

RECHTSSTAAT UND MENSCHENWÜRDE

Festschrift für Werner Maihofer
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von
Arthur Kaufmann, Ernst-Joachim Mestmäcker,
Hans F. Zacher



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

6896246-0



CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Rechtsstaat und Menschenwürde : Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag /
hrsg. von Arthur Kaufmann ... – Frankfurt am Main : Klostermann, 1988

ISBN 3-465-01848-6 kart. ISBN 3-465-01849-4 Gewebe

NE: Kaufmann, Arthur [Hrsg.]; Maihofer, Werner: Festschrift

© Vittorio Klostermann GmbH, Frankfurt am Main 1988

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der Übersetzung.
Ohne Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, dieses Werk oder Teile in einem
photomechanischen oder sonstigen Reproduktionsverfahren oder unter Verwendung
elektronischer, hydraulischer oder mechanischer Systeme zu verarbeiten, zu verviel-
fältigen und zu verbreiten.

Satz und Druck: Graphischer Betrieb Konrad Triltsch, Würzburg
Printed in Germany

1289/48

Inhalt

ARTHUR KAUFMANN Recht und Rationalität. Gedanken beim Wiederlesen der Schriften von Werner Maihofer	11
OTTO BACKES Strafrecht und Lebenswirklichkeit	41
MAURO CAPPELLETTI Trends of „Procedural Justice“ in Contemporary Europe	61
HELMUT COING Die Entwicklung der Persönlichkeitsrechte im 19. Jahrhundert	75
RALF DREIER Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat	87
ALBIN ESER Hundert Jahre deutscher Strafgesetzgebung. Rückblick und Tendenzen	109
IRING FETSCHER Ein Beitrag des Rechts zur Erhaltung der natürlichen Lebensbedingungen	135
JOCHEN ABR. FROWEIN Die Herausbildung europäischer Verfassungsprinzipien	149
GERHARD HANEY Naturrecht bei P. J. A. Feuerbach in seinen Jenenser Schriften	159
WINFRIED HASSEMER Unverfügbares im Strafprozeß	183
HEINZ HÜBNER Menschenwürde und Fürsorgestaat im Sizilien Friedrichs II. von Hohenstaufen	205

HERMANN KLENNER Über Kants Krummholz-Metapher. Eine Marginalie zu seiner Rechtslehre	223
ULRICH KLUG Autonomie, Anarchie und Kontrolle. Rechtsphilosophische und rechtspragmatische Probleme	235
ERNST-JOACHIM LAMPE Gleichheitssatz und Menschenwürde	253
ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER Elektronische Medien in der europäischen Wirtschafts- und Kulturgemeinschaft	269
HEINZ MÜLLER-DIETZ Naturrecht und Menschenwürde. Anmerkungen zum Werk Georg Büchners	283
HANS ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA Die EWG und die Versalzung des Rheins	307
WOLF PAUL Die zwei Gesichter der marxistischen Rechtstheorie	329
LOTHAR PHILIPPS Eine juristische Datenbank für Probleme und Argumente	355
KLAUS ROLINSKI Alternativ-Entwurf zur Reform der Hauptverhandlung	371
CLAUS ROXIN Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund	389
WOLFGANG SCHILD Juristische Methode als Mittel der politischen Macht	413
JÜRGEN SCHMIDT Zur „Bedeutung“ von Rechtssätzen	433
HEINZ SCHÖCH Strafrecht zwischen Freien und Gleichen im demokratischen Rechts- staat. Zur konkreten Utopie der Wiedergutmachung im Strafverfahren	461

WALDEMAR SCHRECKENBERGER	
Die Universalität der Menschenrechte als Prinzip der Rechtsrhetorik	481
HORST SCHÜLER-SPRINGORUM	
Die Resozialisierung des normalen erwachsenen Straftäters. Eine Skizze	503
HANS SCHULTZ	
Gewaltdelikte als Schutz der Menschenwürde im Strafrecht	517
JÜRGEN SCHWARZE	
Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz als Ordnungspostulate der Europäischen Gemeinschaft	529
GERHARD SPRENGER	
Über den Ort des Rechts in der Fundamentalontologie Martin Heideggers. Zu einer frühen These Werner Maihofers	549
GÜNTER STRATENWERTH	
„Größtmögliche Freiheit“?	571
GUNTHER TEUBNER	
Napoleons verlorener Code. Eigendynamik des Rechts als politisches Problem	587
JOSEPH H. H. WEILER	
The Patriarch Abraham, Law and Violence in the Modern Age	603
OTA WEINBERGER	
Leitideen der Demokratie	617
FRANZ WIEACKER	
Recht und Moralität in pragmatischer Sicht	631
BRUNO DE WITTE	
Cultural Policy Limits to Fundamental Rights	651
HANS F. ZACHER	
Sozialrecht und Gerechtigkeit	669
Verzeichnis der Schriften Werner Maihofers	693
Autoren des Bandes	701

