

B u c h r e z e n s i o n

Christoph Burchard, „Irren ist menschlich“ – Vorsatz und Tatbestandsirrtum im Lichte der Verantwortungsethik und der Emanzipation des angegriffenen Mitmenschen, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 104, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, 529 S., € 104,-

I. *Burchard* bespricht die große Mehrzahl der einen möglichen Vorsatzausschluss betreffenden Irrtümer unter Verwendung eines schuldorientierten Vorsatzbegriffs. Dass trotz einer Tatsachenfehlvorstellung Vorsätzlichkeit bejaht werden könne, lasse sich in Anlehnung an die Verantwortungsethik *Max Webers* bewerkstelligen, indem „der Vorsatztäter verpflichtet [wird], [...] die vorhersehbaren Folgen seines Tuns in sein Zukunftsgestalten einzubeziehen.“ Ein irrturnanfälliger Mensch solle nicht „durch die eigene Irrturnanfälligkeit“ mit einem Ausschluss der Vorsatzstrafe privilegiert werden. Als Ausgangspunkt seiner Untersuchung wählt *Burchard* die gesetzliche Regelung des Tatbestandsirrtums in § 16 StGB (S. 14-17). Da § 16 Abs. 1 S. 1 StGB so verstanden werden könne, dass der Täter bereits dann Kenntnis der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstände hat, wenn der objektiv verwirklichte und der subjektiv vorgestellte Sachverhalt tatbestandlich in dem Sinne gleichwertig sind, dass beide demselben Straftatbestand subsumierbar sind, bezüglich der in § 16 Abs. 2 StGB erwähnten nur vorgestellten Umstände aber gerade keine Realitätskongruenz vorliegen müsse, liege § 16 StGB kein harmonisierbares Konzept zugrunde.

Hieran hat *Hettinger* (GA 2009, 555) Kritik geübt: Dass § 16 Abs. 1 S. 1 StGB fehlerhaft formuliert sei, wisse man seit langem; gleichwohl sei geklärt, dass mit den Umständen „die für erwiesen erachteten Tatsachen [...], in denen die gesetzlichen Merkmale gefunden werden“ (§ 267 Abs. 1 S. 1 StPO) gemeint seien, „die in concreto die abstrakten Tatbestandsmerkmale repräsentieren, ihm unterfallen“. Aber wie viel von den gerichtlich festgestellten Tatsachen der Täter kennen bzw. gewusst haben muss, steht gerade in Frage, und das kann auch nicht ohne weiteres mit einem Verweis auf die in den Urteilsgründen mitzuteilenden Tatsachen umgangen werden: Welche Schlussregel den Syllogismus „Der Täter hat sich in tatsächlicher Hinsicht X vorgestellt – somit hat der Täter vorsätzlich gehandelt“ zulässt, also den „Sprung“ von der Objekt- auf die Metaebene ermöglicht, ist keineswegs mit dem Verweis auf „Tatsachen“ beantwortet, die der Täter kennen müsse, wie man an der traditionsreichen Streitfrage um den Grund für die Unbeachtlichkeit des *error in persona* sieht (S. 15 m. Fn. 8). Bei *Hettingers* Bedenken handelt es sich somit lediglich um eine Meinungsverschiedenheit in der Herangehensweise, die den Vorwurf, das von *Burchard* errichtete Gebäude ruhe „auf tönernen Füßen“, weil die von *Burchard* angenommene „Freiheit von gesetzlicher Bindung“ bei der Errichtung seines Gedankengebäudes nicht bestehe, als unberechtigt erscheinen lässt.

II. In Vorarbeiten (S. 18-53) verneint *Burchard* die Frage, ob die objektive Zurechnung eines im *error in persona* herbeigeführten Erfolges dann ausscheiden muss, wenn sich die Objektverwechslung als zufällig darstellt. Die objektiv

zurechnungsausschließende Wirkung eines zufälligen Ereignisses sei „nicht auf die Handlungsentstehung zu erstrecken“ (S. 30-32), weil die Unvorhersehbarkeit der Personenverwechslung des Haupttäters durch eine außenweltliche Zufälligkeit induziert werde und weil der zufällige *error in persona* den irrelevanten Bereich der Tatvorbereitung betrifft. Das überzeugt: Da die Willensbildung nicht Gegenstand des vom Täter zu Kennenden – nicht Zurechnungsgegenstand – ist, sondern den Grund für die Zurechnung bildet, ist die Frage, ob die Willensrichtung „zufällig“ abweicht, kategorienfehlerhaft gestellt, weil sie an die Zurechnungsgrundlage mit Kriterien herangeht, die nur den Zurechnungsgegenstand betreffen – die objektive Zurechnung erfasst nur dem objektiven Tatbestand zu subsumierende Umstände, nicht aber die Täterpsyche selbst. Verallgemeinert: Außerhalb des als „Schuld“ bezeichneten Bereichs, in dem individuelle Defizite bei der Willensbildung begrenzt berücksichtigungsfähig sind, ist kein Raum für die Berücksichtigung von Zufälligkeiten bei der Willensentstehung.

