

Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Redaktion (national)
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Markus Wagner
Prof. Dr. Frank Zimmermann
Redaktion (international)
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
Webmaster
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Wiss. Mitarbeiter Dennis Klein
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Lektorat fremdsprachiger Beiträge
Gustavo Urquizo
Jaime Winter Etcheberry
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

11/2022  
1. Jahrgang

S. 575-640

## Inhalt

### SONDERAUSGABE ZUM 80. GEBURTSTAG VON PROF. DR. INGEBORG PUPPE

#### Vorbemerkung zur aktuellen Ausgabe

Vorwort zur ZfIStw-Sonderausgabe zum 80. Geburtstag von Prof. Dr. Ingeborg Puppe

Von Prof. Dr. Martin Böse, Bonn

575

### AUFSÄTZE

#### Strafrecht

Dolus eventualis

Bemerkungen zur Lehre von Puppe

(mit Kommentar von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, S. 580)

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs, Bonn

576

Die strenge Schuldtheorie und der Umkehrschluss in der Irrtumslehre

(mit Kommentar von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, S. 587)

Von Dr. Themistoklis Sofos, Athen

581

Recklessness statt dolus eventualis?

(mit Kommentar von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, S. 598)

Von Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M. (Harvard), Bonn

588

Singular Causation and Double Prevention Cases

(mit Kommentar von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, S. 608)

By Prof. Michael S. Moore, Champaign (Illinois)

599

Dialogues on Causation with Puppe

(mit Kommentar von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, S. 624)

By Prof. Richard W. Wright, Chicago (Illinois)

610

Naturalismus und Normativismus in der Strafrechtsdogmatik

(mit Kommentar von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, S. 633)

Von Prof. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Frankfurt

627

Der Irrtum über die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts

(mit Kommentar von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, S. 639)

Von Prof. Dr. Martin Böse, Bonn

635

Von Prof. Dr. Martin Böse, Bonn

Am 11. Januar 2021 vollendete die Strafrechtswissenschaftlerin und Strafrechtslehrerin *Ingeborg Puppe* ihr 80. Lebensjahr. Nachdem die Pandemie den Veranstaltern mehrfach einen Strich durch die Rechnung gemacht hatte, konnte das aus diesem Anlass geplante Symposium schließlich am 29. und 30. August 2022 in Bonn in Präsenz stattfinden.

Diese Sonderausgabe der ZfIStw enthält die ausgearbeitete Fassung von fünf Vorträgen, die auf dem Symposium gehalten wurden und Themen aus zwei Schwerpunkten aus *Puppes* wissenschaftlichem Werk behandeln, nämlich der Vorsatz- und Irrtumslehre (*Jakobs*,<sup>1</sup> *Sofos*,<sup>2</sup> *Stuckenberg*<sup>3</sup>) und der Kausalität (*Moore*,<sup>4</sup> *Wright*<sup>5</sup>). Dem letztgenannten Schwerpunkt war auch ein weiterer, hier nicht veröffentlichter Vortrag von *Luís Greco* (Humboldt-Universität Berlin) über die „Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung“ gewidmet. Nach den Vorträgen entspann sich jeweils eine rege Diskussion, an der sich auch Frau *Puppe* lebhaft beteiligte, was in ihren in dieser Sonderausgabe unmittelbar an die Vorträge angefügten Kommentaren zum Ausdruck kommt. Die Ausgabe wird abgerundet durch zwei weitere Beiträge, die zwei Aspekte von *Puppes* Werk aufgreifen, nämlich die Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft (*Neumann*<sup>6</sup>) und den Irrtum im Strafanwendungsrecht (*Böse*<sup>7</sup>), und die jeweils ebenfalls mit einem kurzen Kommentar von *Puppe* versehen sind.

Die Auswahl der auf dem Symposium und in dieser Ausgabe behandelten Themen erhebt nicht den Anspruch, die Breite ihres wissenschaftlichen Werkes auch nur ansatzweise abzudecken, dessen Vielfalt und Reichtum sich in den Beiträgen zu der ihr zum 70. Geburtstag gewidmeten Festschrift<sup>8</sup> widerspiegeln. Den Herausgebern der ZfIStw, insbesondere *Thomas Rotsch*, gebührt ein herzlicher Dank dafür, dass sie diese Sonderausgabe ermöglicht haben, die *Ingeborg Puppe* als herausragender Strafrechtsdogmatikerin, aber auch als engagierter und nach wie vor im Hörsaal präsender Strafrechtslehrerin mit den besten Wünschen zum 80. Geburtstag gewidmet ist.

---

<sup>1</sup> *Jakobs*, ZfIStw 11/2022, 576.

<sup>2</sup> *Sofos*, ZfIStw 11/2022, 581.

<sup>3</sup> *Stuckenberg*, ZfIStw 11/2022, 588.

<sup>4</sup> *Moore*, ZfIStw 11/2022, 599.

<sup>5</sup> *Wright*, ZfIStw 11/2022, 610.

<sup>6</sup> *Neumann*, ZfIStw 11/2022, 627.

<sup>7</sup> *Böse*, ZfIStw 11/2022, 635.

<sup>8</sup> Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011.

### I. „Vorsatzgefahr“

*Puppe* hat sich immer wieder zum Vorsatz und insbesondere zum dolus eventualis geäußert.<sup>1</sup> Neben den einschlägigen Teil der Kommentierung zu § 15 StGB im Nomos Kommentar<sup>2</sup> treten der umfangreiche, ihre Position begründende Aufsatz „Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis“ von 1991<sup>3</sup> und die kleine Monographie zu Vorsatz und Zurechnung<sup>4</sup>. Dringend hervorzuheben ist zudem ihre Auseinandersetzung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung, wobei ihre Kritik der voluntaristischen Gesamtbetrachtung gilt, und zwar sowohl was das Voluntaristische, als auch was die Gesamtbetrachtung betrifft.<sup>5</sup> Was mea parvitas angeht, so werde ich auch durch ihren Beitrag in dem Band „Strafrecht und Gesellschaft“<sup>6</sup> mit dem Titel „Vorsatz“, zu verstehen als „Vorsatz bei Jakobs“, zu einigen Bemerkungen verleitet. Die durch diese Schriften begründete und präziserte Lehre wird von *Puppe* bis in die jüngste Zeit fortgeführt und verdeutlicht.<sup>7</sup>

Wie bei dieser Autorin nicht anders zu erwarten, beschreibt *Puppe* zur Entscheidung der Frage, wie dolus eventualis und Fahrlässigkeit voneinander abzugrenzen sind, einen neuen Weg: Jeder Taterfolg, der als vorsätzlich herbeigeführt bewertet werden soll, muss nach *Puppe* auf einem Verhalten beruhen, dem die Tendenz eigen ist, sich zu diesem Erfolg auszuwachsen. Man mag diese Tendenz als eine objektive Finalität verstehen. *Puppe* formuliert, der Verhaltensvollzug müsse „eine sinnvolle Strategie der Herbeiführung des Erfolges darstellen“.<sup>8</sup> „Es gibt [...] Gefahren, die ein rational Handelnder nur dann eingeht, wenn er mit ihrer Realisierung [gemeint ist wohl: mit der Realisierung des Erfolges; *G. J.*]

einverstanden ist. Das sind ihrer Qualität nach Vorsatzgefahren,<sup>9</sup> wobei der Begriff „Vorsatzgefahren“ so oft und zentral verwendet wird, dass er als Leitbegriff der Lehre zu verstehen ist. Der Witz der Argumentation liegt darin, den dolus eventualis an der *Qualität* der gekannten Gefahr auszurichten und nicht an der wertenden Einstellung, die der Agierende zum Erfolg einnimmt. Dass der Agierende nach *Puppe* mit dem Erfolg „einverstanden“ sein muss, weist also nicht auf psychische Ereignisse zusätzlich zur Kenntnis der Gefahr bestimmter Qualität hin, sondern ist vielmehr die rechtliche Wertung einer Aktion bei solcher Kenntnis. Mit anderen Worten: Der Agierende *gilt* rechtlich als mit dem Erfolgseintritt einverstanden.

### II. Prognose einer „Vorsatzgefahr“

Bei der Bestimmung einer Vorsatzgefahr verhält es sich nicht anders als bei jeder Prognose: Der Prognostizierende muss eine (richtige oder falsche) Vorstellung vom gegenwärtigen Stand des relevanten Weltausschnitts aufweisen, zudem (richtig oder falsch) berechnen können, was das zu prüfende Verhalten an diesem Stand ändern könnte und zudem über einen (gültigen oder ungültigen) Maßstab verfügen, wie eine Veränderung zu beurteilen ist. Das alles läuft auf die Antworten zu zwei Fragen hinaus: Wer prognostiziert und wer beurteilt das Ergebnis? Die zweite Frage beantwortet *Puppe* eindeutig: Die Beurteilung ist eine Rechtsfrage, obliegt also dem Gericht bis hin zum Revisionsgericht.<sup>10</sup>

Bei der Frage nach dem Beurteilenden ergeben sich allerdings Schwierigkeiten. Solche können in doppelter Hinsicht bestehen; abermals als Fragen formuliert: (1.) Ist jede Prognose von einem Erfolgseintritt rechtlich relevant, und (2.) ist es jede Vorstellung von der Möglichkeit einer Vermeidung des Eintritts? *Puppe* behandelt die zweite Frage recht barsch. „Irrationale Verarbeitungsmechanismen“ sollen nicht zu berücksichtigen sein. „Deshalb ist diese Interpretation [...] nicht durch irrationale Verarbeitungsmechanismen, Verdrängungen und Hoffnungen zu entkräften und erst recht nicht dadurch, daß der Täter aus Gleichgültigkeit gegenüber dem Erfolgswert die Auseinandersetzung mit der Erfolgsmöglichkeit erst gar nicht aufgenommen hat.“<sup>11</sup> Eine krasse Konkretisierung der bei *Puppe* recht beipielsarmen Darstellung sei versucht: Beim Antritt eines Segeltörns mit Kindern trotz bekannt katastrophaler Wetterlage wird die Vorsatzgefahr eines Schadens an den Kindern auch dann nicht ausgeschlossen, wenn der Agierende – seinerseits mit vermeintlich zu reichender Wirksamkeit – Neptun um Gnade angefleht oder ihm gar – noch wirksamer – ein Rind geopfert hat (so jedenfalls in der Gegenwart, zur Zeit der Odyssee mag anderes gegolten haben).

<sup>1</sup> Umfangreiche Zusammenstellung ihrer Arbeiten bei *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 15 vor Rn. 1 und § 16 vor Rn. 1.

<sup>2</sup> *Puppe* (Fn. 1), § 15 Rn. 14–99, auch § 16 Rn. 70 ff., 80.

<sup>3</sup> *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1; hier zitiert nach dem Wiederabdruck in: *Puppe*, Strafrechtsdogmatische Analysen, 2006, S. 226. – Es geht entgegen dem ersten Anschein nicht um einen dem dolus eventualis vorbehaltenen (und ansonsten verzichtbaren) Inhalt: *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 36 f.

<sup>4</sup> *Puppe* (Fn. 3 – Vorsatz und Zurechnung).

<sup>5</sup> *Puppe* (Fn. 1), § 15 Rn. 23 ff., 43; *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 4. Aufl. 2019, § 9 Rn. 1 ff.; *dies.* (Fn. 3 – Analysen), S. 234 f.; *dies.*, NStZ 2012, 409 (413 f.).

<sup>6</sup> *Puppe*, in: Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, 2019, S. 403.

<sup>7</sup> Etwa *Puppe*, JR 2018, 323; soweit ersichtlich bislang zuletzt *Puppe*, ZIS 2020, 584.

<sup>8</sup> *Puppe* (Fn. 3 – Vorsatz und Zurechnung), S. 39; *dies.* (Fn. 3 – Analysen), S. 239 ff.; *Puppe* (Fn. 1), § 15 Rn. 64 ff., 84 ff., § 16 Rn. 70.

<sup>9</sup> *Puppe* (Fn. 3 – Analysen), S. 242.

<sup>10</sup> *Puppe* (Fn. 3 – Analysen), S. 257; *dies.*, NStZ 2012, 409 (412 ff.); *dies.* (Fn. 1), § 15 Rn. 72

<sup>11</sup> *Puppe* (Fn. 3 – Vorsatz und Zurechnung), S. 40.

Man wird dieser Wertung im Grunde zustimmen können oder gar müssen, denn bei der *Begründung* der Kenntnis von einer gefährlichen Situation verfährt die moderne Lehre nicht anders, indem sie abergläubische Unternehmungen der Schädigung einer anderen Person – aus allerdings unterschiedlichen Erwägungen – als straffrei behandelt, sei es durch den Vorschlag, die Möglichkeit, beim unverständigen Versuch von Strafe abzusehen, in solchen Fällen *zwingend* anzuwenden, oder – meines Erachtens vorzugswürdig – durch eine Theorie, die Abergläubisches als bereits nicht tatbestandlich erfasst wertet.<sup>12</sup> Jedenfalls behandelt diese Lehre den abergläubischen Versuch – entgegen insbesondere *Armin Kaufmann*<sup>13</sup> – entweder als *materiell* außerstrafrechtlich (zwingende Strafflosigkeit nach § 23 Abs. 3 StGB) oder gar als schon *formell* (tatbestandlich nicht erfasst) und zudem materiell außerhalb des Strafrechts belegen. Bei dieser Lage dürfte folgende Umkehrung plausibel sein: Annahmen rechtsfremder Art können einen Täter zumindest materiell nicht belasten und in der Umkehrung können solche Annahmen eine ansonsten bestehende Belastung nicht aufheben.

Diese Lösung lässt sich auch auf den irrealen, also auf absurden und deshalb gesellschaftsfremden Vorstellungen beruhenden Versuch übertragen und wiederum in der Umkehrung können solche Vorstellungen eine gegebene Belastung nicht hindern.<sup>14</sup> Beispielhaft, wer ein tausende Meter hoch fliegendes Flugzeug mit einer Polizeipistole in der Annahme abschießen will, die Thermik werde, da sie das Flugzeug trägt, die Kugel schon emporreißen, begeht ebensowenig einen deliktischen Versuch, wie ein anderer, der es durch öffentliche Anrufung höherer Mächte nebst Schlägen auf eine geweihte Glocke zum Absturz bringen will. Nun die Umkehrung: Wer ein, wie er weiß, sehr starkes Gift, etwa Zyankali, minimal verdünnt, dies in der esoterisch gewonnenen Annahme, Gifte könnten nur „pur“ wirken, und das Produzierte sodann einem anderen beibringt, hat ebenso Vorsatz wie ein anderer Täter, der das Gift gleichfalls verdünnt, aber zur Sicherung der Entgiftung mit mehrfach geweihtem Wasser. Beides sind rechtsfremde Vorstellungen. Im Ergebnis hat *Puppe* also wohl Recht, wenn sie argumentiert, die Erkenntnis einer Vorsatzgefahr lasse sich nicht durch irgendwelche Gebete oder Hoffnungen auf einen glücklichen Ausgang oder durch irrealer Überschätzung der eigenen Fähigkeiten, die Situation zu beherrschen, oder durch vergleichbar gesellschaftsfremde Annahmen ausschließen.

Die skizzierte Lösung mag auch mit einer anderen Begründung gewonnen werden. Jeder Versuch – um Vollendung kann

es bei abergläubischen oder sonst absurden Unternehmungen nicht gehen – erfordert, dass der Täter nach seiner Vorstellung zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt (§ 22 StGB), aber das Ansetzen muss als Akt verstanden werden, der *erkennbar* immerhin möglicherweise gegen eine andere Person gerichtet ist. Ansonsten fehlt ein legitimer Grund, die Interna des Täters, eben seine Vorstellung, zu erforschen.<sup>15</sup> Nur Internes, ohne einen erkennbaren Ausdruck als gesellschaftliche Störung, also ohne aggressive Ausrichtung auf die Organisation einer anderen Person, bildet in einem Tatstrafrecht keinen legitimen Grund für Nachforschungen. Absurde oder abergläubische Unternehmungen mögen zwar erkennen lassen, dass eine solche Ausrichtung nach dem Willen der Agierenden stattfinden soll, aber diese Ausrichtung misslingt, da das Vollzogene zwar Unfug ist, aber absolut sozialadäquater Unfug, also ein bloßer Versuch, in einen gesellschaftlich störenden Versuchszustand zu gelangen.<sup>16</sup>

Wie im Falle eines Irrtums zu verfahren ist, lässt sich am klarsten verdeutlichen, wenn auf die kommunikative Seite des Täterverhaltens abgestellt wird, also etwa bei Tötungsdelikten, dass das Verhalten „Töten“ bedeuten muss. Hält der Täter sein Ansetzen bei einem irrealen Unternehmen für einen in der Gesellschaft als möglicherweise gefährlich eingestuften Versuch, meint also, sein Verhalten bedeute „Töten“, so ordnet er ein tatbestandlich nicht erfasstes Verhalten als doch erfasst ein: der Fall eines Wahndelikts. Geht in der Umkehrung der Täter davon aus, seine Annahme, die Tatbestandsverwirklichung vermeiden zu können, sei gesellschaftlich anerkannt, also eine nach allgemeinem Urteil gebräuchliche und hinreichende Vorkehrung gegen einen Erfolgseintritt, so befrachtet er den Tatbestand mit negativen Merkmalen (vergleichbar Rechtfertigungsgründen), die dieser nicht enthält. Der Täter meint also, die den anderen zugewiesene Sphäre ungestörter eigener Organisation sei kleiner, als sie nach gültigem Recht ist, und das ist – entgegen der nahezu einhelligen Ansicht, die Tatbestands- und Verbotskenntnis trennt – ein Tatbestandsirrtum, da zur vorsätzlichen Tatbestandsverwirklichung bei Delikten gegen die Person die – im Umfang variierende – Personalität des anderen bekannt sein muss.<sup>17</sup>

### III. Das Wissenselement der „Vorsatzgefahr“

Eine Frage drängt sich auf und *Puppe* stellt sie bereits in dem frühen Aufsatz zum Vorstellungsinhalt von 1991: „Ist es nicht inkonsequent, das sog. Willenselement des Vorsatzes zu normativieren und zu generalisieren, das Wissenselement aber weiterhin als Faktum in der Psyche des einzelnen Täters zu suchen?“<sup>18</sup> Sie erwägt eine Parallelisierung des Wissens von der Tatbestandsverwirklichung mit der gesetzlichen Regelung des Unrechtsbewusstseins in § 17 StGB,<sup>19</sup> argumentiert aber sodann, das psychologisch verstandene Wissenselement sei hinreichend klar und damit praktikabel, „zuverlässig re-

<sup>12</sup> Nachweise zum Stand der Diskussion bei *Hillenkamp*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 23 Rn. 89 f.; *Murmann*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 23 Rn. 59 f.

<sup>13</sup> *Arm. Kaufmann*, in: Stratenwerth/Kaufmann/Geilen/Hirsch/Schreiber/Jakobs/Loos (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, S. 393 (403).

<sup>14</sup> Eingehender *Jakobs*, Kritik des Vorsatzbegriffs, 2020, S. 42 ff.

<sup>15</sup> *Jakobs*, in: Safferling/Kett-Straub/Jäger/Kudlich (Hrsg.), Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, 2017, S. 37.

<sup>16</sup> *Jakobs* (Fn. 15), S. 45.

<sup>17</sup> Eingehender *Jakobs* (Fn. 14), S. 21 ff., 26 ff.

<sup>18</sup> *Puppe* (Fn. 3 – Analysen), S. 259.

<sup>19</sup> *Puppe* (Fn. 3 – Analysen), S. 259 f.

konstruierbar“, zudem nicht „allzu anfällig gegen Projektionen und Manipulationen. [...] Eine Normativierung auch des Wissenselements des Vorsatzes würde sich allzu weit von dem allgemeinen Standard gegenseitiger Beurteilung entfernen.“<sup>20</sup> Der Leser, jedenfalls *mea parvitas* als Leser, ist verblüfft: Wenn nach *Puppe*, wie zuvor bereits behandelt wurde, „irrationale Verarbeitungsmechanismen, Verdrängungen und Hoffnungen“ sowie „Gleichgültigkeit gegenüber dem Erfolgsunrecht“ Vorsatz nicht sollen ausschließen können,<sup>21</sup> dann ist eine Normativierung der Wissensseite längst erreicht; denn diese ist von der Wollensseite ja nicht so sauber getrennt, wie es – zumindest in der Theorie – schwarz und weiß sind, vielmehr regelmäßig in Grautönen vermischt: Was wird denn irrational verarbeitet oder verdrängt, wenn nicht ein Wissen? Die Antwort liegt auf der Hand: So wie es sich beim abergläubischen oder unrealen Versuch um ein außerrechtlich angesiedeltes und deshalb rechtlich irrelevantes *Wissen* handelt, so ist auch der Gegenstand einer „irrationalen Verarbeitung“ ein *Wissen* und wie bei jeder Verarbeitung eines Gegenstands wird dieser dadurch verändert. Beispielhaft, wer in individueller Selbstüberschätzung seiner Fähigkeiten sicher ist, eine sehr komplizierte Uhr warten oder ein Atomkraftwerk beherrschen zu können, mit dem Unternehmen beginnt und prompt wichtige Teile des Uhrwerks verdirbt oder den Austritt radioaktiven Materials nicht verhindern kann, dem steht bei seiner Tätigkeit nun einmal kein tatbestandlicher Erfolg vor seinen *individuellen* Augen. Dass er ihm vor seinen *personal* verstandenen Augen zu stehen hätte, ist eine normative Korrektur der individuellen Sicht.<sup>22</sup> Wer also – wie wohl *Puppe* – die Euphorie bei der Selbstüberschätzung nicht entlastend berücksichtigen will, verfügt nicht mehr über ein Wissen als psychisches Faktum, muss also einräumen, dass Vorsatz auch ohne ein solches (als Faktum vorfindbares) Wissen gegeben sein kann.

Ein Intermezzo sei erlaubt: Die Schwierigkeiten der partiellen Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung der psychischen Verfassung der agierenden Person lösen sich auf, wenn die Person als Person ernstgenommen wird:<sup>23</sup> Vorsatz ist dann Kenntnis von dem Urteil derjenigen, die aktive Personen sind, die also die normative Struktur der Gesellschaft

gestalten. Enger als *Puppe* wohl verfährt, sollen hier die das Individuum beeindruckenden Irritationen nicht ersatzlos unberücksichtigt gelassen, sondern durch das Wissen um das allgemeine Urteil (oder doch die Bekanntschaft von diesem) ersetzt werden. Vorsatz ist dann die Bekanntschaft der *allgemeinen* Beurteilung des eigenen Verhaltens, wobei mit „Bekanntschaft“ bezeichnet wird, dass es sich nicht um *aktuell vergegenwärtigtes* Wissen handeln muss, vielmehr die *jederzeitige Verfügbarkeit* des Wissens hinreicht.<sup>24</sup>

#### IV. Der Inhalt der Vorsatzgefahr

Nunmehr soll knapp der Inhalt der Vorsatzgefahr behandelt werden, also der „sinnvollen Strategie zur Herbeiführung des Erfolges“.<sup>25</sup> Bei der Behandlung dieser Formel dürfte zunächst hervorzuheben sein, dass sie zumindest insoweit zutrifft, als nach ihr nicht schlechthin jedes erkannte unerlaubte Risiko zur Vorsatzbestrafung hinreicht. Krass, im Straßenverkehr die zulässige Höchstgeschwindigkeit bewusst um wenige Prozent zu überschreiten, ist kein Totschlagsversuch, und zwar aus folgendem Grund nicht: In manchen Lebensbereichen kann niemand allen ihn bedrohenden unerlaubten Risiken ausweichen, sodass die in diesen Bereichen Agierenden sich an diese Risiken „gewöhnen“, also von einem glücklichen Ende ausgehen müssen – man denke etwa an den bereits herangezogenen Straßenverkehr. Unterläuft dem Agierenden in analoger Lage selbst eine kleine Normabweichung, kann er, auch wenn diese bewusst erfolgt, aus dem Geschehen nicht darauf schließen, der Erfolg eines Verletzungsdelikts werde eintreten.<sup>26</sup> Zum Vorsatz reicht also nicht schon das Bewusstsein, sich *irgendwie* unerlaubt zu verhalten. Zudem wird man *Puppe* darin zustimmen können, dass in dem Bereich knapp über den Gefahren, mit denen sich jede Person arrangieren muss, nur in Grenzfällen Gefahren mit *Schädigungsabsicht* ausgelöst werden. Das mag einen Grund dafür abgeben, in diesem Bereich an einem „gültigen Urteil“<sup>27</sup> des Täters zu zweifeln, ein Deliktserfolg könne eintreten.

<sup>24</sup> *Jakobs* (Fn. 14) S. 45; zur „Bekanntschaft“ S. 29 ff.

<sup>25</sup> Wie Fn. 8.

<sup>26</sup> *Jakobs*, in: Frisch/Schmid (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 31. Gegen dieses Abstellen auf Minimalgefahren allerdings *Puppe* mit dem harten Verdikt, ein paar Beispiele ergäben keine Begründung (*Puppe* [Fn. 6], S. 406), was stark untertrieben ist, denn der Aufsatz handelt überhaupt nur von *einem* Beispielskomplex: vom modernen Straßenverkehr. In der Diskussion wurde mehrfach vorgetragen, bei der hiesigen Deutung sei die Bestrafung wegen eines *Erfolgsdelikts* nicht angebracht. Sie ist es auch nicht; nur der *Name* „Erfolgsdelikt“ bezeichnet die Tat: *Begrifflich* handelt es sich um eine Bestrafung wegen Ungehorsams gegen (in einer Massengesellschaft unverzichtbare) Regeln mit der objektiven Strafbarkeitsbedingung eines durch das ungehorsame Verhalten bedingten Erfolgs (zu solchen Bedingungen *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 10. Abschn. Rn. 1 ff.

<sup>27</sup> *Jakobs* (Fn. 26 – AT), 8. Abschn. Rn. 23. Dagegen *Puppe* (Fn. 6), S. 404. Das „gültige Urteil“ fehlt nicht nur dem *Individuum* mit seinen subjektiven Zufälligkeiten, sondern auch

<sup>20</sup> *Puppe* (Fn. 3 – Analysen), S. 260. Handelt es sich beim letzten Satz eher um ein Verlegenheitsargument?

<sup>21</sup> *Puppe* (Fn. 3 – Vorsatz und Zurechnung), S. 40.

<sup>22</sup> Dazu *Jakobs*, RphZ 2017, 341 (349 ff.); *ders.* (Fn. 14), S. 15 ff., 29 ff.

<sup>23</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1820/1821, zitiert nach Hauptwerke, Bd. 5, 2015, § 119; *Jakobs*, RphZ 2017, 341 (349 ff.). *Hegel* verfährt einigermassen radikal, sodass bei ihm für Fahrlässigkeit kein Platz bleibt, siehe *Jakobs* (Fn. 14), S. 20. Ob die bald von seinen Schülern vorgenommene Ergänzung, auch „Versehen“ zu berücksichtigen, *Hegels* Lehre fortführt oder verfälscht, soll hier dahinstehen: *Hegel* mag ja das Versehen nicht für eine „Verletzung des Rechts als Recht“ halten (Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 97), also für zurechenbar, aber nicht als Verbrechen. Dazu *Seelmann*, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion, *Hegels* Straftheorien, 1995, S. 11 (13 ff.).

*Puppe* dreht diese Perspektive allerdings um: Sie fragt nicht, wann die Hoffnung auf einen glücklichen Ausgang gesellschaftlich honoriert werden kann oder gar muss (weil ansonsten manche Interaktionsbereiche, wie etwa der Straßenverkehr, „geschlossen“ werden müssten), sondern blickt auf die Gefahr eines Erfolgseintritts und will deren Qualität bestimmen, eben die „sinnvolle Strategie“ zu einer Tatbestandsverwirklichung.<sup>28</sup>

Allerdings gibt es eine „Strategie“ nur bei Absichtstaten, was die Hauptfolgen betrifft. Beispielhaft, wer die Strategie verfolgt, seinen knauserigen Erbonkel zu vergiften, mag nach einem Weg suchen, den gleichzeitigen Tod der stets großzügigen Tante zu vermeiden, nicht aber – als Nebenfolge – herbeizuführen.<sup>29</sup> Weiteres kommt hinzu: Selbst Hauptfolgen strebt ein Täter nicht in einem Zusammenhang an, der nur zwischen seinem Verhalten und dem Erfolgseintritt besteht, vielmehr agiert er, um durch die Herbeiführung der Folge den Weg zu bereiten, zu diversen weiteren – auch außertatbestandlichen – Zielen gelangen zu können. Im angeführten Beispiel wäre es, was den Tod des Opfers betrifft und sonst nichts (!), eine bessere Strategie, dieses bei nächster Gelegenheit zu erschießen, aber dann wären die erforderliche Heimlichkeit und manches andere mehr nicht gewahrt.

Selbst wenn Nebenfolgen hypothetisch als Hauptfolgen gedacht werden, gälte es noch, den Kontext zu ermitteln, der beim Verhaltensvollzug klugerweise – und Strategien sind keine Rechtsregeln, sondern Klugheitskonstruktionen – berücksichtigt werden muss. Es bliebe nur die Möglichkeit, danach zu fragen, ob irgendein Täter in irgendeiner Situation, und sei diese noch so seltsam gestaltet, das fragliche Risiko für seine Zwecke einsetzen würde. Die Antwort auf diese Frage fällt allerdings stets bejahend aus, denn der letzte Strohhalm wird, wenn anderes nicht verfügbar ist, stets ergriffen werden. Mit anderen Worten, was überhaupt geeignet ist, kann wegen seiner Eignung auch zur Strategie werden. Jedoch bedingt jede Aktion einen gewissen Aufwand, der sich „bezahlt“ machen muss. Daran fehlt es bei den alltäglich gewohnheitsgemäß zu dulddenden Risiken, die wegen des Gewohnheitsgemäßen mit der stereotypen (hier salopp formulierten) Einschätzung verbunden sind: „Daraus wird doch nichts!“<sup>30</sup>

---

der rechtstreu konstruierten *Person*. Denn so wie jede normative Erwartung nur bei gegebener kognitiver Untermauerung zur Orientierung taugt (*Jakobs*, in: Dencker/Galke/Voßkuhle [Hrsg.], Festschrift für Klaus Tolkendorf, 2014, S. 281), so besteht – in der Umkehrung – eine Pflicht zur Erfolgsvermeidung (nicht nur zu bloßem Gehorsam), also deren orientierende Geltung, nur bei gesellschaftlich praktizierter Behandlung der Pflichtverletzung als gefährlich.

<sup>28</sup> Wie Fn. 8.

<sup>29</sup> Man mag erwidern, das sei eine Frage der *Formulierung*: Eine Strategie zur Erhaltung des Lebens der Tante lasse sich durchaus bilden. Aber eine solche Strategie von geringer oder mittlerer Wirksamkeit kann für den dadurch *nicht abgedeckten* Bereich den Vorsatz nicht aufheben. Was zur Herbeiführung nicht hinreicht, ist nicht vice versa jedenfalls zur Vermeidung genug.

<sup>30</sup> Siehe den Text zu Fn. 26.

In der Sache geht es *Puppe* wohl darum, geringere unerlaubte Risiken aus dem Vorsatzbereich auszuschließen. Allerdings nennt *Puppe* auch Gefahren von Gewicht und das soll bei ihr auch so sein.<sup>31</sup> So hält sie die zweiprozentige Gefahr einer Erkrankung an AIDS für keine Vorsatzgefahr.<sup>32</sup> Aber man stelle sich vor, in einer kleinen Tablettencharge von 50 Stück enthalte eine einzige Tablette eine heftig schädigende Substanz und der Pharmazeut reiche dem einzigen Patienten, der in Betracht kommt, eine beliebig herausgegriffene Tablette – nicht mindestens der Versuch einer Verletzung? Oder sie urteilt im Fall eines Täters, der irgendeinen erwachsenen Menschen in ein Wasserbecken wirft, es handele sich nicht um mindestens den Versuch, das Opfer zu ertränken, da heute nahezu jeder Erwachsene schwimmen könne.<sup>33</sup> Man kann wohl in beiden Fällen auch anders entscheiden, da die Höhe der jeweiligen Gefahren das alltäglich zu Dulddende weit übersteigt.

Gefahren, die unterhalb von Vorsatzgefahren im Sinne *Puppes* angesiedelt sind, sollen bei dieser, soweit sie erkannt worden sind, zur bewussten Fahrlässigkeit geschlagen werden. Das dürfte, wie die gesamte Rechtfigur der bewussten Fahrlässigkeit, insoweit wenig überzeugen, als der Vorwurf an den Täter mit demjenigen an einen Vorsatztäter identisch ist.<sup>34</sup> Der Täter hat sehenden Auges, also nicht schicksalhaft und nicht aus Versehen, die soziale Welt der anderen Personen für diese nachteilig gestaltet, und das muss er sich als sein ihm bekanntes Werk zurechnen lassen, auch wenn es beim Versuch geblieben sein sollte.

## V. Absicht und dolus eventualis

Zum Abschluss soll ein Gedanke zum Verhältnis von Absicht und dolus eventualis angefügt werden. Absicht gilt verbreitet als unproblematische Form des Vorsatzes, eben als Wissen und Wollen; schon beim dolus directus zweiten Grades wird die Verbindung zum Wollen als über die Absicht *vermittelt* verstanden und beim dolus eventualis kommt es dann zu den von *Puppe* überzeugend perhorreszierten willensähnlichen Monstrositäten. Das klingt, als hinge die gesellschaftliche Störung durch eine Tatbestandsverwirklichung hauptsächlich davon ab, worauf der Täter „hinauswill“, aber stattdessen dürfte zu prüfen sein, für welchen Bereich der Weltgestaltung er zuständig ist, mit anderen Worten, was ihm als sein Werk zuzurechnen ist und nicht einer anderen Person, wobei auch die Erklärung als Zufall nicht verfängt.

---

<sup>31</sup> *Puppe* (Fn. 3 – Analysen), S. 242; *Puppe* (Fn. 1), § 15 Rn. 66, 71. Kritisch *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 49, 51.

<sup>32</sup> *Puppe* (Fn. 3 – Vorsatz und Zurechnung), S. 45.

<sup>33</sup> *Puppe* (Fn. 3 – Vorsatz und Zurechnung), S. 48. Siehe auch *Puppe* (Fn. 1), § 15 Rn. 76: Das Durchtrennen von Bremschläuchen eines Pkw soll keine Vorsatzgefahr schaffen!

<sup>34</sup> Das Problem des dolus indirectus bleibt hier ausgeklammert; zu diesem Problem *Puppe* (Fn. 3 – Analysen), S. 246 ff.; *dies.* (Fn. 6), S. 410 ff. (beachtlich S. 414: Man dürfe nicht „um einiger Fälle wegen“ das Gewohnte aufs Spiel setzen [dazu oben Fn. 20]); *Jakobs* RW 2010, 283 (304 ff., 306 ff.); *ders.* (Fn. 14), S. 29 ff.

Wer überhaupt im gesellschaftlich relevanten Bereich agiert, bewegt sich in einem Komplex, einem Netzwerk, bei dem sich nicht ein Teil verändern lässt, ohne dass sich dies auf andere Teile auswirken würde. Zusammenhängendes kann auch nur zusammen verändert werden. *Hegel*<sup>35</sup> spricht von der „logische[n] Natur“, die bei der Zersplitterung durch „subjective Reflexion“ zerstört wird. Es verhält sich wie bei einer Geschäftsübernahme:<sup>36</sup> Zu dieser gehört begrifflich die Übernahme der Aktiva wie der Passiva, und deren Trennung wäre begriffsfremde „subjective Reflexion“, aber keine Geschäftsübernahme mehr.

Ohne diese „subjective Reflexion“ kann ein Agierender also nur den Komplex des Zusammenhängenden ganz wollen oder beabsichtigen. Was aus dem Komplex dem Täter lieb und angenehm ist und was nicht, hat mit dem Begriff einer personalen Aktion nichts zu tun: So absurd es auch bei der heutigen Verwendung von „Wille“ und „Absicht“ erscheinen mag, Nebenfolgen sind nicht weniger beabsichtigt und gewollt als Hauptfolgen. Absicht ist nicht mehr oder eher Vorsatz als *dolus eventualis*, da eine Person entweder auf den ungeteilten Komplex aus ist oder nicht als Person agiert.

Deshalb ist es wohl ungereimt, wenn der BGH jüngst entschieden hat,<sup>37</sup> Absicht sei als Ausformung der „Beweggründe und Ziele des Täters“ (§ 46 Abs. 2 Nr. 1 StGB) ein möglicher Straferschwerungsgrund.<sup>38</sup> Bei der Stellungnahme des Täters zur normativen Struktur der Gesellschaft stehen Absicht und *dolus eventualis* gleich; mit anderen Worten, da sich nicht jeder *dolus* (*directus* oder *eventualis*) als absichtsähnlich darstellen lässt, muss die Absicht auf die jedem *dolus* eigentümlichen Elemente reduziert werden. Eine andere Frage ist es, ob und wann *jenseits der Elemente einer Tatgestaltung* eine Absicht, etwa als Zeichen der Haltung des Täters, für die Strafzumessung relevant werden kann<sup>39</sup> und, so ist zu ergänzen, in legitimer Weise relevant werden darf.

Kommentar von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

Zunächst eine Klarstellung: Mit irrationalen Verarbeitungsmechanismen meine ich nicht irgendwelche irrationalen Vorstellungen eines Täters darüber, wie die Welt funktioniert, sondern jene alltagspsychologischen Vorstellungen, auf die sich die h.L. zur Begründung dafür beruft, dass sie auch bei großer offensichtlicher und vom Täter klar erkannter Gefahr den Vorsatz der Erfolgsverwirklichung ablehnt, mit der Begründung, der Täter habe die Gefahr dennoch nicht ernst genommen, er habe ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, dass der Erfolg diesmal ausbleibt, er habe sich gleichwohl mit dem Erfolg nicht abgefunden, ihn nicht in Kauf genommen usw.<sup>1</sup> § 23 Abs. 3 StGB hat damit nichts zu tun.

<sup>35</sup> *Hegel* (Fn. 23), § 119 A.

<sup>36</sup> So schon *Jakobs* RW 2010, 283.

<sup>37</sup> BGHSt 63, 54.

<sup>38</sup> BGHSt 63, 54 (58), in der Wiedergabe der Begründung des Anfragesbeschlusses nach § 132 Abs. 3 GVG.

<sup>39</sup> So wohl auch *Puppe* (Fn. 3 – Vorsatz und Zurechnung), S. 43, S. 74 f.; *Puppe* (Fn. 1), § 15 Rn. 80 f., 106 ff.

<sup>1</sup> *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1 (16 f.); *dies.*, Vorsatz und Zurechnung 1992, S. 40.

§ 23 Abs. 3 StGB ist eine Ausnahme von der Regel des § 22 StGB, wonach die Frage, ob eine Handlung des Täters ein Versuch ist, nicht nach objektiven Kriterien entschieden wird, sondern nach der Vorstellung des Täters von der Tat. Außerdem ist diese Ausnahme sehr weich ausgestaltet: Ist die Vorstellung des Täters von der Tat grob unverständlich, so kann der Richter die Strafe mildern oder von Strafe absehen. *Jakobs* kehrt nun diesen Gedanken gewissermaßen um, indem er ihn auf Vorstellungen des Täters über die Gründe für seine Überzeugung überträgt, dass der Erfolg nicht eintreten wird. Das begründet er mit einem allgemeinen Prinzip, dass gesellschaftsfremde Vorstellungen im Strafrecht unbeachtlich sind. Dabei klassifiziert er als gesellschaftsfremde schon falsche Vorstellungen über die tödliche Dosis eines Giftes. Das scheint mir weder aus spezialpräventiven, noch aus generalpräventiven Gründen gerechtfertigt zu sein. Hat nicht auch dieser Täter gezeigt, dass er zur Begehung einer Straftat dieser Art fähig ist? Wird er nicht demnächst, durch Erfahrung klug geworden, eine ausreichende Dosis Gift nehmen? Die Ausnahme von § 22 StGB durch § 23 Abs. 3 StGB würde ich anders erklären. Wenn sich ein Täter zur Erreichung seines Zieles magischer oder pseudoreligiöser Praktiken bedient, so ist nicht klar, ob er sich wirklich selbst die Herrschaft über den Erfolgseintritt zutraut, oder diese nicht vielmehr höheren Mächten zuweist. Deshalb würde ich die auch von *Jakobs* vorgenommene Umkehrung auf übernatürliche Verhinderungspraktiken beschränken.

Auch der Ausdruck der tauglichen Erfolgsherbeiführungsstrategie ist nicht so zu verstehen, wie *Jakobs* ihn verstanden hat. Es genügt dafür nicht, dass „irgendein Täter in irgendeiner Situation, und sei diese noch so seltsam gestaltet, das fragliche Risiko für seine Zwecke einsetzen würde“. An anderer Stelle habe ich dargelegt, dass es kein Grund ist, die Tauglichkeit einer Erfolgsstrategie abzulehnen, dass dem Täter im Einzelfall eine bessere zur Verfügung steht. Ebenso ist eine Erfolgsverhinderungsstrategie nicht schon deshalb eine taugliche, weil ein Täter sie anwendet, dem keine bessere zur Verfügung steht. Mein Vater erzählte uns von einem deutschen Soldaten, der ein russisches Kampfflugzeug mit einem einfachen Sturmgewehr abgeschossen hat. Deswegen ist ein Schuss mit einem Sturmgewehr noch keine taugliche Strategie für den Abschuss eines Kampfflugzeugs.<sup>2</sup> Ob eine Strategie tauglich ist, richtet sich nach allgemeinen Maßstäben, die unabhängig von den Besonderheiten der Tatsituation sind.<sup>3</sup>

Schließlich spricht *Jakobs* auch noch einen Gedanken an, den er in seiner kleinen Schrift zur Kritik des Vorsatzbegriffs ausführlicher dargelegt hat. Danach gibt es Komplexe von Tatsachen oder von Vorstellungen von Tatsachen, die der Täter nur in toto ablehnen oder in toto akzeptieren kann. Er kann sich nicht einzelne Elemente davon herauspicken, um sie zu wollen oder nicht zu wollen.<sup>4</sup> Wie sind diese Komplexe konstituiert? Welche Zusammenhänge müssen zwischen diesen Tatsachen bestehen, damit sie einen solchen Komplex bilden?

<sup>2</sup> *Puppe* (Fn. 1 – Vorsatz und Zurechnung), S. 43.

<sup>3</sup> *Puppe* (Fn. 1 – Vorsatz und Zurechnung), S. 39.

<sup>4</sup> *Jakobs*, Kritik des Vorsatzbegriffs, 2020, S. 40 ff.

## I. Einführung

Strafrechtliche Verantwortlichkeit setzt Unrechtsbewusstsein voraus. Eine Rechtskenntnis des Bürgers ist allerdings keine Selbstverständlichkeit, denn obwohl er sämtliche Tatumstände kennt, könnte er daraus einen von der Rechtsordnung nicht anerkannten Rechtfertigungsgrund folgern. Dies stellt einen Erlaubnisnormirrtum (oder Erlaubnisgrenzirrtum) dar, der nach den allgemeinen Regeln als Verbotsirrtum zu behandeln ist. Ein Irrtum über die Bewertung des Verhaltens als erlaubt oder – allgemeiner – ein Irrtum über die Rechtslage lässt den Tatvorsatz unberührt.<sup>1</sup> Die irrige Annahme des Täters, dass Umstände vorliegen, welche die Voraussetzungen eines rechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrundes erfüllen würden, wird demgegenüber als Erlaubnistatbestandsirrtum bezeichnet, dessen rechtliche Behandlung nicht so eindeutig ist. In der rechtswissenschaftlichen Literatur ist die Behandlung eines Erlaubnistatbestandsirrtums deshalb umstritten, weil der Wortlaut des § 16 StGB diesen Irrtum nicht erfasst. Tatsächlich hat der Gesetzgeber den Erlaubnistatbestandsirrtum bewusst nicht erwähnt und die Klärung dieser Wertungsfrage der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen.<sup>2</sup> Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung scheint aber auch entbehrlich zu sein, denn sie würde den Rechtsanwender nicht von den Schwierigkeiten befreien, die die Einordnung dieses Irrtums als Tatbestands- oder Verbotsirrtum im Einzelfall bereitet. Eine abstrakte Vorschrift könnte bei der konkreten Abgrenzung nicht weiterhelfen, sondern würde die heute ohnehin schon bekannten Kriterien nur wiederholen.

Doch warum setzt strafrechtliche Verantwortlichkeit überhaupt Unrechtsbewusstsein voraus? Im Gegensatz zum Reichsgericht, das als sozialpsychologischen Grund für die Unbeachtlichkeit des fehlenden Unrechtsbewusstseins angeführt hatte, dass es eine selbstverständliche „Jedermanns-

pflicht“ sei, die Strafgesetze zu kennen, hat sich der BGH dafür ausgesprochen, das Unrechtsbewusstsein zur Schuld voraussetzung zu erheben. Damit ist die Rechtskenntnis des Bürgers nicht mehr selbstverständlich. Das Unrechtsbewusstsein, d.h. die Kenntnis von Recht und Unrecht wird auf diese Weise zur Voraussetzung normgerechten Verhaltens. Inhalt des Unrechtsbewusstseins ist der Widerspruch zur Rechtsordnung, der sich aus der Bewertung des Verhaltens anhand eines normierten sozialen Wertmaßstabs ergibt.<sup>3</sup>

Der Irrtum über rechtfertigende Umstände liegt gewissermaßen „zwischen“ dem Verbotsirrtum und dem Tatbestandsirrtum. Zum Beispiel geht der Täter irrig davon aus, dass das Opfer eingewilligt habe, während es in Wirklichkeit mit der Verletzung nicht einverstanden ist; oder der Täter nimmt irrig an, dass er selbst Opfer eines rechtswidrigen Angriffs ist und wehrt sich (Putativnotwehr). Nach h.L. ist dieser Irrtum dem Tatbestandsirrtum gleichzustellen und der Täter folglich nur wegen eines entsprechenden Fahrlässigkeitsdelikts zu bestrafen. Dies kommt aber nur dann in Frage, wenn der Täter den Irrtum (und damit auch die Verletzung des Opfers) durch Nachdenken und Erkundigungen, d.h. durch sorgfaltsgemäßes Verhalten, hätte vermeiden können. Umgekehrt liegt der Fall, in dem der Täter in Unkenntnis über das tatsächliche Vorliegen rechtfertigender Umstände handelt, so dass ein Unrechtsbewusstsein vorliegt.

In Bezug auf das Unrechtsbewusstsein sind der Irrtum über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes, der Verbots- und Subsumtionsirrtum sowie die Fälle des fehlenden oder des bedingten bzw. eventuellen Unrechtsbewusstseins zu unterscheiden.<sup>4</sup> Anders gelagert sind die Fälle, in denen der Täter die maßgeblichen sozialen Wertungen für unrichtig oder für sozialschädlich hält, denn auch der Überzeugungstäter weiß, dass das, was er tut, nach geltendem Recht verboten ist. Dass er sein Tun aufgrund seiner persönlichen, sittlichen, religiösen oder politischen Überzeugung für richtig hält, ist rechtlich bedeutungslos.<sup>5</sup> Glaubt der Täter wiederum, dass ihm die grundrechtliche geschützte Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) die Erlaubnis einräume, gegen Verbote oder Gebote zu verstoßen, kommt ein Erlaubnisnormirrtum in Frage, weil er sich aus rechtlichen Gründen nicht an das Gesetz gebunden sieht und damit einem (indirekten) Verbot-irrtum unterliegt.<sup>6</sup>

## II. Die Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums

Obwohl der Erlaubnistatbestandsirrtum nach der Rechtsprechung des BGH in Analogie zu § 16 StGB zu behandeln ist und sämtliche Gerichte dem BGH darin gefolgt sind, ist im Schrifttum noch immer umstritten, wie die §§ 16, 17 StGB auszulegen sind und welche Rechtsfolgen der Erlaubnistatbestandsirrtum hat. Anzuerkennen ist immerhin, dass eine Ge-

\* Ein Lebenskreis hat immer einen Sinn, wenn man zum Ausgangspunkt zurückkehren kann. Ich bedanke mich ganz herzlich bei Herrn Prof. Dr. Martin Böse für die Einladung und die erfolgreiche Veranstaltung des Symposiums für Frau Prof. Dr. Ingeborg Puppe, meine verehrte Doktormutter, für deren Lehre, Vorlesungen und Seminare ich sehr dankbar bin. Persönlich ist es mir wirklich eine ganz große Freude und Ehre, dass ich diesen Vortrag halten darf, 25 Jahre nachdem ich (im Dezember 1997) meine Dissertation mit dem Thema „Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen“ eingereicht habe. Prof. Dr. Urs Kindhäuser, Zweitberichterstatte meiner Dissertation, bin ich ebenfalls sehr dankbar. Unvergesslich geblieben sind mir auch die Bonner Seminare bei Prof. Dr. Hans-Joachim Rudolphi, Prof. Dr. Günther Jakobs sowie Prof. Dr. Urs Kindhäuser am strafrechtlichen Institut der Universität Bonn.

<sup>1</sup> Anders jüngst Herzberg, ZfISw 3/2022, 253, der die vom Gesetz geforderte Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum für unmöglich hält. Siehe dazu die Replik von Scheinfeld/Lichtenthaler, ZfISw 6/2022, 420, und die Duplik von Herzberg, ZfISw 6/2022, 425.

<sup>2</sup> Roxin, JuS 1973, 197 (201 f.).

<sup>3</sup> Stree, JuS 1973, 467.

<sup>4</sup> Siehe Dimakis, Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat, 1992, S. 33 ff.

<sup>5</sup> Vgl. BGHSt 4, 1.

<sup>6</sup> Vgl. BGHSt 19, 295.

setzeslücke besteht und daher eine Analogie erforderlich ist, denn der Erlaubnistatbestandsirrtum ist weder ein Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 StGB, noch ein Verbotsirrtum i.S.d. § 17 StGB.<sup>7</sup>

Nach der allgemein anerkannten Lehre vom subjektiven Rechtfertigungselement ist der Täter nur dann voll gerechtfertigt, wenn die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt sind und er dies auch weiß. Erfolgswert und Erfolgswert heben sich gegenseitig auf, Handlungswert und Handlungswert desgleichen. Ist der Erfolgswert der Rechtfertigung vorhanden, fehlt aber der Handlungswert, so ist nur der Erfolgswert des Vorsatzdelikts aufgehoben, der Handlungswert bleibt übrig und der Täter wird (allenfalls) wegen Versuchs bestraft. Auf diese Weise beurteilt die heute herrschende Auffassung den Fall des „umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtums“.<sup>8</sup> Nach früher überwiegend, heute aber nur noch von einer Minderheit vertretener Auffassung sei in diesem Fall eine Strafbarkeit wegen Vollendung angebracht.<sup>9</sup> Obwohl die Erforderlichkeit eines subjektiven Rechtfertigungselements anerkannt ist, wird die Frage, wie diese subjektive Komponente beschaffen sein muss und welche Rechtsfolgen ihr Fehlen hat, nicht einheitlich beurteilt.

### 1. Vorsatztheorie

Die Vorsatztheorie geht davon aus, dass das Unrechtsbewusstsein ein Bestandteil des Vorsatzes ist. Da dieses bei Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums jedoch gerade fehlt und der Täter davon ausgeht, gerechtfertigt zu sein,

<sup>7</sup> Siehe dazu *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 203 ff.

<sup>8</sup> *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 4. Aufl. 2019, § 13 Rn. 30 f., die die Verrechnung von Wert und Unwert allerdings für „ein wenig grobschlächtig“ erachtet; *Günther*, in: Rudolphi/Horn/Samson/Günther/Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl., 28. Lfg., Stand: Mai 1998, Vor § 32 Rn. 87; *Rudolphi*, a.a.O., 20. Lfg., Stand: April 1993, § 22 Rn. 29; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn 15; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 104; *Herzberg*, JA 1986, 190 (192); *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 11. Abschn. Rn. 23, *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 111; *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, Vor § 32 Rn. 20; differenzierend *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 22 Rn. 57.

<sup>9</sup> *Paeffgen/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 128; *Paeffgen*, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979, S. 156; *Hirsch*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, Vor § 32 Rn. 59, 61; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 259; *Triffterer*, in Herzberg (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, 1985, S. 209 (225).

entfällt nach dieser Ansicht der Vorsatz des Täters. Folglich kann er nicht wegen einer vorsätzlich begangenen Straftat bestraft werden (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Er könnte dann allenfalls wegen fahrlässiger Begehung bestraft werden, sofern das Gesetz eine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit vorsieht. Die Vorsatztheorie ist aber seit der Einführung des § 17 StGB weitgehend obsolet geworden und wird kaum noch vertreten. Obgleich weder § 16 StGB noch § 17 StGB den Fall des Erlaubnistatbestandsirrtums ausdrücklich regeln, wird die Einführung des § 17 StGB dahingehend interpretiert, dass das Unrechtsbewusstsein nicht Bestandteil des Vorsatzes, sondern vielmehr Bestandteil der Schuld ist.

### 2. Strenge Schuldtheorie

Nach der strengen Schuldtheorie ist der Erlaubnistatbestandsirrtum nach § 17 StGB und damit als Schuldfrage zu behandeln.<sup>10</sup> Selbst dann, wenn der Täter sich über Tatumstände eines Rechtfertigungsgrundes irrt, hat dies keine Auswirkungen auf den Unrechtsvorsatz. Allenfalls der Schuldvorwurf entfällt gem. § 17 StGB, aber auch nur dann, wenn der Irrtum unvermeidbar war. Bei Vermeidbarkeit bleibt es bei der Strafbarkeit nach dem in Frage stehenden Vorsatzdelikt und es kommt nur noch eine Strafmilderung in Betracht (§ 17 S. 2 StGB).