Eine juristische Datenbank für Probleme und Argumente

von
LOTHAR PHILIPPS

Mit juristischen Datenbanken hat sich Werner Maihofer meines Wissens nie befaßt. Und doch wird er vieles von sich in meinem Beitrag wiederfinden. In dem Anfang der Ausführungen sowieso, in der Verwunderung über die Sicherheit des Wissens, daß in bestimmten Lebenslagen Bestimmtes zu tun sei. Aber auch im weiteren wird er, denke ich, auf viel Eigenes stoßen. Nur sind das Dinge, die er in seinen Schriften nicht oder nur beiläufig thematisiert hat. Weniger wichtig sind sie deshalb gewiß nicht, im Gegenteil, denn es handelt sich dabei um Prinzipien, die sein Rechtsdenken leiten, ganz selbstverständlich und doch reflektiert; in seinen Gesprächen hat er sie immer wieder ausgesprochen. (Von seinem großen Gegenspieler Welzel wird in meinem Beitrag ein vergleichbares Leitprinzip vermutet.)

Es sind dies Prinzipien der Symmetrie. Im Gespräch betonte Werner Maihofer immer wieder, daß die Welt von Symmetrie durchherrscht sei. Im sozialen Leben bedeute sie Gerechtigkeit. Durch und durch ontologisch gestimmt, sah er darüber hinaus einen Weltzusammenhang, der bis in den Mikrokosmos der Physik mit seinen gesicherten Symmetrieprinzipien hineinreiche. Überall könne man sich auf Prinzipien der Symmetrie stützen, um bisher Ungesehenes zu entdecken.

1. Die Logik der Topoi

Robert Musil bemerkt einmal zum fragwürdigen Nutzen der Literatur für das Leben:

„In den Romanen finden sich die wundervollsten Verhaltensweisen für unzählige Lebenslagen beschrieben. Der große Nachteil ist aber der, daß sich die Lebenslagen, in die man gerät, niemals ganz mit denen decken, für die in den Romanen vorgesehen ist, was man zu tun und zu sagen hat. Die Weltliteratur ist ein ungeheures Magazin, wo Millionen Seelen mit Edelmut, Zorn, Stolz, Liebe, Hohn, Eifersucht,

Adel und Gemeinheit bekleidet werden. Wenn eine angebetete Frau unsere Gefühle mit Füßen tritt, so wissen wir, daß wir ihr einen strafend seelenvollen Blick zuzuwerfen haben; wenn ein Schurke eine Waise mißhandelt, so wissen wir, daß wir ihn mit einem Schlag zu Boden schmetterten müssen. Aber was sollen wir tun, wenn die angebetete Frau unmittelbar, nachdem sie unsere Gefühle mit Füßen getreten hat, die Tür ihres Zimmers zuschlägt, so daß sie unser seelenvoller Blick nicht erreicht? Oder wenn zwischen dem Schurken, der die Waisen mißhandelt, und uns ein Tisch mit kostbaren Gläsern steht? Sollen wir die Tür einschlagen, um dann durch das Loch einen sanften Blick zu werfen; und sollen wir sorgfältig die teuren Gläser abräumen, ehe wir zum empörten Schlag ausholen? In solchen wirklich wichtigen Fällen läßt einen die Literatur immer im Stich; vielleicht wird es erst in einigen hundert Jahren, wenn noch mehr beschrieben ist, besser sein.¹

Es liegt auf der Hand, daß dies auch ein Problem juristischer „Magazine“, sprich: Datenbanken ist. Die Lebenslagen, über die man als Richter zu entscheiden hat, decken sich niemals ganz mit denen, über die andere Richter schon entschieden haben. In den „wirklich wichtigen Fällen“ lassen einen die Präjudizien immer im Stich. Wird es „vielleicht ... in einigen hundert Jahren“, wenn noch mehr entschieden und gespeichert worden ist, besser sein? Ach, das kann nicht mehr als eine flüchtige Hoffnung sein: in einigen hundert Jahren werden die wirklich wichtigen Fälle anders aussehen.

Vielleicht ist dies Problem aber doch nicht so hoffnungslos, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Brauchen wir denn wirklich das genau passende Präjudiz – sei es aus der schöngeistigen Literatur oder aus der Rechtsprechung?

