

Inhaltsübersicht

A. Vorstellung des Gegenstandes der Untersuchung	21
B. Erster Teil: Rechtsbegriffe im positiven Recht: Voraussetzungen und Überprüfung	27
I. Die Voraussetzungen für das Erschaffen positiv-rechtlicher Rechtsbegriffe	27
II. Methoden zur Identifikation der Begriffslosigkeit positiv-rechtlicher Normen	56
III. Abschließende Beleuchtung des Verhältnisses der einzelnen Fehler und Methoden zueinander	147
IV. Zusammenhang der bisherigen Ergebnisse mit dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 II GG)	148
V. Gedankliche Vorläufer der gewählten Methode	177
VI. Konsequenzen bei Feststellung, dass eine Norm keinen positiv-rechtlichen Rechtsbegriff vermittelt	189
C. Zweiter Teil: Begriff der Beihilfe im positiven Recht?	190
I. Rechtfertigung des Untersuchungsgegenstandes des zweiten Teils	190
II. Beihilfebegriff im positiven Recht?	213
III. Mögliche Gründe für die Begriffslosigkeit der positiv-rechtlichen Beihilferegelung	296
D. Endergebnis	365
Literaturverzeichnis	367
Sachwortverzeichnis	392

Inhaltsverzeichnis

A. Vorstellung des Gegenstandes der Untersuchung	21
B. Erster Teil: Rechtsbegriffe im positiven Recht: Voraussetzungen und Überprüfung	27
I. Die Voraussetzungen für das Erschaffen positiv-rechtlicher Rechtsbegriffe	27
1. Idee: Setzung muss geistig-abstraktem Gehalt des Vorstellungsbildes des Gesetzgebers entsprechen	28
a) Gesetzgeber hat Willen gebildet	29
b) Gesetzgeber hat seinen Willen in der Norm vollständig niedergelegt: Kein Auseinanderfallen von Willen und Setzung	30
aa) Kein Vergessen wesentlicher Merkmale und kein Hinzufügen unwe sentlicher Merkmale	32
bb) Niederlegung der Merkmale in allgemein verständlicher Form	32
c) Zusammenfassung	37
2. Praxis: Mängel als Fehler des Gesetzgebers	38
a) Vermeidbarkeit des Nichtbildens eines Willens	38
b) Vermeidbarkeit des Auseinanderfallens von Willen und Setzung	40
aa) Die Mangelhaftigkeit des Kommunikationsmittels Sprache	41
bb) Zwischenergebnis: Unmöglichkeit der abschließenden Zuweisung von Bedeutungsinhalten ist kein Fehler des Normgebers	43
cc) Die Lehre vom Begriffskern und Begriffshof	44
(1) Grenzen der Möglichkeit autonomer Bedeutungszuweisung	45
(2) Zwischenergebnis: Vermeidbarkeit gegeben, soweit Bedeutungen gewollt waren, die außerhalb des Bereichs möglicher Wortbedeu tung lagen oder Bedeutungen nicht gewollt waren, die im Kernbe reich möglicher Wortbedeutung lagen	49
dd) Ergebnis: An den Gesetzgeber zu stellende Forderungen betreffend die sprachliche Ausgestaltung von Normen	55

II. Methoden zur Identifikation der Begriffslosigkeit positiv-rechtlicher Normen	56
1. Direkter Beweis	56
a) Auseinanderfallen von Willen und Setzung	56
aa) Ermittlung des Inhalts der Norm	57
(1) Der Wortlaut als primäres Kriterium für die Ermittlung des Inhalts der Norm	57
(a) Quellen der Feststellung allgemeinsprachlicher Inhalte	57
(aa) Wörterbücher	57
(bb) Weitere denkbare Quellen: Umfragen und korpuslinguistische Systeme	61
(b) Zwischenergebnis	62
(2) Verhältnis des Wortlauts zu System, Historie und Telos	63
(a) Deskriptiv-beobachtender Zugang	64
(b) Logisch-systematischer und legitimatorischer Zugang – Erster Teil: Untersuchung, weshalb die anderen Kriterien aus logisch-systematischen und legitimatorischen Gründen nicht primäre, sondern allenfalls sekundäre Kriterien für die Ermittlung von Norminhalten sein können	65
(c) Logisch-systematischer und legitimatorischer Zugang – Zweiter Teil: Untersuchung, weshalb und inwieweit die anderen Kriterien in logisch-systematischer und legitimatorischer Hinsicht sekundäre Kriterien für die Ermittlung von Norminhalten sein können	69
(aa) Zulässigkeit der Kriterien als rein sprachliche Auseinandersetzung mit dem Gesetz?	73
(α) Wortlaut	73
(β) System	74
(γ) Historie?	74
(αα) Historisch-grammatikalische Inhaltsermittlung	74
(ββ) Vorgängernormen	77
(γγ) Gesetzgebungsmaterialien	77
(δδ) Historische Rechtsverhältnisse	78
(δ) Telos?	79
(ε) Zwischenergebnis	82
(bb) Zulässigkeit der Kriterien, soweit der Inhalt des Gesetzes rein sprachlich nicht ermittelt werden kann?	83
(α) Die subjektiv-teleologische Argumentation	84
(β) Die objektiv-teleologische Argumentation	87
(γ) Zwischenergebnis	89
(cc) Zwischenergebnis	90
(3) Zwischenergebnis	93
bb) Vermeidbarkeit	93

