erfolgsaussichten und den zu bringenden Opfern eine Ausnahme von dieser Gehorsamspflicht gibt. Sie streiten also über Normen.

Nun erschöpft sich der Wertungsgehalt eines normativen Begriffes nicht in der Aussage, dass etwas sein soll oder nicht sein soll. Viele bewertende Begriffe sind steigerbar. Beispielsweise die Bewertung von künstlerischen, wissenschaftlichen oder gewerblichen Leistungen. Eine Prüfungsleistung kann gut, eine andere sehr gut sein, ein Verhalten kann verwerflich, ein anderes aber noch verwerflicher sein. Ein anderes Beispiel dafür sind die „niedrigen Beweggründe“ in § 211 StGB. Abgesehen vom Tyrannenmord gibt es wohl keine guten Gründe einen Menschen zu töten. Als niedrig werden also Beweggründe bezeichnet, die noch schlechter sind als andere.

Jede Norm bezieht sich auf tatsächliche Voraussetzungen. Wir Juristen nennen das ihren Tatbestand. Die ablehnende oder zustimmende Konnotation ist also nur ein Teil der Bedeutung eines bewertenden Ausdrucks. Zu dieser Bedeutung gehört auch der Sachverhalt, auf den er sich gerade bezieht. Das Wort gut hat für sich allein keinen Sinn,<sup>23</sup> und es hat einen gänzlich verschiedenen Sinn je nachdem ob es sich auf einem guten Menschen, einen guten Rechtsanwalt, ein gutes Buch oder ein gutes Auto bezieht. Denn der Ausdruck „gut“ bezogen auf einen Menschen, einen Rechtsanwalt, ein Buch oder ein Auto bedeutet nichts anderes, als dass dieser Mensch, dieser Rechtsanwalt,

<sup>21</sup> Hare Die Sprache der Moral (Orig.: The Language Of Moral, 1952) dt. v. Morstein (1972), S. 208; Larenz/Canaris S. 111.

<sup>22</sup> Siehe dazu vertiefend Schroth Die Universalisierbarkeit moralischer Urteile (2001).

<sup>23</sup> Hare Die Sprache der Moral (Orig.: The Language Of Moral, 1952) dt. v. Morstein (1972), S. 110 f.

dieses Buch oder dieses Auto so ist, wie es sein soll. Dass sich auch der Begriff des guten Autos von Sprecher zu Sprecher unterscheidet, sollte inzwischen klar sein. Für den einen ist ein gutes Auto ein solches, das einen starken Motor hat, einen hohen Beschleunigungswert und eine hohe Spitzengeschwindigkeit erreicht, für einen anderen ein solches, das wenig Benzin verbraucht, leise ist und wenig Schadstoffe ausstößt.

§ 35 Abs. 1 S. 1 GewO lautet:

„Die Ausübung eines Gewerbes ist von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebs beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist.“

Die allgemein geltende Bedeutung des Wortes zuverlässig ist, dass die betreffende Person die Gewähr dafür bietet, sich bei der Ausübung ihres Gewerbes so zu verhalten, wie sie soll. § 35 bringt deutlich zum Ausdruck, dass der Begriff zuverlässig einen verschiedenen Inhalt hat, je nachdem, auf welches Gewerbe er sich bezieht.<sup>24</sup> Ein zuverlässiger Fuhrunternehmer ist einer, der seinen Fuhrpark in gutem, insbesondere verkehrssicherem Zustand hält und darauf achtet, dass seine Fahrer die Höchstlenkzeiten einhalten. Ein zuverlässiger Immobilienmakler gibt seinen Kunden keine falschen Informationen und betrügt sie nicht. Ein zuverlässiger Betreiber einer Kampfsportschule nimmt keine offensichtlich gewaltbereiten Jugendlichen als Schüler an und belästigt seine jugendlichen Schüler nicht sexuell. Die Zuverlässigkeit hängt also, je nachdem, um welches Gewerbe es sich handelt, von ganz verschiedenen Tatsachen ab. Nun ist aber der Begriff zuverlässig, wie viele bewertende Begriffe, steigerbar. Ein Gewerbetreibender ist stets mehr oder weniger zuverlässig. Eine hundertprozentige Gewähr, niemals die für sein Gewerbe maßgeblichen Verhaltensnormen zu verletzen, bietet niemand. Wie viel Zuverlässigkeit von dem Betreiber eines Gewerbes zu verlangen ist, ist eine normative Frage, die die Gewerbeaufsicht zu entscheiden hat. Sie entscheidet auch, ob das Maß dieser Zuverlässigkeit von Gewerbe zu Gewerbe differieren soll, je nachdem wie schwer der Schaden wiegt, der von einem unzuverlässigen Gewerbetreibenden verursacht werden kann. Da auch die Normen, die eine Verwaltungsbehörde bei solchen Entscheidungen explizit oder implizit aufstellt, einen Anspruch auf Allgemeingültigkeit (Universalisierbarkeit) erheben, ist die Behörde selbst an die Normen gebunden, die sie ihren bisherigen Entscheidungen zugrunde gelegt hat. Das nennt man im Verwaltungsrecht Selbstbindung der Verwaltung.