Für die strenge Schuldtheorie wird ins Feld geführt, dass durch die Rechtfertigungsgründe nicht die Tatbestandsmäßigkeit, sondern nur die Rechtswidrigkeit der Tatbestandsverwirklichung beseitigt und daher „durch die irrige Annahme eines Rechtfertigungsgrundes nicht der Tatbestandsvorsatz, sondern lediglich das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausgeschlossen“ werde.<sup>11</sup> Im Sinne der finalen Handlungslehre beschränkt man den wertfreien Vorsatz streng auf das Wissen um die unrechtsbegründenden Tatbestandselemente, so dass sich etwaige Rechtfertigungsirrtümer nur noch über mangelndes Unrechtsbewusstsein erfassen lassen.

Das Gegenargument zur strengen Schuldtheorie beschränkt sich hauptsächlich auf das Argument, dass § 16 StGB von „Tatumständen“ spricht und § 17 StGB insofern nicht passe. Auch reiche die Milderungsmöglichkeit nach §§ 17 S. 2, 49 StGB nicht aus, da auch nach Anwendung dieser Vorschriften erhöhte Mindeststrafen fortbestehen könnten, was sich mit dem stufenlos sinkenden Vermeidbarkeitsmaß des Irrtums nicht verträgt.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Siehe vor allem *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, § 22 III. (S. 164 ff.) m.w.N.

<sup>11</sup> *Welzel* (Fn. 10), § 22 III. 1. f) (S. 168).

<sup>12</sup> *Jakobs* (Fn. 8), 11. Abschn. Rn. 44; *Paeffgen* (Fn. 9), S. 175 f. Zur Unvereinbarkeit dieser beiden Theorien siehe *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. 2014, S. 218 ff., die den Umkehrschluss der Irrtumslehre in vier Gestalten auftreten lässt (S. 219): „1. Wenn ein Irrtum den Täter belastet, entlastet ihn der umgekehrte. 2. Wenn ein Irrtum den Täter entlastet, belastet ihn der umgekehrte. 3. Wenn ein Irrtum den Täter nicht belastet, entlastet ihn der umgekehrte nicht. 4. Wenn ein Irrtum den Täter nicht entlastet, belastet ihn der umgekehrte nicht.“ Dadurch hat *Puppe* nachgewiesen, dass diese beiden Theorien (die Lehre von den subjektiven

### 3. Eingeschränkte Schuldtheorie

Nach der eingeschränkten Schuldtheorie<sup>13</sup> ist der Irrtum über das Vorliegen rechtfertigender Umstände nicht als Verbotssirrtum, sondern über eine Analogie zu § 16 Abs. 1 S. 1 StGB wie ein Tatbestandsirrtum zu behandeln. Diese Theorie beruht auf der Differenzierung zwischen sachverhaltsbezogenen und wertungsbedingten Irrtümern. Der sachverhaltsbezogene Irrtum führt hiernach zu einem Ausschluss des vorsätzlichen Handlungsunwerts, weil der Täter aus einem Mangel an Aufmerksamkeit den Sachverhalt verkennt und damit die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes versage.

Der Haupteinwand gegen diese Auffassung lautet, dass derjenige, der um die Tatbestandsmäßigkeit seines Handelns weiß und sich nur wegen eines Rechtfertigungsgrunds zu der Handlung befugt sieht, offensichtlich mehr Anlass habe, sein Verhalten zu überprüfen als derjenige, der schon in der Annahme fehlender Tatbestandsmäßigkeit handelt. Allerdings kann sich der Vorwurf allein auf den Mangel an Aufmerksamkeit in Bezug auf Tatumstände beziehen, was eher einem Fahrlässigkeitsvorwurf entspricht.

### 4. Rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie

Nach der „rechtsfolgenverweisenden“ (oder „vorsatzschuldverneinenden“) eingeschränkten Schuldtheorie ist der Tatbestandsvorsatz zu bejahen, aber ein Schuldvorwurf mangels „Vorsatzschuld“ zu verneinen. Erreicht wird dies durch eine analoge Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Dieser Lösungsweg hat den Vorteil, dass der Täter nach einem entsprechenden Fahrlässigkeitsdelikt bestraft werden kann (§ 16 Abs. 1 S. 2 StGB analog), jedoch weiterhin eine Teilnahme an der im Erlaubnistatbestandsirrtum begangenen Tat möglich ist, da sie eine „vorsätzliche“ (und rechtswidrige) Haupttat bleibt.<sup>14</sup>

### 5. Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen folgt einem zweistufigen Deliktaufbau und verbindet die Merkmale eines Straftatbestands und der Rechtfertigungsgründe zu einem einheitlichen Gesamtunrechtstatbestand. Stellt sich der Täter nun irrtümlich rechtfertigende Tatumstände vor, liegt ein Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vor, der den Vorsatz ausschließt.

Diese Auffassung erfährt insbesondere aus zwei Richtungen Kritik: Zum einen ergibt sich aus § 17 StGB eindeutig, dass eine fehlende Unrechtseinsicht ein Schuldproblem ist, das die Tatbestandsmäßigkeit unberührt lässt. Zum anderen wäre bei einer Verneinung des subjektiven Tatbestands auf-

grund der Akzessorietät der §§ 26, 27 StGB keine Teilnahme Dritter möglich. Die eingeschränkte (vorsatzunrechtsverneinende) Schuldtheorie nimmt dagegen eine wertende Betrachtung vor. Demnach sei bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum nicht das Unrecht einer Vorsatztat erfüllt, sodass nicht von einem Vorsatz ausgegangen werden könne. Der Vorsatz entfalle nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB analog. Auch dieser Auffassung kann man vor allem das Teilnahmeargument entgegenhalten.

### III. Die Behandlung des umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtums

Wie sind jedoch diejenige Fälle zu behandeln, in denen der Täter in Unkenntnis der objektiv vorliegenden rechtfertigenden Tatumstände handelt? Hier ist der sog. Umkehrschluss in der Irrtumslehre von Bedeutung. Es handelt sich um eine Schlussfolgerung, die darin besteht, dass ein Rechtssatz, der einen bestimmten abgegrenzten Tatbestand regelt, auf die nicht genannten Fälle nicht anwendbar ist. Der Umkehrschluss der Irrtumslehre besteht in der Vertauschung der Wahrheitswerte zwischen der Vorstellung des Täters und der objektiven Wirklichkeit.<sup>15</sup> Es handelt sich um die Rechtsfolgen des Widerlegungswertes der Vorstellung des Täters.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Puppe (Fn. 7), S. 248.

<sup>16</sup> In der Entscheidung des griechischen Obersten Gerichtshofs (Areopag) Nr. 817/2020 werden die Anforderungen an einen unvermeidbaren Verbotsirrtum wie folgt bestimmt: “[...] um dem Angeklagten die Tat wegen vermeidbaren Irrtums nicht zuzurechnen, bedarf es eines irrigen Glaubens an sein Recht zur Vornahme der Handlung und der Unkenntnis des Unrechts, das er auf keinen Fall hätte erkennen können, was auch immer er an Sorgfalt und Mühe gezeigt hätte, im Hinblick auf sein persönliches, intellektuelles und berufliches Potenzial und seine Fähigkeiten und damit aus einem berechtigten Missverständnis über den wahren Sinn des Gesetzes oder aus Fehlinformationen von Sachverständigen, z.B. Rechtsanwälten oder anderen maßgeblichen Quellen. Die Behauptung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums, der sich auf die strafrechtliche Anklage erheblich auswirkt, da er im Falle seiner materiellen Berechtigung die Nichtzurechnung der Tat zur Folge hat, ist unabhängig zu prüfen und ihre Zurückweisung ist nach den vorgenannten Bestimmungen der Verfassung und der Strafprozessordnung unter der vorgenannten selbstverständlichen Bedingung zu begründen, dass die Voraussetzungen vollständig vorliegen“. In BGHSt 27, 197 (201), lehnt das Gericht einen unvermeidbaren Verbotsirrtum mit folgender Begründung ab: „Die Ausführungen des Kammergerichts zur Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums sind im Hinblick auf die getroffenen Feststellungen nicht zu beanstanden. Der Betroffene [...] hätte bei der ihm nach den Umständen des Falles – die kartellrechtliche Problematik der Preisgestaltungen war ihm bekannt – und seiner beruflichen Stellung in der Firma der Nebenbetroffenen zuzumutenden Anspannung seiner Erkenntniskräfte zumindest die Einsicht gewinnen müssen, daß es zweifelhaft sei, ob das Rundschreiben rechtmäßig oder gesetzeswidrig ist. Wer aber die Vorstellung hat, seine Verhaltensweise verstoße möglicherweise

Rechtfertigungselementen und die strenge Schuldtheorie) logisch nicht miteinander vereinbar sind, *dies.*, ZStW 128 (2016), 301.

<sup>13</sup> Exemplarisch *Rudolphi* (Fn. 8), § 16 Rn. 10; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder (Fn. 8), § 16 Rn. 18; *Roxin/Greco* (Fn. 8), § 14 Rn. 64 m.w.N. Die Rechtsprechung folgt im Großen und Ganzen der eingeschränkten Schuldtheorie.

<sup>14</sup> *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 38.

Um die Bedeutung des Umkehrschlusses zu illustrieren, sei als Beispiel der Täter angeführt, der am Unrecht seiner Tat zweifelt, aber gleichwohl ein gewisses Maß an Unrechtsbewusstsein hat. Daher erliegt er keinem Irrtum, wenn er hinreichenden Anlass zur Unterlassung der Tat hatte mit der Folge, dass er auch hätte anders handeln können.<sup>17</sup> Unge- wissheit ist mit der Unkenntnis (*ignorantia facti*) nicht iden- tisch. Die Begriffe der positiven Fehlvorstellung und der bloßen Unkenntnis sind nicht klar gegeneinander abgrenz- bar.<sup>18</sup> Deutlich wird dies bei einem Vergleich mit dem Irr- tumsbegriff des Betrugstatbestands: Die herrschende Unter- scheidung zwischen positiver Fehlvorstellung (Irrtum) und bloßer Unkenntnis (kein Irrtum) vermag nicht zu überzeugen, weil der Begriff des Irrtums im Betrugstatbestand beide Konstellationen abdeckt. Damit ist die Kategorie der *ignorantia facti* gegenstandslos.<sup>19</sup> Die erforderliche Einschränkung der Betrugsstrafbarkeit wird durch eine restriktive, an den Verantwortungsbereichen von Täter und Opfer orientierte Deutung des Irrtumsmerkmals erreicht. Beim Irrtum können drei Aspekte unterschieden werden: Intensität der Vorstel- lung, Bezugspunkt des Irrtums und Irrtum bei Zweifeln.

### 1. Unkenntnis der rechtfertigenden Umstände als Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements

Es lässt sich nicht leugnen, dass mit einer (irrigen) Vorstel- lung über das Bestehen eines Rechtfertigungsgrundes, der von der Rechtsordnung nicht anerkannt ist, immer eine be- stimmte Vorstellung von vermeintlich rechtfertigenden Um- ständen einhergeht, während bei der Unkenntnis der objektiv vorliegenden rechtfertigenden Umstände jegliche rechtferti- gungsrelevante Sachverhaltsvorstellung fehlt. Selbst im letzt- genannten Fall eines Erlaubnistatbestandsirrtums nimmt der Täter eine bestimmte – das Recht anerkennende – *Haltung* ein, während dies bei beim umgekehrten Erlaubnistatbe- standsirrtum nicht der Fall ist. Beim Erlaubnistatbestandsir- rum stellt sich das Täterverhalten in objektiver Hinsicht als Rechtsgutsverletzung dar, während es in subjektiver Hinsicht in keinem Zusammenhang mit diesem Ereignis steht. Im umgekehrten Fall hat das Verhalten zwar nach der Tätervor- stellung eine rechtsgutsverletzende Tendenz, in objektiver Hinsicht ist es aber – unwissentlich und zufälligerweise durch das Gesetz gerechtfertigt.

Die Unvereinbarkeit der strengen Schuldtheorie mit der Lehre vom subjektiven Rechtfertigungselement haben *Roxin*

---

gegen gesetzliche Vorschriften, und diese Möglichkeit in seinen Willen aufnimmt, kann sich nicht auf fehlende Ein- sicht, Unerlaubtes zu tun, berufen.“

<sup>17</sup> BGH JR 1952, 285; BGHSt 4, 1; *Dimakis* (Fn. 4), S. 57 ff.

<sup>18</sup> Ähnlich wird auch beim Betrug durch Unterlassen der Irrtum mit der schlichten Unkenntnis nicht unstrittig gleich- gesetzt, *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 8), § 263 Rn. 37. Nach der Gegenauffassung genügt die Unkenntnis der maß- geblichen Tatsache bzw. das unkonkretisierte Gefühl, „alles sei in Ordnung“ für die Annahme eines Irrtums, vgl. *Perron*, a.a.O., § 263 Rn. 36.

<sup>19</sup> *Hanisch*, Die *ignorantia facti* im Betrugstatbestand, 2007, S. 201 f.

und *Puppe* nachgewiesen.<sup>20</sup> Nach der strengen Schuldtheorie entlastet ein Irrtum über das Vorliegen rechtfertigender Um- stände den Täter nicht vom Vorwurf einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Tat. Dann aber dürfte der „umgekehrte Er- laubnistatbestandsirrtum“ den Täter nach der strengen Schuldtheorie nicht belasten. Das gegenteilige Ergebnis im- pliziert allerdings die Lehre vom subjektiven Rechtferti- gungselement, denn sie besagt, dass die Unkenntnis vom Vorliegen rechtfertigender Umstände den Täter belastet: je nach Auffassung entweder in Form einer Vollendungs- oder Versuchsstrafbarkeit.

Unabhängig davon, welche Folgen des Erlaubnistatbe- standsirrtums man für richtig hält, sollte im Fall eines umge- kehrten Erlaubnistatbestandsirrtums zumindest eine strengere Rechtsfolge vorgesehen sein. Wer irrtümlich rechtfertigende Umstände annimmt und sein Verhalten somit für gerechtfer- tigt erachtet, darf nicht schlechter behandelt werden als der- jenige, der sich – aus seiner Sicht – nur zufälligerweise im Rahmen des objektiv Erlaubten bewegt. Wertungsmäßig können diese Fallkonstellationen jedenfalls nicht gleichge- setzt werden.

### 2. Zweifel hinsichtlich des Rechtfertigungssachverhalts

Hegt der Täter Zweifel, ob sein Verhalten einen objektiven Straftatbestand verwirklichen wird, hängt die Annahme eines Vorsatzes (in Form des *dolus eventualis*) nach Auffassung der Rechtsprechung davon ab, ob der Täter die Tatbestands- verwirklichung „billigend in Kauf nimmt oder ob er ernsthaft und nicht nur vage auf ihr Ausbleiben vertraut“. Der Vorsatz setzt danach also nicht nur ein Wissens-, sondern auch ein Willenselement voraus.<sup>21</sup>

Die Unkenntnis des Täters lässt sich abbilden, indem man die Wahrheitswerte zwischen Vorstellung und Wirklichkeit vertauscht und damit den zu dem jeweiligen Irrtum passen- den umgekehrten Irrtum erhält. Man kehrt den Erlaubnistat- bestandsirrtum dadurch um, dass man die Vorstellung des Täters nicht bloß als eine falsche positive Vorstellung an- sieht, sondern als das vollständige Fehlen einer bestimmten richtigen Vorstellung. Die These der Lehre vom subjektiven Rechtfertigungselement, dass die Unkenntnis der objektiv gegebenen Rechtfertigungslage den Täter belastet, bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen dieser Vorstellung not- wendige Bedingung der Strafbarkeit ist. Wenden wir auf dieses Bedingungsverhältnis die logisch gültige Schlussform der Kontraposition an, so ergibt sich, dass die Negation des

---

<sup>20</sup> *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1970, S. 160; *Puppe* (Fn. 12), S. 219.

<sup>21</sup> Der BGH hat sich – ebenso wie der griechische Areopag –, insbesondere beim Tötungsvorsatz, aber nicht nur bei diesem, immer wieder mit Nachdruck dagegen verwahrt, von der Kenntnis einer noch so großen und naheliegenden Gefahr auf die Inkaufnahme ihrer Realisierung zu schließen, BGHSt 58, 15 (27); 45, 148 (156); 27, 196 (202); 4, 1 (4); BGH JR 1952, 285; BayObLG GA 1956, 124 (127); OLG Hamburg MDR 1978, 108 (109); OLG Düsseldorf MDR 1984, 866; OLG Braunschweig NStZ-RR 1998, 251 (252); OLG Karlsruhe NStZ-RR 2000, 60 (61).

Fehlens, also das Vorhandensein dieser Vorstellung, hinreichende Bedingung für die Negation der Strafbarkeit ist.<sup>22</sup> Die vom Gesetzgeber nicht entschiedene Frage der Strafbarkeit eines deliktischen Verhaltens im Falle des Fehlens der Vorstellung eines objektiv bestehenden und erfüllten Rechtfertigungsgrundes ist immer noch nicht geklärt.<sup>23</sup> Diese Frage ist nicht nur zu beantworten, sondern auch zu entscheiden, ob die falsche Vorstellung des Täters über die objektive Wirklichkeit eine hinreichende Bedingung der Straffreiheit ist oder sich aus dem Umkehrschluss nicht notwendigerweise ein Entlastungsgrund ergibt, und zwar zugunsten des Täterverhaltens, das die objektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt.

Ob und unter welchen Bedingungen Unrechtszweifel des Täters der Annahme eines Unrechtsbewusstseins nicht entgegenstehen, hängt davon ab, wozu ein Bürger von Rechts wegen verpflichtet ist, wenn er sich über die Rechtmäßigkeit seines Handlungsprojekts im Unklaren ist und keine Gewissheit erlangen kann. Nach einer Ansicht soll er dann – sofern es ihm nicht unzumutbar ist – von seinem Handlungsprojekt Abstand nehmen.<sup>24</sup> Allerdings folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) – und dieser Gedanke liegt auch Art. 103 Abs. 2 GG zugrunde –, dass eine Rechtsordnung klare Verhaltensbefehle erteilen muss, insbesondere wenn sie deren Missachtung mit Strafe bedroht.<sup>25</sup> Der Bürger hat zwar die Pflicht, sich über die für sein Verhalten geltenden Normen kundig zu machen und kann sich deshalb nur dann auf einen strafausschließenden Verbotsirrtum berufen, wenn er unvermeidbar ist. Der Staat wiederum hat die Pflicht, dem Bürger die Möglichkeit zu geben, zu erfahren, was bei Strafe verboten oder geboten ist. Solange weder der Gesetzgeber noch die Gerichte die jeweilige rechtliche Zweifelsfrage geklärt haben, der Staat also seine Pflicht zur Klarstellung noch nicht erfüllt hat, kann er von seinen Bürgern keinen Gehorsam verlangen.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> So *Puppe* (Fn. 12), S. 222.

<sup>23</sup> Nach griechischem Strafrecht ist der umgekehrte Erlaubnistatbestandsirrtum als untauglicher Versuch zu bestrafen. Die den untauglichen Versuch mit Strafe bedrohende Vorschrift (Art. 43 grStGB) wurde durch das Gesetz Nr. 4619 v. 1.7.2019 aufgehoben und im Jahr 2021 durch das Gesetz Nr. 4855 wieder eingeführt.

<sup>24</sup> *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 8), § 17 Rn. 33 f. Auch in der griechischen Literatur hat sich dieser Ansatz durchgesetzt; Zweifel an der Rechtmäßigkeit werden mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gleichgesetzt, vgl. *Androulakis*, Griechisches Strafrecht AT, 2. Aufl. 2006, S. 514.

<sup>25</sup> *Puppe* (Fn. 8), § 19 Rn. 10 f.; *dies.*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 231 (232 f.). Siehe auch *Naucke*, in: Saliger (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 955.

<sup>26</sup> Diese Möglichkeit, sich über den Inhalt der strafbewehrten Verbotsnormen Klarheit zu verschaffen, wird auch von der Rechtsprechung vorausgesetzt. Nach BGHSt 37, 55 (67) setzt „ein Schuldvorwurf voraus, dass dem Angeklagten, hätte er die gebotene Sorgfalt beachtet und fachkundigen Rat eingeholt, die Auskunft erteilt worden wäre, eine Verbreitung des

Sicherlich existiert der objektiv ex post feststellbare Rechtfertigungssachverhalt unabhängig von der diesbezüglichen Kenntnis des Täters.<sup>27</sup> Die Frage ist jedoch, wie eine gesellschaftliche Ordnung zu gestalten ist, wenn sich der Handlungsunwert aus der ex-ante-Entscheidung des Täters ergibt und zugleich der ex post objektiv festgestellte Sachverhalt zu berücksichtigen ist. Straffreiheit ist keine angemessene Lösung für den Täter, der in Unkenntnis der objektiv gegebenen Rechtfertigungslage, zugleich aber mit Tatbestandsvorsatz handelt.<sup>28</sup>

### 3. Unkenntnis institutioneller Tatsachen

Ähnliche Probleme ergeben sich schließlich bei Irrtümern über normative Tatbestandsmerkmale. Dabei ist zu unterscheiden zwischen einem Rechtsverhältnis im Sinne einer *institutionellen Tatsache* und den Bedingungen oder Voraussetzungen seiner Entstehung im konkreten Fall. Überzeugend ist die von *Puppe* vertretene Position, die die normativen Tatbestandsmerkmale als institutionelle Tatsachen betrachtet, und bei dieser Konstellation einen (strafbaren) untauglichen Versuch annimmt.<sup>29</sup>

Das Problem des umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtums macht die Quintessenz der inneren Beziehung zwischen Kenntnis und Tatsachen aus. Die unvollständige Kenntnis eines Umstands, sei es einer rohen Tatsache oder eines normativen Tatbestandsmerkmals, führt nicht immer zur Feststellung von Unkenntnis in Bezug auf diesen Umstand, wie die Kenntnis oder das Verständnis eines deskriptiven bzw. normativen Merkmals zwangsläufig einen völligen Mangel

---

Buches „Opus Pistorum“ verstoße gegen die Vorschriften des GJS. Denn Gegenstand des Schuldvorwurfs ist nicht die Unterlassung einer Erkundigung schlechthin, sondern nur eine solche, die, wenn sie eingeholt worden wäre, zum Tragen gekommen wäre [...]. Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wäre der Roman „Opus Pistorum“ aller Wahrscheinlichkeit nach als Kunstwerk beurteilt worden. Bei diesem Ausgangspunkt hätte aber jeder fachkundige Berater vor der Situation gestanden, dass in der Kommentarliteratur durchweg die These von der Exklusivität der Begriffe Kunst und Pornographie vertreten wurde. Jeder Sachkundige hätte dem Angeklagten infolgedessen sagen müssen, dass es deswegen schon am Tatbestand des § 184 und § 6 Nr. 2 GJS fehle.“

<sup>27</sup> *Jakobs* (Fn. 8), 11. Abschn. Rn. 19

<sup>28</sup> In einem ähnlichen Zusammenhang stellt sich bei Unterlassungsdelikten die Frage, warum das zu schützende Rechtsgut seine normative Garantie nur deshalb verlieren soll, weil die kausale Erklärung seines Untergangs nicht ohne ein Drittverhalten möglich ist. Aus diesem Grund wird bei der Erklärung des Erfolgs durch ein Unterlassen eines Garanten in Fällen von feststehender bzw. kumulativer Unterlassungskausalität die Annahme kontrafaktischer Normkonformität des Verhaltens des – anderen – Mitgaranten zugrunde gelegt, *Sofos*, Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen, 1999, S. 283 ff.; *Puppe*, ZStW 2022, 320 (321 f.).

<sup>29</sup> *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 8), § 16 Rn. 146; siehe auch *Neumann*, GA 2008, 463.

an Unwissenheit bedeutet. Einigkeit herrscht in der Rechtswissenschaft, dass bei den ein Rechtsverhältnis darstellenden Tatbestandsmerkmalen die Vorstellung des Täters zur Entstehung des Rechtsverhältnisses keine notwendige Bedingung des Vorsatzes ist, sondern die Kenntnis vom Bestehen dieses Rechtsverhältnisses ausreicht. Problematisch wird es allerdings, wenn man diese Anforderung zu konkretisieren versucht und dabei bei einer Tautologie landet.

Nach der h.L. ist zwischen der Tätervorstellung „eine Tatsache sei vorhanden“ und der Tätervorstellung „ein Rechtsverhältnis sei vorhanden“ zu differenzieren. Ausgehend von der Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen wird das Begriffsverständnis des Täters darauf untersucht, ob die Vorstellung des Täters zur Entstehung eines Rechtsverhältnisses eine notwendige Bedingung des Vorsatzes ist; infolgedessen hat die h.L. eine „Parallelwertung in der Laiensphäre“ als unentbehrliches Kriterium für dieses Begriffsverständnis des Täters eingeführt, wobei der Laie das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals zumindest im Wesensgehalt richtig erkannt hat, wenn er ein natürliches Verständnis von den einschlägigen normativen Rechtsbegriffen habe<sup>30</sup>.

Die Vorsatzanforderungen und damit auch die Anforderungen an das Begriffsverständnis bleiben jedoch im Ausgangspunkt die gleichen, unabhängig davon, ob es sich um ein deskriptives oder ein normatives Tatbestandsmerkmal handelt.<sup>31</sup> Die meisten Irrtümer über Rechte und Rechtsverhältnisse betreffen nicht die Frage, welchen Inhalt diese haben, sondern ob sie im Einzelfall vorliegen.<sup>32</sup> Allerdings ist der Vorsatz des Täters nicht von besonderen juristischen Kenntnissen abhängig. Ebenso wenig muss der Rechtsanwender auf eine Parallelwertung in einer nicht definierbaren „Laiensphäre“ eingehen. Für den Vorsatz genügt die Kenntnis derjenigen Umstände, welche den Gesetzestatbestand erfüllen, unabhängig davon, ob sie in Tatsachen und/oder Rechtsverhältnissen bestehen. Wer ein Preisschild austauscht, um einen Preisnachlass zu erhalten, kann sich zu seiner Verteidigung nicht darauf berufen, dass ihm die Definitionen des Urkunden- und Fälschungsbegriffs nicht bekannt waren. Zur

Lösung des Vorsatzproblems kann die Frage, ob auch ein juristischer Laie den Sachverhalt unter den Tatbestand des § 267 StGB subsumiert hätte, nichts beitragen.<sup>33</sup> Im Gegenteil: Wollte man ermitteln, ob auch der juristische Laie zu einem entsprechenden Ergebnis gelangt, müssten hierfür neue Kriterien angegeben werden, welche nicht unbedingt mit dem Begriffsverständnis des Täters übereinstimmen.<sup>34</sup> Über den Vorsatz des Täters erfährt man auf diese Weise also nichts.

Der Wissensbegriff weist insoweit Ähnlichkeiten zu den Eigenschaften eines Dispositionsbegriffs auf, ohne jedoch mit diesem identisch zu sein. Die Sicherheit beim Wissensbegriff ist quantifizierbar, vom Typ „viel Wissenssicherheit“, „wenig Wissenssicherheit“, „mehr Wissenssicherheit“, „genügende Wissenssicherheit“, „ungenügende Wissenssicherheit“. Die Sicherheit beim Wissensbegriff ist vergleichbar und symmetrisch zu einem konkreten Ereignis und sollte nicht aus der subjektiven Perspektive des Richters begründet werden, sondern als ein Maßstab nach den Kriterien des kausalen Zusammenhangs des menschlichen Verhaltens zu einer Tatsache fungieren. Mithin ist die Sicherheit beim Wissensbegriff im Gegensatz zu einem Dispositionsbegriff messbar. Der Wissensbegriff gehört keiner Laien-, sondern bloß einer Metasphäre an, die nur eine Wertung über die Beziehung der Tätervorstellung von einer Tatsache erfordert oder deren Nichtexistenz bestätigt. Der Wissensbegriff bezeichnet folglich die Beziehung der menschlichen Vorstellung zur Außenwelt i.S. einer Kenntnis, genauso wie der Begriff der Unkenntnis i.S.d. Fehlens eines Merkmals aus der Wissenssphäre des Täters zu verstehen ist. Dies gilt im Falle der Unkenntnis eines objektiv bestehenden Rechtfertigungsgrundes, über den sich der Täter nicht nur in Unkenntnis befindet, sondern dessen tatsächliche Voraussetzungen dem Täter völlig fremd sind. Im Unterschied zur Kenntnis ist die Unkenntnis nicht quantifizierbar. Kennt man die Merkmale eines objektiv bestehenden Rechtfertigungsgrundes nicht, so ist es nicht nötig, den Grad der Unkenntnis weiter zu prüfen. Kennt man einzelne Rechtfertigungselemente im konkreten

<sup>30</sup> Sternberg-Lieben/Schuster (Fn. 13), § 15 Rn. 43a; Joecks/Kulhanek, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 70 ff.; Gaede, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 16 Rn. 20; Eser/Burkhardt, Strafrecht I, 4. Aufl. 1992, Fall 16 Rn. 25; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 29 II. 3. a); Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 22 Rn. 49; Roxin/Greco (Fn. 8), § 12 Rn. 101; Welzel (Fn. 10), § 13 I. 4. (S. 75 ff.); ders., JZ 1954, 276 (279); Schlüchter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983, S. 67 ff.; Otto, in: Geppert/Dehnicke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 583 (587).

<sup>31</sup> Puppe (Fn. 29), § 16 Rn. 146; Roxin, in: Saliger (Fn. 25), S. 1023 (1030).

<sup>32</sup> Ob z.B. eine Sache in fremdem Eigentum steht oder an der Sache ein Pfandrecht besteht, vgl. Puppe (Fn. 29), § 16 Rn. 146.

<sup>33</sup> Nach Puppe (Fn. 28), § 16 Rn. 146, existieren die Probleme, die mithilfe des Begriffs des normativen Tatbestandsmerkmals und der Theorie von der Parallelwertung oder Parallelbeurteilung in der Laiensphäre gelöst werden sollen, in der Praxis nicht und sind bloß theoretische Scheinprobleme. Die Kenntnis, dass ein Gegenstand oder ein Sachverhalt unter einen Spezialbegriff eines Tatbestandsmerkmals subsumierbar ist, ist keine Parallelwertung in der Laiensphäre. Sie ist vielmehr logisch in der Kenntnis der Subsumierbarkeit unter den Spezialbegriff enthalten, auch wenn der Täter das nicht weiß, siehe auch dies., GA 1990, 145 (151); zust. Stein, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 16 Rn. 19; im Ergebnis ähnlich Roxin, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 375 (384).

<sup>34</sup> Näher zur Kritik der Formel von der Parallelwertung Kindhäuser/Hilgendorf (Fn. 8), § 16 Rn. 10; Kindhäuser, GA 1990, 407; Puppe (Fn. 29), § 16 Rn. 45 ff.

Fall nicht, so kann eine Entlastung des Täters nicht anerkannt werden; zwar ist der Erfolgswert der Rechtfertigung vorhanden, es fehlt aber der Handlungswert, so dass nur der Erfolgswert des Vorsatzdelikts aufgehoben und der verbleibende Handlungswert als Versuch bestraft wird.

Ich schließe meinen Beitrag mit herzlichen Glückwünschen zum 80. Geburtstag von Frau Professor *Ingeborg Puppe*. Mögen ihr noch viele Jahre fruchtbaren Schaffens vergönnt sein!

Kommentar von Prof. Dr. *Ingeborg Puppe*, Bonn

*Sofos* hat eine ganze Reihe von Problemen des Unrechtsbewusstseins und des Irrtums angesprochen, ich kann mich nur zu wenigen äußern. Ich möchte mich also zunächst an die Überschrift des Beitrags halten und nochmals die Frage untersuchen, welche Bedeutung der Umkehrschluss in der Irrtumslehre für die sog. strenge Schuldtheorie hat.

Der Umkehrschluss der Irrtumslehre erhebt für sich den Anspruch, ein logischer Schluss aus allgemein anerkannten Prämissen zu sein. Logische Schlüsse haben die unangenehme Eigenschaft, dass man sie nicht durch inhaltliche Gegenargumente widerlegen kann. Die einzigen beiden Möglichkeiten, ein Argument zu widerlegen, das sich als logischer Schluss ausgibt, bestehen darin, dass man entweder einen logischen Fehler nachweist, sodass es in Wirklichkeit gar kein logischer Schluss ist, oder seine Prämissen angreift. Die Prämisse des Umkehrschlusses der Irrtumslehre ist, dass auf der höchsten Stufe der Verbrechenslehre jedes Element eine notwendige Bedingung der Strafbarkeit, also nicht durch ein anderes Verbrechen element ersetztbar ist. Um nun zu überprüfen, ob dem Umkehrschluss eine logisch gültige Schlussform zugrunde liegt, müssen wir uns zunächst vom Begriff des Irrtums trennen. Denn in der Behauptung, dass ein Irrtum vorliegt, sind zwei Bedingungen enthalten: Erstens, dass der sich Irrende eine bestimmte Vorstellung hat, zweitens dass diese nicht wahr ist. Aber ein Logiker untersucht nie zwei Voraussetzungen eines Schlusses zugleich. Halten wir uns also an die Vorstellung des Täters als Element der Verbrechenslehre. Nach der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen, von der auch die strenge Schuldtheorie ausgeht, ist der objektiv gerechtfertigte Täter wegen versuchter oder gar vollendeter Tat strafbar, wenn er die tatsächlich gegebenen rechtfertigenden Tatsachen nicht kennt. Das Fehlen der Vorstellung von rechtfertigenden Tatsachen ist also ein Element der Straftat, nach unserer Prämisse ein notwendiges. Ist nun eine notwendige Bedingung einer Folge nicht erfüllt, so tritt die Folge nicht ein. Das ist eine klassische Formel der Aussagenlogik, die Kontraposition. Handelt der Täter in der Vorstellung, dass rechtfertigende Tatsachen gegeben sind, so fehlt das Fehlen dieser Vorstellung, also fehlt ein notwendiges Element des Verbrechens.<sup>1</sup>

Der Umkehrschluss ist also logisch gültig, man kann nur seine Prämisse angreifen, dass jedes Element des Verbrechens eine notwendige Voraussetzung seiner Strafbarkeit ist.

<sup>1</sup> *Puppe*, ZStW 128 (2016), 301 (303 ff.); *dies.*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 16 Rn. 130, 152 f.

Man könnte die These aufstellen, dass jenes Fehlen des Fehlens der subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen, also das Vorhandensein der subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen dann der Strafbarkeit nicht entgegensteht, wenn objektiv die rechtfertigenden Voraussetzungen nicht gegeben sind. Die Rechtfertigung muss sowohl objektiv als auch subjektiv gegeben sein. Wir können also die Vereinbarkeit der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen mit der strengen Schuldtheorie herstellen. Die Logik allein schließt eben kein Ergebnis aus. Aber würden wir uns damit abfinden, bei der Bestimmung der Voraussetzungen der Strafbarkeit einer Tat objektive und subjektive Bedingungen gegeneinander auszutauschen?<sup>2</sup>

*Sofos* hat auch noch das Problem des sog. Unrechtszweifels angesprochen und der ganz herrschenden Lehre zugestimmt, wonach der Bürger, der im Zweifel ist, ob sein Verhalten verboten oder erlaubt ist, dieses Verhalten zu unterlassen hat,<sup>3</sup> weil er doch noch ein „gewisses Maß von Unrechtsbewusstsein“ hat. Später hat er sich dann meiner Auffassung angeschlossen, dass der Staat es dem Bürger schuldig ist, ihm klare und eindeutige Verbote und Gebote zu erteilen, wenn er deren Nichtbefolgung mit Strafe bedroht. Das ist zwar zivilrechtlich gesprochen eine Holschuld, denn der Bürger muss sich um die Kenntnis der für ihn geltenden Verbote und Gebote bemühen, aber es ist eine Schuld des Staates.<sup>4</sup> Wenn der Staat diese Verpflichtung nicht oder noch nicht erfüllt hat, weil das Verbot sich in einem Punkt als Unklar erwiesen hat, soll dann der Bürger die Zeche zahlen, indem er bei Strafe verpflichtet wird der Norm diejenige Auslegung zugrunde zu legen, die seine Freiheit am stärksten einschränkt?

Wenn der Text der Norm eine strengere und eine liberalere Auslegung zulässt und die Gerichte noch nicht entschieden haben, welche davon verbindlich ist, gelten beide gleichermaßen und der Täter befindet sich nicht einmal in einem Verbotsirrtum, wenn er sich an der liberaleren orientiert.<sup>5</sup> Es ist also schief ausgedrückt, wenn die h.L. in solchen Fällen davon spricht, dass der Täter die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens „für möglich“ hält.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> *Puppe* ZStW 128 (2016), 301 (308 f.); *dies.* (Fn. 1), § 16 Rn. 131.

<sup>3</sup> Vgl. *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 1), § 17 Rn. 33 f.

<sup>4</sup> *Puppe*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 231 (235 f.); *dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 4. Aufl. 2019, § 19 Rn. 19.

<sup>5</sup> *Puppe* (Fn. 4 – FS Rudolphi) S. 236; *dies.* (Fn. 4 – AT), § 19 Rn. 17; *Neumann* (Fn. 3), § 17 Rn. 51; *Naucke*, in: Saliger (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 955 (958 f.).

<sup>6</sup> *Neumann* (Fn. 3), § 17 Rn. 34.

*Die Raserfälle der letzten Jahre haben Überlegungen wiederbelebt, die Kontroverse über die richtige Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit dadurch radikal zu lösen, dass die Figur des dolus eventualis ersetzt wird durch eine neue Kategorie der Leichtfertigkeit nach dem Vorbild der recklessness im Model Penal Code, womit zugleich ein mittleres Sanktionsniveau zwischen direktem Vorsatz und einfacher bzw. unbewusster Fahrlässigkeit etabliert werden soll. Der Beitrag geht der Frage nach, inwieweit das amerikanische Modell wirklich als Vorbild taugt und ob eine dreifache Stufung des Strafniveaus überhaupt erstrebenswert ist.*

## I. Einführung

Es ist eine Binsenweisheit, dass Rechtsvergleichung beim wissenschaftlichen Nachdenken über Probleme der eigenen Rechtsordnung hilfreich sein kann, da sie mit dem Wort *Zitelmanns* den „Vorrat an Lösungen“<sup>1</sup> oder mit dem Wort *Mössners* den „Raum, der rationaler Diskussion zugänglich ist“<sup>2</sup> vergrößert, weil, wie *Zweigert/Kötz* schrieben,

„den Rechtssystemen der Welt notwendigerweise mehr und in ihrer Differenzierung reichhaltigere Lösungen eingefallen sind, als der noch so phantasiereiche in den Grenzen seines eigenen Rechtssystems befangene Jurist in seinem kurzen Leben ersinnen kann“.<sup>3</sup>

Das fremde Recht kann nicht allein als Ideengeber dienen, sondern oft auch das zugehörige rechtstatsächliche Material liefern. Mit den Worten *Jeschecks*:

„[D]er Reiz und die Beweiskraft der vergleichenden Methode liegen gerade darin, dass die verschiedenen Möglichkeiten nicht nur abstrakte Vorstellungen sind, sondern der Welt der Wirklichkeit angehören, dass sie in bestimmte Rechtstatsachenkomplexe eingebettet sind, und dass sie zu einem kriminalpolitischen Erfahrungswissen geführt haben, das einen guten Maßstab für ihre Brauchbarkeit abgibt.“<sup>4</sup>

Insofern ist die komparative Methode in den Geistes- und Sozialwissenschaften das, was für die Naturwissenschaften das Experiment ist.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Vgl. *Zitelmann*, DJZ 1900, 329, zit. nach *Zweigert/Puttfarcken* (Hrsg.), *Rechtsvergleichung*, 1978, S. 11 (13 ff.).

<sup>2</sup> *Mössner*, AöR 99 (1974), 193 (242); zust. *Mahrenholz*, in: *Schneider/Steinberg* (Hrsg.), *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, Konrad Hesse zum 70. Geburtstag, 1990, S. 53 (60).

<sup>3</sup> *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Bd. 1: Grundlagen, 2. Aufl. 1984, S. 16.

<sup>4</sup> *Jescheck*, *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, 1955, S. 42.

<sup>5</sup> *Kaiser*, in: *Kaiser/Vogler* (Hrsg.), *Strafrecht, Strafrechtsvergleichung*, Kolloquium im Max-Planck-Institut für aus-

Wenn die Rechtsvergleichung nicht nur als Inspirationsquelle herangezogen wird, um etwas Neues, das so weder im heimischen noch im fremden Recht existiert, zu erschaffen, sondern eine fremde Regelung so attraktiv erscheint, dass ihre Übernahme in Betracht kommt, dann wird man ihre Importfähigkeit prüfen müssen.<sup>6</sup> Eine wesentliche Schwierigkeit besteht nämlich in der Kontextsensitivität des normativen Materials, das nicht nur erhebliche rechtliche, sondern auch soziale, politische, kulturelle usw. Verflechtungen aufweisen mag, mit der Folge, dass die Funktionsfähigkeit einer Regelung, d.h. die Erzielung bestimmter Regelungsleistungen oder -effekte, von einer Reihe von Voraussetzungen abhängen kann, die außerhalb ihrer selbst liegen und mitunter nicht leicht zu entdecken sind. Man wird also, auch dies ist eine rechtsvergleichende Binsenweisheit, den Blick weiten müssen, um relevante Interdependenzen zu erkennen und zu analysieren.<sup>7</sup> Unzureichende Erfassung der Funktionszusammenhänge einer ausländischen Regelung birgt das Risiko, dass das Fremdrechtstransplantat nicht „anwächst“, im fremden Habitat verkümmert oder mehr Probleme erzeugt als löst. Legislative Beispiele für verunglückte legal transplants gibt es genug.<sup>8</sup> Freilich sind manche rechtlichen Figuren leicht isolierbar und gut transplantierbar wie etwa das Tagessatzsystem der Geldstrafe oder Beweisverbote als Folge unzureichender Belehrung.

Im Bereich der subjektiven Tatseite<sup>9</sup> sind Vergleiche gut möglich, weil die meisten, wenn nicht alle nationalen Strafrechtsordnungen wenigstens zwei Verhaltensklassen kennen, denen in der Regel verschiedene Strafniveaus zugeordnet sind: Bewusste Tatbegehung, namentlich beabsichtigte, wird regelmäßig schwerer bestraft als unbewusste, falls sie nicht ganz straflos bleibt. Solche Abstufungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entsprechen den sog. naiven Zuschreibungs-

---

ländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br., aus Anlaß des 60. Geburtstages des Direktors Professor Dr. Dr. h.c. Hans-Heinrich Jescheck, 1975, S. 79.

<sup>6</sup> Siehe nur *Eser*, in: *Eser/Perron* (Hrsg.), *Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa*, zugleich ein Beitrag zur Theorie der Strafrechtsvergleichung, 2015, S. 929 (1010).

<sup>7</sup> *Weigend*, in: *Smits* (Hrsg.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2. Aufl. 2014, S. 261 (262).

<sup>8</sup> Exemplarisch sei die italienische Strafprozessreform von 1988 genannt, die einem inquisitorischen Modell eine adversatorische Struktur zu implantieren versuchte, dazu *Illuminati*, *Washington University Global Studies Law Review* 4 (2005), 567; siehe auch *Eser* (Fn. 6), S. 1008 ff.; *Kischel*, *Rechtsvergleichung*, 2015, § 2 Rn. 34 ff. m.w.N.; zum Ganzen *Graziadei*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, S. 440 (470 ff.); *Jung*, *ZStW* 121 (2009), 467.

<sup>9</sup> Nachdem Vorsatz und Fahrlässigkeit aus der Systemkategorie der Schuld in den subjektiven Tatbestand abgewandert sind, fehlt es im Deutschen an einem griffigen Sammelbegriff wie fault/culpability terms.

modellen des Alltags (folk psychology), die in der Attributionsforschung und Sozialpsychologie rekonstruiert werden.<sup>10</sup> Sowohl die rechtliche wie die alltägliche Verantwortungszuschreibung beruht auf einer rationalistischen naiven Psychologie, die menschliche Handlungen als Verhalten deutet, das durch epistemische und optative Zustände (epistemic and desiderative states) verursacht wird<sup>11</sup> im Sinne eines einfachen desire-belief-Modells ähnlich Aristoteles' praktischem Syllogismus<sup>12</sup>. Die verschiedenen Grade rechtlicher als auch naiver Verantwortungsattribution entsprechen den möglichen Kombinationen der verschiedenen epistemischen Systemzustände wie Wissen, Voraussicht als praktisch gewiss, wahrscheinlich oder bloß möglich, Nichtwissen etc. und optativen Systemzustände wie Wünschen, Erstreben, Inkaufnehmen, Gleichgültigkeit usw.

Schwieriger werden Vergleich und etwaige Transplantation, wenn man nicht nur die isolierten Begriffe betrachtet, sondern die auch zugehörigen, oft komplexen Strafraum-differenzierungen. Hier taucht zudem eine Grundlagenfrage auf, die vor einer allfälligen Importerwägung beantwortet werden muss, nämlich ob sich verschiedene Sanktions-schweregrade bewusster Handlungen überhaupt tragfähig begründen lassen.

Vor diesem Hintergrund verdienen Vorschläge, die seit dem 19. Jahrhundert im deutschen Recht ebenso heftig wie ergebnislos umstrittene Rechtsfigur des dolus eventualis durch das US-amerikanische Konzept der recklessness zu ersetzen, vertiefte Untersuchung. Überlegungen, die vom römischen Recht ererbte Dichotomie von dolus und culpa um weitere Stufen zu erweitern, um die Schwierigkeiten der Grenzziehung zu mindern, gibt es seit dem 19. Jahrhundert.<sup>13</sup> Überlegungen, das in den 1950er Jahren entstandene amerikanische Modellkonzept der recklessness in diesem Sinne fruchtbar zu machen, finden sich seit den 1970er Jahren.<sup>14</sup> Den ersten ausgearbeiteten Ansatz dazu hat Weigend 1981 vorge-

legt.<sup>15</sup> Die kontroverse Debatte anlässlich spektakulärer Ra-serfälle, ob hier Tötungsvorsatz mit der Folge einer Verurteilung wegen Mordes in Betracht kommt, hat Hörnle 2019 zu einem ähnlichen, aber etwas anders akzentuierten Vorschlag bewogen.<sup>16</sup> Beide Vorschläge sollen im Folgenden nachgezeichnet und kritisch betrachtet werden.

## II. Recklessness im Überblick

Zuvor soll kurz in Erinnerung gerufen werden, was unter recklessness zu verstehen ist. Festzuhalten ist zunächst, dass es eine einheitliche Definition im englischsprachigen Rechtskreis nicht gibt, sondern eine Vielzahl mehr oder weniger klarer Bedeutungsvarianten koexistiert. Man wird also stets hinzufügen müssen, welche Bedeutung von recklessness gemeint ist.

Das englische Wort ist verwandt mit der deutschen Rücksichtslosigkeit und wird auch als Leichtsinns oder Leichtfertigkeit übersetzt. Als juristischer Terminus begegnet recklessness erst im 19. Jahrhundert, ohne eine klare Bedeutung zu erlangen.<sup>17</sup> Oftmals fand sich der Ausdruck reckless negligence zur Kennzeichnung der strafrechtlichen Fahrlässigkeit (criminal negligence), die einen größeren Sorgfaltsverstoß erfordert als civil negligence, d.h. die Schadensersatz auslösende Fahrlässigkeit,<sup>18</sup> obschon in vielen Bereichen, etwa im Straßenverkehr, kein Unterschied zwischen beiden besteht<sup>19</sup>.

Das englische Recht und die Tochterrechte sind traditionell gekennzeichnet durch eine Vielzahl unterdefinierter Ausdrücke für mens rea, die subjektive Tatseite, die oftmals archaisch klingen und stark moralisch aufgeladen sind. Feinere Differenzierungen wie Absicht, Wissentlichkeit usw. tauchen erst spät auf, zumal sie zuvor aus beweisrechtlichen Gründen prozessual nicht darstellbar<sup>20</sup> und angesichts der (in England bis 1967 geltenden) allgemeinen Vorsatzvermutung, dass jeder die natürlichen Folgen seines Handelns intendiere,<sup>21</sup> ohnehin überflüssig waren.

Im englischen Recht hat recklessness erst 1957 eine Präzisierung erfahren im Fall R. v. Cunningham.<sup>22</sup> Der Angeklagte hatte einen Gaszähler aus der Wand gerissen, um diesen und die darin enthaltenen acht Schilling zu stehlen. Dadurch trat Gas aus und gefährdete das Leben einer Hausbewohnerin, worauf es dem Angeklagten nicht ankam, was er aber womöglich erkannt hatte. Nach einem Gesetz von 1861 ist eine solche Lebensgefährdung strafbar, wenn sie malici-

<sup>10</sup> Dazu eingehend Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007, S. 118 ff., 168 ff. m.w.N.

<sup>11</sup> Forguson, Common Sense, 1989, S. 164 f.; siehe auch Morse, in: Freeman (Hrsg.), Law and Neuroscience, 2011, S. 529.

<sup>12</sup> Dazu Stuckenberg (Fn. 10), S. 174 ff.

<sup>13</sup> Dazu v. Hippel, in: Birkmeyer u.a. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil (VDA), Bd. 3, 1908, S. 373 (536 ff.); auch Dünnebler, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12, 1959, S. 120. Für einen Gefährdungsvorsatz als Zwischenstufe schon Stooß, ZStW 15 (1895), 199.

<sup>14</sup> Eser, Strafrecht I, 3. Aufl. 1980, S. 53 Rn. 35a; siehe auch Arzt, in: Stree (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978, S. 119 (131 ff.); später auch Schünemann, GA 1985, 341 (363: „Formentrias“ von Absicht/dolus directus, dolus eventualis/bewusste Fahrlässigkeit, unbewusste Fahrlässigkeit); Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 15 Rn. 27 a.E.; jüngst Schladitz, JR 2022, 491 (495).

<sup>15</sup> Weigend, ZStW 93 (1981), 657.

<sup>16</sup> Hörnle, JZ 2019, 440; dagegen Freund/Rostalski, JZ 2020, 241; knapp Jakobs, Kritik des Vorsatzbegriffs, 2020, S. 39 Fn. 120.

<sup>17</sup> Dazu Robinson, Hastings Law Journal 31 (1980), 815 (837 ff.); Stark, Culpable Carelessness, 2016, S. 27 ff. m.w.N.

<sup>18</sup> Dazu J. Hall, General Principles of Criminal Law, 2. Aufl. 1960, S. 122 ff.

<sup>19</sup> Stark (Fn. 17), S. 29 m.w.N.

<sup>20</sup> Robinson, Hastings Law Journal 31 (1980), 815 (845).

<sup>21</sup> Dazu Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldvermutung, 1997, S. 275 m.w.N.

<sup>22</sup> R. v. Cunningham [1957] 2 Q.B. 396; [1957] 2 All E.R. 412; [1957] 3 W.L.R. 76; 41 Cr.App.Rep. 155 (C.C.A.).

ously begangen wird. Malice, wörtlich Bosheit, ist der Standardterminus im älteren englischen Recht für mens rea, worunter hier intent (direkter Vorsatz) und recklessness verstanden wurde. Die Queen's Bench Division des High Court of Justice hat recklessness definiert als Handeln trotz Voraussicht des möglichen Eintritts eines verpönten Erfolgs. Ein bestimmtes Maß an Wahrscheinlichkeit wird nicht verlangt,<sup>23</sup> jedes Risiko genügt<sup>24</sup>. Das Risiko einzugehen muss unvernünftig und ungerechtfertigt sein, was objektiv bestimmt wird.<sup>25</sup> Zwischenzeitlich hatte sich die Rechtsprechung durch die Entscheidung in Caldwell<sup>26</sup> dahin geändert, dass es nicht auf die subjektive Voraussicht des Täters ankomme, sondern objektive Vorhersehbarkeit genüge; seit 2003<sup>27</sup> gilt aber wieder die „Cunningham recklessness“. Im englischen Recht gibt es somit eine Dreiteilung der subjektiven Tatseite: intent (wozu Absicht und Wissentlichkeit gehören, die bisweilen getrennt aufgeführt werden, so dass sich eine Vierteilung ergibt), recklessness (Voraussicht der Tatbestandsverwirklichung als wenigstens möglich) und negligence (objektiver unbewusster Sorgfaltspflichtverstoß), wobei keineswegs bei jedem Delikt alle Formen strafbar sind. Für die meisten Straftatbestände ist jedoch recklessness ausreichend.<sup>28</sup> In der englischen Diskussion werden zwei Fallgruppen als problematisch empfunden,<sup>29</sup> wenn der Täter das Risiko nicht erkennt, zum einen infolge affektiver Erregung, zum andern aus Gleichgültigkeit; manche Autoren halten den zweiten Fall für genauso strafwürdig wie Handeln trotz erkannten Risikos<sup>30</sup>.