Zur Rose-Rosahl-Konstellatun wirft *Burchard* sodann die verwandte Frage auf – vorläufig ohne sie zu beantworten –, ob die objektive Zurechnungsbeziehung einer vom angestifteten Haupttäter im „zufälligen“ *error in persona* begangenen Haupttat zum Anstifter durch die Zufälligkeit der Willensbildung des Vordermanns ausgeschlossen wird. Sowohl die Rose-Rosahl-Konstellatun als auch die Fallenstellerszenarien stellen nach Meinung des Autors Mischformen zwischen *aberratio ictus* und *error in persona* dar (S. 34-36). Weil der Hintermann bzw. Fallensteller die „vorhersehbare Unvorhersehbarkeit der Willensbildung seiner Mitmenschen, derer er sich zur Tatausführung bedienen will und muss“, übersieht, vermöge eine solche Fehlvorstellung den Täter nicht vorsatzausschließend zu privilegieren, äußert *Burchard* später (S. 499-502). Ähnlich nähert sich *Burchard* den Blutrausch-, *dolus generalis*- und Tatobjektswechselfällen (S. 36-49). Die entscheidende Fragestellung laute hier, ob ein nicht zurechenbares Zweitverhalten durch Rückgriff auf ein Erstverhalten des Täters übergangen werden kann. Die Hauptschwierigkeit sieht *Burchard* dabei in der Aberkennung der Handlungsqualität des Zweitverhaltens, die Voraussetzung für die zurechnungskonstitutive Beseitigung des Regressverbots sei und die *Burchard* an späterer Stelle seiner Arbeit (S. 385-391) sowohl für den Vorsatzwechsel als auch für die *dolus generalis*-Fälle bejahen möchte, für Blutrauschszenarien aber ein Regressverbot annimmt.

III. Die Erörterung des eigentlichen Hauptthemas beginnt *Burchard* in dem mit „Vorsatz und Irrtum“ überschriebenen umfangreichsten Kapitel des ersten Teils (S. 55-118). Sie erstreckt sich über den gesamten zweiten Teil („Legitimierung“, S. 119-485) und erfährt im dritten Teil eine „Dogmatisierung“ (S. 497-502).

1. In Vorüberlegungen stellt *Burchard* klar, dass es sich beim „Vorsatz“ um ein von der vom Täter real erlebten, notwendig konkretisierten „Vorstellung“ zu unterscheidendes Urteil – eben das „Vorsatzurteil“ – handelt (S. 60-64). Im Anschluss daran belegt *Burchard* die oftmals anzutreffende „naturalistische Gleichsetzung von deskriptiv wiedergegebener Vorstellung und askriptivem Vorsatzurteil“ mittels der

heute überwundenen Vorsatzform des *dolus generalis* (S. 66-69): Die Zurechnung des Erfolges zur vorsätzlichen Ersthandlung sei nur über ein latentes normatives Vorsatzverständnis zu erklären, das *Burchard* auch beim Irrtum über den Kausalverlauf ausmacht (S. 72-77).

2. a) In der Irrelevanz des *error in persona* erkennt *Burchard* einmal mehr psychologische Fiktionen (S. 79 ff.) und billigt zur *aberratio ictus* der herrschenden Konkretisierungstheorie zu, einen argumentationstheoretischen Fehler der „Vollendungslösung“ offenzulegen, indem der Wille des Täters, ein bestimmtes Tatobjekt anzugreifen, „in eine fiktive Angriffsrichtung gegen irgendein beliebiges Objekt umgewandelt“ werde, erkennt aber eine Vermengung von „Vorstellungs-Feststellung und Vorsatz-Urteil“ („unzulässige psychologische Fiktion“, S. 82 f.). *Burchard* stellt klar, dass es sich bei der *aberratio ictus* um einen Sonderfall des Irrtums über den Kausalverlauf handelt (S. 87 f.), dessen Beachtlichkeit nicht mit der „Wesentlichkeit der Drittschädigung“ gerechtfertigt werden kann, weil diese zu viel leistende Argumentation auch für den *error in persona* Gültigkeit beanspruchen müsste. Gleichwohl lasse sich die Versuchslösung bei der *aberratio ictus* mit der Vollendungslösung beim *error in persona* versöhnen, indem man der Lokalitätsvorstellung des Täters normativ „eine herausragende vorsatzbegriffliche Rolle“ beimisst und dabei die „Identitätsvorstellung marginalisiert“ (S. 89 f.).