Ebenso wie deskriptive Begriffe können auch normative Begriffe in einzelne Merkmale zerlegt werden, die wiederum bewertenden oder auch beschreibenden Sinn haben können. So definiert § 138 Abs. 2 BGB das wegen Wuchers sittenwidrige Geschäft als

„ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.“

Diese Begriffsbestimmung des Wuchers besteht fast ausschließlich aus Begriffen, die eine negative Bewertung ausdrücken. Es bleibt also dem Rechtsanwender aufgegeben, diejenigen Tatsachen festzulegen, die die Bewertung der Situation des Vertragspartners als Zwangslage, die Bewertung seiner Kenntnisse als Unerfahrenheit, seiner Urteilskraft als mangelhaft oder seiner Entscheidungsgründe als erhebliche Willensschwäche rechtfertigen sollen und natürlich auch die Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung, die als auffälliges Missverhältnis zu bewerten ist. Dabei kann man sich durchaus darüber streiten, welche Tatsachen in dieses Werturteil einzubeziehen sind und welche nicht. So verlangt der BGH für das Merkmal der Ausbeutung eine verwerfliche Gesinnung des Wucherers, die allerdings aus dem von ihm erkannten krassen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung entnommen werden kann.<sup>25</sup> Da es hier aber nicht um die Bestrafung des Wucherers geht, sondern lediglich um den Schutz des Geschäftspartners vor den Folgen eines wucherischen Geschäftsabschlusses, kann man sich auch auf den Standpunkt stellen, dass es lediglich auf den objektiven Charakter des Geschäfts und das objektive Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ankommt, so dass das Geschäft wucherisch und also nichtig ist, auch wenn der Begünstigte das krasse Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht erkannt hat oder auch nicht erkennen konnte.

Das Recht, im Einzelfall also die Rechtsprechung, kann die tatsächliche Basis einer Bewertung auch künstlich einschränken. Der Rhetorikprofessor Walter Jens war hell empört darüber, dass ein Gericht ihn wegen Nötigung verurteilt hat, weil er sich an einer Sitzblockade zur Demonstration gegen den NATO-Nachrüstungsbeschluss beteiligt hat. Schließlich könne ein Einsatz für den Weltfrieden mit derartigen Mitteln nicht als verwerflich bezeichnet werden. Nach der Rechtsprechung des BGH ist aber die Tatsachengrundlage des Verwerflichkeitsurteils i.S. von § 240 StGB nicht die Zielsetzung des Täters insgesamt, sondern lediglich die Beziehung zwischen dem Nötigungsmittel und dem erstrebten unmittelbaren Nötigungseffekt,<sup>26</sup> hier der Einschränkung der Bewegungsfreiheit der Soldaten. Dass auf ein solches künstlich eingeschränktes Werturteil über das Verhalten eines Bürgers der Ausdruck „besonders verwerflich“ nicht recht passt, können wir Walter Jens ohne weiteres zugestehen.

Umfassende und deshalb auch unbestimmte Wertbegriffe stellen die sog. Generalklauseln dar, wie sittenwidrig,

<sup>24</sup> Dazu Koch/Rüßmann S. 203.

<sup>25</sup> BGH NJW 1982, 2767 (2768); 1994, 1275; NJW-RR 1990, 1199; 2000, 1431 (1432 f.).

<sup>26</sup> BGHSt 35, 270 (275 ff.).

wider Treu und Glauben oder unzumutbar. Ihre Funktion besteht darin, Ausnahmen von allgemeinen Prinzipien des Rechts zu begründen, sie sind gewissermaßen die Notbremsen des Rechtssystems. Unserem Zivilrecht liegt das Prinzip der Privatautonomie, insbesondere der Vertragsfreiheit zu Grunde, sowie das Prinzip *pacta sunt servanda*. Wer sich vertraglich zu einer Leistung verpflichtet hat, kann sich dieser Verpflichtung grundsätzlich nicht mit dem Hinweis entziehen, dass der Vertrag ihn benachteiligt. Ist aber die Fortsetzung eines Dauerschuldverhältnisses einem der Beteiligten aus Gründen, die in der Person des anderen Beteiligten liegen unzumutbar, so kann er das Dauerschuldverhältnis durch außerordentliche Kündigung beenden, auch wenn eine solche im Vertrag nicht vorgesehen ist. Bleibt der Wert der Gegenleistung in krasser Weise hinter der versprochenen Leistung zurück und ist der Vertragsschluss auf unfaire Weise zu Stande gekommen, so ist der Vertrag nach § 138 BGB nichtig. Das ist eine Ausnahme von dem Prinzip, dass jeder für die Wahrung seiner eigenen Interessen bei Vertragsabschluss selbst verantwortlich ist und an den einmal abgeschlossenen Vertrag von Rechts wegen gebunden ist. Aber darüber, wann eine solche Ausnahme stattfinden soll, sagen die Generalklauseln nicht genügend aus. Sie müssen, wie man sich ausdrückt, durch Bildung von Fallgruppen konkretisiert werden. Der Ausdruck bezeichnet nicht, worum es eigentlich geht. Es geht nicht darum, irgendwelche Fälle zu Gruppen zusammenzustellen, sondern darum, dem Wertbegriff selbst durch Bildung von Spezialbegriffen, die ebenfalls eine Bewertung ausdrücken, soviel Inhalt zu geben, dass man ihn unmittelbar auf einen Einzelfall anwenden kann.

