

Bleckmann
Strafrechtsdogmatik – wissenschaftstheoretisch,
soziologisch, historisch

Kriminologische Forschungsberichte
aus dem
Max-Planck-Institut für
ausländisches und internationales
Strafrecht

Band 104

Herausgegeben von
Prof. Dr. Hans-Jörg Albrecht,
Prof. Dr. Günther Kaiser

Kriminologische Forschungsberichte
aus dem
Max-Planck-Institut für
ausländisches und internationales
Strafrecht

Band 104

Herausgegeben von
Prof. Dr. Hans-Jörg Albrecht,
Prof. Dr. Günther Kaiser

Strafrechtsdogmatik – wissenschaftstheoretisch, soziologisch, historisch

Das Beispiel des strafrechtlichen Vorsatzes

Frank Bleckmann



Freiburg i. Br. 2002

Frank Bleckmann, Dr. iur., war von 1998 bis 2001 Stipendiat der Max-Planck-Gesellschaft.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Bleckmann, Frank:

Strafrechtsdogmatik – wissenschaftstheoretisch, soziologisch, historisch : das Beispiel des strafrechtlichen Vorsatzes / Frank Bleckmann. – Freiburg im Breisgau : Ed. iuscrim, Max-Planck-Inst. für Ausländisches und Internat. Strafrecht 2002 (Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht ; 104) Zugl.: Freiburg (Breisgau), Univ., Diss., 2002
ISBN 3-86113-049-1

© 2002 edition iuscrim

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Strafrecht,
Günterstalstraße 73, D-79100 Freiburg i. Br.

Alle Rechte vorbehalten

Printed in Germany/Imprimé en Allemagne

Herstellung: BARTH · medien-haus GmbH
77955 Ettenheim
Telefax 078 22/44 47-28

Gedruckt auf chlor- und säurefreiem Papier

Danksagung

Mein Dank geht an die Max-Planck-Gesellschaft und meinen Doktorvater Prof. Dr. Hans-Jörg Albrecht für die großzügige Förderung im Rahmen eines zweijährigen Forschungsstipendiums an der Universität Cambridge und dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg/Br.

Mein Dank geht auch an meine Eltern und meine Großmutter, die die Arbeit in vielerlei Hinsicht – insbesondere den Aufenthalt in Cambridge – erst möglich gemacht haben. Meiner Frau Paula Bleckmann möchte ich dank sagen für ihre Unterstützung und ihr Interesse am Fortgang der Arbeit. Ohne ihr kontinuierliches Drängen wäre dieses Buch wahrscheinlich dem Charme meiner Söhne Benedikt und Elias zum Opfer gefallen.

Auch möchte ich mich bei meinen Kollegen und Freunden bedanken, die erste Entwürfe der Arbeit mit kritischen und konstruktiven Anmerkungen zu verbessern geholfen haben, insbesondere Ruben Bach, Monika Becker, Sven Höfer und Angelika Scheifele.

Emmendingen, im Juli 2001

Frank Bleckmann

Inhaltsverzeichnis

Danksagung	V
Abbildungsverzeichnis	X
A. Einleitung	1
I. Problemstellung und Ziel der Arbeit	1
II. Gang der Darstellung	5
B. Grundzüge der Vorsatzdogmatik	11
I. Vorsatzdefinitionen in der deutschen Rechtsprechung und Literatur	11
1. Die herrschende Meinung	12
a. Allgemeine Lehren	12
b. Der Vorsatz in der Rechtsprechung des BGH	17
2. Andere Konzepte	21
a. Allgemeine Lehren	21
b. Der Vorsatz in der Fallanwendung	23
II. Die englische Vorsatzdogmatik	27
1. Intent	29
2. Recklessness	32
3. Vergleich mit der deutschen Vorsatzdogmatik	34
4. Der Vorsatz in der Fallanwendung	38
III. Methode und Theorie in der Rechtsdogmatik	39
1. Die Grundstruktur der Rechtsdogmatik als Wissenschaft	39
2. Die Operationen der Rechtswissenschaft	45
3. Die Bedeutung von Systematik und Auslegung als Theorie und Methode	50
4. Zusammenfassung	53
IV. Zur Theorienbildung im (Straf-)Recht	56
1. Ebenen im strafrechtlichen Systembau	56
2. Der Rechtsbegriff	59

3. Die Rechtsgebietstheorien (Strafzwecktheorien).....	62
4. Die Einzelinstitute.....	64
5. Die Tatbestandsmerkmale.....	68
V. Systematische Konsequenzen für ein Schuldstrafrecht.....	70
1. Probleme des schuldstrafrechtlichen Rechtsbegriffs.....	70
2. Probleme eines absoluten Schuldstrafrechts.....	72
a. Zur Strafzweckidee.....	72
b. Zur Strafbegründung.....	75
c. Zur Strafzumessung.....	76
3. Probleme des schuldstrafrechtlichen Verbrechensbegriffs und des Vorsatzes.....	77
C. Eine Soziologie des Vorsatzes.....	83
I. Allgemeine soziologische Vorfragen.....	84
1. Doppelte Kontingenz als soziales Grundproblem.....	85
2. Kommunikation als dessen Lösung.....	86
3. Die Koppelung von Kommunikation und Bewußtsein.....	94
4. Handlung als Zurechnung von Kommunikation.....	100
5. Person als Zurechnungsadressat.....	104
II. Rechtssoziologische Grundlagen.....	108
1. Struktur als Grundsachverhalt sozialer Systeme.....	108
2. Eine besondere Art Struktur: Normen.....	111
3. Eine besondere Art Normen: Recht.....	118
4. Konsequenzen für den rechtsdogmatischen Systembau.....	124
III. Vorsatz soziologisch.....	130
1. Ein soziologischer Verbrechensbegriff: Der Tatbestand als Kommunikation.....	130
a. Verstehen.....	131
b. Mitteilung.....	132
c. Information.....	135
d. Der Zusammenhang von Information und Mitteilung.....	138
2. Exkurs: Ein soziologischer Vorsatzbegriff.....	143
3. Ein soziologischer Verbrechensbegriff: Rechtswidrigkeit und Schuld als Normwiderspruch und Handlungszurechnung.....	152
4. Ansatzpunkte einer Theorie der Vorsatzzuschreibung.....	157
a. Die Bedeutung von Wahrnehmung.....	157
b. Person und Rolle als Erwartungssets.....	158
c. Zum Verhältnis von Person und Rolle.....	159
d. Die Grenzen von Kommunikation.....	161
e. Der Zusammenhang von Person und Rolle mit Motiv- und Wissenszuschreibungen.....	164

IV. Dogmatische Konsequenzen	167
1. Eine soziologische Normalisierung schuldstrafrechtlicher Anomalien	167
2. Über die normative Relevanz deskriptiver Sätze: Zweckstrafrecht	170
3. Grenzen der Vorsatzdogmatik	175
4. Verbändehaftung	178
D. Ein theoretisches Modell der Geschichte des Vorsatzes	185
I. Das Untersuchungsprogramm für eine modell-theoretische Beschreibung des Vorsatzes	186
1. Orientierung an Gesellschaftstypen	186
2. Fragestellungen und Untersuchungsmaterial	189
II. Das Rechtsdenken archaischer Gesellschaften	190
1. War das germanische Recht Erfolgsstrafrecht?	191
2. Zum Personenkonzept	197
3. Formen der Normgeneralisierung	202
a. Sachlich: Alternativenlosigkeit des Weltentwurfes	202
b. Temporal: Gewalt	208
c. Sozial: Selbsthilfe	211
4. Zusammenfassung	214
III. Das Rechtsdenken stratifizierter Gesellschaften	215
1. Formen der Normgeneralisierung	217
2. Vorsatz und materielles Recht	226
a. Deutschland	226
b. England	235
3. Zum Personenkonzept, 1. Teil	244
4. Vorsatz und Prozeßrecht, 1. Teil	253
a. Deutschland	253
b. England	257
5. Zum Personenkonzept, 2. Teil	262
6. Vorsatz und Prozeßrecht, 2. Teil	266
7. Zusammenfassung	271
IV. In die Moderne	273
1. Formen der Normgeneralisierung	275
2. Vorsatz im Recht	276
a. Deutschland	276
b. England	292
3. Zum Personenverständnis	294
4. Konsequenzen für die Vorsatzfeststellung	310
5. Die Geschichte bis heute	312

E. Zusammenfassung und weiterführende Forschungsperspektive	317
Literaturverzeichnis	331
Sachverzeichnis	361

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Das Vorsatzmodell der herrschenden Meinung	13
Abbildung 2: Alternativen zur h.M.	25
Abbildung 3: Rechtsdogmatik wissenschaftstheoretisch	43
Abbildung 4: Unterscheidungsbaum zum Vorsatz	47
Abbildung 5: Strafzwecktheorien und Verbrechensbegriff.....	65
Abbildung 6: Kommunikation.....	87
Abbildung 7: Soziologie und Dogmatik der Straftat	156

A. Einleitung

I. Problemstellung und Ziel der Arbeit

Seit jeher ist das Staunen der erste Grund der Wissenschaften.¹ So auch bei dieser Arbeit, die ihren Ausgang bei den augenfälligen Seltsamkeiten und Schwierigkeiten der Vorsatzdogmatik nimmt, also den mehr als ein *Dutzend* Theorien über den Vorsatz, insbesondere zur Abgrenzung von der Fahrlässigkeit, einem so *ungewöhnlichen* Konzept wie dem des „sachgedanklichen Mitbewußtseins“, dazu *notorischen* Beweisproblemen.² Diese Unsicherheiten, ja *Anomalien* in der *Strafrechtsdogmatik* und ihre unproblematische *Hinnahme* durch die *Praxis* sind für die Rechtswissenschaften irritierend und faszinierend, was die nach wie vor hohe Prominenz des Themas in der Literatur belegt.³ Auch nach etwa 200 Jahren der modernen Diskussion um den Vorsatz sind Fortschritte kaum greifbar. Das nährt den Verdacht, daß das Rätsel in seinem traditionellen Verständnis schlicht keine Lösung hat.⁴ Diese Arbeit *versucht* – wenn auch möglicherweise am Ende keine Lösung präsentiert werden kann –, dann doch vielleicht zumindest das Scheitern zu erklären.

Je widersetzlicher die Probleme und je unsicherer die Lösungen, um so mehr gilt es, sich des Grundes zu versichern, auf dem ein weiterer Lösungsvorschlag gebaut werden soll. Beschäftigt man sich mit der Vorsatzdogmatik, dann ergibt sich erst einmal die ganz fundamentale Frage, wie sich denn hier überhaupt Fortschritte erzielen lassen könnten, und das heißt nichts anderes, als zum einen *methodisch* zu fragen, wie sich ganz grund-

¹ Vgl. Platon Theaet. 155 D, Aristoteles Met. I 2, 982 b 12.

² So auch Prittwitz (1988), S. 490, sehr deutlich Kleb-Braun (1986), S. 316.

³ Vgl. nur die chronologische Auflistung einschlägiger Arbeiten bei Roxin (1997), S. 361 ff.

⁴ Mehr als ein Verdacht ist es nicht. Die Lösung von FERMATS letztem Satz (aufgestellt 1637) gelang erst 1995, also nach über 350 Jahren, durch den englischen Mathematiker ANDREW WILES.

sätzlich wissenschaftlich überzeugende Strafrechtsdogmatik treiben ließe, zum anderen die *theoretischen* Hintergrundannahmen der Dogmatik sehr weitgehend in Frage zu stellen.

Es geht damit um *Konsistenz* und *Adäquatheit* der Dogmatik. Neben den Ansätzen, die wenig Wert auf systematische Absicherung ihrer Begründung für die eine oder andere Fallzuordnung legen, gibt es die ambitioniertere Strategie einiger Autoren – und in diese Gruppe ist auch die hier vorgelegte Arbeit einzureihen –, sich an *außerrechtlichen Strukturen* zu orientieren⁵, um Vorgaben für die Dogmatik zu gewinnen, anhand derer sich entscheiden ließe, ob etwas gute oder schlechte, vorzugswürdige oder abzulehnende Dogmatik sei. Die Forderung nach *Adäquatheit* führt zu einer *Externalisierung der Begründungskriterien* beim Theoriebau: WELZEL hatte es beispielsweise mit der Natur der Sache, nämlich einer Handlungsontologie in Anlehnung vor allem an HARTMANN probiert⁶, ZIEGERT mit Psychologie⁷, KINDHÄUSER⁸ und HRUSCHKA⁹ unter unterschiedlicher Akzentsetzung mit der *philosophy of language* in der Nachfolge WITTGENSTEINS, BURKHARDT¹⁰ u.a. mit der Sprechakttheorie in Anlehnung an SEARLE und andere, zuletzt LAMPE¹¹ unter Berufung auf eine nicht näher ausgeführte Sozialontologie und LESCH¹² mit HEGEL.

Der im folgenden ausgearbeitete Versuch, Vorsatzdogmatik und -praxis zu klären, unterscheidet sich von diesen Ansätzen **zum einen** durch seinen speziellen wirklichkeitswissenschaftlichen Zugang. Angesichts vor allem auch des Theorie-Praxis-Problems¹³ verspricht nur ein Weg Erfolg: von der

⁵ Siehe schon in Welzel (1931), S. 707: “Das ist auch gerade der Sinn der adäquaten Theorie: denjenigen spezifischen Zusammenhang des realen Seins zu erfassen, an welchem eine strafrechtliche Wertung erst möglich ist” und “So ergibt sich ganz allgemein, daß nicht der kausale Zusammenhang, sondern der auf der Gesetzmäßigkeit der Intentionalität beruhende teleologische Zusammenhang zwischen Erfolg und Subjekt die gegenständliche Seinsgrundlage möglicher strafrechtlicher Wertungen ist” (720). Im Rahmen der finalen Handlungslehre zuletzt Küpper (1990), insbesondere S. 36.

⁶ Siehe z.B. Welzel (1961), S. 3.

⁷ Siehe Ziegert (1987).

⁸ Siehe Kindhäuser (1984).

⁹ Siehe Hruschka (1976) und (1985).

¹⁰ Siehe Burkhardt (1998).

¹¹ Siehe Lampe (1999).

¹² Siehe Lesch (1999).

¹³ Und damit ist natürlich nicht die schlichte Kontrafaktizität des Rechts gemeint, also die Diskrepanz von rechtlichem Sollen und Sein, sondern die offensichtlich nur sehr

Wirklichkeit kommen.¹⁴ „Von der Wirklichkeit kommen“ – das bedeutet in bezug auf das Recht nicht etwa, einem naiven naturalistischen Fehlschluß zu erliegen, nicht, die Praxis ihre eigenen Regeln machen zu lassen. Denn im Bereich des Rechts wäre alles verloren, so Kant, „wenn die empirischen und daher zufälligen Bedingungen der Ausführung des Gesetzes zu Bedingungen des Gesetzes selbst gemacht, und so eine Praxis, welche auf einen nach *bisheriger* Erfahrung wahrscheinlichen Ausgang berechnet ist, die für sich selbst bestehende Theorie zu meistern berechtigt wird.“¹⁵ Auf der anderen Seite ist aber ebenso offensichtlich, daß ein Recht, das heute und in dieser Gesellschaft von z.B. katholischen statt naturwissenschaftlichen Erfahrungssätzen ausgehen würde oder die ständische Rechtsordnung des Spätmittelalters wieder etablieren wollte, scheitern müßte. Und „scheitern“ meint hier: gesellschaftlich irrelevant sein, nicht mehr in Anspruch genommen werden, einen Regelungszweck überhaupt nicht verwirklichen können.¹⁶

„Von der Wirklichkeit kommen“ will damit sagen: es gilt herauszufinden, womit das Recht zu rechnen hat. Die Rechtsdogmatik *schafft* in ihren Tatbeständen und Rechtsfolgen und den damit zusammenhängenden Wertungen eine Welt.¹⁷ Sie *setzt* aber auch, damit Dogmatik Sinn macht, eine

beschränkt programmierende Wirkung von Rechtstexten und wissenschaftlicher Rechtsdogmatik auf die Rechts-„anwendung“. Siehe als Studien dazu Hof/Lübbe-Wolf (Hg.) (1999) und Hill/Hof (Hg.) (2000).

¹⁴ Ähnlich Lampe (1999), der versucht, eine „sozialontologische“ Begründung des Strafrechts zu geben. Er bezieht sich dabei auf einen Programmsatz Dernburgs, der schon 1892 formuliert hatte: „Die Lebensverhältnisse [! – Hervorhebung von Lampe] tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man die Natur der Sache.“ (S. 86). Ontologische Grundlage des Unrechts seien soziale Beziehungen, diese wiederum Funktionen sozialer Prozesse. Das (formelle) Unrecht sei zwar abhängig vom Stand menschlicher Entwicklung und gesellschaftlicher Strukturen, aber unabhängig von jedem kulturspezifischen Inhalt. – Das kommt dem im folgenden zu entwickelnden Projekt grundsätzlich nahe. Lampe entwickelt seine Thesen aber nicht hinreichend theoretisch kontrolliert und etwa soziologisch abgesichert (was nach dem zitierten Programmsatz nahegelegen hätte), sondern in Auseinandersetzung mit der wenig wirklichkeitswissenschaftlich ausgerichteten traditionellen Strafrechtslehre. Entsprechend wenig zwingend (aber dogmatisch anschlussfähig) sind seine Ergebnisse.

¹⁵ Kant (1998), S. 129.

¹⁶ Der umgekehrte Fall ist geläufiger, nämlich der Versuch, europäische Rechtssysteme in „Entwicklungs“-ländern zu installieren. Siehe zu den Erfahrungen mit dem Kolonialrecht z.B. Chanock (1985). Siehe auch Luhmann (1987), S. 298 ff. m.w.N.

¹⁷ So Hassemer (1981), S. 107 und 110; mit bezug auf Hegel Herzog (1987), insb. S. 120 und passim. Siehe auch Buckner (1978).

bestimmte *natürliche* wie *soziale* Welt voraus. Es geht nach hiesigem Verständnis in der wissenschaftlich reflektierten Rechtsdogmatik dann darum, die vorfindlichen, tatsächlich wirksamen Strukturen und die darin aufscheinenden Grenzen sozialer Gestaltbarkeit zu explizieren, zu ordnen und in eine idealiter rationale, konsistente Systematik des Rechts *de lege lata* wie *de lege ferenda* einzufügen, die diesen Grenzen Rechnung trägt. Das positive Recht als Versuch gesellschaftlicher Selbststeuerung ist, weil die gesellschaftliche Plastizität Grenzen hat, auf die Soziologie als Reflexionstheorie der Gesellschaft angewiesen, um die eigenen Wirkungen beobachten zu können – und daran zu lernen, wie die Welt ist, in der das Recht sich geltend machen will. Anders gesagt: das Soziale ist ein widersetzliches Medium, in das das Recht nur sehr begrenzt und nur bestimmte Formen einschreiben kann. Rechtliche Intervention als hierarchischer Eingriff ins Soziale muß scheitern – und genau deshalb ist das Machen von Erfahrung und das Lernen daran so nötig. Eine Rechtswissenschaft nun ist zweifelhaft, die eine Praxis einfach hinnimmt, welche von wissenschaftlichen Erkenntnissen abgekoppelt und unbeeindruckt weiterhin das tut, was sie tut.¹⁸ Eine solche Rechtswissenschaft, die nicht bereit ist, ihre *Anwendungsbedingungen* in ihren theoretischen Überlegungen mitzureflektieren, muß sich den Vorwurf des bloßen „Glasperlenspiels“ in der Tat gefallen lassen.

Es geht, m.a.W., nicht ohne die Wissenschaft von der Gesellschaft, sonst wird die Sterilität der Rechtswissenschaft, ihre gesellschaftliche Bedeutungslosigkeit, zunehmen. Wenn man versucht herauszubringen, unter welchen Bedingungen das Recht operieren muß, wie die Welt ist, in der das Recht sich sucht, geltend zu machen, ist der Zugang, jedenfalls in der hier vertretenen Auffassung, allein über die *Soziologie* möglich. Recht ist, und das ist die *Grundüberzeugung* dieser Arbeit, zunächst einmal eine soziale Veranstaltung. Beim Recht geht es um Verhaltensabstimmung, um eine soziale Ordnungsleistung – ob als Freiheitsordnung oder als Zwangsordnung begriffen, zu welchem Zweck auch immer. Als *externes Begründungskriterium* werden also weder eine Natur der Sache, noch psychische Strukturen, die Regeln der Sprache oder der Weltgeist in Anspruch genommen. Mit LUHMANN wird vorliegend davon ausgegangen, daß es statt dessen nahe liegt, „diese Art der Externalisierung durch Bezugnahme auf das Gesamtsystem der Gesellschaft zu ersetzen ... Vielleicht liegt in dieser

¹⁸ Siehe mit vielen Einsichten, aber ohne theoretischen Hintergrund z.B. Naucke (1973) und, gerade bezogen auf den Vorsatz, Loos (1980), 267 ff.

an Systemtheorie orientierten Form eine letztlich überzeugende Lösung des Problems; sie ist bisher jedoch noch nicht ausprobiert worden in einer Weise, die ihren Ertrag für die eigenen Operationen des Rechtssystems hätte erkennbar werden lassen.“¹⁹ – Das wird hier versucht.

Zum anderen ist es ein *zentrales Anliegen* dieser Arbeit, eine Systematik zu entwerfen, die mit ihren abstrakten Begriffen in der Lage ist, über das *gesamte Recht* Systematisierungsleistungen und damit Konsistenzprüfungen zu erbringen. Dafür bedarf es einer hinreichend abstrakten Grundbegrifflichkeit. Um eine insoweit einheitliche Sprache für Soziologie und Recht zu finden, bietet es sich an, auf die von NIKLAS LUHMANN ausgearbeitete Theorie sozialer Systeme zurückzugreifen. Diese Entscheidung hängt sowohl mit dem abstrakten, aber reichen begrifflichen Instrumentarium zusammen, das eine Analyse des vorliegenden Problems ermöglicht, als auch mit den Vorarbeiten LUHMANN'S zur Rechts- und Gesellschaftstheorie, an die anzuschließen sich anbietet. LUHMANN'S Denken ist für diesen Text zentral, das wird immer wieder deutlich werden. In der vorliegenden Arbeit wird versucht, in dieses Denken einigermaßen behutsam einzuführen, gerade auch, weil es häufig fremd und kontraintuitiv erscheint.

Im folgenden wird *eine* Konzeption einer gesamten Strafrechtswissenschaft und der daraus folgenden Vorsatzdogmatik vorrangig erst einmal *vorge stellt* und danach, so gut es im Rahmen einer solchen Arbeit geht, *begründet*. Im Vordergrund steht damit die Entwicklung und Darstellung einer Theorie, nicht ihre detaillierte Rechtfertigung. Es werden im folgenden eine Reihe mit dieser Perspektive konsistente Positionen für hochumstrittene Fragen vertreten, ohne daß damit der Anspruch verbunden wäre, diese Streitfragen nach Abwägung der Gegenpositionen *abschließend* beantwortet zu haben. Diese Arbeit nimmt allerdings für sich in Anspruch, wahre Positionen zu vertreten – und konzidiert ohne weiteres, sich auch irren zu können.

II. Gang der Darstellung

Im nächsten, dem zweiten Kapitel, wird in die gegenwärtige rechtsdogmatische Diskussion um den Vorsatz eingeführt. Dabei werden zunächst nur die typischen Probleme und Positionen dargestellt; es wird also nicht die zum Teil hochdifferenzierte Diskussion im Detail rekonstruiert. Nicht um

¹⁹ Luhmann (1993), S. 505

die Sache noch weiter zu komplizieren, vielmehr um Vergleichsmöglichkeiten zu eröffnen, wird nicht nur das deutsche, sondern auch das englische Strafrecht in die Darstellung einbezogen.

Im folgenden wissenschaftstheoretischen Teil, der aus zwei Abschnitten zu Methode und Theorie in der Rechtsdogmatik und der Anwendung auf das Strafrecht besteht, sollen die *Anforderungen* an eine wissenschaftlich befriedigende Vorsatzdefinition formuliert werden. Es werden damit auch Kriterien entwickelt, die Auskunft geben sollen, welche Ansätze wissenschaftlich wenig überzeugen – und warum. Dabei spielen im Hintergrund die Verfassungsvorgaben an die Rechtsdogmatik eine Rolle, wesentlich also die Elemente des Rechtsstaatsprinzips²⁰. Gerade was den Grad der Bestimmtheit rechtsdogmatischer Aussagen angeht, wird im folgenden – aus *wissenschaftlicher* Sicht naheliegend – allerdings eine deutlich schärfere Position vertreten, als sie das Bundesverfassungsgericht für die Praxis vorschreibt²¹. Bei der Frage nach den Kriterien guter Rechtswissenschaft spielen so natürlich auch die rechtlichen Vorgaben an die Rechtsdogmatik eine Rolle.

Man kann nur Sinn aus dem Vorsatz (wie allen anderen theoretischen Begriffen) machen, wenn man ihn als *Antwort* auf eine *Frage* versteht, als Lösung eines Problems. Warum es den Vorsatz überhaupt gibt und warum nicht vielmehr kein Vorsatz ist, wird selten gefragt.²² Zwar kann sich der Jurist heute auf das Gesetz berufen und erspart sich so weitere Ausführungen, aber das ist kaum historisch plausibel: noch im RStGB von 1871 wurde der Vorsatz mit keinem Wort im Rahmen des Allgemeinen Teils als *allgemeine* Strafbarkeitsvoraussetzung ausdrücklich erwähnt – natürlich deshalb, weil er so selbstverständlich war. Das war aber nicht immer so. Die Vorsatzdogmatik hat sich jedenfalls nicht als gesetzgeberische Innovation, sondern unabhängig vom Gesetz entwickelt. Es gibt heute, *im Hinblick auf das geltende Recht*, nur *zwei* aussichtsreiche Antworten auf die Frage, wie sich ein Vorsatzbegriff begründen läßt und mit welchem Rechtsbegriff, welcher Strafzwecktheorie, welchem Verbrechens- und Rechtsgutsbegriff,

²⁰ Inklusive des für den Theoriebau zentralen, inzwischen faktisch im Verhältnismäßigkeitsprinzip angesiedelten *Willkürverbots*, s. BVerfGE 55, 72 (88); 70, 230 (240 f.); 71, 146 (156).

²¹ Siehe BVerfGE 52, 1 zum allg. Bestimmtheitsgebot, BVerfGE 71, 108 und 73, 206 (insb. 234 ff.) zu Art. 103 II GG – vor allem in bezug auf die *Grenzen der Auslegung* (73, 239 f. einerseits, 246 f. andererseits).

²² Das konstatiert auch Jakobs (1989), S. 518.

welchen Tatbestandsmerkmalen er sich konsistent denken läßt. Die beiden Ausgangspunkte möglicher Antworten heißen (nicht ganz überraschend): Moral oder Funktionalismus, vergeltendes Schuldstrafrecht oder positive Generalprävention.²³ Alle anderen Versuche einer (meist präventiven) Fundierung des Strafrechts liegen über Kreuz mit der geltenden Rechtslage und können auch insbesondere kaum Sinn aus einem Vorsatzerfordernis machen. Das gilt es, im **zweiten Kapitel** herauszuarbeiten.

Geht man von einem vergeltenden Schuldstrafrecht aus, das ja historisch überhaupt zur Prominenz des Vorsatzes geführt hat, muß man mit zwei zentralen theoretischen Problemen fertig werden. Das eine betrifft die Affinität, wenn nicht Abhängigkeit von Moral, also das Problem der Bestimmung des Verhältnisses von Recht und Moral. Das zweite betrifft die wirklichkeitswissenschaftlichen Grundlagen, Stichwort: Freiheit gegen Determinismus. Beide sind bisher nicht befriedigend gelöst.

Die *wesentliche Frage* der Vorsatzdogmatik lautet: *Wie kann man den Sinn von Handlungen identifizieren, also in ihrer Bedeutung objektiv bestimmen?* Man erkennt leicht den zentralen Widerspruch, der quasi als Katalysator die Diskussion um den Vorsatz ständig in Gang gehalten hat, nämlich die evidente Unvereinbarkeit des Konzeptes eines zunächst einmal nicht wahrnehmbaren inneren Faktums und dessen Relevanz für den sozialen Verkehr. Dieser Widerspruch ist bis heute nicht gelöst. Praktisch relevant wurde er mit der Abschaffung der Folter und, was dann einsetzte, war der Versuch, eine subjektive Interpretation des Vorsatzes zu halten, aber den Tätern die allzu leichte Einlassung abzuschneiden, sie hätten die Tat nicht gewollt. Man mühte sich, *objektive* Kriterien für die Sinndeutung menschlichen Verhaltens zu formulieren, wo nach tradiertem Verständnis doch nur subjektive Sinngebung sein konnte.²⁴

An dieser Beobachtung setzt die Alternative an, die heißt: positive Generalprävention – und zwar als grundsätzlich empirischer Prüfung zugängliche *soziologische* Theorie.²⁵ Dann stellt sich die Frage, wie der Vorsatzbe-

²³ Ob die Positionen sich auf die jeweiligen Verfechter von „Funktionalismus“ bzw. „alteuropäischem Prinzipiendenken“ verteilen lassen, ist naheliegend, aber – jedenfalls nach eigenem Verständnis – wohl unzutreffend. Siehe Jakobs (1995) auf der einen, Lüderssen (1995) auf der anderen Seite.

²⁴ Auch die Auseinandersetzung über die Bestimmung des Ortes der Sinnproduktion zwischen „Objektivisten“ (Gesellschaft) und „Subjektivisten“ (Individuum) ist klassisch. Siehe unten S. 86 ff.

²⁵ Die hier entwickelte Position stellt sich damit den klassischen Vorgaben: theoretisch informiert und empirisch gehaltvoll. Ob dieses Ideal einzulösen ist oder nicht, läßt

griff eines strafrechtsdogmatischen Systems auf der Grundlage positiver Generalprävention als Strafzweck aussehen könnte. Die Ideallösung würde die Vermeidung der Probleme und theoretischen Folgelasten einer schuldstrafrechtlichen Vorsatzdefinition voraussetzen, ohne hier und heute moralisch inakzeptabel zu werden. Das läßt sich erreichen, wenn man Soziologie bemüht und darum geht es im folgenden, dem **dritten Kapitel**.

Zwei Themen sind es, die in diesem dritten Kapitel behandelt werden: zum einen, wie eine soziologische Theorie positiver Generalprävention auf Grundlage der LUHMANNSCHEM Systemtheorie zu verstehen ist²⁶, zum anderen, wie sich mit diesem Verständnis dogmatische Begriffe nachzeichnen lassen – insbesondere Verbrechensbegriff und Vorsatz. Der Ansatz ist einfach: eine Straftat ist ein Normbruch und eine Norm kann nur kommunikativ gebrochen werden (nicht also durch Naturereignisse).²⁷ Der Verbrechensbegriff ist so das Programm zur sozialen Identifikation normenttäuschender Kommunikation. Der Vorsatz nun fragt nach der kommunikativen Qualität menschlichen Verhaltens als bedeutungshaltigem *Handeln* gegenüber bloß faktischem *Verhalten*.

Das **vierte Kapitel** schließlich handelt wesentlich davon, die Leistungsfähigkeit einer soziologischen Parallelbeschreibung rechtlicher Begriffe zu demonstrieren, und zwar indem man durch die Rückbindung an eine *ahistorische* soziologische Problemstellung die *historisch unterschiedlichen* gesellschaftlichen Lösungen in den Blick bekommt. Das hier favorisierte soziologische Ausgreifen über die Grenzen der Dogmatik ist notwendig, "wenn man die Kontingenz von Recht und Dogmatik begreifen will als Lösung strukturabhängiger sozialer Probleme, die auch anders gelöst und in andersartigen Gesellschaften auch anders gestellt werden können."²⁸ Die zentrale Idee ist, daß, geht man nicht vom Begriff, sondern von der Sache selbst aus, man in der Lage ist, eine Geschichte als *Problemgeschichte* des Vorsatzes und seiner historisch variablen Lösungen zu schreiben.

Die zentrale Fragestellung des vierten Kapitels ist, wie die Verbuchung von Verhalten als Kommunikation historisch variiert. Diese Fragestellung

sich bisher nicht endgültig sagen. Der wesentliche Unterschied zum Ansatz von Jakobs, bei allen Gemeinsamkeiten, liegt im konsequenten Versuch des Durchhaltens dieser soziologischen, wirklichkeitswissenschaftlichen Orientierung.

²⁶ Und das heißt: in Abgrenzung zu Jakobs, Lesch, aber auch Müller-Tuckfeld (1998), Kargl (1995) und Freund (1995).

²⁷ Siehe generell Jakobs (1995), S. 863.

²⁸ Luhmann (1981g), S. 316.

wird allerdings eher modelltheoretisch als im strengen Sinne historisch angegangen. Es soll auch unter Heranziehung historischer und ethnologischer Forschung theoretisch entwickelt werden, wie die Grundstruktur der Kommunikationsverbuchung bei Normbrüchen in unterschiedlichen Gesellschaften ausgesehen haben *könnte*. Empirisch reichen hier zunächst Anfangsplausibilitäten. Dabei spielen auf der einen Seite die sozialen Mechanismen der Normgeneralisierung (sachlich, zeitlich und sozial) und – damit zusammenhängend – die gesellschaftlichen Formen der Konfliktbearbeitung, d.h. die Struktur des „Rechtsganges“²⁹ eine wesentliche Rolle, auf der anderen Seite das, was als Personenmodell, als diese Erwartungskollage, die die kommunikative Verbuchung strukturiert, beschrieben werden kann.

Diese ‚unterschiedlichen Gesellschaften‘ werden dabei wieder anhand der Annahmen der LUHMANNSCHEM Soziologie unterteilt nach der *primären* Form ihrer Differenzierung in segmentäre, stratifizierte und funktional differenzierte Gesellschaften. Als Beispiele dienen England und Deutschland der letzten 1 000 Jahre, wo, so die These, diese drei primären Differenzierungsformen zu finden waren. Hier ist die Idee, daß die Probleme der Sachebene (also des Sozialen), die über politische Grenzen hinweg nach gesellschaftlichen Differenzierungsformen gleich sind, lediglich durch die historisch gewachsenen Semantiken (auch und gerade des Rechts) anders erscheinen. M.a.W.: Jedes Rechtssystem einer gegebenen Differenzierungsform muß die gleichen Probleme lösen und nur die semantischen Formen der Problemlösung differieren.

Ermöglicht wird mit der Ausrichtung auf Differenzierungsformen, die nur in Europa die Form einer zeitlichen Abfolge, also eines historischen Verlaufs angenommen haben, auch die Einbeziehung ethnologischer Untersuchungen segmentärer und stratifizierter Gesellschaften, die heute noch in unterschiedlichen Teilen der Welt zu finden sind. Auf diese Weise läßt sich die hier erzählte Geschichte mit weiteren Daten anreichern, was vor allem ein Versuch ist, die schlechte Datenlage der fernerer Vergangenheit etwas auszugleichen. Bei all dem geht es, das sei nochmals betont, nicht um historische Forschung, sondern soziologischen Modellbau – das ergibt sich schon aus der methodisch problematischen Einbeziehung ganz unterschiedlicher Quellen.

²⁹ Das „Recht“ im „Rechtsgang“ ist dabei sehr weit gefaßt. Gemeint sind alle Verfahren zur Identifikation und Verarbeitung eines Normbruchs – nicht nur von den im Rechtssystem ausdifferenzierten, sondern von allen Normen.

Das **fünfte Kapitel** endlich schließt die Arbeit mit einer Zusammenfassung und weiterführenden Forschungsfragen, die sich aus der hier vertretenen Auffassung einer gesamten Strafrechtswissenschaft entwickeln lassen.

B. Grundzüge der Vorsatzdogmatik

Dieses Kapitel führt in die Rechtsdogmatik des Vorsatzes ein, und zwar die des *deutschen* wie die des *englischen* Rechts. Die von Rechtsprechung und Literatur vorgeschlagenen Lösungen klassischer Problemfälle werden vorgestellt und typisiert. Dabei wird deutlich, daß die angebotenen Vorsatzdefinitionen nur dann wirklich gewürdigt werden können, wenn sie systematisch verortet, somit in ihren dogmatischen und tatsächlichen Voraussetzungen geklärt und auf diese Weise kritisierbar gemacht werden. Der wissenschaftliche Kontext der vorgeschlagenen Vorsatzbestimmungen muß miteinbezogen werden. Zu diesem Zweck folgen zwei Abschnitte über die Theorie der Rechtsdogmatik (insbesondere die Anforderungen an rechtsdogmatische Problemlösungen), die die Ansprüche an *gute* Rechtsdogmatik formulieren, und deren Konsequenzen für die Systematik des Strafrechts, über die sich die dogmatischen Folgelasten und tatsächlichen Vorannahmen verschiedener Definitionsstrategien beim Vorsatz ermitteln lassen. Das Kapitel schließt mit der Darstellung der Konsequenzen dieser Analysen für die Vorsatzdogmatik.

I. Vorsatzdefinitionen in der deutschen Rechtsprechung und Literatur

Das „Datengerüst“ (die gesetzliche Grundlage) in bezug auf die Vorsatzdogmatik ist dünn¹, und damit gehen die allgemeinen Auslegungsregeln weitgehend ins Leere: die gesetzliche Regelung ist fragmentarisch², der Wortlaut gibt insofern wenig her – und gerade das ist vom Gesetzgeber gewollt³, der damit kaum eine Hilfe für die Auslegung bietet.

¹ Im Allgemeinen Teil vor allem §§ 15, 16, 22 StGB.

² Siehe LK-Schroeder Vor §§ 15-18 Rn. 2.

³ BT-Drucksache V/4095, S. 8 f. (Das Fehlen von Vorsatzdefinitionen habe zu keinen Schwierigkeiten geführt. „Demgegenüber berge ihre gesetzliche Fixierung die Gefahr einer gewissen Erstarrung der weiteren dogmatischen Entwicklung in sich.“).

Die Definition des Vorsatzbegriffes bedarf also kontrollierter 'Spekulation'. *Spekulation*, weil sie bis zu einer Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers prekär bleiben muß; *kontrolliert*, weil es im Rechtsstaat nicht Zufall sein darf, wie Begriffe gebildet und angewendet werden.⁴ Diese Kontrolle ermöglicht allein *Systembildung*. „[I]m BT liefern die gesetzlichen Vorschriften zugunsten des Täters das gesamte zur Systembildung verfügbare Material, das freilich durch Ergänzungen anwendbar gemacht werden darf.“⁵ Bei der allgemeinen Zurechnungslehre hingegen „sind die gesetzlichen Vorschriften Fixpunkte eines ansonsten nach Inhalt und Umfang ohne gesetzliche Leitung zu bildenden Systems“⁶. Aber: „Je vager die gesetzliche Rahmenbestimmung bei der Zurechnungslehre ist, um so wichtiger ist freilich die systematische Absicherung derjenigen Lehren, die vom Gesetzesanwender unter Beachtung der gesetzlichen Fixpunkte zu entwickeln sind.“⁷

In diesem Abschnitt werden die Spekulationen um den Vorsatzbegriff zu verfolgen sein, und es soll versucht werden, *typische Definitionsstrategien* zu identifizieren. In den folgenden Abschnitten ist dann zu fragen, welche systematischen Konsequenzen diese Definitionsversuche haben – und das heißt, wie kontrolliert die Spekulationen wirklich sind.

1. Die herrschende Meinung

a. Allgemeine Lehren

Die gängige Definition des Vorsatzes ist allgemein geläufig: das Wissen und Wollen der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden objektiven Merkmale.⁸ Der Vorsatz wird also dem Begriffe nach durch ein intellektuelles und ein voluntatives Element gebildet.⁹

einige wenige Hinweise aber auf S. 11 zum Versuchsvorsatz (unmittelbares Ansetzen „nach seiner Vorstellung von der Tat“ als Vorsatzerfordernis beim Versuch, Bekennnis zur *subjektiven Versuchstheorie*, die die Grundlage der Strafbarkeit im *verbrecherischen Willen* sieht). Kritisch zur Abstinenz des Gesetzgebers insbesondere hinsichtlich des *dolus eventualis* Roxin (1973), S. 201.

⁴ Zum Bestimmtheitsge- und Willkürverbot siehe schon oben S. 6 in Fn. 20.

⁵ Jakobs (1991), 4/16.

⁶ Ebd.

⁷ Jakobs (1991), 4/45.

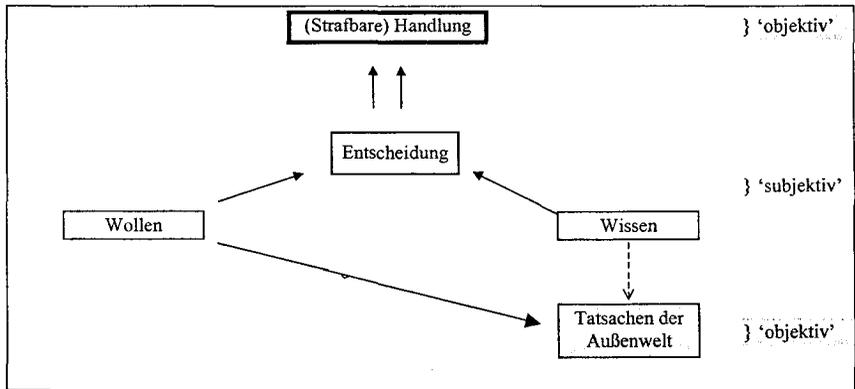
⁸ Für viele nur Sch/Sch-Cramer § 15 Rn. 9, Wessels/Beulke (1999), Rn. 201 ff.; RGSt 51, 305 (311), BGH NJW 89, 781.

⁹ Siehe Jescheck/Weigend (1996), S. 293 m.w.N.

Das dahinter stehende Handlungsmodell entspricht den einfachen Modellen rationaler Wahl.¹⁰ Es läßt sich wie folgt kurz beschreiben: Es wird angenommen, daß die *Motivation* (Präferenz) in Hinblick auf das vorhandene *Weltwissen* (Information) zu einer Entscheidung führt, die sich in einer Handlung (einerlei, ob Tun oder Unterlassen) äußert. Der *Grund* für eine bestimmte **Motivation** ist dabei nur in Einzelfällen von Interesse¹¹, der *Inhalt* der Motivation, das unmittelbare Handlungsziel hingegen zentraler Anknüpfungspunkt strafrechtlicher Wertung.¹² Das **Wissen** wird auch als „Spiegelbild der die *Tat* charakterisierenden Merkmale im Täterbewußtsein“¹³ bezeichnet. Es ist selten vollständig und hängt von der *Motivation*, also vom Willen, ab, es zu verbessern. Auf der anderen Seite kann aber nur dort Wissen bewußt akquiriert werden, wo das Wissen um fehlendes Wissen bereits vorhanden ist.

Als Orientierung mag die folgende schematische Darstellung dienen, wobei die Bezeichnung ‚objektiv‘ auf die allgemeine Wahrnehmbarkeit in der Außenwelt, das Wort ‚subjektiv‘ auf die der Wahrnehmung entzogenen internen Vorgänge verweist:

Abbildung 1: Das Vorsatzmodell der herrschenden Meinung



Der **Inhalt** des intellektuellen Elements wird als Kenntnis der (strafbegründenden und strafschärfenden) Tatumstände, des (möglichen) Erfolgs und des Kausalverlaufs in seinen wesentlichen Zügen von der Handlung zum

¹⁰ Für dieses Modell siehe Elster (1986).

¹¹ Vgl. z.B. § 213 StGB.

¹² Siehe Sch/Sch-Lenckner Vor §§ 13 ff. Rn. 54.

¹³ Sch/Sch-Cramer § 15 Rn. 38 – Hervorhebung im Original.

Erfolg verstanden.¹⁴ Dabei reicht bezüglich normativer Tatbestandsmerkmale Bedeutungskennntnis („Parallelwertung in der Laiensphäre“).¹⁵ Das Wissen muß nun nicht je bewußt reflektiert werden, es reicht generelle Kennntnis („Mitbewußtsein“).¹⁶ Die Entscheidung, der „Entschluß zur Verwirklichung der Tatbestandshandlung“¹⁷, ist für die h.M. der zentrale Anknüpfungspunkt. Das ausschlaggebende Element der Entscheidung ist dabei *voluntativ*.¹⁸ Die h.M. fragt: „Wie steht der Täter zum eingetretenen Erfolg?“¹⁹ Die Formulierungen variieren: es werden Einwilligungsg- bzw. Billigungstheorie, Gleichgültigkeitstheorie, Ernstnahmetheorie und Vermeidetheorie unterschieden.²⁰ Auf die Einzelheiten kommt es hier nicht an. Wichtig ist, daß alle diese Lehrmeinungen in den *Grundannahmen* soweit übereinstimmen.

Für die am wenigsten voraussetzungsvolle Vorsatzform (*dolus eventualis*) wird – vor allem von der Rechtsprechung – angenommen, der Täter müsse die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes ernsthaft für möglich halten (intellektuelles Element)²¹ und sich mit ihr abfinden, sie akzeptieren, in sie einwilligen oder sie billigend in Kauf nehmen²² (voluntatives Element).²³ Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Erfolg erwünscht oder unerwünscht ist.²⁴ Wer also im Bewußtsein eines hohen Risikos der Tatbestandsverwirklichung handelt, aber auf einen glücklichen Ausgang ernsthaft – und nicht bloß vage – vertraut, handelt *nicht* vorsätzlich.²⁵ Wie diese „Ernsthaftigkeit“ oder „Vagheit“ zu verstehen ist, ist allerdings bisher weitgehend ungeklärt.

Da es um einen „psychischen Sachverhalt“²⁶ geht, das Vorliegen eines „psychischen Substrats“²⁷ festzustellen ist, ist **im Strafprozeß** über diesen

¹⁴ Siehe Wessels/Beulke (1999), § 7 III 1; Jescheck/Weigend (1996), S. 294.

¹⁵ Siehe Jescheck/Weigend (1996), S. 295; Sch/Sch-Cramer § 15 Rn. 43.

¹⁶ Siehe LK-Schroeder § 16 Rn. 99.

¹⁷ Jescheck/Weigend (1996), S. 294.

¹⁸ Vgl. BGHR StGB § 15 Vorsatz, bedingter 4.

¹⁹ Roxin (1973a), S. 220.

²⁰ Nachweise bei Sch/Sch-Cramer § 15 Rn. 80 ff. und Hillenkamp (1996), S. 7 ff.

²¹ Siehe BGH StV 1997, 8; BGHSt 36, 1 (9): Eintritt des Erfolgs „möglich und nicht ganz fernliegend“.

²² So die gängigen Formeln der Rechtsprechung, siehe nur BGHR StGB § 15 Vorsatz, bedingter 6. BGHSt 36, 1 (9): „einverstanden“ sein, d.h.: „billigend in Kauf nehmen“ oder sich eines anderen Zieles wegen damit „abfinden“.

²³ Siehe Jescheck/Weigend (1996), S. 299 m.w.N.

²⁴ Siehe BGHSt 7, 363 (369); BGHSt 36, 1 (9); BGH NSTe Nr. 33 zu § 212 StGB.

²⁵ Siehe Jescheck/Weigend (1996), S. 301.

²⁶ Wessels/Beulke (1999), § 5 III 4; siehe auch Hassemer (1989), S. 296.

Sachverhalt – wie alle anderen *Tatsachen* – Beweis zu erheben.²⁸ Der Vorsatznachweis hängt somit davon ab, den psychischen Zustand des Täters während der Tat zu ermitteln, und zwar sowohl in Bezug auf das intellektuelle wie auch das motivationale Element.²⁹

„Da die Grenzen dieser beiden Schuldformen [Eventualvorsatz und bewußte Fahrlässigkeit, fb] eng beieinander liegen, müssen die Merkmale der inneren Tatseite besonders sorgfältig durch tatsächliche Feststellungen belegt und dabei insbesondere die Rechtsbegriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit in ihre tatsächlichen Bestandteile aufgelöst werden.“³⁰

Dazu hat der BGH einen ganzen Katalog von Merkmalen in den Kategorien Tat³¹, Tatausführung³², Tatplan³³ und Täter³⁴ entwickelt. Dabei legt er immer wieder Wert auf eine *Gesamtwürdigung* der Tat, insbesondere auch eine Würdigung der Umstände, die Alternativdeutungen zulassen.³⁵

Als gängige Abgrenzungsformel in der Praxis erfreut sich nach wie vor die Zuspitzung einer Formulierung von FRANK großer Beliebtheit.³⁶ Die Frage ist, ob beim Täter die *Kenntnis des Erfolgs* der Handlung zu einem Zeitpunkt *ex ante* die Handlung verhindert hätte oder nicht.³⁷ Hätte die Kenntnis des Erfolgs die Handlung nicht verhindert (sagte sich also der Täter vor der Tat „Sei's drum!“), soll es sich um Eventualvorsatz handeln, wäre die Handlung bei Kenntnis des Erfolgs unterlassen worden (sagte sich

²⁷ Frisch (1990), S. 535.

²⁸ Vgl. Mayer-Gofner § 267 Rn. 7; KK-Herdegen § 244 Rn. 4; BGHR StGB StGB § 15 Vorsatz, bedingter 2.

²⁹ Siehe BGHR StGB § 212 Vorsatz, bedingter 27; BGH NStZ 1994, S. 483.

³⁰ BGHR StGB § 15 Vorsatz, bedingter 2 m.w.N.

³¹ *Für* Vorsatz: hohe Gefährlichkeit der Tat, BGHR StGB § 15 Vorsatz, bedingter 8, S. 3, siehe auch Prittwitz (1988), S. 498; *dagegen*: Hemmschwelle z.B. bei Tötungsdelikten, BGH StV 1997, 8.

³² Allgemein: BGHR StGB § 15 Vorsatz 1; *Gegen* Vorsatz: Verstreichenlassen günstigerer Tatgelegenheiten, Ausführung spricht eher für Vermeidenwollen als gezielter Herbeiführung, Nichtnutzung weiterer Möglichkeiten, BGH StV 1997, 7.

³³ Eigentliches Ziel des Täterhandelns, Bedeutung der Handlung im Tatplan, BGHR StGB § 15 Vorsatz 4; (kein) einleuchtendes Motiv, BGH NStE Nr. 35 zu § 212 StGB.

³⁴ Persönlichkeitsstruktur und psychische Verfassung, BGH StV 1997, 7 f., BGHR StGB § 15 Vorsatz, bedingter 4 und 5; Vorleben des Täters, Äußerungen vor, bei oder nach der Tat, BGHR StGB § 15 Vorsatz, bedingter 6.

³⁵ Siehe BGHR StGB § 15 Vorsatz, bedingter 5 und BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 7.

³⁶ So auch Prittwitz (1988), S. 487.

³⁷ Siehe auch schon RGSt 33, 4 (5).

also der Täter vor der Tat, es werde schon gut gehen, und das war Geschäftsgrundlage seines Handelns), um bewußte Fahrlässigkeit.³⁸

Eine in der aktuellen rechtspolitischen Diskussion relevante Konsequenz dieses Vorsatzverständnisses lautet: wenn Wissen und Wollen – wie ganz herrschend – als Mentalzustände, als psychische Fakten gedacht werden, Handlungen als Verwirklichung eines selbstgesetzten Zweckes in der Außenwelt, dann ist dieser naturalistischen Auffassung nach *Vorsatz nur bei Menschen möglich*. Unternehmen und Verbände, Personenmehrheiten allgemein, können damit *selbst nicht* vorsätzlich handeln.³⁹ Zwar ist die *Zurechnung* der Handlungen und auch des Verschuldens natürlicher Personen zu juristischen Personen grundsätzlich unproblematisch, ja im Zivilrecht häufig wesentlicher Zweck dieser Institution. Die Zurechnung der *strafrechtlichen* Schuld dagegen ist jedoch nach h.M. nicht möglich, weil sie immer *persönliche, individuelle* Schuld ist.⁴⁰ Diese Kombination von naturalistischem Vorsatzverständnis und an natürliche Personen gebundenem Schuldverständnis schließt die Strafbarkeit von Personenzusammenschlüssen nach geltendem deutschen Recht aus.⁴¹ In der Rechtsprechung des BGH ist der Ansatzpunkt für die strafrechtliche Kontrolle von Unternehmenshandeln statt dessen die Ausweitung *individueller* Verantwortlichkeit *in Unternehmen*, also der Zurechnung zu für das Unternehmen unmittelbar handelnde natürliche Personen⁴², dogmatisch auf der Ebene von *objektiver Zurechnung* im weitesten Sinne (Kausalität⁴³ und, vor allem, Täterschaft und Teilnahme⁴⁴). Ein Problem dabei bleibt der Vorsatznachweis. Eine

³⁸ Frank (1924), § 59 Anm. V, S. 176.

³⁹ Siehe Achenbach (1995), S. 302. Der Vorsatzbegriff im Rahmen eines überindividuellen Handlungsbegriffes – so Volk (1993), S. 435 – sei „nur als Fiktion denkbar.“

⁴⁰ Siehe Heine (1995), S. 51, Jescheck/Weigend (1996), S. 227 m.w.N., Volk (1993), S. 433.

⁴¹ Siehe Jescheck/Weigend (1996), S. 227, Bottke (1997), S. 246 f. Das Bundesverfassungsgericht hält eine Unternehmensstrafbarkeit nicht grundsätzlich für verfassungswidrig, schränkt aber – per *obiter* – ein, es könne „nur die Schuld der für sie verantwortlich handelnden Personen maßgeblich sein“ (BVerfGE 20, 323 (336)).

⁴² So schon die allgemeine gesetzliche Regelung in §§ 14 StGB, 9 OWiG (Organ- und Vertreterhaftung) als Verantwortungsdelegation *von oben nach unten* und § 130 OWiG bzw. § 13 StGB (Aufsichtspflichtverletzung) für die Verantwortungsverschiebung *von unten nach oben*.

⁴³ Siehe BGHSt 37, 106 (111 ff.), 41, 206 (214 ff.).

⁴⁴ Es gelten die allgemeinen Regeln. Siehe im übrigen BGHSt 37, 106 (114 ff.), BGH JZ 1995, 45. Dazu kommt u.U. eine Unterlassungshaftung aus Garantepflichten des

u.U. mögliche Garantenhaftung des Unternehmensinhabers und der Leitungsebene nach § 13 StGB, die aus einer Pflicht zur *Verhinderung betriebsbezogenen deliktischen Verhaltens* von Mitarbeitern resultieren würde⁴⁵, scheidet in der Regel am Fehlen „der Kenntnis oder doch Erkennbarkeit der konkreten Tat des Mitarbeiters.“⁴⁶ Auch wenn man den Gegenstand von der Tat selbst auf die *Ordnungsmäßigkeit der Pflichtendelegation* in Hinblick auf die Auswahl, Leitung und Aufsicht von Mitarbeitern verschiebt⁴⁷, ist der vorsätzliche Verstoß gegen die Pflicht zur verantwortungsvollen Delegation kaum nachweisbar und so wohl vor allem in Hinblick auf Fahrlässigkeitstaten relevant.⁴⁸ So bleiben Fälle straflos, bei denen es sich um eine „strukturelle“ oder „organisierte individuelle Unverantwortlichkeit“ handelt⁴⁹, wie z.B. im Falle des Untergangs der Autofähre „Harald of Free Enterprise“.⁵⁰

b. Der Vorsatz in der Rechtsprechung des BGH

Die „Billigung“ des Erfolgs ist wesentliches Abgrenzungskriterium zwischen bewußter Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz und „im Rahmen der vom Tatrichter vorzunehmenden Gesamtwürdigung“⁵¹ zu bestimmen. Die Aussage eines Angeklagten, er habe geglaubt, gehofft, darauf vertraut, daß nichts passieren werde, steht der Annahme einer Billigung *nicht entgegen*, wenn sich aus den Umständen nach Überzeugung des Gerichts etwas *anderes* ergibt.⁵² Denn es ist selbstredend die Aufgabe *des Gerichts* und *nicht* des Angeklagten, diese Billigung verbindlich festzustellen. Das Gericht hat dabei Wissensstand, -quellen, Persönlichkeit etc. des Angeklagten als für oder gegen eine Billigung sprechende Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Dabei ist der Schluß von der objektiven Gefährlichkeit der Handlung⁵³ oder

„Geschäftsherrn“ (s. Sch/Sch-Stree § 13 Rn. 52). Für das Ordnungswidrigkeitenrecht siehe § 130 OWiG.

⁴⁵ Siehe z.B. Bottke (1991), S. 85 f.

⁴⁶ Achenbach (1995), S. 296.

⁴⁷ Siehe Schmidt-Salzer (1981), Rdn. 1.145.

⁴⁸ Der Auffangtatbestand des § 130 OWiG (Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen) soll hier nicht weiter erörtert werden.

⁴⁹ Zu den Begriffen siehe Heine (1995), S. 54 f.

⁵⁰ Vgl. den Sheen Report (1987) bzw. Boyd (1990) und das Urteil *P&O European Ferries (Dover) Ltd* (1991) 93 Cr App 72.

⁵¹ BGHSt 36, 1 (11)

⁵² Ebd.

⁵³ Siehe BGH NSTE Nr. 30 zu § 212 StGB

der intellektuellen Gefahreinschätzung des Angeklagten⁵⁴ auf bedingten Vorsatz *möglich*⁵⁵, aber weiter *begründungsbedürftig*; insbesondere bei im alltäglichen Leben anzunehmender subjektiver Unerwünschtheit einer Tötung („Hemmschwelle“⁵⁶) bedarf dessen Feststellung besonderer Rechtfertigung. Zunächst ist daher von einem ernsthaften Vertrauen in den Nicht-eintritt des Erfolgs auszugehen, denn es ist erst einmal nicht plausibel, anzunehmen, daß z.B. ein Autofahrer⁵⁷ in Kenntnis des eingetretenen Erfolgs eine solche Fahrweise an den Tag gelegt hätte.⁵⁸ Freilich muß diese Begründung auf ausreichender Tatsachengrundlage erfolgen und das Vorliegen des voluntativen Vorsatzelements mit möglichen und nachvollziehbaren, *nicht unbedingt zwingenden* Beweiszeichen belegt werden.⁵⁹ Erst eine allgemein hoch riskante Fahrweise eines Täters, mehrfache Unfälle dieser Art oder Äußerungen wie „Haben sie halt Pech gehabt ...“ o.ä. deuten darauf hin, daß auch der Erfolg billigend in Kauf genommen wurde.⁶⁰ Dabei ist die Würdigung der Beweise innerhalb dieser Grenzen grundsätzlich Sache des Tatrichters.⁶¹

Besonders schwierig zu bewerten ist in diesem Zusammenhang der folgende

Lederriemenfall: A und B wollen einen Dritten ausrauben und, um ihn kampfunfähig zu machen, mit einem Lederriemen drosseln. Diese Tatausführung schien ihnen allerdings später zu risikoreich. Als ein Alternativ-

⁵⁴ Siehe BGHSt 36, 1 (13)

⁵⁵ Ihm *kann* „im Einzelfall ein wesentlicher indizieller Hinweis auf das Vorliegen des voluntativen Vorsatzelements entnommen werden.“ BGHSt 36, 1 (13).

⁵⁶ Dazu siehe z.B. Puppe (1992).

⁵⁷ Vgl. Roxin (1973a), S. 229 ff. und Schmidhäuser (1980), S. 244 f.

⁵⁸ Der BGH unterstellt eine allgemeine Motivlage in Alltagssituationen dergestalt, daß normalerweise ein Tod nicht gewollt sein könne. Daraus folgt, daß, wenn er passiert, eben entweder die Gefahr der Tötung nicht erkannt oder auf einen glücklichen Ausgang ernsthaft vertraut wurde – sonst wäre bei gegebener Vermeidemotivation ja anders gehandelt worden. Damit wird das Pferd von hinten aufgezäumt. Es handelt sich praktisch um eine widerlegliche Fahrlässigkeitsvermutung. Siehe nur BGH NStE Nr. 30 zu § 212 StGB m.w.N.

⁵⁹ Siehe BGHSt 36, 1 (13 f.) m.w.N.

⁶⁰ In diese Kategorie gehören im übrigen viele Fälle *risikoreichen Verhaltens*, meist um einen bestimmten *anderen Zweck* zu erreichen – von der Inbrandsetzung möglicher Unterkünfte (sei es aus Gründen des Betrugs einer Feuerversicherung oder einer politischen Stellungnahme zu den üblicherweise dort lebenden Menschen), der gewaltsamen Ruhigstellung schreiender Kinder, der Durchbrechung von Straßensperren bis zu den diversen Formen der Austragung von Konflikten.

⁶¹ Siehe M-G § 261 StPO, Rn. 3 und § 337 StPO, Rn. 1.

plan, das Opfer kampfunfähig zu machen, nun jedoch fehlschlug, holte der A den Lederriemen hervor und benutzt ihn bis ihr Opfer durch den Einsatz des Lederriemens seinen Widerstand aufgibt und sich nicht mehr rührt. Die beiden durchsuchen die Wohnung und nehmen diverse Gegenstände an sich. Bevor sie das Haus verlassen, versuchen sie ihr Opfer erfolglos wiederzubeleben. Dann verlassen sie den Tatort.⁶²

Von einer positiven Billigung bzw. der Gleichgültigkeit dem Tode des Opfers gegenüber kann man hier kaum reden, A und B haben sich ja durchaus um das Opfer bemüht. Die Möglichkeit des Erfolgs ist allerdings ernstgenommen und nicht nur als ganz unbedeutend eingeschätzt worden. Jedenfalls waren A und B offensichtlich nicht der Meinung, das Risiko sei vernachlässigbar klein gewesen. Das aber reicht nach Ansicht des BGH hier. Sie hätten sich zu Gunsten ihres Plans, das Opfer zu berauben, mit dessen möglichem Tod abgefunden, so daß im konkreten Fall auch das voluntative Vorsatzelement als gegeben anzusehen sei. Die Unerwünschtheit des Erfolgs hindere diese Feststellung nicht.

Diese relativ frühe Entscheidung des BGH läßt sich nicht ohne weiteres in die Rechtsprechung der letzten zehn Jahre einordnen. Der BGH hat in allen Entscheidungen betont, daß ein Schluß von der objektiven Gefährlichkeit auf das intellektuelle wie voluntative Element grundsätzlich möglich ist, dabei aber immer darauf hingewiesen, daß beim Fehlen eines besonderen Motivs die allgemeine Hemmschwelle vor der Tötung eines Menschen eine weitere, im tatsächlichen abgesicherte Begründung erfordert. „Hemmschwelle“ bedeutet aber nichts anderes als „Unerwünschtheit“. D.h.: Bei der Unerwünschtheit des Todes ist der Schluß allein von der objektiven Gefährlichkeit *nicht* mehr *möglich*. Es bedarf dann, so scheint es fast, eines Sondermotivs oder der Feststellung besonderer *Gleichgültigkeit* dem Opfer gegenüber – sei es durch einen entsprechenden Tatplan (dagegen: spontane Begehung aus einer affektiven Erregung), eine bestimmte Ausführung der Tat (dagegen: Vorsicht, Vermeideversuche, fehlende Zielgerichtetheit) oder eines entsprechenden Nachtatverhaltens (dagegen: Rettungsmaßnahmen).

Betrachtet man die Tat von den Anforderungen an die bewußte Fahrlässigkeit, kommt man zum gleichen Ergebnis. Der entscheidende Punkt ist die Frage, ob ein möglicher Täter die Gefahr nicht erkannt *oder* ernsthaft

⁶² Vgl. BGHSt 7, 363.

darauf vertraut hat, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten. Nach der Rechtsprechung gilt: Ein unerwünschter Erfolg legt *prima facie* nahe, daß

- die Gefahr überhaupt nicht erkannt wurde.
- die Gefahr erkannt, aber als vernachlässigbar eingeschätzt wurde.
- die Gefahr erkannt, aber auf ihre Nichtverwirklichung vertraut wurde.

Problematisch sind Fälle, in denen die Gefahr erkannt und *ex ante* für so substantiell gehalten wurde, daß Vorsichtsmaßnahmen ergriffen wurden. Man kann auf der einen Seite behaupten, das zeige, daß eben gerade nicht auf den Nichteintritt des Erfolgs vertraut wurde. Freilich ließe sich auch im Gegenteil sagen: durch die Sicherungsmaßnahmen wurde gerade ihr Vertrauen in den Nichteintritt gerechtfertigt. *Erst durch diese Maßnahmen* vertrauten sie auf die Erfolgsvermeidung. Was für den BGH im Lederriemenfall den Ausschlag gegeben haben mag, ist, daß die Täter, die aus Risikobewußtsein eine Strategie der Risikominimierung planten, sie dann der Tatausführung willen aufgeben. Das mag die oben genannte *Prima-facie*-Vermutung gegen den Vorsatz entkräften. Ob es zur Verurteilung ausreicht, ist Tatfrage. Denkbar ist nach wie vor, daß auf einen glücklichen Ausgang vertraut wurde, auch wenn das zunehmend unvernünftig erscheinen muß. Unvernunft aber impliziert nicht das voluntative Element im Vorsatz.⁶³ Die Formel der Ernstnahme der Möglichkeit des Erfolgs ist insofern mißverständlich, als sie die intellektuelle Einschätzung der Intensität der Risikos als Anknüpfungspunkt nahelegt. Das jedoch reicht nicht – jedenfalls wenn man den Beteuerungen der Rechtsprechung glauben kann, das voluntative Element habe eine eigenständige Berechtigung.

Es bleibt die Frage, ob der Täter, wenn er zum Zeitpunkt der Tat um den zukünftigen Erfolgseintritt gewußt hätte, er trotzdem gehandelt hätte – wenn auch mit Bedauern.⁶⁴ Das ist die zentrale Frage die der Praktiker einzuschätzen hat. Dabei spielen all die Beweisanzeichen eine Rolle, die einen Schluß auf das Verhältnis des Täters zum Erfolg kennzeichnen können. Auch im Lederriemenfall sind die trichterlichen Einschätzungen wohl von der Beweislage her gedeckt und möglich, wenn auch nicht zwingend. Das aber reicht für ein rechtlich nicht zu beanstandendes Urteil.

⁶³ So auch Roxin (1973a), S. 230.

⁶⁴ Hier käme man, wollte man in *diesem* Falle noch von „unerwünscht“ reden, in die Nähe von absurden Äußerungen. Denn außerhalb von Entschuldigungslagen etwas zu tun und zu sagen, man wolle es nicht tun, ist klassisch widersprüchliches Verhalten – und wird nach dem Grundsatz der *protestatio facto contraria* für den zurechnungsfähigen Täter nach dem Sinn der Tat, *nicht der sprachlichen Äußerung*, aufgelöst. Siehe unten Seite 138.

Zusammenfassend läßt sich so festhalten, daß nach dem Modell der herrschenden Meinung *die Handlung und ihr Handlungssinn* durch den aus Motivation und Kenntnis des Handelnden folgenden Tatentschluß konstituiert wird. Der Täter bestimmt die Bedeutung seiner Tat, und es ist die Aufgabe des Strafprozesses, diese Bedeutung zu rekonstruieren. Ein richtiges Urteil beruht dann auf der zutreffenden Rekonstruktion des Handlungssinns aus den intellektuellen und voluntativen Eigenschaften des Handelnden zum Zeitpunkt der Tat.

2. Andere Konzepte

a. Allgemeine Lehren

Die Alternativkonzeptionen des Vorsatzes in der überwiegenden Literatur unterscheiden sich im wesentlichen dadurch von der h.M., daß sie meist (aber nicht immer) im Bereich des Eventualvorsatzes auf das voluntative Element verzichten und sich damit vor allem für die Frage interessieren: "Wie schätzt der Täter die Möglichkeit des Erfolges ein?"⁶⁵ In diesem Fall also wird das ausschlaggebende Element der Entscheidung im Intellektuellen gesehen, dem Voluntativen wird eine davon zu unterscheidende Existenz abgesprochen⁶⁶: Handeln im Wissen der (ernsten) Gefahr heißt Vorsatz. Es wird differenziert entsprechend der Gefahreinschätzung: Möglichkeitstheorie, Wahrscheinlichkeitstheorie, Risikotheorie, Gefährdungstheorie usw.⁶⁷ Auch hier kommt es auf die Einzelheiten nicht entscheidend an.

Dem folgt bei einigen Autoren die Unterscheidung von *Haupt- und Nebenfolgen* der Handlung. Bei Hauptfolgen (diejenigen Handlungsfolgen, die beim Ausbleiben ein Scheitern des Tatplanes bedeuten würden) kommt es allein auf die *Absicht* der Herbeiführung an, solange die Möglichkeit einer Herbeiführung (auch) von eigener Einwirkung abhängig gedacht wird. Nebenfolgen sind diejenigen Folgen, die sich durch (den Versuch der) Herbeiführung der Hauptfolge ereignen, deren Eintreten für die Verwirklichung des Tatplans aber nicht wesentlich ist. Darauf bezogen kann als unterschiedliche Einschätzung der *Eintrittswahrscheinlichkeit* vorliegen: *Fürsicherhalten* der Nebenfolge, *Fürmöglichhalten* der Nebenfolge und *Er-*

⁶⁵ Vgl. Roxin (1973a), S. 220.

⁶⁶ So z.B. explizit Frisch (1983), Kargl (1993), Kindhäuser (1984), Hruschka (1976), ders. (1985), Schmidhäuser (1982) und andere.

⁶⁷ Siehe Sch/Sch-Cramer § 15 Rn. 74 ff.; Hillenkamp (1996), S. 1 ff.

kennbarkeit der Nebenfolge entsprechend *dolus directus* 2. Grades, Eventualvorsatz und Fahrlässigkeit.⁶⁸

In der Wortwahl kommen sich h.M. und alternative Formulierungen allerdings teilweise sehr nahe. So ist die h.M. der Auffassung, daß das voluntative Element erfüllt ist, wenn der Täter „sich dafür entscheidet, zur Erreichung des von ihm angestrebten Handlungsziels die (ungewisse) Verwirklichung des Tatbestandes hinzunehmen.“⁶⁹ Das voluntative Element steckt hier, *kaum noch erkennbar*, im „Hinnehmen“, das eine bestimmte *Stellungnahme* nahelegt. Inwieweit das noch einen Unterschied zu den Formulierungen *Handlung in Kenntnis ihrer (möglichen bzw. nicht unwahrscheinlichen) Folgen*⁷⁰ und *Handlung in Ungewißheit über das Ausbleiben des Erfolgs*⁷¹ macht, ist kaum erkennbar, denn auch das kann ja als Stellungnahme interpretiert werden.⁷² Der Unterschied schwindet weiter, wenn in den letzten beiden Fällen als Alternativen zur h.M. ein besonderer Entschluß, ein *Urteil* über das Risiko gefordert wird.⁷³ Wenn „Entscheidung“ oder „Entschluß“ als Zentralbegriff des Vorsatzes, als Beschreibungsformel, akzeptiert wird, ist es möglicherweise unerheblich, wo das entscheidungstragende Element loziert wird.⁷⁴ Neben der großen Mehrzahl der Autoren, die der traditionellen Auffassung folgen und für innere, psychische Fakten Anzeichen in der Außenwelt suchen, gibt es auch eine Gruppe von Autoren, die statt dessen von der äußeren Erscheinung bestimmen wollen, welches Handeln vorsätzlich ist, ohne noch Bezug zu nehmen auf ein dahinter liegendes, zu identifizierendes Substrat.⁷⁵

Eine andere, bisher weniger diskutierte Abweichung besteht in der Verortung der Konstitution des sozialen Sinns einer Handlung: statt durch den *Handelnden* durch einen *Beobachter*, statt einer Handlungsontologie eine

⁶⁸ Siehe Lesch (1997), S. 806, Jakobs (1991), 8/7 ff., Kühl (1997), Rn. 5/35 und 39.

⁶⁹ Jescheck/Weigend (1996), S. 300.

⁷⁰ Siehe Schmidhäuser (1980) und Jakobs (1991), 8/8 u. 8/23.

⁷¹ Siehe Frisch (1990), S. 547 f. und ders. (1983), *passim*.

⁷² So z.B. Haft (1976), S. 372.

⁷³ Siehe Jakobs (1991), 8/23 und Frisch (1990), S. 544 und ders. (1983), S. 192 ff., 482 und *passim*. So auch die Einschätzung von Prittwitz (1988), S. 496.

⁷⁴ So Roxin (1997), S. 393. Das erkennt man leicht, wenn man sich die weiteren Unterscheidungen vergegenwärtigt, die die jeweiligen Fallgruppen organisieren. Ihre Zuordnung zum „Wissen“ oder „Wollen“ ist gleichermaßen möglich und führt zu den gleichen Ergebnissen. Siehe unten S. 48 und S. 145. Ob es trotzdem bautechnische Gründe für die eine oder andere Zuordnung gibt, muß hier zunächst offen bleiben. Siehe auch Frisch (1991), S. 23 in Fn. 6.

⁷⁵ So z.B. Hassemer (1989), Prittwitz (1988), Hruschka (1985), Schewe (1983).

Theorie der sozialen Handlungsidentifikation, die größtenteils sprachphilosophisch begründet wird.⁷⁶

Schließlich: Im Bereich des Vorsatz**nachweises** ergeben sich weitgehende *praktische* Übereinstimmungen zwischen h.M. und Literatur. Der Unterschied zur Rechtsprechung besteht zum einen in der Auffassung des Vorsatznachweises als eines Zurechnungsurteils statt des Beweises von Tatsachen⁷⁷, zum anderen im Verfahren des Alternativenausschlusses⁷⁸ statt der Plausibilisierung von Tatsachenhypothesen durch möglichst viele Indizien.⁷⁹ Insgesamt geht es dabei offensichtlich vor allem um erkenntnistheoretische Probleme, die systematisch und dogmatisch folgenreich, praktisch aber nur begrenzte Auswirkungen haben, da die Operationalisierung der Kritik zu wenig anderen Gesichtspunkten gelangt als in der Praxis der Gerichte üblich – einer Praxis allerdings, die nach wie vor mit einem bunten Strauß für sich unbestrittener Gesichtspunkte arbeitet, ohne sich auch nur entfernt systematisch binden zu wollen. Auch wenn Regelmäßigkeiten erkennbar sind – eine Begründung fehlt. Das aber scheint mir der Kernpunkt der Kritik zu sein, die eine ganz generelle ist und für viele Rechtsbereiche gilt, beim Vorsatz jedoch besonders deutlich hervorsticht.

b. Der Vorsatz in der Fallanwendung

Die Abweichungen alternativer Ansätze führen *praktisch* lediglich zu Randkorrekturen.⁸⁰ Die Divergenzen sind, bezieht man konkrete Fälle in die Betrachtungen mit ein, geringer, als sie gemessen an der Zahl der Theorien und Formulierungen erscheinen.⁸¹

Die praktische Falllösung setzt ganz bei der intellektuellen Komponente an. Muß z.B. ein Autofahrer durch einen Beinahe-Unfall das Risiko seiner Fahrweise erkannt haben, ist die Frage, ob er das Risiko als vernachlässigbar eingeschätzt hat, ebenfalls praktisch vorentschieden. Würde man den Fall dahingehend abwandeln, daß es vorher *nicht* zu besagtem Beinahe-Unfall gekommen wäre, mag die Lösung weniger klar sein. Dabei ist die

⁷⁶ Siehe Kindhäuser (1984), Hruschka (1976), Haft (1976).

⁷⁷ Siehe Hruschka (1985), S. 200 ff.

⁷⁸ Als systematisch ausgearbeitete Theorie siehe Freund (1987), zur unsystematischen Technik der Alternativenkonstruktion in der Rechtsprechung siehe aber allgemein M-G § 267 Rn. 12, konkret z.B. BGH NStZ-RR 1997, S. 35; NStZ-RR 1997, S. 269 (270); NSTe Nr. 37 zu § 212 StGB.

⁷⁹ Frisch (1990), S. 555 ff. im Anschluß an Freund (1987).

⁸⁰ So wohl die allgemeine Einschätzung, siehe Sch/Sch-Cramer § 15 Rn. 72.

⁸¹ Wie hier Frisch (1990), S. 539; Hassemer (1989), S. 298, 301.

Frage, ob das Vertrauen in einen guten Ausgang plausibel ist, entsprechend der konkreten Fallgestaltung zu klären, insbesondere in Hinblick auf das objektive Risiko und dessen Erkennbarkeit, aber auch die Persönlichkeit des Täters. Ist das Vertrauen in den glücklichen Ausgang nur die Erwartung der üblicherweise fehlenden Schadensfolge (z.B. beim ungeschützten Verkehr eines HIV-Infizierten), soll nach dieser Ansicht Vorsatz fernliegen. In diesem Fall sei es plausibel, daß der Täter auf das Ausbleiben des Erfolgs vertraut hat – woraus das Gegenteil folgen sollte, ist dann nicht ersichtlich.⁸²

Im Lederriemenfall nun wurde der mögliche Tod gesehen und das Todesrisiko offensichtlich nicht als unerheblich abgetan. Der Täter hat also gehandelt, obwohl er den Tod nicht ausschließen konnte, in Ungewißheit über das Ausbleiben des Erfolgs. Handeln mit Risikokenntnis aber heißt, sich mit dem Erfolg abzufinden. Darauf, wie unerwünscht dieser Erfolg ist (offensichtlich ja nicht so unerwünscht, daß er die Risikoeingehung verhindert hätte), kommt es nicht an.⁸³

Zum besseren Überblick über die vertretenen Positionen und ihre systematischen Unterschiede sei auf die nachfolgende Tabelle verwiesen.

⁸² Siehe Frisch (1990), S. 563.

⁸³ Siehe Schmidhäuser (1980), S. 246.

Abbildung 2: Alternativen zur herrschenden Meinung

Autor	Handlungsbe- griff, Bestimmung des Handlungsinns	Entscheidung	intellektuelles Element	voluntatives Element	Nachweis
h.M.: BGH ⁸⁴ und aus der Literatur z.B. Jeschek / Weigend ⁸⁵ , Wes- sels/Beulke ⁸⁶ , Cramer ⁸⁷ u.a.	<ul style="list-style-type: none"> • kausale Bewe- gungsbewirkung, finale Hand- lungsbestim- mung oder so- zialerhebliches Verhalten • Subjekt 	psychologisch, freie Hand- lungswahl	Möglichkeit des Erfolgs, Tatumstände, Kausal- verlauf, sachgedankli- ches Mitbewußtsein, Parallelwertung in der Laiensphäre	Billigen des Erfolgs, in Kauf nehmen, sich abfinden (gg. nicht einverstanden sein und ernsthaftes Vertrauen auf Nichteintritt des Erfolgs)	- Beweiserhebung über psychische Tatsachen, - Schluß von Indizi- en auf innere Tatbe- standsmerkmale
Frisch ⁸⁸	hM	hM	Ungewißheit über das Ausbleiben des tatbe- standlichen Erfolgs (gg. Unkenntnis der Mög- lichkeit des Erfolgs bzw. Gewißheit des Nichteintritts) im übrigen wie h.M.	nein	Erhebung des allein faßbaren Wissens- elements, Alternativenaus- schluß, Anknüp- fungspunkte für Gewißheit des Nichteintritts: Art der Handlung, all- gemeines Wissen, Situation, Täterdis- positionen
Haft ⁸⁹	hM	hM	hM, Handeln bei einer Prognose des Kausal- verlaufs heißt Stellung- nahme zur Norm, Pro- gnoseverdrängung steht in manchen Fällen der Prognose gleich: Rol- lenbild des Täters	nein	Ermittlung des Vor- satzes nach "alltags- sprachlichen Para- digmen"
Hruschka ⁹⁰	<ul style="list-style-type: none"> • Zuschreibung einer Regeln- wendung (= Handlung eines bestimmten Typs), • Beobachter 	Zurechnung 1. bei Wissen der Regelanwen- dung 2. ohne äußere Hinde- rung	hM, Bewußtsein der Regelanwendung ist Wille der Regelanwen- dung.	nein	Vorsatz wird nicht bewiesen, sondern zugerechnet. Schluß auf innere Bedin- gungen bei Erfüllung der äußeren möglich, <i>dolus ex re</i> . Keine Vorsatzvermutung sondern – unaus- weichlicher – Schluß aus Umständen.

⁸⁴ BGHR StGB § 15 Vorsatz, bedingter 1 ff.

⁸⁵ (1996), S. 293 ff.

⁸⁶ (1999), Rn. 201 ff.

⁸⁷ In Sch/Sch § 15 Rn. 6 ff.

⁸⁸ Frisch (1990) und ders. (1983).

⁸⁹ Haft (1976).

⁹⁰ Hruschka (1976) und ders. (1985).

Jakobs ⁹¹	<ul style="list-style-type: none"> • Individuell vermeidbare Erfolgsverursachung, • Beobachter 	h.M.	Allgemeinwissen, Tatumstände, Kausalität (= Kenntnis des unerlaubten Risikos, das sich verwirklicht), Urteil des Täters, daß die Tatbestandsverwirklichung als Handlungsfolge nicht unwahrscheinlich sei (das Risiko muß so gewichtig sein, daß, Vermeidewollen des Erfolgs unterstellt, die Handlung vermieden würde) Bewußtsein als psychisches Faktum aller Merkmale notwendig (Bild des Täters, mit welchen Folgen er agiert), Mitbewußtsein reicht <i>nicht</i> .	nein	h.M., aus Indizien erschlossen
Kargl ⁹²	h.M.	Handeln trotz Wissen; deshalb keine bewußte Fahrlässigkeit möglich.	Bewußtsein der konkreten Möglichkeit der Rechtsgutsverletzung	nein	---
Kindhäuser ⁹³	<ul style="list-style-type: none"> • --- • Beobachter 	nein, nur <i>Möglichkeit</i> der Entscheidung für die Handlung nötig. Vorsatz/ Fahrlässigkeit: aktuelle/potentielle Kontrolle des Erfolgs	Einschätzung der Kompetenz zur/ Kontrollmöglichkeit der Tatbestandsverwirklichung (Wissen des Könnens, reasonable man)	nein	---
Roxin	<ul style="list-style-type: none"> • Handlung als Persönlichkeitsäußerung • Subjekt 	h.M.	h.M.	Tat ist Planverwirklichung, Einkalkulierung	---

⁹¹ Jakobs (1989) und ders. (1991).

⁹² Kargl (1993).

⁹³ Kindhäuser (1984).

				möglicher Tatbestandsverwirklichung = Entscheidung gegen das Rechtsgut	
Schewe ⁹⁴	<ul style="list-style-type: none"> • augenfällige, äußerlich erkennbare finale Steuerung • Beobachter 	Nicht-psychologisch, äußerer Finalität ist anzusehen, auf welches Ziel d. Hdlg. gerichtet ist.	nein	nein	Außere Gestalt der Tat gibt die Deutung vor. Zentraler Anknüpfungspunkt: Tatverlauf
Schmidhäuser ⁹⁵	h.M.	h.M.	konkretes Fürmöglichhalten der Tatbestandsverwirklichung, Vorsatzstufen nur als Sicherheit des Wissens	nein	h.M.
Schroth ⁹⁶	<ul style="list-style-type: none"> • --- • Beobachter 	h.M.	h.M.	Aneignung der Unrechtskonstitutionsbedingungen	---
Ziegert ⁹⁷	<ul style="list-style-type: none"> • --- • Subjekt 	h.M.	h.M.	Aneignung der Information als Grundlage der Entscheidung (sonst: bew. Fahrlässigkeit)	---

II. Die englische Vorsatzdogmatik

Um das deutsche Recht zu kontrastieren, soll nun das englische Recht des Vorsatzes kurz skizziert werden. Es ist als Kontrast besonders geeignet, weil durch die Trennung von Rechts- und Beweisfragen mit ihrer institutionellen Zuweisung an Richter und Jury ganz andere Problemstellungen auftauchen und im Recht verarbeitet werden müssen. So ist das englische Recht bei weitem weniger stark ausdifferenziert, da Vorsatzfragen von der Jury nach weitgehend unreflektierten, außerrechtlich üblichen Zuschreibungsregeln geklärt werden. Nach englischem Rechtsverständnis ist es wesentlich Aufgabe der Jury, Sinn aus einem Vorsatzerfordernis zu machen und mit common sense anzuwenden. Die Rechtsprechung gibt nur in seltenen Fällen Hilfestellungen.

Die Verbrechenslehre im englischen Recht ist dreistufig, allerdings anders als im deutschen Recht wird die Strafbarkeit in den ersten beiden Stufen *actus reus* (Verhaltenselement) und *mens rea* (Verschuldenselement) abgehandelt, ganz grob vergleichbar mit dem Modell der kausalen Handlungslehre, während Fragen, die in Deutschland heute im Rahmen von Rechtfertigung und Entschuldigung erörtert werden, größtenteils in den

⁹⁴ Schewe (1983).

⁹⁵ Schmidhäuser (1980) und ders. (1982).

⁹⁶ Schroth (1998).

⁹⁷ Ziegert (1987).

defences zusammengefaßt sind.⁹⁸ Dazu kommen als Deliktskategorien, die zum allgemeinen Teil gehören, die *inchoate offences* (Versuch, Deliktsverabredung und Anstiftung) und *parties* bzw. *complicity* (Beihilfe und Täterschaft, die gleichgestellt sind⁹⁹).

Mens rea ist das Verschuldenserfordernis (*fault requirement*), "the mental attitude specified in (or implied within) the offence"¹⁰⁰. Als solche gelten Vorsatz (*intent*), Leichtsinn (*recklessness*)¹⁰¹ und Fahrlässigkeit (*negligence*), wobei Fahrlässigkeit, außer im Nebenstrafrecht¹⁰², nur bei zwei Delikten praktisch relevant ist, *gross negligent manslaughter*¹⁰³ und *careless driving*¹⁰⁴. Vor allem im Nebenstrafrecht existieren viele Delikte, bei denen es auf ein Verschulden *nicht* ankommt, *strict liability offences*, die allerdings durch die Eröffnung einer Verteidigung gehöriger Sorgfalt (*due diligence*) den Charakter von Fahrlässigkeitsdelikten annehmen.¹⁰⁵ Die Darstellung wird vorliegend auf *intent* und *recklessness* beschränkt, die beide das Verschuldenserfordernis erfüllen¹⁰⁶, allgemein für die Delikte des Kernstrafrechts gefordert werden und insofern dem deutschen Vorsatz vergleichbar sind.

⁹⁸ Siehe Smith/Hogan (1999), S. 189.

⁹⁹ Vgl. Accessories and Abettors Act (1861), s. 8 (zuletzt geändert durch Criminal Law Act 1977), Ashworth (1995), S. 411 f.

¹⁰⁰ Ashworth (1995), S. 151.

¹⁰¹ „Leichtsinn“ in einem untechnischen Sinne, also nicht in der deutschen Bedeutung von „grob fahrlässig“, wobei allerdings *gross negligence* und *recklessness* z.B. in Seymour [1983] 1 AC 624 (nicht mehr geltendes Recht) gleichgesetzt wurden. Eine übliche Übersetzung von *recklessness* ist „Rücksichtslosigkeit“ (siehe Ross (1979), S. 12 in Fn. 4), ein Begriff, der mir allerdings zu stark emotional besetzt ist.

¹⁰² Siehe Ashworth (1995), S. 189 f.

¹⁰³ Siehe Adomako [1994] 3 All ER 79 overruling Seymour [1983] 1 AC 624, wo noch *gross negligence* in *manslaughter* mit *recklessness* gleichgesetzt wurde und damit gegenstandslos zu werden schien.

¹⁰⁴ Road Traffic Act 1988, s. 3, zuletzt geändert durch Road Traffic Act 1991, s. 2 – unklar ist, ob es sich um ein Delikt mit objektivem Fahrlässigkeitsstandard handelt oder eine verschuldensunabhängige Straftat, s. Smith/Hogan (1999), S. 488 f.

¹⁰⁵ Siehe Smith/Hogan (1999), S. 118 ff. – allerdings handelt es sich um eine Beweislastumkehr insofern, als der Betroffene nachweisen muß, alle Vorsichtsmaßnahmen getroffen zu haben. Zum Phänomen vgl. auch Heine (1995a).

¹⁰⁶ Siehe Smith/Hogan (1999), S. 53. *Murder* (= intentional homicide) kann *per definitionem* nicht *recklessly* begangen werden, der Bereich wird in etwa durch *gross negligent manslaughter* abgedeckt, siehe Fn. 103. Auch beim Versuch reicht nach allgemeiner Auffassung *recklessness* nicht hin, siehe Smith/Hogan (1999), S. 306 f., Ashworth (1995), S. 445.

Mens rea bezeichnet traditionell „intention or recklessness as to the consequences, and knowledge of, or recklessness as to, the specific circumstances.“¹⁰⁷ Das heißt im Umkehrschluß zunächst, daß ein Tatsachenirrtum in Hinblick auf die Tatumstände oder den Erfolg zu einem Freispruch führt, der auch nicht, außer bei Tötung, wie im deutschen Recht mit einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit aufgefangen werden kann.¹⁰⁸ ASHWORTH formuliert das Prinzip: „A person’s liability should be judged on the facts as he believed them to be.“¹⁰⁹ In einer üblichen Formulierung: was nicht gewußt wird, kann nicht Gegenstand eines schuldhaften Willens sein.

1. *Intent*

Intention ist in England, wie der Vorsatz in Deutschland auch, nicht gesetzlich definiert.¹¹⁰ Maßgeblich ist damit der Gerichtsgebrauch. Die englischen Richter sind nun sehr zurückhaltend damit, eine konstruktive, materiellrechtliche Definition von *intent* zu geben. Das hat prozessuale Gründe, nämlich die Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Richter, der das Recht klärt und über das Verfahren wacht, und der Jury, die die Fakten des Falles und damit – entsprechend der rechtlichen Einschätzung des Richters – über Schuld bzw. Unschuld entscheidet. Es ist das Ergebnis der Idee, daß „Vorsatz“ die ausreichende Beschreibung einer Tatsache, eines Mentalzustandes sei, über dessen Vorliegen die Jury zu befinden hat.¹¹¹ Nichtsdestoweniger fühlten sich die Richter des *House of Lords* verpflichtet, den Richtern der Tatsacheninstanz einige Hinweise zur Belehrung der Jury zu geben für die, so die Lordrichter, „extremely rare occasions“¹¹², in denen es unbedingt notwendig sei, um Mißverständnisse zu vermeiden¹¹³.

¹⁰⁷ Ashworth (1995), S. 168.

¹⁰⁸ Selbst wenn es sich um einen *unreasonable mistake* handelt – wie in § 16 StGB. Siehe *DPP v. Morgan* [1976] AC 182 und *Beckford* [1988] AC 130.

¹⁰⁹ Ashworth (1995), S. 84.

¹¹⁰ Der einzige gesetzliche Hinweis ergibt sich aus dem Criminal Justice Act 1967, s. 8, nach der sich die *vorsätzliche* Erfolgsherbeiführung nicht schon daraus ergeben sollte, daß der Erfolg die „natural and probable consequence“ der Handlung sei – entgegen der damit obsoleten *House of Lords*-Entscheidung *DPP v. Smith* [1961] AC 290, die jeden Erfolg zum Vorsatz zurechnen wollte, wenn er die *übliche* Folge der vorsätzlichen Tathandlung sei. Zu einem sehr ähnlichen Fall siehe BGH NZV 1993, S. 237.

¹¹¹ Siehe *Moloney* [1985] AC 905 (906G-H).

¹¹² *Moloney* [1985] AC 905 (907A), siehe auch die Ermahnung in *Hancock* [1986] AC 455 (474E) durch Lord Scarman: Eine Anleitung hätte „to be exercised sparingly, and limited to cases of real difficulty. If it is done, the guidelines should avoid gene-

Abgesehen von der Einsicht, daß Vorsatz sich deutlich von Motiven oder Wünschen unterscheidet¹¹⁴, behandeln die Lordrichter die Frage der Vorsatzdefinition daher im wesentlichen als Frage des Beweisrechts, nämlich unter welchen Umständen der Schluß auf den Erfolgsvorsatz zulässig sei. Zentraler Diskussionspunkt Mitte der 80er Jahre war das Problem, unter welchen Voraussetzungen ein Vorsatz bei Nebenfolgen anzunehmen wäre. Es war dabei insbesondere umstritten, ob Nebenfolgen überhaupt vorsätzlich begangen werden könnten oder ob die Fälle, die in Deutschland unter den direkten Vorsatz fallen, ebenfalls Teil des englischen Begriffs *intent* sein sollten. Die Lordrichter verlangten nun, die Jury möge sich zwei Fragen stellen:

1. War der Erfolg „a natural consequence of the defendant’s voluntary act?“
2. Hat der Angeklagte diesen Erfolg „as being a natural consequence of his act“ vorausgesehen?¹¹⁵

Sollte sie beide bejahen, sei Vorsatz gegeben.

Dem Urteil lag folgender erstaunlicher Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte hatte mit seinem Stiefvater, an dem er sehr hing, schwer getrunken. In den frühen Morgenstunden behauptete nun der Vater, er könne schneller laden, ziehen und schießen als sein Sohn und forderte ihn auf,

realisation so far as is possible and encourage the jury to exercise their common sense in reaching what is their decision on the facts.“ Offener für eine allgemeine Formulierung dagegen Lord Steyn in *Woollin* [1998] 3 WLR 382 (389b), die aber nach Potts J. in *Smith (Morgan)* [1999] 2 WLR 610 (623G-H) nur dann verwendet werden sollte, wenn die Antizipation des Erfolgs im konkreten Fall überhaupt fraglich sei.

¹¹³ Siehe *Moloney* [1985] AC 905 (906H).

¹¹⁴ Siehe *Moloney* [1985] AC 905 (907A), *Steane* [1947] KB 997, in dem ein Engländer, der während des Krieges für die deutsche Propaganda tätig war, wegen fehlenden Vorsatzes freigesprochen wurde, weil er durch die Deutschen dazu gezwungen wurde, ist kein Gegenbeispiel. Der *Court of Appeal* ging in *Steane* durchaus vom Unterschied von Motiv (das Leben seiner Familie zu retten) und Vorsatz (Propaganda zu betreiben) aus und hat nur den Vorsatz, der für die Straftat *‘assisting the enemy with intent to do so’* hinreichen sollte, auf *absichtliches* Handeln („direct intention“) beschränkt. Mit der Aussage, daß „in many offences a specific intention is a necessary ingredient, and the jury have to be satisfied that a particular act was done with this specific intent ...“ ist klargestellt, daß es nicht um eine allgemeine Vorsatzdefinition ging, sondern darum, welcher Grad des Vorsatzes für *diese Straftat* notwendig vorliegen mußte. Nichtsdestoweniger wäre der Fall besser über die Regeln des entschuldigenden Notstandes (*duress*) gelöst worden, vgl. Ashworth (1995), S. 172 f.

¹¹⁵ *Moloney* [1985] AC 905 (907b).

zwei Schrotflinten zu holen, um sich zu messen. Das tat der Angeklagte. In einer Aussage bei der Polizei erklärte er:

„I inserted a cartridge in the right-hand barrel, closed the gun, took off the safety catch and pulled the trigger of the left-hand barrel, and told him he'd lost ... He looked at me and said: 'I didn't think you'd got the guts, but if you have pull the trigger.' I just pulled the trigger and he was dead. I then went and called the police and told the operator I had just murdered my father, and that's the story.“¹¹⁶

Lord Bridge of Harwich brachte den Fall wie folgt auf den Punkt: „The fact that, when the appellant fired the gun, the gun was pointing directly at his stepfather's head at a range of about six feet was not, and could not be disputed. The sole issue was whether, when he pressed the trigger, this fact and its inevitable consequences were present to the appellant's mind.“¹¹⁷ Der Vorsatz wurde verneint, der Schuldspruch auf *manslaughter* reduziert und zur Strafzumessung an den *Court of Appeal* zurückverwiesen.

In *Hancock* wurde dann darauf gedrungen, die Fragen in Hinblick auf Wahrscheinlichkeiten zu präzisieren. Lord Scarman führte aus:

„the greater the probability of a consequence the more likely it is that the consequence was foreseen and if that consequence was foreseen the greater the probability is that that consequence was also intended. But juries also require to be reminded that the decision is theirs to be reached upon a consideration of all the evidence.“¹¹⁸

Als reine Gesichtspunkte der Beweiswürdigung werden also vorgeschlagen: je wahrscheinlicher die Erfolgsverwirklichung, um so wahrscheinlicher ihre Voraussicht, und mit der Voraussicht des Erfolges vergrößert sich die Wahrscheinlichkeit, ihn auch intendiert zu haben. Das ist sowohl vage als auch wenig instruktiv und wurde schließlich durch eine Formulierung des *Court of Appeal* ersetzt, die seither, mit geringen Modifikationen, die Grundlage der Vorsatzdogmatik ist:

„Where the charge is murder and in the rare cases where the simple direction is not enough, the jury should be directed that they are not entitled

¹¹⁶ Ebd., S. 916.

¹¹⁷ Ebd., S. 920. Eine im Urteil nicht behandelte Frage ist die vom Verhältnis von Vorsatz und Trunkenheit; außerdem läßt die Version des Angeklagten, gegeben die Tatsachen des Falles, noch einige Fragen offen, darauf aber kommt es hier nicht an, siehe Lacey (1993), S. 630.

¹¹⁸ *Hancock* [1986] AC 455 (473F).

to infer the necessary intention, unless they feel sure that death or serious bodily harm was a virtual certainty (barring some unforeseen intervention) as a result of the defendant's actions and that the defendant appreciated that such was the case."¹¹⁹

Wenn also der Angeklagte tatsächlich *erkannt* hätte, daß der Erfolg *praktisch unumgänglich* sei, möge man sich des Schlusses auf den Vorsatz kaum entziehen können.

In späteren Fällen wurden lediglich die Austauschbarkeit der Formulierungen „virtual certainty“ und „very high degree of probability“ festgestellt¹²⁰, bzw. die Fehlerhaftigkeit einer Ausweitung auf „substantial risks“¹²¹. Im übrigen sollte in der Nedrick-Formulierung statt „to infer“ der Ausdruck „to find“ benutzt werden¹²². Damit ist *Nedrick* seit etwa 15 Jahren die Standardformulierung für die Vorsatzfeststellung im englischen Recht, jedenfalls hinsichtlich der Tötungsdelikte.

2. *Recklessness*

Die Verschuldensform *recklessness* umfaßt im wesentlichen Fälle, die in Deutschland im Bereich des *dolus eventualis* angesiedelt sind. Das englische Recht unterscheidet heute zwei Arten von *recklessness*, je nach dem, ob es sich um bewußte oder unbewußte Leichtfertigkeit handelt, und beide spielen nach wie vor eine Rolle. Die bewußte (oder *Cunningham*¹²³, auch 'subjective') *recklessness* liegt vor, wenn bewiesen ist, daß der Angeklagte tatsächlich das Risiko eines verbotenen Erfolgs als Resultat seiner Handlung vorhergesehen hat und trotzdem dieses Risiko eingegangen ist, und zwar *egal*, ob aus bloßem Vertrauen in den Nichteintritt des Erfolges oder weil ihm der Erfolg gleichgültig war. „It is however not the taking of every risk which could properly be classed as reckless. The risk must be one which it is in all the circumstances unreasonable for him to take.“¹²⁴ Die Jury hat sich so zwei Fragen zu stellen:

1. War dem Angeklagten das Risiko, also die Möglichkeit des Erfolgseintritts, bewußt?

¹¹⁹ Lord Lane C.J. in *Nedrick* [1986] 1 WLR 1025 (1028E-F).

¹²⁰ Siehe Lloyd L.J. in *Walker (John)* (1990) 90 Cr App R 226.

¹²¹ Siehe Lord Steyn in *Woollin* [1998] 3 WLR 382 (392B).

¹²² Siehe Lord Steyn in *Woollin* (393B) und Lord Hope of Craighead ebd. (393F).

¹²³ [1957] 2 All ER 412

¹²⁴ Lane L.J. in *Stephenson* [1979] 1 QB 695.

2. War es ungerechtfertigt oder unvernünftig (*unreasonable*), das Risiko einzugehen?¹²⁵

CLARKSON und KEATING schlagen vor, die zweite Frage folgendermaßen aufzugliedern: „How socially useful is the activity? What are the perceived chances of the harm occurring? How serious is the harm that could occur?“¹²⁶ Es geht also faktisch um einen subjektiven Test eines objektiven Standards. Urteile, die hier klare Regeln des (un)erlaubten Risikos vorgeben, existieren bisher nicht.¹²⁷

Die bewußte (oder „*objective*“) *recklessness* dagegen ergibt sich aus einem Fall namens *Caldwell*¹²⁸. Lord Diplock definierte *recklessness* in *Caldwell* nicht nur als Wahrnehmung und Eingehung eines Risikos, sondern auch als fehlende Risikoevaluation. Entsprechend wird dadurch *recklessness* auf Fälle ausgedehnt, in denen der Angeklagte es *versäumt*, an ein *offensichtliches* und *ernstes* (d.h. nicht vernachlässigbares) Risiko eines gravierenden Sachschadens oder einer Körperverletzung zu denken – also auf *Tatsachenblindheit*.¹²⁹ Das Risiko hätte für einen vernünftigen, besonnenen Menschen – *nicht unbedingt für den konkreten Angeklagten* – offensichtlich sein müssen.¹³⁰ Dadurch würden allerdings nominell Sachverhalte, in denen der Angeklagte über ein Risiko nachdachte und die Risikoverwirklichung als ausgeschlossen betrachtete, dann aber durch den Erfolg eines besseren belehrt wurde, weder in den Bereich der *Cunningham recklessness* (er hat sich nicht dazu entschlossen, das Risiko einzugehen) noch in den der *Caldwell recklessness* (er hatte an ein mögliches Risiko gedacht) fallen, sondern zur Straffreiheit führen.¹³¹ Bisher ist jedoch noch kein Fall entsprechend entschieden worden.

Im übrigen ist seit *Caldwell* durchaus umstritten, wie *recklessness* im Detail zu definieren ist.¹³² Ein zentraler Punkt in der Diskussion ist, inwieweit neben der *Tatsachenblindheit* die Einstellung des Täters eine Rolle

¹²⁵ Siehe Clarkson/Keating (1994), S. 160; Ashworths dreistufiger Test ist im wesentlichen der gleiche, siehe Ashworth (1995), S. 176 f.

¹²⁶ Clarkson/Keating (1994), S. 161.

¹²⁷ Siehe Ashworth (1995), S. 177.

¹²⁸ [1982] AC 341.

¹²⁹ Siehe *Lawrence* [1982] AC 510.

¹³⁰ Siehe *Elliott v. C.* [1983] 2 All ER 1005, bestätigt in *Coles* [1995] 1 Cr App R 157.

¹³¹ Die sog. *Caldwell lacuna*, siehe *Chief Constable of Avon and Somerset v. Shimmen* (1987) 84 Cr App R 7 und *Reid* (1992) 95 Cr App R 393, gegen dessen Existenz mit Argumenten aus der Rechtsprechung Leigh (1995), S. 466.

¹³² Siehe insgesamt Griew (1981), Leigh (1995).

spielen solle, also die Frage, aus welcher Gesinnung heraus die Unkenntnis des Risikos folgte.¹³³

Das große Problem dieser Zweiteilung ist, zu bestimmen, in welchen Fällen welche Art von *recklessness* nachgewiesen werden muß. Es wurde zuerst in *Satnam* entschieden, daß *Caldwell recklessness* nicht allgemein im Strafrecht Anwendung findet (hier zunächst bezogen auf Vergewaltigung).¹³⁴ Das wurde später auf andere Delikte ausgedehnt.¹³⁵ Es gibt damit nach wie vor keine einheitliche Behandlung der Leichtfertigkeit im englischen Recht, auch wenn eine Tendenz zur subjektiven Definition, oder: eine Einschränkung der objektiven, unverkennbar ist, die jedoch vor allem bei Brandstiftung und im Straßenverkehrsbereich¹³⁶ relevant bleibt.

Insgesamt ist schwer zu erkennen, inwieweit die als Regeln der Beweiswürdigung formulierte Vorsatzdogmatik nicht tatsächlich materielles Recht sein sollte. Denn: das materielle Recht benennt die Tatsachen, die per Beweis zu erheben sind. Auch die Anweisungen der Lordrichter aber benennen die Tatsachen, die erhoben werden müssen, nämlich ob der Erfolg die praktisch sichere Folge der Handlung war und ob das der Angeklagte erkannt hat.

3. Vergleich mit der deutschen Vorsatzdogmatik

Im Vergleich von deutscher und englischer Vorsatzdogmatik ist leicht zu sehen, daß die Grenzen zwischen den Kategorien unterschiedlich verlaufen. Während die deutschen Begriffe Absicht und direkter Vorsatz unter den englischen Begriff *intention* fallen¹³⁷, deckt der Begriff *recklessness* etwas

¹³³ *Recklessness* „is no more than inadvertence pejoratively described.“ (Leigh (1995), S. 464). It involves „moral turpitude“ (Griew (1981), S. 751 f.). Siehe z.B. auch die Formulierung, der Täter „did not care“ in *Sheppard* [1981] AC 394 und *Satnam and Kewal* (1984) 78 Cr App R 149.

¹³⁴ *Satnam and Kewal* (1984) 78 Cr App R 149.

¹³⁵ Indecent assault: *Kimber* [1983] 3 All ER 316; gross negligence manslaughter: *Adomako* [1994] 3 All ER 79; Delikte, die den Begriff „maliciously“ enthalten, wie im Offences Against the Person Act 1861: *Savage and Parmenter* [1992] AC 699, siehe auch *Spratt* [1990] 1 WLR 1073.

¹³⁶ Hier ist durch die Neufassung der Straßenverkehrsdelikte im Road Traffic Act 1988, zuletzt geändert durch den Road Traffic Act 1991, die Strafbarkeit noch stärker auf die Abweichung von einem objektiven Verhaltensstandard gegründet.

¹³⁷ *Direct intention, oblique intention*. A.A.: beim direkten Vorsatz muß der Erfolg nicht nur „virtually certain“, sondern für die Verwirklichung des Primärzieles *denknotwendiges* Mittel sein, siehe Lord Goff (1988), S. 46 f. und Clarkson/Keating (1994), S. 157 f.

andere Fallkonstellationen ab als der deutsche Eventualvorsatz. Die *Cunningham recklessness* entspricht in etwa dem Eventualvorsatz der Literatur, d.h. der Definition des Eventualvorsatzes allein über das intellektuelle Element.¹³⁸ Die *Caldwell recklessness* dagegen umfaßt Verhalten, das in Deutschland in etwa als unbewußte, grobe Fahrlässigkeit behandelt und aus der Vorsatzstrafbarkeit herausfallen würde.¹³⁹

Beim Mord-Tatbestand gibt es im übrigen die Besonderheit des *implied malice*, d.h. der Vorsatzpräsumtion hinsichtlich der Tötung bei einer beabsichtigten schweren Körperverletzung. Der qualifizierte Körperverletzungsvorsatz erfüllt also auch den subjektiven Tatbestand des Mordes (= vorsätzlicher Tötung)¹⁴⁰, was die Streitfrage in der Regel dahin verschiebt, ob eine *schwere* Körperverletzung intendiert war. Für den Auffangtatbestand bei der Tötung, *manslaughter*, reicht auch der Tod im Verlauf einer Straftat (Fahrlässigkeits- und Unterlassungstaten reichen nicht), die objektiv gefährlich ist, ohne daß es auf den konkreten Vorsatz ankäme, *constructive liability*.¹⁴¹ In Deutschland würden die allermeisten Fälle im Bereich der fahrlässigen Tötung bzw. erfolgsqualifizierten Delikte liegen.

Schließlich kennt das englische Recht, im Gegensatz zum deutschen, den Begriff des zurechenbaren Verschuldens (*vicarious liability*). Es handelt sich hier um echte strafrechtliche Haftung für die Deliktsbegehung eines anderen¹⁴², gesetzlich z.B. vorgesehen im Road Traffic Offenders Act 1988, s. 64 (5), der eine unwiderlegliche Präsumtion enthält, daß der Fahrzeughalter (auch ein Unternehmen!) zum Zeitpunkt der Verübung be-

¹³⁸ Die Möglichkeit der Gefahr muß *gesehen* und *ernstgenommen* worden sein. Ein Risiko, das gesehen, dann aber als ganz fernliegend abgehakt wurde, reicht nicht (siehe die Diskussion um die *Caldwell lacuna*). So *Chief Constable of Avon and Somerset v. Shimmen* (1987) 84 Cr App R 7 auf der englischen, siehe die Nachweise in Fn. 73 auf der deutschen Seite.

¹³⁹ Die einschlägigen Fälle waren: Der zur Tatzeit betrunkene Angeklagte hatte ein Hotel in Brand gesteckt und war wegen Brandstiftung „intending to endanger life or being reckless whether life was endangered“ (Criminal Damage Act 1971, s. 1 (1)) verurteilt worden. Er hatte behauptet, das Risiko, durch seine Handlung Leben zu gefährden, sei ihm nicht bewußt gewesen. Das Gericht glaubte ihm, verurteilte aber dennoch, siehe *Caldwell* [1982] AC 341. Ein Motorrad-Fahrer wurde verurteilt, weil er, ohne sich über das Risiko seiner Fahrweise im klaren zu sein, durch *reckless driving* einen Menschen getötet hatte, siehe *Lawrence* [1982] AC 510 (durch den Road Traffic Act 1988 inzwischen kodifiziert, s.o. Fn. 136).

¹⁴⁰ Siehe *Moloney* [1985] AC 905.

¹⁴¹ Siehe *Lamb* [1967] 2 QB 981, *Church* [1966] 1 QB 59, *DPP v Newbury & Jones* [1977] AC 500, dazu Ashworth (1995), S. 289 f.

¹⁴² Siehe Smith/Hogan (1999), S. 171.

stimmter Delikte auch der Fahrer war – und die Taten des Fahres entsprechend dem Halter als eigene Taten zugerechnet werden. Im Nebenstrafrecht spielt darüber hinaus die Haftung des Arbeitgebers für Taten seiner Angestellten eine Rolle, entweder, weil er Aufgaben an Angestellte delegiert hat, die vom Gesetzgeber mit der Einhaltung bestimmter Pflichten verbunden sind¹⁴³, oder weil die Handlungen der Angestellten ihm qua Gesetz zugerechnet werden¹⁴⁴.

Zwar versteht sich das englische Strafrecht *auch* als Schuldstrafrecht. Die systematische *Begrenzungsfunktion* des Schuldgedankens wird aber nicht besonders ernst genommen. Statt dessen orientiert man sich im Einzelfall häufig sehr pragmatisch an kriminalpolitischen Erwägungen. Das gilt auch für die Strafbarkeit von Unternehmen. Während eine *originäre* Unternehmensstrafbarkeit *de lege lata* in Deutschland vom Standpunkt eines psychologisierenden Schuldstrafrechts her abgelehnt wird, gibt es im *Common law* eine entsprechende Diskussion schon seit über 150 Jahren.¹⁴⁵ Seit Anfang der 1970er Jahre ist sie der Sache nach für alle Delikte – außer z.B. Sittlichkeitsdelikte und eigenhändige Delikte – unumstritten.¹⁴⁶ Dabei werden zwei Wege beschritten. Zum einen wird die Haftung aus *vicarious liability* abgeleitet: wo besondere strafrechtliche Ge- oder Verbote an die Geschäftstätigkeit eines Unternehmens geknüpft sind, kann es sich nicht damit exkulpieren, daß Mitarbeiter sie ausführen, die das Unternehmen nicht zivilrechtlich vertreten, zumeist keine Leitungsbefugnisse haben und keine Organe der Gesellschaft sind.¹⁴⁷ Auf der anderen Seite sind Gesellschaften nicht generell für die rechtswidrigen Handlungen ihrer Angestellten haftbar – jedenfalls muß in jedem Einzelfall durch Auslegung der gesetzlichen Regelungen ermittelt werden, ob zur Erreichung ihres Zweckes eine solche Haftung notwendig ist.¹⁴⁸ Der zweite Weg trägt den Namen „*identification doctrine*“: man muß dazu einen Mitarbeiter der Gesellschaft finden,

¹⁴³ Siehe Smith/Hogan (1999), S. 173 ff.

¹⁴⁴ Siehe Smith/Hogan (1999), S. 176 ff.

¹⁴⁵ Siehe die *case history* in *P&O European Ferries (Dover) Ltd* (1991) 93 Cr App R 72 (74 ff.).

¹⁴⁶ Siehe *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass* [1972] AC 153.

¹⁴⁷ Siehe *National River Authority v Alfred McAlpine Homes East* [1994] CLR 760 und *British Steel plc* [1995] ICR 586.

¹⁴⁸ Siehe *Seaboard Offshore Ltd v Secretary of State for Transport* [1994] All ER 99 (105) und Clarkson (1996), S. 565.

„who had committed the *actus reus* of a crime with the appropriate *mens rea*. This individual must be sufficiently important in the corporate structure to be said to represent the company's directing mind and will, and for his or her acts to be identified with the company itself; in such circumstances, the company could be directly criminally liable (as well as the individual).“¹⁴⁹

Die beiden größten Probleme sind die Bestimmung derer, die als *directing mind and will* in Betracht kommen, und der Nachweis eines entsprechenden Vorsatzes bei diesen Personen in stark arbeitsteiligen Organisationen. In einer neueren Entscheidung des *Privy Councils* wurden zur ersten Frage die beiden Ansätze zur Unternehmenshaftung angenähert: Wer als *directing mind and will* in Frage käme, sei je nach Straftat und deren *Schutzzweck* sowie entsprechend der *Kompetenzverteilung* innerhalb des Unternehmens gesondert zu klären.¹⁵⁰ Das aber macht es nur einfacher, die Tat einer Person auch dem Unternehmen zuzurechnen. Das Problem komplexer Organisationen, die selten das der Organisation zur Verfügung stehende und zur Tatbegehung notwendige Wissen in einer Person bündeln dürften, wird damit nicht gelöst. Wo keine Tat einer natürlichen Person vorliegt, haftet auch das Unternehmen nicht.¹⁵¹ Die *Zusammenschau* der Gesamttätigkeit und des Gesamtwissens aller Beschäftigten des Unternehmens als dessen Tun und Wissen wird diskutiert¹⁵², ist aber nicht geltendes Recht.¹⁵³ Diese *aggregation doctrine* wird vor allem wegen der herrschenden naturalistischen Vorsatzbetrachtung abgelehnt¹⁵⁴, allerdings für Fahrlässigkeitsdelikte für möglich gehalten: „The company owes a duty of care and if its operation falls far below the standard required it is guilty of gross negligence. A series of minor failures by officers of the company might add up to a gross breach by the company of its duty of care.“¹⁵⁵

¹⁴⁹ Clarkson (1996), S. 560.

¹⁵⁰ Siehe *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission* [1995] 3 All ER 918 (926).

¹⁵¹ Siehe Clarkson (1996), S. 566.

¹⁵² Siehe Wells (1993), S. 92, Wells (1989), kritisch gegenüber diesem Weg Clarkson (1996), S. 568: „All it does is perpetuate the personalisation of companies myth.“

¹⁵³ Siehe *HM Coroner for East Kent, ex p Spooner and Others* (1989) 88 Cr App R 10.

¹⁵⁴ „You cannot add an innocent state of mind to an innocent state of mind and get as a result a dishonest state of mind.“ Devlin J in *Amstrong v Strain* [1952] 1 All ER 139.

¹⁵⁵ Smith/Hogan (1999), S. 186.

4. Der Vorsatz in der Fallanwendung

Der in Deutschland geradezu als Test der Leistungsfähigkeit der Vorsatzdogmatik geltende Fall des ungeschützten Sexualkontaktes eines HIV-Infizierten, dem seine Infektion bekannt ist, mit einem anderen, dem die Infektion seines Sexualpartners nicht bekannt ist, ohne daß es zu einer Infektion kommt¹⁵⁶, spielt in Großbritannien keine Rolle, weil nach englischem Recht ein Versuch nur mit *dolus directus* (= *intent*)¹⁵⁷ begangen werden kann.¹⁵⁸ Da nicht zu erkennen ist, daß der Täter sein Opfer anstecken *wollte* oder *sicher* davon auszugehen war und er erkannte, daß es angesteckt würde, liegt hier nach englischem Recht keine Straftat vor.

Das gilt auch für übriges riskantes Verhalten, das – nach deutschem Verständnis – im Versuch stecken bleibt. Kommt es zu einer Schädigung, z.B. durch Schaffung eines verbotenen Risikos im Straßenverkehr, kommt eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Tötung (*murder*) ebenfalls nicht in Betracht, wenn der Tod oder die schwere Körperverletzung des Opfers nicht angestrebt und auch nicht praktisch sicher war. *Recklessness*, die hier ohne weiteres sowohl in der subjektiven als auch der objektiven Definition vorliegen würde, reicht für eine Verurteilung wegen Mordes aber nicht aus.¹⁵⁹ Es könnte jedoch ohne weiteres wegen *gross negligent manslaughter* verurteilt werden.¹⁶⁰ Im Ergebnis erfolgt eine Verurteilung wohl wegen *causing death by dangerous driving*¹⁶¹, einer Straftat, die vor der Jury verhandelt werden muß (*indictable offence*), mit bis zu 10 Jahren Gefängnis bestraft werden kann und als Fahrlässigkeitsdelikt mit *objektivem* Sorgfaltsmaßstab ausgestaltet ist.¹⁶²

Beim Lederriemenfall kommt ebenfalls (nach englischem Verständnis) vorsätzliche Tötung nicht in Frage.¹⁶³ Auch wenn man mit der Doktrin des

¹⁵⁶ Versuchte Tötung oder versuchte gefährliche Körperverletzung? Siehe dazu zusammenfassend Frisch (1990) m.w.N.

¹⁵⁷ Criminal Attempts Act 1981, s. 1 (1).

¹⁵⁸ Siehe Smith/Hogan (1999), S. 307 f.

¹⁵⁹ Siehe Lord Bridges in *Moloney* [1985] AC 905 (920).

¹⁶⁰ Siehe Smith/Hogan (1999), S. 496.

¹⁶¹ Road Traffic Act 1988, s. 1, zuletzt geändert durch Road Traffic Act 1991, s. 1.

¹⁶² Als Begründung wird angegeben, das englische Strafrecht beschränke sich faktisch nicht auf Vorsatztaten, so daß es kein prinzipielles Problem mit einem Delikt gäbe, das einen objektiven Fahrlässigkeitsstandard aufstelle – außerdem existiere eine „*strong public acceptance*“ für die Regelung. Siehe Dep. of Transport/Home Office (1988), Road Traffic Law Review Report, London: HMSO, unter Punkt 6.9.

¹⁶³ Vgl. aber die heute nicht mehr autoritative Entscheidung in *Smith* [1961] AC 290 (Unerwünschtheit des Todes, aber hochrisikoreiches Verhalten), wo noch wegen Mordes verurteilt worden war.

implied malice den Vorsatz bezüglich einer schweren Körperverletzung genügen läßt, wird man wohl nicht davon ausgehen können, daß eine solche Körperverletzung gewollt oder praktisch sicher und den Tätern auch vor Augen gewesen wäre. Hier wäre wegen *manslaughter by unlawful and dangerous act* zu verurteilen.¹⁶⁴ Es gibt allerdings kritische Stimmen: Lordrichter GOFF schlägt vor, sich stärker am schottischen Recht zu orientieren, das für *murder* neben *intent* auch *wicked recklessness* genügen läßt. Für letzteres müsse die Tat so beschaffen sein „as to imply a disposition depraved enough to be regardless of consequences.“¹⁶⁵ Es reiche Tatsachenblindheit aus, solange sich diese zurückführen ließe auf eine Gesinnung, die dem Schicksal des Opfers, ob es lebe oder sterbe, vollkommen gleichgültig gegenüberstehe.¹⁶⁶ Selbst wenn der Gesinnungsaspekt bei *recklessness* auch von anderen Autoren hervorgehoben wird¹⁶⁷, ist der Vorschlag, einen solchen restriktiven Begriff auch für *murder* hinreichen zu lassen, doch eher eine Ausnahme.

Damit soll es mit der Einführung in die traditionelle Vorsatzdogmatik sein Bewenden haben. Die zentralen *topoi* der Diskussion, die Fragestellungen und Problemlagen sollten hinreichend deutlich geworden sein, um darauf im folgenden Bezug nehmen zu können.

III. Methode und Theorie in der Rechtsdogmatik

Die nächsten drei Abschnitte handeln von der *systematischen* Verortung des Vorsatzbegriffs. Das macht es notwendig, erst einmal das hiesige Verständnis von Rechtsdogmatik und dessen Konsequenzen für das Strafrecht darzustellen. Es wird zu Beginn abstrahiert und generalisiert für das Recht insgesamt und dann respezifiziert für das Strafrecht und den Vorsatz.

1. Die Grundstruktur der Rechtsdogmatik als Wissenschaft

Die **Grundthese** dieses Abschnitts ist, daß die Rechtsdogmatik als Wissenschaft – wie jede Wissenschaft – methodischen Ansprüchen genügen muß,

¹⁶⁴ Es handelt sich dabei um einen Fall einer abgeschwächten *Versarii*-Haftung: *constructive liability*. Nachweise siehe oben auf S. 35 in Fn. 141.

¹⁶⁵ Macdonald, *Criminal Law*, zitiert nach Goff (1988), S. 53.

¹⁶⁶ Siehe Goff (1988), S. 55.

¹⁶⁷ Siehe die Nachweise oben in Fn. 133.

um *gute* Wissenschaft zu sein.¹⁶⁸ So sollen *Standards für juristische Problemlösungen* formuliert werden, die im nächsten Abschnitt für das Strafrecht und im übernächsten für den Vorsatz zu spezifizieren sind. Die Grundthese dieses Abschnitts wird nun allerdings nicht durch eine Anzahl von Argumenten begründet, sondern dadurch, daß sich das Recht als Wissenschaft parallel zu den Naturwissenschaften *darstellen läßt*. Die Richtigkeit der Behauptung wird dadurch nahe gelegt, daß sie *durchführbar* ist und *sinnvolle* Resultate bringt. Anders formuliert: eine Abgrenzung als unwissenschaftlich wäre willkürlich, weil es kein Abgrenzungskriterium gibt, das sich rechtfertigen ließe.

Die wissenschaftliche Rechtsdogmatik ist eine *Anwendungswissenschaft*, die nicht primär über eine Beschreibung eines Wirklichkeitsbereiches (physikalische Welt, Welt des Lebendigen, des Psychischen etc.), sondern über die Bewertung von Problemlösungen ihres gesellschaftlichen Bezugssys-

¹⁶⁸ Vom Standpunkt der Systemtheorie ist die genaue Abgrenzung von Rechtssystem und Wissenschaftssystem und ihre Kopplung durch die Rechtswissenschaften als Wissenschaft (!) mit Relevanzanspruch für das Rechtssystem (!) ein *differenzierungstheoretisches* Problem (parallel für Pädagogik, Medizin, Religion, Ingenieurwissenschaften etc.). Man könnte die Unterscheidung in etwa entlang der Trennung von Praxis und Theorie denken – auf der einen Seite das geltende Recht, das heute ganz wesentlich im Zusammenspiel von Gesetzgeber und Gerichten entsteht, und auf der anderen dessen wissenschaftliche Reflexion, die akademisch als Rechtsdogmatik oder, allgemeiner, Rechtswissenschaft firmiert. Es ist der Unterschied der Fragen „Wie ist die Rechtslage?“ und „Was ist richtiges, gerechtes, vorzugswürdiges usw. Recht?“ Die im letzten Falle relevante Unterscheidung vom Recht *de lege lata* und *de lege ferenda* macht die wissenschaftliche Distanz zum Gegenstand deutlich. Beide, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, arbeiten unter unterschiedlichen Bedingungen – die Praxis im Rechtssystem mit ihren Gruppen und Professionen (Richter, Anwälte, Publikum), Organisationen (Gerichte, Verwaltungen, Kanzleien, Firmen) und spezifischen Interaktionen, die Wissenschaft mit dergleichen eigener Art. Während das Rechtssystem entscheidet, was recht oder unrecht ist, behandelt die Wissenschaft die Frage, was wahr und was unwahr ist. Im Falle der Rechtswissenschaft dann: was wahres und was unwahres Recht ist, was eine zutreffende, was eine irrige Rechtsauffassung ist – und warum! Das ist im Rechtssystem nur ganz ausnahmsweise relevant (meist sind die *Fakten* umstritten und welche Regel *einschlägig*, nicht: wie diese auszulegen ist), am ehesten noch im Rahmen der Revisionsgerichtsbarkeit. Ich kann hier nicht ins Detail gehen. Das Verhältnis von Dogmatik im Rechtssystem und der Rechtswissenschaft und die genaue Abgrenzung von *rechtssysteminternen Reflexionstheorien* und *wissenschaftlicher Reflexion des Rechts* ist bei Luhmann nicht explizit geklärt, siehe für Anhaltspunkte (1993), S. 273 f., 327, 496 ff., (1990), S. 446 ff. (insb. 448), 485, (1997), S. 958 ff. (insb. S. 964 in Fn. 167, 974 ff., 981)

tems organisiert ist.¹⁶⁹ Es geht um die wissenschaftliche Reflexion der Antworten auf die Leitfrage der jeweiligen Funktionssysteme: im Recht um Falllösungen, in den Ingenieurwissenschaften darum, Technologien zu entwickeln, in der Medizin darum, zu heilen, in der Wirtschaftstheorie, effizient zu wirtschaften, oder in der Pädagogik, richtig zu erziehen. Ihr Wahrheitsanspruch bezieht sich darauf, ob es wahr/unwahr ist, *daß eine Problemlösung funktioniert*¹⁷⁰, und die sich nur insofern der Wirklichkeitswissenschaften bedienen. Auch in der Rechtsdogmatik (Rechtswissenschaft i.e.S.¹⁷¹) geht es um *Wahrheit* (oder funktionale Äquivalente wie *Vorzugswürdigkeit* o.ä.)¹⁷², das Kriterium ist hier allerdings nicht die *tatsächliche* Wirksamkeit (empirisches Funktionieren), sondern die *normative* Vertretbarkeit von Problemlösungen, die *Bewertung* von Ergebnissen.¹⁷³ In der Rechtsdogmatik wie den anderen Anwendungswissenschaften geht es um die *richtige* Problemlösung¹⁷⁴ – und das heißt, wie bei den Wissenschaften insgesamt, um die *Nichtbeliebigkeit* von Aussagen: Limitationalität.¹⁷⁵

„Die Strafrechtsdogmatik ist die Disziplin, die sich mit der *Auslegung, Systematisierung und Fortbildung* der gesetzlichen Anordnungen und wis-

¹⁶⁹ Dementsprechend spricht Canaris (1993), S. 390 von der „Anwendungsorientierung juristischer Theorien“.

¹⁷⁰ Wissenschaften, die die Frage „Wie soll ich handeln?“ unter der Prämisse ihres Feldes beantworten: will ich erziehen, frage ich die Pädagogik, will ich wirtschaftsrational handeln, die Wirtschaftswissenschaften, will ich legal handeln, das Recht, will ich mich gesund verhalten oder geheilt werden die Medizin etc. Die „Wirklichkeits“-wissenschaften beschränken sich nach ihrem Selbstverständnis dagegen auf die Beschreibung der Welt.

¹⁷¹ Als Wissenschaft, die sich mit dem *normativen Aspekt* (Geltung und Inhalt) von Rechtsnormen befaßt. Siehe Larenz (1991), S. 195

¹⁷² So auch Larenz (1991), S. 197: Behauptung „zutreffender Aussagen“, S. 314: „... notwendig den Anspruch erhebt, richtige Auslegung zu sein ...“ Vgl. Esser (1979), S. 7 f., der Innen- und Außenperspektive des Rechts kontrastiert: „Im ‚Idealreich‘ des Regeldenkens gibt es nur *eine* richtige Lösung.“ Dagegen: „Gibt man zu, daß der Rechtsstreit ein Kampf um die bessere Rechtsmeinung ist, so öffnet sich die große Bühne der meinungsbildenden Faktoren, deren Aktivität nur teilweise der Regie des Gesetzes untersteht ...“ Vgl. auch Gusy (1991), S. 215: Antwort auf die Frage der Vereinbarkeit mit geltendem bzw. des Verstoßes gegen geltendes Recht.

¹⁷³ Daß diese Formulierungen auch in den deskriptiven Wissenschaften Verwendung finden, deutet darauf hin, daß es dort auch um Normen geht. In der Tat ist es plausibel, Theorien und Methoden als normative Strukturen in den Wissenschaften zu beschreiben, die hier die Bezeichnung einer Seite der Unterscheidung wahr/unwahr determinieren. Siehe dazu Luhmann (1990), S. 401 ff.

¹⁷⁴ So Larenz (1991), S. 198 im Anschluß an Engisch (1984), S. 287.

¹⁷⁵ Siehe unten S. 52.

senschaftlichen Lehrmeinungen im Bereich des Strafrechts befaßt.“¹⁷⁶ Auslegung, Systematisierung und Fortbildung des Rechts sind dabei drei Dimensionen, in die man die Suche nach der richtigen Problemlösung im Recht dekomponieren kann. Auslegung und Systematisierung ermöglichen durch die Durcharbeitung des Rechts, Zusammenhänge zu explizieren und damit das Recht einem Konsistenztest zu unterziehen, der die Möglichkeit der Weiterbildung des Rechts eröffnet und dann auch fordert

Auslegung und *Systematik* in der Rechtsdogmatik entsprechen der Unterscheidung von **Methodologie** und **Theorie** in den übrigen Wissenschaften. Theorie meint hier eine Menge miteinander verknüpfter Aussagen, wobei sich eine Teilmenge dieser Aussagen auf prüfbare Zusammenhänge beziehen muß.¹⁷⁷ Eine Methodologie dagegen stellt Regeln bereit, nach denen diese Prüfung erfolgt, also entschieden werden kann, ob eine Hypothese oder Theorie wahr oder unwahr ist.¹⁷⁸ Freilich entspricht diese Auffassung nicht ganz der eingebürgerten juristischen Sprachverwendung, die nicht nur die *Gesetzesauslegung* im engeren Sinne, sondern auch das *Produkt* aus Auslegung und Systematisierung, also die gesamte mit Wahrheitsanspruch antretende wissenschaftliche Aussage, so nennt. Im weiteren soll versucht werden, die Strukturen, die sich aus einem wissenschaftlichen Anspruch der Rechtsdogmatik ergeben und sich funktional äquivalent in allen Wissenschaften (qua ihrem Selbstverständnis als Wissenschaft) finden lassen, auch begrifflich zu parallelisieren.

Aus der *Unterscheidung* von Theorie und Methodologie (bzw. Systematik und Auslegung) ergibt sich die Forderung, „daß jede wissenschaftliche Operation theoretisch *und* methodisch ausgewiesen sein müsse.“¹⁷⁹ Das Ergebnis von juristischer ‚Auslegung‘ im traditionellen Sinne *ist* so eine *wissenschaftliche Aussage*, d.h. eine Aussage, die theoretisch *und* methodisch ausgewiesen ist. Das läßt sich wie folgt systematisieren:

¹⁷⁶ Roxin (1997), § 7 Rn. 1 – meine Hervorhebung.

¹⁷⁷ „Eine Menge miteinander verbundener Zusammenhangshypothesen (im Extremfall die »Mini-Theorie« mit einer einzelnen Hypothese) ist in diesem Sinne eine Theorie.“ Diekmann (1995), S. 122, der natürlich auf *empirische* Prüfbarkeit Wert legt. Siehe auch Luhmann (1990), S. 406 ff. Im Recht geht es natürlich um Prüfbarkeit anhand von Rechtstexten, s.u.

