Münchner Juristische Beiträge · Band 58

Ho-Ki Kim

Die Risikoschaffung und der untaugliche Versuch

Zugleich ein Beitrag zur neuen Interpretation der funktionalen Strafrechtsdogmatik

Herbert Utz Verlag · München

Münchner Juristische Beiträge

Herausgeber der Reihe:
Dr. jur. Thomas Küffner

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.ddb.de abrufbar.

Zugleich: Dissertation, München, Univ., 2005

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwendung, vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH 2006

ISBN 3-8316-0571-8

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
Tel.: 089-277791-00 · www.utzverlag.de

Inhaltverzeichnis

1 ZWECK DER ARBEIT ---------- 1

2 DIE GRUNDIDEE DES FUNKTIONALEN STRAFRECHTSSYSTEMS ---------- 5

2.1 Tatbestand als Objektsprache? ---------- 5

2.2 Was versteht man unter der Sprache? ---------- 7

2.2.1 Besteht ein entsprechendes Verhältnis zwischen Welt und Sprache? ---------- 7

(1) Sprache als Korrelat der Wirklichkeit? ---------- 7

(2) Ein Beispiel - der sog. Typusbegriff ---------- 12

2.2.2 Sprache als Spiegel der Ordnung der Welt? ---------- 14

2.2.3 Sprache als Spielregeln ---------- 17

2.3 Aus der Sprache heraus? ---------- 23

2.4 Worin besteht der Sinn der Sprache? ---------- 26

2.5 Gegen einen möglichen evolutionstheoretischen Einwand ---------- 36

2.6 Grundidee der funktionalen Dogmatik ---------- 41

3 VORSATZ ---------- 52

3.1 Unrechtsbegriff ---------- 52

3.2 Definition des Vorsatzes ---------- 53

3.2.1 Vorsatz als realer Zustand des Bewusstseins? ---------- 53

3.2.2 Formale Definition ---------- 55

3.3 Inhalt des Vorsatzes ---------- 58

3.3.1 Zurückführbarkeit? ---------- 58

3.3.2 Dualistische Fundierung – Bedeutung des Subjektiven ---------- 62

3.3.3 Wissen und Wollen ---------- 64

3.4 Reichweite des Wissens ---------- 72

3.4.1 Konkret vs. abstrakt ---------- 72

3.4.2 Was soll der Täter wissen? – Auseinandersetzung zwischen der Konkretisierungstheorie und der Gleichwertigkeitstheorie ---------- 77

3.4.3 Aufgabe der Vorsatzlehre – Behandlung der aberratio ictus ---------- 78

3.5 Zweiteilung des sog. untauglichen Versuchs ---------- 82

3.5.1 Problem der bisherigen Diskussion ---------- 82
3.5.2 Zweiteilung der Rechtsfigur des sog. untauglichen Versuchs ---------- 83
3.5.3 Kriterium zur Unterscheidung ---------- 87
3.5.4 Untauglichkeit der bisherigen Lehren ---------- 92
3.6 Objektivierung des Vorsatzes? ---------- 92
3.7 Zusammenfassung ---------- 94

4 RISIKOSCHAFFUNG ---------- 95

4.1 Konkretisierung des Risikobegriffs ---------- 95
4.1.1 Vergleich mit dem Risikobegriff der objektiven Zurechnungslehre ---------- 95
4.1.2 Sind ein Handlungs- bzw. ein Erfolgsbegriff noch erforderlich? ---------- 96
(1) Ontologische bzw. ontische Handlung? ---------- 96
(2) Braucht man zusätzlich den Erfolgsbegriff? ---------- 100
4.2 Ausgang – Zweckgedanke des Strafrechts ---------- 102
4.2.1 Trennung der strafrechtlichen Beschreibung von der naturwissenschaftlichen Beschreibung ---------- 102
4.2.2 Bedeutung des kausalen Zusammenhangs im Strafrecht ---------- 108
(1) Statistische Erklärung des Unrechts? ---------- 108
(2) Bedeutung der naturwissenschaftlichen Kausalität in der Dogmatik ---------- 109
4.3 Kriterien der Risikoschaffung ---------- 111
4.3.1 Der Erfolgseintritt soll nicht schlechthin unwahrscheinlich sein. ---------- 111
4.3.2 Ausschluss der Risikoschaffung durch Quantifizierung der Gefahr? ---------- 112
4.3.3 Ausschluss der Risikoschaffung bei fehlender Beherrschbarkeit ---------- 116
(1) Generalgefahr bzw. allgemeine Lebensgefahr ---------- 116
(2) Soziale Adäquanz und Interessenabwägung? ---------- 118
4.3.4 Vertrauen bzw. Erwartung der Allgemeinheit? ---------- 120
(1) Die These des sog. Feindstrafrechts ---------- 120
(2) Erwartung der Allgemeinheit auf die Normeinhaltung? ---------- 122