cc) Problem der Feststellung des gesetzgeberischen Willens: Fehlende Manifestation der Mängelhaftigkeit	95
(1) Ermittlung des gesetzgeberischen Willens anhand von Äußerungen des Gesetzgebers?	95
(2) Ermittlung des gesetzgeberischen Willens anhand von Verhalten des Gesetzgebers nach Gesetzeserlass?	96
(3) Ermittelbarkeit des gesetzgeberischen Willens anhand objektiver Kriterien überhaupt?	99
b) Nicht-Bilden eines gesetzgeberischen Willens	99
c) Zwischenergebnis: Scheitern des direkten Beweises	100
2. Indirekter Beweis	101
a) Beweis durch Betrachtung der Norm selbst, des positiv-rechtlichen Normensystems im Übrigen, der Sprachnormen und der Naturgesetze: Rein formale Methode	103
aa) Manifestationen der Fehlerhaftigkeit bei rein formaler Methode	104
(1) Norm steht in Widerspruch zu Naturgesetzen	104
(2) Setzung ist (teilweise) gar kein Inhalt zuzuordnen	104
(a) Manifestation der Mängelhaftigkeit: Setzung ist (teilweise) gar kein Inhalt zuzuordnen	104
(aa) Widersprüchlichkeit	104
(bb) Wörtern ist keinerlei fester Inhalt zuzuordnen	105
(b) Vermeidbarkeit	106
(3) Norm ist kein abschließender Inhalt zuzuordnen?	107
(a) Manifestation der Mängelhaftigkeit: Norm ist kein abschließender Inhalt zuzuordnen	107
(b) Vermeidbarkeit	108
(4) Ergebnis: Fehlerhaftigkeit der Norm kann bei rein formaler Betrachtung nur dadurch aufgezeigt werden, dass dargetan wird, dass die Setzung (teilweise) inhaltslos ist oder in Widerspruch zu Naturgesetzen steht	108
b) Beweis durch Betrachtung des Interpretationsverhaltens von Literatur und Rechtsprechung: Empirische Methode	109
aa) Vorstellung der empirischen Methode: Unterschiedliche Subsumtion als Beweis für Begriffslosigkeit/fehlerhafte Normsetzung?	109
(1) Mögliche Quellen von Subsumtionsproblemen und unterschiedlichen Einzelfallergebnissen	110
(a) Zu subsumierendes Objekt als Fehlerquelle	110
(b) Subsumierendes Subjekt als Fehlerquelle	111