Bedenken wir einmal Musils Beispiele: Wer die Tür einschlägt, um der undankbaren Geliebten einen sanften Blick zuzuwerfen; wer sorgfältig den Tisch abräumt, um dann zum empörten Schlag auszuholen – so jemand verhält sich nicht richtig. Das wissen wir mit Bestimmtheit, ohne ein entsprechendes Präjudiz zu kennen, und Musil hat es selbstverständlich auch gewußt. Literarische Topoi (um die es sich hier handelt) haben eine ebenso strenge wie subtile Logik, die über den Einzelfall hinausführt. Es läßt sich schwerlich eine Tür zu dem Zweck einschlagen, edelmütige Sanftheit zum Ausdruck zu

¹ Robert Musil, „Ein Mann ohne Charakter“: „Aus dem Nachlaß zu Lebzeiten“.

bringen; es macht das Aufflammen des edlen Zorns unglaublich, wenn man zuvor ein paar Wertgegenstände in Sicherheit bringt.

Musil spielt souverän mit dieser Logik, indem er zwei spiegelbildlich unterschiedliche Konstellationen einander gegenüberstellt. Es ist natürlich kein Zufall, daß die sanfte Zurückhaltung mit der eigenen Verletzung (durch die Herzlosigkeit der Frau) und der eigenen Stärke verbunden ist, die aggressive Reaktion dagegen mit der Verletzung eines anderen (der Waisen) und dessen Schwäche.

2. ... und ihre Erfassung in einer Datenbank

Auf der Grundlage einer solchen topischen Logik möchten wir in München eine juristische Datenbank schaffen.² Die Fälle, die darin enthalten sind, sollen über sich selbst hinausweisen und so die Lösung neuer Fallkonstellationen erleichtern. Ein wichtiges Hilfsmittel dazu wird sein, verschiedene Fälle miteinander zu verknüpfen, und eine wichtige Verknüpfung ist dabei die Gegenüberstellung spiegelbildlich unterschiedlicher Konstellationen – ganz wie es Musil getan hat. Die verschiedenen Verknüpfungsformen werde ich im Folgenden vorstellen.

Die topische Datenbank soll vor allem zwei Zwecken dienen: der besseren Erschließung der vorhandenen Entscheidungen und Lehrmeinungen und darüber hinaus der Rechtsfindung im eigentlichen Sinne – der Findung neuen Rechts.

Diese Datenbank soll den Zugang zur Tiefe juristischer Probleme und Prinzipien ermöglichen, durch die Oberfläche der Schlüsselwörter (Deskriptoren) hindurch, an der die üblichen Datenbanken notgedrungen halt machen. Durch die Zusammenstellung von Fallkonstellationen, die nur das Problem gemeinsam haben, aber keine gemeinsamen Schlüsselwörter der Fallbeschreibung, sollen weiterhin neue Generalisierungen des bereits Vorhandenen ermöglicht werden und darüber hinaus neue Hypothesen nahegelegt werden.

² Weitere Arbeiten von mir hierzu: A Dichotomic Database of Legal Topoi, Referat in einem Workshop für juristische Expertensysteme, Tübingen 1987; sowie Topik Informatik und Jurisprudenz, Referat auf dem XIII. Weltkongreß der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie in Kobe 1987, beides im Druck.

3. *Zusprechung und Absprechung einer juristischen Kategorie*

Betrachten wir die Felder der Datenbank im einzelnen.

An der Spitze steht jeweils ein *Problemfall*, verbunden mit einer *Fallnummer*. Es folgt die Angabe einer Lösung des Falles, dichotomisch aufgeteilt in die Rubriken „*zugesprochene Kategorie*“ und „*abgesprochene Kategorie*“, d.h. so viel wie bejahte Kategorie und verneinte Kategorie. Dazu ist weiterhin angegeben, wer „Gericht oder Autor“ ist und wer „anderer Ansicht“ ist. Das letztere leuchtet ein: der typische Benutzer der Datenbank möchte wissen, wer hinter einer Entscheidung steht und wer sie ablehnt. Aber warum wird auch die Lösung in „*zugesprochene Kategorie*“ und „*abgesprochene Kategorie*“ aufgeteilt? Nun, eine Entscheidung beispielsweise für die Annahme von Diebstahl ist immer auch eine Entscheidung gegen etwas, gegen eine andere Kategorie, und diese ist nicht immer dieselbe. Eine Entscheidung für Diebstahl kann eine Entscheidung gegen Betrug sein, aber auch gegen Raub oder gegen Unterschlagung oder gegen die Entwendung von Leichenteilen oder den unerlaubten Gebrauch von Kraftfahrzeugen. Oder gegen eine straflose Form des Gebrauchsdiebstahls (*furtum usus*) – wie ohnehin die Grundentscheidung zum Strafflosen hin immer im Spiel sein kann.

