

Schriften zum Strafrecht

Heft 135

**Die Verhaltensnorm
des fahrlässigen Erfolgsdelikts**

Von

Rudolf Alexander Mikus



Duncker & Humblot · Berlin

RUDOLF ALEXANDER MIKUS

Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts

Schriften zum Strafrecht

Heft 135

Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts

Von

Rudolf Alexander Mikus



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Mikus, Rudolf Alexander:

Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts /

Rudolf Alexander Mikus. – Berlin : Duncker und Humblot, 2002

(Schriften zum Strafrecht ; H. 135)

Zugl.: Mainz, Univ., Diss., 2001

ISBN 3-428-10613-X

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 3-428-10613-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Vorwort

Das Fahrlässigkeitsstrafrecht ist in jüngerer Zeit zunehmend mit der Bewertung risikoträchtiger Tätigkeiten konfrontiert. Solche Tätigkeiten sind zur Förderung von Wohlstand und Lebensqualität erlaubt, ja sogar erwünscht – solange die Akteure die spezifischen Risiken im Rahmen akzeptabler Grenzen halten. Bei Risikorealisation ist zu entscheiden, ob sich im konkreten Fall das typische Risiko der grundsätzlich erwünschten Tätigkeit verwirklicht hat, oder ob der Handelnde die Grenzen erlaubter Risikoschaffung überschritten hat.

Die Grenzen des Erlaubten sind aber nur in Ausnahmefällen durch Regeln eindeutig fixiert, im übrigen gibt es lediglich das allgemeine Gebot der Erfolgsvermeidung. *Ex post* werden sie nun konkretisiert und damit die Norm definiert. In der Theorie ist man sich andererseits einig, daß die Verhaltenserwartung nur aus der Perspektive der Handlungssituation, also *ex ante*, definiert werden darf. In diesem Spannungsfeld stellt sich die Frage, an welchen vorhandenen Wertungen sich der Handelnde orientieren muß, und inwieweit darüber hinaus seine eigenständige Normfindungsleistung gerichtlicher Kontrolle zugänglich ist.

Die eigenständige Normfindungsleistung bedarf sodann der Würdigung in der Dogmatik des strafrechtlichen Erfolgsdelikts. Die Abgrenzung erlaubter von verbotenen Verhaltensweisen stellt hier im wesentlichen ein Auslegungsproblem dar. Doch bislang wurde nicht diskutiert, welche Konsequenzen es hat, daß die *ex post* getroffene Auslegung *ex ante* als Orientierungsmaßstab nicht zur Verfügung stand und daß sie möglicherweise so objektiv nicht zu erwarten war. Ist im Rahmen eines Urteils trotz Respektierung der Offenheit der Verhaltenserwartung im Handlungszeitpunkt eine zukunftsweisende Konkretisierung der Norm möglich?

Die Arbeit ist im Sommersemester 2001 von der Johannes-Gutenberg Universität zu Mainz als Dissertation angenommen worden. Herrn Professor Dr. Walter Perron, der meine Arbeit betreut hat, möchte ich herzlich danken, insbesondere auch für die fruchtbare Diskussion, aus der die Themenstellung hervorgegangen ist. Danken möchte ich auch Herrn Professor Dr. Justus Krümpelmann für die Erstellung des Zweitgutachtens, Frau Julia H. Kuhn für ihre wertvolle Hilfe bei der Fertigstellung des Manuskripts, und Frau Ursula Streng für ihre stets freundliche Unterstützung während meiner Zeit am Lehrstuhl.

Rechtsprechung und Literatur konnten bis einschließlich Februar 2000 berücksichtigt werden.