b) Seine Bedenken gegen sämtliche bislang zur *aberratio ictus* vertretenen Ansätze führen *Burchard* an späterer Stelle (S. 436-486) zur Präsentation einer „objektiven Konkretisierungstheorie“, mit der die Vorsatz- durch eine objektiv verstandene Konkretisierungstheorie, mit der das Vorsatz- durch ein objektiv verstandenes Konkretisierungskonzept ersetzt werden soll. Die Frage, welches Gattungsobjekt das eigentlich vom Täter angegriffene ist, beantwortet ein „komparatives Konzept, das die Bedeutung der durch die Tat ausgelösten Schutzansprüche zueinander in Relation setzt und gewichtet“ (S. 295 f.). Weil die dabei vorzunehmende Hierarchisierung nicht der Kompetenz des „irrtumsanfälligen und häufig finalohnmächtigen Täters“ überlassen werden soll, wird die Individualisierung des Angegriffenen „entpsychologisiert“. *Burchard* bezeichnet dieses Konzept, das er besonders eindrucksvoll anhand der *aberratio ictus* darstellt, als „Vorsatz trotz Irrtum“ (S. 318 ff., 371 ff.). Die Bestimmung des Opfers dürfe bei *vorsätzlichem* Täterhandeln objektiv erfolgen, weil ein rein objektiver Maßstab dem Täter dort nichts Unerfüllbares abverlangt, wo dieser sich „gegen das Recht verschwört“ und „zur Gewalt gegen seine Mitmenschen versteigt“ (S. 383 f.). Für die Zurechnung des an einem anderen als dem vorgestellten Tatobjekt eingetretenen Erfolgs sei entscheidend, ob an dem anvisierten Tatobjekt objektiv eine konkrete Gefährdung eingetreten ist – dann habe der Täter bereits in dessen Freiheitssphäre eingegriffen, und eine vorsatzdeliktisch relevante Zurechnung des Erfolges am verletzten Dritten müsse unterbleiben; andernfalls könne der Erfolg dem Täter vorsatzdeliktisch zugerechnet werden, denn die Angriffsrichtung der Tat (und damit der Angegriffene) sei noch nicht über eine objektive, durch eine konkrete Gefahr zu

bestimmende Konkretisierung des Vorsatzes festgelegt worden (S. 438). *Burchard* begründet die Einbeziehung des Angegriffenen in die Angriffsrichtung des vorsätzlichen Verletzungsdelikts (S. 448-450) damit, dass ein Strafrecht, „das sich nicht als retrospektives Sanktions-, sondern als prospektives Schutzrecht versteht“, „Vorrangregeln formulieren“, also klären müsse, welchem Tatobjekt der Schutz des Strafrechts durch die vorsatzdeliktische Schutznorm zukomme, und welchem „nur“ der Schutz der fahrlässigkeitsdeliktischen Schutznorm (S. 451), weil der Vorsatz „verbrauchbar“ sei (S. 289 ff.) und deshalb nur *entweder* der von der Tätersvorstellung erfasste *oder* der objektiv getroffene Mitmensch als Tatobjekt eines Vorsatzdelikts in Frage komme. Deliktssystematisch geht es bei dieser faszinierenden Konzeption nicht um Erfolgszurechnung zum Vorsatz, sondern um eine Frage der objektiven Zurechnung (S. 454-465); gleichwohl betont *Burchard* den Unterschied der von ihm in die Tatbestandsdogmatik eingeführten Achtung des „Subjekt-Status des achtens- und schützenswerten Mitmenschen“ zu den sonstigen Topoi der objektiven Zurechnung, in denen es nicht um den Geschädigten bzw. den Angegriffenen ging, sondern lediglich um „jene Sachverhalte als Repräsentanten der Freiheit des echten Täters“ ausgeschieden würden, die der Täter „schlechterdings in seine Folgekalkulation nicht einzustellen vermochte“ (S. 454). Die Frage des Vorsatzes und seines Inhalts stellt sich für *Burchards* also erst dort, wo der Anvisierte bereits konkret gefährdet worden ist, die Tat sich aber gleichwohl gegen einen Dritten wendet. Für solche Fälle nimmt *Burchard* vom Kernanliegen seiner den Schutz des „vorrangig durch die Tat betroffenen, achtens- und schützenswerten [konkret gefährdeten] Mitmenschen“ objektiven Konkretisierungstheorie aus folgerichtig einen Versuch am Gefährdeten an.

c) Dieses Konzept, nach dem die Zurechnung eines eingetretenen Erfolges zur vollendeten Tat davon abhängt, dass das letztlich geschädigte Tatobjekt konkret gefährdet worden ist, gibt Anlass zur Hinterfragung: Bezüglich des gefährdeten wie des anvisierten Tatobjekts hat das Strafrecht versagt. *Schutz* kann ihm deshalb *pro praeterito* durch Strafe nicht mehr vermittelt werden. Es geht in einem sich „als prospektives Schutzrecht“ begreifenden Strafrecht folglich nur darum, generalpräventiv *pro futuro* zu kommunizieren, dass der Täter (im Vollendungsfalle) final in die Sphäre eines Anderen eingegriffen hat bzw. (im Versuchsfalle) ein solches finales Eingreifen misslungen ist. In einem strikt generalpräventiv dem Schutz von Rechtsgütern verpflichteten Strafrecht läge es jedenfalls nicht fern (S. 400-403), die von einem allgemeinen deliktischen Willen getragene, vorsatzdeliktische Verletzung eines Anderen als des Anvisierten auch dann zu bejahen, wenn zugleich ein anderer konkret gefährdet wurde. Dass diese Begründung einer strikten Vollendungslösung indes zu grobschlächtig wäre, wird deutlich, wenn man den Zweck der Verhängung der Sanktion Strafe nicht unmittelbar im Schutz von Rechtsgütern sieht – vor einer geschehenen Rechtsgutsbeeinträchtigung kann die Sanktion Strafe nicht schützen –, sondern im Schutz der durch die Tat angegriffenen Verhaltensnorm; erst die Verhaltensnorm, deren Befol-