Ein Unterfall des sittenwidrigen Geschäfts ist beispielsweise der Knebelungsvertrag. Er liegt dann vor, wenn durch eine Abrede die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit eines der Partner unzumutbar eingeschränkt wird.<sup>27</sup> Er liegt auch dann vor, wenn ein Vertragspartner dem anderen für die Sicherung von dessen Anspruch aus dem Vertrag übermäßig hohe Sicherheiten stellt, oder für den Fall, dass er seiner Leistungspflicht nicht nachkommen kann, übermäßig hohe wirtschaftliche Vorteile überlassen muss.<sup>28</sup> Sittenwidrig kann ein Vertrag aber auch deshalb sein, weil er Außenstehende übermäßig benachteiligt, zum Beispiel die anderen Gläubiger eines der Vertragspartner, denen wegen Übersicherung kaum Haftungsmasse gelassen wird oder die wegen verschleierte Sicherungsabreden die wirtschaftliche Situation des Schuldners nicht mehr erkennen können.<sup>29</sup> All diese Konkretisierungen enthalten aber immer noch bewertende Begriffe. Deshalb bezeichnet man die allgemeinen Wertbegriffe oft als wertausfüllungsbedürftige Begriffe.<sup>30</sup> Aber eine vollständige inhaltliche Bestimmung von Wertbegriffen ist erst dann erreicht, wenn sie durch deskriptive Begriffe ersetzt werden, die diejenigen Tatsachen abschließend beschreiben, die im Sinne der Wertbegriffe bewertet werden. Man sollte vielleicht besser von ausfüllungsbedürftigen Wertbegriffen sprechen.

Wenn wir einen bewertenden Begriff in dem Sinne ausfüllen könnten, dass wir alle Tatsachen abschließend aufzählen, die im Sinne dieses Begriffes bewertet werden sollen, so könnten wir auf diesen Wertbegriff verzichten. Wenn wir es nicht tun, so ist dies ein Anzeichen dafür, dass wir zu einer solchen deskriptiven Bestimmung des Begriffes nicht in der Lage sind. Es stellt aber bereits einen hohen Gewinn an Rechtssicherheit und Einfachheit dar, wenn ein wertender Begriff wenigstens zum Teil entnormativiert wird, dadurch, dass man bestimmte Tatsachen abschließend aufzählt, die zwar keine notwendige, wohl aber eine hinreichende Bedingung für die Anwendung des bewertenden Begriffes darstellen.

Ein Beispiel dafür ist die Bestimmung des Begriffes „nicht in der Lage, das Fahrzeug sicher zu führen“ in § 316 StGB. Dies ist zunächst ein normativer Begriff. Er bezeichnet die Bewertung der Verfassung eines Kraftfahrers in dem Sinne, dass die Gefahren, die von seiner Teilnahme am Straßenverkehr ausgehen, von der Allgemeinheit nicht mehr hinzunehmen sind. Wann dieser Zustand erreicht ist, darüber kann man sich durchaus streiten. Ursprünglich lag die Grenze der absoluten Fahruntüchtigkeit bei 2 ‰ und sie ist in verschiedenen Schritten immer weiter bis auf 1,1 ‰ gesunken. In manchen Ländern gilt die 0 ‰ Grenze. Wir können also einen Begriff der absoluten Fahruntüchtigkeit bilden, der rein deskriptiv und exakt ist; absolut fahruntüchtig ist, wer mindestens 1,1 ‰ Alkohol im Blut hat. Aber zu einer vollständigen Entnormativierung des Begriffes der Fahruntüchtigkeit hat sich die Rechtsprechung nicht entschlossen. Sie erkennt immer noch die sog. relative Fahruntüchtigkeit an, die erst im Einzelfall durch das unzureichende Verhalten des einzelnen Fahrers bestimmt wird.

Wenn es nicht gelingt, einen bewertenden Begriff vollständig zu entnormativieren, so ist es nicht möglich, zwischen der Begriffsbestimmung und der Begriffsanwendung auf den Einzelfall eine klare Grenze zu ziehen, wie wir das bei der Anwendung deskriptiver Begriffe getan haben. Bei deskriptiven Begriffen sind die Sätze, mit denen ihre Bestimmung begründet wird, normativ. Die Sätze, mit denen ihre Anwendbarkeit im Einzelfall begründet wird, sind deskriptiv. Bei bewertenden Begriffen, die nicht auf deskriptive Begriffe zurückgeführt sind, sind die Sätze, mit denen ihre Anwendbarkeit auf den Einzelfall begründet wird, ebenso normativ wie die, mit denen ihre nähere Bestimmung begründet wird. Deshalb muss der Rechtsanwender auf der untersten Stufe der Subsumtion sagen, welche Tatsachen des Sachverhalts er im Sinne des normativen Begriffes bewertet. Sonst fehlt diesem Begriff die notwendige deskriptive Bedeutungskomponente.

<sup>27</sup> BGH NJW 2012, 3162 (3164); NJW-RR 1987, 628 (629).

<sup>28</sup> BGH NJW 2009, 1135 (1136).

<sup>29</sup> BGHZ 138, 291 (300); BGH NJW 1999, 2588 (2589).

<sup>30</sup> Z.B. Koch/Rüßmann S. 201 ff.

#### 4. Zuschreibende Begriffe

Zum Verständnis dieses Kapitels einschlägig sind: der sog. normative Schuldbegriff, § 20 StGB und die Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, § 15 StGB.