¹⁷⁸ Siehe nur Diekmann (1995), S. 33, 52 ff. und passim., Luhmann (1990), S. 413 ff.

¹⁷⁹ Luhmann (1990), S. 431.

Abbildung 3: Rechtsdogmatik wissenschaftstheoretisch

	<i>Wissenschaftliche Aussage besteht aus</i>		
Wissenschaften allgemein	<i>Methodologie</i> Meßtheorie	<i>und</i>	<i>Theorie</i> Testtheorie
Rechtsdogmatik	„ <i>Methodenlehre</i> “ Rechtsquellentheorie	<i>und</i>	<i>Systematik</i> (<i>jur. Theorie</i>) Auslegungslehre

In den Wirklichkeitswissenschaften hängen Methodologie und Theorie bekanntermaßen durch den Anspruch der **Testbarkeit** zusammen. Die *Norm* der Testbarkeit in den Wirklichkeitswissenschaften – kein theoretisches, sondern ein methodologisches Postulat – heißt in der Rechtsdogmatik **Gesetzesbindung**¹⁸⁰ und limitiert die Freiheiten der Systembildung durch die Grenzen der Auslegung des Gesetzes. Man darf allgemein nicht freischwebend theoretisieren, ohne Bezug zum Gesetz – oder zur Empirie.¹⁸¹

„Ohne Begründbarkeit aus dem Gesetz keine Bindung an das Gesetz – dieser Grundsatz ist nicht nur wegen der allgemeinen Eigenarten normativer Aussagen rechtstheoretisch zwingend; er ist auch positiv-rechtlich angeordnet. *Ein Rechtsanwendungsakt, der aus dem anwendbaren Recht überhaupt nicht begründbar wäre, sondern nur auf außerrechtliche Argumente gestützt werden könnte, wäre demnach rechtlich fehlerhaft.*“¹⁸²

Wie in den Wirklichkeitswissenschaften bei der Frage der Testbarkeit geht es bei der Gesetzesbindung um eine **Objektivitätsgarantie**, um ein der Willkür entzogenes Kriterium für die Richtigkeit von Theorien und Falllösungen.¹⁸³

In den Wirklichkeitswissenschaften werden Theorien anhand von methodisch erhobenen Daten als wahr oder unwahr bezeichnet (oder, wenn diese Daten fehlen, als bisher ungeprüft).¹⁸⁴ Die Frage, wie die Richtigkeit

¹⁸⁰ Vgl. Art. 20 III, 97 I GG.

¹⁸¹ Für den *Theologen* wäre z.B. die *Heilige Schrift* der Referenzpunkt zur Entscheidung der Frage, welcher theologischen Meinung der Vorzug zu geben ist.

¹⁸² Gusy (1991), S. 217 – Hervorhebung im Original.

¹⁸³ Bezogen auf das Recht so ausdrücklich Jakobs (1991), 4/9.

¹⁸⁴ So jedenfalls der Anspruch, d.h. die Selbstbeschreibung der Wissenschaften. Vgl. für eine entsprechende, aber nicht zu überspannte Auffassung des Verhältnisses von Theorie und Experiment aus der Perspektive des Naturwissenschaftlers Ziman (1978), S. 33 ff. Dafür, daß die Wirklichkeit anders, jedenfalls komplexer ist, siehe

von wissenschaftlichen Aussagen im Recht bewertet werden kann, ist parallel zu den Wirklichkeitswissenschaften zu beantworten: die Theorie der korrekten Datengenerierung zur Testung ist hier wie dort eine **Methodenlehre**, während die Dateninterpretation die **Theorie** des Gegenstands i.e.S. ist. Nun verfügt, so könnte man meinen, die (Straf-)Rechtswissenschaft allerdings über keine Außenreferenz („Empirie“), die ein Wahrheitskriterium für Theorien an die Hand geben könnte (und sei darin der Mathematik ähnlich).¹⁸⁵ In der Tat handelt es sich nicht um ein methodisch korrekt erzeugtes **Naturdatum**, das über die „Wahrheit“ von Theorien entscheidet, sondern die methodisch korrekte Feststellung der **Textgrundlage** und deren Auslegung, die eine dogmatische Theorie stützen oder schwächen („Vereinbar/nicht vereinbar mit dem geltenden Recht.“)¹⁸⁶ und die dem Dogmatiker, so wie dem Naturwissenschaftler die Natur, „vorgegeben“ ist.¹⁸⁷ Eine Methode ist insofern eine Art Fragetechnik, die die Natur, das Recht oder was immer, dazu bringt, einen Fall, ein Problem, eine Frage, zu entscheiden. Damit die Antwort, die Entscheidung aber valide ist, müssen bestimmte Regeln eingehalten werden.¹⁸⁸

Die Parallelen qua Wissenschaftlichkeit haben allerdings auch ihre Grenzen – letztlich muß jede Disziplin ihre Methodologie ihrem Gegenstand angemessen selbst bestimmen (es handelt sich dabei aber immer um *funktionale Äquivalente*). So liegt ein Unterschied zu den Wirklichkeitswissenschaften¹⁸⁹ z.B. darin, daß die Textgrundlage der Rechtswissenschaften offensichtlich änderbar ist und damit nicht nur eine Rechtswissenschaft *de lege lata*, sondern auch und gerade *de lege ferenda* ermöglicht. Das ändert allerdings nichts daran, daß Vorschläge, solange es um Fallentscheidungen geht, mit dem *aktuell geltenden* Recht vereinbar sein müssen.

aus der Außenperspektive in historischer Hinsicht Kuhn (1976), in soziologischer Collins/Pinch (1993) (*case studies*) und Luhmann (1990), S. 428 ff. (theoretisch).

¹⁸⁵ Siehe Larenz (1991), S. 451 f.

¹⁸⁶ Canaris hält die Überprüfung der Vereinbarkeit einer juristischen Theorie mit dem geltenden Recht für einen Ansatz für die Anwendung des Falsifikationsprinzips in der Jurisprudenz, siehe Canaris (1993), S. 383, 386. Ähnlich Dreier (1984), S. 123 f. Die Feststellung des geltenden Rechts ist dabei natürlich auch wieder theorieabhängig und nicht etwa unmittelbar gegeben. Siehe zum allgemeinen Problem z.B. Spieß (1994), S. 108.

¹⁸⁷ Siehe Larenz (1991), S. 203 und Fletcher (1985), S. 1273.

¹⁸⁸ Die Nähe zu Divinationspraktiken ist naheliegend. Siehe unten S. 134 in Fn. 218.

¹⁸⁹ Aber auch zur Theologie!

2. Die Operationen der Rechtswissenschaft

Sind die Grundstrukturen der Wissenschaften ähnlich, dann mag das auch für den Prozeß gelten, durch den Wissenschaft betrieben wird. Rechtswissenschaftliches Wissen¹⁹⁰ wird durch einen Prozeß, der sich am Schema Problem/Problemlösung (Frage/Antwort) orientiert, erzeugt.¹⁹¹ Die Probleme der Rechtswissenschaft sind die nicht irgendwie, sondern systematisch *richtig* zu lösenden **Fälle**. Darauf beziehen sich ihre wissenschaftlichen Aussagen.

Fälle werden ganz grundsätzlich dadurch gelöst, daß man sagt, ob etwas legal oder illegal, eine Handlung rechtmäßig ist oder gegen das Recht verstößt. Daraus ergibt sich die Frage, welche Seite dieser Unterscheidung nun zu bezeichnen sei, wenn ein Ereignis juristisch zu bewerten ist – Recht oder Unrecht.

Die *basale* Technik zur Falllösung ist *Beispiel*¹⁹² und *Vergleich*. „The finding of similarity or difference is the key step in the legal process. ... The problem for the law is: When will it be just to treat different cases as though they were the same?“¹⁹³ Das ist beim Vorgehen des *common law* offensichtlich, das zunächst einfach *de parte ad partem* voranschreiten kann. Man weiß, wie ein Raub aussieht und fragt sich dann, ob das Entreißen der Handtasche hinreichend gleich ist oder nicht. In einem zweiten Schritt mag man dann das entscheidende Kriterium zur *Definition* und *Abgrenzung* entwickeln („Gewalt“¹⁹⁴). Zur Fallentscheidung selbst ist das allerdings nicht zwingend.

Moderne Gesetze¹⁹⁵ geben in der Regel einige Kriterien (Tatbestandsmerkmale) vor, die zur *Identifikation* und *Abgrenzung* von *Fällen* dienen.¹⁹⁶ Die Bezeichnung einer Seite der rechtlichen Zentralunterscheidung Recht/Unrecht (konkret also z.B. kein Raub/Raub) wird damit konditioniert durch *weitere* Unterscheidungen, den Tatbestandsmerkmalen. Kriterien und Tatbestandsmerkmale zur Fallabgrenzung sind letztlich Unterscheidungen.

¹⁹⁰ Und damit auch: Nichtwissen!

¹⁹¹ Siehe Luhmann (1990), S. 419 ff., Kuhn (1976), S. 51 ff.

¹⁹² Oder auch: „Normalfall“ – vgl. Haft (1998), S. 91 f.

¹⁹³ Levi (1948), S. 502.

¹⁹⁴ Siehe § 249 StGB und Theft Act 1968, s. 8 („force“).

¹⁹⁵ Siehe dagegen nur aus dem 16. Jahrhundert die *Carolina*, die für die meisten Delikte keine Definitionen mit Tatbestandsmerkmalen gibt, sondern diese voraussetzt. So z.B. in Artikel 126, der lediglich feststellt: ein Räuber soll die Schwertstrafe erleiden.

¹⁹⁶ Siehe Jakobs (1991), 4/18.

Unterscheidungen haben die Form (a|b). Jede Unterscheidung trifft so zwei Unterscheidungen, einmal unterscheidet sie a und b, zum anderen aber auch die Unterscheidung (a|b) von anderen Unterscheidungen, z.B. (c|d). Im Recht wird in der Regel (aber nicht immer) nur eine Seite der Unterscheidung bezeichnet, nämlich die, die für die Bestimmung als illegal wichtig ist, z.B. a; b ist dann einfach der Rest, alles, was nicht a ist. Ein Beispiel:

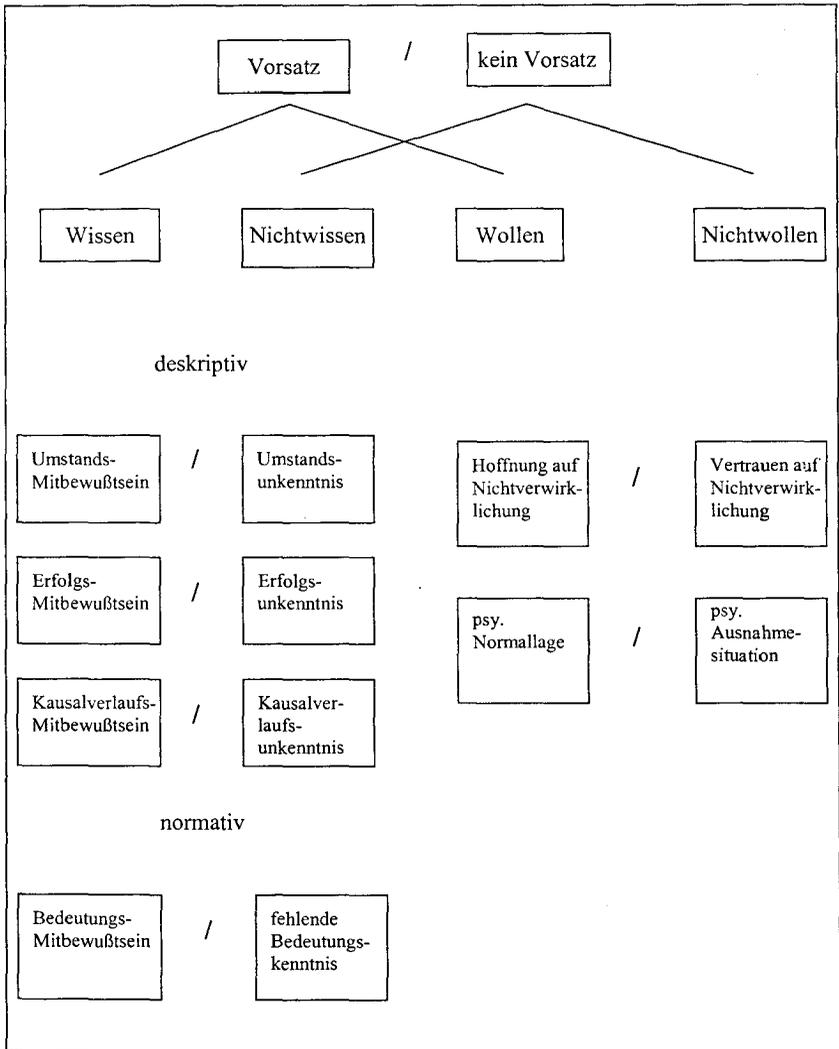
Eine 'Wegnahme' ist z.B. eine Unterscheidung von anderen Formen der Erlangung, wobei zunächst offen bleiben kann, von welchen anderen.¹⁹⁷ Wie die Unterscheidung Wegnahme/keine Wegnahme gehandhabt wird, ist ggf. von weiteren Unterscheidungen abhängig, die dann allerdings meist schon nicht mehr im Gesetz zu finden sind: Gewahrsamsbruch oder nicht, neue Gewahrsamsbegründung oder nicht. Man kann beliebig viele weitere Unterscheidungen anschließen. *Praktisch* endet man freilich bei *evidenten Sachverhalten* – oder landet schließlich wieder bei *Beispiel und Vergleich*, ohne genau angeben zu können, was die ausschlaggebende Unterscheidung nun tatsächlich ist: bei der „natürlichen Auffassung des täglichen Lebens“¹⁹⁸ z.B., die nur noch durch Referenzfälle definiert ist, deren Identifikations-/Gruppierungs-/Unterscheidungskriterium unklar bleibt. So einen Unterscheidungsbaum kann man praktisch für alle Tatbestandsmerkmale herstellen, auch für den Vorsatz.¹⁹⁹ Das sähe dann z.B. so aus:

¹⁹⁷ In Abgrenzung zu: *keine Wegnahme* (Abgrenzung Diebstahl bzw. Raub/kein Diebstahl bzw. Raub), oder: *Verfügung* (Abgrenzung Diebstahl bzw. Raub/Betrug bzw. Erpressung), oder: sonstige Arten der Zueignung.

¹⁹⁸ Vgl. BGHSt 22, 182 und Sch/Sch-Eser § 242 Rn. 26 f.

¹⁹⁹ Man mag unterscheiden: Vorsatz/kein Vorsatz, Vorsatz/Fahrlässigkeit, Vorsatz/andere subj. Merkmale etc. Ich beschränke mich auf ersteres.

Abbildung 4: Unterscheidungsbaum zum Vorsatz



In dieser Abbildung müßten so alle Fälle zum Vorsatz ihren Platz haben. Haben sie es nicht, müßte man die relevante(n) Unterscheidung(en) hinzuzufügen. Der dogmatische Streit geht in der Regel darum, wo einzelne Fälle

einzuordnen sind.²⁰⁰ Man könnte nun noch weiter differenzieren: welches Kriterium macht eine Abweichung vom Kausalverlauf zu einem Irrtum (z.B. ein Verlauf außerhalb jeder Lebenserfahrung²⁰¹), nach welchen Kriterien ergibt sich eine Umstandsunkennntnis (u.U. bei psychischen Sonderlagen²⁰²), wann vertraut man auf den Nichteintritt eines als möglich vorausgesehenen Erfolgs (möglicherweise bei dessen allgemeiner Unerwünschtheit²⁰³). Bei weitem nicht immer wird das entscheidende Kriterium, das einen Fall zuordnet, klar benannt.

Jede Unterscheidung grenzt Fälle als unterschiedlich ab und gruppiert andere als gleich, bestimmt also *Gleichheit und Differenz*. Gibt es keine Fälle, die sie abgrenzt, dann ist sie überflüssig. So lassen sich induktiv aus unterschiedlichen Fällen Fallgruppen bilden.

„Indessen setzt die Bildung von ‘Gruppen’ ein Kriterium voraus, mit dessen Hilfe die Fälle ‘gruppiert’ [und abgegrenzt! fb] werden; demgemäß weisen diese eine Gemeinsamkeit auf, die über sie hinausweist und offenbar für ihre Entscheidung wichtig ist. Überdies muß zwischen den verschiedenen Gruppen untereinander wiederum eine Ähnlichkeit bestehen, damit man sie überhaupt in Zusammenhang miteinander bringen kann.“²⁰⁴

Wie diese Gruppierungen aussehen könnten und nach welcher Methode sie im Strafrecht zu bilden sind, ist im nächsten Abschnitt darzustellen.

Zu Grunde liegt am Ende immer ein Fallvergleich, und die *gesetzlichen* Tatbestandsmerkmale geben dann nur einen Hinweis darauf, woraufhin die Fälle zu vergleichen sind, und organisieren ggf. weitere Vergleichs Gesichtspunkte. Rechtsdogmatik ist demnach eine Systematisierung von Vergleichsgesichtspunkten, von Unterscheidungen. Freilich kann man die *Explikation* und konsistente *Ausarbeitung* dieser Vergleichsgesichtspunkte unterschiedlich weit treiben.

²⁰⁰ So kann man z.B. leicht die voluntativen Elemente in intellektuelle umdeuten (und umgekehrt): psychische Ausnahmesituationen wie Affekt, Streß, Trunkenheit können auch leicht zu Wissensdefiziten führen, ein möglicher Umstand, ein möglicher Verlauf, ein möglicher Erfolg wird nicht gesehen. Und wer auf den Nichteintritt des Erfolgs vertraut, irrt sich eben darüber, wenn er eintritt – für den nur Hoffenden kommt der Erfolg nicht überraschend.

²⁰¹ Siehe Sch/Sch-Cramer § 15 Rn. 55.

²⁰² Z.B. durch *Alkohol*, siehe Sch/Sch-Cramer § 15 Rn. 50, Prittwitz (1994), s.a. BGH NSTZ 1994, 483, StV 1994, 640, aber auch *Unreife*, siehe BGH StV 94, 303.

²⁰³ Bei Tötungen wegen der besonderen Hemmschwelle ständige Rechtsprechung, siehe nur BGH NSTZ 1992, 384, NStE § 212 Nr. 5, 8, 10 f., 16 f., 19.

²⁰⁴ Canaris (1993), S. 380.

Ob nun diese Unterscheidungen aus Fällen entwickelt werden (quasi induktiv) oder Unterscheidungen aus dem Gesetz Fälle definieren (quasi deduktiv), ist letztlich gleichgültig, beide Ebenen definieren sich jeweils wechselseitig. Zentraler Bezugspunkt juristischer Arbeit ist der Fall. Daß Vergleichsfälle nicht immer genannt werden müssen, ist der Zusammenfassung durch sie symbolisierende Unterscheidungen zu danken – und je offensichtlicher ein Fall am Normalfall liegt, um so weniger Auflösung in weitere Unterscheidungen ist notwendig. Es „gilt auch schon für die natürliche Sprache, daß wir Unterscheidungen nur dann ausdrücklich machen, wenn die Gefahr von Verwechslungen und Mißverständnissen besteht.“²⁰⁵

All das sagt aber noch nichts darüber, *welche* Unterscheidungen zu machen sind. Unterscheidungen müssen nicht nur faktisch gemacht werden können, sie müssen in der Rechtswissenschaft auch legitimiert, *begründet* werden. (So wie Unterscheidungen in den Naturwissenschaften durch ‚Natur‘ gerechtfertigt sein müssen, also ihre empirische Wirklichkeit und Relevanz zu belegen ist.) Man *darf nicht* willkürlich unterscheiden und Fallgruppen bilden. Daß es trotzdem faktisch immer wieder geschieht (Stichwort: Legitimität gegen Legalität), ist – da es um eine Norm geht: natürlich – kein Gegenargument.²⁰⁶

Unterscheidungen ergeben sich aus der Geschichte des Gebrauchs bzw. aus Gesetz – entsprechend: Präjudizien- bzw. Gesetzesbindung. Die geltenden Vergleichsgesichtspunkte werden im Präjudizien-system über die Unterscheidung von *ratio decidendi* und *obiter dictum*, im Kodifikations-system durch Bezug auf *geltendes* Recht bestimmt. Vergleichsgesichts-

²⁰⁵ Kamlah/Lorenzen (1973), S. 75 f.

²⁰⁶ Vielleicht muß hier noch einmal deutlich gemacht werden, daß in der konkreten Fallentscheidung das Recht nie instruktiv wirken kann in dem Sinne, daß es die Entscheidung *determiniert*. Recht ist nur eine Begründungslehre für Entscheidungen, in die faktisch diverse Ursachen eingehen. So mag es aus situativer, (organisations-) politischer, ökonomischer oder sonst welcher Perspektive gute Gründe geben, ohne Beachtung des Rechts zu entscheiden. Nur: das sind eben, wenn sie sich nicht *auch* rechtlich begründen lassen, rechtswidrige Entscheidungen (jedenfalls, solange die mobilisierbaren außerrechtlichen Wertungen nicht ins Recht eingeführt sind) – aber das kann nur ein Beobachter feststellen, der es unter Berufung aufs Recht (d.h.: so legitimiert) skandalisieren will (siehe Luhmann (1993), S. 143 ff.). Was faktisch als Rechtsanwendung geschieht und was sich rechtlich begründen läßt, sind unterschiedliche Dinge, und Entscheidungen ohne rechtliche Bindung als reine Machtausübung sind historisch und auch aktuell nicht unbekannt. Diese Unterscheidung zwischen Praxis und Begründbarkeit, externer und interner Beobachtung, beachtet m.E. z.B. Esser (1979), S. 13, 23 ff. und passim nicht immer hinreichend.

punkte, die aus Gesetz, Urteil oder sonstiger „Quelle“²⁰⁷ durch **Auslegung** (Methode) gewonnen werden, werden durch die **Systematik** (Theorie) in ihrer Relevanz und Bedeutung festgelegt und damit *anwendungsfähig* gemacht. Und umgekehrt: systematisch gewonnene Unterscheidungen werden durch Rückbindung an als Rechtsquellen identifizierte Texte *legitimiert*.

3. Die Bedeutung von Systematik und Auslegung als Theorie und Methode

Auslegung objektiviert, limitiert, schränkt Beliebigkeit ein durch die Konstruktion eines Externums, eines Willens, einer Intention, sei es des Gesetzgebers, des Richters, der vertragsschließenden Parteien, Behörden oder sonstiger Rechtsquellen. Dieses Externum darf nicht beliebig bestimmbar sein (dazu dienen Auslegungslehren, die *normativ* der Auslegung Schranken setzen) und setzt dann der Theoriebildung Grenzen. Auslegung ist demnach die korrekte Ermittlung dieses (intern, d.h. rechtlich durch Auslegungslehren konstruierten) Externums.²⁰⁸

Tatsächlich ist die Schranke für eine Auslegung die praktizierte *Auslegungskultur* in den Rechtswissenschaften. „Damit ist gemeint, daß die Grenze der Auslegung nicht der Sinn ist, den die Begriffe des Rechts *haben*, sondern der ihnen *beigelegt* werden kann.“²⁰⁹ Auslegungsgrenzen sind demnach *sozial* garantiert und nicht durch ihre textliche Basis. Das bedeutet Kontingenz, die aber durch *historisch* gewachsene Strukturen der Sprachverwendung konditioniert ist. Die Grenze möglicher Auslegung wird in der rechtsdogmatischen Diskussion mit jedem Beitrag, der eine Interpretation, eine Theorie bewertet oder überhaupt zur Diskussion stellt, überwacht, kontrolliert, erweitert oder verengt.²¹⁰

Nicht nur die Auslegung sollte über Methodenlehren, sondern auch die ‘Anwendung’ der Unterscheidungen, d.h. ihre Definition *von* und Neudefini-

²⁰⁷ Die Auswahl der textlichen Grundlage für Auslegung wird normativ limitiert durch Rechtsquellentheorien, faktisch – natürlich – durch das, was ‚vertretbar‘ ist, also die aktuelle Praxis.

²⁰⁸ Das ist die Wahrheit der „subjektiven Theorie“ (Bindung ans Gesetz heißt Maßgeblichkeit des Willens des Gesetzgebers). Freilich ist das nur die halbe Wahrheit, weil zu einer wissenschaftlichen Aussage auch Systematik gehört. Das ist dann die (Hälfte der) Wahrheit der „objektiven Auslegung“, die eben gerade auf diese Systematik setzt. Siehe Larenz (1991), S. 316 ff.

²⁰⁹ Jakobs (1991), 4/37.

²¹⁰ Das gilt natürlich auch für diese Arbeit. Freilich fällt die Wirkung des „policing“ je nach Autor (Reputation!), Publikationsorgan etc. natürlich unterschiedlich stark aus.

inition *durch* Fälle²¹¹, sollte (!) von einer Theorie, einer **Systematik** kontrolliert sein (so wie in den Wirklichkeitswissenschaften Dateninterpretation theoretisch kontrolliert sein sollte).²¹² Nun setzt Systematik offensichtlich ein System voraus. Ein allumfassendes System ist damit gar nicht gemeint, das sollte schon der Theoriebegriff oben deutlich gemacht haben, der auch eine einzige Hypothese als „Mini-Theorie“ zuläßt. Immer aber geht es um Redundanzen, Abhängigkeiten von Aussagen, um verallgemeinerungsfähige Gesichtspunkte, die über einen gegebenen Fall hinausgehen.²¹³

Gesetzesbindung heißt in diesem Zusammenhang Willkür auszuschließen durch Auslegung mit System und im System. Der wesentliche Aspekt ist hier die *Generalisierung* der Fallösungen, und das heißt: der Relevanz von Unterscheidungen.²¹⁴ Auch *Ausnahmen*, z.B. die Durchbrechung der Gesetzesbindung („gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung“²¹⁵), soweit man sie überhaupt für legitim erachtet²¹⁶, müssen generalisierbar und damit systematisch sein.²¹⁷ Diese Grenze ist für ein rechtsstaatliches Strafrecht unverzichtbar.²¹⁸ Für jeden Fall *muß* es eine Lösung geben (Verbot der

²¹¹ Es handelt sich um einen zirkulären Prozeß: „the rules change from case to case and are remade with each case.“ (Levi (1948), S. 502) und Moore (1968), S. 98: „In law there is the often observed paradox that in theory norms rule the outcome of cases, yet at the same time some cases define norms.“ Die Fälle werden anhand der bisherigen Unterscheidungen definiert, letztere gewinnen aber ihre konkrete Bestimmung nur in der Zuordnung von Fällen und der damit geleisteten Abgrenzungentscheidung, die durch die Zuordnung *dieses* Falles für *zukünftige* Fälle verändert wird. Der Zirkel „Das Recht definiert Fälle, und Fälle definieren das Recht“ wird praktisch durch die Einführung von *Zeit* unschädlich gemacht. Siehe auch Larenz (1991), S. 313 f. und Esser (1979), S. 18.

Die gegenseitige Bestimmung von *Regel* und *Anwendung* gilt offensichtlich auch in den Naturwissenschaften: „Paradigmaverfahren und -anwendungen sind für die Wissenschaft so wichtig wie Paradigmagesetze und -theorien, und sie haben die gleiche Wirkung.“ Kuhn (1976), S. 73, siehe auch besonders deutlich S. 199 ff. So für das Recht ebenfalls Canaris (1993), S. 379 m.w.N.

²¹² Die Wichtigkeit der Systematik betonend siehe Roxin (1973), S. 3 ff. m.w.N., (1997), § 7 Rn. 3.

²¹³ Siehe Canaris (1993), S. 378, siehe auch Dreier (1984), S. 122 f.

²¹⁴ Siehe Jakobs (1991), 4/39 f., Canaris (1993), S. 383.

²¹⁵ Larenz (1991), S. 413 ff.

²¹⁶ Für eine Auslegung gegen den Wortlaut und insofern *contra legem* siehe BGHSt 10, 375 (Forstdiebstahl mit KFZ), 30, 105 (Rechtsfolgenlösung bei Mord), KG NJW 1977, 1786, *dagegen* BVerfG NJW 1987, 55, Sch/Sch-Eser § 1 Rn. 37 m.w.N.

²¹⁷ Siehe Jakobs (1991), 4/39, Larenz (1991), S. 414 („extra legem“, aber „intra ius“ – ich lese das: außerhalb der Auslegung, aber innerhalb der Systematik).

²¹⁸ So auch Roxin (1997), § 7 Rn. 32 m.w.N. und Rn. 51.

Justizverweigerung!) und diese Lösung *darf* (jedenfalls aus wissenschaftlicher Sicht) *nicht beliebig sein* – auch wenn man weiß, daß es mehrere ‚vertretbare‘ Lösungen geben mag. Das ist nur zu gewährleisten über Systematik, und deshalb „ist die Frage nach dem richtigen System nicht, wie öfters behauptet wird, ein müßiges Glasperlenspiel, sondern Arbeit am richtigen Recht.“²¹⁹

Was man in den Wissenschaften als Limitationalität, die Beschränkung der Beliebigkeit wissenschaftlicher Aussagen²²⁰, bezeichnen könnte, entspricht im Recht der rechtsstaatlichen Forderung nach einer voraussehbaren, bestimmten, nicht-willkürlichen Rechtsanwendung. Das gilt im Recht im übrigen als Kerngehalt der Forderung nach gerechter Fallentscheidung: Gleiches gleich und Ungleiches gemäß seiner Eigenarten zu behandeln, wesentlich also Konsistenz.²²¹

„Wer immer Recht anwendet oder gar fortbildet und dabei nicht bloße Kadijustiz übt, *hat* eine Theorie, mag diese auch noch so rudimentär sein und oft unbewußt bleiben. Ohne ein gewisses Maß von Verallgemeinerung und damit von Theorie kann man nämlich dem elementaren Gerechtigkeitsgebot, Gleiches gleich und Ungleiches nach Maßgabe seiner Verschiedenartigkeit ungleich zu behandeln, von vornherein nicht Genüge tun; denn dafür braucht man ein Kriterium des Ver-Gleichens, das zwangsläufig über den zu entscheidenden Einzelfall hinausgreift.“²²²

Ein Begriff wird so begrenzt durch seine Funktion im Gesamtsystem. „Die Ernsthaftigkeit des Bemühens, Willkür durch Bindung an das System auszuschalten und den vom Gesetz verwendeten Merkmalsbezeichnungen eine Bedeutung nur nach Regeln beizulegen, die verallgemeinert werden können“²²³, ist der Maßstab für die Objektivität und Konsistenz (und also: Gerechtigkeit!) einer Interpretation. Es gilt aber auch, daß eine Systematik ohne Bezug zu Fällen ebenfalls unterbestimmt ist.

„Viele Juristen werden es aus ihrer Erfahrung heraus ohne weiteres als zutreffend akzeptieren, daß man den Anwendungsbereich einer Theorie kaum je durch die Angabe aller notwendigen und hinreichenden Bedin-

²¹⁹ Roxin (1997), § 7 Rn. 51.

²²⁰ Siehe Luhmann (1990), S. 391 ff. (insb. 396 f.), 401.

²²¹ Siehe Luhmann (1993), S. 219 ff., 223 ff.

²²² Canaris (1993), S. 390 f.

²²³ Jakobs (1991), 4/38.

gungen bestimmen kann und sich daher weitgehend an paradigmatischen Problemlösungen orientieren muß.“²²⁴

Limitationalität wie Gerechtigkeit ergeben sich aus der *systematischen Erklärung* bzw. *Prognose* von Natur-Auslegungen (Daten) bzw. Rechtsquellen-Auslegungen, sei es induktiv als Generalisierung und Konsistenthalten von Auslegungen oder deduktiv als Testung von Theorien. Limitationalität und Gerechtigkeit sind *Zielvorgaben*, Forderungen, die *nur* durch die Struktur von Auslegung und Systematik, Methode und Theorie zu erfüllen sind. Ein hinreichend *bestimmter* Sinn von Unterscheidungen wird allein über die Zuweisung von tatsächlichen oder auch nur denkbaren Fällen hergestellt. Die Systematik *koordiniert* dabei die Unterscheidungen, die erst dadurch hinreichend bestimmt werden.²²⁵

Die Begriffe *Erklärung* und *Prognose* im Zusammenhang mit Recht mögen befremden. Aber: „Jedes gefundene Ergebnis muß sich daran messen lassen, ob es allen möglichen oder vorstellbaren Fällen gerecht wird.“²²⁶ Damit ergibt sich die Möglichkeit, juristische Theorien anhand ihrer Konsequenzen zu überprüfen. „In der Tat ist es in der Rechtswissenschaft bekanntlich ein gängiges Verfahren, eine Theorie mit ihren ‘Ergebnissen’ zu konfrontieren und sie wegen deren ‘Unhaltbarkeit’ zu verwerfen.“²²⁷ Die Widerspruchsfreiheit, d.h. Konsistenz, theoretisch abgeleiteter Fallösungen mit den übrigen Wertungen und der übrigen Systematik des Rechts ist insofern ein Richtigkeitskriterium im Recht.

„Daß eine Lehre ‘in der Theorie richtig ist, aber nicht für die Praxis taugt’, ist mit der Anwendungsorientierung juristischer Theorien nicht zu vereinbaren und darf daher eigentlich gar nicht vorkommen; vielmehr muß bei einem solchen Widerspruch entweder die Theorie aufgegeben bzw. korrigiert oder die Praxis geändert werden.“²²⁸

4. Zusammenfassung

In diesem Abschnitt wurde das Ziel der Rechtsdogmatik als Wissenschaft in der Nichtbeliebigkeit von Aussagen gesehen, der Möglichkeit ihre Qua-

²²⁴ Canaris (1993), S. 380.

²²⁵ „So bestimmt sich der rechtliche Sinn eines Gesetzes seinerseits durch die Judikatur und grundsätzlich die Allgemeinheit der Norm durch die Konkretion des Falles“. Gadamer (1975), S. 519.

²²⁶ Haft (1998), S. 94.

²²⁷ Canaris (1993), S. 386.

²²⁸ Canaris (1993), S. 390.

lizifizierung als wahr oder unwahr. Um das zu erreichen, bedarf es Methoden und Theorien. Methoden ermöglichen eine Objektivitätsgarantie durch ein unabhängig gegebenes Externum, Natur oder Rechtsquellen; Theorien legen Bedeutungen fest und ermöglichen Konsistenztests.

Das läßt sich auch für die Rechtswissenschaft nachvollziehen. Das Zentralproblem des Rechtssystems ist die Lösung von Fällen, also die Beantwortung der Frage, ob etwas recht oder unrecht ist. Das ist ganz basal durch den Vergleich von entschiedenen Fällen und zu entscheidendem Fall möglich. Anspruchsvoller ist die Herausarbeitung der entscheidungstragenden Unterscheidungen. Auf dieser Ebene realisiert sich die Rechtswissenschaft in der Auseinandersetzung um die *Richtigkeit* der gewählten Unterscheidungen.

Die Unterscheidungen, die für die Falllösung heranzuziehen sind, ergeben sich allgemein aus Rechtsquellen, aus entschiedenen Fällen wie aus gesetzlich generalisierten Falllösungen, aus vertraglich vorweggenommenen Falllösungen oder dem Üblichen. Systematik (Theorie) und Auslegung (Daten) begrenzen sich gegenseitig: die Auslegung muß sich mit ihren impliziten Konsequenzen und Vorannahmen systematisch, und d.h. vor allem: konsistent, einordnen lassen, muß verständlich sein, die Systematik wiederum muß an mögliche Auslegungen rückgebunden werden, muß „wirklich“ sein, sich im Gegenstand aufweisen lassen. Wie das im Detail für das Strafrecht und hier insbesondere den Vorsatz aussehen könnte, wird im nächsten Abschnitt dargestellt.

Für die Rechtsdogmatik als Wissenschaft vom Recht gelten in der Folge also auch die Regeln (Werte) guter Wissenschaft. Und die heißen z.B.: Übereinstimmung von Theorie und Daten²²⁹, Genauigkeit, Reichweite, Widerspruchsfreiheit, Einfachheit, Eleganz, Plausibilität, Konsequenz, Frucht-

²²⁹ „In physics the normal test of a theory is simply that it should yield results that ‚fit‘ the experimental data.“ (Ziman (1978), S. 33) Beeindruckender ist natürlich die erfolgreiche Vorhersage. Die ist freilich schon in den Naturwissenschaften sehr ungewöhnlich, weil sie voraussetzt, daß zum Zeitpunkt der Vorhersage noch keine Methode existiert oder jedenfalls dem Vorhersagenden zur Verfügung steht, die in der Lage ist, die vorhergesagten Daten zu erheben. Ansonsten liegt die Vermutung nahe, die „Vorhersage“ beruhe auf schon für diesen Zweck (insgeheim) erhobenen Daten. Dieser Methodenaspekt macht ein solches Verfahren für die Rechtswissenschaft ganz unwahrscheinlich. Dabei ist allerdings zu bedenken, daß es *logisch* für den Status einer Theorie überhaupt keinen Unterschied macht, ob die Daten von der Theorie vorhergesagt wurden oder sie bereits Ausgangspunkt der Theoriebildung waren. „*Psychologically*, however, it is of the utmost significance“. (Ziman (1978), S. 32).

barkeit bei der Formulierung und Lösung von Problemen usw.²³⁰ Man kann, wie immer bei Werten, natürlich über ihre Anwendung unterschiedlicher Meinung sein, ohne daß es eine Möglichkeit gäbe, hier noch zu entscheiden. Eine andere Frage ist aber, ob man sich diesen Werten überhaupt unterstellt.

Wenn man das Prinzip der Nichtbeliebigkeit ernst nimmt, und es ist unfindlich, wie man sich dem als Jurist entziehen könnte (Rechtsstaatsprinzip!)²³¹, dann hat das Konsequenzen dafür, wie man Rechtswissenschaft betreiben *sollte*. Dann reicht es nämlich nicht, sich bei einem Fall mit einer einzelnen Auslegung zufrieden zu geben, weil sie für sich genommen schlicht gar keine Bedeutung hat und mit entsprechendem Vorverständnis ohne weiteres zu gegensätzlichen Fallösungen führen könnte. Hier also: es reicht nicht, über die Tatbestandsmerkmale des Vorsatzes zu streiten, solange der ganze systematische Hintergrund unbeleuchtet, gar ausgeblendet bleibt. So werden häufig schon die Fragen falsch gestellt.

Es ist geboten, die Systematik aus Gründen der Rechtssicherheit wie Wissenschaftlichkeit gleichermaßen so weit wie möglich zu treiben, also möglichst viele Unterscheidungen zu koordinieren. Der Ausschluß von Beliebigkeit wurde in den Wissenschaften Limitationalität, im Recht Gerechtigkeit genannt. Beide sind je um so größer, je komplexer die Systematik angesichts der vorliegenden Auslegungen gebaut ist, d.h. je mehr Abhängigkeiten von je mehr Unterscheidungen sich konsistent herstellen lassen. Einzelfallgerechtigkeit und Systematik schließen sich nicht aus, sondern befinden sich in einem gegenseitigen Steigerungsverhältnis. Das Ideal ist die eindeutige Lösung, die eindeutige systematische Verortung aller Fälle. Systematische Bemühungen zielen zunächst auf die einzelnen Rechtsbereiche, so z.B. das Strafrecht mit der Abstimmung der unterschiedlichen Lehren des AT und BT. „Eine ihrer schwierigsten Aufgaben findet die Dogmatik der allgemeinen Verbrechenslehre in der Ausbildung und immer feineren Entwicklung eines Strafrechtssystems.“²³² Aber dabei darf man nicht vergessen, daß schließlich auch der Vergleich und die theoretische Abstimmung mit anderen Rechtsbereichen wie dem übrigen öffentlichen Recht und Zivilrecht notwendig ist. Die Idee ist, natürlich, die Einheit der Rechtsordnung (wie für die Physik die „Grand Unified Theory“). Für die Wissenschaft heißt das wesentlich:

²³⁰ Siehe Kuhn (1976), S. 196, 211.

²³¹ Siehe oben S. 6.

²³² Roxin (1997), § 7 Rn. 3.

„Theoriearbeit im Sinne einer Verwissenschaftlichung von Aussagen bemüht sich [...] auf einem Kontinuum des Vergleichsinteresses um zunehmend unwahrscheinliche Vergleiche, also um Feststellung von Gleichheiten an etwas, was zunächst ungleich erscheint. [...] Spezifisch wissenschaftliche Theorieleistung liegt nur dann vor, wenn die Abstraktion der Vergleichsgesichtspunkte so vorangetrieben wird, daß auch evident Ungleiches verglichen werden kann.“²³³

IV. Zur Theorienbildung im (Straf-)Recht

Im letzten Abschnitt wurde auf die Struktur der Rechtsdogmatik als Wissenschaft eingegangen. Nun geht es darum, theoriebautechnische Grundentscheidungen im Strafrecht zu klären und die Gesichtspunkte herauszuarbeiten, die eine Systematik von Unterscheidungen organisieren könnten.

1. Ebenen im strafrechtlichen Systembau

Es ist von vier Ebenen des Systembaus auszugehen, *die auf unterschiedliche Fragestellungen Antworten geben.*²³⁴ Diese Ebenen sind: Rechtsbegriff²³⁵, Rechtsgebietstheorie²³⁶ (im Strafrecht: Strafzwecktheorie), Institute (darunter AT und BT)²³⁷ und schließlich Tatbestandsmerkmale.²³⁸ Der einzig innovative Aspekt an dieser Stelle ist die Ausdehnung der Systematisierungsbemühungen auf den Rechtsbegriff, während eine Integration von Strafzwecktheorie und übriger Dogmatik eine im Strafrecht des öfteren erhabene Forderung ist.²³⁹

Es wurde im letzten Abschnitt gesagt, daß es bei einem Tatbestandsmerkmal, einem Vergleichsgesichtspunkt für Fälle, der Systematik zur hin-

²³³ Luhmann (1990), S. 409 f.

²³⁴ Vgl. zum Thema insgesamt Dreier (1984).

²³⁵ Dieses Thema schlägt Dreier (1984), S. 106 zwar der Rechtstheorie zu, konzediert aber einen Zusammenhang mit rechtsdogmatischer Theoriebildung (S. 129 f.).

²³⁶ Vgl. Dreier (1984), S. 111.

²³⁷ Vgl. die Zusammenfassung unterschiedlicher juristischer Theoriearten unter dem Titel „Theorien mittlerer Reichweite“ bei Dreier (1984), S. 128 und die Erläuterungen zu diesen Theoriearten auf S. 106 ff. Ich würde auf dieser Ebene auch allgemeine Rechtsprinzipien, -regeln etc. verorten.

²³⁸ Vgl. die Bezeichnung „singuläre Theorien“ bei Dreier (1984), S. 128 f. wegen ihres Bezugs auf Einzelnormen.

²³⁹ Z.B. bei Roxin (1973), S. 10 und passim, Roxin (1997), § 7 Rn 24 ff. m.w.N.; Jakobs (1991), S. VII; Frisch (1998), S. 66 f.

reichenden Bestimmtheit bedürfe. Systematik, wurde gesagt, bedeutet Redundanzen, Abhängigkeiten.

Es ist mit zwei Arten von Abhängigkeiten umzugehen, nämlich ‚horizontalen‘ und ‚vertikalen‘. Jede Unterscheidung, das wurde im letzten Abschnitt dargestellt, macht mindestens *zwei* Unterscheidungen, sie unterscheidet mindestens zwei Merkmale und sich selbst von einer *anderen* möglichen Unterscheidung. Führt man das für das Strafrecht durch, sieht das z.B. so aus:

Der Rechtsbegriff kann abgegrenzt werden vom Wahrheitsbegriff in den Wissenschaften oder dem Machtbegriff in der Politik.²⁴⁰ Er ordnet aber auch mögliche Strafzwecktheorien. Strafzwecktheorien können von anderen Rechtsbereichstheorien abgegrenzt werden, z.B. der Theorie subjektiver Rechte im Zivilrecht oder der Theorie der ‚Rechtmäßigkeit der Verwaltung‘ im Öffentlichen Recht. Sie bestimmen aber auch mögliche Verbrechens- und Rechtsgutsbegriffe. Verbrechens- und Rechtsgutsbegriffe können voneinander abgegrenzt werden, bestimmen aber auch mögliche Vergleichesichtspunkte für Fälle, die Tatbestandsmerkmale. Die lassen sich schließlich voneinander abgrenzen und grenzen Fälle voneinander ab.

Horizontale Abhängigkeiten im Systembau beziehen sich also auf Unterscheidungen gleicher Abstraktionsebene, d.h. das, wovon sich eine Unterscheidung unterscheidet. Z.B.: Normativität (Recht) und Faktizität (Wahrheit); Rechtsguts- und Verbrechensbegriff; Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld; Irrtum, Versuch und Mittäterschaft; Nötigung, Erpressung und Betrug; Wegnahme, Beischlaf, Drohung und Amtsträger, etc.

Bei **vertikalen** Abhängigkeiten geht es um Unterscheidungen, deren Wahl den Umfang möglicher Unterscheidungen auf geringerem Abstraktionsniveau beschränkten, also das, was eine Unterscheidung unterscheidet. Jedes Unterschiedene ist die Einheit einer weiteren Unterscheidung. *Wie* diese weiteren Unterscheidungen gewählt werden, bestimmt das zu lösende Problem – aber eben im Rahmen des die Einheit der Unterscheidung symbolisierenden Begriffs. Z.B.: Wer Recht als Handlungsanweisung versteht, muß Begriffe wählen, die empirisch nachweisbar für den Durchschnittsbürger verständlich sind; ein Schuldstrafrecht muß subjektive Deliktsmerkmale ‚aus der Sicht des Täters‘ rekonstruieren²⁴¹; wer eine Straftat

²⁴⁰ Luhmann nennt sie „symbolisch generalisierte Kommunikationsmedien“, siehe z.B. (1997), S. 336 ff. (339 f., 355 ff.).

²⁴¹ Siehe Kaufmann (1974), S. 403.

bloß als Zusammenfassung objektiver und subjektiver Merkmale definiert (*actus reus* und *mens rea*)²⁴² und ihnen die straffausschließenden Merkmale gegenüberstellt (*defences*)²⁴³, wird Schwierigkeiten haben, den Unterschied von Rechtfertigung und Entschuldigung zu entwickeln und die übergreifende Struktur von positiven und negativen Strafbarkeitsvoraussetzungen zu sehen; wer die Erpressung als Vermögensdelikt definiert und von Eigentumsdelikten abgrenzt, muß eine Vermögensverfügung wie beim Betrug verlangen. Usf.

Beim Systembau handelt sich also um *Abgrenzungs-* und *Ableitungsbeziehungen*. Das ist grundsätzlich ähnlich wie bei der traditionellen Systembildung mittels *genus* und *differentia*.²⁴⁴ Statt aber rein begriffliche Beziehungen zu postulieren, wird vorliegend von einem *funktionalen* Zusammenhang ausgegangen. Das hat unterschiedliche Konsequenzen. Zum einen handelt es sich nicht um ein hierarchisches Begriffssystem, an dessen Spitze ein Allgemeinbegriff steht, dessen Unterbegriffe jeder Ebene sich wieder zum Allgemeinbegriff aufsummieren ließen. Auch geht es nicht um ein *logisch* geschlossenes Begriffssystem. Statt dessen wird davon ausgegangen, daß die oben vorgestellten vier Ebenen sich als *Problemlösungen* lediglich unterschiedlichen *Abstraktionsgrades* verstehen lassen. Sie sind, so gesehen, Problemgesichtspunkte, die die Variationsmöglichkeiten des Systems steuern. Dabei gilt, daß die Begriffsbildung auf den unterschiedlichen Ebenen sich nicht ohne weiteres aus der höheren Ebene ergibt, sondern diese, wenn man sie hier invariant setzt, nur die Variationsmöglichkeiten auf der unteren Ebene, die eine eigene Antwort auf ihr Bezugsproblem geben muß, einschränkt. Das ist kein hierarchisches System, weil auch die spezielleren Begriffe und Falllösungen (also einer „unteren“ Ebene) invariant gesetzt werden können und dann damit die Möglichkeiten der Begriffsbildung höherer Abstraktionsebenen einschränken. Beispiel: Wer ein auf spezialpräventive Grundlagen gebautes Strafrecht vertritt, könnte den Versuch höchstens als *Eingriffsschwelle* für je nach Täter *variable* Einwirkungen konzeptualisieren. Wer dagegen den Systembau damit beginnt, nur Unternehmensdelikte vorzusehen, ohne nach Vollendung und Versuch zu unterscheiden, wird beim Strafzweck an ein Schuldstrafrecht (der böse Wille ist bei Versuch und Vollendung praktisch immer gleich – es ist zu-

²⁴² Wie z.B. in England und Wales, siehe Ashworth (1995), S. 93.

²⁴³ Siehe Ashworth (1995), S. 93.

²⁴⁴ Siehe Wolfram (1995).

meist bloßer Zufall, ob der Erfolg eintritt oder nicht²⁴⁵) oder ein Abschreckungsstrafrecht (die Verhaltensmotivation soll dahin gehen, die riskante *Handlung* zu unterlassen, ob ein Erfolg eintritt oder nicht, ist *ex ante* nie zu wissen und kann deshalb nicht verhaltensrelevant sein) gebunden sein.

2. Der Rechtsbegriff

Zu klären ist nun, was die Bezugsprobleme der genannten vier Ebenen sind. Es wird aus Gründen der Übersichtlichkeit in der Darstellung vom Abstrakteren zum Konkreteren vorangeschritten. Das soll aber, wie gesagt, keine Hierarchie implizieren.

Im Rahmen des **Rechtsbegriffes** geht es um die Bestimmung dessen, was *Normativität* bedeutet. Hier ist zu fragen: was ist die *Funktion* von Normativität und wann hat etwas Normqualität, *gilt* also als Norm im Recht. Die Geltungsfrage beantwortet traditionell Rechtsquellentheorien. Wenn man die Begründung der Geltungsfrage ins Außerrechtliche verlängert, stößt man auf Abschlußformeln, die weitere Begründungsfragen abschneiden – auf Recht und Moral aus Natur bzw. Vernunft, Gott, Geschichte oder auf politische Entscheidung (Positivismus).²⁴⁶ Dabei geht es um einen *juristischen* Geltungsbegriff, also um die Frage, warum etwas im juristischen Diskurs die Unterscheidung von Recht und Unrecht programmieren soll. Insofern scheint mir diese Auswahl erschöpfend²⁴⁷, auch wenn es natürlich soziologische und ökonomische Theorien der *faktischen* Rechtsgeltung gibt.

²⁴⁵ Siehe Ashworth (1995), S. 443 f.

²⁴⁶ Eine andere Frage ist der Zweck des Rechts. Entsprechend den Geltungsbegründungen könnte man unterscheiden: Gerechtigkeit (Moral), Erlösung (Gott), Tradierung der Identität (Geschichte) und Konfliktentscheidung (Positivismus. - Nicht: Konflikt*lösung*! Jedenfalls wenn man „Lösung“ anspruchsvoll als „peacemaking“, als Befriedung, begreift). Daran schließen sich freilich nahezu unbegrenzt viele weitere Zwecke an. So ist eine gängige Variante, die Annahme einer *positivistischen* Geltungsbegründung mit ökonomischen (Wohlstandsmaximierung), moralischen, religiösen etc. Zwecksetzungen zu verbinden. All diese Varianten akzeptieren die *Synchronisation von Recht und politischer Macht* – also eine positivistische Grundlage – zur Rechtsbestimmung und geben dann im weiteren nur Richtlinien zu dessen Ausübung. Abweichungen des Gesetzgebers vom entsprechenden Programm werden folglich (im Rahmen *politischer* Auseinandersetzung!) als unökonomisch, unmoralisch, blasphemisch o.ä. kritisiert. Statt für eine *Wahrheit* (oder Präferenz) *direkte rechtliche Relevanz* zu behaupten, wird der Umweg über die *Politik* anerkannt.

²⁴⁷ Siehe auch Rütters (1999), Rn. 623.

Akzeptiert man eine positivistische Ausgangslage – und die Rechtsdogmatik tut es *mutatis mutandis* ohne Ausnahme²⁴⁸ –, bleibt dogmatisch folgenreich nur die Entscheidung über den Charakter der Normativität, in anderer Formulierung: der Funktion des Rechts. Es scheinen mir folgende zwei Optionen möglich zu sein: *Entweder* das Recht soll rezipiert und dann in spezifisches **Verhalten** umgesetzt werden (Unterlassen der Schädigung oder Erhaltung von Rechtsgütern), *oder* das Recht ermöglicht riskantes Verhalten durch die Stabilisierung von **Verhaltenserwartungen** an andere.²⁴⁹ Man könnte auch in Frageform formulieren: schützt das Recht materielle bzw. ideelle *Rechtsgüter* oder schützt es *Erwartungen*?

Diese Reduzierung auf nur zwei Möglichkeiten mag überraschen. Es gibt viele Motive, die Rechtsform zu nutzen, viele Ziele, die mit dem Einsatz des Rechts erreicht werden sollen. Immer geht es um die Beeinflussung der *sozialen* Wirklichkeit, d.h. von Verhalten.²⁵⁰ Daran anschließend liegt es nahe, die Funktionsweise dieses Mittels über seine Adressaten zu bestimmen. Im ersteren Falle ist der Adressat die Allgemeinheit als (potentielle) Rechtsbrecher, man versucht deren *Verhalten* zu instruieren, im letzteren geht es darum, *Normgeltung* zu beeinflussen und damit die *Kommunikationsbedingungen* der Allgemeinheit als (potentielle) Opfer. Es bleiben weiterhin Handlungen möglich, die sich auf normkonformes Verhalten anderer stützen, so als ob die Rechtslage die Wirklichkeit wiedergäbe. Die rechtliche Sanktion schützt dann dieses *als ob*. Entweder geht es also darum, rechtswidriges Verhalten zu *verhindern*, oder darum, Verhalten zu *ermöglichen*.

Es stellt sich die Folgefrage, inwieweit diese Optionen wirklich *alternativ* sind.²⁵¹ Man könnte ja versuchen, den rechtsdogmatischen Theoriebau sowohl in Hinblick auf die Handlungsoptionen des Opfers als auch das Täterverhalten optimieren zu wollen: durch die Instruktion von Verhalten

²⁴⁸ Geltende Rechtslage, Art. 20 Abs. 3 GG. Siehe für viele Stein (1997), § 18 IV 1. Vgl. aber BVerfGE 95, 96 (Mauerschützen). Das ist natürlich, weil tautologisch, kein Argument im strikten Sinne. Für einen Naturrechtler wäre die Rechtslage eben eine andere. Genauer formuliert müßte man deshalb sagen: in Übereinstimmung mit dem herrschenden juristischen Diskurs. Wer dabei allerdings mitspielen will, wird nicht umhin kommen, diese positivistische Ausgangslage hinzunehmen.

²⁴⁹ Vgl. Luhmann (1981), Luhmann (1993), S. 138 f., 156 ff.

²⁵⁰ Das stimmt natürlich nicht ganz. Wer straft – und *nur* straft –, um eine aufgebrauchte Gottheit zu besänftigen oder das Naturäquilibrium wieder ins Lot zu bringen (oder das der Gerechtigkeit), will natürlich kein Verhalten beeinflussen. So wohl Kant. Siehe Lesch (1999), S. 38 f. Zur Kritik siehe unten S. 73.

²⁵¹ Siehe Luhmann (1981), S. 74.

soll anderes Verhalten ermöglicht werden. Die unterschiedlichen Orientierungen führen jedoch *an bestimmten Punkten* zu konfligierenden Theorieentscheidungen. Was für die Instruktion von Verhalten gut ist, mag nicht für die Normgeltung taugen – und umgekehrt. So liegt eine „Präventivwirkung des Wissens“²⁵² hinsichtlich der Sanktionierung bei einer Verhaltensanleitung durch Abschreckung wie auch eine des „Nichtwissens“²⁵³ hinsichtlich der Normverletzung nahe, und augenscheinlich können nicht beide gemeinsam maximiert werden.

Daraus ergeben sich auch für die Normsetzung und die Auslegung der Tatbestände des BT Unterschiede. Während der Ausgangspunkt der täterzentrierten Sicht die Frage ist, welche Handlungen unerwünscht sind, fragt die opferzentrierte Sicht dagegen, welches Handeln erwünscht ist. – Beispiel: Körperverletzung ist verboten, weil es den Körper verletzt und das negativ bewertet wird. Dagegen: Körperverletzung ist verboten, weil sich, wenn das nicht der Fall wäre, Kommunikation, die Gewaltfreiheit voraussetzt, sinnlos würde, d.h., daß Gewalt z.B. *Sachentscheidungen* und *freie Meinungsäußerung* unverständlich werden ließen, genau so wie auch *marktgerechte Preise*, *Gesundheitsversorgung für Bedürftige*, *frei gewählte Geschlechtsbeziehungen* usw. Das Gewaltverbot verhindert nicht primär Gewalt²⁵⁴, es ist die Bedingung der Möglichkeit von Handlungen, die so tun können, *als ob* die Welt nicht gewalttätig wäre. Ansonsten würde die Differenzierung der Gesellschaft, die bestimmten Gesellschaftsbereichen eine Eigenlogik bzw. Eigenrationalität zugesteht (Intimbeziehungen, Wirtschaft, Wissenschaft, Religion etc.), durch die Aussicht auf Gewalt zerstört, die Gesellschaft also entdifferenziert. Darauf ist zurückzukommen.

Läßt sich nicht erkennen, welches Verhalten eigentlich *ermöglicht* werden soll oder greift die Norm dafür *unverhältnismäßig* in die allgemeine Handlungsfreiheit ein, ist sie eng auszulegen oder, weil verfassungswidrig, nicht anwendbar – so z.B. im Betäubungsmittelstrafrecht oder beim Verbot der Prostitution. Hier ist nicht ohne weiteres ersichtlich, welches Verhalten da *ermöglicht* werden sollte.

²⁵² Vgl. Albrecht (1993), S. 163.

²⁵³ Vgl. Popitz (1968).

²⁵⁴ Das *rechtliche* Gewaltverbot gibt es in unterschiedlicher Ausformung, solange es überhaupt staatliche Verbote gibt – kein Staat ohne souveräne Herrschaft über ein Staatsgebiet. Und trotzdem ist das Gewaltaufkommen von Gesellschaft zu Gesellschaft sehr unterschiedlich gewesen. Das Verbot *selbst* wirkt also wenig instruktiv scheint es. Man denke nur an die Gottes- und Landfriedensbewegung.

Die Analyse ist mit der Lösung dieses Primärproblems beim rechtsdogmatischen Systembau nicht beendet. „Sie ist auf der nächstunteren Ebene zu wiederholen. Dort ist sie jedoch von der Entscheidung auf der höheren Ebene abhängig und kann durch Austauschvorgänge, das heißt: durch Wahl einer anderen Primäralternative, obsolet werden.“²⁵⁵

3. Die Rechtsgebietstheorien (Strafzwecktheorien)

Rechtsgebietstheorien definieren den Regelungszweck eines Rechtsgebietes, sie sind rechtsgebietsspezifische Zwecktheorien. Zu bedenken ist, daß eine Eingrenzung über die Entscheidungen zum Rechtsbegriff vorliegt, die die weiteren Theorieentscheidungen schon wesentlich vorbestimmt. Im Strafrecht geht es hier natürlich um Strafzwecktheorien. Es ist aber leicht zu sehen, daß bestimmte Strafzwecktheorien einen bestimmten Rechtsbegriff voraussetzen – *der dann jedoch auch noch im Zivilrecht und übrigen Öffentlichen Recht funktionieren muß*. Wer sich hier also für eine naturrechtliche Variante entscheidet, muß diese Entscheidung auch in bezug auf die ‚Rechtmäßigkeit der Verwaltung‘ (oder die Theorie ‚subjektiver Rechte‘ im Zivilrecht) durchhalten können. Man kann ohne Übertreibung sagen: Die rechtsbereichsspezifischen Zweckbestimmungen haben durch ihre Programmierung von Gesetzen bzw. ihrer Auslegung für die jeweiligen Grundstrukturen der Rechtsdogmatik überragende Bedeutung.

So kann Zweck des Medienrechts z.B. die Aufrechterhaltung einer demokratischen Öffentlichkeit sein oder bloßes Sonderrecht des Wirtschaftsbereichs ‚Medien‘. Für das Zivilrecht kann als Zweck die Verwirklichung der Privatautonomie, die Gewährleistung der Bedürfnisbefriedigung²⁵⁶ oder die Ermöglichung arbeitsteiligen Handelns²⁵⁷ bestimmt werden – hier käme übrigens kaum jemand auf die Idee, daß das *primäre* Ziel des Zivilrechts die *Verhinderung* von Vertragsbrüchen, unerlaubten Handlungen, sachenrechtlichen Fehlzuordnungen usw. wäre; es ist deren *Abwicklung* – und die ist zumeist auch nicht dergestalt, daß damit der Schaden ökonomisch betrachtet tatsächlich kompensiert würde. Dagegen sprechen die hohen Kosten des Verfahrens selbst und die häufige Mittellosigkeit des Schuldners. Das gleiche gilt aber fürs Strafrecht. Und auch im öffentlichen Recht

²⁵⁵ Luhmann (1962), S. 631.

²⁵⁶ Entsprechend würde ein objektiver oder subjektiver Fehlerbegriff im Recht der Sachmängelgewährleistung nahe liegen.

²⁵⁷ M.a.W.: Verhaltenskomplementarität (nicht: Reziprozität!), also: Erwartungssicherheit! Das jedenfalls legt die im 19. Jahrhundert entwickelte Figur der „subjektiven Rechte“ nahe, siehe Luhmann (1981a), S. 362 ff. und Luhmann (1981b).

könnte man argumentieren, daß es weniger um die Verhinderung staatlicher Rechtsbrüche, sondern um die Handlungen geht, die möglich werden, wenn man in seinem Handeln davon ausgehen kann, der Staat *würde* sich rechtmäßig verhalten.

Bei den **Strafzwecktheorien** als Rechtsbereichstheorien des Strafrechts werden traditionell als moralische Theorien zur Rechtfertigung von Strafe deontologische und teleologische (konsequentialistische) Ansätze unterschieden²⁵⁸, retributive und präventive Strafzwecke. Bei präventiven Theorien wird dann nach Adressaten eingeteilt: ist der Einzelne das Ziel strafrechtlicher Reaktion, spricht man von Spezialprävention, geht es um das Verhalten aller, spricht man von Generalprävention. Die Bezeichnung von deontologischen als „absoluten“ und präventiven als „relativen“ Strafzwecken orientiert sich an der strafrechtlichen Reaktion, da deontologische Theorien absolut bestimmen, wieviel eine Straftat ‘wert’ ist, also einen Tarif angeben, der nur von der Tat, deren Bedeutung i.d.R. zeitlich invariant gedacht wird, abhängt, während die relativen Theorien die strafrechtliche Reaktion an ihren Wirkungen – und damit abhängig von, d.h. relativ zu, den (gesellschaftlichen) Umständen – bestimmen.

Die Auseinandersetzungen um diese Konzepte sind ein gewichtiger Teil der Geschichte der Strafrechtswissenschaften. Es geht an dieser Stelle nicht darum, das Für und Wider dieser Konzepte zu wiederholen. Wichtig sind zwei Dinge: Erstens die möglichen Optionen klarzustellen, die auf dieser Ebene strafrechtlicher Systembildung möglich sind, nämlich Vergeltungs- bzw. Sühnetheorie, Abschreckung, Normstabilisierung, Rehabilitation und Sicherung. Zweitens, erneut, die Unvereinbarkeit dieser Optionen darzustellen, d.h. mindestens die Notwendigkeit der Auszeichnung einer Priorität.²⁵⁹ Das ist wegen der Divergenz der Zwecksetzungen (absolute und relative Theorien) bzw. der Mittel (präventive Theorien) naheliegend.²⁶⁰ Die einzige Kombinationsmöglichkeit, die erkennbar ist (und was in den USA derzeit kombiniert wird), ist negative Generalprävention und Sicherung, so lange man jeweils die schwerste der vom jeweiligen Prinzip geforderten Strafe wählt – der Abschreckung wird es nicht abträglich sein, wenn sie aus Sicherungsgründen überzogen wird und umgekehrt.

²⁵⁸ Siehe Frankena (1972), S. 32 ff.

²⁵⁹ Nicht für Ausschließlichkeit, aber die Notwendigkeit einer Prioritätensetzung siehe Jakobs (1991), 1/50.

²⁶⁰ Siehe Jakobs (1991), 1/49.

Wie gesagt, es geht nicht notwendig um Ausschließlichkeit – in unterschiedlichen Gebieten der Dogmatik können verschiedene Zwecksetzungen verschieden prominent zum Zuge kommen. *Immer aber geht es um die Ausfüllung der Spielräume, die die Primärunterscheidung läßt.* Nebeneffekte können durchaus willkommen sein, bleiben aber eben dies: *Nebeneffekte.* – Beispiel: Das Strafrecht ist nach herrschender Meinung Schuldstrafrecht. Ein bißchen Abschreckung mag ein gewünschter Nebeneffekt einer schuldangemessenen Strafe sein²⁶¹, Abschreckungsnotwendigkeiten können aber dann kein Argument sein, über die schuldangemessene Sanktion hinaus zu gehen. Wo der Schuldgesichtspunkt nichts zur Ausgestaltung der Strafe sagt, mag Rehabilitation im Vordergrund stehen, solange damit die von der Schuld gesetzten Grenzen nicht überschritten werden – auch wenn es aus rehabilitativen Gründen indiziert wäre.²⁶² Das aber hat alles nichts mit Abschreckung oder Rehabilitation *als Strafzweck* zu tun.

Entsprechend obiger Annahme der Unverträglichkeit von Optionen auf unterschiedlichen Ebenen der Theoriebildung ist nun noch zu klären, welche Modelle konsistent gedacht werden können und wo man auf Widersprüche stößt. Man kann eine relativ scharfe Scheidung ausmachen zwischen ‚Verhaltenstheorien‘ und ‚Normtheorie‘, zwischen dem Ziel, Verhalten zu verhindern und Verhalten zu ermöglichen. In die erste Gruppe fallen alle Ansätze bis auf die positive Generalprävention, in die zweite dann ebendiese.²⁶³ Man ist also mit der Primärunterscheidung ‚Normstabilisierung‘ schon relativ stark festgelegt. Die Verhaltenstheorien lassen mehr Spielraum.

4. Die Einzelinstitute

Der **Verbrechensbegriff** als Teil des AT führt in den traditionellen Bereich juristischer Dogmatik. Fragt man nach dem Zweck des Verbrechensbe-

²⁶¹ „Ein bißchen“, weil es Zufall sein dürfte, daß die zur optimalen Abschreckung notwendige Sanktion mit der angemessenen Schuldstrafe zusammenfällt.

²⁶² Ein Rehabilitationsstrafrecht in den Grenzen der Schuld ist – ein Schuldstrafrecht. So auch Krauss (1978), S. 25.

²⁶³ Das ist natürlich etwas holzschnittartig. Zum einen wird erneut der Vertreter absoluter Theorien übergangen, der sozial zwecklos strafen will, um die Bedingung der Möglichkeit von Moral zu schaffen. Zum anderen, das sei noch erwähnt, soll bei Sicherung und Rehabilitierung wohl vor allem das Verhalten der Träger der Sozialkontrolle instruiert werden. Das Strafrecht wäre dann simple Arbeitsanweisung für die Angehörigen des Kontrollapparates – und niemand sonst bräuchte davon zu wissen.

griffs, der nur im Rückgriff auf die Strafzwecktheorien zu entwickeln ist, ergibt sich folgendes Bild:

Abbildung 5: Strafzwecktheorien und Verbrechensbegriff

Strafzwecktheorie	Verbrechensbegriff	Verbrechen ist ...	Reaktion
Sühne, Vergeltung	Moralisch, Religiös	Das Böse, Sünde	<i>Gerechtigkeit</i> durch Zufügung der verdienten Strafe, <i>Buße</i>
Abschreckung	Ökonomisch Psychologisch	Rationale Wahl aufgrund falscher Anreizstruktur	Veränderte Anreizstruktur
Normstabilisierung	Soziologisch	Normbruchs-kommunikation	Norm(re-)validierung
Rehabilitation	Med.-Psychologisch, Sozialarbeiterisch	Symptom	Therapie
Sicherung	Med.-Psychologisch	Gefährlichkeits-indikator	Sicherung

Entsprechend den Verbrechensbegriffen ließen sich die entsprechenden **Rechtsgutsbegriffe** formulieren als Werte (Moral), Güter und Interessen (Ökonomie), geistige und körperliche Gesundheit²⁶⁴ (Medizin, Psychologie) oder Orientierungsmuster für Sozialkontakte (Soziologie). Nun sind hier die Abgrenzungen nicht zwingend. Man könnte z.B. Güterschutz nicht nur durch Abschreckung, sondern auch durch Rehabilitation oder Sicherung denken – möglicherweise ein Grund für die Popularität des Gedankens, Strafrecht habe Rechtsgüterschutz als Zweck, denn das ‘Rechtsgut’ als *Ziel* präsumiert nicht notwendig die *Mittel*. Gerade bei den relativen Strafzwecken mögen sie austauschbar sein, weniger dagegen bei einer Fundierung durch eine deontologische Moral.

²⁶⁴ Das wäre dann wohl eine Art des Vitalismus oder, moderner, Biologismus als Gesellschaftstheorie.

Die Wahl eines bestimmten Verbrechensbegriffs, so jedenfalls die hier vertretene These, determiniert die dogmatische Binnenstruktur, d.h. ein Programm zu prüfender Unterscheidungen. Hier geht es insbesondere um die Zurechnungsstufen und die unterschiedlichen darin abzuhandelnden Themen, also *wie* man das organisiert, *was* zur Feststellung eines Verbrechens *zu klären ist*.²⁶⁵ Das soll an zwei Beispielen nur ganz skizzenhaft verdeutlicht werden:

a. Wählt man den Ansatz negativer Generalprävention, dann ist ein Rechtsfall als Veränderung / Aufrechterhaltung einer negativen Anreizstruktur für andere Täter gedacht. Um deren Anreizstruktur zu verändern oder aufrechtzuerhalten, müssen diese wissen, welches Verhalten verboten ist, d.h. am gegebenen Rechtsfall muß ein objektiv normwidriger Weltzustand feststellbar sein, der deutlich macht, *was* sie eben nicht tun dürfen. Die Sanktion sollte möglichst hoch eingeschätzt, durchaus auch überschätzen werden und sie muß zumindest den erwarteten Nutzen aus der Tat kompensieren. Das heißt nicht nur: hohe Strafen für Taten mit hohem Anreiz, sondern auch: niedrige Strafen für Taten mit geringem Anreiz – mit möglicherweise grotesken Ergebnissen (z.B. Raub(mord)strafen allein nach erbeutetem Geld).²⁶⁶ Das BT müßte entsprechend umgeschrieben werden.²⁶⁷

Abschreckungsstrafe erfordert Verurteilungen vor allem zur Bekanntmachung von Norm und Reaktion. Fraglich ist, ob es auch des Nachweises des Vorsatzes (Vermeidbarkeit), der Normkenntnis und der Zurechnungsfähigkeit bedürfte. Bei den *strict liability offences* im englischen Recht ist das Argument für die Nichtberücksichtigung der Vermeidbarkeit gerade der größere generalpräventive Effekt: die Motivation für Vermeideverhalten sei so maximal.²⁶⁸ Je größer die Angst, um so besser – im Zweifel muß eben vom riskanten Verhalten ganz Abstand genommen werden. Ob das ein empirisch besonders plausibles Argument ist, muß hier dahingestellt bleiben.²⁶⁹ Jedenfalls: Abschreckung kann auf den Vorsatz gut verzichten.²⁷⁰

²⁶⁵ Denn die Frage ist ja, ob für alle Strafzwecke die Probleme, die unter den Themen Tun/Unterlassen, objektive Zurechnung, Vorsatz/Fahrlässigkeit/Irrtum/Versuch, Täterschaft/Teilnahme usw. abgehandelt werden, gleich relevant sind. Die Antwort lautet: Sicher nicht.

²⁶⁶ Siehe Jakobs (1991), 1/30 f.

²⁶⁷ Im übrigen: wie sollte eine solche individuelle, psychisch wirksame Anreizstruktur im Gesetz generalisiert dargestellt werden? Eine allgemeine, über hinreichend viele Personen und Lebenssituationen wirksame Abschreckung setzt eine hohe individuelle wie gesellschaftliche Homogenität voraus.

²⁶⁸ Siehe Smith/Hogan (1999), S. 116 f. m.w.N.

²⁶⁹ Siehe z.B. Richardson (1987).

Andere subjektive Elemente wie Normkenntnis und Zurechnungsfähigkeit im konkreten Fall sind in bezug auf den potentiellen Rechtsbrecher uninteressant. Sie lassen sich für einen strikt auf Abschreckung bedachten Verbrechensbegriff nur schwer begründet einführen. *Da die Strafe immer äußerlich bliebe als Element der Anreizstruktur anderer, wäre die Person als solche irrelevant.* Und das heißt – ganz konsequent weitergedacht –, daß sich eine darauf verpflichtete Strafverfolgung nicht einmal an ‘wirkliche’ Täter halten müßte.²⁷¹ Abschreckung benutzt Mechanismen des *Terrors*, man will durch Gewaltdrohung Handeln beeinflussen. Begrenzt man durch Fairness-Gesichtspunkte, vereitelt man das zur Abschreckung objektiv notwendige und landet z.B. bei einem ‚*just desert*‘-Ansatz.

Abschreckungstheoretiker, die ökonomisch arbeiten, haben sich, soweit es zu überblicken ist, bisher nicht mit der Frage befaßt, wie ihr Modell denn *rechtsdogmatisch*, insbesondere in bezug auf den Verbrechensbegriff, zu verarbeiten sei.²⁷² Es scheint fast, eine Abschreckungstheorie brauche gar keine Dogmatik des materiellen Strafrechts. Die modelltheoretisch einzig relevanten Parameter sind Strafhöhe und Sanktionswahrscheinlichkeit. Rechtsdogmatisch ist allerdings nur ersteres für das materielle Recht relevant (– und wenig anspruchsvoll), letzteres könnte höchstens über das Verfahrensrecht beeinflußt werden. Strafrechtler, die auf Abschreckung setzen, beziehen sich folgerichtig maximal auf die Strafzumessung und nehmen sich nicht die Freiheit (bzw. sind nicht so konsequent), einen entsprechenden Verbrechensbegriff zu formulieren (auch z.B. *de lege ferenda*), sondern setzen die überkommene Strafrechtsdogmatik voraus, auch wenn sie mit ihren Strafzweckprämissen nicht zusammenpaßt – die Bindung ans Recht ist offensichtlich stärker als die Zwecktheorie.²⁷³

²⁷⁰ Dagegen Loos (1980), S. 268 in Fn. 33 a.E.: „Selbstverständlich sind auch von der Spezial- und Generalprävention her subjektive Deliktsmerkmale überhaupt schon deswegen gefordert, weil die Motivierung durch die Norm an eine bestimmte psychische Situation anknüpfen muß.“ Im Rahmen der Abschreckung soll aber ja gerade *nicht* der Täter (die Tat ist passiert und läßt sich nicht mehr prävenieren), sondern die Allgemeinheit abgeschreckt werden. Und dafür ist nicht zu erkennen, warum bei der Verurteilung des Täters subjektive Elemente eine Rolle spielen sollten.

²⁷¹ So ist in den ökonomischen Modellrechnungen zur Abschreckungswirkung der Todesstrafe der gesamte Strafprozeß und das Zustandekommen des Todesurteils keine relevante Variable. Siehe zusammenfassend Köberer (1982).

²⁷² In der Zusammenfassung von Wittig (1993) findet sich keine einzige Referenz auf dogmatische Konsequenzen dieser Sicht.

²⁷³ Siehe schon Feuerbach (1832), bei dem die Strafzweckbestimmung (§§ 13 f. und 16) auf der einen Seite und die Vorsatzdogmatik auf der anderen (§ 54) unvermittelt nebeneinander stehen.

b. Wählt man einen rehabilitativen Ansatz, dann ist eine Straftat im besten Falle Eingangsvoraussetzung für eine Evaluation zur Feststellung von Problemlagen. Das müssen nicht allein psychische oder psychiatrische Defekte im engeren Sinne sein, die durch Testverfahren zu ermitteln sind, sondern können durchaus auch eine Evaluation der alltäglichen Problemlagen des Täters mitumfassen (Arbeitslosigkeit, Schulden, etc.), soweit sie als ursächlich für sein deviantes Verhalten angesehen werden. Es handelte sich also um ein kombiniertes medizinisch-psychologisch-sozialarbeiterisches Evaluationsprogramm. Ein solcher Verbrechensbegriff müßte auf der Tatbestandsseite eine Eingriffsschwelle definieren, die eine Evaluation lohnend bzw. notwendig erscheinen ließe (und nicht notwendig an Straftaten orientiert sein müßte); er hätte dann psychische und soziale Probleme zu identifizieren, damit auf der Rechtsfolgenseite entsprechende Maßnahmen bestimmt werden könnten. Wenn, wie nach den Ideen der *défense sociale*, nicht die persönliche Verantwortung für begangene Taten, sondern individuelle Probleme und daraus resultierende Gefährlichkeit Anknüpfungspunkt für rechtliche Reaktionen ist, wird das Strafrecht damit von einem Tataufklärungsrecht zu einem Täteraufklärungsrecht.²⁷⁴ Eine Prüfung der individuellen Vermeidbarkeit, der Verbotskenntnis oder der Zurechnungsfähigkeit wäre *nur* insofern interessant, als sie Aufschluß über die Gefährlichkeit des Täters geben könnte. Daß diese Aspekte die wesentlichen Kriterien eines rehabilitationsorientierten Evaluationsprogrammes seien sollen, erscheint mir wenig einsichtig.

Im Falle reiner Sicherung wäre das Recht nur noch ein Programm zur Risikoevaluation, das auch gar nicht mehr den Anspruch hat, verhaltenssteuernd auf den Rechtsbrecher, sondern nur noch auf die Rechtsanwender zu wirken. Bisher ist zentrale Prämisse rehabilitativer Programme die (wenn auch begrenzte) Modellierbarkeit des Delinquenten gewesen. Ein Trend dahin, Personen statt dessen nur noch zu kategorisieren und als Risiko zu *verwalten*, ist seit Ende der 80er Jahre erkennbar und scheinbar vor allem in den U.S.A. populär.²⁷⁵ Aber auch hier gibt es Auswirkungen praktisch nur im Zumessungs- und Verfahrensrecht.

5. Die Tatbestandsmerkmale

Die **Tatbestandsmerkmale** schließlich, die die diversen Beschränkungen durch Rechtsbegriff, Strafzwecktheorie und Verbrechensbegriff inklusive

²⁷⁴ Siehe Rohrbach (1978), S. 114 f.

²⁷⁵ Vgl. Simon/Feely (1994).

seiner Lehren zu beachten haben, sollen die Tatsachen angeben, die einen Unterschied zwischen Fällen machen – nämlich den Unterschied von Recht und Unrecht. Die Unterscheidung, die Abgrenzung, der Tatbestandsmerkmale voneinander, erfolgt auf der Ebene der Rechtsinstitute bzw. -lehren.

Die Tatbestandsmerkmale geben Beweisthemen vor, die im Rahmen freier Beweiswürdigung nachvollziehbar durch Beweisanzeichen (das, was in einem Fall der Fall ist) operationalisiert werden müssen. Tatbestandsmerkmale sind natürlich ebenfalls Generalisierungen und nicht etwa Einzelsachverhalte. Sie fassen Fälle zusammen und grenzen sie danach ab, welche Unterschiede einen Unterschied machen und welche nicht. Die entschiedenen Fälle, und d.h.: die als relevant erachteten Beweisanzeichen, definieren das Tatbestandsmerkmal faktisch und machen normativ Vorgaben für spätere Fälle, von denen im Rahmen freier Beweiswürdigung über ein *distinguishing* und *overruling* freilich immer begründet abgewichen werden kann. Wollte man bis auf die Beweisanzeichen hin verbindlich regeln, hätte man eine gesetzliche Beweistheorie. **Es ist gerade das Kennzeichen freier Beweiswürdigung, daß die ein Tatbestandsmerkmal definierenden Beweisanzeichen für jeden einzelnen Fall begründet anders ausfallen können – die Grenze ist, was sich begründen läßt.**

Das Verhältnis von Tatbestandsmerkmalen und Beweisanzeichen ist im übrigen der Berührungspunkt von materiellem Recht und Prozeßrecht, mit dem sich im folgenden noch zu beschäftigen sein wird. Historisch haben sich nämlich vor allem die Beweisanzeichen verändert, also das, *was sich als Vorsatz begründen ließ*.

In diesem Abschnitt wurden die unterschiedlichen Theorieentscheidungen beim strafrechtlichen Systembau dargestellt und mit einigen Beispielen erläutert. Dabei wurden en passant einige Strafzwecke als offensichtlich nicht mit dem geltenden Recht vereinbar ausgeschieden. Daraus ergibt sich die Feststellung, daß die Strafrechtsdogmatik, solange man sich aufs Recht *de lege lata* beschränkt (und eine alternative Konzeption *de lege ferenda* wurde dogmatisch ausgearbeitet m. W. nie ernsthaft vertreten) und unter der Voraussetzung wissenschaftlicher Redlichkeit, überhaupt nur verträglich ist mit *zwei* Strafzwecktheorien: einem absoluten Schuldstrafrecht und – positiver Generalprävention. Das deckt sich mit der allgemeinen Auffassung, daß das deutsche Strafrecht Schuldstrafrecht ist²⁷⁶ bzw. der Idee, daß positive Generalprävention im wesentlichen eine Reformulierung schuldstrafrechtlicher Einsichten ist, die lediglich zu Randkorrekturen Anlaß

²⁷⁶ Siehe nur BVerfGE 20, 323 (331); 45, 187 (259 f.); 50, 125 (133); 57, 250 (275).

gibt²⁷⁷. Wenig diskutiert ist allerdings, welche weitreichenden systematischen Konsequenzen mit der Wahl einer dieser Optionen zusammenhängen. Im nächsten Abschnitt wird vor allem auf diese Konsequenzen für ein Schuldstrafrecht eingegangen, nämlich welcher Kritik ein schuldstrafrechtlicher Vorsatzbegriff ausgesetzt ist – und zwar auf *allen* Ebenen des Systembaus.

V. Systematische Konsequenzen für ein Schuldstrafrecht

1. Probleme des schuldstrafrechtlichen Rechtsbegriffs

Es hat selten ein Schuldstrafrechtler über seine Auffassung zum **Rechtsbegriff** geschrieben. Es scheint, als wäre Normativität eher ein Thema für Rechtsphilosophen. Es wird aber wohl bei den meisten derjenigen, die ein Schuldstrafrecht vertreten, kaum auf Widerspruch stoßen, wenn man eine positivistische Geltungsbegründung und als den Adressaten des Rechts den potentiellen Rechtsbrecher annimmt, also von einer Verhaltensorientierung des Rechts ausgeht. Das heißt natürlich nicht, daß diese Positionen zwingend sind: PUFENDORF scheint mir sehr deutlich ein Schuldstrafrecht vertreten zu haben und war sicher kein Positivist. Daß aber *ein Jurist* (nicht dagegen z.B. ein Rechtsphilosoph!) nicht vom positiven Recht ausginge, ist *heute* kaum vorstellbar. Auch ließe sich als Funktion des Rechts, als Wirkungsform, kaum etwas anderes denken, als daß davon ausgegangen wird, Menschen würden – oder könnten – sich ans Recht halten. Auch hier ist eine andere Position nicht unmöglich. Man müßte dann z.B. annehmen, das Recht beeinflusse im Rahmen der Sühne *tatsächlich* die himmlische Konto-führung positiv, eben als Form der Buße. Ob das theologisch Sinn macht, sei dahingestellt, jedenfalls wird eine solche Position in den Rechtswissenschaften derzeit nicht vertreten. Der heutige Schuldstrafrechtler verbindet in der Regel eine positivistische Geltungsbegründung mit der Auffassung des Appellcharakters der Rechtsnorm: weil Menschen wissen können, was strafbar ist und sich danach richten können, ist es gerechtfertigt, sie zu strafen, wenn sie die Regeln übertreten. Die *Verhaltensorientierung* legt den Vorsatz auf *Psychologie* fest²⁷⁸, auf Wirkung des Rechts *durch* das individuelle Bewußtsein (im Gegensatz zum Vorsatz als sozialem Tatbestand im Rahmen der Normstabilisierung). Die *Schuldorientierung* legt den Vorsatz

²⁷⁷ Siehe Jakobs (1993), S. 8.

²⁷⁸ Siehe Sch/Sch-Lenckner Vor §§ 13 ff., Rn. 118.

weiter auf individuelles, psychisch aufweisbares *Andershandelnkönnen* fest²⁷⁹ (im Gegensatz zur Abschreckung, z.B., für die gerade der „psychologische Zwang“, nicht Einsicht und Entscheidung, der Anknüpfungspunkt ist). Die *Kritik* an der Auffassung einer verhaltenssteuernden Wirkung des Rechts wird im nächsten Kapitel im Zuge der Argumentation für Normstabilisierung als Rechtsfunktion geliefert.²⁸⁰ An dieser Stelle sei aber schon einmal das theoretische Problem benannt, daß nämlich nicht zu sehen ist, wie Verhaltenssteuerung (also: Recht als Verhaltensmotiv) die Normqualität des Rechts erklären könnte – Werbung im weitesten Sinne oder Gewaltanwendung sollen ebenfalls verhaltenssteuernd wirken, ohne daß man sie als Recht bezeichnen würde. Auch der Eigenanspruch des Rechts, gegenüber anderen Verhaltenseinflüssen *maßgebliches* Motiv zu sein, hilft nicht weiter, wenn es um ein rein *faktisches* Phänomen wie Verhalten geht. Außerdem: Wenn es darum ginge, eine Welt dem Recht gemäß zu errichten, stellt sich die Frage, warum die Rechtsdurchsetzung (bis aufs Strafrecht – aber es wird auf der Ebene des Rechtsbegriffs argumentiert!) dem Bürger anheimgestellt werden sollte. „Und wieso der bedeutende Bereich von Erlaubnisnormen, die die Rechtsgestaltung dem Privatwillen überlassen und ihm nur die Voraussicht der rechtlichen Relevanz seines etwaigen Verhaltens ermöglichen?“²⁸¹

Dazu kommt ein ganz praktisches Problem: Geht man von einer verhaltenssteuernden Wirkung des Rechts aus (also nicht vom Syllogismus: Strafe ist die Bedingung der Möglichkeit von Moralität, Moralität ist gut, also muß auch Strafe sein), faßt also das Recht als Handlungsmotiv für die Normbefolgung auf, heißt das im Umkehrschluß: es ist nur dort gerecht zu strafen, wo der Täter das Recht kannte oder doch zumindest hätte kennen können. Es darf, m.a.W., nicht am Recht liegen, daß die Verhaltenssteuerung im Sinne des Rechts nicht klappt. Ein rechtstreu motivierter Mensch hätte bei verkehrüblichem Verhalten (man sollte kein Held sein müssen, um sich rechtstreu verhalten zu können) die Möglichkeit haben müssen, das Recht zu kennen, aus den Rechtsnormen für sich Verhaltensnormen abzuleiten.²⁸² Dann stellt sich allerdings die Frage, wie denn ein Recht, das im Bundesgesetzblatt veröffentlicht wurde bzw. erst durch die Gerichte hinrei-

²⁷⁹ Siehe die Nachweise bei Lesch (1999), S. 10 in Fn. 67.

²⁸⁰ Siehe unten S. 122 f.

²⁸¹ Luhmann (1993), S. 152.

²⁸² Zu Verhaltensnormen z.B. Küpper (1990), S. 39, Hruschka (1991), S. 450 f.

chend bestimmt und verständlich wird, verhaltenssteuernd wirken soll.²⁸³ Dazu müßte es zum einen *gekannt*, zum anderen *verhaltensrelevant* werden. Es mag professionsspezifische Ausnahmen geben, aber insgesamt wird man doch konstatieren müssen, daß die Kenntnis des (positiven!) Rechts in der Allgemeinbevölkerung nicht besonders ausgeprägt ist.²⁸⁴ Es ist auch gar nicht erkennbar, daß das als besonders problematisch empfunden wird.²⁸⁵ Zwar stellt § 17 StGB *im Strafrecht* auf das Problem ab (ähnliche Regelungen im Zivilrecht oder im übrigen öffentlichen Recht existieren nicht), stellt aber so hohe Anforderungen, daß die Regelung im Normalfall kaum relevant wird – es geht um ein *Wissensollen*, nicht ein *tatsächliches* Wissen.²⁸⁶ Im angelsächsischen Recht dagegen heißt es schlicht: Ignorance of the law is no defence.²⁸⁷

2. Probleme eines absoluten Schuldstrafrechts

Während die bisherigen Strafzwecke schon an ihrer Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht scheiterten, ist die Lage beim Schuldstrafrecht komplizierter. Zwar gibt es auch bei dieser **Strafzwecktheorie** in Randbereichen Widersprüche zum geltenden Recht.²⁸⁸ Hier ergeben sich Kritikpunkte aber vor allem durch die Verbindung von Recht und sozial zwecklos gedachter Moral. Die prinzipiellen Argumente gegen ein Schuldstrafrecht sind allgemein bekannt. Sie sollen deshalb nur kurz abgehandelt werden. Eine Strafzwecktheorie sollte auf drei Fragen Antwort geben können: *Warum* soll gestraft werden? *Wann*, d.h. bei welcher Art von Verhalten, soll gestraft werden? Und: *Wie(viel)* soll gestraft werden?

a. Zur Strafzweckidee

Als *Grund* der Strafe nennt ANDREW VON HIRSCH, einer der schärfsten Befürworter eines „just desert“-Ansatzes (der primär ein schuldstrafrechtli-

²⁸³ Ebenfalls kritisch Raiser (1999), S. 259 f., zu den Kenntnissen abstrusesten Umfangs, die dem Bürger angesonnen werden, siehe hinsichtlich des Subventions- und Kreditbetruges (§§ 264, 265b StGB) und vor allem der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) Volk (1993), S. 621 f.

²⁸⁴ Siehe Reh binder (1972).

²⁸⁵ „It is obvious to any diligent observer that the wish for everyone to be able to know the law is unrealistic and that the Roman law saying 'nemo censetur legem ignorare' ... is pure fiction.“ Caenegem (1987), S. 161 f.

²⁸⁶ Vgl. Jescheck/Weigend (1996), S. 458 f. m.w.N.

²⁸⁷ Siehe Smith/Hogan (1999), S. 79 m.w.N., zu einigen strafrechtlichen Ausnahmen siehe aber Ashworth (1995), S. 233 ff.

²⁸⁸ Siehe unten S. 79.

ches Modell ist), Strafe sei „simply part of a morality that holds people accountable for their conduct.“²⁸⁹ Und später: „treating the actor as someone capable of choice, rather than as a tiger, is a matter of acknowledging his dignity as a human being.“²⁹⁰ Dies ist ein Konzept, das von allen *sozialen* Zwecken ausdrücklich absieht und das Strafe auch dort fordern muß, wo sie sozial zwecklos ist.²⁹¹ Ob man damit Menschen erst als Wesen mit Menschenwürde *konstituiert* oder Menschen für die Idee einer metaphysischen Gerechtigkeit *opfert*, deren Regeln sie zumeist nie zugestimmt haben, sondern auf die sie im wesentlichen von wie auch immer autorisierten Moralkennern und -wächtern aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur Gattung Mensch verpflichtet wurden, bleibt offen. Aber man muß sich heute eben nicht mehr auf eine Moral verpflichten lassen; es ist jedem in sein Belieben gestellt, auch unmoralisch zu handeln.²⁹² – Außerdem: „By what moral alchemy does the prima facie wrong of punishment following on the wrong of the offence create a morally preferable situation?“²⁹³

Behauptet man eine moralische Fundierung des Rechts, dann wäre die verhaltenssteuernde Wirkung des Strafrechts immer abhängig von der Einsicht in die *Legitimität* des Rechts – wer moralisch handelt, folgt aus innerer *Zustimmung*, nicht weil er gezwungen wurde oder sich Anreize ergibt (das wäre ja fast eine *vis compulsiva*): Diese Zustimmung müßte sich in der Bestrafung fortsetzen: Der Täter müßte seine eigene Bestrafung fordern. In der Tat gibt es immer wieder Fälle, in denen der Täter, nachdem er gefaßt wurde oder sich gar der Polizei gestellt hat, genau dies tut. Offensichtlich ist das aber eine Ausnahme, auf die sich kaum eine Strafzwecktheorie gründen läßt, denn die Mehrzahl der real vorkommenden Fälle läßt sich so nicht erklären.

Würde man auf eine abschreckende Wirkung *schuldangemessener* Strafe setzen, bliebe dies von der Strafhöhe her sicher ein Schuldstrafrecht²⁹⁴, al-

²⁸⁹ Hirsch (1993), S. 9, siehe auch Hirsch/Hörnle (1995), S. 271.

²⁹⁰ Hirsch (1993), S. 11.

²⁹¹ Siehe Roxin (1997), § 3 Rn. 8.

²⁹² Vgl. die große Diskussion im angelsächsischen Raum mit Devlin (1965) auf der einen, Hart (1963) auf der anderen Seite. Für eine Zusammenfassung siehe Mitchell (1967).

²⁹³ Lacey (1988), S. 22, siehe auch Hondrich (1984) und allgemein Cragg (Hg.) (1992).

²⁹⁴ Wobei ein Abschreckungseffekt im Sinne negativer Generalprävention nur *zufällig* eintreten würde – wenig überzeugend. Der einzige Ausweg wäre, man postulierte einen inneren Zusammenhang zwischen Schuldstrafe und Abschreckung dergestalt, daß schuldangemessene Strafe immer auch hinreichend zur Abschreckung sei. Ein immerhin begründungsbedürftiges Postulat.

lein: damit würde die moralische Dimension des Schuldstrafrechts verlorengelassen. Man würde zwar nicht strafen, *um* abzuschrecken, ginge aber davon aus, daß *nicht die Moralität des Rechts, sondern die Angst vor der Strafe* verhaltenssteuernd wirken würde – und das hieße: den Stock gegen einen Hund zu erheben.²⁹⁵ Nach ANDREW VON HIRSCHS Ansicht ist die von der Schuldstrafe ausgehende Abschreckung eine „Erleichterung“, der moralischen Überzeugung gemäß auch zu handeln.²⁹⁶ Der strafrechtliche Tadel sei nicht dazu da, bestimmte Gefühle beim Täter zu erwecken, und auch nicht ausschließlich des Opfers wegen, sondern habe die Rolle „of addressing third parties, and providing them with reasons for desistence.“²⁹⁷ Nun ist nicht ganz einsichtig, warum die Öffentlichkeit ständig belehrt werden müßte, und zwar gerade dadurch, daß jemandem ein Leid zugefügt wird, also nicht einmal dadurch, daß eine Begründung der Legitimität der Norm geliefert würde. Die so transportierten „*reasons*“ können also nur Angst vor Bestrafung sein. Das aber wäre ein heteronomes, kein autonomes Motiv der Moralbefolgung und machte dann gerade Moral zunichte – jedenfalls nach moderner Auffassung.²⁹⁸ Freilich ist die Voraussetzung einer moralischen Verankerung der Motivationswirkung des Rechts schon problematisch: Daß man dem Recht nun bewußt zustimmend folgt, mag in Einzelfällen so sein, ist generell aber wenig plausibel, man denke nur an die Reaktionen auf die Anwendung des Demonstrationsstrafrechts, des Betäubungsmittelstrafrechts oder des Abtreibungsrechts. Das gilt für das Strafrecht insgesamt.²⁹⁹

²⁹⁵ Vgl. Hegel (1986), § 99 Anmerkung.

²⁹⁶ Siehe Hirsch (1993), S. 14.

²⁹⁷ Hirsch (1993), S. 10.

²⁹⁸ Während die moderne Ethik auf den Gedanken von *Autonomie* und *Selbstbestimmung* basiert, gründet sich die vormoderne Ethik wesentlich auf *Gehorsam* (letztlich zu Gott, aber auch religiösen und weltlichen Autoritäten). Von Hirschs Argument erinnert an diese Ethik (hier: Gehorsam dem Gesetzgeber gegenüber?). Vgl. Schneewinds Charakterisierung des Ausgangspunktes der Ethik bis ins 18. Jahrhundert: "We are not all equally able to see for ourselves what morality requires. Even if everyone has the most fundamental laws of morality written in their hearts or consciences, most people need to be instructed by some appropriate authority about what is morally required in particular cases. And because most people usually do not understand the reasons for doing what morality directs, threats of punishment as well as offers of reward are necessary in order to assure sufficient compliance to bring about moral order." (Schneewind (1998), S. 4).

²⁹⁹ Hier hängt es wohl vor allem daran, wie man die Frage stellt. Die Aussage, jeder erkenne doch wohl einen Mord, wenn er vor ihm stehe, ist wenig überzeugend: man denke ans *battered wives syndrome*, Euthanasie, Fragen um Notwehr und Provokation.

b. Zur Strafbegründung

Die Frage, wann zu strafen sei, gliedert sich in zwei Bereiche: erstens die Summe der Ge- bzw. Verbote, zweitens die Art des Verhaltens – BT und AT sozusagen, geschützte Werte und Definition einer Handlung. Zum ersteren, die Frage, welches Verhalten zu kriminalisieren ist, verweist das Schuldstrafrecht auf das, was als unmoralisches Handeln anzusehen ist. Die hier einschlägige Moral ist aber schwer zu bestimmen. Wer ein Schuldstrafrecht verbindet mit einer positivistischen Geltungsbegründung des Rechts, liefert das Recht – *und damit in diesem Fall auch die Moral!* – der staatlichen Rechtssetzung und damit den darin zum Ausdruck kommenden Machtverhältnissen aus. Wer einen Zusammenhang herstellt zwischen Moral und der staatlichen Machtdemonstration Strafe, muß erklären, warum beide überhaupt etwas miteinander zu tun haben. Die Moral war (und ist), im Gegenteil, ja häufig auf der Seite der Machtlosen und manches Mal auch auf der Seite der Minderheit – also in Opposition zur staatlichen Gewalt, sei sie demokratisch oder diktatorisch verfaßt. So bleibt die Frage, welchen Grund es für die Verbindung von Moral und Staat, von *Moral und Politik*, d.h.: die Synchronisation von Moral und Macht geben könnte. Das Problem ist schlicht die **Bestimmung der Moral** – *und da hat der Staat keine bevorrechtigte Position*. Wie auch? Daß Moral politisch durch die Mehrheit entschieden werden sollte und die Unterlegenen damit als amoralisch stigmatisiert wären, leuchtet kaum ein. Außerdem ist aus historischer Erfahrung klar, daß die Linie zwischen öffentlicher Moral und Heuchelei dünn ist und ein säkularer und liberaler Rechtsstaat gut daran tut, Moral wie Religion als Privatsache seiner Bürger zu behandeln und nur nach der Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens zu fragen. Ein Staat *ist keine* moralische Anstalt, sondern eine politische, und jede Verwechslung wäre fatal.³⁰⁰

Wendet man sich der Frage nach der Handlungsqualität zu, die zu pönalisieren ist (strafrechtssystematischer Schuldbegriff im Rahmen des Verbrechensbegriffs), dann gerät man in – ja, man möchte fast sagen: den Strudel – der Diskussion um ein *Andershandelnkönnen*, den uralten Streit

tion etc. Für praktisch jedes strafrechtliche Delikt lassen sich moralisch gut begründete Ausnahmen finden, die so nicht im Recht vorgesehen sind. So auch Lacey (1988), S. 19 und Caenegem (1987), S. 157 f. Und: wann repräsentiert das Recht das „moralische Gefühl“ aller billig und gerecht Denkenden? Wenn die Hälfte aller Menschen zustimmt? Dreiviertel? Hängt Moralität überhaupt von der Zustimmung einer bestimmten Zahl von Menschen ab? Dann könnte die Moralität einer Handlung per Abstimmung oder auch nur per Meinungsforschung erhoben werden.

³⁰⁰ Siehe Roxin (1997), § 3 Rn. 8.

zwischen Deterministen und Indeterministen.³⁰¹ ALAN NORRIE faßt das Problem so:

“law's logic of individual responsibility ... requires separating off from other logics that would situate individuals in social contexts and locate responsibility in a different way. ... Legal doctrine at its heart is premised upon the need to 'mind the gap' between the law's form (free individualism) and its content (the control of socially constructed individuality).”³⁰²

Die Annahme der Gleichheit vor dem Gesetz und der Moralität von Menschen, die eine Entscheidung treffen (hier zeigt sich im übrigen die Verwandtschaft von *rational choice* und *Schuldtheorie*, die beide von *Entscheidungen* ausgehen, die im ersteren Falle allerdings prudentiell, im letzteren moralisch motiviert sein *sollten* (!)), wird regelmäßig unterminiert durch die konkreten sozialen Ungleichheiten im realen, täglichen Leben. Ein auf solchen Grundlagen basierendes Schuldstrafrecht sieht sich zu Recht dem Vorwurf ausgesetzt, ideologisch zu sein.³⁰³ Die Kritik ist, in aller Kürze: Die Wirklichkeit, die das Recht als Schuldstrafrecht beschreibt und voraussetzt, ist nicht die ‘reale’ Wirklichkeit.

c. Zur Strafzumessung

Auch die Beantwortung der Frage, welche und wieviel Strafe zu verhängen sei, fällt einem Schuldstrafrecht nicht leicht, jedenfalls dann nicht, wenn man dem Schuldstrafrecht die Selbstidentifikation mit der hergebrachten *Zumessungspraxis* nicht abnimmt. Zwar ist es zugegebenermaßen, *verglichen mit präventiven Konzepten*, die vom Richter eine Prognose der Strafwirkung verlangen, einfacher und (damit) rechtssicherer, nur die Deliktschwere (nach Deliktsart und subjektiver Tatseite) und den Schaden als Ausgangspunkt der Strafverhängung zu nehmen. Die Operationalisierung³⁰⁴ und (moralische) Begründung³⁰⁵ auch dieser wenigen Aspekte ist

³⁰¹ Ich erspare mir Einzelnachweise. Siehe nur systematisch Pothast (1980) und für die neuere juristische Diskussion Tiemeyer (1993) mit aktuelleren Schriftumsnachweisen.

³⁰² Norrie (1993), S. 26.

³⁰³ Siehe Kargl (1982), S. 388.

³⁰⁴ Das Problem ist, daß Schuldschwere und Sanktionsschwere nur ordinales Skalenniveau aufweisen und deshalb nicht mit normalen mathematischen Mitteln bearbeitet werden können. Das Problem verstärkt sich dadurch, daß die Einzelskalen noch relationiert werden müssen. Siehe die Kritik in Bottoms (1998), S. 55, Lacey (1988), S. 20 f. und generell Köberer (1996).

aber *ex nihilo*, also nicht einfach in Fortführung der traditionellen Zumesungspraxis, trotzdem extrem schwierig.³⁰⁶ Zusammenfassend läßt sich konstatieren, daß ein echtes Schuldstrafrecht sich heute kaum mehr ernsthaft vertreten läßt, und zwar weil sowohl die Verwirklichung von Gerechtigkeit durch staatliche Strafe moralisch unplausibel und in einem säkularen Staat Moral nicht mehr absolut durch Gott – oder ein anderes Glaubenspostulat wie Natur oder Vernunft – gedeckt ist, als auch über die tatsächlichen Grundlagen eines psychologisierenden Verständnisses freien Handelns keine Klarheit zu gewinnen ist.

3. Probleme des schuldstrafrechtlichen Verbrechensbegriffs und des Vorsatzes

Der schuldstrafrechtliche **Verbrechensbegriff** leidet an diesen Defekten, bringt aber auch noch weitere in die Diskussion ein. Die Prägung durch ein *verhaltensorientiertes* Schuldstrafrecht erklärt die allermeisten Themen, die seit mehr als 200 Jahren die Diskussion um Verbrechensbegriff und – auf dessen Grundlage – Vorsatz bestimmen.

Der **Vorsatz** als böse Absicht oder sträfliche Nachlässigkeit hat nach diesem Modell seine Quelle im Innern der Person. Genau das führt zum kruden strafrechtlichen Psychologismus mit seinem intellektuellen und voluntativen Element (jedenfalls nach h.M.), die schon hier keine tatsächlichen Abgrenzungskriterien mehr nennen können, sondern es bei Abwägungsformeln und Fallvergleich belassen. Den Kategorienfehler, „ein Problem rechtlicher Wertung aus dem Sozialbereich, dem es angehört, in

³⁰⁵ Wonach bemißt sich die Tatschwere? Nach welchem Kriterium ist ein bewaffneter Raub schwerwiegender als eine Vergewaltigung? Oder ein Verstoß gegen das Pflichtversicherungsgesetz weniger schwerwiegend als eine Urkundenfälschung? VON HIRSCH versucht, dem durch eine „living standard analysis“ zu begegnen, die einen generalisierten Schadensmaßstab für die Bestimmung der Strafzumessungsschuld (und Sanktionsschwere) vorschlägt. Siehe Hirsch (1993), S. 29 ff. Das funktioniert aber nur bei Opferdelikten, bei denen dieser generalisierte Lebensstandard auch betroffen ist – abgesehen von der Schwierigkeit, beide, Lebensstandard und Betroffenheit, zu bestimmen.

³⁰⁶ Insbesondere, was den „anchoring point“ der Skalen betrifft. Verwirft man Talion als Zumessungsprinzip (wobei ja auch schon nicht immer klar ist, was denn jeweils die Spiegelstrafe zur Tat sei), läßt sich kaum noch eine dezisionistische Setzung umgehen – ich kenne bisher jedenfalls keinen Vorschlag, der stringent durchargumentiert wäre. Vgl. Hirsch (1993), S. 36 ff., der die obere Grenze der Sanktionsskala von der mildesten *präventiv* notwendigen Höchststrafe her bestimmen will, S. 40 ff. Eine überraschende Wendung bei einem Schuldstrafrecht, die von Hirsch m.E. nicht überzeugend rechtfertigt.

den Bereich psychologischer Vorgänge [zu verlagern]³⁰⁷, hat DETLEF KRAUSS, nach eigener Auffassung ein Vertreter eine schuldstrafrechtlichen Konzeption, versucht zu korrigieren, und die *Wirklichkeit* eines (nominellen) Schuldstrafrechts in einer Weise beschrieben, die, wie zu zeigen sein wird, das anklingen läßt, was hier als Theorie positiver Generalprävention noch darzustellen ist. Auch Vergeltungskonzepte würden – so KRAUSS –

„im Bereich der Vorsatzfeststellung nicht psychologisieren, sondern ethisch-normativ zuschreiben. Zugang zur Motivationsstruktur psychischen Erlebens als dem psychologischen Unterbau der rationalen Wissens- und Wollenselemente des Vorsatzes“³⁰⁸

eröffne das allerdings nicht,

„denn Gegenstand eines ethisch fundierten Schuldbegriffs ... ist nicht der tatsächliche psychologische Befund des individuellen Täters, sondern der normative Befund, mit dem die Strafrechtsordnung ihre Auffassung vom Wesen des freien und einsichtsfähigen Menschen (in allen adaptierten Variationen von Mängellagen) festgeschrieben hat und an dem sie ihre Urteile orientiert.“³⁰⁹

Die Frage nach der psychologischen Haltung des Handelnden im Sinne des Vorsatzes beantwortete „sich nach der sozialen Einschätzung eines bestimmten Verhaltens in einer bestimmten Situation.“³¹⁰ Entscheidend seien situationsbedingt-objektive und sozial-relevante Indizien. Diese Objektivierung sei gerechtfertigt, „denn sittliche Verurteilung erfährt der Täter immer nur als Sozialperson, als Mitglied der Gemeinschaft, um der Existenz sittlicher Wertvorstellungen willen – und nicht in seiner personellen Einmaligkeit zu seinem höchstpersönlichen Besten.“³¹¹ Eine fast hegelianisch anmutende Formulierung.

Schon der unbefangene Blick macht klar, daß die psychologisch verstandene Auffassung einer „Entscheidung gegen das Recht und für das Unrecht“³¹² mit der Funktion der subjektiven Deliktsmerkmale als „Verdeutlichung der Entscheidungssituation, in der der Täter steht“³¹³, nicht nur *theo-*

³⁰⁷ Krauß (1978), S. 26 f.

³⁰⁸ Ebd.

³⁰⁹ Krauß (1978), S. 25.

³¹⁰ Krauß (1978), S. 27.

³¹¹ Krauß (1978), S. 24.

³¹² BGHSt 2, S. 194 ff. (200).

³¹³ Loos (1980), S. 269.

retisch unplausibel, sondern realiter vor allem auch *in der Praxis nicht durchzuhalten* ist.³¹⁴ Ihre Persistenz läßt sich nur durch die Überzeugung fehlender Alternativen erklären.

Theoretisch ist sie unplausibel, weil mit einer Orientierung an einer Entscheidung deren psychologische Voraussetzungen ausschlaggebend werden. Darauf aber kann es im Recht nicht ankommen. Denn dann müßte auf der einen Seite der Versuch wie die Vollendung bestraft werden³¹⁵, auf der anderen wäre eine Sanktionierung wegen der subjektiv unvermeidbaren Tat des Gewissens-, Hang- oder Affekttäters ausgeschlossen³¹⁶ – ganz abgesehen vom alten und offensichtlichen Problem, daß sich schon begrifflich bei der unbewußten Fahrlässigkeit keine Entscheidung finden läßt, so daß die vermeldeten Erfolge bei der „Jagd nach dem Vorsatz in der Fahrlässigkeit“³¹⁷ als klassisches Jägerlatein erscheinen müssen. Das gleiche Problem ergibt sich im Bereich der Trunkenheit bei § 323a StGB und den Grundsätzen der *actio libera in causa* – eine Entscheidung zur Trunkenheit ist keine Entscheidung zur Tat.

Praktisch ist sie nicht durchzuhalten, weil Psychisches dieser Art keine empirische Existenz hat. Vorsatz als *Tatsache*, über die Beweis zu erheben ist, paßt so nicht recht zusammen mit dem Ideal naturwissenschaftlicher Nachweisbarkeit, die ja wesentlich heißt: Entscheidbarkeit durch allgemein Wahrnehmbares³¹⁸ – es gibt keinen Psychosachverständigen, der den Vorsatz aufzeigen, ihn methodisch sauber, also objektiv, belegen könnte.³¹⁹ Ein singuläres Ereignis wie der Vorsatz ist kein Begriff der Wirklichkeitswissenschaft Psychologie³²⁰, er hat jedenfalls kein heute empirisch aufweisbares Substrat im Kopf von Menschen, *es „gibt“ ihm in den Wirklichkeitswissenschaften nicht*. Deshalb ist es gar nicht verwunderlich, wenn Richter sich nur im Bereich der Schuldfähigkeit (und, weit seltener, der Glaubwür-

³¹⁴ Siehe Luhmann (1996), Kap. 4 I.

³¹⁵ Entschluß! Auf den Erfolg kommt es dabei nicht an. Das Prinzip formuliert z.B. Ashworth (1995), S. 445.

³¹⁶ Siehe Lesch (1999), S. 10 f. m.w.N. – das gleiche Problem gilt für die Vermeidbarkeitsregelung in § 17 StGB und Zumutbarkeitsregelung in § 35 Abs. 1 S. 2 StGB.

³¹⁷ Siehe Lesch (1999), S. 8, 72.

³¹⁸ „Ich dachte mir, Sie schauen einfach durch das Fernrohr und überzeugen sich.“ Brecht (1978), S. 507.

³¹⁹ Es bestehe in Deutschland Einigkeit darüber, daß „kein psychologischer oder psychiatrischer Sachverständiger die Fähigkeit des konkreten Täters, im Tatzeitpunkt anders zu handeln, als er es getan hat, mit empirischen Mitteln nachweisen kann.“ Roxin (1984), S. 643.

³²⁰ Siehe Loos (1980), S. 272 m.w.N.

digkeit) an Psychosachverständige wenden.³²¹ „Wo es um die Psyche des »normalen« Täters geht, dessen rechtswidrige Tat kein Problem der Zurechnungsfähigkeit anzeigt, spielt der psychologische Sachverständige ... keine nennenswerte Rolle.“³²²

Die Entscheidung gegen das Recht sich als Entschluß vorzustellen, zu dem nur der Täter Zugang hat, ist sozial nicht durchzuhalten. Die Konsequenz wäre, sich der Selbstinterpretation des Täters auszuliefern – mit allen seinen Motiven und Interessen. In diesem Fall, ließe sich praktisch nichts dagegen sagen, wenn jemand ganz unwahrscheinliche und auch unverünftige Motivations- und Kenntnislagen behaupten würde. Man *kann* es als Beobachter nicht besser *wissen*, weil der in Rede stehende Bereich mit einer Subjektivierung der sozialen Beobachtung entzogen ist. Auf dieses Interpretationsmonopol konnte man sich, bei Kenntnis des Problems, nie einlassen und mußte so schon immer mit – aus dieser Sicht – Fiktionen³²³, Vermutungen³²⁴, *sozialen Plausibilitäten*³²⁵ arbeiten. Selbst ein Befürworter eines ans „wirkliche, individuelle Bewußtsein“³²⁶ anschließenden Vorsatzverständnisses muß konzedieren:

„Angesichts der Schwierigkeiten, vor denen die Praxis steht, überrascht die Unbekümmertheit, mit der die Strafrechtsdogmatik und auch die Revisionsgerichte immer subtilere subjektive Zurechnungsvoraussetzungen aufstellen, ohne daß über ihre beweismäßige Einlösung gründlicher reflektiert wird.“³²⁷

Die wesentliche Möglichkeit zur Wiederannäherung von Theorie und Praxis wird dann gesehen in – „*Reobjektivierung*“³²⁸!

Zu den theoretischen und praktischen Defiziten kommen kriminalpolitische Probleme. Die personal verstandene Schuld verbaut den Weg zu einer heute zunehmend als notwendig erachteten *strafrechtlichen Haftung von Unternehmen*, nicht zuletzt auch dadurch, daß sie den Vorsatz individualpsychologisch versteht und dieser – naturgemäß – auf Menschen be-

³²¹ Siehe Krauss (1978), S. 13 f., Renzikowski (1990), S. 2906.

³²² Krauss (1978), S. 14.

³²³ Zur *Versari*-Lehre und dem *dolus generalis* siehe unten S. 232 ff.

³²⁴ Zur *praesumptio doli* siehe Grolmann (1798), Henkel (1961) und unten S. 282 ff.

³²⁵ Als frühe systematische Ausarbeitung siehe z.B. Borst (1818), prägnant Temme (1854). Volk (1993), S. 614 bemerkt trocken: „stets wird der *dolus, ex re* erschlossen – woraus denn auch sonst?“

³²⁶ Loos (1980), S. 269.

³²⁷ Loos (1980), S. 268 f.

³²⁸ Loos (1980), S. 269 – meine Hervorhebung.

schränkt ist. Das führt im Ergebnis zu einer schuldstrafrechtlich problematischen, weil unübersehbaren und unvorhersehbaren Ausdehnung der individuellen Haftung³²⁹ bzw. zur Einschränkung der Unschuldsvermutung³³⁰.

Man kann so deutlich sehen, daß es um Soziales, nicht um Psychisches geht – das wird noch auszuführen sein. Dann bleibt aber wenig von der Idee eines individuellen Entschlusses übrig, wenig von der moralischen Entscheidung für das Böse und gegen das Gute – oder umgekehrt. Wer es nach wie vor dogmatisch so probiert, wer für ein verhaltensorientiertes Schuldstrafrecht optiert, handelt sich entsprechende Anomalien ein und muß mit unsystematischen, zusätzlichen Ad-hoc-Annahmen arbeiten, die das ganze Projekt eines Schuldstrafrechts *wissenschaftlich* diskreditieren dürften – auch wenn es alltagspraktisch im Moment kaum zu erledigen ist.

Traditionell (und hier lastet die Tradition schwer) ist ein psychologisierendes Schuldstrafrecht weitgehend unbestritten: „Mit jedem subjektiven Verbrechensmerkmal versucht die Rechtswissenschaft einen Ausschnitt psychischer Realität zu erfassen.“³³¹ Und so sind bisher auch alle Strafzwecktheorien und der Rechtsbegriff selbst subjektiv, an der Person als (potentiellem) Rechtsbrecher (dem „Normadressaten“) orientiert, gefaßt worden. Selbst die generalpräventiven Theorien werden psychisch gedeutet, Abschreckung als *rational choice*³³², Normstabilisierung als individuelle (!) Einübung in Normvertrauen³³³.

Die Alternative, wie sie partiell bei KINDHÄUSER und KRAUSS, vor allem aber bei HRUSCHKA deutlich wird (der sie dann aber nicht durchhält³³⁴), besteht in einer soziologischen Sicht, die sich wesentlich auf den Begriff der **Zurechnung** stützt und immer einen Beobachter voraussetzt, der

³²⁹ Siehe Heine (1995b), S. 55 ff., insb. S. 69 m.w.N.

³³⁰ Siehe Heine (1995a), S. 653 f.

³³¹ Ziegert (1987), S. 52; siehe auch Krauss (1978), S. 11 f. und White (1985), S. 69: „The view that intention is some internal psychological item, at best only inferable from one's external acts, has been traditional in the history of both philosophy and jurisprudence ...“ So auch schon Feuerbach (1799), S. viii: „Unser Criminalrecht ist, wie bekannt, auf das innigste mit der Psychologie, als einer der wichtigsten Hilfswissenschaften, verbunden.“ Und, bezogen auf Vorsatz und Fahrlässigkeit ders. (1800): „Begriffe, die in der Psychologie ihren Boden haben.“ Gegen Psychologie als juristisches Argument bereits Mittermaier (1818), S. 531, siehe auch Prittwitz (1994), S. 458 f.

³³² Siehe Albrecht (1993), S. 159.

³³³ Siehe Jakobs (1991), 1/15, dem folgend Kalous (2000).

³³⁴ „Bewußtsein der Regelanwendung“ (meine Hervorhebung) – Hruschka (1976), S. 25.

Handlungen identifiziert. Statt von der Psyche des Täters denkt man von den sozialen Formvorschriften zur Handlungsidentifikation her. HRUSCHKA bezieht sich auf die Zurechnungslehre PUFENDORFS und die Spätphilosophie WITTGENSTEINS bzw. seiner Fortführung durch ANSCOMBE und WINCH, KINDHÄUSER auf die *ordinary language philosophy*, ebenfalls in der Nachfolge WITTGENSTEINS. Ein Zusammenhang zum *labeling approach* ist hier genauso erkennbar, wie zu einer normorientierten Deutung der Theorie positiver Generalprävention, die danach fragt, wie Normen enttäuscht werden und ihre Geltung gesichert werden kann – das Thema JAKOBS' Zurechnungslehre.

Die einzige Alternative, die im Moment zu sehen ist, heißt positive Generalprävention. Unter diesem Begriff versammeln sich viele Ideen. Geht man von einem *soziologischen* Konzept aus, das keine psychologischen Aspekte berücksichtigen will, streng nach DURKHEIMS Diktum, Soziales nur aus Sozialem zu erklären, gilt es, die gesamte Dogmatik soziologisch *zu rekonstruieren*. Das heißt aber, daß die soziologische Sicht das bestehende Strafrecht vor allem umkontextualisiert, es neu ausrichtet, nicht neu erfindet.³³⁵ Daß das möglich ist, hat in Ansätzen JAKOBS gezeigt, für den Vorsatz aber auf ein psychologisches Verständnis zurückgegriffen.³³⁶

Eine genuin soziologische Sicht dagegen hebt *nicht* auf psychische Zustände ab – mit einer wichtigen Qualifizierung: denn für sie ist hochgradig relevant, was als Wissen über Psychisches *sozial* kolportiert wird. Es ist *als soziale Erscheinung*, und nur so, relevant. Was *tatsächlich* psychologisch, neurologisch, biochemisch im Kopf von Menschen vorgehen mag, ist dagegen uninteressant. Was das für das Strafrecht insgesamt und den Vorsatzbegriff im Speziellen heißt, darum geht es im nächsten Kapitel.

³³⁵ Siehe das Vorwort in Jakobs (1991), S. VII f.

³³⁶ Anders in seinen neuesten Veröffentlichungen, siehe Jakobs (1995), S. 844 f., (1998), S. 39 f.

C. Eine Soziologie des Vorsatzes

„Our assessment of others – including any interior state – is a public process, one in which the terms that are used, the symbols employed, and the ends sought possess culturally distinctive qualities. Taken from this angle, motives and intentions are neither wholly private nor independently causal: they are culturally characteristic ascriptions by means of which the situations in which people find themselves and the kinds of people they encounter are made more or less comprehensible. ... Through the publicly worked terms by which situation, morality, and social consequences are asserted, a culture may construct, and not simply denominate, the qualities, both external and interior, of the people who make up the society.“¹

Dieses Kapitel bildet das Scharnier zwischen der Dogmatik des strafrechtlichen Vorsatzes auf der einen Seite und der modelltheoretisch ausgerichteten quasi historischen Darstellung auf der anderen. Es soll grundsätzlich zweierlei geleistet werden: zum einen die Welt des Strafrechts mit Hilfe der LUHMANNschen Systemtheorie soziologisch zu rekonstruieren, zum anderen dann die mögliche strafrechtsdogmatische Relevanz dieser Beschreibung aufzuzeigen. Praktisch als Nebeneffekt wird mit einem soziologischen Verständnis des Vorsatzes ein Deutungsmuster geliefert, mit dem eine Modell-Geschichte des Vorsatzes als historisch bedingte gesellschafts-adäquate Lösung eines Problems entwickelt werden kann und Geschichte nicht als Fortschrittsgeschichte im Sinne eines Ausgangs aus dunkler Verkenntung (Erfolgshaftung) zu wahrer Erkenntnis (Schuldstrafrecht) gedeutet werden muß² – was eine psychologische und insofern tendenziell ahistori-

¹ Rosen (1985), S. 68.

² Man redet so von einem *Fortschritt* oder *Rückschritt* hin zum bzw. weg vom Ziel der heutigen Auffassungen, *nicht* etwa von einem *Wandel*, so z.B. Mitteis/Lieberich (1992), S. 43, Sellert/Rüping (1989), S. 103, Kaufmann (1971), Sp. 100, Schmidt (1965), § 58 und passim. Kraß Hafer (1946), S. 101: „strafrechtliche Erfolgshaftung als Zeichen von Rechtsbarbarei“.

sche Sicht weiterhin nahelegt, wonach der Vorsatz nur der „Entdeckung“ bedurfte.

I. Allgemeine soziologische Vorfragen

Für eine soziologische Theorie positiver Generalprävention sind zunächst einige gesellschaftstheoretische Grundannahmen zu erläutern. Es mag befremdlich erscheinen, statt vom Vorsatzbegriff auszugehen, zunächst mit *Gesellschaft* zu beginnen. Doch ermöglicht die Darstellung der für die Vorsatzbeschreibung notwendigen soziologischen Konzepte im Zusammenhang einen leichteren Zugriff auf eng verbundene Probleme und erleichtert damit die Orientierung. Auch hier gilt: erst die Systematik der Begrifflichkeit macht diese hinreichend bestimmbar.

„Es muß in der Soziologie einen Begriff geben für die Einheit der Gesamtheit des Sozialen – ob man dies nun (je nach Theoriepräferenz) als Gesamtheit der sozialen Beziehungen, Prozesse, Handlungen oder Kommunikationen bezeichnet.“³ LUHMANN setzt dafür den Begriff der *Gesellschaft* und optiert, entsprechend seiner Theorieanlage, für die *Gesamtheit aller Kommunikationen*: „alles was Kommunikation ist, ist Gesellschaft.“⁴ Im Rahmen einer Systemtheorie ergibt sich als Konsequenz: „Gesellschaft ist danach das umfassende Sozialsystem, das alles Soziale in sich einschließt und infolgedessen keine soziale Umwelt kennt.“⁵ Heute ist dieses umfassende Sozialsystem eine *Weltgesellschaft*.⁶

„Rein faktisch mögen mehrere Gesellschaftssysteme existieren, so wie man früher von einer Mehrzahl von Welten gesprochen hat; aber wenn, dann ohne kommunikative Verbindung dieser Gesellschaften, oder so, daß, von den Einzelgesellschaften aus gesehen, eine Kommunikation mit den anderen unmöglich ist oder ohne Konsequenzen bleibt.“⁷

Als Ausgangspunkt LUHMANN'S Sozialtheorie bleibt festzuhalten:

„Das Gesellschaftssystem wird demnach nicht durch ein bestimmtes »Wesen«, geschweige denn durch eine bestimmte Moral (...) charakterisiert, sondern allein durch die Operation, die Gesellschaft produziert und reproduziert. Das ist Kommunikation.“⁸

³ Luhmann (1984), S. 555.

⁴ Ebd.

⁵ Ebd., siehe auch Luhmann (1997), S. 78 ff.

⁶ Siehe Luhmann (1984), S. 585, (1997), S. 78 ff, 145 ff. und passim.

⁷ Luhmann (1997), S. 145.

⁸ Luhmann (1997), S. 70.

Kommunikation, einer der theoretischen Zentralbegriffe der LUHMANNschen Systemtheorie, der – wie zu zeigen sein wird – auch für die Rekonstruktion des Vorsatzes große Bedeutung hat⁹, muß sorgfältig eingeführt werden. Zunächst wird zu fragen sein, welches gesellschaftstheoretische Problem der Begriff lösen soll. Dann ist die Einheit der Kommunikation darzustellen. Was das für das Verhältnis von Kommunikation und Individuum, Kommunikation und Handlung, Kommunikation und Personalität heißt, ist daran anschließend zu erläutern.

1. *Doppelte Kontingenz als soziales Grundproblem*

Fürs erste also die Frage, was das Problem ist, das Kommunikation löst. Die Antwort lautet: Handlungskoordination, wechselseitige Verhaltensabstimmung. „Soziale Systeme bilden sich nur dort, wo Handlungen verschiedener psychischer oder sozialer Systeme aufeinander abgestimmt werden müssen, weil für die Selektion der einen Handlung die andere Voraussetzung ist oder umgekehrt.“¹⁰ In Anlehnung an eine Begriffsbildung TALCOTT PARSONS‘ nennt LUHMANN diese Situation *doppelte Kontingenz*. „Die Grundsituation der doppelten Kontingenz ist dann einfach: Zwei black boxes bekommen es, auf Grund welcher Zufälle immer, miteinander zu tun.“¹¹ Dabei macht der Begriff der *black box* deutlich, daß sie einander (und sich selbst!) intransparent sind. Das Ergebnis dieser Intransparenz ist, daß der Versuch, den anderen zu *berechnen*, scheitern muß. Versucht man dagegen, ihn aus dessen Umwelt heraus zu *beeinflussen*, mag sich etwas ergeben, an dem sich Erfahrungen kristallisieren können. „Auf diese Weise kann eine emergente Ordnung zustande kommen, die *bedingt ist* durch die Komplexität der sie ermöglichenden Systeme, die *aber nicht davon abhängt, daß diese Komplexität auch berechnet, auch kontrolliert werden kann*. Wir nennen diese emergente Ordnung soziales System.“¹² Es handelt sich aber nicht etwa um eine zeitliche oder logische Abfolge: erst doppelte Kontingenz, dann soziales System. Beides liegt simultan vor. Erst soziale Systeme konstituieren Alter und Ego als *black boxes*, sie konstituieren also die Probleme, die sie lösen, selbst.¹³ Diese emergente Ordnung nun reali-

⁹ Genauso, wie der Begriff der Handlung in der Handlungstheorie für die Vorsatzbestimmung in diesem Rahmen zentral ist – siehe Kindhäuser (1984), Burkhardt (1998).

¹⁰ Luhmann (1984), S. 161.

¹¹ Luhmann (1984), S. 156.

¹² Luhmann (1984), S. 157.

¹³ Siehe Fuchs (1994), S. 28.

siert sich im Falle des Zusammentreffens psychischer Systeme als Kommunikation.

2. *Kommunikation als dessen Lösung*

„Wir nennen nicht jede wechselseitige Verhaltensabstimmung Kommunikation, sondern nur eine solche, die über eine Unterscheidung von Mitteilung (kommunikativem Handeln) und Information (Thema, Inhalt der Mitteilung) vermittelt wird.“¹⁴ Kommunikation

„kommt zustande durch eine Synthese von drei verschiedenen Selektionen – nämlich Selektion einer *Information*, Selektion der *Mitteilung* dieser Information und selektives *Verstehen* oder *Mißverstehen* dieser Mitteilung und ihrer Information. Keine dieser Komponenten kann für sich allein vorkommen.“¹⁵

Erst ihre Synthese in der Kommunikation kennzeichnet sie als solche. Es gibt sie nicht einzeln vorfindbar in der Welt, es sind Artefakte der Kommunikation selbst, die auf Ereignisse, z.B. Äußerungen, *projiziert* werden.

Information ist, nach dem berühmten Diktum Batesons, *ein Unterschied, der einen Unterschied macht*.¹⁶

„Information ist nach heute geläufigem Verständnis eine Selektion aus einem (bekannten oder unbekanntem) Repertoire von Möglichkeiten. Ohne diese Selektivität der Information kommt kein Kommunikationsprozeß zustande (wie immer minimal der Neuigkeitswert des Mitteilungsaustausches gehalten werden kann, wenn Kommunikation um ihrer selbst willen oder zur bloßen Ausfüllung von Leerräumen im Zusammensein durchgeführt wird). Ferner muß jemand ein Verhalten wählen, das diese Information mitteilt. Das kann absichtlich oder unabsichtlich geschehen. Entscheidend ist, daß die dritte Selektion sich auf eine Unterscheidung stützen kann, nämlich auf die Unterscheidung der Information von ihrer Mitteilung.“¹⁷

Erst das ermöglicht Verstehen und damit Kommunikation als *soziales* Ereignis. Der Kommunikationsprozeß läßt sich so folgendermaßen darstellen:

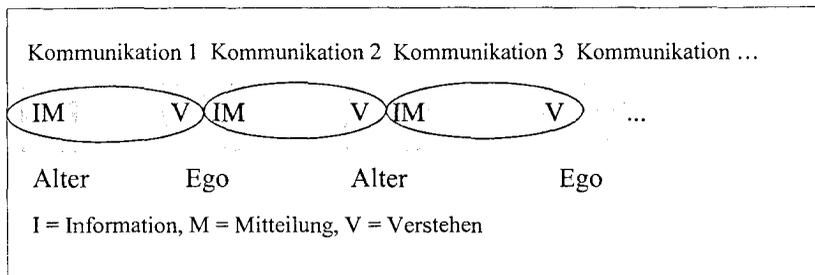
¹⁴ Luhmann (1990), S. 38.

¹⁵ Luhmann (1995), S. 115.

¹⁶ Siehe Bateson (1982), S. 123.

¹⁷ Luhmann (1984), S. 195.