Stuttgart, im Februar 2002

Rudolf A. Mikus

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
A. Der Begriff der Verhaltensnorm	19
I. Das Strafrecht als normative Verhaltenskontrolle	19
1. Die Norm als Orientierungsmuster für sozialen Kontakt	19
a) Verhaltensnorm und Sanktionsnorm	20
b) Bestimmungs- und Bewertungsfunktion der Norm	21
c) Verhaltens- und Erfolgswert	23
2. Die Struktur der Verhaltensnorm	25
a) Verhaltensnorm und Verhaltenspflicht	25
b) Gefährdungsverbot oder Erfolgsverursachungsverbot?	28
3. Bestimmtheitsgebot und Verhaltensnorm	32
a) Die positivistische Hürde des Art. 103 Abs. 2 GG	32
b) Die relativ unbestimmte Norm als Orientierungsmuster	36
II. Das Verbot mißbilligter Risikoschaffung als Verhaltensnorm	39
1. Die Bedeutung des erlaubten Risikos	39
a) Tatbestandsrelevanz von erlaubtem Risiko und Sorgfalt	39
b) Erlaubtes Risiko und Zurechnungsausschluß	41
2. Objektive Erkennbarkeit des erlaubten Risikos?	42
a) Hart und Dworkin	43
b) Hart und Dworkin unter Orientierungsgesichtspunkten	44
c) Armin Kaufmann	46
III. Inhaltliche Konturen mißbilligter Risikoschaffung	48
1. Der Sorgfaltsbegriff	48
a) Die Maßfigur	48
b) Die Verkehrskreise	50

2. Die Rolle abstrakter Gefährdungsverbote	53
a) Die Indizientheorie	53
b) Jakobs' Vertrauensgrundsatz	55
c) Der Schutzzweck des fahrlässigen Erfolgsdelikts	57
3. Erkenntnis der Erfolgsmöglichkeit als Verhaltenserwartung?	58
a) Erkennbarkeit des Erfolges als Kriterium	58
b) Die „Innere Sorgfalt“	59
c) Die „Dilignenzpflicht“ als Verhaltensnorm?	61
d) Erkennbarkeitskriterium als entbehrliche doppelte Wertung	63
IV. Zusammenfassung	64
B. Die Verhaltensnorm innerhalb geregelter Lebensbereiche	66
I. Abstrakte Gefährdungsverbote in Rechtsnormen	66
1. Das fahrlässige Erfolgsdelikt als Blankettkonstruktion?	66
2. Konkretisierung der Verhaltensnorm durch das typische Grundrisiko?	68
3. Bindungswirkung nur des vollständigen Systems?	70
4. Der Schutzzweck abstrakter Gefährdungsverbote	71
a) Schutzzweck und Regelungsbereich	71
b) Abstrakte Gefährdung als notwendige Voraussetzung?	72
c) Abstrakte Gefährdung als hinreichende Voraussetzung?	74
aa) Begrenzung durch den Regelungsbereich	74
bb) Verhältnis zum Vorhersehbarkeitsbegriff der Rechtsprechung	77
cc) Frischs Kritik	80
5. Abhängigkeit der objektiven Sorgfaltspflicht von individuellen Merkmalen?	82
a) Erweiterung des Handlungsspielraums	82
b) Erhöhung des Maßstabs bei Sonderfähigkeiten	84
II. Einzelfallentscheidungen als Verhaltensleitlinie	85
1. Die behördliche Erlaubnis als Verhaltensleitlinie	85
2. Verwaltungs <i>recht</i> akzessorietät und Verwaltungs <i>akt</i> akzessorietät	86
a) Der Streitstand	86
b) Das Strafrecht als Sekundärrecht?	89