In anderen Common Law-Staaten wie Kanada umfasst criminal negligence sowohl bewusste wie unbewusste Fahrlässigkeit,<sup>31</sup> in den kodifikationslosen australischen Common Law-Bundesstaaten gilt dasselbe für recklessness.<sup>32</sup>

Die 52 US-amerikanischen Strafrechtsordnungen (50 Einzelstaaten, Bundesstrafrecht, Militärstrafrecht) haben das Erbe des englischen Rechts angetreten und eine oft beklagte Vielzahl nicht selten schlecht und bisweilen widersprüchlich defi-

nierter mens rea-Ausdrücke hervorgebracht.<sup>33</sup> Es erstaunt daher nicht, dass das vom American Law Institute, einer privaten Forschungseinrichtung, die sich die Konsolidierung (in den sog. Restatements of Law) und Fortentwicklung des Rechts zur Aufgabe gemacht hat, 1962 vorgelegte Modellstrafgesetzbuch des Model Penal Code<sup>34</sup> hier eine großflächige Flurbereinigung unternommen hat<sup>35</sup> – mit großem Erfolg, denn dieser Regelungsvorschlag wird bis heute als der wichtigste und einflussreichste des ganzen Modellgesetzes angesehen.<sup>36</sup> Die Vorschrift des § 2.02 (2) MPC nimmt in bewusster Neuordnung der Terminologie eine Vierteilung der Formen von culpability vor, wobei jeweils weiter nach dem Bezugspunkt (conduct – das eigene Verhalten, result – der tatbestandliche Erfolg, attendant circumstances – Begleitumstände) unterschieden wird (sog. element analysis). Der Kürze halber beschränke ich mich hier auf den Taterfolg:

- Purpose (Absicht) liegt vor, wenn es das bewusste Ziel des Täters ist, den Erfolg zu verursachen.
- Knowledge (Wissentlichkeit) liegt vor, wenn dem Täter bewusst ist, dass es praktisch sicher ist, dass sein Verhalten den Erfolg herbeiführen wird.
- Recklessness liegt vor, wenn „he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element [...] will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation“, wenn also der Täter bewusst ein erhebliches und nicht zu rechtfertigendes Risiko missachtet, dass sein Verhalten den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeiführen wird. Das Risiko muss von solcher Art und Größe sein, dass, in Anbetracht von Art und Ziel seines Verhaltens und der ihm bekannten Umstände, seine Missachtung eine grobe Abweichung von dem Verhaltensstandard darstellt, den eine rechtstreuere Person in der Situation des Handelnden einhalten würde.
- Negligence (Fahrlässigkeit) liegt vor, wenn der Täter sich eines erheblichen und nicht zu rechtfertigenden Risikos, dass sein Verhalten den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeiführen wird, bewusst sein *sollte*. Das Risiko muss dieselbe Qualität haben wie bei recklessness.<sup>37</sup>

<sup>23</sup> R. v. Brady [2006] EWCA Crim 2413 §§ 15 f.; *Stark* (Fn. 17), S. 13, 27.

<sup>24</sup> *Horder*, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, 10. Aufl. 2022, S. 218. Die englische Law Commission hat für Tötungsdelikte eine Verengung auf die Kenntnis erheblicher Risiken (serious risk) vorgeschlagen, die indes nicht rein quantitativ zu bemessen seien, *The Law Commission (Law Com No 304), Murder, Manslaughter and Infanticide*, 2006, §§ 3.36–3.40.

<sup>25</sup> *Horder* (Fn. 24), S. 217 f.; *Simester/Spencer/Stark/Sullivan/Virgo*, *Simester and Sullivan's Criminal Law*, 7. Aufl. 2019, S. 154, jew. m.w.N.

<sup>26</sup> R. v. Caldwell [1982] A.C. 341; [1981] 1 All E.R. 961; [1981] 2 W.L.R. 509; 73 Cr.App.Rep.13; 145 J.P. 211 (H.L.).

<sup>27</sup> R. v. G. and another [2003] 3 W.L.R. 1060; [2004] 1 A.C. 1034; [2003] UKHL 50 (H.L.).

<sup>28</sup> *Simester/Spencer/Stark/Sullivan/Virgo* (Fn. 25), S. 162.

<sup>29</sup> *Horder* (Fn. 24), S. 219 f., 222; siehe auch *G. Williams*, *Legal Studies* 8 (1988), 74 (82).

<sup>30</sup> *Duff*, *Intention, Agency, and Culpability*, 1990, S. 162 f.

<sup>31</sup> R. v. J.F., 2008 SCC 60; [2008] 3 SCR 215, 223 [9]; *Stark* (Fn. 17), S. 34 ff. m.w.N.

<sup>32</sup> *Stark* (Fn. 17), S. 38 ff., 41.

<sup>33</sup> *Hall* (Fn. 18), S. 122 ff.

<sup>34</sup> *American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries*, 7 Bände, 1962/1985.

<sup>35</sup> Dazu *Model Penal Code and Commentaries*, Part I, §§ 1.01 to 2.13, S. 229 ff.

<sup>36</sup> *Robinson*, *Hastings Law Journal* 31 (1980), 815; *Chiesa*, *Marquette Law Review* 102 (2018), 575 (579); *Simons*, *Ohio State Law Journal* 1 (2003), 179 (180 ff., 188); *Bergelson*, *Arizona State Law Journal* 53 (2021), 399.

<sup>37</sup> Wörtlich heißt es in § 2.02 (d) cl. 2 MPC: „The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable

An sich gibt es noch eine fünfte Kategorie, nämlich absolute liability (Erfolgshaftung), § 2.05 MPC, die aber auf violations (vergleichbar den Ordnungswidrigkeiten) beschränkt bleiben soll. Die vier im Kernstrafrecht anwendbaren Kategorien sind hierarchisch geordnet, wobei die höheren die jeweils niederen ersetzen können, § 2.02 (5) MPC. Der Model Penal Code geht im Grundsatz – zu Ausnahmen später (IV. 1. b) – auch davon aus, dass es sich um unterschiedliche Strafniveaus handelt.<sup>38</sup>

Recklessness im Sinne des Model Penal Code ist somit ein durchaus komplexes Konzept,<sup>39</sup> das aus einer subjektiven Komponente, dem Risikobewusstsein, und einer objektiven Komponente, einem qualifizierten rechtswidrigen Risiko, besteht, das zu ignorieren einen qualifizierten Sorgfaltsverstoß darstellt, wobei der Sorgfaltsmaßstab grundsätzlich objektiv bestimmt und nur ansatzweise individualisiert wird<sup>40</sup>. Es schließt sich eine Reihe von Fragen an, etwa nach den Maßstäben für die Prädikate substantial und unjustifiable sowie dem Verhältnis der beiden zueinander.<sup>41</sup> Dazu später mehr (IV. 1. a).

Etwas mehr als die Hälfte der US-amerikanischen Bundesstaaten<sup>42</sup> hat seitdem ihr Strafrecht nach dem Vorbild des Model Penal Code novelliert, teils in wörtlicher, öfters aber in modifizierter oder nur partieller Übernahme; eine Reihe von Bundesstaaten sowie das Bundesstrafrecht haben den vorherigen Zustand beibehalten. Gleichwohl gilt insbesondere die Model Penal Code-Definition als Standardversion<sup>43</sup> von recklessness im englischsprachigen Rechtskreis, weil sonst große Uneinheitlichkeit herrscht. In den US-amerikanischen Rechten ist recklessness für die meisten Delikte erforderlich und hinreichend.<sup>44</sup>

### III. Die Vorschläge von Weigend und Hörnle

In der Diagnose stimmen die beiden Vorschläge von *Weigend* und *Hörnle* überein: Zwar sei es nicht überzeugend, das Vorliegen von Vorsatz von inneren Haltungen des Täters abhän-

person would observe in the actor's situation.“ Den Unterschieden im Wortlaut zum recklessness-Risiko – „standard of conduct/standard of care“ und „law-abiding person/reasonable person“ – wird kein sachlicher Gehalt zugemessen; die meisten Staaten formulieren ohnedies einheitlich im Sinne der jeweils zweiten Fassung, Nachweise bei *Treiman*, *American Journal of Criminal Justice* 9 (1981), 281 (348 f.).

<sup>38</sup> Vgl. Model Penal Code and Commentaries, Part II, §§ 210.0 to 213.6, S. 53.

<sup>39</sup> Eingehend *Treiman*, *American Journal of Criminal Justice* 9 (1981), 281 (305–370).

<sup>40</sup> Dazu *Robinson*, in: Dressler (Hrsg.), *Encyclopedia of Crime & Justice*, 2. Aufl. 2003, S. 995 (1002 ff.).

<sup>41</sup> Model Penal Code and Commentaries, Part I, §§ 1.01 to 2.13, S. 237.

<sup>42</sup> Näher *Treiman*, *American Journal of Criminal Justice* 9 (1981), 281 (376 ff.); *Stark* (Fn. 17), S. 48 ff. m.w.N.

<sup>43</sup> So etwa *Stark* (Fn. 17), S. 26 ff. („standard account“); *Duff*, *Criminal Law and Philosophy* 13 (2019), 643.

<sup>44</sup> Nach dem Vorbild von § 2.02 (3) MPC, siehe *Robinson* (Fn. 40), S. 1001.

gig zu machen, so dass an sich die Möglichkeitstheorie vorzugswürdig sei.<sup>45</sup> Aus *Weigends* Sicht verletzen ihre Ergebnisse jedoch das Rechtsgefühl, weil sie normativ Ungleichwertiges – die beiden Formen des dolus directus einerseits und den dolus eventualis andererseits – gleich behandelten.<sup>46</sup> *Hörnle* hält sowohl die Strafobergrenze der fahrlässigen Tötung für zu gering für grob sorgfaltswidrige, hochriskante Handlungen und zum anderen die Strafuntergrenze für bedingt vorsätzliche Tötungen für zu hoch.<sup>47</sup> Sie bemängelt ferner die herkömmliche rationalistische und vereinfachende Rekonstruktion innerer Einstellungen sowohl was das Erkennen eines möglichen Erfolges als auch eine darauf aufbauende Stellungnahme betrifft – Risiken könnten verdrängt werden und Stellungnahmen zu erkannten Risiken ausbleiben, so dass die Dichotomie „entweder bedingter Vorsatz oder bewusste Fahrlässigkeit“ unpassend sei.<sup>48</sup> Zudem würden innere Einstellungen nicht festgestellt, sondern zugeschrieben.<sup>49</sup>

*Weigend* schlägt nach dem Vorbild der Model Penal Code-recklessness ein neues Konzept der Leichtfertigkeit<sup>50</sup> vor, das dem Vorsatz einer konkreten Gefährdung, die der Täter nicht zu beherrschen können glaubt,<sup>51</sup> entspricht – der damit verbundene Vorwurf liege im bewusst riskanten Handeln.<sup>52</sup> Der Vorteil der Figur sei ein zweifacher: Zum einen würde der Vorwurf mit dem übereinstimmen, was auch tatsächlich nachgewiesen werden könne, zum zweiten könnte eine mittlere Strafdrohung eine schuldangemessenere Sanktionierung ermöglichen.<sup>53</sup> Für eine bewusste Fahrlässigkeit sei dann kein Raum mehr.<sup>54</sup> Freilich würden Probleme der Grenzziehung sich vermutlich häufen.<sup>55</sup> *Hörnle* will zudem die Erkenntnisprobleme vermindern und statt Risikobewusstseins die Kenntnis einer massiven Sorgfaltspflichtverletzung genügen lassen, sofern kein unverschuldeter kognitiver Defekt das sich daraus regelmäßig ergebende Risikobewusstsein verhindert hat.<sup>56</sup>

Beide Vorschläge plädieren für eine Rationalisierung der Strafraumen durch konsistente Abstufung der Sanktionen für vorsätzliches, leichtfertiges und fahrlässiges Verhalten,<sup>57</sup> wie sie im Model Penal Code und einigen amerikanischen Bundesstaaten bei den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten, Brandstiftung und Sachbeschädigung vorgesehen sei.<sup>58</sup> *Hörnle*

<sup>45</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (668 ff.); *Hörnle*, JZ 2019, 440 (443 f.).

<sup>46</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (672).

<sup>47</sup> *Hörnle*, JZ 2019, 440 (443 f.).

<sup>48</sup> *Hörnle*, JZ 2019, 440 (441 ff.).

<sup>49</sup> *Hörnle*, JZ 2019, 440 (443, 445).

<sup>50</sup> Zum bisherigen Begriff der Leichtfertigkeit im deutschen Strafrecht siehe *Birnbaum*, *Die Leichtfertigkeit zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz*, 2000.

<sup>51</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (687 ff., 690, 693 ff.).

<sup>52</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (687 ff., 690).

<sup>53</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (692).

<sup>54</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (692 f.).

<sup>55</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (697).

<sup>56</sup> *Hörnle*, JZ 2019, 440 (446 f.).

<sup>57</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (698 f.); *Hörnle*, JZ 2019, 440 (445 ff.).

<sup>58</sup> Dazu *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (679 ff. m.w.N.).

hält die sorgfaltswidrige Schaffung eines signifikanten Risikos für andere bzw. das Wissen darum für den Kern des moralischen wie strafrechtlichen Unrechts;<sup>59</sup> Absicht rechtfertigt regelmäßig höhere Strafe, weil mit ihr oft eine höhere Erfolgsgefahr einhergeht und sie den sozialen Sinn der Handlung in Richtung auf einen Angriff ändert.<sup>60</sup>

Der dazu erforderlichen umfassenden Revision des Besonderen Teils des StGB werden von beiden Autoren indes kaum Realisierungschancen eingeräumt.<sup>61</sup>

#### IV. Kritische Betrachtung

Zustimmung verdient zunächst der Ausgangspunkt beider Vorschläge, dass die Begrifflichkeit der subjektiven Tatseite nicht allein Formen zurechenbarer Handlungssteuerung vertritt, sondern auch mit Blick auf die damit verknüpften Rechtsfolgen, insbesondere Strafwürdigkeitsdifferenzen, bestimmt werden muss.<sup>62</sup> Es geht dabei also nicht, wie *Schmidhäuser* formulierte, um bloße „Sacherkenntnis und Begriffsbildung“, sondern auch um „Kriminalpolitik“,<sup>63</sup> weil der strafrechtliche Wert psychosozialer Phänomene, genauer: ihrer alltagstheoretischen Beschreibungen als Kombinationen epistemischer und optativischer Systemzustände, fixiert werden muss, denn die Phänomene selbst sind für das Recht zunächst nichts als *facta bruta*.

*Hörnle* ist sodann darin zuzustimmen, dass es sich bei „inneren Einstellungen“ um Zuschreibungen handelt, um Rekonstruktionen mit dem grobgingrigen Instrumentarium der naiven Alltagspsychologie, das im sozialen Leben als theorieähnliches Deutungsmuster zur Erklärung und Vorhersage von Verhalten fungiert,<sup>64</sup> weshalb sich auch bei juristischen Begriffen die notorische Vermischung deskriptiver mit wertenden Aussagen findet, ersichtlich an doppeldeutigen Attributen wie Billigen, Ernstnehmen, Sich-Abfinden oder Gleichgültigkeit. Ganz ohne das alltagstheoretische Besteck wird das Recht freilich nicht auskommen können.<sup>65</sup> Zu ergänzen ist, dass die deskriptiven Komponenten, also die „psychischen Modi“, allein keine zureichende Beschreibung für anerkannte Strafwürdigkeitsdifferenzen liefern,<sup>66</sup> weil verschiedene Phänomene in rechtlicher Perspektive gleich zu behandeln sein mögen.

Zustimmung verdient auch die Kritik an der deutschen Strafrahenarchitektur insbesondere bei den Tötungsdelikten, namentlich der Umstand, dass die Strafrahen von vorsätzlichem Totschlag und der fahrlässigen Tötung nahtlos anei-

inander anschließen<sup>67</sup> und sich nicht überlappen,<sup>68</sup> und, wenn Mordmerkmale wie der Einsatz gemeingefährlicher Mittel bei illegalen Straßenrennen in Betracht kommen, der Unterschied von Vorsatz und Fahrlässigkeit zur implausiblen Diskrepanz von fixer lebenslanger Strafe und maximal fünf Jahren zeitiger Strafe anschwillt. Gemildert wird dies sektoriell zwar durch den Tatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge, der Fälle des alten *dolus indirectus* abdeckt, weshalb für die fahrlässige Tötung ursprünglich nur Fälle der *culpa levis* übrig zu bleiben schienen,<sup>69</sup> doch erfassen die todeserfolgsqualifizierten Delikte nur wenige enge Fallgruppen. Das traditionelle Verständnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit als sich wechselseitig ausschließende Komplementärbegriffe<sup>70</sup> hat womöglich zu dem Fehlschluss verleitet, dass auch die Strafrahen von §§ 212, 222 StGB komplementär sein müssten – dies ist im Common Law und im Model Penal Code besser gelöst worden, wie wir gleich (1. b) sehen werden. Der Blick ins fremde Recht kann also aufschlussreich sein, weshalb sich die Frage anschließt:

#### 1. Inwieweit eignet sich die Model Penal Code-recklessness als Vorbild?

a) Wie oben unter II. skizziert, ist die Definition von *recklessness* im Model Penal Code nicht ganz unkompliziert.<sup>71</sup> Wenn man sich an diesen Begriff anlehnt, ist zu klären, in welchem Umfang dies möglich und sinnvoll ist. Wie gesehen, weist *recklessness* auch eine objektive Komponente auf, die mit der von *negligence* identisch ist: Der Täter muss ein *substantial and unjustifiable risk*, ein erhebliches und nicht zu rechtfertigendes Risiko der Tatbestandsverwirklichung geschaffen haben, dessen Missachtung objektiv einen groben Sorgfaltsverstoß darstellt.

Im amerikanischen Recht wird für die Qualität als *unjustifiable* auf die Motive des Täters abgestellt, also ob er etwa einen Rettungszweck verfolgte.<sup>72</sup> Im deutschen Recht würde die Frage der Schaffung eines nicht zu rechtfertigenden Risi-

<sup>59</sup> *Hörnle*, JZ 2019, 440 (444, 447 f.).

<sup>60</sup> *Hörnle*, JZ 2019, 440 (447 f.).

<sup>61</sup> *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (699 f.); *Hörnle*, JZ 2019, 440 (441, 448).

<sup>62</sup> *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 406 f. m.w.N.; *Horder* (Fn. 24), S. 217; *Perron*, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, 1998, S. 145 (148).

<sup>63</sup> *Schmidhäuser*, JuS 1980, 241 (249); ähnlich wie hier *Perron* (Fn. 62), S. 148 f.

<sup>64</sup> Dazu eingehend *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 428 ff.

<sup>65</sup> Dazu *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 151 ff., 428 ff.

<sup>66</sup> *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 435.

<sup>67</sup> Zählt man die unbenannten minder schweren Fälle des § 213 StGB hinzu, besteht zwar eine Überlappung, *dolus eventualis* genügt für Bejahung der Minderung aber, soweit ersichtlich, allein nicht.

<sup>68</sup> Vgl. *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 (660); *Hörnle*, JZ 2019, 440 (447 Fn. 74).

<sup>69</sup> Dazu *Stuckenberg*, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 693 (696 ff.), mit Verweis auf *Goldammer*, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die preußischen Staaten, Theil II, 1852, S. 419 (zu § 184 prStGB, der Vorgängernorm des § 222 StGB).

<sup>70</sup> *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 69; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 29 III. 3. c) (S. 301); *Dreher*, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12, 1959, S. 119.

<sup>71</sup> Eingehend *Simons*, Ohio State Law Journal 1 (2003), 179 (188 ff.).

<sup>72</sup> *People v. Hall*, 999 P.2d 207, 218 (Colo. 2000); *Treiman*, American Journal of Criminal Justice 9 (1981), 281 (339 ff.).

kos im Rahmen der objektiven Zurechnung (ist das Risiko generell erlaubt?) und der Rechtfertigung (ist es ausnahmsweise erlaubt?) behandelt, so dass dieser Teil der recklessness keines gesonderten Imports bedürfte. Es fragt sich dann, was mit substantial gemeint ist und ob das Attribut unabhängig von unjustifiable ist derart, dass es sich vielleicht um ein besonders großes Risiko handeln müsste, etwa im Sinne der *Puppischen* Vorsatzgefahr<sup>73</sup>. Der Model Penal Code selbst hält substantial für nicht weiter definierbar und will die Frage der Jury überlassen.<sup>74</sup> In den Bundesstaaten, die die Formulierung übernommen haben, besteht Einigkeit, dass recklessness – anders als im Schadensersatzrecht<sup>75</sup> – kein größeres Risiko erfordert als criminal negligence. Der Unterschied zwischen recklessness und negligence besteht also allein darin, ob das Risiko erkannt wurde oder nicht.<sup>76</sup> Das Attribut substantial wird zudem nicht als selbständig angesehen, sondern durch das Merkmal unjustifiable mitdefiniert.<sup>77</sup> Dafür, ob ein Risiko substantial ist, kommt es zum einen maßgebend darauf an, ob es einen guten Grund gab, es einzugehen, und zum anderen auf Art und Ausmaß des möglichen Schadens. Eine bestimmte Risikohöhe, etwa überwiegende Wahrscheinlichkeit, ist nicht erforderlich.<sup>78</sup> Auch ein geringes Risiko von unter 1 % ist demnach substantial, wenn es bloß aus Übermut geschaffen wird.<sup>79</sup> Aus Sicht der Gerichte reicht ein geringes Todesrisiko ohne weiteres aus im Gegensatz zur hohen Wahrscheinlichkeit eines minimalen Schadens.<sup>80</sup>

Daran ändert auch das traditionelle Common Law-Dogma nichts, dass criminal negligence einen größeren Sorgfaltsverstoß („gross deviation from the standard of reasonable care“) verlangt als civil negligence, schon weil notorische Unklar-

heit darüber besteht,<sup>81</sup> wie diese Differenz – die ohnehin von der Jury beurteilt wird – im Einzelfall zu konkretisieren ist.

Folglich verlangt recklessness auch nicht, dass der Täter sich ein qualifiziertes, also besonders großes Erfolgsrisiko vorstellt. Sofern in den Vorschlägen die Kenntnis eines besonders hohen Risikos verlangt wird oder ersatzweise die Kenntnis einer massiven Sorgfaltsverletzung, die das Niveau gewöhnlicher Fahrlässigkeit übersteigt,<sup>82</sup> genügen soll, hat dies jedenfalls in der recklessness des Model Penal Code kein Vorbild. Das von *Hörnle* aufgezeigte weitere Problem, dass Personen trotz hochriskanten Verhaltens das damit verbundene Risiko nicht erkennen mögen, besteht bei recklessness im Übrigen in gleicher Weise,<sup>83</sup> auch wenn die Rechtspraxis bisher keine Präzisierungen vorgenommen hat und inkonsistent erscheint, was etwa die Relevanz von Fehleinschätzungen der individuellen Beherrschbarkeit des Risikos<sup>84</sup> angeht. Der Nachweis bewusst riskanten Verhaltens hat sich als schwierig erwiesen<sup>85</sup> und geschieht regelmäßig indiziell, auch unter Rückgriff darauf, was eine sorgfältige Person erkannt hätte.<sup>86</sup> Sowohl der Model Penal Code als auch das positive amerikanische Recht arbeiten im Übrigen immer noch in erheblichem Umfang mit Rechtsvermutungen.<sup>87</sup> Auf eine weitere Schwierigkeit bei der Rechtsanwendung haben empirische Studien in den USA hingewiesen, indem sie gezeigt

<sup>73</sup> Vgl. *Perron* (Fn. 62), S. 151 f.

<sup>74</sup> Model Penal Code and Commentaries, Part I, §§ 1.01 to 2.13, S. 237.

<sup>75</sup> *Dressler*, *Understanding Criminal Law*, 6. Aufl. 2012, S. 135: im Schadensersatzrecht wird ein very substantial risk verlangt.

<sup>76</sup> Model Penal Code and Commentaries, Part I, §§ 1.01 to 2.13, S. 240; *People v. Hall*, 999 P.2d 207, 219 Fn. 12 (Colo. 2000); *Dressler* (Fn. 75), S. 135, 142; *Fletcher*, *Rethinking Criminal Law*, 1978, S. 261; *Treiman*, *American Journal of Criminal Justice* 9 (1981), 281 (300, 337 f., 348 f., 375); krit. *Simons*, *Ohio State Law Journal* 1 (2003), 179 (191 ff.); unzutreffend daher *Moore/Hurd*, *Criminal Law and Philosophy* 5 (2011), 147 (149).

<sup>77</sup> Dazu *Dressler*, *California Law Review* 88 (2000), 955 (957 f.); *Alexander/Ferzan*, *Crime and Culpability*, 2009, S. 25 ff., halten das Attribut substantial für überflüssig; krit. *Simons*, *Ohio State Law Journal* 1 (2003), 179 (189 ff.).

<sup>78</sup> *People v. Hall*, 999 P.2d 207, 217 f. (Colo. 2000); *Chiesa*, *Marquette Law Review* 102 (2018), 575 (580).

<sup>79</sup> *LaFave*, *Substantive Criminal Law*, 3. Aufl. 2017 (Dezember 2021 Update), § 5.4 (f); *Dressler* (Fn. 75), S. 132 Fn. 89.

<sup>80</sup> *People v. Lewie*, 17 N.Y.3d 348, 357; 929 N.Y.S.2d 522, 527; 953 N.E.2d 760 (NY 2011); *People v. Hall*, 999 P.2d 207, 217 f. (Colo. 2000); *State v. Standiford*, 769 P.2d 254, 263 Fn. 9 (Utah 1988).

<sup>81</sup> Model Penal Code and Commentaries, Part II, §§ 210.0 to 213.6, S. 83: „It is a fair comment that, at the time the Model Code was drafted, American courts had not been able to articulate with any precision the ingredients that properly should inform the determination of negligence.“; *Stark* (Fn. 17), S. 48 m.w.N. Auch in den Staaten, die die Formulierung des MPC übernommen haben, ist die Wendung „gross deviation“ als zu unbestimmt und daher verfassungswidrig gerügt worden, soweit ersichtlich aber ohne Erfolg, dazu *Treiman*, *American Journal of Criminal Justice* 9 (1981), 281 (350).

<sup>82</sup> *Hörnle*, *JZ* 2019, 440 (446 f.).

<sup>83</sup> Eingehend *Ferzan*, *Journal of Criminal Law and Criminology* 91 (2001), 597 (602 ff.); *Simons*, *Ohio State Law Journal* 1 (2003), 179 (194 f.); *ders.*, *Arizona State Law Journal* 53 (2021), 655 (662 ff.); *Alexander/Ferzan* (Fn. 77), S. 51 ff.; *Stark* (Fn. 17), S. 90 ff. m.w.N.; *Husak*, *Criminal Law and Philosophy* 5 (2011), 199; siehe auch *Bandes*, *Law and Philosophy* 29 (2010), 433 (438 ff.).

<sup>84</sup> Nachweise bei *Simons*, *Ohio State Law Journal* 1 (2003), 179 (191).

<sup>85</sup> Dazu schon *Arzt* (Fn. 14), S. 133 ff. m.w.N. zum New Yorker Recht.

<sup>86</sup> *People v. Hall*, 999 P.2d 207, 220 (Colo. 2000); *Morones v. Uribe*, 2013 WL 1415099 (C.D. Cal. 2013), S. 6; vgl. Justice Gilbert, in: *People v. Moore*, 187 Cal.App.4th 937, 941; 114 Cal.Rptr.3d 540 (2010): „Whether Moore was subjectively aware of the risk is best answered by the question: how could he not be? It takes no leap of logic for the jury to conclude that because anyone would be aware of the risk, Moore was aware of the risk.“ Zu Kalifornien siehe *Ruppenthal*, *Der bedingte Tötungsvorsatz*, 2017, S. 329 ff.

<sup>87</sup> Zum Beispiel Vermutung der recklessness in § 211.2 S. 2 MPC; zu Kalifornien siehe *Ruppenthal* (Fn. 86), S. 329 ff.

haben, dass der Begriff der recklessness i.S.d. Model Penal Code von Geschworenen häufig missverstanden wird.<sup>88</sup> Dies stimmt mit Ergebnissen der Attributionsforschung überein, dass Laien die Differenz von Absicht und Fahrlässigkeit leicht begreifen, feinere rechtliche Differenzierungen hingegen schwerer zu vermitteln sind.<sup>89</sup>

Unklarheit besteht schließlich auch über das Merkmal conscious disregard, nämlich, ob es mehr verlangt als Handeln trotz erkannten Risikos. Mitunter wird auch hier eine bewusste Stellungnahme verlangt,<sup>90</sup> die dem Billigen oder Ernstnehmen beim dolus eventualis gleichkommt.

b) Als nächstes fragt sich, ob recklessness als Markierung eines mittleren Strafniveaus Vorbildcharakter hat. Dies wird sich allenfalls mit erheblichen Einschränkungen sagen lassen. Beide Vorschläge befürworten eine konsistent an den drei Formen der subjektiven Tatseite orientierte Strafrahmensystematik, die es aber so weder im Model Penal Code noch in den sich daran anlehnenden Bundesstaaten gibt.<sup>91</sup> Eine vierfache Stufung des Sanktionsniveaus gemäß seinen vier culpability terms kommt im Model Penal Code nie vor, auch sonst sind Abstufungen selten: Nur bei den Tötungsdelikten werden drei Stufen unterschieden, bei Körperverletzung (simple assault) und Brandstiftung<sup>92</sup> noch zwei. Meistens werden mehrere Merkmale zusammengefasst, etwa purpose und knowledge (bei den Tötungsdelikten<sup>93</sup>), manchmal aber auch purpose, knowledge und recklessness<sup>94</sup> oder purpose und recklessness<sup>95</sup> oder praktisch alles, nämlich purpose, recklessness und negligence<sup>96</sup>. Die Frage, ob eine solche Sanktionshierarchie sinnvoll ist, wird im nächsten Abschnitt behandelt. Hier soll zunächst darauf hingewiesen werden, dass weder der Model Penal Code<sup>97</sup> noch davon beeinflusste Staaten wie New York diese Hierarchie im bedeutsamsten Anwendungsfall, den Tötungsdelikten, konsequent durchführen.

Der Model Penal Code unterscheidet zwar im Grundsatz drei Strafniveaus: das schwerste gilt für absichtliche und wissentliche Tötung, das mittlere für recklessness und das

mildeste für Fahrlässigkeit.<sup>98</sup> Die Strafrahmens überschneiden sich großflächig, weil allen das Minimum von einem Jahr gemeinsam ist. In den Bundesstaaten, die diesem Ansatz folgen, unterscheidet sich auch das Strafniveau mitunter deutlich.<sup>99</sup> So beträgt das Höchstmaß der Freiheitsstrafe für reckless homicide im Model Penal Code zehn Jahre, in Colorado vier Jahre, in New York 15 und in New Hampshire 30 Jahre.

Gleichwohl übernimmt der Model Penal Code aus dem überlieferten englischen Common Law zwei weitere mens rea-Formen von murder: Der absichtlichen bzw. wissentlichen Tötung gleichgestellt wird die recklessly begangene Tötung, wenn sie unter Umständen erfolgt, die eine extreme Gleichgültigkeit gegenüber dem Wert menschlichen Lebens manifestieren („criminal homicide constitutes murder when it is committed recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life“, § 210.2 (1) (b) cl. 1) MPC). Diese auch depraved heart-murder,<sup>100</sup> aban-

<sup>98</sup> Die Strafrahmens sind im Einzelnen: für absichtliche und wissentliche Tötung (murder, § 210.2 (1) (a), (2): felony in the first degree: §§ 6.01 (1) (a), 6.06 (1): Haftstrafe von ein bis zehn Jahren bis lebenslang; für recklessness (manslaughter, § 210.3 (1) (a), (2): felony in the second degree: §§ 6.01 (1) (b), 6.06 (2): Haftstrafe von mindestens ein bis drei Jahren bis max. zehn Jahre; für Fahrlässigkeit (negligent homicide, § 210.4 (1), (2): felony in the third degree: §§ 6.01 (1) (c), 6.06 (3)): Haftstrafe von mindestens ein bis zwei bis max. fünf Jahren.

<sup>99</sup> Vgl. einerseits New York, wo allerdings grundsätzlich unbestimmte Haftstrafen verhängt werden, New York Penal Law § 70.00 (1), mit folgenden Strafrahmens: depraved indifference und intentional homicide = murder in the second degree, §§ 125.25 (2), 70.00 (2) (a), (3) (a): mindestens 15–25 Jahre bis lebenslang; reckless manslaughter, § 125.15 (2), § 70.00 (2) (c): ein bis 15 Jahre; für fahrlässige Tötung, § 125.10, § 70.00 (2) (e): ein bis vier Jahre. Vgl. das Strafrecht Colorados: Colo.Rev.Stat. § 18-1.3-401 (1) (a) i.V.m. § 18-3-102 (1) (a): after deliberation and with intent, (1) (d) universal malice/extreme indifference to the value of human life generally: class 1 felony: lebenslang/Tod, § 18-3-103 (1) (a): knowingly, class 2 felony: acht bis zwölf Jahre; § 18-3-104 (1) (a) reckless: class 4 felony: zwei bis vier Jahre; negligence, § 18-3-105: class 5 felony: bis zu zwei Jahre. New Hampshire Rev. Stat.: purpose: First Degree Murder, § 630:1-a (I) (a): lebenslang; knowledge & extreme indifference: Second Degree Murder, § 630:1-b (I) (a), lebenslang oder zeitig; recklessness: Manslaughter, § 630:2 (I) (b), bis zu 30 Jahre Haft; Negligent Homicide, § 630:3 (I), Class B felony, max. sieben Jahre Haft, § 651:2 (II) (b).

<sup>100</sup> Nach den Formulierungen von *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, 1769, Bd. 4, S. 198 f.: „[...] malice aforethought [...]. This is the grand criterion, which now distinguishes murder from other killing: and this malice pre-pense, *malitia praecogitata*, is not so properly spite or malevolence to the deceased in particular, as any evil design in general; the dictate of a wicked, depraved and malignant heart; *un disposition a faire un male chose*.“, mit Verweis auf

<sup>88</sup> *Shen/Hoffman/Jones/Greene*, New York University Law Review 86 (2011), 1306 (1337 ff.); *Ginther/Shen/Bonnie/Hoffman/Jones/Marois/Simons*, Vanderbilt Law Review 67 (2014), 1327; siehe auch *Levinson*, Howard Law Journal 49 (2005–06), 1 (9 ff.) m.w.N.

<sup>89</sup> Nachweise bei *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 173 Fn. 888.

<sup>90</sup> So etwa *Baron*, Criminal Law and Philosophy 14 (2020), 69 (71 f.); eingehend *Treiman*, American Journal of Criminal Justice 9 (1981), 281 (351 ff.).

<sup>91</sup> *Robinson*, Hastings Law Journal 31 (1980), 815 (820); *Simons*, Ohio State Law Journal 1 (2003), 179 (201).

<sup>92</sup> § 220.1 (1) und (2) MPC: Arson und Reckless Burning.

<sup>93</sup> § 210.2 (1) MPC; auch bei Forgery, § 224.1 (1); § 224.2: Simulating Objects of Antiquity.

<sup>94</sup> Etwa § 211.1 (1) (a), (b) MPC: Simple Assault; § 211.1 (2) (a) MPC: Aggravated Assault; siehe auch *Chiesa*, Marquette Law Review 102 (2018), 575 (586 Fn. 75).

<sup>95</sup> § 211.3 MPC: Terroristic Threats; § 220.3 (b), (c): Criminal Mischief; § 250.11 MPC: Cruelty to Animals.

<sup>96</sup> § 220.3 (a) MPC: Criminal Mischief.

<sup>97</sup> Dazu *Simons*, Ohio State Law Journal 1 (2003), 179 (196 f.).

done and malignant heart-murder<sup>101</sup> oder depraved indifference genannte Kategorie, wörtlich etwa: Mord mit verderbtem, boshafem Herzen, ist seit langem eine der vier klassischen Formen von malice, der subjektiven Tatseite des Mordes nach Common Law. Der Model Penal Code ist dafür kritisiert worden, keine präzisere Definition dieser Kategorie gegeben zu haben.<sup>102</sup> Eine weitere Form von malice ist der Vorsatz, ein beliebiges Verbrechen zu begehen, bei dessen Verwirklichung jemand, sei es auch nur zufällig, getötet wird, sog. felony murder-rule, eine schuldgelöste Todeserfolgsqualifikation, die der Model Penal Code dahin abschwächt, dass er in diesen Fällen die vorgenannte extreme indifference vermutet, § 210.2 (1) (b) cl. 2 MPC<sup>103</sup>. Eine weitere, allgemeine Einschränkung der Hierarchie liegt in der Gleichstellung von knowledge mit der Vorstellung hoher Wahrscheinlichkeit (§ 2.02 (7) cl. 2 MPC) als abgeschwächte Version der herkömmlichen willful blindness-Regel, die viele Bundesstaaten beibehalten haben und die im Bundesstrafrecht großzügig angewendet wird: Wer es vermieden hat, einen sich aufdrängenden Umstand zur Kenntnis zu nehmen, wird behandelt, als ob er ihn gekannt hätte.<sup>104</sup>

Die Kategorie des depraved heart-murder ist hier von doppeltem Interesse. Zum einen begründet der Model Penal Code die Gleichstellung dieser Fallgruppe der recklessness mit Absicht bzw. Wissentlichkeit schlicht damit, dass solche äußerste Gleichgültigkeit in gleicher Weise strafwürdig sei; folglich gibt es Wertungsgesichtspunkte, die die Abstufung nach kognitiven oder optativischen Aspekten überlagern und eine normative Gleichstellung unterschiedlicher Phänomene rechtfertigen können.<sup>105</sup> Wann genau ein solcher Extremfall vorliegt, wird den Geschworenen überlassen. Die Fallgruppe ist alt. *Blackstone* nannte im 18. Jahrhundert als Beispiel das Schießen in eine Gruppe von Menschen.<sup>106</sup> Heute werden

typischerweise Fälle hochriskanten Verhaltens aus nichtigem Anlass genannt wie russisches Roulette zu spielen.<sup>107</sup> Der Model Penal Code selbst und manche US-Bundesstaaten wie New York haben depraved indifference auf andere Tatbestände ausgedehnt wie aggravated assault, § 211.2 (a) MPC, oder leichtfertige Lebensgefährdung (reckless endangerment).<sup>108</sup> Zwar soll es sich nur um eine eng begrenzte Fallgruppe handeln,<sup>109</sup> dafür wird die Kategorie aber recht häufig angewandt.

Zum anderen ist von besonderem Interesse, dass auch Fälle illegaler Autorennen auf öffentlichen Straßen mit tödlichem Ausgang darunter subsumiert werden. Solche Raserfälle beschäftigen die US-amerikanischen Gerichte, seitdem es Autos gibt.<sup>110</sup> Normaler Tötungsvorsatz wird hier nicht vermutet, weil er mit dem Ziel, das Rennen zu gewinnen, und dem Ziel der Selbsterhaltung unvereinbar sei.<sup>111</sup> Einschlägig sind oft eine ganze Reihe von Straftatbeständen wie vehicular homicide oder Gefährdungsdelikte.<sup>112</sup> Seit den 1960er Jahren<sup>113</sup> finden sich aber auch regelmäßig Anklagen und Verurteilungen wegen depraved heart murder,<sup>114</sup> da es diese Figur in etwa drei Viertel der US-Bundesstaaten (zumeist eingestuft als second degree murder, vereinzelt in der niedrigeren Kategorie manslaughter<sup>115</sup>) gibt. Das Strafmaß ist zumeist beträcht-

<sup>107</sup> Vgl. *Commonwealth v. Malone*, 47 A.2d 445 (Pa. 1946): „Russian poker“; *Fletcher* (Fn. 76), S. 265 m.w.N.

<sup>108</sup> New York Penal Law § 120.25, vgl. *People v. Feingold*, 852 N.E.2d 1163, 1164 (NY 2006).

<sup>109</sup> *People v. Suarez*, 6 N.Y.3d 202, 207; 811 N.Y.S.2d 267; 844 N.E.2d 721 (2005); *People v. Maldonado*, 18 N.E.3d 391, 395; 993 N.Y.S.2d 680, 684; 24 N.Y.3d 48, 53 (2014): „depraved indifference murder properly applies only to a small, and finite, category of cases where the conduct is at least as morally reprehensible as intentional murder“.

<sup>110</sup> *Saavedra*, L.A. Times v. 27.6.2021, G1, zitiert nach *Clar*, *McGeorge Law Review* 34 (2003–04), 372 (374 Fn. 25).

<sup>111</sup> Zum Beispiel *State v. Butler*, 11 Ohio St.2d 23; 40 Ohio Op.2d 43; 227 N.E.2d 627, 637 (1967).

<sup>112</sup> Vgl. nur *People v. Maldonado*, 18 N.E.3d 391; 993 N.Y.S.2d 680; 24 N.Y.3d 48, 51 (2014); zur strafrechtlichen Einstufung siehe 89 A.L.R.6th 565.

<sup>113</sup> *Stallard v. State*, 209 Tenn. 13; 348 S.W.2d 489 (1961): 10 Jahre Haft; *Clemon v. State*, 218 Ga. 755; 130 S.E.2d 745, 749 (1963): lebenslange Haft.

<sup>114</sup> Umfangreiche Nachweise in 21 A.L.R.3d 116 ff. und 89 A.L.R.6th 565 ff.; vgl. *Garrett v. Brewer*, 2018 WL 1509187 (E.D.Mich. 2011), S. 6 m.w.N.; *Morones v. Uribe*, 2013 WL 1415099 (C.D.Cal. 2013); *Wagner v. State*, 76 Wis.2d 30; 250 N.W.2d 331, 339 ff. (1977); *People v. Goecke*, 457 Mich. 442, 471 f.; 579 N.W.2d 868 (1998); *People v. Aldrich*, 246 Mich.App. 101; 631 N.W.2d 67 (2001); *Aldrich v. Bock*, 327 F.Supp.2d 743, 763 mit zahlreichen Nachweisen (E.D.Mich. 2004); second degree murder nach dem Recht Michigans: intent to create a very high risk of death or great bodily harm with the knowledge that death or great bodily harm is the probable result; *People v. Canizalez*, 197 Cal.App.4th 832; 128 Cal. Rptr. 3d 565 (2d Dist. 2011).

<sup>115</sup> Wobei dies nicht mit einem geringerem Strafniveau einhergehen muss, *Or.Rev.Stat.* § 163.118 (1), manslaughter in

*Foster's*, *Crown Law*, 1762, S. 256 („symptoms of a wicked, depraved, malignant spirit“).

<sup>101</sup> So die kalifornische Terminologie, vgl. *California Penal Code* § 188 (a) (2); *People v. Poddar*, 10 Cal.3d 750; 518 P.2d 342, 347; 111 Cal. Rptr. 910 (1974); *Ruppenthal* (Fn. 86), S. 318 ff.

<sup>102</sup> *Michaels*, *Columbia Law Review* 85 (1985), 786 (789); *Nourse*, *Buffalo Criminal Law Review* 6 (2002), 361 (367 f.); siehe auch *Bergelson*, *Arizona State Law Journal* 53 (2021), 399 (415 ff.).

<sup>103</sup> § 210.2 (1) (b) cl. 2 MPC lautet: „Such recklessness and indifference are presumed if the actor is engaged or is an accomplice in the commission of, or an attempt to commit, or flight after committing or attempting to commit robbery, rape or deviate sexual intercourse by force or threat of force, arson, burglary, kidnapping or felonious escape.“ Krit. dazu *Bergelson*, *Arizona State Law Journal* 53 (2021), 399 (415).

<sup>104</sup> Vgl. nur *Simons*, *Arizona State Law Journal* 53 (2021), 655.

<sup>105</sup> *Fletcher* (Fn. 76), S. 447, hält depraved heart-murder und felony murder-rule für Surrogate des dolus eventualis; ähnlich *Chiesa*, *Marquette Law Review* 102 (2018), 575 (593 f.).

<sup>106</sup> *Blackstone* (Fn. 100), S. 200; aktuelle Fälle: *United States v. Báez-Martínez*, 950 F.3d 119, 126 (1st Cir. 2020); *United States v. Begay*, 33 F.4th 1081, 1091 f. (9th Cir. 2022).

lich: In Kalifornien haben Raser wegen second degree murder Haftstrafen von 45 oder 48 Jahren bis lebenslang erhalten,<sup>116</sup> in Georgia lebenslang<sup>117</sup>. Auch Polizeiflüchtfälle, bei denen Passanten getötet wurden, sind als depraved heart-murder behandelt worden.<sup>118</sup> Die genauen Kriterien sind wenig klar, die einzelstaatlichen Gerichte stellen teils auf Gleichgültigkeit als subjektiven Gemütszustand ab; so ist extreme indifference verneint worden, wenn der Raser noch in letzter Sekunde versuchte, dem Kollisionsopfer auszuweichen, er also nicht extrem gleichgültig gewesen sei.<sup>119</sup> Überwiegend und zunehmend wird aber auf objektive Kriterien abgestellt wie die Höhe des Risikos oder die Gefährdung einer Mehrzahl von Personen.<sup>120</sup>

Insgesamt erscheint das Konzept der recklessness des Model Penal Code als Vorbild für ein mittleres Strafniveau nur bedingt tauglich, weil es einige signifikante Durchbrechungen gibt, die gerade in Raserfällen zur Gleichbehandlung mit schwerster Vorsätzlichkeit führen können, wobei die Grenzziehung umstritten und ausgesprochen unscharf ist.

## 2. Ist eine subjektiv begründete Sanktionsabstufung sinnvoll?

Auch wenn man von diesen systematischen Schönheitsfehlern des Modellgesetzes und der Fremdrechtswirklichkeit absehen wollte, bleibt die wesentliche Frage, warum man überhaupt eine culpability hierarchy als Sanktionsabstufung übernehmen sollte. In Frage gestellt wird damit die Prämisse beider Vorschläge, dass recklessness bzw. dolus eventualis generell weniger strafwürdig sei als dolus directus und generell strafwürdiger als unbewusste Fahrlässigkeit. Der Hierarchie des Model Penal Code wird zwar eine gewisse intuitive Plausibilität bescheinigt,<sup>121</sup> was daran liegen dürfte, dass sie sich mit den Mustern der Alltagsattribution<sup>122</sup> im Wesent-

lichen zu decken scheint<sup>123</sup>. Damit ist ihre normative Berechtigung aber noch nicht dargetan, die auch in der englischsprachigen wissenschaftlichen Diskussion durchaus kontrovers beurteilt wird,<sup>124</sup> sowohl im Grundsatz wie im Detail. So hat etwa Duff im selben Jahr 2019 den gegenläufigen Vorschlag gemacht, die ihm zu weit scheinende recklessness zu reduzieren und dolus eventualis neben die Wissentlichkeit zu stellen, weil das Hinnehmen des Erfolges und das Vertrauen auf einen guten Ausgang zwei praktische Haltungen (practical attitudes) von unterschiedlichem moralischen Wert seien.<sup>125</sup>

Es ist offensichtlich, dass Vorsatz, Fahrlässigkeit usw. nicht als vermeintliche „psychische Fakten“ strafrechtlich relevant sind, sondern als Symbol- oder Bedeutungsträger.<sup>126</sup> Die entscheidende Frage ist dann, welcher Maßstab für die Ermittlung der fraglichen Bedeutung gilt und woher er seine strafrechtliche Legitimation bezieht. Bisweilen wird auf ethische<sup>127</sup> oder moralische<sup>128</sup> Bewertungen abgestellt, die allerdings im Strafrecht genauso systemfremd sind wie Muster der Alltagsattribution,<sup>129</sup> mögen sich auch oft Koinzidenzen finden. Wenn bewusste und unbewusste Tatbegehung unterschiedliche Strafniveaus markieren, dann müsste dies letztlich aus dem Zweck der Strafe zu erklären sein. Eine unmittelbare Herleitung aus den diversen Straftheorien ist allerdings, wie ich an anderer Stelle ausgeführt habe,<sup>130</sup> kaum möglich. Diese

<sup>123</sup> Empirische Studien zeigen aber auch erhebliche Schwierigkeiten in der Zuordnung, siehe *Levinson*, *Howard Law Journal* 49 (2005–06), 20 ff. (25 ff.).

<sup>124</sup> *Alexander/Ferzan* (Fn. 77), S. 31 f.; *Husak*, *Legal Theory* 1 (1993), 493; *Simons*, *Ohio State Law Journal* 1 (2003), 179 (195 ff.); affirmativ hingegen *Michaels*, *Columbia Law Review* 85 (1985), 786 (802 ff.); *Chiesa*, *Marquette Law Review* 102 (2018), 575 (599 ff.).

<sup>125</sup> *Duff*, *Criminal Law and Philosophy* 13 (2019), 643 (646 ff., 661); ähnlich zuvor *Michaels*, *Southern California Law Review* 71 (1998), 953 (958 ff.), für sein Konzept der acceptance (zu dolus eventualis).

<sup>126</sup> Ausdruck nach *Jakobs*, in: Neumann/Schulz (Hrsg.), *Verantwortung in Recht und Moral*, ARSP-Beiheft 74 (2000), S. 57 (68).

<sup>127</sup> So schon v. *Hippel* (Fn. 13), S. 510: Verschiedenheit des ethischen Vorwurfs.

<sup>128</sup> *Hörnle*, *JZ* 2019, 440 (444); auch *Duff*, *Criminal Law and Philosophy* 13 (2019), 643 (657 ff.); eindringlich *Moore*, *Mechanical Choices*, 2020, S. 87 ff.; *Hurd/Moore*, *Criminal Law and Philosophy* 15 (2021), 495 (497, 503 f.).

<sup>129</sup> Dass Absichtstäter vom Opfer regelmäßig als feindselig und damit als bedrohlicher empfunden werden als Fahrlässigkeitstäter (*Hörnle*, *JZ* 2019, 440 [447 f.]), trifft zu, besagt aber nichts für eine Strafwürdigkeitsdifferenz, für die es auf die Opferperspektive nicht ankommt, wenn man darin nicht zugleich eine stärkere Erschütterung des Normvertrauens der Bevölkerung annimmt (so *Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, 1983, S. 49) oder eine intensivere Verletzung der Friedenspflicht (so *Hörnle*, a.a.O., 448); zur begrenzten Tragfähigkeit auch dieser Topoi *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 435 ff.; zur Zirkularität *Stam*, *JZ* 2018, 601 (605).

<sup>130</sup> *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 430 ff.

the first degree: max. 20 Jahre; Va. Code Ann. § 18.2-36.1 (B), aggravated involuntary manslaughter: ein bis 20 Jahre; dazu *Duffy*, *Duke Law Journal* 57 (2007), 425 (436).

<sup>116</sup> *People v. Canizalez*, 197 Cal.App.4th 832, 836; 128 Cal. Rptr. 3d 565, 570 (2d Dist. 2011).

<sup>117</sup> *Clemon v. State*, 218 Ga. 755; 130 S.E.2d 745, 749 (1963).

<sup>118</sup> Zum Beispiel *People v. Herrera*, 202 A.D.3d 517; 162 N.Y.S.3d 61 (2022), Strafe: 18 Jahre bis lebenslang.

<sup>119</sup> *People v. Maldonado*, 18 N.E.3d 391; 993 N.Y.S.2d 680; 24 N.Y.3d 48 (2014); *People v. Prindle*, 16 N.Y.3d 768; 919 N.Y.S.2d 491; 944 N.E.2d 1130 (2011).

<sup>120</sup> Dazu *Michaels*, *Columbia Law Review* 85 (1985), 786 (790 ff.); *ders.*, *Southern California Law Review* 71 (1998), 953 (1002 ff.); *Duffy*, *Duke Law Journal* 57 (2007), 425 (433 ff.), jeweils m.w.N.; siehe auch *Chiesa*, *Marquette Law Review* 102 (2018), 575 (592 ff.); *Dressler*, *Texas Tech Law Review* 47 (2014), 89 (94 ff.); *Nourse*, *Buffalo Criminal Law Review* 6 (2002), 361 (367 ff., 371 ff.); *Abramovsky/Edelstein*, *Syracuse Law Review* 55 (2005), 455.

<sup>121</sup> *Duff*, *Criminal Law and Philosophy* 13 (2019), 643 (645).

<sup>122</sup> Dazu *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 168 ff. m.w.N.; dagegen etwa *Michaels*, *Columbia Law Review* 85 (1985), 786 (802 ff.), wonach die MPC-Hierarchie sowohl aus Sicht utilitaristischer als auch retributiver Straftheorien optimal sei.

zwar kulturell variierende,<sup>131</sup> aber im Kern praktisch universelle soziale Symbolik der Attributionsmuster ist dem Strafrecht vorgelagert und kann von diesem nur integriert werden, wie man etwa an dem an sich rein spezialpräventiv<sup>132</sup> konzipierten Model Penal Code sieht. Die Muster der Alltagsattribution werden vielmehr im Strafrecht übersetzt in Werthaltungen<sup>133</sup> gegenüber dem Recht und seinen Inhalten. Diese Symbolik ist grobschlüchtig und hat lediglich indiziellen, d.h. auch vorläufigen Charakter hinsichtlich der Normbefolgungsmotivation bzw. Rechtstreue: Der bewusst Handelnde<sup>134</sup> negiert den Obersatz (den Normbefehl) und indiziert offenen Widerspruch zur Norm, unbewusste Fahrlässigkeit negiert irrig den Untersatz (die Anwendungsbedingungen der Norm) und enthält selbst keine Stellungnahme zur Norm. Die kognitiven und optativischen Zwischenstadien sind uneindeutig, wie sich daran zeigt, dass in vielen Rechtskreisen (civil law, common law, islamisches Recht) alle denkbaren Lösungen auch in auffällig disparater Weise praktiziert werden.<sup>135</sup>

Ob sich innerhalb der Formen bewusster Tatbegehung verschiedene Schweregrade etablieren lassen, ist seit langem und vielerorts sehr umstritten; die – neuerdings auch bei uns vom BGH zur Abstufung der Vorsatzformen<sup>136</sup> – vorgebrachten Aspekte wie Gefährlichkeit, Maß des Normwiderspruchs usw. sind, wie ich in meiner Habilitationsschrift zu zeigen versucht habe, bei näherer Betrachtung allesamt kaum belastbar.<sup>137</sup> Schließlich demonstriert jeder, der bewusst einen Tatbestand verwirklicht, dass die Norm für ihn nicht entscheidungserheblich ist.<sup>138</sup> Maßgebend für die Strafzumessung sind dann nicht die Vorsatzformen, sondern die Gründe für das rechtswidrige Handeln.<sup>139</sup>

<sup>131</sup> Zur Kulturrelevanz siehe *Levinson*, *Howard Law Journal* 49 (2005–6), 1 (9 ff.).