Abbildung 6: Kommunikation



Kommunikation besteht daraus, daß Ego an Alter den Unterschied von Information und Mitteilung wahrnehmen kann und darauf reagiert. Erst die Reaktion, die ihrerseits von Alter als Mitteilung einer Information gedeutet wird, also erst das Anschlußereignis, komplettiert die Kommunikation. „Sie ist genuin sozial insofern, als sie zwar eine Mehrheit von mitwirkenden Bewußtseinssystemen voraussetzt, aber (eben deshalb) als Einheit keinem Einzelbewußtsein zugerechnet werden kann.“¹⁸ Der zentrale Punkt dieses Kommunikationsbegriffs ist, daß Kommunikation jeweils nur durch Inanspruchnahme von Alter und Ego *zusammen* zustande kommt. Und zwar *nicht* im Sinne der Übertragungsmetapher (also, im Fall des Gelingens: Alter denkt sich etwas, verpackt es in Sprache, schickt es Ego, der packt es aus und denkt sich korrespondierendes), sondern *konstitutiv*: „Die Mitteilung selbst ist zunächst nur eine Selektionsofferte. Erst die Reaktion schließt die Kommunikation ab, und erst an ihr kann man ablesen, was als Einheit zustande gekommen ist.“¹⁹

Dieses Konzept gibt dem **Mitteilungs**begriff ein besonderes Gepräge.

„Kommunikation ist (...) ohne Mitteilungsabsicht möglich, wenn es Ego gelingt, eine Differenz von Information und Mitteilung gleichwohl zu beobachten. Kommunikation ist unter den gleichen Bedingungen auch ohne Sprache möglich, etwa durch ein Lächeln, durch fragende Blicke, durch Kleidung, durch Abwesenheit und ganz allgemein und typisch durch Abweichen von Erwartungen, deren Bekanntsein man unterstellen kann. Immer aber muß die Mitteilung als Selektion, nämlich als Selbstfestlegung einer Situation mit wahrgenommener doppelter Kontingenz inter-

¹⁸ Luhmann (1997), S. 81.

¹⁹ Luhmann (1984), S. 212.

pretierbar sein. Es fehlt daher an Kommunikation, wenn beobachtetes Verhalten nur als Zeichen für etwas anderes aufgefaßt wird.²⁰

So kann jemand, an dem ein Bekannter grußlos vorüber läuft, dies als Zeichen von Unaufmerksamkeit (gespeist aus welchen Quellen auch immer) oder als Demonstration von Mißachtung auffassen. Erst wenn davon ausgegangen wird, daß jemand etwas ausdrücken wollte, und daran angeschlossen wird, wird dieser Ausdruck Kommunikation. Man könnte annehmen, das sei anders, wenn man etwas bewußt mitteilen will. „Die Mitteilung ist aber nichts weiter als ein Selektionsvorschlag, eine Anregung. Erst dadurch, daß die Anregung aufgegriffen, daß die Erregung prozessiert wird, kommt Kommunikation zustande.“²¹ An die fehlende Reaktion auf ein Mitteilungsbegehren kann dann wieder kommunikativ angeschlossen werden, indem es als bewußtes Ignorieren verstanden wird (wobei die entsprechende Protestkundgebung wiederum Anschlußkommunikation finden muß), oder man probiert schlicht einen neuen Mitteilungsversuch (wobei man individuell gelernt haben mag, daß man in dieser Situation mit diesem Mitteilungsbegehren in Gefahr steht, übersehen zu werden), der dann aber ebenfalls erst durch einen kommunikativen Anschluß zur Kommunikation wird.

Das alles heißt: Die Mitteilung wird zur Mitteilung, die Information erst zur Information durch ein **Verstehen**. „Wie immer überraschend die Anschlußkommunikation ausfällt, sie wird auch benutzt, um zu zeigen und zu beobachten, daß sie auf einem Verstehen der vorausgehenden Kommunikation beruht.“²² Daraus ergibt sich eine Eigentümlichkeit: „Die Kommunikation wird sozusagen von hinten her ermöglicht, gegenläufig zum Zeitablauf des Prozesses.“²³ D.h.: „Erst das Verstehen generiert nachträglich Kommunikation.“²⁴ Diese Auffassung ist nicht ganz so extravagant, wie sie auf den ersten Blick erscheinen mag, widerspricht sie auch dem immer noch gängigen Modell der Kommunikation als Signalübertragung („exchange of individual intentions through a particular code“²⁵). Gegen diese Auffassung formiert sich allerdings seit einiger Zeit Widerstand. In

²⁰ Luhmann (1984), S. 208.

²¹ Luhmann (1984), S. 194.

²² Luhmann (1984), S. 198.

²³ Ebd.

²⁴ Luhmann (1997), S. 72.

²⁵ Dieses Modell sei „still very common in the Western tradition of linguistic studies.“ Duranti (1992), S. 25.

der internationalen linguistischen Anthropologie existiert seit Anfang der 90er Jahre eine Bewegung, die darauf hinweist, daß Bedeutung (Sinn) interaktiv konstituiert wird.²⁶ Damit verschiebt sich der „Ort“ der Sinnproduktion vom individuellen Sprecher und seinen Vorstellungen zum kommunikativen, dialogischen *Prozeß selbst*.

Daß die Bestimmung des zeitlichen Ablaufs und Inhalts dessen, was in einer Konversation gemeint und verstanden ist, von den Teilnehmern gemeinsam koordiniert wird, ist eine auch empirisch durchaus bewährte These.²⁷ „Participants in a conversation are mutually responsible for establishing what the speaker meant.“²⁸ Unterstützung erfährt diese Position durch eine seit den 50er Jahren erfolgende schrittweise Revision des informationstechnischen Kommunikationsmodells im Sinne einer *Signalübertragung* hin zu einem Modell der *Informationskonstruktion*.²⁹

Die Theorie der Sprechakte von AUSTIN und SEARL und, daran anschließend, HABERMAS, geht „von einem handlungstheoretischen Verständnis der Kommunikation aus und sieht den Kommunikationsvorgang deshalb als eine gelingende oder mißlingende Übertragung von Nachrichten, Informationen oder Verständigungszumutungen.“³⁰ Die hier favorisierte Theorie-disposition dagegen kommt zu anderen Ergebnissen.³¹ Weder geht es um Übertragung, noch ist Intentionalität im psychischen (oder gar biologischen³²) Sinne maßgeblich für das, was *schließlich als Kommunikation zu-*

²⁶ So Hill/Irvine (1992), S. 1, Duranti (1992), S. 25, beide m.w.N.

²⁷ Siehe Clark/Wilkes-Gibbs (1986) m.w.N.

²⁸ Clark/Wilkes-Gibbs (1986), S. 491. Vgl. auch Duranti (1992), S. 26: „There are many cases in daily life in which the meaning of a given act is not defined until the recipient of that act has replied.“

²⁹ Siehe Krippendorff (1990), S. 11 ff.

³⁰ Luhmann (1995), S. 117.

³¹ Vgl. über die Differenz zu Searle auch Schneider (1996), S. 269, der zur Komplementarität von Sprechakttheorie und systemtheoretischer Kommunikationstheorie m.E. nur durch eine problematische Entschärfung des Luhmannschen Kommunikationsbegriffs kommt. Siehe zur Kritik an der Sprechakttheorie aus anthropologischer und soziologischer Perspektive Hill/Irvine (1992), S. 8 f. m.w.N.

³² So aber z.B. Searle (1983), S. 230: „Intentionality is a biological phenomenon and it is part of the natural world like any other biological phenomenon.“, der im übrigen aber auch von „psychological states“ spricht, S. 11. Nach Searle geht es also bei Intentionalität letztlich um *Gehirnzustände*. Im hiesigen Theorieverständnis referiert Searle damit auf das organische System des Menschen zur Bedeutungs- bzw. Sinnproduktion. Intentionalität als *subjektive Sinngebung* von sozialem Handeln dagegen referiert auf das psychische System. Wir halten uns weiterhin an soziale Systeme zur Konstitution *sozialen Sinns*.

stande kommt. Denn auch bei Mißverstehen (das oft unentdeckt bleiben mag) und auch wenn das kommunikative Ergebnis nicht den Absichten Alters entspricht (Ego hat keine Möglichkeit, das genau kontrollieren zu können, da sie doch nur sieht, was sie sieht, und nicht sieht, was sie nicht sieht), *hat sozial wirksame Kommunikation stattgefunden*.³³ Der Gegenstandsbereich der Sprechakttheorie und verwandter Theorien ist insoweit nicht das Soziale insgesamt, sondern nur die Frage, was die Bedingungen für das *Gelingen* intentionaler (im Sinne von psychisch motivierten) Sprechhandlungen sind.³⁴ Wollte man eine Kommunikationstheorie oder eine Theorie des Sozialen darauf beschränken, würden zu viele wichtige Phänomene ausgeblendet.

Wie leicht zu sehen ist, liegt der zentrale Unterschied zu LUHMANN'S Konzeption im Verstehensbegriff. Für LUHMANN geht es um *faktische* Anschlüsse *in Kommunikation*, d.h. um eine Inhaltskontrolle nur insofern, als die Folgekommunikation *möglicher* Anschluß ist.³⁵ „Die Kommunikation kann nur unterstellen, daß ein für sie ausreichendes Verstehen auch psychische Korrelate hat.“³⁶ Keine Rolle spielt es, ob der intentionale (= psychische) Gehalt *tatsächlich* richtig erfaßt wurde.³⁷ „Was als Verstehen erreicht ist, wird daher im Kommunikationsprozeß souverän entschieden und als Bedingung fürs Weitermachen bzw. für klärende Zwischenkommunikation markiert.“³⁸

³³ Das wird ganz deutlich bei ethnographischer Forschung. Selbst wenn beide Seiten in der gleichen Sprache aber „mutually incomensurable modes of discourse“ sprechen, findet sozial etwas statt, auch wenn beide Seiten individuell keinen Zugriff darauf haben, was. Siehe zum ganzen Maranhão (1992), Zitat S. 265. Ähnliche Phänomene kann man bei Benutzung einer Fremdsprache beobachten. Im Signalübertragungsmodell mag man einwenden: man benutzt eben nicht den gleichen Code. Es fragt sich dann nur, wann man das überhaupt je tut.

³⁴ So auch Schneider (1996), S. 270.

³⁵ Unmögliche Anschlüsse haben keinen kommunikativen Effekt, zweifelhaft geben Anlaß zu reflexiver Kommunikation, die erst klärt, ob Kommunikation vorlag und durch ihren Anschluß ggf. Kommunikation fortsetzt.

³⁶ Luhmann (1997), S. 82.

³⁷ So auch, auf ganz anderer Theoriegrundlage, neuerdings von Wright gegen seine frühere Auffassung in „Erklären und Verstehen“ (1974). Siehe Meggle/Wright (1989), S. 13: „Ich möchte *nicht* sagen (...), daß *Verstehen eine Art von Wissen ist*. Verstehen impliziert *nicht* Richtigkeit.“ Verstehen hieße, eine Handlung mit Gründen in Verbindung zu bringen (ebd.). Bei unterschiedlichen möglichen Gründen habe das Subjekt jedoch *keinen privilegierten Zugang* zu den ‚wahren‘ Gründen. Es könne sich genauso ‚irren‘ wie jeder andere Beobachter (S. 28 ff.).

³⁸ Luhmann (1990), S. 26.

Aus diesem Verständnis ergibt sich, „daß Kommunikation *nur als selbstreferentieller Prozeß möglich ist.*“³⁹ Kommunikation bezieht sich immer schon auf Kommunikation; es gibt keine einzeln vorkommende Kommunikation. „In jedem Falle ist jede Einzelkommunikation, sonst würde sie gar nicht vorkommen, in den Verstehensmöglichkeiten und Verstehenskontrollen eines Anschlußzusammenhanges weiterer Kommunikationen rekursiv abgesichert. Sie ist Element nur als Element eines, wie immer minimalen, wie immer ephemeren, Prozesses.“⁴⁰ Verstehen geschieht dann „durch Nichtbeliebigkeit in der Vernetzung kommunikativer Ereignisse, also durch die selbstreferentielle Struktur der Kommunikationsprozesse. Denn jedes Einzelereignis gewinnt seine Bedeutung (= Verständlichkeit) nur dadurch, daß es auf andere verweist und einschränkt, was sie bedeuten können, und genau dadurch sich selbst bestimmt.“⁴¹

Kommunikation ist danach autonom (nicht autark!) in Hinblick auf ihre eigene Struktur, ihre Grammatik in einem weiten Sinne (d.h. inklusive syntaktischer, semantischer, pragmatischer, sozialer und historischer Aspekte)⁴² und damit auch in dem, was sie kommunikativ referiert⁴³. Sprache

„ermöglicht die Konstruktion einer Welt, die aber als Konstruktion ihre Realitätsbasis nur in den Operationen selber hat. Ihre eigene Realität besteht nicht darin und ist nicht abhängig davon, daß sie als Zeichen für etwas anderes, wirklich Reales dient. Ihre eigene Realität besteht darin, daß ihr Gebrauch beobachtet werden kann.“⁴⁴

Objekte, Personen, Qualitäten, was immer, haben kommunikative Funktionen und darin besteht ihre Wirklichkeit – was natürlich nicht heißt, es gäbe keine unabhängige Realität. Nur ist diese nicht kommunikativ zugänglich, und damit erledigt sich die Annahme eines simplen Korrespondenzverhältnisses.

³⁹ Luhmann (1984), S. 198.

⁴⁰ Luhmann (1984), S. 199.

⁴¹ Luhmann (1997), S. 73.

⁴² Wittgenstein (1984), S. 59: „Der Ort eines Wortes in der Grammatik ist seine Bedeutung.“ und S. 87: „Die Grammatik, das sind die Geschäftsbücher der Sprache, aus denen alles zu ersehen sein muß, was nicht begleitende Empfindungen betrifft, sondern die *tatsächlichen Transaktionen* der Sprache.“ – meine Hervorhebung.

⁴³ Über das Problem des Verhältnisses von deskriptiver Sprache und der Welt, die sie repräsentiert, siehe – gerade bezogen auf die soziale Welt – z.B. Gergen (1986) m.w.N.

⁴⁴ Luhmann (1990), S. 52.

„Alle internen Transformationen, alle Informationsverarbeitung, alles Umsetzen von Unterscheidungen in Unterscheidungen kann sich daher immer nur auf ein kommunikatives Referieren beziehen. Entsprechend sind »Objekte« für das System immer Referenzen; also nie in der Außenwelt gegebene Dinge, sondern strukturelle Einheiten der Autopoiesis des Systems, das heißt Bedingungen der Fortsetzung von Kommunikation.“⁴⁵

Kommunikation als Grundelement des Sozialen kann nur als System, und zwar als autopoietisches, funktionieren. **System** heißt dabei schlicht der kommunikative Konstitutionszusammenhang, das Netzwerk der Elemente, durch das und in dem Kommunikationen sich bestimmen, in Abgrenzung zu einer (sonstigen kommunikativen, bewußtseinsmäßigen und materialen) Umwelt. Systemdifferenzierung bedeutet dann: Wiederholung der Systembildung in Systemen.⁴⁶ Die damit gezogenen Grenzen sind eine theoretische Reformulierung der alltäglichen Beobachtung, daß nicht alle Kommunikation für beliebige andere Kommunikation relevant ist und sich an bestimmte Kommunikation nicht beliebige Kommunikation anschließen läßt. Diese Nichtanschlußfähigkeit und Nichtrelevanz auf der einen bzw. Relevanz und Anschlußfähigkeit auf der anderen Seite, ist die Grenze eines Kommunikationssystems gegenüber anderen Kommunikationssystemen. Ein System ist somit ein Kommunikationszusammenhang, ein Netzwerk von Kommunikationen, und eine entscheidende Frage der Systemtheorie ist dann, welches Kriterium diesen Zusammenhang stiftet bzw. die Abgrenzung leistet.⁴⁷

„Die Grenze dieses Systems wird in jeder einzelnen Kommunikation produziert und reproduziert, indem die Kommunikation sich als Kommunikation im Netzwerk systemeigener Operationen bestimmt ...“⁴⁸ Ein System kann damit nicht als *Objekt* aufgefaßt werden, sondern nur als Prozeß des selektiven Anschlusses von Kommunikation, der Umsetzung von Unterscheidungen in Unterscheidungen. Das System ist ein Prozessieren und die Fortsetzung dieses Prozessierens. Man kann Systeme deshalb auch nicht beobachten. Sie erzeugen zwar Effekte (Kommunikation), die sich in einer simplifizierten Form als Handlung sehr wohl beobachten lassen; dann ist das Erzeugen, das Prozessieren, das System, aber bereits weiter. Der Beobachter kommt immer schon zu spät.

⁴⁵ Luhmann (1997), S. 99.

⁴⁶ Siehe Luhmann (1984), S. 37.

⁴⁷ Siehe Luhmann (1984), S. 53 f.

⁴⁸ Luhmann (1997), S. 76.

Autopoiesis meint die Selbstreproduktion des Systems, also die Produktion von Kommunikation durch Kommunikation, und zwar nicht lediglich auf der Ebene der Strukturbildung und Strukturänderung, *sondern gerade auch auf der Ebene der Konstitution der Elemente*. Auto-poiesis heißt nicht nur Selbststeuerung, sondern auch: Selbstproduktion (αυτο-ποίησις). Soziale Systeme sind nur *eine* Art autopoietischer Systeme. Auch Bewußtseinssysteme (psychische Systeme) und organische Systeme (für die der Begriff ursprünglich zur Kennzeichnung des Lebendigen von HUMBERTO MATURANA eingeführt wurde⁴⁹) sind nach LUHMANN autopoietisch organisiert. Als Elemente identifiziert LUHMANN in diesen Fällen *Gedanken* und *Moleküle*. Die drei Systemarten lassen sich entsprechend durch die unterschiedlichen Elemente, mit denen sie sich reproduzieren, unterscheiden.

Das Lebendige, als paradigmatischer Fall eines autopoietischen Systems, schafft sich selbst. Nichts dirigiert seine Moleküle als die Moleküle, aus denen es besteht. Dafür muß es natürlich Umwelt in Anspruch nehmen, und insofern muß es immer schon an seine Umwelt angepaßt sein, um zu kontinuieren. Die Umwelt kann aber den Organismus nicht instruieren, sie kann nicht ins System „hineinoperieren“, sondern lediglich Operationen ermöglichen oder verhindern und es im übrigen nur zerstören. Während die Organisation stabil bleiben muß, werden die Moleküle in einer von den Systemstrukturen bestimmten Weise ständig ersetzt und damit diese Strukturen, die im Rahmen der Organisation plastisch sind, strukturdeterminiert veränderlich reproduziert. Diese Möglichkeit der Veränderung im Rahmen der Selbstreproduktion unterscheidet Maschinen und Organismen (m.a.W.: triviale und historische Maschinen, oder: allo- und autopoietische Systeme).

Entsprechend ist nach LUHMANN auch das Bewußtsein zu konzipieren: Gedanke schließt sich an Gedanke an, und durch die Temporalisierung der Elemente, also deren Ereignishaftigkeit, sind die gedankenproduzierenden Strukturen, die sich selber auch nur in der Operationsweise von Gedanken darstellen können, veränderlich. Bewußtsein und Körper, psychisches und organisches System sind einander Umwelt und können sich nicht gegenseitig instruieren, weil ihre Operationen nicht die gleichen Elemente benutzen: Der Körper macht sich keine Gedanken, Gedanken haben keinen bewußten Zugriff auf die molekulare Reproduktion des Körpers. Das heißt allerdings nicht, daß kein Kontakt bestünde. Wir können unseren Körper bewußt beeinflussen (mehr oder weniger erfolgreich, nachdem wir lange Erfahrungen

⁴⁹ Siehe Maturana/Varela (1980) und Maturana (1988).

mit ihm gemacht haben⁵⁰, und für anspruchsvolle Bewegungsabläufe muß man jedenfalls einen Trainer in Anspruch nehmen), aber ihn ‚andenken‘ oder mit ihm ‚sprechen‘ können wir nicht – jedenfalls antwortet er nicht entsprechend. Wenn etwas mit unserem Körper nicht stimmt, ‚hören‘ wir nicht unseren Körper in unserem Kopf denken, auch bedient er sich nicht unseres Mundes, um mit uns zu sprechen. Statt dessen fühlen wir einen mehr oder minder diffusen Schmerz. Der Schmerz ist aber kein Gedanke in unserem Kopf, auch wenn wir ihn als Thema wählen können, um darüber nachzudenken. Er ist eine Irritation, die wir im Laufe unseres Lebens zu deuten lernen – mehr oder weniger erfolgreich (und manches Mal braucht man dazu einen Arzt). Körper und Bewußtsein operieren durch die unterschiedlichen Elemente, mit denen sie sich reproduzieren, vollkommen getrennt, d.h. ihre Operationen lassen sich nicht aneinander anschließen. Körper und Bewußtsein können sich nicht berechnen, sie sind durch ihre Komplexität einander intransparent, *black boxes*. Sie können sich nicht instruieren, aber sie können Erfolg damit haben, den anderen aus dessen Umwelt heraus zu beeinflussen. Natürlich braucht ein Bewußtsein einen Körper. Aber Bewußtsein ist ein *emergentes* Phänomen, das nicht auf seine materiale Basis, den Körper, zurückgerechnet werden kann.

3. Die Koppelung von Kommunikation und Bewußtsein

„Ob ich meine, was ich sage, weiß ich nicht. Und wenn ich es wüßte, müßte ich es für mich behalten.“⁵¹

Dann läßt sich parallel formulieren: Kommunikation ist ein emergentes Phänomen und nicht reduzierbar auf die (Summe der) Bewußtseinszustände der beteiligten Bewußtseine. Und erst recht können selbst alle Gesetze der Biologie, Chemie und Physik nicht erklären, warum es Wissenschaften als *soziale Praxis* gibt.⁵²

„Vielleicht könnte man in der Tat alles, was kommuniziert wird, auch auf der Ebene von Mentalzuständen beschreiben (so wie alle Lebensvorgänge auf der Ebene biochemischer Veränderungen) mit der einen Ausnahme: der Autopoiesis des emergenten Systems; also mit Ausnahme dessen, was

⁵⁰ Es ist schlichtweg erstaunlich, wie wenig Neugeborene ‚können‘ und wieviel Zeit sie für die unglaubliche Leistung brauchen, Bewußtsein und Körper aneinander lernen und miteinander Erfahrungen machen zu lassen.

⁵¹ Luhmann (1988), S. 901.

⁵² Siehe Frankel (1986), S. 358.

allein angemessen beschreiben kann, was Kommunikation (bzw. Leben) ist.“⁵³

Für Bewußtseine, parallel zum Schmerzbeispiel, gibt es die Möglichkeit, Kommunikation zu irritieren – und umgekehrt. Aber, und das ist der wichtige Punkt, diese Irritation muß vom irritierten System interpretiert werden, und nur das irritierte System kann entscheiden, was die Irritation für es bedeutet. „Die Geräusche kommen von draußen, aber was an ihnen clare et distincte begriffen werden kann, wie ihnen Informationen abgewonnen werden können und welche Erwartungen sie, so präpariert, bestätigen oder enttäuschen, das ist Eigenleistung des Systems.“⁵⁴ Allein die Strukturen, d.h. Erwartungen des irritierten Systems ermöglichen es, Sinn aus einer Irritation zu machen;

„die psychische Selektivität kommunikativer Ereignisse im Erleben der Beteiligten ist etwas völlig anderes als die soziale Selektivität; und schon bei einer geringen Aufmerksamkeit auf das, was wir selber sagen, wird uns bewußt, wie unscharf wir auswählen müssen, um sagen zu können, was man sagen kann, wie sehr das herausgelassene Wort schon nicht mehr das ist, was gedacht und gemeint war, und wie sehr das eigene Bewußtsein wie ein Irrlicht auf den Worten herumtanzt: sie benutzt und verspottet, sie zugleich meint und nicht meint, sie auftauchen und abtauchen läßt, sie im Moment nicht parat hat, sie eigentlich sagen will, und es dann ohne stichhaltigen Grund doch nicht tut.“⁵⁵

*Nicht das Bewußtsein kann bestimmen, was der Versuch von Kommunikation sozial bedeutet, sondern nur die Kommunikation selbst.*⁵⁶

„Kein Einzelbewußtsein (und es gibt Bewußtsein nur als Einzelbewußtsein) kann kommunikatives Geschehen beherrschen, kontrollieren oder auch nur einigermaßen durchschauen; es kann das, was im Kommunikationssystem geschieht, nur auslösen oder auch blockieren, einschränken, stören, verwirren, und auch dies nur auf sehr punktuell, lokaler Basis. (...) Wer hierüber anders denkt, müßte nachweisen können, welches von den

⁵³ Luhmann (1988), S. 887.

⁵⁴ Luhmann (1990), S. 288.

⁵⁵ Luhmann (1995), S. 123.

⁵⁶ Eine zentrale Aussage der Systemtheorie, die vom Phänomen her seit langem bekannt ist und allgemein unter dem Titel „Nicht-intendierte soziale Folgen individuellen Handelns“ läuft. Man könnte anders formulieren und fragen: Wie ist soziale Ordnung möglich, wenn alle frei und individuell Handeln? Siehe zum Ganzen m.w.N. Guttandin (1998).

mehreren Milliarden Bewußtseinssystemen in welchem Moment mehr Kompetenz hat, und zwar aufgrund von Eigenleistung und nicht aufgrund einer Position, die ihm nur durch das Kommunikationssystem Gesellschaft verliehen ist.“⁵⁷

Das gilt auch für Verantwortungszuschreibungen:

„Durch den alltäglichen Sprachgebrauch werden unwillkürlich und häufig unabsichtlich Attributionen kommuniziert, die keinen aktuellen kognitiven Prozeß der Urteilsbildung widerspiegeln, sondern in die Sprache eingebaute Konvention.“⁵⁸

Zusammenfassend ist festzuhalten: „Die Kommunikation läßt sich, anders gesagt, durch Bewußtsein stören und sieht das sogar vor; aber immer nur in Formen, die in der weiteren Kommunikation anschußfähig sind, also kommunikativ behandelt werden können.“⁵⁹ Was wir sagen, ist eine (gezielte) *Irritation* des Kommunikationssystems (zumeist, nachdem wir lange Erfahrungen mit diesem System gesammelt haben), das wiederum die Gedanken anderer und von uns selbst (!) irritiert. Bewußtsein kann nicht bewußt *kommunizieren*. „Es kann sich natürlich vorstellen, daß es kommuniziert, aber das bleibt eine eigene Vorstellung des Systems, eine interne Operation, die die Fortsetzung der eigenen weiteren Gedankenführung ermöglicht – aber eben nicht Kommunikation *ist*.“⁶⁰ Damit wird auch das LUHMANNsche Diktum plausibel: „Kommunikationen bilden, wenn autopoietisch durch Rekursionen reproduziert, eine emergente Realität sui generis. Nicht der Mensch kann kommunizieren, nur die Kommunikation kann kommunizieren.“⁶¹ Und damit ist der Mensch, d.h. psychische und organische Systeme, eben nicht mehr Teil der Gesellschaft – aber die Gesellschaft auch nicht mehr Teil des Menschen!⁶² Ein autopoietisches Sys-

⁵⁷ Luhmann (1990), S. 282. In diesem Sinne auch Groh (1992), S. 269 f. mit Bezug auf Hermann Lübbe.

⁵⁸ Fiedler/Semin/Finkenauer (1994), S. 29.

⁵⁹ Luhmann (1995), S. 124.

⁶⁰ Luhmann (1988), S. 885.

⁶¹ Luhmann (1997), S. 105.

⁶² Insofern vielleicht eine Antwort auf Wrong (1961). Wobei natürlich nicht gesagt sein soll, das Verhältnis von Bewußtsein und Gesellschaft sei symmetrisch. Gesellschaft ist bei der Geburt jedes Menschen immer schon gegeben und versorgt ihn im Laufe seiner Sozialisation mit gesellschaftlich relevanten Unterscheidungen. – Während jedes psychische System nur eine Gesellschaft als Umwelt hat, existieren in der Umwelt der Gesellschaft aber Tausende, Millionen, heute sogar Milliarden psychischer Systeme. Die Gewichtung der Effekte dürfte entsprechend sein.

tem ist damit ein sich selbst betreibender Prozeß, eine betriebene Differenz, im Falle der Gesellschaft: von Kommunikation und Nicht-Kommunikation.⁶³

Nicht allein die Vernetzung von Kommunikation, auch deren Konstitution ist eine Eigenleistung des Systems. Kommunikation gewährleistet durch ihre Struktur die Konstitution und damit den Anschluß weiterer Kommunikation, d.h. die Synthese von Information, Mitteilung und Verstehen.

„Jede Äußerung, jede Geste (ja auch nur die Zurechnung, daß ein Unterschied in der Welt als Anlaß für ein Ereignis genommen werden kann) ist nur Äußerung oder signifikante Geste, wenn sie als Anlaß für den Nachtrag, für die operative Koppelung gedient *hat*. (...) Es geht also, insofern wir uns auf die soziale Autopoiesis einlassen, darum, daß Anlässe als Beiträge zur Kommunikation entziffert werden. Die Anlässe müssen sinnhafte Verlautbarungen sein oder zumindest mit Bedeutung überzogen werden können. Sie sind aus dieser Sicht bestimmbarer Lärm im Medium Sinn. Die operative Kopplung nimmt den Anlaß auf und trägt ihm einen kommunikativen Sinn nach. Eben das ist soziales Verstehen. Der Anlaß ist nichts (nicht einmal Anlaß gewesen), wenn er nicht in die operative Koppelung des Sozialsystems einrückt. Dabei kann er, das ist sehr wichtig, Sinn machen für ein psychisches System, das intern weiterdenkt oder aus den Augenwinkeln wahrnimmt, daß jemand eine Äußerung produzierte, auf die kein Nachtrag erfolgte. Es kann dann lernen, wie man vermeidet, ignoriert zu werden.“⁶⁴

Dann ist zu fragen, wie Kommunikation das leistet, wer oder was Information, Mitteilung und Verstehen selegiert und welche Rolle das Bewußtsein dabei spielt. Zunächst ist festzuhalten, daß die Autopoiesis der Kommunikation die Kopplung von Kommunikation an Kommunikation ist. Die Kopplung selbst ist die Zeitinversion, die durch das Verstehen zustande kommt, sie ist die *Inanspruchnahme für Folgebezüge*. Dafür müssen Kommunikationssysteme über ein Medium verfügen, das einen bedeutungshaltigen Bezug erlaubt. Dieses Medium ist *Sinn*.⁶⁵ „Sinn gewährleistet somit denjenigen Eigenschaftskomplex, der für die Bildung von Systemelementen notwendig ist, nämlich die Möglichkeit, sich durch Beziehung auf andere Systemelemente bestimmen zu lassen.“⁶⁶ Sinn ist ein Überschuß

⁶³ Siehe Fuchs (1998), S. 3.

⁶⁴ Fuchs (1999).

⁶⁵ Vgl. Luhmann (1984), S. 92 ff. und (1997), S. 44 ff.

⁶⁶ Luhmann (1984), S. 101.

an Verweisungen auf weitere Möglichkeiten, laufende Aktualisierung und Virtualisierung der jeweils daraufhin anschließbaren Möglichkeiten. Dazu entwickeln sich Schematisierungen zum einfacheren Anschluß (externale oder internale Zurechnung, konstante oder variable Faktoren, Personalisierung) und symbolische Generalisierung (Identitäten, vor allem durch *Sprache*⁶⁷) zur Ermöglichung des selbstreferentiellen Prozessierens von Sinn. Sinn und Sprache sind Produkte der Operationen, die sie benutzen, nicht eine Qualität, ein Objekt oder dergleichen. Sinn muß, wie Sprache, betrieben werden.

Betrieben wird Sinn nun sowohl von Kommunikation als auch von Bewußtsein. Psychische und soziale Systeme sind beide Sinnsysteme und Sinn ist ihr Universalmedium.

„Im Ergebnis unterscheiden psychische und soziale Systeme sich danach, ob Bewußtsein oder Kommunikation als Operationsform gewählt wird. Diese Wahl ist nicht für das Einzelereignis möglich, denn am Einzelereignis schließen Bewußtsein und Kommunikation sich nicht aus, fallen vielmehr häufig mehr oder weniger zusammen. Die Wahl liegt in der Betätigung sinnhafter Selbstreferenz, das heißt darin, über welchen weiteren Sinn sich aktueller Sinn auf sich selbst bezieht. (...) Ob Sinn als Bewußtsein oder als Kommunikation aktualisiert wird, zeigt sich nicht »erst nachher«, sondern bestimmt schon die jeweilige Aktualität des Sinns selbst, da Sinn immer selbstreferentiell gebildet wird und dabei immer die Verweisung auf Anderes als Weg der Verweisung auf sich selbst einbezieht.“⁶⁸

An eine sprachliche Äußerung können also sowohl Bewußtsein als auch Kommunikation anschließen, allerdings eben je nur in ihrem Operationsmodus.⁶⁹

„Selbst wenn daher Systeme Ereignisse teilen, zum Beispiel eine sprachliche Kommunikation immer auch Ereignis in einer Mehrheit von teilnehmenden Bewußtseinen ist, ändert das nichts an einer vollständigen Trennung der Systeme, weil das Ereignis von den jeweiligen Systemen im Hinblick auf jeweils andere eigene Ereignisse anders identifiziert wird.“⁷⁰

⁶⁷ Siehe Luhmann (1997), S. 47 f.

⁶⁸ Luhmann (1984), S. 142.

⁶⁹ Siehe Luhmann (1984), S. 293.

⁷⁰ Luhmann (1990), S. 37.

Auch wenn Kommunikation einer materialen Repräsentation bedarf (Sprache, Schrift, Gebärden), ist *das* nicht Kommunikation (man kann mit sich sprechen, für sich schreiben oder sich vor dem Spiegel zweideutig zuzwinkern). Kommunikation ist nicht diese Selektivität von Körperverhalten, *ist* nicht diese Repräsentation. *Kommunikation ist vielmehr der Zusammenhang der damit hergestellten Sinnbezüge in der Zeit.* Es ist der selbstbezügliche, aneinander anschließende Prozeß der Selektivität von Sinn.

„Wenn es auf eine Beschreibung momentaner Zustände ankommt, wäre also ein »psychischer Reduktionismus« oder auch ein »methodologischer Individualismus« möglich; nicht aber, wenn die autopoietische Dynamik des Kommunikationssystems miterklärt werden soll. Eine reduktive Beschreibung müßte die Zeit unberücksichtigt lassen, und damit auch die Identität der Elemente.“⁷¹

Diese Selektivität wird im Prozeß konstituiert, nicht im Verhalten. Die Autopoiesis der Kommunikation setzt nacheinander anfallende Unterscheidungen in Bezug, transformiert Anlässe in Ereignisse, und dafür braucht sie Anlaßproduzenten, die ebenfalls sinnförmig operieren.

„Autopoiesis ist konkret angewiesen auf Lärmproduzenten, deren Lärm als ein *Nacheinander* genommen werden kann, dem ein *Aufeinander-Reagieren* ablauschbar ist. Autopoiesis ist die Bezeichnung dieser Transformation, und typischerweise wird hier dann von Anschlußmanagement oder Anschlußselektivität gesprochen, eine ihrerseits verkürzende Rede-weise, weil man im Blick auf die Zeitinversion von Nachtragsmanagement oder Nachtragsselektivität reden sollte.“⁷²

Die Benutzung von Sprache ergibt dann eine doppelte Lesbarkeit von Ereignissen, psychisch und sozial. Für die Theorie wichtig ist nur, daß diese Selektivität keinen operierenden Selektor voraussetzt, die Operation keinen Operateur. Soziale Systeme konstituieren sich als Selektivität, nicht durch Selektion. *Deshalb handeln Systeme auch nicht, sie entscheiden nichts, sie sind keine Akteure, sie sind allein der faktische Vollzug von Selektivität.* Insofern meint der Satz, nur Kommunikation könne kommunizieren, nicht, Kommunikation verfertige sich selbst; so wie Organismen ja nicht die Materie selbst herstellen, auf der sie basieren. Nur: sie machen es wahrscheinlich, daß das, *was als brauchbare Materie anfällt*, zur Reproduktion des

⁷¹ Luhmann (1990), S. 39.

⁷² Fuchs (1998), S. 5.

Lebens genutzt werden kann. Sie organisieren sich selbst heißt – sie organisieren ihre Organisation. Das, was sie sind, was sie ausmacht, ist der Prozeß ihrer Selbstorganisation und dessen Reproduktion, nicht die Materie, die sie dafür nutzen.

Systeme haben *natürlich* Umweltvoraussetzungen. Und sie operieren schon immer umweltangepaßt – oder sie operieren nicht.⁷³ Aber nur Systeme können sich betreiben, das kann nicht die Materie, die genutzt wird – aber ohne die es natürlich nicht geht! Sollte man alle Einzelatome, aus denen ein bestimmtes Bakterium besteht, oder auch alle Moleküle, in der richtigen Anzahl versammeln und einmal kräftig schütteln, entsteht kein Bakterium. Die Moleküle, aus denen der Organismus besteht, gewinnen ihre *Bedeutung*, ihren *Sinn* erst *im Prozeß* seiner Reproduktion. Prozessieren setzt voraus, daß *etwas* da ist, das als Unterschied genutzt werden kann. Daß etwas aber einen Unterschied macht, der *für das System* einen Unterschied macht, ist *Eigenleistung des Systems*. Die Struktur des Reproduktionsprozesses des Systems, und nur dieser, macht es lediglich wahrscheinlich, daß Materie als Leben oder Äußerung als Kommunikation passiert – und wenn es passiert, passiert es, und wenn nicht, dann nicht.

4. Handlung als Zurechnung von Kommunikation

Als (sich ausschließende) Grundbegriffe soziologischer Theoriebildung gelten *Kommunikation* oder *Handlung*. Der jeweils andere Begriff wird dann als Ableitung begriffen: Handeln wird als eine besondere Form der Kommunikation oder Kommunikation als eine spezielle Form des Handelns angesehen („kommunikatives Handeln“⁷⁴). Die Frage dahinter ist: „Ist die letzte Einheit, bei deren Auflösung das Soziale verschwinden würde, eine erfolgreiche Koppelung verschiedener Selektionen [= Kommunikation, fb], oder ist es die als Handlung zurechenbare Einzelselektion?“⁷⁵ Die Antwort ist für LUHMANN klar: „Der elementare, Soziales als besondere Realität konstituierende Prozeß ist ein Kommunikationsprozeß. Dieser Prozeß muß aber, um sich selbst steuern zu können, auf Handlungen reduziert, in Handlungen dekomponiert werden.“⁷⁶

Während *Kommunikation* als emergentes Phänomen, ja, wie gesagt, keine *Zurechnung* zu einer Person zuläßt, ist das im hiesigen Verständnis zent-

⁷³ Siehe Luhmann (1997), S. 65 f.

⁷⁴ Siehe nur Habermas (1984).

⁷⁵ Luhmann (1984), S. 192.

⁷⁶ Luhmann (1984), S. 193.

raler Inhalt des *Handlungsbegriffs*: „Handlung wird in sozialen Systemen über *Kommunikation* und *Attribution* konstituiert als eine Reduktion von Komplexität, als unerläßliche Selbstsimplifikation des Systems.“⁷⁷

Zur Erläuterung muß erneut auf den Kommunikationsbegriff zurückgegriffen werden. Kommunikation, wurde gesagt, ist die Synthese dreier Selektionen: Information, Mitteilung und Verstehen. An diesem Punkt interessiert erneut die Konstitution der Mitteilung. Um Mitteilungen erzeugen zu können, passieren zu lassen, muß Kommunikation ‚Adressen‘ errechnen, denen diese Mitteilungen zugerechnet werden können. Das Problem dahinter ist, wie Kommunikation es schafft, nicht alle möglichen Zustandsänderungen als Mitteilung einer Information aufzufassen und wie jeweils Anschlüsse an Kommunikation hergestellt – und damit limitiert – werden. „Irgend *jemand*, irgend *etwas* muß ein Verhalten vorgeführt haben, an das angeschlossen werden kann, weil es als Mitteilungsverhalten zu deuten gewesen ist, in diesem Sinne also als eine Tat, ein Akt, eine Handlung.“⁷⁸ Kommunikation muß deshalb strukturell festlegen, woran Verhalten als Mitteilungsverhalten zu erkennen in Betracht kommt und woran nicht. „Sie projiziert Mitteilende und schafft sich damit eine Art Skelett, ein Gerüst, von dem sie sich abstößt bzw. an dem sie sich entlangspinnnt. Wichtig dabei ist, daß sie ohne dieses Gerüst nicht funktionieren würde, denn es ist sehr schwer vorstellbar, daß Kommunikation mit nichtmitgeteilten Informationen arbeiten könnte.“⁷⁹ Kurz: Handeln entsteht, weil zur Selektion der Mitteilung ein Mitteilender identifiziert werden muß. Handeln ist dann genau das Ergebnis der Konstitution eines Mitteilenden durch Zurechnung der Kommunikation. Die kommunikative Konstruktion eines Mitteilenden nennt LUHMANN in Anlehnung an eine alte Tradition *Person*.

All das ist notwendig, damit Kommunikation weitergeht.

„Was immer als Einheit fungiert, wird zur Einheit durch die Einheit eines selbstreferentiellen Systems. Es ist weder von sich her Einheit noch allein durch die Selektionsweise eines Beobachters, es ist weder objektive noch subjektive Einheit, sondern Bezugsmoment der Verknüpfungsweise des Systems, das sich durch eben diese Verknüpfung reproduziert. (...) Die Differenz von Kommunikation im Vollsinne einer Selektionssynthese und zurechenbarem Handeln ermöglicht eine selektive Organisation mitlaufender Selbstreferenz; und zwar in dem Sinne, daß man *Kommunikation*

⁷⁷ Luhmann (1984), S. 191 – meine Hervorhebung.

⁷⁸ Fuchs (1997), S. 59 – meine Hervorhebung.

⁷⁹ Fuchs (1997), S. 60.

reflexiv nur handhaben (zum Beispiel bestreiten, zurückfragen, widersprechen) kann, wenn sich feststellen läßt, wer kommunikativ *gehandelt* hatte.“⁸⁰

Handeln ist damit Resultat einer Selbstbeobachtung des Kommunikationsprozesses, um „adressierte Reaktion von Kommunikation auf Kommunikation zu ermöglichen.“⁸¹

Die zunächst symmetrische Kommunikation wird durch ein Handlungsverständnis asymmetrisiert und erhält eine Richtung vom Mitteilenden (der nicht notwendig subjektiv mitteilen muß) auf den Verstehenden (der die Intention des Mitteilenden nicht notwendig korrekt erschließen muß). Daraus ergibt sich, daß es zunächst keine autoritative Repräsentation⁸², keine Lokalisierung von Kommunikation geben kann. „Die wichtigste Konsequenz dieser Analyse ist: *daß Kommunikation nicht direkt beobachtet, sondern nur erschlossen werden kann*. Um beobachtet werden oder um sich selbst beobachten zu können, muß ein Kommunikationssystem deshalb als Handlungssystem ausgeflaggt werden.“⁸³ Zur Identifikation der Kommunikation, als Chiffre, muß die Mitteilung, die Äußerung, die Änderung in der Welt genutzt werden. In Handlung legt sich Kommunikation selbst fest und sorgt dafür, daß zeitpunktbezogene Ereignisse aus dem Kommunikationsprozeß ausgesondert werden, so wie Momentaufnahmen, die einen gegebenen Stand festhalten, obwohl doch alles im Fluß ist und durch ständige kommunikative Nachträge in seiner Bedeutung verändert wird.

„Während Kommunikationen die Reversibilität im Zeitlauf festhalten – man kann sich schwer tun, zu verstehen, kann ablehnen, kann das Mitgeteilte zu korrigieren versuchen (auch wenn es als *Mitteilungshandlung* unbestritten vorgekommen ist) –, markieren Handlungen die Irreversibilität der Zeit und ordnen sich so im Verhältnis zueinander chronologisch ein.“⁸⁴

Handlung ist *Zurechnung*.

⁸⁰ Luhmann (1984), S. 240 f.

⁸¹ Luhmann (1984), S. 618.

⁸² Kommunikation ist Prozeß! D.h.: Kommunikation (ihr Sinn) läßt sich nicht fixieren, denn versuchte man sie in Zeichen zu repräsentieren, festzuhalten, müßte der Sinn dieser Zeichen auch erst gedeutet werden – kommunikativ!

⁸³ Luhmann (1984), S. 226.

⁸⁴ Luhmann (1984), S. 233.

„Handlungen werden durch Zurechnungsprozesse konstituiert. Sie kommen dadurch zustande, daß Selektionen, aus welchen Gründen, in welchen Kontexten und mit Hilfe welcher Semantiken (»Absicht«, »Motiv«, »Interesse«) immer, auf Systeme zugerechnet werden. Daß dieser Handlungsbegriff keine ausreichende Kausalerklärung des Handelns vermittelt, schon weil er Psychisches außer Acht läßt, liegt auf der Hand. Es kommt in der hier gewählten Begriffsbildung darauf an, daß Selektionen auf Systeme, nicht auf deren Umwelten, bezogen werden und daß auf dieser Grundlage Adressaten für weitere Kommunikation, Anschlußpunkte für weiteres Handeln festgelegt werden, was immer als Grund dafür dient.“⁸⁵

Wenn Kommunikation passiert, sind zwei Möglichkeiten der Zurechnung denkbar: internale und externale Zurechnung.

„Da Kommunikation sich nur beobachten kann, wenn zwischen Information und Mitteilung unterschieden wird, kann der Akzent der Zurechnung entweder auf Information (Erleben) oder auf Mitteilung (Handlung) gelegt werden (...) Wenn eine Selektion (von wem immer) dem System selbst zugerechnet wird, wollen wir von *Handlung* sprechen, wird sie der Umwelt zugerechnet, von *Erleben*.“⁸⁶

Mit anderen Worten: wird das Verhalten eines Systems der Umwelt zugerechnet (tritt also der Mitteilungsaspekt zurück), nennt LUHMANN das *Erleben*, wird das Verhalten dem System selbst zugerechnet (steht der Mitteilungsaspekt im Vordergrund), *Handeln*.⁸⁷ Handlungen sind also das Ergebnis kommunikativer Zuschreibungen, die sozial konditioniert sind, nämlich über *Erwartungsstrukturen*. So wird z.B. in den Wissenschaften ein Zurechnungsstil favorisiert, der sich am Erleben orientiert – man hat nur darzustellen, zu berichten, was einem von der *Außenwelt* eingegeben wurde, und das, so die Voraussetzung, hängt nicht von der eigenen Willkür ab, sondern eben von der ‚Natur‘.⁸⁸ Es geht dabei praktisch um die kommuni-

⁸⁵ Luhmann (1984), S. 228.

⁸⁶ Luhmann (1997), S. 335.

⁸⁷ Nun ist Zurechnung aber immer Beobachtung. D.h. auch, andere Beobachter (seien es kommunikative, seien es psychische) können anders zurechnen, so z.B. das sich verhaltende System, das sein Verhalten primär sich oder der Umwelt zurechnen kann und damit im Widerspruch zur Beobachtung anderer Systeme stehen mag.

⁸⁸ Die Mitteilung von Forschungsergebnissen ist natürlich (Mitteilung!) eine Handlung. Aber daran wird im wissenschaftlichen Kontext nicht angeschlossen, man bezieht sich auf die Information (*Was* wird mitgeteilt?). Als Gegensatz kann man vielleicht ‚romantische‘ Kommunikation sehen: hier geht es wenig um die Information und ganz wesentlich um das Mitteilungsverhalten, an das angeschlossen wird

kative Neutralisierung des Eigenbeitrags psychischer Systeme⁸⁹ und entsprechend ist man für die Ergebnisse auch nicht verantwortlich. Im Gegensatz dazu ist der Fokus des Rechts natürlich die Zurechnung von Verhalten auf das System – also Handlung.⁹⁰ Wichtig ist hier nun, daß diese Zurechnung kontingent ist und nicht in der Natur der Sache, einer Handlungstologie oder sonstwo vorentschieden, sondern *Eigenleistung des Kommunikationssystems* ist. Diese sozialen Strukturen – so die These – unterliegen einem historischen Wandel. Der Versuch einer Darstellung dieses Wandels in Recht und übriger Gesellschaft wird einen großen Teil des modelltheoretischen Versuchs im Anschluß an dieses Kapitel ausmachen.

„Ob eine Semantik der Säfte und Kräfte ausreicht oder ob Interessen unterstellt werden müssen, ob man im Kontext von Beichte oder juristischer Verfahren »innere Zustimmung« zum eigenen Handeln ermitteln muß, (...) ob das Handeln psychologisiert oder gar auf Faktoren zurückgeführt werden muß, die dem Handelnden nicht bewußt sind, sondern ihm erst auftherapiert werden müssen – all das hängt von Umständen ab, über die im sozialen System disponiert wird. Dem Handelnden mag dann mehr oder weniger erfolgreich die richtige Art der Selbstzurechnung beigebracht werden. So kann er rechtzeitig und möglichst schon vorher merken, wenn er handelt, und die soziale Kontrolle durch Selbstkontrolle entlasten.“⁹¹

5. *Person als Zurechnungsadressat*

Der Personenbegriff ist in bezug auf unterschiedliche Ebenen der Theoriebildung relevant. Für die *Operationen* des Systems als Thema (Information), Autor (Mitteilung) und Adressat (Verstehen), für die *Strukturen* des Systems als Zusammenfassung von Erwartungen und für *psychische Systeme* zur strukturellen Kopplung mit sozialen Systemen.

Person ist, das wurde im letzten Abschnitt schon gesagt, die ‚Adresse‘, auf die Kommunikation zugerechnet wird.

(*Wie* und *Warum* wird das mitgeteilt?) , genauso wie wohl beim Ehekrach – oder vor Gericht (auch wenn man vielleicht wissenschaftliche Informationen braucht, um ‚Entscheiden‘ zu können, ob eine Mitteilung vorlag.)

⁸⁹ Siehe Luhmann (1990), S. 142 f.

⁹⁰ Die Unterscheidungen Erleben/Handeln, Wissenschaft/Recht, ist auch außerhalb des systemtheoretischen Bezugsrahmens einsichtig, z.B. als „knowledge and agency ... ‚responsibility‘ points toward the agency aspect of meaning while ‚evidence‘ points toward the knowledge aspect.“ (Hill/Irvine (1992), S. 2).

⁹¹ Luhmann (1984), S. 231.

„Personalität wird anscheinend immer dort verliehen, wo doppelte Kontingenzen wahrgenommen werden und reguliert werden können. Weitgehend heißt dies, daß Personalität mit Kommunikationsmöglichkeiten korreliert. (...) Personalität entsteht, wo immer das Verhalten anderer als gewählt vorgestellt wird und durch eigenes Verhalten kommunikativ zu beeinflussen ist. Offenbar experimentieren frühe Gesellschaften mit dem Verhältnis von Gesellschaftsgrenzen und kommunikativ manipulierbarer Kontingenzen, und erst die moderne Gesellschaft setzt beides kongruent.“⁹²

Die Fähigkeit von Etwas zur Teilnahme an Kommunikation ist Personalität. Personsein ist also ein *sozialer* (i.e. historischer) Tatbestand und meint weder einen individuellen Körper noch ein Bewußtsein.

„So wird man für frühe Gesellschaften davon ausgehen können, daß die Disposition über ihre Grenze direkt an die Fähigkeit von Etwas zur Partizipation an Kommunikation gekoppelt ist ... Das zeigt sich daran, daß diese Fähigkeit einerseits nicht generell unterstellt ist (nicht alles, was wir heute ‚Mensch‘ nennen, kommt dafür in Frage), andererseits Weltkomplexen angesonnen werden kann, die wir heute typisch nicht für partizipationsfähig halten: Göttern, Tieren, Pflanzen, Geistern etc. (...) Die Zurechnung von Personalität (von intern gehandhabter Selbstreferenz) kann ein Tier treffen, das dann als Austrittspunkt *unter anderen Möglichkeiten ausgewählter Äußerungen* erscheint, die Nichtzurechnung einen Menschen, dessen Verhalten dann als bloßes Verhalten wahrgenommen wird, das in seiner Bedrohlichkeit berechnet, aber nicht verstanden werden muß.“⁹³

Personalität ist kein Totalphänomen. Gesellschaftlich können in Hinblick darauf, wem üblicherweise bestimmte Arten von Kommunikation zugeordnet werden, durchaus Unterschiede gemacht werden. „Für bestimmte Rituale (aber zum Beispiel auch für intime Kommunikation) kann man sozial zu ‚klein‘ sein.“⁹⁴ Es geht um Inklusions- und Exklusions-Phänomene, heute vor allem bezogen auf Funktionssysteme und ihre Organisationen: Ausbildung, Arbeit und Wirtschaft, Recht, Politik, Intimität, Krankenver-

⁹² Luhmann (1997), S. 643.

⁹³ Fuchs (1996), S. 116 f. Siehe auch Harris (1989), S. 602: „To be a person means to be a ‚somebody‘ who authors conduct construed as action. It is noteworthy that in many ethnographically recorded ideas about the person, not all persons are living humans or, indeed, human at all, nor are all human beings persons.“ – mit Beispielen.

⁹⁴ Fuchs (1996), S. 117 in Fn. 16.

sorgung etc. Daraus ergibt sich für jede Person ein Inklusionsprofil – und damit natürlich auch ein Exklusionsprofil.⁹⁵ Das ist normal. Problematisch wird es dann, wenn Exklusion in einem negativen Feedback zunehmend totalisiert wird, und das liegt vor allem bei der Exklusion aus Funktionssystemen nahe.⁹⁶

„Inklusion muß man demnach als eine Form begreifen, deren Innenseite (Inklusion) als Chance der sozialen Berücksichtigung von Personen bezeichnet ist und deren Außenseite unbezeichnet bleibt. Also gibt es Inklusion nur, wenn Exklusion möglich ist. Erst die Existenz nichtintegrierbarer Personen oder Gruppen läßt soziale Kohäsion sichtbar werden und macht es möglich, Bedingungen dafür zu spezifizieren.“⁹⁷

Insoweit wäre hier der theoretische Ort einer Diskussion über soziale Ausschließung in der Systemtheorie markiert.

Person ist aber auch, und da gilt es an den Abschnitt über Kommunikation und Bewußtsein anzuknüpfen, die kommunikative Referenz auf psychische Systeme, ihr Name, ihre Identität. Das ergibt sich daraus,

„daß der Kommunikationsprozeß in der Lage ist, externe Referenzen zu »personifizieren«. Jede Kommunikation muß zwischen Information und Mitteilung unterscheiden können (denn sonst wäre sie selbst nicht unterscheidbar). Das aber heißt, daß sich entsprechende sachliche und personale Referenzen bilden. In Anlehnung an Begriffe von Spencer Brown ließe sich auch sagen, daß die Wiederverwendung solcher Referenzen Personen (bzw. Dinge) *kondensiert*, nämlich als identische fixiert, und sie zugleich *konfirmiert*, nämlich mit neuen Sinnbezügen anreichert. Geschieht das, so entwickelt sich eine entsprechende Semantik. Personen haben Namen.“⁹⁸

Die so vollzogene Herstellung von Identitäten (sachlicher oder personaler) organisieren immer wesentlich *Erwartungen*.

„Dadurch, daß im Kommunikationsverlauf Selektionen an Selektionen anschließen, verdichtet sich ein Bereich des Annehmbaren und Zumutbaren (...) Psychische Systeme werden dadurch zu Personen, das heißt zu Erwartungskollagen, die im System als Bezugspunkte für weitere Selektionen fungieren.“⁹⁹

⁹⁵ Siehe Fuchs (1997), S. 63.

⁹⁶ Siehe Luhmann (1997), S. 631 f.

⁹⁷ Luhmann (1997), S. 620 f.

⁹⁸ Luhmann (1997), S. 106 f.

⁹⁹ Luhmann (1984), S. 178.

In dem hier vorgestellten Theoriezusammenhang wird Person somit verstanden als Zusammenhang von Erwartungen, als ein Element der Struktur der Gesellschaft – *nicht*: als Eigenschaften eines Menschen! Die Person organisiert als Identität *kognitive* (und ist insofern auch Ding) *wie auch normative* Erwartungen. „Für die Ordnung von *Verhaltenserwartungen* hat sich die Dingform jedoch [historisch] in zunehmendem Maße als unzulänglich erwiesen.“¹⁰⁰ Die sachliche Identifikation von Erwartungszusammenhängen wird dann sozial differenziert auf einem Kontinuum von konkret zu abstrakt über Person zu Rolle, Programm und Wert, die je auf ihre Art Erwartungen organisieren. „Erwartungen, die durch solche Identitäten gebündelt werden, können mehr oder weniger normiert werden je nachdem, wie eine etwaige Enttäuschung behandelt wird.“¹⁰¹

Was gemeinhin als *Charakter* beschrieben wird, könnte man soziologisch als diesen relativ stabilen Erwartungszusammenhang ‚Person‘ bezeichnen.¹⁰² „Man kann die Grenzen immer noch verschieben, den Zumutbarkeitsbereich ausweiten oder einschränken; aber dies, nachdem das System einmal eine Geschichte hat, nur noch punktuell, nur noch für bestimmte Themen, nur noch ausnahmsweise.“¹⁰³ Personen tragen so „den Bedürfnissen des Beobachters Rechnung, indem ihnen Konsistenz der Meinungen und Einstellungen, Zielstrebigkeit des Verhaltens, Eigeninteresse mit Aussicht auf Berechenbarkeit usw. unterstellt wird.“¹⁰⁴

Schließlich dienen Personen

*„der strukturellen Kopplung von psychischen und sozialen Systemen. Sie ermöglichen es den psychischen Systemen, am eigenen Selbst zu erfahren, mit welchen Einschränkungen im sozialen Verkehr gerechnet wird. Das Bewußtsein, eine Person zu sein, gibt dem psychischen System für den Normalfall das soziale o.k.; und für abweichenden Fall die Form einer im System noch handhabbaren Irritation. Es merkt gewissermaßen, wenn es mit sich selbst als Person in Schwierigkeiten kommt und hat daher eine Gelegenheit, nach Auswegen zu suchen.“*¹⁰⁵

¹⁰⁰ Luhmann (1984), S. 427 – meine Hervorhebung.

¹⁰¹ Luhmann (1984), S. 429.

¹⁰² Siehe Luhmann (1996), Kapitel 3 IV.

¹⁰³ Luhmann (1984), S. 179.

¹⁰⁴ Luhmann (1996), Kapitel 3 II.

¹⁰⁵ Luhmann (1991b), S. 174 f.

II. Rechtssoziologische Grundlagen

In diesem Abschnitt gibt es noch drei Begriffe zu klären, bevor es möglich ist, das Strafrecht und insbesondere den Vorsatz soziologisch zu beschreiben. Die Begriffe sind Struktur, Norm und Recht. Nachdem der letzte Abschnitt sich vor allem mit dem *Operationsmodus* von Gesellschaft, nämlich Kommunikation, beschäftigt hat, ist nun das allgemeinere Thema, um das es geht, *Struktur*. Ging es bisher darum, die theoretische Beschreibung einer *Tat* vorzubereiten, komplettiert dieser Abschnitt mit der Behandlung des Rechts die *Tat* zur *Straftat*.

1. Struktur als Grundsachverhalt sozialer Systeme

„Eine Struktur besteht, was immer sie sonst sein mag, in der *Einschränkung der im System zugelassenen Relationen*. Diese Einschränkung konstituiert den Sinn von Handlungen, und im laufenden Betrieb selbstreferentieller Systeme motiviert und plausibilisiert der Sinn einer Handlung dann natürlich auch das, was als Verknüpfbarkeit einleuchtet. Ohne Strukturvorgaben könnte man nur sagen: handle mal! und würde vermutlich nicht einmal feststellen können, ob dies geschehen ist.“¹⁰⁶

Strukturen liefern also die Folie, auf der die Operationen sich in ihrem Sinn bestimmen. Sie schaffen Selektionsmöglichkeiten, indem sie Selektion einschränken – wenn alles möglich ist, passiert nichts. Es geht also nicht um einen besonderen Stabilitätstypus, sondern um die Funktion, die Reproduktion des Systems von Ereignis zu Ereignis zu ermöglichen. Strukturen

„existieren nicht abstrakt, nicht unabhängig von der Zeit. Sie werden im Vollzug des Fortgangs von Operation zu Operation verwendet – oder nicht verwendet. (...) Und es ist dieser Operationsbezug (in unserem Falle also: Kommunikationsbezug), der die Strukturen der Gesellschaft der Evolution aussetzt.“¹⁰⁷

Für LUHMANN sind soziale Strukturen nichts anderes als *Erwartungsstrukturen*.¹⁰⁸ Es ist erneut auf die der Systembildung zugrundeliegende Situation der doppelten Kontingenz zu sprechen zu kommen:

„Eingeschränkt (= strukturiert) werden durch Systembildung die Möglichkeiten, sich in einer solchen Situation *im eigenen Verhalten abzusi-*

¹⁰⁶ Luhmann (1984), S. 384.

¹⁰⁷ Luhmann (1997), S. 430 f.

¹⁰⁸ Siehe Luhmann (1984), S. 397.

chern. Nur so kommt eine autopoietische Reproduktion, kommt Handlung auf Handlung zustande. Die Unsicherheitsabsorption läuft über die Stabilisierung von Erwartungen, nicht über die Stabilisierung des Verhaltens selbst, was natürlich voraussetzt, daß das Verhalten nicht ohne Orientierung an Erwartungen gewählt wird. Erwartungen gewinnen mithin im Kontext von doppelter Kontingenz Strukturwert für den Aufbau emergenter Systeme und damit eine eigene Art von Realität (= Anschlußwert).¹⁰⁹

Erst *reflexives* Erwarten, *Erwartungserwartungen*, sind in der Lage, Verhalten zu koordinieren. „Ego muß erwarten können, was Alter von ihm erwartet, um sein eigenes Erwarten und Verhalten mit den Erwartungen anderer abstimmen zu können.“¹¹⁰ Damit entsteht eine Empfindlichkeit und ein Kontrollproblem besonderer Art. Wer akzeptiert, daß seine Erwartungen enttäuscht werden, z.B. Zusagen einzuhalten, muß damit rechnen, daß dann nicht mehr die enttäuschte Erwartung erwartet wird, sondern die Hinnahme des Nichteinhaltens von Zusagen, sich die Erwartung also dahin verschiebt, man erwarte gar nicht mehr das Einhalten von Zusagen und so könnten andere sich entsprechend verhalten. Damit wird die Planungsgrundlage unsicher. Ob der andere diese Akzeptanz als befreiend erlebt (weil es ihm einfach schwer fällt, sich an Zusagen zu halten) oder als Enttäuschung (weil ihm damit ein Mittel der Selbstdarstellung genommen wurde), ist zweitrangig. Die Verteidigung oder Preisgabe der Norm liegt wesentlich in der Sphäre des Normentäuschten oder eines Dritten, nicht der des Enttäuschers.¹¹¹

„Will man das vorsorglich blockieren, erfordert die Diagnose der Situation bereits eine dritte Stufe der Reflexivität. Man aktiviert eigenes Vorsorgeverhalten in der Erwartung, daß Erwartungserwartungen sich ändern würden, wenn man nicht klarstellt, was man erwartet.“¹¹²

Wichtig ist die Systemreferenz: dieser Erwartungsbegriff ist *hier* natürlich *nicht* innerpsychisch gemeint, sondern als soziale Sinnform, nämlich bezogen auf einen Zeitaspekt des Sinnes von Kommunikation.¹¹³ Was natürlich nicht heißt, daß Erwartungen für das Bewußtsein weniger wichtig seien.

¹⁰⁹ Luhmann (1984), S. 157 f.

¹¹⁰ Luhmann (1984), S. 412.

¹¹¹ Siehe auch unten S. 209.

¹¹² Luhmann (1984), S. 412 f.

¹¹³ Siehe Luhmann (1993), S. 125.

Jedenfalls: „Erwartungsstrukturen sind zunächst ganz einfach Bedingung der Möglichkeit anschließfähigen Handelns und insofern Bedingung der Möglichkeit der Selbstreproduktion der Elemente durch ihr eigenes Arrangement.“¹¹⁴ Erwartungen liefern Hinweise auf den nächsten Schritt, die nächste Handlung. Diese Weiterführung wird aber nicht von der Handlung selbst gewährleistet,

„sondern nur durch Vorgabe und laufende Reaktivierung von Erwartungsstrukturen, die die Unsicherheit der Zukunft (und damit auch die temporale Selbstreferenz des Einzelelementes Handlung) so weit reduzieren, daß das Handeln sich selbst durch Selektion von Relationierungen spezifizieren kann. Die Stabilität von Erwartungen beruht mithin auf dem ständigen Aufhören und Neubeginn der Handlungen, auf ihrer »Eventualität«. Das Fluktuieren des Materials der basalen Ereignisse ist Voraussetzung dafür, daß man Erwartungen in Unterscheidung von dem, was sich ändert, bilden und festhalten kann.“¹¹⁵

Struktur- und Ereignisbegriff sind insofern komplementär, beide ermöglichen sich gegenseitig, nämlich gerade dadurch, daß sie auf verschiedenen Ebenen der Ordnung von Wirklichkeit liegen.

„Eine Möglichkeit, Erwartungen relativ zeitfest zu etablieren, besteht darin, sie auf etwas zu beziehen, was selbst kein Ereignis, also im strengen Sinne nicht selbst erwartbar ist. Es werden Identitäten projiziert, an denen man Erwartungen festmachen kann, und durch solche Zuweisungen an identisch Bleibendes werden Erwartungen sachlich geordnet.“¹¹⁶

Damit wird an den vorherigen Abschnitt angeschlossen, der die kommunikative Herstellung von Identitäten, nämlich *Dingen* (Information, Fremdreferenz) und *Personen* (Mitteilung, Selbstreferenz), aufgezeigt hat.

„Identitäten »bestehen« nicht, sie haben nur die Funktion, Rekursionen zu ordnen, so daß man bei allem Prozessieren von Sinn auf etwas wiederholt Verwendbares zurück- und vorgeifen kann. Das erfordert selektives Kondensieren und zugleich konfirmierendes Generalisieren von etwas, was im Unterschied zu anderem als Dasselbe bezeichnet werden kann.“¹¹⁷

¹¹⁴ Luhmann (1984), S. 392.

¹¹⁵ Ebd.

¹¹⁶ Luhmann (1984), S. 426.

¹¹⁷ Luhmann (1997), S. 46 f.

Beides, Ding (inklusive Symbole, Zahlen, Zeichen, selbst die Ordnung von Raumverhältnissen durch Architektur) und Person, sind ‚Verfestigungen‘ im Medium Sinn. Sie sind *symbolische Generalisierungen* (also Einheiten, denen Mehrheiten zugeordnet sind und die diese repräsentieren) und „verdichten die Verweisungsstruktur jeden Sinnes zu Erwartungen, die anzeigen, was eine gegebene Sinnlage in Aussicht stellt. Und ebenso gilt das Umgekehrte: Die in konkreten Situationen benötigten und bewährbaren Erwartungen führen und korrigieren die Generalisierungen.“¹¹⁸ Symbolische Generalisierungen haben Existenz nur in ihrer Benutzung und müssen so ständig aktualisiert werden. Sie sind Erwartungskollagen, sie organisieren Erwartungen – wie auch Theorien, Rollen, Handlungsprogramme, ‚Skripte‘, Schemata und Werte.

Welche Erwartungen ein „Stuhl“ organisiert (also: was ein „Stuhl“ ist), was von einer Person „Ingrid“ zu erwarten ist (wer entsprechend „Ingrid“ ist) und wie man an das Verhalten des Fahrkartenverkäufers anschließen kann (was also ein Fahrkartenverkäufer ist), wird so sozial erinnert – oder vergessen! – anhand von Erwartungsstrukturen.¹¹⁹ *Die Identitäten- und die Erwartungsbildung im Medium Sinn im Rahmen kommunikativer Wiederverwendung beschreibt also letztlich den gleichen Sachverhalt.*¹²⁰ Bezogen auf Sprache:

„Die Wiederholungen ermöglichenden und sie begleitenden Kondensierungen und Konfirmierungen schränken den Spielraum ein, der mit der Willkürlichkeit der Beziehung zwischen Zeichen und Bezeichnetem an sich gegeben wäre. Es entstehen Normen richtigen Sprechens und darüber hinaus Normen des angemessenen Umgangs mit Sprache, die akzeptiert und befolgt werden, *obwohl man anders könnte.*“¹²¹

2. Eine besondere Art Struktur: Normen

Der Ausgangspunkt bei einer Annäherung an den Normbegriff ist die Frage nach der theoretischen Einordnung von *Erwartungsenttäuschungen*. Generell gibt es in diesem Fall zwei mögliche Reaktionsweisen: Lernen, d.h. die Erwartung *verändern*, oder kontrafaktisches Durchhalten, d.h. die Erwar-

¹¹⁸ Luhmann (1984), S. 139.

¹¹⁹ Zum Zusammenhang von Zeit, Gedächtnis und Struktur siehe auch Luhmann (1996b) und (1997), S. 772, zu Gedächtnis und Evolution siehe Luhmann (1997), S. 576 ff.

¹²⁰ Vgl. Luhmann (1993), S. 127, Luhmann (1990a), S. 21 f.

¹²¹ Luhmann (1993), S. 128.

tung gegen die enttäuschende Realität *behaupten*. *Tertium non datur*. „Als kognitiv werden Erwartungen erlebt und behandelt, die im Falle der Enttäuschung der Wirklichkeit angepaßt werden. Für normative Erwartungen gilt das Gegenteil: daß man sie nicht fallen läßt, wenn jemand ihnen zuwiderhandelt.“¹²² Beispiel: die Kommunikation, ob es heute noch regnet, wieviel freie Bindungselektronen ein Magnesiumatom hat, was eine Hausratsversicherung kostet und wann wohl der nächste Zug kommen müßte, repräsentiert jeweils Erwartungen, die revidierbar sind. Die Erwartung wird geändert, wenn die Realität andere, überraschende Seiten zeigt. Es regnet doch, man hat sich mit dem Zug geirrt und muß nun Zeit totschiagen. Der Fehler war die falsche Einschätzung, nicht die ungerechte Einrichtung der Welt. Fährt der Schaffner aber einfach an der Station vorbei oder wurden wir von einem Freund zur falschen Zeit auf die Bahn geschickt, handelt es sich um andere Erwartungen, nämlich Verhaltenserwartungen, und eine andere Art der Enttäuschung. Es gibt keinen Grund, die Erwartungen an den Freund oder den Schaffner zu revidieren, denn schließlich will man auf Auskünfte und Fahrpläne auch fürderhin nicht verzichten – und das müßte man, wenn man sich nicht mehr auf sie verlassen kann, sie verlören ihren Sinn. Wird man enttäuscht, ist hier nicht die Erwartung fehlerhaft, sondern die Welt. Man beschwert sich, beklagt sich bei Dritten oder leidet still (aber erkennbar) – und hält an der Erwartung fest. Würden wir hingegen unsere Erwartungen immer anpassen, wäre ein soziales Leben – jedenfalls wie wir es kennen – unmöglich. Gesellschaft setzt Normen voraus.¹²³

Die Reaktionsmöglichkeiten im Falle der Erwartungsenttäuschung modalisieren Erwartungen in *kognitive* und *normative*, also lernbereite und lernresistente.¹²⁴ Es geht dabei allgemein um die Möglichkeit der Steigerung von akzeptierter Unsicherheit, darum, unwahrscheinlicheren Erwartungen eine strukturierende Funktion zu geben.

„Keineswegs alle Erwartungen enthalten eine Vorwegregulierung des Enttäuschungsfalles. Die meisten Alltagserwartungen sind hinreichend geläufig und sicher, so daß man sich keine weiteren Gedanken machen muß. Wenn aber die soziokulturelle Evolution Anlässe schafft, Erwartun-

¹²² Luhmann (1987), S. 42.

¹²³ So auch Popitz (1980), S. 11 mit Bezug auf Durkheim. Siehe auch Goffman (1974), S. 138.

¹²⁴ Die Unterscheidung setzt sich fort in zwei großen Funktionssystemen, die die jeweiligen Erwartungen betreuen: *Wissenschaft* im Bereich kognitiver Erwartungen, *Recht* im Bereich normativer Erwartungen. Siehe Luhmann (1984), S. 440 f.

gen ins erwartbar Unsichere zu legen, hat dies eine Rückwirkung auf die Erwartung selbst.“¹²⁵

In diesem Fall wird in die Erwartung eine Vorwegdisposition für den Enttäuschungsfall eingebaut und so auch erwartbar gemacht, wie dann reagiert werden kann: durch Lernen oder durch Nichtlernen. „Erst hier, im Bereich des nichtselbstverständlichen Erwartens, kommt es zu einer Differenzierung kognitiver und normativer Erwartungen; diese Differenzierung ersetzt gleichsam die Selbstverständlichkeit.“¹²⁶

Weil kognitive und normative Erwartungen nur vom Enttäuschungsfall her definiert sind und die meisten alltäglichen Erwartungen selten enttäuscht bzw. Enttäuschungen als Ausnahmen miterwartet werden, kommen kognitive und normative Erwartungen zumeist in unklarer und unbestimmter Gemengelage vor und gehen ineinander über.¹²⁷ Manchmal werden normative Erwartungen kognitiv (erkennbar z.B. durch die Akzeptanz von Enttäuschungen und präventive Coping-Strategien¹²⁸) oder kognitive Erwartungen verlieren ihre Verpflichtung auf Lernen und Anpassung (erkennbar durch die Thematisierung von Ärger oder Ungerechtigkeit¹²⁹). Wenn Enttäuschungen geschehen, dann muß entschieden werden, wie es weitergeht, und nur in diesem Fall wird die Modalisierung der Erwartung aktualisiert (in welchem Verhältnis zu früheren Aktualisierungen auch immer) – es geht entsprechend weiter. Dadurch wird die Unsicherheit, die durch die Erwartungsenttäuschung geschaffen wurde, zu Sicherheit im Anschlußhandeln transformiert. Dieses Anschlußhandeln macht dann im nachhinein klar, was vorlag.¹³⁰ Wird die Erwartungsenttäuschung als Prämisse für weiteres Handeln akzeptiert, lag eine – nun geänderte – kognitive Erwartung vor, wird sie als weitere Handlungsprämisse abgelehnt, eine – aufrechterhaltende – normative. Im ersteren Falle wird entsprechend die Diskontinuität der Erwartung markiert (z.B. über eine Semantik des „Irrtums“ o.ä.), im letzteren deren Kontinuität (z.B. durch eine Bestätigungsemantik wie „Ungerechtigkeit“). So wird „alles, was geschieht, auf Infor-

¹²⁵ Luhmann (1984), S. 436.

¹²⁶ Luhmann (1987), S. 49.

¹²⁷ Siehe Kieserling (1999), S. 54.

¹²⁸ Z.B. durch das Verlangen von Sicherheiten in der Wirtschaft, dem Waffentragen in konfliktnahen Situationen etc.

¹²⁹ Vgl. für nichtadaptive Reaktionen auf Unfälle oder Zufallsereignisse den sogenannten 'just world research' – Lerner/Miller (1978).

¹³⁰ Siehe Kieserling (1999), S. 54.

mation für Weiterführung oder Änderung der Erwartungsstruktur hin"¹³¹ abgetastet.

Beides setzt voraus, daß *tatsächlich* eine Erwartung enttäuscht wurde. Um den Ausnahmecharakter von Erwartungsenttäuschungen zu sichern, verfügen soziale Systeme über eine Art Filter, mit der eine gewisse Zahl möglicher Enttäuschungskommunikationen bereits im Vorfeld aussortiert werden. Das geschieht zum einen über eine gewisse *Ungenauigkeit* von Erwartungen, die Spielraum läßt – man kündigt sich nicht für 18.23 Uhr an, sondern sagt: zwischen sechs und halbsieben.

„Ambiguisierung des Erwartens ist demnach eine Strategie der Herstellung von relativer Sicherheit und der Absicherung gegen umweltbedingte Störung. (...) Man präzisiert Erwartungen nur so weit, wie dies zur Sicherung von Anschlußverhalten unerlässlich ist.“¹³²

Das geschieht zum anderen über die Darstellung der *Unmaßgeblichkeit* einer Abweichung. Es handelt sich dann letztlich gar nicht um Enttäuschungen. Was auf den ersten Blick wie eine Erwartungsenttäuschung aussah, war in Wirklichkeit als Ausnahme erwartbar. Die Darstellung von Unmaßgeblichkeit geschieht bei kognitiven Erwartungen über *Normalisierung*, d.h. dadurch, den Einzelfall zu isolieren und als Sonderfall ohne Reichweite von einer Relevanz für die Erwartung auszunehmen. Es handelt sich um *Zufälle*, *Unfälle*, unbenannte *Ausnahmen*, die immer einmal vorkommen können, in bezug auf Menschen auch *Unfähigkeit* oder allgemein Fehlleistungen, die als Erklärung gleichzeitig dazu dienen *kann*, eine normative Erwartung nachträglich in eine kognitive umzustilisieren, indem man *jemanden* als Unmaßgeblich bezeichnet. Durch diese Hürden ergibt sich eine nicht zu unterschätzende Stabilität: „zwar änderungsbereit, aber ohne ausreichenden Anlaß zur Änderung“¹³³.

Im Fall normativer Erwartungen ist die Lage anders. Sie sind ja gerade darauf angelegt, im Enttäuschungsfalle durchgehalten zu werden. Nichtsdestoweniger existieren auch im Vorlauf der Enttäuschung normativer Erwartungen Normalisierungsstrategien wie *Ignoranz*¹³⁴ oder *Unfähigkeitszu-*

¹³¹ Luhmann (1984), S. 501 f.

¹³² Luhmann (1984), S. 418.

¹³³ Luhmann (1984), S. 454.

¹³⁴ Wahrscheinlich die häufigste Konfliktvermeidungsstrategie – man denke nur an die üblichen Alltagsprovokationen vor allem zur Darstellung von Männlichkeit. Darunter kann man aber auch Umdeutungsprozesse fassen: Man wurde bei einem Kinobesuch versetzt und reklamiert, auf die Verabredung wäre es gar nicht angekommen

*schreibungen im weitesten Sinne*¹³⁵, Erklärungen, die alltägliche Widersprüche verhindern oder auflösen.

„Die Abweichung, die ja ohnehin ein Faktum ist, kann nur dadurch neutralisiert werden, daß sie als Faktum ohne Sollwert behandelt wird. Damit ist die Enttäuschungserklärung auf gesellschaftliche Quellen der kognitiven Plausibilität angewiesen und abhängig von dem jeweils akzeptierten Glaubenshorizont – sei es Magie, Religion oder Wissenschaft.“¹³⁶

Man erklärt Normbrüche weg: aus Verbrechen wird Besessenheit, Irrtum oder Krankheit.

Liegt aber eine Erwartungsenttäuschung tatsächlich vor, muß bei normativen Erwartungen, auf die sich im folgenden beschränkt wird, die Kontinuität der Erwartung gegen die offensichtliche Wirklichkeit demonstriert werden. *Erst dadurch wird Normativität konstituiert.*

„Auch im Enttäuschungsfall muß die Erwartung noch vorzeigbar sein. Sie muß als Element der Selbstdarstellung des Enttäuschten und als Unterlage seines weiteren Verhaltens intakt bleiben, darf sich nicht schlichtweg als Fehler, als kognitiver Irrtum, als blamable Naivität herausstellen, sondern muß in der Welt noch einen Platz und einen Sinnbezug finden, muß weitergelten können. Und dafür werden soziale Hilfestellungen benötigt.“¹³⁷

Normgeltung ist etwas anderes als die Geltung kognitiver Erwartungen, „wo man es getrost der Realität überlassen kann, zu entscheiden, was richtig ist.“¹³⁸ Ob man an einer Norm festhalten soll (!) oder nicht, ist nicht offensichtlich, sondern muß sozial erarbeitet werden, muß bestätigt werden.¹³⁹ „Eine Erwartung, die laufend enttäuscht wird, ohne sich melden zu können, verblaßt.“¹⁴⁰ Möglichkeiten der Erwartung, sich zu melden, fangen

(man war eigentlich gar nicht richtig ‚verabredet‘), weil man den Film auch unabhängig von der Verabredung sehen wollte. Es geht hier um die tatsächlichen Anwendungsbedingungen der Norm, s.u. S. 152.

¹³⁵ Wie individuelle Fähigkeitsdefizite, situative Sonderlagen (Streß, Krankheit, etc.) oder insoweit soziale Bedeutungslosigkeit der Person (z.B. fehlende Klassenzugehörigkeit und damit fehlende Satisfaktionsfähigkeit etc.), es geht hier also um die Zurechnung zu einer *Person*, s.u. S.153.

¹³⁶ Luhmann (1987), S. 57.

¹³⁷ Luhmann (1987), S. 54.

¹³⁸ Luhmann (1984), S. 441, so auch Jakobs (1993), S. 13.

¹³⁹ Siehe Jakobs (1993), S. 24.

¹⁴⁰ Luhmann (1987), S. 58.

relativ harmlos an. Schon die kommunikative Kennzeichnung als Abweichung bestätigt die Norm, sei es durch böse Blicke, Gesten, Anschuldigungen, Klatsch o.ä. Denn darin liegt bereits die Zurechnung der Diskrepanz: „Nicht der Erwartende hat falsch erwartet, sondern der Handelnde hat falsch oder doch ungewöhnlich gehandelt“¹⁴¹. Man dokumentiert seine Entschlossenheit, die Erwartung durchzuhalten. Insoweit man sich bei Dritten beschwert oder seine Erwartung gegen die offensichtliche Realität dokumentiert und dafür Rückhalt bekommt, mag der ‚Täter‘ davon noch nicht einmal Kenntnis erlangen. Auch Vorwurf und Entschuldigung, z.B. wenn man jemanden versetzt hat, etablieren die Norm zumeist ohne Kosten. „Diese Entschuldigung kann fiktiv sein, ich kann wissen, daß sie fiktiv ist, und er kann wissen, daß ich weiß, daß sie fiktiv ist, wenn nur Konsens darüber darstellbar ist, daß man im allgemeinen und das nächstmal Verabredungen einzuhalten hat.“¹⁴² All das saniert die Norm, ohne daß man auf den Begriff der Sanktion zurückgreifen müßte – oder man wäre genötigt, ihn schlichtweg für alle Reaktionen auf einen Normbruch zu verwenden und nicht nur, wie üblich, in der einen oder anderen Art belastende oder strafende.¹⁴³ Eben deshalb favorisiert der hiesige Ansatz zur Bestimmung des Normbegriffs nur die Lernresistenz der Erwartung, nicht aber die Sanktionierung ihrer Enttäuschung.¹⁴⁴ Auch wird damit deutlich, daß bei weitem nicht alle Normbrüche Konflikte sind.¹⁴⁵ Sonst würden all die Fälle übersehen, „in denen beide – nicht selten auf Kosten der Wahrheit – zusammenarbeiten, um die verletzte Norm zu rehabilitieren.“¹⁴⁶ Zusammenfassend läßt sich sagen: „Normen sind demnach *kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen*.“¹⁴⁷ Das ist eine sehr weite Bestimmung des Normbe-

¹⁴¹ Luhmann (1987), S. 55.

¹⁴² Luhmann (1987), S. 62.

¹⁴³ Das geschieht aber gerade nicht: „Sanktion nennen wir Reaktionen, die mit der *Intention der Erkennbarkeit* für den Betroffenen als negative (strafende) Antwort auf ein bestimmtes Verhalten vollzogen werden.“ Popitz (1980), S. 28.

¹⁴⁴ So aber z.B. aus forschungspraktischen Gründen Popitz (1980), S. 12 – Eine Norm sei zu erkennen an „Verhaltensregelmäßigkeit“ und „Sanktion“. – Dagegen: „Der Hauptunterschied zur «Sanktionstheorie» ist mithin, daß wir Normen nicht durch einen empirischen Mechanismus, sondern durch ein funktionales Problem definieren und damit offenlassen, durch welche funktional äquivalenten Mechanismen dieses Problem in je verschiedenen sozialen Situationen und Systemen gelöst werden wird. Diese Konzeption soll den Blick auf Alternativen zur Sanktion freigeben.“ Luhmann (1987), S. 61 Fn. 68.

¹⁴⁵ So aber wohl Popitz (1980), S. 48 f.

¹⁴⁶ Luhmann (1987), S. 61.

¹⁴⁷ Luhmann (1987), S. 43.

griffs, der letztlich alle Verhaltenserwartungen umfaßt, die sich als Person, Rolle, Programm (z.B. Sprachregeln¹⁴⁸, Moralregeln, Regeln des religiösen Lebens oder rationalen Entscheidens, Methodenlehren der Wissenschaften, schließlich Rechtsregeln) oder Wert (Freiheit, Gleichheit, Solidarität, Sicherheit etc.) organisieren lassen.¹⁴⁹

Neben der **zeitlichen Generalisierung**, die vor allem einen erfolgreichen Mechanismus der Enttäuschungsabwicklung voraussetzt, also bei Normen einen Mechanismus der Erwartungsbestätigung, müssen Erwartungen zusätzlich in ihrer Sach- und Sozialdimension kongruent generalisiert sein, um *soziale* Geltung beanspruchen zu können. **Sachliche Generalisierung** erfolgt über die Organisation von Erwartungen als Person, Rolle, Programm, etc., die eine *Identifikation der Erwartung* zulassen. **Soziale Generalisierung** schließlich, d.h. *Institutionalisierung*, setzt die Absicherung von *Konsensunterstellungen* voraus, also die *Erwartung* der Unterstützung durch Dritte.¹⁵⁰ Kontrafaktisches Erwarten ist „ohne Aussicht auf Unterstützung im Konfliktfalle kaum möglich.“¹⁵¹ Insgesamt wird dies im Falle von normativen Erwartungen über die Organisation der Bestätigungsreaktion übernommen. So z.B. durch Sanktionen (zeitliche Generalisierung), die von Stellen verhängt und vollzogen werden, denen allgemein Unterstützung unterstellt werden kann¹⁵² (soziale Generalisierung) und identifizierbaren Regeln, z.B. geschriebenen Gesetzen, folgen (sachliche Generalisierung). Darauf wird im nächsten Kapitel zurückzukommen sein.¹⁵³

Soweit diese Generalisierungen *kongruent* erfolgen, kann man von einer *sozial* geltenden (im Gegensatz zu einer rechtlich oder moralisch usw. geltenden) Norm sprechen. Es ist dabei für die Frage, was gilt, unerheblich, wie begrenzt die Reichweite der Norm ist, inwieweit sie also nur für bestimmte Sozialsysteme gilt. Einige Normen sind eben nur in gesellschaftlichen Teilbereichen relevant, z.B. rationales Kalkulieren vor allem in der Wirtschaft, nicht unbedingt in Intimbeziehungen, man denke auch an die Rede von unterschiedlichen „Organisationskulturen“. Dazu kommen Inter-

¹⁴⁸ Nicht Sprache an sich, die insofern nur Medium ist. Siehe Luhmann (1987), S. 104.

¹⁴⁹ Siehe Luhmann (1984), S. 429 ff., (1987), S. 85 ff.

¹⁵⁰ Siehe Luhmann (1987), S. 64 ff. (72), (1993), S. 122. In bezug auf Normen verweist das natürlich auf den soziologischen (!) Begriff der *Legitimität* (dazu Luhmann (1987), S. 259 ff.) und, letztlich, auf das *politische System*.

¹⁵¹ Luhmann (1997), S. 638.

¹⁵² Sei es, weil sie als Repräsentanten eines *volonté général*, sei es, weil sie als legitime Exekutive Gottes Willens verstanden werden.

¹⁵³ Siehe auch Luhmann (1987), S. 94 ff.

aktionsnormen usw. Die Summe dieser – auch „lokalen“ – Normen bildet die Erwartungsstruktur *der Gesellschaft*.

3. Eine besondere Art Normen: Recht

Während LUHMANN in seiner „Rechtssoziologie“ von 1971 in Hinblick auf Normen bereits an dieser Stelle von *Recht* sprach¹⁵⁴ und damit Recht und Sozialstruktur *in eins* setzte, bestimmte er in „Das Recht der Gesellschaft“ von 1993 das Rechtssystem nur noch als *Mittel* zur kongruenten Generalisierung von Normen in der übrigen Gesellschaft und Recht als normative Struktur *nur des Rechtssystems*.¹⁵⁵ Damit werden, wie es ja auch intuitiv plausibel erscheint, rechtliche Normen und außerrechtliche Normen zunächst getrennt.¹⁵⁶ Das besondere am Rechtssystem ist nun aber, daß dessen Normen nicht einfach im Rechtssystem gelten, sondern als *gesamtschaftlich* relevante Normen gelten *sollen*. Das funktioniert nur durch zunächst enge Bindung an politische Gewalt¹⁵⁷ als Sanktionsmittel und dadurch, „daß das Recht selbst die dominanten gesellschaftlichen Strukturen anerkennt und in der Form von rechtserheblichen Unterscheidungen nachzeichnet.“¹⁵⁸ Im Rahmen des gesellschaftlichen Wandels vollzieht das Recht dann zunehmend eigenständig diesen Wandel mit und bei steigender Komplexität und fortschreitender politischer Domestizierung von Gewalt kommt es zu einer immer stärkeren Verselbständigung des Rechts. „Das Rechtssystem wird ausdifferenziert, um von sich aus den Gesellschaftsstrukturen Rechnung tragen zu können mit all den Folgeproblemen einer kompletten Rekonstruktion gesellschaftlicher Abhängigkeiten durch rechtssysteminterne Vorkehrungen.“¹⁵⁹ Recht und Gesellschaft co-evoluieren: Das Recht wird zunehmend sensibler für außerrechtliche Bedürfnisse, und die Restgesellschaft nutzt das Recht zunehmend zur Selbststeuerung.

Sollen nun Rechtsnormen über das Rechtssystem hinaus geltende normative Erwartungen sein, also auch in der Wirtschaft, in den Wissenschaften, im Erziehungssystem und im Gesundheitssystem, in Interaktionen und

¹⁵⁴ „Wir können Recht nunmehr definieren als Struktur eines sozialen Systems, die auf kongruenter Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen beruht.“ Luhmann (1987), S. 105.

¹⁵⁵ Siehe Luhmann (1993), S. 93, 98 ff., 131. Siehe aber auch schon die Nachschrift zur 2. Auflage der „Rechtssoziologie“, Luhmann (1987), S. 358.

¹⁵⁶ So auch Tamanaha (1995).

¹⁵⁷ Siehe Luhmann (1987), S. 109 f. und (1993), S. 150 f., 281 f.

¹⁵⁸ Luhmann (1993), S. 59.

¹⁵⁹ Luhmann (1993), S. 60.

in Organisationen, dann stellt sich die Frage, wie das Rechtssystem diese **Funktion** „der Stabilisierung normativer Erwartungen durch die Regulierung ihrer zeitlichen, sachlichen und sozialen Generalisierung,“¹⁶⁰ erfüllen kann.

Auch wenn eine Norm häufiger enttäuscht wird, wie z.B. die, daß Zusagen einzuhalten sind¹⁶¹, hält man doch daran fest, vorausgesetzt, es wird immer wieder versichert, man habe schon richtig erwartet – durch die Entschuldigungen der Menschen, die zu spät kommen, durch die Beileidsbekundungen anderer oder, in streitigen, justitiablen Fällen, durch Gerichtsentscheidung. So hilft das Rechtssystem durch seine Entscheidungen (die ja bei weitem nicht immer Sanktionen sind – und trotzdem ist nicht-sanktionierendes Recht auch Norm), normative Erwartungen zu stabilisieren und sie gegen Enttäuschungen zu immunisieren. *Insofern* gibt es, wie oben gezeigt, funktionale Äquivalente zum Recht, die quasi naturwüchsig, relativ selbstverständlich ablaufen. Wendet man sich aber der Frage zu, was das *Besondere* am Recht ist und wie Recht und Gesellschaftsstruktur zusammenhängen, dann stößt man auf – *Konflikte*.¹⁶²

„Die über Recht erreichten Sicherheiten (nicht der faktisch erreichbaren Zustände, wohl aber des eigenen Erwartens) beruhen eben darauf, daß das Kommunizieren der eigenen Erwartungen auch im Falle eines Widerspruchs noch funktioniert, wenn auch nur in einer gegen Normalkommunikation versetzten Weise mit anderen Anschlußwerten.“¹⁶³

Es ist wenig einleuchtend, warum sich irgend jemand in der Gesellschaft für das Recht interessieren sollte, denn Gesetze und Verordnungen, die ja zunächst nur Tinte auf Papier sind, haben als solche wenig Einfluß auf die soziale Realität. Man interessiert sich deshalb für das Recht, weil **Konflikte** mit Rekurs auf das Recht entschieden werden können. Das Recht ist nur *causa passiva*, es muß zitiert werden. Und es wird im Falle von Konflikten, von konfligierenden Normprojektionen, zitiert.

¹⁶⁰ Luhmann (1993), S. 131.

¹⁶¹ Man denke daran, wie prekär Zusagen von Handwerkern, Transportunternehmen, aber auch privater Art sind ...

¹⁶² „Von Konflikten wollen wir immer dann sprechen, wenn einer Kommunikation widersprochen wird. (...) Ein Konflikt liegt also nur dann vor, wenn Erwartungen kommuniziert werden und das Nichtakzeptieren der Kommunikation rückkommuniziert wird.“ (Luhmann (1984), S. 530).

¹⁶³ Luhmann (1984), S. 509.

„Das Kommunikationsmaterial wird, sobald jemand sich auf Recht beruft, umsortiert. Es werden Texte relevant, andere Fälle herangezogen, Meinungen bestimmter Instanzen wichtig; es kann über Jahrhunderte, ja Jahrtausende zurückgegriffen werden – und all dies unter dem Gesichtspunkt, daß den Tatbeständen Informationen abgewonnen werden können, die für den Konfliktfall relevant und konfliktbeständig sind. Das Recht dient der Fortsetzung der Kommunikation mit anderen Mitteln.“¹⁶⁴

Ohne Konflikte (und tatsächlichen Rekurs auf das Recht) gäbe es kein gesellschaftlich relevantes Recht.¹⁶⁵ „Das Recht dient nicht der Vermeidung von Konflikten, es führt sogar, verglichen mit der Repression von Konflikten in interaktionsnah gebildeten Gesellschaften, zu einer immensen Vermehrung von Konfliktchancen.“¹⁶⁶ Das heißt, Recht dient nicht primär der *Konfliktlösung* oder *-vermeidung*, das wesentliche ist die *Konfliktentscheidung*. In der Tat ist das Recht immer beides: Ermutigung und Entmutigung. Oft ermöglicht es erst Verhaltensformen, die ohne es unmöglich wären: man denke nur an Gesellschaftsrecht, Wertpapiere, aber auch die Flexibilität von Eigentumsrechten, Verträgen etc. Das gleiche gilt für das Strafrecht, bei dem z.B. die Legalisierung homosexuellen Verhaltens Personen gegen eine repressive Moral unterstützt. Gleichstellungsrechte und Gesetze gegen sexuelle Belästigung sind weitere Beispiele, bei denen man ermutigt wird, sich in Konflikte zu begeben, nicht, sie zu vermeiden. So wird dem Recht nicht nur gehorcht, sondern es wird ebenfalls zur Erweiterung von Verhaltensoptionen auch gegen außerrechtliche Strukturen genutzt. Das Recht ist somit „gesellschaftsadäquat nicht nur dann, wenn es die vorkommenden Konflikte erfaßt, sondern erst eigentlich dann, wenn es hinreichend viele Konflikte erzeugen und für deren Behandlung hinreichende eigene Komplexität zur Verfügung stellen kann.“¹⁶⁷

Das Rechtssystem ist gesellschaftlich der Ort, an dem endgültig und normativ verbindlich Konflikte entschieden werden, Konflikte, die überall in der Gesellschaft entstanden sein können – sofern sie juridifiziert werden. Alle gesellschaftlichen Subsysteme, seien es Interaktionen, Organisationen,

¹⁶⁴ Luhmann (1984), S. 511 f.

¹⁶⁵ Diese Konfliktorientierung ist genau der Mechanismus, der die beiden unterschiedlichen, üblicherweise *entweder* an faktischen Verhaltensregelmäßigkeiten *oder* öffentlichen Sanktionen orientierten *Rechts- bzw. Normbegriffe* verbindet, die Tamana (1995), S. 523 f. als offensichtlich unvereinbar beschreibt.

¹⁶⁶ Luhmann (1984), S. 511.

¹⁶⁷ Luhmann (1984), S. 512.

Wirtschaft, Religion oder Familien, produzieren ihre eigenen kontrafaktisch stabilisierten Erwartungen – und oft produzieren sie Normen darüber, wann man sich in einen Konflikt begibt *und* unter welchen Bedingungen man das Recht bemüht.¹⁶⁸ Das Recht selber *tut* nie etwas. Es hat keine Adresse für die Attribution von Kommunikation. Gerichte sind zwar der organisatorische Kern des Rechtssystems – aber sie sind nicht *das* Rechtssystem.¹⁶⁹ Das gleiche gilt für Banken im Wirtschaftssystem oder den Staat im politischen System. Weil aber Organisationen (Gerichte) und Interaktionen (z.B. Gerichtsverhandlungen) selbst autopoietisch geschlossene Systeme sind¹⁷⁰, kann es nur eine strukturelle Kopplung mit den respektiven funktionalen Subsystemen geben, in denen sie stattfinden. Das Rechtssystem kann keine Gerichtsentscheidung *determinieren*, es kann das Gericht und die Gerichtsinteraktion lediglich *irritieren* (plea bargaining!).¹⁷¹ Die Strukturen in den unterschiedlichen sozialen Systemen sind daher nicht etwa widerspruchsfrei und harmonisch. Im Gegenteil:

„Jede Gesellschaft muß in einem Ausmaß, das mit ihrer eigenen Komplexität variiert, hinreichende Verschiedenheiten des normativen Erwartens einräumen und strukturell, z.B. durch Rollendifferenzierung, ermöglichen. So ist es ein durchaus normales Geschehen, daß Normprojektionen in Konflikt geraten und die Norm des einen zur Enttäuschung des anderen wird.“¹⁷²

¹⁶⁸ Die Erfahrung zeigt, daß, wer immer anfängt seine Beziehungen zu ändern in rechtlichen Kategorien zu definieren, aufhört, normale Sozialbeziehungen zu haben. Im Alltag wird vor allem und erst dann Recht bemüht, wenn Beziehungen eben *nicht* fortgeführt werden müssen (so insbesondere z.B. im Arbeits- oder Familienrecht, siehe Blankenburg (1995), S. 41 ff.). Sich auf das Recht zu beziehen, signalisiert Unabhängigkeit von den tatsächlichen Machtstrukturen in der Interaktion und referiert auf eine entferntere Bezugsgruppe – Gesellschaft (oder immerhin Gruppen, die darin als dominant wahrgenommen werden). Nicht alle Interaktionssysteme vertragen das, ohne ihre eigenen Mittel zur Darstellung gegenläufiger Normen zu mobilisieren. Siehe Luhmann (1981e), S. 62 f.

¹⁶⁹ Siehe Luhmann (1993), S. 297 ff.

¹⁷⁰ Nämlich als bestimmte Formen des Umgangs mit doppelter Kontingenz, siehe Luhmann (1984), S. 551, (1997), S. 829, (1996), Kapitel 2.

¹⁷¹ Das beantwortet das „gap problem“ (siehe Tamanaha (1995), S. 512), nämlich die *Inkongruenz von Recht und dem tatsächlichem Verhalten* sowohl von Normalbürgern als auch der Rechtsdurchsetzungsinstanzen: andere Normen interferieren (z.B. die von Interaktionsstrukturen, Polizei- oder Gerichtskulturen etc.).

¹⁷² Luhmann (1987), S. 64.

Das Rechtssystem kann daran nichts machen (und sollte es zur Erhaltung von genügender Varietät möglicher Normen u.U. auch gar nicht). Wenn aber jemand eine autoritative Entscheidung haben möchte, dann liefert das Rechtssystem eine per Gerichtsurteil (Verbot der Justizverweigerung!). Und das kann *nur* das Rechtssystem. Am Ende ist das Recht der ultimative Entscheider zwischen unterschiedlichen Normprojektionen – wo immer sie in der Gesellschaft entstehen. „Law consists of the exploitation of conflict perspectives for the formation and reproduction of congruently (temporally/objectively/socially) generalized behavioral expectations.“¹⁷³

Aus dieser Funktionsbestimmung des Rechts als Mechanismus der *Erwartungssicherung* (Aufrechterhaltung und Schaffung kongruenter Generalisierung) folgt, daß das Ziel, das bisher zumeist mit dem Recht verbunden wurde, nämlich *Verhaltenssteuerung*, zu einem bloßen Epiphänomen wird.¹⁷⁴ Eine verhaltenssteuernde Wirkung des Rechts wird dabei nicht ausgeschlossen. Wenn man diese **Leistung** des Rechts aber als seine *Funktion* nimmt, fällt es schwer, die Besonderheit des Rechts gegenüber funktionalen Äquivalenten der Verhaltensbeeinflussung von Politik und Wirtschaft zu sehen, so z.B. die Entscheidung von Konflikten und die Motivation von Handlungen durch die Ausübung von Macht, Gewalt, Terror etc. auf der einen Seite, durch Anreizstrukturen und die Mechanismen von Verlusten und Gewinnen auf der anderen. Wenn man die normative Qualität des Rechts aus dem Blick verliert und es einfach als ein Motivationsmittel nimmt, müßten Pläne für eine zum Kauf animierende Geschäftsgestaltung, Regeln für erfolgreiche Politikampagnen, die Empfehlungen eines Unternehmensberaters oder ein Kochrezept als Recht angesehen werden. Daß das Recht Informationen bereitstellt und in dieser Weise auch genutzt werden kann, also insofern auch motivierend wirkt, ist nicht der Grund dafür, daß es Recht ist.

Es ist festzuhalten, „daß die Funktion der Norm nicht im Dirigieren von Motiven liegt (da wären zuviele Zufälle und zuviele funktionale Äquivalente im Spiel), sondern in einer gerade dagegen absichernden kontrafaktischen Stabilisierung. *Die Norm verspricht nicht ein normgemäßes Verhalten, sie schützt aber den, der dies erwartet.*“¹⁷⁵ Es kann völlig offen bleiben, *warum* es zu rechtskonformem Verhalten kommt (oder zu abweichendem).

¹⁷³ Luhmann (1988a), S. 27.

¹⁷⁴ Siehe Luhmann (1981).

¹⁷⁵ Luhmann (1993), S. 135 – Hervorhebung von mir.

„Im funktionalen Begriff der Norm als einer kontrafaktisch stabilisierten Verhaltenserwartung liegt noch keine Vorentscheidung über die Motive, aus denen Normen befolgt oder nicht befolgt werden. Im Gegenteil: gerade davon muß abgesehen werden, wenn die Norm ihre Funktion erfüllen soll.“¹⁷⁶

Dem Recht wird gefolgt – oder nicht gefolgt – z.B. weil es (nicht) bekannt ist¹⁷⁷; weil die Norm Informationen über Gefahren liefert (z.B. im Verkehr, ökologischer oder ökonomischer Art); weil den eigenen Informationen mehr vertraut wird als denen der Norm; weil die Norm als legitim akzeptiert oder als illegitim abgelehnt wird¹⁷⁸, als moralisch oder unmoralisch; weil andere gesellschaftliche Normen widersprechen (z.B. bestimmte Interaktionsnormen, Organisationsnormen etc.)¹⁷⁹; weil die Wahrscheinlichkeit und Schwere einer Sanktion kalkuliert wird¹⁸⁰ etc.

Gerade Abschreckung ist keine Besonderheit des Rechts (immer vorausgesetzt, daß es überhaupt bekannt ist). Genauso, wahrscheinlich deutlich stärker, wirken mögliche finanzielle Verluste, Körperverletzungen, der Verlust von Respekt, Liebe oder Karriereaussichten. So ist es weniger das Recht als das Verhalten der Polizei, das einen Einfluß auf Abschreckung hat – nämlich durch die Variation der Kontrolldichte.¹⁸¹ All dies spricht dafür, bei der Funktion des Rechts von Verhaltenssteuerung auf Erwartungssicherung umzustellen. Das Problem der Rechtsdurchsetzung ist insofern die Frage der Sicherung der normativen Qualität von Erwartungen, d.h. des Schutzes ihrer Lernresistenz. Ohne *jede* Aussicht auf eine norm-

¹⁷⁶ Luhmann (1993), S. 134.

¹⁷⁷ So, weil möglicherweise Beamte oder Politiker verhindern wollen, daß die Norm bekannt wird, weil sie mit Protesten rechnen – oder sie machen sie gerade deswegen bekannt; oder wegen Problemen der Informationsbeschaffung und -verarbeitung des ‚Normadressaten‘. Zu letzterem siehe z.B. Raiser (1999), S. 259 f.

¹⁷⁸ Dazu siehe Tylor (1990).

¹⁷⁹ Siehe Luhmann (1993), S. 568 ff. – „strukturell induzierte Rechtswidrigkeit,, (570).

¹⁸⁰ Ein offensichtlich in seiner Bedeutung deutlich überschätztes Motivationsmittel. Auf der **individuellen** Ebene vgl. Cusson (1993), S. 66: „difficult to predict which offenders will be deterred by situational risks“; auf **aggregierter** Ebene vgl. Piliavin/Gartner/Thornton/Matsueda (1986), S. 115: „We find evidence supporting the opportunity and reward component of the rational-choice model of crime, but no evidence supporting the risk component“; auf der **theoretischen** Ebene vgl. Elster (1990).

¹⁸¹ Siehe Albrecht (1993), S. 161 – jedenfalls theoretisch. Dafür, daß auch drastisch unterschiedliche Kontroll- und Sanktionsstrategien keine erkennbaren Auswirkungen auf die Kriminalitätsrate haben müssen, siehe Eisner (1998).

gemäße Realität ist es unmöglich, die Norm durchzuhalten. Wo diese Grenze freilich liegt, ist eine empirische Frage und muß hier zunächst offen bleiben.

4. Konsequenzen für den rechtsdogmatischen Systembau

Zusammenfassend auf die Rechtsdogmatik bezogen heißt all das: Der hier favorisierte **Rechtsbegriff** bedeutet eine positivistische Geltungsbegründung¹⁸², die Funktion des Rechts wird in Normstabilisierung gesehen¹⁸³. Grundsätzlich geht letzteres auf die Frage, wie (diese) Gesellschaft möglich ist, zurück – und die Antwort wäre: *auch* durch Normen, deren kongruente Generalisierung kontrafaktisch gesichert werden muß. Nur so ist die für den Aufbau von Komplexität notwendige Stabilität zu erreichen – und wieder: nicht Stabilität im Handeln, sondern im Erwarten. Komplexe Handlungskoordination setzt Normen voraus, an denen Handlungen sich orientieren können. Normen sind soziale Artefakte und haben als solche eine prekäre Existenz. Sie sind Sinnformen, die ständig kommunikativ (durch soziale Praxis) reproduziert werden müssen. Normativität nun wird z.B. durch *Sanktionen* reproduziert, generell Zeichen, Symbole der Lernresistenz. Sanktionen sind als Kommunikation Konstruktionsarbeit an der gesellschaftlichen Wirklichkeit.¹⁸⁴ „The point is this: attempting to apprehend and punish men is a form of procedure necessary to establish that rights of a certain kind *exist* in any paradigmatic manner.“¹⁸⁵ Sanktionen sind kein konstituierendes Element des Rechts *im Rechtssystem* – Rechtsgeltung, die Zugehörigkeit von Normen zum Rechtssystem, wird anders vermittelt.¹⁸⁶ Andererseits *macht* sich das Recht nur durch Sanktionen *in* der übrigen *Gesellschaft geltend*. „If it is important that men have legal rights, it is important that there be punishment – for without the latter, there could not, logically, be the former. Analogously, the justification of marriage ceremonies is one with the justification for marriage.“¹⁸⁷ Und das heißt schlicht: Die Sanktion folgt aus dem Begriff des Rechts und kann so nur legitimiert werden über den materialen Gehalt des Rechts. Die *Art* der Sanktion dagegen folgt anderen Erwägungen – dazu sogleich.

¹⁸² Siehe Luhmann (1987), S. 207 ff.

¹⁸³ Siehe oben S. 119 ff.

¹⁸⁴ Nachweise siehe oben auf S. 3 in Fn. 17.

¹⁸⁵ Cooper (1971), S. 162 – meine Hervorhebung.

¹⁸⁶ Siehe Luhmann (1993), S. 98 ff.

¹⁸⁷ Cooper (1971), S. 163.

Und noch einmal: Positive Generalprävention in der hier vertretenen Fassung hat *nichts* mit positiven Effekten auf die Kriminalitätsrate zu tun. Es geht darum, daß ein Verhalten möglich wird, das von einem sehr spezifischen Verhalten anderer abhängt, das von Verhaltenserwartungen abhängt, die hochunwahrscheinlich und künstlich sind und das seinen Sinn nicht dadurch verliert, daß sie enttäuscht werden. Das Recht ist erfolgreich so lange, wie nicht von Aktivitäten abgesehen wird, die das Recht ermöglichen soll. Denn mit jedem Verbot *ermöglicht* das Recht Verhalten, und darum geht es beim Recht primär.¹⁸⁸ Es sind *außerrechtliche, quasi ökologische Bedingungen*, die für den so verstandenen Erfolg des Rechts Voraussetzung sind. Das Recht baut für die Erfüllung seiner Funktion auf die Leistungen anderer Kommunikationssysteme, so wie diese sich wiederum auf die Leistungen des Rechts eingerichtet haben. Ohne leistungsfähiges politisches System (Gewaltmonopol, funktionsfähiger öffentlicher Dienst etc.), Wirtschaftssystem (Grundsicherung, nur beschränkte Einkommensunterschiede) oder Erziehungssystem (Literalität) kann auch ein ausdifferenziertes Recht kaum reüssieren. Denn wenn diese Bedingungen nicht erfüllt sind, wird eine der stärksten Vorbedingungen, der wichtigsten Ressourcen des Rechts, beschnitten: *Konfliktfähigkeit*. Das Rechtssystem muß in Anspruch genommen werden, und ob das geschieht, wird gesellschaftlich an *anderer* Stelle entschieden und kann vom Recht nur sehr bedingt beeinflusst werden. Ohne die Juridifizierung von Konflikten, z.B. weil andere Mechanismen zur Konfliktbearbeitung greifen (Macht, Geld, Wahrheit, Liebe) oder Personen keine Möglichkeit dazu haben (Exklusion), wird das Recht des Rechtssystems seine gesellschaftliche Bedeutung verlieren.¹⁸⁹ Und *dagegen* läßt sich auch nichts direkt in Rechtsform machen –

¹⁸⁸ Siehe für Beispiele oben S. 61.

¹⁸⁹ Damit ist auf dieser Abstraktionsebene zunächst überhaupt keine Wertung verbunden. Konfliktfähigkeit wird heute überwiegend positiv konnotiert, dafür mag es gute Gründe geben. Auf der anderen Seite darf nicht vergessen werden, daß das eben einer juristischen Logik entspricht – aus der *Eigendynamik der Funktionssysteme* ergibt sich die Tendenz, die sehr spezifische Weltsicht (Rationalität) der jeweiligen Funktionssysteme gesamtgesellschaftlich zu totalisieren. Dabei werden die gesellschaftlichen Kosten ausgeblendet, die die Funktionssysteme, wie z.B. das Rechtssystem, quasi externalisieren, z.B. die ökonomischen als auch die ‚menschlichen‘ Folgekosten eines Rechtsstreits. Insofern ist es gesamtgesellschaftlich durchaus rational, auch Mechanismen der *Konfliktunterdrückung* oder *-schlichtung* (die o.g. anderen Mechanismen) zu stärken, auch wenn (oder: damit!) das Recht an Relevanz verliert. Das Stichwort lautet hier: Überregulierung. Im Prinzip gleich liegt das Problem – heute vielleicht noch dringlicher – in der Wirtschaft, hier betrifft die Ex-

denn es geht ja gerade um die Voraussetzung des Rechtsgebrauchs. Kriminalitätsraten folgen dagegen weitgehend anderen Variablen: Kontrolldichte, Tatgelegenheit, Anzeigebereitschaft, gesellschaftliche Verteilung von Reichtum und Lebenschancen und alle übrigen „Ursachen“, die im Rahmen von Kriminalitätstheorien oder Theorien abweichenden Verhaltens immer wieder einmal thematisiert werden. *Das aber ist nicht das Thema, ist nicht das Problem, auf das sich Recht bezieht.*

Schon durch die Kennzeichnung von Normstabilisierung als *Funktion* des Rechts wird der Bezug auf ein gesellschaftliches Problem deutlich.¹⁹⁰ Die Lösung des Problems erfolgt allerdings nicht notwendig über ein ausdifferenziertes Rechtssystem, das sich in Europa ja beispielsweise erst im 18. und 19. Jahrhundert vollständig durchsetzte.¹⁹¹ Aber offensichtlich existiert ein Zusammenhang zwischen gesellschaftlicher Komplexität und dem Grad der Ausdifferenzierung von funktionalen Subsystemen wie dem Recht.¹⁹² Wenn man also fragt „Warum Recht?“, dann ist die Antwort: Als Bedingung der Möglichkeit komplexer Gesellschaft, die mit Politik und Recht reflexive Mechanismen für ihre eigene Strukturevolution zur Verfügung hat.

Damit ist eine Funktion formuliert, die für das *ganze Recht* gilt, nicht nur das Strafrecht.¹⁹³ Das Recht ist gesellschaftlich relevantes Recht (trägt also zur kongruenten Generalisierung von Normen bei), wenn es sich durch Sanktionen geltend macht. Deshalb, das wurde oben schon ausgeführt, muß das Recht – mutatis mutandis – durch die vom Politiksystem verwaltete Gewalt gedeckt sein. Deshalb die positivistische Geltungsbegründung, die zunächst genau diese Synchronisation von Recht und Politik (Gewalt, Macht) leistet. Die Trennung von Politik und Recht in unterschiedliche ge-

ternalisierung von Kosten in hohem Maße die gesellschaftliche Umwelt: Natur. Das gleiche im Erziehungssystem: Stichwort Leistungsdruck, Schulversager usw.

¹⁹⁰ Siehe Luhmann (1997), S. 757.

¹⁹¹ Siehe Luhmann (1987), S. 190 ff.

¹⁹² Siehe Luhmann (1993), S. 32 und Luhmann (1981c).

¹⁹³ A.A. Lesch (1999), S. 192, der auf der einen Seite behauptet, die kontrafaktische Bestätigung der Normgeltung sei der einzige Effekt, den speziell die Strafe herbeizuführen vermöge, auf der anderen aber konzediert, daß auch zivilrechtlichen und präventiv-polizeilichen Sanktionen eine „gewisse“ normstabilisierende Wirkung zukommt. Läßt sich dann aber noch ein *qualitativer* Unterschied ausmachen? Ich würde in Hinblick auf den Unterschied von Straf- und Zivilrecht (und öffentlichem Recht) eher bei der Funktion des spezifischen Rechtsgebiets und dessen Normbestand ansetzen, also bei den speziellen Problemen, die die Rechtsgebiete lösen, als bei der Sanktion. Siehe dazu sogleich und oben S. 62 f.

sellschaftliche Subsysteme ermöglicht darüber hinaus den Nachvollzug von (strukturellen) Kopplungen und der Eigensinnigkeiten dieser Kommunikationsdomänen.¹⁹⁴ Im übrigen differenziert die hier vertretene Theorie Recht und Moral und erlaubt damit erst gegenseitige Beobachtung und Stellungnahme.¹⁹⁵

Während die übrigen präventiven Theorien aus den Vorgaben des Prozeßrechts wenig Sinn machen können, fällt auch dies der hier vertretenen Theorie nicht schwer. Der Strafprozeß hat als wesentliche Funktion eine Entscheidung herbeizuführen, die eine Seite der Unterscheidung Recht/Unrecht bezeichnet. Dabei geht es um die sachliche, temporale und soziale Generalisierungsleistung der Entscheidung, also um die Identifikation der Norm durch die Entscheidung, die Symbolisierung der Lernresistenz durch eine in der Entscheidung bestimmten Folge (i.d.R. eine Sanktion) und die Institutionalisierung der Norm durch ein Verfahren, das in der Lage ist, sämtliche Proteste gegen die Entscheidung zu absorbieren (durch Mitwirkungsrechte des Beschuldigten und hinreichend plausible Argumente für die Entscheidung).¹⁹⁶

Auch eine **Strafzwecktheorie**, die auf Normstabilisierung setzt, muß sich den drei Fragen „Warum, wann, wie(viel) Strafe?“ stellen. Zum Strafzweck ist mit der Verpflichtung des Rechtsbegriffs auf Normstabilisierung eigentlich alles gesagt: es geht darum, Handlungen zu ermöglichen, indem trotz normenttäuschenden Verhaltens anderer dieses Verhalten als weiterhin legitime Planungsgrundlage dargestellt wird. Das gilt für das Strafrecht nicht anders als andere Rechtsbereiche. Die Besonderheit des Strafrechts im Vergleich zu anderen Rechtsbereichen liegt zum einen im *Gegenstand*. Strafrechtsnormen sind *Normen, die hier und heute funktionale Differenzierung schützen*, also die kommunikative Eigenlogik der Funktionssysteme. Zum anderen in den vom Strafrecht benutzten *Symbolen der Lernresistenz*, nämlich strafrechtlicher Sanktionen, die nach Hegel nicht nur den Streit um das Recht abfangen müssen, sondern die Infragestellung des Rechts selbst.¹⁹⁷ Im übrigen stellt sich die Frage „Warum Strafe?“ erst im Rahmen der letzten Frage, nämlich wie(viel) zu strafen sei.

Bei der Frage „Wann strafen?“ liegt die Antwort sowohl für den Bestand an Delikten wie der Charakterisierung einer Handlung, also BT und AT,

¹⁹⁴ Siehe Luhmann (1993), S. 407 ff.

¹⁹⁵ Siehe Luhmann (1993), S. 40, 78 f. und passim.

¹⁹⁶ Siehe Luhmann (1983), S. 31 ff. und Lesch (1999a), 1/3 f.

¹⁹⁷ Vgl. Hegel (1986), §§ 84 ff.

nahe: Die Funktion des Strafrecht ist, wie gesagt, der Schutz derjenigen Verhaltenserwartungen, die für soziale Differenzierung schlechterdings Voraussetzung sind – heute in den industrialisierten Staaten spezieller die für funktionale Differenzierung notwendigen. Das ist beim Gewaltverbot direkt einsichtig.¹⁹⁸ Der strafrechtliche Eigentums- und Vermögensschutz ermöglicht einen entsprechend sorglosen Umgang mit Gütern: man muß nicht alles sichern, man muß nicht immer mißtrauisch sein – Eigentum wird damit zirkulationsfähig. Im weitesten Sinne kann man beim Strafrecht von „blocked exchanges,“¹⁹⁹ reden: Güter sollen gegen Güter, nicht aufgrund von Drohung, Gewalt oder Täuschung getauscht werden. Stimmen bei einer Wahl sollen nur wegen Überzeugungen, nicht wegen Drohungen oder Geldleistungen für eine bestimmte Partei oder Person abgegeben werden. Verwaltungshandeln soll rechts- und sachgemäß sein, nicht lukrativ für den Beamten oder die Behörde. Institutionalisiert wird damit die Trennung von Politik, Wirtschaft, Intimbeziehungen usw. Der Gewinn ist nicht die tatsächliche Trennung dieser Sphären, der Gewinn ist, daß ein Verhalten möglich wird, das von dieser Trennung ausgehen kann und sich damit nicht lächerlich macht.

Wichtig ist, daß damit ein Hinweis gerade auch zur Limitierung strafrechtlichen Regelungsenthusiasmus' erkennbar ist. Zwar läßt sich an dieser Stelle nicht ad hoc sagen, was im Detail insbesondere zum Schutz funktionaler Differenzierung notwendig ist, eine Begrenzung aber ergibt sich über die *theoretische nachvollziehbare* Begründung der Voraussetzungen unterschiedlicher Funktionssysteme. Eine entsprechende Ausarbeitung ist hier nicht zu leisten. Ohne diese Kontrolle durch soziologische Theorie allerdings handelte es sich nur um ein Schlagwort, das alles und jedes zu begründen vermögen würde – womit sich dessen kritisches, begrenzendes Potential schlicht in sein Gegenteil verkehrte.

Bevor sich der nächste Abschnitt ausführlich mit dem Verbrechensbegriff und – in diesem Rahmen – dem Vorsatz befaßt, zur Frage „Wie(viel) strafen?“ nur soviel: Das Recht muß

„hinreichende Aussicht auf Durchsetzung haben, weil man anderenfalls sich schließlich doch lernend den Fakten beugt. Es darf nicht dabei bleiben, daß dem, dessen Rechtserwartungen enttäuscht worden sind, nur

¹⁹⁸ Siehe o. S. 61.

¹⁹⁹ Siehe Walzer (1982), S. 100 ff.

bestätigt wird, richtig erwartet zu haben. Es muß etwas für seine sei es *re-ale*, sei es *kompensatorische* Durchsetzung seines Rechts geschehen.“²⁰⁰

Dafür muß eine der gesellschaftlichen Symbolik entsprechende Reaktion gefunden werden.²⁰¹ Mit Entstehung der bürgerlichen Gesellschaft sind diese Symbole Freiheit und Eigentum geworden, Haft- und Geldstrafe. Heute variiert man bei der Form der Normvalidierung (gemeinsames Erarbeiten der Normvalidierung im Rahmen des Täter-Opfer-Ausgleichs statt Gerichtsverfahren) oder beim Sanktionsbezug: von der Schädigung des Täters zur Arbeit an und für die „Gemeinschaft“ (gemeinnützige Arbeit). Hierzu sagt die Theorie zunächst nichts, und es mag diverse funktionale Äquivalente geben, die für den Täter weniger eingriffsintensiv sind. Eine bloß *mündliche Ermahnung* reicht für das Recht aber praktisch kaum. Mit den Worten des Kriminologen Bottoms: „*actions speak*.“²⁰² Wie die Sanktionen und ihre Zumessung zu gestalten sind, ist soziologisch voraussetzungsvoll und theoretisch (außer vielleicht im Rahmen der Spezialprävention, also psychologischer Theorie) kaum ansatzweise geklärt. Der theoretische wie tatsächliche Zusammenhang von Sanktion und Normgeltung liegt derzeit noch weitgehend im Dunkeln. Allerdings läßt sich über den Kenntnisstand in Hinblick auf den Zusammenhang von Sanktion und Verhaltenssteuerung wenig Besseres sagen. Weitgehend unbekannt ist, welche Wirkung ein Urteil hat, wie es verstanden wird und mit welchem Effekt. Das Publikum dürfte nur selten in der Lage sein, überhaupt eine Sanktions-schwere einschätzen zu können, wenn es kaum andere Fälle und andere Sanktionen vergleichen kann. Und, ganz abgesehen vom Urteil, ist auch kaum berücksichtigt, wer wie von welchen Straftaten überhaupt erfährt. Hier ist wissenschaftlich noch vieles offen, und wo Erkenntnisse vorliegen, werden sie selten berücksichtigt.

²⁰⁰ Luhmann (1993), S. 118 – meine Hervorhebung.

²⁰¹ Siehe z.B. Feinberg (1970), S. 99 f., 114 f.

²⁰² Bottoms (1998), S. 86 – meine Hervorhebung. Das ist im übrigen auch, statt bezogen auf die *Sanktion* angewandt auf die *Tat*, ein Argument gegen ein rein subjektiv verstandenes (aufs Handlungsunrecht bezogenes) Schuldstrafrecht. Denn nicht nur die *Strafe* muß eine hinreichend validierende Beziehung zur enttäuschten Norm haben, auch die *Enttäuschung* muß *hinreichend schwerwiegend*, hinreichend nachdrücklich sein. Beides heißt offensichtlich, es muß etwas „passieren“: bloß verbale Äußerungen gegen das Leben eines Menschen oder selbst ein Tötungsversuch erschüttern das Tötungsverbot nicht *so* wie eine Tötung selbst. Für empirische Hinweise auf diesen Sachverhalt siehe Robinson/Darley (1998).

III. Vorsatz soziologisch

In diesem Abschnitt nun geht es darum, die Teile des Puzzles zusammenzufügen und mit den eingeführten soziologischen Begriffen das nachzuzeichnen, was das Strafrecht als Straftat beschreibt. In diesem Zusammenhang wird ausführlicher auf die Soziologie des Vorsatzes einzugehen sein, hier erst einmal im Rahmen *soziologischer Theorie*.

1. Ein soziologischer Verbrechensbegriff: *Der Tatbestand als Kommunikation*

Zunächst: Ein soziologischer Verbrechensbegriff im hiesigen Verständnis schließt jede Ontologisierung aus. Es gibt nicht *die* Handlung oder *das* Verbrechen als Seinsstruktur der Wirklichkeit. Es gibt jeweils nur den *Prozeß* einer historisch variablen gesellschaftlichen Produktion dieser (gesellschaftlichen, d.h.: sinnförmigen) Phänomene. Die Frage lautet nicht, *was* ein Verbrechen *ist*, sondern *wie* es kommunikativ hergestellt wird. Es geht deshalb nicht um ein ahistorisches Wesen des Verbrechens, das dem Strafrecht vorgegeben und von ihm möglichst gut nachzuzeichnen sei²⁰³, es geht um den historisch kontingenten Prozeß der Kriminalisierung²⁰⁴, in dem das Strafrecht *eine* der Produktionsbedingungen ist (neben Anzeigebereitschaft und den Organisationen der Sozialkontrolle z.B.) und zu dem das Strafrecht mit einer gesellschaftsadäquaten Dogmatik beiträgt – oder nicht. Es existiert damit keine zugriffsfähige Realität *hinter* der Gesellschaft, sondern die Realität sind die *Operationen* der Gesellschaft selbst, die ihre eigene kommunikative Wirklichkeit schaffen. Damit wird Ontologie durch Beobachtung, Sein durch Prozeß ersetzt. Daraus ergibt sich die Frage, welche Entsprechung der Vorsatz im Rahmen der hier vorgestellten soziologischen Theorie findet, *wie* er sozial hergestellt wird und welche Funktion er hat. Dabei ist seine Verortung im Verbrechensbegriff und dessen soziologische Interpretation zunächst hilfreich.

Meine versuchsweise Definition lautet: **Eine Straftat ist das Verstehen der zurechenbaren Mitteilung einer strafrechtswidrigen Information.**²⁰⁵ Kürzer: Eine Straftat ist der Widerspruch²⁰⁶ zu (oder: die Enttäu-

²⁰³ So Welzel (1953), S. 290 f., heute noch vertreten von Hirsch (1981), S. 850, extrem Küpper (1990), S. 12, 24 ff, 33, 36, vermittelnd Lampe (1999).

²⁰⁴ Siehe Lacey (1995).

²⁰⁵ Kleiner Exkurs zur zivil- und öffentlichrechtlichen Haftung: Da ein Rechtsbruch *immer* Kommunikation voraussetzt, ist z.B. der Schaden im Rahmen einer unerlaubte Handlung *selbst* noch nicht der Rechtsbruch. Erst die *Weigerung* der Scha-

schung) einer Strafrechtsnorm. Das ist extrem mißverständlich deshalb, weil ohne den oben skizzierten theoretischen Kontext all das, was damit mitgesagt ist, unverständlich bleibt. Die weitreichende Bedeutung dieser Definition ist daher im Kontext der oben eingeführten soziologischen Begriffe zu erläutern.

a. Verstehen

„Verstehen“ markiert hier, wie auch generell im Kommunikationsbegriff, einen *Beobachter*, der an etwas als Unterschied von Information und Mitteilung anschließt, an das in der gleichen Weise angeschlossen wird usw. Anders gesagt: es führt das *Soziale* in die Situation ein. Auf einsamer Straße Auto zu fahren – auch rücksichtslos und sachgefährdend – ist so wenig Kommunikation wie im Keller, wo es niemand sieht, gegen eine ungerechte Lohnpolitik zu demonstrieren. Es muß immer einen Beobachter geben, also mindestens Alter und Ego. Wenn jemand etwas für sich tut oder, aus welchen Gründen immer, sozial unbeobachtet²⁰⁷, und diese Tat so keinen Eingang in Kommunikation findet, *dann existiert sie als soziales Ereignis nicht*. Sie verändert die gesellschaftliche Umwelt und darüber kann ggf. gesprochen werden und ist dann vielleicht Tätigkeit *mit Bezug auf Soziales*, aber nicht *als soziale*. Ein Mord, an den nicht kommunikativ angeschlossen wird, ist eben sozial kein Mord, sondern hinterläßt nur einen Toten.²⁰⁸ Da es für das allgemeine Problem nicht wichtig ist, wird im fol-

densersatzleistung ist der Normbruch – es sei denn, diese Weigerung ist in der Handlung schon mitkommuniziert. Die Stellungnahme gegen die Norm ist hier die Stellungnahme gegen die rechtlich vorgeschriebene Rechtsfolge. Im öffentlichen Recht dagegen ist die Nichtrechtmäßigkeit von Verwaltungshandeln selbst bereits der Normbruch – so wie im Strafrecht die Handlungen Privater: die Handlungen selbst sind schlicht verboten. – Daß es einen Unterschied gibt, wird also nicht geleugnet. Aber auch im Zivilrecht geht es um die kontrafaktische Bestätigung der Normgeltung – nämlich z.B., daß man Schadensersatz zu zahlen hat. Dieses Prinzip ist also für die ganze Rechtsordnung gleich. Entgegen Lesch (1999), S. 203 geht es auch beim Zivilrecht (und im öffentlichen Recht) nicht um eine Rechtsguts(objekts)verletzung, sondern um Pflichtverletzungen.

²⁰⁶ D.h.: die Kommunikation von Ablehnung, ein „kommuniziertes Nein“. Siehe Luhmann (1984), S. 497.

²⁰⁷ Also: unbezeichnet. „Beobachten“ heißt hier, wie auch sonst im Rahmen der Theorie, Unterscheiden und das Bezeichnen einer Seite der Unterscheidung, ist also deutlich weiter und abstrakter gefaßt als die gleichnamige visuelle Wahrnehmung. Es kommt auf das Bezeichnen im kommunikativen Anschluß an, nicht auf Wahrnehmung.

²⁰⁸ Aber das dürfte seit dem ‚Labelling approach‘ selbstverständlich sein. Siehe Becker (1963), S. 9.

genden die Frage, *welcher* Beobachter *wie* beobachtet und gesellschaftlich *welche* Effekte erzeugt, außer Acht gelassen – etwa: ein Interaktionssystem, das Rechtssystem mit den Organisationen der Sozialkontrolle (Polizei, Staatsanwaltschaft, Gericht) usw.²⁰⁹

Wenn man den möglichen Ablauf der sozialen Konstitution einer Kommunikation darstellen will, muß man also von einem Beobachter ausgehen (in unserem Fall: dem sozialen System Recht), der *etwas* als Kommunikation identifiziert. Verstehen setzt dabei voraus, daß ein Beobachter sich auf die Unterscheidung einer Information von ihrer Mitteilung stützen kann – und da sich soziale Systeme als Handlungssysteme beschreiben, muß darüber hinaus eine Zurechnung zu einer Person möglich sein.

b. Mitteilung

Zunächst zum **Mitteilungsverhalten**, zur 'äußeren Erscheinung' der Kommunikation, zum Wahrnehmbaren²¹⁰, sei es nun Tun oder Unterlassen.