Außer der beschreibenden und der bewertenden Verwendung eines Begriffes gibt es noch eine dritte, die zuschreibende. Sie besteht darin, dass aufgrund der Feststellung eines Sachverhalts ein anderer angenommen, wie man sagt zugeschrieben wird. Im Zivilrecht verwendet man zu diesem Zweck die Rechtsfigur der unwiderleglichen Vermutung. Unter bestimmten festgelegten tatsächlichen Voraussetzungen wird der Betroffene so behandelt, als seien bestimmte andere Tatsachen ebenfalls gegeben, unabhängig davon, ob sie in Wirklichkeit gegeben sind oder nicht. So wird nach § 1566 BGB unwiderleglich vermutet, dass eine Ehe gescheitert ist, also gem. § 1565 BGB geschieden werden kann, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide die Scheidung wollen, oder wenn sie seit drei Jahren getrennt leben. So erspart das Gesetz dem Richter die Prognose, dass i.S. von § 1565 Abs. 1 S. 2 BGB nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten die Lebensgemeinschaft wiederaufnehmen oder die Wertung, dass i.S. von § 1565 Abs. 2 BGB die Fortsetzung der Ehe für den Antragssteller aus Gründen, die in der Person des anderen Ehegatten liegen, eine unzumutbare Härte darstellen würde. Der Richter braucht dann weder Tatsachen festzustellen, die die Prognose begründen, dass die eheliche Lebensgemeinschaft nicht wiederhergestellt werden wird, noch Tatsachen, die nach seinen Wertmaßstäben die Wertung rechtfertigen, dass die Fortsetzung der Ehe für den Antragssteller eine unzumutbare Härte darstellen würde.

Im Strafrecht sind Vermutungen, jedenfalls zu Lasten des Angeklagten, ausgeschlossen. Das klassische Beispiel für einen zuschreibenden Begriff ist der sog. normative Schuldbegriff.<sup>31</sup> Wieder taucht die Vokabel normativ auf und sie hat, wie wir sehen werden, wiederum einen anderen Sinn. Was menschliche Schuld im ethischen Sinne eigentlich ist, ist eines der schwierigsten Probleme der praktischen Philosophie. Wir brauchen es hier nicht zu diskutieren, sondern können uns mit der Definition begnügen, die der Gesetzgeber selbst in § 20 StGB für die Schuld gibt. Danach ist an einer Tat schuld, wer die Fähigkeit gehabt hat, „das Unrecht seiner Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln“. Der Täter muss also, wenn er an einer Tat schuld ist, die Fähigkeit gehabt haben, anders zu handeln, als er gehandelt hat. Ob ein bestimmter Täter in einer bestimmten Situation anders hätte handeln können, als er gehandelt hat, ist eine schlechthin unbeantwortbare Frage. Sie setzt nicht nur die grundsätzliche Entscheidung des Streits um die prinzipielle Freiheit des Menschen voraus, sondern auch die Feststellung, dass dieser Täter in diesem Fall bei dieser Entscheidung frei gewesen ist. Deshalb geht das Strafgesetz so vor, dass es diese Fähigkeit für jede Situation und jede Person grundsätzlich annimmt, ohne sie beweisen zu können. Es schreibt diese Fähigkeit den Menschen also zu. Dass diese Zuschreibung aber tatsächliche Voraussetzungen hat, zeigt sich daran, dass sie nach § 20 StGB nicht stattfindet, wenn der Täter bestimmte schwere geistige oder seelische Störungen aufweist.

Zur Bestimmung des *dolus eventualis* wird eine zuschreibende Verwendung des Wortes *wollen* vorgeschlagen. Danach wird nicht versucht, im Einzelfall festzustellen, ob dieser Täter den Erfolg gewollt, ihn gebilligt oder sich damit abgefunden hat, es werden vielmehr tatsächliche Voraussetzungen dafür angegeben, dass er so behandelt wird, als habe er den Erfolg gewollt, oder sich doch mit ihm abgefunden. Das soll dann geschehen, wenn er bei seiner endgültigen Entscheidung für die Handlung eine Gefahr des Erfolgseintritts gekannt oder sich vorgestellt hat, bei der ein verständiger Mensch sich für diese Handlung nicht hätte entscheiden können, ohne sich auch mit dem Erfolg abzufinden.<sup>32</sup> Einen solchen zuschreibenden Gebrauch des Wortes *wollen* gibt es auch in der Umgangssprache. Wenn der verbummelte Student, wie zu erwarten, durch das Examen gefallen ist, und sich nun darüber beklagt, mag sein Vater vielleicht zu ihm sagen, „nun, du hast es ja nicht anders gewollt“.

Nun könnte man meinen, die zuschreibende Verwendung eines Begriffes sei der Sache nach nichts anderes als eine unwiderlegliche Vermutung. Aber eine unwiderlegliche Vermutung kann nur durch das Gesetz und unter klarer und abschließender Angabe ihrer Voraussetzungen aufgestellt werden, während eine zuschreibende Begriffsverwendung auch ohne gesetzliche Grundlage von den Gerichten praktiziert wird. Vor allem aber werden die tatsächlich vom Gericht festzustellenden Voraussetzungen einer zuschreibenden Begriffsverwendung meistens nicht abschließend aufgestellt und nicht klar definiert.

Ein charakteristisches Beispiel dafür ist die Handhabung des sog. Willenselements des *dolus eventualis* in der Rechtsprechung und auch in der h.L. Ein zuschreibender Begriff ist der Begriff des *dolus eventualis*. Danach handelt der Täter mit *dolus eventualis* in Bezug auf einen Erfolg, wenn er diesen billigend in Kauf nimmt oder sich um des erstrebten Zieles willen mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet, er handelt bewusst fahrlässig, wenn er ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, dass der Erfolg in diesem Fall nicht eintreten wird, obwohl er die Gefahr erkannt

<sup>31</sup> Frank Über den Aufbau des Schuldbegriffs (1907) Anm. II Vor § 51; Joecks/Jäger Vor § 13 Rn. 70 f.; Roxin AT/1 19/15; vgl. Schönke/Schröder-Eisele Vor § 13 Rn. 113 f.; Gallas Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 (45).