3. Grenzen der Genehmigung	91
a) Entstehen neuer Tatsachen	91
b) Rechtsmißbrauch	93
4. Keine Verhaltensleitlinie ohne Genehmigung	94
a) Genehmigungsfähigkeit und Schutzzweck der Norm	94
b) Die aktive Duldung durch die Behörde	95
III. Gesellschaftliche Richtlinien	97
1. Verhaltensnormqualität gesellschaftlicher Richtlinien	98
a) Die Richtlinie als Verhaltenserwartung und Orientierungsmuster	98
b) Verbindlichkeit kraft Gewohnheitsrechts?	99
c) Verbindlichkeit durch Vertrauensschutz?	101
2. Formelle und materielle Begründung der Verhaltensnormqualität	104
a) Die formelle Legitimation der Richtlinie als Voraussetzung?	104
b) Ein materieller Beurteilungsspielraum	107
c) Der Vorbehalt richterlicher Korrekturkompetenz	110
3. Speziell: ärztliche Heileingriffe	112
a) Regeln der ärztlichen Heilkunst	112
b) Ärztliche Aufklärungspflicht – Richterrechtliche Normierungen	113
4. Speziell: zivilrechtliche Verkehrssicherungspflichten	116
5. Grenzen der Verbindlichkeit	119
a) Objektiver Mißstand und der Verweis auf das Zivilrecht	119
b) Subjektiver Mißstand und Mißtrauensaspekte	120
IV. Richterliche Rechtsfortbildung	121
1. Ex post Beurteilung und Verhaltensnorm	121
2. Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung	122
3. Berücksichtigung der Normgemäßheit in der Handlungssituation	124
a) Irrtumsprivilegierung?	124
b) Rechtsfortbildung durch obiter dictum	126
c) Die Trennung von Verhaltensnorm und Verhaltensunrecht	128
aa) Normaussage als Anliegen der positiven Generalprävention	128
bb) Strafrechtswidrigkeit oder rechtsfreier Raum?	131
V. Zusammenfassung	132

C. Das Fehlen einer Verhaltensleitlinie	134
I. Ungeregelte Lebensbereiche	134
1. Das Fehlen einer Handlungsleitlinie	134
a) Völlig ungeregelte Lebensbereiche und Regelungslücken	134
b) Durch Dritte oder das Opfer selbst vermittelte Gefahrschaffung	136
c) Verteidigungssituationen	137
2. Beispiele aus der Rechtsprechung	138
a) Der Osnabrücker Sozialarbeiterinfall	138
aa) Garantenstellung	138
bb) Verhaltensnorm und Garantenpflicht	139
cc) Der Parallelfall des OLG Stuttgart	141
b) Der Skipistenfall	143
c) Der Falisanfall	145
3. Bildung abstrakter Fallgruppen	146
a) Schünemann	146
b) Frisch	148
aa) Die Grundlinien tatbestandlichen Verhaltens	148
bb) Die Anwendung im Sozialarbeiterin- und Falisanfall	150
4. Ungeregelte Lebensbereiche im Verkehrskreiskonzept	152
a) Verhaltenserwartung im allgemeinen Verkehrskreis	152
b) Die Verhaltenserwartung des normalen Menschen	155
II. Ein Verbot finaler Erfolgsherbeiführung ?	156
1. Individuelle Normfindung und finale Handlungslehre	156
2. Potentielle Finalität und finale Basishandlung	160
3. Kenntnis des Risikosyndroms	162
4. Individuelle Vermeidbarkeit der Tatbestandsverwirklichung	164
a) Jakobs Vermeidbarkeitskonzept	164
b) Objektive Bestimmung der Verhaltensnorm	167
III. Zusammenfassung	169
D. Ein Spielraum bei der Normfindung	171
I. Konturierung eines strafrechtlichen Beurteilungsspielraums	171
1. Verwaltungsrecht	171

Inhaltsverzeichnis	11
2. Ein Beurteilungsspielraum im Strafrecht	174
a) Übertragbarkeit der verwaltungsrechtlichen Kriterien auf das Strafrecht? ..	174
b) Ein Individualspielraum in der strafrechtlichen Literatur	175
3. Vertretbarkeit des Täterverhaltens	176
4. Ein individueller Beurteilungsspielraum?	178
a) Das Systemargument: Konfundierung von Unrecht und Schuld	178
b) Individualisierung in der Sache nicht gerechtfertigt	181
II. Zusammenfassung	182
Literaturverzeichnis	184
Sachwortverzeichnis	193