²⁰⁹ Hier ist ein Anknüpfungspunkt für Forschungen über die Behandlung von Abweichungen in Interaktionssystemen und zum ganzen Bereich der Instanzenforschung. Ich komme darauf im Schlußwort zurück.

²¹⁰ Zum Verhältnis von Kommunikation und seiner wahrnehmbaren, materialen Repräsentation s.o. S. 99. Damit ist Wahrnehmbares nur als Bedeutungsträger, also nur *hochselektiv* relevant – eine Objektsverletzung ist für sich bedeutungslos und erst danach, wie sie mit welchem Sinn sozial thematisiert wird, soziales Ereignis. Zwar ist damit die empirische-reale Veränderung der Außenwelt nicht als solche Grund, sondern nur Bezeichnendes, Symbol für Sinn (genauso wie der springende Punkt bei Schrift nicht die schwarze Tinte auf dem Papier ist, also das Wahrnehmbare selbst, die Erscheinung der Außenwelt), aber damit insofern sinnvolle Abschichtung des Normbruchs. Das ist entgegen Lesch – „Was eine Tat, also ein störendes Ereignis ist, läßt sich unter Abstraktion von der Person des Täters überhaupt nicht feststellen. Die Zurechnung ... legt fest, *was überhaupt eine Tat ist*“ (Lesch (1999), S. 2 in Fn. 8) – festzuhalten. Das Problem liegt im Wort „feststellen“, weil keine Systemreferenz angegeben wird. Wer stellt fest? Das Recht? Die übrige Gesellschaft? Ein psychisches System? Selbst wenn man vom Rechtssystem ausgeht, stimmt das nicht, es sei denn, man reduziert selbiges auf die Spruchfähigkeit der Gerichte (dagegen sehr entschieden Luhmann (1993), S. 66 ff.): insofern keine *Verurteilung* ohne Täter. (Dagegen aber das „objektive Verfahren“ nach § 76a StGB, §§ 440 ff. StPO. Dabei wird ja in der Tat im Rahmen einer Indizienentscheidung eine *Straftat* festgestellt, ohne daß ein Täter verurteilt wird! Siehe M-G § 440 Rn. 2). Wird das Rechtssystem dagegen durch alle Kommunikationen konstituiert, die die Legalität oder Illegalität einer Handlung (auch implizit) behaupten, dann liegen Straftaten auch ohne Täter vor – die als ‚unaufgeklärt‘ geführten Fälle in der Polizeistatistik legen davon bared Zeugnis ab. Kommunikativ existiert eine Vergewaltigung, auch wenn der Vergewaltiger unerkannt entkommt, *wenn* daran kommunikativ angeschlossen wird, z.B. durch das Opfer, und ist damit Kommunikation im Rechtssystem. *Ein Normbruch*

Grundsätzlich gilt ja: Mitteilungsverhalten ist *Zeichen*²¹¹, „Hinweis auf etwas anderes“²¹², benutzt also die Unterscheidung von Bezeichnendem und Bezeichnetem. Das Mitteilungsverhalten steht nicht bedeutungslos als *bloßer Vollzug* für sich, sondern *verweist* auf etwas, referiert eine Information, ist *sinnhaft*. Die Mitteilung ist das Bezeichnende, das eine Information bezeichnet. Das Mitteilungsverhalten muß die Information codieren, ihr eine Zweitform geben, eine lautliche, schriftliche, gestische oder sonst eine. „Codierte Ereignisse wirken im Kommunikationsprozeß als Information, nichtcodierte als Störung (Rauschen, noise).“²¹³ Zeichen par excellence ist natürlich *Sprache* (incl. Schrift). Sie generalisiert und erlaubt, im Gegensatz zu anderem Körperverhalten, Gestik und Mimik, hinreichend einfach den Vorgriff und Rückgriff auf Gesagtes oder Naheliegendes. Damit ergibt sich die Möglichkeit reflexiver Kommunikation, in der der Sinn einer Kommunikation kommunikativ spezifiziert werden kann. Außerdem gilt: sowohl eine Buchstabenfolge *nicht* zu lesen, als auch ein Gespräch zu *überhören*, ist extrem schwierig. Diese *Prägnanz* der Sprache ergibt sich neben der auffälligen Form, die praktisch nicht zufällig vorkommen kann²¹⁴, durch die Richtung eines Verhaltens auf einen Empfänger. Dadurch ist Sprechen immer Mitteilung²¹⁵, auch bei wirrer Rede. Einfachem Laufen, sich Kratzen oder dem Umgraben des Gartens fehlt diese Prägnanz, ebenso Schweigen. *Situativ* aber können *auch diese* Aktivitäten zu Handlungen werden, nämlich dann, wenn sie mit Sinn, mit Bedeutung überzogen werden können: ein Beobachter versteht, der Schweiger stimmt zu – und auf diese Unterstellung baut die weitere Kommunikation auf. Oder: man versteht, derjenige, der seinen Garten umgräbt, will seine Wut zum Ausdruck bringen – und als

läßt sich unter Absehung der Person in hinreichend prägnanten Fällen durchaus identifizieren – solange nur erkennbar ist, daß dahinter im Normalfall eine Person steckt. Die „naturalistische Trennung“ (Lesch (1999), S. 6) von Tat und Täter ist nur insofern zu kritisieren, als sie eben naturalistisch ist, d.h. in dem Maße, als sie davon ausgeht, die *Tat sei* »außerweltliche« „objektive Rechtsguts(objekts)verletzung“ (ebd). Denn alles, was hier verhandelt wird, spielt sich *in der Welt* – und das heißt: sinnförmig – ab. Nichtsdestoweniger lassen sich die Elemente einer Handlungsidentifikation so sinnvoll anordnen. Es geht dann aber eben nicht um Natur, also z.B. Substanzverletzungen, sondern um Ausdrucksformen für Sinn: Mitteilungsverhalten.

²¹¹ Siehe Luhmann/Fuchs (1989), S. 11, Luhmann (1990), S. 24.

²¹² Luhmann (1997), S. 206.

²¹³ Luhmann (1984), S. 197.

²¹⁴ Siehe Sabini/Silver (1982), S. 120.

²¹⁵ Siehe Kieserling (1999), S. 156 f.

kommunikativer Anschluß folgt z.B.: das sei doch lächerlich ... Besonders für diese nonverbalen Formen von Mitteilungsverhalten gilt, daß es *erwartbar* sein, die referierte Information *naheliegen* muß. So ist bei einem Fassen an den Hut unklar, ob es sich um einen Gruß handelt oder ob eine Windböe abgewartet werden soll. Das gleiche beim Zuzwinkern: man weiß nicht genau, ob man gemeint ist oder der Nachbar, ob derjenige, der zwinkert, etwas im Auge oder einen nervösen Tick hat oder tatsächlich etwas äußern will. Ist es aber *nur prägnant genug*, ist es Mitteilungsverhalten²¹⁶ – auch wenn die Information (zunächst) unklar bleibt.

Typische Fälle, die im Mitteilungsverhalten stecken bleiben, wo also keine Kommunikation zustande kommt, weil die Zuordnung einer Information mißlingt, sind fremdsprachliche Äußerungen, bei denen sich zwar feststellen läßt, daß etwas mitgeteilt werden soll, nicht aber, *was*. So auch, wenn in künstlerischen Formen (Gedicht, Bild, Skulptur etc., hier schon das Problem, etwas überhaupt als künstlerischen Ausdruck zu erkennen – Prägnanz!) keine verständliche Bedeutung vermittelt wird und z.B. auch die Sinnlosigkeit nicht als Sinn (vielleicht im Rahmen eines künstlerischen Programms²¹⁷) gedeutet werden kann: „Mir sagt dieses Kunstwerk nichts. Ich verstehe es nicht.“ Damit wird an das Kunstwerk nicht kommunikativ *angeschlossen* (wiewohl es kommunikativ *referiert*, also als Thema behandelt werden kann), es wird nicht als Mitteilung *einer Information* verstanden – und nur als solche wäre es im Rahmen von Kommunikation Mitteilung.

Die Unterscheidung von kommunikativem *Anschluß* und Sachverhalten (darunter Kommunikation) als *Thema* von Kommunikation ist ausgesprochen wichtig.²¹⁸ Damit etwas überhaupt Kommunikation wird, muß es ei-

²¹⁶ Siehe Kieserling (1999), S. 149 ff.

²¹⁷ Siehe in Bezug auf moderne Lyrik Luhmann/Fuchs (1989), S. 138 ff.

²¹⁸ Einen schwierigen Zweifelsfall mag die Frage betreffen, inwieweit rituelles Sprechen, Besessenheit, Trance oder andere *divinatorische Praktiken* kommunikativ anschlussfähig sind oder nur als äußere Erscheinungen kommunikativ referiert werden können. In anderen Worten: Spricht das Orakel, oder ist es nur Anlaß für Sprache? Ohne ins Detail gehen zu können: das hängt von der *Personalität* des Orakels ab. Am einen Ende der Skala steht der personalisierte Gott, mit dem man reden kann und der Antwort gibt, am anderen apersonale Ereignisse wie Vogelflug, Giftorakel oder Würfelwurf, die nicht auf Mitteilende zurückgeführt werden und insofern keine anschlussfähige Kommunikation (aber kommunikativ referierbar) sind und durchaus kommunikative Fragen entscheiden. Letztere sind insofern relativ nahe an den Naturwissenschaften – die Natur ist keine Person, aber sie „sagt“ uns etwas, wenn wir sie nur richtig befragen. Das Problem formuliert, gegen die Sprechakttheorie gewendet, Du Bois (1992).

nen kommunikativen Anschluß haben, *der im Verstehen Information und Mitteilung unterscheidet und bestimmt*. Ein Ereignis wird Teil des autopoietischen Reproduktionszusammenhanges, „indem es von einem weiteren Ereignis als die Mitteilung einer Information (als dieser Unterschied) so beobachtet wird, daß weitere Ereignisse an der Bezeichnung der einen oder anderen Seite anschließen können – *oder eben nicht!*“²¹⁹ Anschluß heißt: *Reaktion* auf Mitteilung, Information oder Verstehen in einer Folgekommunikation, das *Zugrundelegen* der kommunikativen Selektionen für Folge-selektionen²²⁰: Ein Wort gibt das andere, ein Dieb wird verprügelt, ein Kuß folgt der Liebeserklärung. Das *Thematisieren* einer Kommunikation dagegen heißt, die Kommunikation lediglich als *Information* einer *Folgekommunikation* zu verwenden. So bei Berichten: Wer über einen Diebstahl berichtet, begeht keinen Diebstahl, und es wäre genau die Verwechslung des Unterschieds von thematischem Referieren und Anschluß, würde man den Berichterstatte bestrafen wie einen Dieb. Empört sich der Zuhörer dagegen *über den Diebstahl* (nicht: den Bericht darüber!), schließt er an die Berichtskommunikation an, nämlich die im Bericht *als Information referierte* Diebstahlskommunikation, lobt er die Darstellung (z.B. in einer Journalistenschule), an die Mitteilung der Berichtskommunikation. Ein anderes Beispiel ist reflexive Kommunikation.

c. Information

Fragt man nach der **Information**, dann fragt man, was mit einem Mitteilungsverhalten *gemeint* ist. Gemeint ist, was vor dem Hintergrund von *Erwartungen* Effekt hat, einen Unterschied macht, der einen Unterschied macht.

„Als Information soll hier ein *Ereignis* bezeichnet werden, *das Systemzustände auswählt*. Das ist nur anhand von Strukturen möglich, die die Möglichkeiten begrenzen und vorsortieren. Information setzt also Struktur voraus, ist aber selbst keine Struktur, sondern nur das Ereignis, das den Strukturgebrauch aktualisiert ... Andererseits geht die Information, obwohl sie als Ereignis verschwindet, nicht verloren. Sie hat den Systemzustand geändert, hat damit einen Struktureffekt hinterlassen, und das System reagiert dann auf diese geänderten Strukturen und mit ihnen.“²²¹

²¹⁹ Fuchs (1996), S. 114.

²²⁰ Siehe Luhmann (1984), S. 218.

²²¹ Luhmann (1984), S. 102.

Um es anders zu formulieren: Information scheint nur in den Struktureffekten auf, die sie hervorruft. Die Information ist nur an den Erwartungen erkennbar, die sie tangiert.

Es gibt keine erwartungsfreien Räume, jedenfalls nicht für Kommunikation, als wählbares Thema von Kommunikation (deshalb kann eine riesige Menge von Verhalten auch nicht kommunikativ thematisiert werden). Jede Kommunikation enttäuscht *und* bestätigt Erwartungen, stets beides.²²² Kommunikative Beiträge sind *immer* erwartungsrelevant – *oder sie sind, mangels Information, keine Kommunikation*. Mit der umgangssprachlichen Wendung „In China ist ein Sack Reis umgefallen“ wird genau dieser fehlende Informationswert bezeichnet – damit ist das Thema beendet. Ein kleiner Versuch an einer sonntäglichen Kaffee-Tafel ist die sprachliche Beschreibung von offensichtlichen Tätigkeiten, z.B. beim Kaffeeingießen: „Ich gieße Dir jetzt Kaffee ein“ oder beim Plätzchenreichen, „Ich reiche Dir jetzt Plätzchen.“ Oder man lasse in eine Unterhaltung einfließen: „Ich werde heute abend schlafen gehen.“ – Das sind alles Äußerungen, die, wenn sich neben ihrem wörtlichen Gehalt kein anderer Sinn denken läßt²²³, keine Information liefern, weil es offensichtlich oder selbstverständlich ist, was sie mitteilen.²²⁴ Es ist kaum zu erkennen, wie an eine solche Äußerung informationshaltig angeschlossen werden könnte. Man kann schlecht das Offensichtliche bestreiten. Und auf eine Zustimmung ließe sich praktisch auch nichts sagen – aber das mag dann genau das Motiv dazu sein.

Wenn keine Erwartungen einem Mitteilungsverhalten Informationswert geben können oder nicht klar ist, welche, dann wird ggf. reflexiv kommuniziert, um die Erwartungsrelevanz zu klären, oder es kommt keine Kommunikation zustande. So kommt reflexive Kommunikation in Gang, die *kommunikativ* klärt, *ob* (Mitteilung) und *welche* (Information) Kommunikation vorliegt, an die dann entsprechend weiter angeschlossen werden kann.

²²² Informationstheoretisch gesprochen: es geht immer um *variety und redundancy*. Eine vollkommen redundante Information wie eine vollkommen überraschende wäre eine *contradictio in adiecto*. Theoretisch ließen sich entsprechende Kommunikationen als pure Wiederholung (Eine Vorlesung besteht nur aus dem zwei Stunden lang wiederholten Satz „§ 823 BGB ist eine Anspruchsgrundlage.“) oder totale Neuartigkeit (Relativitätstheorie bei den alten Germanen) denken, die aber real *als Information* nicht vorkommen können, weil sie keinen Struktureffekt (mehr) hätten bzw. ihr Sinn nicht identifizierbar wäre.

²²³ Bei Sprachschülern z.B.: Ich übe hier bzw. ich beherrsche diese Sprache soweit. Bei einem Schichtarbeiter: heute keine Nachtschicht.

²²⁴ Siehe Luhmann (1997), S. 640.

„Zu Grunde liegt auch hier jeweils die Differenz von Information und Mitteilung; nur daß im Falle von reflexiver Kommunikation die Kommunikation selbst als Information behandelt und zum Gegenstand von Mitteilungen gemacht wird. Dies ist ohne Sprache kaum möglich, da das bloß Wahrgenommene als Kommunikation nicht eindeutig genug ist für weitere kommunikative Behandlung.“²²⁵

Damit eine Kommunikation vorliegt, müssen Information *und* Mitteilung, *wie vorläufig immer*, identifiziert und unterschieden werden – ob dann eher an die Information (*was* wurde mitgeteilt) oder die Mitteilung (*wurde und warum* wurde (so) mitgeteilt) angeschlossen wird, ist egal.

Noch einmal zum Kunst-Beispiel: Ist die Information unklar, kann man zwar noch *über* die *Mitteilungsform* reden, aber man könnte – das Kunstwerk als Aussage des Künstlers betrachtet – nichts darauf *erwidern*, nicht daran *anschießen*. Information (und entsprechende Anschlußfähigkeit) ist leicht an der möglichen *Negierbarkeit einer Sinnofferte* zu erkennen. Es gibt nichts, wogegen man sich hier wenden könnte.²²⁶ Die ‘Information’ gibt nichts her.²²⁷ – Aber genau das kann natürlich eine Information sein, wenn sie der Erwartung zuwiderläuft, Künstler *sollten* verständliche Kunst machen, denn dann bekommt das unverständliche Kunstwerk den Sinn eines *Normbruchs*.

Dann ist zu klären, was ein Normbruch eigentlich sagen will und wie man daran kommunikativ anschließen kann. Ein Anschluß erfolgt typischerweise dadurch, daß man es ggf. als Unrecht thematisiert, als Ungerechtigkeit, als Gemeinheit und man sich als Opfer präsentiert oder so behandelt wird, dadurch, daß man dem mutmaßlichen Täter seine Verachtung für die begangene Tat deutlich macht, dadurch, daß man die Polizei verständigt oder die Versicherung oder die Ehefrau, die weiß, was in solchen

²²⁵ Luhmann (1984), S. 210.

²²⁶ Das Beispiel „Kunst“ ist natürlich problematisch, weil die Einheit von Information und Mitteilung gerade besonders gelockert wird. So läßt sich als künstlerisches Programm sicher formulieren, man wolle mit seiner Kunst nichts Spezifisches aussagen, das Ziel sei einfach, das Sinn-Machen des Betrachters, eine Anregung zu ganz freier Interpretation (so wie die Rorschach-Figuren keinen Sinn haben, außer der Sinnproduktion des Betrachters, die dann aber eben etwas über den Betrachter, nicht über die Figuren aussagt – Kunst?).

²²⁷ Anders im Falle der Mystik – da ist die Inkommunikabilität der Information gerade konstitutiv. Der drohende Kommunikationsabbruch wird durch ein *Ausweichen in die Zeit* abgefangen, nämlich die Aussicht, das heute nicht Verstehbare in der Zukunft, nach einem mystischen Konversionserlebnis, verstehen zu können. Siehe Luhmann/Fuchs (1989), S. 86 ff.

Fällen zu tun ist. Das geht noch alles ohne Recht. Der Rechtsprozeß ist dann aber gesellschaftlich das autoritative Verfahren zur Täter- und Opferbestimmung, zur Normklärung und -validierung. Bis zu dessen Abschluß gibt es so nur Vorverurteilungen – über die man sich legitim beklagen kann.

Hegel hat den Inhalt (die Information) und den kommunikativen Ablauf von Normbruch und Sanktion deutlich gemacht: Behauptung und Widerspruch (Negation der Negation)²²⁸, aber auch Selbstwiderspruch.²²⁹ Zwar ist es nicht etwa so, daß jede Handlung ein „Ich darf das!“ behaupten oder die generelle Geltung der Norm in Frage stellen würde. Die Geltung des Rechts kann durchaus akzeptiert, ja vorausgesetzt sein – das wird sowohl durch Heimlichkeit signalisiert als auch dadurch, daß das rechtswidrige Verhalten gerade rechtmäßiges Verhalten anderer voraussetzt und nur so Sinn macht.²³⁰ Dem liegt aber offensichtlich ein performativer Widerspruch zugrunde, der nach den Regeln widersprüchlichen Verhaltens nach dem Sinn der Handlung, nicht nach der Äußerung aufgelöst wird (*protestatio facto contraria*²³¹). Denn die durch die Tat ausgedrückte Selbstexemption aus dem Geltungsbereich der Norm zerstört deren Orientierungswert, weil die individuelle Unverfügbarkeit und Allgemeinheit der Norm bestritten wird, d.h. die Sicherheit im Erwarten, die für die Norm konstitutiv ist. Der Täter mag sagen: sie gilt *mir* in *dieser* Situation nichts, auch wenn ich akzeptiere, daß sie *für mich* gilt – aber sie instruiert mein Handeln nicht. Die kommunikative Validierung heißt dann: doch, sie gilt immer, auch für Dich in dieser Situation, auch Dein Handeln hätte sie instruieren müssen. D.h. umgekehrt: *man kann sein Handeln weiterhin so wählen, als ob das Handeln anderer in jeder Situation dem Recht folgen würde, auch wenn es das tatsächlich nicht tut.* Das Handeln des Opfers behält trotz Enttäuschung durch den Täter qua Sanktion seinen Sinn.²³²

d. Der Zusammenhang von Information und Mitteilung

Die typische Lage im Strafrecht ist nun die Frage, *ob* eine solche Information, die Normgeltung negiert, vorlag. Zwei äquivalente Formulierungen des gleichen Problems sind zum einen der Fall, daß ein gegebenes Mittei-

²²⁸ Siehe Hegel (1986), §§ 82, 97, 99, dazu Lesch (1999), S. 90 ff. m.w.N.

²²⁹ Siehe Hegel (1986), § 100, dazu Lesch (1999), S. 84 ff. m.w.N.

²³⁰ Siehe für Beispiele Niebuhr (1963), S. 128.

²³¹ Siehe Palandt-Heinrichs Vor § 145 BGB Rn. 27 m.w.N.

²³² Siehe Luhmann (1987), S. 54.

lungsverhalten eine strafrechtlich relevante Information codiert, zum anderen der Fall, daß zu einer bestimmten Information ein entsprechendes Mitteilungsverhalten vorliegt. Es ist – mit anderen Worten – egal, ob ein zweifelsfrei verwendeter Prospekt nun möglicherweise den Tatbestand des Kapitalanlagebetrugs verwirklicht oder unklar ist, ob ein Toter Opfer eines Unfalls war und nicht etwa eines Mordes. *Was* es ist, wonach die Welt abzusuchen ist, ist klar (Mord, Kapitalanlagebetrug), *ob* es tatsächlich gefunden, mitgeteilt wurde, ist umstritten. Das *Was* ist der Straftatenkatalog als Liste der Informationsgehalte, die für das Strafrecht relevant sind, die Liste möglicher Normbrüche.

Zu fragen ist dann, **wie eine solche Information identifiziert werden kann**, wie geklärt werden kann, ob eine entsprechende Kommunikation vorlag. Das geht nur über die Zeichen, die eine entsprechende Information in einer gegebenen Erwartungslage codieren – also: über die *Mitteilung*. Letztlich setzen *alle* Tatbestandsmerkmale im Strafrecht bei der Mitteilung an. Das gilt es im folgenden auszuführen.

Also: Das Strafrecht insgesamt geht von einem gegebenen Satz relevanter Informationen aus und fragt danach, ob ein entsprechendes Mitteilungsverhalten vorlag. Die Tatbestandsmerkmale legen die *Codierung* einer Äußerung fest, die kommunikativ rekonstruiert werden muß, damit sozial (im Rechtssystem!) von einer entsprechenden Information gesprochen werden kann. Und das gilt für die Codierung des objektiven wie des subjektiven Tatbestands, der Rechtswidrigkeit wie der Schuld. Bleiben wir zunächst beim Tatbestand. Der subjektive Tatbestand beantwortet schlicht die Frage, ob eine bestimmte Information tatsächlich *mitgeteilt* wurde, der objektive dagegen, *welche* Information mitgeteilt wurde – also: ob (noch abgesehen von der notwendigen Zurechnung zu einer Person) eine Kommunikation vorliegt. Wenn GÜNTHER JAKOBS schreibt: „Bei der hier gewählten Lösung ist Unrecht ... Objektivierung einer falschen Haltung zur Norm“²³³, dann ist mit *Objektivierung* nichts anderes gemeint als: Identifikation durch ein soziales System.

Da es nach der hier vertretenen Auffassung gar nicht darauf ankommt, was z.B. subjektiv (in traditionellem Verständnis: innerlich) oder auch objektiv (äußerlich, wahrnehmbar) *tatsächlich* vorlag²³⁴, sondern nur, was

²³³ Jakobs (1991), 6/25.

²³⁴ *Eine Außenbeschreibung!* Natürlich geht es *bei Aussagen vor Gericht* immer darum, wie es *wirklich* war – jedenfalls ist das die Formvorschrift für diese Art Kommunikation (*nicht dagegen im Prozeß insgesamt!* Dort: innerhalb begrenzter Zeit zu ent-

sich kommunikativ *in der Rekonstruktion* plausibel oder (vor allem im Strafrecht) evident²³⁵ machen läßt, beziehen sich objektiver und subjektiver Tatbestand nicht etwa auf unterschiedliche Wirklichkeitsbereiche, die äußere Natur und das innere Bewußtsein, sondern behandeln nur zwei unterschiedliche Aspekte des *sozial zu identifizierenden* Mitteilungsverhaltens: die Frage, *was* überhaupt als Mitteilungsverhalten in Betracht kommt, und die Frage, *ob* damit mitgeteilt wurde. Die erste Frage bezieht sich auf die *Zuständigkeit*²³⁶ für einen, die zweite auf die *Kontrollierbarkeit*²³⁷ bzw. *Vermeidbarkeit*²³⁸ eines Weltzustandes.

Zuständigkeit heißt funktional, daß einer Person etwas überhaupt als *Ausdrucksform* (einer strafrechtlich relevanten Information) zugerechnet werden *kann*. Das zugrunde liegende Problem ist ja, wie eine Person eigentlich etwas überhaupt ausdrücken *kann* bzw. andersherum, wie sich mögliche Ausdrucksformen *limitieren* lassen.²³⁹ Man könnte ja bei einem Besuch das Wetter als Aussage des Gastgebers verstehen oder das Urteil eines unabhängigen Gerichts als Äußerung der Regierung. Hier und heute werden sozial *nicht* der Sternenstand, die Ernte, eine Krankheit, die Kinder oder die eigene Physiognomie als Sinnausdruck zugerechnet – selbst wenn Menschen darauf bestehen würden. Zuständigkeit heißt: *was als Ausdrucksform mit Personen in Verbindung gebracht wird* – also was heranzuziehen ist als Material für eine Sinndeutung. In den obigen Beispielen fehlt es, so die derzeitige Auffassung, am *bewirken können*, m.a.W.: an der feh-

scheiden, siehe Luhmann (1983), S. 17 f. m.w.N.). Aber auch die Prozeßbeteiligten wissen, daß ihnen eine Wahrheit, die sich nicht vermitteln läßt, die zu gewagt und unwahrscheinlich daherkommt, wenig nützt. Genau auf dieses Wissen auch bei den anderen Beteiligten kann man setzen und dann die Unwahrscheinlichkeit als Ausdrucksmittel für Glaubwürdigkeit nutzen (und dabei weiß man: auch das wissen die anderen!), wobei man schließlich die Risiken einer hinreichend glaubwürdigen Darstellung gegen die Nachteile einer naheliegenden Alternativgeschichte abwägen muß. Also auch hier: Beobachtung zweiter Ordnung!

²³⁵ Siehe Luhmann (1997), S. 546 ff., der die Begriffe in Hinblick auf die Selektion von Ideen im Rahmen einer Ideenevolution einführt, aber bereits so abstrakt faßt, daß sie auch unseren Fall abdecken, siehe auch Luhmann (1990), S. 670 f.

²³⁶ Siehe Jakobs (1991), 7/4a: objektive Zurechnung als *objektive Bedingungen der Zuständigkeit*. Die Sozialpsychologie konzentriert sich hier nach wie vor fast ausschließlich auf die *Zuschreibung* von *Kausalität* (Kausalität also *als* Name für ein Zuschreibungsurteil, nicht als naturalistischer Ausgangspunkt für Zuschreibungen), siehe Weiner (1995), S. 6 f.

²³⁷ Siehe Weiner (1995), S. 7 f.

²³⁸ Siehe Jakobs (1991), 6/26 f.

²³⁹ Siehe schon oben S. 101.

lenden *Kausalkette* zwischen Person (Wille) und Sachverhalt.²⁴⁰ Es ist aber zunächst gar nicht so klar, was Kausalität oder „Bewirkenkönnen“ genau meint. Es sind funktional *Evidenzen über Zuständigkeiten*, also das, was unter Ausschluß von Alternativen einleuchtet²⁴¹. Diese Evidenzen werden gesellschaftlich verwaltet und seit der Entstehung der modernen Wissenschaften in der Renaissance zunehmend den Methoden der Naturwissenschaften überlassen, die die Wahrheit vom Glauben ablösten.²⁴² Wahrheit wurde nun vor allem über Wahrnehmung organisiert²⁴³, die ihr eine neue Quelle von Evidenzen verschaffte.²⁴⁴ Die hierüber gebildeten ‚Naturgesetze‘ ließen sich wie Normen des materiellen Rechts behandeln und füllten den rechtlichen Begriff der Kausalität dann später aus – dies „gilt freilich nur unter der Voraussetzung, daß die Denkgesetze, Erfahrungssätze und Ergebnisse der Wissenschaften eindeutig und unumstritten, also eigentlich »offenkundig« sind.“²⁴⁵ Das ändert sich, wenn diese Regeln ihre Sicherheit und Gewißheit verlieren, wenn ihre *Geltung* umstritten oder unklar ist.

²⁴⁰ Die letzten drei Beispiele sind insofern wohl nur noch Beispiele auf Zeit: die Präventionsmedizin teilt Krankheiten in verschuldete und unverschuldete ein, pränatale Diagnostik macht Menschen zunehmend verantwortlich für die Behinderungen, das Geschlecht usw. ihrer Kinder, und durch die plastische Chirurgie auf der einen, Fitneßstudios auf der anderen Seite kann man seine Physiognomie – zwar noch nicht unbegrenzt, freilich in wesentlichen Bereichen – selbst bestimmen. D.h.: mit steigender Kontrolle über Weltsachverhalte steigen nicht nur die *Ausdrucksmöglichkeiten*, sondern auch die *Ausdruckslasten*, also das, was vom Individuum im Rahmen des ‚Ausdrucksmanagements‘ kontrolliert werden muß, soll nicht etwas als Äußerungen sozial verbucht werden, was man nie beabsichtigt hatte mitzuteilen. Schweigen wird so praktisch unmöglich, und man wird gezwungen, Stellung zu nehmen.

²⁴¹ Siehe Luhmann (1997), S. 548.

²⁴² Siehe Luhmann (1997), S. 713. Im 11. Jahrhundert hatte sich Papst Gregor VII. noch mit der *Wahrheit des Glaubens* gegen Gewohnheit und Brauch gewandt. Damit war der „Aufbruch aus der alten Ordnung“ oral vermittelter Stammeskultur signalisiert und mit dem Begriff der Wahrheit ein absolutes, „ein von der konkret praktizierten Gewohnheit unabhängiges Recht postuliert, an dem die Gewohnheit auszurichten sei.“ (Vollrath (1997), S. 43) Damit wurden vor allem auch kommunikativ wirksame Evidenzen verändert.

²⁴³ Siehe Luhmann (1990), S. 224 ff.

²⁴⁴ Siehe zum Verhältnis von Wahrnehmung und Kommunikation (psychischem und sozialem System), insb. in den Wissenschaften, Kieserling (1999), S. 111 ff. m.w.N. Daß auch die Wahrnehmung theorieabhängig ist und keinen unmittelbaren Tatsachenzugang ermöglicht, ist spätestens seit Popper Allgemeingut, siehe Popper (1994), Kap. 5 und Neuer Anhang X, siehe auch Chalmers (1999), S. 32 ff. m.w.N.

²⁴⁵ Günther (1997), S. 217.

„Je weniger sie jedoch unstrittige Auskünfte geben können und je komplexer der naturwissenschaftlich zu beschreibende Sachverhalt ist (...), desto mehr wird bewußt, daß das im Begriff des Naturgesetzes verborgene Prinzip der individuellen Zurechnung *unabhängig davon*, und das heißt, normativ begründet werden muß. Es geht eigentlich gar nicht um Kausalität, sondern um die Frage, wie die Verantwortlichkeit für Handlungsfolgen in komplexen Systemen verteilt werden soll.“²⁴⁶

Daß man, wenn die Naturwissenschaften als ‘Ersatzgesetzgeber’ wegfallen, sich wieder selbst Evidenzen beschaffen muß, zeigen jedenfalls die Urteile zum Holzschutzmittel- und Lederspray-Fall: Kausalität im Strafrecht ist das, was unter Ausschluß aller *heute* denkbaren Alternativen als Zuständigkeit einleuchtet.²⁴⁷

Im Rahmen der allgemein akzeptierten ‚Naturgesetze‘ gilt natürlich weiterhin als Grundsatz, daß Ausgangspunkt der Zuständigkeit ist, „ob ein Verhalten einen Erfolg (gesetzesmäßig) bedingt.“²⁴⁸ Daß für die Bestimmung der Zuständigkeit allerdings diese Art Kausalität nicht ausreicht, ist hinreichend bekannt. Die Weite der Bedingungstheorie muß ebenso scheitern, wie die Beschränkung auf praktisch unbestimmbare ‚adäquate‘ Kausalverläufe, die Wertungsprinzipien etwa durch Statistik ersetzt. Die zentrale Frage ist denn auch offensichtlich die *Bewertung* der kausalen Bedingung²⁴⁹ – und das wird heute im Strafrecht überwiegend in der objektiven Zurechnung abgehandelt: erlaubtes Risiko, Vertrauensgrundsatz, Regreßverbot, Einverständnis, Handeln auf eigene Gefahr usw.²⁵⁰ Damit werden Problemfälle in der Zuschreibung von Zuständigkeit markiert.

Hier weiter ins Detail zu gehen, ginge zu weit. Zwei Hinweise allerdings seien noch erlaubt: Erstens wird klar, daß – geht man von dem Problem aus, was als Ausdruck allgemein zurechenbar ist – Täterschaft und Teil-

²⁴⁶ Günther (1997), S. 221.

²⁴⁷ Vgl. BGHSt 37, 112.

²⁴⁸ Jakobs (1991), 7/12.

²⁴⁹ Kausalität ist keine Anleitung zur Herstellung von Zurechnungsurteilen, sondern deren Name, s. Luhmann (2000), S. 21 ff. Anders gesagt: Kausalität erfordert selbst bereits Zurechnungsentscheidungen, „da nie alle Ursachen auf alle Wirkungen bezogen werden können. Die Selektion von zu berücksichtigenden und nicht zu berücksichtigenden Kausalfaktoren obliegt also den Beobachtern, die das Kausal-schema verwenden. Folglich muß man die Beobachter beobachten, will man feststellen, welche Ursachen welche Wirkungen bewirken, und keine »Natur« wird heute garantieren, daß darüber Einvernehmen herrscht. Kausalurteile sind »politische« Urteile.“ Luhmann (1997), S. 1011 m.w.N.

²⁵⁰ Siehe Jakobs (1991), 7/7.

nahme keine Sonderregelungen sind, sondern üblicher Teil der objektiven (und subjektiven) Zurechnung. Sie bestimmen, daß auch das Verhalten anderer eigener Ausdruck bzw. eigene Mitteilung sein kann.

Zweitens eröffnet das Denken vom Problem her die Möglichkeit *zu vergleichen*. Das, was heute Kausalität genannt wird, ist jedenfalls historisch und anderswo anders (gewesen). Magier und Hexen, Schamanen und Priester, Gottheiten und eigentlich jedermann, waren für alles mögliche in der Welt als ihr Ausdruck zuständig: die Mißernte als Ergebnis des bösen Blicks, für das, was mit seinem Schwert geschieht (und sei es ihm auch gestohlen worden), haftet der Eigentümer, Krankheiten sind erklärbar durch die magischen Rituale von Feinden oder von ihnen gedungenen Zauberern, Pech, schlechtes Wetter oder Erdbeben sind das Ergebnis des Zornes Gottes über das sündhafte Leben seiner Gläubigen usw. Es gab und gibt mehr Zeichen in der Welt, als in unserer Gesellschaft praktiziert werden.

Die objektiven Tatbestandsmerkmale des Besonderen Teils dagegen sind, wie gesagt, die Kennzeichen, die eine entsprechende Sinnform codieren: *welches* Verhalten ist als Diebstahl zu verstehen, welches als Raub etc.

2. Exkurs: Ein soziologischer Vorsatzbegriff

Vermeidbarkeit bzw. Kontrollierbarkeit handelt nun von der Frage, ob ein mögliches Ausdrucksmittel *wirklich* zu einer Mitteilung genutzt wurde.²⁵¹

Man zieht sich in einer bestimmten Weise an und wird gefragt, ob der seltsame Aufzug, in dem man erschienen ist, Absicht sei – oder ob man sich vergriffen habe. Oder: ein Mensch wird auf einem Übungsplatz erschossen oder verbrennt im angezündeten Haus. Auch hier die Frage, ob es ein Unfall oder Tat war. Es sind nun genau diese Art Konstellationen, die im Strafrecht als problematisch hinsichtlich des Vorsatzes angesehen werden.

Der strafrechtliche Vorsatz handelt von der Identifikation des Vorliegens eines Mitteilungsverhaltens (nicht: was dieses Mitteilungsverhalten aussagt, bedeutet, meint, insofern ist der objektive Tatbestand angesprochen). Folgen wir beim Begriff der „Vermeidbarkeit“ zunächst der dogmatischen Begriffsbildung:

„Die Vermeidbarkeit wird mit Hilfe der Hypothese bestimmt, daß der Täter, hätte er das dominante Motiv zur Vermeidung einer bestimmten Ak-

²⁵¹ Das ist im Normalfall unproblematisch, weil die Ausdrucksmittel zumeist so voraussetzungsvoll und artifiziell sind (Sprache, Raubüberfall, Einbruch etc.), daß sie nur unter sehr unwahrscheinlichen Bedingungen zufällig passieren können.

tion, diese Aktion real vermeiden würde.“²⁵² Man hat, m.a.W., also zu fragen, ob, wenn ein Mensch in der Lage des Täters und *mit seinem Wissen* ein Vermeidemotiv hinsichtlich der Tätigkeit oder des Erfolgs gehabt hätte, er tatsächlich anders gehandelt hätte. Wenn ja, war der Erfolg vermeidbar (dann Mitteilung), wenn nicht, dann nicht.

„Wäre der Täter zur Vermeidung eines Verhaltens mit den relevanten Merkmalen dominant motiviert gewesen, so hätte er sich anders verhalten; also zeigt das vollzogene Verhalten, daß dem Täter an der Vermeidung aktuell nicht dominant gelegen war.“²⁵³

Wenn man perfektes Wissen voraussetzt, dann handelt es sich also schlicht um einen Syllogismus, einen modus tollens.²⁵⁴

Beispiel: Wenn jemand eine Straßenverkehrsgefährdung begeht, indem er erkennbar bewußt grob verkehrswidrig und rücksichtslos fährt, *um* das Leben eines anderen zu gefährden *oder* mit dem Wissen der Gefährdung *oder* unter Inkaufnahme der Gefährdung, kann er diese Handlung vermeiden, indem er sie einfach *unterläßt* (Vorsatzbereich). Ist ihm dagegen nicht bewußt, daß er grob verkehrswidrig und rücksichtslos fährt oder er das Leben eines anderen gefährdet, *könnte* er die Handlung vermeiden, wenn er bei dominanter Motivation, bloß nicht in dieser Weise zu fahren, die entsprechenden Charakteristika seiner Handlung *erkennen* und sie dann unterlassen *würde* (Fahrlässigkeitsbereich). Die Straßenverkehrsgefährdung ist demgegenüber *unvermeidbar*, wenn der Täter nicht erkennen kann, daß er grob verkehrswidrig und rücksichtslos fährt, oder, obwohl er weiß, daß er grob verkehrswidrig und rücksichtslos fährt, nicht erkennen kann, daß er das Leben eines anderen gefährdet – im letzteren Falle ist seine Handlung zwar „grob verkehrswidrig und rücksichtslos fahren“ (womit er keine strafrechtlichen, wenn auch wohl andere Normen verletzt)²⁵⁵, aber eben nicht mehr die Handlung „Straßenverkehrsgefährdung“ i.S.d. § 315c StGB.²⁵⁶

Das Problem ist natürlich die soziale Attribution des notwendigen Wissens für die zur hypothetischen Information passenden Mitteilung. Ver-

²⁵² Jakobs (1991), 6/27.

²⁵³ Jakobs (1991), 1/9 – meine Hervorhebung.

²⁵⁴ Wenn gilt $A \rightarrow \neg B$, dann folgt $B \rightarrow \neg A$ (A = Vermeidemotiv, B = Handlung).

²⁵⁵ Vgl. Kieserling (1999), S. 149: „Sicher kann man auch durch die Art und Weise, wie man sein Auto steuert, Informationen mitteilen und in diesem Sinne kommunizieren.“ Das aber eben nur, wenn es (zumindest auch) erwartungswidrig erfolgt (und sei es nur die Erwartung möglicher Erwartungsenttäuschung) – sonst ergibt das Autofahren keine Information.

²⁵⁶ Vgl. Jakobs (1991), 6/27.

meidbarkeit ist erst einmal ein Begriff relativ zu den Folgen des Handelns: Wer neugierig und arglos einen Knopf drückt, der erkennbar eine Drehtüre in Gang setzt, an der ein Mechaniker arbeitet, mit dem er unvermeidbar nicht rechnen konnte und der dabei verletzt wird, handelt bezüglich des Knopfdrückens vorsätzlich, des Ingangsetzens der Drehtüre fahrlässig und bezüglich der Verletzung des Mechanikers handelte er *nicht* – alles mit einer Körperbewegung.²⁵⁷ § 16 StGB bestimmt in diesem Zusammenhang, daß das, was an Kenntnis jemandem plausibel *nicht* zugerechnet werden kann, eine in Rede stehende ‘Handlung’ *insofern* unvermeidbar macht. – Wußte derjenige, der den Knopf drückte, vom Mechaniker und hielt lediglich das Verletzen von Dienstpersonal für nicht verboten, ist die Verletzung Mitteilung. Sie war offensichtlich für ihn vermeidbar, nur gab es aus der Sicht des Täters keinen Grund zum Vermeiden.²⁵⁸

Man könnte auch, weiter eng an der Rechtsdogmatik, formulieren: Der Vorsatz bestimmt sich danach, ob das Eintreten des Erfolgs Irrtum war oder nicht, vgl. § 16 StGB. Also: wer *davon ausgeht* oder damit *rechnet*, daß der Erfolg *nicht* eintreten werde, handelt maximal fahrlässig, weil er sich ausweislich des eingetretenen Erfolgs geirrt hat. Wer den möglichen Erfolg sieht, aber hofft, daß er nicht eintreten werde, es also offen läßt und für sich offen lassen kann, ob der Erfolg eintritt, handelt vorsätzlich, denn der Erfolg ist für ihn kein Irrtum. – Wer das Risiko erkennt und trotz möglichen Erfolgseintritts handelt, weil er es für nicht verboten hält, befindet sich im Verbotsirrtum.²⁵⁹

Damit ist nicht viel gewonnen. Eine Formulierung wie „Vorsatz ist fehlender Irrtum“ oder „Vorsatz ist Wissen des Erfolgs“ läßt alles offen, weil damit eben noch lange keine *sozialen Formen* der Vorsatzidentifikation benannt sind, keine Fälle, die Kriterien erkennen lassen.

Der Ausgangspunkt ist: Die Mehrdeutigkeit von Verhalten ist in Grenzbereichen *irreduzibel*, und es gibt schlicht *kein allgemeines, abstraktes Kriterium*, mit dem sich diese Mehrdeutigkeit auflösen ließe. Mit den Worten der Soziologen SABINI und SILVER:

„The inability to say in every case what a person’s purpose is, has appeared to philosophers as a defect in the concept of purpose, one to be corrected. It appears to psychologists as a technical difficulty to be overcome by methodological sophistication. We have treated it as a *fact about ac-*

²⁵⁷ Siehe Jakobs (1991), 6/34.

²⁵⁸ Ein Fall des § 17 StGB, s.u.

²⁵⁹ Siehe Sch/Sch-Lenkner § 17 Rn. 5.

*tions, one that can't be argued or even measured away. Besides people treat it as a resource too valuable to let go.*²⁶⁰

Es gibt eine Anzahl von Fällen, und die sind gerade für den Vorsatz so problematisch, bei denen die Bedeutung objektiv (= sozial) mehrdeutig *bleibt*, trotz aller kommunikativer Versuche, die Bedeutung in einer Anschlußkommunikation festzulegen, und die dann nicht für die Fortsetzung der Autopoiese in Anspruch genommen werden.²⁶¹

„Alles, was *als* Kommunikation bestimmt wird, muß *durch* Kommunikation bestimmt werden... Diese Eigendetermination ermöglicht erst das Tolerieren, ja absichtliche Placieren von Unbestimmtheiten, zum Beispiel von Fragen, von Mehrdeutigkeiten, von paradoxen Mitteilungen, von Ironie. Die Kommunikation selbst entscheidet, notfalls über Rückfragen oder Unbeachtelassen, über ihre eigenen Ansprüche an Bestimmtheit, ebenso wie über einen bestimmten Verwendungssinn von Unbestimmtheiten. Und die letzte Kontrolle über die Selbstfestlegung auf der Dimension von bestimmt zu unbestimmt liegt in der Frage, *was zur Fortsetzung bzw. zum Abbruch laufender Kommunikation beiträgt.*“²⁶²

Es gibt keine *Handlungs*beschreibung der Welt, die diese Mehrdeutigkeit aufheben könnte – Kommunikation muß sich auf ihre eigene Geschichte, den *Kontext*, die *Umstände* stützen, die aber praktisch nicht normierbar sind. Dazu kommt: Möglicherweise würde man auch so in einen infiniten Regreß geraten – insofern jedenfalls, als man zur Deutung von Verhalten anderes (früheres) Verhalten heranzieht, das ebenfalls gedeutet und unter aktuellen Bedingungen reinterpretiert werden muß, dessen Bedeutung man aber ebenfalls wieder nur unter Heranziehung früheren Verhaltens deuten könnte usw.

„This analysis leaves us confronting the possibility that the language of person description (and explanation) is generated, elaborated, extended, or cast aside in relative independence of the activities it is designed to describe. In principle, its life is essentially autonomous from and orthogonal to the life for which it accounts.“²⁶³

²⁶⁰ Sabini/Silver (1982), S. 123 – meine Hervorhebung.

²⁶¹ Kieserling (1999), S. 147 ff. beschreibt diese Fälle als „indirekte Kommunikation“, weil eine Zurechnung als Handlung durch die Mehrdeutigkeit unmöglich wird – und genau das ist ihre Funktion.

²⁶² Luhmann (1997), S. 95 f. – Hervorhebung von mir.

²⁶³ Gergen (1986), S. 148.

Außenweltveränderungen und deren sinnhafte Verarbeitung in Kommunikation sind unterschiedliche Sachverhalte. Und der Schlüssel zum Verständnis des Problems liegt nicht in der Objektivität einer „world out there“, sondern in den Regeln der Generierung sozialen Sinns.

„This is not to say that we cannot reach agreement (even rapidly) regarding the adequacy of behavioral description. Rather, it is to venture that adequacy in description is not engendered by the character of the acts in question but by the exigencies of social practice.“²⁶⁴

Ein Beispiel von vielen aus dem objektiven Tatbestand wäre (quasi mit umgekehrten Vorzeichen: hier ist unsicher, ob das, *was unzweifelhaft geäußert wurde*, strafrechtlich relevante Information war) die Feststellung einer Beleidigung nach § 185 StGB. Weil es soziologisch gut erforscht ist, wird hier dagegen das Beispiel des Flirtens bevorzugt – in gewissem Sinne das Gegenteil einer Beleidigung.²⁶⁵ Zunächst muß man fragen, wie Flirten eigentlich zu erkennen ist. Vielleicht könnte man eine Liste von Flirtverhalten zusammenstellen. Das Problem wäre jedoch, daß die Kreativität unserer Spezies und die Flexibilität der Flirtpraxis bedeutet, daß jede Liste zu kurz wäre.²⁶⁶ Und trotzdem läßt sich Flirten erkennen, nämlich darüber, was der *Witz*, der *Punkt* am Flirten ist: sexuelles Interesse zu stimulieren.²⁶⁷ Dabei mag es *sinnvolle* und *weniger sinnvolle* Versuche geben (wobei sich das ex ante und ex post deutlich unterschiedlich darstellen kann), und es muß auch gar nicht das *Ziel* sein, das Motiv, eine sexuelle Beziehung zu etablieren: Man mag seine Vorgesetzte für sich einnehmen wollen, man mag am Flirt-Spiel selbst interessiert sein oder die Aktivitäten, die mit dem Flirten einhergehen, angenehm finden (gutes Essen, angeregte Unterhaltung usw.), ohne weitergehende Interessen zu haben.²⁶⁸ Es läßt sich natür-

²⁶⁴ Gergen (1986), S. 148 f.

²⁶⁵ Zum folgenden siehe Sabini/Silver (1982), weitere Quellen bei Kieserling (1999), S. 161 in Fn. 16.

²⁶⁶ Anders als z.B. beim Schach, wo sich eine Liste aller das Spiel konstituierenden Züge erstellen läßt.

²⁶⁷ Bei der Beleidigung eben parallel: Jemanden herabzuwürdigen, seine Mißachtung deutlich zu machen.

²⁶⁸ Auch die Kundgabe von Mißachtung kann andere Ziele haben: man kann den anderen nur necken wollen – Flirten! (siehe Sabini/Silver (1982), S. 120) –, man kann versuchen, Aufmerksamkeit zu erregen oder sich in der fälligen Entschuldigung selbst darzustellen („Mit Verlaub, Herr Präsident, sie sind ein arschloch!“) usw. usf., wählt also das Verhalten, ohne daß es aufs Beleidigen ankäme. (Dolus directus 2. Grades!)

lich auch formulieren: Für ein nettes Essen oder das freundliche Verhalten im Hinblick auf die Beförderung nimmt man das Flirten billigend in Kauf, oder: mit dieser und jener schlichten Freundlichkeit flirtet man fahrlässig. Die Absicht, mit der man flirtet, muß also gar nicht sexuell geprägt sein. Trotzdem ist das der *Punkt*, der in der Handlung auffindbar sein muß, um als Flirten erkennbar zu sein.²⁶⁹ Die Mehrdeutigkeit nun ergibt sich daraus, daß Flirtverhalten häufig *sinnvoll bleibt*, auch wenn man vom Punkt des Flirtens absieht²⁷⁰, und daß verschiedenes – vor allem nonverbales – Verhalten auch *zufällig* passieren kann²⁷¹. Und diese Mehrdeutigkeit läßt sich *am Verhalten, an der Handlung selbst* durch kein Kriterium der Welt beseitigen. Man denke daran, daß eine Frau neuerdings immer nach der Arbeit in einer Bar halt macht, in der ein attraktiver junger Mann arbeitet, um einen Cocktail zu trinken und ein, zwei Worte zu wechseln. Sie könnte dort wegen des Cocktails oder wegen des Mannes sein – oder wegen weniger offensichtlichem. „In the bar, her purpose is ambiguous to herself and others. Further, this ambiguity may not be resolvable. No matter how long we stare at the behavior ... we may find ourselves with an unresolved ambiguity.“²⁷² Etwas anderes wäre es, wenn klar wäre, daß sie Cocktails eigentlich nicht ausstehen kann²⁷³ oder trotz Personalwechsels (mit einer nun weniger attraktiven Bedienung) weiterhin in die Bar ginge. Anderes Beispiel: Ob eine flüchtige Berührung nun Zufall ist oder nicht, läßt sich kaum sinnvoll auseinanderhalten. Kommunikation setzt also *nicht am Verhalten selbst an*, sondern realisiert sich nur im Netz von kommunikativen Vorentscheidungen und Normalitätsannahmen.²⁷⁴

²⁶⁹ So wie Schach nur Sinn macht, wenn der andere darstellt, daß er gewinnen will, auch wenn er nur spielt, um Geld zu verdienen, mit jemandem zusammen zu sein usw. Selbst wenn er den anderen gewinnen lassen will, muß er dieses Ziel verheimlichen und so tun, *als ob* er gewinnen wollte, damit es funktioniert. So auch beim Flirten. Wer von vornherein *glaubhaft* versichert, er hätte kein Interesse (und das nicht konterkariert!), dürfte aus dem Spiel sein.

²⁷⁰ Siehe Sabini/Silver (1982), S. 113 f.

²⁷¹ Siehe Sabini/Silver (1982), S. 116 f.

²⁷² Sabini/Silver (1982), S. 113

²⁷³ Z.B.: daß sie *nicht zufällig gerade jetzt* ihre Liebe zu Cocktails entwickelt hat – was ja möglich wäre. Man sollte also ggf. nicht zu viele bekannte Vorlieben oder Abneigungen haben, will man Verhaltenssinn ambivalent halten. Siehe Sabini/Silver (1982), S. 113 in Fn. 7

²⁷⁴ Für die ältere sozialpsychologische Forschung siehe z.B. Jones/Davis (1965), Breznitz/Kugelmass (1967) und Maselli/Altrocchi (1969), einen Schwerpunkt auf sprachliche Zuschreibungskonventionen legen Fiedler/Semin/Finkenauer (1994) und Fincham/Jaspers (1980), S. 130 ff., die auch eine Zusammenfassung und Kritik des

Der *Punkt* eines Verhaltens mag sein, jemanden zu töten, *warum*, aus welchem Motiv auch immer. Jedes Verhalten, daß auch ohne den Tod Sinn macht, ist objektiv mehrdeutig. Wenn jemand gezielt auf einen anderen schießt, läßt sich nicht ausschließen, daß er damit nur verletzen oder schlicht erschrecken wollte. Ob jemand bekannter Killer ist oder nachtragend oder ein gelassener Mensch, ob es eine kleine Auseinandersetzung gab (oder eine bis aufs Blut), vermindert Mehrdeutigkeit – *ganz* beseitigt werden kann sie auch durch dieses Wissen nicht. *Ob* Personen- und Situationsdefinitionen *ausreichen*, um Mehrdeutigkeiten für alle praktischen (i.e. kommunikativen) Bedürfnisse hinreichend zu vermindern, ist eine Frage des Einzelfalls. Soziologisch sind die unterschiedlichen Vorsatzformen als unterschiedliche Grade der Vermeidbarkeit in Hinblick auf ihre *Identifikation* (hier nicht: normdestabilisierenden Wirkung) vor allem deshalb verschieden, weil sie von unterschiedlichen Mechanismen der Zuschreibung und Distanzierung abhängen: Die Hauptfolgen von Motivzuschreibungen²⁷⁵, die Nebenfolgen von Wissenszuschreibungen²⁷⁶. Man muß sich entsprechend entweder als *guter* oder als *unwissender* Mensch präsentieren. Ob das verfährt, hängt von den konkreten Umständen ab.

Hinsichtlich der Hauptfolgen der Tat, also das, was *beabsichtigt* ist, ist entscheidend, inwieweit sich sozial ein *Punkt* bei der Tat identifizieren läßt. Kommen mehrere in Betracht, wie häufig, dann muß über Tatumstände (Situation, also Handlungsgeschichte, und Person, insbesondere Charakter) eine entsprechende Eingrenzung der *Motive* plausibilisiert werden, denn anders läßt sich ein Handlungsziel kaum festmachen.

Bei den Nebenfolgen einer Handlung ist die Situation schwieriger. Da verlagert sich die soziale Problematik ganz auf die Wissenszuschreibung – und Person und Situation legen dann nur nahe, was gewußt wurde. Das **Grundproblem** bei den Nebenfolgen ist nun einmal, darum kann man sich mit aller Formulierungskunst nicht herumdrücken, *daß sich hier Handlung und Erfolg tatsächlich dissoziieren lassen*.²⁷⁷ Die Frage ist, inwieweit sich Personen von der Bedeutung ihres Handelns im Wissen um Risiken distanzieren können. Es handelt sich um zwei zu unterscheidende Aspekte: zum einen die Frage des *Gewahrseins* des Erfolgsrisikos, zum anderen die Frage

bisherigen Forschungsstandes liefern. Explizit bezogen auf die Attribution strafrechtlicher Vorsatzkategorien Severance/Goodman/Loftus (1992).

²⁷⁵ Vgl. Luhmann (1984), S. 228, (1996), Kap. 3 IV.

²⁷⁶ Vgl. Luhmann (1984), S. 447 ff., (1990), S. 11 ff., 129 ff.

²⁷⁷ So auch Ashworth (1995), S. 168 f., 152 und *passim*.

der *Einschätzung* dieses Risikos. Die Nebenfolgen können eben unbedacht oder falsch eingeschätzt, also jeweils unvermeidbar sein, weil sie für die eigentliche Absicht, die Hauptfolgen, den *Punkt* der Handlung, nicht konstitutiv sind.

Der Unterschied zwischen Wissentlichkeit (*dolus directus* 2. Grades) und *dolus eventualis* ergibt sich daraus, daß bei gegebenem Wissen um einen möglichen Erfolgseintritt der Eventualvorsatz eine zusätzliche Distanzierung über die notwendige Risikoevaluation ermöglicht, über die man sich irren kann. Fraglich ist aber, unter welchen Bedingungen diese Distanzierung nicht mehr möglich ist, unter welchen Bedingungen das Wissen der Handlung und das Wissen des Erfolgs in eins fallen.

HRUSCHKA bringt ein Beispiel, in dem das sicher der Fall ist: jemand schießt auf einen anderen und weiß, daß der Schuß tödlich sein wird; das sagt er auch, schließt dann freilich an: ‚Aber den Tod habe ich nicht gewollt!‘ Eine solche Aussage ist, da hat HRUSCHKA recht, absurd.²⁷⁸ Aber es gibt eben auch weniger eindeutige Fälle, so zum Beispiel der Fall einer Mutter, die ihr seit Stunden schreiendes Kind mit Schlaftabletten beruhigen will, das daran stirbt.²⁷⁹ Behauptet sie nun, sie hätte ihr Kind nicht töten, sondern es nur beruhigen wollen, sie hätte darauf vertraut, daß es gut ginge, wäre *das* kaum *absurd*. Es ist offensichtlich, daß es ausgesprochen gefährlich ist, ein Kleinkind mit Medikamenten zu behandeln, gerade mit Schlafmitteln. Es ist extrem unvernünftig, darauf zu vertrauen, daß man die richtige Dosierung (falls es überhaupt eine gibt) trifft. Aber es ist nicht absurd. Das ist der zentrale Unterschied zu HRUSCHKAS Beispiel, und *hier* liegt das Problem. Der Unterschied zwischen *direktem Vorsatz* und *Eventualvorsatz* ist der Unterschied zwischen *Absurdität* und *Unvernunft*. D.h.: beim Eventualvorsatz ist die Distanzierung der riskanten Handlung vom Erfolg sozial einfacher möglich, und deshalb braucht man zur Handlungsbestimmung die Feststellung der Erfolgseinschätzung, nämlich ob es gutgehen wird oder ob das egal ist. Anders herum: beim direkten Vorsatz umfaßt die Handlung auch gleich die Erfolgseinschätzung, es gibt insofern keinen Spielraum mehr für Fehleinschätzungen.

²⁷⁸ Hruschka (1985), S. 192. Das setzt allerdings voraus, daß der Täter sich weder in einer Entschuldigungslage noch in einem die Schuldfähigkeit ausschließenden Zustand befand – sonst würde die Äußerung *durchaus* Sinn machen.

²⁷⁹ Der klassische Fall ist, daß das Kind geschüttelt bzw. geschlagen wird, um es ruhig zu stellen, siehe z.B. BGH NStE Nr. 30 zu § 212 StGB.

Man *kann* sich nicht mehr darauf verlassen, daß es schon noch gut gehen wird, wenn man erkannt hat, daß etwas praktisch sicher, also hochwahrscheinlich ist – sagt das englische Recht.²⁸⁰ Dann ist eine Distanzierung unmöglich und deshalb ist es Stellungnahme gegen die Norm. Bei allen anderen, nicht ganz sicheren Konsequenzen einer Handlung, muß dann entsprechend Beweis auch über die konkrete Situationseinschätzung erhoben werden, d.h. es ist zu klären, ob es sich dabei um ein Versehen oder eine Tat handelt. Alles andere, die Anknüpfung an *bloße* Gefahrkenntnis *ohne* deren Einschätzung, die sich gar aus dem ergibt, was angesichts der Handlung nicht ganz unwahrscheinlich ist, sind Vorsatzpräsumtionen und schlicht Versuche, einem Angeklagten die Verteidigung fehlenden Vorsatzes abzuschneiden. Ob man diese Risikoevaluation aber nun Wissen nennt oder Wollen, ist einerlei, denn wenn bei einer von der Absicht her bestimmten Handlung die Annahmen des Täters hinsichtlich der Nebenfolgen kommunikativ plausibel oder gar evident sind, dann ist damit auch die Stellungnahme zur Norm, also seine Wertung der Norm, klar.

Ob also, zusammenfassend, eine bestimmte Information mitgeteilt wurde, hängt davon ab, was sozial als *Wissen* bzw. *Motiv* in *Kommunikation* aktualisiert werden kann – und was nicht. Was daraus für die Dogmatik zu schließen ist, wird im nächsten Abschnitt behandelt.

Neben der Zurechnung der Vermeidbarkeit spielen teilweise, wenn für das Verständnis als Normbruch die Vermeidbarkeit nicht ausreicht, weil die Ausdrucksform auch dann noch ambivalent bliebe, besondere subjektive Merkmale eine Rolle; zur Deutung ist dann die Erkennbarkeit von besonderen Motivlagen bzw. Zielsetzungen notwendig – „überschießende Innentendenzen“²⁸¹. Es dürfte hier schon fast müßig zu sagen sein, daß auch diese natürlich sozial dargestellt werden müssen und eine soziale Funktion erfüllen.²⁸² Sie gehören in den subjektiven Tatbestand, weil sie bestimmen, ob möglicher Sinn tatsächlich geäußert wurde und nicht etwa festlegen, was als Ausdrucksform für eine Information in Betracht kommt. Motive sind keine Ausdrucksform, sondern bestimmen die Aktualisierung möglicher Ausdrucksformen. Im Gegenschluß: man kann sie nicht gut als Gegenstand einer Äußerung auffassen, denn es macht bezüglich des Vor-

²⁸⁰ Der Erfolg ist vorsätzlich herbeigeführt, if it „was a virtual certainty as the result of the defendant’s actions and that the defendant appreciated that such was the case“ (Lord Lane in *Nedrick* [1986] 1 WLR 1025).

²⁸¹ Siehe Jescheck/Weigend (1996), S. 319 f.

²⁸² Grundlegend Wright Mills (1940), siehe auch Kieserling (1999), S. 142 f.

liegens einer Kommunikation keinen Sinn zu fragen, was die Kriterien sind, nach denen zu entscheiden ist, ob die Kriterien, nach denen zu entscheiden ist, ob etwas geäußert wurde, geäußert wurden.²⁸³

3. *Ein soziologischer Verbrechensbegriff: Rechtswidrigkeit und Schuld als Normwiderspruch und Handlungszurechnung*

Nur um den dreigliedrigen Verbrechensbegriff zu komplettieren: Neben den Geltungsbedingungen der Norm (Geschichte, Natur, positives Setzung etc.) existieren Bedingungen, die die *Anwendbarkeit* der Norm konditionieren. Man könnte sie auch situative oder tatsächliche Geltungsbedingungen nennen. Es geht schlicht darum, ob die Situation, für die die Norm einschlägig ist, überhaupt vorliegt. Die **Rechtswidrigkeit** fragt im 'objektiven Tatbestand' dieser Zurechnungsstufe nach diesen bzw. nach der Abwesenheit dieser *situativen Geltungsbedingungen der Norm* (also: den *tatsächlichen* Rechtfertigungsvoraussetzungen), im 'subjektiven' nach der Mitteilung der entsprechenden Situationseinschätzung. Es muß also für das *Fehlen* eines Normwiderspruchs Handeln *in Hinblick auf* die Rechtfertigungslage sozial erkennbar sein – nicht unbedingt *wegen* der Rechtfertigungslage.²⁸⁴

Generell gilt: „Widersprüche sind ... Zusammenfassungen von Sinnmomenten unter dem Gesichtspunkt der Unvereinbarkeit.“²⁸⁵ Ein Widerspruch zur Norm entsteht also nur dann, wenn in einer Kommunikation der Normsinn mit dem geäußerten Sinn so zusammengezogen wird, daß ein Widerspruch erscheint. Dann muß an der Tat die geltende Norm erkennbar sein, weil die Tat sich ja zur Norm verhalten muß – z.B. durch Heimlichkeit,

²⁸³ Man kommt hier in den Bereich der Paradoxie, daß die Unterscheidung Mitteilung/keine Mitteilung *verhindert*, daß man etwas gezielt *nicht* mitteilt, denn die gezielte Verhinderung einer Mitteilung ist, soweit sie sozial erkennbar ist, eine Mitteilung genau darüber. Wer sagt: „Ich sage nichts!“, sagt genau das – mit allen Konsequenzen, z.B. Motivunterstellungen usw. Diese kommunikative Normallage erkennt man schon daran, daß für den Strafprozeß gerade normiert werden muß, daß aus dem Schweigen des Angeklagten *keine* Schlüsse gezogen werden dürfen (s. BVerfG NSTZ 1995, S. 555) – eine kommunikative Ermöglichung der Nichtkommunikation. Der infinite Regreß bei dem Problem, ob nicht das Mitteilungsverhalten, insb. das Verhalten, das eine fehlende Mitteilung nahe legt, selbst mitgeteilt (= bewußt eingesetzt) wurde und ob das Verhalten, das diesen Verdacht entkräften könnte, nicht wiederum bewußt gewählt (also: gelogen) sein könnte usw., also die unaufhebbare Möglichkeit der Lüge (siehe Luhmann (1997), S. 225 f.), kann *im Prozeß* zwar auseinandergezogen werden, kollabiert aber letztlich *für den Schuld-spruch* zur einfachen Frage: Mitteilung oder nicht?

²⁸⁴ Siehe Jakobs (1991), 11/20 f.

²⁸⁵ Luhmann (1984), S. 525.

Versuche des Täters, anonym zu bleiben, aber auch öffentliche Rechtfertigungsbemühungen oder Inszenierungen als Machtdemonstrationen (ein weiterer Fall, bezogen auf die Normgeltung selbst, sind Verbots- oder Erlaubnisirrtum, die ja auch fehlende Heimlichkeit erklären könnten – s.u.). Eine Tat ohne widersprechenden Normbezug liegt vor, wenn die tatsächlichen Geltungsbedingungen (Anwendungsbedingungen) oder normativen Geltungsbedingungen der Norm *erkennbar* nicht vorliegen oder verkannt werden. Während der Tatbestand davon handelt, ob eine Kommunikation rekonstruiert werden kann, die zunächst *prima facie* als normwidrig und zurechenbar genommen wurde, geht es in der Rechtswidrigkeit um die Frage, ob diese *Prima-facie*-Normwidrigkeit in *tatsächlicher* Hinsicht vorlag und kommunikativen Niederschlag fand.

Die **Schuld** schließlich beschäftigt sich mit dem Problem, ob die *prima facie* angenommene *Zurechenbarkeit* zu einer Person tatsächlich trägt. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Frage der Zurechnung als Erleben oder Handeln²⁸⁶, also Person- oder Situationszurechnung, und der Frage der Personalität einer Person. Handeln schlägt in Erleben um, wenn Sondersituationen die Selektion der Information fremdbestimmt erscheinen lassen – Unzumutbarkeit.²⁸⁷ Die Inklusion ins Rechtssystem, Personalität, richtet sich nach der Definition einer kompetenten Person, die heute im Zusammenspiel von Recht und Medizin/Psychologie geprägt wird.²⁸⁸ Die Unrechtseinsicht ist Zurechnungsvoraussetzung, weil damit geklärt wird, ob in Hinblick auf *diese bestimmte* Kommunikation eine kompetente Person vorlag, *die sich tatsächlich gegen die Norm entschieden hat*.²⁸⁹

Gibt es erst einmal *Verhaltenserwartungen* (Normen), ist Verhalten in den betroffenen Situationen praktisch stets kommunikativ relevant²⁹⁰, solange ein Individuum *als Person* in einer *sozialen* Situation verhaltensrele-

²⁸⁶ Um noch einmal den Unterschied klar zu machen: beim Erleben wird der Selektion der Information nicht dem System, sondern der Umwelt zugeschrieben – wissenschaftliche Kommunikation, Schauspieler im Film, Befehlsempfänger usw. Damit wird ein Erleben kommuniziert – die Kommunikation ist Handlung, aber die Information wird erlebt, denn sie wird nicht der Person als eigene Selektion zugerechnet, sondern bestimmt sich durch die erforschte Natur, das Drehbuch, den Befehl.

²⁸⁷ Siehe Jakobs (1991), 17/53.

²⁸⁸ Siehe Jakobs (1991), 17/48.

²⁸⁹ Für einen „Grundlagenirrtum“ so auch Jakobs (1991), 19/7.

²⁹⁰ „Kommunikation ist ... auch ohne Sprache möglich, ... typisch durch Abweichen von Erwartungen, deren Bekanntsein man unterstellen kann.“ Luhmann (1984), S. 208.

vante Normen bindet²⁹¹ – nicht z.B. bei Individuen, die im relevanten Kontext keinen Personenstatus haben, wie bspw. Geisteskranke oder Kinder oder, in einigen Gesellschaften, Fremde. Dies ist, vielleicht zunächst etwas überraschend, der Ausgangspunkt eines soziologischen Begriffs der **Entscheidung**, mit dessen Hilfe man leicht sehen kann, warum eine Straftat stets als Entscheidung erscheint – und erscheinen muß, soll sie als Tat zugerechnet werden.

Es geht auch hier um Komplexitätsreduktion bzw. Kontingenzverarbeitung sozialer Systeme, es geht um das Problem der Organisation von kommunikativen Anschlüssen – wie bei Handlungen auch.

„So verfertigt das System in seiner Kommunikation anstelle originärer Selbstbeobachtung laufend Selbstbeschreibungen an [sic!], die im weiteren dann an die Stelle der allzu komplexen Originäreignisse treten und das Anschlußverhalten kanalisieren.“²⁹²

Während in den vor allem wirtschaftswissenschaftlich²⁹³ geprägten Entscheidungstheorien (rational choice) Entscheidungen als Ausdruck von individuellen Präferenzen gelten, führt die hiesige soziologische Betrachtung zu dem Vorschlag, „eine Handlung immer dann als Entscheidung anzusehen, wenn sie auf eine an sie gerichtete Erwartung reagiert. Es ließe sich auch sagen: daß sie immer dann, wenn sie darauf reagiert, mit Hilfe von Erwartungen beobachtet wird.“²⁹⁴ Ob etwas Entscheidung ist, wird demnach sozial determiniert, nämlich durch die Erwartungsstruktur der Gesellschaft *und nicht durch psychische Zustände*.²⁹⁵ ‘Entscheidung’ ist ein Beispiel dafür,

„daß es vergeblich wäre, nach einem psychischen oder gar organischen Substrat von so etwas wie Person, Intelligenz, Gedächtnis, Lernen zu suchen. Es handelt sich um Kunstgriffe von Beobachtern, mit denen Nichtbeobachtbares gedeutet ... wird ... »Psychologisches« dieser Art gehört mithin mit zur emergenten Realität sozialer Systeme.“²⁹⁶

²⁹¹ Siehe Kieserling (1999), S. 94 mit bezug auf Goffman.

²⁹² Luhmann (1988a), S. 277.

²⁹³ D.h. einer der Wissenschaften, die sich um *normative* Modelle richtigen Entscheidens bemühen (wie auch Recht und Ethik), der Präferenzbegriff ist hier „rational“ gemessen an einem Knappheitspostulat statt „legal“ oder „gut“.

²⁹⁴ Luhmann (1988a), S. 278.

²⁹⁵ Siehe Luhmann (1996), Kap. 4 IV.

²⁹⁶ Luhmann (1984), S. 159; siehe auch Sonntag (1988), S. 5 f.: „Seele, Psyche usw. sind also als Wissensgegenstände aufzuzeigen, deren ‚Erkenntnis‘ in gleichem Maße als ihre ‚Erzeugung‘ angesehen werden muß.“

Es ist also die Handlung *in bezug auf* Verhaltenserwartungen und die damit zusammenhängende Unterscheidung von Konformität und Abweichung, die zu Entscheidungen führt.²⁹⁷ Natürlich ist jede Handlung selbst erwartungsorientiert, ist damit aber noch keine Entscheidung. Entscheidung wird sie erst, *wenn sie darauf reagiert*, daß das durch die Handlung Erwartete wiederum erwartet wird, m.a.W.: daß *ihr Sinn* auf eine an sie selbst gerichtete Erwartung *reagiert*. Damit ist der Bereich gemeint, der strafrechtsdogmatisch von § 17 StGB abgedeckt wird. In den Fällen des Verbotsirrtums bzw. der Verbotsunkenntnis wird zwar zweifellos gehandelt, aber mit der Handlung eben keine Entscheidung gegen die Norm gefällt. Der Handlungssinn ist ein anderer als der einer Normbruchkommunikation, weil die Handlung keine Stellung zur Norm nimmt.

Das Aussprechen einzelner Worte einer Wochenendgeschichte, die man Kollegen erzählt, ist keine Entscheidung, wie auch das Erzählen der Geschichte selbst nicht – es sei denn, es gäbe Besseres zu tun oder die Geschichte kompromittierte einen Anwesenden, d.h. ein anderes Verhalten *wäre eigentlich zu erwarten*. Im Schulunterricht zu flüstern, ist Tat, redet jemand laut mit seinem Nachbarn, weil er darüber irrt, daß keine Pause ist, liegt Erlaubnistatbestandsirrtum vor (kein Widerspruch zur Norm), redet er laut, weil er von einem Schweigegebot im Unterricht nichts weiß, Verbotsirrtum (keine Entscheidung gegen die Norm).

Es ist ein Ausnahmefall, wenn eine Handlung entgegen einer Verhaltensnormierung nicht als Entscheidung gilt, und entsprechend müssen Ausnahmemotive mobilisiert werden.²⁹⁸ Aber auch hier: Entscheidung ist immer Entscheidung für einen Beobachter. Das bedeutet mögliche Beobachtungsdivergenzen hinsichtlich der Entscheidung selbst, so daß der Entscheider durchaus überrascht sein mag, vom Entscheidungscharakter seiner Handlung zu erfahren. Außerdem bleiben, wie immer, Umdefinitionen der Entscheidungssituation durch kommunikative Nachträge möglich.

Folgt man dieser Sicht, wird deutlich, daß Recht und Wirtschaftswissenschaften, Religion und Ethik Entscheidungen schaffen, indem sie Handlungserwartungen formulieren. D.h. je mehr Verhalten normiert wird, sei es durch Recht, sei es durch ökonomische oder theologische Lehren, um so

²⁹⁷ Siehe Luhmann (1984), S. 400.

²⁹⁸ Wer in der Arbeitspause schweigt oder sich sonst ungesellig verhält, muß ggf. anführen, er fühle sich nicht wohl, habe einen Kater oder dergleichen, damit das Schweigen nicht als Kauzigkeit oder gar als bewußte Entscheidung verstanden wird, hier und jetzt nicht mit den Kollegen zu plaudern (Mit der Anschlussfrage: Warum?). Für weitere Beispiele siehe Kieserling (1999), S. 92 in Fn. 11.

mehr Entscheidungen werden produziert und um so entscheidungsabhängiger – also kontingenter! – erscheint Gesellschaft.²⁹⁹ Rechtlich relevantes Verhalten ist damit nicht nur Handeln, sondern sogar eine besondere Art von Handeln: Entscheidung. Und nur als solche ist sie rechtlich relevant. Schließlich: Eine Entscheidung gegen die Norm kann dann auch in der fehlenden Anstrengungen zur Kenntnis der Verbotsnorm oder der fehlenden Erlaubnis liegen.

Als Übersicht mag die folgende Tabelle dienen:

Abbildung 7: Soziologie und Dogmatik der Straftat

	Straftat dogmatisch	Straftat „untechnisch“	Straftat soziologisch
Tatbestand	Objektiver Tatbestand	<ul style="list-style-type: none"> • Mögliche normenttäuschende Ausdrucksform • Zuständigkeit (= Obj. Zurechnung incl. Täterschaft und Teilnahme) 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>prima facie</i> normenttäuschende Information • <i>prima facie</i> Handlungszurechnung
	Subjektiver Tatbestand	Vermeidbarkeit, sonst. subjektive Merkmale	Mitteilung
Rechtswidrigkeit	Rechtfertigungsgründe	Norm <i>situativ</i> valide?	Tatsächliche Normgeltung
Schuld	<ul style="list-style-type: none"> • Zurechenbarkeit • Unzumutbarkeit 	Zurechnung <i>individuell</i> valide?	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Personalität</i>, Verbotskenntnis • Zurechnung als <i>Handeln</i> oder <i>Erleben</i>
Pers. Strafaufhebungsgründe	Rücktritt, Tätige Reue	Täterschaftliche Normbestätigung	Revalidierung

²⁹⁹ Zum Zusammenhang von moderner Gesellschaft, Entscheidung und Information siehe Luhmann (1996a).

4. Ansatzpunkte einer Theorie der Vorsatzzuschreibung

Eine Straftat als sozialer Tatbestand basiert immer und unvermeidlich auf *sozialen* Zurechnungsurteilen. Die durch den Begriff der Zurechnung ausgedrückte Kontingenz (man könnte anders zurechnen!), die vielleicht Unbehagen bereiten mag, wird, und das wird zumeist übersehen, durch die konkreten Formen des sozialen Verkehrs, also durch die Geschichtlichkeit des sozialen Systems, hinreichend bestimmt – und sei es durch Konzepte wie „psychische Verursachung“³⁰⁰. Statt allerdings sich fortschreibende Geschichte als unveränderliche Natur im Sinne einer argumentativen *Abschlußformel* zu präsentieren, die weiteres Nachfragen verhindern und Begründungen überflüssig erscheinen lassen soll, muß eine Dogmatik, die diese Kontingenz ernstnimmt, nach der Vertretbarkeit der Regelungen fragen und die ihnen zu Grunde liegenden Wertungen herausarbeiten. Natürlich ist alles immer auch anders möglich – aber mit guten Gründen?

‘Vorsatz’ ist das Programm, das die Kriterien angibt, die entscheiden, welche Seite der Unterscheidung Mitteilung/keine Mitteilung zu bezeichnen ist. Zu klären ist nun, wie diese Kriterien, wie dieses Programm aussieht. Liegt unzweifelhaft eine *mögliche* Ausdrucksform vor, hängt, wie gesagt, die Mitteilungsidentifikation an möglichen Wissens- wie Motivzuschreibungen. Welches Wissen, welche Motive zugeschrieben werden können, bestimmt sich danach, wie eine Person, der zugeschrieben werden soll, eingeschätzt wird – und zwar als individuelle Person als auch als Rollenträger.

a. Die Bedeutung von Wahrnehmung

Was an Wahrnehmung *wie* thematisierbar ist, hängt ganz entscheidend an den aktuellen Erwartungsstrukturen in Kommunikation. So kann man *in Interaktionssystemen* praktisch *nicht* nicht kommunizieren³⁰¹: Sagt man

³⁰⁰ Wer das ändern will, muß damit rechnen, daß dann legitimerweise verlangt wird, andere Formen anzubieten. Sonst mag die Angst berechtigt sein, die mit dem wissenschaftlichen Widerspruch wiedereröffnete theoretische Kontingenz könne durch (aus dogmatischer Perspektive) Zufälle gefüllt werden wie z.B. Arbeitsbelastung von Richtern, kriminalpolitische Stimmungen etc. Wer behauptet, es dürfe ein Element der Straftat nicht *einfach zugeschrieben*, sondern müsse doch wohl immer noch *nachgewiesen* werden, favorisiert möglicherweise mit guten Gründen eine soziale Form, die bestimmte Regeln für Zuschreibung fixiert. Um Zuschreibung aber geht es jedenfalls – und das Beharren auf ‚Nachweisen‘ verhindert gerade eine *Explikation* und damit ein Kritisierbarmachen *dieser* Zurechnungsregeln.

³⁰¹ Siehe Luhmann (1984), S. 562 mit Bezug auf Watzlawick et al.

etwas, wird man daran festgehalten, schweigt man, drückt auch das etwas aus.³⁰²

„Wenn Alter wahrnimmt, daß er wahrgenommen wird und daß auch sein Wahrnehmen des Wahrgenommenwerdens wahrgenommen wird, muß er davon ausgehen, daß sein Verhalten als darauf eingestellt interpretiert wird; es wird dann, ob ihm das paßt oder nicht, als Kommunikation aufgefaßt, und das zwingt ihn fast unausweichlich dazu, es auch als Kommunikation zu kontrollieren.“³⁰³

Schwitzen bedeutet so z.B. Angst und der einzige Weg, dieser Deutung zu entgehen, ist – darüber zu reden.³⁰⁴ Genauso können automanipulative Techniken Langeweile, Schweigen etwa Verstocktheit oder Gehorsam oder Einverständnis bedeuten, je nach dem, was in der Situation und von der Person erwartbar ist – und das kann dann, je nach Situation, kommunikativ thematisiert werden: so in den Beratungen des Prüfausschusses über einen bekannt starken oder schwachen Prüfling (Nervosität als Ergebnis von Prüfungsangst (Zurechnung zur Situation) oder Unwissen (Zurechnung zur Person)), während eines Beziehungstreits wahlweise mit einem „Macho“ oder „Softi“ (was für den einen als sensibel durchgehen mag, ist für den anderen gedankenlos und verletzend), bei der Notenberatung über einen guten und einen schlechten Schüler (fehlende Beteiligung als Zeichen für Langeweile aus Wissen oder Zeichen für Unwissenheit) usw. In *gleichen Situationen* erlauben *unterschiedliche Personen* nur eine ganz unterschiedliche Thematisierung des Wahrgenommenen und führen zu durchaus unterschiedlichen sozialen Deutungen in Kommunikation.

b. Person und Rolle als Erwartungssets

In der Bestimmung von Mitteilung, Information und Zurechnung zu einer Person gilt: Mitgeteilt werden kann nur, was als Information erwartbar ist. Was als Information erwartbar ist, hängt von der *Rolle* ab, in der eine *spezifische* Person agiert. Dabei gilt für die Deutung der Information einer Mitteilung, daß sie um so stärker von Person- bzw. Rollenerwartungen gesteuert wird, je geringer die Prägnanz der Mitteilung ist. Non-verbale Kommunikation ist so durch das wenig prägnante Mitteilungsverhalten

³⁰² Siehe Luhmann/Fuchs (1989), S. 17.

³⁰³ Luhmann (1984), S. 561 f.

³⁰⁴ Z.B. zu behaupten, es sei warm oder man habe hohen Blutdruck oder Sport getrieben, siehe Kieserling (1999), S. 122. Über das Verhältnis von Wahrnehmung in Interaktion und Kommunikation generell siehe Kieserling (1999), S. 140 ff.

mehrdeutig und oft unklar – und genau das ist, bewußt versucht, u.U. die Funktion dieser Art der Kommunikation: im Notfall hat man es gar nicht so gemeint, man kann die Deutung meist – mehr oder weniger überzeugend – von sich weisen.³⁰⁵

Rolle und Person erzeugen also den Erwartungshintergrund für die kommunikative Identifikation von *Information* und *Mitteilung*. Die soziale Situation selektiert Personen und Rollen, sie bestimmt, *wer* in einer gegebenen Situation *wie* relevant ist. Dabei bestimmen Person und Rolle einen Möglichkeitsraum (Erwartungen!), in dem sich bestimmt, wie sich der Kommunikationsprozeß fortsetzt, also: was sich als Situation ergibt. Ein Autounfall läßt nur bestimmte Rollen und Personen zu – z.B. keinen Clown (egal ob gut oder schlecht), wohl aber Helfer, Gaffer oder Unbeteiligte. Was einen Clown zum Clown macht, ist in dieser Situation sozial unerheblich und nicht darstellbar, und wer sich als Clown benehmen würde, müßte es sich gefallen lassen, daß an seiner Zurechnungsfähigkeit gezweifelt würde. Was beim Unfall möglich ist und was sich als Kommunikation ergibt, ändert sich jedoch, wenn zufällig ein Arzt oder Rettungssanitäter anwesend ist – oder ein Pressefotograf.

c. Zum Verhältnis von Person und Rolle

Die Unterscheidung von *Individuum* als biologischem Organismus und *Person* als Komplex sozialer Beziehungen hat bereits Radcliffe-Brown getroffen³⁰⁶, und man kann sie bei Anthropologen und Ethnologen fast als eingebürgert bezeichnen.³⁰⁷ Es ist im folgenden am Menschen das *Individuum* als Organismus, das *Selbst* als Bewußtsein und die *Person* als soziale Identität zu unterscheiden. Es wird also auf biologische, psychologische

³⁰⁵ Siehe Luhmann (1997), S. 210. Neben der Thematisierung von Wahrnehmung in direkter Kommunikation gibt es noch sprachliche wie nichtsprachliche indirekte Formen der Kommunikation. „*Indirekte Kommunikation* liegt vor, wenn der Absender in der anschließenden Kommunikation bestreiten kann, etwas mitgeteilt zu haben, und wenn andererseits der Empfänger bestreiten kann, etwas verstanden zu haben.“ (Kieserling (1999), S. 158, zur indirekten Kommunikation in Prüfungssituationen siehe S. 167 ff.) Es handelt sich um ambivalentes Verhalten. Beispiel: Man läßt im Amtszimmer des zuständigen Sachbearbeiters für eine Baugenehmigung eine wertvolle Küchenmaschine stehen und behauptet, zur Rede gestellt, man habe sie nur ‚vergessen‘. Siehe insbesondere zur Interpretationsoffenheit von *expression* (vs. *language*) auch Goffman (1983), S. 49.

³⁰⁶ Siehe Radcliffe-Brown (1940), S. 193 f.

³⁰⁷ Siehe La Fontaine (1985), S. 125 f. m.w.N.

und soziologische Aspekte referiert.³⁰⁸ Die gesellschaftliche Thematisierung von Leib, Seele und sozialer Position fällt je nach Gesellschaftsform erwartungsgemäß durchaus unterschiedlich aus. Dazu sogleich. Vorher aber ist es noch wichtig, den Unterschied von *Person* und *Rolle* kurz zu klären.

Normative Erwartungen lassen sich auf unterschiedlichen Ebenen organisieren und sachlich ordnen. Sind sie an ein Individuum gebunden, kann man von *Person*, gelten sie für viele Individuen in bestimmten Interaktionsmustern, kann man von einer *Rolle* sprechen, geht es um die Regelung arbeitsteiliger, also von mehr als einem Individuum zu erbringender Leistungen, wie z.B. eine chirurgische Operation, sind die Anforderungen für die beteiligten Individuen in *Programmen*³⁰⁹ organisiert. 'Person' hat insofern also eine Doppelbedeutung: zum einen als *die Erwartungen* an ein Individuum, die *nur* an *dieses* Individuum gerichtet sind (also Eigenarten, Besonderheiten usw.), zum anderen als *Träger und soziale Adresse* aller Erwartungen inkl. Rollen- und Programm-erwartungen, die aktuell an ein Individuum gerichtet werden (also als Name für ein Erwartungsset).

„Eine Person wird ... konstituiert, um Verhaltenserwartungen ordnen zu können, die durch sie und nur durch sie eingelöst werden können.“³¹⁰ – im Gegensatz zur *Rolle*. „Daß persönlich adressierte Erwartungen, die mit dem Adressaten »sterben«, und Rollenerwartungen deutlich trennbar sind, ist ein Resultat soziokultureller Evolution, ist also erst allmählich einsehbar geworden. Man kann dies an der Geschichte der Differenz von Amt und Person ablesen.“³¹¹

Bei *Rollen* geht es „immer nur um einen Ausschnitt des Verhaltens eines Menschen, der als Rolle erwartet wird, andererseits um eine Einheit, die von vielen und auswechselbaren Menschen wahrgenommen werden kann“³¹². Die Rolle organisiert die Erwartungen, die situativ an eine Person gerichtet werden, *ist* aber nicht die Person. Sie ist die Maske, die auf ein Dahinter verweist, formt Figuren, die gespielt werden. Das historisch sich wandelnde Personenkonzept enthält im wesentlichen die *Regulierung* dieser *beiden* Aspekte, indem es beschreibt, was Personen 'eigentlich' sind.

³⁰⁸ Diese Unterscheidungen sind expliziert und begründet in Harris (1989). Sie sind auch aus systemtheoretischer Sicht naheliegend, weil sie die unterschiedlichen Ebenen der Systembildung bezeichnen.

³⁰⁹ Siehe Luhmann (1984), S. 432 f., (1987), S. 88.

³¹⁰ Luhmann (1984), S. 429.

³¹¹ Luhmann (1984), S. 431.

³¹² Luhmann (1984), S. 430.

Die Frage ist nämlich, ob der *Unterschied* von Rolle und Rollenträger thematisierbar ist und ob ihre Relationierung gesellschaftlich notwendig oder kontingent (z.B. entscheidungsabhängig) erscheint.

Es ist nun nicht so, daß die Person gegenüber der Rolle historisch an Bedeutung verloren hätte – oder umgekehrt.³¹³ „Die Entwicklung zeichnet sich vielmehr dadurch aus, daß diese *Differenz* an Bedeutung gewinnt“³¹⁴. Wie wir im folgenden sehen werden, ist Rolle und Person in segmentären Gesellschaften praktisch konfundiert. Man betrachte nur Sophokles' *Antigone*, in der alle ihre Rollen spielen und der Rollenkonflikt die Tragik erzeugt: unschuldig schuldig werden – „a tragedy without individualism or private morality. ... There is an anguished fusion of self and role, which reduces neither to the other.“³¹⁵ Historisch später ist die Rolle dann nicht mehr bloß *Repräsentation* der Person („Er ist der König!“), sondern wird dessen *Ausdrucksfeld* („Er ist als König nicht sehr gewandt, aber sonst ein netter Mensch.“).

Damit wird erkennbar, wie historisch die Individualisierung (Person) und Generalisierung (Rolle) von Verhaltenserwartungen gleichzeitig zunehmen konnten, nämlich durch ihre schärfere Differenzierung. Die damit erzeugten Freiheitsgrade für die Bestimmung der Person mußten dann allerdings wieder gesellschaftlich reduziert werden, z.B. durch *Kopie* – von Personenmodellen, Modellbiographien, Charaktertypen aus Roman, Novelle oder Dichtung. „Wir können annehmen, daß solche Probleme und ihre literarische Behandlung erst aktuell werden, wenn die Gesellschaft Personalität zur Bündelung von Erwartungszusammenhängen benötigt und ausdifferenziert.“³¹⁶ Erst dann tritt Individualität im modernen Sinne in Erscheinung. Denn ein Individuum als Person ohne Rolle, d.h. ohne festen Bezug zu anderen, zu sehen, ohne gesellschaftsstrukturelle Bestimmtheit sozusagen, wird erst in der Moderne möglich.

d. Die Grenzen von Kommunikation

Die Grenzen dessen, was sinnvoll als Information bezeichnet werden kann, macht jemanden bei Benutzung eines entsprechend prägnanten Mitteilungsverhaltens ggf. zum Lärm-Produzenten: das Mitteilungsverhalten be-

³¹³ Frühe Kulturen, so Mauss, *bestehen aus einer bestimmten Anzahl von Rollen*, von Charakteren (Mauss (1985), S. 5). Daß ‚spielen‘, das Innehaben einer Rolle, ist von den frühen Kulturen bis heute zu finden, meint Mauss weiter (S. 12).

³¹⁴ Luhmann (1984), S. 431.

³¹⁵ Siehe Hollis (1985), S. 222.

³¹⁶ Luhmann (1984), S. 430.

zeichnet nichts Sinnvolles – und der Mitteilende gilt unter Umständen als verrückt.³¹⁷ Goffman nennt die Bedingungen und Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit Kommunikation jemandem nicht als Seltsamkeit zugerechnet wird, *Felicity's Condition*. „Behind Felicity's Condition is our sense of what it is to be sane.“³¹⁸ Wichtig ist, hier den Unterschied von Devianz und fehlender Anschlußfähigkeit im Auge zu behalten, d.h. den Unterschied zwischen Erwartungsenttäuschung und fehlendem kommunikativen Effekt. Was gesagt werden kann, bestimmt sich nach Rolle und Person in einer Situation.

„A question of who can say what to whom, in what circumstances, with what preamble, in what surface form, and, given available readings, will not be thought mindless in doing so. A question of what we can say and still satisfy Felicity's Condition.“³¹⁹

Hier geht es darum zu sehen, daß bestimmte Äußerungen keine Kommunikation deshalb werden, weil sie nach Umständen, also Situation, Personen, Mitteilungsverhalten und möglichen Informationsdeutungen sozial nicht als bedeutungshaltig decodiert werden können. Das ist aber etwas anderes als überraschende oder erwartungswidrige Kommunikation, die ja gerade als solche weiterprozessiert wird. Kraß: Mitteilende normenttäuschender Information kommen in den Knast, die unverständlicher ins Irrenhaus.

Die Frage lautet also, was jemand eigentlich tun muß(te), um etwas mitzuteilen. Bzw.: **welche Strukturen eine Gesellschaft haben muß, damit sie was systematisch als Mitteilung beobachten kann.** „Über den Baum, der Frucht trägt oder verdorrt, kann gesprochen werden. Daß er Frucht trägt, daß er verdorrt, kann aber auch als Antwort auf eine Beschwörung oder eine Verfluchung genommen werden, so daß Rituale (und Beschwörer und Verflucher) ausdifferenzieren. Dann ist die Mitteilung des Baumes Moment der Autopoiesis der Gesellschaft und damit auch Moment ihrer Strukturalität, das heißt dessen, wodurch sie sich irritieren läßt“³²⁰. Der Baum kann aber, hat er eine religiöse ‚Personalität‘, nicht über die Frühjahrsmode, Wetteinsätze oder Kochrezepte plaudern. Heute werden diese Anschlußpunkte oder Adressen für Kommunikation wie Bäume, Geister etc. zwar als Informationen – d.h. fremdreferentiell – *erinnert*, aber eben

³¹⁷ So z.B. bei fehlender Varietät einer ‚Information‘ (die dann ja keine ist): jemand wiederholt ständig den gleichen Satz – wie „Ein Glas Marmelade enthält 450g.“

³¹⁸ Goffman (1983), S. 27.

³¹⁹ Goffman (1983), S. 48.

³²⁰ Fuchs (1996), S. 120.

generell nicht mehr (oder kaum noch) als Zurechnungspunkt für Kommunikation *genutzt*.

Die Erwartungen klären, was als bedeutungstragendes Verhalten gilt, was also Informationen codieren kann.³²¹ Diese Programme sind Teil der Erwartungskollage, die an eine Einzelperson gerichtet ist, seien sie situativ relevante *Rollenerwartungen* oder situations- und rollenübergreifende Erwartungen an eine individuelle *Person*. Es gibt demnach nicht *ein* Programm für die Identifikation von Mitteilungsverhalten, sondern so viele, wie es Rollen, so viele, wie es Personen und personspezifische Äußerungen gibt. „Attention to such identities can show how members of various *social kinds* are reckoned to have differing agentive capacities and hence to be unlike each other as authors of actions.“³²² Die hohe Differenzierung von Rollen heute führt freilich zu einer sehr weitgehende Standardisierung von Verhaltenserwartungen.

„Who we are is not only what we did, do, and will do but also what we might have done and may do. Making up people changes the space of possibilities for personhood... it simply wasn't possible to be a heterosexual *kind of person* before the nineteenth century, for that kind of person was not there to choose.“³²³

Beides, mögliche Rollen- und Personenbeschreibungen sind historisch variabel – damit wird sich im nächsten Kapitel eingehend zu befassen sein. Allgemein aber gilt:

„Many philosophers follow Elizabeth Anscombe and say that intentional human actions must be ‘actions under a description.’ This is not mere linguisticism, for descriptions are embedded in our practices and lives. But if a description is not there, then intentional actions under that description cannot be there either... What is curious about human action is that by and large what I am deliberately doing *depends on the possibilities of description*. To repeat, this is a tautological inference from what is now a philosopher's commonplace, that all intentional acts are acts under a description. Hence if new modes of description come into being, new possibilities for action come into being in consequence.“³²⁴

³²¹ Siehe Harris (1989), S. 603: „.... distinguishing actions from mere behavior, as a priest's gesture of blessing versus an infant's random wave of the hand.“

³²² Harris (1989), S. 604 – meine Hervorhebung.

³²³ Hacking (1986), S. 229 – meine Hervorhebung.

³²⁴ Hacking (1986), S. 230 f. – meine Hervorhebung.

Und 'description' heißt in der hier favorisierten Terminologie: Erwartungen.

Für die so entstehenden Grenzen möglicher Kommunikation gibt es viele Beispiele: Das ernst gemeinte romantische Niederknien des bekannt zynischen Intellektuellen vor der Angebeteten wird von dieser nur als Ironie empfunden – und entsprechend kommentiert. Oder man denke an Kommunikation von Kindern, für die sie eigentlich noch zu klein sind: dezidierte politische Positionen, Erotisches u.ä. An solche Äußerungen, die in der Regel erstaunt zur Kenntnis genommen, im letzteren Falle vielleicht gar nicht wahrgenommen werden, wird aber jedenfalls nicht kommunikativ abgeschlossen – man erzählt sie als Kuriosität maximal Bekannten.

*e. Der Zusammenhang von Person und Rolle
mit Motiv- und Wissenszuschreibungen*

„Personen (nicht Menschen!), werden wir sagen, haben einen Charakter, durch den sich regulieren läßt, welche Motive mehr oder weniger plausibel zugeschrieben werden können. Die historische Maschine des Sozialsystems kann die Motive ändern, die Personen zugeschrieben werden. Die Person/Motiv-Symbolik stattet das soziale System mit eine Kombination von Kontinuität und Diskontinuität aus, also mit der Möglichkeit für begrenzte und kontrollierte Änderungen.“³²⁵

Personen mit ihrem Charakter entstehen durch den sozialen Verkehr, der jedes Verhalten immer auch zur Selbstdarstellung einer Person macht. „Der Kern der Selbstdarstellung ist eine generalisierende Beobachtungstechnik, die das sichtbare Verhalten benutzt, um die unsichtbare Einheit der Person zu deuten.“³²⁶ In sozialen Systemen, in denen Personen nur kurz oder stark rollengebunden wahrgenommen werden, wird die Kontingenz der Person ggf. durch Kleinigkeiten, Zufälle, Nebensächlichkeiten gefüllt – die Schnürsenkel sind offen, der Blick ist unstet, der Metzger wiegt auf das Gramm genau. Dadurch ergeben sich rasend schnell Personeneinschätzungen, mag die Informationsbasis auch noch so dünn sein³²⁷, nach einiger Zeit auch Charaktere, durch deren Erwartungsstrukturen hindurch sich die Kommunikation fortspinnt. Wird diese Selbstdarstellung erkennbar betrieben, dann wirkt sie als Selbstverpflichtung – man erklärt sich und muß für die damit erzeugten Erwartungen geradestehen, es entstehen Normen.³²⁸

³²⁵ Luhmann (1996), Kapitel 3 IV.

³²⁶ Kieserling (1999), S. 120.

³²⁷ Siehe Kieserling (1999), S. 121.

³²⁸ Siehe für den Bereich „Liebe“ Luhmann (1984), S. 215, für das Gerichtsverfahren Luhmann (1983), S. 91 ff.

Der Charakter erfordert sozial immer je besondere Formen, um Bestimmtes kommunikativ zum Ausdruck zu bringen. Er organisiert Verhaltenserwartungen und die „Erwartungen beziehen sich auf das, was einem konkreten Menschen als Erleben und Handeln zugerechnet werden kann.“³²⁹ Die Erwartungssicherheit hängt in diesem Bereich „im wesentlichen vom Verpflichtungsmechanismus der Selbstdarstellung und den Sanktionsmitteln des sozialen Verkehrs ab.“³³⁰

Man weiß, wer jemand ist, was man von ihr zu erwarten hat – aber auch, was man von ihr legitim erwarten kann und fordern darf. Nichtsdestoweniger gibt es einen Grenzbereich, in dem man mehr oder weniger lernbereit ist, was den Charakter des anderen betrifft; man hat sich dann im anderen geirrt und ändert seine Verhaltenserwartungen an ihn. Typisch: „Das hätte ich ja nicht von Dir gedacht ...“ Das aber natürlich nur, wenn es sich nicht mehr wegerklären, normalisieren läßt. Erst wenn weitgehende Neutralisierungsstrategien versagt haben, erkennt man: Du bist nicht der, für den ich Dich gehalten habe! Das schließt dann wieder anderes aus und verändert im Nachhinein die Bedeutung der bisher abgelaufenen Kommunikation: alles war Täuschung oder es war doch Liebe etc.

Dadurch ergeben sich *positive und negative Feedbacks*³³¹ und entsprechende Karrieren: Bei ‚devianznäheren‘ Charakteren³³² wird Abweichung weniger neutralisiert, denn Normenttäuschungen entsprechen eher den Erwartungen, die damit perpetuiert werden – neutralisiert wird so leichter normkonformes Verhalten, auch, indem die ‚Konformen‘ konformer werden, als sie eigentlich sind, damit die Abweichende abweichend bleiben kann. Bei bekannt konformen Charakteren gilt das entsprechend umgekehrt. Der wesentliche Mechanismus ist dabei offenkundig das Regel-Ausnahme-Schema. Hier wäre der Anschlußpunkt, um eine Theorie ‚Krimineller Karrieren‘ soziologisch nachzuzeichnen.³³³

Der Charakter nun bestimmt auch, welche **Motive** für Handlungen attrahierbar sind („Dieser Mann ist zur Eifersucht unfähig!“). Und Motive steuern das, was als Deutung nahe liegt, wenn Äußerungen zu Kommunikation werden. Der Jagdunfall des untreuen Ehemanns legt, hat die Ehefrau

³²⁹ Luhmann (1987), S. 85.

³³⁰ Luhmann (1987), S. 86.

³³¹ So auch, allerdings aus ätiologischer Perspektive, Farrington (1997), S. 397.

³³² Im oben eingeführten *soziologischen* Sinne!

³³³ Die Forschung wird nach wie vor dominiert von ätiologischen Modellen, siehe nur Farrington (1997), stärker orientiert an interaktionistischen Einflüssen (labelling etc.) Sampson/Laub (1997).

geschossen, eine andere Deutung nahe als beim sonst korrekten und gewissenhaften Bezirksförster. Und so gibt es für manche Personen leicht Situationen, die nicht mehr sinnvoll kommunizierbar sind, wo der 'wahre', aber ungewöhnliche Sachverhalt nicht mehr kommunizierbar ist. Die gesellschaftlichen Normalitätsannahmen sind stärker.³³⁴

Die **Wissensattribution** hingegen findet schwerpunktmäßig über die Rolle statt, wobei *grundsätzlich* Rolle und Person sowohl Motiv- als auch Wissensattribution dirigieren. Nichtsdestoweniger wird zumeist mit einer bestimmten sozialen Position bzw. Funktion auch ein bestimmtes Wissensset verbunden – das dann unter Berufung auf die Person, aber in der Regel nur durch deren Abwertung, widerleglich ist.

Damit ist der Zusammenhang von Person, Mitteilung und Motiv im Rahmen des Theorieprogramms, wenn auch relativ oberflächlich und skizzenhaft, so weit dargestellt, daß die empirischen Untersuchungen deutlich werden, die in diesem Rahmen nahe liegen. Es ginge zum einen um die ‚Charaktere‘, Motive und konkreten Erwartungen, die heute die Bezeichnung von Mitteilungsverhalten programmieren, und zwar die möglicherweise je verschiedenen sowohl in Interaktion, als auch in den Organisationen der Sozialen Kontrolle wie Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht. Zu ermitteln wäre, was die Geschichten, Erzählungen, Normalitätsmodelle, wären, die Unfall und Tat scheiden. Heraus kämen mikrosoziologische Studien zum Vorsatz.³³⁵ Es geht zum anderen, und das wird Gegenstand des nächsten Kapitels werden, um eine Betrachtung der *sozialstrukturellen Bedingungen für bestimmte Formen der ‚Kommunikationsverbuchung‘ von Verhalten, nämlich welche Unterscheidungen unterschiedlich differenzierte Gesellschaften benutzen, um Mitteilungsverhalten zu identifizieren, welche Motive sie dafür sensibilisieren und wie Personen konstituiert werden*. Und zwar sowohl im Recht als auch in der Restgesellschaft. Bevor diese Fragen bearbeitet werden, gilt es aber noch, versuchsweise einige dogmatische Konsequenzen einer Parallelkonstruktion rechtsdogmatischer Begriffe durch soziologische Theorie aufzuzeigen.

³³⁴ Siehe Wolff/Müller (1997). Siehe außerdem Harris (1989), S. 600: „It seems to hold everywhere that people look to an ideal of ‚normal‘ human characteristics. These are seen as making possible the performance of meaning-laden conduct, that is, conduct construable or interpretable as action, according to a system of principles.“ Erst das macht den Unterschied zwischen Zwinkern und bloßem Liedschlag.

³³⁵ Siehe Nachweise oben in Fn. 274.

IV. Dogmatische Konsequenzen

Nach dieser soziologischen Umschrift der Strafrechts- und insbesondere der Vorsatzdogmatik in eine soziologische Form geht es nun nur noch darum, das, was oben ausgeführt wurde, noch einmal knapp zusammenzufassen und einige mögliche dogmatischen Konsequenzen zu beleuchten. Dogmatisch folgenreich ist die Umstellung der Referenz von psychischen auf soziale Systeme, von Bewußtsein auf Kommunikation, vor allem beim Vorsatz, hat aber noch weitergehende strafrechtssystematische Implikationen.

1. *Eine soziologische Normalisierung schuldstrafrechtlicher Anomalien*

Die üblicherweise mit psychologischer Referenz verwendeten Begriffe sind soziologisch, also nicht als Seinsaussagen über Bewußtsein, sondern als kommunikative Konstrukte zu verstehen, die nur als solche wirklich sind und tatsächlich Effekt haben. Das heißt nichts anderes als: nur Kommunikation kommuniziert.³³⁶ Kaum anders als kommunikativ kann sozial folgenreich geklärt werden, was die tatsächliche Bedeutung eines Verhaltens, was also die „Absicht,, des möglichen Täters gewesen sein könnte, als er handelte. Anders als kommunikativ kann Vorsatz nicht festgestellt werden. „Ist man nicht zwangsläufig auf soziale Zurechnungen und damit auf Konventionen angewiesen, weil etwas anderes gar nicht funktionieren würde?“³³⁷ Der alleinige Bezug auf den Handelnden selbst hieße, daß es ausgeschlossen wird, jemandem ein Verhalten als Handlung oder sogar Entscheidung zuzuschreiben, das dem Handelnden gar nicht so erschienen war. Eine solche Position ist, das wurde oben bereits angemerkt, theoretisch und praktisch nicht durchzuhalten. Es ist durch das kommunikationstheoretische Paradoxon sozial undurchführbar, nämlich, daß man nicht meinen muß, was man sagt. Das führt letztlich zu einem universellen Motivverdacht, der kommunikativ nicht aufzulösen und immun gegen alle Beteuerungen des Gegenteils, der Wahrhaftigkeit einer Behauptung ist. Mit jedem Versuch seiner Widerlegung wird dieser Verdacht, daß alles auch anders (gemeint) sein könnte, nur weiter perpetuiert.³³⁸ Um also dem Einzelnen

³³⁶ In der eingeführten Bedeutung, s. o. S. 99.

³³⁷ Luhmann (1996), Kap. 4 I.

³³⁸ Siehe Luhmann (1984), S. 207 f., (1997), S. 225 f.

die Autorität der ausschließlichen Selbstinterpretation zu nehmen³³⁹, die Macht, allein über die Bedeutung, den Sinn seiner Handlung nach individuellem Vorteil verfügen zu können, deshalb wird mit den Konzepten *Parallelwertung* und *Mitbewußtsein* Norm- und Weltwissen *beobachterabhängig* gemacht. Man kann damit, und das ist ihre Funktion, von Außen sagen, was Innen 'vorging', man kann standardisieren, verallgemeinern, Erfahrungssätze aufstellen – auch wenn es offensichtlich dem Ausgangspunkt eines auf eine tatsächliche, individuelle, bewußte Entscheidung gegen das Recht setzenden Schuldstrafrechts widerspricht.

Die Lösung des gleichen Problems, der Unergründbarkeit des Subjektiven, hört auf den Namen *Zurechnungsfähigkeit* und beschränkt, was entlastet: obwohl man im Schuldstrafrecht vom *Können im Zeitpunkt der Tat* meint ausgehen zu müssen, kommt es beim affektiven Verlust der Selbstkontrolle darauf an, ob er provoziert wurde oder, bei der Notwehrüberschreitung, ihm Affekte mit asthenischem Charakter zu Grunde liegen – obwohl auch sthenische oder nicht im Sinne des Gesetzes provozierte die Kontrolle entscheidend vermindern mögen. Bei der Berausung ging man lange Zeit von der *actio libera in causa* aus. Der Anknüpfungspunkt des Schuldurteiles wird hier allgemein vorverlagert auf den Zeitpunkt, in dem man noch entscheidungsfähig war: hätte man sich zusammengerissen, hätte man sich nicht betrinken müssen bzw. seine Leidenschaften unter Kontrolle halten können. Aber das ist keine *bei der Tatbestandsverwirklichung* vorliegende Schuld, vgl. den Wortlaut des § 20 StGB. Außerdem ist die Frage, wie weit man ggf. die Schuld vorverlagern kann, ohne daß es schließlich auf eine Art „Lebensführungsschuld“ oder „Lebensentscheidungsschuld“ hinausläuft, Konzepte, die allgemein wegen des Verstoßes gegen das Simultanitätsprinzip bzw. ihrer Unbestimmtheit abgelehnt werden. Daß diese Fälle nur durch die Anerkennung des Satzes widerspruchsfrei gelöst werden können, der heißt, auf den Mangel der Schuld(fähigkeit) im Tatzeitpunkt könne sich nicht berufen, wer ihr Fehlen durch sein Vorverhalten selbst verschuldet habe, ist bereits häufiger bemerkt worden.³⁴⁰

Was zugerechnet wird, wann man in bezug auf was zurechnungsfähig ist, bestimmt sich also nicht nach einem Können, sondern folgt einer anderen Logik. Motivationslagen sind offensichtlich auch schon für die Hand-

³³⁹ Siehe aber Baumann (1974), S. 385: „Überspitzt formuliert bestimmt ... der Täter über seine Schuld“!

³⁴⁰ Das sogenannte „Ausnahmemodel“, siehe nur Hruschka (1996).

lungsbestimmung relevant³⁴¹, nämlich bei der Frage, nicht: *ob überhaupt* Vorsatz zugerechnet werden kann, sondern: *welcher*. Affektive Erregung³⁴² oder Alkohol³⁴³ bestimmten Umfangs transformieren den Handlungssinn so, daß eine Normbruchkommunikation wenig überzeugend erscheint – ohne gleich die Persönlichkeit des Handelnden nach §§ 20, 21 StGB aufzuheben oder zu mindern. Auch hier: man kann sich nicht auf das verlassen, was der Verdächtige sagt, sondern muß als Beobachter selbst sehen können, wie die Dinge liegen. Und schließlich: Das allgemein favorisierte Verfahren, nämlich das Schließen auf den Vorsatz mittels Indizien, ist Objektivierung *par excellence* – sei es, daß sie den Vorsatz rechtlich konstituieren, sei es, daß, wie wohl meistens, Indizien als Anhaltspunkte eines Sich-in-den-Täter-Versetzen genommen werden.³⁴⁴ Der eigentlich innere Vorsatz wird ersetzt durch soziale Normalitätsannahmen, das Verhalten, das Können, die Kenntnis des Herrn Mustermanns oder der Frau Normalbürgerin. Das alles ist der Sache nach anerkannt, ohne daß daraus Konsequenzen gezogen würden. Ein armseliger Etikettenschwindel.³⁴⁵ Man mag einwenden, hier würde man an eine Extremform des Schuldstrafrechts anknüpfen, die so niemand vertreten würde, es würde ein Papiertiger aufgebaut, um ihn dann mit viel Getöse zu erlegen. Nur: Allein diese Version des Schuldstrafrechts läßt sich konsistent denken, und wer anders argumentieren will, muß andere als schuldstrafrechtliche Prämissen wählen – mit allen Konsequenzen.

Es geht demnach nicht um ein Können, nicht um *Natur*, sondern um sozialen Sinn, um die *Expressivität eines Normwiderspruchs*, also statt eine Anknüpfung an Psychologie (individuelles Können) für Schuldurteile an Soziologie (soziale Erwartungen). Regelmäßig ergeben sich damit Divergenzen zu einer *nur nominell* als Schuldstrafrecht firmierenden Dogmatik allein in Randbereichen. Es geht so nicht darum, alles anders zu machen, sondern die Anomalien, die Inkonsequenzen von praktizierter Dogmatik und schuldstrafrechtlichen Prämissen aufzulösen. Viele Punkte lassen sich zunächst zwanglos parallel formulieren: So wird der *Versuch* deshalb milder bestraft als die Vollendung, weil diese Art *perfekter* Normenttäuschung *weniger gravierend* ist. Dies aus zwei Gründen: zum einen, weil die Nicht-

³⁴¹ So auch Loos (1980), S. 270.

³⁴² Siehe nur Prittwitz (1994).

³⁴³ Siehe nur BGH NSTe Nr. 35 zu § 212 StGB, NSTZ-RR 1997, S. 35, im englischen Recht z.B. *Moloney* und *Caldwell*.

³⁴⁴ So dezidiert Freund (1987), S. 27 m.w.N.

³⁴⁵ Siehe Lesch (1999), S. 12 f. m.w.N.

vollendung *prima facie* als Zeichen fehlender Ernsthaftigkeit des Täters gewertet wird³⁴⁶, zum anderen, weil sie auf dessen Inkompetenz (Irrtum über den Kausalverlauf!) und damit partielle Unmaßgeblichkeit schließen läßt (§ 23 Abs. 3 StGB!, insofern auch parallel zur Fahrlässigkeit).³⁴⁷ Im schuldstrafrechtlichen Rahmen würde nun allein fehlende Ernsthaftigkeit entlasten, während Inkompetenz erst in einem Ausmaß, das im Bereich der §§ 20, 21 StGB liegen dürfte, entlasten würde – es kommt ja nicht auf die Wirkung der Tat nach außen, insbesondere für die Norm an, sondern um das Maß innerer Verfehlung.³⁴⁸ Die Scheidung der Positionen erfolgt deshalb auch daran, ob man dies nur als *Beweisproblem* (Schuldstrafrecht) oder auch als *materiellrechtlichen Unterschied* auffaßt, d.h.: für eine soziologische Sicht wäre fraglich, ob sich der Versuchstäter sozial *überhaupt* wie ein Vollendungstäter darstellen ließe – wohl nur in Extremfällen – und ob darauf die Dogmatik reagieren müßte (z.B. mit einer regelmäßigen statt fakultativen Milderung). Für das Schuldstrafrecht ist das kein Problem, weil ja an die ‘wirkliche Disposition’, nicht an Darstellbarkeit angeknüpft würde. Zwar ist *sozialpsychologisch* der *Erfolg* für die Frage der Tatverantwortlichkeit (den Normwiderspruch, der eher nach dem ‘Gewollten’ beurteilt wird) nicht maßgeblich, dafür aber für die Strafzumessung (Grad des Normgeltungsschadens) durchaus wesentlich, *ganz unabhängig von dessen Zufälligkeit*³⁴⁹ und entgegen schuldstrafrechtlicher Prämissen.

2. Über die normative Relevanz deskriptiver Sätze: Zweckstrafrecht

Problematisch ist seit jeher, wie wirklichkeitswissenschaftliche Beobachtungen dogmatisches Gewicht bekommen, wie also aus einer Seins-

³⁴⁶ Siehe oben S. 129 in Fn. 202.

³⁴⁷ Siehe Jakobs (1991), 25/79. Die Unterscheidung mit umgekehrten Vorzeichen findet sich in der sozialpsychologischen „achievement evaluation“ (siehe Weiner (1995)) als *lack of effort* (ebd., S. 36 ff., der moralisch relevant ist, bezogen auf *achievements* aber natürlich zu einer Abwertung führt, hier zu einer Aufwertung: wer sich nicht wirklich nachdrücklich bemüht, jemanden umzubringen, also nur halbherzig vorgeht, agiert weniger eindrücklich als ein Berufskiller) oder *lack of ability* (ebd., S. 44 ff., der die Person abwertet und deshalb weniger verunsichernd wirkt). Insgesamt sind die drei Variablen dieser Untersuchungen *outcome*, *effort* und *ability* (ebd., S. 27) nahezu parallel zur den strafrechtlich relevanten Aspekten Erfolg, Vorsatz und Zurechnungsfähigkeit konstruiert.

³⁴⁸ So läge im Bereich der Strafbarkeit, was von hiesiger Position aus als Wahndelikt erscheint. Siehe zum ganzen Jakobs (1989a), S. 279.

³⁴⁹ Siehe Robertson/Darley (1998), S. 435.

Aussage normative Sätze abgeleitet werden können.³⁵⁰ Das geht natürlich nur über einen anderen normativen Satz, der wiederum die Berücksichtigung der Seins-Aussage fordert. Ein solcher Satz ergibt sich aus der Annahme eines *Zweckstrafrechts*: das verfassungsrechtlich abgesicherte Verhältnismäßigkeitsprinzip. Daraus folgt, im Rahmen eines Strafzweckes Normstabilisierung, daß die Strafe zur Normstabilisierung geeignet, erforderlich und angemessen sein muß. Die erste Frage lautet also, ob überhaupt eine Norm destabilisiert wurde, die zweite, ob für die Restabilisierung Kriminalstrafe überhaupt geeignet, in welcher Höhe sie erforderlich und angemessen ist.

Die Erforderlichkeit bedeutet, daß, angesichts der Belastungen für den Sanktionierten, kein milderes Mittel zur Verfügung stehen darf. Bei Unsicherheit über das zur Stabilisierung Notwendige gilt: in dubio pro moderatione.³⁵¹ Dabei kann durchaus von der bisherigen Praxis ausgegangen werden – die Sanktionsdisparitäten von Landgerichtsbezirk zu Landgerichtsbezirk stellen ein natürliches Experiment dar, das weitgehend in dem Sinne ausgewertet werden könnte, die vergleichsweise mildeste Sanktionierung, die ja – soweit bisher ersichtlich – nicht zu Normdestabilisierung geführt hat, als neuen Standard einzuführen und damit die möglichen Spielräume beim Sanktionsniveau auszumessen.

Angemessenheit bedeutet, daß die gesellschaftlichen und individuellen *Kosten*, die durch die Strafe zur Normstabilisierung verursacht werden, nicht außer Verhältnis zur Norm und ihrer gesellschaftlichen *Bedeutung* stehen darf. Sie dient insofern als Kriterium, wann der strafrechtliche Schutz der Norm preiszugeben ist.

Ein Zweckstrafrecht vor dem Hintergrund positiver Generalprävention bindet sich damit an die Ergebnisse empirischer Forschung und exponiert sich so prinzipiell für Kritik. Daß es zunächst nur eine rudimentäre theoretische Ausarbeitung³⁵² und, dem folgend, kaum gehaltvolle empirische For-

³⁵⁰ Schwerlich historisch: Seit jeher sei etwas so gewesen und daran könne das Recht, trotz der Irrationalität des Hergebrachten, nicht vorbei ... So aber Sch/Sch-Lenckner Vor § 13 Rn. 59. In solchen Fällen ist der historische *Sinn* und dessen heutige *Verhältnißmäßigkeit* bzw. Plausibilität darzutun.

³⁵¹ Siehe Albrecht/Dünkel/Spieß (1981). Das ist auch deshalb naheliegend, weil weder Angeklagter noch Publikum (außer bei sehr gerichtserfahrenen Personen) das Strafniveau wirklich einschätzen können – es fehlen ihnen hinreichend viele Vergleichsfälle. Allein aus dieser Überlegung heraus dürfte es erhebliche Spielräume bei der Strafzumessung bei gleicher Symbolwirkung geben.

³⁵² Wenig darüber hinaus Baurmann (1994), siehe insgesamt die Zusammenfassung der Begründungsversuche bei Kalous (2000). Gerade die zuletzt genannte Arbeit macht

schung³⁵³ in diesem Bereich gibt, ist kaum ein Gegenargument, sondern eher Forschungsanweisung an die Soziologie und insbesondere die Kriminologie.

Ist also erkennbar, daß der Versuch in aller Regel sozial weniger eindrücklich und für die Norm weniger destabilisierend wirkt als die Vollendung, dann ist das ein starkes Argument gegen eine Dogmatik, die zu einem anderen Ergebnis kommt und sozusagen 'überpoenalisiert'. Diese gesellschaftliche Wertung mag man als moralisch ungerecht kritisieren, der Versuchstäter habe ja beim beendeten und fehlgeschlagenen Versuch aus seiner Sicht alles Notwendige getan, also insofern die Tat vollendet. Darauf kommt es aber eben gar nicht an. Schuld und Sühne, Sünde und Vergebung sind keine strafrechtssystematischen Kategorien.³⁵⁴ Moralische Kritik am Recht ist immer möglich, und im politischen Raum mag damit in Hinblick auf eine Rechtsänderung und gesellschaftliche Strafbedürfnisse erfolgreich agiert werden können. Das aber wäre nach der hier favorisierten Zweckbestimmung des Strafrechts eine schlechte gesetzliche Regelung.³⁵⁵ Die *rechtspolitische Frage* ist allein, ob die Regelung notwendig ist, um Sozialkontakte einer bestimmten Komplexität zu ermöglichen, die *dogmatische Frage* ist, welche systematischen Folgen eine solche Interpretation hätte.

Das Recht und seine Praxis läßt sich entsprechend kritisieren vor allem in Hinblick auf fehlende gesellschaftliche *Responsivität* – das Recht kann, salopp formuliert, seinen gesellschaftlich monopolisierten Job schlecht machen. Das ist z.B. dann der Fall, wenn es zur Normstabilisierung unnötig hohe gesellschaftliche Kosten (im weitesten Sinne) verursacht, die es ja, wie die anderen Funktionssysteme auch, tendenziell externalisiert.³⁵⁶ Das

das allgemeine Problem deutlich: positive Generalprävention wird, in Anschluß an Jakobs (1991), 1/15 als Theorie der *Verhaltenssteuerung* definiert (Kalous: „Ziel der positiv-generalpräventiven Strafe ist vielmehr eine langfristige und in tiefere Bewußtseinsschichten dringende Beeinflussung aller ...“, S. 12 und passim.). Der gesamte soziologische Hintergrund, insbesondere bei Luhmann, bei dessen Rechtssoziologie von 1972 stehengeblieben wird, fehlt in der Diskussion. Es geht aber, das muß immer wieder betont werden, nicht um Psychologie, nicht um individuelle Erwartungen, sondern um die Bedingungen der Möglichkeit von hochdifferenzierter Kommunikation.

³⁵³ An den theoretischen Defiziten, vor allem dem psychologisierenden Verständnis positiver Generalprävention, leiden die Untersuchungen von Schumann (1986) und ders. (1998), Schöch (1985) und Bonitz (1991).

³⁵⁴ So auch Jakobs (1989a), S. 280. Siehe ausführlich oben S. 70 ff.

³⁵⁵ Siehe oben die Literatur zum Thema „enforcement of morals“ auf S. 73 in Fn. 293.

³⁵⁶ Siehe oben S. 125 in Fn. 189.

Problem mag auf der politischen Ebene liegen (schlechte Gesetze, politischer Druck), auf der Ebene des Rechtssystems und seiner Dogmatik selber (nicht-gesellschaftsadäquate Rechtsbegriffe), aber auch durch organisationsbedingte Verzerrungen der Instanzen der Sozialkontrolle erzeugt werden.

Da es nicht um ein *Andershandelnkönnen*, sondern um ein *Andershandelnsollen*³⁵⁷, also nicht um Willensfreiheit, sondern um Zurechenbarkeit geht, ist auch die Sanktionierung des *Gewissens-, Hang- oder Affekttäters* möglich, *solange* der Täter überhaupt als Person im Recht zurechnungsfähig ist. Denn jeder ist in diesem Bereich für sein 'Können' *selbst zuständig*. Sozialpsychologisch geht es darum, daß eine *allgemeine* Bereitschaft besteht, in der Situation Verantwortung zu akzeptieren – oder nicht. „Diese Bereitschaft beruht auf der Erträglichkeit des Umfangs von Verantwortung und besteht unabhängig von der Annahme darüber, ob der Täter bei seiner Tat mit einem freien Willen begabt ist.“³⁵⁸ Die Frage der Willensfreiheit spielt hier keine Rolle. Vielmehr geht es, und das haben JAKOBS und LESCH mehrfach herausgearbeitet, um das Synallagma von Organisationsfreiheit und Folgenverantwortung. Wer für sich in Anspruch nimmt, einen Bereich selbstständig zu organisieren (also Freiheit in Anspruch zu nehmen) und Eingriffe anderer als Kompetenzanmaßungen abzulehnen, der muß dafür gerade stehen, daß er seine Freiheitssphäre ohne eigene Anmaßung fremder Organisationskompetenzen ordnet.³⁵⁹

Auch die *Fahrlässigkeit* hat ihre sozialen Ausdrucksformen, die, *wenn* sie als vermeidbar angesehen werden, eine entsprechende Information mit-

³⁵⁷ Siehe Lesch (1999), S. 11 f.

³⁵⁸ Jakobs (1991), 17/23, so auch Chaiken/Darley (1973), nach denen es vor allem auf die Perspektive ankommt, die ein Betrachter einnimmt: Liegt eher eine Identifikation mit dem Opfer nahe, wird der Sorgfaltsmaßstab erhöht (möglicher eigener Schaden), liegt eher eine Identifikation mit dem Täter nahe, tendenziell vermindert (mögliche eigene Verantwortung), S. 271 f.; da im Verfahren in aller Regel der Täter im Mittelpunkt steht, dürfte als Maßstab eher von der Bereitschaft zur Übernahme eigener Verantwortung ausgegangen werden.

³⁵⁹ Siehe Jakobs (1991), 1/7, Lesch (1999), S. 87 f. Der Straftäter hat also die Wahl: er kann sich zu einem *lack of effort* (also: fehlerhafter Motivation) bekennen, was heißt, mit der Strafe wird die Geltung des verletzten Organisationskreises bestätigt, dessen Grenze wieder etabliert wird (Kriminalrecht) oder zu einem *lack of ability* – und dann muß er seine Freiheitssphäre verkleinern, d.h. die Fremdverwaltung von Teilen seines bisherigen Organisationskreises akzeptieren (Maßnahmenrecht und Betreuung).

teilen, nämlich daß eine *bestimmte* Sorgfaltsnorm³⁶⁰ nicht gelte: man müsse nicht hinreichend zur Vermeidung motiviert sein. Richtiger: als potentielles Opfer darf man sich so verhalten, als würden die anderen hinreichend sorgfältig mit dem eigenen Leben, Körper und Gesundheit umgehen. Ein Täter war also nicht dominant motiviert, das zu vermeiden, was erkennbar, also vermeidbar war.³⁶¹ Das Nichtachtgeben darauf, sich erwartungsgemäß zu verhalten, macht deutlich, daß man anderes für wichtiger hält als die Norm, sie also hier nicht gelte – und sollte das so sein, dann muß man sich entsprechend vor seinen Mitmenschen in acht nehmen. Das ist grundsätzlich nicht anders als beim Vorsatzdelikt. Die Pflicht, erkennbar tatbestandsmäßiges und rechtswidriges zu vermeiden, macht die Fahrlässigkeit zum generelleren Begriff. Der Vorsatz dagegen steigert die *Erkennbarkeit* zur

³⁶⁰ So muß allgemein aus *strafrechtlicher* Sicht mit Eigentum und Vermögen Privater (dagegen auf staatlicher Seite aber z.B. § 264 Abs. 3 StGB) *nicht* sorgfältig umgegangen werden. Das mag, angesichts des Warenüberflusses und von Versicherungen auf der einen Seite und den Tempovorteilen einer Entlastung von besonderer Vorsicht auf der anderen, eine sinnvolle Regelung sein. Dies entgegen Lesch und Jakobs, die als Beispiel für die ihrer Meinung nach axiologisch unbefriedigende Regelung des § 16 StGB im Bereich der Tatsachenblindheit Beispiele aus dem Bereich der Sachbeschädigung bringen, die – mangels Fahrlässigkeitsstrafbarkeit – bei sorglosem Verhalten straflos blieben, bei skrupelhafter Vorsicht aber zu einer Vorsatzstrafbarkeit führen würden. § 16 StGB ist jedoch deshalb angemessen, weil es eben keine *allgemeine* Fahrlässigkeit bei allen Delikten gibt (das wäre die Folge einer Vermeidbarkeitsregelung parallel § 17 StGB, die der „Normunkenntnisfahrlässigkeit“ eine allgemeine „Tatumstandsunkenntnisfahrlässigkeit“ hinzufügen würde), sondern aus näher zu substantiierenden (und hier nicht über die obigen Andeutungen zu substantiierenden) Gründen gesellschaftlich sinnvoll eben nur wenige. Siehe zum Ganzen Lesch (1997), S. 802 m.w.N., Jakobs (1991), 8/5a. Im übrigen würde die Position von Lesch und Jakobs eine ganz psychologisierende Sicht voraussetzen, denn sozial wird bei den Fallgruppen kaum ein Unterschied zu machen sein: auch der besonders skrupelhafte Täter dürfte zumeist im Bereich des § 16 StGB liegen, denn es dürfte naheliegen, daß er gerade *deshalb* vom Nichteintritt des Erfolgs *ausgeht*, weil er besonders vorsichtig ist – und sich ausweislich des doch eingetretenen Erfolgs eben geirrt haben muß. Das setzt allerdings einen entsprechenden Vorsatzbegriff voraus – wer ein bloßes Urteil über ein vernachlässigbares Risiko hinreichen läßt (so Jakobs (1991), 8/23 f., 30), kommt wohl zu einem anderen Ergebnis.

³⁶¹ Es handelt sich in doppelter Hinsicht um einen Irrtumsfall in Umkehrung des Versuchs: zum einen nimmt der Täter statt einen in Wirklichkeit nicht gelingenden Kausalverlauf als einen gelingenden anzunehmen, einen in Wirklichkeit gelingenden Kausalverlauf als nicht gelingend an (und das schließt ein, daß er sich gar nichts vorstellt) – § 16 StGB (siehe Jakobs (1991), 9/1); zum anderen befindet sich ein Fahrlässigkeitstäter immer im Verbotsirrtum – § 17 StGB (siehe Jakobs (1991), 19/34).

Kenntnis der Tatbestandsverwirklichung, die bloße *Verfehlung* der Norm³⁶² zum *Normwiderspruch*.