5 AUSSCHLUSS DES GESCHAFFENEN RISIKOS - IN BEZUG AUF DIE ABERRATIO ICTUS ---------- 128

6 ZUSAMMENFASSUNG ---------- 130

1 Zweck der Arbeit

In der vorliegenden Arbeit geht es darum, einen Lösungsvorschlag für jene Fälle zu machen, die herkömmlich unter der Kategorie des untauglichen Versuchs diskutiert werden. Es werden einige Beispiele gezeigt. Selbstverständlich ist das keine abschließende Aufzählung.
(1) A hat den B durch magische Kraft zu „töten“ versucht.
(2) A veranlasst den B zu einem Spaziergang im Gewitter, in der Hoffnung, dass B durch einen Blitzschlag zu Tode kommen möge.
(3) A, der mit dem HIV-Virus infiziert ist, übt ungeschützten geschlechtlichen Verkehr aus, um seinen Partner B anzustecken und dadurch zu Tode zu bringen.
(4) Tötungsversuch durch eine zu geringe Dosis Gift
(5) A versucht den B durch Zucker zu töten, weil er Zucker mit Gift verwechselt.
(6) A hat den B durch Zucker zu töten versucht, weil er glaubt, dass Zucker tödliche Wirkung hat.
(7) A versucht den B zu töten, der aber bereits vor einigen Stunden gestorben ist.
(8) A fährt sein Auto ordnungsgemäß, aber in der „Absicht“, einen anderen zu töten.
(9) A überredet den B zu einer Flugreise, in der Absicht, ihn zu töten.
Hierbei wird vorausgesetzt, dass alle Handlungen vom „Vorsatz“ getragen werden. Damit ist allerdings nur gemeint, dass in der vorliegenden Untersuchung die Unterscheidung zwischen dem bedingten Vorsatz und der bewussten Fahrlässigkeit von keinerlei Interesse ist. Diese Arbeit richtet sich ausschließlich auf das Vorsatzunrecht. Außerdem muss ich darauf hinweisen, dass es nicht das Anliegen der vorliegenden Arbeit ist, zahlreiche Meinungen um die oben genannten Fälle chronologisch zu gruppieren und zusammenzufassen. Der begrenzte Anspruch dieser Arbeit besteht darin, die Strafrechtsdogmatik gemäß der modernen philosophischen bzw. wissenschaftstheoretischen Erkenntnis widerspruchsfrei zu begründen und daraus eine angemessene Lösung zu entwickeln. Bei den meisten Fällen sind sich die Strafrechtler einig darin, dass der Täter je nach der Konstellation bestraft bzw. nicht bestraft werden soll. Aber sie erzielen das Ergebnis je auf ihre Weise. Im Ergebnis weicht das Resultat meiner Untersuchung nicht weit von dem bisherigen ab. Die vorliegende Arbeit ist daher weniger darauf gerichtet, einen völlig neuen Lösungsvorschlag zu machen, als darauf, den Begriff des Unrechts präzise und widerspruchsfrei zu bestimmen.
Manche wollen die oben genannten Fälle unter dem Begriff des „untauglichen