gung die Sanktionsnorm mittels Strafe allein bezweckt, hat den Schutz von Rechtsgütern unmittelbar zum Gegenstand. Strafe trachtet also nicht absolut, sondern nur – pro futuro und gleichsam mittelbar über die Vermittlung von Verhaltensnormen – nach Rechtsgüterschutz. Damit ist Sanktionsvoraussetzung der Bruch einer Verhaltensnorm und genau deshalb die Existenzberechtigung der bei *Burchard* zentralen Kategorie „Schutznorm“ angreifbar: Weil das Strafrecht in der Gestalt von Sanktionsnormen lediglich mittels der Verhängung von Strafe die Beachtung von außerhalb des Strafrechts liegenden, von diesem vorgefundenen und an diese akzessorisch anknüpfenden Verhaltensnormen schützt, kann das Strafrecht selbst keine eigene Schutznorm aufstellen, sondern ist auf die Gewährung außerstrafrechtlicher, vom Strafrecht vorgefundener subjektiver Rechte angewiesen und kann diese auch nur in dem vom Strafrecht bereits vorgefundenen Maße über die Aufstellung von Verhaltensnormen schützen. Strafrechtlichen Verhaltensnormen kommt bei einer solchen Betrachtungsweise keine (eigene, Rechte des Opfers konstituierende) Distributiv- oder Gewährleistungsfunktion zu. Kann das Strafrecht subjektive Rechte nicht selbst schützen, sondern nur für die Beachtung von Verhaltensnormen sorgen, so bedarf die Differenzierung des Tatopfers je nach Eintritt einer objektiven Gefährdung einer über den bloßen Schutzgedanken hinausgehenden Legitimation.

Weiterhin: Definiert man den Gefährdungsbegriff mit *Burchard* über ein Wahrscheinlichkeitsurteil (S. 439-445), so dürfte in den Abweichungsfällen, in denen der Erfolg nicht über eine konkrete Gefährdung des getroffenen Abweichungsobjekts vermittelt wird, sich der eingetretene Taterfolg von vornherein als derart unwahrscheinlich darstellt, dass der Taterfolg an diesem Tatobjekt nicht als vom Täter ins Werk gesetzt anzusehen ist. Mithin „erledigt“ schon die allgemeine Kategorie der objektiven Zurechnung auf der Ebene des objektiven Unrechtstatbestands den Ausschluss der Zurechnung eines nicht über eine objektive Gefährdung vermittelten Erfolges, und zwar ohne dass die Tätersvorstellung noch irgendeine Rolle spielte – von einer Irrtumskonstellation kann dann von vornherein nicht die Rede sein. Es könnte dann kein Abweichungsfall auftreten, in dem die objektive Zurechnung zu bejahen wäre; sie wäre vielmehr bereits über das allgemeine Vorhersehbarkeits-, Wahrscheinlichkeits- oder Adäquanzurteil zu verneinen. Damit bewirkt das „objektive Konkretisierungskriterium“ *Burchards* keine eigenständige Einschränkung oder Erweiterung der Vollendungszurechnung, neu wäre nur die Rubrifizierung im *objektiven* Unrechtstatbestand, und ein Unterschied zu jenen Sachverhalten, die der Täter „schlechterdings in seine Folgekalkulation nicht einzustellen vermochte“ (S. 454), wäre nicht zu erkennen. Freilich steht und fällt das hier vorgetragene Argument mit der Prämisse, dass konkrete Gefährdung und Zufall Komplementärbegriffe sind (vgl. S. 451 f. m. Fn. 133).

d) Dass der Eintritt einer objektiven Gefährdung eines Tatobjekts im Hinblick auf die Verletzung eines anderen Tatobjekts bereits *objektiv* zurechnungsausschließend wirkt, betont *Burchard* mehrfach. Jedoch kommt damit die Folgefrage auf, ob mit *Burchards* Vorgehensweise die Problematik nicht einfach auf eine andere Ebene verschoben wird: Ist die