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
AbfG	Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen (Abfallgesetz) idF vom 27. 8. 1986
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AK	Alternativkommentar
allg.	allgemein
AMG	Arzneimittelgesetz idF vom 11. 12. 1998, BGBl. I 3586, letztes ÄndG vom 26. 7. 1999, BGBl. I. 1666.
ÄndG	Änderungsgesetz
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (zit. nach Band und Seite)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AtG	AtomgesetzGesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) idF vom 15. 7. 1985, BGBl. I 1565, letztes ÄndG vom 6. 4. 1998, BGBl. I 694
Aufl.	Auflage
AuslG	Ausländergesetz idF vom 9. 7. 1990, BGBl. I 1354; letztes ÄndG vom 15. 7. 1999, BGBl. I 1618
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BBG	Bundesbeamtengesetz idF vom 31. 3. 1999, BGBl. I 675
Bd.	Band
Ber.	Beratung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896; RGrBl.195, letztes ÄndG vom 21. 7. 1999, BGBl. I, 1642
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung in Strafsachen
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz vom 14. 5. 1990, BGBl. I 880, letztes ÄndG vom 19. 10. 1998, BGBl. I 3179
BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz) idF vom 21. 9. 1998, BGBl. I 2995

BT	Besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz idF vom 11. 8. 1993, BGBl. I 1473, letztes ÄndG vom 16. 7. 1998, BGBl. I 1823
BZRG	Bundeszentralregistergesetz idF vom 21. 9. 1984 BGBl. I 1229, letztes ÄndG vom 17. 12. 1999, BGBl. I 2662
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselben
d. h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (zit. nach Jahr und Seite)
f.	folgende(r)
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (zit. nach Band und Seite)
GastG	Gaststättengesetz idF vom 10. 5. 1987, BGBl. I 1632
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949, BGBl. I 1; letztes ÄndG vom 29. 12. 1997, BGBl. I 3158
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
idF	in der Fassung
i.E.	im Ergebnis
iSd	im Sinne des
JA	Juristische Arbeitsblätter (zit. nach Jahr und Seite)
JR	Juristische Rundschau (zit. nach Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (zit. nach Jahr und Seite)
KJHG	Kinder- und Jugendhilfegesetz, Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts idF vom 8. 12. 1998, BGBl. I 3546.
KrimJ	Kriminologisches Journal (zit. nach Jahr und Seite)
KrWG / AbfG	Gesetz zur Sicherung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz) vom 27. 9. 1994, BGBl. I 2705, letztes ÄndG vom 25. 8. 1998, BGBl. I 2455
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LK	Leipziger Kommentar
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (zit. nach Jahr und Seite)
mwN.	mit weiteren Nachweisen
NdsRpfl	Niedersächsischer Rechtspfleger (zit. nach Jahr und Seite)
nF	neue Fassung

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zit. nach Jahr und Seite)
NK	Nomos-Kommentar
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (zit. nach Jahr und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
ProdHaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz) idF vom 15. 12. 1989, BGBl. I 2198; letztes ÄndG vom 25. 10. 1994, BGBl. I 3082
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite oder Satz
SK	Systematischer Kommentar
sog.	sogenannt(e)
StGB	Strafgesetzbuch idF vom 13. 11. 1998, BGBl. I 3222, letztes ÄndG vom 11. 8. 1999, BGBl. I. 1818.
StPO	Strafprozeßordnung idF vom 7. 4. 1987, BGBl. I 1074, letztes ÄndG vom 20. 12. 1999, BGBl. I 2491.
StV	Strafverteidiger (zit. nach Jahr und Seite)
StVO	Straßenverkehrsordnung vom 16. 11. 1970, BGBl. I 1565, letzte Änderung vom 28. 4. 1998, BGBl. I 810.
Tb.	Teilband
vgl.	vergleiche
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung. Entscheidungen aus allen Gebieten des Verkehrsrechts (zit. nach Band und Seite)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung idF vom 19. 3. 1991, BGBl. I 686, letztes ÄndG vom 5. 10. 1994, BGBl. I 2911
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz idF vom 21. 9. 1998, BGBl. I 3050.
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht (zit. nach Jahr und Seite)
z. B.	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (zit. nach Jahr und Seite)
ZfS	Zeitschrift für Schadensrecht (zit. nach Jahr und Seite)
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (zit. nach Jahr und Seite)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zit. nach Band und Seite)