Für den Informatiker ist es trivial, aber trotzdem sollte man sich von Zeit zu Zeit daran erinnern: wenn man in einer unstrukturierten Datenbank nach einem Urteil sucht mit der Charakterisierung „*Diebstahl und nicht Betrug*“, so erhält man nicht etwa jene Urteile, die sich für Diebstahl und gegen Betrug entscheiden, sondern die, in denen die Zeichenfolge „*Diebstahl*“ vorkommt, nicht aber die Zeichenfolge „*Betrug*“. Diese will man aber gerade nicht haben. Man müßte also nach „*Diebstahl und Betrug*“ suchen; aber dann bekommt man alle Urteile, in denen schlicht die beiden Zeichenketten „*Diebstahl*“ und „*Betrug*“ vorkommen; darunter werden viele sein, die man nicht gebrauchen kann. – Ich vermute, daß man juristische Datenbanken bisher allzu selbstverständlich nach dem Bilde allgemeiner Literaturdatenbanken aufgebaut hat. Indessen ist eine Entscheidung etwas wesentlich anderes als ein literarischer Artikel.

Eine praktisch wichtige Frage ist freilich, ob es möglich ist, die Entscheidung zwischen „*zugesprochener*“ und „*abgesprochener*“ Kategorie leicht, rasch und mit intersubjektiver Sicherheit vorzunehmen.

Dies ist der Fall, vor allem soweit es um höchstrichterliche Entscheidungen geht. Das folgt aus der Logik der Rechtsmitteleinlegung. Wir haben die Entscheidung eines Untergerichtes und ein dagegen gerichtetes Begehren, sei es einer Partei, eines Verurteilten oder des Staatsanwaltes. In aller Regel wird das Obergericht entweder der vorhergehenden Entscheidung recht geben oder aber dem dagegen gerichteten Begehren. Und weil eine Gerichtsentscheidung grundsätzlich vollstreckbar zu sein hat, ist es in aller Regel auch möglich, die Entscheidungsrichtung mit Sicherheit und schon der ersten Seite des Schriftstücks zu entnehmen.

Dies ist, wie gesagt, in der Regel so; es gibt durchaus auch Entscheidungen, die eine Kategorie ablehnen, aber offenlassen, welche andere Kategorie anzuwenden ist – etwa im Falle einer unzulänglichen Sachverhaltsaufklärung, aber dann haben wir auch keinen vollständig beschriebenen Problemfall.

Von Gerichtsurteilen abgesehen, pflegen sich aber auch Rechtsgelahrte in ihren Aufsätzen mit großer Entschiedenheit und Deutlichkeit von den Meinungen ihrer Kollegen oder der Entscheidung eines Gerichtes abzusetzen.

Die Zweiteilung der Rubrik „Lösung“ bedeutet deshalb keine Mehrarbeit, sondern macht lediglich einen unnötigen Informationsverzicht unstrukturierter Datenbanken wieder rückgängig.

Die schlichte Tabelle von Zusprechungen und Absprechungen vermag schon für sich genommen überraschende juristische Einblicke zu gewähren. Ich habe in meine Datenbank eine Reihe von Stellungnahmen Welzels eingegeben.³ Der Grund für diese Wahl war, daß ich Spielmaterial abweichender Meinungen haben wollte. Nicht damit gerechnet habe ich, daß in diesen Abweichungen alsbald ein einfaches, deutliches und jedenfalls für mich unerwartetes Entscheidungsmuster sichtbar wurde:

Putativrechtfertigung: Jemand glaubt sich der Pistole eines Räubers gegenüberzusehen und schießt sofort – in Wirklichkeit wollte der andere ihm mit einem Feuerzeug in Pistolenform Feuer anbieten.

Welzel entscheidet sich bekanntlich für die Bestrafung aus vorsätzlicher Tat (strenge Schuldtheorie) – gegen die heute fast allgemeine Meinung, daß nur nach Maßgabe von Fahrlässigkeit zu bestrafen sei (eingeschränkte Schuldtheorie). – Und umgekehrt: *Der Täter hat ei-*

³ Aus Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969.

nen objektiv vorliegenden Rechtfertigungsgrund nicht erkannt: Jemand erschießt einen anderen, ohne zu wissen, daß der andere in der Manteltasche ebenfalls eine Pistole hielt und einen Augenblick später selber geschossen hätte.