objektive Konkretisierung über eine objektive Gefährdung als Verlaufsmerkmal *essentiale* für die Zurechnung des Erfolgs zum irrtumsbefangenen Täter (S. 449), so müsste gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ja eigentlich weiter gefragt werden, wann eine objektive Gefährdung ihrerseits zum Vorsatz zuzurechnen ist. Damit stellt sich die Frage der subjektiven Zurechenbarkeit, die *Burchard* soeben über das Kriterium der objektiven konkreten Gefährdung aus dem die Grundlage des Vorsatzes bildenden kenntnisbedürftigen Sachverhalt eliminiert hat, an anderer Stelle erneut. Da nun die (subjektive) Willenskonkretisierung des Täters nach *Burchard* nur einen „in das konkrete Gefährdungsurteil aufzunehmenden handfesten Realfaktor“ darstellt, nicht aber für sich genommen schon eine hinreichende Grundlage der Zurechnung einer gesehene Gefährdung bildet (S. 452 f.), läuft die „objektive Konkretisierungstheorie“ darauf hinaus, einen objektiv zurechenbaren Erfolg stets auch subjektiv zum Vorsatz zuzurechnen. *Burchard* dürfte darin keinen Schaden sehen, weil er es für „verantwortungsethisch [...] richtig“ hält, „die Vorsatzzurechnung anhand eines Fahrlässigkeitsmaßstabes durchzuführen“ (S. 453 m. Fn. 136).

e) Was darüber hinaus gelten soll, wenn mehrere Tatobjekte konkret gefährdet oder gar verletzt werden, der Täter aber nur eines von beiden verletzen möchte, behandelt *Burchard* ebenfalls (S. 485 f.): Werden mehrere Tatobjekte gleichzeitig konkret gefährdet, begrenzt der Vorsatz des Täters die Anzahl der Tatobjekte aber auf eines, so versagt das Kriterium der objektiven Konkretisierung der Angriffsrichtung, weil kein temporales Rangverhältnis der Freiheitssphärenbeeinträchtigungen konstatiert werden kann. Weil sich ein Vorrang einer Freiheitssphärenbeeinträchtigung nicht ausmachen lässt, indes die „Daseinsgewissheit beider Opfer [...] gleichermaßen erschüttert“ sei, plädiert *Burchard* – von seiner am Opferschutz orientierten Werte aus höchst konsequent – für die Anwendung des prozessualen Instituts der echten Wahlfeststellung.

3. Als „Basis der Vorsatzurteils“, als „psychologischer Minimalbezug des Täters zur Tat“, fungieren bei *Burchard* die „Vorstellungsbilder des Versuchs“ (S. 101). Auf der Grundlage dieses Vorstellungsbildes wendet sich *Burchard* konsequent verantwortungsethisch beispielsweise gegen die Relevanz eines besonderen „Versuchsbeendigungsvorsatzes“ (S. 105 ff., 434 ff.), weil der Täter sich anmaße, „das Schicksal eines Mitmenschen in die eigenen Hände nehmen“ und den Zeitpunkt des Erfolgseintritts bestimmen zu können (S. 435). Sehr zugespitzt tritt an dieser Stelle die Vorliebe *Burchards* hervor, den Angreifer bzw. Täter, in die „Pflicht“ zu rufen (S. 435 f.) und ihm die Berufung auf einen andersgearteten Weltgestaltungswillen angesichts seiner beschränkten Gestaltungsfähigkeit zu versagen. Ganz allgemein spricht *Burchard* von einer „verantwortungsethische[n] Pflicht, im Falle eines rechtsgutsfeindlichen Ausgreifens in die Welt [...] alle vorhersehbaren Folgen mitzubedenken“ (S. 371). Doch sind Herkunft wie Existenzberechtigung dieser „Pflicht“ normtheoretisch zweifelhaft; der Geschädigte kann vom Täter regelmäßig nicht verlangen, dass dieser sich der eigenen Finalohnmächtigkeit gewahr wird, sondern nur, dass die den Geschädigten schützende Verhaltensnorm befolgt wird.

Das von Burchard „Vorsatz trotz Irrtum“ (S. 318 ff., 371 ff.) genannte Konzept beinhaltet somit normtheoretisch keine *Pflicht*. Auch wird damit keine sonstige rechtstheoretisch bedeutsame *Verhaltens*erwartung in Form einer *Obliegenheit* formuliert: Ein mit den notwendigen menschlichen Beschränktheiten versehener Täter müsste, um die Obliegenheit zu erfüllen, zugleich auch immer der Verhaltensnorm Folge leisten, weshalb weder eine isolierte Erfüllung der Obliegenheit noch eine Verhaltensnormwidrigkeit ohne gleichzeitige Obliegenheitswidrigkeit denkbar ist; denn einem zur Tatbegehung entschlossenen Täter gibt nicht das abstrakte Wissen um die eigene Unvollkommenheit, sondern nur die konkrete Einsicht in die Irrtumsbefangenheit seines Handelns Anlass zur Abstandnahme von der Tat. Hat die „Erkenntnisobliegenheit“ damit keine eigene Funktion, so ist sie lediglich als zurechnungstheoretischer Argumentationstopos, als Quintessenz einer verantwortungsethischen Irrtumslehre einzuordnen.