(c) Mittel der Subsumtion als Fehlerquelle	114
(aa) Große Anzahl unterschiedlicher Subsumtionen für eine große Anzahl von Einzelfällen als Beweis für die Fehler- haftigkeit der Norm	114
(α) Große Anzahl unterschiedlicher Subsumtionen als Be- weis für die Fehlerhaftigkeit der Norm	114
(β) Unterschiedliche Subsumtionen für eine große Anzahl von Einzelfällen als Beweis für die Fehlerhaftigkeit der Norm	116
(bb) Zwischenergebnis	122
(2) Reflektieren möglicher Gründe für Subsumtionsverhalten der Normanwender	122
(a) Reflektieren möglicher Gründe für Subsumtionsverhalten der Normanwender aus rein rechtspositivistischer Sichtweise	123
(aa) Gesetzgebungsmaterialien	123
(bb) Inhaltslosigkeit der Norm, Widerspruch der Norm gegen andere Normen desselben Normenkomplexes	124
(b) Reflektieren möglicher tieferliegender Gründe für Subsumti- onsverhalten der Normanwender aus einer die rechtspositivisti- sche Sichtweise überschreitenden Perspektive	125
(c) Zwischenergebnis: Bindungen für Gesetzgeber aus erweiterter Perspektive	129
(d) Die der Arbeit im weiteren Gang zugrundezulegende Sichtwei- se: Erweiterte Bindungen unter Geltung der Verfassung als gleichermaßen positiv-rechtliche Bindungen	135
(e) Ergebnis	137
bb) Genauere Beschreibung der Methode	139
c) Bewertung der Methoden	140
aa) Einräumen der Schwächen der Ansätze	140
(1) Schwächen, welche beide Ansätze gleichermaßen aufweisen	140
(2) Schwächen der empirischen Methode	141
(3) Schwächen der formalen Methode	141
bb) Verteidigung der Ansätze	142
(1) Sich auf die Verteidigung beider Methoden beziehende Argumente	142
(2) Sich auf die Verteidigung allein der formalen Methode beziehende Argumente	143
(3) Sich auf die Verteidigung allein der empirischen Methode bezie- hende Argumente	143
cc) Abschließende Entscheidung für die empirische als die dieser Arbeit zugrundezulegende Methode	145
III. Abschließende Beleuchtung des Verhältnisses der einzelnen Fehler und Methoden zueinander	147

IV. Zusammenhang der bisherigen Ergebnisse mit dem Bestimmtheitsgrundsatz	
(Art. 103 II GG)	148
1. Grundsatz	148
2. Einschränkung	151
3. Folgerung	152
a) Keine Inhaltslosigkeit der Norm an sich	156
b) Keine vermeidbar zu enge Normsetzung	156
aa) Das Analogieverbot	156
bb) Konsequenzen für den Bestimmtheitsgrundsatz	158
c) Keine vermeidbar zu weite Normsetzung	158
aa) Problematik der Konstruktion von Rechtsbegriffen durch die Rechtsprechung	159
(1) Problematik teleologischer Reduktionen	159
(2) Insbesondere: Problematik von Verfassungskonformität herstellenden teleologischen Reduktionen	164
(3) Rückschlüsse für die Arbeit des Gesetzgebers	168
bb) Problematik gänzlich begriffsloser Entscheidung	172
d) Vorschlag für den Umgang der Rechtsprechung mit begriffslosen Normen	172
V. Gedankliche Vorläufer der gewählten Methode	177
1. Bestimmtheit der Norm, sofern hinreichende Präzisierung der Norm durch die Praxis erfolgt ist	178
2. Bestimmtheit der Norm, soweit intersubjektiv einheitliche Bedeutungsbeschreibung stattfindet	180
3. Bestimmtheit der Norm, sofern ihr Anwendungsbereich durch Auslegung zu ermitteln ist	181
4. Das Modell Schünemanns: Bestimmtheit, sofern Entscheidung für die Mehrheit der Fälle anhand der Norm allein getroffen werden kann	182
5. Das Modell Grecos: Bestimmtheit, sofern nicht ex ante die Erforderlichkeit der teleologischen Reduktion erkennbar ist	185
6. Zwischenergebnis	188
VI. Konsequenzen bei Feststellung, dass eine Norm keinen positiv-rechtlichen Rechtsbegriff vermittelt	189
C. Zweiter Teil: Begriff der Beihilfe im positiven Recht?	190
I. Rechtfertigung des Untersuchungsgegenstandes des zweiten Teils	190
1. Bestimmtheitsgrundsatz und allgemeiner Teil	190
2. Verdachtsmomente dahingehend, dass das positive Recht keinen Beihilfebegriff vermittelt	194
a) Sich aus der Struktur des § 27 StGB ergebende Verdachtsmomente	195
b) Sich aus den Gesetzgebungsmaterialien ergebende Verdachtsmomente	199