<sup>132</sup> Sog. treatment approach („treatmentism“), vgl. § 1.02 MPC; *Dubber*, *An Introduction to the Model Penal Code*, 2. Aufl. 2015, S. 9 f.

<sup>133</sup> Ausdruck nach *Jakobs* (Fn. 16), S. 36.

<sup>134</sup> Das setzt allerdings Unrechtsbewusstsein voraus, denn der reine Tatbestandsvorsatz ist rechtlich völlig farblos, siehe nur *Jakobs* (Fn. 16), S. 21 ff., 24; *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 428 f. m.w.N.

<sup>135</sup> Nachweise bei *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 435 ff.

<sup>136</sup> BGHSt 63, 54 (56 ff.) mit zust. Anm. *Fahl*, *JR* 2017, 391; differenzierend *Tomiak*, *HRRS* 2017, 225; ablehnend *Streng*, *StV* 2017, 526; eingehende Kritik bei *Stam*, *JZ* 2018, 601 ff.; zur Problemgenese siehe auch *Fahl*, *Zur Bedeutung des Regelatbildes bei der Bemessung der Strafe*, 1996, S. 150 ff.; siehe auch *Grosse-Wilde*, *ZIS* 2019, 130 (135 f.); zur Kriterienlosigkeit der früheren Rspr. krit. *ders.*, *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung*, 2017, S. 214 ff. m.w.N.

<sup>137</sup> *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 435 ff.; *Stam*, *JZ* 2018, 601 (604 ff.); skeptisch auch *Chung*, *Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen*, 2020, S. 47 ff.

<sup>138</sup> *Jakobs*, *ZStW* 123 (2011), 313 (316); *ders.* (Fn. 16), S. 41 f.; *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 438 m.w.N.; *Stam*, *JZ* 2018, 601 (605).

<sup>139</sup> *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 8. Abschn. Rn. 8; vgl. die zutreffenden Beispiele des 4. *Strafsenats*

Desinteresse an der Norm kann sich zudem noch anders zeigen, weshalb kognitive Zustände zumeist nicht allein maßgebend sind: Der ebenfalls alte und weit verbreitete Gedanke, dass Unkenntnis aus belastenden Gründen – ignorantia affectata, crassa et supina, wilful blindness, Tatsachenblindheit – der Kenntnis gleich zu achten sein kann und dass frivole Unachtsamkeit schwerer wiegen kann als Handeln trotz erkannter Erfolgsmöglichkeit,<sup>140</sup> sich insbesondere die Strafwürdigkeit im oberen Bereich der Fahrlässigkeit und unteren Bereich des Vorsatzes überschneiden können,<sup>141</sup> legt nahe, dass „psychische Befunde“ für die Markierung von Strafniveaus nicht allein maßgeblich sind, insbesondere die Unterscheidung von bewusst und unbewusst riskantem Handeln keine unüberwindliche Weichenstellung darstellen sollte<sup>142</sup> – eine Einsicht, die im Model Penal Code wie gezeigt immerhin im Einzelfall umgesetzt ist.

Dies alles spricht dagegen, fein abgestufte Typenklassen der Handlungssteuerung in Strafrahendifferenzen zu übersetzen und ihnen dadurch ein Übergewicht bei der Strafzumessung einzuräumen, das ihnen wertungsmäßig im Verhältnis zur Vielzahl anderer Strafzumessungsfaktoren<sup>143</sup> nicht zukommt. Die in der Vermehrung der Strafrahenabstufungen liegende Steigerung des Schematismus liefe zudem dem Flexibilitätsbedürfnis schuldangemessener Strafzumessung zuwider. Würde man, wozu *Hörnle* neigt,<sup>144</sup> die Strafrahen überlappen lassen, wäre das an sich zu begrüßen, doch fragt sich, worin der Gewinn von drei sich überlappenden Strafrahen gegenüber zwei sich überlappenden Strafrahen läge.

## V. Fazit

1. Das im Model Penal Code definierte Konzept der recklessness taugt nur eingeschränkt als Vorbild für eine neue Kategorie der Leichtfertigkeit als Ersatz für den dolus eventualis,

in seinem Antwortbeschluss NStZ-RR 2017, 238 f.: absichtliche Tötung aus Mitleid oder in notstandsnaher Lage.

<sup>140</sup> Umfangreiche Nachweise bei *Stuckenberg* (Fn. 10), S. 433 Fn. 2337; jüngst *Jakobs* (Fn. 16), S. 29 ff., 32.

<sup>141</sup> *Arzt* (Fn. 14), S. 128.

<sup>142</sup> So auch *Duff*, *Criminal Law and Philosophy* 13 (2019), 643 (660 f.).

<sup>143</sup> In manchen Bundesstaaten wie New York haben zudem zahlreiche Sondertatbestände bei den Tötungsdelikten die mens rea-Hierarchie völlig überwuchert, vgl. nur New York Penal Law §§ 125.10 ff.: Criminally negligent homicide, Aggravated criminally negligent homicide, Vehicular manslaughter in the second degree (mit drei Varianten), Vehicular manslaughter in the first degree (mit sechs Varianten), Aggravated vehicular homicide (sieben Varianten), Manslaughter in the second degree (drei Varianten), Manslaughter in the first degree (vier Varianten), Aggravated manslaughter in the second degree, Aggravated manslaughter in the first degree, Murder in the second degree (zehn Varianten), Aggravated murder (neun Varianten), Murder in the first degree (15 Varianten).

<sup>144</sup> *Hörnle*, *JZ* 2019, 440 (447 Fn. 74): Abstufung nach Gefährlichkeit der Handlung soll die kognitive Dichotomie überlagern können.

zumal recklessness nicht nur im Bereich der Tötungsdelikte noch zwei dem direkten Vorsatz gleichgestellte qualifizierte Formen – die mitunter als Surrogate des dolus eventualis gelten<sup>145</sup> – kennt, von denen eine typischerweise auf Raserfälle Anwendung findet und zugleich eine prekäre Abgrenzung erfordert.

2. Die mens rea-Hierarchie des Model Penal Code taugt als Vorbild für eine Neustrukturierung der Strafrahmensystematik des Besonderen Teils im Sinne einer Dreiteilung (direkter Vorsatz, Leichtfertigkeit, unbewusste Fahrlässigkeit) kaum, weil sie im Modellgesetz selbst nur selten realisiert ist und zudem signifikante Durchbrechungen kennt.

3. Wesentlicher ist der Einwand, dass sich eine solche dreigliedrige Strafrahmenabstufung nach Maßgabe der subjektiven Tatseite nicht empfiehlt, weil die Formen bewusster Tatbegehung keine Schuldschweregrade markieren, die noch dazu Vorrang vor anderen Strafzumessungstatsachen beanspruchen dürften, und jedenfalls nicht ersichtlich ist, wie sich darauf gestützte drastische Sanktionssprünge wie in den amerikanischen Rechten rechtfertigen ließen.

4. Die Figur des dolus eventualis braucht nicht ersetzt zu werden, stattdessen sind die Strafrahmen der §§ 211, 212, 222 StGB zu flexibilisieren.

nicht erkennt. Nach der in Amerika herrschenden Rechtsauffassung muss zum Bewusstsein der Gefahr offenbar noch irgendetwas hinzukommen, aber es ist völlig unklar, was das sein soll. Nach alledem ist die Übernahme der englischen oder der amerikanischen Rechtsfigur der recklessness nicht geeignet, die Probleme zu lösen, die wir mit der Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit haben.

Kommentar von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

Wenn die Unterscheidung zwischen zwei Rechtsbegriffen zu krassen Unterschieden in der Rechtsfolge führt und dazu auch umstritten ist, liegt der Gedanke nahe, einen Zwischenbegriff einzuführen, um diesen Gegensatz zu mildern und gleichzeitig die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den beiden ursprünglichen Begriffen zu beheben, indem man die zweifelhaften und streitigen Fälle in diesem neuen Zwischenbegriff unterbringt. Dabei besteht aber die Gefahr, dass man eine problematische Abgrenzung gegen zwei ebenso problematische eintauscht. Wenn man, in Anlehnung an das englische oder amerikanische Recht, eine Zwischenform zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit namens recklessness bildet, in dem man die Fälle des dolus eventualis mit gewissen Fällen der Fahrlässigkeit zusammenfasst, so erhält man eine Grenze zwischen Vorsatz und jener Zwischenform, nennen wir sie Rücksichtslosigkeit, die recht klar und gut handhabbar ist. Vorsätzlich handelt der Täter, wenn er den Erfolg beabsichtigt, oder irgendetwas beabsichtigt, was nach seiner Vorstellung notwendig mit dem Eintritt des Erfolges verknüpft ist. Dabei empfiehlt es sich, diese Grenze so weit zu flexibilisieren, dass auch die Vorstellung von einer nicht theoretischen, sondern nur praktischen Notwendigkeit genügt.

Wie steht es aber mit der anderen Grenze, der zwischen Rücksichtslosigkeit und Fahrlässigkeit? Im englischen Recht ist es die Grenze zwischen bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit. Dagegen spricht, dass es Fälle leichter bewusster Fahrlässigkeit gibt, wenn nämlich die erkannte Gefahr des Erfolgseintritts gering ist, und Fälle schwerer unbewusster Fahrlässigkeit, wenn nämlich der Täter eine offensichtliche und große Gefahr des Erfolgseintritts aus Gleichgültigkeit

---

<sup>145</sup> Siehe oben Fn. 105; siehe auch *Ruppenthal* (Fn. 86), S. 374 ff., 376 (zu implied malice in Kalifornien).

# Singular Causation and Double Prevention Cases

By Prof. Michael S. Moore, Champaign (Illinois)\*

## I. Introduction

It is an honor and a pleasure to write for a gathering honoring one of Germany's most distinguished legal theorists, *Ingeborg Puppe*. I had the pleasure of making Professor *Puppe's* acquaintance over a decade ago in Cologne and here in Bonn, although I had been an admirer of her cutting edge and careful work for some time before that.

One of the topics on which Professor *Puppe* and I have written extensively is causation, particularly as that notion is used in the law of crimes and the law of torts. I regret that my German is not up to the task of mastering her thoughts on that topic as those thoughts have been expressed in numerous German language publications over these past four decades. But fortunately, Professor *Puppe* has graced us with two lengthy English language summaries of her thoughts on causation in the law,<sup>1</sup> and I will largely rely upon them in making my remarks here.

Professor *Puppe* has long defended a version of what both she and I characterize as *generalist* theories of causation.<sup>2</sup> Although (as she recognizes) the law's ultimate concern in disputed cases at law is to attribute *singular* causal relations between actions and harms, a generalist nonetheless holds that those *general* relations holding between types of events<sup>3</sup> and that are constitutive of causal *laws*, are the basic relations out of which non-basic singular relations are constructed.

Varieties of generalist theories of causation abound, differing between themselves by what they take the structure of causal laws to be.<sup>4</sup> There are primitivist theories, holding causal laws to describe primitive relations between universals;<sup>5</sup>

there are *Humean* regularity theories, taking causal laws to describe recurrent successions of one type of event by another; there are probabilistic theories, holding causal laws to be constituted by the relation of probabilistic dependence; and there are counterfactual theories, holding causal laws to be based on the relation of counterfactual dependence.<sup>6</sup> Despite their differing conceptions of causal laws, what marks all such theories as generalist is their insistence that the lawful connections that exist between types of events is basic, and that singular causal relations between tokens of events – the concern of the law of torts and of crimes – is constructed by adding space/time locators to instantiations of such laws.

Professor *Puppe* aligns herself in the particular kind of generalist tradition going back to *John Stuart Mill*,<sup>7</sup> continuing through *H.L.A. Hart* and *Tony Honoré*,<sup>8</sup> through *John Mackie*,<sup>9</sup> and to *Richard Wright*,<sup>10</sup> Professor *Puppe's* sometime collaborator and co-author. On this view, causal laws give sets of sufficient conditions for the occurrence of types of events that are effects, with the significant caveat that each member of the set of sufficient conditions must itself be necessary to the sufficiency of that set. This focus on minimally sufficient sets of conditions has become known as the NESS (“Necessary Element of a Sufficient Set”) version of the generalist conception of causation.

Like all versions of the generalist tradition about causation, Professor *Puppe* rejects singularist theories of causation such as my own, theories that regard the singular relation between tokens of events to be basic and causal laws to be derived from these by induction.<sup>11</sup> As I understand her, she deploys five arguments against singularist theories.<sup>12</sup> Only one of these will be the topic of the present discussion (although it is to my mind the most serious of her objections to singularist theories).

## II. The Issue of Causation by Double Prevention

The argument in question deals with what have become known as cases of “double prevention”. These are cases where the action of some defendant (“D”) prevents some preventer,

\* Walgreen University Chair, Professor of Law, Professor of Philosophy, Professor in the Center for Advanced Studies, and Co-Director of the Program in Law and Philosophy, University of Illinois. This paper has profited from the comments of Ingeborg Puppe and Bradford Skow on an earlier draft.

<sup>1</sup> *Puppe*, in: Kahmen/Stepanians (eds.), *Critical Essays on “Causation and Responsibility”*, 2013, p. 67; and *ead./Wright*, *Chicago-Kent Law Review* 91 (2016), 461. I have also relied upon *Puppe's* own unpublished English translation of “Causation by Double Prevention and by Omission and the Problem of Overdetermination”, a paper given to the IVR World Congress in Legal Philosophy, Lucerne, Switzerland, 2019, and a copy of which she was kind enough to send me. I have also relied upon *Puppe's* written response to an earlier draft of this paper.

<sup>2</sup> *Puppe* (fn. 1 – Essays), p. 67; *Moore*, *Causation and Responsibility, An Essay in Law, Morals and Metaphysics*, 2009, chap. 19.

<sup>3</sup> I shall throughout prescind from the delicate issues of whether facts, tropes, events or states of affairs are the relata of the causal relation, and, if events, whether events are to be conceived as along *Davidsonian*, *Kimian* or *Lewisian* lines. For discussion, see *Moore* (fn. 2), chap. 14–15.

<sup>4</sup> See *Moore* (fn. 2), chap. 19, for a summary of these kinds of theories.

<sup>5</sup> *Armstrong*, *What Is a Law of Nature?*, 1984.

<sup>6</sup> Some counterfactual theories, like some probabilistic theories, are not generalist theories because they regard these relations as not law-derived but primitively singular. See *Moore* (fn. 2), p. 391, 503.

<sup>7</sup> *Mill*, *A System of Logic*, 8th ed. 1872.

<sup>8</sup> *Hart/Honoré*, *Causation in the Law*, 1st ed. 1959, 2nd ed. 1985.

<sup>9</sup> *Mackie*, *The Cement of the Universe*, 1974.

<sup>10</sup> *Wright*, *California Law Review* 73 (1985), 735.

<sup>11</sup> Unfortunately she tends to treat all singularist theories as if they were *physicalist* singularist theories, and even worse, to treat all physicalist theories as if they were transfer of energy theories like that of *Fair*, *Erkenntnis* 14 (1979), 219. For a more complete taxonomy of the possibilities here, see *Moore* (fn. 2), p. 498–506. *Puppe's* overly narrow identification of singularist theories does make some difference, as I note later.

<sup>12</sup> *Puppe* (fn. 1 – Essays), p. 80–85.

natural or human, from doing the preventative work that preventer would otherwise have done in forestalling some harm to some victim (“V”). (Thus the name, “double prevention”, from such cases dealing with a preventing of a would-be preventer.) Consider by illustration an early example of mine:<sup>13</sup> D sees V in the ocean drowning; D also sees lifeguard “L” preparing to jump in and save V (which L, given his skill level, surely would have done); so D, wanting V to die, ties up L as L is running to save V; D thereby prevents L from preventing V’s death by drowning, and V drowns. Professor *Puppe* should want to say in such cases that D *caused* the drowning death of V; because my singularist theory concludes the opposite, that, according to Professor *Puppe*, counts against my theory because common intuition (and the law) regard D as responsible for V’s death.<sup>14</sup>

It is worth detailing more precisely just where Professor *Puppe* and I disagree about such cases. To begin with, the disagreement is about (the metaphysical conclusion of) causal responsibility. We both would hold D morally responsible and legally liable for V’s death (although I would hold D to a somewhat lesser responsibility/liability than some other defendant who actively caused V’s death by, for example, holding V’s head underwater). Where we differ is on the grounds of such responsibility/liability: *Puppe* thinks D *caused* V’s death;<sup>15</sup> I think that V’s death counterfactually depended on D’s act of tying up the lifeguard and that such counterfactual dependence is enough for responsibility for that death, even though that death was not caused by D’s act.<sup>16</sup>

Secondly, notice how Professor *Puppe* reaches her causal conclusion. Some generalists (including some counterfactualists) reach such a conclusion because they can truthfully say that D’s act was a necessary part of a set of conditions sufficient for V’s death, or, alternatively, that D’s act was necessary to V’s death. For these folks – some NESS theorists and some *Lewis*-like counterfactualists about causation – their theory of causation allows them to skip the intermediate details of *how* D’s act did its causal work. But that is not Professor *Puppe*’s position. Rather, her version of the NESS version of generalist theory requires that there be a chain of

causation here: D’s act caused L to omit to save V, and L’s omission to save V caused V to drown (and, by the transitivity of causation, therefore D’s act caused V to drown). The fact that *Puppe*’s causal intermediary in this chain consists of an absence – L’s omission to save V – is no embarrassment to *Puppe*, because she (like most generalists and most counterfactualists) openly embraces absences as legitimate relata of the causal relation.

Neither of these routes to *Puppe*’s positive causal conclusion is open to one convinced of my kind of singularist theory of causation. As to the first strategy, the strategy that *Puppe* eschews, no kind of physicalist singularist theory that I know of, and no kind of *plausible*<sup>17</sup> primitivist singularist theory, can admit the kind of “action-at-a-distance” on which this first strategy relies. Although relations of nomic sufficiency and of counterfactual necessity can hold between types of events even when those events are widely separated in space and time, singular relations require a chain of spatio-temporally contiguous events. Yet if one seeks to supply such a causal intermediary in cases of double prevention, the only candidates seem to be absences like the omission to save of the lifeguard in my earlier example. It is much more difficult for physicalist singularist (or even primitivist singularist) causal theories to admit absences into the set of things that can be either causes or effects (or, as in case of double prevention, causal intermediaries that are both effects of earlier actions and causes of later harms).<sup>18</sup>

So issue is joined between *Puppe* and myself on two large issues that seem determinative of whether we should think of cases of double prevention as causal or not: (1) the nature of the causal relation (so that it can or cannot countenance action at a distance); and (2) the nature of causal relata (so that there can or cannot be causal intermediaries consisting of absences of events). I hope that it is not too great a disappointment that it is not my ambition to solve either of these large conundrums here in this brief comment. Moreover, the cases we are considering – double prevention cases – were supposed to provide us with intuition pumps with which we could support conclusions when we do argue about these two larger issues. We cannot use those larger conclusions to support our intuitions about the causal status of double prevention cases without begging the questions.

### III. Reductio Arguments against *Puppe* and against *Moore*

What we can do here is this: imagine two lines of cases extending from my lifeguard case, each line intended to constitute a *reductio* either of *Puppe*’s position or of my position.

<sup>17</sup> One can imagine a primitivist singularism that simply posited there to be a singular causal relation between act-tokens like D’s tying up the lifeguard and remote harms like V’s death by drowning. Indeed, *Rosen* casually seems to suggest as much in his review of my causation book, *Rosen*, Rutgers Law Journal 42 (2011), 405. After all, primitivism is famously, well, *primitive*, and thus free to posit what they like about how the causal relation behaves; yet such an action-at-a-distance primitivism seems mysterious and ad hoc.

<sup>18</sup> For extended argument, see *Moore* (fn. 2), p. 444–451.

<sup>13</sup> *Moore*, Act and Crime, The Implications of the Philosophy of Action for the Criminal Law, 1993, p. 278 n. 42.

<sup>14</sup> *Puppe* (fn. 1 – Essays), p. 81–82, 103.

<sup>15</sup> So *Puppe* has written me (e-mail of Ingeborg Puppe from 21.7.2022): “The one who prevents the lifeguard from rescuing the child [...] causes his death.” Yet because this example involves a human preventor, this causal conclusion is less secure for *Puppe* than it would be if the preventor were a natural, non-human process. For *Puppe* believes (like *Woodward* and others soon to be discussed) that human choices are uncaused because such choices are too based on reasons to have sufficient conditions determining them; this metaphysical libertarianism makes *Puppe*’s generalist causal conclusion harder to see in cases such as my lifeguard case.

<sup>16</sup> My view of course presupposes that causation is not to be identified as counterfactual dependence. See *Moore*, Causation in the Law, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2019 ed. See also *id.* (fn. 2), chap. 17.

Against *Puppe's* conclusion (that D caused V's death by drowning), imagine double prevention cases where it is less and less intuitive that the preventer of a preventer of some harm, is a causer of that harm. Against my conclusion (that D did not cause V's death by drowning), imagine double prevention cases where it is less and less intuitive that the preventers of a preventer of some harm did *not* cause that harm.

First, as a *reductio* against *Puppe's* causal conclusion in double prevention cases, consider these classics from the philosophical literatures:

(1) Bomber Billy is on a mission to destroy an entire city; an enemy fighter piloted by Nasty Newt is on a patrol the course of which will certainly put him in the path of Bomber Billy, and it is certain that if Newt confronts Billy, Billy loses. As it happens, a duck enters the intake for Newt's plane and it explodes before Newt can find and destroy Billy. Billy therefore is able to destroy the city with his bombs. If all double preventions are causal, the duck caused the destruction of the city (because the duck prevented a preventer [Newt] from preventing the destruction of the city).<sup>19</sup>

(2) The Skelton brothers are riding to a neighboring town to kill one Ross, because Ross had earlier seduced the Skelton's sister. Judge Tally wanted Ross dead too, but was worried when he learned that a warning telegram had been sent to Ross telling Ross that the Skelton boys were coming for him. Tally, using his authority as a judge, sent a second telegram to the telegraph operator in the neighboring town ordering the latter not to deliver the warning telegram. The warning telegram was not delivered, and Ross was found and shot dead by the Skeltons. If all double preventers are causal, then Judge Tally, by preventing a preventer (the warning telegram) from doing its preventative work, killed (or at least caused the death of) Ross.<sup>20</sup>

(3) In June lightning started a forest fire. There would of course have been no such fire in June if the forest had burned in May, and there was sufficient lightning in May to have burned down the forest save for the fact that heavy rains in May prevented such a fire. If all double preventions are causal, then the rains of May caused the destruction of the forest in June (because the rains of May prevented the May fire which, had it occurred, would have prevented the June fire).<sup>21</sup>

I find each of these three causal conclusions extremely counterintuitive. Yet how does *Puppe* avoid them? Even if her version of a generalist theory eschews action at a distance, and insists on a spatio-temporally contiguous chain of events, so long as absences can count as causal intermediaries, surely there is such a chain in each of these cases?<sup>22</sup>

<sup>19</sup> *Hall*, *Noûs* 36 (2002), 276 (277 et seq.). A further variation of the example is explored in *Woodward*, *Philosophical Review* 115 (2006), 1 (31 et seq.).

<sup>20</sup> *Moore* (fn. 2), p. 68. Anglo-American criminal law treats Tally as a non-causer in such cases, but then resorts to accomplice liability to hold Tally for helping the Skeltons, who did cause Ross' death.

<sup>21</sup> *Bennett*, *Events and Their Names*, 1988, p. 222 et seq.

<sup>22</sup> I shall later examine *Puppe's* limitation to the effect that, to be causal of some harm, a preventer of a preventer of that harm

Now consider double prevention cases where it seems equally counterintuitive not to attribute causal status to the double preventative action:

(4) D shoves a knife into V's body, thereby cutting a vein, allowing blood to flow out of V's body, from which loss of blood V dies. D's act merely prevented something (the vein) from preventing the loss of blood. If all preventers of preventions are non-causal, then D did not cause V's death despite the colloquial description that "D stabbed V to death".<sup>23</sup>

(5) D cuts off V's head, and V dies. D merely prevented something (oxygenated blood) from preventing the death of brain cells in V's head. If all preventions of preventions are non-causal, D did not cause V's death by cutting off V's head.<sup>24</sup>

(6) Spring action pistols work by releasing a spring that propels the firing pin with a bullet, leading it to discharge. Pulling the trigger of such a gun (unlike a gun with a mechanical connection of its hammer to the trigger) prevents the sear that is otherwise holding back the spring from doing its preventative work. If all double preventions are non-causal, then the act of pulling the trigger of such a gun does not cause the gun to discharge.<sup>25</sup>

(7) Whether certain enzymes are synthesized in *E. coli* sufferers depends on the presence of lactose in the vicinity of the bacteria in the following ways: if lactose is not present, a repressor protein is produced that would prevent such synthesis, but if lactose is present, such a protein is not produced allowing the synthesis of the enzymes to proceed. If all double preventions are not causal, then the introduction of lactose only prevents a preventer (the repressor protein) from preventing the enzyme synthesis, and does not cause that synthesis.<sup>26</sup>

(8) If V is supported by a pillar (or a rope, or a bridge), and D removes the pillar (cuts the rope, dynamites the bridge), and V falls to his death, D only prevented something (pillar, rope, bridge) from preventing V from succumbing to gravity. If all double preventions are not causal, D did not cause V's death.<sup>27</sup>

Negative causal conclusions about such cases I take to be contrary to common sense. If a theory such as mine cannot avoid them, that would count heavily against such a theory.

---

must stop a causal process that is not only certain to prevent such a harm (absent its own prevention), but that causal process of prevention is also: already "instantiated" at the time of its prevention; or that is also already existing "somewhere in the world" at the time of its prevention. *Puppe* (fn. 1 – Causation), p. 2 et seq. To preview the conclusion of that later examination: each of examples (1)–(3) in the text seem to satisfy *Puppe's* own interpretation of her limitation.

<sup>23</sup> *Puppe* (fn. 1 – Essays), p. 82.

<sup>24</sup> *Puppe* (fn. 1 – Essays), p. 82. Citing and replying on a like example in *Schaffer's* review of my causation book, *Schaffer*, *Legal Theory* 18 (2012), 399.

<sup>25</sup> *Schaffer*, *Philosophy of Science* 6 (2000), 285.

<sup>26</sup> *Woodward*, *Philosophical Review* 115 (2006), 1 (34 et seq.).

<sup>27</sup> Variations on the example of *Paul/Hall*, *Causation, A User's Guide*, 2013, p.191.

Yet if action at a distance is not allowed by the theory, and if absences cannot serve as causal intermediaries, how is one to avoid these absurd conclusions that are such an affront to common sense?

One could just tough it out on both of these sets of reductios, tough it out in the sense that one lets the chips fall where they fall. “One person’s reductio can be another person’s valid inference”, as the common saying goes. *Puppe* could concede that there is indeed causation in cases (1)–(3), no matter how counterintuitive that conclusion might be; and I could concede that there indeed is not causation in cases (4)–(8), no matter how unpalatable that conclusion might be.<sup>28</sup> Preferable is some middle way.

#### IV. Various Routes to Avoiding the Reductios

That middle way should not take the form of a causal dualism such as *Ned Hall’s*.<sup>29</sup> *Hall* urges that we waffle in our usage of “cause” between two conceptions, one he calls “dependence” (which is a counterfactual notion that can admit absences as its relata), and one he calls “production” (a kind of singularist conception that does not admit absences as its relata). This allows *Hall* to resist the conclusions of the first reductio by using “cause” in its production sense, and to resist the conclusions of the second reductio by using “cause” in its dependence sense. Yet these putatively distinct senses of “cause” have no such exclusion jurisdictions attached to their proper usages, with the result that both reductios are simply indeterminate, yielding “yes and no” answers to each case. Such dualism is the wrong sort of middle way.

So we should consider more promising routes to finding some middle ground that avoids the absurd conclusions of both reductios.

##### 1. James Woodward and the Sensitivity of Counterfactual Judgments

An early route was *James Woodward’s*.<sup>30</sup> *Woodward* builds on the agreed-upon counterfactual nature of double preventions: if action A prevents event E from occurring, and if E had occurred, it would have prevented event F from occurring, but F did occur, then the occurrence of F counterfactually depended upon the occurrence of action A. Despite the omnipresence of such counterfactual dependence in double prevention cases, *Woodward* wishes to regard only some of them as causal (including his earlier-mentioned example of the process whereby enzymes are synthesized), regarding others as non-causal. *Woodward* classifies double prevention cases

depending on whether the counterfactual relationships in such cases are “sensitive” (and therefore causal) or “insensitive” (and therefore non-causal). As *Woodward* puts it, “it is not the presence of double preventions per se that makes us reluctant to regard a relationship of counterfactuals that prompts this reaction”.<sup>31</sup>

“Sensitivity”, as the name suggests, is for *Woodward* a property of counterfactual dependencies having to do with the breadth of the possible worlds in which they hold. Consider the 2007 collapse of the I-35 bridge over the Mississippi River at Minneapolis. It was found that such collapse counterfactually depended on eight gusset plates (that connected the steel girders of the bridge together in the middle of its main span) being too small for a bridge of that size. But despite this design flaw, the bridge had held for forty plus years. It took the added weight of a two inch resurfacing of the roadway on the bridge, together with the weight of evening rush hour traffic, together with the weakening of the gusset plates by corrosion from regular winter use of de-icing fluids, together with the placement of heavy construction equipment and material just at the weakest point of the main span, to bring about the collapse of the bridge on August 1, 2007. Had any of these other factors not been present, the consensus was that the span would have held despite its design flaw. *Woodward* would presumably clarify the dependence of the collapse on the design flaw as “fragile”, “unstable” or “sensitive”.

What *Woodward’s* notion of sensitivity in reality tracks is strength of counterfactual dependence. As I have argued elsewhere,<sup>32</sup> necessity necessarily is a scalar relation that comes in degrees: the more distant from the actual world are the possible worlds in which such dependencies hold, the more strength such dependencies possess. Further, it is also true that because counterfactual dependence is itself a desert-determiner independent of causation,<sup>33</sup> the stronger the counterfactual relation is between some act and some harm, the greater is the actor’s responsibility for that harm.

So *Woodward’s* sensitivity criterion does track the degree of responsibility possessed by actors in double prevention cases (as elsewhere). Yet this does not explain why or how causal judgments are affected by sensitivity in counterfactual dependence.<sup>34</sup> Indeed, it seems plain that our causal intuitions

<sup>28</sup> This seems to be *Dowe’s* reaction to cases like (4)–(8), see *Dowe*, *The Monist* 91 (2009), 23; *id.*, *Physical Causation*, 2000. Such an acceptance of these cases as being non-causal forces *Dowe* both to restrict what his theory is about (not causation as such but only some sub-species, *physical* causation) and to weaken what he can claim on behalf of that theory (he is not giving an analysis even of physical causation but only a contingently true description).

<sup>29</sup> *Hall*, in: *Collins/Hall/Paul* (eds.), *Causation and Counterfactuals*, p. 225.

<sup>30</sup> *Woodward*, *Philosophical Review* 115 (2006), 1.

<sup>31</sup> *Woodward*, *Philosophical Review* 115 (2006), 1 (35).

<sup>32</sup> Most recently, in *Moore*, *Journal of Contemporary Legal Issues* 23 (2022), 543.

<sup>33</sup> *Moore*, *Journal of Contemporary Legal Issues* 23 (2022), 543; see also *Moore* (fn. 2), chap. 18.

<sup>34</sup> Unless of course one regards causal judgment as following from moral judgments of responsibility rather than as grounding such moral judgment. For this skeptical view, unfortunately popular amongst legal theorists, see, e.g., *Dan-Cohen*, in: *Kadish* (ed.), *Encyclopedia of Crime and Justice*, 1983, p. 165 et seq. (“the statement that A caused B’s death may, in ordinary speech, be as much a conclusory statement, based on the prior tacit judgment that A deserves to be punished for B’s death, as it is an independent statement of fact [...]”); see also the more recent skepticism about causation grounding moral judgment rather than the other way around, in

in example (1) to (8) above are blind to strength of counterfactual dependence in such cases. Make the counterfactual dependencies as robust as you please between, for example, the duck that destroys Newt's plane and the destruction of the city that Billy bombs in (1), still, the duck didn't *cause* the destruction of the city. For example, suppose that there were no other ways in which Newt's plane could have been blown up besides the duck; suppose further that Newt's route and skills were such that he would have shot Billy down no matter what Billy or anyone else did in trying to avoid that result; the duck was thus strongly necessary for the city's destruction. Even so, these facts for me do not decrease my disinclination to say that the duck *caused* that destruction.

Conversely, if someone stabs another through the heart or decapitates another, and that person dies, intuitively the first *caused* the death of the second, no matter how fragile or sensitive may be the counterfactual dependence of those deaths on the stabbing or the decapitating. (The limiting cases are those of concurrent, symmetrical overdetermination, where other stab wounds or other neck cuttings occur simultaneous with defendant's stabbing or cutting, each such stabbing or cutting being independently sufficient for death; for in such cases there is *no* counterfactual dependence ["extreme sensitivity?"] and yet still causation.<sup>35</sup>)

*Woodward* supplements his general sensitivity criterion with a kind of *per se* rule of sensitivity (and thus, of no causation in double prevention cases) when those cases involve human choices, including choices about design. *Woodward* joins others<sup>36</sup> in thinking that human beings are too unpredictable in their choices for counterfactual dependency on how those choices are made to be anything other than "sensitive". This generates particularly counterintuitive conclusions such as this variation of (8): When it is a person *S* rather than a pillar, a rope, or a bridge that is preventing the death of some victim *V* by supporting *V*'s weight; when defendant *D* maliciously knocks *S* out of the way and *V* falls to his death, the supposed unpredictability of *S*'s decision to continue supporting *V* is too great to admit the conclusion that *D* *caused* *V*'s death? *Hume* surely had the contrary conclusion correct: place a pot of gold at Charing Cross in London, *Hume* declared, and you can predict with great certainty that a passerby will pick it up. Human beings may not be as regular in their behavior as protons but they are hardly as unpredictable as the libertarians would have us believe.

## 2. Michael Moore and Closeness Substitutes for Causal Intermediaries

My own attempt to find the sought after middle ground in classifying double prevention cases as causal or not, focused on the causal relation that is baked in to all double prevention cases, baked in in the sense that the counterfactual depend-

*Knobel/Shapiro*, University of Chicago Law Review 88 (2021), 165.

<sup>35</sup> *Moore* (fn. 2), p. 410–418.

<sup>36</sup> *Woodward* cites *Hart* and *Honoré*, *Pearl*, and others for the supposed unpredictability of human choices and behavior. This is also a view shared with *Puppe*.

ence (between defendant's preventing act and the harm not prevented because of that act) presupposes such a causal relation. As I earlier analyzed double prevention cases,<sup>37</sup> when the defendant in my original lifeguard case ties up the lifeguard, that defendant does an act that causes a state of affairs ("S") to exist, namely, the lifeguard being tied up. That state of affairs is not an absence, so it is eligible to serve as such causal relata. I then urged that when *S* is "close", either to the harm ("H") that is failed to be prevented by the lifeguard – *V*'s drowning in this case – or to the state ("S'") that more immediately causes *H*, then the defendant's action caused *H* because it caused *S*.

Such closeness does not exist between the tied up lifeguard and the drowning, nor between the lifeguard being tied up and the ocean currents causing the drowning, which is why for me that is a non-causal case; such closeness also does not exist between either the death of *Ross* or the shooting of *Ross* by the *Skeltons*, nor between either the forest fire in June or the lightning in June that caused that fire, on the one hand, and the heavy rains in May, on the other – which is why those are also cases where there is no causal connection between defendants' doubly preventative actions and the harms that they allow. On the other hand, such closeness does exist between stabs through the heart or decapitations, on the one hand, and deaths, on the other. Likewise between movement of a sear in a spring-action pistol, and the movement of the firing pin in that pistol; likewise between the production of lactose and the synthesis of enzymes in *E. coli* sufferers. So these are cases where the doubly preventative action does cause the harm that occurs.

The vulnerable point of my earlier analysis, of course, lies in the notion of "closeness". *Jonathan Schaffer* has complained that my notion is both underspecified and undermotivated.<sup>38</sup> My response has hitherto been an oblique one, a kind of broadening of the need for conventions of closeness when distinguishing intentions from predictive beliefs no less than when distinguishing causal from non-causal double prevention cases.<sup>39</sup> My conclusion was that when we make moral use of either of our two major desert determiners, causation or intention, we rely on common sense conventions of closeness to clump together what are metaphysically distinct events (or representations of events, in the case of intentions) into coarser items, and that these basic desert-determining notions would be unusable for these moral purposes unless we did that.

## 3. Bradford Skow and Interrupting Versus Blocking Double Preventions

Quite recently *Bradford Skow* has proposed a third analysis of the desired middle ground on double preventions.<sup>40</sup> *Skow*

<sup>37</sup> *Moore* (fn. 2), p. 459–467.

<sup>38</sup> *Schaffer*, Legal Theory 18 (2012), 399.

<sup>39</sup> In *Moore*, Legal Theory 18 (2012), 491, I survey ten possibilities as to the meaning of "closeness" is both causal metaphysics and in the philosophy of mind.

<sup>40</sup> *Skow*, Two Concepts of Double Preventions, 2022, available at <https://web.mit.edu/bskow/www/research/double.pdf> (26.10.2022).

urges that we must distinguish between two kinds of double prevention cases, one, what he calls *blocking* double preventions, and the other, what he calls *interrupting* double preventions. Cases (1), (2), and (3) above are all to be classified as *blocking* double preventions. In (1), for example, defendant D blocks the lifeguard L from even trying to save victim V who is drowning in the water. By contrast, cases (4)–(8) above are all to be classified as *interrupting* double preventions. In (8), for example, one pillar is already preventing the fall of another pillar and so when the first pillar is removed, that pillar’s preventing is interrupted by its removal.<sup>41</sup>

*Skow* urges that only interrupting double preventions are causal, while blocking double preventions are non-causal. His proposed, thus, if accepted, would (like my own) rescue me and others from the absurd conclusion in (4)–(8) that these are non-causal cases; his proposal also (like my own) has a similar potential of relieving those such as Professor *Puppe* from having to defend the existence of a causal relationship in cases (1) to (3) above.

It is possible to construe *Skow*’s justification for adopting the blocking/interrupting distinction on the basis that it will divide the cases identically to my “closeness” distinction. As *Skow* puts one of his justifications for adopting the blocking/interrupting distinction:

“Locality [of causes to their effects] is satisfied [...] for interrupting double preventions generally. In blocking double preventions the double preventer can stop the would-be preventer far away from the main process, because a merely would-be preventer does not need to be anywhere near the main process. But by definition in interrupting double prevention the preventer is an actual and not a [merely] would-be preventer; it spends some time holding back the main process. And if process X is holding back process Y it seems that it must be locally connected to Y. Similarly, the double-preventer must stop X from holding Y back, and doing this seems to require a local connection to X.”<sup>42</sup>

Thus, for *Skow*, in example (8) the two pillars, one supportive of the other:

“[...] the pillar holding up the other pillar is right next to it. They are in physical contact. The preventing event, someone’s pushing of the first pillar, happens where that pillar is; which happens right next to the fall of the second pillar.”<sup>43</sup>

My own take is that this satisfaction of my closeness criterion is not even one of *Skow*’s motives for adopting his blocking/interrupting distinction.<sup>44</sup> Rather, it is only his negation of an objection that some might interpose to his theory. In any case, it would not be my motive for adopting *Skow*’s distinction. That motive rather lies in an alleged third feature<sup>45</sup> of double prevention cases, viz, the feature that they all require that an *absence* figure as the causal intermediary between the double preventer’s act and the effect that the double preventer prevents from being prevented. That motive lies, in other words, on the seeming third feature of double prevention cases – that absences, although they can be neither causes nor effects, feature as effects of the double preventer’s action and causes of the ultimate effect that is allowed to happen.

If this troublesome feature of at least some double prevention cases can be removed, then those double prevention cases for me become untroubling causal. Indeed, such cases would no longer be double *prevention* cases – this, because a truly preventative relation relates actions to absences of any instance of a certain type of event. If I prevent a fire at *t*, I have acted in such a way that it is not the case that some instance of the type, fire, occurs at *t*.<sup>46</sup> Whereas an act that causes some other event (like rains) which event then extinguishes a fire, is a normal cause of one event (rains) that cause another event (extinguishment of the fire). Such *interrupting* “double prevention” cases, if the analysis goes through, shows that there are not truly double prevention cases at all; just normal causal chains between real events.<sup>47</sup>

But does *Skow*’s analysis go through? In *Schaffer*’s case of the spring firing gun (6), *Skow* urges that the spring’s earlier pushing on the sear “is a positive event” and so is the

<sup>43</sup> *Skow* (fn. 40), p. 12.

<sup>44</sup> *Skow* is actually trying to fit his distinction to *Hall*’s locality constraint in causal connections of what *Hall* calls the productive kind (*Hall* [fn. 29]), so one might think that satisfying *Skow*’s locality restraint has little to do with *Moorean* closeness (because for *Hall*, locality exists between causes and effects, and because nothing is the cause of itself, these must not be so close as to be treatable as the same). Yet in fact *Skow*’s local-enough examples would also be close-enough under my approach.

<sup>45</sup> In counting features, recall that *Woodward*’s solution relies on the *counterfactuals* that all admit are a feature of double prevention cases, and that my solution relies on the *causal relation* (between act and some state of affairs) that all admit are a second feature of all double prevention cases.

<sup>46</sup> For this analysis of prevention, see *Moore* (fn. 2), p. 452–459.

<sup>47</sup> *Skow* has pointed out to me that this conclusion depends on my finding definitional (as I do) of double prevention cases that they operate through absences as causal intermediaries.

<sup>41</sup> Notice that *Skow*’s distinction has some vagueness to it matching the vagueness in my idea of closeness. Namely, one process *interrupts* a second process only if the second process has actually begun. The vagueness lies in pinpointing precisely when some preventing process begins (and thus can be interrupted rather than blocked). In the lifeguard case (1), for example, does the lifeguard’s potential prevention of V’s death begin when: L first sees that V is in trouble? When L leaves his stand and runs down the beach toward V? When L enters the water? Or only when L has ahold of V and is escorting V to shore? My guess is that *Skow* would opt for only the last, making his concept of interrupting very close in the discriminations that it works to my notion of closeness.

<sup>42</sup> *Skow* (fn. 40), p. 12.

stopping of that pushing: “The stopping pushing is then a cause of the spring’s uncoiling. And a stopping pushing is a positive event, is not an [absence].”<sup>48</sup> From this, *Skow* concludes that the firing of the gun in (6), and like examples of interrupting double prevention, do not require that their causal chains run through any absences.

There are a raft of issues that need to be explored here. First off, before we delve into the delicate mysteries surrounding presences versus absences, we should be clear as to *what* it is that is said to be either present or absent. What are the relata of the singular causal relation? We have hitherto made do with a generous promiscuity in this regard, allowing the word, “event”, to refer to a broad range of entities only some of which are truly events. We now need to be more discriminating. *Skow* appears to believe that singular causal relata are *Davidsonian* event-tokens. This is what gives him his intuition that an interrupting prevention is something positive; because the cessation of a process already underway is a change of state, and because events are often cast as being just such changes,<sup>49</sup> then a cessation of a process is the presence of an event, not the absence of one. Whereas in blocking prevention cases the process prevented has not yet begun, so the prevention of that process from even getting started involves no such change of state.

Without arguing the point here,<sup>50</sup> my own view is that talk of such events as relata is idiomatic English only because such talk is elliptical of a deeper, more basic discourse about *Armstrongian* states of affairs as causal relata. Such states of affairs<sup>51</sup> are usually analyzed as (1) the having (or possessing), of (2) a property, by (3) an object, (4) at a (literally, over an interval of) time.<sup>52</sup> Thus, if some person X is dead at *t*, that state of affairs is to be analyzed as X having of the property, being dead, at *t*.

How do we tell if a state of affairs is present (“positive”, as *Skow* dubs it), or absent (“negative”)? Notice that the ambiguity is the scope of the negation logical connective, “not”, gives us two possible readings of an absent state of affairs:

- (1) X possesses a negative property at *t*; or
- (2) it is not the case that X possesses a positive property at *t*.

In the case of the dead person, X:

- (1) X possesses the property of being non-alive at *t*; or
- (2) it is not the case that X possesses the property of being alive at *t*.

<sup>48</sup> *Skow* (fn. 40), p. 15.

<sup>49</sup> See, e.g., *Lombard*, *Events, A Metaphysical Study*, 1986 (events are instantiations of what *Lombard* calls *dynamic* properties by an object over an interval of time).

<sup>50</sup> See *Moore* (fn. 2), chap. 14–15.

<sup>51</sup> Often called “facts”, although that term is fully ambiguous between naming true propositions and naming the truth-makers for true propositions; only the latter are states of affairs in my sense. See *Moore* (fn. 2), chap. 14–15.

<sup>52</sup> *Armstrong*, *A World of States of Affairs*, 1997.

My own view<sup>53</sup> is that there is no such thing as a negative property (no more than there are such things as negative events or negative objects). If so, this leaves (2) above as the only possibility for classifying what we mean by speaking of an absent state of affairs. Everything then turns on what we mean by an object *having* or *possessing* a property, and (if this is different) what we mean by a property being present, or instantiated, or there to be possessed, by an object.

Properties like being alive are abstract universals. By contrast, if some person Y is alive at *t*, Y’s aliveness is a particular, often called a *trope* (or, alternatively, a “concrete universal”, or yet again, an “abstract particular” – as *David Armstrong* once remarked, every happy discoverer seems to invent his/her own name for such entities). Y’s possession of the property of being alive is a particular; by contrast, X’s *not* being possessed of the property of living is not a particular. Rather, it is a negatively existentially quantified statement, either to the effect that it is not the case that any X-being-alive trope exists at *t*, or that it is not the case that any possessing by X of the property of being alive occurred at *t*.<sup>54</sup>

Coming now to the *Schaffer* example of the spring-fired gun that *Skow* adopts, if (as seems right) the pushing on the spring by the sear is the having of an actual property (pushing) by the sear at *t*<sub>1</sub>, then is *Skow* correct to think that when the sear stops pushing on the spring it is the having of another actual property – a “stopping pushing” – by the sear at *t*<sub>2</sub>? Or is the latter really the absence of the having of a property (“pushing”) by the sear at *t*<sub>2</sub>? If the former, then we have a state of affairs that can serve as a causal intermediary in such interrupting double prevention cases; if the latter, then an absence of a state of affairs is purporting to play the role of causal intermediary, showing (since absences cannot be causal relata) that the relationship is not causal in interrupting double prevention cases no less than in blocking double prevention cases.

Shift examples for a moment. Suppose P (“Preventer”) was holding onto a rope that was preventing V’s fall to his death; suppose further that IDP (“Interrupting Double Preventer”) alternatively: persuades P to let go of the rope; coercively threatens P to let go of the rope; deceives P into letting go of the rope because P is deceived into thinking that V is no longer on the rope; or pries P’s hands from the rope; and in each variation V falls to his death. In the first three variations P’s letting go of the rope is the result of a choice he made to let go of the rope; such choices are datable events whose actuality should not be in question. Yet that truth about the mental state of choosing (or intending) is of little help here, because mental states can have physical effects only through movements of the bodies of the persons whose mental states they are.<sup>55</sup> So we need to ask about the letting

<sup>53</sup> See my exchange with *Fumerton*’s “Moore and the Metaphysics of Causation” in my “Responses and Appreciations” both in: *Ferzan/Morse* (eds.), *Law, Morals, and Metaphysics: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016.

<sup>54</sup> The first is the way a trope theorist would put it; the second is the way a states of affairs theorist would put it.

<sup>55</sup> See *Moore* (fn. 13), chapter 5. This *Davidsonian* thesis – that all human actions are bodily movements – requires a

go itself – is this an action by P, or merely an omission of P to continue clinging to the rope? And what about IDP's forced opening of P's hand in the fourth variation – is such loosening of P's grip an event or state of affairs, or merely the absence of the gripping that once existed but does no more?

In truth these are not difficult ontological questions. In each variation there are actual events/states of affairs/property tropes that are eligible to serve as causal intermediaries – things like fingers moving, grips released, pressures changed, and the like. The reason that these might seem insufficient is not because of some thought that the entities don't exist; rather, it is the thought that these are not the entities causing the fall and the death in cases like that supposed. Thus, though their existence is unproblematic, their causal relevance is in question. If one is in the grip of a particular kind of physicalist-singularist theory of the causal relation – namely, one that requires the transfer of physical energy – one might well think that the ontologically respectable entities that do exist in such cases nonetheless are not causally relevant (and thus cannot constitute the needed causal intermediary in double prevention cases). So, for example, the thought might be that it is gravity that causes V to fall to his death; and while things like physical pushes of V can cause V's death along with gravity, mere removals of items like ropes that are preventing gravity from doing its causal work add no energy to V's fall and thus do no causing of that fall or of the resulting death.

Such chain of reasoning is unshared by those hewing to other forms of singularist causal theories, including even other physicalist (let alone primitivist) singularist theories. In each of these cases of supposed interrupting double prevention there is a spatio-temporally contiguous chain of (pick your favorite causal relata) events/states of affairs/tropes. In case (4) above, when D cuts V's vein with a knife, blood flows out of that as a result, remaining blood cells carry only a low amount of oxygen as a result, and cellular death occurs as a result, there is a continuous chain of events (etc.) constituting the physical process by virtue of which V died. Similarly with the decapitation in case (5), the spring-action gun in (6), the enzyme synthesis in (7), the falling pillars in (8), and the letting go of a rope in the most recent hypothetical. In each case there is a spatio-temporally contiguous chain of events (etc.) constituting a physical process culminating in the ultimate harm suffered.

As was remarked on earlier, what this really shows is that so-called interrupting double prevention cases are not really double prevention cases at all. For one of the defining features of double preventions – that the causal intermediary between defendant's action and victim's harm be an absence – is lacking in all such cases when properly analyzed. The only reason that might tempt one to think otherwise stems from another intuition about causal relevance; one might intuit that what is still ineliminable in all such cases is some absence(s) because without such absence(s) the harm would

not have occurred. It is the lack (absence) of oxygenated blood that kills V in (4) and (5), it is the lack of support by the sear that allows the gun to fire in (6), it is the lack of a repressor protein that allows the synthesis of enzymes in (7), and it is the lack of a supporting pillar that allows V to fall to his death in (8). So the worry is that no causal chain connecting defendant's action to these various harms can be complete without including these absences after all. Yet notice that this thought presupposes that such counterfactuals are necessarily involved in attributing causation. And singularist theories take some pains to deny that this is so. In overdetermination pre-emption cases, for example, for singularists there is plainly causation by the pre-empting factor even though equally plainly there is no counterfactual dependence of the harm on that factor.<sup>56</sup>

Suppose that D shoots an arrow on a windy day at V and the arrow strikes V. There is a straightforward causal process connecting what D did in aiming and releasing the arrow and the contact of the arrow on V's body, a process including intermediary events (etc.) such as flight of the arrow along the path it took. Surely that causal chain is complete without including the following information, accurate as such information might be: the cross winds that day were such that they would normally have prevented D's arrow from striking V, but the existence of a wall upwind of the shooting scene prevented the winds from disturbing the arrow's path. The fact that the wall is a double preventer of the striking of V with the arrow – the wall prevents the wind from preventing the hit – in no way renders the singular causal process connecting the hit to the release of the arrow incomplete, false, or in any way suspect. D caused the contact of the arrow on V even if it is also true that the absence of the wind and the presence of the wall were also necessary. It takes some non-singularist theory of causation – such as NESS – to think otherwise in such cases.<sup>57</sup>

#### 4. Ingeborg Puppe and Instantiated Intervenors

Professor *Puppe*, like other generalists about causation, has had the option of making life easy for herself in the needed showing that there is causation in double prevention cases (4)–(8) above. For as was remarked on before, generalist theories analyze causation via relations admitting of action at a distance. Nomic sufficiency, counterfactual dependence, and probabilistic dependence all can hold between a defendant's preventative action, and the harm the prevention of which his action prevents, no matter how remote may be the two. But, as *Puppe* intuitively recognizes, such kinds of generalist theories result in the seemingly absurd causal conclusions in cases (1)–(3) above. So she eschews this action-at-a-distance route to salvaging causation in cases (4)–(8) in the

<sup>56</sup> See *Moore* (fn. 2), chap. 17.

<sup>57</sup> And even they might balk at reaching this conclusion, as I believe that *Puppe* would do. I believe that *Puppe* would say that the sufficient set of conditions described by the relevant causal law would not include the wall or the wind because ordinary causal explanations (in terms of course of some such causal laws) would make no mention of either.

---

generous notion of bodily movement, as I detail in *Moore* (fn. 13), and *id.*, *Mechanical Choices, The Responsibility of the Human Machine*, 2020, chap. 3.

hopes of a narrower route that yields such a salvaging while not yet committing her to a like causal conclusion about cases (1)–(3). She does this by making two moves.