4. Die verantwortungsethisch aufgeladene „Pflicht“ zur Vergegenwärtigung der eigenen Finallohnmächtigkeit gerät auch dort in den Blick, wo Burchard sie dazu verwendet, einem vorsätzlich operierenden Täter die Berufung auf für ihn *subjektiv* Unvorhersehbares dort zu versagen, wo die Verantwortungsethik über den Täter und sein Handeln das Urteil fällt, vorsätzlich gehandelt zu haben (S. 381-384). Da Burchard einen der Tatbestandserfüllung hinreichend ähnlichen Sachverhalt als psychologische Basis des Vorsatzurteils ausreichen lassen und schon auf dieser Grundlage einen dem Täter individuell unvorhersehbaren Erfolg zum Vorsatz zurechnen will, setzt sich hier das Konzept „Vorsatz kraft Irrtum“ gegen das Konzept „Vorsatz trotz Irrtum“ durch; denn wo eine Folge nicht vorhersehbar ist, dort kann der Täter die eigene Finallohnmächtigkeit nicht erkennen, weshalb es – so sollte man meinen – an der Legitimationsbasis fehlt, um dem Täter einen Erfolg zuzurechnen, den er nicht (oder nicht so, sondern nur tatbestandlich ähnlich) vorausgesehen hat.

a) Burchard tritt dennoch dafür ein, das für das Fahrlässigkeitsdelikt maßgebliche individualisierende Urteil über die Vorhersehbarkeit des Erfolges beim Vorsatzdelikt nicht zu berücksichtigen. Wenn unter Anlegung verantwortungsethischer Maßstäbe das Vorsatzurteil gefällt worden ist, so ist es nach Burchard einerlei, ob der Täter *individuell* einen objektiv zurechenbaren Erfolgseintritt vorhersehen konnte. Die damit einhergehende Absage an die Parallelität von Vorsatz- und Fahrlässigkeitszurechnung begründet Burchard damit, dass die „Individualisierung der Folgenverantwortung“ als „Kernstück der Fahrlässigkeitshaftung“ (S. 381) unverzichtbar sei, weil „eine nur objektiv bestimmte Fahrlässigkeitshaftung inhuman“ wirke „und nach einem individualisierenden (Vorhersehbarkeits-)Maßstab“ verlange, andererseits aber der „leistungsschwache Vorsatztäter“ sich nicht darauf berufen dürfe, „dass er nicht dazu in der Lage war, eine objektiv vorhersehbare Folge individuell vorherzusehen“ (S. 383). Dies scheint in einem verantwortungsethisch aufgeladenen Zurechnungssystem plausibel, weil mit dem Vorsatzurteil ausgedrückt wird, dass der Erfolg willentlich in die Welt gesetzte Konsequenz des Täterhandelns ist. Jedoch würde

diese Begründung auch die Vorsatzzurechnung eines *objektiv* nicht zurechenbaren Erfolges tragen. Dem begegnet Burchard, indem er ergänzend die Erwägung heranzieht, dass der leistungsschwache Fahrlässigkeitstäter für sein Zurückbleiben hinter den Verhaltenserwartungen nichts kann, dagegen beim Vorsatzdelikt „der Leistungsschwache in rechtsgutsfeindlicher Absicht [...] durch seine Entscheidung gegen das Rechtsgut“ bewusst das Risiko eingeht, „dass er anhand eines objektiven Maßstabes, der ihn überfordern mag, bewertet wird“ (S. 384). Weil Burchard zwischen dem objektiv Zuzurechnenden als Teil der Verhaltensvorgabe und dem Vorsatz bzw. der Individualisierung des Vorhersehbarkeitsurteils als Bestandteil der Zurechnungsgrundlage trennt, ist gegen die normtheoretische Konstruktion, die kraft Vorsatzurteils die Frage nach der individuellen Vorhersehbarkeit überflüssig macht, nichts einzuwenden.