3. Grenzen der Vorsatzdogmatik

Wenn gesagt wird, es ginge entsprechend nicht um faktische Bewußtseinslagen, sondern um gesellschaftlich evolvierende Erwartungen, dann geht es um doppelte Kontingenz und um diese einschränkende Normen, die wiederum auch anders aussehen könnten, also auch kontingent sind. Wenn sich der Vorsatz demnach nicht als Natur, sondern nur normativ bestimmen läßt, dann muß dadurch, daß man Kontingenz eröffnet, indem man das, was bisher als 'Natur' abgehandelt wurde, als Selektion mit normativen Implikationen auffaßt, geklärt werden, ob sich diese Regeln normativ begründen lassen – oder ob es Alternativen gibt. Die Frage im Gerichtssaal „Was haben Sie sich denn dabei gedacht?“ überhaupt nicht mehr zu stellen oder zu ersetzen durch ein „Denken Sie, ein unvoreingenommener Beobachter der Tat hätte zu dem Schluß kommen müssen, Sie hätten mit Vorsatz gehandelt?“ scheint wenig erfolgversprechend zu sein. Dieses Thema ganz auszuklammern, vor allem das Problem der Folgenverantwortung entweder prozessual mit einer *praesumptio doli* oder materiellrechtlich mit einem *dolus indirectus* zu erledigen, ist zwar möglich, aber weder besonders plausibel³⁶³ noch – in Hinblick auf einen Normgeltungsschaden – als empirisch notwendig dargetan. Ein rechtspolitisches Argument für eine solche widerlegliche Beweisvermutung oder einen solchen weitgefaßten, prozessual unwiderleglichen Vorsatzbegriff könnte sich, soweit erkennbar, nur daraus ergeben, richterliche Beurteilungsspielräume einzuschränken, um eine einheitlichere Rechtsprechung zu erreichen, also die Normanwendungskonsistenz zu erhöhen. Ob man diese aber, da es sich ja praktisch um eine Ausdehnung der Strafbarkeit handeln dürfte, um den Preis einer Erhöhung der Verurteilungszahlen herbeiführen sollte, ist höchst zweifelhaft, weil damit über das hinaus gegangen würde, was im Rahmen positiver Generalprävention wohl notwendig wäre – von einer Normdestabilisierung ist, jedenfalls *prima facie*, bisher wenig zu erkennen.³⁶⁴ Ein tatsächliches Argument ist bisher auch nicht vorgebracht worden. In Hinblick auf diese Un-

³⁶² Siehe Jakobs (1991), 8/5, 9/4

³⁶³ Jedenfalls hat der Widerstand gegen solche Regelungen die Fürsprecher in den letzten knapp 200 Jahren bei weitem überwogen, siehe nur Henkel (1961).

³⁶⁴ Und nochmal: Maßstab ist hier nicht die PKS, sondern die Frage, in welchem Maße Handeln *unterbleibt*, das das Strafrecht *ermöglichen* will!

terschiede wäre es naheliegend, organisationssoziologische Untersuchungen zur gerichtlichen, staatsanwaltschaftlichen und polizeilichen Organisationskultur und deren Definitionsprozesse zu machen, die behandeln, inwieweit Prozeß- und Organisationsdynamik sich in der Rechts‘anwendung‘ niederschlagen – und eher hier zu versuchen, steuernd einzugreifen als auf der dogmatischen Ebene.³⁶⁵

Die Strafrechtsdogmatik hat sich an die gesellschaftliche Normbruchidentifikation *anzulehnen*, denn das Strafrecht erfüllt eine Funktion und erbringt eine Leistung *für die übrige Gesellschaft*, dafür ist es ausdifferenziert. Eine einheitliche Theorie der gesellschaftlichen Konstitution von Normbrüchen, der gesellschaftlichen Kriminalisierung und Verarbeitung der selbsterzeugten Kriminalität, in die sich die Strafrechtsdogmatik an entsprechender Stelle einklinken könnte, steht freilich noch aus. Im Vorsatzbereich käme es insofern auf genauere mikrosoziologische Forschung zum Prozeß der Vorsatzkonstitution an. Dabei wäre sowohl das zu erheben, was diesen Prozeß außerrechtlich³⁶⁶, als auch das, was ihn im rechtlich geordneten Verfahren strukturiert³⁶⁷. Aber schon dann käme wieder eine allgemeine Theorie zum Zuge, denn es wäre zu klären, in welchem Verhältnis eigentlich rechtliche und außerrechtliche Prozesse der gesellschaftlichen Kriminalitätserzeugung und -verarbeitung stehen und welche Anforderungen daraus für eine Vorsatzdogmatik erwachsen.

Die Ergebnisse zur Vorsatzdogmatik aus dem letzten Abschnitt lassen sich wie folgt zusammenfassen: Vorsatz bestimmt sich im Bereich der Hauptfolgen, also der Absicht, nach Motivzuschreibungen, im Bereich der Wissentlichkeit und des Eventualvorsatzes, also der Nebenfolgen, nach Wissenszuschreibungen. Die Formen, nach denen Motive und Wissen zugeschrieben werden, ergeben sich aus Normalitätsannahmen, die man zwar nach Rolle und Person abschichten kann, die sich aber nicht als Handlungsbeschreibung fassen und in Tatbestandsmerkmale auflösen lassen. Wenn es jedoch um Mehrdeutigkeit von Verhalten geht, um ambivalentes Verhalten, um Sinn-Deutung anhand von rollenspezifischen und personalen Normalitätsannahmen, dann hilft die Dogmatik nicht weiter, denn die Weite der Umstände läßt sich dogmatisch kaum einfangen.³⁶⁸ Die Lösung

³⁶⁵ Bei aller Problematik von Steuerungskonzepten. Siehe dazu im hier vertretenen Theorierahmen Luhmann (1991a) und Fuchs (1999).

³⁶⁶ Nachweise dazu siehe oben auf S. 148 in Fn. 274.

³⁶⁷ Hinweise dazu in Wolf/Müller (1997).

³⁶⁸ Das endgültige Urteil, wie weit die Weite der Umstände wirklich ist oder ob es sozial letztlich doch eine Beschränkung auf wenige Aspekte im Sinne einer *sozialen*

des Problems liegt woanders. Vorsatz ist eben keine Tatsache, sondern die Frage, ob ein Verhalten einen bestimmten *Witz*, einen bestimmten *Punkt* hat oder bestimmtes Wissen vorauszusetzen ist, und es gibt keine Liste von Tatsachen, mit der sich das endgültig bestimmen ließe. Die Lösung findet sich dementsprechend in der freien Beweiswürdigung *mit Begründungspflicht*. Auch im nächsten Kapitel wird klar, daß sich die Veränderung des Vorsatzverständnisses vor allem daran erkennen läßt, was als *Beweisanzeichen* plausibel erschien, welche Konstellationen wie eingeleuchtet haben. Und bei allen dogmatischen Anstrengungen, bei allem semantischem Feinschliff, mehr als eine *soziale Heuristik* wie etwa die Franksche Formel, deren Ergebnis vom Blumenstrauß der vom BGH entwickelten Kriterien und den damit zusammenhängenden Normalitätsannahmen und Motivzuschreibungen abhängt, wird es nicht geben. Diese Annahmen kann man freilich ordnen, und auch das bringt Erkenntnisgewinne (nämlich z.B. mit welchen Typisierungen die Rechtsprechung arbeitet und welche möglicherweise auch außerrechtlich bedeutsam sind).³⁶⁹ Auch hat das, durch das Willkürverbot, praktische Konsequenzen. Aber die Einzelfälle ermöglichen keine Abstraktion von Unterscheidungen, weil *alle* und u.U. je verschiedene Aspekte des Falles für die Deutung wichtig sein können. Anders gesagt: man kommt nicht über die Technik des *de parte ad partem* hinaus. Mehr als *Fallgruppen* zu bilden, die auf *Ähnlichkeit* setzen und von denen per begründetem *distinguishing* abgewichen werden kann, *Typen*, die durch atypische Konstellationen außer Kraft gesetzt werden können, ist kaum möglich.³⁷⁰ Die Alternative wäre, die *sozial praktizierte* (und eben durch bestimmte Erwartungsstrukturen reduzierte) Komplexität durch *rechtlich vorgegebene* Unterscheidungen im Verfahren radikal zu reduzieren. Möglichkeiten, die historisch getestet wurden, wären der *Versari-in-re-illicita*-Grundsatz oder die Vorsatzpräsumtion, die nicht deshalb problematisch sind (oder wurden), weil sie dem „tatsächlichen“ Vorsatz als Bewußtseins-

Heuristik gibt (entsprechend den psychologischen Entscheidungsheuristiken, die Gerd Gigerenzer und Mitarbeiter am MPI für Bildungsforschung in Berlin herausgearbeitet haben, siehe <http://www-abc.mpib-berlin.mpg.de/users/ptodd/Simple-Heuristics.BBS>, letzter Aufruf 2000-08-13), muß empirischen Untersuchungen überlassen bleiben. Zum *möglicherweise* vergleichbaren Fall der Strafzumessung siehe Albrecht (1994), insbesondere S. 497 f.

³⁶⁹ Ich habe es oben ansatzweise mit der BGH-Rechtsprechung versucht, siehe oben S. 17 ff.

³⁷⁰ Das ist auch bei der Strafzumessung denkbar: Man formuliert quasi als sentencing guidelines, also verbindlich, den punktgenauen Tarif für typische Fallkonstellationen und ermöglicht, begründet davon abzuweichen.

lage widersprechen könnten, sondern weil sie nicht dem entsprechen, was außerrechtlich als Vorsatz sozial hergestellt wird. Woher diese Diskrepanz rührt, das wird im nächsten Kapitel behandelt.

Es kann nach all dem nicht darum gehen, einen Vorschlag für einen neuen oder veränderten Prüfpunkt im Schema für die praktische Fallanwendung zu entwickeln oder eine neue Theorie, die in Hausarbeiten angeführt werden könnte. Über die Formulierungsfülle und Originalität der derzeitigen Vorschläge in der Strafrechtswissenschaft würde auch diese Arbeit nicht hinauskommen. Worum es hier geht, ist, das soziale Problem herauszuarbeiten und den Umgang der Dogmatik damit und deren Grenzen anzuzeigen. Dabei aber wird deutlich, daß die derzeitigen *dogmatischen* Vorschläge zum einen am Problem vorbeigehen und zum anderen schlicht unterkomplex sind. Sie gehen am Problem vorbei, insoweit sie nach wie vor von psychischen Sachverhalten ausgehen, sie sind unterkomplex, insoweit sie auf Kriterien setzen, die sich auf die Materialität der Äußerung beziehen, dem Verhalten, und nicht auf dessen sozialen Sinn, der sich nur aus dem Kontext erschließen läßt und eine Typenbildung nahelegen würde.³⁷¹

4. Verbändehaftung

Schließlich: Durch die Veränderung der Systemreferenz muß man das alles nicht notwendig auf Menschen beziehen. Zuständigkeit, Vermeidbarkeit, Rechtswidrigkeit und Zurechenbarkeit lassen sich genauso für eine **juristische Person** formulieren – so jedenfalls die hier vertretene These. Das setzt voraus, daß es neben Menschen noch anderes gibt, was sozial adressierbar ist, also als Zurechnungspunkt für Kommunikation dienen kann. Das sind **Organisationen** und damit, soweit sie als Körperschaft verfaßt sind, juristische Personen.

„Organisation ist, wie die Gesellschaft selbst und wie Interaktion auch, eine bestimmte Form des Umgangs mit doppelter Kontingenz. Jeder kann immer auch anders handeln und mag den Wünschen und Erwartungen entsprechen oder auch nicht – *aber nicht als Mitglied einer Organisation.*“

³⁷¹ In Ansätzen versucht Freund (1987), S. 31 ff. eine solche Typenbildung, freilich ganz auf psychologischer Basis. Das ist allerdings unschädlich, weil er damit, aus Sicht der hier vorgelegten Überlegungen, lediglich unter falschen Voraussetzungen das Richtige tut, nämlich das, was *in Kommunikation* als problematisch erscheint, zu sammeln.

Hier hat er sich durch Eintritt gebunden und läuft Gefahr, die Mitgliedschaft zu verlieren, wenn er sich hartnäckig querlegt.“³⁷²

Während Gesellschaft durch die Operationsform, nämlich Kommunikation, ausdifferenziert ist³⁷³, müssen Interaktion und Organisation als Formen gesellschaftlicher Differenzierung (und sich somit immer schon kommunikativ realisierende Einheiten) ihre Grenze anders markieren. Diese Grenze wird in Kommunikation durch rollenbezogene Inklusionsregeln der Personen organisiert, denen die systemeigenen Kommunikationen als Handlung zugerechnet werden. Im Falle der Interaktion geschieht das über die Unterscheidung *anwesend/abwesend*³⁷⁴, im Falle der Organisation über die Unterscheidung *Mitglied/kein Mitglied*³⁷⁵. Mitgliedschaft ist „dasjenige Symbol, das die Kommunikation als interne Operation ausweist.“³⁷⁶

Organisationen bestehen aus einer besonderen Form der Kommunikation: Entscheidungen³⁷⁷ – nämlich den Entscheidungen, die ihren Mitgliedern im Rahmen ihrer Mitgliedschaftsrolle zugerechnet werden können.³⁷⁸ Organisationen

„differenzieren sich aus als ein rekursiv-geschlossenes, mit eigenen Entscheidungen auf eigene Entscheidungen bezugnehmendes System, das sich selbst durch ein Verfahren der Eigenzurechnung von Entscheidungen von der Umwelt unterscheiden kann und das deshalb auch von außen als ein System mit selbstgezogenen Grenzen beobachtet und behandelt werden kann.“³⁷⁹

Organisationen haben als einziger Typ eines Sozialsystems die Möglichkeit, mit Kommunikationssystemen in ihrer Umwelt zu kommunizieren. Das aus zwei Gründen: zum einen, weil sie selbst aus Kommunikation bestehen (im Gegensatz zum Bewußtsein eines Menschen, das Gedanken an Gedanken anschließt), zum anderen, weil sie in der Lage sind, Entschei-

³⁷² Luhmann (1997), S. 829.

³⁷³ Luhmann (1997), S. 70 ff.

³⁷⁴ Siehe Luhmann (1984), S. 560 ff.

³⁷⁵ Siehe Luhmann (1997), S. 830.

³⁷⁶ Ebd.

³⁷⁷ Die Kommunikation der Mitglieder wäre zu unspezifisch. Erst über Entscheidung und die *Konditionierung* dessen, was als Entscheidung *für die Organisation* gilt, ist eine autopoietische Schließung möglich. Siehe Luhmann (1997), S. 833.

³⁷⁸ Siehe Luhmann (1992), S. 171.

³⁷⁹ Luhmann (1992), S. 166.

dungen als für das gesamte System bindend auszuzeichnen³⁸⁰ (im Gegensatz zu sozialen Systemen, die nicht kollektiv handlungsfähig sind wie z.B. die Funktionssysteme, die Gesellschaft selbst oder in weitem Umfang Interaktionssysteme). Anders gesagt: Organisationen können sich zu diesem Nach-außen-Kommunizieren *entscheiden*. „Denn die Kommunikation kann intern nur im rekursiven Netzwerk der eigenen Entscheidungstätigkeit, also nur als Entscheidung angefertigt werden“.³⁸¹ Damit ist noch nicht gesagt, wie diese Kommunikation tatsächlich wirkt, ob z.B. der Vertragsschluß zweier Firmen vor Gericht Bestand haben wird. Aber ganz abgesehen davon, werden diese Kommunikationen jedenfalls als Organisationskommunikation anerkannt. Ob etwas in den Handel gebracht werden soll oder nicht, wird in der Organisation entschieden, ganz unabhängig davon, ob es gekauft wird oder nicht. Die Öffnungszeiten eines Museums, die an einer Tür angeschlagen sind, mögen dazu genutzt werden, die ungestörte Durchführung eines Diebstahls zu planen usw. Zugerechnet wird diese Kommunikation der Organisation, nicht dem Mitarbeiter, der mehr oder weniger zufällig beauftragt wird, das Türschild anzubringen. D.h. auch, daß es nicht auf Organe ankommt, die besonders bevollmächtigt sind, für die Organisation zu sprechen – jedenfalls nicht generell. Geht es um eine Unternehmensfusion, dann ist eine entsprechende Legitimation notwendig. Für das Türschild aber gilt das sicher nicht. Sobald eine Organisation erkennbar etwas äußert, wird ihr dies entsprechend zugerechnet, wie es auch einer natürlichen Person als Mitteilungsverhalten zugerechnet würde. Die Organisation möge ggf. wegen Irrtums anfechten. Organisationen sind im sozialen Verkehr, jedenfalls in funktional differenzierten Gesellschaften, somit mögliche Adressen für Kommunikation.

Grundsätzlich kann erst einmal alles Adressat sein, das zeigt sich schon bei der mittelalterlichen Tierstrafe.³⁸² Selbst Sachen wurden Handlungen zugeschrieben.³⁸³ Es geht also nicht um eine Objektqualität in dem Sinne, daß aus irgendwelchen ontologischen oder sonstigen Gründen nur Menschen kommunikative Adressen sein könnten.

„Das, was für die soziologische Systemtheorie Handlung und damit Handelnde konstituiert, das sind Zuschreibungsprozesse, in deren Verlauf *kommunikative Adressen* erzeugt werden, also Strukturen der Kommuni-

³⁸⁰ Siehe Luhmann (1984), S. 272 ff., (1996), Kap. 13 III.

³⁸¹ Luhmann (1997), S. 834.

³⁸² Siehe z.B. Berkenhoff (1937).

³⁸³ So z.B. einer Glocke, siehe Heimannsberg (1996), S. 53 f.

kation. Solche Adressen (diese Konstruktionen) sind die Bedingungen der Möglichkeit der Zurechnung auf Handlung. In diesem Sinne ›handelnde‹ Personen und Organisationen.³⁸⁴

Man muß entsprechend darauf schauen, wem Kommunikationen tatsächlich *zugerechnet* werden kann. Und da ist klar, daß das auch bei Organisationen der Fall ist, schon rein rechtlich, denn sonst könnten sie ja kaum am Rechtsverkehr teilnehmen. Dabei werden allerdings (natürliche) Personen vorgeschaltet – ein Vertretungsverhältnis. Aber im Recht gibt es fingierte Vertretungsverhältnisse, die auf das Verkehrübliche, nicht das Tatsächliche abstellen.³⁸⁵ Dazu kommt die Verschuldenszurechnung.³⁸⁶ Auch im Rahmen von Täterschaft und Teilnahme, so wurde oben behauptet, ist das Verhalten anderer *eigene* Ausdrucksform. Aber: eben nicht generell, sondern nur unter den *Voraussetzungen* von Täterschaft und Teilnahme. Ist der zuständigkeitserweiternde Tatbestand hier der gemeinsame Tatentschluß mit entsprechenden Exzeß-Problemen, so ist es bei Organisationen die Mitgliedschaft bzw. das Sichbedienen von Personen durch die Organisation, ebenfalls mit Abgrenzungsproblemen, wann etwas Entscheidung der Organisation und innerhalb des Rollenüblichen des Mitglieds ist und wann nicht mehr. Wenn also ein Bischof sich von der Kirchenlinie entfernt oder ein Politiker von der Parteilinie – oder ein Angestellter von der gängigen Praxis seiner Mitgliedschaftsrolle –, dann wird man das als persönliche Eskapaden behandeln können und persönliche Motive suchen und finden. Aber auch dann wird nicht daran gezweifelt, daß sich die Organisation vorher entsprechend, nämlich anders, geäußert hat, und man weiß, an wen man sich zu wenden hat, wenn man nachfragen will, was sie *wirklich* meint.

So muß man entsprechend fragen, wenn es um Vorsatz geht, was bei einer Organisation als die Identifikation von Mitteilungsverhalten zu werten ist. Fragt man, woran zu erkennen ist, ob eine Organisation handelt, dann lautet die Antwort: z.B. an Briefen, die ihren Briefkopf tragen, an Produkten, die ihre Marke tragen, an allen Äußerungen *im Geschäftsgang*. Die Handlung einer natürlichen Person, die Mitglied der Organisation ist, ist u.U. doppelt lesbar: als eigene und als Organisationshandlung und wäre entsprechend doppelt verfolgbar: als individuelle und als Verbändestraf-

³⁸⁴ Fuchs (1999), S. 43.

³⁸⁵ So bei den Rechtscheinsvollmachten (Anscheinsvollmacht, Duldungsvollmacht (außer, wenn man die Duldungsvollmacht als konkludente Vollmachtserteilung werten will) und nach § 56 HGB).

³⁸⁶ Siehe § 278 BGB.

tat.³⁸⁷ Die Frage lautet, ob diese Handlung *auch* Handlung der Organisation ist. Das ist immer der Fall, wenn die Handlung für die Organisation und in ihrem Kontext Sinn macht und für Folgeentscheidungen in Anspruch genommen wird. Ein Angestellter, der mit seinen Kindern Fernsehen schaut, handelt nicht für die Organisation, wer im Ski-Urlaub ein Geschäftsessen hat, natürlich schon. Auch Firmenwagen werden privat und geschäftlich genutzt, das sollte man auseinanderhalten können. Die Frage ist immer, ob jemand für eine bestimmte Kommunikation seine Mitgliedsrolle in der Organisation in Anspruch nimmt oder nicht. Wenn jemand einen anderen auf Organisationsbriefpapier persönlich beleidigt, ist entscheidend, ob es sich um eine Frage handelt, die auf die Organisation bezogen ist und in ihrem Kontext Sinn macht (geht es um Lieferzeiten, Preise, Rücksichtnahmen) und die bei Kenntnis der Organisation geduldet wird, oder ob es sich um Ausreißer handelt, ob es um eine persönliche Auseinandersetzung geht (Rempelei beim letzten Fußballspiel).

Organisationen erzeugen Entscheidungen, die es ohne sie nicht gäbe, sie erzeugen mit Entscheidungen Kontexte für weitere Entscheidungen und Handlungen. Die Organisation ist nicht nur ein Zusammenhang von Einzelentscheidungen, der als solcher keine eigenständige Wirklichkeit hätte. Es ist leicht zu sehen, „daß ein Organisationssystem mehr ist als die Summe aller Einzelaktivitäten.“³⁸⁸

Vorsatz liegt dann vor – die Formulierung erfolgt parallel zum Individualstrafrecht –, wenn die strafbare Handlung hätte vermieden werden können. Dann ist nur zu prüfen, ob, wenn die Organisation zur Vermeidung motiviert gewesen wäre, sie die Handlung hätte vermeiden können. Und auch hier: die Binnenorganisation ist nicht Bezugspunkt des Strafrechts, genauso wenig wie beim Menschen. Es ist hier nicht möglich, die umfangreiche Diskussion auf der hier favorisierten Theoriegrundlage aufzuarbeiten oder gar eigene Vorschläge zu machen.³⁸⁹ Wichtig scheint mir aber zu sein, daß die Aussagen, nur Menschen würden handeln, Organisationen könnten nicht schuldig werden etc.³⁹⁰, Postulate ohne tatsächliche Basis sind. Soziologisch jedenfalls – ausgehend von der Norm – hängt alles an der Frage, ob Organisationen einen Widerspruch gegen eine Norm expressiv machen

³⁸⁷ Siehe Clarkson (1996), S. 560.

³⁸⁸ So Heine (1995b), S. 70.

³⁸⁹ Insgesamt vom Ergebnis überzeugend Clarkson (1996), S. 569 ff. m.w.N., für die Vorsatzfeststellung in Bezug auf Organisationen richtungsweisend Foerschler (1990), S. 1302 ff.

³⁹⁰ Siehe nur Köhler (2000), S. 11, Volk (1993), S. 434 f.

können. Daß das Organisationen *auch* möglich ist³⁹¹, sollte seit dem P&O-Desaster nicht mehr zweifelhaft sein. Jedenfalls deuten die Diskussionen darum Entsprechendes an.³⁹² Ein Vorsatz bei Organisationen ist nicht etwa nur „als Fiktion denkbar“,³⁹³ sondern genauso (kommunikativ) wirklich oder (ontologisch) unwirklich wie jeder andere Vorsatz.

Auch sollte eine leistungsfähige Dogmatik in der Lage sein, die dogmatischen Begriffe so abstrakt zu wählen, daß sich Organisationen und Menschen hinsichtlich eines Normbruchs vergleichen lassen. Es gälte dann, je speziell entsprechend den Eigenarten zu respezifizieren. Ob das zu einem zweispurigen System neben dem Individualstrafrecht führt, hängt davon ab, was man damit meint. Ein anderes Sanktionenrecht läßt sich schwerlich vermeiden. Auch eine Spezialisierung bei der Strafverfolgung in Schwerpunktstaatsanwaltschaften und Unternehmenstrafkammern ist denkbar. Prozessual ist einiges anzupassen. Aber das muß alles nichts daran ändern, daß die Grundprinzipien im materiellen wie im Verfahrensrecht ähnlich sind, denn es geht um Recht und damit um die gleiche Funktion: Normstabilisierung.³⁹⁴

Die Schwierigkeiten, das sei ohne Umschweife zugegeben, fangen dann allerdings erst an. Wie nun genau das Unrecht, aber auch Rechtswidrigkeit und Schuld bei Unternehmen zu formulieren ist, welche Sanktionen in Frage kommen und wie die Prozeßgarantien entsprechend umzusetzen sind, ist noch vollkommen offen. Das alles ändert aber nichts daran, daß eine Verbändehaftung an sich plausibel und – aber das wäre noch weiter begründungsbedürftig – auch angemessen ist.

Damit ist nun die theoretisch angeleitete Modellgeschichte des Vorsatzes zu behandeln, dem, was an unterschiedlichen Problemlösungen in unterschiedlichen Zeiten möglicherweise einleuchtete, um Mitteilungen zu identifizieren – gesellschaftlich und dogmatisch.

³⁹¹ Es geht ja nicht um die Substitution individueller durch kollektive Haftung, entgegen Köhler (2000).

³⁹² Siehe Wells (1995).

³⁹³ Volk (1993), S. 435.

³⁹⁴ Dies entgegen der Auffassung Heines, ein System individueller Verantwortung habe andere Funktionen als ein System kollektiver Verantwortung, siehe Heine (1998), S. 101 f., der allerdings davon ausgeht, daß ein Unternehmensstrafrecht sich aus der „funktions-analogen“ Übertragung individualstrafrechtlicher Kategorien entwickeln müsse. „Auf Grundlage eines Analogieprinzips ‚funktionaler Äquivalenz‘ wird versucht, Unternehmen als solchen moral-analoge Verantwortlichkeit zuzuschreiben.“ (103) Dem kann ich zustimmen. Die Frage ist wohl, auf welche Ebene der Generalisierung man sich bezieht. Ich würde annehmen, daß noch der Verbrechensbegriff allgemein formuliert werden könnte.

D. Ein theoretisches Modell der Geschichte des Vorsatzes

„Sociological theory cannot develop
without knowledge of history.
... But the study of history is also
impoverished without sociology.“¹

In diesem vierten Kapitel soll nun eine quasi historische Darstellung die Dogmatik und Soziologie des strafrechtlichen Vorsatzes ergänzen. Die Voraussetzung dafür war im letzten Teil gelegt worden mit dem Aufweis der historisch variablen Antwort, die der Vorsatz auf die Frage der Bezeichnung der Unterscheidung von Mitteilung/keine Mitteilung gibt. Was Kommunikation ist, was strafrechtlich relevante Kommunikation ist, folgt gesellschaftlichen Strukturvorgaben, den gesellschaftlichen Normalitätsannahmen auf der Personen- und Rollenebene inkl. der zugehörigen Motivsemantiken. Um es noch einmal zu betonen: Vorsatz ist als Bezugsproblem *ahistorisch* konstruiert, womit die Lösungen *historisch kontingent* gesetzt werden können. Es gibt also nicht *den* Vorsatz, der in einem langwierigen historischen Prozeß zu erkennen ist, sondern es gibt immer wieder neue gesellschaftliche Lösungen, die von den Gesellschaftsstrukturen insgesamt abhängig sind. Juristische Dogmatik ist insofern nur wirksam, wenn sie gesellschaftsadaquate Lösungen vorschlägt – oder sie ist gesellschaftlich weitgehend bedeutungslos. Das soll im folgenden dargestellt werden.

Im **ersten Abschnitt** werden zunächst die theoretischen Voraussetzungen für eine Modellgeschichte des Vorsatzes in Recht und Gesellschaft geklärt. Das betrifft sowohl den Gegenstand als auch die Quellen und Methoden, die Verwendung finden. Zusätzlich müssen noch einige historisch relevante Aspekte soziologischer Theorie nachgetragen werden.

Der **zweite Abschnitt** wird sich dann dem Vorsatz in archaischen Gesellschaften zuwenden. Hier ist es möglich, die Darstellung ganz auf die

¹ Mann (1986), S. vii

außerrechtliche („gesellschaftliche“) Lösung des Vorsatzproblems zu konzentrieren – ein ausdifferenziertes Rechtssystem im modernen Sinne existierte ja noch nicht. Die wenigen historischen Quellen zum germanischen Rechtsdenken werden ergänzt durch ethnologische Forschung zu segmentären Gesellschaften des 20. Jahrhundert.

Der **nächste Abschnitt** beschäftigt sich dann mit dem großen Wechsel von einer segmentären zu einer stratifizierten Gesellschaft nach der Jahrtausendwende. Dabei werden sowohl die Rechtslehren als auch die gesellschaftlichen Strukturen zu behandeln sein und versucht werden, Konvergenzen und Diskrepanzen mit ihren Auswirkungen deutlich zu machen.

Der **letzte Abschnitt** schließlich führt in die Moderne und beschäftigt sich vor allem mit der endgültigen Ablösung des mittelalterlichen Denkens im Rahmen der „Great Transformation“ (Polanyi) bzw. der „Sattelzeit“ (Koselleck) im 18. und 19. Jahrhundert.

I. Das Untersuchungsprogramm für eine modell-theoretische Beschreibung des Vorsatzes

„Unterstellt man als analytische Hauptaufgabe der Soziologie die Analyse der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit und zugleich die Historizität und Kontextualität dieser sozialen Wirklichkeit, so muß in die soziologische Gegenwartsanalyse die Analyse ihres historisch-genetischen Werdens konstitutiv mit eingehen.“²

1. Orientierung an Gesellschaftstypen

Die folgende Darstellung ist – bezogen auf Europa – in drei Epochen eingeteilt, nämlich zum einen in germanische Zeit und Frühmittelalter, zum zweiten in Hochmittelalter und Frühe Neuzeit, schließlich in die Moderne. Diese Epochen-einteilung wird für die Geschichte der Strafrechtspflege von EBERHARD SCHMIDT mit quasi phänomenologischer Begründung favorisiert: „Wir wollen die Strömungen maßgebenden Rechtsdenkens und Lebensgefühls zu ergründen suchen, die die Gestalt und die Eigenart der Strafrechtspflege jeweils beherrscht haben, und von hier aus die geschichtliche Entwicklung der Strafrechtspflege verstehbar machen.“³ Man müßte, so SCHMIDT, die Vorherrschaft des germanische Rechtsdenkens bis etwa zum *Jahre 1100* konstatieren, das mittelalterliche Rechtsdenken auch über

² Spohn (1998), S. 294

³ Schmidt (1965), S. 17

die Rezeption hinaus bis zur *Aufklärung* als vorherrschend anerkennen. Erst das 18. Jahrhundert bringe im Bereich der Strafrechtspflege etwas ganz Neues mit dem Aufkommen der modernen Kriminalpolitik. Dieser vorläufig letzten Epoche gehörten auch wir noch an.⁴ Daß diese Epochen-einteilung auch für die allgemeine Geschichte möglich ist, wird von vielen Historikern⁵ und historischen Soziologen⁶ anerkannt. Die Systemtheorie bietet dafür auch theoretische Gründe an, die hier allerdings nicht näher ausgeführt werden müssen.⁷ Diese Aufteilung in Epochen hat zweifachen Wert: Neben einer Aufteilung der Darstellung legt die Periodisierung jedenfalls nahe, besonders an den Epochenschwellen zu schauen, ob sich Veränderungen der Vorsatzzuschreibung ausmachen lassen. Wenn zu diesen Zeiten – wie oft behauptet – Gesamtveränderungen stattgefunden haben, eine Totalrevision der Denkgangsart, dann wäre es ja zu vermuten, daß sich diese *auch* im Bereich des Vorsatzes niedergeschlagen haben könnten. Dem wird im folgenden nachzugehen sein.

Diese Arbeit ist keine historische Arbeit. Das sieht man schon daran, daß kaum Quellen direkt herangezogen werden und auch nur selten Partei für eine Auffassung, wie es denn nun gewesen sei, ergriffen wird, womöglich nach einer umfassenden Darstellung des Streitstandes in den Geschichtswissenschaften. Was diese Arbeit hier versucht, ist die Illustration und Plausibilisierung eines *soziologischen Modells*, wie es gewesen sein *könnte* und *theoretisch naheliegt* mit Hilfe historischen und ethnologischen Materials. Es wird nicht mehr behauptet als: Es läßt sich vor diesem theoretischen Hintergrund eine plausible Geschichte erzählen. Alles weitere wäre eine Überschätzung dessen, was hier geleistet werden kann, möglicherweise, was historische Soziologie überhaupt leisten kann⁸ – jedenfalls *wenn* man sich auf den Methodenstandard der Geschichtswissenschaften einlassen würde⁹. Man kann soziologische Theorie nicht mit historischen Daten *testen*, dafür ist die Datenlage in aller Regel viel zu schlecht: „Die ge-

⁴ Siehe Schmidt (1965), S. 17 f.

⁵ Siehe Wesel (1997), Rn. 185, speziell für das 12. Jahrhundert siehe Berman (1991), S. 19, 35, 78, 147 f. m.w.N. und passim, Keller (1986), S. 57 ff., Nelson (1977), S. 161, 164 und passim., Le Goff (1965), S. 14 f., Bloch (1982), S. 82, Achter (1951), S. 136, Wesel (1997), Rn. 202 m.w.N., für das 18. Jahrhundert siehe nur Groh (1992), S. 55 m.w.N.

⁶ Siehe z.B. Mann (1986), S. 500.

⁷ Siehe Luhmann (1987), S. 132 ff., (1997), S. 595 ff, 634 ff.

⁸ So methodenkritisch z.B. Goldthorpe (1991), vor allem gegen die hier einschlägige Kategorie der „grand historical sociology“ s. S. 219 ff. und Goldthorpe (1994), S.73.

⁹ Aus soziologischer Perspektive entschieden dagegen Mann (1994).

schichtwissenschaftliche Forschung kann in keiner Weise als die Empirie einer soziologischen Befassung mit Geschichte fungieren.“¹⁰ Aber man kann mit Hilfe historischer Beispiele Theorien zumindest plausibilisieren und andeuten, was mit der Theorie gemeint ist und wo entsprechende Versuche ansetzen könnten. Der Wert einer solchen Arbeit ist es, Fragen stellen zu können, die bisher nicht gestellt werden konnten, und mit Antworten zu überraschen, die anschlussfähig sind für weitere Forschung.¹¹

Es werden in diesem Kapitel vor allem Beispiele aus der deutschen und englischen Geschichte der letzten etwa 1 000 Jahre herangezogen.¹² Die Wahl von England und Deutschland und diesen langen Zeitraum ist erfolgt, weil *zentraler* Aspekt dieses Kapitels der *Vergleich* ist. Je länger der ‘Untersuchungszeitraum’ ist, um so verschiedenere gesellschaftliche Formen lassen sich heranziehen: Stammesgesellschaft, Adelsgesellschaft, bürgerliche Gesellschaft. Durch die Parallelbeschreibung Deutschlands und Englands werden zusätzliche Vergleichsmöglichkeiten eröffnet, da beide Orte zwar grundsätzlich Teil der europäischen Gesamtentwicklung zum modernen Nationalstaat waren, dabei aber auf den ersten Blick sehr unterschiedliche Wege gegangen sind. Gerade die Unterschiede im Rechtssystem und die Ungleichzeitigkeiten der Entwicklung können hier zusätzliche Einsichten vermitteln.

Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen ist die systemtheoretische Überlegung, daß ein Ereignis nur Teil des autopoietischen Reproduktionszusammenhangs wird,

„indem es von einem weiteren Ereignis als die Mitteilung einer Information (als dieser Unterschied) so beobachtet wird, daß weitere Ereignisse an der Bezeichnung der einen oder anderen Seite anschließen können – oder eben nicht! ... Für diese und alle weiteren Operationen kommt es darauf an, daß sie als Operationen der gleichen Art verbucht werden. Die

¹⁰ Stichweh (1998), S. 69.

¹¹ Nichts anderes tun die historisch ausgerichteten Arbeiten Webers, Durkheims oder Marx’ – also der Klassiker des Fachs, so Hart (1994), S. 29.

¹² Für Deutschland deckt sich der Zeitraum in etwa mit der Darstellung der Geschichte der deutschen Strafrechtspflege von Eberhard Schmidt. Im übrigen werde ich auch auf ethnologische Untersuchungen zurückgreifen, was natürlich methodologisch problematisch ist. Da es aber eben *nicht* um historisch genaue Darstellung, sondern um die theoretisch konsistente Entwicklung von *Strukturen*, um bestimmte *Formen* der Mitteilungsidentifikation geht, *also um Modellbau*, wiegt diese Problematik weniger schwer. Zum Problem aus rechtsgeschichtlicher Sicht siehe Riegel (1996), S. 242, 249, Wesel (1997), Rn. 2 f. und Senn (1982), S. 191.

These ist, daß der Modus der Verbuchung sozial variiert ... Dabei ist die aus der These abgeleitete Arbeitsfrage, wie nämlich die Gesellschaft über ihre grenzkonstituierende Unterscheidung *historisch* disponiert hat, wie sie es jetzt tut und wie sie es vielleicht tun wird, auf der Ebene der Operationen gestellt, dort, wo es um das geht, was jeweils als Anschlußereignis oder Folgeereignis in Betracht kommt. Was kann unter gewissen gesellschaftlichen Bedingungen als die Mitteilung einer Information begriffen, was kann als Verstehen beobachtet werden? Und was systematisch nicht?“¹³

Im vorigen Kapitel wurde herausgearbeitet, daß die Identifikation von Mitteilungsverhalten von Strukturen geführt wird, die sich aus Situations- (Rollen-) und Personerwartungen ergeben. Das gibt auf einer sehr abstrakten Ebene erste Hinweise darauf, was Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung sein soll, denn „in order to understand the development and application of the concept of intentionality in any legal system it is indispensable to place this concept in the larger context of the cultural definition of the person.“¹⁴

2. *Fragestellungen und Untersuchungsmaterial*

Die nächste Frage ist dann, wie Rolle und Person, diese gesellschaftlichen Erwartungsstrukturen, die die Vorsatzzuschreibung dirigieren, eigentlich empirisch faßbar sind bzw. wie sich die Vorsatzzuschreibung als Gegenstand eines historisch-ethnologischen Streifzuges entsprechend der theoretischen Überlegungen im letzten Kapitel operationalisieren läßt.

Es wurde bereits angemerkt, daß dies nicht die Arbeit eines Historikers ist und sie sich entsprechend nicht auf die Quellen, sondern nur auf ihre Interpretation durch Historiker (und teilweise Ethnologen) stützen wird. Dabei ist alles Material interessant, aus dem sich erschließen läßt, wie Mitteilungsverhalten identifiziert wurde. So z.B. natürlich das primär *rechtsbezogene* Material wie Strafgerichtsurteile (in denen, z.B. im Jury-Verfahren, auch viele *gesellschaftliche* Wertungen deutlich werden, gerade auch *gegen* das Recht), die Regelungen in Volksrechten, Gesetzen und rechtsdogmatischen Abhandlungen, aber auch das außerrechtliche Verständnis von Sünde und Beichte, moralischer Verantwortung, die Darstellung von Personen, ihren Motiven usw. in der Literatur, Erziehung, Medizin etc. – also alles, was die Semantik des Personenverständnisses betreffen

¹³ Fuchs (1996), S. 114 f.

¹⁴ Rosen (1985), S. 53.

könnte. Für den *dogmatischen* Bereich belangvoll und am materialreichsten sind Personenkonzept und Vorsatzsemantik vor allem bei der Abgrenzung von Unfall und Tat. Die Darstellung wird sich entsprechend der Quellenlage hauptsächlich auf Tötungen konzentrieren.

Schließlich geht es hier um einen Spezialfall der Mitteilungsidentifikation, nämlich in Hinblick auf *normenttäuschende* Kommunikation, ihre gesellschaftliche Erzeugung und Prozessierung, an der die gesellschaftliche Erwartungslage ständig neu justiert wird.¹⁵ Das aber heißt: es sind die *Mechanismen* der Normgeneralisierung¹⁶, der Normgeltung, mit in Betracht zu ziehen. *Wie* die Generalisierung von Normen über Konflikte gesellschaftlich organisiert ist, mit welchen Mechanismen ihre sachliche Identität, zeitliche Geltung und soziale Unterstützung hergestellt wird, bestimmt, wie das gesellschaftliche Vefahren zur Störungsfeststellung und -beseitigung auszusehen hat und *was dabei zu thematisieren ist*. Diese Mechanismen, und damit die Formen der Rechtsgeltung, variieren nun ebenfalls historisch¹⁷ und beeinflussen die Identifikation von Mitteilungsverhalten.

II. Das Rechtsdenken archaischer Gesellschaften

Es gibt in archaischen Gesellschaften möglicherweise mehr, auf jeden Fall „andere Ereignisse, die als Mitteilung von Informationen begriffen werden können und die im Moment, in dem diese geschieht, Gesellschaft realisieren“¹⁸.

Es geht im folgenden darum, sich entsprechend bestimmter Struktureigenschaften, die z.B. den Germanen zugeschrieben werden (kein Staat, keine Gerichte, keine Stratifikation nach Geburtsständen mit Sonderrechten für die Angehörigen der unterschiedlichen Strata, keine ausdifferenzierte Wirt-

¹⁵ Das ist ein schwieriger – und zentraler – Teil der Theorie: wenn man von Autopoiesis spricht, heißt das auch, daß Kommunikation darüber entscheidet, ob und wie ein Normbruch zu identifizieren ist. Insofern erzeugt die Kommunikation die Norm wie ihren Widerspruch selbst – und reagiert durch Kommunikation darauf. Kommunikation schafft Strukturen, ist nur möglich durch Strukturen und verändert in ihrem Vollzug Strukturen. Es geht also bei jedem Normbruch um eine *Eigenbestimmung von Strukturen*, sei es als Reproduktion, sei es als Selbstsubstitution. Das ist nur verständlich, wenn man eine Zeitperspektive in die Theorie einführt, nämlich Evolution (und damit den Dreischritt Variation, Selektion, Stabilisierung, die jeweils auch der Evolution unterliegen, also autologische Konzepte sind). Siehe zum Ganzen Luhmann (1997), S. 413 ff., (1987), S. 139 f.

¹⁶ Siehe oben S. 117.

¹⁷ Siehe Luhmann (1987), S. 138.

¹⁸ Fuchs (1996), S. 118.

schaft etc.)¹⁹, *theoretisch angeleitet* sehr allgemeine Schlüsse zu ziehen. Dabei geht es nicht allein um die Germanen, sondern der Zeitraum wird, SCHMIDT folgend, bis in die fränkische Zeit ausgedehnt, dazu wird auch ethnologisches Material mit einbezogen. Der Begriff des *Rechtsdenkens* ist problematisch in einer Zeit, in der es noch kein ausdifferenziertes Rechtssystem, ja kaum Literalität gab. Es existiert zwar eine Sondersemantik für die Konfliktbearbeitung, aber keine Autorität, die Normsinn verbürgt und ggf. durchsetzt. Noch schwieriger ist es dann, von einem *Strafrecht* zu sprechen. 'Strafrecht' werden im folgenden die Normen genannt, die Sanktionen über einen reinen Schadensersatz hinaus vorsehen.

In diesem Abschnitt stellt sich vor allem die Frage, was die Grundstruktur der Verantwortlichkeit in archaischen Gesellschaften ist. Diese Frage dreht sich vor allem um das Problem des Erfolgsstrafrechts, nämlich: ob eine Verantwortung ohne Verschulden, also auch ohne Vorsatz, für archaische Gesellschaften charakteristisch ist. Dann stellt sich ggf. die Anschlußfrage nach den Regeln der Vorsatzzuschreibung und, wie sich diese theoretisch erklären lassen.

1. War das germanische Recht Erfolgsstrafrecht?

Max Weber wie auch Mitteis/Lieberich u.a. vertreten für die germanische Zeit ein reines Erfolgsstrafrecht ohne Berücksichtigung des Verschuldens.²⁰ Das ist angesichts der Quellenlage durchaus problematisch, denn Zeugnisse gibt es praktisch erst aus fränkischer Zeit²¹, und die legen gerade eine andere Deutung nahe. So spielen in den Volksrechten des neunten Jahrhunderts Vorsatzfragen offensichtlich eine Rolle.²² 'Eine Rolle spielen' heißt allerdings nicht, reguläre Voraussetzung zu sein. Haftung scheint zunächst in der Tat am äußeren Erfolg anzuknüpfen und über Vorsatzfragen dann vor

¹⁹ Ich beziehe mich auf die gesellschaftliche *Primärdifferenzierung*. Daß in *Europa* die Kontinuität des Römischen Reiches und einiger seiner Institutionen zu Besonderheiten geführt hat, ist zuzugeben.

²⁰ Siehe Weber (1972), S. 391 (gegen Webers Auffassung dezidiert vor allem Mueller (1955)) und Mitteis/Lieberich (1992), S. 43 und 100 m.w.N.

²¹ Methodenkritisch hier vor allem Kaufmann (1971), Sp. 992 f.

²² So z.B. im Lex Baiuvariorum Kap. 2 § 18 (Fehlender Vorsatz des Richters bei Fehlurteil), Kap. 9 § 14 (Wissentlicher Erwerb gestohlenen Gutes), Lex Saxonum § 22 (Unwissentlich falsche Eidesleistung), Edictus Rothari Kap. 146 (Absichtliche Brandstiftung), Capitulare missorum Kap. 15 (Unwissentliche und absichtliche Tat) und Concilium Triburiense § 3 (Tötung aus Unachtsamkeit). Im siebten und achten Jahrhundert werden selbst Anstiftung und versuchte Anstiftung (!) genannt, Lex Liutprandi Kap. 72 der Leges Langobardorum und Edictus Rothari Kap. 10.

allem in der Rechtsfolge qualifiziert zu werden. Darauf deuten die ‚Ungefährwerke‘ des germanisch-fränkischen Rechts hin, aber auch die ethnologische und anthropologische Literatur.

Bei den Ungefährwerken handelte es sich tatsächlich auch um reine *Zufallstaten*²³, die Haftung auslösten.²⁴ Allerdings: „Ungefährwerk fiel ganz allgemein nicht so stark ins Gewicht wie Absichtstaten.“²⁵ Zunächst mußte noch volles Wergeld (Schadensersatz für einen freien Mann) entrichtet werden, *nicht jedoch war Rache erlaubt oder Friedensgeld zu zahlen*, später wurde die Buße selbst herabgesetzt. Bei der Abgrenzung von Ungefährwerk und ‚Vorsatz‘tat wurde an Äußerlichkeiten orientiert typisierend vorgegangen. „In solchen Sachverhalten wurde Ungefährwerk erblickt, die vom Standpunkt einer sehr verallgemeinerten Lebens- und Rechtserfahrung aus tatsächlich häufig der bösen Absicht entbehren werden, ohne daß das immer notwendig wäre.“²⁶ In Zweifelsfällen konnte der Täter durch seine eigene nachträgliche Stellungnahme zur Tat die Bewertung als Ungefährwerk rechtfertigen. „Man verlangte von ihm eine ‚Verklärung‘ der Tat, wollte er sich die Bewertung als Ungefährwerk sichern, und bei dieser Verklärung war ein Eid zu leisten, daß böser Wille fernegelegen habe.“²⁷ Diese „Ungefährwerke“ waren – wie die Haftung für Dritte – eher *deliktisch ausgestaltetes Schadensersatzrecht* als strafrechtliche Haftung, da keine über die Buße hinausgehenden Pflichten des Täters (Friedens- oder Fehdegeld) bzw. Rechte des Opfers bestanden (Rache- oder Fehderecht).²⁸

Diese Situation stellt sich in der anthropologischen und ethnologischen Literatur durchaus ähnlich dar. Gluckman beschreibt die Grundidee der Haftung der Barotse wie folgt:

„If one man suffers through the action, even if it be inadvertent, of another, the latter must recompense the former. The Law of Wrongs starts

²³ Mitteis/Lieberich (1992), S. 43, Schmidt (1965), § 17, Sellert/Rüping (1989), S. 59.

²⁴ In den Volksrechten aus dem neunten Jahrhundert werden Zufallsdelikte behandelt im Lex Saxonum §§ 54 und 59 und Lex Thuringorum Kap. 5 § 49 und aus dem siebten Jahrhundert im Edictus Rothari der Leges Langobardorum Kap. 387. Fälle echter Erfolgs- oder Gefährdungshaftung sind insg. nicht sehr zahlreich. Für das angelsächsische Recht im 9. Jh. siehe Mikat (1963), S. 19.

²⁵ Schmidt (1965), § 20.

²⁶ Schmidt (1965), § 17, Kaufmann (1971), Sp. 995.

²⁷ Schmidt (1965), § 17.

²⁸ Strittig. Für *strafrechtliche* Haftung Brunner (1961), S. 216 und ders. (1958), S. 723, unklar Schmidt (1965), § 20, der nur die geringeren Sanktionen erwähnt, ohne daraus Schlüsse zu ziehen, für *quasi zivilrechtliche* Haftung Kaufmann (1971), Sp. 996, Mikat (1963), S. 20 f., Sellert/Rüping (1989), S. 57, 63.

from the fact that damage has occurred, and damage has to be redressed; and the person responsible has to make amends.”²⁹ Und: „if the damage was deliberately done, or caused by gross negligence, they may add penal damages and possibly fine the wrongdoer. They do not lessen the damage for accident.”³⁰

Hierbei gelten klare Regeln über die Zuständigkeit, wie z.B. leicht zu beobachtende ‘Kausalverläufe’ (Hexen!), aber auch die Zuordnung von Verantwortlichkeit über offensichtliche und bekannte Sonderbeziehungen wie Eigentum oder Befehlsgewalt.³¹ Dabei war der individuelle zu gestaltende – und zu verantwortende – Organisationskreis augenscheinlich weiter als heutzutage:

„The doer of a deed was responsible whether he acted innocently or inadvertently, because he was the doer; the owner of an instrument which caused harm was responsible, because he was the owner, though the instrument had been wielded by a thief; the owner of an animal, the master of a slave, was responsible because he was associated with it as owner, as master; the *rachimburgius*, or popular judge, was responsible for a wrong judgement, without regard to his knowledge or good faith ...“³²

Vorsatzfragen spielen anscheinend für die *Art der Reaktion*, wenn auch nicht für die generelle *Verantwortlichkeit* eine Rolle:

„The Nuer evidence shows that even where liability is absolute, in that compensation must be paid, attention may be paid to the mental elements of the killing insofar as this may determine whether the liability is discharged by blood for blood, or by payment of cattle.“³³

Auch im alten Wales und bei den Yurok-Indianern Kaliforniens mußte der Schaden voll ausgeglichen werden, unabhängig davon, ob er vorsätzlich verursacht wurde oder nicht. Wenn aber evident war, daß die Tat mit böser Absicht begangen wurde, war ein zusätzlicher Betrag zu entrichten.³⁴ Nach den *Leges Henrici* (England, 12. Jahrhundert) galt „where a man intends

²⁹ Gluckman (1965), S. 232.

³⁰ Gluckman (1965), S. 233.

³¹ Einiges Kopfzerbrechen macht der Zusammenhang dieser auf den ersten Blick separaten Haftungsregeln in angelsächsischer Zeit offensichtlich Pollock/Maitland (1968), S. 470 ff. – es geht um die Markierung des Organisationskreises, also Zuständigkeit, siehe für die Haftung bei Taten Dritter auch Schmidt (1965), § 19.

³² Wigmore (1894), S. 317.

³³ Gluckman (1965), S. 208.

³⁴ Siehe Gluckman (1965), S. 215.

one thing and a different thing occurs, ‚ubi opus accusatur, non voluntas,‘ the judge must fix a lighter compensation, according to the circumstances.“³⁵ Hier gibt es also offensichtlich Ansätze einer Berücksichtigung von Vorsatzfragen.

Auch waren die typischen Verhaltensweisen der Zeit, die eine Haftung über Schadensersatz hinaus vorsahen, so gefaßt, daß man sie praktisch nicht versehentlich begehen konnte.³⁶

„The very nature of the majority of the early offenses rendered them impossible of commissioning without a criminal intent. Waylaying and robbery are impossible without it; so is rape; and the same is roughly true of housebreaking. House-burning, the ancient *boernet*, might be the result of intent or negligence, but it is significant that from the earliest times of which we have any record the felony of arson depended upon proof of an intent to burn.“³⁷

SAYRE stellt für das Vorsatzerfordernis im englischen Recht, *mens rea*, fest:

„Up to the twelfth century the conception of *mens rea* in anything like its modern sense was non-existent. In certain cases at least criminal liability might attach irrespectively of the actor’s state of mind. But because the old records fail to set forth a *mens rea* as a general requisite of criminality one must not reach the conclusion that even in very early times the mental element was entirely disregarded.“³⁸

Denn Vorsatz oder Fahrlässigkeit als *allgemeine* Strafbarkeitsvoraussetzung fehlte selbst in einigen modernen Strafgesetzen – so z.B. im RStGB von 1871.

Ob man die Vorsatzbestimmung unter solchen Bedingungen dann, weil es bei archaischen Gesellschaften offensichtlich nicht um Schuld im modernen, individualisierten und verinnerlichten Sinne geht, „Erfolgsstrafrecht“ nennen will, ist eine Frage der Definition.³⁹ So gegensätzlich die Po-

³⁵ Winfield (1926), S. 41.

³⁶ Kaufmann (1971), Sp. 995 m.w.N.

³⁷ Sayre (1932), S. 981.

³⁸ Ebd.

³⁹ Für **reines Erfolgsstrafrecht**: Jarcke (1827), S. 11, Schröder/Künssberg (1966), S. 88 f., Weber (1948), S. 106, Mayer-Homberg (1912), S. 55 ff., Fehr (1962), S. 55. Für ein **„qualifiziertes“ Erfolgsstrafrecht**: Brunner (1958), S. 537 ff., His (1928), S. 10, Schmidt, § 16, Conrad (1962), S. 49, Planitz/Eckhardt (1971), S. 60, Kaufmann (1971), Bar (1882), S. 62, Mikat (1963), S. 11. Für ein **Schuldstrafrecht**:

sitionen zum germanisch-fränkischen Strafrecht bei SCHMIDT⁴⁰ („Erfolgsstrafrecht“) und KAUFMANN⁴¹ („Schuldstrafrecht“) dem Namen nach sind, beide qualifizieren dann aber sehr weitgehend in die Richtung des jeweils anderen. So ist SCHMIDT der Auffassung, die Unterscheidung von Absichtstat und Versehen und deren unterschiedliches Gewicht sei quasi eine anthropologische Konstante, die den Germanen geläufig war, wie sie jedem Kind geläufig sei.⁴² Das Konzept der innerlichen, psychischen Fundierung der Tat habe ihnen allerdings ferngelegen.

„Denn ob die Tat von böser Absicht getragen gewesen, ob dem Täter solche böse Absicht ferngelegen hat, das wurde nicht aus dem bei der Tat vorhanden gewesenem tatsächlichen psychischen Sachverhalt entnommen – dazu fehlten ... dem germanischen Rechtsgang alle Möglichkeiten – vielmehr wurde dies aus äußerlichen, der Tatbegehung selbst anhaftenden Merkmalen geschlossen, dies selbst da, wo, wie man zu sagen pflegt, einem bestimmten Verbrechenstypus das Merkmal böser Absicht begrifflich eignet, wie etwa beim Mord. Mörder war, wer die Tat zu verheimlichen trachtet, indem er etwa den Leichnam versteckte. Daß aber gerade solches Verhalten ganz anderen inneren Vorgängen des Täters entspringen kann und einen keineswegs sicheren Schluß auf einen die Tat tragenden bösen Willen zuläßt, das hat das germanische Rechtsdenken nicht zu beachten vermocht.“⁴³

Dies sei aber, so SCHMIDT, noch kein Schuldstrafrecht gewesen, das ein individuelles Verschulden als Leitidee proklamiert und prozessual als Zielbestimmung formuliert hätte und in seiner Ausgestaltung bestrebt gewesen sei, „die verschiedenen Möglichkeiten innerer Einstellung des Täters zum verursachten Erfolg in tatsächlicher Beziehung differenzierend aufzuklären. Von alledem ist bis zur Rezeptionszeit gar keine Rede.“⁴⁴

Beide stimmen freilich im Ergebnis überein, daß der älteren Lehre zuzustimmen sei, „[g]eht sie doch allgemein von dem Gesichtspunkt aus, daß das germanische Strafrecht (soweit es öffentliches Strafrecht ist) den verbrecherischen Willen berücksichtigen will, dabei aber typisierend am

Wilda (1960), S. 146 ff., Binding (1919), S. 8 ff., Hafer (1946), S. 106, Amira (1882), S. 373 ff., ders. (1895), S. 404 ff.

⁴⁰ Schmidt (1965), § 16.

⁴¹ Kaufmann (1971).

⁴² Schmidt (1965), § 17.

⁴³ Ebd.

⁴⁴ Ebd.

äußerlichen Erfolg anknüpft.“⁴⁵ Es bestehe im wesentlichen Einigkeit darüber, „daß die Verschuldensmerkmale vorwiegend objektiv gefaßt sind. In vielen Fällen wird die Schuld präsumiert und muß die Schuldvermutung widerlegt werden, was wiederum weitgehend durch den Bezug auf objektive Merkmale geschieht.“⁴⁶ Es ist gerade diese allgemeine, starke Typisierung, die in der Moderne *in dieser Form* nicht mehr zu finden ist. So wird „aus dem schädlichen Erfolg mit einer Logik, welche blind ist gegen die Lage des einzelnen Falles, auf das Dasein des verbrecherischen Willens geschlossen.“⁴⁷

Man brauchte also nicht tief in die Psyche des Täters einzudringen, weil sie an der Oberfläche leicht zu erkennen war. Gerade im Hinblick auf Vorsatzfragen wurde mit, so würden wir heute sagen, Präsumtionen gearbeitet. Gluckman berichtet über Barotseland: „In assessing whether a woman has committed adultery, the court will accept as proof of adulterous relations any unaccustomed familiarity with an unrelated man. There is a judicial presumption that men and women do not have platonic relations.“⁴⁸ *Wer immer etwas tat, konnte nur etwas bestimmtes im Sinn haben.* Allgemein gilt, daß die Idee der Wahl und der Intentionalität von Handlungen auch in einfachen Gesellschaften durchaus bekannt ist bzw. war. Nur ist diese Verantwortungs- und Motivzuschreibung stark situativ gebunden. Bezogen auf die Nuer schreibt Gluckman:

„It is assumed if a man kills a member of a group with which his own group is at feud – i.e. where a past record of killings exists between them – that he must have done so deliberately. The injured parties look mainly at the fact of the deed, and rule out attention to the killer’s will. They operate with a legalistic psychology in which intention is presumed from action.“⁴⁹

Intentionalität ist durch die Rolle im Segment und die damit zusammenhängenden Normalitätsvorstellungen in der Gesellschaft weitgehend fixiert. So sind Personen mit ihren Motiven bei den Barotse quasi legaldefiniert:

„the cases I have quoted show that these internal moral states and motivations are inferred from the actions of the parties. Motives follow logi-

⁴⁵ Kaufmann (1971), Sp. 992.

⁴⁶ Kaufmann (1971), Sp. 990 f. Dem stimmen auch Sellert und Rüping ausdrücklich zu, siehe Sellert/Rüping (1986), S. 61.

⁴⁷ Brunner (1894), S. 488, so auch Mueller (1955), S. 325.

⁴⁸ Gluckman (1965), S. 228.

⁴⁹ Gluckman (1965), S. 206 f.

cally from action. And motives are seen in legalistic terms. [...] Here the judges work with both a legalistic ethical psychology of a generally reasonable person, who has a general ethical psyche, and with a set of psyches specified for the various categories of persons who come before them – fathers, children, husbands, wives, and so-forth. They even have standardized pictures of wrongdoers of specific kinds⁵⁰.

Fälle objektiver Tatvermutung gab es auch z.B. im westsächsischen Gesetzbuch von Ines: ein Fremder, der abseits von der Straße geht und weder ruft noch sein Horn bläst, ist ein Dieb⁵¹; Deutsche bekamen im 12. Jh. in Prag das Privileg, daß sie nur für Falschgeld, das in ihren Truhen gefunden wurde, verantwortlich gemacht werden konnten, während jede Verfolgung ausgeschlossen war, wenn es an anderer Stelle in Haus und Hof gefunden wurde – ‘wegen der schlechten und böswilligen Menschen, die solches gerne in Häuser und Höfe werfen’⁵².

2. Zum Personenkonzept

Die zentrale Frage ist dann, wie sich diese Struktur der Haftung, die Rolle des Vorsatzes und seine Identifikation rein über die situativen Bedingungen, also ganz ohne Bezug auf einen inneren Täterwillen, erklären läßt. Zunächst wird auf das Verhältnis von Person und Rolle eingegangen und dann die Besonderheiten der sachlichen, zeitlichen und sozialen Generalisierung von Normen dazugenommen, um den Charakter der Vorsatzidentifikation hinreichend klären zu können.

„Other societies have held very different notions of the self, and each society’s notion is intimately connected with its form of social organisation.“⁵³ In einem anderen theoretischen Rahmen, aber trotzdem in Übereinstimmung mit vielen der hiesigen Überlegungen, hat der Soziologe Marcel Mauss’ in seiner letzten Arbeit für die Frage nach dem **Personenkonzept** in unterschiedlichen Gesellschaftstypen richtungsweisende Antworten gegeben.⁵⁴ Dieser Text „concerns essentially the *concept of the individual presupposed by or expressed in a society’s dominant value system or encompassing ideology*.“⁵⁵ Mauss führt zunächst die soziale Beschreibung

⁵⁰ Gluckman (1965), S. 230.

⁵¹ Nach Mikat (1963), S. 23.

⁵² Siehe Bartlett (1996), S. 254.

⁵³ Carrithers/Collins/Lukes (1985), S. vii.

⁵⁴ Mauss (1938), englische Übersetzung Mauss (1985).

⁵⁵ Allan (1985), S. 30 f.

des Individuums in tribalen, segmentären Gesellschaften ein, die er „personnage“ nennt, frei übersetzt *Rolle* oder *Charakter*.

„One can sum up Mauss's vision as follows: a bounded society consisting of totemic clans, each clan having a fixed stock of names transmitted by recognised procedures, the bearers of a name being reincarnations of their predecessors back to mythical times and dancing out the fact as rituals.“⁵⁶

An anderer Stelle von Mauss' Werk faßt er selbst zusammen:

„The individual is born with his name and his social functions. ... The number of individuals, names, souls and roles is limited in the clan, and the line of the clan is merely a collection (*ensemble*) of rebirths and deaths of individuals who are always the same.“⁵⁷

Mauss vertritt also die Auffassung, daß es nur eine begrenzte Anzahl von sozialen Positionen im Segment gibt, die über die Generationenfolge immer wieder neu besetzt werden. Der Einzelne wird so gesellschaftlich vollständig bestimmt. Jede Person ist einem Segment zugeordnet (Vollinklusion⁵⁸) und findet dort ihren festen Platz. „Segmentäre Differenzierung setzt voraus, daß die Position von Individuen in der sozialen Ordnung fest zugeschrieben ist und nicht durch Leistung verändert werden kann.“⁵⁹ Ein Rollenwechsel, soziale Mobilität außerhalb traditioneller Statuspassagen und Initiationsriten, sind also nicht denkbar. Es gibt keine Karriere im modernen Sinne. Die Identität ist nicht die Summe aller Karriereentscheidungen, sondern die Rolle im Segment. Damit ist eine Differenzierung von Person und Rolle ausgeschlossen, *beide fallen in eins*. Genau diesen Punkt hat Ralph Turner, vor dem Hintergrund des heute als pathologisch erscheinenden Phänomens mißlingender Rollentrennung in einer Welt, in der jeder eine Vielzahl von Rollen innehat, „role-person merger“ genannt: „The question is whether the attitudes and behavior developed as an expression of one role carry over into other situations. To the extent that they do, we shall speak of a merger of role with person.“⁶⁰ Die vom einzelnen und nur von ihm zu erfüllenden Erwartungen sind auch die seiner Rolle – man könnte von einem totalen „role-person merger“ sprechen. Diese Rolle können deshalb mehrere Individuen nur sequentiell, nicht aber gleichzeitig,

⁵⁶ Allan (1985), S. 33.

⁵⁷ Mauss, zitiert nach Allan (1985), S. 33.

⁵⁸ Siehe Luhmann (1997), S. 622.

⁵⁹ Luhmann (1997), S. 636.

⁶⁰ Siehe Turner (1978).

innehaben. Während in archaischen Gesellschaften *eine* Rolle besetzt wird, die sich durch alle Situationen geltend macht, wird in modernen, funktional differenzierten Gesellschaften das Konzept der Person benötigt, um ein Individuum in unterschiedliche, sehr situationsspezifische Rollen zu integrieren und als Einheit noch repräsentieren zu können. Damit wird die Differenzierung von Person und Rolle notwendig, und hier kann sich dann gerade am Rollenkonflikt die Person bilden.

All das heißt nicht, es gäbe in segmentären Gesellschaften kein privates Selbst, das man nicht für durchaus exzentrisch halten oder über dessen Ideosynkrasien man nicht sprechen könnte. Es wäre insofern ein Fehler, archaische Gesellschaften zu kollektivistisch (oder konformistisch) zu denken.⁶¹

„Gerade einfachste Gesellschaften sind in hohem Maße an Individuen orientiert und akzeptieren jeden, sofern er zur Gesellschaft gehört, in seinen Eigenarten... Die Individualität ist mit Namen, Bekanntsein, Rechten und Pflichten und vor allem mit Aufgehobensein in einem Kontext von Leistungen und Gegenleistungen durch soziale Inklusion gegeben.“⁶²

Eine individuelle (Selbst-)Bezeichnungsfähigkeit und Unterscheidbarkeit ist allein durch den Körper hinreichend garantiert.⁶³ Hier spielen sich aber Privatheit und Innerlichkeit im vorgegebenen Rahmen ab – man *macht* sich nicht, verwirklicht sich nicht selbst, denn die *soziale* Bedeutung der Person ist nicht variabel.⁶⁴ Die zweifellos gegebene Individualität ist *sozialstrukturell* nicht relevant und kann *so*, d.h. im Sinne einer Definition von Beziehungen, auch gar nicht thematisiert werden.

Die historische Forschung hat, soweit erkennbar, diesem Aspekt bisher keine besondere Aufmerksamkeit gewidmet, was möglicherweise auch an der schlechten Quellenlage liegen mag. Die Rollengebundenheit segmentärer Gesellschaften ist ethnologisch jedenfalls für unterschiedliche Kulturen durchaus belegt:

„This separation between the individual and his role is exceedingly important in the understanding of Samoan society. The whole conception is

⁶¹ Siehe Lienhardt (1985), S. 145.

⁶² Luhmann (1989), S. 155 f. m.w.N.

⁶³ So schon Mauss (1985), S. 3, ebenso Hollis (1985), S. 220.

⁶⁴ So geht Lienhardt (1985), S. 141 ff. in seiner Anmerkung zu Mauss' Artikel nur auf Fragen der Selbstthematization und ihres Vokabulars in afrikanischen Gesellschaften ein, ohne auch nur einmal sozialstrukturelle Fragen in den Blick zu bekommen – ein zentrales Anliegen Mauss', siehe Hollis (1985), S. 218.

of a group plan which has come down from ancestral times, a ground plan which is explicit in titles and remembered phrases, and which has a firm base in the land of the villages and districts. The individual is important only in terms of the position which he occupies in this universal scheme – of himself he is nothing. Their eyes are always on the play, never on the players, while each individual's task is to fit his role.“⁶⁵

Die Konfundierung von Person und Rolle findet sich nicht nur auf Samoa. Clifford Geertz schreibt über Bali: Wir finden auf Bali

„ein beständiges, systematisches Bestreben, alle Aspekte des persönlichen Ausdrucks bis zu einem Punkt zu stilisieren, an dem alle besonderen Eigenschaften, die jemanden in physischer, psychologischer und biographischer Hinsicht charakterisieren, zugunsten der Rolle ausgeschaltet werden, die ihm in dem fortwährenden und, wie man glaubt, unveränderlichen Schauspiel, das das Leben auf Bali ausmacht, zugewiesen wird. Es sind die Rollen in dem Theaterstück, die von Dauer sind, nicht die Schauspieler; man kann sogar sagen, daß es die Rollen und nicht die Schauspieler sind, die im eigentlichen Sinne wirklich existieren.“⁶⁶

Und an anderer Stelle:

„nicht diese Aspekte ihrer Existenz als Person – ihre unmittelbare Gegenwart und Individualität oder ihr besonderes, unwiederholbares Eingreifen in den Gang der geschichtlichen Ereignisse – werden kulturell ausgespielt und symbolisch hervorgehoben, sondern ihre Stellung in der Gesellschaft, ihr besonderer Ort innerhalb einer überdauernden, im Grunde ewigen metaphysischen Ordnung. Die eigentümliche Paradoxie in der Weise, wie die Balinesen ihre Auffassung von der Person zum Ausdruck bringen, liegt darin, daß es sich – jedenfalls aus unserer Sicht – um eine Entpersönlichung handelt.“⁶⁷

Individualität beschränkt sich dann maximal auf die Bewertung von rollenspezifischem Verhalten: „Conceptions of the good are not seen as subject to individual choice, let alone invention, but rather as internal to practices within which individuals are involved by reason of their roles and social

⁶⁵ Mead (1937), S. 286, zustimmend zitiert von Duranti (1992), S. 39: „... the tendency to obscure the individual in favor of the public and positional role a person is embodying is quite common in Samoa across all kinds of situations.“

⁶⁶ Geertz (1983), S. 297 f.

⁶⁷ Geertz (1983), S. 172.

positions.“⁶⁸ Oder, mit den Worten Fortes, der die Tallensi, ein Volk in Schwarzafrika beschreibt: das Befolgen von Verpflichtungen

„is the basis of each individual's knowledge of who he is and where he belongs as a person identified by kinship, descent and status. It is the principle medium for appropriating to himself – for internalising we might say – the capacity for exercising the rights and duties, the roles and all the proper patterns of behaviour that pertain to his status as a person. It is the medium, also, by which he at the same time exhibits himself as a person to others. When young children and madmen are said to be devoid of sense, this refers primarily to their not being expected to have the understanding to conform to these prescriptions. It is a concession to their marginal personhood.“⁶⁹

Zusammenfassend lässt sich damit sagen: Personen in archaischen Gesellschaften sind vor allem Rollenträger, deren Identität sich von ihrer sozialen Position ableitet und nicht in einer irgendwie beschaffenen Innerlichkeit zu finden ist. Jeder einzelne ist unvergleichlich.

„By means of their identification with different *personages* individuals indistinguishable in life-style are rendered qualitatively heterogeneous. This is the exact opposite of the modern egalitarian position that, however obvious the differences in power and wealth, all men are in principle equal in the eyes of the law, and one man's vote is as good as another's.“⁷⁰

Durch Rolle und Situation ist dann auch ganz klar, was vorliegt. Es gibt keine Person, mit der man dagegen argumentieren könnte, die andere zur Verfügung stehende Rollen hätte spielen können oder in dieser Rolle aus persönlichen Gründen anderes hätte tun können, als was die Rolle nahelegte.⁷¹

⁶⁸ Lukes (1985), S. 299.

⁶⁹ Fortes (1973), S. 313 f.

⁷⁰ Allan (1985), S. 39.

⁷¹ Am Beispiel des Jagd-Unfalls der untreuen Ehefrau durch des Ehemanns Hand: er sei in dieser Situation Jagd-Anfänger/schlechter Jäger gewesen, nicht gehörnter Ehemann, er habe ihr verziehen. Oder: er habe daran gar nicht gedacht, sondern sei ein generell schusseliger Mensch und da sei der Unfall einfach passiert. Oder gar: Ja, er sei ein gehörnter Ehemann und sinne auf Rache, aber nicht in dieser Weise – viel lieber hätte er als Anwalt seine Frau in den finanziellen Ruin treiben und ihr das Sorgerecht entziehen lassen wollen. Von anderer Seite mag man äußern: er ist Anwalt, da ist ihm ein solcher Winkelzug zuzutrauen. Usw.

3. Formen der Normgeneralisierung

Die Formen der Normgeneralisierung in sachlicher, zeitlicher und sozialer Hinsicht sind gekennzeichnet durch die Struktureigenschaften archaischer Gesellschaften, nämlich **Alternativenlosigkeit** des Weltentwurfs, **Gewalt-nähe** und Staatenlosigkeit, d.h. Notwendigkeit der **Selbsthilfe**.

a. Sachlich: Alternativenlosigkeit des Weltentwurfes

Für die sachliche Identifikation der Normen, ihren Bestand und Inhalt gilt: Auch archaische Gesellschaften verfügen über einige Erwartungen, die als Normen ausdifferenziert sind und im Falle ihrer Enttäuschung aufrechterhalten werden. Es gibt jedoch keine Norm mit absolutem Geltungsanspruch: „Within the social organization, operation of the law is relative to the relations between disputants.”⁷² Diese ‘relativen’ Normen stehen noch im direkten Kontakt mit den elementaren Prozessen der Normbildung (insbesondere Gewalt) und können zwar in der konkreten Situation von den Parteien übergangen oder modifiziert, ihnen kann aber nicht prinzipiell widersprochen werden.⁷³ Alternative Normprojektionen und Normänderungen sind unter diesen Bedingungen unmöglich, auch weil Normen nur situationsgebunden erscheinen und weder als abstrakt-generelle Regel, die zu ändern wäre, formuliert werden können noch überhaupt verschriftlicht sind, so daß man eine Änderung auch festhalten könnte.⁷⁴ Dazu ermangelt es, einmal abgesehen vom fehlenden Normgeber, des nötigen *Kontingenzbewußtseins*. „Vorrangiger Stabilisierungsmodus ist daher die **Armut an Alternativen**, die geringe Komplexität der Gesellschaft – nicht die Sanktion.”⁷⁵

⁷² Gluckman (1965), S. 206. Siehe auch Schott (1970), S. 133.

⁷³ Wesel stellt dazu fest: „Normen sind bei solchen Verhandlungen oft nur Einsätze in der Hand feilschender Parteien,” – was sich jedenfalls wohl nur sagen läßt, wenn man das Geschehen aus einer Außenperspektive betrachtet, die Selbstbeschreibung der Beteiligten dürfte eine andere sein; und fährt dann fort: „die sich nicht so sehr für die Tat interessieren, sondern mehr für die Person des Täters, also mehr für die Frage, was in Zukunft wieder von ihm droht, als für das, was er getan hat.” (Wesel (1997), Rn. 30) Das scheint nur für Intragruppenkonflikte nahezuliegen, denn zwischen Sippen spielt die Person des Täters zunächst gar keine Rolle, ‘Partei’ ist immer die Gruppe.

⁷⁴ Es fehlen, um mit H.L.A. Hart zu sprechen, ‚secondary rules‘. Siehe Hart (1961), S. 91 – Harts Beschreibung ‚primitiver‘ Gesellschaften ist allerdings etwas holzschnittartig.

⁷⁵ Luhmann (1987), S. 149 – meine Hervorhebung.

Segmentäre Gesellschaften sind extrem statisch und traditionalistisch.

„In Weyewa ritual ideology, the paramount responsibility of all members of their society is to the ‘words of the ancestors.’ Only by living up to, fulfilling, and re-enacting the promises those words embody can the disorder, neglect, and calamity be held in check. ... In some very real ways, by reneging on these words, an individual is not just risking misfortune. It can be viewed as an act of turning one’s back on what it means to be Weyewa.“⁷⁶

Die Gegenwart wiederholt die Vergangenheit, und die Zukunft ist die bloße Fortführung der Gegenwart.⁷⁷ Gluckman schreibt, als gemeinsames Element aller Rechtsbeziehungen der Barotse gelte, daß „any departure from what is established or should be observed is an injury. ... any change is an injury to the social fabric.“⁷⁸ Für archaische Gesellschaften gilt letztlich, meint LUHMANN, ihre „Probleme sind einfacher, weil es weniger Problemlösungen gibt, und ihre Problemlösungen sind einfacher, weil es weniger Probleme gibt. Ihre Stabilität beruht auf einem Mangel an Alternativen.“⁷⁹

Gesellschaftliche Plausibilitäts- oder gar Evidenzerfahrungen hängen in archaischen Gesellschaften von anderen Bedingungen ab als in modernen. Diese Sachverhalte sind in einfachen Gesellschaften an bestimmte eindeutige Signale und Symbole geknüpft. Insofern könnte man auch von einem *Offenkundigkeitsprinzip* sprechen.⁸⁰ Das muß nicht unbedingt einfach Wahrnehmbares sein, denn bei genügend großer Homogenität und Komplexität der Gesellschaft können auch sehr wahrnehmungsferne Dinge offenkundig, i.S.v. evident, sein – so z.B. Hexerei. „Die Form ist die älteste Norm.“⁸¹ Liegen – oder lagen – bestimmte (Verhaltens-)Formen vor, dann ist deren Bedeutung eindeutig. Z.B. beim Vertragsschluß kennt ein solches an die Form gebundenes Recht

„keinen Gegensatz zwischen Willen und Wort, und keine Möglichkeit, einen Widerspruch zwischen ihnen zu berücksichtigen... Einem streng formalen Recht ist es undenkbar, daß eine formgerecht abgegebene Erklärung nicht gewollt sein könne und wegen eines Widerspruchs zwischen

⁷⁶ Kuipers (1992), S. 100

⁷⁷ Siehe Stein (1984), S. 3

⁷⁸ Gluckman (1965), S. 239

⁷⁹ Luhmann (1987), S. 165

⁸⁰ So Sellert/Rüping (1989), S. 60 f. für das germanisch-fränkische Recht, wobei „Offenkundigkeit“ hier wohl vor allem Beschränkung auf naiv Wahrnehmbares meint.

⁸¹ Ebel (1978), S. 265.

dem wirklichen Willen einer Partei und ihrem Wort nichtig oder anfechtbar sei. In der archaischen Zeit unseres Rechts, bis zum Ende des Hochmittelalters, wird dem Irrtum oder anderen Willensmängeln keine Berücksichtigung zuteil. Selbst die nicht ernsthafte, als rechtserheblich gar nicht gewollte Erklärung erzeugt ihre Wirkung ... Dem Zauber des Wortes entsprach ein verselbständigter Zauber des Symbols, der Gebärde.⁸²

Auch hier: wer die bekannten Formen verwirklicht, ob gewollt oder nicht, der hat sich ihrer Bedeutung zu fügen. Die Alternativenlosigkeit segmentärer Gesellschaften bedeutet, daß Sinn objektiv fixiert ist, entweder *autoritativ definiert* oder *evident* – das erstere vor allem bei Intragruppenkonflikten, das letztere eher zwischen den Segmenten.

So hängt auf Samoa die Definition der Wirklichkeit von den Äußerungen statushöherer Gemeinschaftsmitglieder ab; „the words of the higher-ranking *matai*, Inu, will be taken as the ‘truth.’“⁸³ Dabei gilt, daß

„in Samoa a speaker must usually deal directly with the circumstances created by his words and cannot hide behind his alleged original intentions, ... in Samoa, a speaker cannot rely on excuses such as ‘I didn’t mean it.’ In fact, such a phrase is literally impossible in the Samoan language.“⁸⁴

Widersprechen nun z.B. Inus Ausführungen den Äußerungen eines statusniedrigeren Mitglieds, auch im nachhinein, so wird dieses für den falschen Eindruck von der Welt, den dieses statusniedrigere Mitglied bei anderen geschaffen hat, bestraft.⁸⁵ So kann man *sich* nicht ins Unrecht setzen, sondern ins Unrecht *wird man gesetzt* durch die widersprechenden Äußerungen anderer: „people cannot really know whether they have done wrong until someone else says so“⁸⁶. Entsprechend werden Sicherungseinrichtungen in die Gesellschaft eingebaut, weil mit der Autorität ranghoher Mitglieder auch die gesellschaftliche Wahrheit desavouiert würde. In der höchsten politisch-juridischen Versammlung (dorf- wie landesweit), dem *fono*,

„low-ranking titled men, not the highest-ranking nobles, are chosen to articulate potentially controversial positions. Even though it is well-known

⁸² Ebel (1978), S. 265 f.

⁸³ Duranti (1992), S. 36 f.

⁸⁴ Duranti (1992), S. 33.

⁸⁵ Ebd.

⁸⁶ Duranti (1992), S. 42.

that they speak for a high noble, the lower-ranking speaker stands to be blamed if the position turns out badly. ... This tendency for high-status authors of messages to shift responsibility 'down' in the social order to lower-ranking utterers (and, similarly, for low-ranking speakers to shift responsibility for the authorship of their utterances 'up' to higher-status authors, ancestors, or supernatural beings) may exploit a likelihood that lower-ranking people will be less significant in the relevant complex of relationships. Lower-ranking people may have less to lose, and their loss may not be as important to the community as a loss by a high-ranking member."⁸⁷

Die moderne Sicht der Person als autonomer Akteur, dessen Intentionen bedeutungsgebend sind und der nur für die Äußerungen verantwortlich gemacht werden sollte, die seinen eigenen individuellen Absichten entsprechen, nennt Holquist die „'personalist' theory of meaning“:

„This view holds that 'I own meaning.' A close bond is felt between the sense I have of myself as a unique being and the being of my language. Such a view, with its heavy investment in the personhood of individuals, is deeply implicated in the Western Humanist tradition."⁸⁸

In Samoa dagegen

„meaning is not conceived of as owned by the individual; ... meaning is seen as the product of an interaction (words included) and not necessarily as something that is contained in someone's mind. ... Meaning is a mosaic that no-one can compose by himself."⁸⁹

Aber:

„a high chief ... can 'own,' as it were, the meaning of his own words and expects others to comply with his own interpretation. While no time is usually spent to reformulate a chief's possible motivation outside of the most obvious and conventional ones, people may be forced to try to guess what is going through a chief's mind. In fact, in the political arena, the act of engaging in guessing about someone else's wishes or decisions is of itself an admission of that person's authority."⁹⁰

⁸⁷ Hill/Irvine (1992), S. 21 – das Phänomen kann man auch heute gut beobachten: man schickt sein Kind vor, um den Nachbarn zu bitten, sein Radio leiser zu stellen, und vermeidet so den Gesichtverlust bei einer Ablehnung.

⁸⁸ Holquist (1983), S. 2.

⁸⁹ Duranti (1992), S. 41 – Hervorhebung im Original.

⁹⁰ Duranti (1992), S. 44.

Wahrheit und die Verantwortung für 'Falsches' sind offensichtlich sozial indexiert und ergeben sich aus den Beziehungen zwischen den Beteiligten – nicht aus einer externen Referenz wie Natur oder Bewußtsein. Es geht nicht um Kausalität, psychische Zustände usw., sondern um gesellschaftsstrukturelle Fragen, vor allen Dingen um die Autorität, Wirklichkeit definieren zu können, ohne das sinnvoll widersprochen werden kann.

Für die Machtposition, die Bedeutung dessen bestimmen zu können, was gesagt wurde, sind einige Gesellschaften sehr sensibel:

„one of the more commonly noted differences between American culture and that of other societies ... is the reluctance of people in other societies to inquire into, and/or make inferences about, the intentions and motivations or internal states of others.“⁹¹

Die Zurückhaltung, verbal darüber zu spekulieren oder sich darauf festzulegen, was die Intentionen oder die Motive des anderen seien, hängt dabei eher damit zusammen, Höflichkeit und Respekt zu zeigen, als damit, daß man Zweifel über die Verlässlichkeit solcher Aussagen hätte. Denn wem die Bedeutungsbestimmung von Äußerungen zugebilligt wird, dem Sprecher oder jemand anderes, ist eine Frage sozialer Hierarchien. Die Ermittlung einer validen Interpretation mag neben der Autorität des Interpreten im übrigen vor allem an Konzepten wie Weisheit, Schönheit oder Traditionsgemäßheit der Interpretation hängen – jedenfalls nicht an der Entsprechung mit einer vermuteten Innerlichkeit.⁹²

Zwischen den Segmenten kam es vor allem auf weniger über Autorität, sondern eher über Wahrnehmung abgesicherte *Evidenzen* an. In archaischen Gesellschaften existieren keine unabhängigen Gerichte und keine Staatsorganisation mit Gewaltmonopol zur Durchsetzung ihrer Urteile. Es gibt keine von den Parteien zu unterscheidende Organisation, die für die Ermittlung der Fakten und deren rechtliche Bewertung zuständig wäre. Statt dessen trifft man sich nur, um die Folgen dessen, *was für alle offensichtlich ist*, zu verhandeln.

„The idea that 'what happened' is uncertain, can be demonstrated through the presentation of 'evidence,' and will, upon being so demonstrated, carry moral implications that will be apparent to any fair-minded person, is ... not universal. Many dispute management procedures, as among the Barotse, begin with consensus about 'what happened.' Legal proceedings

⁹¹ Philips (1992), S. 255.

⁹² Siehe Philips (1992), S. 256.

function to determine the moral implications of these happenings: what they should imply for social relationships.“⁹³

So war es möglicherweise auch bei den Germanen: Nur der Sühnevertrag selbst wird vor Gericht geschlossen, kann aber durch Beweisverträge bedingt sein, die ihn von bestimmten Beweisverfahren abhängig machen. Das Gericht wacht nur über die Einhaltung der Regeln.⁹⁴

Dementsprechend muß die Verbindung zwischen Täter und Schaden hinreichend klar sein. Dann ist es freilich hochproblematisch, ohne unparteiischen und unabhängigen Richter, der die Fakten des Verfahrens autoritativ feststellen könnte, die Bedeutung einer Handlung entsprechend eines psychischen Faktums, eines Bewußtseinszustandes zu bestimmen.

„Hier liegt zunächst auf der Hand, daß ein *Recht, das vom Richter angewandt wird*, ganz anders aussehen muß, als ein *Recht ohne Richter*. Können die Beteiligten ihre Rechte selbst definieren und damit „Richter in eigener Sache“ sein, wie z.B. im Völkerrecht, dann muß Recht augenscheinlich etwas ganz Äußerliches (Formales und Sichtbares) sein: Man kann dann nur wie in den alten Rechten auf äußerlich erkennbare Sachverhalte abstellen. *Innere Momente* wie ‘Verschulden’, ‘Vorsatz’ u.ä.m. können dagegen rechtlich erst Bedeutung erlangen, wenn den Beteiligten ein Richter als ‘neutraler Dritter’ gegenübersteht.“⁹⁵

Diese Verpflichtung auf Formen, die Sinn objektiv fixieren, läßt sich im Prozeßrecht leicht nachweisen. „Ein weiter Teil des germanisch-fränkischen Prozeßrechts wird bekanntlich durch den formellen Charakter des Beweisrechts charakterisiert.“⁹⁶ Es geht um eine formelle Wahrheit⁹⁷, die durch gesetzlich kanonisierte Klage-Antwort-Schemata hergestellt wird. Mit der Klage sind dann das Beweisthema und die entsprechende Gegenvorstellung genau festgelegt. „Wo die böse Absicht ohne weiteres zum Tatbestand gehört ... dürfte schlichte Leugnung des Tatbestandes genügt haben, um den Beklagten nach Ablegung des Eides aus der Haftung zu entlassen.“⁹⁸ Dieses sehr auf die Form bezogene Prozeßrecht findet seine Entsprechung im Beweisrecht.⁹⁹ Die Beweise werden im Rahmen von

⁹³ Hill/Irvine (1992), S. 19.

⁹⁴ Siehe Ebel (1978), S. 267.

⁹⁵ Pawlowski (1991), Rn. 25.

⁹⁶ Kaufmann (1971), Sp. 997.

⁹⁷ Siehe Ebel (1978), S. 267.

⁹⁸ Kaufmann (1971), Sp. 998.

⁹⁹ Siehe Kaufmann (1971), Sp. 999.

Beweisverträgen erhoben, von deren Ausgang häufig die Sühneleistung abhängt.

„Was nun in Erfüllung dieses Beweisvertrages erfolgt, vollzieht sich außerhalb des Gerichtes und ohne seine Mitwirkung. Das setzt aber voraus, daß das Beweisverfahren als solches unter der strengsten Formherrschaft steht und daß der Ausfall des Beweises unmittelbar, ohne daß es noch einer weiteren gerichtlichen Stellungnahme bedurfte, über den Prozeßausgang ... entschied. Es kann sich also nicht um ein Beweisen von Tatsachen handeln, die dann noch erst 'gewürdigt' und zu einem Tatbild zusammengefügt werden müßten".¹⁰⁰

Es kamen deshalb nur die rein formalen, in der Regel eindeutigen Beweismittel Eid, Gottesurteil und Zweikampf in Frage, die keinen Gegenbeweis zuließen und alle starken Bezug zu sakralen Vorstellungen hatten. „Regelmäßig kann der *Beklagte* den Klageangriff mit dem *Reinigungseide* abwehren. Er leistet ihn selten allein, vielmehr bedarf er der Unterstützung durch Eidhelfer.“¹⁰¹ Diese Eidshelfer sind keine Zeugen, sondern Bekräftigung, daß des Beklagten Eid rein und nicht mein ist, bestätigen also Glaubwürdigkeit und unantastbare Mannheiligkeit. Für das volksrechtliche Verfahren ist die Verwendung von Wahrnehmungszeugen noch nicht denkbar.¹⁰² Entsprechend dem Ausgang im Beweisverfahren ist der Beklagte nun vom Sühnevertrag frei oder muß leisten. Weigert er sich, trifft ihn als gerichtliche Ungehorsamsfolge die Friedlosigkeit.¹⁰³

b. *Temporal: Gewalt*

Der zweite Punkt betrifft die Bedeutung von **Gewalt** als elementarer Mechanismus der temporalen Normformierung in wenig komplexen Gesellschaften. Physische Gewalt ist allgemein eher ein Mittel der Repräsentation und Vergewisserung von Erwartungen als ihrer Erfüllung.

„Nur wenn man dies berücksichtigt, ist der primär repressive und rächende Gewaltgebrauch in einfachen Gesellschaften in seinem Bezug auf das Recht verständlich zu machen. Es geht zum Beispiel in der nahezu universell verbreiteten Institution der Blutrache dem Sinne nach weder um eine Bestrafung des Schuldigen (es können Verwandte für ihn getötet

¹⁰⁰ Schmidt (1965), § 29, so auch Ebel (1978), S. 268.

¹⁰¹ Schmidt (1965), § 29.

¹⁰² Siehe Schmidt (1965), § 30.

¹⁰³ Siehe Schmidt (1965), § 29.

werden) noch um die öffentliche Austragung eines Konfliktes in der Form eines Kampfes (die Rache wird oft heimtückisch genommen) noch um die Erzwingung einer Ersatzleistung (die erst zur Ablösung der Blutrache erfunden worden ist), sondern um eine meist sozial erwartete, fast pflichtmäßige Darstellung des Festhaltens an der verletzten Erwartung.

Durch Anwendung physischer Gewalt mit all ihren Risiken, die auf Leben und Tod gehen, versichert der Enttäuschte sich selbst darüber, daß er an seiner Erwartung festhält, versichert er seine Sippe ihres Zusammenhaltens und versichert er die Gesellschaft darüber, daß das Recht noch gilt.¹⁰⁴

Moore berichtet über die hohe Gewaltbereitschaft diverser Stämme in Afrika und leitet aus den ethnologischen Daten eine *Verpflichtung* ab, „to be extremely vigilant against any encroachment on one's honour or rights, and an accompanying readiness to protect these by force.“¹⁰⁵ Auch für die Germanen notiert SCHMIDT: „die Sorge, wegen unterlassener Rache an Achtung zu verlieren und als furchtsam zu gelten, war sehr lebendig, zumal die Rache nicht nur ein Recht, sondern eine aus der Sippenordnung sich ergebende Pflicht gewesen ist.“¹⁰⁶ Kognitive und normative Erwartungen könnten nämlich gar nicht getrennt werden ohne die Gewaltanwendung der Betroffenen – niemand würde wissen, an welchen Erwartungen im Enttäuschungsfalle festzuhalten ist und welche zu ändern sind. „Wer sein Recht nicht mit physischer Gewalt zu vertreten bereit ist, verliert es mit Recht, denn gerade diese Bereitschaft erhält es aufrecht.“¹⁰⁷

In einfachen Gesellschaften können generalisierte normative Erwartungen nicht bestehen, wenn physische Gewalt auf der anderen Seite steht. Gewaltanwendung kann sich in diesem Sinne zwar im Einzelfall von Normen entfernen, als rechtlose Tat, illegale Handlung, nicht aber dauernd gegen Normen verstoßen, ohne selbst Normen zu schaffen, indem sie erwarten läßt, wie Gewalt gehandhabt wird und diese Erwartung gesellschaftlich kongruent setzt. Gewalt gehört wesentlich zur Darstellung und Präsenz von Normen in der Gesellschaft, auch, aber nicht notwendig, zur Normdurchsetzung.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Luhmann (1987), S. 108.

¹⁰⁵ Moore (1968), S. 65 f.

¹⁰⁶ Schmidt (1965), § 5, so auch Stein (1984), S. 10, Achter (1951), S. 15.

¹⁰⁷ Luhmann (1987), S. 108 f.

¹⁰⁸ Siehe Luhmann (1987), S. 107 f.

Ein Ansatzpunkt zum Verständnis der Haftungsregeln in archaischen Gesellschaften, auch der quasi deliktischen Erfolgshaftung, ist ihre besondere Gewaltnähe. Gewalt ist notwendig und gegenwärtig in Gesellschaften ohne Gewaltmonopol. Auf der anderen Seite ist Gewalt, und noch stärker die Fehde, aber Bedrohung, die zur Vernichtung ganzer Gemeinschaften führen kann. Gewalt ist in einem gewissen Rahmen also gesellschaftlich *notwendig und riskant zugleich*. Sie ist problematisch, wenn es zu ernsthaften Schädigungen kommt, generell aber ist sie Teil des 'way of life', der Lebensform.¹⁰⁹ Ehre, Herausforderung und Kränkung gehören zusammen.

„Schon daraus folgt, daß solche Angriffe zwar als Rechtsbrüche, aber nicht als 'Verbrechen' in unserem Sinne angesehen wurden, eher als *Herausforderungen*, als erste Kampfhandlungen, durch welche die latente Feindschaft der Sippen in offene Fehde (*inimicitia*) verwandelt wurde.“¹¹⁰

So kann ein Angriff auf die Ehre eines Langobarden oder einer Langobardin im siebten bzw. achten Jahrhundert und damit auf deren Verwandtschaft und Sippe nur mit Blut vergolten werden.

„Diesen Kampf aufzunehmen, ist ein Gesetz, das einem die eigene Identität, das Selbstverständnis, vorschreibt... Die Anwendung von Gewalt erfolgt damit nicht auf der Ebene von Kriminalität, sondern sie beinhaltet eine Form von Selbstbestätigung.“¹¹¹

Wehrhaftigkeit ist ein Standessymbol. Das galt z.B. auch noch um das Jahr 1000 in Worms¹¹² – und darüber hinaus.

Erlaubt, ja erwartet, wird ein ständiges Testen, Herausfordern und Verteidigen der Ehre – und trotzdem darf es nicht über Gebühr eskalieren. Kommt es also zur Gewaltanwendung, was regelmäßig passiert, muß der Schaden jedenfalls wieder gutgemacht werden, sonst droht die Katastrophe der Fehde. Moore schlägt vor, daß Erfolgshaftung vielleicht einfach als Kehrseite der Nähe zur und privaten Verfügungsmacht über Gewalt gelten könne.

„Perhaps one should also think of strict liability in some cases as more like *insurance* than like punitive damages. ... Both these explanations fit particularly well in societies in which touchiness about insult or injury is

¹⁰⁹ Siehe Hagemann (1974), S. 4 f. und 12.

¹¹⁰ Mitteis/Lieberich (1992), S. 39.

¹¹¹ Dilcher (1997), S. 216, für weitere Illustrationen der zentralen Bedeutung der Fehde aus fränkischer Zeit siehe z.B. Hagemann (1974), S. 9 ff. m.w.N.

¹¹² Dilcher (1997), S. 217 f.

part of every man's stance. There is a difference between being obliged to pay for any harm one causes and having an absolute duty not to harm."¹¹³

Die Zahlung ist dann nur die Abbruchbedingung der Fehde, nicht etwa Strafe für die Gewaltanwendung. Sie ist die Ablösung des Fehderechts.¹¹⁴ Die Zahlung erfolgt dann in Höhe der *Provokation*, bewußte und gewollte Schädigungen führen so nur zu besonderen Reaktionsformen – in der Regel erhöhte Schadensersatzleistungen. Fehde und Buße gehören zusammen:

„Die Bußtaxen waren regelmäßig so hoch angesetzt, daß es einem Einzelnen nur ausnahmsweise gelungen sein dürfte, sie aufzubringen. Im Normalfall war der Kompositionsverpflichtete auf den Beistand einer Solidargemeinschaft, der Verwandtschaft oder Sippe, angewiesen, und wer über einen solchen personalen Rückhalt nicht verfügte, war fehdemäßig nicht satisfaktionsfähig, unfrei. Mit Rücksicht auf die Komplementarität von Fehde und Buße indiziert die Kompositionsfähigkeit zugleich die grundsätzliche Fehdemächtigkeit.“¹¹⁵

Dieser Zusammenhang wird noch bis in die frühe Neuzeit wichtig sein.

c. Sozial: Selbsthilfe

Und schließlich bezogen auf die soziale Generalisierung von Normen: Eng mit der Frage der Validität, d.h. der temporalen Generalisierung von normativen Erwartungen verbunden ist schließlich die Institutionalisierung der Norm, d.h. der Unterstützung im Falle der Normenttäuschung. „Normative Erwartungen können nicht ohne Seitenblick auf die Durchsetzbarkeit praktiziert werden, und diese variiert je nach den Gruppierungen der Beteiligten von Fall zu Fall.“¹¹⁶ Allein die ‚Geltung‘ dieser Normen ist kein Grund, sie unbedingt durchzusetzen. Unterstützung für Normen qua ihrer Normqualität ist zu diesem Zeitpunkt noch nicht institutionalisiert,¹¹⁷ so daß zunächst offen ist, wer überhaupt eine mögliche Reaktion tragen könnte, wer betroffen, wer mobilisiert werden könnte. In segmentären Gesellschaften, die durchweg staatenlos sind, existiert naturgemäß keine zentrale Rechtsdurchsetzungsinstanz. **Selbsthilfe** ist hier die Verbindung von Norm und Gewalt,

¹¹³ Moore (1968), S. 66.

¹¹⁴ So auch Cherry (1890), S. 80.

¹¹⁵ Jerouschek (1997), S. 502.

¹¹⁶ Luhmann (1993), S. 446.

¹¹⁷ Das ist historisch genau die Aufgabe der Politik mit ihren Machtressourcen. Siehe Luhmann (1997), S. 638 f.

‘Recht’ und ‘Politik’.¹¹⁸ Selbsthilfe strukturiert Normkonflikte in drei wichtigen Aspekten: zum einen wird Selbsthilfe mit einem *Anspruch auf Rechtmäßigkeit*, als ein erlaubtes Erzwingungsmittels ausgeübt.

„Rache und Fehde sind im germanischen Recht nicht als Ausnahmeerscheinungen geduldete Selbsthilfemaßnahmen, stellen vielmehr wichtige, ja geradezu tragende Bestandteile der germanischen Rechtsordnung dar ... Gerade weil die Rache und somit auch die, eine Tötung erwidemde Blutrache eine *Rechtseinrichtung* gewesen ist, ist sie nach Umfang und Durchführungsart nicht völlig der Willkür des Verletzten und seiner Sippe überlassen worden; denn *Willkür und Recht sind niemals identisch*.“¹¹⁹

Zum zweiten: „self-help is the intransigent side of conciliation. Disputes in systems of self-help can be resolved if both parties are willing to do so.“¹²⁰ Diese *Parteiherrschaft* ist wichtig für die Regulierung und Ablösung der Rache durch Sühneleistungen. „Die Rache bezweckte nach germanischer Auffassung nicht Schmerzzufügung oder Quälerei, sondern *Demütigung des Gegners und seiner Sippe*.“¹²¹ Dafür aber gab es funktionale Äquivalente wie z.B. Buße und Sühneleistungen im Rahmen von Sühneverträgen. „Gerade diese Möglichkeit machte sich die erstarkende Obrigkeit zu nutze, um den mit der Rache drohenden Gefahren für die Allgemeinheit, Menschen- und Güterverlusten, entgegenzuwirken.“¹²² So wurde die Ausübung von Rache und Fehde von Bedingungen abhängig gemacht, oder man versuchte, sie durch die Verpflichtung zu Sühneverträgen ganz zu beseitigen. Das Kompositionssystem entsteht: „für alle Arten von Rechtsverletzungen werden, vielfach unter minutiöser Nuancierung innerhalb der einzelnen Deliktgruppen (Tötungen, Körperverletzungen usw.) ganze ‘Bußkataloge’ aufgestellt.“¹²³ Die Zahlung trug nach heutigem Verständnis eher privatrechtliche Züge, es ging neben der Wiedergutmachung des Schadens aber auch, wie oben bereits gezeigt wurde, um eine Ablöse des Racherechts.¹²⁴ Zunehmend mußte allerdings auch ein *Friedensgeld* an die Obrigkeit gezahlt werden, das, je größer sein Anteil an der Buße ist, den Wechsel zu einem ‘öffentlichen Strafrecht’ anbahnt.

¹¹⁸ Siehe Raymond (1936), S. 93.

¹¹⁹ Schmidt (1965), § 5 – Hervorhebung im Original.

¹²⁰ Moore (1968), S. 67.

¹²¹ Schmidt (1965), § 6.

¹²² Ebd.

¹²³ Schmidt (1965), § 7.

¹²⁴ Siehe Sellert/Rüping (1989), S. 57.

Und zum dritten schließlich führt Selbsthilfe zu einer *Konfliktbegrenzung*. Für zu private oder wenig gerechtfertigte Konflikte wird man niemanden zur Hilfe mobilisieren können. Das wird sich vor allem in kleinen Gruppen wie etwa Familien gezeigt haben. Die allgemeine Regel scheint zu sein, daß ein Segment keinen Intragruppenkonflikt erlaubt, wenn es zu klein für eine weitere Segmentierung ist – Stämme können sich ab einer gewissen Größe in Parteien spalten, Familien sicher nicht.¹²⁵ Konflikte innerhalb kleiner Gruppen (Familien, Sippen, enger Dorfgemeinschaften) werden weitestgehend entmutigt oder unterdrückt.¹²⁶ Kommt es trotzdem zu Konflikten, werden sie in der Regel von den Mitgliedern mit der größten Autorität entschieden, Ältesten, Häuptlingen, Familienoberhäuptern.¹²⁷ Gehorsam wird dabei durch die Möglichkeit des Ausschlusses erzwungen. Bei den Germanen und Franken hatte innerhalb der Sippe oder des Hauses das Familienoberhaupt das Züchtigungsrecht. Knechte waren insofern nicht selbst 'Person', sondern unterlagen der Verfügungsmacht ihres 'Eigentümers' bzw. Herrn. Für Missetaten des Knechts haftete der Herr, der durch dessen Auslieferung an den Verletzten die Haftung abwenden konnte.¹²⁸

„Die Volksrechte aber sehen bei Missetaten der Knechte deren Auslieferung an die öffentliche Gewalt vor und sehen 'öffentliche Knechtstrafen' in Gestalt von Tötung, Verstümmelung und Geißelung vor. So hat sich für die Unfreien ein ihrem Stand adäquates peinliches Strafsystem entwickelt.“¹²⁹

Das von der Hausgewalt abgeleitete Knechtsstrafrecht mag eine der Keimzellen des späteren peinlichen Strafrechts sein. Wo schließlich peinliche Strafen gegen Freie zur Anwendung kommen,

„geschieht es vor allem 'bei Vergehen, die einen niedrigen, knechtischen Sinn offenbaren' (His)... Bemerkenswert ist, daß die Rechte vielfach, ja in

¹²⁵ Siehe Moore (1968), S. 70 f.

¹²⁶ Siehe Luhmann (1981f), S. 103 m.w.N.

¹²⁷ Auf Samoa werden innerhalb der Dörfer Konflikte strukturell unterdrückt (Statushöhere definieren die Situation und entscheiden, es wird großer Wert auf Gehorsam und Respekt gelegt), entstehende Konflikte unterliegen der Jurisdiktion der Dorfversammlung (*fono*); zwischen Dörfern wird verhandelt, Kriege sind aber nicht unüblich, andere Dörfer beteiligen sich nach Loyalitäten und Erfolgsaussichten. Siehe <http://www.samoa.co.uk/faasamoaapagc.html>, für Berichte über Kriegsführung und Straftaten aus Sicht eines Engländers im späten 19. Jh. siehe auch <http://www.samoa.co.uk/books/my-consulate/>, jeweils letzter Aufruf 2000-08-13

¹²⁸ Schmidt (1965), § 9.

¹²⁹ Ebd.

der Regel die Ablösbarkeit der peinlichen Strafe vorsehen: die peinliche Strafe trifft also den, der nicht mehr zahlungsfähig und demgemäß sozial abgesunken ist, ein deutliches Zeichen dafür, wie sehr die ursprüngliche Bezogenheit des peinlichen Strafrechts auf Missetaten von Knechten (Unfreien) nachklingt.“¹³⁰

Das korrespondiert auch mit gesellschaftlichen Aufstiegs- und Abstiegsprozessen zum Zeitpunkt des zunehmenden Aufkommens der Körperstrafen. Zentraler Auslöser für die Entwicklung des peinlichen Strafrechts dürfte indessen die beginnende Staatenbildung sein – ein Thema des nächsten Abschnittes.

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Welt archaischer Gesellschaften alternativenarm und hochvertraut ist. Ihr Sinn ist objektiv fixiert, und zwar entweder als Deutung ranghöherer Rollenträger oder als wahrnehmbare Evidenz. Das gilt auch für Handlungssinn, der offenkundig ist. Er ist offenkundig, weil die Person nur als Rollenträger fungiert („role-person merger“) und die Rolle allgemein bekannt ist, sowohl in Konformität wie auch in Devianz. Da es keine zweite Ebene der Person, keine Innerlichkeit gibt, die gegen die äußere Form stehen könnte, läßt sie sich auch nicht im Rahmen eines „Das habe ich nicht gewollt!“ gegen die Rollenerwartungen ausspielen. Das korrespondiert mit einer an Situationstypiken orientierten Identifikation von Normbruchskommunikation. Auch hier wird eine segmentäre Standardperson vorausgesetzt, ein Rollen aspekt des Segmentmitglieds, der mit einem Wissens- und Motivbündel die Situation unwiderleglich deutet: Niemand erschlägt jemanden bei Waldarbeiten, jeder nimmt wenn möglich Rache an einem Fehdebefangenen. Denn unverständlich muß der sein, der es anders versuchte. Das wäre schlichtweg unverständlich und würde sich jedenfalls nicht in *dieser* Welt abspielen. In archaischen Gesellschaften basiert die ‘Verschuldenshaftung’, also: die Identifikation von Normwiderspruchskommunikation, stark auf Präsumtionen. Es gibt entsprechend tatsächlich einen generellen Vorsatz von allen Angehörigen des Segments in einer bestimmten Situation. Während wir heute sagen, jeder mag sich seinen Teil gedacht haben, war damals die Bedeutung augenscheinlich allgemeingültig fixiert. Ob jemand etwas vorsätzlich getan hat, brauchen wir nicht zu fragen, wenn die Situation, in der sich ein Seg-

¹³⁰ Schmidt (1965), § 10, so auch Jerouschek (1997), S. 504 f.

mentsmitglied verhält, klar ist. Alles liegt auf der Hand, nichts ist verborgen.

Haftung und Sanktionen insgesamt lassen sich nur verstehen, wenn man die Gewaltnähe und die Notwendigkeit der Selbsthilfe in die Überlegungen miteinbezieht. Bei der Haftung geht es vor allem um den Abkauf des Fehderechts, bei der Sanktion um die Rücknahme der Provokation, die durch die Tat ausgelöst wurde. Tat ist Provokation – und auch das dürfte das Muster der Normbruchsidentifikation, auch in Bezug auf Mitteilungsverhalten, strukturiert haben. Die (seltene) verschuldensunabhängige Haftung läßt sich in etwa mit der unsrigen vergleichen: es geht um die Ermöglichung von Verhalten, das als gesellschaftlich notwendig angesehen wird, aber riskant ist. Das riskante Verhalten wird dann an eine Schadensersatzpflicht gebunden, um neben der Kompensation vor allem klar zu machen, daß es keine rechtmäßige, zu akzeptierende Verletzung ist.

III. Das Rechtsdenken stratifizierter Gesellschaften

Worum es hier geht ist der Wechsel zwischen Früh- und Spätmittelalter und die Zeit bis zur Aufklärung, also etwa zwischen dem 12. und 18. Jahrhundert. Dieser Wechsel ist eine Zeitschwelle vor allem deshalb, weil – neben vielen anderen revolutionären Veränderungen, auf die noch einzugehen ist – in dieser Zeit eine Zentralisierung politischer Macht einsetzt, die zur Stratifikation der Gesellschaft führt. Es etablieren sich Adelsgesellschaften.

„Alle hochkulturellen, über Schrift verfügende Gesellschaften sind Adelsgesellschaften gewesen. Wie verschieden auch immer die ökonomische Grundlage der Distinktion einer Oberschicht gewesen sein mag: daß es eine Oberschicht gegeben hat und daß ihre Existenz und Auszeichnung in der Kommunikation honoriert wurden, kann schwerlich bestritten werden.“¹³¹

Diese Oberschicht ist eine der Familien, nicht der Individuen, über die die Person ihren Platz in der Gesellschaft findet.

„Von Stratifikation wollen wir nur sprechen, wenn die Gesellschaft als Rangordnung repräsentiert wird und Ordnung ohne Rangdifferenz unvorstellbar geworden ist.“¹³² Für die Kommunikationsstruktur ergibt sich dann

¹³¹ Luhmann (1997), S. 678 f.

¹³² Luhmann (1997), S. 679.

„eine Stilisierung der schichtübergreifenden Interaktionen durch Formen der Ehrerbietung, oft auch der Sprache, der Verteilung von Initiativen und Dispositionen über Themen, alles in allem also eine laufende sowohl zeremonielle als auch kommunikationspraktische Reproduktion der Rangdifferenz unter Anwesenden. Stratifikation wird also dadurch reproduziert, daß sie sich laufend in Erinnerung bringt, wenn immer Personen verschiedenen Ranges beisammen sind.“¹³³

Entsprechend entstehen zumeist politisch-theologische Parallelkonstruktionen, die die rangbezogene Gesellschaftsdeutung ins Jenseitige legitimatorisch absichern. Weltliche und religiöse Macht verschränken sich, und Deutungsschemata wie etwa die funktionale Dreiteilung von Bauer, Krieger, Kirchenmann stützen die sozialstrukturellen Veränderungen semantisch ab.¹³⁴ Das Kennzeichen der mittelalterlichen Gesellschaft ist die persönliche Bindung. „Niemand, der nicht »seinen« Herrn gehabt und gekannt hätte.“¹³⁵ Hierarchie ist relativ alternativenlos akzeptiert,¹³⁶ und auch Aufstände und Unruhen entzündeten sich eher an Schwierigkeiten der ständischen Lebensführung als an einer Ablehnung der Hierarchie selbst.¹³⁷ Voraussetzung ist dann jedoch eine hohe Statuskongruenz der gesellschaftlichen Positionen: „Die Prominenzrollen müssen durchgängig Prominenz gewähren.“¹³⁸ Die Schichtzugehörigkeit ist somit multifunktional, d.h. Vorteile und Nachteile werden in so gut wie allen Funktionsbereichen der Gesellschaft entsprechend dem Rang gebündelt: in der Wirtschaft, in Religion und Politik oder bei der Heirat.

Der Gang der Darstellung in diesem Abschnitt ist durch die Unterscheidung und Verbindung von materiellrechtlichen, prozessualen und gesellschaftlichen Aspekten komplexer und schwieriger als im letzten Abschnitt. Bevor im folgenden mit einer Darstellung der rechtshistorischen Forschung begonnen wird, wird noch einmal kurz, quasi als Einführung, auf die Veränderungen der zeitlichen, sachlichen und sozialen Generalisierung von Normen in stratifizierten Gesellschaften eingegangen. Nach der kurzen Darstellung der dogmatischen Entwicklung wird dann, bevor die prozessuale Seite referiert und die Frage bearbeitet wird, was die verfahrenstechni-

¹³³ Luhmann (1997), S. 681.

¹³⁴ Siehe z.B. Oexle (1988), S. 19 ff.

¹³⁵ Borst (1983), S. 12.

¹³⁶ Siehe Luhmann (1987), S. 170.

¹³⁷ Siehe Luhmann (1997), S. 694 f.

¹³⁸ Luhmann (1987), S. 170.

schen Vorgaben für die Vorsatzidentifikation waren, ein erster allgemeiner Teil zum Personenverständnis des Mittelalters einfügt, vor dessen Hintergrund einige der prozessualen Entwicklungen verständlicher werden. Schließlich wird versucht, aus dem Zusammenspiel des rechtlichen und außerrechtlichen Verständnisses die Grundstruktur der Mitteilungsideifikation in stratifizierten Gesellschaften deutlich zu machen.

1. Formen der Normgeneralisierung

Da die **temporale Generalisierung** von Normen, die im weitesten Sinne von der Darstellung eines Festhaltenwollens an einer enttäuschten Norm abhängt, letztlich an Gewalt gebunden ist, ist die Evolution von Normen, später ausdifferenziert als Recht, angewiesen auf die Domestizierung von Gewalt.¹³⁹ Das heißt für die weitere Entwicklung des Rechts,

„daß das Recht gesicherten Frieden voraussetzen muß, wenn es mehr leisten soll als die bloße Konditionierung physischer Gewalt. Und das verweist auf die Abhängigkeit der Evolution des Rechts von der parallel laufenden Evolution eines politischen Systems, das mit einer Art primärer Enteignung der Gesellschaft die Disposition über das Machtmittel physischer Gewalt entzieht und die eigene Macht auf dieser Grundlage konsolidiert.

In einem sehr ursprünglichen Sinne hatte Recht es immer mit der Lösung von möglicherweise gewaltsam zu lösenden Konflikten zu tun gehabt; und dies um so mehr, als das Recht selbst eine Konfliktquelle ersten Ranges ist, da es oft, und je weiter es entwickelt wird um so häufiger, zu Konflikten führt, in denen beide Seiten sich auf das Recht berufen.“¹⁴⁰

Gerade das hat zur Ausdifferenzierung eines Interaktionssystems geführt, das sich gerade mit konfligierenden Normprojektionen beschäftigte – dem Gerichtsverfahren. Solange dieses Verfahren allerdings nicht von staatlicher Gewalt gedeckt ist, bleibt es abhängig von der Frage, welche Entscheidung mehrheitsfähig sein würde.

„Die bloße Zahl der »Eideshelfer« auf seiten der Parteien, die bloße Sichtbarkeit der Einsatzbereitschaft für die Durchsetzung des Rechts, konnte dafür ein Indikator sein... In diesem Sinne war und blieb das Recht über die Bereitschaft zur Gewalt an rechtlich nicht kontrollierbare Strukturen seiner gesellschaftlichen Umwelt gebunden, vor allem natürlich an

¹³⁹ Siche Luhmann (1987), S. 168.

¹⁴⁰ Luhmann (1993), S. 281 f.

die Familien- und Clanbildung segmentärer Gesellschaften. Und das verhinderte zwangsläufig die Verfeinerung der juristischen Semantik, das Kondensieren und Konfirmieren von Fallereferenzen in immer wieder anderen Fällen und die juristische (auf Rechtsentscheidung sich auswirkende) Sorge für begrifflich-dogmatische Konsistenz.¹⁴¹

Diese starke Abhängigkeit von der Zentralisierung und Durchsetzung staatlicher Macht führt zu historisch sehr unterschiedlichen Entwicklungen. Der erste Schritt zu einer Ablösung der Verpflichtung zur Gewalt, noch im Kontext segmentärer Gesellschaften und nach wie vor ganz auf Selbsthilfe gegründet, war die Einführung eines Kompositionssystems, das die Beendigung und den Ausgleich von Fehdehandlungen ermöglichte. In England vor der Eroberung 1066 und einige Zeit danach war die Macht des Königs nicht gefestigt genug, um alle Fehde zu unterdrücken, zumal die Fehde als das natürliche Recht jeder Familie und jedes Stammes galt.¹⁴² Die Akzeptanz von Wergeld oder Buße „was originally, it is safe to assume, purely voluntary, buying off revenge at such a price as the person injured might choose to accept in forgoing his right to it.“¹⁴³ Das Kompositionssystem mit seinen Bußtaxen zur Ablösung des Fehderechts¹⁴⁴ wurde dabei im Laufe der Zeit umfangreicher und differenzierter, und zunächst versuchte der König die Fehde unter Kontrolle zu bringen, indem er sie als Schiedsrichter überwachte.¹⁴⁵ „He was not a judge. He was merely a referee of the justice of vengeance.“¹⁴⁶ Als dritte Partei moderierte er die Fehde, entschied aber auch mehr und mehr über ihre Regeln.¹⁴⁷ Auf diese Weise und indem er jeden regelwidrigen Akt der Rache als Verletzung seines Friedens behauptete, erhöhte er seine Autorität und seinen Zugriff auf die Parteien. Schließlich wurde die Akzeptanz der Buße verpflichtend, und Selbsthilfe wurde nur noch als subsidiäres Mittel der Zahlungserzwingung akzep-

¹⁴¹ Luhmann (1993), S. 282.

¹⁴² Hagemann (1974), S. 5 f.

¹⁴³ Cherry (1890), S. 80.

¹⁴⁴ Siehe Hagemann (1974), S. 4 f.

¹⁴⁵ Siehe z.B. die Regelungen zur Zahlung von Buße und Wergeld im Bayrischen Landfrieden v. 1094, § 2, dem Landfrieden König Friedrich I. v. 1152, § 4 und dem Sachsenspiegel II 14 § 1, II 16 §§ 5, 6.

¹⁴⁶ Cherry (1890), S. 82.

¹⁴⁷ Siehe Schmidt (1965), § 37, Voraussetzungen der Fehde wurden z.B. formuliert im Mainzer Landfrieden v. 1235, §§ 5,6, in dem königlichen Landfrieden 1224, § 10, und 1234, § 4.

tiert.¹⁴⁸ Am Ende „it was not, however, until long after the Conquest that the king, by means of his plea, attracted to himself the whole criminal jurisdiction, and finally put an end to private warfare and private revenge.“¹⁴⁹ Die Fehde wurde verboten im zentralistischen, durch einen verhältnismäßig starken König regierten England durch ein Gesetz Heinrich III. (1207-1272),¹⁵⁰ und dieses Verbot wurde auch einigermaßen durchgesetzt – ganz im Gegensatz zu Deutschland, wo die Gottes- und Landfriedensbewegung zwar im 11. Jahrhundert versuchte, die Fehde zurückzudrängen, sich aber erst nach dem ‘ewigen’ Landfrieden Maximilians I. 1495 im Laufe des 16. Jahrhunderts durchsetzte.¹⁵¹ Mit der Fehde verschwand auch das Kompositionssystem,¹⁵² und der Siegeszug der peinlichen Strafen begann.¹⁵³ Sie hatten sich im 13. Jahrhundert praktisch durchgesetzt. Das ist, so SCHMIDT, „die große Revolution“, „zu der die Friedensbewegung des 11. bis 13. Jahrhunderts geführt hat und ... die einen völlig neuen Geist und ganz neuartige Zielsetzungen in die Strafrechtspflege hineingetragen hat.“¹⁵⁴ Es wird noch weiter unten zu zeigen sein, wie politische Zentralisierung und religiöse Veränderungen (Neukonzeptualisierung der Sünde, Beichtpflicht) in der Entwicklung zu einer stratifizierten Gesellschaft diese Revolution tragen.

Die monetäre Ablösung der peinlichen Strafe war allerdings vielfach geduldet, und der „Wohlhabende konnte sich so, offenbar ohne daß sich das Gerechtigkeitsgefühl des Mittelalters hier wesentlich gekränkt fühlte, der peinlichen Strafe oft entziehen.“¹⁵⁵ Es ist zu vermuten, daß wie heute auch damals die meisten Straftaten nicht bestraft wurden, entweder weil sie nie angezeigt wurden oder weil man sich vor Verfahrensabschluß außergerichtlich geeinigt hatte. Es gab diverse Gründe für die Popularität von außergerichtlichen Einigungen: So war das Fehlen einer auch nur entfernt effektiven Polizeiorganisation problematisch, sowohl was den Schutz von Kläger und Zeugen als auch, vor allem in England mit seinem kontradikto-

¹⁴⁸ Siehe Cherry (1890), S. 84, Sellert/Rüping (1989), S. 57, Schmidt (1965), § 37. Entsprechende Regelungen gab es bereits in den Volksrechten des 7. bis 9. Jahrhunderts (Edictus Rothari Kap. 45, Capitulare Haristallense Kap. 22, Capitula legibus addenda Kap. 13), ohne allerdings die Fehde nachhaltig beschränken zu können.

¹⁴⁹ Cherry (1890), S. 82.

¹⁵⁰ 52 Hen. III cap. 1.

¹⁵¹ Siehe Schmidt (1965), § 34.

¹⁵² Siehe Jerouschek (1997), S. 508 f., Cherry (1890), S. 97.

¹⁵³ Siehe Schmidt (1965), §§ 41 f.

¹⁵⁴ Schmidt (1965), § 43.

¹⁵⁵ Ebd., so auch Jerouschek (1997), S. 509.

rischen Verfahren, was die Arbeit der Klagevorbereitung, Beschaffung der Beweismittel etc. betraf.¹⁵⁶

„Only those who were desperate or determined – and solvent – could face the uncertain outcome and certain expenses which a court action entailed. It sometimes seems as if the criminal courts were trying to discourage criminal litigation with the costly and arbitrary procedure which they offered“.¹⁵⁷

Bis Mitte des 18. Jahrhunderts bekamen in England weder Zeugen noch Kläger ihre Auslagen erstattet. Auf der anderen Seite kostete es den Angeklagten im frühen 17. Jahrhundert bereits Geld, auch nur verklagt zu werden, weitere Kosten entstanden, plädierte man Nichtschuldig, und selbst im Falle des Freispruchs.¹⁵⁸ „Since these fines brought no benefit to the plaintiff, it is not surprising to find that many litigants much preferred to settle out of court, by paying a sum of money to the aggrieved party.“¹⁵⁹ Das wurde häufig notariell beurkundet, zumeist mit dem Zusatz, daß bei Klage das Geld zurückgezahlt werden mußte. In Deutschland im 16. Jahrhundert tun die Regeln der Karolina alles,

„um dem privaten Kläger seine Rolle gründlichst zu verleiden. Über dem Kläger schwebte das Damoklesschwert der restlosen Schadloshaltung des Beschuldigten, falls die Überführung nicht gelingen sollte. Dafür muß er Sicherheiten leisten, vor allem Bürgen stellen. Solange er das nicht kann, muß er genau wie der Beschuldigte selbst in Haft gehen. Daß dieser Akkusationsprozeß sich keiner Beliebtheit erfreut hat, dürfte auf der Hand liegen. Ein Anklageverfahren ist er im übrigen nur der Einleitungsform nach. In der Sache ist er ein amtlich betriebener Inquisitionsprozeß.“¹⁶⁰

Insgesamt wurde sozial viel Druck auf die Parteien ausgeübt, sich außegerichtlich zu einigen, von Verwandten, Nachbarn, Freunden und Herren, aber auch der Kirche.¹⁶¹ Denn ein Gerichtsverfahren, in dem Unbeteiligte gegen die Parteien Aussagen mußten, konnte den sozialen Frieden erheblich stören. Neben Druck auf den Kläger konnte die Gemeinschaft aber auch das Verfahren selbst beeinflussen, denn in einer Zeit ohne Spurensi-

¹⁵⁶ Siehe Lenman/Parker (1980), S. 19.

¹⁵⁷ Lenman/Parker (1980), S. 19.

¹⁵⁸ Siehe Lenman/Parker (1980), S. 20.

¹⁵⁹ Lenman/Parker (1980), S. 20 f.

¹⁶⁰ Schmidt (1965), § 108.

¹⁶¹ Siehe Schmidt (1965), § 39.

cherung und forensische Wissenschaften konnte praktisch niemand ohne Zeugen (oder Geständnis) überführt werden. „It has been found that one-third of all felony charges brought in Elizabethan Essex were dropped because no one came forward to present the court with evidence.“¹⁶² Selbst die Richter versuchten, die Parteien zu einem außergerichtlichen Vergleich zu bewegen.

„In Elizabethan England, Lambarde’s highly popular manual for the use of justices of the peace, the *Eirenarcha*, advised magistrates to make every effort to reconcile criminal litigants before formal proceedings began; while in the 1620s, even in the Court of Star Chamber (a court with special responsibility for violent crimes where 90 per cent of the action were brought by private subjects), scarcely 4 per cent of all cases initiated received a full hearing and only 20 per cent went beyond the earliest stage.“¹⁶³

In Schottland *durfte* der Kronanwalt bis 1587 den Fall *nicht* weiterverfolgen, wenn sich die Parteien privat geeinigt hatten – egal wie schwerwiegend er war.¹⁶⁴ Noch weitergehend hatte Heinrich I. von England 1115 dekretiert: „An agreement supersedes the Law and an amicable settlement a court judgement.“¹⁶⁵ In den Niederlanden wurden außergerichtliche Einigungen und Bußzahlungen im Laufe des 16. Jahrhunderts verboten.¹⁶⁶ In Deutschland setzte sich der Inquisitionsprozeß ohne Rücksicht auf die Einigung der Beteiligten erst im 17. Jahrhundert vollends durch.¹⁶⁷

Hier wird ganz offensichtlich, daß die Normen der Gemeinschaft andere Formen der Konfliktregulierung und Normstabilisierung favorisierten als das Recht des Staates.

„The gradual displacement of the former by the latter, a process which began in the tenth century and lasted until the nineteenth century, was one of the central (yet most neglected) developments of European history, constituting a revolutionary change in legal methods and in the techniques of social control.“¹⁶⁸

¹⁶² Lenman/Parker (1980), S. 22 f.

¹⁶³ Lenman/Parker (1980), S. 21.

¹⁶⁴ Siehe Lenman/Parker (1980), S. 21 in Fn. 19.

¹⁶⁵ Zitiert nach Lenman/Parker (1980), S. 23.

¹⁶⁶ Siehe Lenman/Parker (1980), S. 33.

¹⁶⁷ Siehe Schmidt (1965), §§ 194 f.

¹⁶⁸ Lenman/Parker (1980), S. 23.

Erst dadurch wurde eine Ausdifferenzierung des Rechts, seine Positivierung möglich – und damit der Zugriff der Politik und der Versuch gesellschaftlicher (Selbst-)Steuerung.

Im fränkischen Europa war die Fehde und die Zahlung einer Buße untrennbar verbunden¹⁶⁹ und es galt:

„As long as the landowning classes subscribed to an ethical code which required extra-judicial satisfaction for an injury, normally by a feud, an extra-judicial settlement of that feud was a more effective instrument for the regulation of violence than the authority of the courts, even in the case of homicide (which was regarded not so much as a crime, but rather as the legal justification for starting a blood feud which could only be prevented by the payment of the slain man's worth). Government had to recognize the strength of the kinship group even in crime: the family was far more often a unit for perpetrating a crime than a focus for committing one (unlike modern industrial societies, where half of all homicides are carried out against close relatives).“¹⁷⁰

Dabei darf man natürlich nicht vergessen, daß die Fehde fehdefähige Gruppen voraussetzt. Nur relativ statische Gesellschaften, die jeden einem Segment zuordnen, können so funktionieren. Es gab immer bestimmte Delikte und bestimmte Arten von Tätern, die vom Stamm, später vom Staat abgeurteilt wurden. Arme, Vagranten, entwurzeltes Volk wurden ausgeschlossen und nur einem häufig summarischen Gerichtsverfahren zugeführt, das entsprechende Strafen bereit hielt. Die Erklärung für diese Trennung,

„lies in the fact that compensation originated in feuds which only flourished between those social equals capable of sustaining a private conflict. Long after the feud disappeared from most societies, the same distinction prevailed: criminal suits involving social equals of some standing tended to be settled by monetary compensation; suits between persons of different status were normally pursued to the bitter end.“¹⁷¹

So wird die Funktion der Gewalt zur Darstellung der Normgeltung schließlich ersetzt durch die staatliche Sanktionierung im Strafrecht bzw. der Zwangsvollstreckung im Zivilrecht, abhängig vom Spruch eines öffentlichen Gerichts. Die Absicherung der Urteile durch staatliche Gewalt, d.h.

¹⁶⁹ Siehe Schmidt (1965), § 39.

¹⁷⁰ Lenman/Parker (1980), S. 24.

¹⁷¹ Lenman/Parker (1980), S. 27, für die Vergleichsmöglichkeiten Bessergestellter siehe auch Schubert (1998), S. 323.

eines Königs, der *auf jeden Fall mächtiger ist als die streitenden Parteien*, ist der Ausgangspunkt der Ausdifferenzierung eines Rechtssystems und ermöglicht die Freiheit zu unabhängiger Entscheidung ohne Orientierung an Macht- oder Konsensfragen.¹⁷² Solange diese Macht nicht gesichert war, war auch die Existenz des Rechts prekär. Das zeigte sich auch in den Strafen, die je härter ausfielen, je schwächer die Herrschaft war: „Das Mittelalter zeigt mit aller Deutlichkeit, daß Härte und Grausamkeit der Strafrechtspflege ein Zeichen politischer Schwäche ist.“¹⁷³

Der Schritt hin zu staatlich abgesicherten Verfahren und der Durchsetzung ihrer Urteile ist in den Konsequenzen dramatisch, vor allem auch für die **sachliche Generalisierung**, also die Identifikation und Erinnerung von Normen. Mit der Verschriftlichung von Regeln setzt eine eigenständige Ideenevolution des Rechts ein. „Alles schriftlich fixierte Recht ist zu interpretierendes Recht. Sobald man das erkennt, wird den Texten zugemutet, ihre Interpretation zu autorisieren, etwa festzulegen, wer zur Interpretation berufen ist, und wie die Interpretation zu erfolgen hat.“¹⁷⁴ Es bilden sich Rollen aus für die Bearbeitung des Rechts: Richter, Advokaten, Gelehrte. Im Vergleich zu den basalen Formen der Rechtsbildung, die von den Parteien in der konkreten Situation abhängt, ermöglicht die Professionalisierung des Rechtsgebrauchs eine „höhere Spezifikation von Normen und damit auch eine ausgearbeitete Sensibilität für Rechtsprobleme und für die Unzulänglichkeiten einer gegebenen Normlage.“¹⁷⁵ Recht und Moral, Recht und Religion beginnen, verschiedener Wege zu gehen. Durch die Ständeordnung wird darüber hinaus eine stärkere Trennung von Personen, Rollen, Programmen und Werten notwendig.

„In dem Maße, als die verschiedenen Sinnebenen sich deutlich voneinander abheben, wird es möglich, verschiedene Prinzipien der Identifikation von Erwartungen zusammenhängend nebeneinander zu verwenden und sie unabhängig voneinander zu ändern.“¹⁷⁶

Der evolutionäre Sprung vom Recht archaischer Gesellschaften zu dem stratifizierter ist erreicht, wenn in einem Rechtsverfahren

„nicht mehr nur *ad hoc* und nicht mehr nur *ad hominem* argumentiert wird. Solche für Konfliktlösung und für vorübergehende Anpassung an

¹⁷² Siehe Luhmann (1987), S. 172.