The first of these moves is to join singularists in demanding that each link in a spatio-temporally contiguous causal chain be forged out of the relation claimed to constitute causation (minimally sufficient conditionhood in *Puppe's* case). It is not enough, for example, to show that D's releasing of the rope supporting V was a necessary part of a minimally sufficient set of conditions for V's death; one also has to show that such releasing by D was a necessary part of such a set for V's falling, that such falling was a necessary part of such a minimally sufficient set for V's contact on the ground, that such contact on the ground was a necessary part of such a set minimally sufficient for V's death. So *Puppe* makes life difficult for herself in eschewing action at a distance and demanding that there be a chain of intermediate causes. Yet in making out these intermediate causal conclusions *Puppe's* kind of theory has the enormous advantage that it can make do with absences in finding such "filling" and thus in easily sustaining the causal conclusions in cases (4)–(8).

The second move *Puppe* makes is aimed to avoid necessarily having to reach affirmative causal conclusions in cases like those of (1)–(3). Here *Puppe* urges that only those potential preventers that are, at the time that the defendant does the action that prevents these preventers from doing their preventative work: *actual*, or *fully instantiated*, or *possible*, or *real*. *Puppe's* thought here is revealed by her examples. In one, V is drowning but a plank is floating nearby that could save V. D pushes the plank out of reach, and V drowns. As I read *Puppe*, it is not enough (to sustain the causal conclusion that D killed V) that the following counterfactual be true: "If the defendant had not pushed the plank away, eventually it would have been carried by the current to be within V's reach, V would have grabbed it, and V would not have drowned." Rather, the plank has to already be floating in the right direction toward V before its being pushed away by D can count as causation of V's death by D.<sup>58</sup>

Likewise, *Puppe* raises a hypothetical devised by *Erich Samson*<sup>59</sup> in which V, who is diseased in a remote jungle, can be saved by receipt of a certain serum; that serum has been produced and is ready for transport to V's location by plane; a plane is available and would have made it in time but a worker spills the serum while it is being loaded onto the plane, it thus never reaches V, and V dies.<sup>60</sup> *Puppe* urges that it is not enough (to conclude that the worker caused the death of V) "if somewhere in the world there are preconditions ensuring that the aggravation of the illness would be prevented". Rather, "all conditions for preventing the aggravation of

the illness would have [to have] been instantiated at the point of loading the plane".<sup>61</sup> If the plane is not ready to go – because say it lacks working refrigeration equipment – then even if the serum would have gotten to V in time because the refrigeration would have been fixed, the worker's act of spilling would not have prevented an instantiated (real, actual) preventer of V's death and so would not be causal of that death.

This salience of the issue of instantiated versus uninstantiated sufficient conditions in the handling of double prevention cases by NESS theorists, finds resonance with a like salience of the issue in NESS theorists' handling of preemptive causation cases. As is well known, NESS theorists have some difficulty in resisting the conclusion that the preempted factor in preemptive cause cases is not as much of a cause as is the pre-empting factor; because after all, *prima facie* both are necessary parts of sets minimally sufficient for some harm to occur.<sup>62</sup> A standard move for NESS theorists to resist this undesired conclusion is to urge that pre-empting factors in preemptive cause cases are instantiated conditions whereas pre-empted factors are only uninstantiated conditions. Thus, when two fires are each sufficient to burn down V's house but the fires do not join and fire one makes it there first, burning down the house before fire two arrives, then even though fire two was part of a set of conditions abstractly sufficient to burn down the house, its set was not instantiated, viz. it was not at the house when it needed to be to have a house to burn.<sup>63</sup>

It is open to Professor *Puppe* to construe her instantiated requirement in such a way so as to resist any affirmative causal conclusions in cases of blocking double prevention such as cases (1)–(3) above. In (1), when the duck enters the intake for Newt's plane, Newt (the putative preventer of Billy's destruction of the city) has not yet confronted Billy; even if it's predictively certain that he would have intercepted Billy and that he would have shot Billy down had his plane not exploded, still, he is like the plank not yet floating towards the drowning victim who needs the plank in order to survive. Similarly, at the moment that Judge Tally does his preventative action (of sending the second telegram), the warning telegram is still in the hands of the telegraph operator and not out on delivery. Similarly, at the time it was raining in May in the forest, the thing those rains prevented – a fire in May which would have prevented the fire in June – didn't exist; the lightning that would cause such a fire hadn't

<sup>61</sup> *Puppe* (fn. 1 – Causation).

<sup>62</sup> I (perhaps somewhat too gleefully) pursue these difficulties in *Moore* (fn. 2), pp. 486–495.

<sup>63</sup> This use of the instantiated/uninstantiated distinction has more plausibility in cases of late pre-emption like that in the text; it has less success in dealing with cases of trumping pre-emption (e.g., troops march in response to major's order to march despite the simultaneous receipt of a like order from their serjeant whom, had he not given his order in the presence of a senior officer, would have been obeyed) because in such cases both sets of conditions seems fully instantiated. See *Moore* (fn. 2), pp. 486–495.

<sup>58</sup> *Puppe* (fn. 1 – Causation), citing an earlier article in German, *ead.*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, vol. 1, 5<sup>th</sup> ed. 2017, Vor § 13 para. 112.

<sup>59</sup> *Samson*, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, 1972, p. 95 et seq.

<sup>60</sup> *Puppe* (fn. 1 – Causation).

yet occurred and (as of the time of the rains) was only a future fact. In all such cases, thus, *Puppe* could conclude that the would-be preventers of the harm were not instantiated at the time their preventers went to work.

There is thus some potential similarity between *Puppe's* instantiated/uninstantiated distinction and *Skow's* interrupting/blocking distinction (and my closeness distinction, for that matter). How much depends on how *Puppe* would construe her distinction: if "instantiated" requires that a condition be beginning to prevent something so that "uninstantiated" described conditions that had not yet begun preventing that thing, then *Puppe's* distinction is the same as *Skow's*. I doubt, however, that Professor *Puppe* intends this vigorous a use of her distinction. In *Puppe's* plank case, for example, the vigorous interpretation would require that the plank had begun its preventative work – say, by the victim grabbing onto it – before it would be instantiated, and *Puppe* plainly doesn't mean that; she only requires that the plank be moving towards the victim. Likewise in her spilled serum case, the vigorous interpretation would require that the serum was in the body of the victim doing its disease preventative work; whereas *Puppe* only requires a working plane that will get the serum to where it can do such work, before she is willing to call the preventive serum instantiated (and thus the spillage as causal).

## V. Conclusion

So which of these attempts to avoid both sets of absurd conclusions in double preventions cases is right? Any and all of them are to be preferred to the acceptance of either of the two extreme conclusions – either that all of what are thought of as double prevention cases are causal or that none of them is. All are equally vulnerable to the charge of indeterminacy. "Closeness" is a vague idea, when an action or other event starts its preventative work (so that it can be interrupted rather than blocked) is equally vague, and when conditions are real or instantiated, and not just future facts, shares a like indeterminacy. But indeterminacy is never a knock-down objection anyway; lots of perfectly serviceable concepts are vague.

*Skow* rightly notes that one could argue for one's preferred distinction on the basis of which best fits our pre-theoretical causal intuitions about cases like (1)–(8). And this is surely right. Still, one would like also to argue the other way, that our causal intuitions about cases (1)–(8) are correct because they conform to an independently plausible causal metaphysics. But that broaches issues far beyond what we can do here today. Enough for the day to see the problem and to distinguish these proposals for dealing with it. Professor *Puppe* is to be commended, here as elsewhere in the literature on causation in the law, for her thoughtful contribution to the cutting edge of our collective understanding of these issues.

Kommentar von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

Was unsere kausaltheoretischen Überzeugungen betrifft, so könnten *Moore* und ich verschiedener nicht sein. *Moore* bezeichnet sich als gemäßigten Singularisten, ich bin ein „Nessi“. Vor elf Jahren hatte ich die Ehre und das Vergnügen, eine Disputation zwischen *Moore* und *Wright* hier in Bonn zu

moderieren. Die mussten eben nach Bonn kommen, um miteinander zu disputieren.

Die Singularisten machen als den Vorzug ihrer Kausalitätstheorie geltend, dass sie viel robuster ist, als die regularistischen Theorien, weil sie weniger Voraussetzungen macht. Die Singularisten halten den Generalisten entgegen, dass sie eine Kausalbeziehung nicht von einer analytischen Beziehung und einer bloß temporären Aufeinanderfolge von Veränderungen oder Zuständen unterscheiden können. Denn sie wüssten nicht anzugeben, was ein Kausalgesetz ist.<sup>1</sup> Aber die Singularisten haben das gleiche Problem. Sie lösen es, indem sie zwischen der Ursache und der Folge ein Verbindungsglied postulieren, das ebenfalls etwas Singuläres ist. Die Physikalisten nehmen dafür den Begriff der Energie oder der Energieübertragung in Anspruch und beschränken dadurch die Kausalität auf rein physikalische Prozesse.<sup>2</sup> *Moore* will sich, wenn ich richtig verstanden habe, auf keine Bestimmung dieses Zwischenglieds festlegen.<sup>3</sup> Deshalb kann er das Problem der Unterscheidung zwischen einem Kausalzusammenhang und einem Temporalzusammenhang auch nicht lösen.

Aber wie dem auch sei, wer ein solches Verbindungsglied als singuläres Phänomen fordert, kann die Abwesenheit von etwas, also beispielsweise auch die Abwesenheit einer menschlichen Handlung, nicht als eine Ursache anerkennen, weil eine Abwesenheit kein Phänomen erzeugen kann, das als Verbindungsglied zu einer Folge in Frage kommt. Trotzdem kann auch *Moore* nicht umhin, anzuerkennen, dass für Kausalverläufe die Abwesenheit von etwas eine Bedingung sein kann. Jedes Lebewesen mit einem Gehirn stirbt schließlich deshalb, weil nicht genug Sauerstoff zu den Gehirnzellen gelangt. Wenn Gehirnzellen nicht genug Sauerstoff erhalten, zerfallen sie. *Moore* akzeptiert also auch eine Beziehung zwischen der Abwesenheit von etwas und einer Folge als zurechnungsbe gründend und demgemäß auch eine Unterlassung. Nur weigert er sich, diese Beziehung Kausalität zu nennen und will

<sup>1</sup> Näher dazu und zu den in Bezug genommenen Beispielen *Puppe*, RW 2011, 400 (420 ff.)

<sup>2</sup> *Kahlo*, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990, S. 282; *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 19 f.; *Merkel*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 151 (165 ff.); *Gimbernat Ordeig*, in: Heferdehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, S. 163 (175); *Perez-Barbera*, ZStW 114 (2002), 600 (607)

<sup>3</sup> *Moore*, Causation and Responsibility, An Essay in Law, Morals, and Metaphysics, 2009, S. 500 ff. Ebenso aus dem neueren philosophischen Schrifttum *Keil*, Handeln und Verursachen, 2000, S. 272 ff.; *ders.*, Making Causal Counterfactuals More Singular, and More Appropriate for Use in Law, 2013, S. 157; *Fumerton/Kress*, Causation and the Law, 2001, S. 83 (103); *Toepel*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Fn. 2), S. 297: „Kausalketten erhalten dann vielmehr eine eigene Realität, nicht weniger als der Begriff der Ursache als Wirkkraft“.

deshalb die Unterlassung milder bestrafen. Es gibt gute Gründe, eine Verursachung durch Unterlassung milder zu bestrafen als eine durch Tun. § 13 StGB sieht eine fakultative Strafmilderung vor. Ein Begehungstäter setzt seine Ressourcen für die Schädigung Anderer ein, ein Unterlassungstäter weigert sich lediglich, seine Ressourcen für die Rettung Anderer einzusetzen. Aber diese Frage sollte nicht auf der Ebene der Kausalität entschieden werden, sondern auf der des Rechts.

Das Problem der Hinderung rettender Kausalverläufe haben wir deshalb, weil wir nicht im Klaren darüber sind, wie wir bei der kausalen Erklärung mit störenden Bedingungen und mit deren Fehlen umgehen müssen. Wenn wir die Möglichkeit einer störenden Bedingung vernachlässigen, laufen wir Gefahr, eine falsche Kausalerklärung zu akzeptieren. Wenn wir aber die Negation aller denkbaren störenden Bedingungen in die Kausalerklärung aufnehmen, wird sie uferlos. Da wir aber ohnehin nicht alle Elemente einer hinreichenden Bedingung für eine Folge aufzählen können, sondern die meisten von ihnen, das sogenannte kausale Feld, einfach als gegeben voraussetzen, können wir die Regel aufstellen, dass wir in eine Kausalerklärung weder unvollständige störende Bedingungen aufnehmen, noch die Gründe, aus denen diese unvollständig geblieben sind. Das gilt jedenfalls für natürliche Kausalprozesse. Es bedeutet, dass es in natürlichen Kausalprozessen keine Hinderung rettender Kausalverläufe (double prevention) gibt. Wenn beispielsweise auf einen Ertrinkenden ein Brett zunächst zutreibt, das dann von einer Strömung im Fluss abgelenkt wird, so ist die Strömung im Fluss keine Ursache des Ertrinkens. Denn es steht von Anbeginn fest, dass das Brett den Ertrinkenden nicht erreichen konnte.<sup>4</sup>

Mit menschlichen Handlungen, die einen rettenden Kausalverlauf verhindern, müssen wir anders verfahren. Denn von menschlichen Handlungen nehmen wir, jedenfalls im Recht, nicht an, dass sie von vornherein determiniert sind. Mit einer menschlichen Handlung kommt etwas Neues in die Welt. Wenn also eine menschliche Handlung eine störende Bedingung für einen schädigenden Kausalverlauf ihrerseits stört, also unvollständig macht, so ändert sie den Zustand der Welt. Deshalb dürfen und müssen wir die Verhinderung eines rettenden Kausalverlaufs durch eine menschliche Handlung als Ursache des schädigenden Kausalverlaufs anerkennen.

Das gilt aber nur dann, wenn die störende Bedingung (der rettende Kausalverlauf) ohne die Handlung des Menschen vollständig gegeben war. Liegt also beispielsweise auf dem Weg des Brettes zum Ertrinkenden eine Strömung, die das Brett in eine andere Richtung getrieben hätte, so ist der Täter, der es zuvor schon in eine andere Richtung stößt, nicht kausal für den Tod des Ertrinkenden.

Um das nochmals an dem Beispiel von *Samson*<sup>5</sup> mit dem Kranken im Dschungel deutlich zu machen: Wenn das Serum ohne Kühlung während des Fluges zum Patienten verderben würde, weil die Kühlanlage kaputt ist und mit Bordmitteln nicht repariert werden kann, die Leute auf dem Flugplatz das aber nicht wissen und deshalb den Flug trotzdem vorbereiten, so ist der Arbeiter, der das Serum beim Beladen des Flugzeugs aus Versehen verschüttet, nicht kausal für den Tod des

Patienten. Weil die Bedingungen für seine Rettung von vornherein nicht gegeben waren, hat das ganze Getue auf dem Flugplatz mit seinem Tod nichts zu tun.<sup>6</sup>

Wenn aber der Kausalverlauf, den der Täter verhindert, ein rettender war, so hat der Verhinderer den Schaden verursacht, und es gibt keinen Unterschied zwischen einer Blockierung und einer Unterbrechung eines rettenden Kausalverlaufs, weil jeder Kausalverlauf beliebig weit rückwärts verfolgbare ist. Ein Problem tritt aber auf, wenn der rettende Kausalverlauf ebenfalls eine menschliche Handlung enthält, die der Täter nun durch seine Handlung verhindert, denn menschliche Handlungen betrachten wir im Recht nicht als determiniert, sodass wir nicht entscheiden können, ob der verhinderte Kausalverlauf ein rettender war oder nicht. Aber das Recht kann hier Abhilfe schaffen, falls der verhinderte Retter zur Rettung verpflichtet war, indem es einen Satz anerkennt, den auch der BGH in solchen Fällen neuerdings anerkannt hat: Solange eine Person eine Rechtsnorm tatsächlich nicht verletzt hat, weil sie keine Gelegenheit dazu bekommen hat, kann das Recht von der Befolgung der Norm ausgehen.<sup>7</sup> Früher hat der BGH in solchen Fällen vom Tatgericht den Beweis verlangt, dass der verhinderte Retter seine Rettungspflicht erfüllt hätte, wenn nicht ein anderer, seinerseits pflichtwidrig handelnd, ihn daran gehindert oder ihm nicht Gelegenheit dazu gegeben hätte. In dem betreffenden Fall hatte der wachhabende Assistenzarzt pflichtwidrig den Oberarzt nicht vom kritischen Zustand einer Patientin benachrichtigt. Da sich aber der Oberarzt später selbst als pflichtvergessen erwiesen hat, verlangte der BGH für die Verurteilung des Assistenzarztes den Beweis, dass der Oberarzt sich pflichtgemäß der Patientin angenommen hätte, wenn der Assistenzarzt ihn von deren kritischem Zustand benachrichtigt hätte.<sup>8</sup> Da ein solcher Beweis prinzipiell unmöglich ist, musste der Assistenzarzt vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen freigesprochen werden. Anders, wenn man den später vom BGH aufgestellten Satz anwendet, dass das Recht von der Befolgung seiner Normen ausgeht, solange ihre Nichtbefolgung nicht stattgefunden hat. Das ist auch gerecht, denn mag der Oberarzt noch so pflichtvergessen gewesen sein, er hat nicht deshalb in jener Nacht die Rettung der Patientin unterlassen, weil er pflichtvergessen war, sondern weil der Assistenzarzt ihn nicht alarmiert hatte.<sup>9</sup> War der Retter nicht verpflichtet, so lässt sich das Problem nur durch Anwendung von Wahrscheinlichkeitsgesetzen lösen.

<sup>6</sup> *Puppe*, ZIS 2018, 484 (486); *dies.*, ZStW 92 (1986), 863 (963 ff.); *dies.*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 112; *dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 4. Aufl. 2019, § 2 Rn. 52 ff.

<sup>7</sup> BGHSt 48, 77 (94); *Puppe* (Fn. 5 – NK-StGB), Vor § 13 Rn. 113; *dies.* (Fn. 5 – AT), § 2 Rn. 33 ff.

<sup>8</sup> BGH NSZ 1986, 217, m. Bespr. *Kahlo* GA 1987, 66, und Bespr. *Puppe* (Fn. 5 – AT), § 2 Rn. 35 ff.

<sup>9</sup> Wer die für ihn geltende Norm tatsächlich verletzt hat, soll sich nicht damit entlasten können, dass ein anderer die für ihn geltende Norm möglicherweise verletzt hätte, wenn er die seine erfüllt hätte, *Puppe* (Fn. 5 – NK-StGB), Vor § 13 Rn. 113.

<sup>4</sup> Näher *Puppe*, ZIS 2018, 484 (485)

<sup>5</sup> *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 95 f.

# Dialogues on Causation with Puppe

By Prof. Richard W. Wright, Chicago (Illinois)\*

*Scholars who have engaged in detailed analysis of the concept of causation and its proper employment in determinations of legal responsibility and ultimate liability are few and far between. I was therefore delighted to receive in September 2010 an email from Ingeborg Puppe, a professor at the University of Bonn, advising me that she had recently come across my work and that our views, which when first published were contrary to the then generally accepted views, were very similar. We had previously been unaware of each other's work, which was written in different languages in different doctrinal areas in different jurisdictions: she on German criminal law and I on tort law in common law jurisdictions. We immediately began frequent detailed correspondence regarding our many areas of agreement and few areas of disagreement, with indispensable assistance, advice and sometimes intervention by Thomas Grosse-Wilde, who has a thorough knowledge and insightful understanding of these issues as discussed and employed in civil law and common law jurisdictions.*

## I. Our Areas of Agreement

In our initial articles, Puppe and I each surveyed and criticized the existing literature and case law in our respective jurisdictions, which generally treated the strong necessity<sup>1</sup> (but-for/sine qua non) criterion as the exclusive test of factual causation but sometimes used unexplained “singularist” (“I

---

\* University Distinguished Professor Emeritus, Illinois Institute of Technology Chicago-Kent College of Law.

<sup>1</sup> Relying on descriptions and terminology employed by Mackie, Scriven, and Hart and Honoré, I provided in 1988 the following descriptions of the weak, strong and strict senses of necessity and sufficiency: “In descending order of stringency, a strict-necessity test requires [for *Q* to be a cause of *R*] that *Q* be necessary for the occurrence of *R* whenever *R* occurs; a less stringent, strong-necessity test requires only that *Q* have been necessary for the occurrence of *R* on the particular occasion, considering the circumstances that existed on the particular occasion [the but-for/sine qua non test]; and the least stringent, weak-necessity test requires only that *Q* have been a necessary element of some set of actual conditions that was sufficient for the occurrence of *R* – the NESS test. A strict-sufficiency test requires that *Q* be sufficient by itself for the occurrence of *R*; a less stringent, strong-sufficiency test requires only that *Q* be a necessary element of some set of existing conditions that was sufficient for the occurrence of *R* – the NESS test again; and the least stringent, weak-sufficiency test merely ‘requires’ that *Q* be a part of some set of existing conditions that was sufficient for the occurrence of *R*.” Wright, Iowa Law Review 73 (1988), 1001 (1020), citing Mackie, The Cement of the Universe, 1974 (corrected ed. 1980); Scriven, Theory and Decision 2 (1971), 49; Hart/Honoré, Causation in the Law, 2<sup>nd</sup> ed. 1985. Cf. Puppe, ZStW 92 (1980), 863 (865–868, 875 et seq.), English translation available at <https://ssrn.com/abstract=2743259> (2.11.2022).

know it when I see it”) “reasoning”. We each attempted to renew interest in prior landmark work that offered an alternative account of causation based on instantiation of the laws of nature (so-called “generalist” accounts).

### 1. Puppe, Building on Engisch

Puppe wrote first, in 1980,<sup>2</sup> seeking to revive and supplement Karl Engisch’s insights in his landmark book, “Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände”.<sup>3</sup> Engisch, referencing Hume’s regularity<sup>4</sup> and Mill’s laws-of-nature<sup>5</sup> analyses of causation,<sup>6</sup> rejected the strong necessity criterion as the exclusive test of causation in singular instances, or even as a proper test if it is employed, as is usually assumed, through counterfactual analysis of what might otherwise have occurred, rather than real world analysis of what actually occurred.<sup>7</sup> He demonstrated the failure of the strong necessity criterion in duplicative and preemptive overdetermined causation situations, without, however, clearly distinguishing the two types of situation,<sup>8</sup> and he explained that, properly ap-

---

<sup>2</sup> Puppe, ZStW 92 (1980), 863.

<sup>3</sup> Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931. Puppe generously had her assistant Franz Wenzel translate into English for me her 1980 article and extracts from Engisch’s book. In 2020, I posted on the Social Science Research Network my translation into English of the most important part of Engisch’s book, “Part II: The Condition Theory”, but the publisher made me remove it.

<sup>4</sup> Hume, A Treatise of Human Nature, 1739–1740, book I pt. III § XIV; *id.*, An Enquiry Concerning Human Understanding, 1748, § VII pt. I, II.

<sup>5</sup> Mill, A System of Logic, Ratiocinative and Inductive, 8<sup>th</sup> ed. 1872 (1<sup>st</sup> ed. 1843), book III chap. V §§ 3 and 4.

<sup>6</sup> Engisch (fn. 3), p. 20, 23 fn. 40, p. 24 fn. 41, 32–33. For discussion of Hume’s defective regularity account and his skepticism regarding causal laws, Mill’s detailed elaboration of causal (natural) laws as empirically derived statements of minimally sufficient sets of conditions for the occurrence of some result, and Arthur Schopenhauer’s brief similar description of causal laws in his doctoral thesis, On the Fourfold Root of the Principal of Sufficient Reason, 2<sup>nd</sup> ed. 1847 (E.F.J. Payne trans., Open Court 1999, 1<sup>st</sup> ed. 1813), § 20, see Wright/Puppe, Chicago-Kent Law Review 91 (2016), 461 (464–469).

<sup>7</sup> Engisch (fn. 3), p. 17–19, 26. Four years later, Charles Carpenter also rejected the but-for test as the exclusive test and the related use of counterfactual reasoning, but he did not provide any alternative analysis, Carpenter, University of Pennsylvania Law Review 83 (1935), 941 (946–949).

<sup>8</sup> E.g., Engisch (fn. 3), p. 12 et seq. (preemptive/duplicative causation of destruction of different portions of a building by fires started at each end, each of which independent of the other would have destroyed the entire building), p. 13 fn. 1 (possible duplicative causation of death by failure to aid), p. 15 et seq. (causation of execution/beatings by one of two actors whose action preempted otherwise causal action by the other), p. 22 (possible duplicative rather than but-for causa-

plied, it was a “side effect” of proper causal analysis, according to which actual conditions are tested for their causal status in singular instances through subsumption under the laws of nature.<sup>9</sup>

*Engisch* did not provide an explicit elaboration of the logical structure of the laws of nature or their instantiation in specific instances in terms of necessary and/or sufficient conditions. However, he seems to have understood that the laws of nature must be structured as abstractly defined minimally sufficient sets,<sup>10</sup> while insisting that for a condition to be a cause in a singular instance it need merely be part of the instantiation of a relevant sequence of fully instantiated laws of nature.<sup>11</sup> He treated omissions as well as positive acts as causes,<sup>12</sup> noted that, despite the resulting vast number of causes of some result, in the law we are interested only in those which were legally wrongful,<sup>13</sup> and treated mental processes as causally determined or at least explainable.<sup>14</sup>

Unfortunately, while building up to the presentation and elaboration of his criterion for identifying singular instances of causation, *Engisch* noted that, to reach the correct conclusion on causation in as many cases as possible, the strong necessity criterion should be applied by specifying the time and manner of occurrence of the legally relevant concrete result.<sup>15</sup> Despite his immediately following discussion of the limitations of this maneuver and its tautological use to identify as causes conditions already presumed to be causal,<sup>16</sup> his discussion of it, combined with his failure to provide an explicit elaboration of the logical structure of the laws of nature

tion of death by shock due to hearing gun shots fired by two different actors); see also the double prevention situations discussed in fn. 12 below. Although it would qualify under his causal criterion, *Engisch*, failing to distinguish causation from legal responsibility, seemed unwilling to treat a trivial contribution to a flood as a cause of the damage caused by the flood, *ibid.*, p. 10, 12.

<sup>9</sup> *Engisch* (fn. 3), p. 17–19, 25–26; see text at fn. 61, 62 below.

<sup>10</sup> See *Engisch*'s discussion of the use of *Mill's* Difference Method to determine through empirical investigation the elements of a law of nature. *Engisch* (fn. 3), p. 24–26 and 24 fn. 1. *Grosse-Wilde* reads the passage in the same way, that *Engisch* refers to the necessity of a condition not in an individual case but within a causal law (“weak necessity”), see *Grosse-Wilde*, ZIS 2017, 638 (647 in fn. 60).

<sup>11</sup> *Engisch* (fn. 3), p. 21–23, 25 et seq.

<sup>12</sup> *Engisch* (fn. 3), p. 27–31. Two of his illustrations involve the theoretically most difficult type of causation situation, in which multiple acts or omissions independently block a causal process that would have prevented the result at issue. In each illustration, he treats each act or omission as a cause of the result, *ibid.*, p. 14 et seq., 15 fn. 1, 27 et seq., 27 fn. 5 (two independent acts each prevented operation of a railroad switch), p. 30 et seq. (two independent failures to provide different necessary gun parts prevented construction of guns).

<sup>13</sup> *Engisch* (fn. 3), p. 31.

<sup>14</sup> *Engisch* (fn. 3), p. 28.

<sup>15</sup> *Engisch* (fn. 3), p. 11–15. But see *ibid.*, p. 14–28.

<sup>16</sup> *Engisch* (fn. 3), p. 15–19.

and their instantiation in specific instances, enabled continued adherence by German academics and courts to the strong necessity test as the supposed exclusive test of causation.<sup>17</sup>

In her 1980 article, *Puppe* revisited *Engisch's* prior work<sup>18</sup> and provided what he had not: an explicit weak necessity<sup>19</sup> formulation of the requirement for a condition to be a cause in a specific situation. She defined a cause as a necessary component of a fully instantiated minimally sufficient set of conditions according to natural laws,<sup>20</sup> demonstrated the use of that definition to resolve many duplicative and preemptive overdetermined causation cases,<sup>21</sup> and criticized attempts to modify the strong necessity criterion to reach the correct result in those cases, including the ad hoc disregard of preempted conditions and especially the tautological detailing of the concrete result to include its manner of occurrence or the usually legally irrelevant time and place of its occurrence.<sup>22</sup>

## 2. *Wright, Building on Hart and Honoré*

In 1985, being unaware of *Engisch's* and *Puppe's* prior work, I published my first article on causation as discussed and applied in the law,<sup>23</sup> in which I surveyed and criticized the existing literature in common law jurisdictions (primarily the USA), including attempts to modify the strong necessity criterion by detailing the result or its manner of occurrence or to replace it by singularist “reasoning” in the overdetermined causation cases.<sup>24</sup> I attempted to revive, clarify, correct and extend *Hart* and *Honoré's* weak necessity analysis of “causally relevant factors” in their landmark work, “Causation in the Law”, the first edition of which was published in 1959,<sup>25</sup> but of which *Puppe* was unaware when she wrote her initial articles on causation. A second edition, which I cite in this article, was published in 1985,<sup>26</sup> after I had submitted the final draft of my article.

*Honoré*, at least, was aware of *Engisch's* prior work, which he cited in the comparative law portion of their book,

<sup>17</sup> See *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (873 et seq.).

<sup>18</sup> *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (863, 873 et seq., 881).

<sup>19</sup> See fn. 1 above.

<sup>20</sup> *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (871, 890–892, 909); see *ead.*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 11 (2003), 151 (153 et seq.); *ead.*, in: Kahmen/Stepanians (eds.), Critical Essays on “Causation and Responsibility”, 2013, p. 67 (69 et seq. and fn. 3, 72 et seq.).

<sup>21</sup> *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (874–878, 888–895); see *ead.*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 11 (2003), 151 (155 et seq.).

<sup>22</sup> *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (863, 868–874, 879–882, 892 et seq.); see *ead.*, (fn. 20 – Essays), p. 78–80, 86–94; *ead./Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (317–322).

<sup>23</sup> *Wright*, California Law Review 73 (1985), 1735.

<sup>24</sup> *Wright*, California Law Review 73 (1985), 1735 (1774–1788).

<sup>25</sup> *Hart/Honoré*, Causation in the Law, 1959; cf. *Honoré*, ZStW 69 (1957), 463.

<sup>26</sup> *Hart/Honoré* (fn. 1).

for which he was responsible.<sup>27</sup> *Hart* and *Honoré* agreed with *Engisch*, contrary to *Mill*,<sup>28</sup> that more than one distinct (but usually overlapping) set of existing minimally sufficient conditions for a specific consequence could be (and frequently is) instantiated in a specific situation.<sup>29</sup> As far as I know, they were the first to explicitly state the weak necessity criterion and to employ it to identify not only strongly necessary conditions but also independently strongly sufficient conditions<sup>30</sup> (e.g., two fires, each of which was sufficient, in conjunction with the other existing conditions but without the other fire, to destroy a house, which merge or otherwise arrive simultaneously at the house) as “causally relevant factors” in a specific situation.<sup>31</sup> They stated: “A condition may be necessary just in the sense that it is one of a set of conditions jointly sufficient for the production of the consequence: it is necessary because it is required to complete this set.”<sup>32</sup>

*Hart* and *Honoré*’s weak necessity definition of a “causally relevant factor” was a major advance in the analysis of causation in the Anglo-American academic literature, in philosophy as well as law.<sup>33</sup> However, the potential clarifying impact

<sup>27</sup> *Hart/Honoré* (fn. 1), p. 435 fn. 18, 439 fn. 45, 446 fn. 98, 447 fn. 1, 449 fn. 12, 450 fn. 19, 483.

<sup>28</sup> See *Wright/Puppe*, *Chicago-Kent Law Review* 91 (2016), 461 (468).

<sup>29</sup> *Hart/Honoré* (fn. 1), p. xxxix–xl, 20.

<sup>30</sup> See fn. 1 above regarding the different senses of necessity and sufficiency.

<sup>31</sup> *Hart/Honoré* (fn. 1), p. xxxix–xl, 20, 112 et seq., 122–125, 235–253.

<sup>32</sup> *Hart/Honoré* (fn. 1), p. 112 et seq.

<sup>33</sup> At a conference in Cambridge in 2007, *Honoré* told me that he thought that their book’s most significant effect was making philosophers aware of overdetermined causation situations. After publication of their book, several philosophers published similar weak necessity analyses of causation, without, however, citing *Hart* and *Honoré*. Best known is Oxford colleague *John Mackie*’s INUS (“insufficient but non-redundant part of an unnecessary but sufficient condition”) criterion. See *Mackie* (fn. 1), p. 62; *Honoré*, in: Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, 1990, p. 363, 365 (stating that *Mackie* “applied our idea to causal ‘regularities’—causal generalizations as distinguished from specific events”). However, *Mackie* and others followed *Mill* by only applying the weak necessity analysis to the structure of causal laws and insisting on strong necessity in singular instances of causation. Furthermore, *Mackie*, contrary to *Hume* and *Mill*, implausibly claimed that the strong necessity test can be and often is applied in specific instances using singularist reasoning, without any even implicit reference to causal laws. *Mackie* (fn. 1), p. 38–48, 56, 76–78, 121–124, 126 et seq., 224, 257 fn. 14, 267 et seq., criticized in *Wright*, *Iowa Law Review* 73 (1988), 1001 (1023–1034, 1023 fn. 113). Similar claims by German scholars are criticized in *Hart/Honoré* (fn. 1), p. 433–442; *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 74–77. Both philosophers and lawyers generally fail to note these aspects of *Mackie*’s theory and erroneously credit him, rather than *Hart* and *Honoré*, with the initial development and applica-

tion of their analysis was undermined by several aspects of their discussion. Most significantly, their analysis of causally relevant factors was only a preliminary step, not even mentioned in the introduction to their book, in their pursuit of their primary project, which was an unsuccessful attempt to use ordinary language analysis to identify supposedly factual, non-normative criteria, applicable in non-legal as well as legal contexts, for treating only one or a few of the many causally relevant factors in a specific situation as causes.<sup>34</sup> Their primary focus on ordinary language analysis, with resultant inclusion of legal responsibility as well as factual causation issues, overwhelmed and sometimes distorted their analysis of causally relevant factors, which was further distorted by their intuitive understanding of a cause as something which “made a difference”, their related use of counterfactual reasoning based on hypothetical rather than actual facts, and their confusing employment of overlapping categories of “additional”, “combinatory/reinforcing”, “neutralizing”, “overtaking” and “alternative” causally relevant factors to discuss the (duplicative and preemptive) overdetermined causation cases.<sup>35</sup> Their discussion of causally relevant factors subsequently received minimal notice in the legal literature,<sup>36</sup> and their primary argument promoted further confusion by courts, lawyers and philosophers of the distinct issues of causation and responsibility.<sup>37</sup>

### 3. The NESS Analysis of Causation Based on Natural Laws

In my 1985 article I created an acronym, “NESS” (necessary element of a sufficient set), which *Puppe* subsequently has adopted, to refer to *Hart* and *Honoré*’s weak necessity definition of “causally relevant factors”, while noting that the condition at issue must be not merely a member of a sufficient set but rather *necessary for the sufficiency* of that set (i.e., that the set must be minimally sufficient).<sup>38</sup> I rejected *Hart* and *Honoré*’s employment of normative responsibility principles to treat only some “causally relevant” conditions as causes,<sup>39</sup>

tion of the weak necessity analysis of singular instances of causation. See, e.g., *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 72 (citing German academics).

<sup>34</sup> *Hart/Honoré* (fn. 1), p. 1–6, 11–13, 23–108; see *Wright*, in: *Kramer/Grant/Colburn/Hatzistavrou* (eds.), *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political and Moral Philosophy*, 2008, p. 165 (176 et seq.).

<sup>35</sup> *Hart/Honoré* (fn. 1), p. 29, 122–125, 206 et seq., 235–253; see *Wright*, *California Law Review* 73 (1985), 1735 (1745–1750, 1796–1798); *id.*, in: *Goldberg* (ed.), *Perspectives on Causation*, 2011, p. 285 (286–288).

<sup>36</sup> See *Wright*, *California Law Review* 73 (1985), 1735 (1788 and fn. 227).

<sup>37</sup> *Wright*, *California Law Review* 73 (1985), 1735 (1745–1750); *id.* (fn. 34).

<sup>38</sup> *Wright*, *California Law Review* 73 (1985), 1735 (1788 et seq., 1793, 1803 et seq., 1823); *id.*, *Iowa Law Review* 73 (1988), 1001 (1019, 1041); *id.*, *Vanderbilt Law Review* 54 (2001), 1071 (1102 et seq. and fn. 112, 113).

<sup>39</sup> *Wright*, *California Law Review* 73 (1985), 1735 (1745–1750).

and I demonstrated the use of the NESS criterion to distinguish and properly resolve the (duplicative and preemptive) overdetermined causation cases.<sup>40</sup> I noted that, to distinguish duplicative causation from preemptive causation, we must distinguish (i) mere hypothetical “nomic” (laws-of-nature-based) lawful sufficiency, which guarantees the occurrence of some abstractly described result (for example, the death of a person who has ingested a fatal dose of poison for which there is no antidote), from (ii) actual/genuine causal sufficiency for a specific concrete result, which, as *Engisch* insisted, requires the complete instantiation in the specific situation of the laws of nature underlying the various links in the chain of causation between the alleged cause and the relevant effect.<sup>41</sup> *Puppe* made the same point in her 1980 article,<sup>42</sup> without, however, clearly distinguishing abstract lawful sufficiency as stated in a broad causal generalization from concrete causal sufficiency as stated in appropriate detail for the particular case.<sup>43</sup>

For example, in the case of an attempted fatal poisoning, if (i) enemy 2 inflicts an immediately fatal wound on the victim before there has been sufficient time for the internal bodily processes initiated by ingestion of enemy 1’s poison to cause death<sup>44</sup> or (ii) enemy 2 empties out the water in the traveler’s canteen, which was poisoned by enemy 1 and was the traveler’s only source of water, before the victim (who is unaware of the poison) drinks from the canteen,<sup>45</sup> one of the weakly necessary (NESS) conditions for death by poisoning – in (i) the completion of the required internal bodily processes for death by poisoning and in (ii) the drinking of the poison – was not instantiated, while all of the conditions required for the actual death – by infliction of the fatal wound in (i) or by deprivation of necessary water in (ii) – were instantiated. In either case, enemy 1’s supplying of the fatal dose of poison was a preempted condition<sup>46</sup> and enemy 2’s

wounding of the victim or emptying of the victim’s canteen was a preemptive cause. Note that these conclusions are true in the desert traveler example even if enemy 2’s emptying of the canteen prolonged the traveler’s life because the death by thirst occurred later than the death by poisoning would have occurred.<sup>47</sup>

The requirement of actual causal sufficiency rather than mere potential or hypothetical lawful sufficiency enables the NESS analysis of causation to avoid or resolve the objections to *Hume’s* regularity theory and mere “nomic” lawful sufficiency analyses.<sup>48</sup> Critics have claimed that the references to “causal laws” and “causal sufficiency” in my elaboration of the NESS analysis make it viciously circular.<sup>49</sup> A short answer is that these terms are simply convenient labels for, respectively, the laws of nature (which as *Engisch* noted<sup>50</sup> are empirically derived and contingently verified through obser-

---

*Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (868 et seq., 887–893, 904–910); *ead.* (fn. 20 – Essays), p. 69 et seq., 73 et seq., 79–81; *ead./Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (320 and fn. 46).

<sup>47</sup> *Wright* (fn. 35 – Perspectives), p. 298; *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 106–107; cf. *ead.*, ZStW 92 (1980), 863 (892 et seq.).

<sup>48</sup> For statement of the objections, see, e.g., *Fumerton/Kress*, Law and Contemporary Problems 64 (2001), 83 (94–102); *Merkel*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (eds.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, p. 151 (159–162); *Moore*, Causation and Responsibility, An Essay in Law, Morals, and Metaphysics, 2009, p. 475–495; *Paul/Hall* (fn. 41), p. 14–16, 39 et seq., 42 et seq., 70–75, 89–91, 99–102, 143–150, 171 et seq., 191–194; *Steel*, Proof of Causation in Tort Law, 2015, p. 18 fn. 16, 27–33 and fn. 59, 68. Several of these critics fail to focus on causal sufficiency rather than mere nomic lawful sufficiency. *Steel* retreats from most of his criticisms in footnotes, *ibid.*, p. 26 fn. 57, p. 27 fn. 58, 61, p. 29 fn. 64. – For discussion of the NESS account’s ability to avoid or resolve the objections, see *Wright* (fn. 35 – Perspectives), p. 289–291, 295–315, 321 et seq.; *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 86–97, 101–105; *Wright*, in: Ferzan/Morse (eds.), Legal, Moral, and Metaphysical Truths, The Philosophy of Michael S. Moore, 2016, p. 171–182; *Puppe/Wright*, in: Infantino/Zervogianni (eds.), Causation in European Tort Law, 2017, p. 17 (26–28); *Puppe/Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (315–317). For a rebuttal to *Moore’s* last-ditch references to “trumping” situations, see *Wright* (fn. 35 – Perspectives), p. 302 et seq.

<sup>49</sup> This criticism was initially stated in *Fumerton/Kress*, Law and Contemporary Problems 64 (2001), 83 (84, 101–104), and has been repeated by others, usually without acknowledgment or consideration of subsequent clarifications and rebuttals. See, e.g., *Lagnado/Gerstenberg*, in: Waldmann (ed.), The Oxford Handbook of Causal Reasoning, 2017, p. 565 (572); *Stapleton*, Oxford Journal of Legal Studies 35 (2015), 697 (702 and fn. 19, 703 and fn. 26); *Steel* (fn. 48) at 27 fn. 59.

<sup>50</sup> See *Engisch* (fn. 3), p. 24–26 and fn. 41; text at fn. 10 and 11 above.

---

<sup>40</sup> *Wright*, California Law Review 73 (1985), 1735 (1745–1750, 1788–1803); *id.*, Iowa Law Review 73 (1988), 1001 (1012–1014).

<sup>41</sup> *Engisch* (fn. 3), p. 21–28; *Wright*, California Law Review 73 (1985), 1735 (1794 et seq.); *id.*, Iowa Law Review 73 (1988), 1001 (1018 et seq., 1022, 1024 et seq.); see *Paul/Hall*, Causation, A User’s Guide, 2013, p. 91: “we must distinguish between causing and causally guaranteeing”.

<sup>42</sup> *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (869, 874–878, 888–892); see *ead.* (fn. 20 – Essays), p. 87–92, 102; *ead./Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (322–324).

<sup>43</sup> See, e.g., *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (888: “pre-empted causes are also sufficient conditions for the result according to the laws of nature”; 890: person who planted a bomb in a house that collapsed due to subsidence of the ground prior to the bomb’s exploding “fulfilled a sufficient condition according to natural laws for the destruction of the house”; 910: “pre-empted causes [...] are also lawfully sufficient conditions for the result”); cf. *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 102.

<sup>44</sup> *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (875).

<sup>45</sup> *Wright*, Iowa Law Review 73 (1988), 1001 (1024 et seq.).

<sup>46</sup> From the beginning, *Puppe* has described preempted conditions as “preempted causes”, which is an oxymoron. See, e.g.,

vation and experimentation using methods such as *Mill's* Difference Method<sup>51</sup>) and their complete instantiation in specific situations. For more demanding critics, I have provided a definition of causal (natural) laws, with which I believe *Puppe* agrees, that does not employ any causal language, which is then used non-circularly to define “causal sufficiency” (the complete instantiation of the relevant causal laws in a specific situation) and specific causes:

“A causal [natural] law is an empirically derived statement that describes a successional relation between a set of abstract conditions (properties or features of possible events and states of affairs in our real world) that constitute the antecedent and one or more specified conditions of a distinct abstract event or state of affairs that constitute the consequent such that, regardless of any other then existing conditions, the instantiation of all the conditions in the antecedent entails the immediate instantiation of the consequent, which would not be entailed if less than all of the conditions in the antecedent were instantiated.”<sup>52</sup>

“When analysing singular instances of causation, an actual condition *c* was a cause of an actual condition *e* if and only if *c* was a part of (rather than being necessary for) the instantiation of one of the abstract conditions in the completely instantiated antecedent of a causal law, the consequent of which was instantiated by *e* immediately upon the complete instantiation of its antecedent, or (as is more often the case) if *c* is connected to *e* through a sequence of such instantiations of causal laws.”<sup>53</sup>

Critics also point out, correctly, that we almost never employ, or even have knowledge of, fully specified causal laws. Instead, as *Mill* explained, we employ broadly stated causal generalizations, which are incomplete (and thus contingent) and encompass, usually at a gross macro level, a multitude of successive or simultaneously operative more specific generalizations based on the underlying laws of nature. We do the best that we can and as is needed or practical in the specific

situation.<sup>54</sup> Nevertheless, as *Mill* noted, an assertion of causation is always an at least implicit assertion of the complete instantiation of a network of underlying causal laws, even when this assertion is based on a single observation.<sup>55</sup>

#### 4. Rejection of Counterfactual Reasoning

*Puppe* has always insisted, in accord with *Engisch*,<sup>56</sup> contrary to *Hart* and *Honoré*,<sup>57</sup> and more explicitly than *Mackie*,<sup>58</sup> that causal analysis need not and should not employ counterfactual reasoning.<sup>59</sup> In my 1985 article, I described the analysis of necessity in both the strong necessity (but-for/sine qua non) and weak necessity (NESS) accounts as a counterfactual analysis.<sup>60</sup> However, I soon realized and thereafter stated that the “thinking away” or “elimination” aspect of the causal analysis applies only to the empirically derived and contingently validated formulation of the minimally sufficient sets of conditions that are included in causal laws, while the analysis of a singular instance of causation should be a real world matching of actual conditions against the required elements of the relevant causal generalizations and their underlying causal laws.<sup>61</sup> Properly applied, the strong necessity criterion is a corollary of the weak necessity (NESS) analysis that is valid only when there is no causal overdetermination and has two steps, the second of which is causally irrelevant but is satisfied when there is no causal overdetermination: (1) was the condition at issue part of the complete instantiation in the specific situation of the antecedent of one or more relevant causal generalizations and their underlying laws that have as their ultimate consequence the effect at issue (the NESS analysis); and (2) were the other existing conditions insufficient without the condition at

<sup>51</sup> See *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 90–92; *Puppe/Wright* (fn. 48), p. 22–25, 26–28.

<sup>52</sup> *Puppe/Wright* (fn. 48), p. 28. The “regardless” phrase may be superfluous. *Moore* claims that this phrase and the “would not be entailed ...” clause are “plainly counterfactual”, *Moore*, in: *Ferzan/Morse* (fn. 48), p. 343 (382 et seq.). They are not, but rather invoke a simple matching of existing conditions in the singular instance with the abstract conditions in the antecedent of the relevant causal law(s). See *Thomson*, in: *Kramer/Grant/Colburn/Hatzistavrou* (fn. 34), p. 143 (148); text at fn. 61, 62 below. *Moore* also complains that various terms in this definition of causal (natural) laws make it incompatible with the ordinary meaning of “nomic” (lawful) sufficiency. *Moore*, *ibid.*, p. 383; see *id.* (fn. 48), p. 474–495. But that is precisely the point: to distinguish causation from mere abstract lawful sufficiency.

<sup>53</sup> *Puppe/Wright* (fn. 48), p. 28: “after” replaced by “upon”.

<sup>54</sup> *Mill* (fn. 5), book III chap. III § 2, book III chap. IV § 1, book III chap. V §§ 2–3; see *Merkel* (fn. 48), p. 159 et seq.; *Moore* (fn. 48), p. 475 et seq.; *Paul/Hall* (fn. 41), p. 14–16, 39 et seq., 42 et seq.; *Thomson* (fn. 52), p. 149; *Puppe*, *ZStW* 92 (1980), 863 (899); *Wright* (fn. 35 – Perspectives), p. 289–291; *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 86 et seq., 93; *ead./Grosse-Wilde*, *University of Western Australia Law Review* 49 (2022), 306 (317).

<sup>55</sup> *Mill* (fn. 5), book III chap. I § 2 and vii fn. \*; book III chap. III § 3, book III chap. V § 2.

<sup>56</sup> See text at fn. 7–9 above.

<sup>57</sup> See text at fn. 35 above.

<sup>58</sup> See *Mackie* (fn. 1), p. 64–67, 199, 201–203.

<sup>59</sup> *Puppe*, *ZStW* 92 (1980), 863 (868 et seq., 875 et seq., 884–886, 888–892); *ead.*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 11 (2003), 151–155; *ead./Grosse-Wilde*, *University of Western Australia Law Review* 49 (2022), 306 (311–314).

<sup>60</sup> *Wright*, *California Law Review* 73 (1985), 1735 (1784–1788, 1803–1807).

<sup>61</sup> E.g., *Wright*, *Iowa Law Review* 73 (1988), 1001 (1035–1037, 1040–1042); *id.*, *Vanderbilt Law Review* 54 (2001), 1071 (1106 et seq.); *id.* (fn. 35), p. 286 et seq. and fn. 14, p. 304, 308; see *Beauchamp/Rosenberg*, *Hume and the Problem of Causation*, 1981, p. 145–148, 160–164; *Moore* (fn. 48), p. 374–382, 390 fn. 61.

issue for any such complete instantiation (the strong necessity analysis)?<sup>62</sup>

### 5. Weakly Necessary Conditions as Causes

Going beyond prior discussions by *Engisch*, *Hart* and *Honoré*, and *Puppe*, I explained in my 1985 article that the NESS analysis can and should be used to identify as causes conditions that were neither strongly necessary nor independently strongly sufficient but were weakly necessary,<sup>63</sup> as courts have often recognized using unelaborated, question-begging phrases such as “substantial factor”, “material contribution” or simply “contribution”.<sup>64</sup> Consider, for example, three sources of force, fire, water, noise, smell, poison, toxin or other type of condition, each of size X, which combine to produce an inseparable harm for the occurrence of which only 2X of the type of condition was necessary. Using the NESS analysis, each of the sources can properly be identified as a cause by including it and either one of the other two sources in a minimally sufficient set that does not include the third source, while being careful to make sure that the actual existence of the third source did not prevent the instantiation of other required conditions in the specified minimally sufficient set.<sup>65</sup>

*Puppe* did not discuss such situations in her 1980 article. However, she subsequently employed the weak necessity analysis to explain the treatment of each individual who votes in favor of a certain decision, which is adopted by majority vote, as a cause of the harmful consequences that follow from the implementation of that decision, even though each individual’s vote was neither strongly necessary nor independently strongly sufficient for the majority vote and the subsequent harmful consequences,<sup>66</sup> and she has subsequently implicitly endorsed, as a co-author, use of the weak necessity analysis in similar situations involving physical forces.<sup>67</sup>

<sup>62</sup> *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (868 et seq., 875–876, 884–886, 888–892); *ead.*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 11 (2003), 151 (154 et seq.); *ead.* (fn. 20 – Essays), p. 76 et seq., 101 et seq.; *Wright*, California Law Review 73 (1985), 1735 (1803–1807); *id.* (fn. 35 – Perspectives), p. 286 et seq., 287 fn. 14, 304, 308, 328 et seq.

<sup>63</sup> *Wright*, California Law Review 73 (1985), 1735 (1791–1793). Neither *Engisch* nor *Hart* and *Honoré* writing jointly discussed situations involving conditions that were neither strongly necessary nor independently strongly sufficient. Writing separately, *Honoré* noted, without elaboration or explanation, that such conditions could be causes, *Honoré*, in: Tunc (ed.), International Encyclopedia of Comparative Law, vol. 11, Torts part 1, 1983, §§ 7-107, 7-108, 7-115, 7-121.

<sup>64</sup> *Wright*, California Law Review 73 (1985), 1735 (1781–1784, 1791 et seq.).

<sup>65</sup> *Wright*, California Law Review 73 (1985), 1735 (1791–1793).

<sup>66</sup> See *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 98 and fn. 100; *ead./Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (324–326).

<sup>67</sup> See *Puppe/Wright* (fn. 48), p. 45 et seq.

### 6. Omissions as Causes

*Puppe* and I each agree with *Mill*,<sup>68</sup> *Engisch*<sup>69</sup> and *Hart* and *Honoré*<sup>70</sup> that omissions and other absences can be and indeed must be admitted as causes. We have each criticized the contrary view, expressed in the statement, “from nothing comes nothing”, as being based on a conception of causation that only allows for physical production and that confuses absences of positive conditions, which are observable aspects of real states of affair, with unreal ghostly negative entities.<sup>71</sup> We have noted that refusing to recognize omissions or other absences as real and causal would result in failures to correctly identify the relevant causes, or any cause, in many situations, including, as *Jonathan Schaffer* has persuasively explained,<sup>72</sup> all situations involving human acts as well as omissions.<sup>73</sup>

### 7. Overdetermined Negative Causation

However, we initially disagreed on the analysis of causation in the most difficult causation cases, those involving overdetermined negative causation (often referred to as “double-prevention” cases<sup>74</sup>) – for example, when one person fails to attempt to use a safeguard that was previously rendered ineffective by another person’s act or omission, such as a defective installation or repair of the safeguard or failure to make it available, and an accident occurs which would not have occurred if the safeguard had been provided, effective and used.

We each initially tried to analyze these cases in the same manner as overdetermined positive causation situations, by asking if the negative condition at issue was necessary for the complete instantiation of a set of conditions that was minimally sufficient for the occurrence of the result at issue.<sup>75</sup> However, as critics pointed out, our attempts to distinguish the negative conditions using this analysis were inconsistent.<sup>76</sup> My consideration of the critics’ arguments led me to recognize that proper analysis of situations involving the failure of a preventive causal process (negative causation) differs from

<sup>68</sup> *Mill* (fn. 5), book III chap. V § 3; see *Wright* (fn. 35 – Perspectives), p. 311 et seq., 315.