<sup>32</sup> Puppe AT 9/5 ff., dies. Begriffskonzeption des *dolus eventualis*, GA 2006, 65 (73); vgl. auch Hassemer Kennzeichen des Vorsatzes, GS-Kaufmann (1989), 289 (295 ff.); Schünemann Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff, FS-Hirsch (1999), 363 (373).

hat.<sup>33</sup> Der BGH selbst betont immer wieder, dass es sich hierbei um eine reine Feststellung psychischer Tatsachen handle, die mit den Beweismitteln des Prozesses vom Instanzgericht getroffen werden kann und muss und an die das Revisionsgericht prinzipiell gebunden ist.<sup>34</sup> Dass diese Tatsachen nicht unmittelbar durch Wahrnehmung festgestellt werden können, liege lediglich daran, dass der Richter dem Täter während der Tat nicht in den Kopf schauen kann.<sup>35</sup> Das Problem liegt aber tiefer. Selbst wenn der Richter dem Täter während der Tat in den Kopf schauen könnte, würde er dort nichts dergleichen finden, weder ein billigendes in Kauf nehmen oder sich Abfinden mit dem Erfolg, noch ein ernsthaftes und nicht nur vages Vertrauen darauf, dass er diesmal nicht eintreten wird. Selbst der mit Vorbedacht seine Tat planende Täter, beispielsweise der Räuber, der sein Opfer mit Hammerschlägen auf den Kopf betäuben will, wird nicht immer, bevor er zuschlägt, einen Beschluss darüber fassen, ob er dessen Erfolge billigend in Kauf nehmen will, sich um des erstrebten Zieles willen mit dessen Eintritt abfinden will, oder doch lieber trotz der klar erkannten Lebensgefahr ernsthaft und nicht nur vage darauf vertrauen will, dass er diesmal nicht eintreten wird. Erst recht wird der spontan etwa aus Wut handelnde Täter, bevor er auf sein Opfer eintritt, einsticht oder einschlägt, einen Beschluss darüber fassen. Abgesehen davon, dass nicht klar ist, was diese Unterscheidung, verstanden als psychisches Faktum eigentlich bedeuten soll, kann dies schon deshalb nicht mit Mitteln empirischer Erkenntnis festgestellt werden, weil es jedenfalls in vielen Fällen ein solches psychische Phänomen im Kopf des Täters gar nicht gibt.<sup>36</sup>

Dennoch gibt der BGH den Instanzgerichten immer wieder Anweisungen zur Feststellung des *dolus eventualis*, im Einzelfall etwa mit den folgenden Worten:

„Bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen liegt ein entsprechend bedingter Tötungsvorsatz nahe. Angesichts der hohen Hemmschwelle bei Tötungsdelikten bedarf die Billigung des Todeserfolgs allerdings der sorgfältigen Prüfung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls. Dabei stellt die offensichtliche Lebensgefährlichkeit einer Handlungsweise für den Nachweis eines bedingten Tötungsvorsatzes einen Umstand von erheblichem Gewicht dar. Ferner sind die psychische Verfassung des Täters bei der Tatbegehung sowie seine Motivation in die gebotene Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände mit einzubeziehen.“<sup>37</sup>

Ein solcher Text kann nicht als Anleitung des Instanzgerichts zur Feststellung von Tatsachen verstanden werden. Das wäre ein massiver Eingriff in die freie Beweiswürdigung des Tatgerichts. Stellen Sie sich einmal vor, ein Revisionsgericht würde nach Aufhebung einer Verurteilung wegen Wohnungseinbruchs die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an ein anderes Tatgericht verweisen und diesem folgende Anweisung mit auf den Weg geben:

„Ob der Angeklagte den Wohnungseinbruch tatsächlich begangen hat, hat das Gericht unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles sorgfältig zu prüfen und mit Tatsachen zu belegen. Dabei stellt die Tatsache, dass die Polizei Beutestücke aus dem Einbruch im Besitz des Täters gefunden hat, einen Umstand von erheblichem Gewicht dar. Weiter ist zu berücksichtigen, an welchem Ort sich der Täter kurz vor, während, oder nach dem Einbruch befunden hat.“

Wenn aber die Anweisungen, die der BGH den Instanzgerichten zur Begründung von *dolus eventualis* gibt, keine Anleitungen zu einer Tatsachenfeststellung sind, können sie nur als Regeln für die Zuschreibung eines *dolus eventualis* durch das entscheidende Gericht verstanden werden. So werden sie dann auch in der Literatur weitgehend interpretiert.<sup>38</sup> Die Kriterien, die der BGH zur Entscheidung dieser Frage anbietet, unterscheiden sich denn auch

<sup>33</sup> Statt vieler BGH NStZ 2016, 211 (215); NStZ 2012, 384 (386); NStZ 2015, 266 (267); NStZ-RR 2016, 204; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schuster § 15 Rn. 82, 84; SK-Stein § 16 Rn. 31 f.; LK-Vogel § 15 Rn. 128; Wessels/Beulke/Satzger AT, Rn. 329; Roxin AT/1, 12/27 ff.

<sup>34</sup> BGH NStZ 2018, 37 (38 f.); NStZ 2013, 581 (582); BGH NStZ-RR 2013, 75 (77); BGH NStZ-RR 2013, 89 (90).