Einleitung

„Es müssen Regeln existieren, die das Gemeinschaftsleben im Rahmen der Sorgfalt halten, die übermäßige Risiken für Rechtsgüter vermeidet: die 'im Verkehr erforderliche Sorgfalt'. Nach deren Erfahrungsregeln kann sich der einzelne auch dann richten, wenn er die Verursachungskette, die sein Handeln anstößt, nicht in alle Teilen überblickt. Aus diesem Bereich sind die Normen zu entwickeln, denen fahrlässiges Verhalten widerspricht. Das Verbot betrifft nur die vorsätzliche Rechtsgüterverletzung oder -gefährdung, oder auch ein Handeln, das abstrakt gefährdet. Für die 'Fahrlässigkeitsnormen' ist daraus allein nichts zu entnehmen, es sei denn eine allgemeine unbestimmte und deshalb unbrauchbare Formel“¹.

Das Strafgesetzbuch benennt die fahrlässige Erfolgsverursachung als Tatbestand, verliert aber kein Wort darüber, welche Verhaltensweisen im einzelnen als fahrlässig eingestuft werden können. Nun könnte es mit diesem Befund sein Bewenden haben, wenn das Strafrecht lediglich den Rechtsanwender anwies, eine objektiv vorgegebene Bewertung des Täterverhaltens zu erkennen und mit der adäquaten Rechtsfolge zu verknüpfen. Begreift man aber mit Perron das Recht als ein menschliches Zusammenleben regelndes Kulturphänomen, dann hat die Strafe auch eine ordnende Aufgabe im Hinblick auf das zukünftige Verhalten der Gesellschaftsglieder zu erfüllen.² Diese gestaltende Funktion des Rechts erscheint aus Sicht der Gemeinschaft als Verhaltenserwartung an das Individuum; sie nimmt das Recht umgekehrt in die Pflicht, dem Individuum im Hinblick auf das erwartete soziale Verhalten bestimmte Orientierungsmuster bereitzustellen. Das Recht bedient sich des Mediums seiner Normen, um seinen sozialgestaltenden Einfluß auszuüben. Der Begriff der Norm bildet daher den Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung, er erfährt seine Konturen im Lichte der Funktionsaspekte Verhaltensleitung und Orientierungstauglichkeit. Seine Wurzeln findet er nicht zuletzt in Bindings Normentheorie³ und deren kritischer Überarbeitung durch Armin Kaufmann.⁴

Die Fahrlässigkeit, insbesondere das fahrlässige Erfolgsdelikt, stellte für die Normentheorie stets einen gewissen Problemfall dar. Die von Armin Kaufmann

¹ Armin Kaufmann, Normentheorie, S. 120.

² Perron, Rechtfertigung und Entschuldigung, S. 22.

³ Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I 3. Auflage 1916, Bd. II 2. Auflage 1914 – 1916, Bd. III 1918, Bd. IV 1919.