Versuchs“ kategorisieren. Der untaugliche Versuch wird in der Strafrechtsdogmatik als ein Sonderling behandelt, und es werden speziell auf ihn gerichtete Theorien entwickelt. Mit dem Klassifizieren eines Falls als untauglicher Versuch wird allerdings bereits präjudiziert, wie das Unrecht gedacht werden soll. Akzeptiert man den untauglichen Versuch als eine selbständige Rechtsfigur, kann man nicht umhin, andere ihm zugrunde liegenden Ideen zu akzeptieren, vor allem den Gedanken, dass eine naturwissenschaftlich festzustellende (Un)möglichkeit des Erfolgseintritts die strafbare von der nicht strafbaren Handlung, wenn auch vorläufig, scheidet. Diese Grundannahme scheint jedoch zweifelhaft. Dies erkennt man an einem einfachen Beispiel. Nehmen wir an, dass beim error in objecto die soziale Individualität eines Opfers das entscheidende Kriterium darstellt. Nennen wir diesen Gesichtspunkt vorläufig die soziale Individualitätstheorie. Offenbar behauptet derzeit niemand eine derartige Theorie, sie ist jedoch theoretisch gesehen durchaus vertretbar. A schießt auf den B, weil A den B mit seinem Feind C verwechselt. Dann wird A der sozialen Individualitätstheorie zufolge wegen eines untauglichen Tötungsversuchs in Tateinheit mit einer fahrlässigen Tötung bestraft. Der Tatbestand der Tötung hat ‚einen Menschen‘ zum Gegenstand. B ist ein Mensch, und er befindet sich zum Tatzeitpunkt am Tatort. Trotzdem würden die Anhänger der sozialen Individualitätstheorie geltend machen, dass A wegen eines untauglichen Tötungsversuchs bestraft werden müsse. Warum kann bei diesem Fall ein untauglicher Versuch vorliegen? Denn es ist dem A zum Zeitpunkt der Tat möglich, den B, aber unmöglich, den abwesenden C zu töten. Ob ein Mensch, also ein Tatbestandsmerkmal, am Tatort vorhanden ist, kann also in der strafrechtlichen Debatte nicht rein naturwissenschaftlich festgestellt werden. Das bedeutet andererseits, dass das Wort „Untauglichkeit“ nicht rein naturwissenschaftlich definiert werden soll. Die naturwissenschaftliche (Un)wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts und die strafrechtliche (Un)tauglichkeit einer Handlung haben jeweils eine andere Bedeutung und dürfen daher nicht miteinander verwechselt werden. Die (Un)tauglichkeit einer Handlung, den Erfolg herbeizuführen, ist hauptsächlich auf die strafrechtliche Interpretation angewiesen.[1] Meines Erachtens muss man sich daher zunächst kritisch mit der der Rechtsfigur des untauglichen Versuchs unterliegenden Grundannahme auseinander setzen, bevor man einen Fall als eine Variante des untauglichen Versuchs abstempelt.

Bei näherem Zusehen stellt sich des Weiteren heraus, dass in Bezug auf die obigen Fälle viele verschiedene Gesichtspunkte miteinander verwoben disku-

[1] Die Bedeutung der naturwissenschaftlichen Kausalität in der Strafrechtsdogmatik werde ich später ausführlich beschreiben.

tiert werden. Beispielsweise werden folgende Streitfragen mit den obigen Fällen zusammenhängend debattiert:

1. Ob der Täter vorsätzlich handelt und daher wenigstens wegen Versuchs bestraft werden soll.
2. Wann ein den Vorsatz ausschließender Irrtum vorliegt.
3. Ob die Unwahrscheinlichkeit bzw. die sehr geringe Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts von Beginn an die strafrechtliche Haftung ausschließt bzw. beeinflusst.
4. Ob ein bestimmter Kreis von untauglichen Handlungen wegen sozialer Adäquanz, Interessenabwägung usw. bereits von vornherein nicht in den Bereich des strafrechtlichen Unrechts eingeordnet wird.

Ich bin der Auffassung, dass all diese Streitfragen auf eine unlösliche Weise ineinander verschlungen sind, so dass die Stellungnahme zu der einen, bis zu einem gewissen Grad wenigstens, diejenige in den übrigen mitbedingt. Ich glaube daher, dass ich nur durch eine angemessene Einordnung der gesamten in Frage kommenden Unrechtselemente über die Problematik des untauglichen Versuchs hinauskommen kann. Es scheint mir daher notwendig zu sein, die gesamte Struktur des Unrechts wenigstens grob zu skizzieren.