¹⁷³ Schmidt (1965), § 53.

¹⁷⁴ Luhmann (1997), S. 256.

¹⁷⁵ Luhmann (1993), S. 261.

¹⁷⁶ Luhmann (1987), S. 90.

vorübergehende Lagen durchaus geeigneten Argumente werden entmündigt, wenn nicht verboten... an deren Stelle tritt nun die Formulierung (und sodann: die Erinnerung an die Formulierung) von rechtsspezifischen Begriffen und Entscheidungsregeln.“¹⁷⁷

Recht differenziert sich als Normen aus, mit denen man vor Gericht Gehör findet. Das wiederum hat einschneidende Folgen für die soziale Generalisierung, die Institutionalisierung von Normen.

In vorstaatlichen Gesellschaften entwickelt sich das Recht

„in einem sich selbst regulierenden Prozeß. Es ist die Gesellschaft selbst, die sich ihre Regeln schafft. Mit der Entstehung des Staates wird das anders. Recht wird nun immer mehr von oben her bestimmt ... Im wesentlichen wird es nun ein Steuerungsinstrument, das von oben her eingesetzt wird.“¹⁷⁸

Dabei darf man nicht an das abstrakt-generelle Gesetz der Moderne denken. In diesem Sinne gibt es erst ab dem 18. Jahrhundert Gesetzgebung. Statt dessen werden größtenteils Einzelfälle über Weisungen geregelt (Herrschen und Richten waren identisch und noch nicht differenziert), deren *ratio* sich jedoch häufig generalisieren läßt: die Fehde ist verboten – und man fragt sich, ob es dann auch andere Formen der Gewaltanwendung sein könnten. Oder: Die Barone dürfen sich zu einer beratenden Versammlung konstituieren – und verstehen sich darob als Teil der ‘Verfassung’. Insofern ist der König der oberste Präjudizienggeber, der oberste Richter im *Common-law*-System. Ersetzt durch das Parlament ist das in Großbritannien noch heute so.

Der Mechanismus der Institutionalisierung von Normen, also deren **soziale Generalisierung**, ändert sich als Reaktion auf die wachsende Diskrepanz von gesellschaftlicher Komplexität und Differenzierung.¹⁷⁹ „In differenzierteren Gesellschaften sind die Anwesenden nicht mehr repräsentativ für jedermann, und sie sind auch nicht mehr in der Lage, aus komplizierten Sinnstrukturen das jeweils sachlich richtige zu ermitteln.“¹⁸⁰ Statt dessen stützt man sich nun auf die Entscheidungen von Rechtsverfahren. „Zuvor hatte man mit der Unterstellung von Konsens und mit erfolgreichem Ignorieren von Dissens operieren müssen. Verfahren ermöglichen es zusätzlich,

¹⁷⁷ Luhmann (1993), S. 262.

¹⁷⁸ Wesel (1997), Rn. 34.

¹⁷⁹ Siehe Luhmann (1987), S. 79.

¹⁸⁰ Luhmann (1987), S. 101.

daß es genügt, wenn *einige* (die Richter, die Gesetzgeber) die Geltung von Normen als verbindlich *für alle* ansehen und entsprechend entscheiden.¹⁸¹ Die Institutionalisierung bezieht sich dann zunächst auf das *Verfahren* und erst durch dieses auf die *Normen*. Normen werden nicht mehr unmittelbar und gewaltnah institutionalisiert, sondern über Gerichte, die mit gesamtgesellschaftlich bindender Wirkung zu entscheiden haben.

Diese Verfahren „setzen mindestens rank societies mit herausgehobenen Rollen, wenn nicht gar Stratifikation mit herausgehobenen Familien und Möglichkeiten des Wechsels der Besetzung von Rollen in einer führenden Gesellschaftsschicht (Adel, Stadtpatriziat) voraus.“¹⁸² Damit einher geht eine Veränderung der Betroffenheit: statt der Parteien ist nun auch ein ranghoher Dritter involviert – und damit die Parteinahme anderer erst einmal entmutigt. Darüber hinaus führt das Königsrecht, das sich ja meist gegen Hergebrachtes richtet¹⁸³ (denn sonst hätte keine Regelung durch den König erfolgen müssen), bei Inanspruchnahme zu einer Neudefinition der Bezugsgruppe. Man beugt sich nicht den Machtverhältnissen, die sich in Interaktionen realisieren¹⁸⁴, sondern nimmt einen Dritten in Anspruch, auf dessen Schutz man dann im Ernstfall allerdings angewiesen ist. Das wiederum verstärkt, wenn es funktioniert, den Bezug aufs Königsrecht. Auf der anderen Seite setzen die Entscheidungskapazität und die Machtressourcen des Königs dem Grenzen. Die Königsrichter müssen sich auf lokale Größen zur Durchsetzung stützen und das Recht entsprechend akzeptabel auslegen. Der König kann sich nur in wenigen Fällen selbst um die gewaltsame Durchsetzung seiner Erlasse kümmern. Nichtsdestoweniger aber, und das ist ein zentraler Punkt, werden nicht mehr nur Streitigkeiten zwischen Sippenverbänden behandelt, sondern in ersten Ansätzen auch die Beziehungen zwischen einzelnen Personen ohne Bezug auf ihre Verwandtschaftsverhältnisse.¹⁸⁵

„Die ausschlaggebende Errungenschaft besteht somit in der Institutionalisierung von Gerichtsverfahren – von Interaktionssystemen eines besonderen Typs, deren Funktion darin besteht, eine offene Situation zur Ent-

¹⁸¹ Luhmann (1993), S. 261.

¹⁸² Luhmann (1993), S. 262.

¹⁸³ So sehr entschieden Diamond (1976), S. 166 ff.; als Beispiel siehe die angevinische Reform der Strafrechts durch Heinrich II. (1133-1189) in England, unten S. 238.

¹⁸⁴ Für die Unwahrscheinlichkeit dieser Entwicklung, die die in Hochkulturen fortschreitende Differenzierung von Interaktion und Gesellschaft voraussetzt, siehe Kieserling (1999), S. 53. Siehe auch oben S. 121 in Fn. 168.

¹⁸⁵ Siehe Luhmann (1987), S. 168.

scheidung zu bringen, Ungewißheit zu absorbieren und damit den archaischen Rechtskampf durch einen alternativenreicheren, begründete Wahlen ermöglichenden Prozeß zu ersetzen.“¹⁸⁶

Recht und Gesellschaft co-evoluieren. Die Gesellschaft nimmt mehr und mehr Recht in Anspruch, um die eigene Struktur veränderlich zu reproduzieren, das Recht wird zunehmend responsiv gegenüber seiner gesellschaftlichen, insbesondere politischen Umwelt. Die hier aufgezeigte Entwicklung findet natürlich nicht plötzlich statt. Sie hat Vorläufer und sie benötigt Jahrhunderte, um sich vollends durchzusetzen. Der Beginn aber, die Grundlagen, liegen im 11. und 12. Jahrhundert.

2. *Vorsatz und materielles Recht*

Man konnte schon bei den archaischen Gesellschaften sehen, daß die Konzepte der Wissentlichkeit bzw. Absicht konkret in den kasuistischen Regelungen z.B. der Volksrechte, aber auch in den Praktiken zu finden sind, von denen Ethnologen berichten. Freilich sind diese Konzepte weder allgemein erfaßt noch entsprechend ausgearbeitet worden.

a. *Deutschland*

In Deutschland verändert sich in den überlieferten Rechtstexten und gelehrten Traktaten, also **dogmatisch**, zwischen dem 11. und 13. Jahrhundert zunächst nicht viel. Wandel gab es nur im Sanktionenrecht, nämlich durch die Ausdehnung der peinlichen Strafen auf *alle* Täter im Zuge der Gottes- und Landfriedensbewegung. Diese materiell-rechtliche Revolution darf allerdings nicht isoliert gesehen werden – prozessual wurde sowohl über die weiterhin geltenden förmlichen Beweismittel als auch die Möglichkeit der außergerichtlichen Einigung sichergestellt, daß sie bei entsprechend privilegierten Tätern praktisch kaum zur Anwendung gekommen sein dürften. Man kann in Hinblick auf diese Ausdehnung der Strafbarkeit vielleicht von einem *preadaptive advance* sprechen, der erst im 18. und 19. Jahrhundert durch den reformierten Prozeß wirkmächtig wurde.

Das mittelalterliche Recht ist

„nur selten und nur wenig über den Standpunkt hinausgelangt, der in der vorhergehenden Epoche erreicht worden war. Tastende Unsicherheit, Ungleichmäßigkeit, ja klaffende Widersprüche zwischen den einzelnen

¹⁸⁶ Luhmann (1987), S. 171.

Rechten hinsichtlich der gleichen Frage, das ist es, was das Recht in den Jahrhunderten vor der Rezeption kennzeichnet.“¹⁸⁷

Diese Situation ist leicht verständlich, wenn man die Zentralisierung und Macht des Königs in England und Deutschland vergleicht. In letzterem dauert es ja bis ins 16. Jahrhundert, bis der Landfrieden *durchgesetzt* ist und die Fehde – von Ausnahmen abgesehen – praktisch aufhört. Das aber ist dann auch in etwa der Zeitpunkt der Rezeption und Neuorientierung.

Zwar ist in Deutschland der König formal oberster Richter, „doch entsprach das nicht mehr der Wirklichkeit.“¹⁸⁸ Die Gerichtsbarkeit ist Annex des Lehens und nicht unmittelbare Aufgabe des Königs¹⁸⁹. Auch der Kaiser und das Reich spielten praktisch keine Rolle. Das Reichshofgericht erhielt 1235 zum ersten Mal eine Organisation. *Ein* Reichshofrichter und ein Notarius reisten durch die Lande. Weder er noch seine fallweise bestimmten Beisitzer mußten juristisch vorgebildet sein. „Einen Vergleich mit den Zentralgerichten Englands oder Frankreichs konnte diese Schattenpflanze nicht aushalten.“¹⁹⁰ Die landesherrliche Justiz schließt sich ab gegen das Reich, und damit gibt es praktisch keine unmittelbare Reichsrechtsprechung. Als Appellationsgericht wird das Reichskammergericht erst ab 1495 tätig, dessen Zuständigkeit allerdings durch Appellationsprivilegien der Landesherrn unterlaufen wird.

Nach Gründung des Reichskammergerichts sieht es sich sofort einer Unzahl von Klagen über die Rechtsverhältnisse im Lande gegenüber. Nach dem es diese Situation an die Reichsversammlung weitergegeben hatte, wird auf dem Reichstag in Freiburg 1497/98 eine allgemeinen Reform der Strafrechtspflege eingeleitet, die mit der Verabschiedung der Carolina 1532 umgesetzt wird.¹⁹¹

Auch *vor der Carolina* wird im Anschluß an die Volksrechte nach wie vor zwischen gewollter und ungewollter Tat unterschieden.

„Es werden auch innerhalb der Absichtstaten unter Entfaltung reichen Sprachgebrauchs verschiedener Arten unterschieden, etwa die mit Vorbedacht (*praemeditative, animo deliberato*, mit beratendem oder mit bedachtem Mute, mit Vorsatz) begangenen und die ohne Vorbedacht verübten Taten, oder die aus böser Gesinnung (*hostiliter*) entstandenen und

¹⁸⁷ Schmidt (1965), § 57.

¹⁸⁸ Mitteis/Lieberich (1992), S. 191.

¹⁸⁹ Mitteis/Lieberich (1992), S. 192.

¹⁹⁰ Mitteis/Lieberich (1992), S. 253.

¹⁹¹ Schmidt (1965), § 85.

die auf Zorn (*irato animo*, in hasten mode) beruhenden Taten... Aber das alles wird nicht gleichmäßig für alle Delikte durchgeführt; auch haftet man nach wie vor an äußerem Schein“¹⁹².

Die Tatbestände sind immer noch sehr konkret und beschreibend und legen vor allem die Straftarife fest für Taten, die offensichtlich und unproblematisch zu identifizieren sind.¹⁹³ Es werden keine allgemeinen Definitionen, sondern jeweils Beispiele gegeben, die auch besondere Konstellationen umfassen und erklären, was z.B. einem Mord gleichzustellen ist und was gerade nicht. Das gilt auch für Anstiftung und Versuch, die nicht als Deliktskategorien, sondern als Einzeldelikte in konkreten Beispielfällen abgehandelt werden. Irrtumsfälle außerhalb des Versuchs dagegen finden sich keine.¹⁹⁴ „Einigermaßen klare Unterscheidungen zwischen Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall waren nicht getroffen worden, wie überhaupt die gesamte Schuldfrage in einem begrifflichen Sinne nicht bewältigt worden war. Völlig im Dunkeln blieb die Problematik des strafrechtlichen Versuchs“¹⁹⁵.

Das Strafrecht in Deutschland wird mit der *Rezeption* neu formuliert. Nach dem Beschluß des Reichstages 1498 in Freiburg, eine Ordnung für den Strafprozeß zu entwickeln¹⁹⁶, konnte nach langen Vorarbeiten und einigen Unterbrechungen auf dem Reichstag in Regensburg 1532 die *Constitutio Criminalis Carolina* verabschiedet werden, die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V. Ihr Schöpfer war praktisch der bambergische Hofrichter JOHANN VON SCHWARZENBERG (1465-1528), der die *Constitutio Criminalis Bambergensis* von 1507 geschrieben hatte, an der sich die CCC stark orientierte. „Als streng gläubiger Christ verlangte er gerechte Vergeltung und die Sühne des Täters. Seine christliche Anschauung ließ ihn die Schuld und die Freiheit des Willens als wesentliche Merkmale einer Bestrafung des Verbrechens erkennen.“¹⁹⁷

Die Carolina ist unvollständig, läßt aber die Analogie zu. Auch hier sind viele Delikte nicht definiert, sondern werden als bekannt vorausgesetzt, andere jedoch beschreiben schon definitionsmäßig den *Typ* von Verhalten, der pönalisiert werden soll.¹⁹⁸ Bedingung der Verhängung einer peinlichen

¹⁹² Schmidt (1965), § 58.

¹⁹³ Siehe Sellert/Rüping (1989), S. 192, 201.

¹⁹⁴ Siehe die Quellen bei Sellert/Rüping (1989), S. 113 ff.

¹⁹⁵ Sellert/Rüping (1989), S. 192.

¹⁹⁶ Reichsabschied v. 1498 § 34, in Schmauß/Senckenberg (1747), S. 46.

¹⁹⁷ Sellert/Rüping (1989), S. 197.

¹⁹⁸ Siehe Schmidt (1965), § 94.

Strafe ist nach der Carolina schuldhaftes Verhalten.¹⁹⁹ „Zwar wird mit Recht hervorgehoben, daß Schwarzenberg den Grundsatz: ‘keine Strafe ohne Schuld’ konsequent durchgeführt hat. Hinsichtlich der *begrifflichen* Erfassung von Vorsatz kommt er nicht über die mittelalterliche Überlieferung hinaus.“²⁰⁰ Einen Allgemeinen Teil gibt es natürlich nicht, er erscheint nach wie vor nur bei den Einzeldelikten und ist insofern auch noch nicht generalisiert oder in seinen Implikationen über die Einzeldelikte hinaus ausgearbeitet, auch die Terminologie schwankt – ein Systemdenken existiert noch nicht. Die entsprechende Stelle zur fahrlässigen Tötung stellt zwar die allgemeine Regel an den Anfang, erläutert sie dann aber noch mit mehreren Beispielen, vor allem aus den Digesten.²⁰¹ SCHWARZENBERG differenziert deutlich zwischen Zufallstat, fahrlässiger und vorsätzlicher Tat.²⁰² Vorsatz ist hier aber nicht mit dem heutigen (psychologisch orientierten) Vorsatzbegriff zu verwechseln.²⁰³ es geht um Vorbedacht und bösen Willen als Kennzeichen der gesamten Täterpersönlichkeit, der „Gesamteinstellung des Täters zu den Anforderungen des sozialen Lebens“.²⁰⁴ Entsprechend unterscheidet er „fursetzliche mutwillige“ Tötung, nämlich mit Vorbedacht (Mord), und „vnfursetzlich“ Tötung, nämlich aus Jäheit, im Zorn, in plötzlicher Erregung (Totschlag).²⁰⁵ Das liegt nah an den Differenzierungen, die auch im englischen Recht durch die Jury-Praxis durchgesetzt wurden.²⁰⁶

Der Versuch wird zum ersten Mal allgemein und typisierend gefaßt und nicht mehr in selbständigen Delikten ausgeführt.²⁰⁷ „Ein strafbarer Versuch wird da angenommen, wo der böse Wille auf Tatbegehung und Erfolgsherbeiführung gerichtet ist und in äußerlich sichtbaren Ausführungshandlungen Gestalt gewonnen hat, infolge äußerer Umstände jedoch zum Ziel nicht hat gelangen können.“²⁰⁸ Irrtumsregelungen finden sich dagegen nach wie vor nicht.

Im übrigen verwies SCHWARZENBERG unsichere Schöffen an die gelehrten Juristen, bei denen sie sich Rat holen sollten.²⁰⁹ Der Brauch der Akten-

¹⁹⁹ Siehe Hippel (1925), S. 204 ff., Kollmann (1913).

²⁰⁰ Kaufmann (1998).

²⁰¹ Art. 146 CCC.

²⁰² So auch in Art. 134 CCC.

²⁰³ Siehe Hippel (1925), S. 188, Sellert/Rüping (1989), S. 202 in Fn. 76.

²⁰⁴ Schmidt (1965), § 98.

²⁰⁵ Art. 137 CCC.

²⁰⁶ Siehe unten S. 267.

²⁰⁷ Art. 178 CCC.

²⁰⁸ Schmidt (1965), § 99.

²⁰⁹ Art. 219 CCC.

versendung an Rechtsfakultäten, Oberhöfe und rechtskundig besetzte Schöffenstühle entsteht. Gesellschaftlich führte die Professionalisierung durch den Bezug auf das römische Recht zu einer scharfen Abgrenzung zur Bevölkerung und zu einer Zentralisierung und Zurückdrängung der Einflußmöglichkeiten durch die lokale Gemeinschaft.²¹⁰ Bereits im frühen 16. Jahrhundert hört man allerlei Klagen über die Abhängigkeit von den *Doktores* und die Unverständlichkeit der Grundlagen im Verfahren.²¹¹

Bevor das 18. und 19. Jahrhundert eine generelle Neuorientierung bringen, treibt vor allem BENEDICT CARPZOV (1595-1666) die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik noch einmal stark voran. Vor allem die Anfragen an Schöffenstühle, Fakultäten und Oberhöfe im Rahmen der Aktenversendung bildeten den Anlaß für eine dogmatische Durcharbeitung und begriffliche Präzisierung der CCC. Die dort tätigen Juristen waren in der Regel an den oberitalienischen Universitäten in die wissenschaftliche Arbeitsmethode des Rechts eingeführt worden. So entstanden Praxisleitfäden und Kommentierungen zur CCC, die stark von den ausländischen Vorbildern geprägt waren.²¹² CARPZOVS Werk *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium* (1635) markiert einen Umschwung insofern, als mit ihm eine eigenständige deutsche Tradition in der Strafrechtsdogmatik einsetzt. Seine Ansichten waren aber keineswegs neu oder 'modern'. „Sein Glauben, sein Werk, seine Auffassung von Recht, Verbrechen und Strafe trägt mittelalterliches Gepräge.“²¹³

Die Vorsatzlehre des Gemeinen Rechts (also des Rechts, das für alle und das ganze Reich galt) ist wesentlich durch CARPZOVS Lehre vom *dolus indirectus* bestimmt worden. CARPZOV hat es allerdings ferngelegen, „sich dabei von der Behandlung einzelner Deliktstypen (Tötung, Körperverletzung, Diebstahl usw.) zu lösen und auf Gewinnung allgemeiner, systematischer Begriffe hinzuarbeiten.“²¹⁴ Ihm ging es wesentlich um die Frage, in welchen Fällen die *poena ordinaria*, d.h. die nach dem Gesetz zu verhängende Strafe, einschlägig und wann auf eine *poena extraordinaria*, die im freien Ermessen des Gerichts lag, zu erkennen war – also Strafzumessungsrecht²¹⁵, eine für das gesamte Gemeine Recht kennzeichnende Fragestel-

²¹⁰ So auch Langbein (1974), S. 22 f., 33.

²¹¹ Siehe z.B. Strauss (1971), S. 151, 184-187 und 201.

²¹² Siehe Sellert/Rüping (1989), S. 241.

²¹³ Schmidt (1965), § 143.

²¹⁴ Schmidt (1965), § 142.

²¹⁵ Siehe Sellert/Rüping (1989), S. 245.

lung.²¹⁶ Das war auch insofern wichtig, als nach wie vor galt, daß Richter *stellionati*, strafwürdige, aber im Gesetz nicht vorgesehene Verhaltensweisen, mit Strafe belegen konnten, die mit einer irgendwie zu bestimmenden *poena extraordinaria* zu belegen waren. Dabei spielte nun auch der Vorsatz eine Rolle. Die Fragestellung war, inwieweit über eine Ausdehnung des Vorsatzes der Umfang der gesetzlich bestimmten Strafen ausgedehnt werden konnte.

Die sprachliche Vielfalt der CCC in der Beschreibung des Vorsatzes war vereinheitlicht worden in die römisch-rechtlichen Begriffe *dolus* (= *dolus directus* des Gemeinen Rechts) und *culpa* bzw. *casus*, die in etwa Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufallstat abdecken. CARPZOV nun ging es darum, den Fall der Körperverletzung mit Todesfolge in den Bereich der Totschlagshaftung – und damit der *poena ordinaria* – hineinzuziehen, jedoch nur für die Schwertstrafe.²¹⁷ Für die Radstrafe forderte er dagegen *dolus directus*.²¹⁸ Für den *dolus indirectus* sollten allerdings lediglich diejenigen Todesfälle berücksichtigt werden, die unmittelbar und zwangsläufig, *jedenfalls aber möglich und wahrscheinlich* als Ergebnis der Verletzung nahe liegen, die bloß zufälligen oder schlechthin nicht voraussehbaren also ausgeschlossen werden.²¹⁹ Er ersetzt damit die nachgewiesene Tötungsabsicht, *animus occidendi*, durch eine qualifizierte, bloße Verbrechensabsicht, *animus delinquendi*.²²⁰ Das ist nahe am kanonischen *dolus in genere*, der die aus einer unerlaubten Tat sich entwickelnden Handlungsfolgen mit einschließt.²²¹ CARPZOV übernimmt ihn insofern qualifiziert, als der Erfolg adäquat sein muß, und spricht vom *dolus generalis* oder *indirectus*. So ließe sich „aus dem Handlungswillen indirekt auf einen Erfolgswillen schließen, wenn der Täter die Tötung ‘*per se ac immediate*’ bewirkt hatte.“²²² Den Rechtsirrtum kennt CARPZOV noch nicht, den Irrtum über Tatumstände aber durchaus: wer die Verwandteneigenschaft seines Opfers verkennt, begeht *homicidium*, nicht *parricidium*. Aber auch hier wird eine Irrtumslehre nicht allgemein formuliert. Beim obigen Beispiel steht der Irrtum in einer Reihe mit anderen Strafmilderungsgründen des *parricidium*, weitere Fälle

²¹⁶ Siehe Kröner (1958), S. i.

²¹⁷ Siehe Sellert/Rüping (1989), S. 248.

²¹⁸ Siehe Kröner (1958), S. 10.

²¹⁹ Siehe Lobe (1894), S. 10 f.

²²⁰ Siehe Lobe (1894), S. 10.

²²¹ Siehe Sellert/Rüping (1989), S. 249.

²²² Sellert/Rüping (1989), S. 250.

wie *error in persona* oder *aberratio ictus* werden über die Vorhersehbarkeit im Rahmen des *dolus indirectus* gelöst.²²³

CARPZOV entwickelte den *dolus indirectus* nun nicht im Kontext einer allgemeinen Vorsatztheorie, sondern vor allem zur Umgehung von Beweisproblemen und aus kriminalpolitischen Erwägungen. Darunter leidete die dogmatische Durchdringung, was aber der Rezeption in Deutschland keinen Abbruch tat. Die Lehre vom *dolus indirectus* wurde Allgemeingut. In der Folge betonte BÖHMER (1704-1772) vor allem die Willensbeziehung zwischen Tat und Erfolg und sah den wesentlichen Aspekt in der *Einwilligung* des Täters in den Erfolg (insofern war er der Begründer der *Dolus-eventualis*-Lehre), die er aber immer schon als gegeben ansah, wenn der Täter den Erfolgseintritt als *möglich* vorausgesehen hat. Im übrigen verortete BÖHMER den Eventualvorsatz in einem allgemeinen Modell der Zurechnung, das auf 'Willensschuld' basierte.²²⁴

Bei CARPZOV war, wie bei fast allen Autoren der Epoche, die Auffassung von Verbrechen und Strafe religiös geprägt.

„Der Verbrecher vergeht sich, indem er gegen die Gesetze der Obrigkeit verstößt, zugleich gegen Gott. Jedes Verbrechen erscheint in erster Linie als Verletzung der göttlichen Ordnung und damit als unmittelbare Beleidigung Gottes. Ziel und Zweck der Strafe sind daher vorrangig die Gottesaussöhnung, d.h. die Besänftigung des Zorns Gottes.“²²⁵

Diese theokratische Strafzwecktheorie hatte sich im Laufe von Reformation und Gegenreformation wieder verstärkt durchgesetzt. „Erst durch die Naturrechtslehren der Aufklärung und der damit verbundenen Säkularisierung und Rationalisierung des Strafrechts trat ein grundlegender Wandel in der Strafauffassung ein.“²²⁶

Als Beispiel für die Entwicklung und den Charakter des Rechts sollen auch hier Tötungsdelikte dienen. Dabei ist nochmals an ein Verständnis des Rechts zu erinnern, wie es im Gemeinen Recht seinen Ausdruck findet, nämlich als einer bloßen Zusammenfassung und Erläuterung, allerhöchstens einer Hinführung auf die ursprüngliche Bedeutung der sowieso bestehenden Regelungen für das menschliche Miteinander in Abgrenzung zu dem Verfall der Praxis. „Die Strafbarkeit einer Handlung ergab sich nicht

²²³ Siehe Lobe (1894), S. 15 ff.

²²⁴ Siehe Sellert/Rüping (1989), S. 252.

²²⁵ Sellert/Rüping (1989), S. 253.

²²⁶ Sellert/Rüping (1989), S. 254.

erst aus dem Gesetz.²²⁷ Es gab noch keinen ‘*nulla poena*’-Satz, und in der Carolina wird ausdrücklich die Analogie erlaubt. Zentrale Fragestellung des Gemeinen Rechts war daher, wann dem Gesetz zu folgen und man an dessen Strafen gebunden sei und wann der Richter selbst eine Strafe finden, d.h. von der *poena ordinaria* nach oben oder unten abweichen konnte. Das führte zu einem starken Denken von der Strafe her: mit steigender Sensibilität des Publikums verspürte man das Bedürfnis zu einer Umgehung der qualifizierten Todesstrafen und erreichte das zum einen durch eine Verengung der Deliktsmerkmale einzelner Straftatbestände und verhinderte damit die Bindung an die *poena ordinaria*.

„Zum anderen wurde das Strafmilderungsrecht des Richters derart erweitert, daß die *poena ordinaria* nur noch in den seltensten Fällen verhängt wurde, weil sich fast immer irgendein Milderungsgrund fand, der das Absehen von der ordentlichen, qualifizierten zur einfachen Todesstrafe rechtfertigte.“²²⁸

SCHWARZENBERG übernimmt die Systematik der Tötungsdelikte aus dem römischen Recht, verbindet sie aber mit dem Gedanken der Schuldangemessenheit der Strafe:

„Die Tötung durch Gift wird – weil als besonders schwerwiegend empfunden – mit dem Rad bestraft. Bei den sonstigen Tötungen unterscheidet Schwarzenberg zwischen Mord und Totschlag. Mord nennt er die Tötung aus Vorbedacht, Totschlag die Tötung im Affekt; der Mörder wird mit dem Rad, der Totschläger mit dem Schwert bestraft.“²²⁹

Diese Differenzierung setzt sich allerdings nicht durch, man geht weithin davon aus, daß der Mordbegriff der Carolina dem römischrechtlichen *latrocinium* (dem Raubmord bzw. dem Raubmord als Mitglied einer bewaffneten Bande auf öffentlichen Straßen²³⁰) folgt, alles andere nennt man Totschlag. Andere Kommentatoren setzen Mord (im Sinne des *latrocinium*) und (fürsetzlichen) Totschlag (*homicidium deliberatum*) wie damals üblich gleich und unterscheiden nur den Totschlag aus Affekt, den sie mit der Schwertstrafe privilegieren.²³¹ CARPZOV schließlich nennt die Affekttötung als gesetzlich normierten Grundfall *homicidium simplex* und alle anderen

²²⁷ Kröner (1958), S. i.

²²⁸ Kröner (1958), S. ii.

²²⁹ Kröner (1958), S. 1.

²³⁰ Siehe Kröner (1958), S. 37.

²³¹ Siehe Kröner (1958), S. 3 f.

schwereren Tötungsdelikte *homicidium qualificatum*. Dabei geht er allgemein von der Schwertstrafe aus, auch für einige Fälle des *homicidium qualificatum*, und verschärft die Strafe ggf. zur Radstrafe. Die verschiedenen Einzelfälle werden von CARPZOV nur der besseren Übersichtlichkeit wegen in Gruppen gegliedert. „Allgemeine Folgerungen werden aus der Einteilung nicht gezogen.“²³²

Diese Unterscheidungen werden später z.B. von BÖHMER zur Gleichung *homicidium simplex* gleich Schwertstrafe, *homicidium qualificatum* (d.h. *latrocinium, assassinium, veneficium, parricidium et homicidium proditorium*) gleich Radstrafe vereinfacht, die er dann Totschlag und Mord nennt, ohne einen besonderen Grund für die Zuordnung bestimmter Fälle zur einen oder anderen Kategorie geben zu können.²³³ CARPZOV hatte den *dolus indirectus* als vollgültige Vorsatzart nur bei der Schwertstrafe ausreichen lassen und für die Radstrafe *dolus directus* gefordert. Das nahm BÖHMER auf und machte für alle Fälle des *homicidium qualificatum* einen *dolus directus* notwendig (aber nicht jeder *dolus directus* führte zu einem *homicidium qualificatum!*). Eventualvorsatz sollte hier also, im Gegensatz zum *homicidium simplex*, nicht reichen.²³⁴

„Während man in der ersten Epoche des gemeinen Strafrechts überwiegend die Tötungsabsicht als Voraussetzung der Schwertstrafe fordert und nur wenige den indirekten Vorsatz als ausreichend ansehen, wird der *dolus indirectus* dank CARPZOVs Autorität im 17. und 18. Jahrhundert allgemein als vollgültige Vorsatzart anerkannt.“²³⁵

Es ist ein weiter Weg von den reinen Deliktsnamen und situativ umschriebenen Delikten, die im wesentlichen den Straftarif nennen, bis zur Diskussion um den *dolus indirectus*. Das setzt eine Fokussierung auf die Tat *unabhängig* von der Person des *Täters* voraus. Die Hinwendung zu inneren Daten als zentraler Anknüpfungspunkt funktioniert nur, wenn man die Konstitutionsbedingungen der Tat als ausschlaggebend ansieht und nicht etwa danach fragt, ob man eine bestimmte Rechtsfolge für einen bestimmten *Täter* für angemessen hält – ein Gedanke, der in der Praxis nur langsam Fuß gefaßt haben dürfte. Die Diskussionen in der Wissenschaft sind in keiner Weise Diskussionen um den Vorsatz selbst, sondern Diskussionen um den Tatbestand für bestimmte Delikte. Das ist alles noch keineswegs natu-

²³² Kröner (1958), S. 7.

²³³ Siehe Kröner (1958), S. 9 f.

²³⁴ Siehe Kröner (1958), S. 10.

²³⁵ Kröner (1958), S. 17.

realistisch verstanden (dafür fehlte möglicherweise das die Aufklärung kennzeichnende Vertrauen in die Wissenschaften) und konsequent durchgeführt, wie es im 19. Jahrhundert geschehen sollte, sondern orientiert sich an den Modellen des römischen Rechts – und damit auch seiner Präsumtionen. Das sieht man z.B. an der abgeschwächten *Versari*-Lehre CARPZOVs, die die *aberratio ictus* abdeckt. Sehr ähnlich löst auch das englische Recht dieses Problem, wenn auch ohne jeden Bezug auf das römische Recht, wie zu zeigen sein wird.

b. England

Die Entwicklung in England verlief insgesamt deutlich anders. Um das 12. Jahrhundert

„the influence of the church law was becoming dominant. The canonists had long insisted that the mental element was the real criterion of guilt and under their influence the conception of subjective blameworthiness as the foundation of legal guilt was making itself strongly felt.“²³⁶

Das Recht des Königs und der Kirche reagierten aufeinander und beeinflussten sich regelmäßig. „As we reach the end of the Anglo-Saxon period, which cannot be exactly fixed but is somewhere around 1100, we find the notion of moral liability well established in the criminal law ... The influence of the Church served to impose the notion on the secular laws.“²³⁷ Die erste Erwähnung des Konzeptes von Vorsatz und Schuld im englischen Recht, *mens rea*, ist ein Auszug aus den kirchlichen Lehren. In den *Leges* Heinrichs I. findet sich in der Vorschrift über den Meineid die Passage „*reum non facit nisi mens rea*“²³⁸, eine Wendung, die auf Augustinus zurückgeht.²³⁹ Neben dem kanonischen Recht sorgte aber auch die in England deutlich frühere Rezeption des Römischen Rechts, die mit *dolus* und *culpa* zwei Begriffe zur Abscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit anboten, für neue Einflüsse auf das englische Recht – auch wenn sich diese beiden Begriff gerade nicht durchsetzten.²⁴⁰ Das englische Recht versuchte dage-

²³⁶ Sayre (1932), S. 980, für die Kirche als einen wesentlichen Einfluß auch Lévit (1922), S. 136.

²³⁷ Raymond (1936), S. 117, so auch Sayre (1932), S. 983.

²³⁸ *Leges Henrici Primi* c. 5, § 28.

²³⁹ Eine Predigt zum Jakobusbrief 5, 12 – siehe Lévit (1922), S. 117 in Fn. 1.

²⁴⁰ Lévit (1922), S. 118 schließt aus, daß der Begriff oder das Konzept *mens rea* dem Römischen Recht entnommen ist, auch, weil in den römischen Beispielen es weniger um Innerlichkeit, sondern eher um Tatumstände ginge.

gen, die bekannten Fälle unter dem Begriff des „guilty mind“, *mens rea*, zu systematisieren. „Here and there we find BRACTON borrowing ideas and legal terms and maxims directly from the Code and Digest.“²⁴¹ HENRY DE BRACTON (gest. 1268), dessen *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* wesentlich das spätere Common law beeinflusste, faßte zwar im wesentlichen die Rechtspraxis seiner Zeit zusammen, war aber auch stark von den Kanonisten beeinflusst und fügte an einigen Stelle ihre Lehren ein.²⁴² An einer Stelle findet sich die folgende Passage:

„we must consider with what mind (*animo*) or with what intent (*voluntate*) a thing is done, in fact or in judgement, in order that it may be determined accordingly what action should follow and what punishment. For take away the will and every act will be indifferent, because your state of mind gives meaning to your act, and a crime is not committed unless the intent to injure (*nocendi voluntas*) intervene, nor is a theft committed except with the intent to steal.“²⁴³

Das liest sich wie ein gestandenes Schuldstrafrecht. Daß es nicht ganz die Rechtslage der Zeit wiedergibt, ist naheliegend. „It is evident that BRACTON, writing under strong Roman and canonist influence, emphasized, often beyond the actual law of his day, the mental requisites of criminality.“²⁴⁴ Nichtsdestoweniger bleibt festzuhalten, daß durch BRACTON die Grundlage geschaffen wurde, um aus den kasuistischen Verwendungen des Vorsatzerfordernisses eine allgemeine Strafbarkeitsvoraussetzung zu machen.

In den folgenden Jahrhunderten, unter dem Einfluß der Kirche, wurde daraus eine etablierte Lehre, die COKE in seinem *Third Institute* 1641 in die klassische, noch heute häufig zitierte Form „*actus non facit reum nisi mens sit rea*“²⁴⁵ brachte. „By the second half of the seventeenth century, it was universally accepted law that an evil intent was necessary for felony as the act itself.“²⁴⁶

Interessant ist nun zu sehen, was der Charakter dieses Vorsatzerfordernisses im 12. und 13. Jahrhundert war.

²⁴¹ Sayre (1932), S. 983.

²⁴² Z.B. Bracton (1968 ff.), 120b, 136b, 146b, 150b.

²⁴³ Bracton (1968 ff.), 101b.

²⁴⁴ Sayre (1932), S. 987.

²⁴⁵ Coke, zitiert nach Lord Hailsham L.C. in *Haughton v. Smith* [1975] AC 467 ff. (491 f.).

²⁴⁶ Sayre (1932), S. 993.

„The early felonies were roughly the external manifestations of the heinous sins of the day. The point is not that morality first began to make its appearance in the law, but that an increasing and now conscious emphasis upon morality necessitated a new insistence upon psychical elements in determining criminality.“²⁴⁷

Das Konzept der moralischen Schuld basiert nun auf der Idee eines freien Willens, der zwischen Gut und Böse wählen kann. Sollte diese Wahl gehindert sein, wird auch der Tadel zweifelhaft. „After the twelfth century new general defenses begin to take shape such as insanity, infancy, compulsion and the like, based upon the lack of a guilty mind and thus negating moral blameworthiness.“²⁴⁸ Damit wird die Schuld zum organisierenden Prinzip des Rechts, auch wenn es nicht zu einer systematischen Ausarbeitung auf dieser Grundlage kommt. In den nächsten Jahrhunderten wird für die unterschiedlichen Delikte je spezifisch an der Umsetzung dieses Programms gearbeitet.²⁴⁹

Nachdem die Krone im frühen 12. Jahrhundert die ausschließliche Jurisdiktion über alle Tötungsdelikte übernommen hatte, wurden sie definiert als „1) culpable and thereby capital, 2) excusable and thereby pardonable, 3) justifiable and thereby deserving of an acquittal.“²⁵⁰ Das hieß im einzelnen: alle Tötungsdelikte wurden mit dem Tode bestraft. Vom König begnadigt wurden Täter in Notwehr und unvorsätzlicher Tötungen sowie geistesranke Täter. Freigesprochen wurden Täter, die bei der Tat gestellte Diebe töteten oder Vogelfreie, die sich der Verhaftung entziehen wollten. Das königliche *pardon* verhinderte den Vollzug der Todesstrafe, führte aber zum Verlust aller Güter (*forfeiture*).²⁵¹ Allein die aus Sicht der Jury nicht begangene oder durch die obigen zwei Fallgruppen gerechtfertigte Tat führte zum Freispruch. Notwehr und Zufallstaten zogen also nicht etwa einen Freispruch nach sich, sondern ersparten lediglich die Todesstrafe.

„All other homicides, those deliberate but of a sudden as well as those planned and stealthily perpetrated fell into the large category of culpable homicide; according to the rules of the law, there were to be no distinction made among them. This remained true until the late sixteenth century

²⁴⁷ Sayre (1932), S. 989.

²⁴⁸ Sayre (1932), S. 1004.

²⁴⁹ Siehe Sayre (1932), S. 994 ff.

²⁵⁰ Green (1972), S. 669.

²⁵¹ Siehe Baker (1978), S. 310.

when the judicial distinction between murder and manslaughter finally emerged.“²⁵²

Die fehlende Unterscheidung der Vorsatztaten zwischen offenem Totschlag, meist als Affekttat, und verborgenem, hinterhältigem Mord ohne Zeugen ist eine durch die angevinische Reform unter Heinrich II. eingeführte Veränderung zum angelsächsisch-germanischen Recht, das für erstes einen Bußbetrag vorsah, letzteres aber als nicht bußfähig ansah und insofern auf die Blutrache bzw. Fehde, später das Königsgesicht, verwies.²⁵³ Einige Zeit vor und noch während des ersten Jahrhunderts nach der normannischen Eroberung betraf die königliche Gerichtsbarkeit nur die nicht-bußfähigen Taten.

„The extension of royal jurisdiction in the twelfth century to encompass the entire area of homicide had two revolutionary effects: many homicides which formerly had not resulted in capital punishment were now made capital under the law; strict and largely unenforceable requirements were introduced into a law of self-defence.“²⁵⁴

Notwehr erforderte nach dem neuen Recht eine vollkommen ausweglose Lage, der *nur* durch die Tötung des Angreifers zu entkommen war. Das entsprach aber kaum dem außerrechtlichen Verständnis²⁵⁵:

„given the nature of mediaeval social life, the rules of both self-defence and felonious homicide were unrealistically strict. If firmly applied, they would have meant the condemnation of men of pride who, when under attack, did not turn tail and flee until cornered beyond all hope of further escape. They would also meant the hanging of men who, in sudden anger, struck a blow, which, due to infection, resulted in death.“²⁵⁶

Wie dieses Recht von der Jury umgangen wurde, wird weiter unten zu zeigen sein.

Soweit das generelle System der Tötungsdelikte im 12. Jahrhundert. „Culpable homicide, in the later thirteenth century, was a single undivided offence, and its *mens rea* consisted simply of an intention to kill or to inflict serious bodily harm, or, rather more doubtfully, of an intention to do

²⁵² Green (1972), S. 669.

²⁵³ Siehe Green (1972), S. 686 f.

²⁵⁴ Green (1972), S. 687.

²⁵⁵ Siehe Green (1976), S. 418.

²⁵⁶ Green (1972), S. 682 f., siehe auch Green (1976), S. 416.

an act of violence to the person of the party killed.”²⁵⁷ Der Begriff *murder* taucht zum ersten Mal im 14. Jahrhundert zusammen mit der Qualifizierung, nötig sei „*malice prepense*“, in einem (ersten) Gesetz auf, das das Erteilen königlicher Gnadenerlasse beschränken sollte. Die genaue Bedeutung der Begriffe ist umstritten, insbesondere, welche Fallkonstellationen sie jeweils umfaßten.²⁵⁸

Bis ins 16. Jahrhundert wurde *malice prepense* („*malice aforethought*“) nie klar definiert. Die Unterscheidung von *murder* und *manslaughter* schließlich setzte sich bis Mitte des 16. Jahrhunderts durch. Vor allem um die Einschränkung von Verfolgungs- oder Vollstreckungshindernissen wie Gnadenerlasse, *benefit of clergy*²⁵⁹ und Asyle (Kirchen etc.) für besonders verwerfliche Formen des Tötens konstituierte sich der Tatbestand des *murder*.²⁶⁰ Dabei war die wesentliche Unterscheidung die von *malice aforethought* bzw. *malice prepense* auf der einen Seite, also Vorbedacht und das Ausnutzen der Überraschung und Wehrlosigkeit des Gegners, und *chance medley*, d.h. einem zufälligen, unvorbedachten und offenen Aufeinandertreffens das im Tode eines Beteiligten endete.²⁶¹

„This distinction, the basis of the modern law of murder and manslaughter, brought the formal rules more closely into line with community values. By defining *malice prepense* as actual premeditation, the courts excluded from murder the large class of slayings that stemmed from sudden fights.“²⁶²

²⁵⁷ Kaye (1967), S. 370.

²⁵⁸ Siehe für eine Bedeutung eng an der hergebrachten, gesetzlich bis dahin nicht repräsentierten Unterscheidung von verdecktem, geplanten Mord und plötzlicher, offener und häufig provozierter Tötung Green (1976), S. 473 ff., gegen eine solche Unterscheidung Kaye (1967), S. 369 ff.

²⁵⁹ Eine Institution, die im späten 12. Jahrhundert aus der Auseinandersetzung zwischen König und Kirche, nämlich zwischen Heinrich II. und Thomas Becket, hervorging. Zunächst bedeutete sie lediglich die ausschließliche Gerichtsbarkeit kirchlicher Gerichte über ihre ordinierten Mitglieder, die nach einer Verurteilung durch ein weltliches Gericht der Kirche zu überstellen waren. Die Voraussetzungen wurden über die Jahrhunderte bis Ende des 15. Jahrhunderts immer einfacher (erst Literalität, schließlich reichte bereits das Zitieren einer Bibelstelle aus), die Überstellung an die Kirche wurde ersetzt durch eine Standardreaktion der weltlichen Gerichte (höchstens ein Jahr „Freiheitsstrafe“ und ein Brandmal am Daumen, um die erneute Inanspruchnahme des Privilegs zu verhindern). Siehe Kaye (1967), S. 365 und Green (1976), S. 474 f.

²⁶⁰ Siehe Green (1976), S. 483.

²⁶¹ Siehe Green (1976), S. 476 ff.

²⁶² Green (1976), S. 487.

Das Auflauern beim Mord wurde der paradigmatische Fall eines gefaßten Tatentschlusses, *true malice*.²⁶³

Neben der Bedeutung von *murder* als *true premeditation* entwickelten sich bis ins 17. Jahrhundert weitere Fallgruppen, die mit Präsumtionen arbeiteten: „malice implied by law”.²⁶⁴ „Sometimes an intent to kill was expressly laid in the indictment; but it was not necessary, because if a victim died unexpectedly from an unlawful beating it was felonious homicide.”²⁶⁵ Die Regel hieß: der Tod eines Menschen im Rahmen einer unrechtmäßigen Tat ist Mord. Es reichte also ein *animus delinquendi*, der nur durch das Kausalitätserfordernis, nicht aber Vorhersehbarkeit eingeschränkt war – eine echte *Versari*-Haftung.²⁶⁶ Weitere Fälle waren eine unprovizierte Tötung oder eine Tötung mit Gift sowie die Tötung einer Amtsperson insbesondere bei einer rechtmäßigen Festnahme.²⁶⁷

Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen tödlicher **Unfälle** änderte sich über die Jahrhunderte.

„Throughout the thirteenth century, the prevailing rule in cases of accidental homicide was that the slayer was required to obtain a royal pardon. The pardon issued as a matter of course upon a finding of unintentional homicide (misadventure). Even grossly negligent slayers were included within this class of excusable homicide. By the late fourteenth century, however, the courts frequently granted an immediate acquittal for accidental homicide, no longer insisting that the slayer forfeit his chattels and secure a royal pardon.”²⁶⁸

Im 16. und 17. Jahrhundert dagegen wird von den Gerichten wieder Wert auf ein *royal pardon* gelegt. Die Gründe dafür sind unklar. Möglicherweise legten die aufkommenden Schußwaffen eine Abschreckung sorgfaltswidrigen Verhaltens nahe, vielleicht sollte der Jury der Ausweg abgeschnitten werden, Täter durch eine Umdefinition der Tat in einen Unfall freizusprechen.²⁶⁹

Im 13. Jahrhundert haben die Gerichte bereits mehr oder weniger systematisch bei typischen nichtvorsätzlichen Tötungen freigesprochen, so z.B.

²⁶³ Green (1976), S. 486.

²⁶⁴ Siehe Sayre (1932), S. 997.

²⁶⁵ Baker (1978), S. 309.

²⁶⁶ Siehe Baker (1978), S. 310.

²⁶⁷ Siehe Sayre (1932), S. 997 mit bezug auf Coke.

²⁶⁸ Green (1976), S. 444.

²⁶⁹ Siehe Green (1976), S. 451 f.

bei Tötungen durch Gespanne oder Pflüge. Dabei spielten zwei Aspekte eine Rolle: zum einen die vorgängige Frage, ob der Führer des Gespanns eine Verletzungsabsicht gehabt haben könnte, zum anderen, ob dem Opfer oder einem nichtmenschlichen Akteur die Tötung zugerechnet werden konnte. „Frequently, when a court had determined that the driver had not ‘intended’ to strike the victim, it concluded that his horse or cart was to blame.”²⁷⁰ Auch das heute sinnlose, unbewußte Walten der Natur wurde zu dieser Zeit – ob hinsichtlich Gegenstände oder Tiere – als zurechnungsfähige Einheit begriffen.²⁷¹ Das Tierstrafurteil wird vom ordentlichen Richter gefällt, die Vollstreckung des Urteils liegt in der Hand des Henkers.²⁷² Die Tierstrafe ist ein Phänomen des Spätmittelalters und der frühen Neuzeit, etwa vom 13. bis 16., vereinzelt bis ins 18. Jahrhundert.²⁷³

„Die mittelalterliche Rechtsanschauung sieht in der tierischen Missetat den Ausdruck eines verbrecherischen Willens. Deshalb hält man das Tier für strafwürdig, glaubt, durch harte Strafen abschrecken zu können und setzt seinetwegen, damit der vergeltenden Gerechtigkeit Genüge geschehe, den ganzen gerichtlichen Apparat in Bewegung. [D]iese gegen Tiere geübte Strafjustiz [unterscheidet sich] in nichts von der üblicherweise gegen Menschen gerichteten. Das missetätige Tier wird dem verbrecherischen Menschen gleichgestellt, es wird personifiziert.“²⁷⁴

Erst im 17. und 18. Jahrhundert weicht die Darstellung der üblicherweise ausführlichen Urteilsbegründungen bei Tierstrafen von dieser Auffassung ab. In dieser Übergangszeit wird zwar noch verurteilt, allerdings betont, daß ein Tier eigentlich nicht in der Lage sei, Straftaten zu begehen. Die mittelalterlichen Urteilstexte dagegen sehen im Tier einen schuldigen, verantwortlichen Verbrecher.²⁷⁵ Die historischen Wurzeln dieser Praxis sind umstritten.²⁷⁶ Allerdings hatte schon der Sachsenspiegel für Tiere eine Art Wergeld, eigentlich die Ausgleichszahlung beim Tod eines Menschen, vorgesehen.²⁷⁷ Auch galt: „In einer Reihe von deutschen Weistümern wird den

²⁷⁰ Green (1976), S. 445.

²⁷¹ Für zwei heute offensichtlich komisch anmutende Verfahren gegen einen Hahn und eine Glocke siehe Heimannsberg (1996), S. 53 f.

²⁷² Siehe Berkenhoff (1937), S. 5.

²⁷³ Siehe Berkenhoff (1937), S. 47 f. Literaturnachweis bei Berkenhoff (1937), S. 6-8, Fälle S. 10-45.

²⁷⁴ Berkenhoff (1937), S. 45 f.

²⁷⁵ Siehe Berkenhoff (1937), S. 48 f.

²⁷⁶ Siehe Nachweise bei Berkenhoff (1937), S. 46 ff.

²⁷⁷ Siehe Berkenhoff (1937), S. 56.

Tieren eine rechtliche Persönlichkeit beigelegt. Die den einzelnen Haustieren zugebilligten Rechte, Gerechtigkeiten und Freiheiten bestimmen, wie weit sie auf der Nahrungssuche unangefochten gehen und fliegen dürfen.“²⁷⁸ Dabei wurde durchaus abgestuft nach Eigenschaften der Tiere, ihrem Nutzen zur Zucht, auch ihrer Farbe. „Diese Tier-Rechte lassen sich geradezu als Gegenstück zu den Tier-Strafen auffassen. Werden Tiere wegen ihrer *démérites* strafrechtlich verfolgt, so stattet man sie andererseits zum Lohn für ihre Verdienste um die bäuerliche Wirtschaft mit allerlei Rechten und Freiheiten aus.“²⁷⁹ Ist dieses Rechtsdenken schon vor der spätmittelalterlichen Tierstrafe lebendig, dann ist die Zuständigkeit der Strafgerichte für diese Fälle nur folgerichtig.²⁸⁰

Die Mitschuld des Opfers spielte ab dem späten 14. Jahrhundert eine Rolle. Man orientierte sich eher an der Fahrlässigkeit *des Opfers* als an der des Täters. Vor allem einige Fälle von Unfällen beim Bogenschießen legen nahe, daß die Fahrlässigkeit des Opfers eine wichtige Frage wurde. In der Tat waren es diese Fälle, in denen der Begriff *negligence* das erste Mal eine wesentliche Rolle spielte. Nur in den seltensten Fällen wurde der Begriff mit dem Täter assoziiert; seine Fahrlässigkeit war kaum ein Thema.²⁸¹ Das hatte den Effekt, daß die (grob) fahrlässige Handhabung von Werkzeugen und Waffen geringer bestraft wurde als die Notwehr gegen lebensbedrohliche Angriffe.

„But the paradox is easily explained. The court looked solely to the slayers intent. Slaying without malice was not felonious. If it could be shown that the deceased had caused his own death in a manner that the slayer could not have predicted, there was a strong presumption of nonmalicious homicide.“²⁸²

Problematisch waren nun die Fälle, in denen Notwehrsituationen mit Unfällen zusammentrafen. Während Freisprüche leicht zu erreichen waren in Fällen, wo verdeckt getragene Waffen beim Fußball oder Ringen zum Tode eines Beteiligten führten, also in nichtfeindlichen Kontexten, war zunächst nicht klar, wie Fälle zu entscheiden wären, in denen der Täter behauptete, das Opfer habe einen tödlichen Angriff versucht, bei dem es durch seinen

²⁷⁸ Berkenhoff (1937), S. 60 f.

²⁷⁹ Berkenhoff (1937), S. 62.

²⁸⁰ Siehe Berkenhoff (1937), S. 66.

²⁸¹ Siehe Green (1976), S. 446.

²⁸² Green (1976), S. 447.

eigenen Fehler vom Täter ungewollt in dessen Waffe gefallen war. Mit dieser Konstellation wurden Notwehrfälle in Unfälle umgedeutet.

„By the late fourteenth century, however, if the excusable slaying were accidental, the slayer stood an excellent chance of acquittal and retention of goods. The court was therefore careful in these cases to determine – or at least to elicit a sworn assertion – that the defendant had drawn the knife or sword solely for the exigency of self-defense and had held it steady as a bar to further assault, and that the deceased had of his own motion plunged onto the defendant’s weapon. The defendant, it was sometimes said, had not supplied any motion or force at all.“²⁸³

Schließlich aber setzte sich dieser Trend zur Entkriminalisierung von Unfällen und Notwehr nicht durch. Ab dem 16. Jahrhundert wurde wieder eine königliche Begnadigung benötigt, um dem Galgen zu entgehen.

Auch in dieser Zeit, wie schon die Jahrhunderte zuvor, galt, daß, wenn jemand, der einer rechtmäßigen Beschäftigung nachging, jemanden in der Ausübung seiner Beschäftigung tötete, diese Tötung ausnahmslos als Unfall betrachtet wurde.²⁸⁴ Nach wie vor wurden Unfälle durch Bogenschüsse häufig mit der Nachlässigkeit des Opfers erklärt oder als Tat des Pfeiles dargestellt.

„It seems to have been generally agreed that if death resulted from a friendly wrestle, it was misadventure. In the fifteenth century the same view was taken of death from play with staves, or even sword-play, because ‘such martial acts are good to be used for the defence of the realm’.“²⁸⁵

Das änderte sich im 16. Jahrhundert. „It was prohibited after 1504 to use a cross-bow without royal licence. Then, some time in Henry VIII’s reign, the judges advanced to the bold conclusion that even the king’s licence could not justify death from jousting.“²⁸⁶ – Möglicherweise beeindruckt durch den ernststen Unfall des Königs selbst in einem Wettbewerb 1536. Man bezog die Frage, ob es sich um einen Unfall handelte oder nicht danach zunehmend auf den Charakter der ihr zugrunde liegenden Tätigkeit, die Gefahr wurde gegen den sozialen Nutzen abgewogen. „This was to be the root principle of the later law of ‘involuntary manslaughter’. If the rea-

²⁸³ Green (1976), S. 448.

²⁸⁴ Siehe Baker (1978), S. 312.

²⁸⁵ Baker (1978), S. 313.

²⁸⁶ Ebd.

dings have been correctly interpreted, it represented a tightening of the criminal law to accomodate a more careful respect for human life."²⁸⁷

Es läßt sich damit insgesamt folgende Entwicklung ausmachen: während die traditionelle Unterscheidung aus der Zeit vor der königlichen Jurisdiktion über Tötungsdelikte vor allem an den äußeren Erscheinungsformen, dem situativen Kontext, orientiert war (hinterhältige Planung oder plötzliche Auseinandersetzung), dem *Provokationsgehalt der Tat*, orientierte sich das Königsrecht eher an der kirchlichen Doktrin und der daraus abgeleiteten Formulierung des *mens rea* als Strafbarkeitsvoraussetzung bei der Tötung, ohne zunächst weiter nach den Umständen zu qualifizieren. Allerdings waren auch nichtvorsätzliche Taten lediglich *pardonable*, nicht strafrei. Im 16. und 17. Jahrhundert wurden diese Sichtweisen zusammengeschlossen: *murder* wurde als qualifiziert vorsätzliches Handeln definiert, während *manslaughter* nach wie vor bestimmte Konstellationen einfach vorsätzliches Handeln abdeckte, zusätzlich aber auch Fahrlässigkeitstaten. Damit ist die moderne Definition immerhin angelegt, wenn auch nicht durchgeführt: *murder* ist heute, auch unter Mithilfe des Konzeptes des *implied malice*, auf alle vorsätzlichen Tötungen und alle Tötungen, die aus vorsätzlichen schweren Körperverletzungen resultieren, ausgedehnt (und verabschiedet sich damit von der Heimlichkeit und deshalb Verwerflichkeit als konstituierendem Merkmal), *manslaughter* umfaßt provozierte Taten, fahrlässige Taten und die über die Zeit immer voraussetzungsvollere ehemalige Versari-Haftung²⁸⁸, die heute eher den deutschen erfolgsqualifizierten Delikten ähnelt. Dazu kommen lediglich die Fälle der 1957 eingeführten *diminished responsibility*. Soweit zunächst die rechtliche Entwicklung, die im folgenden durch prozessuale und außerrechtliche Entwicklungen zu ergänzen ist.

3. Zum Personenkonzept, 1. Teil

Auch hier soll mit den Beobachtungen Marcel Mauss' begonnen werden. Den Begriff *Person* („personne“), in Abgrenzung zur Rolle („personnage“), führt Mauss anhand der römischen Terminologie ein und betont vor allem die Wandlung seiner Bedeutung von der *Maske* zur *rechtlichen Idee*²⁸⁹, i.e. der Rechtsfähigkeit, die stufenweise auf die Söhne – noch während der Lebenszeit der Väter! – und die Plebejer ausgedehnt wurde. Gleichzeitig bür-

²⁸⁷ Baker (1978), S. 314.

²⁸⁸ Siehe Ashworth (1995), S. 289 f.

²⁸⁹ So auch Momigliano (1985), S. 83.

gerte sich in Rom die Verwendung von Vor- und Nachnamen ein – außer bei Sklaven.²⁹⁰ Die rechtliche Person wird dann im Rahmen der Stoa moralisiert und durch den christlichen Glauben zusätzlich mit einem metaphysischen Fundament ausgestattet.²⁹¹

Während in segmentären Gesellschaften die Idee einer Person unabhängig von der Position, die sie im gesellschaftlichen Zusammenhang innehat, nicht artikulierbar ist, kennen stratifizierte Gesellschaften, jedenfalls was das mittelalterliche Europa und, z.B., das heutige Indien betrifft, durchaus das Konzept des autonomen Individuums. Wie aber SHWEDER und BOURNE in Anschluß an DURANT feststellten, gibt es für ein solches Individuum nur einen Ort, an dem es existieren kann: „for an Indian to be an autonomous individual one must leave society.“²⁹² DURANT, der Indien und das mittelalterliche Europa, also vormoderne, gemeinschaftsorientierte Gesellschaften, als ‘holistisch’ charakterisiert,²⁹³ fährt fort:

„If individualism is to appear in a society of the traditional, holistic type, it will be in opposition to society and as a kind of supplement to it, that is, in the form of the outworldly individual. Could we then say that individualism began in the same way in the West? ... notwithstanding the differences in the the content of representations, the same sociological type that we found in India – the outworldly individual – is unmistakably present in Christianity and around it at the beginning of our era.“²⁹⁴

Beide, Inder und Christ, finden ihren Individualismus vor allem in einer Entwertung des Weltlichen und Hinwendung zum Spirituellen.²⁹⁵ Das Außerweltliche des frühen Christentums änderte sich im 8. Jahrhundert mit dem Anspruch der weströmischen Kirche auf weltliche Macht. Die Abwendung von Byzanz und die Krönung KARLS DES GROSSEN zum Kaiser leiten eine Verweltlichung des Christentums ein.

„What is of primary importance from our viewpoint is the ideological change that is here initiated and will be fully developed later on, independently of what will happen in fact to the papal claim. With the claim to an inherent right to political power, a change is introduced in the relation

²⁹⁰ Siehe Mauss (1985), S. 16 f.

²⁹¹ Siehe Mauss (1985), S. 18 f.

²⁹² Shweder/Bourne (1982), S. 128.

²⁹³ Entsprechend der mittelalterlichen Metapher der Gesellschaft als Körper mit funktionaler Rangdifferenzierung, s.o. S. 216, Fn. 134.

²⁹⁴ Durant (1985), S. 96.

²⁹⁵ Siehe Durant (1985), S. 99, Benton (1977), S. 154.

between the divine and the earthly: the divine now claims to rule the world through the Church, and the Church becomes inworldly it was not heretofore.“²⁹⁶

Die Verbindung weltlichen Lebens mit universalen und absoluten Werten, wie sie in der Ethik der Stoa zum Ausdruck kommt, führt auf der anderen Seite zu einer Annäherung an außerweltliche, sozial zunächst nicht relevante Gesichtspunkte der Lebensführung.

„So ist etwa für die Entwicklung der Beichte im Mittelalter ausschlaggebend, daß sich der Schwerpunkt bei der Sündenanalyse seit dem 12. Jh. von den äußeren Handlungen auf die Intentionen verschob.“²⁹⁷ Von zentraler Bedeutung dafür wurden die Schriften PETER ABAELARDS (1079-1142): „In seiner Ethik, deren Hauptschrift den alten griechischen Titel »Erkenne dich selbst« führt, legt Abälardus das Gewicht nicht auf äußere Werke, sondern auf die innere Gesinnung, aus der sie entspringen.“²⁹⁸ Sünde ist danach nicht mehr äußeres *Tun* der, sondern innere *Zustimmung* zur Sünde. Nach seinen Lehren müssen alle Aktivitäten verstanden werden als „das Handeln von Individuen, die von einem Gewissen beherrscht werden, das die Macht hat, zwischen Alternativen von relativem Wert oder unterschiedlicher Glaubwürdigkeit zu wählen.“²⁹⁹ Diese ‚Handlungstheorie‘ ABAELARDS, diese Fassung des ‚Gewissens‘, hatte als wichtige und zentrale Folge, daß alle Christen verantwortlich waren.

„Es gibt niemanden, keinen Papst, keinen König, niemanden, der nicht dem Tribunal des Gewissens verantwortlich wäre – der König hat seinen Kanzler, der über sein Gewissen wacht und aus dessen Tätigkeit das gesamte Billigkeitsrecht herausgebildet worden ist. Und der Papst hat seinen Beichtvater.“³⁰⁰

Dieses Gewissen, *conscientia*, gab es schon lange, entfaltet aber und theoretisch so zentral als entscheidender Ort der Handlungsbestimmung platziert, wurde es erst zwischen dem 11. und 13. Jahrhundert.³⁰¹

„Seit dem zwölften Jahrhundert beginnt – zunächst in der Moralkasuistik, dann schlechthin – ein Handlungsverständnis sich durchzusetzen, das die

²⁹⁶ Durant (1985), S. 111.

²⁹⁷ Hahn (1982), S. 408.

²⁹⁸ Störig (1987), S. 242.

²⁹⁹ Nelson (1977), S. 156.

³⁰⁰ Nelson (1977), S. 158.

³⁰¹ Nelson (1977), S. 156, Berman (1991), S. 52, siehe auch Sonntag (1988), S. 268 in Fn. 28.

soziale Relevanz des Handelns von Prozessen intentionaler *Binnenrelationierung* abhängig machen will – ein anspruchsvolles, zunächst sicher paradox anmutendes, nur im Schonraum der Moralthologie und der Beichtpraxis ausgeführtes Prinzip.³⁰²

Seit dem 4. Laterankonzil 1215 nun war jeder Christ verpflichtet, mindestens einmal im Jahr beim Ortspfarrer zu beichten.³⁰³ Dadurch wird in der Folge diese neue Auffassung auch gesellschaftlich institutionalisiert. Der Beichte konnte man sich nicht leicht entziehen: Im 13. Jahrhundert bestimmten verschiedene Synoden, „daß derjenige, der nicht zur Osterbeichte erscheint, als *Suspectus de haeresi* zu behandeln sei“,³⁰⁴ und ließen den Beichtbesuch über Listen kontrollieren. Dazu kam die zunehmende Verbreitung der Überzeugung von der Heilsnotwendigkeit und göttlichen Stiftung der Bußsakramente, die zusammen mit der „Geburt des Fegefeuers“ (Le Goff) zwischen 1150 und 1250³⁰⁵ und der durch zunehmende Selbstwahrnehmung als individuelle Krise, als dramatisches Ereignis empfundene mögliche eigene Tod, zu einer starken Verankerung und Evidenz dieser neuen Sicht im Alltagsleben führten.

„Die gesteigerte Angst vor dem Selbstverlust wird durch die Individualisierung der Jenseitsvorstellung aufgefangen. Andererseits aber betont die Drohung mit einem unmittelbar auf den Tod folgenden individuellen Seelengericht die Eigenverantwortung für das Handeln, stärkt also ihrerseits die Individualisierung.“³⁰⁶

Ein markanter Gegensatz zur Struktur segmentärer Gesellschaften, in denen man sich als ‚zeitweilige Besetzung‘ einer ewigen Rolle sieht und die Ahnen oft Teil der Gesellschaft bleiben. Individualisierung wird schließlich noch verstärkt dadurch, daß durch Dokumentationen der Reue Investitionen in die jenseitige Zukunft getan werden können und im Diesseits durchaus für das Jenseits vorgesorgt werden kann. Das Ablaßwesen entsteht.³⁰⁷

„Diese radikale Verlegung der Sünde ins Innere kontrastiert aufs massivste mit früheren Konzeptionen, in denen eine eher ‚äußere‘ Schuldauflassung gängig war.“³⁰⁸ Entsprechend stand im Mittelpunkt der frühmittel-

³⁰² Luhmann (1981d), S. 58.

³⁰³ Siehe Hahn (1982), S. 409, Nelson (1977), S. 159, Le Goff (1965), S. 245.

³⁰⁴ Hahn (1982), S. 410.

³⁰⁵ Siehe Keller (1986), S. 466.

³⁰⁶ Hahn (1982), S. 412.

³⁰⁷ Siehe Keller (1986), S. 466 f.

³⁰⁸ Hahn (1982), S. 408.

alterlichen Beichte die Wiedergutmachung, der Ausgleich der sündigen Tat, *satisfactio*, nicht, wie jetzt, das Bekenntnis als solches. Damit waren die alten Bußbücher obsolet, die wesentlich durch die irische Mission seit dem 7. Jahrhundert verbreitet wurden und seit dem mehrfach überarbeitet worden waren. Diese Straftaxen, die für jede Sünde ihren Bußtarif ausrechneten, der in Zeit, Geld, Wallfahrt oder Kasteiung beglichen werden konnte (auch stellvertretend!), wurden seit Mitte des 12. Jahrhunderts nicht mehr kopiert.³⁰⁹

„Der neuen Auffassung der Sünde, die sich seit dem 12. Jh. durchzusetzen beginnt, entspricht demgegenüber folgerichtig eine verinnerlichte Form der Buße. Die eigentliche Verzeihung erlangt der Sünder dadurch, daß er die innere Wirklichkeit der Sünde tilgt, durch die Negation der Intention, die in der reuigen Zerknirschung des Sünders besteht.“³¹⁰

Zerknirschung, Reue, *contritio*, steht nun im Mittelpunkt, an die sich Beichte und Genugtuung anschließen.

Damit wird das Innere gesellschaftlich als zugriffsfähig imaginiert, und daran schließen dann eine bisher so nicht mögliche Sozialisierung der Eigenwahrnehmung und eine soziale Kontrolle des Gewissens an. Das Individuum muß sich selbst befragen, sein Innerstes wird erforschungsbedürftig weil heilsrelevant. Eine Neuerung, wie der Historiker ARNO BORST feststellt: „Ich kenne keinen mittelalterlichen Text, der vor dem 11. Jahrhundert vom Verhalten des Einzelmenschen zu sich selbst spräche.“³¹¹ Im inneren Selbstgespräch geht es, zunächst bei Mönchen, dann gesellschaftsweit, bis ins 18. Jahrhundert „um den Vollzug eine vernünftigen moralischen Selbstkontrolle gegenüber Abweichungstendenzen des sündenanfälligen Menschen.“³¹² Erst danach reagiert das Selbstgespräch auf das Sich-selbst-zum-Problem-Werden, die Identitätskrise des Individuums in der Moderne.

„Die im 12. Jh. ablaufenden Neuformulierungen des Schuldbegriffes verändern die Auffassung von der Tatverantwortung fundamental und schärfen diese neue Auffassung über die Beichte ein.“³¹³ Es entsteht Bedarf für eine hochentwickelte Moraltheologie, die in der Lage war, alle alltäglichen und praktischen Fragen zu erörtern und das Gewissen anzuleiten, Erörterungen, die zusammengefaßt sind in den ‚Handbüchern für Beichtvä-

³⁰⁹ Siehe Keller (1986), S. 466 f.

³¹⁰ Hahn (1982), S. 408.

³¹¹ Borst (1973), S. 252.

³¹² Luhmann (1989), S. 223.

³¹³ Hahn (1982), S. 409.

ter³¹⁴. Diese *Summae*, die in reicher Kasuistik systematisierend beschreiben, wie Sünden und Tugenden, Intentionen und Motive, Grade der Freiheit und der Verantwortung zu bewerten sind, geben Anleitung zur Gewissensforschung und ermöglichen damit erst den Blick ins Innere. „Der einzelne wäre bald am Ende mit seinem Blick ins Innere, wenn ihm keine Karte für seine Seelenlandschaft an die Hand gegeben würde.“³¹⁵ Diese „Summen“ werden bis zur Reformation genutzt und fortgeschrieben, sie differenzieren die Themen mit zunehmender Diversität menschlicher Handlungsfelder und bieten damit eine umfassende und sichere Bewertung der ethischen Qualitäten von Handlungen und Motiven. Dabei wird durchaus berücksichtigt, daß die Sünden des Fürsten andere sind als die des Kaufmanns, Bürgers oder Bauern. Als Gattung zeigen sie bei allen individuellen Abweichungen eine hohe Einheitlichkeit.

Die Entwicklung der Verbindung von transzendenten Werten und immanentem Leben wird durch die Sakralisierung der Königswürde weitergeführt: „if the Church becomes more worldly, conversely the political realm is made to participate in absolute, universalistic values.“³¹⁶ Individualität, gespeist von der Hingabe an absolute Werte, *die im sozialen Verkehr zunächst keinen Rückhalt hatten*, und die soziale Welt, die diese Hingabe als Ausgeschlossenes einschloß, nähern sich an und kontaminieren sich gegenseitig. Das wird illustriert z.B. durch die Arbeit STEPHEN GREENBLATTS über den Beginn eines „Self-fashioning“ in der Renaissance. Anhand der Texte von sechs Literaten des 16. Jh. (MORE, SPENSER, MARLOWE, SHAKESPEARE, TYNDALE, WYATT), allesamt geprägt von hoher Mobilität, größtenteils soziale Aufsteiger aus der Mittelklasse³¹⁷, kann er zeigen, daß

„in the sixteenth century there appears to be an increased self-consciousness about the fashioning of human identity as a manipulable, artful process. ... self-fashioning acquires a new range of meanings: it describes the practice of parents and teachers; it is linked to manner or demeanor, particularly that of the elite; it may suggest hypocrisy or deception, an adherence to mere outward ceremony; it suggests representation of one's nature or intention in speech or actions.“³¹⁸

³¹⁴ Siehe Le Goff (1965), S. 245.

³¹⁵ Hahn (1982), S. 412.

³¹⁶ Durant (1985), S. 111, so sind die Nachfolger Karls des Großen zunehmend von der Kirche als Stütze des kaiserlichen und königlichen Mythos abhängig. Siehe Le Goff (1965), S. 176.

³¹⁷ Siehe Greenblatt (1980), S. 7 und 9.

³¹⁸ Greenblatt (1980), S. 2 f.

Diese 'Selbstformung' schöpft allerdings noch nicht aus der freien, individuellen Innerlichkeit, ist noch nicht Selbstverwirklichung. „Self-fashioning for such figures involves submission to an absolute power or authority situated at least partially outside the self – God, a sacred book, an institution such as church, court, colonial or military administration.“³¹⁹

Absolute Werte und innerweltliches Leben kommen schließlich mit der Reformation, vor allem mit Calvin im 16. Jahrhundert, zunehmend zur Deckung. „The individual now is in the world, and the individualist value rules without restriction or limitation.“³²⁰ Grundet man Erlösung primär auf Glauben bzw. Prädestination, dann verliert die Beichte als Mittel zur Beeinflussung der göttlichen Buchführung in Richtung Himmel oder Verdammnis an Wichtigkeit. Statt dessen wird jeder selbst für sein Gewissen und seinen Gnadenstand verantwortlich und hat sich entsprechend selbst zu prüfen. Priester und Gemeinde überwachen dagegen vor allem die äußere Lebensführung.³²¹

Die Zeitenwende, die Veränderung im 11. und 12. Jahrhundert insgesamt, „hilft mit, eine neue Form der Individualität, einen neuen Begriff des Handelns, der das Schwergewicht auf die Intentionalität legt, und eine neue Vorstellung von Verantwortlichkeit entstehen zu lassen.“³²² Diese neuen Vorstellungen sind aber noch in keiner Weise modern. Was weiterhin keine Rolle spielt, ist die Idee, aus diesem neuen Verständnis eine biographische Perspektive zu entwickeln.

„Zwar betrachtet man seit dem 12. Jh. die Taten nicht mehr ohne Rückgriff auf das korrespondierende motivationale Geschehen. Aber es findet sich nirgendwo der Versuch, einzelne Handlungen im Kontext aller Handlungen eines Individuums zu analysieren. Es fehlt die Vorstellung eines biographischen Zusammenhanges des Handelns und von der Einheit des Lebenslaufs als individuiertes System von intentional verknüpften Abläufen.“³²³

In der mittelalterlichen Vorstellung hoben sich Sünde und Beichte bzw. Ablass auf, die Sünde war damit neutralisiert, nicht mehr heilsrelevant und damit nicht mehr bedenkenswert. Es gab keine *gesamtbiographische Verantwortung*, sondern nur eine für einzelne, bereubare Sünden.

³¹⁹ Greenblatt (1980), S. 9.

³²⁰ Siehe Durant (1985), S. 113 f.

³²¹ Siehe Hahn (1982), S. 416.

³²² Hahn (1982), S. 409.

³²³ Hahn (1982), S. 418.

„Dazu braucht es eines neuen Schubes im Handlungsverständnis. Möglicherweise hat die Systematisierung des asketischen Lebens der Mönche in Europa zuerst so etwas wie gesamtbiographische Verantwortung hervorgebracht. Als allgemeine, auch für den Laien verbindliche, Form der Zurechnung von Taten wird dieser Typus der Verknüpfung von Leben und Handeln aber erst in der Reformation greifbar.“³²⁴

Das ist insbesondere naheliegend in einer Gesellschaft mit festen Positionen, in der Positionswechsel nicht als Karriere, sondern als Korrektur einer Fehlzuordnung dargestellt wurden.³²⁵

Wo immer Geschichten erzählt wurden, kam es auf verallgemeinernde Bestätigung der Kongruenz von Position und Person in symbolischen Handlungen an. Helden, Schurken, Ritter, Damen – aber keine Individuen;

„wie sollte man auch erwarten können, daß jemand sich für ein einmalig-konkretes Individuum interessiere, dessen Lebenskonstellation und dessen Merkmale so vielfältig und so zufällig zusammenkommen, daß es keinen vergleichbaren Fall gibt?“³²⁶

Weder in Biographie oder Autobiographie noch im Roman findet man vor dem 18. Jahrhundert Zeichen moderner Individualität.³²⁷

„Über die Beschreibung der Handlungen, mit denen Helden und Schurken in die Welt eingriffen, konnten Geschichten komponiert und realitätsnah vorgeführt werden; aber die Darstellung selbst hatte nicht eine sich selbst bildende Individualität vor Augen, die durch eine Serie von Erlebnissen und Entscheidungen sich selbst einen unverwechselbaren Charakter gibt, sondern sie zielte auf ein Exempel, das mit Realitätsbezügen gleichsam nur dekoriert wurde, um auch damit eine Amplifikation zu erreichen.“³²⁸

Bei all dem ist eine der wichtigsten Fragen: „ob und ab wann und mit welchen semantischen Hilfen es dem Individuum erlaubt wird, zu betonen, daß es anders ist als alle anderen.“³²⁹ Wann der erste Individualismus in Europa zu finden ist, ist hoch umstritten. Während die einen ihn schon im Mittelalter finden, sehen die anderen ihn erst in der Renaissance³³⁰, Dritte erst im

³²⁴ Hahn (1982), S. 418 f.

³²⁵ Siehe Luhmann (1997), S. 688.

³²⁶ Luhmann (1989), S. 174.

³²⁷ Siehe Hahn (1982), S. 433 Fn. 47 und Luhmann (1989), S. 174 m.w.N.

³²⁸ Luhmann (1989), S. 175.

³²⁹ Luhmann (1989), S. 182.

³³⁰ Siehe Benton (1977), S. 147.

18. Jahrhundert³³¹. Während das christliche Mittelalter in Europa durchaus den einzelnen respektiert und seinen Beitrag für die Gesellschaft anerkennt, ist es doch

„the acceptance of deviant beliefs and individuals and a respect for choices made on a personal rather than on a group basis, that medieval European society showed its strongest antipathy to individualism. Any discussion of individualism in the medieval West must take account of the drive to demand conformity from members of that society.“³³²

Seit Anbeginn der Geschichtsschreibung wird über Einzelpersonen berichtet.

„We do not have to wait until the period of the Italian Renaissance to find outstanding, egoistical leaders, tyrants, and military chiefs. Such men, and sometimes women, can also be found throughout the Middle Ages. ... – if bloodthirsty egoism is a mark of individualism, historians are free to issue a great many certificates of individualism to people throughout the Middle Ages and before. To state this same point not ironically but directly, my own view is that in the period we are considering, military valor, personal bravery, and even the willingness to sacrifice oneself in fighting for a cause (*pro patria mori*) are signs not so much of individualism as of conformity.“³³³

Das Problem war, jemandem schlicht eine Sphäre eigener Gestaltungsmacht zuzugestehen. Von jeder Lebensäußerung, die jemand tat, fühlten sich immer alle betroffen, so daß sie auch dazu Stellung nehmen konnten, ja, um ihrer Mitmenschen oder der Wahrheit willen mußten.

„People in the Middle Ages found it almost impossible to tolerate those who were different. Heretics might be condemned and reconciled, or they might find their end at the stake, but they were rarely left alone. ... Whether shame or instillation of guilt was the mechanism, medieval Christian society commonly demanded conformity.“³³⁴

All das bedeutet: Rolle und Person, in archaischen Gesellschaften noch konfundiert, differenzieren sich aus. Die Rolle, die sich aus der Mitgliedschaft zu einem Stratum ergibt und Situationen kontextübergreifend struk-

³³¹ Siehe die Nachweise in Fn. 328, S. 251.

³³² Benton (1977), S. 151.

³³³ Benton (1977), S. 151 f.

³³⁴ Benton (1977), S. 153.

turiert, ist nicht mehr an Einzelpersonen gebunden. Es gibt Gruppen, die sich vergleichen lassen, und, in begrenztem Umfang, auch Rollenwechsel. Derjenige, der nur auf seine Person reduziert, also kein Mitglied eines Stratum ist, kann dann nur außerhalb der Gesellschaft stehen. Rolle und Person lassen sich trennen und werden im gesellschaftlichen Vergleich, in der minutiösen Differenzierung der Ränge, dem Messen am Rollenideal inkongruent, auch wenn die Person nach wie vor ganz wesentlich von der Rolle definiert wird. Es existiert jedoch nichts, das sich vergleichen ließe mit der modernen Auffassung eines Kerns individueller Persönlichkeit, die bei allem notwendigen und rapiden, situationsnotwendigen Rollenwechsel Identität zu garantieren hätte.

4. *Vorsatz und Prozeßrecht, 1. Teil*

a. *Deutschland*

Die Folgen von ABAELARDS Auffassung von der Verinnerlichung der Sünde und ihre Übernahme durch die Kirche waren auch deutlich im **Prozeßrecht** zu spüren. Bis ins 12. Jahrhundert waren die alten germanischen Formen des Rechtsganges mit Gottesurteil, Zweikampf und Eideshelfern vorherrschend, und auch danach waren diese Formen noch durchaus gebräuchlich. Es setzte aber mit dem *Verbot der Mitwirkung von Geistlichen* an Gottesurteil und Zweikampf und der Vorschreibung des *Inquisitionsverfahrens* für Kirchengerichte auf dem vierten Laterankonzil 1215, das auch die jährliche Beichtpflicht statuiert hatte, eine Entwicklung ein, die zur Etablierung des Inquisitionsprozesses in Deutschland bis ins späte 15. Jahrhundert führte, bevor sie mit der Carolina im 16. Jahrhundert zum Abschluß kam.³³⁵ Die zentralen Elemente waren dabei das *neue Beweisrecht* und die aktive Rolle des Gerichts, der amtlichen Initiative der Strafverfolgung – vom ersten Verdacht bis zur Vollstreckung, der *Offizialmaxime* des Inquisitionsprozesses.³³⁶

Im Beweisrecht waren Gottesurteile zum einen mit dem Römischen Recht nicht zu vereinbaren. „Entscheidender war aber wohl die Präzisierung der Auffassungen im Rahmen des Kirchenrechts und der Theologie“³³⁷, die zu einem Verbot der Teilnahme von Priestern am Gottesurteil führte. Besonders PETRUS CANTOR (gest. 1197) und HUGUCCIO (gest. 1210)

³³⁵ Siehe Sellert/Rüping (1989), S. 110, Lenman/Parker (1980), S. 30.

³³⁶ Schmidt (1965), § 70.

³³⁷ Hahn (1982), S. 414.

wenden sich gegen Gottesurteile und gerichtlichen Zweikampf. „Aber warum erscheint Huguccio etwas als widervernünftig, was noch vielen seiner Zeitgenossen als erlaubt erscheint? Warum macht Petrus Cantor aus den an sich bekannten Fehlschlägen eine Argument gegen die Gottesurteile überhaupt?“³³⁸ Die Vermutung liegt nahe, daß es einen Zusammenhang gibt zum neuen Verständnis von Vorsatz und Schuld als innerer Handlungssache. Denn dann müssen Verfahren, die gar keinen Bezug zu ihnen haben und deshalb zu ihrer Aufklärung auch nichts beitragen können, als unsinnig und irrational erscheinen. Wenn Akte aber nur dadurch von bloßen Ereignissen differenzierbar werden, daß ihnen eine im Handelnden liegende Kausalität zugeordnet werden kann, dann ist die einzige wirklich plausible und sichere Verknüpfung von Tat und Täter dessen Bekenntnis³³⁹: „*Confessio est regina probationum*“³⁴⁰.

Weiterhelfen konnten hier auch zwei Zeugen, die *die Tat selbst* gesehen und entsprechende Kausalitäten mitvollzogen haben. ‘*Die die Tat gesehen haben*’: das ist ein dramatischer Wechsel im Beweisrecht, denn nun kommt es nicht mehr darauf an, die Mannheiligkeit des Täters zu bezeugen, dessen Eid rein und nicht mein ist, sondern die Tat zu rekonstruieren, nicht mehr die formalen Beweismittel zählen, sondern am Ziel der Wahrheitserforschung gemessen rationalere Erkenntnismethoden.³⁴¹ Neben dem Geständnis ließ das neue Verfahren daher auch den Augenscheinsbeweis durch zwei qualifizierte Zeugen zu.³⁴² Ansätze des Zeugenbeweises gibt es schon im 12. und 13. Jahrhundert.³⁴³ Erst im 14. Jahrhundert, vollends mit der Rezeption im frühen 16. Jahrhundert, setzt er sich im Rahmen des Inquisitionsprozesses mit seinem Instruktionsgrundsatz voll durch. Die Gegentendenz ergab sich vor allem aus einer Grundgegebenheit der mittelalterlichen Gesellschaft:

„es ist das ständische und genossenschafts-gruppenbezogene Denken, das uns gerade im Gerichtswesen, in der Gerichtsverfassung überall entgegentritt ... Daß ein wohlangesehener Bürger durch das Zeugnis eines

³³⁸ Hahn (1982), S. 415.

³³⁹ Siehe Hahn (1982), S. 415.

³⁴⁰ Siehe Mitteis/Lieberich (1992), S. 307.

³⁴¹ Siehe Schmidt (1965), § 70, Mitteis/Lieberich (1992), S. 197.

³⁴² Siehe in der Carolina die Art. 22 (Bekenntnis und Beweis), Art. 60 (als glaubhaft festgestelltes Geständnis), 67 (Beweis = zwei oder drei Zeugen), 69 (bei Zeugen auch Verurteilung ohne Bekenntnis und peinliche Befragung), siehe Schmidt (1965), § 109.

³⁴³ Siehe Schmidt (1965), § 65.

Knechts oder eines am Standrand lebenden Kätners überführt werden könnte, ist wohl eine auch der städtischen Gesellschaft des 13. Jh. fremde Vorstellung geblieben. Der Widerwille, Ungenossen als Zeugen zuzulassen, scheint für geraume Zeit noch stärker gewesen zu sein als Aufklärungs- und Strafbedürfnis.³⁴⁴

Aus diesen allgegenwärtigen Gruppenbindungen und Loyalitätspflichten erklärt sich auch ein durchaus rationales Mißtrauen gegenüber Zeugen.

„Und in der Tat mag die Figur des unbeteiligten, objektiven Augenzeugen, die eng mit der Gestalt des pflichtbewußten und obrigkeitsbeschützten Staatsbürgers verknüpft ist, in der gewaltbereiten Feudalgesellschaft keinen nennenswerten Realitätsgehalt besessen haben. Fest steht zumindest, daß im geistlichen wie weltlichen Inquisitionsprozeß alsbald zur Geheimhaltung der Zeugen übergegangen wurde, um Aussagebereitschaft zu erlangen und die Zeugen vor Racheakten zu schützen.“³⁴⁵

Die Idee, den Täter mittels Indizien zu überführen, wird dagegen noch zurückgewiesen³⁴⁶ und erst im 18. und 19. Jahrhundert ernsthaft diskutiert.

Die Abschaffung der Gottesurteile läßt das Problem der Urteilsgewißheit, die bisher durch die Anrufung Gottes unproblematisch schien, virulent werden.

„The abolition of this system meant not only a fundamental change in the rules of proof, but a profound change in thinking about the nature of government and law. The attempt to make God the fact finder for human disputes was being abandoned. Henceforth, humans were going to replace God in deciding guilt or innocence, humans called judges. It is almost impossible for us to imagine how difficult it must have been for the ordinary people of that age to accept that substitution.“³⁴⁷

Eine **gesetzliche Beweistheorie** war die Antwort. Der Richter erklärte nun nur, was unabhängig von ihm für jedermann zu erkennen war.

„Its overwhelming emphasis is upon the elimination of judicial discretion, and that is why it forbids the judge the power to convict upon circumstantial evidence. Circumstantial evidence depends for its efficacy

³⁴⁴ Nehlsen-von Stryk (2000), S. 23.

³⁴⁵ Nehlsen-von Stryk (2000), S. 31.

³⁴⁶ Siehe Langbein (1977), S. 4. Indizien müssen wiederum mit zwei Zeugen bewiesen sein (oder die Tat selbst mit einem Zeugen), *um die Folter anwenden zu dürfen*, siehe Schmidt (1965), §§ 109 f.

³⁴⁷ Langbein (1977), S. 6

upon the subjective persuasion of the trier, the judge. He has to draw an inference of guilt from indirect evidence. By contrast, the system of statutory proofs insist upon objective criteria of proof.“³⁴⁸

Das Geständnis wird aus diesem Grund allgemein als *via regia* zur Schuld-feststellung angesehen, zum anderen gab es bei vielen Taten keine zwei zur Aussage vor Gericht qualifizierten Augenzeugen der Tat selbst. Mit diesen strikten Beweisregeln jedoch konnte man offensichtlich nicht die vorherrschenden Vorstellungen von strafwürdigen Angeklagten zur Deckung bringen. Das führte zu zwei Entwicklungen: zum einen wurde die Folter als Instrument zur Produktion von Geständnissen eingeführt³⁴⁹, zum anderen erweiterte man das materielle Strafrecht um Verdachtsstrafen, mit denen man die Beweiserfordernisse umgehen konnte³⁵⁰. Dabei war die Folter durchaus nicht als bloße Formsache mit dem Ziel konzipiert, auf jeden Fall ein Geständnis zu erpressen. Es ging um die Wahrheit und darum, letzte Zweifel an der Verantwortlichkeit des Täters zu tilgen.³⁵¹ Wichtig im Auge zu behalten ist auch, daß – jedenfalls im Rahmen der Inquisition selbst, aber möglicherweise ähnlich im weltlichen Verfahren – die innere Verfaßtheit selbst eine große Rolle spielte. „Denn die Inquisition untersucht ein *geistiges* Verbrechen, den Abfall der Seele vom Glauben und von Gott. ... Da die Seele nicht aus eigenem Antrieb von Gott abfallen kann, sind es die Dämonen, die ‘im Innern’ der Menschen solche Wirkungen hinterlassen.“³⁵² Man kann die Dämonologie damit durchaus als die erste kriminologische Theorie bezeichnen.³⁵³

Der Inquisitor war entsprechend

„gehalten, seine Fragen nicht suggestiv zu formulieren. Der Angeklagte sollte unter der Folter Informationen preisgeben, über die eigentlich nur der wirkliche Täter verfügen konnte, die u.U. nachprüfbar waren usw. Schließlich mußte das Geständnis nach der Folter noch einmal wiederholt werden, um ihm den Anschein eines freiwilligen Geständnisses zu geben.“³⁵⁴

³⁴⁸ Ebd.

³⁴⁹ Für das kirchliche Verfahren 1252, siehe Mitteis/Lieberich (1992), S. 404. Ausführlich Langbein (1977).

³⁵⁰ Siehe Schaffstein (1989), S. 511.

³⁵¹ Siehe Schmidt (1965), § 111, siehe auch Langbein (1977), S. 5.

³⁵² Sonntag (1988), S. 268 in Fn. 28 m.w.N.

³⁵³ Siehe die Darstellung bei Einstadter/Henry (1995), S. 29 ff., die dem Thema ein ganzes Kapitel widmet.

³⁵⁴ Hahn (1982), S. 416.

Die Kirche verwendet ab dem 13. Jahrhundert die Folter.³⁵⁵ Sie ist für weltliche Gerichte in Deutschland ebenfalls seit dem 13. Jahrhundert bezeugt, was, wenn auch nicht systematisch und in Verfahrensregeln niedergelegt, auf einen Wechsel des 'Erkenntnisinteresses',³⁵⁶ aber auch der Anforderungen an soziale Kontrolle schließen läßt.³⁵⁷

„Die Bewegung, die sich in Strafsachen im Beweisrecht des 13. und 14. Jh. vollzieht, stellt sich vorrangig als Verlagerung von dem Freiheits- und Statusinteresse des Beklagten auf das Überführungsinteresse des Klägers und schließlich das Strafinteresse der verbrechensverfolgenden Obrigkeit dar... Es vollzieht sich die Konstituierung einer obrigkeitlichen Gerichtsgewalt, deren Ermittlungen und Urteil sich der Beschuldigte nunmehr zu beugen hat – mithin ein Stück Staatswerdung.“³⁵⁸

b. England

Bevor das englische Prozeßrecht des Spätmittelalters behandelt wird, soll hier zunächst eine kleine Einführung in die Formen sozialer Kontrolle in England stattfinden. Das bietet sich an, da die Entwicklung der englischen Jury eng mit lokalen Kontrollarrangements zusammenhängt.

„Die mittelalterliche Kultur verfügte in vielerlei Hinsicht über ein engeres soziales Regelwerk, und man sollte eine mindestens ebenso große Notwendigkeit der emotionalen Selbstkontrolle erwarten, drohte doch ansonsten ewige Verdammnis, Ärger mit den Nachbarn oder dergleichen. Jedenfalls vermitteln die meisten Beschreibungen des mittelalterlichen Dorflebens den Eindruck, daß die individuellen Identitäten und Ausdrucksmöglichkeiten den Anforderungen der Gemeinschaft untergeordnet waren.“³⁵⁹

SUMMERSON berichtet über das dörfliche Leben im England des 13. Jahrhunderts als „a claustrophobic business in which privacy was not only

³⁵⁵ Siehe Schmidt (1965), § 78.

³⁵⁶ Siehe Schmidt (1965), § 74.

³⁵⁷ Ebd. – Man habe im „Kampf gegen das den Landfrieden störende Verbrechertum“ alle Rücksichten fahren lassen. „In diesem Kampf ist der Inquisitionsprozeß entstanden ... Wer als vermeintlich landschädlicher Mann oder sonst in den Verdacht geriet, zu diesen Feinden des Landfriedens zu gehören, wer, in die Gewalt der Obrigkeit geraten, dazu dienen konnte, daß ein abschreckendes Exempel an ihm statuiert wurde, der war allen Zwangsmaßnahmen verfallen, die für dieses Ziel zweckmäßig und brauchbar erschienen ...“

³⁵⁸ Nehlsen-von Stryk (2000), S. 37.

³⁵⁹ Krieken (1991), S. 607 m.w.N.

unknown but socially undesirable as well.”³⁶⁰ Jeder kannte jeden und keine Lebensäußerung wurde unbemerkt getan. Das sind offensichtlich gute Voraussetzungen für soziale Kontrolle. Der Wettbewerb um eine Frau, der Streit zwischen Dorfmitgliedern, die durchschnittlichen finanziellen Möglichkeiten eines jeden waren wohl bekannt. Mit der Kenntnis dieser Motive waren die entsprechenden Handlungen aber auch schon sozial unter Kontrolle gebracht – man wußte, an wen man sich zu halten hatte, wenn etwas Ungewöhnliches passierte. Die Gemeinschaft hatte dann die Möglichkeit, durch die Drohung mit und auch Durchführung des Ausschlusses Gehorsam zu erzwingen, „with all the more effect because the outlook for people turned adrift from their homes and holdings would in an age of growing land shortage be very bleak.”³⁶¹ Im England des 13. Jahrhunderts waren alle Männer eines Dorfes in jeweils zehn oder mehr umfassende *tithings* eingeteilt, in denen jedes Mitglied für das Wohlverhalten der anderen einzustehen hatten. Konnte ein Mitglied des *tithing*, der ein Verbrechen beging, nicht gefaßt werden, wurden die übrigen beim nächsten *eyre*, dem Besuch des Königsrichters, bestraft.³⁶² Dieses auch *frankpledge* genannte System kollektiver Verantwortlichkeit disziplinierte nach innen, während die Dorf-Wache (*watch*) für die Sicherung gegenüber Außenseitern zuständig war.

„Through frankpledge and the watch each vill was to be kept shut to outsiders, but by means of courts and inquests was to have no secrets from officials or from the law-abiding generally. It was this combination of exclusion and publicity which made outlawry a means of punishing effectively felons who could not be captured.”³⁶³

Das frühe englische Jury-System war vor allem ein System zur Beschaffung von Informationen der Sheriffs und Königsrichter. Die zwölf mit dem König durch einen besonderen Treueid verbundenen Jury-Mitglieder repräsentierten ihre Gemeinschaft, ihre Dörfer, die sie gut kannten, nicht weil sie ohne Beziehung zur Tat unabhängig Beweise bewerten sollten.³⁶⁴ Sie soll-

³⁶⁰ Summerson (1979), S. 314.

³⁶¹ Summerson (1979), S. 315.

³⁶² Siehe Summerson (1979), S. 316, für eine Darstellung des gesamten Systems siehe <http://orb.rhodes.edu/encyclop/culture/towns/townint6.html>, letzter Aufruf 2000-08-13.

³⁶³ Summerson (1979), S. 324.

³⁶⁴ Siehe Krieger (1990), S. 131, Summerson (1979), S. 319, für das karolingische Recht ergibt sich Ähnliches: das Rügeverfahren. Dort werden die *iurati*, Rügege-

ten Verdächtige an die Obrigkeit melden und formten so eine *jury of presentment*. Denn „the reputation of the suspect in the community was the only sure way to assess probable guilt. Such a system could only work effectively in a relatively static society however.“³⁶⁵

Neben der Jury, die Informationen über die Auslösung des *hue* weitergaben

(„Raised by shouting, by blowing the horn that many peasants carried, even by ringing church bells, it was a call to action and arms which every man, woman and child must obey. Anything suspicious, any robbery or house broken into, indeed any disturbance involving bloodshed, required the raising of the hue.“³⁶⁶),

lag in der Zuständigkeit des *coroners* „the holding of an inquest when anyone was found suddenly dead. For this inquest was required attendance of every male over the age of twelve from the four villis nearest to where the corpse was found.“³⁶⁷

Das Bevölkerungswachstum, das sich durch das ganze Jahrhundert fortsetzte, schaffte eine große Vagrantenklasse.

„These people, homeless and usually destitute, had no settled existence and so were exposed to none of the restraints operating on the ordinary peasant. That many of them were criminals the plea rolls make clear. That all of them were regarded with intense suspicion by the law-abiding is shown by the measures to keep them out of the vill.“³⁶⁸

Sie zu kontrollieren ging über die Fähigkeiten der Dörfer hinaus.

„At the Bedford eyre almost every criminal was said to be either a vagrant or a stranger. ... to be an outlaw in the fourteenth century and after was increasingly to be a criminal at large, not a malefactor hunted and harassed at every turn, and with outlawry largely deprived of its penal status society had lost one of its most effective deterrents against crime.“³⁶⁹

Die Gemeinschaften kamen unter Druck und wendeten sich im Umgang mit den Fremden an die Obrigkeit.

schworene, verpflichtet, von Missetaten in ihrem Bezirk zu berichten. Ihr Zeugnis gilt als Klage im akkusatorischen Verfahren. Siehe Schmidt (1965), § 32.

³⁶⁵ Lenman/Parker (1980), S. 35.

³⁶⁶ Summerson (1979), S. 317.

³⁶⁷ Summerson (1979), S. 322.

³⁶⁸ Summerson (1979), S. 316.

³⁶⁹ Summerson (1979), S. 326 f.

„It is clear that, previously, the community did not necessarily regard as ‘crimes’ every act declared by the state to be illegal; and some communities – pirates, gypsies, bandits – were entirely outside the law. Only gradually did the values of government and the governed come to coincide (thanks, at least in part, to the pressure of the church). The more law-abiding the European societies became, the less tolerance they showed towards those who persisted in violence.“³⁷⁰

Das Staatenrecht wuchs aus dem ‘öffentlichen’ Gemeinschaftsrecht, das sich schon immer mit nicht-privaten Interessen beschäftigt hatte. Und es wuchs schnell. Diese ‘Enteignung’ von Konflikten³⁷¹ fand in England durch den vergleichsweise starken Zentralstaat ungewöhnlich früh statt, etwa ab dem 12. Jahrhundert, mit der Einschränkung der außergerichtlichen Einigungen bei zunehmend mehr Delikten, auf dem Kontinent dagegen erst in Zusammenhang mit der Durchsetzung des Landfriedens und der Rezeption des römischen Rechts.³⁷²

Aus den obigen Ausführungen wird bereits erkennbar, daß in England die Entwicklung des **Prozeßrechts** deutlich anders verlief als in Deutschland. Der Ausgangspunkt war derselbe, nämlich wie es nach der Abschaffung der Gottesbeweise weitergehen sollte. Nach der *jury of presentment*, die in einem gewissen Rahmen auf die Mitarbeit der Herrschaftsunterworfenen angewiesen war, wandte sich die Krone erneut an die juristischen Laien:

„If the defendant agreed to ‘put himself on the country,’ a lay jury of twelve rendered a verdict as to his guilt or innocence. This petty or trial jury, including at first members of the presentment jury, was sworn to state whether the defendant had in fact committed the felony for which he had been presented.“³⁷³

Damit stand zwischen dem Angeklagten und dem Galgen statt der Gottesurteils nun das Urteil des ‘Landes’, das in zweifacher Weise durch die Gemeinschaft gesteuert wurde. Die Anklage wurde durch die *coroner inquest juries* oder die *jury of presentment* erhoben (auch *grand jury* genannt). Plädierte der Angeklagte nicht schuldig, wurde die *petty jury* eingeschworen, die aus Vertretern der Gemeinschaft bestand, *aus der der Angeklagte stammte* – ausgeschlossen waren nur Verwandte des Opfers und diejenigen,

³⁷⁰ Lenman/Parker (1980), S. 40.

³⁷¹ Siehe Christie (1977).

³⁷² Siehe Lenman/Parker (1980), S. 29.

³⁷³ Green (1976), S. 421.

von denen bekannt war, daß sie dem Angeklagten übel gesonnen waren. Es war gerade die *Nähe* zum Angeklagten und die Kenntnis des Falls, die für die Jury qualifizierte.³⁷⁴

„It was the jurors' duty to render a verdict on the basis of their knowledge of the facts, whether that knowledge was first-hand or gleaned from those whom they chose to believe. They were gatherers as well as weighters of evidence, and their sworn verdict regarding the facts was determinative. ... The jury's choice of verdict, its concept of the defendant's liability, did not have to square with the formal rules of the law. Even if the bench suspected that juries took advantage of their evidence-gathering role in this way, the justices had no means in any given case for getting behind the jury's formalistic verdict to the truth of the matter.“³⁷⁵

Damit war die Jury in der Lage, durch die Modifizierungen der Darstellung des Tathergangs die Rechtsregeln praktisch außer Kraft zu setzen. Und das tat sie tatsächlich regelmäßig, wie GREEN bezogen auf Notwehrfälle zeigt, die, gemessen an der engen Notwehrdefinition, in den Urteilen weit überproportional zu finden sind.³⁷⁶

Diese Möglichkeit der Durchsetzung von Gemeinschaftsstandards gegen das Recht verschlechterte sich durch die Gesetzgebung Königin MARIAS im 16. Jahrhundert,³⁷⁷ die die Ermittlung der Fakten nun dem lokalen Kronbeamten (*justice of the peace*) zuwies und ihn verpflichtete, eine Zusammenfassung des Falles und seines Ermittlungsergebnisses aufzuschreiben und dem Gericht zu erläutern. Dabei ging es allerdings lediglich um die Vorbereitung des Verfahrens, das Dossier im Ganzen wurde nicht an das Gericht oder die Geschworenen weitergegeben und war auch nicht, wie im schriftlichen Inquisitionsprozeß, Urteilsgrundlage.³⁷⁸

„Juries no longer controlled the flow of evidence; the facts were declared by witnesses whom the justices of the peace, acting as prosecutors, had bound over for appearance at trial. ... In practice, of course, the verdict could still fly in the face of the evidence produced at trial. But now the disparity between the facts and the jury's verdict in any given case was

³⁷⁴ Siehe Green (1976), S. 423.

³⁷⁵ Green (1976), S. 424 f.

³⁷⁶ Siehe Green (1972), S. 674 f.

³⁷⁷ 2 & 3 Philip & Mary c. 10.

³⁷⁸ Siehe Langbein (1974), S. 15 ff. und 21 ff.

more obvious and had the potential for engendering conflict between the jury and the court.“³⁷⁹

Erst im späten 17. Jahrhundert entwickelte sich die *doctrine of noncoercion*, d.h. daß die Jury nicht für ihr Urteil zur Verantwortung zu ziehen war.³⁸⁰ Davor, besonders im 16. Jahrhundert, waren Richter durchaus in der Lage, mit Geldstrafen oder Gefängnis zu drohen, wenn die Jury zu offensichtlich gegen die vorgelegten Beweise zu verstoßen schien.

„Having lost its total control over the production of evidence, the now largely passive trial jury could no longer conceal the disparity between its verdict and the available incriminating evidence in cases where it wished to nullify the effects of the official rules.“³⁸¹

Bis ins 18. und 19. Jahrhundert gab es dann keine weiteren großen Veränderungen im Prozeßrecht – genau an diese Zeit wird im nächsten Abschnitt angeschlossen werden. Bevor der Gebrauch dieses Jury-Ermessens und seine Bedeutung auch für den Vorsatz behandelt werden, noch einige Aspekte des Personenverständnisses in dieser Art Gesellschaft.

5. Zum Personenkonzept, 2. Teil

Die Organisation des Lebens in engen Gemeinschaften, die nach Ständen gegliedert sind, findet auch ihren Niederschlag in einer besonderen Denkungsart. Diverse Anthropologen und Ethnologen haben in ihren Untersuchungen über verschiedene nicht-westliche Gesellschaften einen besonderen Stil sozialer Wahrnehmung und sozialen Denkens vorgeführt, der insgesamt vorzüglich „konkret“ erscheint: nicht-abstrahierend, nicht-generalisierend, ereignisbezogen, kontextspezifisch, undifferenziert, situational etc.³⁸² „How are we to interpret this widespread mode of social thought in which the individual is not differentiated from the role, and where the person achieves no abstract, context independent recognition?“³⁸³ Um diese Frage zu beantworten, haben SHWEDER und BOURNE Personenbeschreibungen aus einem Dorf in Indien (Kastengesellschaft) und den Vereinigten Staaten verglichen. Erwartungsgemäß ergab diese Studie: „In the free description of personality Oriyas are more concrete than Americans. They desc-

³⁷⁹ Green (1976), S. 473.

³⁸⁰ Siehe Green (1985), S. 200 ff.

³⁸¹ Green (1976), S. 490.

³⁸² Siehe Shweder/Bourne (1982), S. 105 ff. m.w.N.

³⁸³ Shweder/Bourne (1982), S. 107.

ribe their intimates by reference to behavioral instances (cases) and they qualify their descriptions by reference to contexts.”³⁸⁴ Dieser Effekt blieb stabil über Literalität, Bildung und Kaste.³⁸⁵

Interessant ist dann zu sehen, warum nun die Oriyas geneigter sind als Amerikaner, ihre Bezugspersonen mit Referenz auf ‘cases and contexts’ zu beschreiben.

„What really distinguishes them from us is that they place so little *value* on differentiating (e.g., persons from role), generalizing (e.g., ‘treat outsiders like insiders’) or abstracting (e.g., the concept of ‘humanity’) ... Oriyas, Balinese, and other such folk live by a metaphor and subscribe to a world-premise that directs their attention and passions to particular systems, relationally conceived, and contextually appraised.“³⁸⁶

Die sozialzentrierte Sicht der Beziehung von Individuum und Gesellschaft, die dort vorherrscht, hängt eng mit einer organischen Metapher für die Selbstbeschreibung dieser Gesellschaften zusammen, die einem Bild vom menschlichen Körper als *Hierarchie von Funktionen* entlehnt ist.

„Some of the features of the context-dependent, occasion-bound concept of the person: (a) no attempt to distinguish the individual from the status s(he) occupies; (b) the view that obligations and rights are differentially apportioned by role, group etc.; (c) a disinclination to ascribe intrinsic moral worth to persons merely because they are persons. (To ask a holist: ‘Is killing wrong’ is like asking a morphologist or physiologist to assess the value of a body part or organ without knowledge of, or reference to, its function in the interdependent organic structure of this or that particular species.) Indeed, with their explicit cultural recognition and even deification of obligatory, particularistic interdependence, Oriyas would seem to be culturally primed to see context and social relationships as a necessary condition for behavior.“³⁸⁷

Die Analogie zum Organismus ist ebenfalls eine starke Metapher westlichen Denkens, die für viele Jahrhunderte eine Repräsentation der Gesellschaft in der Gesellschaft und das Verhältnis von Gesellschaft und Individuum ermöglichte.

³⁸⁴ Shweder/Bourne (1982), S. 125.

³⁸⁵ Ebd.

³⁸⁶ Shweder/Bourne (1982), S. 126.

³⁸⁷ Shweder/Bourne (1982), S. 129.

„Society, like the body, could change – but only along an axis represented by health and disease. The body could be fit or ill, harmonious or discordant. There was no room for evolution or development. A healthy constitution was one where every part knew its place and duty, especially the respect owed to superiors and the reverence due to the community. The disease that threatened society was disorder and anarchy. ... The challenge to each individual was to see his or her dependence on a wider network of relations; the common well-being could be guaranteed only by the harmonious functioning of the whole body.“³⁸⁸

Diese Metapher war in mehrfacher Hinsicht bedeutsam für die hier betrachtete Zeitspanne, und ihre Verabschiedung im 18. und 19. Jahrhundert markiert den Übergang von den Körperstrafen zu den Gefängnisstrafen.³⁸⁹ Die Körpermetapher machte die Frage nach Kriminalitätsursachen nebensächlich – es kam auf Heilung an. Wer den Gesellschaftskörper gefährdet, verliert seinen Sinn und Platz in ihm. Das häufigste Bild bei der Behandlung war die Amputation des befallenen Körperteils. Und diese Amputation war eine Pflicht, damit nicht der übrige Körper vom Übel befallen wird.³⁹⁰

„The ritual of the gallows transformed seeming loss into social gain, individual suffering into social redemption. It accomplished this feat by playing upon the difference between the spiritual quality of the body politic and the merely physical nature of its individual parts. ... Evil became altered: the whole ritual became a sermon and even the condemned were invited to play a part that might yet redeem them. Through repentance and confession they became willing sacrifices, thereby paying the damage they had done to society.“³⁹¹

Die Metapher und ihre Verwendung im Spätmittelalter und der frühen Neuzeit zeigt, wie sehr der Einzelne als Teil eines Ganzen gedacht wird, wie wenig ihm persönliche Freiheitssphären zugestanden werden konnten und wie sehr jede Handlung für alle anderen von Belang sein mußte. Sie ist damit Repräsentant eines enormen Konformitätsdrucks aus der Mitte der Gesellschaft.

Zurück zum Vorsatz, dessen Identifikation ROSEN im insofern vergleichbar strukturierten Marokko so beschreibt: „Moroccans believe that

³⁸⁸ McGowen (1987), S. 658 f.

³⁸⁹ Siehe McGowen (1987), S. 678 f.

³⁹⁰ Siehe McGowen (1987), S. 661 f.

³⁹¹ McGowen (1987), S. 665 f.

overt acts are directly connected to interior states, and that if you know a man's traits and ties, and the context in which these are revealed you will also know that person's intentional structure."³⁹² Das liest sich fast wie bei archaischen Gesellschaften, aber der Unterschied wird deutlich in der Deutungsabhängigkeit des Vorsatzes, seiner Innerlichkeit und allgemein der Personenzentrierung.

„In interviews, judges repeatedly insist that they can tell what a man's intent is and whether he is lying simply by inquiring carefully into his background, relationships, and prior behavior. ... The clever judge is not, of course, determining whether the man did in fact do what he is accused of: he is seeing if he is a person who will ever do such a thing; he is making an investigation into the accused's character. 'If a man is bad,' one judge told me, 'he cannot hide it. It will show up in the way he acts. If you ask a lot of questions a man cannot keep his thoughts hidden: his intention [*nīya*] will be obvious."³⁹³

Wenn ROSEN berichtet, daß „external evidence ... is taken as an index of an interior state, an insight into what the person must have meant. By categorizing types of situations jurists were saying something about a state of mind.“³⁹⁴ Dann ist das auch etwas anderes als noch in segmentären Gesellschaften, in denen Juristen (!) niemals etwas über innere (!) Zustände hätten verlauten lassen. Dort war Vorsatz einfach eine offensichtliche Qualität des Handelns, die man entsprechend bei der Sanktionierung würdigen mußte; man hatte aber keinen Begriff für einen 'Schluß auf' eine Bedeutung, die verborgen lag.

„In Morocco the central question is 'where are your »origins«' since it is this information which, initially, conveys a degree of predictability about the sort of ties that are possible with such a man. Summnerized in personal names or nicknames, and signaled by everything from a way a turban is tied to the way one sits in the marketplace, the concept of a man's »origin« focuses attention on his relationships and the customs by which they are formed, and feeds directly into the belief that all relationships imply the need for reciprocity.“³⁹⁵

³⁹² Rosen (1985), S. 58.

³⁹³ Rosen (1985), S. 60.

³⁹⁴ Rosen (1985), S. 59.

³⁹⁵ Rosen (1985), S. 55.

Dieses Personenkonzept kommt dem nahe, was LUHMANN fürs 17. Jahrhundert konstatiert. Es

„herrschte im 17. Jahrhundert noch die Meinung, das Individuum sei durch Beziehung zu anderen zu bestimmen, vor allem durch seinen Geburtsstand, aber auch durch geographische Lokalisierung, durch Angabe seiner Nation, seiner Familie oder auch durch Hinweise auf Gefolgschafts- und Loyalitätsbindungen seiner Familie – alles Angaben, die das Individuum als stabil und als zuverlässig charakterisieren konnten.“³⁹⁶

ROSEN faßt zusammen:

„Thus, for Moroccans the person is always a situated actor. He embodies qualities of human nature, attachment to the people and places of his nurture, and association with those to whom he owes and from whom he receives negotiated bonds of obligation. Men do not create themselves, but they can place themselves in contexts – with teachers, partners, kinsmen, or strangers – such that the process of bargained-for relationships that will define their place in the world of men will yield a characterization that tells who, quite literally, they are.“³⁹⁷

Das wiederum deckt sich mit ARNO BORSTS Beobachtung des Mittelalters:

„Der Einzelmensch ist als solcher nicht Person; er wird es erst, indem er eine Rolle übernimmt, die nicht er geschrieben hat, und sie sich zu eigen macht. Erst dadurch tritt der einzelne wirklich in seine Gemeinschaft ein und hat am geförmten Leben teil; erst dadurch unterscheidet er sich vom Wilden Mann, der nur für sich lebt, und vom Mitläufer, der nur auf andere sieht.“³⁹⁸

Aber eben diese gibt es auch – und das macht den wesentlichen Unterschied zu archaischen Gesellschaften aus.

6. *Vorsatz und Prozeßrecht, 2. Teil*

Der ganze Charakter des Strafprozesses in dieser Zeit konzentriert sich auf die Frage, ob eine bestimmte *Person* eine bestimmte Sanktion erleiden sollte.³⁹⁹ Es ging also primär *nicht* darum, ob eine bestimmte *Tat* zu einer entsprechenden Strafe führen sollte. Die Tat, soweit sie plausibel zurechen-

³⁹⁶ Luhmann (1989), S. 178.

³⁹⁷ Rosen (1985), S. 58.

³⁹⁸ Borst (1973), S. 266.

³⁹⁹ Siehe Green (1985), S. 26.

bar war, war vielleicht ein durchaus nicht unwichtiges Element der Personenevaluation – *aber eben nicht mehr*. Diese Orientierung an der Person statt an der Tat kann man leicht daran erkennen, daß es für Taten weithin kaum klare Definitionen gab, so z.B. in der CCC. Das materielle Recht und die gelehrten Traktate konzentrierten sich auf Strafzumessungsfragen und organisierten von daher den Rechtsstoff. Auch die umfangreiche Begnadigungspraxis dieser Zeit deutet in diese Richtung.⁴⁰⁰

Die Professionalisierung und Sachferne der Richter im Rahmen der Aktenversendung, das ganze schriftliche Verfahren des Inquisitionsprozesses haben einer Personenorientierung sicher entgegengewirkt.⁴⁰¹ Entscheidender war allerdings die Zusammenstellung der Akten im Ermittlungsverfahren. So war die Frage der Anwendung der Folter für den Prozeß vorentscheidend. Die dazu berechtigenden Indizien⁴⁰² waren, neben einigen Spezialfällen bei den einzelnen Delikten, vor allem solche, „die von der Person des Täters ausgehen und mit der Straftat selbst unmittelbar nichts zu tun haben.“⁴⁰³ So forderte z.B. CARPZOV, wie auch schon die Carolina, bei den meisten Indizien „zur Anwendung der Folter, daß der durch das Indiz belastete Angeklagte auch sonst eine Person ist, der die durch das Indiz angelastete Straftat zuzutrauen ist.“⁴⁰⁴ Es geht offensichtlich um den Schutz ehrenwerter Bürger und den Kampf gegen das Verbrechen.⁴⁰⁵

Im englischen Jury-Verfahren hingegen läßt sich diese Personenorientierung besser zeigen. Bezüglich der Unterscheidung von *murder* und *manslaughter* schreibt GREEN:

„from late Anglo-Saxon times to the end of the middle ages, there existed a widespread societal distinction between ‘murder’, i.e., homicide perpetrated through stealth, and simple homicide, roughly what a later legal age termed manslaughter. This distinction, which was imposed upon the courts by the instrument of the trial jury, was fundamentally at odds with the letter of the law.“⁴⁰⁶

⁴⁰⁰ Siehe Green (1976), S. 426 f., für das 17. und 18. Jahrhundert ausführlich Hay (1976), für Deutschland siehe z.B. Schubert (1998), S. 323 ff. und bezogen auf Adelige Gewinner (1934), S. 150 ff.

⁴⁰¹ Siehe Stichweh (1994), S. 268.

⁴⁰² Siehe Art. 25 ff. CCC, aber auch Art. 43 Abs. 2 CCC.

⁴⁰³ Heitsch (1964), S. 10, zum Jury-Prozeß siehe S. 269.

⁴⁰⁴ Heitsch (1964), S. 39.

⁴⁰⁵ Siehe Heitsch (1964), S. 40, Gewinner (1934), S. 1 ff.

⁴⁰⁶ Green (1972), S. 669.

Durch das Jury-Verfahren war es möglich, durch eine Manipulation der Fakten praktisch jedes beliebige Urteil zu erhalten. Im 15. Jahrhundert wurden z.B. in einem Gerichtsbezirk 114 Verdächtige wegen Tötungsdelikten angeklagt. 84 wurden freigesprochen, 19 verurteilt – „while an indictment for simple homicide practically assured the principle defendant of exculpation (one of twenty-nine was hanged), an allegation of murder put his chances at about fifty-fifty (eighteen of thirty-five were hanged).“⁴⁰⁷ Und dabei war die Unterscheidung zwischen *murder* und *simple homicide* im Recht nicht vorgesehen. Nichtsdestoweniger waren die englischen Dörfer und ihre Repräsentanten in der Jury in der Lage, die zu verurteilen, die besonders gegen die Standards der Gemeinschaft verstoßen hatten, indem sie ohne anerkannte Rechtfertigung, z.B. Provokationen, getötet hatten. Das war, gegeben die Zahl der Tötungen in den praktisch allgegenwärtigen Auseinandersetzungen (auch durch die starken Ehr- und Loyalitätsvorstellungen⁴⁰⁸) unumgänglich, wollte man nicht auch häufig Freunde und Bekannte an den Galgen liefern.⁴⁰⁹ Als Mittel dazu diente, wie oben schon erwähnt, häufig das Recht der Notwehr, das, gegeben die sehr engen Voraussetzungen, allzu häufig in den Gerichtsakten zu finden ist.⁴¹⁰ Die Jury war sowohl was die Unterscheidung von Taten als auch die Frage, ob verurteilt werden sollte oder nicht betraf, in der Lage, außerrechtlichen Aspekten wesentliches Gewicht einzuräumen.

„The process by which the community determined that a given slayer was a murderer was undoubtedly very complex and not solely a function of the slayer’s immediate act. Coroners’ juries and trial jurors were probably swayed in many cases by the reputation of the combatants and by what was known about past relations between them. ... There is, in fact, evidence that in some cases jurors perceived simple homicides as ‘accidental’ ones because the parties were known to have been ‘friends’.“⁴¹¹

Die juristische Literatur des 16. Jahrhunderts in England deutet im übrigen in die gleiche Richtung wie die Carolina. Auch hier werden den *justices of*

⁴⁰⁷ Green (1972), S. 673, für die Veränderungen dieser „Statistik“ zu mehr Verurteilungen (durch *benefit of clergy* auf der einen Seite, bessere Strafverfolgung durch die JPs und dem Ende der *self-informing jury* auf der anderen) siehe Green (1976), S. 493 f.

⁴⁰⁸ Siehe Green (1976), S. 487.

⁴⁰⁹ Siehe Green (1976), S. 415 f., 420.

⁴¹⁰ Siehe Green (1972), S. 675 ff.

⁴¹¹ Green (1972), S. 693 f.

the peace, die mit der Gesetzgebung durch QUEEN MARY praktisch zu prozeßvorbereitenden Ermittlungsbeamten gemacht wurden⁴¹², als Handreichung wesentlich personenorientierte Indizien nahegelegt. Es geht um die Eltern des Verdächtigen, seine körperlichen Fähigkeiten, sein Wesen, sein Einkommen und seinen Beruf, seinen Umgang, seinen Lebenslauf, seinen Ruf, Vorstrafen etc.⁴¹³

Auch die Frage der außergerichtlichen Einigung der Familien mag eine große Rolle gespielt haben, falls sie in der Sache nicht überhaupt in der Lage war, ein gerichtliches Verfahren zu verhindern. Bedenkt man dann noch die praktische Nichtexistenz der forensischen Wissenschaften, dann muß man sich fragen, auf welcher Informationsbasis überhaupt Urteile gefällt werden konnten. „At least to the extent that facts were unknown, or poorly documented or in conflict with other testimony, there must have been an input of facts unrelated to the fact situation of a homicide, but related instead to its social and psychological setting.“⁴¹⁴ Darauf deutet auch hin, daß Fremde in einem weitaus größeren Umfang verurteilt wurden als Einheimische.⁴¹⁵ Schließlich dürfte auch der Charakter des Verfahrens kaum eine Tataufklärung zugelassen haben, selbst im 17. Jahrhundert – „thirty-two cases were processed to verdict in the courtroom at the Old Bailey in the two-day session of December 1678.“⁴¹⁶ Es ging vor allem um ein „holistic moral assessment“,⁴¹⁷ des Angeklagten, das zeigt neben der Geschwindigkeit des Verfahrens auch die große Zahl von Charakterzeugen verglichen mit Tatzeugen.⁴¹⁸

Zwei Beispiele aus der frühen Neuzeit sollen die Personenorientierung der Strafverfolgung illustrieren. Aus dem 16. Jahrhundert berichtet SCRIBNER⁴¹⁹ über ein Verfahren gegen einen zunächst unbekanntem Mann wegen des Verdachts aufrührerischer Reden in einem Gasthaus. Ein Ermittler machte erst einmal das Gasthaus ausfindig und befragte dann den Gastwirt über die Identität des Verdächtigen. Der nennt den Namen eines Hans Ziegler, eines seiner Ansicht nach betrunkenen und wilden alten Mannes. Der besagte Ermittler informiert sich daraufhin umgehend beim

⁴¹² Siehe Langbein (1974), S. 34 f.

⁴¹³ Siehe Langbein (1974), S. 42 f.

⁴¹⁴ Green (1972), S. 694.

⁴¹⁵ Siehe oben S. 259.

⁴¹⁶ Langbein (1978), S. 277.

⁴¹⁷ Feeley/Lester (1994), S. 356.

⁴¹⁸ Siehe Feeley/Lester (1994), S. 361.

⁴¹⁹ Zum folgenden siehe Scribner (1987), S. 110 ff.

Bürgermeister, der mahnt, Ziegler nicht zu ernst zu nehmen, besonders, weil dieser häufiger betrunken sei. Nichtsdestoweniger werden Zeugen ausfindig gemacht, die aufrührerische Reden des mutmaßlichen Täters auch in nüchternem Zustand bezeugen. Auf Beschluß der Regierung wird daraufhin der Ortspfarrer befragt, der ebenfalls angibt, es handle sich um einen alten Mann, der geschwätzig werde, wenn er seinen regelmäßigen Nachtrunk genommen habe. Der zuständige Vogt wird im übrigen beauftragt, mehr über Ziegler herauszufinden. Zentrale Frage ist, was für ein Mann er ist. Acht Personen wurden befragt und gaben Auskunft über sein religiöses Leben, seine Gewohnheiten, seine Ansichten und Streit mit Nachbarn etc. Er wurde am 22. Februar 1553 verhaftet und mit der Beweislage konfrontiert – ob er gefoltet wurde, weiß man nicht. Jedenfalls wurde er zwei Wochen später unter der Verpflichtung entlassen, in der Zukunft ordentliches Verhalten an den Tag zu legen. Außerdem wurde ihm lebenslang verboten, wieder Gasthäuser zu betreten.

„The machinery of law enforcement depended crucially on the local knowledge of village and town mayors ... It could function extremely efficiently once a suspect was identified and located. It was much less effective in detecting crime and tracing culprits.“⁴²⁰

Auffällig ist hier jedenfalls, daß es weniger um die Tat selbst ging, als um die Frage, wie der Täter einzuschätzen wäre. Es gab demnach wohl ein ausgeprägtes *Opportunitätsprinzip* – nicht nach der Tatschwere, sondern nach der Einschätzung der Gefahr und Gemeinlätigkeit, die der Verdächtige darstellte. Anknüpfungspunkt war immer der Täter, und die Tat war insofern eine von vielen Informationen über den Täter.

Der zweite Fall spielt 1668 in Frankreich.⁴²¹ Ein Zinsherr und Bürgermeister wird von einer seiner Dienerinnen verdächtigt, seine jüngst verstorbene Frau mit Arsen vergiftet zu haben. Beide hatten wohl eine längere Affäre, wobei er sich nach dem Tode seiner Frau schließlich mit jemand anderes verheiratete – wohl entgegen seinen Versprechungen. Auch wenn der Verfahrensausgang unbekannt ist, für uns interessant ist, daß praktisch alle Zeugen nur über die moralischen Qualitäten der beteiligten Personen Aussagen machten – niemand äußerte sich zur Tat oder zum Tatvorwurf. Die Frage, ob die Dienerin ihren Herrn denunziert hat, das ist die entscheidende Frage. Aus den Beweggründen für die Anzeige läßt sich aber eigent-

⁴²⁰ Scribner (1987), S. 112.

⁴²¹ Siehe zum folgenden Muchembled (1990), S. 170 ff.

lich kaum erschließen, ob er schuldig oder unschuldig ist, seine Frau also tatsächlich vergiftet hat. Darum ging es für die Prozeßbeteiligten wohl auch nicht, sondern um das Ansehen des Angeklagten in der Gemeinschaft. Es zeigt sich schließlich eine „geschlossene ländliche Front, von unten bis nach oben in der gesellschaftlichen Hierarchie. Alle sagen gegen Nathalie de Rœx aus, um die Persönlichkeit Gillerons in besserem Licht erscheinen zu lassen, und dieser geht aus der Untersuchung auch als strahlender Sieger hervor.“⁴²² Es geht nicht um Taten, es geht um Personen. Man fragt nicht nach Delikten, man bestraft Personen. Es gibt eine Personentypologie zu jeder Straftat. Das Beispiel Frankreich:

„Im Fall der Hexerei bringt das 1682 durch königlichen Erlaß verfügte Ende der Hinrichtungen die Richter auf allen Ebenen dazu, ihre Auffassung langsam dahin gehend zu verändern, daß aus dem teuflischen Verbrechen ein Vertrauensmißbrauch wird. ... In diesem Zusammenhang ist es bequem, von Leichtgläubigkeit und Schwachheit der Landbevölkerung zu sprechen, wobei man diese Eigenschaften überdies manchmal auf bestimmte, ganz besonders ungeschliffene Bauern eingrenzt. Folglich braucht man nur den Wahrsager oder den Heilkundigen zu bestrafen.“⁴²³

7. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich so sagen, daß mit dem Entstehen von Staaten und Gerichtsverfahren und der Verschriftlichung von Normen die archaischen Institutionen wie Gewalt, Selbsthilfe und Alternativenlosigkeit an Bedeutung verlieren. Die damit zusammenhängenden Aspekte des Rechtsgangs und der kommunikativen Identifikation der Mitteilung einer normenttäuschenden Kommunikation verändern sich. Mehrere Entwicklungen sind dabei relevant: Die Stratifikation führt zu einer Neudefinition der Person. Rollenträger des gleichen Strati werden in ihrer Verschiedenheit vergleichbar. Es bleibt bei dem von Turner sogenannten *role-person-merger*, der aber einen anderen Charakter annimmt. Waren bisher Person und Rolle nicht zu trennen, so ist das nun möglich, auch wenn die Person ohne Rolleneinbindung über das Stratum gesellschaftlich als außergesellschaftliches Individuum verstanden wird. Die Person wird aus ihrem Segment gelöst und ist im Stratum zunehmend isoliert adressierbar. Statt ein Recht der Sippen zu sein, bildet sich langsam ein *starker Personenbezug* des Rechts

⁴²² Muchembled (1990), S. 172.

⁴²³ Muchembled (1990), S. 169.

heraus. Es geht nicht mehr um Rache, Fehde bzw. deren Ablösung, sondern um die Verwurzelung und *Integrität des Beklagten*. Das zeigt sich in allen Verfahren, vor allem auch im „Übersiebnungsverfahren“ und im „Verfahren auf Leumund“, die zur Durchsetzung des Landfriedens gegen Fremde entwickelt wurden.⁴²⁴ Bei all dem gibt die Rolle die Folie ab, vor der Handeln sinnvoll gedeutet werden kann – *immer im Zusammenhang und im Verhältnis zu anderen*.

Die zweite große Veränderung ergibt sich durch die „Entdeckung“ der Sünde als innerer Zustimmung, die der Person eine Tiefendimension verleiht und diese über die Beichte in der sozialen Praxis verankert. Damit beginnt die Vorsatzidentifikation ins Innere zu zielen. Es geht nun um ein „guilty mind“, um Schuld. Das wird aber, trotz aller Innerlichkeit, noch nicht psychologisch verstanden. Da die zentrale Frage der gesellschaftlichen Devianzverarbeitung wesentlich war, ob eine Person weiterhin die Achtung seiner Gemeinschaft genoß oder nicht, war die Tat lediglich ein Aspekt dieser Personenevaluation und wirkte weniger über einen Tatnachweis als über die Einschätzung der durchaus zweifelhaft bleibenden Tatbegehung vor dem Hintergrund von Personenkenntnis und Situationstypik.

In den englischen Strafprozeß konnten diese Gesichtspunkte relativ unproblematisch über die Jury und ihre Möglichkeit der Faktenmanipulation eingeführt werden. Der kontinentale Inquisitionsprozeß regulierte diese Frage im wesentlichen über die Rechtsdogmatik der Folter, die den (guten oder schlechten) Ruf des Angeschuldigten miteinbezog⁴²⁵, und später vor allem durch Richterfreiheit in der Strafzumessung im Rahmen der *poena extraordinaria*⁴²⁶. Weil es kaum auf die Tat als solche ankam (und bis ins 19. Jahrhundert nicht ankommen sollte), entwickelte sich praktisch keine allgemeine Dogmatik strafbarer Handlungen, kein allgemeiner Teil, und damit: keine Vorsatzdogmatik. Nichtsdestoweniger setzte eine Ideenevolution des Rechts ein, die sich zum einen an die römischrechtlichen Begriffe *dolus*, *culpa*, *casus* anlehnt, zum anderen mit dem vom kanonischen Recht abgeleiteten Konzept *mens rea* arbeitet und so Fälle systematisieren konnte. Sanktionen an diesem Punkt festzumachen, war deshalb problematisch, weil die Frage der gesellschaftlichen Konsequenzen der meist tödlichen Bestrafung einer Person für eine enge Gemeinschaft im Vordergrund stand – nicht die Schuld des Verdächtigen.