<sup>69</sup> *Engisch* (fn. 3), p. 28.

<sup>70</sup> *Hart/Honoré* (fn. 1), p. 30 et seq., 38, 50 et seq., 59 et seq., 127 et seq., 138–141, 370 et seq., 447–449.

<sup>71</sup> *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (895–898); *Wright* (fn. 35 – Perspectives), p. 312 et seq.; *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 80–83.

<sup>72</sup> *Schaffer*, in: Hitchcock (ed.), Contemporary Debates in Philosophy of Science, 2004, p. 199 et seq.; *id.*, Legal Theory 18 (2012), 399; see *Wright* (fn. 48 – Truths), p. 177–179.

<sup>73</sup> *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (895–899); *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 80–83, 94; *Wright* (fn. 35 – Perspectives), p. 313–315.

<sup>74</sup> See, e.g., *Moore* (fn. 48), p. 62.

<sup>75</sup> *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (901–905); *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 99–101; *Wright*, California Law Review 73 (1985), 1735 (1801–1803).

<sup>76</sup> For cogent criticism of my initial arguments, see *David A. Fischer*, Utah Law Review 1992, 1335 (1357–1359), and *id.*, Kentucky Law Journal 94 (2006), 277 (304–308). For criticism of *Puppe*’s initial argument, see *Puppe/Wright* (fn. 48), p. 52 et seq.

the analysis of situations involving the success of a causal process (positive causation). To explain the success of a causal process we need to show that the causal laws underlying the steps in the causal process were all completely instantiated, and we treat any condition that was a part of such complete instantiation as a cause. However, when a causal process has failed, this complete instantiation analysis obviously does not apply. Instead there has been a failure of such complete instantiation, and we need to determine at what point it failed and thereby (if this was a failure of a preventive causal process) contributed to the success of the unprevented positive causal process.<sup>77</sup>

I for some time argued that a failure at an allegedly physically prior step in the preventive causal process (e.g., attempting to use brakes) causes the failure of the entire process at that point and preempts the potential failure at an allegedly physically subsequent step (e.g., the operation of the brakes) that would have been reached if not for the failure at the allegedly physically prior step, even if the defect in the brakes temporally occurred prior to the failure to attempt to brake.<sup>78</sup> *Puppe* has always argued for the opposite, temporally based failure analysis, according to which a preventive causal process fails as soon as there is an irretrievable lack of instantiation of one of its required conditions (e.g., functioning brakes), which preempts the potential causal effect of the subsequent lack of instantiation of another required condition (e.g., attempting to use the brakes) – or, to put it more simply, a negative condition can only be a cause of some harmful result if it was feasible, at the time of the omitted action, for it (in conjunction with other still possible conditions) to prevent the harmful result.<sup>79</sup>

We recently resolved our prior disagreements on this issue. We agree that the proper analysis of overdetermined negative causation situations is a combination of our prior analyses, which should (i), as I have argued, focus on the role of the various negative conditions in causing the failure of the pre-

ventive causal process (and thus as a negative cause of the unprevented ultimate result) rather than trying to fit them in as part of the complete instantiation of the unprevented positive causal process, but (ii), as *Puppe* has argued, identify the temporally first irretrievable lack of instantiation of a required condition in the preventive causal process as a preemptive cause of its failure (and thus as a negative cause of the unprevented ultimate result). Just as you cannot kill an already dead horse, you cannot cause the failure of an already failed causal process.<sup>80</sup>

#### 8. Focusing the Causal Analysis on the Legally Relevant Properties of Events and States of Affairs

Generalist accounts of causation, including those limited to strong necessity as well as the more liberal weak necessity (NESS) analysis, have been criticized for their promiscuity. For example, either analysis would treat a mother's birthing a person and a surgeon's saving the person's life at some point as causes of the person's subsequent death, since they are (but-for) causes of his being alive at the time of his death, which is a necessary condition for the occurrence of his death (a transition from the state of being alive to the state of not being alive).<sup>81</sup> Recognizing omissions and other absences as causes exponentially increases the already vast and ever increasing number of causes for any result that appear as one traces back through the causal web, by including failures to intervene by innumerable persons that, if intervention had occurred, would have prevented the result from occurring.

While such conclusions are counter-intuitive, this is because our causal inquiries in law, morality, engineering, and other areas apart from science are almost never asking for a complete causal explanation, going indefinitely back in time, of any event. To provide a complete explanation of any event or state of affairs in its entirety would require reference to the prior state of the entire universe.<sup>82</sup> Causation exists between features or properties of events and states of affairs, rather

<sup>77</sup> *Wright*, *Vanderbilt Law Review* 54 (2001), 1071 (1128–1131).

<sup>78</sup> *Wright*, *Vanderbilt Law Review* 54 (2001), 1071 (1128–1131); *id.* (fn. 35 – Perspectives), p. 317–321. My initial statement of this argument, in *id.*, *Vanderbilt Law Review* 54 (2001), 1071 (1128–1131), was brief and unclear and misled *Fischer* and others into thinking that I was still trying to fit negative conditions into the complete instantiation of a positive causal process, rather than analyzing their contribution to the failure of a preventive causal process. See *Fischer*, *Kentucky Law Journal* 94 (2006), 277 (304–308 and fn. 136); *Steel* (fn. 48), p. 30. *Fischer's* criticism of the latter argument (*ibid.*, p. 309–312) and *Puppe's* arguments eventually led me to agree with *Puppe's* temporally based analysis.

<sup>79</sup> *Puppe*, *ZStW* 92 (1980), 863 (900–909); *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 99–101. However, a negative condition can be part of a positive causal process through a person's observation of the negative condition – e.g., failure to salute, sign a document, touch the base, cross the goal line, etc. See *Wright*, in: *Neyers/Chamberlain/Pitel* (eds.), *Emerging Issues in Tort Law*, 2007, p. 287 (291).

<sup>80</sup> *Puppe/Wright* (fn. 48), p. 53 et seq.

<sup>81</sup> *Puppe*, *ZStW* 92 (1980), 863 (880). *Puppe* at times seeks to avoid this conclusion by treating the prior state of a person or thing as a given and focusing on “the disadvantageous change of state of a person or thing, e.g., from alive to dead, from healthy to injured, or from functioning to damaged”, *ibid.*, 880, 909 et seq.; *ead.* (fn. 20 – Essays), p. 73 et seq. However, liability often exists for failures to prevent continuation of a previously existing state, and the prior existence of a person or thing, rather than being taken as a given, is a critical fact that needs to be established in preemptive causation cases. See *Wright* (fn. 35 – Perspectives), p. 300–302. The proper response to the promiscuity issue is the one that *Puppe* states is not needed but also employs: “neither the mother nor the doctor did wrong”. See *Puppe*, *ZStW* 92 (1980), 863 (880, 899); text at fn. 82–85 below.

<sup>82</sup> Carnap, *Meaning and Necessity, A Study in Semantics and Modal Logic*, 2<sup>nd</sup> ed. 1956, p. 29: “If we require of a fact this maximum degree of completeness [...], then there is only one fact, the totality of the actual world, past, present, and future.”

than between those events or states of affair as a whole.<sup>83</sup> In law and almost every other area of life, we are interested in explaining only one or a few features/properties of some event or state of affairs, and we usually focus our causal inquiry on only one or a few possible causes of those features/properties.

As Puppe and I have both emphasized, causal analysis in the law needs to be preceded by a proper framing of the causal inquiry, in terms of both the beginning and end points and all of the links in the causal chain between the beginning and end points. The description of the end point, the result to be explained, should include only the legally relevant injury, e.g., death or a broken leg, while rarely needing to include the specific place or time at which the injury occurred or other legally irrelevant details such as the victim's haircut or clothing, although these conditions may help to identify the specific event or state of affairs.<sup>84</sup> Similarly, we do not need or want to identify all of the vast number of potential or actual beginning points (contributing conditions), but rather only the legally relevant ones, which are those aspects of a defendant's conduct that made the conduct "wrongful" and thus subject to liability.<sup>85</sup>

## II. Our Areas of Actual or Possible Disagreement

The issues on which Puppe and I actually or possibly disagree all have to do with the comprehensiveness of the NESS account. I have argued that the NESS account is a comprehensive account of the core concept of causation, which is

<sup>83</sup> *Beauchamp/Rosenberg* (fn. 61), p. 251 et seq., 255 et seq., 269–275, 281 et seq.; *Ehring*, in: Beebe/Hitchcock/Menzies (eds.), *The Oxford Handbook of Causation*, 2009, p. 387 (406 et seq.); *Fumerton*, *San Diego Law Review* 40 (2003), 1273 (1278); *Mackie* (fn. 1), p. 256–258, 260–267; *Paul*, *The Journal of Philosophy* 97 (2000), 235; *Wright*, *Iowa Law Review* 73 (1988), 1001 (1033 et seq. with fn. 171). Although he initially claimed otherwise, *Moore* now agrees. Yet, for reasons internal to his theory, he continues to treat events as the relevant causal relata in the law, contrary to actual legal practice. *Moore* (fn. 48), p. 361–368 and fn. 61, 395 et seq.; see *Wright* (fn. 35 – Perspectives), p. 287 fn. 9; cf. *Paul/Hall* (fn. 41), p. 7 and fn. 1–3 (stating their belief that tokens – properties or features of events – rather than events as a whole are the proper causal relata, but nevertheless focusing on the latter in their subsequent discussion).

<sup>84</sup> *Puppe*, *ZStW* 92 (1980), 863 (879–887, 892 et seq.); *Wright*, *California Law Review* 73 (1985), 1735 (1777–1780); *Hart/Honoré* (fn. 1), p. 451; *Honoré* (fn. 33), p. 368, 378 et seq.; see text at fn. 22 and 24 above.

<sup>85</sup> *Hart/Honoré* (fn. 1), p. 116–122; *Wright*, *California Law Review* 73 (1985), 1735 (1744 fn. 24, 1759–1774); *Puppe*, *ZStW* 99 (1987), 595 (601); *ead.*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 11 (2003), 151 (152–155, 157 et seq.); *Wright*, *San Diego Law Review* 40 (2003), 1425 (1494–1499); *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 83 et seq., 93; *ead./Grosse-Wilde*, *University of Western Australia Law Review* 49 (2022), 306 (327–329, 343); cf. *Puppe*, *ZStW* 92 (1980), 863 (898–899).

based on natural laws, and that discussions of causation in the law and elsewhere should be limited to causation in this core natural law sense.<sup>86</sup> I have sometimes incautiously stated that the NESS analysis “captures the essential meaning of the concept of causation”<sup>87</sup> or “is itself the meaning of causation”<sup>88</sup>. I rather agree with *Reinhard Merkel*, who has stated that he views the NESS analysis as “the only correct analysis of the logical structure of the overall causative net and as the basis for causal explanations”, while pointing out the need (implicitly assumed in law) for a physicalist ontological account of the processes that are actually going on in single instances of causation.<sup>89</sup> *Puppe*, on the other hand, has been unwilling, at least for legal purposes, to treat the NESS analysis based on natural laws as a comprehensive account of the concept of causation or causal explanation, instead arguing that the law should accept a more restricted or different account in certain contexts or situations, while rejecting the need for an ontological account of the underlying physical or other processes.<sup>90</sup>

Conversely, while I have always insisted on clearly distinguishing causation in its core sense from the normative limitations on legal responsibility with which it is often con-

<sup>86</sup> E.g., *Wright*, *California Law Review* 73 (1985), 1735 (1740–1758, 1788); *Wright*, *Iowa Law Review* 73 (1988), 1001 (1009–1014, 1018 et seq.); *id.*, *University of Western Australia Law Review* 49 (2022), 5 (6–10), available at <https://ssrn.com/abstract=4029151> (3.11.2022).

<sup>87</sup> *Wright*, *California Law Review* 73 (1985), 1735 (1789); *id.*, *Iowa Law Review* 73 (1988), 1001 (1019): “capture[s] the essence of the concept of causation”.

<sup>88</sup> *Wright*, *California Law Review* 73 (1985), 1735 (1802).

<sup>89</sup> *Reinhard Merkel* email to *Richard Wright*, 24 May 2021; cf. *Merkel* (fn. 48), p. 162–166. As *Merkel* realizes, the physicalist account needs to explain or accommodate apparent gaps in direct physical connection by, e.g., reference to the interaction of distinct positive and negative causal processes, *ibid.*, p. 165 et seq.; see *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 102–105; text at fn. 68–80 above. It also needs a physicalist or causal law explanation of “spooky action at a distance” between “entangled” photons. See *Garisto*, *Scientific American* [online] 6.10.2022, available at

<https://www.scientificamerican.com/article/the-universe-is-not-locally-real-and-the-physics-nobel-prize-winners-proved-it/> (3.11.2022).

<sup>90</sup> *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 67 et seq., 80–85; *id./Grosse-Wilde*, *University of Western Australia Law Review* 49 (2022), 306 (308–311, 314 et seq.); see *Merkel* (fn. 48), p. 162, quoting *Puppe*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (eds.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, vol. 1, 3<sup>rd</sup> ed. 2010, Vor § 13 para. 82, 84: “What actually links cause and consequence is the so-called causal law alone.” This law itself “establishes the connection between cause and effect”; cf. *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 85: “We can be content to delegate the task of constructing the concept of a cause as the transfer of a conserved physical quantity [...] to the philosophy of nature. In any case, as a basic concept of legal attribution, such a notion of cause is not enough.”

fused, *Puppe*, like *Hart* and *Honoré*, has attempted to describe the limitations on legal responsibility as parts of the causal analysis. For example, she has stated:

“All of someone’s responsibility for an event is based on a relation of causality between his behavior (doing or omitting) and this event. Whatever is required for justifying this responsibility and distinguishing degrees of it, it is a property of this causal relation or is connected to it.”<sup>91</sup>

“As long as the requirements of objective attribution, like for example materialization of the illicit danger or affection of the purpose of a norm are not formulated as specifications to causation, they remain phrases of no value, which have the intention to correct intuitively the outcome that the result is to be attributed to the perpetrator, because his act caused that result anyway.”<sup>92</sup>

In her recent paper co-authored with *Grosse-Wilde*, she more clearly distinguishes the normative aspects of the analysis of legal responsibility from the strictly causal analysis, although she continues to describe the requirements for legal imputation of responsibility as “qualities of an instantiated causal process”<sup>93</sup> or “elements of a responsibility-constituting concept of causation”<sup>94</sup>.

### 1. Humanly Created Rules

Critics of the NESS account of causation, based on the laws of nature, have pointed out, correctly, that humanly created decisional, regulatory or liability rules are not universally applicable natural laws, yet satisfaction of them is often treated as a cause of the results of their implementation.<sup>95</sup> *Puppe* apparently has deemed it necessary to treat such humanly created rules, rather than the laws of nature, as the basis for causal explanations and related attributions of legal responsibility when such rules are applicable.<sup>96</sup> I have noted, instead, that these humanly created rules, like universally applicable mathematical rules used by humans, have no causal content or effect, which rather depends on individuals’ recognition and acceptance of them, belief (correct or incorrect) in their instantiation in a specific situation, and decision to act in

<sup>91</sup> *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 67.

<sup>92</sup> *Puppe*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 11 (2003), 151 (153 et seq.), corrected and revised translation in 2016 of original German text, available at

[https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=2745271](https://papers.ssrn.com/abstract_id=2745271) (2.11.2022).

<sup>93</sup> *Puppe/Grosse-Wilde*, *University of Western Australia Law Review* 49 (2022), 306.

<sup>94</sup> *Puppe/Grosse-Wilde*, *University of Western Australia Law Review* 49 (2022), 306 (322, 341–343); see II. 4. and II. 5. below.

<sup>95</sup> E.g., *Stapleton*, *Oxford Journal of Legal Studies* 35 (2015), 697 (699, 702 fn. 19, 703); *Steel* (fn. 48), p. 32 et seq., 35.

<sup>96</sup> *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 84 et seq.; *Puppe/Grosse-Wilde*, *University of Western Australia Law Review* 49 (2022), 306 (306, 310, 326).

accord with them, all of which are mental processes that I, in agreement with *Engisch*, *Merkel* and others, believe are governed by the laws of nature.<sup>97</sup>

### 2. Mental Processes and Other Allegedly Indeterministic Causal Processes

I think/hope that *Puppe* now agrees that, when dealing with situations involving humanly created rules, we need to focus causal analysis on individuals’ recognition of and employment of those rules rather than mere reference to the rules themselves.<sup>98</sup> This, however, raises a more fundamental issue. *Puppe*, like *Hart* and *Honoré*<sup>99</sup> but unlike me, *Engisch*<sup>100</sup> and (I believe) *Merkel*<sup>101</sup>, has from the beginning argued that mental processes are not subject to causal laws and to treat them as subject to causal laws is contrary to the free will postulate embodied in the law.<sup>102</sup> She argues that we are not entitled to postulate psychological (or physical) causal laws which we neither know nor are able to prove, while nevertheless admitting that we do this for all ordinary causal explanations, physical or mental.<sup>103</sup> She treats some biological processes, e.g., the development of cancer, as well as human decisions, as non-determined. She initially proposed using statistical laws, supposedly not based on causal laws (but then on what?), rather than causal generalizations based on causal laws for such processes, and she still proposes using statistical laws for supposed non-determined physical processes.<sup>104</sup> She now proposes a different analysis of causation for mental processes, based on reasons instead of natural conditions: to cause a person’s decision means to give her reasons for this decision which she accepts, even if she has also other reasons for it.<sup>105</sup> She thereby comes to the same result that I finally reached using the NESS analysis,<sup>106</sup> although with different metaphysical premises and without explicitly noting that, regardless of metaphysical approach,

<sup>97</sup> See *Wright/Puppe*, *Chicago-Kent Law Review* 91 (2016), 461 (466 et seq., 468–469, 487 and fn. 109), and II. 2. below.

<sup>98</sup> *Wright/Puppe*, *Chicago-Kent Law Review* 91 (2016), 461 (468 et seq.).

<sup>99</sup> *Hart/Honoré* (fn. 1), p. 51–53; see *Bagshaw*, in: *Goldberg* (fn. 35), p. 361 (366–369, 375 et seq.).

<sup>100</sup> See text at fn. 12 above.

<sup>101</sup> See *Merkel* (fn. 48), p. 166–169.

<sup>102</sup> *Puppe*, *ZStW* 92 (1980), 863 (902 and fn. 55, 57, 906 et seq.); *Puppe/Wright* (fn. 48), p. 49 fn. 128; *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 75 et seq., p. 84.

<sup>103</sup> *Puppe*, *ZStW* 92 (1980), 863 (899, 910); see *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 75–77; text at fn. 54, 55 above.

<sup>104</sup> *Puppe*, *ZStW* 92 (1980), 863 (902 and fn. 55–57; 906 et seq.); *ead.*, *ZStW* 95 (1983), 287 (308). I have pointed out significant problems with any statistical or probabilistic approach to proving causation and/or legal responsibility. See *Wright*, *Iowa Law Review* 73 (1988), 1001 (1042–1067); *id.*, (fn. 35 – Perspectives), p. 195–220.

<sup>105</sup> *Puppe/Wright* (fn. 48), p. 49 fn. 128; *Puppe*, *GA* 1984, 101 (108–110); see *Bagshaw* (fn. 99), p. 375 et seq.; *Hart/Honoré* (fn. 1), p. xxxvii, 2, 22 et seq., 55–61.

<sup>106</sup> See text at fn. 129 below.

the logical structure of the NESS analysis applies to individuals' consideration of reasons for some decision or action.

I believe that mental processes are physical processes and are thus subject to causal laws, but, like many physical processes, are much less *observably* regular and predictable than the more obvious types of physical processes because humans learn from prior experiences and new information, their reasoning is goal directed (thus preserving a version of free will), the range of relevant conditions is much broader, and the applicable causal generalizations are much more complex and less well understood.<sup>107</sup> Even if mental and other physical processes at the elementary particle/wave level are probabilistic, as modern science apparently generally assumes, they are only partially rather than completely undetermined. In a completely indeterministic world, in which nothing was (weakly or strongly) necessary or sufficient for anything else, unpredictable chaos would reign and the concepts of causation and even probability likely would not exist. Our world is at most only partially indeterministic – that is, probabilistic. The NESS analysis continues to apply in a partially indeterministic world.<sup>108</sup>

### 3. Non-Independently-Sufficient Conditions Combined with Independently Sufficient Conditions

Our different views on the theoretical issues discussed in parts 1. and 2. above have not resulted in different conclusions regarding causation and/or legal responsibility in specific cases. However, such differences exist and have been the subject of prolonged debate between me and Puppe (with helpful interpretation and moderation by *Thomas Grosse-Wilde*) regarding the proper application of the NESS analysis in situations in which one or more non-independently-sufficient conditions co-exist with one or more independently sufficient conditions.

For example, assume (as before) that 2X amount of force, fire, water, noise, smell, toxin, or other type of condition was sufficient in conjunction with other existing conditions for the occurrence of a specific harm and (unlike before) that there were only two simultaneously operative sources of force (etc.), one of size 2X and the other of size X. The one of size 2X is both strongly necessary and independently strongly sufficient for the harm and thus clearly a cause. I argued in my 1985 article that the one of size X also can and should be identified as a NESS condition (and thus a cause) – as would easily be established if (as before) it were one of three sources of size X rather than being paired with a source of size 2X<sup>109</sup> – by including it in a minimally sufficient set that also includes the other condition (of size 2X) accurately

<sup>107</sup> *Wright* (fn. 35 – Perspectives), p. 307–309; *id.*, *Iowa Law Review* 73 (1988), 1001 (1037); accord, *Carnap*, *An Introduction to the Philosophy of Science*, 1995 (corrected ed., Martin Gardner ed.), p. 216–222; *Mackie* (fn. 1), p. xi, 120–126.

<sup>108</sup> See *Carnap* (fn. 107), p. 217, 221 et seq.; *Mackie* (fn. 1), p. 49 et seq., 76, 237–247; *Wright* (fn. 35 – Perspectives), p. 309–311; *id.*, *Iowa Law Review* 73 (1988), 1001 (1028 et seq. with fn. 145, 1042–1049); *Merkel* (fn. 48), p. 151 et seq.

<sup>109</sup> See text at fn. 63–67 above.

described as “at least size X”. From the standpoint of natural/scientific causation, it cannot matter how the combined forces (etc.) that caused an “indivisible” (inseparable) harm and consequent damage were split up among the simultaneously operative sources.<sup>110</sup>

In her 1980 article and subsequent papers, Puppe has rejected this application of the NESS analysis, at least for legal responsibility purposes. She instead has applied the “at least” descriptive technique to the abstract conditions in the relevant causal law, rather than the concrete conditions in a specific situation, to support rejection of causation and/or legal responsibility in these and other situations.<sup>111</sup>

For example, in her 1980 article, she discussed a situation in which a foreman increased the force applied by a punch press above its minimum setting, which was already sufficient to sever a worker's finger. She described the force required for the severing as “at least *x*”, where *x* was the minimum setting, and stated that the foreman's action played “no role” since mentioning it is not “necessary for the causal explanation of the result”, by which I believe she meant not necessary for *a/some* concrete NESS causal explanation of the result in the particular situation.<sup>112</sup> Puppe noted that, even if “it cannot be determined whether the original setting was sufficient to [sever] the finger [...], one cannot include the [foreman's action] in the explanation by using the fact that the power now was at least sufficient to [sever] the finger”, because it would be indeterminate whether the foreman's action was necessary for a causal explanation of the severing.<sup>113</sup> She failed to recognize that this argument would also apply to the original setting, if it could not be proved to be strongly necessary or independently strongly sufficient, thus leaving the severing of the finger without any causal explanation.

Puppe seems to have failed to distinguish mere abstract nomic lawful sufficiency (the guaranteed occurrence of some broadly described abstract result) from actual causal sufficiency in a specific situation.<sup>114</sup> While the initial setting of the punch press was lawfully sufficient for the victim's injury once the machine was activated, it did not contribute to any

<sup>110</sup> *Wright*, *California Law Review* 73 (1985), 1735 (1791–1794). The causation issue is often confused with the “no worse off” limitation on legal responsibility when the independently strongly sufficient condition was not a legally responsible condition, so the harm would have occurred anyway in the absence of the unnecessary and insufficient wrongful conditions, *ibid.*, 1798–1801; *id.*, *University of Western Australia Law Review* 49 (2022), 5 (34, 42, 44).

<sup>111</sup> E.g., those in which the condition at issue reduced the extent of a forthcoming damage. See Puppe, *ZStW* 92 (1980), 863 (883 et seq.). I confess that, after much effort over many years, I still do not understand her argument in this context.

<sup>112</sup> Puppe, *ZStW* 92 (1980), 863 (893 et seq.).

<sup>113</sup> Puppe, *ZStW* 92 (1980), 863 (901); see Puppe/Grosse-Wilde, *University of Western Australia Law Review* 49 (2022), 306 (318 fn. 39).

<sup>114</sup> See text at fn. 41–47 above.

injury until the machine actually was activated, by which time the force applied by the punch press had been increased by the foreman's change of the setting, perhaps by enough for the magnitude of the increase in force to be by itself causally sufficient for the severing of the finger, but in any event clearly contributing (as a part of the overall force) as a NESS condition to the severing of the finger.

The foreman's action, by increasing the applied force, likely caused the finger to be cut off a microsecond faster and may have resulted in a minimally cleaner cut, so one could argue that the foreman's action was a strongly necessary (but-for) cause of the victim's injury specified in such minute detail. Indeed, some, including *Mill*, have argued that, once all of the details of the relevant event or state of affairs are fully specified, there is no instance of overdetermined causation.<sup>115</sup> But, as previously noted, focusing on the event or state of affairs as a whole and its many/infinite details rather than its causally relevant features or properties leads to every prior condition's being a cause.<sup>116</sup> Moreover, all of the details may be the same in preemptive causation situations. Consider, e.g., *Engisch's* hypothetical execution and beating situations.<sup>117</sup>

*Puppe*, like some British Commonwealth scholars,<sup>118</sup> has similarly failed to distinguish mere lawful sufficiency from actual causal sufficiency and, relatedly, distinct causal contributions to an inseparable injury from legal responsibility for that inseparable injury, in situations in which the severity of the inseparable injury increases with increases in the contributing conditions.<sup>119</sup> *Puppe* has stated:

“A part of a divisible damage which can be explained without the actions of the culprit is to be separated from the amount of damage for which he is made responsible. For example, if the culprit pollutes a river, which is already polluted by others, he could be declared as being causal for the entire pollution in this river if that is taken as the result to be explained, but this damage is divisible into the amount of pollution that can be explained without his act and the amount that he himself contributed.”<sup>120</sup>

<sup>115</sup> *Mill* (fn. 5), book III chap. X §§ 1–3 (the “plurality of causes”), book III chap. VI and book III chap. X §§ 1, 4–5 (the “intermixture of effects”); see *Wright/Puppe*, *Chicago-Kent Law Review* 91 (2016), 461 (468); *Paul/Hall* (fn. 41), p. 146–150.

<sup>116</sup> See text at fn. 82 above.

<sup>117</sup> *Engisch* (fn. 3), p. 15 et seq.

<sup>118</sup> E.g., *Stapleton/Steel*, *Law Quarterly Review* 132 (2016), 363 (363–365, 368).

<sup>119</sup> See *Keren-Paz/Wright*, *American Criminal Law Review* 56 (2019), 185 (202–204).

<sup>120</sup> *Puppe*, *ZStW* 92 (1980), 863 (885 et seq.), 893: “He or she who escalates this minimum effect [sufficient for the harm] can be excluded from the causal explanation right from the start.”, 910: “When determining a gradable damage that occurred due to an act, no part of the damage is allowed to be included in the description of the result which can otherwise be explained without this act having occurred.”)

*Puppe* subsequently stated that the “at least” description could and should be applied to the relevant abstract condition in the causal law to enable (i), similar to *Mackie*, an actual condition to be treated as an instantiation of that abstract condition even if it was quantitatively greater than the amount necessary for such instantiation and (ii) multiple actual conditions none of which are independently strongly sufficient to be treated as causes, but not to allow (iii) any actual condition which was not independently strongly sufficient to be treated as a cause when there is a co-existing independently strongly sufficient condition.<sup>121</sup>

Both I and my critics noted that, however applied, the “at least” descriptive technique is too abstract and complex to be understood and employed in actual practice.<sup>122</sup> Moreover, it, as well as the previously discussed fragmentation of an existing condition to allow another existing condition to be treated as a NESS condition,<sup>123</sup> will be of no use in the many situations in which the size of the individual contributing conditions and/or the minimum required aggregate contribution is unknown, as in the two cases most often cited (erroneously) in the United States as supposed examples of causation by multiple independently strongly sufficient conditions, *Anderson v. Minneapolis, St. Paul & Sault Ste. Marie Railway Co.*<sup>124</sup> and *Corey v. Havener*.<sup>125</sup> In each of these cases, the courts did not require proof – and it is doubtful that it could have been proved – that the defendant's tortious conduct was strongly necessary, independently strongly sufficient, or weakly necessary, even using the fragmentation or “at least” descriptive techniques, but rather merely that it was a “substantial factor” (*Anderson*) or “contributed” (*Corey*).<sup>126</sup> Similarly, it often will be difficult to use these

<sup>121</sup> *Puppe/Wright* (fn. 48), p. 47; see *Mackie* (fn. 1), p. 43 et seq., 65, 153, 265.

<sup>122</sup> *Kelman*, *Chicago-Kent Law Review* 63 (1987), 579 (603 et seq.); *Wright*, *Vanderbilt Law Review* 54 (2001), 1071 (1107–1109).

<sup>123</sup> See text at fn. 63–67 above; *Bagshaw* (fn. 99), p. 370–373.

<sup>124</sup> 179 N.W. 45, 46 (Minn. 1920): destruction of property by two merged independently initiated fires; cf. *Engisch* (fn. 3), p. 12 et seq.: two independently set fires destroyed separate parts of the building before merging to destroy the rest.

<sup>125</sup> 65 N.E. 69 (Mass. 1902): injuries caused by horse's being startled by two independently operated motorcycles; cf. *Engisch* (fn. 3), p. 22: death caused by victim's being shocked and frightened by two independently fired shots.

<sup>126</sup> *Anderson*, 179 N.W. at 46; *Corey*, 65 N.E. at 69; see *Wright*, *San Diego Law Review* 40 (2003), 1425 (1442 et seq.). Such situations occur often. See, e.g., *Hotson v. East Berkshire Health Authority* [1987] AC 750 (HL) (England); *Williams v. Bermuda Hospital Bd.* [2016] UKPC 4 (British Commonwealth); *Bailey v. Ministry of Defence* [2008] EWCA (Civ) 883 (England); *Clements v. Clements* [2012] 2 S.C.R. 181 (Canada); *Burrage v. United States*, 571 U.S. 204 (2014) (mixed drug overdose); *Paroline v. United States*, 572 U.S. 434 (2014) (harms caused by creators, distributors and possessors of child pornography); *Tidal Oil Co. v. Pease*, 5 P.2d 389 (Okla. 1931) (water pollution); *Fischer*, *Kentucky Law*

techniques to prove that one reason among others for some decision or action was a cause.<sup>127</sup>

Consideration of these issues led me to realize, in agreement with *Engisch's* apparent position,<sup>128</sup> that the conceptual complexities can be avoided and the informational difficulties greatly reduced by applying the NESS analysis only to the construction of causal laws as minimally sufficient sets of abstract conditions, while treating any actual condition that was a coherent part of the complete instantiation of the antecedent portion of a relevant causal law in a specific situation as a cause of the instantiated consequent portion, even if the abstract condition that it helped to instantiate was over-instantiated. To be a coherent part of the complete instantiation it must be consistent with the other required conditions. For example, a second fire that arrived after the house had already burned down would not be consistent with the requirement that there be an existing house to burn down when the fire arrives at the location of the house. Similarly, to establish that some information contributed to a specific decision, it need only be established that the information was considered and counted favorably in favor of the decision; if so, it was part of the complete instantiation in the specific situation of an abstractly defined (in accord with the laws of nature) minimally sufficient set of reasons for that decision.<sup>129</sup>

*Puppe* is unwilling to agree to this simplification of the NESS analysis. However, in her recent article co-authored by Grosse-Wilde, she cites my (prior) use of the “at least” description technique and acknowledges that, logically, one can regard a condition that is neither strongly necessary nor independently strongly sufficient as a NESS cause, even if there is a co-existing independently strongly sufficient condition, while continuing to disagree “for normative reasons (at least for criminal law)”.<sup>130</sup>

#### 4. The “Requirement of Completeness”

*Puppe* seeks to replace the often-cited “purpose of the norm” or “scope of the risk” limitation on legal responsibility with a causation-based “requirement of completeness”. She notes the difficulties in attempting to ascertain the dangers or risks meant to be prevented by some statutory or judicial statement of legally required conduct, even if there is a statutory preamble or judicial statement of purpose.<sup>131</sup> Instead of risk-based

analysis grounded in assumed legislative or judicial intent, she argues for employment of a “refinement” of the previously discussed wrongful-aspect causation requirement:<sup>132</sup>

“[Y]our first resort is to find the purpose *in the norm itself*. The conditions and elements under which a certain way of acting is wrongful or tortious describe the danger, which this prohibition attempts to prevent. In order to ground the responsibility of an actor it is not sufficient that *some* elements of the tortious or wrongful aspects of his act appear in the causal explanation of the damage, *all* have to be mentioned to satisfy the wrongful aspect causation requirement. That is the first part of the requirement of completeness.”<sup>133</sup>

“The second element of the requirement of completeness is that the *factual preconditions* for the actualization of the norm of due care, i.e. the behaviour of other participants, has to occur in the causal explanation of the harm as well.”<sup>134</sup>

Contrary to the first quoted statement, the prescribed or prohibited conduct in the legal rule – e.g., “no vehicles in the park” (not meant to exclude emergency vehicles or service trucks) or “do not exceed 50 miles per hour” (enacted for fuel conservation rather than safety reasons) – does not clearly describe the danger or risks meant to be prevented by that rule, which is why resort is needed to some risk-based limitation on legal responsibility in addition to causation-based limitations.

*Puppe* discusses several situations. The first is a German case in which A and B were riding bicycles on a dark country road at night, with B following A, and A was struck and injured at a crossing by a third bicyclist, C. None of the cyclists had their bike light on, as required on a public way. If B’s light had been on, it would have illuminated A or at least the roadway, which C would have noticed and thus stopped or slowed to avoid a collision with A. So B’s failure to have his light on was a but-for cause of A’s injury. Yet, under the traditional view, B is not legally responsible for A’s injury since the purpose of the bike light requirement is to prevent collisions between the rider of the bike and other persons and objects on the road, rather than collisions between *other* road users and objects due to their not being illuminated.<sup>135</sup> *Puppe*

Journal 94 (2006), 277 (284–287); *Spier/Haazen*, in: Spier (ed.), *Unification of Tort Law, Causation*, 2000, p. 146 et seq.

<sup>127</sup> See *Wright*, *Iowa Law Review* 73 (1988), 1001 (1037); *Bagshaw* (fn. 99), p. 375 et seq.

<sup>128</sup> See text at fn. 10, 11 above.

<sup>129</sup> *Wright* (fn. 35 – Perspectives), p. 291, 303–305, 307–309; *id.*, *Vanderbilt Law Review* 54 (2001), 1071 (1107–1109); cf. *Bagshaw* (fn. 99), p. 375 et seq.

<sup>130</sup> *Puppe/Grosse-Wilde*, *University of Western Australia Law Review* 49 (2022), 306 (327 fn. 78).

<sup>131</sup> *Puppe*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 11 (2003), 151 (158 et seq.); *ead./Grosse-Wilde*, *University of Western Australia Law Review* 49 (2022), 306 (332). But see *ibid.*, p. 336: “By emphasizing the requirement of completeness we do not reject teleological in-

terpretation completely with respect to preambles or legislative intent.”

<sup>132</sup> See text at fn. 85 above.

<sup>133</sup> *Puppe/Grosse-Wilde*, *University of Western Australia Law Review* 49 (2022), 306 (332 – emphasis in original); see *Puppe*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 11 (2003), 151 (160): “[O]ne has to prove that the violation of the duty of care – or more precisely – those characteristics of the perpetrator’s behaviour, which are not compatible with the norm of care, are causal for the accident.”

<sup>134</sup> *Puppe/Grosse-Wilde*, *University of Western Australia Law Review* 49 (2022), 306 (334 – emphasis in original).

<sup>135</sup> *Puppe*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 11 (2003), 151 (159).

argues that such risk-based reasoning is not necessary since the completeness requirement is not satisfied:

“The obligation to illuminate the bike [rather, to have your bike light on] is only valid under the circumstance that the person concerned drives the bike on a public road in darkness. The fact that the second cyclist [B] rode behind the first one [A] [rather, that B is driving a vehicle on a public road in darkness] must consequently be causal for the first cyclist’s accident, otherwise the accident would not meet the purpose of that norm. [...] [O]ne could leave aside the second cyclist [B] completely without a change in the result.”<sup>136</sup>

*Puppe* changes the facts but employs similar reasoning in her recent article co-authored with *Grosse-Wilde*. They have the collision occur between C and the second cyclist (B), which supposedly would not have occurred if the first cyclist (A) had had his lights on, which C would have noticed and supposedly stopped or slowed down to avoid colliding with B. They again argue that there is no need to resort to the purpose of the norm or the scope of the risk, since the completeness requirement is not satisfied:

“[T]he obligation to illuminate one’s bike [rather, to have your bike light on] is only valid under the circumstance that the person concerned *drives a vehicle on a public road in darkness*. The fact that the first cyclist (A) rides ahead of the second one (B) [rather, that A is driving a vehicle on a public road in darkness] must consequently be causal for the second cyclist’s accident. [...] [O]ne could leave aside the first cyclist [A] completely without dropping the result. That the first cyclist was driving a vehicle on a public road without proper light does not need to be mentioned in order to explain the collision of the other two cyclists, but only that he did not light up the country road.”<sup>137</sup>

*Puppe* (and *Grosse-Wilde*) also discuss a situation in which a restaurateur fails, as required when open for business, to illuminate the entry to his restaurant to facilitate safe entry by guests. A passerby stumbles upon an obstacle in the pavement outside the restaurant and gets hurt but would not have done so if the entry had been illuminated, which would have also illuminated the obstacle in the pavement. *Puppe* argues “we can leave the restaurant with its light aside without making the explanation inconclusive and running the business of the restaurant is a condition for the landlord’s duty of illumination. Therefore he is not responsible for the accident.”<sup>138</sup> *Puppe* and *Grosse-Wilde* argue: “[F]or an explanation of the

injury of the pedestrian you need to mention that the lighting installation was defective but not that a guest wanted to enter the restaurant at the same time, which is a *factual precondition* for the landlord’s relevant duty of care to apply. So no further recourse to teleological “scope of the duty” considerations is needed to explain why the landlord is not legally responsible for the injury to the pedestrian.”<sup>139</sup>

I have long struggled to understand *Puppe*’s (and *Grosse-Wilde*’s) arguments in these situations. They purportedly are based on an understanding of the tortious/wrongful aspect causation requirement that requires that every condition that was necessary for the relevant conduct to be tortious/wrongful must have existed and contributed to the relevant injury,<sup>140</sup> as I stated in my initial identification and elaboration of the tortious aspect causation requirement, which statement they quote and which *Grosse-Wilde* has said in private communications to me is identical to their completeness requirement. I stated:

“In general, the tortious aspect of a person’s conduct or activity is a cause of an injury only if each of its necessary elements (act, omission, condition or circumstance) contributed to the occurrence of the injury. If a certain element did not contribute to the injury, but was necessary to make the conduct or activity tortious, then it cannot be said that the tortious aspect of the conduct or activity was a cause of the injury.”<sup>141</sup>

As applied to the situations that they discuss, it is not enough under this understanding of the tortious/wrongful aspect causation requirement that there was, in the bicycle collision case, a lack of required lighting on the defendant’s bike, which was a (but-for) cause of the victim’s injury. It must also be true that all the conditions necessary for the lighting to be required not only existed in each situation (which is true) but also contributed to the victim’s injury. Their argument in the bicycle collision case, apparently, is that the defendant’s conduct was wrongful only if he failed to have his bike light on while operating his bicycle on a public road in the dark, but that only the failure to have the bike light on, while on a road, in the dark contributed to the collision and resultant injury; the fact that the defendant’s bicycle was on a *public road* did not contribute to the victim’s injury.

Their argument in the restaurant case, apparently, is that the restaurateur’s conduct was wrongful only if she failed to have the restaurant entry area lit (when it is dark) during open hours (or when a customer was about to enter or leave the premises), but that only the failure to have the entry area lit when it was dark contributed to the passerby’s injury; the fact that the defendant was engaged in the restaurant business (and/or the fact that a customer was about to enter) did not contribute to the passerby’s injury.

<sup>136</sup> *Puppe*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 11 (2003), 151 (160).

<sup>137</sup> *Puppe/Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (333 – emphasis in original).

<sup>138</sup> *Puppe*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 11 (2003), 151 (160). *Puppe* discusses a third example involving failure of a driver to stop at an occupied pedestrian crosswalk, *ibid*.

<sup>139</sup> *Puppe/Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (334 – emphasis in original).

<sup>140</sup> See fn. 133 above and accompanying text.

<sup>141</sup> *Wright*, California Law Review 73 (1985), 1735 (1768), quoted in *Puppe/Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (332 fn. 100).

I reject these applications of the wrongful aspect causation requirement by *Puppe* and *Grosse-Wilde*, which rejection may require a revision of my initial description of the requirement, e.g., by elimination of consideration of certain types of preconditions.<sup>142</sup> While *Puppe's* and *Grosse-Wilde's* interpretation and application of the requirement would not seem to result in unacceptable denials of causation and legal responsibility in the restaurant situation (if the plaintiff is a customer, the fact that it is a restaurant and that the plaintiff was attempting entry to eat would be causally relevant), its deployment even in that situation is far from transparent, and it would result in a great number of improper and implausible denials of causation and legal responsibility in road traffic cases, since its being a *public* road is causally irrelevant.

*Puppe* and *Grosse-Wilde* also discuss *Gorris v. Scott*,<sup>143</sup> which is a leading case in common-law jurisdictions on risk-based limitations on legal responsibility. Under the authority of the Contagious Diseases Act, an order was issued requiring any ship bringing sheep or cattle from any foreign port to ports in Great Britain to have the place occupied by such animals divided into pens of certain dimensions, and the floor of such pens furnished with battens or foot-holds. The preamble of the statute stated that its purpose was to guard against the possibility of sheep or cattle being exposed to disease on their way to Great Britain. None of the ordered requirements were implemented, but the sheep, rather than suffering from contagious disease, were washed overboard during a storm, which the owner of the sheep plausibly claimed would not have occurred if the ordered requirements had been implemented. The court, noting that the purpose of the order was to prevent contagious disease rather than animals' being washed overboard, held that the defendant was not liable.

*Puppe* and *Grosse-Wilde* claim that the legal responsibility issue in *Gorris v. Scott* can be solved using the completeness requirement "without resort to 'purpose of the norm' or 'scope of statutory duty' considerations".<sup>144</sup> They argue that "the requirement of completeness is not fulfilled since what made the conduct unlawful [...] was *not* to carry some 'unpenned animals' but to carry animals 'not locked in separate pens' [with battens or foot-holds]", while "[t]o explain that the sheep were washed overboard it is sufficient to mention that they were unpenned but not that they were not penned in separate boxes [with battens or foot-holds]," so "[s]ome elements of what made the behavior unlawful do not need to be men-

tioned in order to explain the result".<sup>145</sup> This argument confuses situations in which all of the required conditions are necessary for negligence from those, like here, where a lack of any of the required conditions is sufficient for negligence. The lack of satisfaction of *any one* of the required conditions, especially the lack of any penning at all, is a breach of the required duty and thus sufficient for a finding of negligence and wrongful aspect causation, as *Puppe* and *Grosse-Wilde* admit.<sup>146</sup>

##### 5. The "Principle of Continuity"

*Puppe's* "principle of continuity" requires that, at each step in the causal chain linking the defendant's wrongful conduct and the plaintiff's legally recognized injury, there be an unlawful state of affairs or "illicit circumstances" that is causally connected with the prior links in the causal chain.<sup>147</sup> The unlawful state of affairs or "illicit circumstances" need merely be, and usually is, a risky situation generated by the wrongful aspects of the defendant's conduct, which need not have been foreseeable at the time of the defendant's wrongful conduct.<sup>148</sup> "The question is whether one needs to mention the wrongful aspects of the defendant's behaviour or other unlawful risks, created by these wrongful aspects of the behaviour, for the next step in the causal chain."<sup>149</sup> *Puppe* and *Grosse-Wilde* note that the continuity principle is "strikingly similar" to *Warren Seavey's* "termination of risk" rule,<sup>150</sup> "obviously similar" to *Dejean de la Bâtie's* idea of "the continued spread of evil" "[t]hat is in essence our continuity requirement",<sup>151</sup> and also similar to the "risk ploy-out require-

<sup>145</sup> *Puppe/Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (335 – emphasis in original).

<sup>146</sup> *Puppe/Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (335).

<sup>147</sup> *Puppe*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 11 (2003), 151 (162); see *ead./Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (338): "[T]here has to be a continuity of unlawful state of affairs along the causal chain."

<sup>148</sup> See *Puppe/Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (342): "Using these three requirements [wrongful aspect causation, the requirement of completeness and the principle of continuity] there is no need anymore to resort to the popular requirement of foreseeability of the harm or the causal chain by which most of the cases we discussed are solved by the standard view both in tort and criminal law."

<sup>149</sup> *Puppe/Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (338).

<sup>150</sup> *Puppe/Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (339 fn. 121), citing *Seavey*, Harvard Law Review 56 (1942), 72 (93).

<sup>151</sup> *Puppe/Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (340 and fn. 123), citing *Dejean de la Bâtie*, in: Aubry/Rau (ed.), Droit civile français, vol. VI-2: Responsabilité délictuelle, 8<sup>th</sup> ed. 1989, p. 121–140. For a short English summary of his theory, see *Fairgrieve/G'sell-Marcrez*, in: Goldberg (fn. 35), p. 111 (119).

<sup>142</sup> I long ago retreated in my classes from the statement in my 1985 article that the tortious aspect of some conduct should be specified as the minimal change needed to render the conduct non-tortious. I realized this was a bad (indeterminate, possible worlds) way to put it and no longer repeated it, but I don't know that I have ever explicitly acknowledged this in any publication. I now do so: see *Puppe/Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (335 fn. 107).

<sup>143</sup> (1874) 9 LR Ex. 125.

<sup>144</sup> *Puppe/Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (334).

ment” that I initially identified<sup>152</sup> and that I and others successfully had adopted in the Restatement Third of Torts in place of the traditional “harm matches/within the risk” limitation.<sup>153</sup>

### III. Summing Up

There are further issues which could and perhaps should be discussed, such as my and *Puppe*'s respective writings and communications regarding the existence, content, and proper application of the “superseding cause”/“act of god”<sup>154</sup> and “no worse off”/“lawful alternative conduct”<sup>155</sup> limitations on legal responsibility or liability. However, these issues, especially the latter one, are complex and this paper is already too long and late.

While, pending further discussion, we disagree on some issues, such disagreement should not detract from our agreement on the most fundamental issues, including the weak necessity (NESS) covering law account of causation, the rejection of counterfactual possible worlds analysis, the inclusion of omissions and other absences as causes, the importance of focusing the causal analysis on the properties of events and states of affairs rather than events and states of affairs as a whole, and, relatedly, the importance of focusing the causal analysis for purposes of legal responsibility on the causal connection between the wrongful aspects of the defendant's conduct and the relevant legal injury. Whatever disagreements we may have now or in the future pale in comparison to the defects of any alternative analysis of causation, especially singularist theories, which purport not to rely on causal laws, and generalist theories that purport to rely exclusively on some version of strong necessity.

Kommentar von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

Seit vielen Jahren gibt es bei uns eine anglophile Fraktion. Deren Anhänger ermahnen uns, doch nicht so stolz auf unsere lebendigen und fruchtbaren wissenschaftlichen Beziehungen zu Kollegen aus Südeuropa und Südamerika zu sein und uns stattdessen dem Studium der angloamerikanischen Jurisprudenz zuzuwenden.<sup>1</sup> Zwar dürften wir von den englischen und amerikanischen Kollegen nicht erwarten, dass sie bereit wären mit uns zu reden, aber wir würden uns doch von einem

„Strom frischer neuer Ideen“ abschneiden,<sup>2</sup> wenn wir uns davon abhalten ließen. Dazu kann ich nur sagen: do it yourself, zeigen Sie Gebiete auf, auf denen wir von den englischen und amerikanischen Kollegen lernen können und probieren Sie selbst aus, ob diese bereit sind, mit uns zu reden.

Ich habe das ausprobiert, auf dem Gebiet der Kausalität und auf dem Gebiet der Konkurrenz. Dabei habe ich den Eindruck gewonnen, dass die amerikanische Jurisprudenz auf diesen Gebieten innovativer ist als die unsere.<sup>3</sup> Das liegt nicht daran, dass es bei uns an Ideen fehlt, wir haben davon eher zu viele! Aber der deutsche Professor und auch die deutsche Professorin zieht es vor, eigene neue Ideen zu entwickeln, statt bereits vorhandene zu verbessern, zu verteidigen oder fortzuentwickeln.

Als ich meine Studien zur Kausalität begann, wollte ich eine Idee, die ich für richtig hielt und noch halte, ergänzen und fortentwickeln: *Engischs* Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung. *Engisch* hatte gezeigt, dass die immer noch herrschende Bestimmung der Beziehung zwischen einer Einzelursache und einem Erfolg als notwendige Bedingung logisch falsch ist. Sie führt zu Folgen ohne Ursache in Fällen von Mehrfachkausalität, also wenn mehrere ursächliche Bedingungen gegeben sind, die sich im Kausalverlauf gegenseitig ersetzen können, und bei Vorhandensein von sog. Ersatzursachen.<sup>4</sup> *Engisch* hat aber später selbst behauptet, dass er das Problem der logischen Beziehung zwischen einer Einzelursache und der Folge nicht habe lösen können.<sup>5</sup> Also beschloss ich, dies nachzuholen. Wie die Beispiele von *Engisch* zeigen, ist für die kausale Erklärung eines Erfolges nicht eine notwendige Bedingung zu verlangen, sondern eine hinreichende, also eine Bedingung, von der aus auf den Eintritt des Erfolges zu schließen ist und nicht umgekehrt. Nun ist aber eine menschliche Handlung allein niemals hinreichend zur Herbeiführung eines Erfolges. Dafür muss eine Unzahl weiterer Bedingungen gegeben sein, die wir zum größten Teil stillschweigend als gegeben voraussetzen, das sog. kausale Feld. Die Handlung kann also nur ein notwendiger Bestandteil einer solchen hinreichenden Bedingung des Eintritts des Erfolges sein. Dieses Ergebnis habe ich in einem Aufsatz im Jahre 1980 veröffentlicht.<sup>6</sup> Im Jahre 1985 erschien der Aufsatz von *Wright*, in dem er die Einzelursache als NESS-Bedingung bestimmte, ein Akronym für „necessary element of a sufficient set“. Dabei hat sich *Wright* nie als Erfinder dieser Bestimmung der Ursache bezeichnet, sondern immer wieder

<sup>152</sup> *Puppe/Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (340 and fn. 127 and 129), citing *Wright*, San Diego Law Review 40 (2003), 1425 (1486, 1493); see *ibid.*, 1499–1502.

<sup>153</sup> Restatement Third of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm § 29 (American Law Institute 2010).

<sup>154</sup> See *Wright*, San Diego Law Review 40 (2003), 1425 (1467–1478).

<sup>155</sup> See *Wright*, San Diego Law Review 40 (2003), 1425 (1434–1467); *id.*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 5 (31–55); *Puppe* (fn. 20 – Essays), p. 83 fn. 54; *Puppe/Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (325 et seq.).

<sup>1</sup> *Vogel* JZ 2012, 25.

<sup>2</sup> *Hörnle*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, Erinnerung an Joachim Vogel, 2016, S. 289 (293).

<sup>3</sup> Zur Kausalität vgl. die Nachweise bei *Wright/Puppe*, Chicago-Kent Law Review 91 (2016), 461 (488 f.); zu den Konkurrenzen vgl. *Grosse-Wilde*, ZStW 133 (2021), 60 (81 ff.).

<sup>4</sup> Um das zu demonstrieren, bildete er seinen viel belächelten Scharfrichterfall, *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1991 (Nachdruck 2021), S. 15 f.