Nach der herkömmlichen Vorgehensweise erfolgt die Prüfung des subjektiven Unrechts erst dann, wenn das Bestehen des objektiven Unrechts bereits angenommen wird. Dies ist allerdings nur dann sinnvoll, wenn das Erste nur zusammen mit dem Letzten steht und fällt. Sind beide Unrechtselemente tatsächlich voneinander abhängig? Kann man nicht sagen, dass der Täter vorsätzlich handelt, obwohl das Vorliegen des objektiven Unrechts nicht festzustellen ist? Um eine angemessene Antwort zu geben, muss man zunächst wissen, was unter den Begriffen „Vorsatz“ und „Unrecht“ zu verstehen ist. Wie sollte man aber den Vorsatzbegriff definieren? Etwas allgemeiner ausgedrückt, lässt sich diese Vorfrage auch so umschreiben: Wie sollte man einen Begriff definieren? Die meisten Strafrechtler gehen von zwei heterogenen Begriffsarten aus. Sie sind der Auffassung, die eine könne dem Zweck des Strafrechts dienend neu definiert werden, da ihr Bedeutungsgehalt „normativ“ gestaltet werden solle. Die andere dagegen entziehe sich der zweckmäßigen Begriffsbildung jeder Art. Was heißt aber, dass ein Begriff ein normativer Begriff sei, und woran erkennt man das? Bei der Erklärung, unter welchen Umständen die zweckmäßige Begriffsbildung erlaubt ist, hilft das Begriffspaar von normativ und deskriptiv aber eigentlich nicht. Denn die Bedeutung eines sog. deskriptiven Begriffs soll unter Umständen ebenfalls, der herkömmlichen Darstellung nach, funktional definiert werden, wie z. B. der Begriff „Mensch“. Worauf ist dann die Erlaubtheit der Begriffsbildung zurückzuführen? Mit welchem Recht dürfen wir einen Begriff definieren? Was bedeutet

eigentlich das Wort „definieren“? Was ist ein Begriff im Allgemeinen? Die vorliegende Arbeit beginnt mit der Auseinandersetzung mit diesen Fragen.

2 Die Grundidee des funktionalen Strafrechtssystems

2.1 Tatbestand als Objektsprache?

Der Tatbestand ist in uns geläufiger Umgangssprache zusammengesetzt. Mit unserem gesunden Menschenverstand sind wir geneigt, einen Begriff mit einem empirischen Gegenstand verbindend zu verstehen. In der funktionalen Strafrechtsdogmatik wird jedoch diese unmittelbare Verknüpfung zwischen Tatbestandsmerkmalen und empirischen Gegenständen abgelehnt. Diese Charakteristik des Tatbestandes wird häufig durch die Unterscheidung von Meta- und Objektsprache erläutert. Man könnte sagen, der Tatbestand sei formuliert in der Metasprache[2], in dem Sinne, dass er nichts über den empirischen Gegenstand besagt, oder in der Objektsprache[3], in dem Sinne, dass seine Bedeutung erst durch eine Erläuterung der Metasprache klargestellt wird.
Die Trennung zwischen der Metasprache und der Objektsprache dient angeblich dazu, die aus der Selbstbezüglichkeit entspringende semantische Antinomie zu vermeiden, welche häufig die Lügner-Antinomie bzw. Paradoxie des Lügners genannt wird. In unserem Zusammenhang verhilft sie uns allerdings insbesondere dazu, die unmittelbare Verknüpfung zwischen einem strafrechtlichen Begriff und einem empirischen Gegenstand zu negieren. Laut der in fast allen strafrechtlichen Diskussionen stillschweigend vorausgesetzten Abbildungstheorie der Sprache verweist Sprache unmittelbar auf die reale Welt. Der Sinn der Sprache liegt danach in der „Welt“. Die Sprache ist nach diesem Konzept nur ihre Repräsentation. Unter dieser Annahme könnte man möglicherweise einen solchen Schluss ziehen, dass der Begriff des strafrechtlichen Unrechts ebenfalls bloß ein Spiegelbild des objektiv vorfindlichen *Ur*unrechts darstellt. Dann müsste man eigentlich an die sog. Sache selbst gehen, um das strafrechtliche Unrecht ausfindig zu machen. Infolgedessen würde man sagen, dass die Aufgabe der Strafrechtsdogmatik darin liege, das sachlich vorgegebene Unrecht möglichst genau zu beschreiben, wie es eigentlich aussieht. Diese Vorgehensweise wird jedoch von der modernen Strafrechtsdogmatik abgelehnt. Sie schlägt einen anderen Weg ein.
Nach den Errungenschaften der modernen Strafrechtsdogmatik ist das strafrechtliche Unrecht nicht direkt aus der sog. sachlogischen Struktur ableitbar. Falls so etwas wie eine jeder rechtlichen Entscheidung vorangehende sachlogische Struktur zu finden wäre, könnte man daraus keinen Schluss darauf ziehen, wie man das strafrechtliche Unrecht versteht bzw. verstehen soll. Die

---

[2] *Puppe*, NK–StGB, vor§13/4.