⁴²⁴ Siehe Schmidt (1965), § 67.

⁴²⁵ Siehe Peters (1991), S. 73 ff., 89, 92 f.

⁴²⁶ Siehe Schmidhäuser (1989), Langbein (1977), S. 45 ff.

So kam es auf die Tatfrage häufig gar nicht an. Kaiser SIGISMUND (1368-1437) z.B. verlieh einigen Städten die Strafsurisdiktion, und so galt für Kaufbeuren seit 1418 z.B. die Regel,

„daß der in Untersuchung genommene nicht einmal eines bestimmten Verbrechens überwiesen zu seyn brauchte. Es war genug, wenn die Majorität schwören oder bey einer feyerlichen Erinnerung ihres Eides versichern konnte, daß er ein Taugenichts sey, ein Mensch 'der irer Stat öffentlich oder heymlich schädlich, und nutzer und beßer tod, denn lebend.'“⁴²⁷

Ähnliches galt in 1431 auch in Weißenburg wie in vielen anderen Städten.

Bis weit ins *ancien régime* existierten zwei separate, aber parallele Systeme der Verarbeitung von Kriminalität. Das eine folgte Gemeinschaftsnormen, das andere dem Recht der jungen Staaten, das eine war eher an den Interessen der Gemeinschaft, das andere eher an denen der zentralisierten politischen Gewalt orientiert. Die Strafe im System der Gemeinschaftsnormen

„were made to fit the criminal, not the crime: they might be increased in order to eliminate an offender by exile or execution, or reduced to protect a valuable member of the community. ... The 'selective distribution of mercy', used deliberately as a matter of policy, was the distinctive feature and the chief attraction of the traditional system of community law, and ensured its survival from the Dark Ages to the eve of industrialization.“⁴²⁸

IV. In die Moderne

Dieser Abschnitt, der letzte in diesem quasi historischen Kapitel, soll schließlich die Entwicklung bis heute andeuten. Dazu werden zunächst wieder einige einführende Bemerkungen zur Gesellschaftsstruktur zu machen sein, um sich dann der Rechtsdogmatik zuzuwenden. Materielles Recht und Prozeßrecht werden dabei eng verbunden behandelt, weil durch den Wegfall der Folter und dadurch notwendige wesentliche Änderungen im Prozeßrecht auch die Diskussion um den Vorsatz befördert wurde.

Mit Grundlagen und Anfängen im 17. Jahrhundert findet der Wechsel von der stratifizierten Gesellschaftsordnung des Mittelalters und der frühen Neuzeit zur funktional differenzierten Gesellschaft der Moderne schließlich

⁴²⁷ Zirkler (1801), S. 388 f.

⁴²⁸ Lenman/Parker (1980), S. 28.

im 18. und 19. Jahrhundert statt. Die Systemlogiken von Politik, Recht, Wirtschaft, Religion, Erziehung, Gesundheitswesen etc. koppeln sich voneinander ab und werden zu systemspezifischen Rationalitäten, die in der gesellschaftlichen Umwelt der Funktionssysteme nicht ohne weiteres anschlussfähig sind. Es ist hier nicht der Ort, das en détail nachzuweisen⁴²⁹, ein paar Beispiele mögen genügen. Politik und Wirtschaft, Recht und Wissenschaft lassen sich nicht mehr moralisch unter Kontrolle bringen. Moralphilosophische Konzepte stellen von Moral als *Gehorsam* auf Moral als *Selbstbestimmung* um.⁴³⁰ Die Moral als universale Handlungsanleitung zieht sich zurück und wird Privatsache, ebenso wie die Religion.

Das führt zu einer stärkeren *Differenzierung* und *Spezifizierung* von Kommunikation, z.B. der Wirtschaft: es ist weit weniger als im Mittelalter offen käuflich (kein Seelenheil, keine Ämter, keine Wählerstimmen, keine Ablösung von Strafen etc.), aber bei dem, was käuflich ist, richtet sich die Bewertung nun allein nach wirtschaftlichen Kriterien und nicht mehr nach Moral oder Religion.⁴³¹ Politische Herrschaft bezieht ihre Legitimation nicht mehr von Gott, sondern vom Gemeinwohl. Herrschaft wird nicht mehr als Gehorsamspflicht der Untertanen, sondern als deren Repräsentation im Rahmen einer Vertragstheorie dargestellt.

„Schon im 18. Jahrhundert kann man von einer Primäreinteilung der Gesellschaft nach Schichten eigentlich nicht mehr sprechen.“⁴³² Mit der Aufklärung löst sich die alte Ordnung auf. Herkunft wird ersetzt durch Karrieren; Hierarchie und ständische Bindung durch Gleichheit der bürgerlichen Freiheiten und Individualisierung. Der Weg dahin heißt Emanzipation.⁴³³ Während der Einzelne als Gesamtperson seinen gesellschaftlichen Ort in seinem Stratum gefunden hat und diese soziale Position alle Beziehungen situationsübergreifend organisierte, ändert der Übergang zu funktionaler Systemdifferenzierung

„die Prämissen dieser Ordnung, ja kehrt sie geradezu um. Was früher als normal erschien, ist jetzt ausgeschlossen. Die Einzelperson kann nicht mehr einem und nur einem gesellschaftlichen Teilsystem angehören... Das Individuum kann nicht mehr durch Inklusion, sondern nur noch durch Exklusion definiert werden.“⁴³⁴

⁴²⁹ Siehe als Überblick Luhmann (1997), S. 707 ff. und passim.

⁴³⁰ Siehe Schneewind (1998), S. 4 und passim.

⁴³¹ Siehe Luhmann (1997), S. 723.

⁴³² Luhmann (1997), S. 733.

⁴³³ Siehe Koselleck (1988).

⁴³⁴ Luhmann (1989), S. 158.

Nun tragen nicht mehr die Personen verortenden Strata die Struktur der Gesellschaft, sondern die ausdifferenzierten Funktionssysteme.

Vielleicht kann man sagen: soziale Interaktion wird primär nicht mehr durch die personennah am Stand orientierten Statusrollen, sondern durch den funktionalen Bezug der Interaktion und durch davon definierte personenunabhängige Rollen strukturiert. Jedenfalls: Das Individuum als Ganzes hat gesellschaftlich keinen Platz mehr und wird dem selektiven Zugriff der Funktionssysteme überantwortet; die Differenzierung des Gesellschaftssystems kann sich auf „unterschiedliche Formen der Inklusion von Individuen (als Wähler, als Patient, als Leser, als Kunstgenießer) stützen.“⁴³⁵ Hegel beschreibt das Anfang des 18. Jahrhunderts so:

„Im Rechte ist der Gegenstand die *Person*, im moralischen Standpunkt das *Subjekt*, in der Familie das *Familienglied*, in der bürgerlichen Gesellschaft überhaupt der *Bürger* (als bourgeois) - hier auf dem Standpunkt der Bedürfnisse ... ist es das Konkretum *der Vorstellung*, das man *Mensch* nennt; es ist also erst hier und auch eigentlich nur hier vom *Menschen* in diesem Sinne die Rede.“⁴³⁶

Im Übergang von stratifikatorischer zu funktionaler Differenzierung, so die Leithypothese, ging es bei allen Versuchen, Individuen individueller zu denken, zu behandeln, zu institutionalisieren, vor allem um die Umstellung der Individualität von Inklusion auf Exklusion.⁴³⁷

1. Formen der Normgeneralisierung

Die Mechanismen der Normgeneralisierung verändern sich erneut im Übergang zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft. Die letzten Formen nichtstaatlicher Sanktionierung über privat vereinbarte Bußen oder das Duell sind vom Nationalstaat, der die Gewaltausübung entgeltlich monopolisiert hat, unterbunden worden. Er behauptet damit den absoluten Vorrang staatlicher Normen vor gesellschaftlichem Herkommen und etabliert die Sanktionierung qua bloßer Normgeltung unabhängig von individuellen Interessenkonstellationen.⁴³⁸ Zentraler Mechanismus zur Enttäuschungsabwicklung ist damit die Sanktion.

Das sind Voraussetzungen für die Normgeneralisierung in funktional differenzierten Gesellschaften. Die Handlungskontexte werden dann so viel-

⁴³⁵ Luhmann (1989), S. 160.

⁴³⁶ Hegel (1986), § 190 Anmerkung.

⁴³⁷ Siehe Luhmann (1989), S. 165.

⁴³⁸ Siehe Luhmann (1987), S. 101.

fältig, daß jeweils eine entsprechende, spontane soziale Reaktion nicht hinreichend regelmäßig vorausgesetzt werden kann. Die konkrete Äußerung der Akzeptanz der Norm wird endgültig ersetzt durch eine generelle Akzeptanz von Gerichtsentscheidungen, die nun allerdings nicht mehr ihre Begründung im Göttlichen, Unveränderlichen finden, sondern mehr und mehr durch legitime Entscheidungen⁴³⁹ über Entscheidungen (d.h. durch Gesetzgebung) getragen werden. Auf der sachlichen Ebene ist die Positivierung des Rechts⁴⁴⁰ (also seine Geltung qua Entscheidung) zentrales Kennzeichen des modernen Rechtssystems, das mit der Verfassung über eine strukturelle Kopplung mit dem politischen System verfügt. Dadurch kann die sachliche und temporale Plastizität des Rechts dramatisch erhöht werden. Nicht mehr das Alter entscheidet über Richtigkeit oder Geltung des Rechts – im Gegenteil: neues Recht bricht altes Recht.

2. *Vorsatz im Recht*

a. *Deutschland*

„Die im 18. Jahrhundert einsetzende Aufklärungsbewegung leitet einen neuen Abschnitt in der Entwicklung des Strafrechts ein.“⁴⁴¹ In dieser Zeit werden die Grundlagen gelegt, die bis heute das Strafrechtsdenken im wesentlichen bestimmen. Ausschlaggebend sind die Ausdifferenzierung von Recht, Politik und Religion als eigenständige Funktionssysteme und die Selbstbeschreibung des Rechts durch Reflexionstheorien wie z.B. die Naturrechtslehre.⁴⁴² Vorarbeiten leistet mit der auf ihrer Grundlage formulierten Imputationslehre SAMUEL PUFENDORF (1632-1694), die bahnbrechende Wirkung hatte, denn sie organisierte das Strafrecht zum ersten Mal aus der Perspektive eines allgemeinen Gedankens: dem der Zurechenbarkeit. PUFENDORF orientierte sich dabei erst einmal an der Frage *moralischer* Zurechnung und deren Beantwortung in theologischen Quellen, aber auch bei ARISTOTELES.⁴⁴³ Zentraler Anknüpfungspunkt der ganzen strafrechtlichen Zurechnungslehre ist für ihn die *Willentlichkeit* des Handelns.

„Wir nennen jene Handlungen willentlich, die von dem Willen des Menschen als einer freien Ursache dergestalt abhängen, daß sie ohne dessel-

⁴³⁹ D.h. Entscheidungen, deren Akzeptanz allgemein unterstellt werden kann, siehe Luhmann (1987), S. 261.

⁴⁴⁰ Siehe Luhmann (1987), S. 190 ff.

⁴⁴¹ Sellert/Rüping (1989), S. 348 m.w.N.

⁴⁴² Siehe Luhmann (1993), S. 496 ff. (insb. 507 ff.).

⁴⁴³ Siehe Sellert/Rüping (1989), S. 354 f.

ben Bestimmung, die durch einige seiner inneren Bewegungen nach vor-
hergehender Erkenntnis des Verstandes bewirkt wird, nicht stattfinden
würden, also daß es daher in der Macht des Menschen liegt, ob sie ge-
schehen oder nicht geschehen.“⁴⁴⁴

Daraus entwickelt er Grundsätze der Haftung bei *vis absoluta* bzw. *compulsiva*⁴⁴⁵, eine Irrtums-⁴⁴⁶ und Beteiligungslehre⁴⁴⁷. Damit sind bereits wesentliche Elemente eines Allgemeinen Teils angesprochen. Der Vorsatzbegriff ergibt sich aus dem Willentlichkeitserfordernis und der Irrtumslehre, ist aber nicht eigenständig ausgearbeitet.

Mit der Betonung der ‘freien Handlung’, die weder durch Zwang noch Irrtum verursacht ist, und der systematischen Ausarbeitung einer darauf beruhenden Zurechnungslehre liegen die Grundlagen der modernen Strafrechtsdogmatik vor uns. Willentlichkeit ist ein Begriff, der gereinigt ist von allen moralischen oder religiösen Konnotationen. Im 18. Jahrhundert werden PUFENDORFS Ansichten aufgenommen und im Zusammenhang mit dem gemeinen Recht dogmatisch kanonisiert. Im 20. Jahrhundert bezieht sich noch WELZEL mit seiner finalen Handlungslehre ausdrücklich auf PUFENDORF.⁴⁴⁸

ANSELM RITTER VON FEUERBACH (1775-1833) geht wenig über die dogmatischen Einsichten PUFENDORFS hinaus, verabschiedet aber dessen naturrechtliche Fundierung des Strafrechts, nicht ohne noch einmal selbst naturrechtlich zu argumentieren. Denn zwar tritt an die Stelle des Naturrechts der Staat mit seinem positiven Gesetz, dem – von der kantischen Philosophie beeinflusst – die Funktion zugewiesen wird, die für sittliches Verhalten notwendige Freiheitssphäre des einzelnen zu schützen – „wer einen anderen in seiner freien, für sittliches (‘autonom’ bestimmtes) Handeln erforderlichen Sphäre stört, muß mit Rechtszwang daran gehindert werden.“⁴⁴⁹ Damit wird der Staat in den Dienst des einzelnen, das Strafrecht unter einen Zweck gestellt: der Untertan weicht dem Staatsbürger. Aber das doch erst dann, wenn das positive Gesetz in Übereinstimmung mit den von FEUERBACH entwickelten „Urbegriffen“ des Strafrechts formuliert ist. Ist es das aber, dann „herrscht das positive Gesetz. Dann *muß* es herrschen, und zwar *allein*.“⁴⁵⁰

⁴⁴⁴ Pufendorf (1688).

⁴⁴⁵ Pufendorf (1688), Buch 1, Kapitel 5, § 9.

⁴⁴⁶ Pufendorf (1688), Buch 1, Kapitel 3, § 10.

⁴⁴⁷ Pufendorf (1688), Buch 1, Kapitel 5, § 14.

⁴⁴⁸ Siehe Welzel (1969), S. 38.

⁴⁴⁹ Schmidt (1965), § 224.

⁴⁵⁰ Schmidt (1965), § 228.

Seine negativ generalpräventive Straftheorie, die „Theorie des psychologischen Zwangs“ (wobei PUFENDORF bereits ähnlich utilitaristische Vorstellungen vom Strafzweck formuliert hatte⁴⁵¹), geht von einer Kosten-Nutzen-Kalkulation des Täters aus, in die die Strafe als Kosten der Tat eingestellt würde, um so Anreize zu kompensieren und von der Tatbegehung abzuschrecken. Strafe soll also Motiv der Tatvermeidung sein. Damit ist der Ausgangspunkt klar: „Unser Criminalrecht ist, wie bekannt, auf das innigste mit der Psychologie, als einer der wichtigsten Hilfswissenschaften, verbunden.“⁴⁵² – Eine radikale Psychologisierung des Vorsatzes. Der damit begründete Naturalismus wirkt bis heute. Die hegelianische, normativierende und auf dessen philosophisches System bezogene Vorsatztheorie wirkte lediglich als Zwischenspiel und konnte der Attraktivität einer Orientierung an einer empirischen Wissenschaft letztlich nicht standhalten.⁴⁵³

Den dramatischen Wechsel bringt für den Vorsatz dann die Abschaffung der Folter: Die Abschaffung der Folter war für den Strafprozeß eine „Katastrophe“, d.h. der relativ rasche Übergang „eines Systems zu einem anderen Prinzip der Stabilität“⁴⁵⁴. Das Prinzip der Stabilität war bisher die Täterzentrierung gewesen, die die Person des Verdächtigen zum wesentlichen Ansatzpunkt prozessualer Erkenntnisgewinnung machte. Zwar interessierte man sich nach wie vor lebhaft für den Täter. Die gesamte Prozeßepistemologie, die Begründung für den Wahrheitsanspruch des Richtspruchs, mußte aber umgebaut werden, wenn das Geständnis nicht mehr zur Verfügung stand – ein Umbau, der in Deutschland etwa 100 Jahre dauerte, bis die neuen Regeln formuliert und allgemein anerkannt waren, der „großen Wende des kontinental-europäischen Strafverfahrensrechts vom gemeinrechtlichen Inquisitionsverfahren zum reformierten Verfahren“⁴⁵⁵, in dem die subjektive richterliche Überzeugung in Verbindung mit einer Begrün-

⁴⁵¹ Siehe Schmidt (1965), § 153.

⁴⁵² Feuerbach (1800), S. 193.

⁴⁵³ Wenn Lesch Hegels Theorie *als* funktionale Vergeltungstheorie rekonstruiert, stellt sich die Frage, ob er sie hegelianisch meint, also durch Hegels System begründet sieht – oder wie sonst? Warum überhaupt eine funktionale Vergeltungstheorie? Wenn man sie als Bedingung der Möglichkeit hochdifferenzierter Gesellschaften versteht, also soziologisch, muß man sich kaum mit Hegel und dessen spekulativer Philosophie belasten. Begründet sie sich dadurch, daß die Welt so sei, wie Hegel sie beschreibt? Das ist mir jedenfalls wenig plausibel. Man *kann*, und das ist m.E. der einzige Sinn, Hegel als Soziologen lesen – aber warum dann Hegel, statt Soziologie treiben? Zu entsprechenden Vorbehalten siehe auch Mohr (1997), S. 122 f.

⁴⁵⁴ Luhmann (1997), S. 655.

⁴⁵⁵ Henkel (1961), S. 581.

dungspflicht an die Stelle des Geständnisses trat. Ein wahrlich radikaler Wandel, der auch für den Vorsatz Folgen haben sollte.

Am vierten Tag seiner Regierungszeit hatte FRIEDRICH DER GROSSE 1740 die Folter im wesentlichen abgeschafft, die Ausnahmen wurden 1754 eliminiert. Damit war ein wesentliches Mittel zur Hervorbringung des nach der gesetzlichen Beweistheorie geforderten Geständnisses entfallen, und so war zu fragen, wie man zu verfahren hatte, wenn Zeugen fehlten und der Verdächtige gegen alle Indizien leugnete – wohl kaum Freisprechen. Auch darauf hatte FRIEDRICH eine Antwort gegeben: man möge bei eindeutiger Indizienlage auch ohne Geständnis verurteilen bzw., wenn die Umstände von ihre Schuld vollständig überzeugten, dies als Geständnis nehmen.⁴⁵⁶ Dazu kam allerdings die Anweisung, bei nicht hinreichend klarem Indizienbeweis, sondern einer bloßen Wahrscheinlichkeit der Täterschaft, auf eine spezielle Art der *poena extraordinaria* – nämlich eine *Verdachtsstrafe* – zu erkennen, die schon seit dem 14. Jahrhundert bekannt war⁴⁵⁷ und immer wieder einmal angewendet wurde, aber durch das regelmäßige Geständnis eine eher untergeordnete Rolle gespielt hatte.⁴⁵⁸ Die Unvollständigkeit des Beweises führte hier also nicht etwa zu einem Freispruch, sondern war nur Strafmilderungsgrund im Rahmen einer *poena extraordinaria*.⁴⁵⁹ Insofern existierte ein potentieller Kandidat für die Ablösung der Folter, vor allem auch durch die Ausweitung der *poena extraordinaria*, insgesamt seit dem 17. Jahrhundert.⁴⁶⁰ Trotzdem dauerte es fast 100 Jahre, bis sich das neue Verfahren durchgesetzt hatte.

Damit war die Praxis statt auf die Folter auf Indizien verwiesen, und die kontinuierliche Skalierung der Bestrafung nach *Schuldwahrscheinlichkeit*,⁴⁶¹ ersetzte nun die Dichotomie nach Schuld/Unschuld. Auch standen durch die Möglichkeiten der *Ungehorsams- und Lügenstrafen*, die das Gericht gegen Verdächtige verhängen konnte, und die *Gewaltanwendung unterhalb der klassischen Folterpraktiken* der Praxis Auswege offen. Zwar

⁴⁵⁶ Siehe Schmidt (1965), § 253.

⁴⁵⁷ Siehe Schaffstein (1989), S. 511.

⁴⁵⁸ Siehe Schaffstein (1989), S. 496.

⁴⁵⁹ Siehe Schaffstein (1989), S. 502 f.

⁴⁶⁰ Das ist Langbein (1977), S. 61 ff. zuzugeben. Nichtsdestoweniger war diese Alternative eben nur eine (häufig übersehene) notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung – die Aufklärung und ihr moralischer Anspruch mögen neben der zunehmenden Tatorientierung wirklich, nämlich als Ergebnis des Wegfalls der sozialstrukturellen Voraussetzungen des alten Rechts, ausschlaggebend gewesen sein.

⁴⁶¹ So auch Savigny (1858), S. 482.

wurde letzteres verboten, aber selbst heute sind 'kreative' Verhörmethoden der Polizei ja nicht unbekannt – trotz aller Verbote. Zudem wurde 1776 die Option, auch ohne Geständnis auf *ordentliche* Strafe erkennen zu können, teilweise wieder zurückgenommen.⁴⁶²

Die Abschaffung der Folter, die nach und nach in allen europäischen Staaten einsetzte⁴⁶³, zog in Österreich ganz ähnliche Folgen nach sich wie in Preußen, dort sollte eine *poena extraordinaria* nach der Stärke der vorhandenen Indizien verhängt werden, also auch hier nach der *Wahrscheinlichkeit* der Täterschaft.⁴⁶⁴ Dabei hatte JOSEPH II. ebenfalls mit den Ersatzmaßnahmen der Praxis zu kämpfen.⁴⁶⁵ Insgesamt war diese 'Wahrscheinlichkeitsstrafe' offensichtlich ein Versuch, mit den bestehenden Problemen umzugehen, der sich evolutionär nicht durchsetzte. Sie ist ein Produkt der 'Schwellenzeit', deren Kritik allgegenwärtig war und schließlich zum reformierten Strafprozeß führte.⁴⁶⁶

Was hier jedenfalls noch einmal aufscheint, und das soll hinreichend verdeutlicht werden, ist das mittelalterliche Verständnis, das sich zum einen *gezwungen* sah zu strafen, wenn ein Anzeichen für eine Tat vorlag.

„Zwar findet sich auch in der gemeinrechtlichen Literatur der vorausgehenden Jahrhunderte [d.h. vor dem 19. Jh.] immer wieder die Forderung, daß die Strafe keinesfalls einen Unschuldigen treffen dürfe. Aber häufiger und wohl auch wichtiger ist in den Strafrechtskompendien dieser Zeit die Mahnung, *„ne delicta remaneant impunita“*.“⁴⁶⁷

Das folgte aus der theokratischen Straftheorie: um den Zorn Gottes von der Gemeinschaft abzuwenden, verurteilte man im Zweifel lieber einen Verdächtigen mehr als einen zu wenig. Zum anderen, und das scheint noch zentraler gewesen sein, dürfte die wesentliche Frage eher gewesen sein, ob man den Täter für die Tat verantwortlich machen wollte oder nicht. Ausgangs- und Endpunkt der Überlegungen war der Täter. Dabei konnte bei einem statushohen Angeklagten die Tat, so sie ihm auch *gegen* mögliche

⁴⁶² Siehe Schmidt (1965), § 253.

⁴⁶³ In Frankreich erste Ansätze 1780, gänzliche Abschaffung 1788 von Ludwig XVI. dekretiert, aber am Parlament gescheitert, so daß sie erst im Zuge der Französischen Revolution im Oktober 1789 in Kraft trat. In Österreich erfolgte die gänzliche Aufhebung der Folter 1776.

⁴⁶⁴ Siehe Conrad (1963), S. 59.

⁴⁶⁵ Siehe Conrad (1963), S. 61.

⁴⁶⁶ Siehe Stichweh (1994), S. 271.

⁴⁶⁷ Schaffstein (1989), S. 495.

Neutralisierungsstrategien tatsächlich zugeschrieben wurde⁴⁶⁸, zu einer Reevaluation des Täters führen, die im Extremfall auch zu einer Verurteilung geführt haben mag. (Vor der Vollstreckung gab es, das muß immer mit bedacht werden, ja durchaus Möglichkeiten der Begnadigung.) Entscheidend war aber *nicht* die Tatfrage. Vielmehr hatte bereits vorentscheidende Bedeutung der Einsatz der Folter. Bei der Frage aber, ob die Folter anzuwenden sei, spielten ganz wesentlich Indizien eine Rolle, die personenabhängig waren. Die CCC nennt, neben situativen Aspekten, als erstes Indiz die Reputation des Verdächtigen, später den Umgang des Verdächtigen und mögliche Motive.⁴⁶⁹ Der Ruf des Verdächtigen spielte auch bei CARPZOV eine zentrale Rolle.⁴⁷⁰

Dafür sind Verdachtsstrafen, die nicht dichotom nach Schuld und Unschuld in bezug auf die Tat, sondern kontinuierlich in bezug auf den Ruf des Täters angewendet werden können, besonders geeignet. Nachdem diese Sicht mit dem Zusammenbruch der ständischen Ordnung ihren sozialstrukturellen Rückhalt verliert, verschwinden die letzten Ausläufer dieser Praxis jedoch gegen Mitte des 19. Jahrhunderts.

JOSEPH II. führte im übrigen, neben der Abschaffung der Todesstrafe⁴⁷¹, als erster den Grundsatz *nulla poena sine lege* ein. Dabei ging es ihm weniger um den Schutz der Bürgerrechte, sondern eher um die Eindämmung der Ungleichmäßigkeit der Rechtsprechung, d.h. der Freiheiten, die sich Richter zu nehmen wußten – also um die Durchsetzung seines absolutistischen Herrschaftsanspruchs.⁴⁷² Zu diesem Zwecke wurden teilweise auch Auslegungsregeln kodifiziert.⁴⁷³ Ob nun zur Herrschafts- oder Freiheitssicherung: die Gesetzesbindung des Richters war ein wesentlicher Schritt zur autopoietischen Schließung des Rechtssystems, d.h. seiner Autonomisierung gegenüber Moral, Religion und lokalen Normen – nur noch das Recht sollte legitimer Bezugspunkt der richterlichen Entscheidung sein.

Die große Nähe von Prozeßrecht und materiellem Recht beim Vorsatz wird im 19. Jahrhundert überdeutlich, jedenfalls solange das Beweisrecht

⁴⁶⁸ Und zum Teil nahm die Carolina direkten Bezug auf den Stand des Täters, siehe Gewinner (1934), S. 6 ff.

⁴⁶⁹ Siehe Art. 25 ff. CCC.

⁴⁷⁰ Siehe oben S. 267.

⁴⁷¹ In der Folge Beccarias' „Über Verbrechen und Strafen“. Allerdings nicht aus Menschenfreundlichkeit, sondern deshalb, weil die Todesstrafe zu wenig abschreckend sei – und führte Strafen ein, die weit schrecklicher und brutaler waren. Siehe Conrad (1963), S. 63.

⁴⁷² Siehe Conrad (1963), S. 67 ff.

⁴⁷³ Siehe Conrad (1963), S. 69 f.

vorschreibt, welche Fälle überhaupt als Referenzfälle zur Abgrenzung im materiellen Recht in Frage kommen. Zentraler Diskussionpunkt war dabei die *praesumptio doli*.⁴⁷⁴

Dieses Mittel zur Umgehung von Beweisschwierigkeiten beim Vorsatz wurde im 19. Jahrhundert heftig diskutiert. Der Grund war – natürlich – die Abschaffung der Folter. Daraus ergab sich „eine ausgesprochene Beweisnot, die dadurch begründet wird, daß der Vorsatz als *innere Tatsache*, als Bewußtseins- und Willensvorgang, auch während des Geschehens selbst dem Dritten als Beobachter nicht sinnlich wahrnehmbar ist.“⁴⁷⁵ Neben dem Geständnis kommt als direkter Zeugenbeweis wohl nur eine Äußerung des Angeklagten über seine Bestrebungen und Kenntnisse diesen gegenüber in Betracht. Entsprechend ist man in der Regel auf Indizien verwiesen, die Rückschlüsse auf die inneren Beweggründe des Angeklagten während der inkriminierten Handlung erlauben sollen. Ob der Indizienbeweis aber überhaupt zugelassen werden sollte, war Anfang des 19. Jahrhunderts umstritten.

Wenn man den Indizienbeweis jedoch gestatten wollte, und das war letztlich unumgänglich, war die weitere Frage, wer darüber entscheiden sollte, „wann und unter welchen Voraussetzungen äußere Tatsachen als tragfähige Indizien für das Vorhandensein des Vorsatzes angenommen werden dürfen“⁴⁷⁶. Auch darüber entzündete sich ein vehementer Streit, nämlich ob man eine gesetzliche Beweistheorie oder die freie richterliche Beweiswürdigung bevorzugen sollte.⁴⁷⁷

Die Frage war, „ob sich die Strafprozeß-Ordnung damit befassen solle, die Kraft der Beweise, die Bedingungen, unter welchen eine Thatsache ein Richter als wahr anzunehmen befugt sein solle, durch spezielle Regeln ge-

⁴⁷⁴ Eine ähnliche Doktrin existierte auch im schottischen Recht bis ins letzte Drittel des 19. Jahrhunderts, mit dem Argument: „otherwise no person could be convicted of murder„! Siehe Farmer (1997), S. 150 m.w.N.

⁴⁷⁵ Henkel (1961), S. 578.

⁴⁷⁶ Henkel (1961), S. 579.

⁴⁷⁷ Es sei hier noch einmal auf das *Problem* hingewiesen, wie eine Deutung von Indizien hinreichend Autorität erlangen kann, damit sie im sozialen Verkehr überzeugt. Man könnte auch sagen: woher ihre Legitimation stammt. Das germanische Recht mit seinen Gottesbeweisen hatte sich auf Gott berufen, das Gemeine Recht sich mit seinen formalen Beweisregeln zentral auf das Geständnis gestützt (zu diesem Wechsel siehe schon oben S. 255). Daß eine Interpretation lediglich subjektive Überzeugung sein sollte und dazu nur noch begründbar war, statt nach irgendeinem Maßstab objektiv begründet, fanden einige Autoren geradezu empörend, siehe Zirkler (1801).

nauer zu bestimmen.“⁴⁷⁸ ZIRKLER hatte 1801 noch in Hinblick auf die gesetzlichen Beweisregeln wissen wollen,

„ob dann diese Vorschriften über die Erfordernisse eines vollen Beweises lediglich die Erfindung eines Gesetzgebers seyen, oder ob schon nach der Natur der Sache mehr dazu gehöre, den Richter als Richter, wie ihn als Privatperson zu überzeugen?“⁴⁷⁹

Die Antwort ist für ihn klar: „es ist ein himmelweiter Unterschied zwischen dem, was ein solches Subject als Privatperson mit gutem Gewissen für seine Ueberzeugung ausgeben, und dem, was es als Richter für erwiesen annehmen kann.“⁴⁸⁰ Das wesentliche Argument: die Überzeugung ist etwas rein Innerliches und ist deshalb weder mitteilbar noch vermag es, eben wegen seiner fehlenden Mitteilbarkeit, andere zu überzeugen. Die Überzeugung muß objektiv sein, sie muß vor dem „ganzen Publicum“ verantwortet werden können, so daß „keiner der Zuschauer einen Zweifel und die Besorgniß mit nach Hause nimmt, daß an jener heiligen Stätte jemand als unschuldiges Opfer der richterlichen Verblendung oder Partheylichkeit verdammt werde.“⁴⁸¹ Die subjektive, innere Überzeugung also öffne Vorurteil und Ignoranz Tür und Tor – so daß eben nur objektive Beweisregeln helfen würden, die für alle erkennbar entweder erfüllt sind oder nicht. Keine Beweismwürdigung! Nicht der Richter als Person, als Subjekt, soll Träger der Beweisführung sein, sondern das öffentliche Forum, das Publikum, repräsentiert durch die Gesetze. Bei aller Heimlichkeit des Inquisitionsprozesses wird offensichtlich geschätzt, daß der Richter hinter dem Inquisiten, seiner Tat und seinem Geständnis, verschwindet. Er ist nur der Moderator eine Selbststrichtung nach natürlichen Regeln, die er kennt, die aber quasi durch ihn hindurch wirken. Jede Referenz auf den Richter wird getilgt.

„Insofern fühlt man sich an Deutungen erinnert, die eigentlich auf die frühmittelalterliche deutsche Rechtsprechung gemünzt waren: Das Gericht assistiert dem Vollzug von Formen, ohne in diese Formen eine genuine Eigentätigkeit einzubringen – und genau in diesem Verzicht auf oder in dieser Nichtreflexion von Eigentätigkeit, in dieser Kombination von Professionalität und Passivität, liegt eine Restriktion auf Autonomie.“⁴⁸²

⁴⁷⁸ Savigny (1846), S. 481.

⁴⁷⁹ Zirkler (1801), S. 390.

⁴⁸⁰ Zirkler (1801), S. 391.

⁴⁸¹ Zirkler (1801), S. 392.

⁴⁸² Stichweh (1994), S. 269.

Was hier deutlich wird ist das Unbehagen an der Subjektivierung der Entscheidungsfindung im Strafprozeß. Ohne Folter waren die Alternativen, eine **negative** Beweistheorie, die bei Vorliegen der gesetzlichen Beweistatsachen das Urteil *zusätzlich* von der Überzeugung des Richters abhängig machen wollte – insofern also die Verurteilung *nur* aufgrund richterlicher Überzeugung, aber ohne Nachweis der gesetzlichen Beweise, zu verhindern trachtete, und eine **positive**, die ganz unabhängig von der richterlichen Überzeugung die Strafe allein nach dem Nachweis der gesetzlich benannten Beweistatsachen bestimmen wollte, angesichts der Vielgestaltigkeit eines möglichen Indizienbeweises hoffnungslos unterkomplex. Man hätte ihn folglich ausschließen müssen. Aber:

„Ganz abgesehen davon, daß das Aufgeben des Indizienbeweises schon an und für sich nicht ratsam erscheint, da derselbe nach Umständen eine ebenso zuverlässige und mitunter noch zuverlässigere historische Gewißheit giebt, wie der vollständigste direkte Beweis, ist er auch nach Aufhebung der Tortur unentbehrlich geworden. Ohne seine Zulassung müßte man faßt auf die Handhabung der Criminal-Justiz verzichten.“⁴⁸³

SAVIGNY zeigt nun, daß man, egal welcher Theorie man folge, das richterliche Ermessen nie sinnvoll ausschließen könne, denn auch die Beweistheorien müßten ausgelegt werden. So plädiert er für das bereits in Sachsen verwirklichte Modell einer freien richterlichen Beweiswürdigung *mit Begründungspflicht*.⁴⁸⁴ So wird es 1849 in Preußen Gesetzeslage. Damit geht es nicht nur subjektiv um Überzeugung, sondern auch objektiv um Begründbarkeit. Das Urteil erhebt nicht mehr den Anspruch, „richtig“ zu sein, es ist nur noch „vertretbar“. Ein solcher Rückzug im Geltungsanspruch, eine solche Relativierung wäre für eine stratifizierte Gesellschaft nicht denkbar gewesen. Dieser Rückzug weist darauf hin, daß im Verfahren autonom über das Urteil entschieden wurde und kein darüber hinaus reichendes Beispiel, keine Lehre vermitteln kann. Die gemeinrechtliche Beweistheorie hatte fürs Verfahren noch zwei wesentliche Restriktionen gebracht:

„Erstens verstecken sich in diesen Vorregulierungen – also insbesondere in den Klassifikationen von Zeugen – Vorentscheidungen, die relativ konkrete rechtssystemexterne Wertungen (ständische Abstufungen, Wertung bestimmter Berufe als unehrenhaft, Klassifikationen des Typs bekannt/fremd) übernehmen. Zweitens immunisieren sie das Verfahren ge-

⁴⁸³ Savigny (1858), S. 488.

⁴⁸⁴ Savigny (1858), S. 483 ff.

gen in diesem Verfahren erzeugte neue Informationen, die den Erfahrungsgehalt und die rechtliche und gesellschaftliche Adäquatität ebendieser Regeln der gesetzlichen Beweistheorie in Frage stellen könnten, blockieren also die Lernfähigkeit des Verfahrens.“⁴⁸⁵

Während in stratifizierten Gesellschaften noch die außergerichtliche Ständesrolle einer Person und ihre Bewertung von wesentlicher Bedeutung für ihre Behandlung im Prozeß ist, konstituiert die freie Beweiswürdigung die Freiheit,

„prozeßfremde Rollen unberücksichtigt zu lassen... Immerhin müssen im Prinzip selbst Staatspräsidenten, Erzbischöfe, Parteisekretäre oder Wirtschaftsmagnaten darauf gefaßt sein, daß die Richtigkeit ihrer Aussagen vor Gericht als eine Frage behandelt wird, auf die es zwei Antworten geben kann. Die Gesellschaft muß, wenn sie dies tolerieren will, so eingerichtet sein, daß solche gerichtlichen Untersuchungen ihr Rollengefüge im übrigen nicht erschüttern.“⁴⁸⁶

Im neuen Prozeß werden schließlich alle Beweismittel, auch der Zeugenbeweis, als Indizien egalisiert – und die Glaubwürdigkeit des Zeugen ist dann nichts anderes als die Zuverlässigkeit der Techniken forensischer (Natur-)Wissenschaften.

Das war dann auch der Hintergrund für die weitere Diskussion um die *praesumptio doli*, die zwar im materiellen Recht teilweise noch vorgeschrieben war, aber allgemein als faktisches Überbleibsel der prozessualen gesetzlichen Beweistheorie mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu kollidieren schien. Entsprechend wurden die Vorsatzpräsumtionen allgemein lediglich als „gesetzliche Hilfestellung und Anleitung“, als „Wegweiser für die Auswahl der die Verwirklichung des Tatbestandes indizierenden Tatsachen“ gesehen, die dem Richter, vom weisen Gesetzgeber angeleitet, „im Hinblick auf die schwierige Dolus-Feststellung bei fehlendem Geständnis des Beschuldigten“ Hilfestellung bieten sollten.⁴⁸⁷ Als Zwischenstufe zwischen *unverbindlichem Hinweis* auf wichtige Gesichtspunkte und *zwingende Beweisregeln* lassen sich schließlich noch *gesetzliche Beweisvermutungen* denken, die die Beweislast umkehren – solange keine Beweise gegen den vermuteten Vorsatz vom Angeklagten präsentiert werden, wird von vorsätzlicher Begehungsweise ausgegangen, ganz unabhän-

⁴⁸⁵ Stichweh (1994), S. 293.

⁴⁸⁶ Luhmann (1983), S. 63.

⁴⁸⁷ Alle Zitate aus Henkel (1961), S. 580.

gig von der richterlichen Einschätzung der Beweislage. Genau diese Variante wurde von einigen Rechtsgelehrten noch Anfang des 19. Jahrhunderts vertreten. Sie konnten sich z.B. auf § 27 II 20 des PrALR von 1794 stützen: „Ist die Handlung so beschaffen, daß der gesetzwidrige Erfolg, nach der allgemeinen oder dem Handelnden besonders bekannten natürlichen Ordnung der Dinge, notwendig daraus entstehen mußte: so wird vermutet, daß das Verbrechen vorsätzlich sei unternommen worden.“ So ähnlich steht es auch noch in § 369 der Preußischen Criminalordnung von 1805. Damit sollte gelten: der Nachweis des objektiven Tatbestandes zwingt zur Annahme des subjektiven, wenn nicht der Gegenbeweis für *culpa* oder Zufall geführt werden kann.⁴⁸⁸

So hatte GROLMANN 1798 die Frage aufgeworfen: „Wird Dolus bey begangenen Verbrechen vermuthet?“⁴⁸⁹ Die Antwort, ganz im aufklärerischen Duktus gehalten, entwickelt er zentral aus der „Menschennatur“, die vom Tier durch seine Willkür geschieden sei. Folglich dürfe man bei jeder Handlung eines Menschen annehmen, daß diese willkürlich sei.

„Nichts ist natürlicher; denn da die Erfordernisse zur Willkürlichkeit der Handlungen bey jedem Menschen gewöhnlich vorhanden sind, so sind die Hindernisse, welche sich der Ausübung dieses menschlichen Vermögens entgegen setzen, oder gar das Nichtdaseyn desselben, nur zufällige Ereignisse und ungewöhnliche Mängel der menschlichen Kräfte, welche, eben weil sie der Natur nicht gemäß sind, nur da angenommen werden können, wo man sie findet.“⁴⁹⁰

Ergebnis: „So wie die Handlung objectiv erscheint, so muß sie auch als subjektiv beschaffen vermuthet werden.“⁴⁹¹ Leider sagte GROLMANN nirgends, woran man nun eigentlich eine Handlung erkennen könne und ob alle menschlichen Äußerungen Handlungen seien. Aber auch praktisch spräche einiges für eine Vorsatzvermutung, so GROLMANN, denn sonst müßte der Vorsatz bewiesen werden, und diesen Beweis auf Indizien zu stützen, schein ihm etwas gewagt. Insoweit stimme er mit KLEINSCHROD, der in seinem Lehrbuch noch den Beweis des Vorsatzes gefordert hatte, überein: „daß der Dolus, als etwas im Innern des Menschen begründetes, eigentlich nur durch freies Bekenntnis des Verbrechens bewiesen werden

⁴⁸⁸ Siehe Henkel (1961), S. 581.

⁴⁸⁹ Grolmann (1798), S. 70.

⁴⁹⁰ Grolmann (1798), S. 74.

⁴⁹¹ Grolmann (1798), S. 74 f.

könne.“⁴⁹² Der Hintergrund dafür war die gesetzliche Beweistheorie der Carolina, die einen Indizienbeweis ja nicht vorsah. Verwarf man eine *praesumptio doli*, insistierte also auf einen Vorsatznachweis, dann sah man sich mit der Frage konfrontiert, wie man den Vorsatz im Rahmen der gesetzlichen Beweistheorie eigentlich beweisen sollte. Als Reaktion auf dieses Dilemma entwickelte die Praxis deshalb die Lehre des *dolus ex re*. Darunter versteht man

„auch denjenigen verbrecherischen Vorsatz, welcher sich, ohne daß ihn der Verbrecher selbst eingesteht, und ohne daß es dieses Geständnisses bedarf, schon aus der Art und Verübungsweise des Verbrechens, aus den äußeren Umständen der concreten Handlung sich erkennen läßt. Dieser s.g. *dolus ex re* hat aber, wie sich aus seinem Begriffe schon ergibt, keinen eigenthümlichen innern Charakter, sondern nur eine Bedeutung in Bezug auf die Beweisführung, indem nämlich dessen Besweisung nicht des für das Daseyn des Dolus sonst erforderlichen Geständnisses des Verbrechers bedarf, sondern schon durch Schlußfolgerung aus der äußeren Entstehungsweise und Gestalt des Verbrechens geschieht.“⁴⁹³

Es ging also darum, eine Ausnahme von der gesetzlichen Beweistheorie der Carolina zuzulassen, wo sie am dringendsten benötigt wurde. Mit der Freigabe des allgemeinen Indizienbeweises im reformierten Prozeß entfiel dafür die Notwendigkeit, und der Begriff wurde nicht weiter tradiert.⁴⁹⁴

FEUERBACH schließt sich der Begründung für eine *allgemeine praesumptio doli* erst ausdrücklich an, verwirklicht sie sogar in dem von ihm verfaßten Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813⁴⁹⁵, bis er sie aber fast dreißig

⁴⁹² Grolmann (1798), S. 78.

⁴⁹³ Weber (1825), S. 564 f.

⁴⁹⁴ Siehe Volk (1993), S. 615. Materiellrechtlich wurde der Begriff nie gefüllt. Der *dolus* ergibt sich auch heute noch „ex re“ – s. Jakobs (1989a), S. 282, Volk (1993), 614 –, allerdings würde eine Materialisierung voraussetzen, daß sich alle gesellschaftlich möglichen Handlungskontexte beschreiben ließen. Andersherum: „Wäre die Einhaltung standardisierter Kontexte garantiert, das heißt, hätte die Lebensgestaltung bei allen Menschen gleich zu sein, dann wäre der Kontext zum *dolus ex re* immer bekannt. Aber in einer auch nur einigermaßen freiheitlichen Gesellschaft muß der Kontext *unabschließbar differenziert* sein. Daß heißt freilich nicht, es gäbe in dieser Gesellschaft keinen *dolus ex re*, sondern heißt nur, daß man diesen *dolus* nicht ohne Blick auf die Differenzierungen der Lebensgestaltung annehmen oder verneinen darf.“ (Jakobs ebd. – Hervorhebung von mir).

⁴⁹⁵ Art. 43 BayStGB, die Regelung wird schon zu Beginn, offensichtlich *contra legem*, eher als ein Aspekt im Rahmen einer *Gesamtwürdigung* der Tat interpretiert, wobei

Jahre später schließlich aufgibt. Sie wird 1848 in Bayern wieder aus dem Gesetz gestrichen. FEUERBACH war damit der schon seit lange herrschenden Auffassung gefolgt, die sie ablehnte.⁴⁹⁶

Zwanzig Jahre später arbeitete BORST die Probleme von GROLMANN'S (u.a.) Auffassung klar heraus⁴⁹⁷ und kommt zu dem Schluß,

„daß die böse That für sich allein und allgemein genommen einen Vermuthungsgrund für den bösen Vorsatz nicht enthalte, sondern daß hierzu noch eine *besondere Beschaffenheit* der bösen That erfordert werde, daß folglich der Satz, daß jede böse That für den bösen Vorsatz zeuge, in seiner Allgemeinheit falsch und in seiner Anwendung verderblich sey.“⁴⁹⁸

BORST definiert den bösen Vorsatz als „Uebereinstimmung des Willens mit dem Verbrechen“⁴⁹⁹. Er sei der innere Bestandteil der verbotenen Handlung. Dabei unterscheidet er zwischen Handlungsvorsatz, der für den bösen Vorsatz hinreiche, und Erfolgsvorsatz, wodurch der „böse Vorsatz doppelt böse“⁵⁰⁰ werde. Allerdings, so BORST, müsse der Vorsatz, damit er ein böser sein könne, Verbotskenntnis beinhalten – ein Verbotsirrtum solle dann zu Fahrlässigkeit führen. Wichtig nun sind die drei Bedingungen, die für BORST erfüllt sein müssen, damit man bösen Vorsatz (als ‘Handlungsvorsatz’) zurechnen könne: dem Angeklagten müsse nach individueller Bildung und subjektiven Verstandeskraften unmöglich sein, daß verbietende Gesetz nicht zu kennen⁵⁰¹ und die Entsprechung von Gesetz und rechtswidriger Beschädigung, „welche durch die verbotene Handlung nothwendig oder leicht bewirkt wird“,⁵⁰² zu verkennen. Im übrigen müsse die Kausalität der Handlung für den Erfolg „so klar seyn, daß er der Einsicht des Thäters ... nicht entgehen konnte.“⁵⁰³ Für die Ermittlung des ‘Erfolgsvorsatzes’ gibt BORST zusätzlich noch folgende Linie aus:

„Je weniger dagegen ein anderer Erfolg als möglicher Zweck gedacht werden kann, je sorgfältiger alles darauf angelegt ist, um die rechtswidri-

diese Gesamtwürdigung letztlich entscheidend sein sollte. Siehe Gönner (1813), S. 153 ff.

⁴⁹⁶ Feuerbach (1812), § 60, dagegen (1832), S. 64, in der er seine Ansicht revidiert.

⁴⁹⁷ Der Vorsatz steckt bei Grolmann schon in der Handlung, die er voraussetzt, und der Handlungsvorsatz wird mit dem Erfolgsvorsatz gleichgesetzt.

⁴⁹⁸ Borst (1818), S. 434.

⁴⁹⁹ Borst (1818), S. 438.

⁵⁰⁰ Borst (1818), S. 439.

⁵⁰¹ Siehe Borst (1818), S. 440.

⁵⁰² Borst (1818), S. 443.

⁵⁰³ Borst (1818), S. 445.

ge Beschädigung zu bewirken, und je mehr Vortheil der Thäter hiervon erwarten konnte; desto mehr muß vermuthet werden, daß er, wenn anders der böse Vorsatz für die verbotene Handlung nach den obigen drei Bedingungen vermuthet werden kann, auch die rechtswidrige Beschädigung unmittelbar gewollt habe, daß also auch der schlimmste Vorsatz vorhanden sey.“⁵⁰⁴

Insofern propagiert BORST als Verfahren zur Vorsatzfeststellung den Alternativenausschluß: wenn ein anderer Erfolg als möglicher Zweck der Handlung gedacht werden kann, dann spricht das gegen Erfolgsvorsatz, ebenso, wenn der gegebene Erfolg den Umständen nach nicht als möglicher Zweck plausibel ist, also kein Motiv vorliegt.⁵⁰⁵ Im übrigen hinge alles an den besonderen Umständen des Einzelfalles: wenn A den B schlug, der daran stirbt, dann wüßten wir, daß A den B verletzen wollte, schließlich habe er ihn ja geschlagen – und nicht nur versehentlich berührt –, ob er aber B töten oder *nur* verletzen wollte, das zeige sich nur an der „Beschaffenheit der That selbst“⁵⁰⁶, z.B. an der Verwendung und Handhabung einer Waffe etc. Das sind Kriterien für ein Zurechnungsurteil, die sich auch heute noch sehen lassen können.

Neben dieser prozessualen Behandlung veröffentlichte MITTERMAIER im selben Jahrgang des *Neuen Archivs des Criminalrechts* seinen Aufsatz „Ueber den Begriff und die Merkmale des bösen Vorsatzes“, den Versuch einer materiell-rechtlichen Bestimmung des Vorsatzes. Es gehe generell, so MITTERMAIER, um „den Antheil des Willens des Handelnden an dem Verbrechen“⁵⁰⁷. Zum *dolus* in Abgrenzung zur *culpa* gehöre „das Bewußtsein aller Merkmale, wodurch die Handlung, welche der Verbrecher vornimmt, als eine verbotene strafwürdige ihm erscheint.“⁵⁰⁸ Dazu gehören für ihn alle Tatumstände und auch die Verbotskenntnis. Er sieht im übrigen auch bereits das Problem der notwendigen Bewußtseinsform: „Es ist nicht nothwendig, daß der Verbrecher auch im Momente der Verübung der That an das Gesetz gedacht und das Bewußtsein des Unrechts seiner Handlung gehabt habe“⁵⁰⁹, denn sonst könne weder der Affektäter, noch all diejenigen Täter, denen es nicht zuförderst um den Gesetzesbruch selbst gehe,

⁵⁰⁴ Borst (1818), S. 446 f.

⁵⁰⁵ Siehe Borst (1818a), S. 645 f.

⁵⁰⁶ Borst (1818), S. 449.

⁵⁰⁷ Mittermaier (1818), S. 519.

⁵⁰⁸ Mittermaier (1818), S. 521.

⁵⁰⁹ Mittermaier (1818), S. 523.

verurteilt werden. Sein Lösungsvorschlag für die Vorsatzfeststellung ist allerdings eher poetisch-metaphorisch als in der Sache klärend: die Täter könnten

„sich doch vom Bewußtseyn der That nicht wegläugnen [sic!]; schon bei dem ersten aufsteigenden Reize zum Verbrechen mahnt den Verbrecher das Bewußtseyn des Unrechts ab, und kämpft mit seinen Begierden; selbst im Moment der That lebt dies nie schweigende Bewußtseyn im Innern des Verbrechers, äußert sich in jener Gewissensunruhe, die jede unerlaubte That begleitet, und tritt lebhaft durch Reue, Warnungen und Mahnungen sich aussprechend nach vollbrachter That desto stärker hervor.“⁵¹⁰

Auch die Affekttat falle unter den Begriff des *dolus* und sei keine eigene Verschuldensform. Dabei bemerkt MITTERMAIER nebenbei, daß es beim *dolus* nicht darauf ankomme, nach verschiedenen Seelenzuständen zu differenzieren, wobei der juristische Begriff des Affekts, *impetus*, auch nicht alle Zustände abdecke, „welche die neuere Psychologie Affect im Gegensatz von Leidenschaft nennt“⁵¹¹. Das Problem des Verhältnisses von Vorsatz und fehlender Steuerungsfähigkeit im Affekt behandelt MITTERMAIER auch hier mit eher lyrischen Wendungen:

„Auch im Affecte übt die Vernunft ihr Recht aus, und mahnt ab, sie sucht den höchsten Ausbruch durch alle abratenden Vorstellungen zu verhüten, aber sie ist zu schwach. Auch von der bösen Neigung und der Richtung des Willens auf den vorschwebenden Zweck kann sich der Verbrecher nicht wegläugnen [sic!] ...“⁵¹²

Der Täter will im Affekt die Tat – und darauf komme es an.

Im übrigen bedürfe es einer besonderen Willensrichtung des Täters, also zum einen eines Entschlusses gegen das Gesetz und zum anderen des Erfolgsvorsatzes, der allein in der Lage sei zu klären, ob neben vollendeter Tat noch ein Versuch (allgemeiner: welches Delikt einschlägig ist bei einer Handlung, die unterschiedliche Delikte verwirklichen kann) bzw. ob überhaupt ein Delikt vorliege (so bei notwendiger Bereicherungsabsicht, Zueignungsabsicht etc.).

Für den *dolus indirectus* nimmt MITTERMAIER als herrschende Lehre nach wie vor an, daß ihm neben der Einwilligung in den „schlimmsten

⁵¹⁰ Mittermaier (1818), S. 523 f.

⁵¹¹ Mittermaier (1818), S. 531.

⁵¹² Mittermaier (1818), S. 532.

Fall⁵¹³ auch die (heutige) bewußte Fahrlässigkeit unterfällt – was er allerdings insofern für ungerechtfertigt hält, als alle Dolus-Formen gleich bestraft würden. Der Unrechtsgehalt sei hier doch nicht mit der Absicht zu vergleichen.

Zwei Aspekte MITTERMAIERS Lehre sind noch bemerkenswert. Zum einen reinigt er den *dolus* konsequent von allen Motiven, „der Beweggrund ändert nichts am Daseyn des dolus“⁵¹⁴, zum anderen hält er den Erfolgsvorsatz nicht allgemein für notwendig⁵¹⁵. Zwar nennt MITTERMAIER dann auch selbst den Versuch und die Beihilfe als Ausnahmen, meint aber, die meisten Verbrechen seien doch nur Mittel zum Zweck, das Verbrechen also nicht selbst Zweck der Handlung – daß das kein sonderlich starkes Argument ist, jedes Mittel ist eben als Mittel bezweckt, ist offenkundig.

Als Dritter zeigt WENING schließlich im selben Jahrgang des *Neuen Archivs*, daß die Berufung auf das römische Recht für eine Vorsatzvermutung sich kaum rechtfertigen lasse – auch wenn die Glossatoren dies als Grundsatz aus mehreren Stellen des *Corpus Juris* abgeleitet hätten.⁵¹⁶ Ist allerdings nicht klar, ob der Erfolg vorsätzlich verursacht wäre, reiche der Nachweis einer allgemeinen bösen Absicht im Sinne eines *dolus delinquendi*, so daß „der Angeschuldigte in solchen Fällen die engere Beschränkung seiner Absicht zu beweisen habe.“⁵¹⁷ Die Anklage muß demnach den Handlungsvorsatz beweisen, der Angeklagte zeigen, daß der Erfolg durch Fehlen seines Erfolgsvorsatzes als Exzeß zu werten sei, man also nicht vom Handlungs- auf den Erfolgsvorsatz schließen könne – was *prima facie* regelmäßig der Fall sei. Das ist offensichtlich eine eingeschränkte, aber nichtsdestoweniger eine *praesumptio doli*.

Schon die französische Revolution hatte mit der verfassungsmäßig verbürgten Unschuldsvermutung, die im Gewande der napoleonischen Kodifikationen in den Rheinlanden bekannt wurde und dort auch unter den Preußen weiter galt⁵¹⁸, das Klima für die *praesumptio doli* verschlechtert. Letztlich war sie wohl von der Angst mit motiviert worden, der Angeklagte könne sich im neuen Prozeß sonst auf fehlenden Vorsatz herausreden – und das ließe sich ohne Geständnis praktisch nicht widerlegen.⁵¹⁹ In dem Maße,

⁵¹³ Mittermaier (1818), S. 526.

⁵¹⁴ Mittermaier (1818), S. 527.

⁵¹⁵ Siehe Mittermaier (1818), S. 528.

⁵¹⁶ Siehe Wening (1818).

⁵¹⁷ Wening (1818), S. 236.

⁵¹⁸ Siehe Waider (1972), S. 306.

⁵¹⁹ Siehe Henkel (1961), S. 582.

wie sich diese Angst in der Praxis als haltlos erwies, so kann man vermuten, schwand auch der Enthusiasmus seiner Verfechter. Man wußte sich auch so zu behelfen.

„Allerdings war die Dolus-Vermutung durch diese Entwicklung nur als *allgemeine praesumptio doli* erledigt.“⁵²⁰ Noch in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts galt: Wer eine Fundsache nicht innerhalb von acht Tagen der Obrigkeit anzeigt, begeht einen dolosen Diebstahl, auch wenn er die Anzeige nur vergißt.⁵²¹ Wer seine eigene Sache anzündet und damit eine Gemeingefahr begründet, die sich verwirklicht, haftet wegen Brandstiftung.⁵²² Die letzte Verdachtsstrafe, § 245a, nach der ein mehrfach vorbestrafter Dieb im Besitz von Diebeswerkzeug allein schon deshalb verurteilt und bestraft werden kann, fällt erst 1969.⁵²³ Die umstrittene Regelung zur Hehlerei, § 259, – früher erfüllt, wenn der Täter weiß oder „den Umständen nach annehmen muß“, daß es sich um strafbar erlangte Sachen handelt – ist mit seiner Änderung im EGStGB 1975 insofern entschärft worden.⁵²⁴

Vorsatz, der bisher relativ unproblematisch behandelt werden konnte, weil er durch die Folter selten auf Beweisschwierigkeiten stieß, wurde nach deren Abschaffung hoch problematisch und stand mit im Zentrum der Diskussion über den epistemologischen Status von Indizien. Nachdem diese Diskussion mit dem neuen Strafprozeß ausgestanden war, ließ der Druck der Praxis schlagartig nach: jeder erkennt schließlich einen Vorsatz, wenn er ihn vor sich hat! So ist der Vorsatz seither wesentlich indizien definiert. Der Grund ist einfach zu sehen: man versucht Unbeobachtbares beobachtbar zu machen. Bei einer immer stärker wissenschaftlich (d.h. aus den Wissenschaften bezogenen) statt sozial fundierten (d.h. aus dem sozialen Verkehr allen offenkundige) Wahrheit, ist beim Vorsatz die Grenze dessen erreicht, was sich wissenschaftlich beschreiben läßt.

b. England

Im englischen Prozeßrecht ist die Entwicklung nicht durch eine solche Katastrophe markiert wie im deutschen. Statt dessen findet eine schleichende Veränderung seit dem 18. Jahrhundert durch die Umwandlung des Strafprozesses in einen Anwaltsprozeß statt. Der Richter verlor seine verfahren-

⁵²⁰ Henkel (1961), S. 584.

⁵²¹ Siehe BayStGB, Art. 212.

⁵²² Siehe Mittermaier (1818), S. 529.

⁵²³ Art. I Nr. 67 des I. StRG, BGBl. 1969 I, S. 645 ff.

⁵²⁴ Siehe BT-Drucks 7/550.

renslleitende Stellung, die sich durchaus mit der eines vorsitzenden Richters im heutigen Prozeß eines deutschen Gerichtes vergleichen ließe, und damit reduzierte sich seine Rolle auf die eines unparteiischen Schiedsrichters. Die Verfahrenskomplexität stieg langsam, aber stetig an: die Verfahrensdauer wurde deutlich länger; die Zahl der „expert witnesses“ vor allem auch der Anklage nahm zu; materiellrechtliche Fragen, die bisher praktisch keine Rolle gespielt hatten, wurden mehr und mehr erörtert; prozessuale Fragen, insbesondere des Beweisrechts, begannen wichtiger zu werden; es wurden weniger Charakterzeugen und mehr Tatzeugen in den Prozeß eingeführt; die Zahl der „guilty pleas“ stieg deutlich.⁵²⁵ Diese Entwicklung setzte sich allerdings erst ab Mitte des 19. Jahrhunderts durch. Durch die Professionalisierung der Klage- und Angeklagtenvertreter verlor die Jury weiter an Einfluß, auch dadurch, daß sie inzwischen deshalb berufen wurde, weil die Jury-Mitglieder vom Fall und den Beteiligten *nichts* wußten. Damit einher geht eine weitgehende Beschränkung auf die Faktenbewertung und eine Konzentration auf die Tat statt den Täter. Täterorientierte Faktenmanipulationen sind immer noch möglich, kommen aber nur noch vergleichsweise selten vor.⁵²⁶

Damit kann auch die Vorsatzdogmatik verfeinert werden. Vom frühen 19. Jahrhundert an beginnt mit den Berichten der *Commissioners on Criminal Law* ein langes Bemühen, den Begriff des *malice aforethought* vollständig zu subjektivieren und auf reinen Vorsatz zu beschränken. Es dauerte allerdings noch bis 1957, bis die meisten Regeln des *transferred* oder *constructive malice* abgeschafft wurden.⁵²⁷ Die generelle Tendenz bestand darin, klarer zwischen Unvernunft (*recklessness* und *negligence*) und Vorsatz zu differenzieren, zwischen materiellrechtlichen Definitionen und deren bloßen Beweiszeichen. Bereits im zweiten Bericht der *Law Commissioners* im 19. Jahrhundert wurde festgestellt, daß keine Wahrscheinlichkeit von Konsequenzen einer Handlung als Beweis gelten könne, daß aber nichtsdestoweniger die Wahrscheinlichkeit ein Beweiszeichen für den Vorsatz des Angeklagten sein könne.⁵²⁸ Das ist heute anerkannt.⁵²⁹

Die Definition von Vorsatz bei Tötungsdelikten ist heute sehr komplex und hoch technisch. Vergleicht man die einfache Einteilung der Tötungs-

⁵²⁵ Siehe Feeley/Lester (1994).

⁵²⁶ Siehe Green (1985), S. 267 ff.

⁵²⁷ Homicide Act 1957, s. 1.

⁵²⁸ Siehe Hostettler (1992), S. 103.

⁵²⁹ Siehe oben S. 31 f.

delikte im 12. Jahrhundert mit dem schwierigen System der Abstufung nach Provokation, verminderter Schuldfähigkeit und der Frage, welchen Grad an Voraussicht der Folgen der Täter hätte haben müssen, sieht man, daß sich diese Fragen nur mit einer auf die Tatfrage fixierten Jury bearbeiten läßt – wenn überhaupt noch mit einer Jury.

3. Zum Personenverständnis

Nun verblaßt heute immer mehr eine hinreichend sicheres Verständnis von den Eigenschaften bestimmter Personen:

„the Court is clearly faced with a society in which no common view of the person exists such that one could, as a matter of common sense, expect to make inferences about another's inner state. ... we are not heirs to a sufficiently uniform view of the person ... to draw inferences about others' minds that will reflect our common values and beliefs.“⁵³⁰

Zunehmend

„reicht die Orientierung von Verhaltenserwartungen an dinghaft konzipierten Vorstellungen, also auch am Sonderding Mensch, nicht mehr aus – und zwar ganz unabhängig davon, welche besonderen Eigenschaften dem Ding zugesprochen werden. Dies hängt mit dem Zusammenbruch des Schichtungssystems zusammen, wonach man nun von *jedem* Menschen *alles* Verhalten zu erwarten hat.“⁵³¹

Wenn aber jeder alles tun kann (aber niemand etwas tun muß), dann wächst die Unsicherheit darüber, was man noch autoritativ über andere sagen kann. Auch unwahrscheinliche Konstellationen werden möglich. – Die Frage lautete dann, wie man nun mit dieser Situation umging.

Man stellte von einer Typologie rollengebundener Personen auf funktional differenzierte Motive um, z.B. auf Interessen. „Interest will not lie“, sagte das 17. Jahrhundert noch im Rahmen politischer Theorie, also bezogen auf Macht.⁵³²

„Im Verlauf des 16. und 17. Jahrhunderts wurde der Begriff des Interesses zur zentralen Kategorie bei der Analyse individuellen Verhaltens und politischen Handelns. Die Ablösung des theologischen und philosophischen Tugendkatalogs im privaten wie im öffentlichen Bereich durch die Orien-

⁵³⁰ Rosen (1985), S. 71.

⁵³¹ Luhmann (1984), S. 427 f.

⁵³² Siehe Gunn (1968).

terierung am Interesse ... war ein Vorgang, der sich in der privaten und in der politischen Sphäre, in der Moralistik und in der politischen Theorie nahezu gleichzeitig abspielte“.⁵³³

Die Wirtschaftslehren des 18. Jahrhunderts stützten diese Sicht und arbeiteten auf der Grundlage einer wirtschaftsegoistischen Motivlehre rationale Handlungsanweisungen aus, die trotzdem das Gemeingut mehren sollten – „private vices, public benefits“.⁵³⁴ Das wird im 19. und 20. Jahrhundert durch die Psychologie in Hinblick auf pathologische Handlungsmotive ergänzt. Aus der *konkreten* Person wird unter der Hand ein *Kollektivsingular* (!): das Individuum. Die Folgen sind dramatisch. Auf der einen Seite Exklusion des Menschen aus der Gesellschaft, was heißt, „daß das Individuum, auf das hier verwiesen war, nicht mehr durch Angabe seiner sozialen Position im Verhältnis zu anderen, nicht mehr durch seinen Stand definiert war“⁵³⁵. Dann: die gesellschaftliche Unterbestimmtheit der Identität des Einzelnen, die aufgefangen werden mußte.

„Das Individuum wird als einzigartiges, am Ich bewußt werdend, als Mensch realisiertes Weltverhältnis begriffen ... Seitdem ist es unmöglich (obwohl viele das nicht einsehen!), das Individuum als Teil eines Ganzen, als Teil der Gesellschaft aufzufassen. Was immer das Individuum aus sich selbst macht und wie immer Gesellschaft dabei mitspielt: es hat seinen Standort in sich selbst und außerhalb der Gesellschaft. Nichts anderes wird mit der Formel »Subjekt« symbolisiert.“⁵³⁶

Damit hat die Gesamtperson als Summe ihrer funktionsspezifischen Inklusionen keinen Ort mehr in der Gesellschaft. Es wird nur noch hochselektiv auf das Individuum zugegriffen, als Konsument oder Produzent, als Angeklagter, Richter oder Verteidiger, Pfarrer oder Laie. Rollen und Personen differenzieren sich scharf:

„und dies allein schon deshalb, weil Personen nicht mehr durch ihren sozialen Status und ihre invarianten Zugehörigkeiten identifiziert sind, sondern Berufe, Mitgliedschaften, präferierte Interaktionen wählen und in ihrer Wahl identisch bleiben müssen.“⁵³⁷

⁵³³ Münkler (1987), S. 270.

⁵³⁴ Siehe Mandeville (1714).

⁵³⁵ Luhmann (1989), S. 211 f.

⁵³⁶ Luhmann (1989), S. 212.

⁵³⁷ Luhmann (1997), S. 771.

Die Personalität wird privatisiert (und nur dadurch kann man sagen: „Hierarchy and inequality are conceptualised as attributes of social roles; all individuals are equal as persons.“⁵³⁸), und die Funktionssysteme transformieren und konditionieren Verhaltenserwartungen dann vor allem auf der Rollen- und Programmebene.⁵³⁹

„Mit der Ausdifferenzierung von funktionsspezifischen Rollenkomplementaritäten ändert sich nicht nur der Inklusionsvorgang. Mit der Inklusion ändert sich auch das, was in der Gesellschaft für rational gehalten wird, das heißt: dem Einzelnen als vernünftiges Verhalten zugemutet werden kann. So wie Inklusion mit Rationalität, so hängt Exklusion mit Irrationalität zusammen. Mit Rationalitäts/Irrationalitäts-Semantiken werden Inklusions/Exklusionsregeln nachempfunden. Es ist dieser Zusammenhang, der im Übergang von stratifikatorischer (an *anderen eigenen* Rollen orientierter) Differenzierung zu funktionaler (auf die Komplementärrollen *anderer* abstellender) Differenzierung zu einer tiefgreifenden Umstellung der Semantik und vor allem zu einer neuartigen Individualisierung der Rationalitätszumutung führt.“⁵⁴⁰

Was das Grundmotiv des Menschen sei, wird im späten 17. Jahrhundert beantwortet mit: Selbstliebe – natürlich noch in der moral- wie theologiefähigen Doppelung von *amour de nous-mêmes* und *amour propre*.⁵⁴¹ Die Selbstbezüglichkeit des Menschen mag sich so gut oder schlecht verwirklichen. An diesem Konzept aber hängt bereits die Konsequenz: „Unbestimmtheit der menschlichen Natur. Denn was ist dieses Selbst, das sich selbst erst in der Beziehung auf sich selbst bestimmt, erkennt, motiviert?“⁵⁴² Dazu kommt ein zweiter Aspekt: „In der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts wird Selbstreferenz in Unruhe – und damit: in latente Dynamik – übersetzt.“⁵⁴³ Selbstbezug, Unbestimmtheit, Unruhe, es ist kein Zufall, daß in dieser Zeit das Kind entdeckt wird und Pädagogik nicht zur Einübung in standesgemäßes Verhalten, sondern quasi zur Menschwerdung selbst gehört. Im 18. Jahrhundert dann formuliert man: „Der unterscheidende Charakter der menschlichen Natur ist die *Unbestimmtheit*.“⁵⁴⁴ Und

⁵³⁸ La Fontaine (1985), S. 137.

⁵³⁹ Siehe Luhmann (1997), S. 738.

⁵⁴⁰ Luhmann (1997), S. 739.

⁵⁴¹ Siehe Luhmann (1980), S. 178 ff.

⁵⁴² Luhmann (1980), S. 179.

⁵⁴³ Luhmann (1980), S. 190.

⁵⁴⁴ Trapp (1780), S. 8.

das, so die Auffassung, ist die Bedingung der Möglichkeit menschlicher Vervollkommnung. Hobbes nimmt diese Ideen, Selbstliebe, Unruhe, Unterbestimmtheit, in negativer und radikalierter Wendung für die Politik auf.⁵⁴⁵ Locke spricht von „uneasiness“ und „desire“ und verweist für sein politisches Modell auf Wirtschaft.⁵⁴⁶ Unstillbare Neugierde wird Antrieb der Wissenschaften.⁵⁴⁷ Usf.

„Spätestens im 18. Jahrhundert kommt es, zunächst in den »bürgerlichen« Schichten, zu neuen Formen der Sozialisation, die nicht mehr voraussetzen, daß das Kind durch Herkunft schon definiert ist und nur gegen Verführung und Korruption geschützt und mit statusbezogenen Fähigkeiten ausgestattet werden müsse. Mehr und mehr stellt man statt dessen auf innere Werte, auf Vorbereitung für eine noch unbestimmte Zukunft, auf eigene Urteilsfähigkeit, auf »Bildung« ab.“⁵⁴⁸

Die entstehende bürgerliche Kleinfamilie im Übergang zur Industrialisierung grenzt sich als Enklave reiner Menschlichkeit von der äußeren Welt des Marktes, der Arbeit und der Konkurrenz ab. Sie ist der freiwillige Zusammenschluß zweier sich liebender Menschen, die durch die zweckfreie Entfaltung individueller Fähigkeiten ihre Humanität, die der gesamten Menschheit zukommen soll, verwirklichen.⁵⁴⁹

Die mittelalterliche, sozialzentrierte Sicht wird kontrastiert durch die moderne Vorstellung, jede Person stelle die Inkarnation einer Abstrakten 'Menschheit' dar, verbunden durch ihre ‚Symphatie‘ füreinander. Frei, sich in ihren Äußerungen selbst auszudrücken, eine eigene Geschichte zu erzählen, eine Biographie zu haben, Tagebücher, Spiegel, eigene Räume,

„the autonomous individual imagines the incredible, that he lives within an inviolate protected region (the extended boundaries of the self) where he is 'free to chose', where what he does 'is his own business'. More than that, the inviolate self views social relationships as a derivative matter, arising out of consent and contract between autonomous individuals.“⁵⁵⁰

⁵⁴⁵ „I put for a generall inclination of all mankind, a perpetuall and restless desire of Power after power, that ceaseth only in death.“ Hobbes (1651), S. 47

⁵⁴⁶ Siehe Locke (1997), 2. Teil, Kapitel 20, §§ 6, 21, 31 ff.

⁵⁴⁷ Siehe Luhmann (1980), S. 202 f.

⁵⁴⁸ Luhmann (1997), S. 741.

⁵⁴⁹ Zum Ganzen siehe Habermas (1962), S. 63.

⁵⁵⁰ Schweder/Bourne (1982), S. 129. Über die ‚extended boundaries of the self‘ als Bezugspunkt des Strafrechts, nämlich als Synallagma von Freiheit und Verantwortung, siehe auch Jakobs (1991), 1/7.

MARCEL MAUSS notiert als (vorerst) letzte Stufe in der Entwicklung der Person: „the notion of the ‘person’ (*personne*) was still to undergo a further transformation to become what it has become over less than one and a half centuries, the „category of the ‘self’” (*moi*).“⁵⁵¹ Das Individuum wird selbstgewiß und erhält ein psychologisches Bewußtsein. „One of the things that make the modern world ‘modern’ is the development of consciousness of self.“⁵⁵²

Die neue Sicht der Welt nach der Reformation wird im 17. und 18. Jh. durch politische und religiöse Bewegungen, aber auch DESCARTES, später dann HUME, KANT und FICHTE vorangetrieben zu der Gleichung Person = Selbst = Bewußtsein.

„From a simple masquerade to the mask, from a ‘role’ (*personnage*) to a ‘person’ (*personne*), to a name, to an individual; from the latter to a being possessing metaphysical and moral value; from a moral consciousness to a sacred being; from the latter to a fundamental form of thought and action – the course is accomplished.“⁵⁵³

MAUSS unterscheidet also drei Stufen – *personnage*, *personne* und *moi* – des Konzeptes der Person in unterschiedlichen Zeiten und unterschiedlichen Gesellschaften⁵⁵⁴, die er, in unserer Terminologie, archaischen (*personnage*), stratifizierten (*personne*) und funktional differenzierten Gesellschaften (*moi*) zuordnet. Wie LA FONTAINE mit Bezug auf MAUSS feststellt:

„The key to such understanding [of the variant forms of the concept of the person] is, I suggest, the recognition that concepts of the person are embedded in social context. ... the concept of the person relates mortal, transient human beings to a continuing social whole. Ideas of society, variously conceptualised, and the nature of the concept of the person are thus interdependent.“⁵⁵⁵

Nach dem Zusammenbruch der mittelalterlichen Welt wird eine neue Ordnung auf ‘wissenschaftlicher’ Grundlage errichtet. Im Namen der Vernunft werden alle Begriffe in Frage gestellt und ‘vernünftig’ rekonstruiert.

„Seit dem 19. Jahrhundert findet eine Normalisierung/Normierung über den gesamten gesellschaftlichen Bereich hinweg statt, von der Normung

⁵⁵¹ Mauss (1985), S. 20.

⁵⁵² Susman (1984), S. 271.

⁵⁵³ Mauss (1985), S. 22.

⁵⁵⁴ Zustimmung aus ethnographischer Sicht La Fontaine (1985), S. 132, ablehnend Carrithers (1985).

⁵⁵⁵ La Fontaine (1985), S. 138.

der industriellen Technik bis hin zur Normierung des Menschen über die Vermessung seiner körperlichen und geistigen Eigenschaften und Fähigkeiten.“⁵⁵⁶

Mit der Institutionalisierung der Psychologie im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert geht der Niedergang der *Seele* einher.

„Tatsächlich ließe sich die Geschichte der Psychologie, ihre Loslösung von der Philosophie und ihre Etablierung als Einzelwissenschaft als Geschichte der Entfernung der Seele aus dem legitimen Gegenstandsbereich der Disziplin schreiben.“⁵⁵⁷

Die Psychologie übernimmt von der Philosophie und Theologie die Definitionsmacht über die Innerlichkeit des Menschen, seine Gemütsbewegungen, seinen Willen, seine Absichten als empirische Erscheinung, an die sich auch die Rechtswissenschaften verwiesen sehen, ohne deren Einsichten dogmatisch verarbeiten zu können. Der Seele werden alle transzendenten Bestandteile entzogen – das, was sie eigentlich im Mittelalter ausmachte. Sie verliert ihr Wesen, ihre Unsterblichkeit, ihre Einheit und Unteilbarkeit und ihre Verbindung zum göttlichen Schöpfungsplan.

„Die substantielle Seele ist bis ins 17. Jahrhundert als eine überpersönliche und transzendente Weltseele repräsentiert, deren individuelle Abkömmlinge den Körper regieren und alle Individuen als Teile des Kosmos miteinander verbinden, der ein zusammenhängender lebendiger Organismus ist. Sie gibt zugleich die Vermittlung des Weltganzen zwischen Stofflichem und Geistigem, innerhalb einer hierarchischen Ordnung, an deren unterstem Ende der unbelebte Stoff und an deren Spitze Gott steht. Alles Wissen über die Individuen findet seinen Platz und seine Begründung in dieser Ordnung. Das Individuum existiert primär nicht als Individuum, sondern als Glied dieser Ordnung und ihrer irdischen Repräsentanten. Insoweit hat die Seele ein Kollektiv im Zentrum, die feudale Produktions- und Reproduktionsgemeinschaft ebenso wie das große Kollektiv der Gläubigen als Gemeinde Christi. Die Seele ist orientiert auf das Jenseits, aus dem sie kommt, auf den Tod oder das Nachleben, welches das eigentliche Leben ist, auf das Seelenheil und die Gnade, auf den Geist, der von Gott stammt, und auf den Glauben, der die Wege hin zu ihm aufschließt. Damit ist eine Psyche unvereinbar, die auf das Diesseits,

⁵⁵⁶ Sonntag (1988), S. 187.

⁵⁵⁷ Sonntag (1988), S. 52.

auf das Leben und den Körper gerichtet ist, und auf eine beständige psychische Heilung eher als auf das Seelenheil. Die vor allem aber als nurmehr individuelle Seele auftritt, die zugleich ein Gegenstand der empirischen Betrachtung und des positiven Wissens wird. Und die ihren Ort nicht im Jenseits, sondern in einem individuellen Binnenraum unter den Häuten des Körpers hat und dort im Verborgenen agiert, oder als Körperanhängsel an der Oberfläche ihr Werk verrichtet.“⁵⁵⁸

Sie wird ins Reich der Metaphysik verbannt, vor allem in die Theologie. Mit der Entstehung der Biologie verliert die Seele schließlich auch ihre Bedeutung als Lebenskraft.⁵⁵⁹

Die Seele hört auf in Philosophie und Psychologie Thema zu sein, der Nachfolgebegriff heißt „Bewußtsein,“. Man will die Gesetze ergründen, nach denen das geistige Leben sich vollzieht, dessen Bedingungen und Kräfte entdecken, eine Lehre entwickeln von den „Thatsachen des Bewußtseins“⁵⁶⁰, d.h. empirische Wissenschaft sein. Wundt faßt die Entwicklung 1898 zusammen: „Unsere Seele ist nichts anderes als die Summe unserer inneren Erlebnisse selbst, unseres Vorstellens, Fühlens und Wollens, wie es sich im Bewußtsein zu einer Einheit zusammenfügt und in einer Stufenfolge von Entwicklungen schließlich zum selbstbewußten Denken und freien sittlichen Wollen erhebt.“⁵⁶¹

GEHLEN spricht hier von einer geschichtlichen „Änderung der Bewußtseinsstrukturen selbst, nicht nur der Inhalte.“⁵⁶² Wenn man vom gesellschaftlichen Diskurs auf psychische Strukturen schließen können sollte, dann trifft das offensichtlich zu, denn die

„Gefühle selbst, soweit sie mehr sind als ein gänzlich unbeschreibbares Gewoge von undifferenzierten Regungen, hängen schon in ihrer Bildung, und d.h.: schon bei ihrer Herauslösung aus diesem ‘Stimmungsmeer’, von vorgängiger Selbstzuwendung ab. Diese aber ist typischerweise auf Modelle, Vorbild und Übung angewiesen.“⁵⁶³

Was Menschen als wirklich definieren, wird Wirklichkeit in seinen Konsequenzen.

⁵⁵⁸ Sonntag (1988), S. 242 f.

⁵⁵⁹ Siehe Sonntag (1988), S. 54.

⁵⁶⁰ So Wilhelm Wundt, zitiert nach Sonntag (1988), S. 56.

⁵⁶¹ Wundt (1898), S. 516.

⁵⁶² Gehlen (1957), S. 59.

⁵⁶³ Hahn (1982), S. 423.

Das Ergebnis ist erstaunlich. Die Sicht der modernen Psychotherapie geht so von einem zwar vorgeprägten, aber formbaren, selbstreflexiven, sich selbst durch Einsichten veränderbaren Menschen aus.⁵⁶⁴ Seit 200 Jahren,

„despite much evidence to the contrary, our culture continues to promote the fiction that within the person one can find a stable core ‘character’. Nor is it surprising that this abstract individual, ‘man-as-voluntary-agent’, is protected by deeply enshrined moral and legal principles prescribing privacy and proscribing unwanted invasions of person, property and other extensions of the self.“⁵⁶⁵

Diese Vorstellung ist der zentrale Ausgangspunkt der westlichen, protestantischen Lebensform.

„The ego’s view of its-‘self’ is the product of the collective imagination. In the West, the messages implicit in many of our child handling *practices* may well socialize deep *intuitions* about the ‘indecenty’ of outside (external) intrusions, regulations or invasions of our imagined inviolatable self. ... Of course not all cultures socialize autonomy or redundantly confirm the right of the individual to projects of personal expression, to a body, mind, and room of his own. To members of sociocentric organic cultures the concept of the autonomous individual, free to choose and mind his own business, must feel alien, a bizarre idea cutting the self off from the interdependent whole, dooming it to a life of isolation and loneliness. Linked to each other in an interdependent system, members of organic cultures take an active interest in one another’s affairs, and feel at ease regulating and being regulated. Indeed, others are the means of one’s functioning and vice versa.“⁵⁶⁶

Mit der Gleichsetzung von Individuum und Subjekt wird *nicht* mehr nur die Freiheit zur Selbstperfection, zur Entfaltung der Anlagen eines jeden Menschen, gegen die ständische Ordnung thematisiert, sondern mit der Formulierung der Menschenrechte wird deutlich, „daß Freiheit auch zu bedeuten hat: anders sein zu können als andere, und sei es auf eine skurrile, unvernünftige und später sogar unmoralische Weise.“⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ Siehe Gaines (1982), S. 182.

⁵⁶⁵ Shweder/Bourne (1982), S. 129 f.

⁵⁶⁶ Shweder/Bourne (1982), S. 132.

⁵⁶⁷ Luhmann (1989), S. 207.

Mit der modernen Sicht wird Individualität abhängig von der „Normierung des Ich durch das Ich“⁵⁶⁸. Das Problem der Identität wird wissenschaftlich bearbeitet und als Rezept ausgegeben:

„sich in mehrere Selbsts, mehrere Identitäten, mehrere Persönlichkeiten zu zerlegen, um der Mehrheit sozialer Umwelten und der Unterschiedlichkeit der Anforderungen gerecht werden zu können. Das Individuum wird durch Teilbarkeit definiert. Es benötigt ein musikalisches Selbst für die Oper, ein strebsames Selbst für den Beruf, ein geduldiges Selbst für die Familie. Was ihm für sich selbst bleibt, ist das Problem seiner Identität.“⁵⁶⁹

Wie die Einheit dieser Identität noch garantiert werden kann, wird unklar: man

„mußte sie als sich selbst herstellend begreifen; und sein Leben war dann nicht mehr das, was im rechten Gebrauch seiner Fähigkeiten gelingen oder auch an Korruption scheitern konnte; sondern es wurde im Übergang zum 18. Jahrhundert mehr und mehr begriffen als eine selbstbewirkende Verarbeitung externer und interner Bestimmungen – als sich entwickelnde Persönlichkeit. Der Mensch konnte dann schließlich gedacht werden als das, was sich unter Bedingungen des Milieus, der Zufälle und sozialer Einwirkungen durch Reaktion auf sich selbst in einem Lebenslauf zur Individualität »bildet.«“⁵⁷⁰

Man sieht nur, daß es weder um Heilsgewißheit noch um Perfektion gehen kann.⁵⁷¹ Dann läßt sich nur noch schwer mit dem Anspruch auftreten, unverwechselbares, aber identifizierbares Subjekt zu sein, eine Identität zu haben.

„Der Ausweg scheint zu sein: sich Ziele, Anspruchsniveaus und Lebensart durch Copie zu beschaffen, also eine copierte Existenz zu führen. Das heißt: das Scheitern des Individualitätsprogramms von vornherein zuzugestehen und das eigene Lebensprinzip auf das Gegenteil zu gründen. Denn in dem Maße, als das Individuum in Reflexionsstellung gedrängt wird und sich damit als kontingent erfährt, liegt nichts näher als der Vergleich mit anderen. Andersseinkönnen heißt dann eben: so sein können wie ein anderer.“⁵⁷²

⁵⁶⁸ Simmel (1917), S. 88.

⁵⁶⁹ Luhmann (1989), S. 223.

⁵⁷⁰ Luhmann (1980), S. 218.

⁵⁷¹ Siehe Luhmann (1989), S. 226.

⁵⁷² Luhmann (1989), S. 221.

Dabei helfen die neu aufkommenden literarischen Formen.

Es entstehen im 17. und 18. Jahrhundert das puritanische Tagebuch, Autobiographie und bürgerlicher Roman – und sie hängen zusammen. Es

„ist dem disziplinierenden Zugriff auf eigenes und fremdes Verhalten ein ganz neues Feld geöffnet, wenn erst einmal Kommunikationsmedien bestehen, in denen Gefühle objektiviert, differenziert und behandelbar werden, vor allem, wenn prinzipiell die gesamte Biographie, und nicht nur einzelne Taten oder Unterlassungen, dieser Zergliederung unterworfen sind. Dabei ist selbstverständlich mit jener Objektivierung und Zugänglichkeit von äußerer und innerer Biographie, wie sie durch Tagebücher, Romane, Lebensbeichten, therapeutische oder religiöse Bekenntnisse geschaffen werden, nicht nur die Chance gesteigerter Disziplinierung und Zivilisierung verbunden. Gleichzeitig ergeben sich neue Probleme für die Sinnggebung der Gesamtbio-graphie, die ihren Sinn jetzt nicht mehr unmittelbar als Vorgabe den religiösen Institutionen 'entnehmen' kann, sondern auf individuierte Sinnstiftungen angewiesen wird. Diese aber schaffen ihrerseits neuen Raum für Selbsterfassung und Kommunikation für das eigene Ich.“⁵⁷³

Selbsterforschung und Selbstkontrolle ist ihr gemeinsamer Ausgangspunkt, der einer Problematisierung der Heilsgewißheit entspringt. Das Schreiben des Tagebuchs wird zur Beichte ohne Beichtvater:

„Wir kennen diese 'Selbsterforschung' aus dem Leben katholischer Laien, wo sie vielfach ein besonderer religiöser Akt geworden ist, der sich auf die Sündenfeststellung zum Zwecke der Beichte beschränkt. Hier aber, wo das ganze Dasein unter religiöse Gesichtspunkte gestellt und jedes Abendgebet zur Beichte wird, entsteht daraus auch ein für den Alltag gültiges Lebensprinzip. Man rechnet sozusagen nicht alle Ostern oder alle Monate ab, sondern man führt seelisch Buch auch über die kleinsten moralischen Ausgaben und zieht den Schlußstrich darunter täglich.“⁵⁷⁴

Im Roman, in der ‚Psychologie des Romanhelden‘, orientiert man sich als Grundstruktur an der Biographie. Die hatte sich mit der Reformation entwickelt, das hatten wir oben bereits angedeutet, die eine biographische Perspektive ins Leben der Menschen einführte.

⁵⁷³ Hahn (1982), S. 423.

⁵⁷⁴ Schücking (1929), S. 11 f.

„Ist mein Leben als Ganzes so, daß es als das eines Erwählten erscheint? Folglich muß das ganze Leben systematischer Kontrolle unterzogen werden. Die bloß sporadische Beichte wäre dagegen ein viel zu unsystematisches Regelungsinstrument gewesen. Max Weber weist darauf hin, daß der Calvinismus gegenüber dem älteren Katholizismus sich zunächst einmal durch eine enorme Steigerung der systematischen Handlungskontrolle in allen Lebensbereichen auszeichnet.“⁵⁷⁵

Damit einher geht eine Neubewertung der Zeit. Zeit wird knapp, und es darf kein Augenblick ohne Selbstbeobachtung schlicht dahingelebt werden. Alles ist auf Sündhaftigkeit oder Verworfenheit zu befragen, und nichts kann über Reue und Beichte einfach aus der Lebensrechnung hinausgenommen werden. Damit wird das außerweltlich-asketische Prinzip der mönchischen Lebens mit seiner Selbstbeherrschung in eine innerweltliche Askese überführt. Es erfolgt eine „Umkehrung der Mönchsmoral von einem außerweltlichen Lebensideal für eine religiöse Sondergruppe in einen allgemeinen, jeden Laien verpflichtenden Anspruch.“⁵⁷⁶ Damit kommen die transzendenten Werte und das immanente Leben schließlich dem Anspruch nach zur Deckung.⁵⁷⁷

In der Biographie verändert sich der Blick. Während vor dieser Zeit die Kongruenz von Autor und sozialer Position im Vordergrund stand und sich die Darstellung vor allem an beispielhaftem Handeln orientierte, dem heroischen Einzelakt in exemplarischer Situation, wird nun Pflichterfüllung im alltäglichen Aushalten thematisiert.

„The role of time in ancient, medieval and renaissance literature is certainly very different from that in the novel. The restriction of the action of tragedy to twenty-four hours, for example, the celebrated unity of time, is really a denial of the temporal dimension of human life; for ... it implies that the truth about existence can be fully unfolded in the space of a day as in the space of a lifetime.“⁵⁷⁸

Der Alltag wird aufgewertet und der einzelne Augenblick wird damit im Kontext der Biographie insgesamt relativiert. „Mit der ausführlichen Schilderung der Binnenwelt des Individuums läßt sich selbst ein weitgehend er-

⁵⁷⁵ Hahn (1982), S. 419.

⁵⁷⁶ Ebd.

⁵⁷⁷ Siehe oben Fn. 320 und Weber (1971a), S. 97 ff.

⁵⁷⁸ Watt (1957), S. 24 f.

eignisloses Leben als künstlerisch attraktiver Gegenstand entfalten.“⁵⁷⁹ Der neue Roman wendet sich gegen die Künstlichkeit der höfischen Literatur und den traditionellen literarischen Kanon. Man wird ‚realistischer‘. Die Darstellung ist geprägt durch „die ständige Verbindung situativer und retrospektiver Ereignisse und Selbstreflexionen der Person.“⁵⁸⁰ Die Handlung muß sich aus einer geschlossenen Motivationskette natürlich ergeben, innere Ursache und äußere Wirkung, die Verbindung von Situation und individueller Reaktion müssen nachvollziehbar sein. Zu dieser „Kausalität“, kommt eine neue Zeitlichkeit.

„Das extreme und späte Beispiel ist der Roman des Bewußtseins-Stroms, aber hierunter fallen auch die explizite Darstellung der Zeit und des Zeitpunktes, zu denen die Handlung spielt, die Entwicklung der Charaktere im Laufe der Zeit sowie die zeit- und verlaufsgenaue detaillierte Beschreibung der Geschehnisse.“⁵⁸¹

Allgemeine Probleme zu durchleben und durch Erfahrungen zu eigenen, reflektierten Handlungen zu kommen, ermöglicht jedem, sich selbst ins Verhältnis zu setzen. Durch diesen Bezug auf Innerlichkeit als Ort der Handlungswahl wird Handeln kontingent. Man wählt sich und seine Handlung aus – und das heißt auch: mögliche Verstellung. „Das heißt in aller Konsequenz: daß der Mensch in dem, was ihn letztlich ausmacht, im sozialen Verkehr, nicht mehr bestimmt werden kann.“⁵⁸²

Mit dieser Behandlung des Innern, der Gemütslagen – auch im Kontext äußerer Ereignisse –, werden Formen der Selbstwahrnehmung und Selbstbeschreibung entwickelt, die als *Kopie* dem eigenen Leben und Erleben Halt geben können. So

„schaffen erst benennbare Differenzierungen der einzelnen Innenzustände, wie sie der moderne Roman herausarbeitet, jene subtile Landkarte für den Dschungel der Gemütslagen, die es erlaubt, sich in sich selbst zurechtzufinden, über das eigene Innere zu kommunizieren, es zu beeinflussen und es nach Vorbildern zu modeln.“⁵⁸³

Dazu kommt die Erfindung der *Karriere*, die zur gesellschaftlichen Positionsbestimmung des Einzelnen produziert wird und damit den Geburtsstand

⁵⁷⁹ Hahn (1982), S. 422, siehe auch Luhmann (1989), S. 184.

⁵⁸⁰ Sonntag (1988), S. 21.

⁵⁸¹ Sonntag (1988), S. 22.

⁵⁸² Luhmann (1989), S. 184 f.

⁵⁸³ Hahn (1982), S. 422 f.

ablöst – vor allem natürlich im Bildungssystem und, daran anschließend, im Berufsleben.⁵⁸⁴ Aber auch Krankheitskarrieren, Kriminalitätskarrieren und Medienkarrieren kommen vor und deuten darauf hin, daß die Funktionssysteme Personen zunehmend allgemein karriereförmig bestimmen.

Ende des 18. Jahrhunderts veröffentlicht so z.B. KNIGGE sein „Umgangsbuch“, das den neuen Verhältnissen angepaßte Kommunikationsregeln in Interaktionen und ein neues Verhältnis zu sich selbst vorschlägt.

„In der ständisch gegliederten Sozialordnung war die gesellschaftliche Position und damit sozusagen der ‚Wert‘ eines Standesvertreters noch eindeutig vorgegeben und durch Kleidung, Verhalten, Sprache, Geldausgabe usw. klar attribuiert, so daß sich in dieser Hinsicht kaum Probleme des Erkennens und Einschätzens von Menschen ergaben.“⁵⁸⁵

Erst der Zusammenbruch der ständischen Gesellschaft und die damit einhergehende stärkere soziale Mobilität machen ‚Identitätsarbeit‘ und entsprechende Selbstpräsentationen notwendig. Den Ton seiner Umgebung annehmen zu können und dort Anerkennung zu finden, sind die zentralen Bezugspunkte Knigges Lehre. „Knigge wirft das Geltungs- bzw. Wertproblem auf. Es ist das zentrale Kommunikationsproblem in der bürgerlichen Gesellschaft.“⁵⁸⁶ Denn die Freisetzung aus ständischer Bindung kappt die Referenz auf äußere Geltungsbegründungen der Personen und verweist auf die Notwendigkeit sozialer Erarbeitung der Wertbestimmung der beteiligten Personen in der Interaktion. Dabei haben alle Beteiligten ihren *eigenen* Vorteil im Blick, können ihre Anerkennung aber nur *gemeinsam* realisieren. So ergibt sich ein komplementäres Verhältnis der Interaktionspartner: „Ein Mensch kann sich Geltung verschaffen, indem er andere Menschen geltend macht.“⁵⁸⁷ Es geht nicht mehr allein darum, dem anderen zu gefallen, wie in höfischer Kommunikation, sondern sich durch den anderen sozial selbst zu etablieren. „Die Kommunikationspartner nehmen zum eigenen Vorteil am fremden Nutzen teil.“⁵⁸⁸ Dabei ist die Nähe zu ADAM SMITH unverkennbar, der bereits 1759 in seiner *Theory of Moral Sentiments* auf die Reziprozität der Perspektiven, die Rücksicht und Berücksichtigung des anderen ermöglicht, hingewiesen hatte. „Im Grunde genommen extrahiert Knigge aus seinen Erfahrungen ein ‚liberales Modell‘, wie es zwanzig

⁵⁸⁴ Siehe Luhmann (1989), S. 231 ff.

⁵⁸⁵ Galliker/Klein (1993), S. 78.

⁵⁸⁶ Galliker/Klein (1993), S. 79.

⁵⁸⁷ Galliker/Klein (1993), S. 80.

⁵⁸⁸ Galliker/Klein (1993), S. 81.

Jahre zuvor im wirtschaftlich fortgeschrittenen England bereits Adam Smith (1776) für den Warentausch formuliert hatte.⁵⁸⁹

In den späteren Auflagen, vor allem in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, verschwindet dieser Aspekt zunehmend, und das Buch wendet sich unter der Hand der neuen Bearbeiter vor allem an die Leser unterer Schichten, um sie für den Umgang mit den ‚besseren Kreisen‘ zu rüsten. Dabei wird der „Knigge“ immer mehr zu einem Instrument der Anpassung an die Interessenlagen bürgerlicher Produzenten: Dienstfertigkeit, Pünktlichkeit, Ordentlichkeit und Sauberkeit werden hervorgehoben, das Gewissen mobilisiert zur Selbstprüfung und als „innere Vorbereitung äußeren Betragens“⁵⁹⁰. So entwickelt sich der Knigge von einem Umgangsbuch als Anleitung zum rechten Verhalten, das eine wechselseitige Anerkennung gleicher Bürger ermöglichen soll, zu einem Benimmbuch, das Anforderungen an die charakterliche Selbstformung formuliert.

„By 1800 the concept of character had come to define that particular modal type felt to be essential for the maintenance of the social order.“⁵⁹¹ Es ging dabei zentral einmal um die Meisterschaft und Entwicklung des Selbst, aber auch um die Art, sich der Gesellschaft zu präsentieren. Der Versuch, eine moralische, eine soziale Ordnung herzustellen und ein sich frei entwickelndes und autonom handelndes Selbst zusammenzudenken, prägt die Charakterbestimmungen der Zeit: protestantische Arbeitsethik, Zucht, Selbstkontrolle, usw. – in einem Wort: ein echter Mann sein. „The stress was clearly moral and the interest was almost always in some sort of higher moral law. The most popular quotation – it appeared in dozens of works – was Emerson’s definition of character: ‚Moral order through the medium of individual nature.‘“⁵⁹² Diese „Kultur des Charakters“, die sich noch ganz Moral und sozialer Ordnung verpflichtet weiß, die den eigenen Charakter als ständige Aufgabe zur Arbeit an sich selbst, der Hingabe an und Aufopferung, ja Verantwortung für die soziale Ordnung im Namen der Vernunft, Gottes oder der Revolution erkennt, verschwindet nicht etwa abrupt. Aber beginnend irgendwann in der Mitte der ersten Dekade des 20. Jahrhunderts entwickelt sich zuerst in Nordamerika plötzlich eine andere Vision des Selbst. Zu erkennen an einer radikalen Verschiebung in der Art der Selbsthilfe- und Ratgeber-Literatur, zieht ein Wechsel herauf von einer

⁵⁸⁹ Ebd.

⁵⁹⁰ Galliker/Klein (1993), S. 85.

⁵⁹¹ Susman (1984), S. 273.

⁵⁹² Susman (1984), S. 274.

Kultur des Charakters zu einer Kultur der Persönlichkeit – „interest grew in personality, individual ideosyncrasies, personal needs and interests. The vision of self-sacrifice began to yield to that of self-realization.“⁵⁹³ Es ging zunehmend um das Sondieren von Persönlichkeit, nicht mehr um die Beschreibung moralischer oder sozialer Zielvorgaben, nach denen der gute Charakter strebt. Es ist um diese Zeit „that a series of volumes and articles began to appear addressed to the problem of helping people develop their personalities.“⁵⁹⁴ Persönlichkeit, so die Ansicht, ist die Qualität, jemand zu sein. Dann stellt sich aber die Frage, wie, wenn wir alle gleich sind, wir uns in der Masse von anderen unterscheiden können. – Wir müssen unser Selbst entwickeln. Die Ratgeber, die Lebenshilfen, die darauf Antwort geben, raten entschieden paradox vor allem, nicht dem Rat anderer zu folgen, sondern so zu sein, wie man sei, also ganz man selbst, und: seiner Individualität Ausdruck zu geben. Die alte Kultur des Charakters hatte noch argumentiert

„that the highest development of self ended in a version of self-control or self-mastery, which often meant fulfillment through sacrifice in the name of a higher law, ideals of duty, honor, integrity. One came to selfhood through obedience to law and ideals.“⁵⁹⁵

Die neue Kultur der Persönlichkeit dagegen betont

„self-fulfillment, self-expression, self-gratification so persistently that almost all writers as an afterthought gave a warning against intolerable selfishness, extreme self-confidence, excessive assertions of personal superiority. But the essentially antinomian vision of this, with its view not of a higher law but a higher self, was tempered by the suggestion that the self ought to be presented to society in such a way as to make oneself ‚well liked‘. There is an obvious difficulty here. One is to be unique, be distinctive, follow one’s own feelings, make oneself stand out from the crowd, and at the same time appeal – by fascination, magnetism, attractiveness – to it.“⁵⁹⁶

Man ist nun permanenter Darsteller, die Betonung von Spaß am Leben führt zur Ansicht, daß es vor allem darauf ankomme, für andere angenehm zu sein, anderen Spaß zu bereiten. Angenehme Kleidung, Manieren, Er-

⁵⁹³ Susman (1984), S. 276.

⁵⁹⁴ Susman (1984), S. 277.

⁵⁹⁵ Susman (1984), S. 280.

⁵⁹⁶ Ebd.

scheinung sind wichtig – von Moral ist nur noch wenig die Rede. Erfolg, Energie, Effektivität werden die bestimmenden Begriffe. „The older vision no longer suited personal and social needs; the newer vision seemed particularly suited for the problems of the self in a changed social order, the developing consumer mass society.“⁵⁹⁷

Die Motivstruktur der Wirtschaftstheorie wird damit nicht mehr durch Moral kontrolliert, sondern diese Kontrolle durch die Einschätzung der (Sozial-)Psychologie ersetzt. Der Wohlfahrtsstaat spricht nicht mehr von der Faulheit der Unterklasse, sondern von der entfremdenden Organisation der Industriearbeit. Generell gilt: Man lebt nicht mehr, um zu arbeiten, man arbeitet, um zu leben – und das heißt wesentlich: zu konsumieren.

„We will recognize in the case history of psychological man the nervous habits of his father, economic man, he is anti-heroic, shrewd, carefully counting his satisfactions and dissatisfactions, studying unprofitable commitments as the sins most to be avoided. From this immediate ancestor, psychological man has constructed his own careful economy of the inner life ... and lives by the mastery of his own personality.“⁵⁹⁸

Im 17. Jahrhundert beginnen Motiv und Intention schließlich auseinanderzufallen. Handlungsfolgen und Handlungsintentionen passen nicht mehr notwendig zusammen. Aufmerksam wurde man auf dieses Problem durch die Frage nach der Konstitution von gesellschaftlicher Ordnung trotz freier, individueller, nicht koordinierter Handlungen Einzelner. SMITH' „unsichtbare Hand“⁵⁹⁹, HEGELS „List der Vernunft“,⁶⁰⁰ KANTS „Naturabsicht“⁶⁰¹ versuchen, Regelmäßigkeiten zu erklären, die sich aus der Prämisse des autonomen Subjekts nicht leicht entwickeln lassen. MANDEVILLE (1670-1733)⁶⁰² gibt dem Problem die klassische Formulierung im frühen 18. Jahrhundert: private vices, public benefits.

„Damit erweist sich der moralische Diskurs, der sich ja immer an die einzelnen Menschen mit ihren Absichten richtet, als untauglich, die soziale Dimension des Handelns zu erfassen. Während man bisher davon ausging, die Freisetzung der Leidenschaften mache das menschliche Zusam-

⁵⁹⁷ Ebd.

⁵⁹⁸ Philip Rieff, zitiert nach Susman (1984), S. 278.

⁵⁹⁹ Siehe Smith (1978), S. 371.

⁶⁰⁰ Siehe Hegel (1973), S. 49.

⁶⁰¹ Siehe Kant (1923), S. 17 f., 27.

⁶⁰² Mandeville (1714).

menleben unmöglich, behauptet nun Mandeville, die Begierden, Egoismen, Laster dienen letztlich dem Wohlleben des sozialen Ganzen.⁶⁰³

Anders gewendet heißt das: auch aus guten Absichten können selbst die schlimmsten Folgen resultieren. Das aber heißt: man muß Motive/Absichten und Intentionen trennen. Und das sowohl in Hinblick auf moralische als auch religiöse Motive. Die Norm wird als Recht objektiviert und von moralischen oder religiösen Erwägungen unabhängig gemacht.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß in funktional differenzierten Gesellschaften, in denen der einzelne nicht über die Zuordnung zu einem Segment oder Stratum inkludiert ist, ja überhaupt keinen Platz mehr in der Gesellschaft findet, die personenprägende Rollenbindung nachläßt. Nun gilt es als pathologisch, sich mit seiner Rolle zu sehr zu identifizieren, denn notwendig ist der rasche Rollenwechsel je nach funktionalem Bezug einer Situation. Dabei verbürgt die Person, bei allem Rollenwechsel, die Identität des einzelnen. Rolle und Rollenträger werden differenzierbar, die Rolle kontingent gesetzt. Damit geht Sicherheit im sozialen Verkehr verloren – man muß viel reden, um über die Selbstbindung durch freie Verlautbarungen sozial bestimmbar zu werden: so bei Auswahlverfahren wie Einstellungsgespräche (verschärft: *assessment center*), so in Intimbeziehungen (Liebesheirat statt arrangierte Heirat nach Standeskriterien). Das setzt sich auch im Prozeß fort: man muß dem Angeklagten und den Zeugen Raum zur Selbstdarstellung geben, um sie beurteilen zu können.⁶⁰⁴

Mit der Exklusion aus der Gesellschaft als Gesamtperson und der nur funktional relevanten Teilinklusion schwindet auch der Zusammenhang mit einer größeren Zahl anderer wie etwa im Segment oder Stratum. Man ist nicht mehr direkt Betroffener und damit zuständig für das Verhalten anderer, wie z.B. noch im angelsächsischen *frankpledge*-System. Damit einher geht eine abnehmende Mobilisierbarkeit anderer für die eigene Sache – man steht der staatlichen Autorität allein gegenüber.

4. Konsequenzen für die Vorsatzfeststellung

All das führt zu einem Schwinden der Personenorientierung des Verfahrens und einer Konzentration auf die einzelne, isolierte Tat, deren Voraussetzungen zunehmend abstrakter formuliert werden. Die Abschaffung der Folter macht es notwendig, die Beweisthemen und -anzeichen klarer zu definieren, die als Indizien ein Urteil zu begründen vermögen. Die Professio-

⁶⁰³ Guttandin (1998), S. 261.

⁶⁰⁴ Siehe Luhmann (1983), S. 87 ff., 91 ff., vgl. auch § 69 Abs. 1 StPO.

nalisation des Jury-Verfahrens durch den Einzug der geschulten Prozeßvertreter dagegen ermöglicht eine nach rechtseigenen Konsistenzkriterien ausgearbeitete, autonomere Dogmatik, die weniger an außerrechtlichen Erkenntnismöglichkeiten und Wertungen hängt.

Damit ist das Gerichtsverfahren endgültig funktional spezifiziert zur Identifikation und Prozessierung von normenttäuschender Kommunikation. Hatte es in segmentären Gesellschaften durch den Fehdebezug noch *politische* Anklänge und in stratifizierten stark *moralische* (nämlich, inwieweit die Gemeinschaft den Täter noch als einen der ihren achtete), so tritt dies heute zurück. Es bleibt die Aufgabe der Devianzverarbeitung, alles andere ist den anderen Funktionssystemen übereignet und dort nach deren Logik gesondert zu verhandeln – die Frage, ob man ein besserer Mensch sei, wenn man gegen Gesetze verstößt oder ein schlechter, die Frage, ob man andere mobilisieren und politische Entscheidungen provozieren kann oder nicht.

Der Vorsatz wird so schließlich zum ersten Mal wirklich als *selbständiges* Tatbestandsmerkmal sozial relevant, das weniger abhängig vom Ergebnis her definiert wird, sondern juristisch unter Absehung der Folgen, auf Wahrheit verpflichtet, ermittelt werden kann. Im Rahmen eines Tatstrafrechts ist die Frage der tatsächlich kausalen Tatbewirkung zentral – entsprechend werden die Indizien und ihre Bewertung zum nivellierenden Modell z.B. des Zeugenbeweises, die forensischen Wissenschaften zur Standardmethode. Der Vorsatz wird statt über die konkrete gesellschaftlich konstituierte Person als Rollenträger gemäß seines Segments oder Stratum über ein Standardsubjekt in situational bestimmten, funktionsbezogenen Rollen mit deren Motivunterstellungen zugerechnet. Die Zurechnung wird insofern ‚demokratisiert‘. Das verhindert aber natürlich nicht, daß sich nach wie vor alltagsweltliche Personentypologien bilden bzw. solche tradiert werden, die bestimmte Motiv- bzw. Präferenzsets repräsentieren und als ‚heuristic devices‘ die Zurechnung und Glaubwürdigkeitseinschätzung anleiten.⁶⁰⁵ Das wird durch funktionale Differenzierung nicht unmöglich gemacht, wenn auch moralisch (und rechtlich) *fragwürdig*, weil es sozialstrukturell *nicht mehr notwendig* ist – wie z.B. auch Schichtung, die früher die Gesellschaft getragen hat, aber in veränderter Form durchaus weiterbesteht.⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ Das mag heute schlicht nach einem Nützlichkeitskalkül je nach Lebenslage gehen: wenn die Tat dem Angeklagten zupaß kommt, wird man *prima facie* vom Vorsatz ausgehen, wenn nicht, dann eher nicht. So mag zumindest die Beweislast bestimmt werden, wenn auch nicht direkt die Entscheidung.

⁶⁰⁶ Siehe Luhmann (1985), S. 145 f.

5. Die Geschichte bis heute

Die Grundlagen, die im 18. und 19. Jahrhundert gelegt wurden, sind ohne weiteres auch noch am Ende des 20. zu erkennen. Man bezieht sich nach wie vor auf die Vernunft der Aufklärung, die, über sich selbst aufgeklärt, heute theoretisch kaum noch überzeugen kann – ohne daß Alternativen ohne weiteres erkennbar wären, geschweige denn praktisch umgesetzt würden.⁶⁰⁷ Die Radikalisierung, die zunehmende Durchsetzung der Moderne hat bisher nicht zu einem Umbruch geführt, der auch nur entfernt mit denen des 11./12. und 18./19. Jahrhunderts vergleichbar wäre. Aber die Konsequenzen der Moderne sind deutlicher zu sehen.

Die Personenbestimmung ist heute variabler denn je, wie auch schon immer begrenzt. Es bleibt die Frage, wie Personen in der Moderne sozial (ein-)gebildet werden.

„Is making up people intimately linked to control? Is making up people itself of recent origin? The answer to both questions might conceivably be yes. We may be observing a particular medico-forensic-political language of individual and social control. Likewise, the sheer proliferation of labels in that domain during the nineteenth century may have engendered vastly more kinds of people than the world had ever known before.“⁶⁰⁸

Aus dieser Unzahl von möglichen Personalisierungen wird die Zuordnung und Fixierung immer schwerer. Der Delinquent als Kategorie des Wissens, wie es SCHEERER nennt, wird im Laufe des 20. Jahrhunderts demontiert.⁶⁰⁹ Zwar wird man zunehmend ‚verdatet‘. „In an important sense, therefore, methods of collecting, constructing, compiling, and storing socially credible information about individuals constitute a technology of person production.“⁶¹⁰ Man wird eine ‚Akten-Person‘, die verortet wird „in a network of writing and mass of documents that capture and fix him or her.“⁶¹¹ Diese Textbasiertheit von Persönlichkeit ist heute besonders ausgeprägt, weil sie im sozialen Verkehr nicht mehr bestimmbar ist und dem selektiven Zugriff der

⁶⁰⁷ Am ehesten überzeugt dabei noch eine auch bei der Letztbegründung selbstreferentiell formulierende Theorie. Die Abschlußformel ist dann nicht Gott, Vernunft, Natur, sondern – Praxis. Kronzeuge einer entsprechenden Epistemologie ist sicher Wittgenstein (1984a). Eine Moralphilosophie versucht mit dieser Theoriestrategie z.B. Walzer (1982).

⁶⁰⁸ Hacking (1986), S. 226.

⁶⁰⁹ Siehe Scheerer (1998).

⁶¹⁰ Cahill (1998), S. 140.

⁶¹¹ Cahill (1998), S. 143.

Funktionssysteme entgegen kommt – in der Wirtschaft als Referenz und Lebenslauf, als Bildungsabschlüsse, Krankengeschichten, Spuren in den Systemen sozialer Sicherung oder der Justiz.

Aber damit wird der Schnelligkeit des Wechsels unter- und die Aussagekraft systemspezifischer Biographien systematisch überschätzt: „Möglicherweise ist die Rapidität des sozialen Wandels und die Komplexität der Systemstrukturen, auf die der einzelne sich beziehen muß, zu groß, als daß eine Persönlichkeit oder ein Charakter als inhaltlich feste Struktur über längere Dauer noch anpassungsfähig wäre.“⁶¹² Arbeitsbiographie, Gesundheitsbiographie, Bildungsbiographie, Familien- oder Beziehungsbiographie sind entkoppelt und werden nur noch bei Störungen synchronisiert. Sie werden nach den Relevanzen der Funktionssysteme gebildet: „Die Biographie, die für jemanden aus der medizinischen Anamnese rekonstruiert wird, berücksichtigt andere Faktoren als das Dossier, das über ihn bei seinem Arbeitgeber oder beim Verfassungsschutz stellvertretend für seine Vita wird.“⁶¹³ Dabei gilt natürlich auch hier, daß die Funktionssysteme im Einzelereignis operational gekoppelt sind, Ereignisse also Mehrfachrelevanzen haben – Krankheiten und Bildung sind auch für den Arbeitgeber interessant, sexuelle Orientierung oder religiöse Konversionen dagegen in aller Regel nicht.

„Als Person wird das Individuum soziale Adresse, wird Garant seiner eigenen Identität im sozialen Verkehr. Es muß dann auch in der Lage sein, bei Nachforschungen, die es selbst betreffen, helfen zu können. Es muß die Probleme, die es mit sich selbst und deshalb mit anderen hat, exponieren, sie zum Beispiel in Gruppensitzungen auf Nachfrage offenlegen können. Es braucht dann eine (notfalls fingierte, oder doch ergänzte) Biographie, um in der Gesellschaft leben zu können. Es muß eine eingeübte Selbstbeschreibung mit sich herumtragen, um bei Bedarf über sich Auskunft geben zu können... Es wird in fast allen Kontexten zwar typisiert ... aber immer doch so, daß in der Typisierung ein Individuum gemeint ist und der Typus nur regelt, wie weit dessen Individualität konkret erforscht und als Prämisse weiteren Verhaltens aktualisiert werden muß.“⁶¹⁴

Wie wir schon gesehen haben, findet das seinen Niederschlag in einer Veränderung der Ratgeber-Literatur. Anfang des 20. Jahrhunderts, *parallel*

⁶¹² Hahn (1982), S. 428.

⁶¹³ Hahn (1982), S. 427.

⁶¹⁴ Luhmann (1989), S. 251 f.

zum Aufkommen der *Rollentheorie* in der amerikanischen Soziologie, änderte sich der Ton in Benimm-Büchern: aus moralischen Traktaten über gutes Benehmen wurden Ratgeber zum effektiven Rollenmanagement ohne moralischen Anspruch.⁶¹⁵ Mitte des 19. Jahrhunderts hätte ein solches Konzept noch Befremden ausgelöst – statt Rollenmanagement stand dort die Demonstration der Einheit der Person und des Charakters und der Verlässlichkeit im Rahmen einer universell gedachten öffentlichen Moral auf dem Programm.

Individualität und Freiheit sind Selbstbeschreibung und Ideologie westlicher Gesellschaften: die Moderne „gives more scope for the construction of self than there is in Greek tragedy but a great deal less than individualism would have us believe.“⁶¹⁶

Strafrechtlich findet man, vor allem im letzten Viertel des 20. Jahrhunderts, in der Gesetzgebung eine klare Tendenz zu abstrakten Gefährdungsdelikten, Absenkung der subjektiven Voraussetzungen von Vorsatz auf (grobe) Fahrlässigkeit und die Wiedereinführung von Präsumtionen.⁶¹⁷ Dabei werden diese Strategien auch kombiniert. Das hat weniger Auswirkungen auf die Vorsatzdogmatik, die im Vergleich zum 19. Jahrhundert im Rahmen eines dreistufigen Verbrechensbegriffs besser systematisiert ist, ohne daß sich die praktischen Probleme und Antinomien verändert hätten, als daß es zeigt, wie die Beschränkungen der Strafbarkeit auch durch ein Vorsatzerfordernis politisch zunehmend nicht mehr akzeptiert werden.

Das mag auf der anderen Seite das Ergebnis einer für die Gerichte zunehmend als problematisch empfundenen Vorsatzzuschreibung aufgrund weniger Indizien sein, vor allem bei hochgradig ambivalentem Verhalten. Daß allerdings solches Verhalten überhaupt kriminalisiert wird, läßt sich zum einen mit der Flexibilität und den Möglichkeiten einer vollpositivierten Rechtsordnung für das politische System erklären, zum anderen mit der Umstellung von notwendigen Gefahren auf kontingente Risiken, d.h. deren Entscheidungsabhängigkeit und damit Zurechenbarkeit, seit dem 19. Jahrhundert – Stichwort: Risikostrafrecht. Das jedenfalls legt das Aufkommen und die Persistenz der *Strict-liability*-Delikte im englischen Recht nahe und die zumeist vollkommen unrealistischen Sorgfaltsanforderungen bei den Fahrlässigkeitsdelikten im deutschen Recht. Was früher als Natur und Un-

⁶¹⁵ So, neben Susman (1984) vor allem Arditi (1994), S. 610, Nachweise und Beispiele auf S. 606.

⁶¹⁶ Arditi (1994), S. 610.

⁶¹⁷ Siehe zum Ganzen z.B. Weigend (1996).

glück verstanden wurde, erkennt man nun als Auswirkung menschlichen Handelns.⁶¹⁸ Auch wenn man weiß, daß Züge entgleisen (Eschede), das Autos notwendig Tote produzieren, genauso wie technische Großanlagen, dann muß man offensichtlich trotzdem klar machen, daß die Opfer keine notwendige Folge dieser Technologien sind, sondern Ergebnisse von Fehlverhalten – irgendwo in der Kausalkette wird auch ein Mensch zu finden sein. Gesellschaftlich ist offensichtlich die Vorstellung wichtig, alles könnte sich verhindern lassen, obwohl man seit QUETELES Moralstatistiken, also spätestens dem 19. Jahrhundert, wissen kann, daß das offensichtlich nicht der Fall ist: wer vor seinem Haus eine Grube aushebt (oder eine Fabrik baut), weiß, daß Passanten hineinfallen werden (oder Arbeiter verunglücken) – ob es der sonst Vorsichtige ist, der kurz unaufmerksam ist, oder der sowieso wenig Vorausschauende, ist letztlich egal und nicht voraussehbar. Trotzdem ist ein Leben, *als ob* diese Fälle nicht vorkämen, offensichtlich notwendig und dies wiederum eine Entwicklung der letzten 150 Jahre. Hier ist nicht der Ort, um weiter ins Detail zu gehen.

Die Kernfrage ist heute prozessual – und das läßt sich eben am materiellen Recht aufweisen –, wie ambivalentes Verhalten als Handeln zugerechnet werden kann. Beim Subventionsbetrug und der umweltgefährdenden Abfallbeseitigung ist das offenkundig. Da man heute Hemmungen hat, die Zurechnung an den moralischen Qualitäten der Verdächtigen festzumachen und sich auch aus den Tatumständen i.d.R. nichts herleiten läßt, fehlen die Kriterien für eine rational nachvollziehbare Zuschreibung. Man müßte raten. Wie weit ist aber diese Art ‚Straftaten‘ von dem entfernt, was die Germanen kannten und ganz auf der äußeren Form beruhte, also als Tat offensichtlich, evident war.

Was man nur sehen sollte, ist, daß es weder um Wissen noch um Wollen in einem subjektiven Sinne geht. Es geht darum, was plausibel zugeschrieben werden kann. Man kann mit den vorfindlichen Indizien bzw. Beweisanzeichen Geschichten konstruieren, die jeweils unterschiedliche Wahrscheinlichkeiten (vielleicht eher: gesellschaftliche Plausibilitäten) für und gegen sich haben.⁶¹⁹ Aber auch die unwahrscheinlichste Geschichte könnte passiert sein.⁶²⁰ Letztlich ist es am Richter wie an der Jury, aus dem Inbegriff der Verhandlung auch Regeldurchbrechungen zu begehen. Die Jury

⁶¹⁸ Siehe allgemein Beck (1986), Luhmann (1991) und die darauf bezugnehmende Literatur.

⁶¹⁹ Siehe Legnaro (1999), S. 66 f.

⁶²⁰ Siehe Legnaro (1999), S. 66, 84.

muß es nicht begründen, der Richter wird mit der Person des Angeklagten argumentieren. Es wäre die Aufgabe einer weiteren Arbeit, eine Typologie der Geschichten, die von Delikt zu Delikt variieren dürften, und ihrer Gegengeschichten aufzubereiten und in diesem Rahmen die Bedeutung der von der Rechtsprechung formulierten Kriterien *soziologisch* (d.h. theoretisch kontrolliert!) nachzuzeichnen in einer Theorie der Normenttäuschung.⁶²¹ Man mag ganz naiv fragen, wie man das eigentlich macht: eine Norm enttäuschen. Aus welchen Kriterien ergibt sich eine solche Deutung? Das müßte erhoben werden. Das steuert, leicht zu sehen, auf eine Technik des Alternativenausschlusses hinaus. Es geht um die Frage, ob in der Tat eine Stellungnahme zur Norm vorliegt, eine Entscheidung gegen die Norm. Die FRANKSche Formel, das zeigt ihre Popularität, ist nach wie vor die prägnanteste Formulierung.

⁶²¹ Wegweisend mit einem ersten, unsystematischen Versuch einer Zusammenstellung (unter allerdings *psychologischen* Prämissen) Freund (1987), S. 31 ff.

E. Zusammenfassung und weiterführende Forschungsperspektiven

Die hier vorgelegte Arbeit ist angetreten, durch das Entwickeln einer soziologischen Formulierung des Bezugsproblems des strafrechtlichen Vorsatzes und der modelltheoretischen Rekonstruktion einer Geschichte der gesellschaftlichen Lösungen dieses Problems das Verhältnis von Rechtsdogmatik, Soziologie und Geschichte zu bestimmen und die Gewinne einer Zusammenschau dieser zunächst inkongruenten Perspektiven aufzuzeigen. Es ging also vor allem um eine neue, vielleicht etwas ungewöhnliche Darstellung von durchaus Bekanntem, und erst in zweiter Linie um normative Konsequenzen im strafrechtsdogmatischen Rahmen. Wie auch immer der Leser oder die Leserin zur *Ausführung* dieser Idee in der vorliegenden Form steht, und der Autor ist sich dessen Unzulänglichkeiten bewußt, wichtig ist vor allem, die Umrisse und Konsequenzen dieses *Programmes* deutlich gemacht zu haben: die heutige Soziologie bietet ein theoretisches Instrumentarium, mit dem sich zunächst Unvergleichbares vergleichen läßt, hochabstrakte Grundbegriffe, mit denen sich gerade die jeweiligen Unterschiede – bei allen Gemeinsamkeiten – rekonstruieren lassen. Denn die Gemeinsamkeit von Soziologie, Recht und Geschichte ist: daß sie *in* Gesellschaft stattfinden. Und: daß sie *über* Gesellschaft handeln.

Im **Einleitungskapitel** wurde dargestellt, wie das Staunen über die Anomalien der Vorsatzdogmatik nach über 200 Jahren wenig fruchtbarer Lösungsversuche heute zu einer Problematisierung der gesamten wissenschaftstheoretischen und dogmatischen Basis der (Straf-)Rechtswissenschaft drängt, denn anders läßt sich ein weitere Beitrag zu diesem Problemkreis kaum rechtfertigen. Diese Arbeit ist der Versuch zu zeigen, daß sich, wenn man sich entscheidet, soziologisch informiert Dogmatik zu betreiben, diese Anomalien normalisieren lassen und dabei zusätzlich eine Konzeption einer gesamten Strafrechtswissenschaft herauspringt, die in der Lage ist, unterschiedliche Disziplinen ins Gespräch zu bringen und ihre Erkenntnisse zu integrieren.

Das **zweite Kapitel** hatte nun die Aufgabe, die wissenschaftstheoretischen Grundfragen zu klären. Dazu wurde zunächst in den rechtsdogmatischen Streitstand zur Vorsatzdogmatik eingeführt, wobei lediglich die wesentlichen Argumentationsstrategien herausgearbeitet werden sollten. Die Diskussion im deutschen Recht zeichnet sich dabei weit überwiegend durch eine psychologische Deutung des Vorsatzes aus, wobei die Auseinandersetzungen dann vor allem darüber geführt werden, wie die rechtlich relevanten Mentalzustände zu beschreiben sind, nämlich was intellektuell und u.U. zusätzlich motivational bei einem Täter während der Tat vorauszusetzen ist. Eine Konsequenz dieses Ansatzes ist, daß Verbände keine Straftaten begehen können, weil es naturgemäß schwierig ist, sich bei Personenmehrheiten diesen originär zukommende Mentalzustände vorzustellen und eine Zurechnung fremden Verschuldens wegen des höchstpersönlichen Charakters strafrechtlicher Schuld nicht in Betracht kommt. – Die beweisförmige Einlösung des Vorsatzes wird vor allem über Beweisanzeichen versucht, die als Merkmale von Tat und Täter in der Tatsituation vorliegen müssen.

Im englischen Recht gilt zwar auch eine psychologische Grundkonzeption. Der Vorsatz wird aber zum einen stärker nach kriminalpolitischen denn dogmatischen Bedürfnissen bestimmt, zum anderen durch das Jury-System häufig nicht näher definiert und subsumiert, sondern durch implizite Alltagstheorien gefüllt, so daß auch Beweisfragen selten eine Rolle spielen. Die kriminalpolitische Orientierung hat zur Folge, daß bereits seit dem 19. Jahrhundert sowohl Verbände haften können als auch natürlichen Personen das Verschulden anderer zugerechnet werden kann.

Nach dieser kurzen Orientierung über den Stand der Dogmatik ging es im folgenden darum, sich die wissenschaftstheoretischen Grundlagen für eine Analyse der Vorsatzdogmatik zu verschaffen. Dabei wurden sehr gedrängt die Struktureigenschaften der Rechtsdogmatik als Wissenschaft, deren Operationsweise und die Bedeutung und Funktion von Theorien und Methoden im Recht dargestellt. Zentrales Ergebnis war, daß die systematische Durcharbeitung des Rechts wissenschaftlicher Imperativ ist, will man gute (hier vor allem: nicht-beliebige) Wissenschaft treiben.

So wurde im nächsten Abschnitt versucht, eine Systematik zu entwerfen, die sich nicht als Begriffssystematik, sondern als Problemzusammenhang begreift. Aus einer funktionalistischen Perspektive konnten so unterschiedliche Ebenen der Problemlösung identifiziert werden, nämlich im Rahmen des *Rechtsbegriffs*, der *Rechtsbereichstheorien*, der *Institute* (geordnet nach AT und BT) und der *Tatbestandsmerkmale*. Jede dogmatische Position sollte sich in dieser Systematik verorten lassen. Das wurde in Hinblick auf

ein Schuldstrafrecht versucht, wobei einmal mehr die mit dieser Theorieoption verbundenen Anomalien deutlich wurden: die Probleme der Idee einer *Verhaltenssteuerung durch Recht*, eines *Vergeltungsstrafrechts*, eines psychologisch fundierten *Handlungsbegriffs* und eines moralabhängigen *Normenbestandes* sowie nicht wahrnehmbarer *Tatbestandsmerkmale*. Die Alternative wird in dieser Arbeit wesentlich in einer soziologisch formulierten Theorie positiver Generalprävention gesehen. Damit sind die obigen Fragestellungen konsistent wie folgt zu beantworten: Funktion des Rechts ist die kongruente Generalisierung von Normen; dabei geht es im Strafrecht um die Generalisierung von Normen, die zur Sicherung gesellschaftlicher Differenzierung notwendig sind; in den Instituten des Strafrechts, also den Lehren des AT und BT, werden die Konstitutionsbedingungen von Kommunikation und die zu schützenden Normen beschrieben; im Rahmen der Tatbestandsmerkmale werden dann konkrete Abgrenzungskriterien für Fälle gebildet und von diesen wiederum definiert. Dabei kann man sich auf die im folgenden Kapitel soziologisch nachzuzeichnenden Strukturen der Vorsatzidentifikation stützen.

Das **dritte Kapitel** nun beschäftigte sich damit, eine soziologische Formulierung der Theorie positiver Generalprävention anzubieten, die in der Lage ist, die zentralen rechtsdogmatischen Fragen zu behandeln. Die wesentliche Voraussetzung des dritten Kapitels ist, daß Soziologie, Recht und Geschichte je in ihrer Art Gesellschaft beschreiben und daß die Systemtheorie LUHMANNscher Provenienz in der Lage ist, diese Beschreibungen vergleichbar zu machen. Der erste Schritt dahin war erst einmal die Entwicklung des begrifflichen Instrumentariums, insbesondere der Begriffe Kommunikation, Handlung, Person, Norm und Recht. In dieser Arbeit wurde, LUHMANN folgend, Kommunikation als die Synthese der dreifachen Selektion von Information, Mitteilung und Verstehen definiert. Vorsatz, so die hier vertretene These, ist nun die Identifikation von Mitteilungsverhalten im strafrechtlich relevanten Kontext. Was unter Mitteilungsverhalten zu verstehen ist, wurde versucht, ausführlich zu erläutern, vor allem auch dessen Identifikation über gesellschaftliche Erwartungsstrukturen.