<sup>5</sup> *Engisch*, Vom Weltbild des Juristen, 2. Aufl. 1965, S. 132 ff. (insbesondere S. 139)

<sup>6</sup> *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (875 f.).

betont, dass er sie von *Hart* und *Honoré* übernommen hat.<sup>7</sup> Diese haben diese Konzeption allerdings nicht rein durchgeführt, weil sie die Äquivalenz der Bedingungen ablehnten.<sup>8</sup>

In diesem Aufsatz von *Wright* fand ich allerdings noch einen weiteren Gedanken, der für mich sehr wichtig werden sollte: Um zivilrechtliche oder strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Handelnden für einen Erfolg zu begründen, genügt es nicht, dass seine Handlung erstens sorgfaltswidrig und zweitens ursächlich für den Schaden war, es müssen vielmehr gerade diejenigen Eigenschaften der Täterhandlung, die sie sorgfaltswidrig machen, als notwendige Bestandteile in der hinreichenden Bedingung vorkommen.<sup>9</sup> Zwei Jahre später und lange bevor ich den Aufsatz von *Wright* entdeckte, habe ich dasselbe erkannt.<sup>10</sup> Aber ich ergänzte es dann noch durch ein weiteres: Es genügt auch nicht, dass die sorgfaltswidrigen Eigenschaften der Täterhandlung in der kausalen Erklärung des Erfolges notwendig sind, sie muss auch alle anderen Bedingungen der Sorgfaltspflicht, die der Täter verletzt hat, enthalten. Das nannte ich das Vollständigkeitserfordernis.<sup>11</sup> Schließlich müssen Handlung und Erfolg durch eine Kette unerlaubter Zustände verbunden sein. Geht der Kausalverlauf der von der sorgfaltswidrigen Handlung zum Erfolg führt, irgendwann in einen erlaubten Kausalverlauf über, so ist die Zurechnungsbeziehung unterbrochen. Das nannte ich das Kontinuitätserfordernis.<sup>12</sup>

Ich muss gestehen, dass es auch mir nicht gelungen ist, mithilfe dieser Ergänzungen und Präzisierungen die Kausalitätslehre von *Engisch* durchzusetzen, obwohl es einmal den Anschein hatte, dass das gelingen würde. Aber gegen die Bequemlichkeit der Wegdenkmethode ist eben einfach nichts auszurichten.<sup>13</sup> Es ist immerhin bemerkenswert, dass verschiedene Rechtswissenschaftler verschiedener Sprachen und verschiedener Rechtssysteme bei der Erforschung mancher Probleme zu denselben Ergebnissen kommen. Auf gewissen Gebieten lohnt es sich also durchaus, dass wir die englische und amerikanische Jurisprudenz studieren und es erweist sich, dass Engländer und Amerikaner durchaus bereit sind, mit uns zu reden, vorausgesetzt natürlich, dass wir es auf Englisch tun. Aber, um dieses Einleitungskapitel abzuschließen: Ich sehe darin keinerlei Grund oder Veranlassung unsere lebhaften und fruchtbaren wissenschaftlichen Beziehungen zu unseren südeuropäischen und südamerikanischen Kollegen zu vernachlässigen oder nicht stolz auf diese zu sein.

Ich stimme *Wright* darin zu, dass wir unsere Differenzen, die sich nur auf einzelne Fallkonstellationen beziehen, nicht zu sehr betonen sollten. Aber es liegt in der Natur der Sache, dass ich in meiner Antwort auf seinen Vortrag gerade auf die

Differenzen und die etwa vorhandenen Missverständnisse eingehen muss. Das grundsätzliche Problem der Verursachung von mentalen Prozessen, genauer von Motivationsprozessen, insbesondere die Frage, ob diese Prozesse kausal determiniert sind oder nicht, kann ich an dieser Stelle natürlich nicht erschöpfend erörtern. Dazu also nur so viel: Ob wir menschliche Entschlüsse für vollständig determinierte physikalische Prozesse halten oder für eine freie Emanation der menschlichen Persönlichkeit ist eine Frage der Weltanschauung, also nicht allgemeingültig entscheidbar. Aber selbst wenn Motivationsprozesse vollständig durch allgemeine Gesetze determiniert sind, so kennen wir diese Gesetze nicht genau genug, um für einzelne Entschlüsse NESS-Bedingungen angeben zu können. Also müssen wir uns mit Plausibilitätserwägungen behelfen, etwa in dem Sinne: Wenn A dem B einen Grund dafür gegeben hat, X zu tun, und B danach X getan hat, dann wird der Ratschlag des A schon kausal für die Entscheidung des B gewesen sein. Ist ein solches Verfahren zur Feststellung von Motivationskausalität wirklich der Methode vorzuziehen, den B einfach zu fragen, ob der Ratschlag des A bei seiner Entscheidung eine Rolle gespielt hat?<sup>14</sup>

Auf ein Problem, das in *Wrights* Vortrag einen großen Raum einnimmt, muss ich deshalb eingehen, weil ich fürchte, dass er hier die Axt an die Wurzel der NESS-Theorie der Kausalität legt. Nur für die Formulierung allgemeiner Gesetze hält er das Erfordernis der Notwendigkeit eines Kausalfaktors für die hinreichende Minimalbedingung des Erfolges aufrecht. für die Anwendung des Kausalgesetzes auf den Einzelfall soll es aber genügen, dass der Kausalfaktor ein Element einer schwach hinreichenden Bedingung ist. Wenn dies allgemein gelten würde, könnte man jede beliebige Tatsache zur Ursache jedes beliebigen Erfolges erklären, denn wenn ich eine (stark oder auch schwach) hinreichende Bedingung habe und sie durch eine beliebige Tatsache anreichere, so erhalte ich wieder eine (schwach) hinreichende Bedingung.<sup>15</sup> *Wright* wendet denn auch diesen Gedanken nur auf den Fall an, dass ein quantifizierbarer Faktor im Einzelfall in einem höheren Maße gegeben ist, als für eine Mindestbedingung erforderlich. Wenn sich beispielsweise ein unachtsamer Arbeiter an einer Stanzmaschine einen Finger abklemmt, wobei die schwächste Krafteinstellung der Stanzmaschine dafür ausreichend ist, der Werkmeister aber kurz vor Beginn der Arbeit die Maschine auf eine höhere Kraft eingestellt hat, dann soll nach Ansicht von *Wright* der Werkmeister für den Verlust des Fingers ursächlich sein, obwohl seine Veränderung der Kraft der Maschine kein notwendiger Bestandteil der Mindestbedingung für den Schaden war. Das Problem sehe ich darin, dass man, sofern ein quantifizierbarer Kausalfaktor in einem höheren Maße gegeben ist als für die Mindestbedingung erforderlich, verschiedene Mindestbedingungen bilden kann, indem man je einen Teil dieses Quantum weglässt. So ist *Wright* denn auch in dem Fall verfahren, dass verschiedene Beteiligte je einen Teil eines Quantum verursacht haben, das höher ist als

<sup>7</sup> *Wright*, California Law Review 73 (1985), 1735 (1788 ff.).

<sup>8</sup> Zur Ideengeschichte des NESS-Tests *Moore*, ZfISTw 11/2022, 599 (bei Fn. 7); auch *Puppe*, RW 2001, 400 (402 ff.).

<sup>9</sup> *Wright*, California Law Review 73 (1985), 1735 (1741 ff., 1771 ff.).

<sup>10</sup> *Puppe*, ZStW 99 (1987), 595 (601).

<sup>11</sup> *Puppe*, GA 2015, 203 (211 f.).

<sup>12</sup> *Puppe*, ZStW 99 (1987), 595 (610 f.).

<sup>13</sup> Vgl. mein Geleitwort zum Nachdruck von *Engisch* (Fn. 4), S. 10 f., und die Nachweise dort in Fn. 8.

<sup>14</sup> Vgl. dazu *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 129 ff.

<sup>15</sup> Dazu *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (866 f.).

erforderlich, wobei der Beitrag des einen Beteiligten für sich allein hinreichend war (2x), der des anderen Beteiligten aber nicht (1x). Nun kann er auch dadurch eine hinreichende Bedingung formulieren, dass er den Beitrag des zweiten Beteiligten mit der Hälfte des Beitrags des ersten Beteiligten zu 2x zusammenfasst. Ein Naturwissenschaftler hätte nichts dagegen, denn dem kommt es nicht darauf an, ob eine bestimmte Tatsache in eine NESS-Bedingung eingesetzt wird oder eine andere, sondern nur darauf, dass die eingesetzten Tatsachen wahr sind. Anders der Jurist, denn für ihn hängt alles davon ab, ob eine Tatsache, die von einer bestimmten Person verursacht worden ist, legitimerweise ihren Platz in der NESS-Bedingung eines Schadens findet oder nicht. Deshalb habe ich als Rechtsregel das Verbot aufgestellt, das von einer Person hergestellte hinreichende Quantum für die Verursachung eines Schadens in Teile aufzuspalten, um diese dann durch Einbeziehung eines nicht hinreichenden Quantums, das von einer anderen Person verursacht worden ist, zu einer NESS-Bedingung zu vervollständigen. Dies würde dazu führen, dass ein neben einem hinreichenden Quantum von einer anderen Person beigetragenes minimales Quantum die Kausalität dieser anderen Person für den Schaden begründen könnte.

Nun zu einem Punkt, der mir besonders wichtig ist. *Wright* hat das Vollständigkeitserfordernis sehr gut erklärt. Die tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen eine bestimmte Sorgfaltspflicht gilt, geben den Schutzzweck dieser Sorgfaltspflicht an. Der Schutzzweck der Sorgfaltspflicht ist also nur dann betroffen, wenn diese Voraussetzungen der Sorgfaltspflicht nicht nur tatsächlich gegeben sind, sondern auch als notwendiges Element in der NESS-Bedingung vorkommen. Dieses Postulat will *Wright* nun anhand eines Falles widerlegen, den Herr *Grosse-Wilde* und ich in unserem letzten Aufsatz behandelt haben. Die an Deck eines Schiffes beförderten Schafe waren von einer Welle über Bord gespült worden. Es bestand eine seuchenpolizeiliche Vorschrift, lebende Tiere auf Schiffen in Einzelboxen zu befördern, damit sie sich nicht gegenseitig anstecken können. *Wright* will nun das Vollständigkeitserfordernis mit dem Argument widerlegen, dass der Schiffsführer für den Verlust der Schafe ja schon deshalb verantwortlich ist, weil er sie überhaupt nicht fixiert hat, obwohl hier das Vollständigkeitserfordernis in Bezug auf die angeführte seuchenpolizeiliche Sorgfaltspflicht nicht erfüllt ist. Das ist richtig, aber es gibt noch eine andere Sorgfaltspflicht für Kapitäne von Frachtschiffen, die Ladung auf Deck befördern. Sie müssen die Ladung an Deck so fixieren, dass sie nicht über Bord gewaschen werden kann. Auch diese Sorgfaltspflicht hatte der Schiffsführer im vorliegenden Fall offenbar verletzt und für diese Sorgfaltspflicht ist auch das Vollständigkeitserfordernis erfüllt.<sup>16</sup>

Ein weiteres Erfordernis der Kausalität, an dem mir gelegen ist, hat *Wright* zwar nicht kontrovers, aber allzu knapp behandelt: das Durchgängigkeitserfordernis. Es geht dabei um die Lösung von Fällen, die in der Literatur schon seit Langem behandelt, aber nur formelhaft gelöst werden. So behandelt schon *Engisch* den Fall des Patienten, der von einem

Angreifer in Tötungsabsicht verletzt wurde, aber im Krankenhaus durch einen Brand stirbt.<sup>17</sup> Berühmt ist auch der Fall, dass der in Tötungsabsicht Verletzte auf der Fahrt mit einem Taxi zum Krankenhaus zu Tode kommt, weil der Taxifahrer einen schweren Fahrfehler begangen hat.<sup>18</sup> Das Durchgängigkeitserfordernis besagt, dass die Initiation eines Kausalverlaufs durch sorgfaltswidriges Verhalten eine Zurechnung des Erfolges nur dann begründet, wenn dessen Eintritt mit dem Fehlverhalten des Täters durch eine Kette unerlaubter Zustände kausal verknüpft ist. Das Problem entsteht daraus, dass man durch ein unerlaubtes Verhalten auch erlaubte Zustände verursachen kann, aus denen sich dann durch neues unerlaubtes Verhalten oder durch ein Unglück der Kausalprozess zu einem Schaden entwickelt.<sup>19</sup> Man spricht dann davon, dass sich nicht das unerlaubte Risiko der ersten Sorgfaltspflichtverletzung realisiert hat, sondern ein anderes.<sup>20</sup> Von dem Moment an, in dem der verletzte Patient das Krankenhaus betritt, werden die unerlaubten Folgen seiner Verletzung zur Erklärung seines Todes nicht mehr gebraucht. Gebraucht wird lediglich die Tatsache, dass er sich in dem Krankenhaus befunden hat, und das ist ein erlaubter Zustand. Zur Erklärung des Todes des Verletzten durch den Taxiunfall werden nicht mehr die unerlaubten Folgen der Verletzung benötigt, sondern nur die Tatsache, dass er durch die Verletzung veranlasst war, mit einem bestimmten Taxi eine bestimmte Strecke zu fahren, und das ist ein erlaubter Zustand.

<sup>17</sup> *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 51 ff.

<sup>18</sup> *Puppe/Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (339 Fn. 121).

<sup>19</sup> *Puppe* (Fn. 1), Vor § 13 Rn. 237 ff.; *dies.*, Geleitwort zum Neudruck von *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 2021, S. 19; *dies.*, ZStW 99 (1987), 595 (668 ff.).

<sup>20</sup> Statt vieler *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 80; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor § 13 Rn. 95, 102 ff.

<sup>16</sup> *Puppe/Grosse-Wilde*, University of Western Australia Law Review 49 (2022), 306 (335).

## I. „Naturalismus“ und „Normativismus“ in der Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft bei Ingeborg Puppe

*Ingeborg Puppe*, der dieser Beitrag in Hochschätzung und langjähriger Verbundenheit gewidmet ist, hat sich über viele Jahrzehnte hinweg mit großer Sachkunde den wissenschaftstheoretischen, sprachphilosophischen und logischen Fundamenten der Strafrechtsdogmatik gewidmet. Sie hat es dabei immer wieder verstanden, die Grundlagenfragen für konkrete strafrechtsdogmatische Probleme fruchtbar zu machen.

Ich beschränke mich im Folgenden auf einige von *Puppe* thematisierte sprach- und wissenschaftstheoretische Fragen, die sich in das Koordinatensystem „Naturalismus-Normativismus“ einordnen lassen.<sup>1</sup> Dogmatische Konsequenzen bleiben ebenso ausgeklammert wie das Problem, inwieweit logische Axiome und Theoreme als verbindliche Standards der juristischen Argumentation fungieren oder sogar die Lösung dogmatischer Streitfragen determinieren können.<sup>2</sup>

### 1. „Naturalismus“

*Puppe* verzichtet darauf, den Begriff des „Naturalismus“ zu definieren – mit der nachvollziehbaren Argumentation, es gebe „keine Theorie des Naturalismus“.<sup>3</sup> Sie führt stattdessen zwei Beispiele an, die „Reservat[e] des Naturalismus“ noch in der gegenwärtigen strafrechtsdogmatischen Diskussion markieren sollen. Das erste, aus meiner Sicht besonders prägnante Beispiel betrifft die Lehre von der Handlungseinheit und damit den Problembereich der Konkurrenzen.<sup>4</sup> Verwirklicht dasselbe Verhalten verschiedene Straftatbestände, so werde hier in der Tradition *Franz von Liszts* (und gegen *Binding*) angenommen, dass nur *ein* Verbrechen vorliege. Vollziehe, so die von *Puppe* zugrunde gelegte Variante des klassischen Beispiels, der Bruder mit der Schwester gewalttätig den Beischlaf, so handele es sich danach wegen der Identität des Verhaltens (Vollziehung des Beischlafs) trotz der Verwirklichung unterschiedlicher Straftatbestände um nur *ein* Verbrechen, weshalb auch nur eine Strafe verhängt werden dürfe. Dies sei, so *Puppe*, „reinsten Naturalismus“.<sup>5</sup>

Auch wenn *Puppe* auf eine explizite Definition des Begriffs „Naturalismus“ verzichtet, so wird anhand ihrer Beschreibung der hinter der Argumentation von *Liszts* stehenden „Ontologie“ doch deutlich, worin sie das Charakteristische der Position des Naturalismus sieht: „Danach ist uns die Wirklichkeit in bestimmten, wie es heißt, ganz konkreten Begriffen und Tatsachen gegeben, gewissermaßen in fertig

abgepackten Portionen.“<sup>6</sup> Diese Begriffe (z.B. „Beischlaf“) seien „von Natur aus maßgeblich“, auch wenn man die Wirklichkeit auch anders beschreiben könne.<sup>7</sup> In Wahrheit allerdings gebe es „die von Natur aus vorgegebenen konkreten Dinge, Ereignisse, Tatsachen nicht“.<sup>8</sup> *Puppe* wendet sich ausdrücklich gegen die im Schrifttum (im Kontext der Diskussion zur *aberratio ictus*) zu findende Feststellung: „Das Recht bewertet Lebenssachverhalte und setzt sie notwendig voraus, es darf sie nicht selbst schaffen wollen.“ Das Gegenteil sei richtig: „Erst mithilfe unserer deskriptiven Begriffe schaffen wir die Tatsachen, die wir dann bewerten.“<sup>9</sup>

### 2. „Normativismus“

Dem Begriff des „Normativismus“ verleiht *Puppe* gegenüber dem in der Strafrechtswissenschaft üblichen Gebrauch einen eigenen Akzent. Als „normativ“ wird die Verwendung eines Begriffs überwiegend dann bezeichnet, wenn dieser Begriff als Bezugspunkt von Wertungen verstanden wird. Exemplarisch ist hier der „normative“ Schuldbegriff, in dem „Schuld“ nicht einen bestimmten psychologischen Sachverhalt, sondern das Ergebnis von Wertungen bezeichnet. Daneben findet sich auch eine Gebrauchsweise, die „Normativität“ mit Funktionalität gleichsetzt und den Gehalt des jeweiligen Begriffs entweder über die mit ihm verbundene Rechtsfolge oder aber über seine Leistungsfähigkeit im sozialen System des Strafrechts definiert.

*Puppe* greift auf den Gesichtspunkt der Wertung zurück, charakterisiert den „Normativismus“ aber durch seine Perspektive auf das Verhältnis der Wertungen zu Tatsachen. Die „Grunderkenntnis des Normativismus“ sei es, dass wir zum Zweck der Wertung nicht nur Wertungskriterien aufstellen müssen, sondern auch „entscheiden, auf welche Tatsachen es bei einer solchen Wertung ankommt“.<sup>10</sup> Die aus dieser Erkenntnis resultierende Aufgabe, sorgfältig herauszuarbeiten, „welche Beschreibungen der Wirklichkeit für die Entscheidung von Rechtsfragen denn maßgeblich sein soll[en]“,<sup>11</sup> werde von der „normativierende[n] Strafrechtswissenschaft“ aber vernachlässigt. Diese befasse sich ausschließlich mit der Bewertung der Tatsachen, trage also nicht dazu bei, die Bewertungen ihrerseits an bestimmte Tatsachen (Tatsachenbehauptungen) rückzubinden.

## II. Wertungen und Tatsachenaussagen in Puppes Modell

Dieser von der normativierenden Strafrechtswissenschaft demnach vernachlässigten Aufgabe, die Bedeutung von Tatsachenaussagen für Wertungen im Bereich der Strafrechtsdogmatik zu klären, widmet sich *Puppe* ausführlich und in erhellender Weise. Jedenfalls in den zentralen Punkten dürften ihre Analysen kaum angreifbar sein.

<sup>1</sup> Im Anschluss an *Puppe*, ZIS 2020, 143.

<sup>2</sup> Dazu meine Rezension zu *Puppe*, Strafrechtsdogmatische Analysen, 2006, in *Neumann*, GA 2008, 466.

<sup>3</sup> *Puppe*, ZIS 2020, 143.

<sup>4</sup> Das zweite Beispiel bezieht sich auf die „Lehre vom Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt“, die für *Puppe*, ZIS 2020, 143, gleichfalls ein „Reservat des Naturalismus“ markiert. Dazu auch *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 27/28.

<sup>5</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 27.

<sup>6</sup> *Puppe*, ZIS 2020, 143.

<sup>7</sup> *Puppe*, ZIS 2020, 143.

<sup>8</sup> *Puppe*, ZIS 2020, 143 (144).

<sup>9</sup> *Puppe*, ZIS 2020, 143 (144).

<sup>10</sup> *Puppe*, ZIS 2020, 143 (144).

<sup>11</sup> *Puppe*, ZIS 2020, 143 (144).

### 1. Tatsachenaussagen als Stützung von Wertungen

Das gilt uneingeschränkt für die mehrfach betonte Notwendigkeit, Wertungen durch Tatsachenaussagen zu stützen.<sup>12</sup> Wer die Leistung einer Regierung als „grottenschlecht“ bewertet, ist nicht nur nach den verbindlichen Kommunikationsstandards verpflichtet, dies zu begründen. Denn seine Wertaussage ist zumindest unvollständig, wenn er nicht angibt, mittels welcher Tatsachenbehauptungen er sie begründen will. Die Rückfrage würde nicht nur lauten: „Wie kommst Du zu dieser Behauptung?“ – das wäre eine Nachfrage auf pragmatischer (kommunikativer) Ebene. Sie würde auch lauten: „Inwiefern ist diese Regierung eine schlechte Regierung?“ Es geht insofern nicht nur um die Frage nach den Motiven für eine Wertaussage; es geht (schon) um die Forderung einer Präzisierung dieser Wertaussage selbst. Die Wertaussage muss durch die Angabe von Tatsachen, auf die sie sich stützt, „gesättigt“ werden.

### 2. Brückenfunktion von Standards (Kriterien)

Welche Tatsachen zur Stützung einer Wertaussage heranzuziehen sind, hängt von den Standards ab, die der Wertung zugrunde liegen.<sup>13</sup> Das klassische Beispiel: Für die Begründung des Werturteils „Das ist ein gutes Messer“ kann auf die Schärfe der Klinge verwiesen werden, aber auch auf die Stabilität oder auf bestimmte Sicherheitsvorkehrungen. Diese Standards bilden sozusagen die *Brücke* zwischen der singulären Tatsachenaussage „Dieses Messer hat eine scharfe Klinge“ und der singulären Wertaussage „Dieses Messer ist ein gutes Messer“. Es liegt auf der Hand, dass hier in vielen Fällen höchst unterschiedliche Standards in Betracht kommen, die selbstverständlich auch zeit- und kulturrelativ sind. So dürfte sich bei der Entscheidung der Frage, ob ein Auto eines bestimmten Typs ein „gutes“ Auto ist, das relative Gewicht der Kriterien Höchstgeschwindigkeit, Beschleunigung, Sicherheit, Verbrauch, Umweltfreundlichkeit innerhalb der letzten Jahrzehnte deutlich verschoben haben.

Welche Tatsachen wertungsrelevant sind, wird also noch nicht durch den wertenden Begriff, sondern erst durch die Angabe von Standards der Wertung festgelegt. Da die Teilnehmer einer Debatte *unterschiedliche Standards* zugrunde legen können, kann das Werturteil auch bei Einigkeit über die Tatsachen unterschiedlich ausfallen. So kann man die Aufnahme eines Kampfes, der nicht zu gewinnen ist, als mutig *oder aber* als unsinnig kennzeichnen. Beide Wertungen schließen einander nicht logisch, wohl aber pragmatisch aus. Das bedeutet: Wir bewerten die Behauptung, eine bestimmte Handlung sei mutig *und* unsinnig gewesen, als inkonsistent. Noch deutlicher wird das, wenn es darum geht, ob die *Vermeidung* dieses Kampfes *feige* oder aber *vernünftig* ist. „Feige *und* vernünftig“ dürfte ein Widerspruch sein.<sup>14</sup> Zwischen (intersubjektiv verbindliche) Tatsachenfeststellung und (gleich-

falls intersubjektiv verbindliche) gesellschaftlich vorgegebene allgemeine Wertstandards („Mut“ ist eine positive Eigenschaft) schieben sich intersubjektiv differierende speziellere Wertungsstandards.

### 3. Tatsachen als „integraler Bestandteil“ von Wertaussagen?

Tatsachenbehauptungen sind damit zur Stützung von Wertaussagen unerlässlich; vermittelt wird diese Stützung durch Standards, die eine Differenzierung zwischen hier wertungsrelevanten und nicht wertungsrelevanten Tatsachen leisten. *Puppe* akzentuiert diesen Zusammenhang zwischen Tatsachen- und Wertaussagen in der These, es seien „die Tatsachen, auf die sich eine Wertung bezieht, integraler Bestandteil der Bedeutung der wertenden Aussage“.<sup>15</sup>

Diese These ist in der Sache wie hinsichtlich des Bezugs auf *Hare* auf Kritik gestoßen.<sup>16</sup> Ich schlage vor, an diesem Punkt eine Unterscheidung einzuführen, die geeignet sein könnte, die Kontroverse zu entspannen. *Puppe* ist unbestreitbar darin Recht zu geben, dass der *Gehalt* einer Wertaussage unklar bleibt, solange nicht geklärt ist, auf welche Tatsachen sie sich bezieht (und das heißt auch: welche Wertungskriterien zugrunde gelegt werden). Andererseits ist die Wertaussage auch ohne diese Klärung nicht inhaltsleer. Anhand des in der Diskussion zwischen *Puppe* und *Thomas Fischer* erörterten Beispiels: Die Wertaussage „Die deutsche Fußball-Nationalmannschaft hat gegen Chile gestern schlecht gespielt“ ist auch ohne Angabe stützender Tatsachenbehauptungen nicht nichtssagend (inhaltsleer). Allerdings bleibt sie höchst vage, solange sie nicht mit Tatsachenbehauptungen begründet wird. Man könnte insoweit zwischen *ungesättigten* und *gesättigten* Wertaussagen differenzieren. *Puppe*s These verdient also jedenfalls in der Lesart Zustimmung, dass Tatsachen(-behauptungen) integraler Bestandteil von *gesättigten* Wertaussagen sind.

Dass es tatsächlich um die *Bedeutung* (den Gehalt) der (gesättigten) Wertaussage (und nicht nur um deren Begründung) geht, wird daran deutlich, dass Widersprüche, die hinsichtlich ungesättigter Wertaussagen bestehen, sich auflösen können, sobald klargestellt ist, auf welche Tatsachen die Wertung referiert. Am Beispiel: Die Aussagen „Die Mannschaft hat schlecht gespielt“ und „Die Mannschaft hat gut (= nicht schlecht) gespielt“ sind unvereinbar. Wenn aber unterschiedliche Kriterien und damit unterschiedliche Tatsachenbezüge (z.B. Leistung im Angriff einerseits, in der Verteidigung andererseits) angeführt werden, können die prima facie miteinander unvereinbaren Wertungen kompatibel sein. Die korrekte Formulierung würde dann lauten: Die Mannschaft hat *insofern* gut/schlecht gespielt, als ...“.

### 4. Wertungsdifferenzen bei Einigkeit über den Sachverhalt

Im Rahmen ihrer Erläuterung zum Unterschied zwischen der „Nichtkreativität“ von Definitionen in den beschreibenden

<sup>12</sup> *Puppe*, in Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 323 (326 ff.).

<sup>13</sup> *Puppe* (Fn. 12), S. 325.

<sup>14</sup> *Puppe* (Fn. 12), S. 329.

<sup>15</sup> *Puppe*, ZIS 2014, 66 (67). Ebenso, unter Bezug auf *Hare*, *dies.* (Fn. 12), S. 325; *dies.* ZIS 2020, 143 (144).

<sup>16</sup> *Contesse Singh*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 35 (39).

Wissenschaften einerseits, der „Kreativität“ von Definitionen in Rechtswissenschaft und Ethik andererseits, vertritt *Puppe* die Auffassung, Differenzen hinsichtlich der Zuordnung eines Verhaltens zu einem wertenden (Rechts- oder Moral-)Begriff müssten aus einem unterschiedlichen Begriffsverständnis resultieren, falls Einigkeit über den Sachverhalt bestehe.<sup>17</sup> Sie erläutert diese Auffassung am Beispiel der Versenkung der „Graf Spee“ durch ihren eigenen Kommandanten, der dadurch ein aussichtsloses Gefecht vermeiden und einen sinnlosen Tod zahlreicher Matrosen der Schiffsbesatzung verhindern wollte. Sei man sich über den Sachverhalt einig, so beziehe sich ein Streit darüber, ob dieses Verhalten mutig oder feige war, notwendig „auf die Frage, was unter dem Begriff mutig und unter dem Begriff feige zu verstehen ist“.<sup>18</sup>

Man wird diese These wohl nicht in dem Sinne verstehen dürfen, dass es hier um die Semantik der Begriffe „mutig“ und „feige“ gehe. Denn wäre dies der Fall, so könnte die Diskussion mit der Feststellung beendet werden: „Du verstehst die Begriffe ‚mutig‘ und ‚feige‘ eben anders als ich.“ Da es sich nicht um Rechtsbegriffe, sondern um Begriffe der Moral handelt, bestünde keine Notwendigkeit, eine Einigung hinsichtlich des „richtigen“ Begriffsverständnisses anzustreben.

Tatsächlich aber dürften die Diskutanten versuchen, den jeweils anderen von der Vorzugswürdigkeit der eigenen Wertung zu überzeugen. Dieser Versuch setzt aber voraus, dass man von einem gemeinsamen Verständnis der Begriffe ausgeht. Zumindest hinsichtlich der *Kernbedeutung* der Begriffe muss Einigkeit bestehen; jedenfalls *insoweit* geht es folglich nicht um einen Streit um Begriffe. Anhand eines anderen Beispiels: Als in *Thomas Manns* „Zauberberg“ Settembrini sich weigert, in dem Duell, auf dem sein Gegner Naphta bestanden hat, auf diesen zu schießen, schreit Naphta ihm „Feigling!“ zu. *Thomas Mann* vermerkt dazu, Naphta mache mit diesem Ausruf der Menschlichkeit das Zugeständnis, dass mehr Mut dazu gehöre, auf einen anderen zu schießen als auf sich selbst schießen zu lassen.<sup>19</sup> Streitet jemand, der das anders sieht, mit Naphta (und *Thomas Mann*) über den *Begriff* der Feigheit? Wohl nicht, sofern es um den Kerngehalt des Begriffs geht. Er konkretisiert den Begriff nur anhand anderer Standards.

Zahlreiche andere Beispiele ließen sich anführen. Ist der Whistleblower ein Verräter oder ein Held? Ist der Saboteur, der in einem Angriffskrieg den Tod der eigenen Kameraden in Kauf nimmt (Oderbruch in *Zuckmayers* „Des Teufels General“) ein Verräter oder ein Held? Ist der Attentäter, der den Tod mehrerer Unschuldiger in Kauf nimmt, um das Land von einem Diktator zu befreien, ein Mörder oder ein Widerstandskämpfer? Ist der Pilot eines Kampfflugzeugs, der ein von Terroristen entführtes Flugzeug abschießt, ein Verbrecher oder ein Retter? – In allen diesen Fällen geht es nicht um unterschiedlich verwendete Wertbegriffe, sondern um unterschiedliche moralische Maßstäbe.

<sup>17</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 26.

<sup>18</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 26.

<sup>19</sup> *Thomas Mann*, *Der Zauberberg*, 1924, Siebentes Kapitel, Abschnitt „Die große Gereiztheit“.

Ich denke, dass *Puppe* das im Ergebnis nicht anders sieht. Denn sie geht davon aus, dass im Streit um die moralische Bewertung der Selbstversenkung der „Graf Spee“ jedenfalls ein Grundkonsens über die Begriffe „feige“ und „mutig“ besteht: Beide Seiten sind sich darüber einig, dass ein „feiges“ Verhalten „nicht richtig“ ist.<sup>20</sup> Man wird ergänzen können, dass beide Seiten sich auch über die *Dimension* des Sozialverhaltens einig sind, auf die sich die Begriffe beziehen, nämlich die des Umgangs mit persönlichen Gefahren, die im Interesse anderer zu bestehen moralisch geboten sein *kann*. Wenn die Diskutanten trotz Einigkeit über den Sachverhalt zu unterschiedlichen moralischen Bewertungen kommen, dann deshalb, weil sie die für die Wertung relevanten Standards (Kriterien) unterschiedlich bestimmen und infolgedessen unterschiedliche Tatsachen für wertungsrelevant erklären. *Puppe* analysiert die Gesichtspunkte, die hier in Betracht kommen, differenziert und bilanziert zutreffend: Die Kontrahenten „streiten über Normen“.<sup>21</sup> Es geht also nicht um die Semantik der Begriffe „mutig“ und „feige“, sondern um Standards moralisch (ggf.: rechtlich) korrekten Verhaltens.

##### 5. „Entnormativierung“ wertender Rechtsbegriffe

Eine zentrale Aufgabe der Rechtsdogmatik sieht *Puppe* in der „Entnormativierung“ wertender Begriffe.<sup>22</sup> Ermöglicht wird diese durch die Brückenfunktion, die den Kriterien (Standards) der Wertung bei der Rückbindung von Wertungen an Tatsachen zukommt. Bei der Subsumtion eines Sachverhalts unter einen Wertungsbegriff sei es das Ziel, „diesen durch Mittelbegriffe schrittweise so weit zu konkretisieren, dass wir am Ende einen rein deskriptiven Begriff erhalten“.<sup>23</sup> Der BGH habe, so *Puppe*, „dieses Verfahren der Entnormativierung der Anwendung wertender Begriffe“ etwa bei dem Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe erfolgreich angewandt.<sup>24</sup>

*Puppe* beschreibt damit eine wichtige Aufgabe der Strafrechtsdogmatik bei der „Aufbereitung“ wertender Gesetzesbegriffe. Der Gewinn an Rechtssicherheit, der mit der „Deskriptivierung“ wertender Begriffe regelmäßig verbunden ist, ist unübersehbar. Ich würde lediglich hinzufügen, dass (was *Puppe* sicher nicht in Frage stellen würde) mit der Entnormativierung wertender Begriffe auch die Gefahr einer exzessiven Interpretation verbunden sein kann, in der die tatbestandseinschränkende Funktion der Wertung verloren gehen kann. Diese Gefahr zeigt sich beispielsweise bei der Interpretation der „Heimtücke“ als „Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit“ im Tatbestand des § 211 StGB durch die Rechtsprechung. Denn in dieser Entnormativierung geht das Element der „Tücke“ als Voraussetzung des wertenden Begriffs der „Heimtücke“ vollständig verloren.<sup>25</sup> Festzuhalten ist also,

<sup>20</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 39.

<sup>21</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 40.

<sup>22</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 45; ebenso *dies.* (Fn. 12), S. 331.

<sup>23</sup> *Puppe* (Fn. 12), S. 331.

<sup>24</sup> *Puppe* (Fn. 12), S. 332.

<sup>25</sup> Dazu *Neumann/Saliger*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl.

dass die „Entnormativierung“ wertender Begriffe strukturell (methodisch) einen Beitrag zur Rechtssicherheit und damit zur Rechtsstaatlichkeit des Strafrechts leistet, dass sie aber in ihrer konkreten Ausgestaltung auch zu einer rechtsstaatlich bedenklichen exzessiven Interpretation von Tatbestandsmerkmalen führen kann.

### III. Beschreibung und Wertung

#### 1. Deskriptive und normative Begriffe

*Puppe* zieht die Grenze zwischen deskriptiven und normativen Begriffen im Ansatz anders, als in der Rechtswissenschaft üblich.<sup>26</sup> Sie orientiert sich primär nicht an der Referenz der Begriffe, sondern an der *Wahrheitsfähigkeit* von Sätzen, in denen der jeweilige Begriff prädiert wird. „Ein deskriptiver Begriff ist dadurch charakterisiert, dass ein Satz, in dem er auf einen Fall angewandt wird, wahr oder falsch ist.“<sup>27</sup> Der Gesichtspunkt der Referenz kommt gleichwohl ins Spiel, weil wahrheitsfähige Sätze *Tatsachen* beschreiben, während Wertungen (Sätze, die Wertungen formulieren) *nicht wahrheitsfähig* sind.<sup>28</sup> Insofern bezeichnen deskriptive Begriffe *Tatsachen*.<sup>29</sup> Von Bedeutung ist, dass *Puppe* hier auch die institutionellen *Tatsachen* einbezieht.<sup>30</sup> Denn dies hat die Konsequenz, dass auch Aussagen über rechtlich-institutionelle Zuordnungen („A ist zum Zeitpunkt t Eigentümer der Sache X“) als wahrheitsfähig angesehen werden.<sup>31</sup>

Auch Rechtsbegriffe können, so die überzeugende Klassifikation von *Puppe*, rein deskriptiver Natur sein – auch dann, wenn ihre Definition normativen Erwägungen folgt. Das

gelte etwa für den Begriff „Mensch“, der in § 1 BGB einerseits, § 212 StGB andererseits unterschiedlich definiert werde, gleichwohl aber jeweils rein deskriptiven Charakter habe.<sup>32</sup> Die Kennzeichnung eines Begriffs als „Rechtsbegriff“ besagt, so ließe sich ergänzen, nur, dass dieser Begriff rechtlich definiert ist. Sie besagt nicht, dass der Begriff sich auf rechtliche Normen oder Wertungen beziehen würde.

Normative Begriffe werden dementsprechend nicht durch einen „normativen“ Kontext (Rechtsnormen), sondern durch ihren wertenden Charakter gekennzeichnet. *Puppe* hebt zu Recht hervor, dass die Vagheit eines Begriffs diesem nicht den Charakter eines normativen Begriffs verleiht.<sup>33</sup>

#### 2. Institutionelle Tatsachen

*Puppe*s vorstehend referierte These, dass auch Aussagen über rechtlich-institutionelle *Tatsachen* wahrheitsfähig seien, führt zu interessanten rechtstheoretischen Problemen. Rechtsbegriffe haben, so *Puppe*, auch dann einen deskriptiven Sinn, wenn sie institutionelle *Tatsachen* beschreiben. So sei das Bestehen einer Forderung „zunächst einmal eine *Tatsache*, die von den Normen des Schuldrechts erzeugt wird.“<sup>34</sup> Solche institutionellen *Tatsachen* erwiesen sich dadurch als *Tatsachen*, dass sie „mit empirischen Mitteln erkannt werden.“<sup>35</sup> Die Erkenntnis, dass „Rechte und Rechtsverhältnisse zunächst einmal *Tatsachen* sind“, werde allerdings in der strafrechtlichen Irrtumslehre verdunkelt durch die Rede von den „normativen Tatbestandsmerkmalen“, erst recht durch die von der „Parallelwertung in der Laiensphäre“. – Der Begriff *Eigentum* beispielsweise, drücke keine Wertung aus, sondern eine bestehende Zuordnung einer Sache zu einer Person, „eben eine institutionelle *Tatsache*“.<sup>36</sup>

Diese Anwendung der maßgeblich von *Searle*<sup>37</sup> entwickelten Theorie der institutionellen *Tatsachen* auf Rechtsverhältnisse ist in der Sache überzeugend. Gleichwohl enthält die These *Puppe*s eine rechtstheoretische Herausforderung. Denn die Behauptung „auch ein Satz, der ein Recht oder Rechtsverhältnis beschreibt, ist wahr oder falsch“,<sup>38</sup> enthält ein Bekenntnis zur Theorie der „einzig richtigen Entscheidung“, die heute – trotz ihrer nachdrücklichen Verteidigung durch *Ronald Dworkin*<sup>39</sup> – als erkenntnistheoretisch fragwürdig gilt.<sup>40</sup>

---

2017, § 211 Rn. 72. Ein drastisches Beispiel für eine exzessive Überdehnung des Mordmerkmals der Heimtücke auf der Basis seiner Interpretation als „Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit“ bietet eine neuere Entscheidung des 2. *Strafsenats* des BGH (NSStZ 2022, 541). Danach kann das Bewusstsein, die objektiv gegebene Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers auszunutzen (und damit das Merkmal der „Heimtücke“) im Einzelfall „bereits aus dem objektiven Bild des Geschehens abgeleitet werden, wenn dessen gedankliche Erfassung durch den Täter zur Tatzeit auf der Hand liegt“. Dies gelte „in objektiv klaren Fällen selbst dann, wenn der Täter die Tat einer raschen Eingebung folgend begangen hat“ (a.a.O., Rn. 14). Mit dem Tatbestandsmerkmal „tückischen“ (heimtückischen) Handelns hat das nichts mehr zu tun. Demgegenüber bewahrt das alternative Kriterium des „verwerflichen Vertrauensbruchs“ die wertende Komponente des Heimtücke-Begriffs und deren einschränkende Funktion (bleibt allerdings mangels hinreichend scharfer Konturierung seinerseits unbefriedigend).

<sup>26</sup> Dazu *Haas*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 93.

<sup>27</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 32.

<sup>28</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 39.

<sup>29</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 32.

<sup>30</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 33; *dies.* (Fn. 12), S. 327.

<sup>31</sup> Dazu nachstehend.

<sup>32</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 32.

<sup>33</sup> *Puppe* (Fn. 12), S. 327; *dies.* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 33.

<sup>34</sup> *Puppe* (Fn. 12), S. 327.

<sup>35</sup> *Puppe* (Fn. 12), S. 327.

<sup>36</sup> *Puppe* (Fn. 12), S. 328.

<sup>37</sup> Grundlegend *Searle*, Sprechakte, Ein sprachphilosophischer Essay, 1977 (engl. Original 1969); *ders.*, Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit, Zur Ontologie sozialer *Tatsachen*, 1997 (engl. Original 1995).

<sup>38</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 33.

<sup>39</sup> *R. Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984, S. 144 ff., 448 ff., 529 ff. (engl. Original 1977).

<sup>40</sup> Exemplarische Kritik bei *Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, S. 109 (121 f.), sowie *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 85 ff.

Diese Kritik kann an dieser Stelle nicht im Einzelnen entfaltet werden.<sup>41</sup> Was die Parallelisierung von „natürlichen“ und „institutionellen“ Tatsachen betrifft, die *Puppe* an dieser Stelle vornimmt, so ist auf Folgendes hinzuweisen. Von natürlichen Tatsachen unterscheiden sich institutionelle Tatsachen dadurch, dass sie durch Regeln konstituiert werden. Das gilt für vorrechtliche institutionelle Tatsachen (wie etwa das Versprechen), und es gilt a fortiori für Rechtsverhältnisse. *Puppe* bezieht sich hinsichtlich der institutionellen Tatsache „Eigentum“ insofern zu Recht auf die Normen des Schuldrechts.

Diese Abhängigkeit der institutionellen Tatsachen von der Existenz und Anwendbarkeit für sie konstitutiver Regeln hat aber zwangsläufig die Folge, dass Unklarheiten der konstitutiven Regeln die Existenz einer institutionellen Tatsache ins Zwielicht rücken können. Wenn Herr A ein Dokument abgefasst hat, das er mit „Testament“ überschrieben hat, dann kann man über dieses Faktum (natürliche Tatsache) nicht streiten. Genauer: Wenn man darüber streitet, liegt einer der Streitenden falsch. Das gilt unabhängig von der Frage, ob sich der Sachverhalt beweisen lässt oder nicht. Ob das Dokument tatsächlich ein *rechtsgültiges* Testament darstellt (institutionelle Tatsache) kann dagegen umstritten sein, ohne dass man sagen könnte, einer der Streitenden irre sich eben. Hier können unterschiedliche Auffassungen „vertretbar“ sein. In der Frage, ob der Verfasser das Dokument eigenhändig geschrieben hat, ist dagegen nur eine Auffassung „vertretbar“ – nämlich die richtige.

Allerdings: Auch wenn die Theorie der „einzigen richtigen Entscheidung“ erkenntnistheoretisch nicht zu verteidigen ist, so dürfte sie in der Praxis der Rechtsanwendung als „regulative Idee“ unverzichtbar sein. Denn in zahlreichen rechtlich-institutionellen Kontexten geht die Rechtsordnung davon aus, dass nur *eine* Rechtsauffassung (und damit nur die von dieser getragene Entscheidung) richtig ist. Es genügt an dieser Stelle, auf die Normen des Revisionsrechts zu verweisen, nach denen die Revision nur darauf gestützt werden kann, dass das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (exemplarisch: § 337 Abs. 1 StPO). Verletzt ist das Gesetz dann, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist (§ 337 Abs. 2 StPO). Wenn das Revisionsgericht die Revision für begründet erachtet und infolgedessen das Urteil der Vorinstanz aufhebt (§ 353 Abs. 1 StPO), muss es folglich dem Urteil der Vorinstanz einen Fehler bei der Auslegung einer Rechtsnorm attestieren. Das gilt auch dann, wenn die Auffassung der Vorinstanz nach einhelliger Meinung in der Rechtswissenschaft zumindest „vertretbar“ war. Es gilt selbst dann, wenn – im Falle einer Änderung der Rechtsauffassung des Revisionsgerichts – die Ansicht der Vorinstanz einer stabilen bisherigen Rechtsprechung entsprach.

Nicht als rechtstheoretischer Befund, wohl aber als *regulative Idee* der Justizorganisation und -praxis verdient die

Theorie der „einzigen richtigen Entscheidung“ damit Zustimmung. Ich glaube, eine ähnliche Verlagerung bei der Lokalisierung dieser Theorie im Werk *Puppes* zu erkennen, wenn sie in einem neueren Aufsatz davon spricht, das Recht *behandele* die institutionellen Tatsachen als gegebene Tatsachen und feststellt: „[D]as Recht [...] muss ein Rechtsverhältnis als eine objektive, vom jeweiligen Richterspruch unabhängige und vor diesem feststehende Tatsache betrachten.“<sup>42</sup>

#### IV. Zuschreibung

##### 1. „Zuschreibung“ als dritte Kategorie neben „Wertung“ und „Beschreibung“

Neben der *beschreibenden* und der *bewertenden* Verwendung eines Begriffs spielt für *Puppe* in der Praxis des Strafrechts die *zuschreibende* eine gewichtige (und bisher weitgehend vernachlässigte) Rolle.<sup>43</sup> Das prägnanteste Beispiel für eine *Zuschreibung*, die von den Gerichten weitgehend als *Beschreibung* missverstanden wurde, ist für *Puppe* die Bejahung (oder Verneinung) eines *bedingten Vorsatzes* des Beschuldigten. Der BGH verstehe, so *Puppe*, den bedingten Vorsatz als ein psychisches Faktum, das – wie alle entscheidungsrelevanten Fakten – von den Instanzgerichten im Wege der freien Beweiswürdigung festzustellen sei. Zwar werde vom BGH und dem ihm insoweit folgenden Schrifttum anerkannt, dass die Feststellung des bedingten Vorsatzes, generell, des Vorliegens subjektiver Merkmale, besondere praktische Schwierigkeiten aufwerfe, weil der Richter dem Täter während der Tat nicht in den Kopf schauen könnte.<sup>44</sup> Gleichwohl gehe es um die Ermittlung von (seelischen) Tatsachen.

*Puppes* Einwand gegen diese Sichtweise ist ebenso einfach wie durchschlagend: Selbst wenn der Richter dem Beschuldigten zum Zeitpunkt der Tat „in den Kopf schauen“ könnte, würde er dort weder einen bedingten Vorsatz noch eines von dessen konstitutiven Elementen finden, „weder ein billigendes in Kauf nehmen oder sich Abfinden mit dem Erfolg, noch ein ernsthaftes und nicht nur vages Vertrauen darauf, dass er diesmal nicht eintreten wird“.<sup>45</sup> Man könnte sagen: Die möglicherweise höchst diffusen Vorstellungen, Wünsche und Impulse des Täters fügen sich nicht in die Kategorien der Vorsatzdogmatik ein. Der „bedingte Vorsatz“ als ein psychisches Faktum ist nicht nur, wie Rechtsprechung und ein Teil des Schrifttums annehmen, schwer feststellbar. Als psychisches Faktum gibt es ihn nicht.

Andererseits lässt sich der Begriff des bedingten Vorsatzes aber nicht auf die Funktion reduzieren, lediglich eine rechtliche Wertung von Tatsachen zum Ausdruck zu bringen. Die Behauptung „Der Täter hat mit bedingtem Vorsatz gehandelt“ hat insofern eine andere Struktur als der Satz „Der Täter hat rechtswidrig gehandelt“. Im letzteren Fall beschränkt sich die Aussage auf eine rechtliche Wertung, ohne auf (wirkliche oder angebliche) Tatsachen zu verweisen. Dagegen bezieht sich der Satz „Der Täter hat mit bedingtem Vor-

<sup>41</sup> Zu dem verbreiteten Vorschlag, die Theorie der einzigen richtigen Entscheidung als (angeblichen) rechtstheoretischen Befund zu verwerfen, sie aber als regulative Idee richterlichen Handelns zu akzeptieren *Neumann*, Wahrheit im Recht, 2004, S. 37 ff.

<sup>42</sup> *Puppe*, ZStW 2022, 320 (324).

<sup>43</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 46.

<sup>44</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 49, mit Nachweisen aus Rspr. und Schrifttum.

<sup>45</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 49.

satz gehandelt“ *sprachlich* auf einen psychischen Sachverhalt. Er unterscheidet sich damit sowohl von einer reinen Wertaussage als auch von einer Tatsachenfeststellung. Um eine Tatsachenfeststellung handelt es sich nicht, weil es eine seelische Tatsache „bedingter Vorsatz“ nicht gibt. Eine reine Wertaussage liegt deshalb nicht vor, weil sich der Satz referenziell auf eine (angebliche) Tatsache bezieht.

Es ist deshalb plausibel, an dieser Stelle als dritte Kategorie die der „Zuschreibung“ einzuführen. Zuschreibungen referieren auf Eigenschaften (im weitesten Sinne), die aber nicht als solche existieren, sondern einer Person zuerkannt werden. Um eine solche Zuschreibung handelt es sich nach der überzeugenden Analyse von *Puppe* bei der Feststellung, der Täter habe bei der Tatbegehung mit bedingtem Vorsatz gehandelt.

## 2. Indikatoren

Zuschreibungen erfolgen typischerweise nicht freischwebend, sondern anhand von Tatsachen. Tatsachen, auf die sich Zuschreibungen stützen, kann man als „Indikatoren“ bezeichnen.<sup>46</sup> Dabei kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob zwischen der Zuschreibung und den zu deren Stützung herangezogenen Tatsachen ein rational einsehbarer Zusammenhang besteht. An einem solchen Zusammenhang fehlt es von vornherein dann, wenn die Zuschreibung auf irrationalen, insbesondere: abergläubischen Vorstellungen beruht. Das gilt etwa für die Stigmatisierung von Personen mit bestimmten körperlichen Behinderungen als Zauberer oder Hexen.

In der Aufklärung verpflichteten Rechtssystemen muss die Verknüpfung von Indikatoren und Zuschreibungen rational einsehbar sein. Jede Zuschreibung muss hier, wie *Puppe* hervorhebt, „nach allgemeingültigen und allgemein anerkannten Regeln erfolgen“.<sup>47</sup> Für Zuschreibungen gilt insofern das Gleiche wie für Wertungen einerseits und Tatsachenfeststellungen andererseits. Allerdings wird die Regelhaftigkeit jeweils unterschiedlich konstituiert:

*Tatsachenfeststellungen* stützen sich auf *Indizien*, also auf andere Tatsachen, die mit der behaupteten Tatsache inhaltlich nichts zu tun haben und insofern „zufällig“ sind.<sup>48</sup> Die Begründungsfunktion (Beweisfunktion) der Indizien beruht allein auf empirischen, „sinnfreien“ Zusammenhängen.

*Wertungen* stützen sich gleichfalls auf Tatsachen, sind mit diesen aber durch einen inhaltlichen Zusammenhang verbunden.<sup>49</sup> Welche Tatsachen (Tatsachenkategorien) relevant sind, wird durch die *Kriterien* (Standards) festgelegt, die eine Brücke zwischen der Wertung und den sie stützenden (konkreten) Tatsachen schlagen.

Auch *Zuschreibungen* erfolgen anhand von Tatsachen (*Indikatoren*), mit denen sie nicht nach Zufallskriterien, sondern aufgrund sachlicher Zusammenhänge verbunden sind. *Puppe* ist deshalb darin zuzustimmen, dass Zuschreibungen Wertungen insoweit näher stehen als Tatsachenaussagen.<sup>50</sup>

Noch nicht vollständig geklärt ist aus meiner Sicht der wissenschaftstheoretische Status dieser Indikatoren. Jedenfalls teilweise dürften sie auf angenommenen empirischen Zusammenhängen beruhen. Das gilt etwa für das Argument, im Falle eines tödlich verlaufenen illegalen Autorennens spreche gegen einen bedingten Tötungsvorsatz des Täters der ihm bewusste Umstand, dass im Falle einer Kollision auch sein eigenes Leben in Gefahr geraten wäre. Mit diesem Argument wird offensichtlich vorausgesetzt, dass (auch) der Beteiligte eines illegalen Autorennens im Regelfall sein eigenes Leben nicht aufs Spiel setzen möchte.

## 3. Auswahl der Indikatoren als Rechtsfrage

Die Frage, welche Indikatoren bei Zuschreibungen im forensischen Kontext heranzuziehen sind, ist für *Puppe* eine *Rechtsfrage*, die der Revision unterliegt.<sup>51</sup> *Puppe* zeigt auf, dass der BGH, obgleich er den bedingten Vorsatz als psychisches Faktum sehe und seine Feststellung folgerichtig der freien Beweiswürdigung der Instanzgerichte überlassen müsste, diesen immer wieder Anweisungen zur Feststellung des *dolus eventualis* gebe.<sup>52</sup> In der Sache müssten diese Anleitungen als Regeln für die *Zuschreibung* eines *dolus eventualis* verstanden werden.<sup>53</sup> Dies auch deshalb, weil andernfalls ein massiver Eingriff in den Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu konstatieren wäre.

*Puppe*s Modell der an Indikatoren orientierten Zuschreibung ist rechtstheoretisch valide und hinsichtlich der prozessualen Konsequenzen (Auswahl der Indikatoren als Rechtsfrage) folgerichtig. Einige Fragen, die sich hier anschließen, können im Folgenden nur markiert werden.