<sup>35</sup> Hassemer Kennzeichen des Vorsatzes, Armin Kaufmann-GS (1989), 289 (303 ff.); Volk Begriff und Beweis subjektiver Merkmale, BGH-FG (2000), Band IV, 739 (744, 746); Mylonopoulos Vorsatz als Dispositionsbegriff, Frisch-FS (2013), 349.

<sup>36</sup> Puppe Rasen im Straßenverkehr und Tötungsvorsatz, JR 2018, 323 (325); dies. Tötungsvorsatz und Affekt, NStZ 2014, 183 (185 f.); dies. Beweisen oder Bewerten, ZIS 2014, 66 (68); zust. Leitmeier Bedingter Vorsatz – ein Wertbegriff, HRRS 2016, 243 (244 f.); Schönemann Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff, Hirsch-FS (1999), S. 363 (367 f.)

<sup>37</sup> BGH NStZ 2003, 431 f. BGH NStZ 2003, 431; vgl. auch BGHSt 36, 1, 15; BGH NStZ 1983, 365; 407; 1984, 19; 585; 1986, 549; 1987, 284; 424; 1988, 175; 362; 1991, 126; 1992, 384; 587; 1993, 307; 384; 1994, 19; 585; 2003, 220, 221; 369; 431 f.; 2004, 329, 330; 2006, 169 f.; 2007, 199 f.; 267 f.; 307; 2008, 453 (454); StV 1982, 509; 1984, 187 f.; 1987, 92; 1988, 93; 1991, 510; 1992, 10; 1993, 307; 1993, 641; 1994, 14; 655; 1997, 7; 2004, 74 f.; 75; 76. Um Missverständnissen vorzubeugen sei erwähnt, dass der BGH das Hemmschwellenargument unlängst preisgegeben hat, vgl. BGH NStZ 2012, 384 (386 ff.). Es sagt aber viel über diese Methode der Rechtsfindung, wenn er dabei erklärt, dass diese Preisgabe eines Gesichtspunktes, mit dem in zahlreichen früheren BGH-Entscheidungen die Aufhebung des angefochtenen Urteils begründet wurde, im Ergebnis keinen Unterschied machen solle, aaO S. 386.

<sup>38</sup> Puppe Feststellen, zuschreiben, werten, NStZ 2012, 409 (414); Roxin Zur Normativierung des *dolus eventualis* und der Lehre von der Vorsatzgefahr, Rudolphi-FS (2004), 243 (246 f.); Jakobs Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff, Rechtswissenschaft 2010, 283 (287 ff.); Hruschka Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, Kleinknecht-FS (1985), 191 (201); Kindhäuser Gleichgültigkeit als Vorsatz?, Eser-FS, 345 (354); Pérez-Barberá Vorsatz als Vorwurf, GA 2013, 454 (456 f.); Stuckenberg Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im

wesentlich von denen, die in unserem Gegenbeispiel angeführt worden sind. Die Tatsache, dass sich Beutestücke im Besitz des Angeklagten befunden haben, hat inhaltlich mit der Tatsache, dass er den Einbruch begangen hat, nichts zu tun. Die Tatsache, dass er zur Zeit des Einbruchs an einem anderen Ort gesehen worden ist, hat ihrem Inhalt nach auch nichts mit der Tatsache zu tun, dass er den Einbruch nicht begangen hat. Sie ist nur ein, wenn auch zwingendes Indiz für diese Tatsache, weil niemand gleichzeitig an zwei verschiedenen Orten sein kann. Dagegen ist die Tatsache, dass der Angeklagte sein Opfer in offensichtlich lebensgefährlicher Weise angegriffen hat, nicht bloß ein Indiz für den Tötungsvorsatz in Form des *dolus eventualis*, sondern ein Grund dafür, ihn dem Täter zuzuschreiben.

Damit ändert aber auch der Begriff des billigend in Kauf nehmens oder sich Abfinden mit dem Erfolg seinen Sinn. Es ist nicht mehr eine psychische Tatsache, die man feststellen könnte, sondern eine Deutung des Täterverhaltens so, wie es in der Rechtsgemeinschaft verstanden wird, etwa in dem Sinne, wer unter den und den Bedingungen und in der und der psychischen Verfassung so gehandelt hat, der hat eben den Erfolg in Kauf genommen, der hat sich mit seinem Eintritt abgefunden. Das Verhältnis zwischen den Tatsachenfeststellungen, auf die man dieses Urteil stützt und dem Urteil selbst ist denn auch nicht das gleiche, wie das zwischen einem Indiz und der durch das Indiz bewiesenen Tatsache. Es hat viel mehr Ähnlichkeit mit dem Verhältnis zwischen den Tatsachen, die eine Wertung begründen und der Wertung selbst. Die Tatsachen, auf die eine Zuschreibung gegründet wird, sind nämlich, ebenso wie diejenigen, auf die eine Bewertung gegründet wird, integraler Bestandteil des Sinns der Zuschreibung.<sup>39</sup> Die Zuschreibung eines Vorsatzes hat einen anderen Sinn, je nachdem, ob ich bei ihrer Begründung das Gewicht auf die Größe der vom Täter erkannten Gefahr lege oder mehr auf die Gesinnung des Täters, seine sonstige Einstellung zu dem Opfer oder dem Verletzten Rechtsgut oder etwa vorhandene Reuebekundungen nach der Tat. Eine Zuschreibung steht also strukturell einer Wertung näher, als einer Tatsachenfeststellung. Sie unterscheidet sich von einer Wertung nur insofern, als die Interpretation des Täterhandelns keine Norm impliziert, also nicht ausdrückt, dass das eine Verhalten abzulehnen und das andere zu empfehlen sei. Der Täter, der die Gefährlichkeit seines Handelns erkannt hat, soll weder den Erfolg in Kauf nehmen, noch ernsthaft auf sein Ausbleiben vertrauen. Er soll vielmehr die Erkenntnis der Gefahr zum Anlass nehmen, auf die Handlung zu verzichten.