c) Sich aus der Regelungsgeschichte ergebende Verdachtsmomente	200
aa) Preußisches Strafgesetzbuch (1851)	200
bb) Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)	202
d) Sich aus dem Vergleich mit anderen Normen des heutigen StGB ergebende Verdachtsmomente	204
e) Sich aus dem Vorgehen der Lehre im Rahmen der Beschäftigung mit § 27 StGB ergebende Verdachtsmomente	205
f) Sich aus Äußerungen der Lehre in Bezug auf die Bestimmtheit des § 27 StGB ergebende Verdachtsmomente	207
II. Beihilfebegriff im positiven Recht?	213
1. Vorüberlegungen	213
a) Begründungsgang des folgenden Abschnitts der Untersuchung	213
b) Einschränkung der Untersuchung	214
aa) Ausschließlich Überprüfung der Abgrenzbarkeit der Beihilfe von straflosem Verhalten	214
bb) Prinzipien für die Auswahl der ausgewerteten Ansichten	214
(1) Einschränkung in zeitlicher Hinsicht	215
(2) Einschränkung nach dem Erkenntnisziel der Autoren	215
(3) Weitere Einschränkung	216
2. Interpretation von § 27 StGB durch Literatur und Rechtsprechung	217
a) Ausschließlich subjektive Bestimmung der Beihilfe	218
b) Auch objektive Bestimmung der Beihilfe	219
aa) Ausschließlich Risikoerhöhung	219
(1) Abstrakte Risikoerhöhung – Herzberg	219
(2) Aus objektiver Sicht ex ante konkrete Risikoerhöhung	220
(a) Vogler	221
(b) Salomon	222
(c) Zieschang	224
(d) Hellmuth Mayer	225
(e) Schaffstein – Hinzudenken von hypothetischen, durch den Täter verursachten Kausalverläufen	225
(f) Murmann	227
(g) Wohlers	228
(h) Osnabrücke	229
(i) Zusammenfassung	231
bb) Kausalität	231
(1) Spezielle Beihilfekausalität	232
(a) Class	232
(b) Dreher	233
(c) Geppert	234
(d) Jescheck/Weigend	235

(2) Teilweise Kausalität	236
(3) Unklarheit, ob Kausalität verlangt wird	236
(a) Otto	236
(b) Weigend	239
(c) Kudlich	240
(d) Roxin	241
(e) Heger	245
(f) Heine/Weißer	245
(g) Schünemann/Greco	246
(h) Rogat	247
(i) Schall	249
(j) Hoyer	249
(k) Rechtsprechung	251
(l) Zusammenfassung	254
(4) Kausalität im herkömmlichen Sinne für den gesamten Bereich der Beihilfe	255
(a) Bloy	255
(b) Samson	255
(c) Jakobs	256
(d) Köhler	258
(e) Schild/Kretschmer	259
(f) Stein	259
(g) Zaczky	259
(h) Schumann	260
(i) Zusammenfassung	261
cc) Weitere Merkmale rechtlicher Missbilligung	262
(1) Risikoerhöhung und rechtliche Missbilligung	262
(a) Objektive Merkmale zur Bestimmung rechtlicher Missbilligung	262
(aa) Murmann	262
(bb) Wohlers	262
(b) Allein subjektive Merkmale zur Bestimmung rechtlicher Missbilligung	263
(2) Kausalität und rechtliche Missbilligung	263
(a) Objektive Merkmale zur Bestimmung rechtlicher Missbilligung	264
(aa) Abstellen auf Interessenlage	264
(α) Rogat – Kein Verfolgen überragender Allgemeininteressen durch den Handelnden	264
(β) Ameling – Risiko für Allgemeinheit überwiegt Interessen der Allgemeinheit und des Handelnden	264
(γ) Lüderssen – Freiheitsinteressen des potenziellen Opfers überwiegen Interessen des Täters und des Handelnden	266

(δ) Stein – Freiheitsinteressen des potenziellen Opfers überwiegen Interessen des Handelnden	266
(bb) Solidarisierung mit dem Täter	267
(α) Schumann	267
(β) Schall	270
(γ) Zaczky	271
(cc) Deliktischer Sinnbezug	271
(α) Handlung weist für Täter nur/überwiegend Sinn der Beförderung der Haupttat auf	271
(οα) Kindhäuser	271
(ββ) Roxin	273
(γγ) Schünemann/Greco	274
(δδ) Rechtsprechung	274
(εε) Frisch	275
(β) Handlung weist jedenfalls auch für Handelnden nur/ überwiegend Sinn der Beförderung der Haupttat auf	275
(αα) Schild/Kretschmer	275
(ββ) Zaczky	276
(γγ) Köhler	277
(δδ) Jakobs	278
(εε) Heger	280
(ζζ) Schumann	280
(ηη) Amelung	281
(dd) Verletzen einer besonderen Schutznorm	281
(α) Hoyer	281
(β) Jakobs	281
(γ) Amelung	282
(δ) Schall	282
(ee) Ausschluss solcher Handlungen, welche für den konkreten Lebensbereich formulierte Verhaltensnormen einhalten	282
(ff) Bestehen von Pflichten nach § 138 StGB oder § 323c StGB	283
(α) Hoyer	283
(β) Frisch	283
(γ) Schall	284
(δ) Amelung	285
(gg) Bestehen einer Garantenstellung nach § 13 StGB	285
(α) Hoyer	285
(β) Jakobs	285
(hh) Gewisse Erheblichkeit des geschaffenen Risikos	285
(α) Rogat	286
(β) Amelung	286