⁴ Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Göttingen 1954.

beschriebenen Regeln, die das Gemeinschaftsleben im Rahmen der Sorgfalt halten, lassen sich nämlich nicht nur nicht aus dem gesetzlichen Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts ableiten, sondern auch nicht über das Verbot der Verwirklichung eines erfolgsgerichteten Tatentschlusses entwickeln. In Rechtsprechung und Rechtslehre sind seit den Ursprüngen der Strafrechtswissenschaft mannigfaltige Kriterien eines Maßstabs fahrlässiger Erfolgsverursachung entwickelt worden. Wenn im Ergebnis die Aufforderung an das Individuum ergeht, erkennbare oder voraussehbare Erfolge zu vermeiden, so liegt darin wenig mehr als eine allgemeine Formel, die ob ihrer Unbestimmtheit weder in der Theorie noch in der Praxis zufriedenstellt. Auch deren Präzisierung durch einen Vergleich mit dem Leitbild des einsichtigen und besonnenen Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises⁵ stellt selbst kein Orientierungsmuster zur Verfügung, sondern verweist lediglich auf solche Regeln, die im Rahmen des jeweiligen Verkehrskreises bereits gültig sind.

In der Sache ist man sich in Rechtsprechung und Literatur weitgehend einig, daß die vom Handelnden erwartete Sorgfalt über den Begriff der Voraussehbarkeit oder Erkennbarkeit der Erfolgsverwirklichung zu definieren ist. Unter dem Eindruck der finalen Handlungslehre konzentrierte sich die Diskussion auf die Frage, ob für den Täter der konkrete Erfolg individuell erkennbar sein muß oder ob objektive Erkennbarkeit ausreicht.⁶ Mit den Arbeiten von Kaminski⁷ und Castaldo⁸ sind in den letzten Jahren zwei umfassende Darstellungen dieses Streits vorgelegt worden, die auch im Ergebnis die konträren Positionen noch einmal verdeutlichen. Das normative Problem tatbestandlichen Verhaltens findet dabei allerdings kaum Beachtung, obwohl Frischs grundlegende Arbeit bereits Ende der achtziger Jahre den Paradigmenwechsel von der Erkennbarkeit allein der Erfolgsmöglichkeit zur ex ante-Bestimmung der Verhaltensnorm vorbereitet hatte.⁹ Die vorliegende Arbeit widmet sich daher zunächst den strukturellen und inhaltlichen Vorgaben, denen die Fahrlässigkeitsnorm im Lichte einer gesellschaftlichen Verhaltenserwartung und im Hinblick auf ihre Orientierungsfunktion unterworfen ist (Abschnitt A.).

Erst auf dieser Basis kann sich die Untersuchung der Eingrenzung normativer Unbestimmtheit der Fahrlässigkeitsnorm annehmen (Abschnitt B.). Außerhalb des Strafrechts hält die Rechtsordnung eine Fülle detaillierter Normen und Wertungen bereit, die im Rahmen ihres Schutzbereichs die Orientierungsfunktion übernehmen können. Indem sich die herrschende Indizientheorie¹⁰ aber darauf beschränkt, das beziehungslose Nebeneinander abstrakter Normen und des fahrlässigen Erfolgsde-

⁵ So die h.M.; vgl. Welzel, Strafrecht, S. 132; Kaminski, S. 135 ff.; vgl. unten A. III.1. a)).

⁶ Vgl. die Darstellung bei Struensee, JZ 1987, S. 53 ff. und unten im Text.

⁷ Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, passim.

⁸ Non intellegere, quod omnes intellegunt, passim; ders., GA 1993, S. 495 ff.

⁹ Frisch, Verhalten, passim.

¹⁰ BGHSt 4, S. 182 ff.; 12, S. 75 ff.; LK-Schroeder, § 16 Rn. 163; Bohnert, JR 1982, S. 7. Vgl. aber auch die Anerkennung verkehrsrichtigen Verhaltens durch BGHZ 24, S. 21 ff., S. 26; BGHSt 6, S. 30 ff., S. 33; 11, S. 296 ff., S. 298; 13, S. 169 ff., S. 172.