Damit stellt sich für ein zuschreibendes Urteil genauso wie für ein wertendes die Rechtsfrage, welche Gründe für die Zuschreibung, sog. Vorsatzindikatoren, anerkannt werden sollen und welche nicht. Auf diesem Feld spielt sich die Auseinandersetzung zwischen der sog. voluntaristischen und der kognitivistischen Vorsatztheorie ab. Die voluntaristische Vorsatztheorie zieht den Kreis der möglichen Vorsatzindikatoren möglichst weit und bestimmt ihn gar nicht abschließend.<sup>40</sup> Die kognitive Vorsatztheorie beschränkt die Vorsatzkriterien strikt auf die Gefahrvorstellung, die der Täter bei der Tatausführung hat. Sie nimmt unabhängig von der psychischen Verfassung des Täters, seiner allgemeinen Einstellung und seinem Charakter einen Vorsatz dann, aber auch nur dann an, wenn die Gefahr, die der Täter wissentlich verursacht hat oder zu verursachen glaubte, so groß und so anschaulich ist, dass ein vernünftiger Mensch an seiner Stelle sie nicht hätte eingehen können, ohne sich mit dem Eintritt des Erfolges abzufinden.<sup>41</sup>

Welchen Sinn soll aber nun das zuschreibende Urteil Vorsatz nach der voluntaristischen und der kognitivistischen Vorsatztheorie haben? Dieser Sinn ist ein verschiedener, weil die Indikatoren, die diese Zuschreibungen begründen sollen, verschiedene sind. Die Aufzählung dieser Indikatoren erspart uns aber nicht auf die Frage zu antworten, was wir aufgrund der Indikatoren dem Täter denn zuschreiben, ebenso wenig wie die Aufzählung der bewerteten Tatsachen es uns erspart, über den Sinn des Werturteils nachzudenken, dass wir mit ihnen begründen. Nach der voluntaristischen Theorie ist der Sinn der Zuschreibung eine innere Einstellung des Täters zum als möglich erkannten Erfolgseintritt, nämlich die, dass er sich damit abfindet, ihn hinnimmt, und ihn in diesem Sinne billigt. Der Ausdruck billigen hat also in diesem Kontext keine selbstständige Bedeutung. Die kognitivistische Vorsatztheorie nimmt den Begriff des Billigens ernst, aber nicht in dem Sinne, dass sie dem Täter eine Gemütsverfassung während der Tat zuschreibt, die sie dann als billigen bezeichnet, sondern in dem Sinne, dass sie das Verhalten des Täters als das eines vernünftigen Menschen interpretiert, der nach Maximen handelt. Hat der Täter eine derart große Gefahr des Erfolgseintritts bewusst geschaffen, dass sie ein vernünftiger Mensch an seiner Stelle nicht schaffen würde, wenn er den Erfolg nicht billigt, so hat er eben den Erfolg in einem zuschreibenden Sinne des Wortes gebilligt. Er hat durch sein Verhalten die Maxime zum Ausdruck gebracht, der Erfolg darf hier und jetzt sein.<sup>42</sup>

---

Völkerstrafrecht (2007), S. 385 f.; *Leitmeier* Bedingter Vorsatz – ein Wertbegriff, HRRS 2016, 243 (245 f.).

<sup>39</sup> *Hassemer* Kennzeichen des Vorsatzes, Armin-Kaufmann-GS (1989), 289 (304); *Puppe* Feststellen, zuschreiben, werten NSTZ 2012, 409 (414).

<sup>40</sup> *Roxin* Zur Normativierung des *dolus eventualis* und der Lehre von der Vorsatzgefahr, Rudolphi-FS (2004), 243 (245 f.); *Philips* An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Roxin-FS (2001), 365 (367); *Hassemer* Armin Kaufmann-GS, 289 (305 ff.).

<sup>41</sup> NK-*Puppe* § 15 Rn. 68.

<sup>42</sup> *Puppe* Anm. zu LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – 535 Ks 8/17, ZIS 2017, 439 (442); *dies.* Der Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis*, ZStW 103 (1991), 1 (14 ff.).