Daß eine Straftat das Verstehen der Mitteilung einer strafrechtswidrigen Information ist, also kommunikativer Widerspruch einer Norm, ist erst einmal nicht neu oder besonders originell. Was hier beschrieben wird, ist ja das, was schon immer passiert und jedem Strafrechtler und jeder Strafrechtlerin hochvertraut sein sollte. Die soziologische Umschreibung hat nur den Sinn, aus diesem einfachen Sachverhalt *theoretisch kontrolliert* Konsequenzen ziehen zu können. Sehr wohl neu und ungewöhnlich sind

dann genau diese Konsequenzen, denn aus dieser Sicht ergibt sich, daß Vorsatz allein eine soziale Erscheinung ist und seine Realität nur als kommunikative Referenz hat. Es gibt kein Dahinter, kein Substratum, auf das sich das kommunikative Konstrukt Vorsatz beziehen würde. Jedenfall ist es, was immer psychisch ablaufen mag, sozial nicht erreichbar, ein „Ding an sich“.

Die Zurechnung des Vorsatzes, also seine soziale Attribution zu einer Person, ist kontingent und nicht in der Natur der Sache, einer Handlungsontologie oder sonstwo vorentschieden, sondern *Eigenleistung des Kommunikationssystems* selbst. Es geht deshalb nicht mehr darum, so FUCHS,

„die Motive, die Intentionen, die Selbstbeschreibungen von Subjekten heranzuziehen, sondern vielmehr darum, die sozialen Strukturen zu erkunden, denen ein Bewußtsein nicht nur den Druck verdankt, überhaupt Motive nennen zu müssen (um sich dann daran zu gewöhnen, welche zu haben), sondern auch die Menge der zugelassenen, der kommunikablen Motive.“¹

Die heute wirksamen Zuschreibungsstrukturen sind ohne entsprechende empirische Forschung nicht aufzuklären, was den Rahmen dieser Arbeit gesprengt hätte. Theoretisch plausibel lassen sich aber folgende Hypothesen bilden: Soziologisch sind die unterschiedlichen Vorsatzformen in Hinblick auf ihre *Identifikation* vor allem deshalb verschieden, weil sie von unterschiedlichen Mechanismen der Zuschreibung und Distanzierung abhängen: Die Hauptfolgen einer Handlung (Absicht) von *Motivzuschreibungen*, die Nebenfolgen (direkter und Eventualvorsatz) von *Wissenszuschreibungen*. Man muß sich entsprechend entweder als *guter* oder als *unwissender* Mensch präsentieren. Ob das verfährt, hängt von durch empirische Forschung zu klärende Umstände ab.

Bei den Nebenfolgen verlagert sich die soziale Problematik ganz auf die Wissenszuschreibung – und Person, Rolle, Situationsgeschichte legen dann nur nahe, was gewußt wurde. Das wesentliche Problem der Nebenfolgen ist, daß sich hier Handlung und Erfolg tatsächlich unterscheiden lassen. Die Frage ist, inwieweit sich Personen von den Konsequenzen ihres Handelns im Wissen um von ihnen durch ihre Handlung gesetzte Risiken distanzieren können. Der Unterschied zwischen *direktem Vorsatz* und *Eventualvor-*

¹ Fuchs (1997), S. 59. Das ist natürlich keine neue Erkenntnis. Etikettierungstheorie und Rollentheorie argumentieren seit Jahrzehnten in die gleiche Richtung. Die Systemtheorie bestätigt diese Position aus ihrer theoretischen Sicht lediglich.

satz ist der Unterschied, inwieweit eine Distanzierung *absurd* wäre oder lediglich die *Unvernunft* des Handelnden dokumentieren würde.

Die Formen der Wissens- und Motivzuschreibungen lassen sich nun jedoch nicht als Handlungsbeschreibung fassen und in Tatbestandsmerkmale auflösen. Wenn es um mehrdeutiges Verhalten geht, um Sinn-Deutung anhand von situativen, rollenspezifischen und personalen Normalitätsannahmen, von gesellschaftlich tradierten Geschichten, dann hilft die Dogmatik nicht weiter, denn die Weite der Umstände, die für eine Deutung relevant sein könnten, läßt sich dogmatisch nicht einfangen.

Das endgültige Urteil, wie weit die Weite der Umstände wirklich ist oder ob es sozial letztlich doch eine Beschränkung auf wenige Aspekte im Sinne einer *sozialen* Heuristik gibt, muß empirischen Untersuchungen überlassen bleiben. Möglicherweise vergleichbar ist der Fall der Strafzumessung, die sich tatsächlich lediglich an etwa drei Kriterien orientiert: Schwere der Tat, Höhe des Schadens, Vorstrafen.² Das macht klar, warum der ehrwürdige Versuch, eine abschließende, anwendungsfähige Vorsatzdefinition zu geben, **scheitern muß**.

Die Lösung des Problems liegt dementsprechend woanders. Vorsatz ist keine Tatsache und läßt sich auch nicht entsprechend abschließend beschreiben. Die Lösung findet sich so in der freien Beweiswürdigung *mit Begründungspflicht*. Die historische Veränderung des Vorsatzverständnisses läßt sich vor allem daran erkennen, was gesellschaftlich als *Beweisanzeichen* plausibel erschien, welche sozialen Konstellationen wie eingeleuchtet haben. Wollte man nun bis herunter auf die Ebene der Beweisanzeichen normieren, hätte man eine *gesetzliche Beweistheorie*, die gerade deswegen abgeschafft wurde, um der *Komplexität sozialer Zuschreibungen* Raum zu geben. Mehr als *Fallgruppen* zu bilden, die auf *Ähnlichkeit* setzen und von denen per begründetem *distinguishing* abgewichen werden kann, *Typen*, die durch atypische Konstellationen außer Kraft gesetzt werden können, ist kaum möglich.³ Hier werden dann auch die Grenzen der Einarbeitung soziologischer Erkenntnisse in die Dogmatik deutlich. Vielleicht ließen sich noch Verwertungsverbote, die ja praktisch bisher immer nur Darstellungsverbote im Urteil sind, bei kritischer Durchsicht der sozialen Kriterien für eine Vorsatzzuschreibung aufstellen. Die Alternative wäre, die *sozial praktizierte* (und eben durch bestimmte Erwartungsstrukturen

² Siehe Schöch (1993), S. 527 m.w.N., Albrecht (1994).

³ Siehe zu ähnlichen Überlegungen im Bereich der Strafzumessung bei Schöch (1993), S. 525.

reduzierte) Komplexität durch *rechtlich vorgegebene* Unterscheidungen im Verfahren radikal zu reduzieren. Möglichkeiten, die historisch getestet wurden, wären der *Versari-in-re-illicita*-Grundsatz oder die Vorsatzpräsumtion, die nicht deshalb problematisch sind (oder wurden), weil sie dem „tatsächlichen“ Vorsatz als Bewußtseinslage widersprechen könnten, sondern, weil sie nicht dem entsprechen, was außerrechtlich als Vorsatz sozial hergestellt wird.

Darüber hinaus folgen aus dieser Sichtweise auch einige Anregungen zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Personenmehrheiten, insbesondere Wirtschaftsunternehmen. Es ist dann nämlich keineswegs mehr so, daß nur natürliche Personen in der Lage wären, vorsätzliche Straftaten zu begehen. Tatsächlich werden Unternehmen ohne weiteres Kommunikationen zugeschrieben – die Post, die Telekom, Monsanto haben dieses und jenes getan –, und an diese Zuschreibungen kann das Strafrecht anschließen. Die Zurechnung erfolgt über die Mitgliedschaftsrolle der natürlichen Personen. Alle getroffenen Entscheidungen werden dann der Organisation zugerechnet. Die Frage ist, ob es sich um einen vermeidbaren Normbruch handelt, also ob die Organisation den Normbruch hätte verhindern können, wäre sie dazu motiviert gewesen. Insofern gilt die gleiche Prüfung wie im Individualstrafrecht.

Die Nachzeichnung der Erwartungsstrukturen zur Vorsatzidentifikation, die wesentlich im gesellschaftlichen Personenmodell als Kollage individueller, rollenbezogener und programmförmiger Erwartungen zu finden sind, war dann der Ausgangspunkt für die anschließenden modell-theoretischen Überlegungen, die sich wesentlich auf historisches und ethnologisches Material gestützt haben. Die Frage ist so einfach gestellt wie schwer zu beantworten, nämlich wie gesellschaftlich geklärt, nach welchen Regeln bestimmt worden sein könnte, *was* jemand geäußert und mit dieser Äußerung *gemeint* hat – bezogen auf normenttäuschende Kommunikation.

Im **vierten** und bei weitem längsten **Kapitel** wurde im wesentlichen auf drei Epochen eingegangen: der vor dem 11. Jahrhundert, der zwischem 12. und 17. Jahrhundert und der vom 18. Jahrhundert an. Die Umschlagpunkte im Vorsatzkonzept liegen dementsprechend etwa im 12./13. und 18./19. Jahrhundert. Es wurde dabei schwerpunktmäßig mit der Entwicklung in Großbritannien und Deutschland behandelt, weil sie bei aller gemeinsamer europäischer Geschichte beide politisch und rechtlich durchaus unterschiedliche Wege gegangen sind. Dabei waren zwei Themenkomplexe leitend: die Rechtskultur bzw. Art der Konfliktlösung auf der einen Seite, die Grundzüge des Personenkonzepts auf der anderen. Die gesellschaftliche

Geschichte und die Rechtsgeschichte der Kommunikationsverbuchung wurde entsprechend aufbereitet. Das ist nicht die Wahrheit über den Vorsatz, aber es ist ein *Modell*, das mit dem Anspruch auftritt, plausibel zu sein und zumindest als wissenschaftliche Hypothese ernstgenommen zu werden.

So ergibt sich für **segmentäre** Gesellschaften, daß der Modus der Mitteilungsideifikation ganz wesentlich durch die Person in einer Situation bestimmt ist – ohne daß es einer Referenz auf eine wie auch immer geartete Innerlichkeit bedurft hätte. Die Handlungsbedeutung zwischen Personen, die ganz Rollenträger waren und sich nicht im sozialen Verkehr selbst bestimmten, also etwa ihre Identität selbst wählen konnten, war in einem gegebenen Setting eindeutig. Normverletzende Handlungen waren offenkundig und in keiner Weise ambivalent, diese Zeit steht unter der strengen „Herrschaft der Form“ (Ebel). Die ‘Straf’taten der Zeit konnten ihrem Charakter nach kaum *unvorsätzlich* begangen werden. Das ist in einer Gesellschaft ohne staatlich organisierte Strafverfolgung auch ganz naheliegend: In archaischen, vorstaatlichen Gesellschaften ohne ausdifferenziertes Recht, ohne Rechtsprechung und zentrale Rechtsdurchsetzung ist ein so voraussetzungsvolles Vorsatzkonzept wie heute undenkbar. Es gab ja keine Instanz, die Zweifelsfälle autoritativ hätte klären können. Die Identifikation von Mitteilungen hing deshalb zentral an der Interpretation Statushöherer *innerhalb* von Gruppen und an evidenten Situationen *zwischen* Gruppen. Die *Form*, der Eindruck, die Größe der Provokation bei Opferdelikten (und das waren die allermeisten) war ausschlaggebend. Was hier häufig als „Strafe“ apostrophiert wird, war dann schlicht der Abkauf des Fehderechts, was um so teurer wurde, je niederträchtiger und provokativer die Schädigung war. Alles lag auf der Hand, nichts war verborgen.

In **stratifizierten** Gesellschaften wird die vormalig vor allem politische Bedeutung von ‘Straf’taten, nämlich in ihrer Bedeutung als Fehdeanlaß, nun moralisch-religiös überformt. Die Gottes- und Landfriedensbewegung im Zuge der Staatenbildung macht aus der Tat als Herausforderung der Sippe des Opfers die individuelle Sünde. Im Europa des zwölften und dreizehnten Jahrhunderts wird das Gewissen über seine neue und maßgebliche Bedeutung für die Sünde erlösungsrelevant und über die Beichtpflicht gesellschaftlich verankert. Der Mensch gewinnt mit der neuen Innerlichkeit eine Tiefendimension, die es in segmentären Gesellschaften noch nicht gab. Damit werden die alten formalen Beweismittel (Eideshelfer, Gottesbeweis, Zweikampf) obsolet, an ihre Stelle tritt das Geständnis als *regina probationum*, zu dessen Erlangung die Folter auf dem Kontinent große Bedeutung gewinnt. Zweifelsfälle der Kommunikationsverbuchung werden nun vor

allem über die religiös-moralische Bewertung von Personen geklärt. Die Person wird gegenüber der Rolle, die sie als Statusrolle spielt, zunehmend verselbständigt und damit vergleichbar – Vergleiche, an deren Differenzen wiederum Moral anschließen konnte.

Die Vorsatzzuschreibung, die Zuordnung eines Täters zu einem *corpus delicti*, konzentrierte sich dabei ganz auf Personen, die Taten zuzutrauen waren. So wie das germanische Strafrecht auf vertypte Situationen setzte, setzte das Mittelalter auf Personen. Nur ehrlose Menschen tun böse Sachen, ehrbare nicht. – Das mag die wesentliche Auslegungsregel gewesen sein. Fehlte aber der ehrbare Mensch zu offensichtlich, entpuppte er sich also tatsächlich als ehrlos, dann konnte auch er verurteilt werden. Diese Auslegungsregel berücksichtigte man i.d.R. schon bei der Anwendung der Folter: so wurde diskutiert, ob Adelige überhaupt gefoltert werden dürften, bejahte das zwar für die *schwereren* Delikte, aber riet zur Zurückhaltung⁴; man war in den rechtlichen Voraussetzungen der Folter deutlich täter- denn tatorientiert, legte Wert auf Charakterzeugen mehr als auf Tatzeugen und fragte sich vor allem, ob der Beschuldigte nicht eher schädlich denn nützlich sei – eine Frage, deren Beantwortung ganz wesentlich von der *sozialen Integration* des Beschuldigten abhing. Es war also mehr die ständisch geprägte Personenbeschreibung als die Situation, die Verhalten als sinnhafte Handlung bestimmte – jedenfalls was gerichtliche Sanktionen betraf.

Materiellrechtlich findet das kaum Niederschlag. Der Vorsatz spielt nun zwar bei den allermeisten Delikten eine Rolle, als generelle Strafbarkeitsvoraussetzung wird er jedoch noch nicht formuliert. Nach der Carolina in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts bildete sich durch die Praxis der Aktenversendung an Gerichte und Fakultäten zur Klärung von Zweifelsfällen langsam eine zunehmend problembewußtere Strafrechtsdogmatik heraus. Man erreichte bald die kritische Fallzahl, die eine systematische Behandlung und Ordnung der Fälle notwendig machte. Daran konnten dann erste Konsistenztests anschließen – ein innerjuristisches Problembewußtsein begann sich zu entwickeln. So ergab sich allerdings noch kaum ein Begriffssystem. Entsprechend wurden die mit der Rezeption eingeführten und mit unterschiedlicher Akzentsetzung definierten römischrechtlichen Begriffe *dolus*, *culpa* und *casus* vor allem zur Kategorisierung von Fällen nach Strafsanktionen (z.B. Galgen, Schwert, Rad) genutzt, nicht als allgemeine Strafbarkeitsvoraussetzung im Rahmen eines Verbrechensbegriffs. Man dachte von der Strafe her und vom Täter, nicht von der Tat.

⁴ Siehe Gewinner (1934), S. 117 ff.

In England wird ein allgemeines Vorsatzerfordernis schon im 13. Jahrhundert formuliert, aber zunächst nur für die Einzeldelikte je spezifisch durchgeführt, bis es sich im 17. Jahrhundert generell durchsetzt. Besonderheiten bleiben allerdings bestehen, vor allem beim Mord. Auch hier fehlt eine begriffssystematische Ausarbeitung, dies aber auch aus einem anderen Grund. Durch das Jury-System bedurfte es in vielen Fällen keiner genauen Definition von Begriffen: Die Jury mußte sich selbst einen Reim machen aus Begriffen wie „böse Absicht,“ – und tat das meist unproblematisch. Weil die Jury zudem bis ins 16. Jahrhundert auch als *fact finder* und nicht als bloßer *trier of fact* fungierte, war sie in der Lage, durch Faktenmanipulationen ihre Auffassung darüber, wer als Gemeinschaftsmitglied zu verurteilen war und wer nicht, leicht gegen die Richter durchzusetzen. Auch hier ging es um die Frage, ob Person und Sanktion zusammenpaßten, nicht ob unabhängig von Person und drohender Sanktion eine Tat begangen wurde. Diese Abhängigkeit von Gemeinschaftsanschauungen hemmte die dogmatische Ausarbeitung wesentlich und änderte sich erst im Zuge des aufkommenden kontradiktorischen Anwaltsprozesses im 19. Jahrhundert. Da im übrigen das Geständnis keine prozeßbeherrschende Stellung hatte wie im Inquisitionsprozeß, war auch die Folter im wesentlichen entbehrlich.

Insgesamt war die Vorsatzdogmatik noch wenig ausgearbeitet. Sie erlaubte es jedoch, ein gesellschaftliches Problem gesellschaftsadäquat zu lösen, nämlich Erwartungsenttäuschungen zu prozessieren und Erwartungen zu stabilisieren. Ging das bei den Germanen und im frühen Mittelalter noch über ein Recht zwischen Sippen und die Alternativenlosigkeit von Situationsdeutungen, so wird das Recht des Mittelalters und der frühen Neuzeit auf den Einzelnen bezogen, der sich durch Stand und eine religiös abgesicherte Moral als Deutungsmuster für die Handlungsidentifikation bestimmen ließ.

Auf dem Kontinent wird mit dem Wegfall der Folter im **18. Jahrhundert** die Vorsatzdogmatik in eine Krise gestürzt. Das bisher bestimmende Beweismittel ist den Gerichten genommen und Sicherheit in der Handlungsidentifikation ist nun weder in der Form noch in der Person zu finden, denn mit dem Zusammenbruch der Ständegesellschaft und einer absolut gültigen, religiös gedeckten Moral wird die Personenorientierung problematisch. Recht, Moral und Religion gehen endgültig getrennte Wege. Damit rückt die Tat in den Vordergrund, die Person wird nur noch zur Tataufklärung wichtig statt, wie in stratifizierten Gesellschaften, die Tat zur Personenaufklärung.

Man macht sich auf die Suche nach anderen *objektiven* Kriterien für die Bestimmung der Bedeutung von Handlungen, vor allem, um möglichen Tätern die allzu leichte Ausrede abzuschneiden, sie hätten die Konsequenzen ihres Handelns nicht gewollt. Die Moderne ersetzt die bis dahin noch relativ konkreten, aber wenig individualisierten Personenbeschreibungen durch situative Motivlagen, zunehmend orientiert an Theorien politisch und wirtschaftlich rationalen Handelns. Zwar diskutiert man zunächst über die Möglichkeit von Vorsatzpräsumtionen, das wird aber mit der Einführung der freien Beweiswürdigung unnötig, die eine Übernahme von Alltagsplausibilitäten erleichtert. Im Unterschied zum Jury-System führt die Begründungspflicht jedoch dazu, daß sich Kriterien herauskristallisieren, die im reformierten Prozeß als zu erhebende Tatsachen für den Vorsatz dienen können. Nach welchen Kriterien wiederum diese Kriterien zu gruppieren sind, ist ein wesentlicher Teil der strafrechtsdogmatischen Diskussion in den letzten 150 Jahren.

Im englischen Recht sind die Brüche durch die scheinbare Kontinuität der Institutionen schwerer zu sehen, aber nichtsdestoweniger immer noch deutlich auszumachen. Deutlich ist das Bemühen um eine Subjektivierung und Individualisierung des Vorsatzes in den Reformbewegungen des 19. Jahrhunderts zu erkennen, aber auch seine immer stärkere technische und kaum noch moralische Bedeutung. Damit handelt man sich allerdings die gleichen Probleme ein wie auf dem Kontinent, nämlich wie man bei einer stark subjektiven Definition des Vorsatzes objektive Kriterien für die Identifikation von normwidrigen Handlungen entwickeln kann.

Das Problem der Vorsatzbestimmung hat sich bis heute möglicherweise verschärft, nicht aber grundsätzlich gewandelt. Die Fortschritte der forensischen Wissenschaften gleichen zwar etwas die Unbestimmtheit der Person und Ambivalenz vieler Situationen aus, eröffnen aber auch wieder Unsicherheiten in dem Maße, wie ihr Wahrheitsanspruch fraglich wird. Man kann sich nur noch auf Wahrscheinlichkeiten berufen – und weiß, es könnte immer auch anders gewesen sein.

Damit ist letztlich das Problem bezeichnet, für das es keine einfache Lösung gibt. Eine Rückkehr zur Personenorientierung wird als illegitim empfunden, eine Einschränkung der Straftaten auf wenig ambivalente Verhaltensweisen ist aus anderen Gründen problematisch. Genau das macht verständlich, warum das Vorsatzerfordernis in der neueren Gesetzgebung gerade in bezug auf hoch ambivalentes Verhalten möglichst umgangen wird. Vorsatz heute ist ein von allen politischen oder moralischen Konnotationen gereinigter Rechtsbegriff: Es geht allein um die Frage, ob eine negative

Stellungnahme zur Norm vorliegt oder nicht. Und das ist im Rahmen einer vollpositivierten Rechtsordnung in vielen Fällen kaum noch eindeutig zu beantworten.

Der Personenbegriff hat sich gewandelt: von der untrennbaren Rollenperson in segmentären Gesellschaften zur sozial bestimmten Person, die als Individuum zu erkennen, aber nicht gesellschaftlich zu institutionalisieren ist im Rahmen stratifizierter Gesellschaften. Man spielte bereits eine Rolle, aber die Rollenwahl war nicht etwa kontingent, sondern durch Geburt zugewiesene Aufgabe. Darauf folgte in der Moderne die individuell sich bestimmende Person oder, wie Mauss es schreibt: von der Rolle zur Person, von der Person zum Selbst. Genauso hat sich auch der Vorsatzbegriff verändert: von einem Vorsatz, der mit der Handlung identisch war, zu einem inneren Vorsatz, der *außen* zu erkennen *war* (das Geständnis unter der Folter reichte lange Zeit, obwohl die Kritik an der Folter so alt war wie die Folter selbst), zu einem inneren Vorsatz, der nun psychologisch *gedeutet* wird (womit die Folter inadäquat wird, weil das Geständnis ja falsch sein kann). Das Mittelalter hat das Gewissen und die Innerlichkeit erfunden, die Moderne das psychologische Faktum.

Beim Vorsatz ging es immer um die Identifikation einer Äußerung, eines sinnhaften Ausdrucks. Dieser Kern des Vorsatzbegriffs ist jedoch umlagert worden von unterschiedlichen Hüllen, von unterschiedlichen Verständnissen, die ihn eingebunden haben in einen weiteren Kontext. In archaischen Gesellschaften geht es um die Provokation, die eine Fehde auslösen kann, darum also, was und zu welchem Preis abgelöst werden kann, um die Blutrache zu verhindern. Er war insofern auch ein **politischer** Begriff.

„At the beginning when the object of criminal administration was to restrict and supplant the blood feud, the mental factor was of importance insofar as it determined the provocative nature of the offence; a malicious burning of another's dwelling house being far more provocative than an accidental one, judges must distinguish between malicious and accidental burnings.“⁵

In stratifizierten Gesellschaften wird er als religiös gedeutete **Moral** gefaßt – es geht um Personenbewertungen, nicht mehr um die Wirkung auf die ‚Öffentlichkeit‘ und das Opfer, sondern um eine Qualität des Täters.⁶ Vor-

⁵ Sayre (1932), S. 1016.

⁶ Diesen Wechsel vom Fehdebezug zur Bewertung der Einzelperson sieht auch Lévi (1922), S. 127 im Hebräischen Recht.

satz wird moralisiert. Damit verliert er seine gewaltnähe, d.h. seine politische Konnotation.

„Under the dominant influence of the canon law and the penitential books the underlying objective of criminal justice gradually came to be the punishment of evil-doing; as a result, the mental factors necessary for criminality were based upon a mind bent on evil-doing in the sense of moral wrong.“⁷

In der Moderne schließlich geht es eigentlich nur noch um die ‚nackte‘ Vorsatzfeststellung – weder um Moral noch um Provokation. Der rechtliche Vorsatz ist seiner Multifunktionalität entkleidet, damit ausdifferenziert und spezialisiert. Er bezieht sich nicht mehr auf Opfer oder Täter, sondern auf eine Handlung, und die Juristerei befragt die Wissenschaft nach Hinweisen. Der Vorsatz wird **psychologisiert**, Motive treten in den Hintergrund.

„Although we convict for ‚malicious‘ burnings, ‚malice‘ in such cases no longer means the intent to injure in a feud-provoking way, nor does it any longer mean general malevolence or a mind bent upon evil. It has acquired a technical signification. Today it means simply a narrow specific intent to burn a house occupied as a dwelling; the motive may be entirely free from malevolence or the desire to injure.“⁸

Diese historische Multifunktionalität fügt dem Vorsatz mit seiner Kernfunktion weitere Relevanzen hinzu. Das ist unschädlich, verhindert aber eine funktionale Spezifizierung, nämlich die Reduzierung auf das bloße Mitteilungsverhalten. Früher wollte man mit der Handlung etwas über die Person herausfinden und fragte, was die Handlung über deren Motive aussagte. Heute will man mit Hilfe der Person etwas über die Handlung herausfinden: ob er *das* tun wollte – oder nicht. „In this way the criminal law seems to have progressed from motive to intent.“⁹

Vorsatz spielte damit in unterschiedlichen Gesellschaften jeweils eine andere Rolle, er löste gesellschaftlich unterschiedliche Probleme, je nach dem, ob er in archaischen, stratifizierten oder funktional differenzierten Gesellschaften lokalisiert wird. Man kann insofern in der Tat lediglich von einem Wandel, kaum aber von einem *Fortschritt* der Vorsatzregeln sprechen. Eine solche **Historisierung** aber gelingt allein im Rahmen einer soziologisch informierten Dogmatik.

⁷ Sayre (1932), S. 1016 f.

⁸ Sayre (1932), S. 1017.

⁹ Sayre (1932), S. 1019.

In der hier vorgelegten Arbeit ging es darum, einen neuen Ansatzpunkt einer einheitlichen gesamten Strafrechtswissenschaft zu erarbeiten. Daher wurde sie bewußt breit angelegt mit vielen Defiziten und offen Fragen im Detail. Jedenfalls: Erst wenn man die soziale Wirklichkeit des Rechts ernst nimmt, wenn man zum Perspektivenwechsel bereit ist, läßt sich die ganze Potenz einer solchen gesamten Strafrechtswissenschaft erschließen. Dazu wird eine Theoriesprache benötigt, die in der Lage ist, diese unterschiedlichen Perspektiven zu integrieren und ihre Ergebnisse übertragbar zu machen. Die soziologische Systemtheorie bringt dazu hervorragende Voraussetzungen mit.

Will man sich weiter von Fragen um den Vorsatz leiten lassen, wären z.B. anhand konkreter Beobachtungen und Fälle die Mechanismen der Vorsatzzuschreibung heute zu klären. Dabei ist vor allem auf die unterschiedlichen Programme in Interaktion, Organisationen und Gesellschaft zu achten. So ist zu fragen, wie die Vorsatzidentifikation normalerweise ohne Bezug zum Recht in Interaktionen abläuft, wie bei der Polizei, der Staatsanwaltschaft und den Gerichten, wie in den Interaktionen dieser Organisationen, wie in schriftlichen Verfahren. Das ist ein *soziologisches* Programm für die Wissenschaft, die sich mit der kommunikativen Praxis der Unterscheidung Konformität/Devianz beschäftigt – Kriminologie. Dazu gehört auch die Geschichte dieses Unterscheidungsgebrauchs, dazu gehört auch ihre Rekonstruktion im Rechtssystem als Recht/Unrecht und im Gesundheitssystem als Krank/Nichtkrank, in der Theologie als Sünde/keine Sünde usw. Damit ist ein Forschungsprogramm markiert, das hohen wissenschaftlichen Reiz hat, weil es insgesamt theoretisch integriert und kontrolliert vorgeht in einer Weise, die bisher nicht einmal in Absichtserklärungen aufscheint. Es geht um Theoriebau und es geht um Methoden, also Wissenschaft. Es geht zunächst nicht um in irgendeiner Weise handlungsleitende Fragen. Sich gerade in einem so „praktischen“ Feld wie der Kriminologie diesem Handlungsdruck zu entziehen, ist wissenschaftlicher Imperativ. Wer anderes machen will, soll anderes machen und wird dafür sicher seine Meriten ernten. Bei all diesen Projekten sollte man allerdings nicht die Aufgabe einer *wissenschaftlichen* Kriminologie aus den Augen verlieren: eine möglichst hochauflösende Beschreibung der Konstitution von Devianz in der Gesellschaft durch die Gesellschaft.

Dafür aber fehlen uns bisher die theoretischen Grundlagen und eine darauf abgestimmte Methodologie. Die soziologische Systemtheorie bietet die Begriffe für das eine. Damit haben wir einen wertvollen Kompaß in der Hand. Alles andere liegt noch vor uns.

Literaturverzeichnis

- Achenbach, H. (1995), Ahndende Sanktionen gegen Unternehmen und die für sie handelnden Personen im deutschen Recht, in Schünemann, B./Figueiredo Dias, J. de (Hg.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin, Köln: Heymann, S. 283 ff.
- Achter, V. (1951), Geburt der Strafe, Frankfurt/M.: Klostermann
- Albrecht, H.-J. (1993), Generalprävention, in Kaiser, G./Kerner, H.-J./Sack, F./Schellhoss, H. (Hg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3., völlig neu bearbeitete und erw. Auflage, Heidelberg: Müller, S. 157 ff.
- Albrecht, H.-J. (1994), Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes, Berlin: Duncker & Humblot
- Albrecht, H.-J./Dünkel, F./Spieß, G. (1981), Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik, MSchrKrim 64, S. 310 ff.
- Allan, N. J. (1985), The category of the person: a reading of Mauss's last essay, in Carrithers/Collins/Lukes (Hg.), S. 26 ff.
- Amira, K. von (1882), Nordgermanisches Obligationenrecht, Bd. 1, Leipzig: Veit
- Amira, K. von (1895), Nordgermanisches Obligationenrecht, Bd. 2, Leipzig: Veit
- Arditi, J. (1994), Geertz, Kuhn and the idea of a cultural paradigm, in British Journal of Sociology 45, S. 597 ff.
- Aristoteles (1995), Philosophische Schriften, Bd. 5, Hamburg: Meiner
- Ashworth, A. (1995), Principles of Criminal Law, 2. Auflage, Oxford: Clarendon

- Baker, J. H. (1978), Introduction, in ders. (Hg.), *The Reports of Sir John Spelman*, Bd. 2, London: Seldon
- Bar, C.L. von (1882), *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin: Weidmann
- Bateson, G. (1982), *Geist und Natur: Eine notwendige Einheit*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Baumann, J. (1974), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, 6., neubearbeitete Auflage, Bielefeld: Gieseking
- Baurmann, M. (1994), *Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention*, GA 141, S. 368 ff.
- Beck, U. (1986), *Risikogesellschaft*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Becker, H. (1963), *Outsiders*, New York: Free Press
- Benton, J. F. (1977), *Individualism and Conformity in Medieval Western Europe*, in Banani, A./Vryonis jr., S. (Hg.), *Individualism and Conformity in Classical Islam*, Wiesbaden: Harrassowitz, S. 145 ff.
- Berkenhoff, H. A. (1937), *Tierstrafe, Tierbannung und rechtsrituelle Tier-tötung im Mittelalter*, Leipzig: Heitz
- Berman, H. J. (1991), *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Binding, K. (1919), *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. 4, Leipzig: Engelmann
- Blankenburg, E. (1995), *Mobilisierung des Rechts. Eine Einführung in die Rechtssoziologie*, Berlin: Springer
- Bloch, M. (1982), *Die Feudalgesellschaft*, Frankfurt/M.: Propyläen
- Bonitz, D. (1991), *Strafgesetze und Verhaltenssteuerung. Zur generalpräventiven Wirksamkeit staatlicher Strafdrohung*, Göttingen: Schwartz
- Borst (1818), *Ueber den Beweis des bösen Vorsatzes*, *Neues Archiv des Criminalrechts* 2, S. 434 ff.
- Borst (1818a), *Criminalfall zur Erläuterung der Lehre vom Beweise der bösen Absicht*, *Neues Archiv des Criminalrechts* 2, S. 639 ff.
- Borst, A. (1983), *Alltagsleben im Mittelalter*, Frankfurt/M.: Insel
- Bottke, W. (1991), *Empfiehl es sich, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsstraftaten zu verstärken?* *wistra* 10, S. 81

- Bottke, W. (1997), Standortvorteil Wirtschaftskriminalität: Müssen Unternehmen „strafmündig“ werden? *wistra* 16, S. 241 ff.
- Bottoms, A. E. (1998), Five Puzzles in von Hirsch's Theory of Punishment, in Ashworth, A./Wasik, M. (Hg.), *Fundamentals of Sentencing Theory. Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, Oxford: Clarendon, S. 53 ff.
- Boyd, C. (1990), The Responsibility of Individuals for a Company Disaster: The Case of the Zeebrugge Car Ferry, in Enderle, G./Almond, B./Argandoña, A. (Hg.), *People in Corporation. Ethical Responsibilities and Corporate Effectiveness*, Dordrecht: Kluwer, S. 139 ff.
- Bracton, H. de (1968 ff.), *On the laws and customs of England*, übers. mit Anm. von Samuel E. Thorne, George E. Woodbine (Hg.), Cambridge, Mass.: Belknap
- Brecht, B. (1978), Das Leben des Galilei, in ders., *Sämtliche Stücke von Bertolt Brecht in einem Band*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Breznitz, S./Kugelmass, S. (1967), Intentionality in Moral Judgement: Developmental Stages, *Child Development* 38, S. 469 ff.
- Brunner, H. (1894), *Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts. Gesammelte Aufsätze*, Stuttgart: Cotta, S. 487 ff.
- Brunner, H. (1958), *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 2, München: Duncker & Humblot
- Brunner, H. (1961), *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 1, München: Duncker & Humblot
- Buckner, H. T. (1978), Transformations of Reality in the Legal Process, in Luckmann, T. (Hg.), *Phenomenology and sociology : selected readings*, Harmondsworth : Penguin, S. 311 ff.
- Burkhardt, B. (1998), Abweichende Kausalverläufe in der Analytischen Handlungstheorie, in Eser, A. (Hg.), *Festschrift für Nishihara*, Baden-Baden: Nomos, S. 15 ff.
- Caenegem, R. C. van (1987), *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, Engl.: UP
- Cahill, S. E. (1998), Toward a Sociology of the Person, *Sociological Theory* 16, S. 131 ff.
- Canaris, C.-W. (1993), Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, *JZ* 48, S. 377 ff.

- Carrithers, M. (1985), An alternative history of the self, in Carrithers/Collins/Luke (Hg.), S. 234 ff.
- Carrithers, M./Collins, S./Lukes, S. (1985), Preface, in dieselben (Hg.), S. 1 ff.
- Carrithers, M./Collins, S./Lukes, S. (Hg.) (1985), The category of the person. Anthropology, philosophy, history, Cambridge: UP
- Chaiken, J./Darley, J.M. (1973), Victim or Perpetrator?, *Journal of Personality and Social Psychology* 25, S. 268 ff.
- Chalmers, A.F. (1999), Wege der Wissenschaft. Einführung in die Wissenschaftstheorie, Hgg. von N. Bergemann und J. Prümper, 4. Auflage, Berlin: Springer
- Chanock, M. (1985), Law, Custom and Social Order. The Colonial Experience in Malawi and Zambia, Cambridge, Engl.: UP
- Cherry, Richard R. (1890), Lectures on the Growth of Criminal Law in Ancient Communities, London: Macmillan
- Christie, N. (1977), Conflict as Property, *British Journal of Criminology* 17, S. 1 ff.
- Clark, H. H./Wilkes-Gibbs, D. (1986), Referring as a Collaborative Process, in Cohen, P. R./Morgan, J./Pollack, M. E. (Hg.), *Intentions in communication*, Cambridge, Mass.: MIT, S. 463 ff.
- Clarkson, C.M.V. (1996), Kicking Corporate Bodies and Damning Their Souls, *Modern Law Review* 59, S. 557 ff.
- Clarkson, C.M.V./Keating, H.M. (1994), *Criminal Law: Text and Materials*, 3. Auflage, London: Sweet & Maxwell
- Collins, H./Pinch, T. (1993), *The Golem. What Everybody Should Know About Science*, Cambridge, Engl.: UP
- Conrad, H. (1962), *Deutsche Rechtsgeschichte. Ein Lehrbuch*, Bd. 1, Karlsruhe: Müller
- Conrad, H. (1963), Zu den geistigen Grundlagen der Strafrechtsreform Joseph II. (1780-1788), in Welzel, H./Conrad, H./Kaufmann, A. u. H. (Hg.), *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Bonn: Röhrscheid, S. 56 ff.

- Cooper, D.E. (1971), Hegel's theory of punishment, in Pelczynski, Z.A. (Hg.), Hegel's political philosophy: problems and perspectives. A collection of new essays, Cambridge, Engl.: UP
- Cragg, W. (Hg.) (1992), Retribution and its Critics, ARSP-Beiheft 47, Stuttgart: Steiner
- Cusson, M. (1993), Situational Deterrence: Fear during the Criminal Event, Crime Prevention Studies 1, S. 55 ff.
- Devlin, P. (1965), The Enforcement of Morals, London: Oxford UP
- Diamond, S. (1976), Die Herrschaft des Gesetzes im Gegensatz zur Ordnung des Brauchtums, in ders., Kritik der Zivilisation: Anthropologie und die Wiederentdeckung des Primitiven, Frankfurt/M.: Campus
- Diekmann, A. (1995), Empirische Sozialforschung. Grundlagen, Methoden, Anwendungen, Reinbek: Rowohlt
- Dilcher, G. (1997), Gewalt, Sicherheit und Frieden im mittelalterlichen Europa, in Kunz, K.-L./Moser, R. (Hg.), Innere Sicherheit und Lebensängste: Referate einer Vorlesungsreihe des Collegium generale der Universität Bern im Sommersemester 1996, Bern: Haupt, S. 209 ff.
- Dreier, Ralf (1984), Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz, in Krawietz, W. et al. (Hg.), Objektivierung des Rechtsdenkens: Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo, Berlin: Duncker & Humblot, S. 103 ff.
- Du Bois, J.W. (1992), Meaning without Intention: Lessons from Divination, in Hill/Irvine (Hg.), S. 48 ff.
- Durant, L. (1985), A modified view of our origins: the Christian beginnings of modern individualism, in Carrithers/Collings/Lukes (Hg.), S. 93 ff.
- Duranti, A. (1992), Intention, Self, and Responsibility: an Essay in Samoan Ethnopragmatics, in Hill/Irvine (Hg.), S. 24 ff.
- Ebel, W. (1978), Recht und Form, in ders., Probleme der deutschen Rechtsgeschichte, Göttingen: Schwartz, S. 257 ff.
- Einstadter, W./Henry, S. (1995), Criminological Theory. An Analysis of Its Underlying Assumptions, Fort Worth: Harcourt Brace
- Eisner, M. (1998), Rückgang von Kriminalität in den Städten: Die USA und die Schweiz im Vergleich, in Ortner, H. et al. (Hg.), New Yorker »Zero-Tolerance«-Politik, Baden-Baden: Nomos, S. 109 ff.

- Elster, J. (1986), Introduction, in ders. (Hg.), Rational Choice, Oxford: Blackwell, S. 1 ff.
- Elster, J. (1990), When Rationality Fails, in Cook, K.S./Levi, M. (Hg.), The limits of rationality, Chicago: UP, S. 19 ff.
- Engisch, K. (1984), Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, in ders., Beiträge zur Rechtstheorie, Frankfurt/M.: Klostermann
- Esser, J. (1979), Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts, Heidelberg: Winter
- Farmer, L. (1997), Criminal law, tradition and legal order. Crime and the genius of Scots law, 1747 to the present, Cambridge, Engl.: UP
- Farrington, D. P. (1997), Human Development and Criminal Careers, in Maguire, M. et al. (Hg.), The Oxford Handbook of Criminology, Oxford: Clarendon, S. 361 ff.
- Feeley, M.M./Lester, C. (1994), Legal Complexity and the Transformation of the Criminal Process, in Gouron, A. et al. (Hg.), Subjektivierung des justiziellen Beweisverfahrens. Beiträge zum Zeugenbeweis in Europa und den USA (18.-20. Jahrhundert), Frankfurt/M.: Klostermann, S. 337 ff.
- Fehr, H. (1962), Deutsche Rechtsgeschichte, Berlin: de Gruyter
- Feinberg, J. (1970), The Expressive Function of Punishment, in ders., Doing and Deserving, Princeton, N.J.: UP, S. 95 ff.
- Feuerbach, P. J. A. von (1799), Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Bd. 1, Erfurt: Henning
- Feuerbach, P. J. A. von (1800), Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere, Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde 2, S. 193 ff.
- Feuerbach, P. J. A. von (1812), Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 5., verbesserte Ausgabe, Giessen: Heyer
- Feuerbach, P. J. A. von (1832), Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11., verbesserte, vermehrte, zum Theil umgearbeitete Ausgabe, Giessen: Heyer
- Fiedler, K./Semin, G. R./Finkenauer, C. (1994), Welchen Spielraum läßt die Sprache für die Attribution? in Försterling, F./Stiensmeier-Pelster, J. u.a. (Hg.), Attributionstheorie, Göttingen: Hogrefe, S. 27 ff.

- Fincham, F.D./Jaspers, J.M. (1980), Attribution of Responsibility: From Man the Scientist to Man the Lawyer, *Advances in Experimental Social Psychology* 13, S. 81 ff.
- Fletcher, G. (1985), Paradoxes in Legal Thought, *Columbia Law Review* 85, S. 1263 ff.
- Foerschler, A. (1990), Corporate Criminal Intent: Toward a Better Understanding of Corporate Misconduct, *California Law Review* 78, S. 1287 ff.
- Fortes, M. (1973), On the Concept of the Person among the Tallensi, in C.N.R.S. (Hg.), *La Notion de personne en Afrique noire*, Paris: C.N.R.S., S. 310 ff.
- Frank, R. (1924), *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 15., völlig neu bearb. Auflage, Tübingen: Mohr
- Frankel, B. (1986), Two Extremes on the Social Science Commitment Continuum, in Fiske, Donald W./Shweder, Richard A. (Hg.), *Metatheory in Social Science. Pluralism and Subjectivities*, Chicago: UP, S. 353 ff.
- Frankena, W. K. (1972), *Analytische Ethik. Eine Einführung*, München: dtv
- Freund, G. (1995), Der Zweck der Strafe?, *GA* 142, S. 4 ff.
- Frisch, W. (1983), *Vorsatz und Risiko*, Köln: Heymann
- Frisch, W. (1990), Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung am Beispiel der AIDS-Diskussion, in Geppert, K./Dehnicke, D. (Hg.), *Gedächtnisschrift für Karl-Heinz Meyer*, Berlin: de Gruyter, S. 533 ff.
- Frisch, W. (1991), Offene Fragen des dolus eventualis, *NStZ* 11, S. 23 ff.
- Frisch, W. (1998), Strafrechtssystem und Rechtsfindung, in Eser, A. (Hg.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden: Nomos, S. 66 ff.
- Fuchs, P. (1994), Der Mensch – das Medium der Gesellschaft? in Fuchs, P./Göbel, A. (Hg.), *Der Mensch – das Medium der Gesellschaft?* Frankfurt/M.: Suhrkamp, S. 15 ff.
- Fuchs, P. (1996), Die archaische Second-Order Society. Paralipomena zur Konstruktion der Grenze der Gesellschaft, *Soziale Systeme* 2, S. 113 ff.

- Fuchs, P. (1997), Adressabilität als Grundbegriff der soziologischen Systemtheorie, *Soziale Systeme* 3, S. 57 ff.
- Fuchs, P. (1999), Autopoiesis, Mikrodiversität, Interaktion, im Internet unter <http://iasl.uni-muenchen.de/discuss/lisforen/pfuchs.htm> , Aufrufdatum 2000-08-18
- Fuchs, P. (1999), *Intervention und Erfahrung*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Gadamer, H.-G. (1975), *Wahrheit und Methode*, 4. Auflage, Tübingen: Mohr
- Gaines, A. (1982), Cultural Definitions, Behavior and the Person in American Psychiatry, in Marsella, A.J./White, G.M. (Hg.), *Cultural Conceptions of Mental Health and Therapy*, Dordrecht: Reidel, S. 167 ff.
- Galliker, M./Klein, M. (1993), Knigges „Umgangsbuch“. Zur Entwicklung der bürgerlichen Kommunikationsregeln, in Sonntag, M./Jüttemann, G. (Hg.), *Individuum und Geschichte. Beiträge zur Diskussion um eine "Historische Psychologie"*, Heidelberg: Asanger, S. 74 ff.
- Geertz, C. (1983), *Dichte Beschreibung. Beiträge zum Verstehen kultureller Systeme*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Gehlen, A. (1957), *Die Seele im technischen Zeitalter. Sozialpsychologische Probleme in der industriellen Gesellschaft*, Reinbek: Rowohlt
- Gergen, K. J. (1986), Correspondence versus Autonomy in the Language of Understanding Human Action, in Fiske, Donald W./Shweder, Richard A. (Hg.), *Metatheory in Social Science. Pluralism and Subjectivities*, Chicago: UP, S. 136 ff.
- Gewinner, H. (1934), *Der Einfluß des Standes im gemeinen Strafrecht*, Breslau: Kurtze
- Gluckman, M. (1965), *The ideas in Barotse jurisprudence / Max Gluckman*. - New Haven : Yale Univ. Press
- Goff, L. (1988), The Mental Element in the Crime of Murder, *Law Quarterly Review* 104, S. 30 ff.
- Goffman, E. (1974), *Das Individuum im öffentlichen Austausch. Mikrostudien zur öffentlichen Ordnung*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Goffman, E. (1983), Felicity's Condition, *American Journal of Sociology* 89, S. 1 ff.

- Goldthorpe, J. H. (1991), The uses of history in sociology: reflections on some recent tendencies, *British Journal of Sociology* 42, S. 211 ff.
- Goldthorpe, J. H. (1994), The uses of history in sociology – a reply, *British Journal of Sociology* 45, S. 55 ff.
- Gönner, N. T. von (1813), Anmerkungen, in ders./Feuerbach, P. J. A. von (Hg.), *Strafgesezbuch [sic!] für das Königreich Baiern*, Bd. 1, München: Regierungsblatt
- Green, T. A. (1972), Societal Concepts of Criminal Liability for Homicide in Mediaeval England, *Speculum* 47, S. 669 ff., Wiederabdruck in ders. (1985), S. 28 ff.
- Green, T. A. (1976), The Jury and the English Law of Homicide, 1200-1600, *Michigan Law Review* 74, S. 413 ff., Wiederabdruck in ders. (1985), S. 65 ff.
- Green, T. A. (1985), *Verdict According to Conscience. Perspectives on the English Criminal Trial Jury 1200 – 1800*, Chicago: UP
- Greenblatt, S. (1980), *Renaissance Self-Fashioning. From More to Shakespeare*, Chicago: UP
- Griew, E. (1981), Reckless Damage and Reckless Driving: Living with Caldwell and Lawrence, *Criminal Law Review* 28, S. 741 ff.
- Groh, D. (1992), *Anthropologische Dimensionen der Geschichte*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Grolmann, K. (1798), Wird Dolus bey begangenen Verbrechen vermuthet?, *Archiv des Criminalrechts* 2, S. 70 ff.
- Gschwind, M. (1969), Zur Kriminologie des Vorsatzes, in Noll, P./Stratenwerth, G. (Hg.), *Rechtsfindung. Beiträge zur juristischen Methodenlehre. Festschrift für O.A. Germann zum 80. Geburtstag*, Bern: Stämpfli, S. 59 ff.
- Gunn, J.A.W. (1968), „Interest will not lie“: A Seventeenth Century Political Maxime, *Journal of the History of Ideas* 29, S. 551 ff.
- Günther, K. (1997), Die Feststellung der Kausalität im Strafprozeß, *Kritische Vierteljahresschrift* 80, S. 211 ff.
- Gusy, Christoph (1991), „Wirklichkeit“ in der Rechtsdogmatik, *JZ* 46, S. 213 ff.

- Guttandin, F. (1998), Historische Soziologie und die Beschreibung von Paradoxien, in Welz, F./Weisenbacher, U. (Hg.), *Soziologische Theorie und Geschichte*, Opladen: Westdt. Verlag, S. 258 ff.
- Habermas, J. (1962), *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Habermas, J. (1984), *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Habermas, J. (1992), *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Hacking, I. (1986), *Making up people*, in Heller, T. C./Sosna, M./Wellberry, D. E. (Hg.), *Reconstructing Individualism. Autonomy, Individuality, and the Self in Western Thought*, Stanford: UP, S. 222 ff.
- Haft, F. (1976), *Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs*, ZStW 88, S. 365 ff.
- Haft, F. (1998), *Kritische Anmerkungen zur „Auslegung“ von Straftatbeständen*, in Eser, A./Schittenhelm, U./Schumann, H. (Hg.), *Festschrift für Theodor Lenckner*, München: Beck, S. 81 ff.
- Hafer, E. (1946), *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin: Springer
- Hagemann, H.-R. (1974), *Vom Verbrechenskatalog des altdeutschen Strafrechts*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte (Germ. Abt.)* 91, S. 1 ff.
- Hahn, A. (1982), *Zur Soziologie der Beichte und anderer Formen institutionalisierter Bekenntnisse: Selbstthematisierung und Zivilisationsprozeß*, *KZfSS* 34, S. 407 ff.
- Harris, G.G. (1989), *Concepts of Individual, Self, and Person in Description and Analysis*, *American Anthropologist* 91, S. 599 ff.
- Hart, H.L.A. (1961), *The Concept of Law*, Oxford: UP
- Hart, H.L.A. (1963), *Law, Liberty and Morality*, London: Oxford UP
- Hart, N. (1994), *John Goldthorpe and the relics of sociology*, *British Journal of Sociology* 45, S. 21 ff.
- Hassemer, W. (1981), *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München: Beck

- Hay, D. (1976), Property, Authority and the Criminal Law, in Hay et al. (Hg.), *Albion's Fatal Tree*, London: Allen Lane, S. 17 ff.
- Hegel, G.W.F. (1973), *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Hegel, G.W.F. (1986), *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Heimannsberg, J. (1996), *Brockhaus! Was so nicht im Lexikon steht: Kurioses und Schlaues aus allen Wissensgebieten*, Mannheim: Brockhaus
- Heine, G. (1995), *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Baden-Baden: Nomos
- Heine, G. (1995a), Beweislastumkehr im Strafverfahren?, *JZ* 50, S. 651 ff.
- Heine, G. (1995b), Von individueller zu kollektiver Verantwortlichkeit. Einige Grundfragen der aktuellen Kriminalpolitik, in Arnold, J. et al. (Hg.), *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser*, Freiburg/Brsg.: iuscrim, S. 51 ff.
- Heine, G. (1998), Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als „zweite Spur“, in Alwart, H. (Hg.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, München: Hampp, S. 90 ff.
- Heitsch, B. (1964), *Beweis und Verurteilung im Inquisitionsprozeß Benedikt Carpzov's*, Diss. Göttingen
- Henkel, H. (1961), Die „Praesumptio Doli“ im Strafrecht, in Bockelmann, P./Gallas, W. (Hg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, S. 578 ff.
- Herzog, F. (1987), *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts. Bausteine zur Überwindung des heteronom-präventiven Denkens in der Strafrechtstheorie der Moderne*, Frankfurt/M.: Lang
- Hill, H./Hof, H. (Hg.) (2000), *Wirkungsforschung zum Recht, Band II*, Baden-Baden: Nomos
- Hill, J. H./Irvine, J. T. (1992), Introduction, in dieselben (Hg.), S. 1 ff.
- Hill, J. H./Irvine, J. T. (Hg.) (1992), *Responsibility and evidence in oral discourse, Studies in the Social and Cultural Foundations of Language* No. 15, Cambridge, Engl.: UP

- Hill, J. H./Zepeda, O. (1992), Mrs. Patricio's Trouble: the Distribution of Responsibility in an Account of Personal Experience, in Hill/Irvine (Hg.), S. 197 ff.
- Hillenkamp, T. (1996), 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8., überarbeitete und erweiterte Auflage, Neuwied: Luchterhand
- Hippel, R. v. (1925), Deutsches Strafrecht, Bd. 1, Allgemeine Grundlagen, Berlin: Springer
- Hirsch, A. von (1993), Censure and Sanction, Oxford: UP
- Hirsch, A. von/Hörnle, T. (1995), Positive Generalprävention und Tadel, GA 142, S. 261 ff.
- Hirsch, H. (1981), Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW 93, S. 831
- His, R. (1928), Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina, München u.a.: Oldenbourg
- Hobbes, T. (1651), Leviathan, or The Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth Ecclestiall and Civill, London: Crooke
- Hof, H./Lübbe-Wolf, G. (Hg.) (1999), Wirkungsforschung zum Recht, Band I, Baden-Baden: Nomos
- Hollis, M. (1985), Of masks and men, in Carrithers/Collins/Luke (Hg.), S. 217 ff.
- Holquist, M. (1983), The Politics of Representation, The Quarterly Newsletter of the Laboratory of Comparative Human Cognition 5:1, S. 2 ff.
- Hondrich, T. (1984), Culpability and Mystery, in Duff, A./Simmonds, N. (Hg.), Philosophy and the Criminal Law, ARSP Beiheft Nr. 19, Wiesbaden: Steiner, S. 71 ff.
- Hostettler, J. (1992), The Politics of Criminal Law Reform in the Nineteenth Century, Chichester: Rose
- Hruschka, J. (1976), Strukturen der Zurechnung, Berlin: de Gruyter
- Hruschka, J. (1985), Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, in Gössel, K. H./Kaufmann, A. (Hg.), Festschrift für T. Kleinknecht, München: Beck, S. 191 ff.

- Hruschka, J. (1991), Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln, *Rechtstheorie* 22, S. 449 ff.
- Hruschka, J. (1996), Die *actio libera in causa* – speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für die Gesetzgebung, *JZ* 51, S. 64 ff.
- Jakobs, G. (1989), Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, *ZStW* 101, S. 516 ff.
- Jakobs, G. (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin: de Gruyter
- Jakobs, G. (1993), *Das Schuldprinzip*, Opladen: Westdt. Verlag
- Jakobs, G. (1995), Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, *ZStW* 107, S. 843 ff.
- Jakobs, G. (1998), Zur gegenwärtigen Straftheorie, in Kodalle, K.-M. (Hg.), *Strafe muss sein! Muss Strafe sein? Kritisches Jahrbuch der Philosophie*, Beiheft 1/1998, Würzburg: Königshausen & Neumann, S. 29 ff.
- Jarcke, C. E. (1827), *Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Bd. 1, Berlin: Dümmler
- Jerouschek, G. (1997), Geburt und Wiedergeburt des peinlichen Strafrechts im Mittelalter, in Köbler, G./Nehlsen, H. (Hg.), *Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag*, München: Beck, S. 497 ff.
- Jones, E.E./Davis, K.E. (1965), From Acts to Dispositions: The Attribution Process in Person Perception, in Berkowitz, L. (Hg.), *Advances in Experimental Social Psychology*, Bd. 2, New York: Academic, S. 219 ff.
- Kalous, A. (2000), *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, Regensburg: Roderer
- Kamlah, W./Lorenzen, P. (1973), *Logische Propädeutik. Vorschule des vernünftigen Redens*, Mannheim: Bibliographisches Institut
- Kant, I. (1923), *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, Akademie-Ausgabe Bd. 8, Berlin: Gruyter, S. 17 ff.
- Kant, I. (1998), Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, Akademie-Ausgabe Bd. 6, Berlin: Gruyter, S. 127 ff.
- Kargl, W. (1982), *Kritik des Schuldprinzips*, Frankfurt/M.: Campus
- Kargl, W. (1993), *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Frankfurt/M.: Lang

- Kargl, W. (1995), Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht. Schlußfolgerungen aus dem Milgram-Experiment, Heidelberg: Müller
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz: mit Einführungsgesetz, hrsg. von Gerd Pfeiffer, 4., neu bearb. Aufl., München : Beck, 1999 (zit.: KK-Bearbeiter)
- Kaufmann, A. (1974), Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht, in: Stratenwerth et al. (Hg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin: de Gruyter, S. 393 ff.
- Kaufmann, E. (1971), Erfolgshaftung, in Erler, A./Kaufmann, E. (Hg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte: HRG, Bd. 1, Berlin: Schmidt, Sp. 990 ff.
- Kaufmann, E. (1998), Vorsatz, in Erler, A./Kaufmann, E. (Hg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte: HRG, Bd. 5, Berlin: Schmidt, Sp. 1062
- Kaye, J.M. (1967), The early history of murder and manslaughter, Law Quarterly Review 83, S. 365 ff., S. 569 ff.
- Keller, H. (1986), Zwischen regionaler Begrenzung und universalem Horizont. Deutschland im Imperium der Salier und Staufer 1024 bis 1250, Berlin: Propyläen
- Kieserling, A. (1999), Kommunikation unter Anwesenden. Studien über Interaktionssysteme, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Kindhäuser, U.K. (1984), Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96, S. 1 ff.
- Kleb-Braun, G. (1986), Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus ‚Volljuristischer‘ Sicht – 2. Teil: Die Anwendbarkeit des Betrugstatbestandes und die ‚Krise des Innern‘ im Strafrecht, JA 18, S. 310 ff.
- Köberer, W. (1982), Läßt sich Generalprävention messen? Zur neueren Diskussion der abschreckenden Wirkung von Strafe – am Beispiel der Todesstrafe in den U.S.A., MschrKrim 65, S. 200 ff.
- Köberer, W. (1996), Iudex non calculat. Über die Unmöglichkeit, Strafzumessung sozialwissenschaftlich-mathematisch zu rationalisieren, Frankfurt/M.: Lang
- Köhler, M. (2000), Reformen des strafrechtlichen Sanktionssystems, in NK 12:2, S. 10 f.

- Kollmann, H. (1913), Die Schuldauffassung der Carolina, ZStW 34, S. 605 ff.
- Koselleck, R. (1988), Die Grenzen der Emanzipation – eine begriffsgeschichtliche Skizze, in Michalski, K. (Hg.), Europa und die Folgen, Stuttgart: Klett-Cotta, S. 51 ff.
- Krauss, D. (1978), Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht, in Frisch, W./Schmid, W. (Hg.), Festschrift für Hans Bruns zum 70. Geburtstag, Köln: Heymann, S. 11 ff.
- Krieger, K.-F. (1990), Geschichte Englands. Von den Anfängen bis zum 15. Jahrhundert, München: Beck
- Krieken, R. van (1991), Die Organisierung der Seele. Elias und Foucault über Disziplin und Selbst, PROKLA Nr. 85, 21. Jg., S. 602 ff.
- Krippendorff, K. (1990), Der verschwundene Bote. Metaphern und Modelle der Kommunikation, Funkkolleg Medien und Kommunikation. Konstruktionen von Wirklichkeit, Studienbrief 3, Weinheim: Beltz
- Kröner, O. (1958), Die vorsätzlichen Tötungsdelikte in ihrer Entwicklung von der Carolina bis zum 18. Jahrhundert, Diss. Göttingen
- Kühl, K. (1997), Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2., neubearbeitete Auflage, München: Vahlen
- Kuhn, T.S. (1976), Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, zweite revidierte und um das Postskriptum von 1969 ergänzte Auflage, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Kuipers, J.C. (1992), Obligations to the Word: Ritual Speech, Performance, and Responsibility Among the Weyewa, in Hill/Irvine (Hg.), S. 88 ff.
- Küpper, G. (1990), Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Berlin: Duncker & Humblot
- La Fontaine, J. S. (1985), Person and individual: some anthropological reflections, in Carrithers/Collins/Luke (Hg.), S. 123 ff.
- Lacey, N. (1988), State Punishment. Political Principles and Community Values, London: Routledge
- Lacey, N. (1993), A Clear Concept of Intention: Elusive or Illusory, Modern Law Review 56, S. 621 ff.
- Lacey, N. (1995), Contingency and Criminalisation, in Loveland, I. (Hg.), Frontiers of Criminality, London: Sweet and Maxwells, S. 1 ff.

- Lampe, E.-J. (1999), Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts, in Weigend, T./Küpper, G. (Hg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, Berlin: de Gruyter, S. 83 ff.
- Langbein, J. H. (1974), Prosecuting crime in the renaissance. England, Germany, France, Cambridge/Mass.: Harvard UP
- Langbein, J. H. (1977), Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime, Chicago: UP
- Langbein, J. H. (1978), The Criminal Trial before the Lawyers, Chicago Law Review 45, S. 263 ff.
- Larenz, K. (1991), Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6., neubearb. Aufl., Berlin: Springer
- Legnaro, A. (1999), Die Aufführung von Strafrecht: Kleine Ethnographie gerichtlichen Verhandeln, Baden-Baden: Nomos
- Le Goff, J. (1965), Das Hochmittelalter, Frankfurt/M.: Fischer
- Leigh, L.H. (1995), Liability for Inadvertence: A Lordly Legacy? Modern Law Review 58, S. 457 ff.
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von H.-H. Jescheck et al., 11., neu bearbeitete Auflage, Berlin: de Gruyter (zit.: LK-Bearbeiter)
- Lenman, B./Parker, G. (1980), The State, the Community and the Criminal Law in Early Modern Europe, in Gatrell, V.A.C./Lenman, B./Parker, G. (Hg.), Crime and the Law. The Social History of Crime in Western Europe since 1500, London: Europa, S. 11 ff.
- Lerner, M.J./Miller, D.T. (1978), Just World Research and the Attribution Process, Psychological Bulletin 85, S. 1030 ff.
- Lesch, H. H. (1997), Dolus directus, indirectus und eventualis, JA 29, S. 802 ff.
- Lesch, H. H. (1999), Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, Köln: Heymann
- Lesch, H. H. (1999a), Strafprozeßrecht, (JA-Studienskript 5), Neuwied: Luchterhand
- Levi, Edward H. (1948), An Introduction to Legal Reasoning, Chicago Law Review 15, S. 501 ff.
- Lévitt, A. (1922), The Origin of the Doctrine of Mens Rea, Illinois Law Review 17, S. 117 ff.

- Lienhardt, G. (1985), Self: public, private. Some African representations, in Carrithers/Collins/Luke (Hg.), S. 141 ff.
- Lobe, A. (1894), Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe nach Carpzov, Leipzig: von Veit
- Locke, J. (1997), An Essay Concerning Human Understanding, London: Penguin
- Loos, F. (1980), Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis, in: Immenga, U. (Hg.): Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, Göttingen: Schwartz, S. 261 ff.
- Lüderssen, K. (1995), Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alturopäischem“ Prinzipiendenken, ZStW 107, S. 877 ff.
- Luhmann, N. (1962), Funktion und Kausalität, KZfSS 14, S. 617 ff.
- Luhmann, N. (1981), Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung? in ders., Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt/M.: Suhrkamp, S. 73 ff.
- Luhmann, N. (1981a), Zur Funktion der „subjektiven Rechte“, in ders., Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt/M.: Suhrkamp, S. 360 ff.
- Luhmann, N. (1981b), Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft, in ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 2, Frankfurt/M.: Suhrkamp, S. 45 ff.
- Luhmann, N. (1981c), Ausdifferenzierung des Rechtssystems, in ders., Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt/M.: Suhrkamp, S. 35 ff.
- Luhmann, N. (1981d), Handlungstheorie und Systemtheorie, in ders., Soziologische Aufklärung 3, Opladen: Westdt. Verlag, S. 50 ff.
- Luhmann, N. (1981e), Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen, in ders., Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt/M.: Suhrkamp, S. 53 ff.
- Luhmann, N. (1981f), Konflikt und Recht, in ders., Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt/M.: Suhrkamp, S. 92 ff.
- Luhmann, N. (1981g), Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht, in ders., Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt/M.: Suhrkamp, S. 308 ff.
- Luhmann, N. (1983), Legitimation durch Verfahren, Frankfurt/M.: Suhrkamp

- Luhmann, N. (1984), *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Luhmann, N. (1985), *Zum Begriff der sozialen Klasse*, in ders. (Hrsg.), *Soziale Differenzierung. Zur Geschichte einer Idee*, Opladen: Westdeutscher Verlag, S. 119 ff.
- Luhmann, N. (1987), *Rechtssoziologie*, 3. Auflage, Opladen: Westdt. Verlag
- Luhmann, N. (1988), *Wie ist Bewußtsein an Kommunikation beteiligt?* in Gumbrecht, H. U./Pfeiffer, K. L. (Hg.), *Materialität der Kommunikation*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Luhmann, N. (1988a), *The Unity of the Legal System*, in Teubner, G. (Hg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin: de Gruyter, S. 24 ff.
- Luhmann, N. (1989), *Individuum, Individualität, Individualismus*, in ders., *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Bd. 3, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Luhmann, N. (1990), *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Luhmann, N. (1990a), *Identitäten – was oder wie?*, in ders., *Soziologische Aufklärung 5. Konstruktivistische Perspektiven*, Opladen: Westdt. Verlag, S. 14 ff.
- Luhmann, N. (1991), *Soziologie des Risikos*, Berlin: de Gruyter
- Luhmann, N. (1991a), *Steuerung durch Recht? Einige klarstellende Bemerkungen*, ZRSoz 12, S. 142 ff.
- Luhmann, N. (1991b), *Die Form "Person"*, *Soziale Welt* 42, S. 166 ff.
- Luhmann, N. (1992), *Organisation*, in Küpper, W./Ortmann, G. (Hg.), *Mikropolitik*, 2., durchgesehene Auflage, Opladen: Westdt. Verlag, S. 165 ff.
- Luhmann, N. (1993), *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Luhmann, N. (1995), *Was ist Kommunikation?*, in ders., *Soziologische Aufklärung 6*, Opladen: Westdt. Verlag, S. 113 ff.
- Luhmann, N. (1996), *Organisation und Entscheidung*, Ms. Bielefeld
- Luhmann, N. (1996a), *Entscheidungen in der „Informationsgesellschaft“*, Vortrag gehalten am 1. 11. 1996 im Auditorium Maximum der Humboldt-Universität zu Berlin, Ms. Bielefeld

- Luhmann, N. (1996b), *Zeit und Gedächtnis*, Soziale Systeme 2, S. 307 ff.
- Luhmann, N. (1997), *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Luhmann, N. (2000), *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Luhmann, N./Fuchs, P. (1989), *Reden und Schweigen*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Mandeville, B. (1714), *The fable of the bees or, Private vices, public benefits*, London: Roberts
- Mann, M. (1986), *The sources of social power. Vol. 1. A history of power from the beginning to A.D. 1760*, Cambridge, Engl.: UP
- Mann, M. (1994), *In praise of macro-sociology: a reply to Goldthorpe*, British Journal of Sociology 45, S. 37 ff.
- Maranhão, T. (1992), *Recollections of Fieldwork Conversations, or Authorial Difficulties in Anthropological Writing*, in Hill/Irvine (Hg.), S. 260 ff.
- Maselli, M.D./Altrocchi, J. (1969), *Attribution of Intent*, Psychological Bulletin 71, S. 445 ff.
- Maturana, H.R. (1988), *Ontology of Observing*, im Internet unter <http://www.inteco.cl/biology/ontology/index.htm>, Aufrufdatum 2000-08-19
- Maturana, H.R./Varela, F.G. (1980), *Autopoiesis and Cognition: the realization of the living*, Boston: Reidel
- Mauss, M. (1938), *Une Catégorie de l'Esprit Humain: La Notion de Personne, Celle de 'Moi'*, Journal of the Royal Anthropological Institute 68, S. 48 ff.
- Mauss, M. (1985), *A category of the human mind: the notion of person; the notion of self*, (Übersetzung W.D. Halls), in Carrithers/Collins/Lukes (Hg.), S. 1 ff.
- Mayer-Homberg, E. (1912), *Die fränkischen Volksrechte im Mittelalter*, Weimar: Boehlau
- Meyer-Goßner, L. (1999), *Strafprozeßordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, München: Beck (zit.: M-G)

- McGowen, R. (1987), *The Body and Punishment in Eighteenth-Century England*, *Journal of Modern History* 59, S. 651 ff.
- Mead, M. (1937), *The Samoans*, in dieselbe (Hg.), *Cooperation and Competition among Primitive People*, Boston: Beacon, S. 282 ff.
- Meggler, G./Wright, G. H. von (1989), *Das Verstehen von Handlungen*, *Rechtstheorie* 20, S. 3 ff.
- Meyer-Goßner, L. (1999), *Strafprozeßordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, München: Beck
- Mikat, P. (1963), *Erfolgshaftung und Schuldgedanke im Strafrecht der Angelsachsen*, in Welzel, H./Conrad, H./Kaufmann, A. u. H. (Hg.), *Festschrift für Hellmuth v. Weber*, Bonn: Röhrscheid, S. 9 ff.
- Mitchell, B. (1967), *Law, Morality and Religion in a Secular Society*, London: Oxford UP
- Mitteis, H./Lieberich, H. (1992), *Deutsche Rechtsgeschichte. Ein Studienbuch*, 19., ergänzte Auflage, München: Beck
- Mittermaier, C.J.A. (1818), *Ueber den Begriff und die Merkmale des bösen Vorsatzes*, *Neues Archiv des Criminalrechts* 2, S. 515 ff.
- Mohr, G. (1997), *Unrecht und Strafe. (§§ 82-104, 214, 218-220)*, in Siep, L. (Hg.), *G.W.F. Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin: Akademie, S. 95 ff.
- Momigliano, A. (1985), *Marcel Mauss and the quest for the person in Greek biography and autobiography*, in Carrithers/Collins/Lukes (Hg.), S. 83 ff.
- Moore, S. F. (1968), *Legal liability and evolutionary interpretation: some aspects of strict liability, self-help and collective responsibility*, in Gluckman, M. (Hg.) (1972), *The allocation of responsibility*, Manchester: UP, S. 51 ff.
- Muchembled, R. (1990), *Die Erfindung des modernen Menschen. Gefühlsdifferenzierung und kollektive Verhaltensweisen im Zeitalter des Absolutismus*, Reinbek: Rowohlt
- Mueller, G. O. W. (1955), *Tort, Crime and the Primitive*, *Journal of Criminal Law, Crime and Police Science* 46, S. 303 ff.
- Müller-Tuckfeld, J.C. (1998), *Integrationsprävention: Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, (Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien; 61), Frankfurt/M.: Lang

- Münkler, H. (1987), *Im Namen des Staates. Die Begründung der Staatsraison in der Frühen Neuzeit*, Frankfurt/M.: Fischer
- Naucke, W. (1973), *Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis*, ZStW 85, S. 399 ff.
- Nehlsen-von Stryk, K. (2000), *Die Krise des „irrationalen“ Beweises im Hoch- und Spätmittelalter und ihre gesellschaftlichen Implikationen*, Zeitschrift für Rechtsgeschichte (Germ. Abt.) 117, S. 1 ff.
- Nelson, B. (1977), *Der Ursprung der Moderne: Historische und systematische Studien zum Zivilisationsprozeß*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Niebuhr, H.R. (1963), *The Responsible Self. An Essay in Christian Moral Philosophy*, New York: Harper & Row
- Norrie, A. (1993), *Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, London: Weidenfelds and Nicolson
- Oexle, O.G. (1988), *Die funktionale Dreiteilung als Deutungsschema der sozialen Wirklichkeit in der ständischen Gesellschaft des Mittelalters*, in Schulze, W. (Hg.), *Ständische Gesellschaft und Mobilität*, München: Oldenbourg, S. 73 ff.
- Palandt, O. (2000), *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, 59., neubearbeitete Auflage, bearb. von Bassenge, P. et al., München: Beck (zit.: Palandt-Bearbeiter)
- Pawlowski, H.-M. (1991), *Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes. Ein Lehrbuch*, Heidelberg: Müller
- Peters, E. (1991), *Folter: Geschichte der Peinlichen Befragung*, Hamburg: EVA
- Philips, S.U. (1992), *Evidentiary Standards for American Trials: Just the Facts*, in Hill/Irvine (Hg.), S. 248 ff.
- Piliavin, I./Gartner, R./Thornton, C./Matsueda, R. L. (1986), *Crime, Deterrence, and Rational Choice*, *American Sociological Review* 51, S. 101 ff.
- Planitz, H./Eckhardt, K.A. (1971), *Deutsche Rechtsgeschichte*, Graz: Boehlau
- Platon (1967), *Sämtliche Werke*, Köln: Hegner
- Pollock, F./Maitland, F. W. (1968), *The History of English Law Before the Times of Edward I*, vol. II, Cambridge, Engl.: UP

- Popitz, H. (1968), Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelziffer, Norm und Strafe, Tübingen: Mohr
- Popitz, H. (1980), Die normative Konstruktion von Gesellschaft, Tübingen: Mohr
- Popper, K.R. (1994), Logik der Forschung, 10. Auflage, Tübingen: Mohr
- Pothast, U. (1980), Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise. Zu einigen Lehrstücken aus der neueren Geschichte von Philosophie und Recht, Frankfurt/M.: Suhrkamp m.w.N.
- Prittwitz, C. (1988), Ansteckungsgefahr bei AIDS. Ein Beitrag zur objektiven und subjektiven Zurechnung von Risiken, JA 20, S. 427 ff. u. 486 ff.
- Prittwitz, C. (1994), Dolus eventualis und Affekt. Ein Beitrag zur Kriminologie des allgemeinen Teils des StGB, GA 141, S. 454 ff.
- Pufendorf, S. (1688), De iure naturae et gentium libri octo, Buch 1, Kapitel 5, Übersetzung zitiert nach Sellert/Rüping (1989), S. 379 ff.
- Puppe, I. (1992), Die Logik der Hemmschwellentheorie des BGH, NSTZ 12, S. 576 ff.
- Radcliffe-Brown, A. R. (1940), Structure and Function in Primitive Society, London: Cohen and West
- Raiser, T. (1999), Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, 3., überarbeitete Auflage, Baden-Baden: Nomos
- Raymond, P.E. (1936), The Origin and Rise of Moral Liability in Anglo-Saxon Criminal Law, Oregon Law Review 15, S. 93 ff.
- Rehbinder, M. (1972), Rechtskenntnis, Rechtsbewußtsein und Rechtsethos als Problem der Rechtspolitik, in ders./Schelsky, H. (Hg.), Zur Effektivität des Rechts, (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie; Bd. 3), Düsseldorf: Bertelsmann, S. 25 ff.
- Renzikowski, J. (1990), Forensische Psychiatrie und Strafrechtswissenschaft, NJW 43, S. 2905 ff.
- Richardson, G. (1987), Strict Liability for Regulatory Crime: the Empirical Research, Criminal Law Review 34, S. 295 ff.
- Riegel, J. (1996), Ethnologie und Rechtsgeschichte. Möglichkeiten des interdisziplinären Kontaktes mit der Rechtsethnologie, in Kroeschell,

- K./Cordes, A. (Hg.), Funktion und Form. Quellen- und Methodenprobleme der mittelalterlichen Rechtsgeschichte (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte; 18), Berlin: Duncker und Humblot, S. 229 ff.
- Robinson, P.H./Darley, J.M. (1998), Objectivist Versus Subjectivist Views of Criminality: A Study in the Role of Social Science in Criminal Law Theory, *Oxford Journal of Legal Studies* 18, S. 409 ff.
- Rohrbach, Jürgen (1978), Schuld und Strafe. Untersuchung über das Verhältnis von Kriminalstrafe zur Erziehungsstrafe unter besonderer Berücksichtigung der Schuld, Kastellaun: Henn
- Rosen, L. (1985), Intentionality and the concept of the person, in Pennock, J. R./Chapman, J. W. (Hg.), *Criminal Justice*, (NOMOS; 27), New York: UP, S. 49 ff.
- Ross, A. (1979), Über den Vorsatz. Studien zur dänischen, englischen, deutschen und schwedischen Lehre und Rechtsprechung, Baden-Baden: Nomos
- Roxin, C. (1973), Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, *JuS* 13, S. 197 ff.
- Roxin, C. (1973a), Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin: de Gruyter, S. 209 ff.
- Roxin, C. (1984), Zur Problematik des Schuldstrafrechts, *ZStW* 96, S. 641 ff.
- Roxin, C. (1997), Strafrecht: allgemeiner Teil, Bd.1: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre, 3. Auflage, München: Beck
- Rüthers, B. (1999), Rechtstheorie, München: Beck
- Sabini, J./Silver, M. (1982), *Moralities of Everyday Life*, New York: Oxford UP, S. 107 ff.
- Sampson, R.J./Laub, J.H. (1997), A Life-Course Theory of Cumulative Disadvantage and the Stability of Delinquency, in: Thornberry, T.P. (Hg.), *Developmental Theories of Crime and Delinquency*, (Advances in Criminological Theory; 7), New Brunswick: Transaction, S. 133 ff.
- Savigny, Friedrich Carl von (1846), Die Prinzipien in Beziehung auf eine neue Strafprozeß-Ordnung, erschienen (1858) unter dem Titel „Ueber Schwurgerichte und Beweistheorien im Strafprozesse“, *Archiv für Preussisches Strafrecht* 6, S. 477 ff.

- Schaffstein, F. (1989), Verdachtsstrafe, außerordentliche Strafe und Sicherungsmittel im Inquisitionsprozeß des 17. und 18. Jahrhunderts, ZStW 101, S. 493 ff.
- Scheerer, S. (1998), The Delinquent as a Fading Category of Knowledge, in Ruggiero, V. et al. (Hg.), *The New European Criminology. Crime and Social Order in Europe*, London: Routledge, S. 425 ff.
- Schewe, G. (1983), Wille und Freiheit – juristische und medizinisch-psychologische Aspekte, in Gerchow, J. (Hg.), *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, Berlin: Springer, S. 1 ff.
- Schmauß, J.J./Senckenberg, H.C. von (Hg.) (1747), *Neue und vollständige Sammlung der Reichs-Abschiede, Welche von den Zeiten Kayser Conrads des II. bis jetzo, auf den Teutschen Reichs-Tägen abgefasst worden*, Bd. 2, Von dem Jahr 1495 bis auf das Jahr 1551 inclusive, Frankfurt/M.: Koch
- Schmidhäuser, E. (1980), Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (,dolus eventualis‘ und ,bewußter Fahrlässigkeit‘), JuS 20, S. 241 ff.
- Schmidhäuser, E. (1982), *Strafrecht Allgemeiner Teil: Studienbuch*, Tübingen: Mohr
- Schmidt, E. (1965), *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3., völlig durchgearbeitete und veränderte Auflage, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht
- Schmidt-Salzer, J. (1988), *Produkthaftung*. Bd. I: Strafrecht, 2., neubearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage, Heidelberg: Recht & Wirtschaft
- Schneewind, J. B. (1998), *The Invention of Autonomy. A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge, Engl.: UP
- Schneider, W. L. (1996), Die Komplementarität von Sprechakttheorie und systemtheoretischer Kommunikationstheorie. Ein hermeneutischer Beitrag zur Methodologie von Theorievergleichen, ZfS 25, S. 263 ff.
- Schöch, H. (1985), Empirische Grundlagen der Generalprävention, in Vogler, T. et al. (Hg.), *Festschrift für H.-H. Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, S. 1081 ff.
- Schöch, H. (1993), Strafzumessung, in Kaiser, G./Kerner, H.-J./Sack, F./Schellhoss, H. (Hg.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3., völlig neu bearbeitete und erw. Auflage, Heidelberg: Müller, S. 523 ff.

- Schönke, A./Schröder, H. (1997), Strafgesetzbuch. Kommentar, 25., neu bearbeitete Auflage, bearb. von Lenckner, T. et al., München: Beck (zit.: Sch/Sch-Bearbeiter)
- Schott, R. (1970), Die Funktion des Rechts in primitiven Gesellschaften, in Lautmann, R. (Hg.), Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft, (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie; 1), Bielefeld: Bertelsmann, S. 107 ff.
- Schröder, R./Künssberg, E. von (1966), Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Berlin: de Gruyter
- Schroth, U. (1998), Vorsatz und Irrtum, Minden: Beck
- Schubert, E. (1998), Spätmittelalter – die Rahmenbedingungen des Lebens kleiner Leute, in Althoff, G./Goetz, H.-W./Schubert, E., Menschen im Schatten der Kathedrale: Neuigkeiten aus dem Mittelalter, Darmstadt: Primus, S. 229 ff.
- Schücking, L. (1929), Die Familie im Puritanismus. Studien über Familie und Literatur in England im 16., 17., und 18. Jahrhundert, Leipzig: Teubner
- Schumann, K. (1986), Positive Generalprävention, Heidelberg: Müller
- Schumann, K. (1998), Empirische Beweisbarkeit der Grundannahmen von positiver Generalprävention, in Schünemann, B./Hirsch, A. von/Jareborg, N. (1998), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog. Uppsala Symposium 1996, Heidelberg: Müller
- Scribner, R.W. (1987), Police and the Territorial State in Sixteenth-century Württemberg, in Kouri, E.I./Scott, T. (Hg.), Politics and Society in Reformation Europe. Essays for Sir Geoffrey Elton on his Sixty-Fifth Birthday, London: Macmillan, S. 103 ff.
- Searle, J.R. (1983), Intentionality. An essay in the philosophy of mind, London: Cambridge UP
- Sellert, W./Rüping, H. (1989), Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1 Von den Anfängen bis zur Aufklärung, von W. Sellert unter Mitarbeit von F. Neef, Aalen: Scientia
- Senn, M. (1982), Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel. Ein Beitrag zur Wissenschaftstheorie und Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte, Zürich: Schulthess

- Severence, L. J./Goodman, J./Loftus, E. F. (1992), Inferring the Criminal Mind – toward a bridge between legal doctrine and psychological understanding, *Journal of Criminal Justice* 20:2, S. 107 ff.
- Sheen Report (1987), M.V. Herald of Free Enterprise Report of the Court No. 8074, London: Dep. of Transport
- Shweder, R.A./Bourne, E.J. (1982), Does the Concept of the Person Vary Cross-Culturally? in Marsella, A.J./White, G.M. (Hg.), *Cultural Conceptions of Mental Health and Therapy*, Dordrecht: Reidel, S. 97 ff.
- Simmel, G. (1917), *Grundfragen der Soziologie (Individuum und Gesellschaft)*, Berlin: de Gruyter
- Simon, J./Feeley, M. (1994), Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law, in Nelken, D. (Hg.), *The futures of criminology*, London: Sage, S. 173 ff.
- Smith, A. (1978), *Der Wohlstand der Nationen*, München: dtv
- Smith, J.C./Hogan, B. (1999), *Criminal Law*, 9. Auflage von John Smith, London: Butterworths
- Sonntag, M. (1988), *Die Seele als Politikum. Psychologie und die Produktion des Individuums*, Berlin: Reimer
- Spieß, G. (1994), Theoriebezüge von Grundlagenforschung und anwendungsorientierter Forschung in der Kriminologie: Braucht die kriminologische Forschung soziologische Theorien? in Bora, A./Liebl, K. (Hg.), *Theoretische Perspektiven rechtssoziologischer und kriminologischer Forschung*, Frankfurt/M.: Campus
- Spohn, W. (1998), Historische Soziologie zwischen Sozialtheorie und Sozialgeschichte, in Welz, F./Weisenbacher, U. (Hg.), *Soziologische Theorie und Geschichte*, Opladen: Westdt., S. 289 ff.
- Stein, E. (1997), *Staatsrecht*, 16., neubearbeitete Auflage, Tübingen: Mohr
- Stein, P. (1984), *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, London: Butterworths
- Stichweh, R. (1994), Zur Subjektivierung der Entscheidungsfindung im deutschen Strafprozeß des 19. Jahrhunderts. Aspekte der Ausdifferenzierung des Rechtssystems, in Gouron, A. et al. (Hg.), *Subjektivierung des justiziellen Beweisverfahrens. Beiträge zum Zeugenbeweis in Europa und den USA (18.-20. Jahrhundert)*, Frankfurt/M.: Klostermann, S. 265 ff.

- Stichweh, R. (1998), Systemtheorie und Geschichte, in Welz, F./Weisenbacher, U. (Hg.), *Soziologische Theorie und Geschichte*, Opladen: Westdt. Verlag, S. 68 ff.
- Störig, H. J. (1987), *Kleine Weltgeschichte der Philosophie*, 13., überarbeitete und erweiterte Auflage, Frankfurt/M.: Fischer
- Strauss, G. (Hg.) (1971), *Manifestations of Discontent in Germany on the Eve of the Reformation*, Bloomington: UP
- Summerson, H.R.T. (1979), *The Structure of Law Enforcement in Thirteenth Century England*, *American Journal of Legal History* 23, S. 313 ff.
- Susman, W.I. (1984), *Culture as History. The Transformation of American Society in the Twentieth Century*, New York: Pantheon
- Tamanaha, B. Z. (1995), *An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law*, *Oxford Journal of Legal Studies* 15, S. 501 ff.
- Temme, J.D.H. (1854), *Ueber den unbestimmten Dolus*, *Archiv für Criminalrecht (N.F.)*, S. 206 ff.
- Tiemeyer, J. (1993), *Der „relative Indeterminismus“ und seine Bedeutung für das Strafrecht*, *ZStW* 105, S. 483 ff.
- Trapp, E.C. (1780), *Versuch einer Pädagogik*, Berlin: Nicolai
- Turner, R. H. (1978), *The Role and the Person*, *American Journal of Sociology* 84, S. 1 ff.
- Tylor, T. R. (1990), *Why people obey the law*, New Haven: Yale UP
- Volk, K. (1993), *Zur Bestrafung von Unternehmen*, *JZ* 48, S. 429 ff.
- Vollrath, H. (1997), *Deutsche Geschichte im Mittelalter*, in Vogt, M. (Hg.), *Deutsche Geschichte. Von den Anfängen bis zur Wiedervereinigung*, 4. Auflage, Stuttgart: J.B. Metzler, S. 1 ff.
- Waider, H. (1972), *Die Bedeutung der praesumptio doli für die Strafrechtsentwicklung in Deutschland*, *JuS* 12, S. 305 ff.
- Walzer, M. (1982), *Spheres of Justice*, Oxford: Blackwell
- Watt, I. (1957), *The rise of the novel. Studies in Defoe, Richardson and Fielding*, London: Chatto & Windus
- Weber (1825), *Ueber die verschiedenen Arten des Dolus*, *Neues Archiv des Criminalrechts* 7, S. 549 ff.

- Weber, H. von (1948), Grundriß des deutschen Strafrechts, Bonn: Dümmler
- Weber, M. (1972), Wirtschaft und Gesellschaft. 5., revidierte Auflage, Tübingen: Mohr
- Weber, M. (1972a), Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie, Bd. 1, Tübingen: Mohr
- Weigend, T. (1996), Bewältigung von Beweisschwierigkeiten durch Ausdehnung des materiellen Strafrechts? in Schmoller, K. (Hg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, Wien: Springer, S. 695 ff.
- Weiner, B. (1995), Judgements of Responsibility. A Foundation for a Theory of Social Conduct, New York: Guilford
- Wells, C. (1989), Manslaughter and Corporate Crime, New Law Journal 139, S. 931 ff.
- Wells, C. (1993), Corporations and Criminal Responsibility, Oxford: Clarendon
- Wells, C. (1995), Cry in the Dark: Corporate Manslaughter and Cultural Meaning, in Loveland, I. (Hg.), Frontiers of Criminality, London: Sweet & Maxwells, S. 109 ff.
- Welzel, H. (1931), Kausalität und Handlung, ZStW 51, S. 703 ff.
- Welzel, H. (1953), Naturrecht und Rechtspositivismus, in Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät zu Göttingen (Hg.), Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag, Göttingen: Schwartz
- Welzel, H. (1961), Das neue Bild des Strafrechtssystems, Göttingen: Schwartz
- Welzel, H. (1969), Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung, 11. neubearb. und erw. Aufl., Berlin: de Gruyter
- Wening (1818), Ueber die Vermuthung des bösen Vorsatzes nach dem römischen Rechte, Neues Archiv des Criminalrechts 2, S. 194 ff.
- Wesel, U. (1997), Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht, München: Beck
- Wessels, J./Beulke, W. (1999), Strafrecht. Allgemeiner Teil, 29. Auflage, Heidelberg: Müller
- White, A. R. (1985), Grounds of Liability. An Introduction to the Philosophy of Law, Oxford: Clarendon

- Wilda, W. E. (1960), *Das Strafrecht der Germanen*, Aalen: Scientia
- Wittgenstein, L. (1984), *Philosophische Grammatik*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Wittgenstein, L. (1984a), *Über Gewißheit*, Frankfurt/M.: Suhrkamp
- Wittig, P. (1993), *Der rationale Verbrecher. Der ökonomische Ansatz zur Erklärung kriminellen Verhaltens*, (Schriften zum Strafrecht Heft 96), Berlin: Duncker & Humblot
- Wolff, S./Müller, H. (1997), *Normalität und Glaubwürdigkeit im Strafverfahren*, in Frehsee, D./Smaus, G. (Hg.), *Konstruktion von Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Baden-Baden: Nomos, S. 221 ff.
- Wolfram, S. (1995), *Definition*, in Hondrich, T. (Hg.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford: UP, S. 182
- Wright Mills, C. (1940), *Situated Actions and Vocabulary of Motive*, *American Sociological Review* 5, S. 904 ff.
- Wright, G. H. von (1974), *Erklären und Verstehen*, Frankfurt/M.: Hahn
- Wrong, D. (1961), *The oversocialized conception of man in modern sociology*, *American Sociological Review* 26, S. 183 ff.
- Wundt, W. (1898), *Grundriß der Psychologie*, Leipzig: Engelmann
- Ziegert, U. (1987), *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlin: Duncker & Humblot
- Ziman, J. (1978), *Reliable Knowledge. An Exploration of the Grounds for Belief in Science*, Cambridge, Engl.: UP
- Zirkler (1801), *Einige Bemerkungen über die Beweise, besonders in peinlichen Sachen*, *Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung* 1, S. 387 ff.

Sachverzeichnis

- Abgrenzung 45 f., 69, 93, 192, 194, 232, 234,
 246, 284, 291
 Abhängigkeiten
 horizontale 57
 Abschlußformel 59
 Abschreckungsstrafrecht 59
 Abschreckungstheorie 67
 Absurdität 151
 Abweichung 34, 48, 115 ff., 156, 166
 Abwertung 167, 171
actio libera in causa 79, 169
actus reus 27, 37, 58
 Adäquatheit 2
 Adel 269, 326
 Adresse 102, 105, 122, 161, 163, 181 f., 315
 Affekttat 240, 292
 Affekttäter 79, 174
aggregation doctrine 37
 Ähnlichkeit 48, 178, 323
 Aktenversendung 232, 269, 326
 Allgemeinbegriff 58
 Alltagsplausibilität 328
 Alter 86, 88, 110, 132, 141, 159, 278, 291
 Alternativenausschluß 291
 Alternativenlosigkeit 204, 206, 273, 327
 Ambiguisierung 115
 Analogie 230, 235, 265
 Andershandelndkönnen 71, 76, 174
 Anerkennung 169, 308 f.
 Angemessenheit 172
 Anomalien 1, 81, 168, 170, 319, 321
 Anreizstruktur 65 ff.
 Anschluß 23, 41, 89, 91 f., 99, 105, 132, 135,
 138, 155, 173, 191, 229, 247
 Anschlußfähigkeit 93, 138, 163
 Anstiftung 28, 193, 230
 Anwendbarkeit 153
 Anwendungsbedingungen 4, 116, 154
 Anwendungswissenschaft 40
 Askese 306
 Asyl 241
 Attribution 102, 122, 145, 150, 322
 Aufklärung 189, 217, 234, 237, 256, 276, 281,
 314
 Ausdifferenzierung 127, 219, 224 f., 278, 298
 Ausdruck 166
 Ausdrucksfeld 162
 Ausdrucksform 134, 141, 152, 157 f., 175, 182
 Auslegung 6, 11, 36, 41 ff., 50 f., 53 ff., 61 f.
 Auslegungsgrenzen 50
 Auslegungsregeln 11, 283
 Ausnahme 51, 72, 75, 114 f., 229, 281, 293
 Aussage
 wissenschaftliche 42
 Ausschluß 215, 260
 Außenperspektive 41, 44, 204
 Außenreferenz 44
 Äußerlichkeiten 194
 Äußerung 166
 Autobiographie 253, 305
 Autofahrer 18, 23
 Autonomie 74, 285
 Autopoiesis 93 ff., 98, 100, 163, 192
 Autorität 169, 193, 206, 208, 215, 220, 236,
 284, 313

- Bedeutung 147, 168
 Bedingungstheorie 143
 Begnadigung 245, 269, 283
 Begriffsbildung 58, 86, 104, 144
 Begriffssystem 58, 326
 Begründbarkeit 43, 49, 286
 Begründungslehre 49
 Begründungspflicht 178, 281, 286, 323, 328
 Beichte 105, 191, 248 ff., 252, 274, 305, 306
 Beispiel 45 f., 230 f., 286
 Bekenntnis 12, 250, 256, 289
 Beleidigung 148, 234
 Beliebigkeit 50, 52, 55
 benefit of clergy 241, 270
 Beobachter 22, 25 ff., 49, 80, 82, 91, 93, 104,
 132 ff., 143, 156, 170, 176, 284
 Beobachtung 7, 49, 80, 93, 104, 128, 131, 141,
 268
 besondere subjektive Merkmale 152
 Bestimmtheit 6, 57, 147, 162
 Beweis 15, 18, 34, 79, 152, 209, 256, 260, 264,
 284, 286 ff., 295
 Gegen- 210, 288
 Indizien- 286, 289
 Beweisanzeichen 18, 20, 69, 178, 295, 318,
 320, 323
 Beweismittel 210, 222, 228, 256, 287, 325, 327
 Beweisproblem 171
 Beweisrecht 30, 209, 255 f., 259, 283, 295
 Beweisthemen 69, 313
 Beweistheorie
 gesetzliche 69, 257, 284, 289, 323
 negative 286
 positive 286
 Beweisvermutung 287
 Beweisverträge 209
 Beweiswürdigung 31, 34, 69, 178, 284 ff., 323,
 328
 freie 69, 284, 286 f.
 Bewußtsein 14, 25 f., 71, 80, 82, 94 ff., 106 ff.,
 110, 141, 160, 168, 180, 208, 291, 300, 302,
 322
 Bewußtseinssystem 94
 Bezugsproblem 58, 187
 Billigung 17, 19
 Biographie 253, 299, 305 ff., 315 f.
 Biologie 95, 302
 black box 86, 95
 blocked exchanges 129

 Carolina 45, 229 f., 235, 255 f., 269 f., 283,
 289, 326
 casus 233, 274, 326
 Charakter 108, 150, 165 f., 200, 307, 310, 315 f.
 Charakterzeugen 271, 295, 326
 Christentum 230, 247, 249
 Codierung 140
 coroner 262
 culpa 233, 237, 274, 288, 291, 326

 Dämonologie 258
 de lege ferenda siehe de lege lata
 de lege lata 4, 36, 40, 44, 69
 défense sociale 68
 Definition 45
 Definitionsprozesse 177
 Deliktsschwere 76
 Deutung 82, 147, 152, 159, 166, 178, 193, 216,
 284, 318, 320, 323
 Differenz 48, 88, 90, 98, 102, 138, 161 f.
 Differenzierung 9, 61, 114, 128 f., 162, 164,
 180, 200, 226 f., 235, 255, 276 f., 298, 314,
 321

- funktionale 128 f., 314
- Dinge 107, 111
- Diskurs 59 f., 302, 312
- Distanzierung 150 f., 322 f.
- distinguishing 69, 164, 178, 323
- dolus
 - delinquendi 293
- dolus directus
 - 1. Grades 21, 34, 78, 104, 144, 149, 151 f., 168, 177, 194 f., 197, 209, 228, 293, 322, 327
 - 2. Grades 22, 34, 151, 323
- dolus eventualis 12, 14 f., 17, 22, 32, 35, 151, 234, 236, 322, 323
- dolus generalis 80, 233
- dolus indirectus 176, 232 ff., 236, 293
- Dritte 113, 117, 195, 209, 227, 293
- due diligence 28

- Ego 86, 88, 91, 110, 132
- Ehre 212
- Eidshelfer 210, 219, 255, 325
- Eigentums- und Vermögensschutz 129
- Eingriffsschwelle 58, 68
- Einzelfallgerechtigkeit 55
- Element 93
- Entscheidung 12 f., 21, 38, 44, 59, 62, 71, 76, 79 ff., 123, 128, 169, 180, 280, 313
- Entscheidungsbegriff 155
- Epochen 188, 324
- Ereignis 87, 94, 111, 132 f.
- Erfolgsstrafrecht 193, 196
- Erforderlichkeit 172
- Erklärung 53, 115, 205, 224
- Erleben 96, 104 f., 154, 157, 166, 308
- Ermittlungsergebnis 263
- Erwartungen 96, 107, 110, 136, 156
 - kognitive 113
 - normative 113 f., 211
- Erwartungsbildung 112
- Erwartungsenttäuschung 112, 163
 - Ausnahmecharakter 115
- Erwartungserwartungen 110
- Erwartungskollage 9, 108, 112, 164
- Erwartungsrelevanz 137
- Erwartungssicherheit 166
- Erwartungssicherung 123 f.
- Erwartungsstrukturen 104, 109, 111 f., 158, 165, 178, 191, 321, 324
- Europa 9, 127, 188, 193, 224, 247, 253, 325
- Evaluation 68
- Eventualvorsatz siehe dolus eventualis
- Evidenz 46, 56, 141 f., 152, 195, 205 f., 208, 238, 317, 325
- Evolution 109, 112 f., 161, 192, 219
- Exklusion 107, 126, 276 f., 297 f., 312

- Fahrlässigkeit 1, 15 f., 19, 22, 27 f., 35, 46, 66, 79, 81, 171, 175 f., 196, 230, 233, 237, 244, 290, 293, 316
 - bewußte 15 ff., 19, 293
- Fahrlässigkeitsvermutung 18
- Faktum
 - inneres 7
- Fall 29, 39, 44, 48 ff., 51, 54 f., 69, 323
- Fallgruppe 22, 48 f., 175, 178, 239, 242, 323
- Fallvergleich 48, 78
- Fehde 194, 212 f., 217, 220 f., 224, 226, 229, 240, 274, 313, 325, 329 f.
- Finale Handlungslehre 2
- Flirten 148 f.
- Folgenverantwortung 174, 176

- Folter 7, 257 f., 269, 274 f., 280 ff., 294, 313,
325 ff., 329
- Form 205
- Forschungsprogramm 331
- frankpledge 260, 313
- Frieden 219, 222
- Friedensgeld 194, 214
- Funktion 52, 59 f., 70, 79, 92, 109, 120
- Funktionalismus 7
- Funktionssysteme 41, 106, 126, 128 f., 174,
181, 276 ff., 298, 308, 315
- Eigendynamik der 126
- Garantenhaftung 17
- Gebärde 100
- Gedanken 94
- Gefährdungsdelikte
abstrakte 316
- Gefährlichkeit 15, 17, 19, 68
- Geltung 139, 278
- Geltungsbedingungen 153 f.
- Geltungsbegriff 59
- Geltungsbegründung 59, 70, 75, 125, 127
- Gemeinschaft 273 f.
- Gemeinschaftsstandards 263, 270
- Generalisierung 51, 53, 99, 118 ff., 123, 125,
127, 162, 184, 192, 199, 213, 218 ff., 225
ff., 321
- sachliche 118, 225
- soziale 118, 128, 213, 226
- zeitliche 118, 219
- Generalisierungen
symbolische 112
- Generalprävention 7 f., 63 f., 66 f., 70, 73, 78,
82, 85, 126, 172 f., 176, 321
- negative 61, 63 ff., 71, 73 f., 82, 124, 242
- positive 7 f., 64, 69, 78, 82, 85, 126, 172 f.,
176, 321
- Gerechtigkeit 52 f., 55, 59 f., 65, 73, 77, 243
- Gericht 17, 23, 72, 122, 208, 227, 255, 285
- Gerichtsbarkeit 229, 240 f.
- Gerichtsentcheidungen 278
- Gerichtsgebrauch 29
- Gerichtsverfahren 130, 165, 219, 222, 224,
227, 273, 313
- Gerichtsverhandlungen 122
- Germanen 137, 192, 197, 209, 211, 215, 317,
327
- Gesamtwürdigung 15, 17, 290
- Geschichte 8, 59, 84, 153, 158, 188, 301
- Soziologie und 190
- Geschichtswissenschaften 189
- Gesellschaft 3 f., 61, 85, 97, 105, 109, 113,
119, 121 f., 125, 127, 155, 249, 277, 289,
297
- Adelsgesellschaft 190, 217
- bürgerliche 190
- funktional differenzierte 9, 181, 201, 275, 277,
300, 312, 330
- Gesellschaften 8 f., 85, 106, 167, 330
- Gesellschaftsdeutung 218
- Gesellschaftsform 161
- Gesellschaftsstruktur 275
- Gesetz 6, 36, 43, 46, 49 f., 52, 66, 76, 212, 221,
226, 232, 235, 241, 279, 290 ff.
- Gesetzesbindung 43, 49, 51, 283
- Geständnis 223, 256, 258, 280 f., 282, 284 f.,
287, 294, 325, 327, 329
- Gewalt 45, 61, 71, 75, 119, 123, 127, 129, 204,
210 ff., 215, 219, 220, 224, 226, 259, 273,
275, 281

- Gewaltmonopol 126, 208, 212
Gewaltnähe 204, 212, 217
Gewissen 79, 174, 248, 250, 252, 285, 309,
325, 329
Gewissensforschung 251
Gewissenstäter 79, 174
Gleichheit 48, 76, 118, 276
Gleichstellungsrechte 121
Gnade 241
Gott 59, 74, 77, 135, 234, 258, 276, 284, 301,
314
Gottesfrieden 61, 221, 228, 325
Gottesurteil 255, 257
Grammatik 92
Grenze 4, 6, 8, 43, 50 f., 69, 93, 106, 165
Grenzen 108
Haftungsregeln 195, 212
Handeln 8, 61, 100 f., 111, 114, 125, 154
Handlung 101, 111, 288
Handlungsbegriff 104
Handlungsbeschreibung 147, 177, 323
Handlungsbestimmung 151, 170, 248
Handlungsfolgen 21, 143, 233, 311
Handlungsfreiheit 61
Handlungsidentifikation 23, 82, 134, 327
Handlungskoordination 86, 125
Handlungsmotiv 71
Handlungsontologie 2, 22, 105, 322
Handlungssinn 21, 156, 170, 216
Handlungsziel 13, 150
Hangtäter 79, 174
Hauptfolgen 21, 150 f., 177, 322
Heilung 266, 302
Hemmschwelle 15, 18 f., 48
Heuristik 178, 323
Hierarchie 59, 218, 265, 273, 276
HIV-Infektion 24, 38
hue 261
Ideenevolution 141, 225, 274
identification doctrine 36
Identifikation 103, 118, 128, 204, 273
Identität 99, 107, 111 f.
Ignoranz 115, 285
implied malice 35, 39, 246
Individualisierung 162, 249, 276, 298, 328
Individualismus 247, 253
Individualität 162, 201, 253
Individuum 160, 200, 247, 250, 252, 265, 307
Indizien 23, 25 f., 78, 170, 257, 269, 271, 281
ff., 287 f., 294, 313, 316, 318
Information 87 ff., 96, 98, 104, 107, 115, 135,
136 ff., 321
Inklusion 107, 154, 201, 276 f., 298
Innenperspektive 41
Inquisitionsverfahren 255
Institute 56, 238, 320
Institutionalisierung 118, 128, 213, 226 f., 301
intent 28 ff., 38 f., 196, 238, 242, 244, 267, 330
Intentionalität 2, 90, 198, 252
Interaktionssystem 40, 119, 121 f., 133, 158 f.,
167, 179 f., 218, 227, 277, 298, 308, 331
Interessen 65, 80, 105, 148, 262, 275, 296
Irritation 95 ff., 108
Irrtum 48, 57, 66, 116, 146, 171, 206, 233, 279
Juridifizierung 126
Juristen 52, 231 f., 267
Jury 27, 29 f., 32, 38, 239 f., 242, 259, 261, 263
f., 270, 274, 295 f., 318, 327
petty 262

- of presentment 261 f.
 just desert 67, 73
 justice of the peace 263
 Justizverweigerung 52, 123

 Kaiser 229 f., 247, 275
 Karriere 166, 276
 Katastrophe 212, 280, 295
 Kausalität 16, 141 ff., 208, 256, 290, 307
 Kirche 222, 237 f., 241, 247, 251, 255, 259
 Kodifikationssystem 49
 Kommunikation 86, 93, 133
 reflexive 136 f.
 Kommunikationsbegriff 88, 90
 Kommunikationsmedien
 symbolisch generalisierte 57
 Kommunikationsprozeß 87, 90 f., 101, 103,
 107, 134, 160
 Kommunikationsverbuchung 9, 167, 325 f.
 Komplexität 119, 122
 Kompositionssystem 214, 220
 Konflikt 117, 120
 Konfliktbearbeitung 9, 126, 193
 Konfliktbegrenzung 215
 Konfliktscheidung 59, 121
 Konfliktfähigkeit 126
 Konfliktlösung 59, 121, 225, 324
 Konformität 156, 216, 331
 König 162, 220, 225 ff., 229, 237, 239 ff., 245,
 248, 260
 Konsensunterstellung 118
 Konsistenz 2, 52 f., 108, 220
 Kontingenz 8, 50, 86, 88, 106, 109 f., 122, 158,
 165, 176, 179
 doppelte 86, 106, 176
 Kopie 162, 308

 Kopplung 40, 98, 105, 108, 122, 278
 Körper 61, 94 f., 106, 175, 179, 201, 247, 265
 f., 301
 Kosten 63, 117, 126, 172 f., 222, 280
 Kriminalisierung 131, 177
 Kriminalitätsrate 124, 126
 Kriminologie 173, 331
 Kunstwerk 135, 138

 Landfrieden 61, 220 f., 228 f., 259, 325
 Lederriemenfall 18, 20, 24, 38
 Legalisierung 121
 liability
 constructive 35, 39
 strict 28, 66
 vicarious 35 f.
 Limitationalität 41, 52 f., 55
 Limitierung 129
 Lügenstrafe 281

 Macht 59, 75, 123, 126 f., 169, 217 ff., 225,
 229, 247 f., 279, 297
 manslaughter 28, 31, 34 f., 38 f., 240 f., 245 f.,
 269
 by unlawful and dangerous act 39
 gross negligent 28, 38
 Medium 4, 98, 112, 118
 Mehrdeutigkeit 146 f., 149 f., 177
 Meinungsforschung 75
 mens rea 27 ff., 37, 58, 196, 237, 240, 246, 274
 Menschen 16, 73, 78, 81, 97, 160, 179, 243,
 288, 297, 303
 Menschenwürde 73
 Menschheit 299
 Methode 1, 9, 41 ff., 54, 80, 142, 187, 320, 331
 Methodologie 42 ff., 332

- Minderheit 75
 Mißverstehen 87, 91
 Mitbewußtsein 14, 26, 169
 Mitteilung 102, 105, 133 ff., 140 ff., 144, 153,
 159, 162 ff., 167, 181 f., 191 f., 217, 321,
 330
 Mitteilungsbegriff 88
 Modell 13, 21, 27, 67, 73, 78, 89 f., 187, 189,
 234, 286, 299, 309, 313, 325
 Moderne 45, 162, 188, 198, 226, 250, 275, 314,
 316, 328 f.
 Moleküle 94, 101
 Moral 7, 59, 72 f., 75, 121, 128, 225, 271, 310
 Mord 51, 75, 132, 140, 197, 230 f., 235 f., 240
 ff., 327
 Motiv 123, 148, 150, 152, 166, 177, 291, 296,
 311, 328
 Motivation 13, 21, 66, 123, 145, 174, 307
 Motivverdacht 168
 murder 31, 38 f., 240 ff., 246, 269, 270, 284
 Mystik 138
- Nachträge 103, 156
 Nachweisbarkeit 79
 Nationalstaat 190, 277
 Natur 44, 59, 77, 134, 141, 170, 176, 243
 Natur der Sache 2 ff., 105, 285, 322
 Naturalismus 280
 Naturalistischer Fehlschluß 2
 Naturdatum 44
 Naturrecht 278
 Nebenfolgen 21, 30, 150, 152, 177, 322
 Nebenstrafrecht 28, 36
 negligence 28, 34, 37, 195 f., 244, 295
 Negierbarkeit einer Sinnofferte 138
 Neutralisierungsstrategien 166, 283
- Normalfall 45, 49, 72, 108, 134, 144, 213
 Normalisierung 115, 168, 301
 Normalitätsannahmen 149, 167, 170, 177, 187,
 323
 Normänderung 204
 Normativität 57, 59 f., 70, 116, 125
 Funktion 59
 Normbefolgung 123
 Normbegriff 112, 117
 Normbruch 8, 117, 132 f., 138 f., 152, 192, 324
 Normbruchsidentifikation 177, 217
 Normformierung 210
 Normgeltung 60 f., 116, 127, 130, 132, 139,
 154, 157, 192, 224, 277
 Normgeneralisierung 9, 192, 204, 219, 277
 Normprojektionen 120, 122 f., 204, 219
 Normsetzung 61
 Normstabilisierung 63 ff., 71, 82, 125, 127 f.,
 172 f., 184, 223
 Normvalidierung 130, 139
 Normvertrauen 82
 Normwissen 169
 nulla poena sine lege 283
- Oberschicht 217
 Objekt 92 f., 99
 Objektivierung 78, 140, 170, 305
 Objektivität 52, 148
 Objektivitätsgarantie 43, 54
 Objektsverletzung 133
 Offenkundigkeitsprinzip 205
 Öffentliches Recht 57, 62, 127
 Officialmaxime 255
 Ontologisierung 131
 Operation 5, 45, 92 ff., 99, 105, 109, 131, 190
 Opfer 19, 38 f., 60 f., 74, 133, 138 ff., 174 f.,
 194, 233, 243 ff., 262, 285, 317, 325, 330

- Orakel 135
- Organisation 37, 40, 106, 120 f., 131, 133, 167, 179, 180, 182 ff., 324, 331
- Organisationsfreiheit 174
- Organisationshandlung 182
- Organisationskreis 195
- Organisationskultur 177
- Organismus 94, 101, 160, 265, 301
- Pädagogik 40 f., 299
- Parallelwertung in der Laiensphäre 14, 169
- Parteiherrschaft 214
- Person 37, 67, 78, 81, 101 f., 105, 107 f., 111 f., 116, 118, 133 f., 140 f., 150, 154, 158 f., 191, 246, 254, 269, 273, 285, 296, 298, 322
juristische 179
natürliche 16, 324
- Personalität 86, 106, 135, 154, 157, 162 f., 170, 255, 298, 315
- Personenaufklärung 328
- Personenbegriff 105, 329
- Personenbeschreibung 164, 264, 328
- Personenbestimmung 314
- Personenevaluation 274
- Personenkonzept 161, 192, 199, 246, 264, 268
- Personenorientierung 269, 271, 313, 327, 328
- Persönlichkeit 304, 310
- Plausibilität 24, 54, 80, 116, 141, 152, 165, 172, 178, 318, 323
- poena extraordinaria 232, 274, 281 f.
- poena ordinaria 232 f., 235
- Politik 57, 59, 75, 106, 123, 127, 129, 213 f., 218, 224, 276, 278, 299
- Polizei 31, 73, 122, 124, 133, 138, 167, 282, 331
- praesumptio doli 80, 176, 284, 287, 289, 293, 294
- Präferenz 13, 59
- Prägnanz 134 f., 159
- Präjudiziensystem 49
- Praktiken
divinatorische 135
- Präsumtion 198, 216, 237, 242, 316
- Praxis 1, 3, 6, 15, 23, 53, 79 f., 172, 236, 281, 294, 326
soziale 95, 125, 274
- Problemlösung 9, 11, 40, 42, 45, 53, 58, 184, 205, 320
- Professionalisierung 225, 232, 269, 295, 313
- Prognose 53, 76
- Provokation 75, 213, 217, 246, 296, 325, 329 f.
- Prozeß 45, 51, 90, 92 f., 97 f., 100 f., 103, 131, 140, 153, 177, 187, 226, 228, 269, 287, 289, 294 f., 312, 328
selbstreferentieller 92
- Prozeßepistemologie 280
- Prozeßrecht 69, 209, 255, 259, 264, 268, 275, 283, 295
- Psychologie 2, 65, 71, 80 f., 154, 170, 173, 280, 292, 297, 301 f., 306, 311
- Psychologismus 78
- Psychosachverständiger 79
- Psychotherapie 303
- Rache 194, 203, 211, 214, 216, 220, 274
- Radstrafe 233, 236
- Ratgeber 310, 316
- Rationalität 126, 276, 298
- Realität 81, 92, 97, 101, 110, 113, 116, 120, 125, 131, 155, 322
- Recht 105, 119
Erfolg des 126
Funktion 60, 70, 120, 124 f., 127, 321

- Leistung 123
positives 4
- Rechtfertigungslage 153
- Rechtsbegriff 6, 56 f., 59, 62, 69 f., 81, 125, 329
- Rechtsbereiche 23, 55, 128
- Rechtsdurchsetzung 71, 124, 325
- Rechtsfähigkeit 246
- Rechtsfolge 132, 194, 236
- Rechtsgang 9, 197, 255
- Rechtsgebietstheorie 56
- Rechtsgeltung 60, 125, 192
- Rechtsgüter 60
- Rechtsgüterschutz 65
- Rechtsgutsbegriff 57, 65
- Rechtsirrtum 233
- Rechtspraxis 40, 238
- Rechtsprechung 11, 14, 16 f., 19 f., 23, 27, 33, 48, 176, 178, 283, 285, 318, 325
- Rechtsquellentheorien 50, 59
- Rechtsstaatsprinzip 6, 55
- Rechtssystem 5, 9, 40, 54, 119 ff., 123, 125 ff., 133, 140, 154, 174, 188, 190, 193, 225, 278, 283, 331
- Rechtswidrigkeit 57, 124, 140, 153 f., 157, 179, 184
- Rechtswissenschaft 4, 6, 40 f., 44 f., 49, 53 ff., 81, 319
- recklessness 28 f., 32 f., 39, 295
Caldwell 33 f.
Cunningham 33, 35
- redundancy 137
- Redundanzen 51, 57
- Referenzen 93, 107
- Referenzfälle 46, 284
- Reflexionstheorie 4, 40, 278
- Reformation 234, 251 ff., 300, 306
- Regelungszweck 3, 62
- Regulierung 120, 161, 214
- Reichsstrafgesetzbuch 6, 196
- Rekonstruktion 21, 86, 119, 141, 319, 331
- Relationierung 162
- Religion 40, 61, 75, 116, 122, 156, 218, 225, 276, 278, 283, 327
- Repräsentation 100, 103, 133, 162, 210, 265, 276
- Reproduktion 94, 101, 109 f., 192, 218
- Responsivität 173
- Rezeption 189, 229, 230, 234, 237, 256, 262, 326
- Richtigkeitskriterium 53
- Risikotrafrecht 317
- role-person-merger 273
- Rolle 159, 161, 164, 198, 200, 254, 273
Mitgliedschafts- 180, 182, 324
- Rollengebundenheit 201
- Rollentheorie 316, 322
- Rollenwechsel 200, 255, 312
- Roman 72, 162, 238, 253, 305 ff.
- Ruf 271, 274, 283
- Sachebene 9
- Sakralisierung 251
- Sanktion 117, 120, 125
- Schaden 62, 76, 131, 174, 195, 209, 212
- Schadensersatz 194
- Schematisierungen 99
- Schichtung 314
- Schrift 100
- Schuld 16, 29, 57, 64, 81, 140, 153 f., 157, 169, 173, 184, 196, 198, 230 f., 237, 239, 256, 274, 281, 283, 320

- Schuldorientierung 71
- Schuldstrafrecht 7, 36, 57 f., 64, 69, 70, 72 f.,
75 ff., 81, 84, 130, 169, 170, 196, 197, 238,
321
- Schuldwahrscheinlichkeit 281
- Schwertstrafe 45, 233, 235 f.
- Seele 155, 161, 258, 301 f.
- Selbst 94, 108, 160, 201, 248, 298, 304, 309,
329
- Selbstbeobachtung 103, 155, 306
- Selbstbestimmung 74, 276
- Selbstdarstellung 110, 116, 165 f., 312
- Selbstexemption 139
- Selbsthilfe 204, 213, 215, 217, 220, 273, 310
- Selbstinterpretation 80, 169
- Selbstliebe 298
- Selbstorganisation 101
- Selbstreferenz 99, 102, 106, 111, 299
- Selbstreproduktion 94, 111
- Selbstsimplifikation 102
- Selbststeuerung 4, 94, 119
- Selbstsubstitution 192
- Selbstverpflichtung 165
- Selbstverwirklichung 252
- Selbstwahrnehmung 249, 307
- Selbstwiderspruch 139
- Selektion 86 ff., 100, 102, 104, 109, 111, 141,
143, 154, 176, 192, 321
- Selektivität 87, 96, 100
- Semantik 9, 104
- Sicherung 63 ff., 68, 115, 124, 260, 315, 321
- Sicherungseinrichtungen 206
- Signalübertragung 89 f.
- Sinn 22, 90, 96, 98, 101, 109, 112, 133 f., 148,
152, 156, 170, 179, 183
- Sinneutung 7, 141
- Sinnlosigkeit 135
- Spezialprävention 58, 63, 130
- Sprache 4, 49, 88, 97, 99, 100, 112, 134, 154
- Sprechakte 90
- Staat 61, 63, 75, 77, 122, 192, 224, 279
- Staatenbildung 216, 325
- Staatsanwaltschaft 133, 167, 331
- Staatsbürger 279
- Staatsorganisation 208
- Stabilisierung 60, 110, 120, 123, 172, 192
- Stand 3, 103, 215, 264, 277, 283, 297, 320, 327
- Standard 33, 40, 270
- Standardisierung 164
- Ständeordnung 225
- Steigerungsverhältnis 55
- Stellungnahme 18, 22, 128, 132, 152, 194, 210,
318, 329
- Strafbarkeit 12, 16, 27, 34, 36, 171, 176, 228,
234, 316
- Strafe
 peinliche 221, 228
- Strafprozeß 14, 21, 67, 128, 153, 230, 268, 274,
280, 282, 286, 294 f.
- Strafrecht 193
 peinliches 215 f.
- Strafrechtswissenschaft
 gesamte 5, 10, 319, 331
- Strafiat
 Definition 131
- Straftatenkatalog 140
- Straftaxen 250
- Strafzumessung 31, 67, 76, 171 f., 178, 274,
323
- Strafzwecktheorie 6, 56 f., 62 f., 65, 69, 72 f.,
81, 128, 234
- theokratische 234

- Straßenverkehr 38
- Stratifikation 192, 217 f., 227, 273
- Struktur 3 f., 41, 50, 92, 94, 96, 101, 112, 119, 122, 127, 163, 188, 192, 228
- außerrechtliche 2, 121
- soziale 41 f., 96, 105, 108 f., 111, 119, 136, 188, 322
- Struktureffekt 137
- Strukturevolution 127
- Subjekt 304, 312
- Subjektivierung 80, 286, 328
- Sühneleistungen 214
- Sünde 65, 173, 191, 221, 248 ff., 252, 255, 274, 325, 331
- Symbol 133, 180
- Symbolik 130
- System 100, 104
- dogmatisches 8, 12, 51 f., 58
- organisches 94, 97
- politisches 126 f.
- psychisches 86, 97, 105, 107
- soziales 5, 86, 90, 93 f., 96, 98 ff., 109, 115, 133, 155, 168
- Systematik 4 f., 11, 42 f., 50 ff., 85, 235, 320
- Systembau 12, 43, 56 ff., 62 f., 69, 93, 109, 125, 161
- Systembildung 12, 43, 58, 63, 93, 109, 161
- Systemdifferenzierung 93, 276
- Systemreferenz 110, 133, 179
- Tadel 74, 239
- Tagebuch 305
- Tataufklärung 271, 328
- Tatbestand 12, 35, 71, 106, 131, 140 f., 144, 148, 152 ff., 157 f., 182, 209, 236, 241
- Tatbestandsmerkmal 14, 25, 45 f., 48, 55 ff., 69, 140, 144, 177, 313, 320, 323
- Täter-Opfer-Ausgleich 130
- Täterschaft und Teilnahme 16, 144, 157, 182
- Tatfrage 20, 275, 283, 296
- Tathergang 263
- Tatsachen 15, 23, 25, 31, 34, 69, 178, 210, 284, 287, 328
- Tatsachenblindheit 33, 39, 175
- Tatsacheninstanz 29
- Tatzeugen 271, 295, 326
- Tempovorteil 175
- Terror 67
- Testbarkeit 43
- Textgrundlage 44
- Thema 56, 70, 82, 87, 95, 105, 109, 127, 135, 137, 173, 176, 216, 244, 258, 302
- Thematisierung 114, 159, 160 f.
- Theologie 44, 255, 301 f., 331
- Theorie 3, 5, 7, 23, 42 ff., 51 f., 60, 63, 79, 124, 130, 166, 177, 258, 286, 297, 318 und Praxis 2, 40, 81
- Theoriebildung 50, 54, 56, 64, 101, 105
- Tierstrafe 181, 243, 244
- Tod 18 f., 24, 35, 38, 150 f., 211, 242 f., 249, 302
- Todesstrafe 67, 235, 239, 283
- Totschlag 231, 235 f., 240
- Tötungsdelikte 15, 32, 234 ff., 239 f., 246, 270, 296
- Typ 178, 180, 230, 323
- Typisierung 178, 198, 316
- Typologie 296, 318
- Überzeugung 17, 74, 79, 249, 280, 284 ff.
- Umwelt 85 f., 93 f., 97, 104, 127, 132, 154, 180, 219, 228, 276
- Umweltvoraussetzungen 101

- Unerwünschtheit 18 f., 38, 48
- Unfall 18, 114 f., 144, 160, 167, 192, 203, 242, 245
- Ungefährwerke 194
- Ungehorsamsstrafe 281
- Ungleichheit 76
- Unmaßgeblichkeit 115, 171
- Unrechtseinsicht 154
- Unschuldsvermutung 81, 293
- Unsicherheit 114
- Unterbegriff 58
- Unternehmen 324
- Unternehmensdelikt 58
- Unternehmensstrafbarkeit 16 f., 35 ff., 81, 184, 324
- Unternehmensstrafrecht 184
- Unterscheidung 22, 45 f., 48, 49 ff., 53 ff., 66, 93, 97, 100, 105, 119, 161, 167, 178, 230, 236, 324
- Unterscheidungsbaum 46 f.
- Untertan 279
- Unvernunft 20, 151, 295, 323
- Unzumutbarkeit 154, 157
- Urbegriffe 279
- Urteilsgewißheit 257
- Vagrantenklasse 261
- Variationsmöglichkeiten 58
- variety 137
- Verantwortlichkeit 16, 143, 184, 193, 195, 252, 258, 260, 324
- Verantwortungszuschreibungen 97
- Verbotsirrtum 146, 156, 175, 290
- Verbotsnorm 157
- Verbrechensbegriff 8, 57, 65, 67 ff., 77, 129, 131, 153, 184
- Verdachtsstrafe 258, 281, 283, 294
- Verfahren 227
- Verfahrensrecht 67 f., 184
- Vergleich 34, 45 f., 54 f., 128, 190, 223, 225, 229, 255, 305, 316
- außergerichtlicher 223
- Vergleichsgesichtspunkt 48 f., 56
- Verhalten 7 f., 60, 64, 78, 87, 100, 102, 110, 164
- ambivalentes 160, 177, 316, 317, 328
- Verhaltensnormen 71 f.
- Verhaltensorientierung 70
- Verhaltenssteuerung 71, 123 f., 130, 173, 321
- Vermeidbarkeit 66, 68, 141, 144, 146, 150, 152, 157, 179
- Vernunft 59, 77, 292, 301, 310 f., 314
- versari in re illicita 179, 324
- Verschuldenshaftung 216
- Verstehen 89
- Verstellung 307
- Versuch 21, 38, 58, 79, 86, 170, 173, 230, 292
- Verweltlichung 247
- Vollendung 58, 79, 170, 173
- Vollinklusion 200
- Vorbedacht 229, 231, 235, 241
- Vorhersage 54
- Vorsatz 6, 8, 12, 16, 70, 83, 85, 144, 146, 175 f., 231, 279, 329
- Vorsatzdefinition 6, 8, 12, 30, 323, 328
- Vorsatzerfordernis 7, 12, 27, 196, 316, 327 f.
- Vorsatzformen 150, 322
- Vorsatzidentifikation 146, 199, 219, 274, 321, 324, 331
- Formen der 146
- Vorsatznachweis 15 f., 23, 289
- Vorsatzpräsumtion 35, 152, 179, 287, 324, 328
- Vorverständnis 55

- Vorzugswürdigkeit 41
- Wahrheit 41, 44, 50, 57, 59, 117, 126, 141 f.,
206 f., 209, 254, 258, 294, 313, 325
- Wahrheitsanspruch 41 f., 280, 328
- Wahrheitskriterium 44
- Wahrnehmung 13, 33, 132, 142, 158 ff., 208,
264
- Wahrscheinlichkeit 31, 318, 328
- Weltwissen 13, 169
- Werbung 71
- Wergeld 194, 220, 243
- Wert 54, 65, 75, 112, 118, 225, 248, 251 f.,
299, 306
- Werte 55, 225, 248, 251
- Wertung 2, 13, 78, 126, 152, 173, 286
- Wiedergutmachung 214, 250
- Willensschuld 234
- Wirklichkeitswissenschaft 41, 43 f., 51, 80
- Wirtschaft 61, 106, 114, 118 f., 122 f., 126,
129, 193, 218, 244, 276, 299, 315
- Wirtschaftslehre 297
- Wirtschaftswissenschaften 41, 156
- Wissen 12 ff., 16, 37, 45, 61, 72, 78, 145 f.,
151, 158, 167, 178, 216, 318, 323
- Wissenschaft 1, 39 ff., 45, 53 f., 56 f., 61, 104,
142, 320
forensische 223, 271, 287, 313, 328
- Wissenschaftssystem 40
- Witz 148, 178
- Zeichen 140, 144
- Zeit 306
- Zeitinverson 98, 100
- Zentralisierung 217, 220, 229, 232
- Zeugen 210, 221 ff., 240, 256 f., 272, 281, 286
f., 312
- Zivilrecht 16, 55, 57, 62, 72, 127, 132, 224
- Züchtigungsrecht 215
- Zufallstaten 194, 239
- Zumessung 130
- Zurechnung 16, 82, 99, 102 f., 133, 143, 154,
158, 182, 278, 313, 322
objektive 16, 143
- Zurechnungsfähigkeit 66 ff., 80, 160, 169, 171
- Zurechnungsurteil 291
- Zuschreibung
Motiv 150, 158, 177, 322, 323
Vorsatz 158, 189, 191, 193, 316, 323, 326,
331
Wissen 150, 165, 167, 177, 322
- Zuschreibungsregeln 27
- Zuständigkeit 141, 143, 157, 179, 195, 229,
244, 261
- Zuständigkeitsverteilung Richter-Jury 29, 264
- Zweikampf 210, 255, 256, 325

KRIMINOLOGISCHE FORSCHUNGSBERICHTE

edition iuscrim, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales
Strafrecht, Freiburg Herausgegeben von Hans-Jörg Albrecht und Günther Kaiser

Band 57

Helmut Kury, Joachim Obergfell-Fuchs, Michael Würger

Gemeinde und Kriminalität

Eine Untersuchung in Ost- und Westdeutschland

Freiburg 2000, 770 Seiten. ISBN 3-86113-000-9

31,- €

Band 87

Lutz Gollan:

Private Sicherheitsdienste in der Risikogesellschaft

Freiburg 1999, 280 Seiten. ISBN 3-86113-031-9

21,- €

Band 88

Jack Derks, Anton van Kalmthout, Hans-Jörg Albrecht (Eds.)

Current and Future Drug Policy Studies in Europe

Problems, Prospects and Research Methods

Freiburg 1999, 320 Seiten. ISBN 3-86113-032-7

21,- €

Band 89

Rüdiger Ortman:

Abweichendes Verhalten und Anomie

Entwicklung und Veränderung abweichenden Verhaltens im
Kontext der Anomietheorien von Durkheim und Merton

Freiburg 2000, 768 Seiten. ISBN 3-86113-033-5

31,- €

Band 90

Ulrich Baumann

Das Verbrechenopfer in Kriminalitätsdarstellungen der Presse

Eine empirische Untersuchung der Printmedien

Freiburg 2000, 242 Seiten. ISBN 3-86113-034-3

21,- €

Band 91

Günther Kräupl, Heike Ludwig

Wahrnehmung von Kriminalität und Sanktionen

im Kontext gesellschaftlicher Transformation

Theoretische Reflexion und Ergebnisse von Kriminalitäts-
befragungen in Thüringen

Freiburg 2000, 350 Seiten. ISBN 3-86113-036-X

21,- €

Band 93

Letizia Paoli

Illegal Drug Trade in Russia

A Research Project Commissioned by the United Nations Office
for Drug Control and Crime Prevention

Freiburg 2001, 166 Seiten. ISBN 3-86113-038-6

16,- €

KRIMINOLOGISCHE FORSCHUNGSBERICHTE

edition iuscrim, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales
Strafrecht, Freiburg Herausgegeben von Hans-Jörg Albrecht und Günther Kaiser

Band 94

Heidrun Kiessl

**Die Regelwerke der Vereinten Nationen zum Jugendstrafrecht
in Theorie und Praxis**

Eine empirische Untersuchung über ihre Anwendung
hinsichtlich der freiheitsentziehenden Maßnahmen bei
delinquenten Kindern und Jugendlichen in Südafrika

Freiburg 2001, 632 Seiten. ISBN 3-86113-039-4

31,- €

Band 95

Joachim Obergfell-Fuchs

Ansätze und Strategien Kommunalen Kriminalprävention

Begleitforschung im Pilotprojekt Kommunale Kriminalprävention in
Baden-Württemberg anhand der Stadt Freiburg im Breisgau

Freiburg 2001, 650 Seiten. ISBN 3-86113-040-8

31,- €

Band 96

Monika Becker

Kriminalität, Herrschaft und Gesellschaft im Königreich Württemberg

Ein Beitrag zur Historischen Kriminologie unter Berücksichtigung von
Normen- und Sozialgeschichte in Württemberg von 1830 bis 1848

Freiburg 2000, 245 Seiten. ISBN 86113-041-6

21,- €

Band 97

Hans-Jörg Albrecht, Afroditi Koukoutsaki, Telemach Serassis

Images of Crime

Representations of Crime and the Criminal in Science, the Arts
and the Media

Freiburg 2001, 310 pages. ISBN 3-86113-042-4

21,- €

Band 98

Oliver Kipper

Schutz kindlicher Opferzeugen im Strafverfahren

Freiburg 2001, 330 Seiten. ISBN 3-86113-043-2

26,- €

Band 99

Michael Kilchling

Die Praxis der Gewinnabschöpfung in Europa

Eine vergleichende Evaluationsstudie zur Gewinnabschöpfung in
Fällen von Geldwäsche und anderen Formen Organisierter Kriminalität

Freiburg 2002, 490 Seiten. ISBN 3-86113-044-0

31,- €

Band 101

Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout

Community Sanctions and Measures in Europe and North America

Freiburg 2002, 600 Seiten. ISBN 3-86113-046-7

31,- €