likts zu betonen, versäumt sie, vorhandene Überschneidungen herauszuarbeiten. Der enorme Zuwachs an Rechtssicherheit, den Frischs Analyse tatbestandlichen Verhaltens hier bereits geschaffen hat, ist in der neueren strafrechtlichen Literatur noch nicht hinlänglich erkannt worden.¹¹ Dies mag nicht zuletzt daran liegen, daß Frisch seine klaren Strukturen letztlich doch unter das oberste Prinzip der „Angemessenheit, Eignung und Erforderlichkeit des Einsatzes von Strafe“¹² stellt und damit wieder den von der herrschenden Meinung favorisierten Einzelfallkorrekturen Tür und Tor öffnet. Eine ähnliche Bedeutung wie abstrakten Gefährdungsverboten kommt im Prinzip auch behördlichen Einzelfallentscheidungen und anderen, nicht hoheitlich legitimierten gesellschaftlichen Richtlinien zu. Es ist Kuhlens Verdienst, in seiner Arbeit über strafrechtliche Produkthaftung bereits die damit verbundene Infragestellung strafrichterlicher Letztentscheidungskompetenz angesprochen zu haben.¹³

Andererseits erfassen diese vorgefundenen Normen bzw. Wertungen nicht hinlänglich alle denkbaren Handlungssituationen. Selbst wenn ex ante keine bestimmte normierte Verhaltenserwartung existierte, ist nicht schlichtweg jede Erfolgsverursachung bereits tatbestandsmäßig. Die Fahrlässigkeitsnorm toleriert vielmehr auch in unregelten Lebensbereichen eine gewisse Risikoschaffung. Es zeigt sich, daß damit hinsichtlich der maßgeblichen Grenzlinie zwischen Tolerierung und Mißbilligung keine orientierunggebende normative Aussage vorliegt (Abschnitt C.). Die Rechtsprechung zögert nun nicht, nachträglich ganz bestimmte ‚Sorgfaltspflichten‘ zu konstruieren, die zum Handlungszeitpunkt weder formuliert noch erkennbar waren. Solche (meist obergerichtlichen) Entscheidungen auch jüngeren Datums¹⁴ überzeugen ebensowenig wie Versuche in der Literatur, durch die Bildung abstrakter Fallgruppen Handlungssituationen und die zugehörigen Verhaltenserwartungen zu typisieren. Das Recht kann nicht alle denkbaren Handlungssituationen vorwegnehmen; es muß berücksichtigen, daß dem Handelnden selbst die Normfindungsleistung abverlangt wird. In einer Parallele zum Verbot vorsätzlicher Schädigung läßt sich ein Verbot finaler Erfolgsherbeiführung als Verhaltensnorm andenken. Bislang ist es der Wissenschaft aber nicht gelungen, das Spannungsverhältnis zwischen finaler Handlungslehre und unbewußter Fahrlässigkeit zu lösen, es sei denn, wie am Beispiel von Jakobs‘ Konzept gezeigt werden wird, wieder auf Kosten der Bestimmtheit der Norm. Wenn aber keine bestimmte Norm existiert, wie läßt sich dem Handelnden dann normwidriges Verhalten vorwerfen?

¹¹ Obwohl Frischs Begriffsschöpfungen inzwischen bereits als „herrschend“ bezeichnet werden. Vgl. dazu Burkhardt, Tatbestandliches Verhalten und ex-ante-Betrachtung, S. 99.

¹² Frisch, Verhalten, S. 86.

¹³ Kuhlen, Produkthaftung, passim.

¹⁴ Vgl. etwa BGHSt 40, S. 79 ff., S. 84 ff. (Falisan I und II); OLG Köln NJW 1997, S. 2190 ff. (Busfahrer); OLG Oldenburg NSTZ 1997, S. 238 (Sozialarbeiterin); OLG Stuttgart NJW 1998, S. 3131 ff. (Sozialarbeiter); OLG Stuttgart NJW 1997, S. 3103 ff. (Suizidalität); AG Dachau NSTZ 1996, S. 546 (Schlacke).