Da die Begriffsstruktur eines zuschreibenden Urteils die gleiche ist, wie die eines bewertenden, ist bei zuschreibenden Begriffen die Unterscheidung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage genauso zu treffen wie bei wertenden Begriffen. Die Tatsachen, auf die die Zuschreibung gestützt wird, die sog. Indikatoren sind vom Instanzgericht festzustellen, diese Feststellungen unterliegen der freien Beweiswürdigung und sind nicht reversibel. Welche Tatsachen aber eine Zuschreibung von Rechts wegen begründen, ist eine Rechtsfrage, die der Revision unterliegt. Es ist die Aufgabe des Revisionsgerichts, Regeln dafür festzulegen. Denn ohne allgemeingültige Regeln artet jede zuschreibende Begriffsanwendung in Gefühlsjurisprudenz und Willkür aus.<sup>43</sup>

Der BGH hat sich dieser Aufgabe weitgehend entzogen, und das nicht nur mit der Begründung, dass das billigende Inkaufnehmen eine schlichte Tatsache sei. Darüber hinaus heißt es in vielen Urteilen ausdrücklich:

„Gleichermaßen Sache des Tatrichters ist es, die Bedeutung und das Gewicht der einzelnen be- oder entlastenden Indizien in der Gesamtwürdigung des Beweisergebnisses zu bewerten.“<sup>44</sup>

In neueren Entscheidungen wird das aber als Rechtsfrage bezeichnet.<sup>45</sup> Wenn der Senat ein Urteil aber aufheben will, so stellt er fest, dass es an schweren Darstellungsmängeln leidet, weil es nicht, wie es der BGH verlangt, alle relevanten Umstände des Einzelfalles in eine „wertende Gesamtschau“ einbezogen hat.<sup>46</sup> Es ist bei etwas Fantasie nicht schwer, irgendeinen Umstand zu finden, den das Gericht entweder gar nicht, oder nicht ausführlich genug, oder nicht mit dem nach Ansicht des BGH angemessenen Gewicht erörtert hat.

Die Methode der zuschreibenden Begriffe beschränkt sich keineswegs auf den Vorsatz, sie greift vor allem im Allgemeinen Teil des Strafrechts immer mehr Platz. Ein weiteres wichtiges Beispiel dafür ist die Formel des BGH zur Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme. Sie lautet:

„Nach den Grundsätzen, die nach ständiger Rechtsprechung des BGH bei der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe zu beachten sind, liegt Mittäterschaft vor, wenn ein Tatbeteiligter nicht bloß fremdes Tun fördern will, sondern sein Beitrag Teil einer gemeinschaftlichen Tätigkeit sein soll. Dabei muß der Beteiligte seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils wollen. Ob ein Beteiligter dieses enge Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfaßt sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte für diese Beurteilung können gefunden werden im Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, im Umfang der Tatbeteiligung und in der Tatherrschaft oder wenigstens im Willen zur Tatherrschaft, so daß Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen.“<sup>47</sup>

Wenn man diesen Sätzen überhaupt einen Sinn abgewinnen kann, dann ist es ein zuschreibender.

Aber jede Zuschreibung, die von Rechts wegen erfolgt, muss nach allgemeingültigen und allgemein anerkannten Regeln erfolgen. Was ist der Unterschied zwischen einem Beteiligten, der nur fremdes Tun fördern will, und einem solchen, dessen Beitrag Teil einer gemeinschaftlichen Tätigkeit sein soll? Trifft das letztere nicht auch auf den ersteren Täter zu? Muss der Mittäter an der Tatausführung teilnehmen oder genügt eine Beteiligung im Vorbereitungsstadium?<sup>48</sup>

Die Beispiele zeigen, dass die zuschreibende Verwendung eines Begriffs ohne feste Regeln, welche Indikatoren sie begründen, die Gefahr birgt, dass man sich über dessen Sinn keine Klarheit mehr verschafft, sondern die Entscheidung im Einzelfall einer mystischen „Gesamtschau“ anheimstellt. Trotzdem müssen wir uns damit abfinden, dass in der Rechtsfindung ohne solche zuschreibenden Begriffsverwendungen offenbar nicht auszukommen ist. Dann darf aber eine solche Zuschreibung nicht als Tatsachenfeststellung ausgegeben werden, also als eine Aussage, die schlicht wahr oder falsch ist. Es muss vielmehr offen zugegeben werden, dass der Richter hier eine Entscheidung trifft und diese muss an Rechtsregeln gebunden werden. Über die Angemessenheit dieser Zuschreibungsregeln ist ein rechtswissenschaftlicher Diskurs zu führen, und die angehenden Juristen müssen lernen, auch mit dieser Methode

<sup>43</sup> Puppe Beweisen oder Bewerten, ZIS 2014, 66 (68); dies. Feststellen, zuschreiben, werten, NSTZ 2012, 409 (414); dies. Begriffskonzeptionen des dolus eventualis, GA 2006, 65 (76 ff.).

<sup>44</sup> BGH NSTZ-RR 2013, 89 (90); BGH NSTZ 2018, 37 (39).

<sup>45</sup> BGH NSTZ 2016, 211 (215); NSTZ-RR 2016, 204 (205)

<sup>46</sup> BGH NSTZ 2015, 266 (267), 516 (517); NSTZ 2014, 35; NSTZ-RR 2013, 89 (90); NSTZ 2015, 516 (517); vgl. dazu auch Puppe Durchgreifende Erörterungsmängel als Revisionsgrund, ZIS 2015, 320 (321 f.).

<sup>47</sup> BGH NSTZ 1995, 285; ähnlich BGH NSTZ 2000, 482; BGH NSTZ 2002, 200 f.; BGH NSTZ 2003, 90 (91); BGH NSTZ 2003, 253 (254); BGH NSTZ 2006, 94; BGH NSTZ 2006, 454; BGH NSTZ 2008, 273 (275); BGH NSTZ 2009, 25 (26); BGH NSTZ-RR 2010, 236; BGH NSTZ-RR 2011, 111 (112).

<sup>48</sup> Näher dazu Puppe Die Architektur der Beteiligungsformen, GA 2013, 514 (515).

der Rechtsfindung ehrlich und vernünftig umzugehen und sich dabei auch der Kritik anderen Juristen zu stellen.