b) Dass die Argumentation mit der Rechtsfeindlichkeit des Vorsatztäters, welche die fahrlässigkeitspezifische Individualisierung des Vorhersehbarkeitsmaßstabes überflüssig mache, nur bei real gegebener Rechtsfeindschaft, die Burchard im Unrechtsbewusstsein erblickt, funktioniert, sieht der Autor selbst (S. 383 m. Fn. 547): Weil ein im (vermeidbaren) Verbotsirrtum handelnder Täter „nicht als Rechtsuntreuer auf(tritt)“, sondern „sich, was ihm verantwortungsethisch in der Schuld zum Vorwurf gemacht wird, als Rechtstreuer“ denkt, könnte „eine Individualisierung des Vorhersehbarkeitsmaßstabes auch im Rahmen der Vorsatzdelikte [...] angedacht werden“. Offenbar soll sich also das Vorliegen eines vermeidbaren Verbotsirrtums auf den subjektiven Unrechtstatbestand auswirken und dort darüber entscheiden, ob im konkreten Einzelfall dem Täter ein subjektiv-individuell nicht vorhersehbarer Erfolg zum Vorsatz zugerechnet werden kann. Dazu ist *erstens* zu erinnern, dass Burchard, indem er den Verbotsirrtum des Täters mit dem Vorliegen von Rechtstreue gleichsetzt, eine formelle Schuld voraussetzt, nämlich das bisweilen höchst behelfsmäßig als „potentielles Unrechtsbewusstsein“ bezeichnete (vermeidbare) Fehlen des Unrechtsbewusstseins mit einem Kriterium materieller Schuld vermischt, nämlich dem Mangel an Rechtstreue. Beide Begriffe sind auf der Grundlage der Schuldtheorie, wie Burchard an anderer Stelle sieht (S. 361 f.), jedoch nicht kongruent. Mit dem Fehlen des Unrechtsbewusstseins als einem psychischen Faktum ist nämlich noch nicht ausgemacht, dass der Täter „nicht als Rechtsuntreuer“ aufgetreten ist; gerade ein auf Rechtsuntreue beruhender Verbotsirrtum soll den Täter nicht entlasten, eben weil auch das vermeidbare Fehlen von Unrechtsbewusstsein Ausdruck fehlender Rechtstreue sein kann. Demgegenüber scheint Burchard hier von echter Rechtsuntreue schon dann auszugehen, wenn dem Täter das Unrechtsbewusstsein zum Tatzeitpunkt fehlte, mag der Verbotsirrtum auch vermeidbar gewesen sein. Daher ist Jakobs' Vermutung, Burchard sage „Verantwortung für den Irrtum“ und beziehe „dabei die Plausibilität seiner Argumente aus dem Bereich des *dolus indirectus*“, weil nach Burchard nur der „Irrtum im engeren Sinne“ entlastet (HRRS 2009, 456, 457), dahin zu präzisieren, dass es genau genommen um eine Synthese des *dolus malus* mit dem *dolus indirectus* geht.

An dieser Annahme ist aus Sicht des Rezensenten allenfalls die ihr zugrunde liegende, soeben dargestellte kategoriale Konfundierung von Kriterien formeller und materieller Schuld zu beanstanden. Dass „eine Individualisierung des Vorhersehbarkeitsmaßstabes auch im Rahmen der Vorsatzdelikte [...] angedacht werden“ kann, wo der Täter im Verbotsirrtum (scil. nach *Burchard* nicht rechtsfeindlich) handelt, führt – *zweitens* – jedoch zu einer Gemengelage von Unrecht und Schuld, weil dem Vorliegen oder Nichtvorliegen eines in der Schuld untergebrachten formellen Zurechnungskriteriums Einfluss auf die Anforderungen des Unrechtstatbestandes eingeräumt wird. Nach *Burchard* soll ja die *Vorsatzzurechnung* beim im (vermeidbaren) Verbotsirrtum handelnden Täter (auch) davon abhängen, dass der Täter individuell die Erfolgsherbeiführung erkennen kann, wohingegen die individuelle Erkennbarkeit beim mit Unrechtsbewusstsein Handelnden für das Vorsatzurteil irrelevant sei. Dass damit die Trennbarkeit von Unrecht und Schuld nicht nur formal (dazu sogleich im Text), sondern auch materiell zur Disposition gestellt ist, sei hier nur angemerkt.

5. Das Verhältnis von Unrecht und Schuld ist an mehreren Stellen der Arbeit Gegenstand ausführlicher Darlegungen. So behandelt *Burchard* die „Unrechtsfigur“ des Vorsatzes ausdrücklich in Abhängigkeit von der Strafbegründungsschuld (S. 246 ff.): Er legt mit selten anzutreffender Klarheit dar, dass die herrschende Meinung den psychologischen Gehalt des Vorsatzes unter Rückgriff auf Schuld-elemente definiert, „indem sie ein voluntatives Vorsatzelement zum maßgeblichen Abgrenzungskriterium kürzt“ (S. 247), dass die angebliche Vorsatzfähigkeit eines Schuldfähigen im Unrechtsbereich auf einer Fiktion von Schuldfähigkeit (S. 243 f.) beruht. Die Trennung von Unrecht und Schuld erhält *Burchard* – entsprechend der herrschenden Unterscheidung von unrechtslimitierter Verhaltensnorm und schuldeinbeziehender Sanktionsnorm – aufrecht (S. 244, 251), will das Vorsatzurteil aber dennoch schuldorrientiert auslegen (S. 255 f.): Weil der Schuldspruch „beherrscht [wird] vom einem Primat abstrakter Tatbestandsmerkmale“ und „die Bewertung der subjektiven Beweggründe, Ziele und Gesinnungen [...] dem Rechtsfolgenausspruch [...] vorzubehalten“ sei, sollte die „Trennung zwischen Strafbegründung und Strafzumessung auch in der Irrtumsdogmatik fruchtbar gemacht werden dürfen“. *Burchard* hält es mit dieser Begründung für legitim, die vom Täter objektiv bewirkte Tatbegehung subjektiv zuzurechnen, „sofern der vorgestellte und der tatsächlich eingetretene Geschehensverlauf deliktstatbestandlich gleichwertig sind“ (S. 261). Aber in Wahrheit geht es nicht um einen Zusammenhang zwischen der Strafbegründungsschuld und dem Vorsatzurteil, sondern um eine *schuldspruchbezogene* Bewertung des Vorsatzurteils, wobei Voraussetzung und Folge vertauscht werden: Erst dann kann ein Unwerturteil über den Täter und sein Verhalten im Schuldspruch abstrakt zum Ausdruck gebracht werden, wenn dessen Voraussetzungen gegeben sind. Daher kann nicht umgekehrt bei der Bestimmung des Abstraktionsgrades seiner Voraussetzungen mit der Abstraktheit des Schuldspruchs argumentieren. Indem der Vorsatz im Lichte des Schuldspruchs ausgelegt und damit die Deliktkategorien Unrecht