Eine erste Frage resultiert aus dem Umstand, dass den Regeln der Strafprozessordnung offensichtlich ein zweiwertiges Schema von Tatsachenfeststellung einerseits, rechtlicher Bewertung andererseits zugrunde liegt. Die Tendenz der Gerichte, in der Frage des *dolus eventualis* wie auch bei anderen subjektiven Merkmalen von beweisbaren und beweisbedürftigen Fakten auszugehen, dürfte aus der Binarität dieses Schemas resultieren. Denn selbstverständlich geht es bei der Frage, ob der Täter in der konkreten Situation mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat, nicht ausschließlich um die korrekte rechtliche Bewertung eines Sachverhalts – ausweislich der Notwendigkeit, die Feststellung des bedingten Vorsatzes an Indikatoren und damit an Tatsachen zu orientieren. Dieses Schema wird mit der Einführung der Kategorie der Zuschreibung gesprengt. Das ist kein zwingendes Gegenargument. Es macht aber die Alternative verständlich, das „Vorliegen“ eines bedingten Vorsatzes prozessual als Problem der Feststellung einer psychologischen Tatsache zu *behandeln*. Methodisch ließe sich insofern eine Parallele zur prozessualen Fiktion der „einzig richtigen Entscheidung“ ziehen.<sup>54</sup>

Damit hängt die zweite Frage zusammen. Folgt man dem Modell der Zuschreibung, dann stellt sich das schwierige Problem der Abgrenzung zwischen den Aufgaben des Instanz-

<sup>46</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 54.

<sup>47</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 55.

<sup>48</sup> *Puppe* (Fn. 12), S. 325.

<sup>49</sup> *Puppe* (Fn. 12), S. 325.

<sup>50</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 52.

<sup>51</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 54.

<sup>52</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 50 ff.

<sup>53</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 51.

<sup>54</sup> Dazu oben III. 2.

gerichts einerseits, des Revisionsgerichts andererseits. Denn die Frage heißt, wie präzise die revisionsgerichtlichen Vorgaben hinsichtlich der Auswahl und der Gewichtung der Indikatoren sein können bzw. sein müssen. Vermutlich müsste sich das Revisionsgericht darauf beschränken, hier *Relevanzregeln* zu formulieren. Im Unterschied zu Entscheidungsregeln legen Relevanzregeln<sup>55</sup> die Entscheidung auch idealiter nicht fest. Sie geben lediglich an, welche Umstände bei der Fallentscheidung zu berücksichtigen sind. Ob sie durch *Gewichtungsregeln* ergänzt werden können, die die relative Bedeutung der entsprechenden Umstände festlegen, dürfte sich nicht generell entscheiden lassen.

Für die Festlegung von Indikatoren von Zuschreibungen dürfte damit strukturell das Gleiche gelten wie für die Versuche einer Konturierung überkomplexer Rechtsbegriffe. Ein anschauliches Beispiel für einen Cluster von Relevanzregeln, der eine Entscheidungsregel ersetzen soll, bietet die Entscheidung des BVerfG zur Frage, unter welchen Umständen eine Sitzdemonstration eine verwerfliche Handlung (§ 240 Abs. 2 StGB) darstellt. Die Strafgerichte haben diese Frage, so das BVerfG, in jedem Einzelfall unter Würdigung der jeweiligen Umstände zu beurteilen.<sup>56</sup> Dabei seien als maßgebende Tatumstände regelmäßig zu berücksichtigen: der zum Blockadetermin zu erwartende Dienstbetrieb, die Dauer und Intensität der Aktionen, deren vorherige Bekanntgabe, Ausweichmöglichkeiten über andere Zufahrten und der Sachbezug der betroffenen Personen zum Protestgegenstand. Darüber hinaus könne es unter Umständen (!) etwa auch auf die Zahl der Demonstranten oder die Dringlichkeit der blockierten Transporte und sonstigen Dienstfahrten ankommen. Es liegt auf der Hand, dass diese Relevanzkriterien (je nach Interpunktion acht oder neun), die ganz überwiegend graduierbar (Dauer und Intensität der Aktionen, Sachbezug etc.) bzw. quantifizierbar (Zahl der Demonstranten) sind, sich nicht zu einer klaren Entscheidungsregel zusammenfügen lassen.

Entsprechendes dürfte auch für die Angabe von Relevanzregeln bei der Konturierung der Voraussetzungen berechtigter Zuschreibungen gelten. Allerdings ist hier festzuhalten, dass eine Verpflichtung der Revisionsgerichte zur Entwicklung von Indikatoren (und damit von Relevanzregeln) gegenüber dem bisherigen Zustand, in dem die Vorgaben der Revisionsgerichte als Beweisregeln präsentiert werden, jedenfalls den Vorzug verdienen würde.

Ein letzter Punkt: Die Grenzziehung zwischen Zuschreibungen einerseits, rechtlichen Wertungen andererseits dürfte nicht immer einfach sein. An einem Beispiel: *Puppe* bezeichnet den normativen Schuldbegriff als „klassische[s] Beispiel für einen zuschreibenden Begriff“.<sup>57</sup> Das ist überzeugend, wenn man „Schuld“ zwar nicht als psychologische Realität, wohl aber als eine Eigenschaft versteht, die einer Person unter bestimmten Umständen zuerkannt wird. Dies scheint die Position von *Puppe* zu sein, die von der Existenz mensch-

licher Schuld ausgeht, wenn sie schreibt: „Was menschliche Schuld im ethischen Sinne eigentlich ist, ist eines der schwierigsten Probleme der praktischen Philosophie.“<sup>58</sup> Auch wenn mit dieser Feststellung nicht die rechtliche, sondern die ethische Schuld thematisiert wird: Geht man davon aus, dass Schuld auch als rechtliche Schuld in irgendeiner Weise der Person (und nicht nur der Tat) zuzuordnen ist, dann ist es folgerichtig, hier von einer Zuschreibung auszugehen, die durch Indikatoren gestützt werden kann und muss.

Diese Interpretation der Schuld als Zuschreibung, die heute weitgehend anerkannt sein dürfte, ist zweifellos ein wichtiger Fortschritt im Vergleich zu einer ontologischen Schuldauflassung, die „Schuld“ als metaphysische Eigenschaft versteht. Sie ist aber nicht alternativlos. Möglich ist auch, „Schuld“ prädikativ nicht auf eine Person, sondern allein auf eine Handlung zu beziehen. Es gibt dann nicht die Schuld, sondern allein die *schuldhafte Handlung*.<sup>59</sup> In diesem Fall hätte man „Schuld“ nicht als zuschreibenden Begriff, sondern als Wertungsbegriff zu verstehen. Denn das Urteil über die Schuldhaftigkeit der Handlung ist ebenso ein reines Werturteil wie das Urteil über deren Rechtswidrigkeit. So wenig dem Täter die Rechtswidrigkeit seiner Handlung „zuschrieben“ wird, so wenig in diesem Fall auch deren Schuldhaftigkeit.

*Puppe*s scharfsinnige Analysen eröffnen der rechtswissenschaftlichen Forschung an diesem Punkt – wie an zahlreichen anderen Punkten – hochinteressante Perspektiven.

Kommentar von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

Ich habe überhaupt keine Lust, *Neumann* zu widersprechen. Aber zu zwei Problemen habe ich noch ein paar ergänzende Gedanken und zwar zur Bedeutung von Wertbegriffen und zu den institutionellen Tatsachen.

Bei den Wertbegriffen hat *Neumann* zwischen die bewerteten Tatsachen und die Wertung selbst noch eine semantische Ebene eingezogen, die Wertungsstandards. Das halte ich für hilfreich.

*Hare* hatte das nicht nötig, denn er behandelte nur den Begriff „gut“ und interpretierte ihn in bester Wittgenstein-Tradition nur pragmatisch: Man gebraucht den Begriff „gut“, um etwas zu empfehlen.

Aber diese Deutung ist unzureichend. Man kann mit ihr nicht erklären, dass man sich darüber streiten kann, ob etwas gut oder schlecht ist. Der eine empfiehlt eben dies, der andere empfiehlt das und damit gut.

Vollends zeigt sich, dass die Interpretation einer Bewertung als Empfehlung oder Ablehnung unzureichend ist, wenn man die sog. dichten Wertbegriffe betrachtet, beispielsweise „mutig“ und „feige“, „gerecht“ und „ungerecht“, „barmherzig“ und „unbarmherzig“. Die können nämlich auch miteinander in Konflikt geraten. Ich kann beispielsweise in ein Gnaden-gesuch schreiben, dieses Urteil ist gerecht, aber es ist nicht barmherzig. Denken wir doch noch einmal an meine beiden

<sup>55</sup> Zur Unterscheidung von Relevanz- und Entscheidungsregeln vgl. *Ellscheid*, ARSP Beiheft 45 (1992), 23 ff. (33 ff.); *Neumann*, GA 1988, 387 (398 f).

<sup>56</sup> BVerfGE 73, 206.

<sup>57</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 47.

<sup>58</sup> *Puppe* (Fn. 4 – Kleine Schule), S. 47.

<sup>59</sup> *M. E. Mayer*, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, Drei Begriffsbestimmungen, 1901, S. 103. Dazu etwa *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 74.

Militärethiker, die darum streiten, ob das Verhalten des Kommandanten der Graf Spee, der ein aussichtsloses Gefecht nicht annahm, sondern seine Mannschaft in die Rettungsboote schickte und sein Schiff selbst versenkte, mutig oder feige war.

Der erste Ethiker sagt, dies war mutig, denn es ist mutig, den Befehl eines Vorgesetzten zu missachten, wenn er in der konkreten Situation nicht mehr sinnvoll ist, um dadurch die Soldanten zu retten, die einem anvertraut sind (Wertungsstandard 1).

Der zweite Ethiker widerspricht mit der Begründung, es steht einem Frontoffizier nicht zu, über die Zweckmäßigkeit der Befehle seiner Vorgesetzten zu urteilen. Das Verhalten des Kommandanten der Graf Spee war sicher barmherzig oder human, aber nicht mutig und in der Schlacht darf man nicht barmherzig sein, man muss mutig sein. Mutig sei das Verhalten des Kommandanten der Bismarck gewesen, der, als sein Schiff mit zerstörter Ruderanlage nur noch im Kreis fuhr, wie befohlen bis zur letzten Patrone kämpfte, um dann mit Mann und Maus und wehender Flagge unterzugehen (Wertungsstandard 2).

Nun kommt ein friedliebender Mensch, der den Streit schlichten will. Er sagt, ihr streitet euch doch bloß um Worte. Jeder von euch meint etwas anderes, wenn er ein Verhalten mutig nennt. Ihr braucht also nur andere Worte zu benutzen. Der erste Ethiker kann beispielsweise das Verhalten des Kommandanten der Graf Spee „lutig“ nennen und der zweite das Verhalten des Kommandanten der Bismarck „rutig“.

Damit wären die streitenden Ethiker nicht zufrieden. Sie würden darauf bestehen, dass sie eben darum streiten, was mutig ist. Nun ist aber die Frage, was von der Bedeutung des Wortes „mutig“ übrigbleibt, wenn man die Wertungsstandards herausnimmt. Früher sprachen dann die Philosophen von der Idee des Mutes. Davor scheut man heute zurück, weil man das für zu metaphysisch hält. Man mag das ja irgendwie anders nennen, etwa Kerngehalt, aber ohne etwas dergleichen kommen wir weder in der Ethik noch im gesellschaftlichen Leben und schon gar nicht in der Jurisprudenz aus.

Mit den institutionellen Tatsachen geht es uns Juristen wie den Physikern mit den Elementarteilchen. Sie können diese als Teilchen beschreiben oder als Welle. Wenn sie sie als Welle beschreiben, können sie keine eindeutigen Aussagen über ihre Teilcheneigenschaften machen, beispielsweise über ihren Ort, wenn sie sie als Teilchen beschreiben, können sie keine eindeutigen Aussagen über ihre Welleneigenschaften machen. Sie können sie also niemals als Teilchen und als Welle zugleich beschreiben.

Wir können Rechte und Rechtsverhältnisse, z.B. das Eigentum an einer Sache oder einen Anspruch gegen eine Person, als feststehende Tatsache beschreiben und müssen das im Recht auch tun, beispielsweise wenn wir sagen, dass eine Person sich über das Bestehen eines Rechts geirrt hat und deshalb nicht den Vorsatz hatte, dieses Recht zu verletzen oder, im umgekehrten Fall, einen untauglichen Versuch unternommen hat, dieses Recht zu verletzen.

In einem anderen Kontext gehen wir davon aus, dass das Bestehen eines Rechts, beispielsweise eines Anspruchs, nicht feststeht und streiten uns darum. Wir streiten uns beispielsweise darum, ob eine Schädigung sittenwidrig ist und der

Geschädigte einen Anspruch aus § 826 BGB hat. In diesem Verständnis ist das einzige, was er wirklich von Rechts wegen hat, eine Chance, einen ganz bestimmten Richter, den zuständigen Amtsrichter, davon zu überzeugen, die Schädigung als sittenwidrig zu bewerten und ihm einen Anspruch aus § 826 BGB zuzuerkennen.

Im juristischen Diskurs brauchen wir beide Modelle.

*Einen der Schwerpunkte des anlässlich ihres 80. Geburtstags veranstalteten Symposiums bildete die Auseinandersetzung mit den Positionen Ingeborg Puppe zur Vorsatz- und Irrtumslehre (siehe die Beiträge von Jakobs, Sofos und Stuckenberg in dieser Ausgabe<sup>1</sup>). Der folgende Beitrag knüpft daran an, indem er den Irrtum über die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts in den Blick nimmt, den Puppe in ihrer Kommentierung des § 16 StGB behandelt.<sup>2</sup> Sie schließt sich dort der herrschenden Auffassung an, wonach der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts den Vorsatz des Täters nicht ausschließt.<sup>3</sup> In der Auseinandersetzung mit dieser Position werden zunächst die Irrtumskonstellationen im Strafanwendungsrecht dargelegt (I.) und sodann erörtert, ob die Anwendung deutschen Strafrechts eine dem Tatbestand vorgelagerte Vorfrage darstellt oder das Unrecht der Tat (mit-)konstituiert (II.). Folgt man der letztgenannten Position, ist das daraus resultierende Vorsatzerfordernis weiteren Einwänden Puppe ausgesetzt, welche die Anforderungen betreffen, die an einen entsprechenden Vorsatz zu stellen sind (III., IV.).*

## I. Einordnung als Irrtum über die strafrechtliche Bewertung der Tat?

Handelt ein Täter in dem Glauben, dass deutsches Strafrecht auf sein Verhalten nicht anwendbar ist, kann er die vom deutschen Gesetzgeber vorgenommene Bewertung der Tat als nach deutschem Recht strafbar nicht nachvollziehen. Nach Auffassung von Puppe setzt vorsätzliches Verhalten dies aber auch nicht voraus, denn der Irrtum über die Anwendbarkeit einer deutschen Strafvorschrift sei nicht als Tatbestandsirrtum (§ 16 StGB), sondern als Verbotsirrtum (§ 17 StGB) einzu-

\* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht und Geschäftsführender Direktor des Instituts für Strafrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

<sup>1</sup> Jakobs, ZfIStw 11/2022, 576; Sofos, ZfIStw 11/2022, 581; Stuckenberg, ZfIStw 11/2022, 588.

<sup>2</sup> Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 16 Rn. 139a.

<sup>3</sup> Zur h.M.: Ambos, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 3 Rn. 3; Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 3–9 Rn. 85; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, Vor §§ 3–7 Rn. 30; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2020, Vor §§ 3–7 Rn. 3; zur Gegenauffassung: Basak, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, Vor § 3 Rn. 2; Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 2), Vor § 3 Rn. 51 f.; Werle/Jeßberger, in: Cirenner/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor § 3 Rn. 472, 474.

ordnen.<sup>4</sup> Dies gelte ebenso, wenn der Täter irrtümlich davon ausgeht, dass auf sein Verhalten nicht deutsches Strafrecht, sondern das Recht eines ausländischen Staates anwendbar ist, das sein Verhalten nicht mit Strafe bedroht.<sup>5</sup>

Im Ergebnis werden damit zwei unterschiedliche Irrtümer gleichgestellt, nämlich einerseits die fehlerhafte Annahme, dass deutsches Strafrecht nicht anwendbar ist, während die tatsächlichen Umstände, welche die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts begründen, dem Täter bekannt sind, und andererseits die irrtümliche Annahme tatsächlicher Umstände, bei deren Vorliegen deutsches Strafrecht nicht anwendbar wäre. In Bezug auf den ersten Irrtum ist Puppe darin zuzustimmen, dass ein Verbotsirrtum vorliegt,<sup>6</sup> da der Täter die Bewertung seines Verhaltens als nach deutschem Recht strafbar nicht nachzuvollziehen braucht, um vorsätzlich zu handeln. Bei dem zweiten Irrtum bezieht sich die Fehlvorstellung des Täters indes nicht unmittelbar auf die rechtliche Bewertung, sondern auf deren tatsächliche Grundlagen (z.B. den Ort der Tat) und der Täter gelangt auf dieser Grundlage zu der nach Maßgabe seiner Vorstellung zutreffenden, aber angesichts der tatsächlichen Umstände rechtsirrigem Einschätzung, dass das deutsche Strafrecht auf sein Verhalten nicht anwendbar ist und sein Verhalten daher nach deutschem Recht nicht strafbar ist. Der Unterschied zu der ersten Irrtumskonstellation liegt also darin, dass die rechtliche Bewertung des Täters in Bezug auf den nach seiner Vorstellung gegebenen Sachverhalt zutreffend ist, er also auf der Grundlage des vorgestellten Sachverhalts in Übereinstimmung mit dem deutschen Recht handelt; ein solcher Irrtum schließt indes bei unrechtsrelevanten Tatsachen den Vorsatz aus.<sup>7</sup>

Der Unterschied zwischen diesen beiden Irrtumskonstellationen sei an einem Beispiel aus der Rechtsprechung verdeutlicht:<sup>8</sup> Ein in der Schweiz lebendes Ehepaar leistet einem in Deutschland wegen Betrugs und Bankrotts verfolgten Beschuldigten bei dessen Flucht in die USA Unterstützung und wird daraufhin in Deutschland wegen Strafvereitelung (§ 258 Abs. 1 StGB) angeklagt; im Strafverfahren berufen sie sich darauf, dass sie auf die Auskunft eines Rechtsanwalts vertraut hätten, wonach die in der Schweiz geleistete Unterstützung des Beschuldigten nicht strafbar sei. Da der Erfolg der Strafvereitelung in Deutschland eingetreten ist, findet deutsches Strafrecht ungeachtet des im Ausland gelegenen Handlungsortes Anwendung (§ 9 Abs. 1 Var. 3 StGB). Da die tatsächlichen Umstände, einschließlich des in Deutschland eingeleiteten Strafverfahrens, den Eheleuten bewusst waren, betrifft der Irrtum allein die strafrechtliche Bewertung des tatsächlichen Verhaltens und ist daher als Verbotsirrtum

<sup>4</sup> Puppe (Fn. 2), § 16 Rn. 139b.

<sup>5</sup> Puppe (Fn. 2), § 16 Rn. 139b.

<sup>6</sup> So auch die h.M., vgl. Ambos (Fn. 3), Vor § 3 Rn. 3; Werle/Jeßberger (Fn. 3), Vor § 3 Rn. 475.

<sup>7</sup> Vgl. zum Erlaubnistatbestandsirrtum Puppe (Fn. 2), § 16 Rn. 137.

<sup>8</sup> BGHSt 45, 97.

(§ 17 StGB) einzuordnen.<sup>9</sup> Wandelt man den Fall indes dahingehend ab, dass die Eheleute den Täter vor Strafverfolgung in einem ausländischen Staat schützen wollen, so wäre nach ihrer Vorstellung weder das von § 258 StGB geschützte Rechtsgut (deutsche Strafrechtspflege) betroffen noch ein inländischer Erfolgsort gegeben und es läge ein vorsatzabschließender Tatbestandsirrtum (§ 16 StGB) vor. Dabei ist einzuräumen, dass in dem Beispiel nach einhelliger Auffassung ein Tatbestandsirrtum vorliegt, da sich der Irrtum (auch) auf Merkmale des Unrechtstatbestands (Vereitelung einer nach deutschem Recht zu verhängenden Strafe) bezieht. Dass ein Irrtum, der sich allein auf die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung deutschen Strafrechts bezieht, ebenso nach § 16 StGB zu behandeln ist, ist damit also noch nicht gesagt. Die Antwort auf diese Frage hängt entscheidend von dem Verhältnis des Strafanwendungsrechts zum Unrechtstatbestand ab, dem nunmehr nachgegangen werden soll.

## II. Geltung des deutschen Strafrechts als Vorfrage

Mit *Hoyer*<sup>10</sup> ist nach Auffassung von *Puppe* zwischen dem (vorsatzrelevanten) Inhalt der Norm und deren in den §§ 3 ff. StGB niedergelegten Gültigkeitsvoraussetzungen zu unterscheiden. Letztere regeln und begrenzen als Metanormen den Anwendungsbereich der Verbotsnormen des deutschen Strafrechts und verhindern damit deren weltweite Geltung.<sup>11</sup> Den Metanormen seien außer dem Strafanwendungsrecht auch die Normen der Gesetzgebung zuzuordnen; dementsprechend müsse sich der Vorsatz des Täters nicht darauf erstrecken, dass ein Strafgesetz ordnungsgemäß vom Parlament beschlossen und im Bundesgesetzblatt verkündet worden sei.<sup>12</sup> Der Vorsatz des Täters müsse sich nur auf die Tatsachen beziehen, die den Unrechtsgehalt der Verbotsnorm beschreiben, aber nicht auf die Umstände, von denen die §§ 3 ff. StGB als Metanormen die Gültigkeit dieses Verbots für die betreffende Tat abhängig machen.<sup>13</sup>

Gegen diese Deutung der §§ 3 ff. StGB als Metanormen hat bereits *Neumann* vorgebracht, dass der in den §§ 3 ff. StGB verwendete Begriff „Geltung“ insofern missverständlich ist, als es nicht darum geht, die normative Verbindlichkeit („Gültigkeit“) von Strafgesetzen aus der Beachtung höher-rangiger Normen (Art. 76 ff. GG) abzuleiten. Für die normative Verbindlichkeit (Geltung) der strafbewehrten Verbots-

normen des StGB ist es ausreichend, dass diese im Einklang mit der Verfassung vom Gesetzgeber verabschiedet und verkündet worden sind; einer Anwendung der §§ 3 ff. StGB bedarf es dazu nicht.<sup>14</sup> Der Vergleich mit den verfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Gesetzgebung ist daher schief, denn das Strafanwendungsrecht steht in der Normenhierarchie nicht über den übrigen Vorschriften des StGB. Dies schließt zwar einen logischen Vorrang (Anwendung deutschen Strafrechts als Vorfrage) nicht aus, begründet aber keine Sonderstellung der §§ 3 ff. StGB gegenüber anderen Vorschriften des Allgemeinen Teils.<sup>15</sup> Letzteres gilt insbesondere im Vergleich zu Vorschriften, die den persönlichen Anwendungsbereich eines Strafgesetzes erweitern (z.B. § 14 StGB).<sup>16</sup>

Einer Sonderstellung der §§ 3 ff. StGB widerspricht auch der Umstand, dass sich Einschränkungen des räumlichen bzw. persönlichen Anwendungsbereichs des deutschen Strafrechts auch in den Vorschriften des Besonderen Teils finden (z.B. §§ 86, 86a StGB oder § 100 StGB).<sup>17</sup> Dass die darin genannten Anknüpfungspunkte Bestandteil des Unrechtstatbestands und damit vom Vorsatz umfasst sein sollen,<sup>18</sup> im Rahmen des allgemeinen Strafanwendungsrechts (§§ 3 ff. StGB) hingegen dem Tatbestand nicht zugehörige Vorfragen betreffen, erscheint in der Sache wenig überzeugend. Diesen Widerspruch hat auch der Gesetzgeber bei der jüngsten Änderung des § 5 StGB gesehen, wonach die §§ 86, 86a, 130 StGB auf Auslandstaten Anwendung finden, wenn die betreffenden Propagandamittel, Kennzeichen oder Inhalte im Inland wahrnehmbar verbreitet oder der inländischen Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden (§ 5 Nr. 3 lit. a, b sowie Nr. 5a StGB n.F.). In der Gesetzesbegründung wird daher dafür plädiert, auch diese Voraussetzungen als für den Vorsatz relevante Tatbestandsmerkmale zu behandeln.<sup>19</sup> In Bezug auf die übrigen Bestimmungen des Strafanwendungsrechts hält die Begründung allerdings an der herrschenden Auffassung fest, wonach es sich bei den dort genannten Merkmalen um objektive Bedingungen der Strafbarkeit handele.<sup>20</sup>

Die vorherrschende Auffassung beruht auf der Erwägung, dass das Unrecht einer Straftat (Mord, Diebstahl) nicht von dem Tatort, der Staatsangehörigkeit des Täters etc. abhängen, sondern diese Umstände vielmehr „unrechtsneutral“ seien.<sup>21</sup>

<sup>9</sup> In dem geschilderten Fall hat der BGH einen Verbotsirrtum verneint, weil sich die Auskunft des Rechtsanwalts allein auf die Strafbarkeit nach schweizerischem Recht bezogen habe und den Angeklagten aufgrund der Auswirkungen ihrer Handlungen auf das Strafverfahren in Deutschland bewusst gewesen sei, dass sie sich nach deutschem Recht strafbar machten (BGHSt 45, 97 [100]); krit. insoweit *Neumann*, in: Britz/Jung/Koriath/Müller (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz-Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 589 (606).

<sup>10</sup> *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 3 Rn. 4.

<sup>11</sup> *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 139a.

<sup>12</sup> *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 139a.

<sup>13</sup> *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 139a.

<sup>14</sup> *Neumann* (Fn. 9), 2001, S. 598 f.; zustimmend *Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 116 f.

<sup>15</sup> *Neumann* (Fn. 9), S. 598, zur Ausnahmeregelung in § 35 Abs. 1 S. 2 StGB.

<sup>16</sup> *Böse*, in: Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 61 (66).

<sup>17</sup> *Böse* (Fn. 16), S. 69; *Jeßberger* (Fn. 14), S. 122 f.

<sup>18</sup> Vgl. zu § 86a StGB BGH NStZ 2015, 81 (82); KG NJW 1999, 3500.

<sup>19</sup> BT-Drs. 19/19859, S. 33 f.

<sup>20</sup> BT-Drs. 19/19859, S. 33.

<sup>21</sup> Treffend *Scholten*, Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB, 1995, S. 98: „Der Diebstahl bleibt Diebstahl, der

Diese These verliert jedoch an Überzeugungskraft, wenn man Verhaltensweisen in den Blick nimmt, deren Strafwürdigkeit im In- und Ausland unterschiedlich beurteilt wird und die dementsprechend auch eine unterschiedliche Regelung im in- und ausländischen Strafrecht erfahren haben.<sup>22</sup> Exemplarisch sei nur die aktive Sterbehilfe genannt, die in Deutschland mit Strafe bedroht (§ 216 StGB), in anderen Ländern (z.B. den Niederlanden<sup>23</sup>) aber unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt ist. Dies führt beispielsweise dazu, dass die in den Niederlanden geleistete Beihilfe zur dort vorgenommenen aktiven Sterbehilfe nach Maßgabe des dort geltenden Rechts straflos ist; wird die aktive Sterbehilfe als Haupttat hingegen in Deutschland ausgeführt, so ist auch eine in den Niederlanden vollzogene Beihilfehandlung nach deutschem Recht strafbar (§ 9 Abs. 2 S. 1 Var. 1 StGB). Ging der Täter bei der Hilfeleistung davon aus, dass die Haupttat in den Niederlanden begangen wird, so hat er keinen Anlass, mit Blick auf das deutsche Strafrecht von seiner Beihilfehandlung Abstand zu nehmen, da er auf der Grundlage des vorgestellten Sachverhalts nicht gegen das deutsche Strafrecht verstößt. Es erscheint daher nicht angängig, dieses Verhalten nach deutschem Strafrecht als vorsätzliches Tötungsunrecht zu bewerten.

Im Ausgangspunkt erkennt auch *Puppe* an, dass das Strafwendungsrecht nicht unrechtsneutral ist und die Bewertung eines Verhaltens als strafbar von einer bestimmten (nämlich der deutschen) Rechtsordnung vorgenommen wird.<sup>24</sup> Die Bewertung als Unrecht steht also in unlösbarem Zusammenhang mit der Rechtsordnung, deren Gesetzgeber diese Bewertung vorgenommen hat (Relativität des Unrechts).<sup>25</sup> Dies gilt ebenso für die im Strafgesetz normierte Verhaltens- bzw. Bestimmungsnorm, die den Täter zu einem rechtskonformen Verhalten anhält: Verkennt der Täter die tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen das strafbewehrte Verbot Anwendung findet, so kann der Täter gar nicht vorsätzlich gegen die betreffende Verhaltensnorm verstoßen, weil er kein auf diese – nach seiner Vorstellung nicht anwendbaren – Norm bezogenes Vermeidemotiv bilden kann.<sup>26</sup>

### III. Unklare Vorsatzanforderungen

Mit der Einordnung der §§ 3 ff. StGB als unrechtskonstituierende Tatbestandsmerkmale bleibt allerdings die Frage, wie mit den zahlreichen Tatbeständen des Kernstrafrechts umzugehen ist, über deren Strafwürdigkeit unter den Staaten weitgehende Einigkeit besteht. So ließe sich das angeführte Beispiel dahingehend variieren, dass in den Niederlanden Beihilfe

zu einem in Deutschland verübten Totschlag geleistet wird, der Gehilfe aber davon ausging, dass die Haupttat ebenfalls in den Niederlanden verübt würde. Nach den obigen Ausführungen stünde einer Strafbarkeit des Gehilfen nach deutschem Recht entgegen, dass dieser in Bezug auf den inländischen Begehungsort der Haupttat (§ 9 Abs. 2 S. 1 Var. 1 StGB) nicht vorsätzlich handelte.

Dieses Ergebnis lässt sich allerdings vermeiden, indem man ergänzend die Grundlage für die stellvertretende Strafrechtspflege (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) heranzieht, wonach unter den dort genannten Voraussetzungen deutsches Strafrecht auch auf Auslandstaten Anwendung findet. Auf der Grundlage der Vorstellung des Täters ist daher zu ermitteln, ob sein Verhalten am (vorgestellten) Tatort mit Strafe bedroht ist. Ist dies der Fall, findet deutsches Strafrecht sowohl nach dem tatsächlichen (§ 9 Abs. 2 S. 1 Var. 1 StGB) als auch nach dem vorgestellten (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) Sachverhalt Anwendung, d.h. der Irrtum des Täters schließt die Annahme vorsätzlichen Tötungsunrechts nicht aus.<sup>27</sup> Mit diesem Ausweg über die stellvertretende Strafrechtspflege lassen sich weitreichende – und in der Sache unangemessene – Konsequenzen vermeiden, er wirft aber die Frage auf, welche Umstände vom Vorsatz des Täters umfasst sein müssen oder – in den Worten *Puppe*<sup>28</sup> – wie das Tatbestandsmerkmal zu formulieren ist, über das der Täter nicht irren darf.

Um diese Frage zu beantworten, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich die Unbeachtlichkeit eines Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen nicht allein aus § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB, sondern auch aus anderen Vorschriften ergeben kann. Da jede dieser Vorschriften als Rechtsfolge die Geltung deutschen Strafrechts vorsieht, ist es grundsätzlich auch für den Vorsatz ausreichend, wenn nach der Vorstellung des Täters die tatsächlichen Voraussetzungen einer dieser Vorschriften erfüllt sind. Wird die Tat auf einem deutschen Schiff begangen und ist damit deutsches Strafrecht nach dem Flaggenprinzip (§ 4 StGB) anwendbar, schließt die irrtümliche Annahme des Täters, sich auf einem französischen Schiff zu befinden, seinen Vorsatz nicht aus, wenn er zugleich fälschlicherweise davon ausgeht, dass sich dieses Schiff in einem deutschen Hafen befindet, sodass die Tat nach seiner Vorstellung im Inland begangen wird und damit deutschem Strafrecht unterliegt (§ 3 StGB). Dies gilt entsprechend für Irrtümer über die Voraussetzungen, unter denen deutsches Strafrecht auf Auslandstaten mit besonderem Inlandsbezug anwendbar ist (§ 5 StGB). So kann die irrtümliche Annahme, dass verbotene Inhalte der inländischen Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden (§ 5 Nr. 5a StGB, s.o. II.), den fehlenden Vorsatz in Bezug auf den inländischen Tatort (§§ 3, 9 StGB) kompensieren, da nach der Vorstellung des Täters über die erstgenannte Regelung deutsches Strafrecht Anwendung findet. Demgegenüber wird bei Taten, die dem Weltrechtsprinzip unterliegen (§ 6 StGB), von vornherein auf einen Anknüpfungspunkt für die Anwendung deutschen Strafrechts (Tatort, Staatsangehörigkeit etc.) verzichtet, so dass auch einem entsprechenden Irrtum keine vorsatzaus-

---

Mord bleibt Mord, auch wenn das Delikt im Ausland begangen wird.“

<sup>22</sup> Böse (Fn. 16), S. 69 ff.

<sup>23</sup> Art. 293 Abs. 2 und Art. 294 Abs. 2 des niederländischen StGB (wetboek van strafrecht) i.V.m. Art. 2 des Gesetzes über die Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und der Hilfe bei der Selbsttötung (Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding); dazu *Mackor*, ZStW 128 (2016), 24.

<sup>24</sup> *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 139a, 139b.

<sup>25</sup> *Neumann* (Fn. 9), S. 605.

<sup>26</sup> Vgl. allgemein *Kindhäuser* GA 1994, 197 (203 f.).

<sup>27</sup> Siehe bereits *Böse* (Fn. 16), S. 73 f.

<sup>28</sup> *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 139a in Fn. 121.

schließende Wirkung zukommt. Bei den von § 6 StGB erfassten Taten ist ein solcher Irrtum daher von vornherein bedeutungslos.

Bei der stellvertretenden Strafrechtspflege (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) ist die Identifikation der für den Vorsatz relevanten Merkmale schwieriger. Für den Vorsatz ohne Bedeutung sind zunächst die Voraussetzungen, die erst nach Begehung der Tat eintreten, da diese nicht das Unrecht der Tat (mit-)konstituieren, sondern nur die deutsche Strafgerichtsbarkeit, d.h. die Zuständigkeit der deutschen Strafjustiz begründen; dies gilt für den Aufenthalt des Täters im Inland („im Inland betroffen“) und die Nichtauslieferung an das Ausland.<sup>29</sup> Weitere Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB sind komplementär zu den herkömmlichen Anknüpfungspunkten: Die Tat muss im Ausland (d.h. nicht im Inland<sup>30</sup>) von einem Ausländer (d.h. nicht von einem Deutschen<sup>31</sup>) begangen werden. Für den Vorsatz haben sie daher keine Bedeutung, da es nicht möglich (und damit auch nicht vorstellbar) ist, dass die Tat weder im Inland noch im Ausland begangen wird bzw. der Täter weder Deutscher (vgl. insoweit § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB) noch Ausländer ist, so dass die Voraussetzungen für die Anwendung des deutschen Strafrechts unter diesem Gesichtspunkt in jedem denkbaren Fall gegeben sind.

Als unrechtskonstituierendes Merkmal bleibt damit die Voraussetzung, dass die Tat am Tatort mit Strafe bedroht sein muss. Dieses Erfordernis enthält die Grundvoraussetzung der stellvertretenden Strafrechtspflege, denn die deutsche Strafgewalt wird von derjenigen des Tatortstaates abgeleitet. Diese stellvertretende Strafverfolgung ist daher nur legitim, wenn die Tat bei ihrer Begehung nach dem Recht des „vertretenen“ Staates strafbar ist.<sup>32</sup> Das ausländische, am Tatort geltende Recht wird nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB in das innerstaatliche Recht transformiert, indem die Strafe nach Maßgabe des deutschen Rechts verhängt wird.<sup>33</sup> Über die Anwendung des deutschen Strafrechts (anstelle des ausländischen Tatortrechts) wird sichergestellt, dass die verhängte Strafe nach Art und Höhe nicht über eine nach deutschem Recht angemessene Sanktion hinausgeht.<sup>34</sup> Ihre materielle Legitimation bezieht die Strafe aber aus dem einschlägigen Strafgesetz des Tatortstaates.

<sup>29</sup> Böse (Fn. 3), Vor § 3 Rn. 51; ähnlich Jeßberger (Fn. 14), S. 131 f. (objektive Bedingung der Strafbarkeit); vgl. ferner zur Nichtauslieferung als Prozessvoraussetzung: BGHSt 45, 64 (73).

<sup>30</sup> Zur negativen (keine Inlandstat) bzw. komplementären Definition der Auslandstat, der auch Taten in hoheitsfreien Räumen (z.B. die hohe See) unterfallen: Böse (Fn. 3), § 5 Rn. 2.

<sup>31</sup> Zur negativen (kein Deutscher) bzw. komplementären Definition des Ausländers, die auch Staatenlose umfasst: Böse (Fn. 3), § 5 Rn. 4.

<sup>32</sup> Böse (Fn. 3), § 7 Rn. 11, 13.

<sup>33</sup> Böse (Fn. 3), § 7 Rn. 13 m.w.N.

<sup>34</sup> Vgl. umgekehrt zur Begrenzung der deutschen Strafrahmen durch das Tatortrecht (poena mitior): Ambos (Fn. 3), § 7 Rn. 26; Böse (Fn. 3), § 7 Rn. 21; Hoyer (Fn. 10), § 7 Rn. 6.

Für den Vorsatz hat dies zur Konsequenz, dass für die Voraussetzungen der Strafbarkeit am Tatort (einschließlich der subjektiven Anforderungen an den Vorsatz) ausschließlich das am Tatort geltende ausländische Recht maßgeblich ist. Auch der räumliche und persönliche Anwendungsbereich des ausländischen Strafrechts und die Bedeutung darauf bezogener Irrtümer bestimmen sich nach dem Recht des Tatortstaates.<sup>35</sup> Für das deutsche Strafanwendungsrecht ist damit allein der Tatort selbst vorsatzrelevant, über den das für die Tat maßgebliche ausländische Recht bestimmt wird. Handelt der Täter in dem oben genannten Beispiel in dem Glauben, der Tatort liege (ausschließlich) in den Niederlanden, so ist auf der Grundlage dieses (hypothetischen) Tatorts zu prüfen, ob die Tat nach niederländischem Recht strafbar wäre; ist dies nicht der Fall, schließt der Irrtum über den Tatort den Vorsatz aus, da die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht vorliegen. Wäre die begangene Tat hingegen auch in den Niederlanden strafbar, so wäre deutsches Strafrecht nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB auch auf eine entsprechende Auslandstat anwendbar, so dass der Irrtum über den Tatort den Vorsatz unberührt lässt.

#### IV. Vorsatzausschluss bei fehlender Vorstellung?

Den vorstehend behandelten Fällen ist gemeinsam, dass der Täter eine genaue Vorstellung von den Tatsachen hat, die eine Anwendung des deutschen Strafrechts begründen (oder ausschließen). Damit ist ein letzter Einwand *Puppes* angesprochen, mit dem sie auf die Konstellation hinweist, in der sich der Täter über die Tatsachen, die die deutsche Strafgewalt begründen, keinerlei Gedanken macht. Da auch die schlichte Unkenntnis von unrechtskonstituierenden Umständen den Vorsatz entfallen lässt, handelte ein Täter, der seine Tat auf einem unter deutscher Flagge fahrenden Kreuzfahrtschiff begeht (vgl. § 4 StGB), ohne Vorsatz, wenn er sich keinerlei Vorstellung über den Flaggenstaat macht.<sup>36</sup>

Derartige Fälle dürften sich – wie von *Puppe* selbst angedeutet – zumeist über das sachgedankliche bzw. tatbegleitende Mitbewusstsein lösen lassen.<sup>37</sup> Dies gilt insbesondere für den inländischen Handlungsort oder die deutsche Staatsangehörigkeit des Täters; diese Umstände mögen der aktuellen Aufmerksamkeit des Täters entzogen sein, sind aber Bestandteil seines jederzeit aktualisierbaren Mitbewusstseins.<sup>38</sup> Dieser Weg scheidet indes aus, wenn der tatsächliche Anknüpfungspunkt – wie im Fall des Kreuzfahrtschiffs – vom Täter nicht als selbstverständlich vorausgesetzt wird bzw. werden kann, denn nach Presseberichten fahren Kreuzfahrtschiffe

<sup>35</sup> Geht der Täter also irrtümlich davon aus, dass sein Verhalten nach dem Recht des Tatortstaates straflos ist, sind die Folgen eines solchen Irrtums (vgl. § 17 StGB) allein nach dem dort geltenden Recht zu bestimmen.

<sup>36</sup> *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 139a.

<sup>37</sup> *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 159 f.

<sup>38</sup> Vgl. die anderen von *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 159 f., genannten Beispiele zum Status des Täters (Amtsträger), Opfers (Kind unter 12 Jahren) und zum Handlungsort (Sperrgebiete für Prostitution).

deutscher Reeder in der Regel unter ausländischer Flagge.<sup>39</sup> In diesem Fall ist zunächst die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, das auf der Grundlage der Vorstellung des Täters anwendbare Recht über andere Anknüpfungspunkte zu ermitteln. Liegt das Kreuzfahrtschiff beispielsweise in einem deutschen oder ausländischen Hafen, so ergibt sich das anwendbare Recht aus dem Territorialitätsprinzip (vgl. § 3 StGB), und insoweit dürfte regelmäßig eine konkrete Vorstellung des Täters vom Tatort im Sinne eines tatbegleitenden Mitbewusstseins vorliegen.

Eine Anknüpfung an das Territorialitätsprinzip scheidet demgegenüber aus, wenn sich das Schiff zum Zeitpunkt der Tat (§ 8 StGB) auf hoher See befindet und dem Täter dieser Umstand auch bewusst ist. Selbst wenn der Täter in derartigen Konstellationen keine Kenntnis von dem Flaggenstaat haben sollte, dessen Strafgewalt das Schiff unterliegt, so wird er zumindest in der diffusen Vorstellung handeln, dass das Schiff irgendeine Flagge führt bzw. aufgrund seiner Nationalität dem Recht irgendeines Staates unterliegt. Führt er die Tat in diesem Bewusstsein aus, so spricht daraus seine Gleichgültigkeit gegenüber dem Umstand, welche Flagge das Schiff führt, auf dem er die Tat begeht. Die Vorstellung des Täters erstreckt sich damit auch auf die Möglichkeit, dass das Schiff unter deutscher Flagge fährt, so dass dieser in Bezug auf den Umstand, über den die deutsche Strafgewalt nach § 4 StGB begründet wird, mit bedingtem Vorsatz handelt. Zwar kann die Gleichgültigkeit gegenüber dem Normbefehl die nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB erforderliche Kenntnis der zum Tatbestand gehörenden Umstände nicht ersetzen.<sup>40</sup> Im Beispielfall findet jedoch eine solche Ersetzung nicht statt, denn über das tatbegleitende Mitbewusstsein lässt sich begründen, dass der Täter zumindest in der Vorstellung handelt, dass das Schiff, auf dem sich der Tatort befindet, die Flagge eines Staates führt, was die Möglichkeit einschließt, mit der Tat ausführung gegen dessen Recht zu verstoßen. Die Gleichgültigkeit des Täters bezieht sich allein auf die Frage, unter welcher Flagge das Schiff fährt und gegen welche Rechtsordnung gegebenenfalls verstoßen wird.<sup>41</sup>

## V. Fazit

Die §§ 3 ff. StGB sind keine unrechtsneutralen objektiven Bedingungen der Strafbarkeit oder Metanormen, sondern konstituieren das tatbestandliche Unrecht mit, indem sie die Reichweite der tatbestandlichen Verbotsnorm festlegen. Bei Vorsatztaten muss sich der Vorsatz des Täters daher auch auf die Umstände erstrecken, welche die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts begründen. Die Konsequenzen dieser Auffassung sind jedoch begrenzt, da es für den Vorsatz ausreicht,

dass nach der Vorstellung des Täters Umstände vorliegen, welche die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts unter irgendeinem Gesichtspunkt begründen. Der Irrtum über den Tatort lässt den Vorsatz insbesondere unberührt, wenn die Tat an dem nach der Vorstellung des Täters (hypothetisch) zugrunde zu legenden Tatort mit Strafe bedroht und deutsches Strafrecht damit ebenfalls anwendbar wäre (§ 7 Abs. 2 Alt. 1 StGB). Dabei ist einzuräumen, dass die Anwendung des § 16 StGB Folgeprobleme nach sich zieht, die sich jedoch mit dem Rüstzeug der Vorsatzdogmatik bewältigen lassen. Ob diese Lösungen vor der Kritik von Frau *Puppe* bestehen können (oder nicht vielmehr neuen Einwänden ausgesetzt sind), bleibt abzuwarten; der Verfasser dieser Zeilen hofft, mit ihr über diese und andere Fragen noch lange diskutieren zu können, und verbindet dies mit den besten Wünschen zum 80. Geburtstag. Ad multos annos!

Kommentar von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

Um zu entscheiden, welchen Platz der Irrtum des Täters über die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts oder sein Irrtum über deren tatsächliche Voraussetzungen in der Vorsatzlehre beanspruchen kann, müssen wir diese Irrtümer in das Begriffsnetz der Vorsatzlehre einordnen. Nach § 16 StGB handelt der Täter nicht vorsätzlich, wenn er einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Ein Umstand ist eine Tatsache. Zu unterscheiden sind natürliche Tatsachen, die von Natur aus bestehen und institutionelle Tatsachen, die durch menschliche Institutionen konstituiert werden. Zu den Letzteren gehören auch Rechte, Rechtsverhältnisse und andere Rechtsfolgen.<sup>1</sup> Wenn zu einem Tatbestand also Rechte und Rechtsverhältnisse als Merkmale gehören, muss der Täter diese schlicht kennen, um vorsätzlich zu handeln.<sup>2</sup> Auch die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf eine bestimmte Tat ist eine institutionelle Tatsache. Diese Tatsache gehört aber nicht zu einem Straftatbestand. Wenn ein Irrtum darüber den Vorsatz ausschließen soll, müssen wir § 16 StGB analog anwenden. Die Zulässigkeit dieser Analogie hängt davon ab, ob der Grund dafür, dass der Täter eine institutionelle Tatsache, die zum gesetzlichen Tatbestand gehört, kennen muss, auch für einen Irrtum über die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts zutrifft. Dass der Vorsatz des Täters sich auf das im Tatbestand bezeichnete Recht oder Rechtsverhältnis beziehen muss, liegt an deren unrechtskonstituierender Bedeutung. Der Täter, der eine Sache zerstört, von der er glaubt, dass sie in seinem Eigentum steht, hat nicht den Vorsatz, eine fremde Sache zu zerstören.

Nach *Böse* hängt nun der Unrechtsgehalt einer Tatbestandsverwirklichung auch davon ab, ob das deutsche Strafrecht nach § 3 ff. StGB auf sie anwendbar ist. Zur Begründung dafür führt er die Tatbestände der §§ 86 und 86a StGB an, bei denen die Begehung im Inland Tatbestandsmerkmal ist. Aber dies lässt sich nicht auf alle anderen Tatbestände verallgemeinern. Es hängt mit dem besonderen Rechtsgut

<sup>39</sup> Zeit Online v. 17.8.2016, abrufbar unter <https://www.zeit.de/wirtschaft/2016-08/kreuzfahrten-reedereien-steuern-sparen-ausflagung> (21.10.2022).

<sup>40</sup> *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 158.

<sup>41</sup> Auf die Frage, ob auch der Täter vorsätzlich handelt, der sich der Kenntnis der Tatumstände aus Gleichgültigkeit von vornherein verschließt (Tatsachenblindheit), kommt es daher nicht an; diese Frage bejahend *Jakobs*, ZStW 114 (2002), 583 (593 ff.); dagegen *Puppe* (Fn. 2), § 16 Rn. 2.

<sup>1</sup> *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 16 Rn. 31 m.w.N.

<sup>2</sup> *Puppe* (Fn. 1), § 16 Rn. 46 ff.; *dies.*, GA 1990, 145 (157).

dieser Tatbestände, dem Schutz der Anerkennung zusammen, das nur im Inland verletzt werden kann. Grundsätzlich hängt das Unrecht einer Tat nicht davon ab, dass sie auf deutschem Staatsgebiet begangen worden ist. Der Ausdruck, „das deutsche Strafrecht gilt für Taten ...“ in § 3 ff. StGB ist missverständlich, weil er den Eindruck erweckt, dass Taten, auf die sich die deutsche Strafgewalt nicht erstreckt, in Deutschland kein Unrecht sind. Dabei geht es doch nur um die Frage, ob der deutsche Staat die legitime Macht besitzt, sein Strafrecht in Bezug auf diese Tat durchzusetzen. Der Irrtum des Täters, dass dies nicht der Fall sei, konstituiert also nicht das Unrecht der Tat, ist also für den Vorsatz irrelevant.

Im Ergebnis ist *Böse* in diesem Punkt auch mit mir einig. Er behandelt den Irrtum wie einen Wertungsirrtum. Für ein wertendes Tatbestandsmerkmal gilt, dass der Täter, um vorsätzlich zu handeln, die tatsächlichen Voraussetzungen kennen muss, die im Einzelfall die tatbestandsmäßige Wertung begründen.<sup>3</sup> Diese Aufspaltung stammt ursprünglich von *Roxin*, der sie nur für die von ihm sog. gesamtatbewertenden Merkmale oder rechtswidrigkeitsumschließende Merkmale wie unbefugt oder verwerflich angewandt hat, um zu verhindern, dass bei diesen Merkmalen der Irrtum über die Rechtswidrigkeit den Vorsatz ausschließt.<sup>4</sup> Ich selbst habe den Gedanken auf alle bewertenden Tatbestandsmerkmale ausgedehnt und auf eine andere Grundlage gestellt: Das ist die Erkenntnis, dass eine bewertende Aussage die Tatsachen impliziert, die bewertet werden, sodass die Wertaussage einen anderen Sinn hat, wenn sie sich auf andere Tatsachen bezieht. Deshalb gehören die jeweils bewerteten Tatsachen i.S.v. § 16 StGB zum Tatbestand.<sup>5</sup> Dass der Täter auch dann vorsätzlich handelt, wenn er diese Tatsachen nicht im Sinne des Tatbestandsmerkmals bewertet, hat seinen Grund darin, dass das Recht von den Bürgern grundsätzlich erwartet, die elementaren Wertungen des Strafrechts nachzuvollziehen.<sup>6</sup>

Diese Aufspaltung soll nach *Böse* auch für das Erfordernis gelten, dass die Tat der deutschen Strafgewalt unterliegt, er bezeichnet dies auch mehrfach als eine Wertung, nicht als institutionelle Tatsache. Aber welchen Inhalt soll diese Wertaussage haben? Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nach § 3 ff. StGB sind vielfältig, kompliziert, durch die verschiedensten Zweckerwägungen motiviert und mitunter das Ergebnis politischen Zufalls. Ich kann ihnen keine Wertaussage abgewinnen. Es sind reine Festsetzungen des Gesetzgebers. Ein Bürger, der die Tatsachen kennt, um derentwillen gerade seine Tat der deutschen Strafgewalt unterliegt, wird schwerlich fähig sein, aus dieser Tatsachenkenntnis diesen Schluss zu ziehen, außer in dem einfachen Fall, dass er Deutscher ist und die Tat auf deutschem Boden begeht.

Abgesehen davon, wird sich wohl kaum ein Täter über diese Frage Gedanken machen, es sei denn, er wäre ein international agierender Wirtschaftskrimineller oder Steuerhinter-

zieher, der darauf Wert legt, der Strafgewalt bestimmter Staaten möglichst nicht ausgesetzt zu sein. *Böse* will diesem Wissensmangel mit der Denkfigur des sachgedanklichen Mitbewusstseins abhelfen. Ich habe vor einer leichthändigen Anwendung dieser Denkfigur gewarnt.<sup>7</sup> Sie weist nur darauf hin, dass ein Täter die Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals, die ihm klar und anschaulich vor Augen steht, nicht notwendig in Worte fassen muss, um das auf sie bezogene vorsatzbegründende Bewusstsein zu haben. Von sachgedanklichem Mitbewusstsein kann also nur bei Verhältnissen, insbesondere Dauerverhältnissen des Täters selbst die Rede sein, die inhaltlich eng mit der Tatbestandsverwirklichung zusammenhängen. Der Exhibitionist, der Frauen mit seiner Männlichkeit beeindrucken oder erschrecken will, wird nicht mit der Verteidigung gehört, dass ihm der Vorsatz gefehlt habe, weil er dabei gar nicht daran gedacht habe, dass er ein Mann ist. Der Beamte, der eine ihm verliehene Amtsbefugnis dazu nutzt, sich Schmiergelder zu verschaffen, kann den Vorsatz der Vorteilsannahme nicht mit der Begründung bestreiten, er sei sich dabei nicht dessen bewusst gewesen, dass er Amtsträger ist.<sup>8</sup> Aber ich muss die Behauptung *Böses* bestreiten, dass Täter in der Regel ein – wenn auch noch so schwach ausgeprägtes – aktuelles Bewusstsein darüber haben, dass sie ihre Straftat auf deutschem Boden oder auf einem unter deutscher Flagge fahrenden Schiff begehen; von den komplexen Voraussetzungen der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nach §§ 5 ff. StGB ganz zu schweigen. Das ist auch und gerade dann zu bestreiten, wenn es dem Täter gleichgültig ist.

<sup>3</sup> *Puppe* (Fn. 1), § 16 Rn. 58 mit zahlr. Nachw. in Fn. 53.

<sup>4</sup> *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 105.

<sup>5</sup> *Puppe*, GA 1990, 145 (173 ff.).

<sup>6</sup> *Puppe*, GA 1990, 145 (176 f.).

<sup>7</sup> *Puppe* (Fn. 1), § 16 Rn. 160 f.

<sup>8</sup> *Puppe* (Fn. 1), § 16 Rn. 159.