[3] *Schünemann*, Nulle poena, 19.

Strafrechtsdogmatik muss darüber hinaus von dem Resultat einer anderen Disziplin abgetrennt auf eigene Weise betrieben werden.[4] Das strafrechtliche Unrecht muss daher dem Zweck des Strafrechts entsprechend bestimmt werden. Das ist die grundlegende Idee der funktionalen Strafrechtsdogmatik.[5]
Wird diese Überlegung konsequent vollzogen, muss der umgangssprachliche Sinn des Unrechtsbegriffs ebenfalls verschwinden. Denn die sog. sachlogischen Strukturen sind nichts anderes als bestimmte Sprachformen eines bestimmten Begriffs, und in diesem Sinne weisen sie keinen wesentlichen Unterschied gegenüber dessen umgangssprachlichen Verwendungsregeln auf. Die oben erwähnte Unterscheidung von Meta- und Objektsprache hilft zur Erläuterung dieses Charakters des strafrechtlichen Tatbestandes. Sie besagt, dass strafrechtliche Tatbestände nicht im alltagssprachlichen Sinne verstanden werden sollen, auch wenn sie sich uns geläufigen umgangssprachlichen Termini bedienen.
Die Unterscheidung von Meta- und Objektsprache bringt allerdings einige Fragen mit sich. Dieser Zweiteilung unterliegt die Annahme, dass sich die Sprache in zwei bzw. mehrere Teile zertrennen lässt. Daraus ergibt sich die erste Frage: Ist eine derartige Zerlegung tatsächlich möglich? Mit dieser Frage werde ich mich gleich auseinander setzen. Die zweite Frage bezieht sich auf die Zurückführbarkeit. Wenn sich die Bedeutung der objektsprachlichen Aussage erst durch die metasprachliche Erklärung herauskristallisiert, soll die Letztere als eine Art Übersetzung der Ersteren angesehen werden. Was gibt uns aber denn das Recht zu sagen, dass sich die Erläuterung der Metasprache auf die Aussage der Objektsprache zurückführen lässt? Dies werde ich in Bezug auf den Vorsatzbegriff behandeln. Es bleibt noch eine Frage übrig. Wie ist dann die Wahrheit eines Satzes letzten Endes zu prüfen? Im Hinblick darauf geben weder *Schünemann* noch *Puppe* den korrespondenztheoretischen Ansatz auf. Sie stellen den verweisenden Charakter der Sprache nur insoweit in Frage, als der Begriff des Unrechts in Betracht kommt.[6] Das ist allerdings

---

[4] Vgl. *Honig*, Frank–Festgabe Bd.1, 181–182. „… kommt es uns doch gerade darauf an, den Begriff der objektiven Zurechnung unabhängig von jeder philosophischen Einstellung aus den allgemein anerkannten Grundsätze der allgemeinen Rechtslehre abzuleiten.“

[5] Ich muss dazu sagen, dass ich zwar den altbekannten Begriff des Funktionalismus verwende, jedoch dessen Verständnis hauptsächlich auf meiner eigenen Deutung basiert. *Roxin* wird gewöhnlich als Begründer der heutigen funktionalen Strafrechtsdogmatik angesehen, doch kann er weder für meine Interpretation noch für die daraus resultierende Schlussfolgerung verantwortlich gemacht werden.

[6] Beispielsweise, *Schünemann*, Hirsch–FS, 376. „…denn es handelt sich beim Bewusstseinsinhalt des Vorsatzes … um einen *realen* Bewusstseinsinhalt, der auch von einem Menschen, nämlich dem Täter selbst, unmittelbar erlebt wird.“ (Hervorhebung von