und Schuld über den einen Leisten des Schuldspruchs geschlagen werden, mutet man dem zuvörderst prozessualen, an das materielle Strafrecht akzessorisch anknüpfenden Institut des Schuldspruchs vermutlich zu viel zu.

6. Die Anwendung verantwortungsethischer Prinzipien zieht sich als roter Faden durch *Burchards* gesamte Arbeit. *Burchard* thematisiert sie etwa unter dem Gesichtspunkt der „*Folgenverantwortung* wegen potentieller Finalmacht“ in Auseinandersetzung mit *Welzel* und *Zielinski* (S. 318 ff.) und in einem Streifzug durch die subjektive Folgenverantwortung im Spannungsfeld von Gesinnungs- und Verantwortungsethik (*Aristoteles*, *Kant*, *Hegel* und *Max Weber*, S. 328-357); anschließend konstatiert *Burchard*, originär strafrechtliche „*Bezüge zu Weber und seiner Verantwortungsethik*“ seien einzig bei *Welzel* zur Bedeutung des vermeidbaren Verbotsirrtums auszumachen.

Von höchstem schulddogmatischen Erkenntniswert sind die anschließenden Schlussfolgerungen, die *Burchard* aus der Kontroverse zwischen *Welzel* und *Engisch* bezüglich der Interpretation der *Weberschen* Verantwortungsethik (S. 358-362) zieht: Mit einer verantwortungsethischen Herangehensweise an die Verbotsirrtumsdogmatik ist noch nicht entschieden, *wie* ein vermeidbar über die Verbotenheit seines Handelns Irrender zu bestrafen ist! Dass nach *Welzel* das auf Unrechtsebene gefällte Vorsatzurteil auf Schuldebene nicht von der bewussten Auflehnung des Täters gegen die Rechtsordnung abhängen soll und beim vermeidbaren Fehlen des Unrechtsbewusstseins nicht in Richtung Fahrlässigkeit korrigiert wird, führt *Burchard* darauf zurück, dass es „der verantwortungsethische Vorwurf, die eigene Gesinnung nicht kritisch überprüft zu haben, rechtfertigt [...], den subjektiv Rechtstreuen wegen Rechtsuntreue – d.h. wegen vorsatzdeliktischer, rechtsfeindlicher Tatbegehung – zur Verantwortung zu ziehen“ (S. 360 f.). *Burchard* erkennt demgegenüber mit *Engisch*, dass der vermeidbare Verbotsirrtum ja auch nach der Vorsatztheorie nicht per se in die Strafflosigkeit führt, weshalb das Begriffspaar Gesinnungsethik/Verantwortungsethik sich nicht eignet, „den Gegensatz von Vorsatztheorie und Schuldtheorie zum Ausdruck zu bringen.“ Weil auch nach der Vorsatztheorie gegebenenfalls aus einem Fahrlässigkeitstatbestand zu bestrafen wäre, geht es bei der Übertragung des Begriffspaares Gesinnungsethik/Verantwortungsethik auf die strafrechtliche Behandlung des vermeidbaren Verbotsirrtums letztlich um die Frage, ob eine „*Verantwortlichkeit eigener Art*, eben die der Rechtsfahrlässigkeit“ begründet wird oder „eine *Ausdehnung und Vertiefung einer bestehenden Verantwortlichkeit*, eben jener des Vorsatzdelikts“, also nur um „einen Unterschied des Umfang und des Grades“ (S. 361).

IV. *Burchard* hat einen faszinierenden Streifzug durch die Grundlagen des Strafrechts unternommen und dabei nicht nur frischen Wind in die Diskussion um die Normativierung des Vorsatzurteils gebracht, sondern sich gleichsam im Vorbeiflug auch an einigen anderen alten Zöpfen mit scharfer Schere zu schaffen gemacht. Gleichwohl wirkt das Werk wegen seiner fundierten philosophischen Absicherung an keiner Stelle ikonoklastisch. Dass hier gleichwohl einige wenige Punkte kritisiert wurden, liegt allein an der Streitbar-

keit von *Burchards* Ergebnissen. Auch wer kein spezifisches Faible für Verantwortungsethik hat und sich nicht besonders für Vorsatzdogmatik, sondern „nur allgemein“ für tiefsinnige strafrechtlich-rechtsphilosophische Literatur interessiert, wird in „Irren ist menschlich“ auf eine wahre Fundgrube an interessanten Erkenntnissen stoßen.

Ass. iur. Jan Dehne-Niemann, Karlsruhe