(γ) Kindhäuser	286
(δ) Jakobs	287
(ε) Roxin	287
(ζ) Weigend	287
(ii) Zeitliche Nähe zur Haupttat	287
(α) Kindhäuser	288
(β) Lüderssen	288
(jj) Üblichkeit	289
(kk) Unterlassene Solidarisierung mit dem Opfer	289
(b) Allein subjektive Merkmale zur Bestimmung rechtlicher Missbilligung	289
(aa) Rechtsprechung	289
(bb) Hoyer	290
(cc) Amelung	291
(dd) Kudlich	291
3. Ergebnis: § 27 StGB liefert keinen Beihilfebegriff und ist darum unvereinbar mit dem Bestimmtheitsgrundsatz	291
III. Mögliche Gründe für die Begriffslosigkeit der positiv-rechtlichen Beihilferegelung	296
1. Ermittlung des Inhalts von § 27 StGB	298
a) Auseinandersetzung mit dem Wortlaut (im engeren Sinne)	298
aa) Bedeutung nach dem Duden	299
bb) Bedeutung nach dem Mackensen	305
cc) Bedeutung nach dem Wahrig	307
dd) Ergebnis	307
b) Auseinandersetzung mit dem System	307
aa) Erforderlichkeit der objektiven Eignung zum Kausalwerden in der Haupttat aufgrund des Merkmals „vorsätzlich“ in § 27 StGB?	309
bb) Erforderlichkeit von Kausalität für die Haupttat aufgrund der Straflosigkeit versuchter Beihilfe?	310
cc) Rückschlüsse aus § 323c StGB und § 257 StGB?	311
2. Zwischenergebnis	313
3. Grundriss für eine einen Beihilfebegriff schaffende Norm des positiven Rechts	318
a) Bestimmung der Beihilfe ausschließlich auf subjektiver Seite?	319
b) (Auch) objektive Bestimmung der Beihilfe	327
aa) Risikoerhöhung	327
bb) Erforderlichkeit von Kausalität?	330
(1) Spezielle Beihilfekausalität	330
(2) Kausalität im Sinne der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung	332
(3) Kausalität im Sinne der Lehre von der Conditio-sine-qua-non	337

(4) Ergebnis: Denkbarkeit sowohl eines Risikoerhöhungsmodells als auch eines Modells, das Kausalität im Sinne der Lehre von der Conditio-sine-qua-non voraussetzt	338
cc) Weitere Merkmale	338
(1) Weitere Eingrenzung ausschließlich für „neutrale“ Handlungen? ..	341
(2) Weitere Eingrenzung für alle Handlungen	346
(a) Im weiteren ausschließlich subjektive Merkmale?	347
(b) Im weiteren auch objektive Merkmale	349
(aa) Abstellen auf Interessenlage	352
(bb) Deliktischer Sinnbezug	355
(α) Handlung weist für Täter nur/überwiegend Sinn der Beförderung der Haupttat auf	355
(β) Handlung weist jedenfalls auch für Handelnden nur/überwiegend Sinn der Beförderung der Haupttat auf	355
(cc) Solidarisierung mit dem Täter	356
(dd) Verletzen einer besonderen Schutznorm	357
(ee) Ausschluss solcher Handlungen, welche für den konkreten Lebensbereich positiv formulierte Verhaltensnormen einhalten	357
(ff) Bestehen von Handlungspflichten nach § 138 StGB oder § 323c StGB	358
(α) § 138 StGB	360
(β) § 323c StGB	360
(γ) Ergebnis	360
(gg) Bestehen einer Garantenstellung nach § 13 StGB	361
(hh) Gewisse Erheblichkeit des geschaffenen Risikos	361
(ii) Zeitliche Nähe zur Haupttat	362
(jj) Üblichkeit	362
(kk) Unterlassene Solidarisierung mit dem Opfer	363
(lI) Zwischenergebnis	364
D. Endergebnis	365
Literaturverzeichnis	367
Sachwortverzeichnis	392