Eine verbreitete Meinung möchte nur nach Maßgabe des Versuchs bestrafen. Welzel entscheidet sich dagegen für vollendete Tat.

aberratio ictus: Jemand schießt auf einen anderen, verfehlt ihn aber und trifft einen Dritten tödlich.

Die herrschende Lehre nimmt Versuch an, typischerweise in Verbindung mit einer Fahrlässigkeitstat. Welzel entscheidet sich wieder für die Annahme einer vollendeten Tat.

Jemand verunglimpft einen anderen, ohne zu wissen, daß dieser bereits gestorben ist:

Die ganz herrschende Lehre sieht darin einen Versuch der Beleidigung, der straflos ist. Nach Welzel freilich ist das eine vorsätzliche Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener. – Und wieder umgekehrt:

Der Verunglimpfer nimmt irrig an, der andere sei tot:

Wieder nimmt die herrschende Lehre einen straflosen Versuch, Welzel dagegen eine vorsätzliche, vollendete Tat an.

Die Reihe der Beispiele ließe sich leicht weiterführen, bis tief in den Besonderen Teil hinein. Das Muster darin ist einfach und durchschlagend. Vor die Wahl gestellt, sich entweder für eine Zwischenkategorie wie Fahrlässigkeit oder Versuch zu entscheiden, oder aber für die „reine“ Kategorie der vorsätzlichen vollendeten Tat, entscheidet sich Welzel, wenn das Ergebnis nur einigermaßen vermittelbar scheint, für die reine Kategorie. Dies Entscheidungsprinzip ist sehr einfach, verglichen mit den kunstvollen und anspruchsvollen Prinzipien, die Welzel selber angibt. Überraschend ist auch der inhaltliche Vergleich der Entscheidungsprinzipien: Wie paßt es mit der Betonung der Finalität, der Zweckverfolgung, zusammen, wenn Welzel auch im Falle des Scheiterns immer wieder eine vollendete statt einer versuchten Tat annimmt: wenn der Schuß einen anderen trifft als den Anvisierten? wenn der Mann, den man beleidigen will, schon tot ist?

Es liegt nun der Gedanke nahe, aufgrund des induktiv ermittelten Entscheidungsprinzips die Meinung Welzels zu Problemen zu extrapolieren, die er noch gar nicht gekannt hat. Das wäre freilich nicht

mehr als eine Spielerei; doch deuten sich hierbei ernsthafte Möglichkeiten an: Es ist für später geplant, die Datenbank auch als Grundlage eines Systems zur Prognose richterlicher Entscheidungen zu verwenden.

4. Problematische und weniger problematische Fälle

Wenden wir uns nun der nächsten Aufteilung zu: „*problematischere Fallvariante*“ – „*weniger problematische Fallvariante*“. Diese Unterscheidung ist vor allem für argumentative Zwecke von Bedeutung. In unsere Datenbank ist beispielsweise folgende Sequenz von weniger problematischen zu immer problematischeren Problemfällen eingetragen:

(1) *T wechselt ein Geldstück entgegen dem erklärten Willen des Eigentümers.* (2) *T entwendet – einen entsprechenden Geldbetrag hinterlassend – einem Apotheker ein Opiat.* (3) *T entwendet – wiederum unter Hinterlassung eines entsprechenden Geldbetrages – einem Hundezüchter einen Hund.*

Daß hier eine Steigerung des Problemgehalts vorliegt, bedeutet: Es ist nicht möglich, in einem der Fälle Diebstahl abzulehnen, ohne daß man auch im vorhergehenden (insoweit weniger problematischen Fall) Diebstahl ablehnen müßte. Wer sogar im letzten, dem problematischsten Fall (der Entwendung des Hundes) Diebstahl ablehnt (was vielleicht noch vertretbar ist), muß auch in allen vorhergehenden Fällen Diebstahl ablehnen. Umgekehrt ist es natürlich möglich, in einem vorhergehenden, weniger problematischen Fall Diebstahl zu verneinen, in den nachfolgenden dagegen zu bejahen. Es ist auch möglich, in allen Fällen gleicherweise Diebstahl zu verneinen oder umgekehrt zu bejahen. Nur die Verneinung von Diebstahl in einem vorhergehenden Fall und seine Bejahung in einem nachfolgenden ist ausgeschlossen. (Kenner der Logik wissen, daß dies die Werteverteilung der Implikation ist.)

Das eigenmächtige Geldwechseln – die erste Problemstufe – wird von einer repräsentativen Mindermeinung – u.a. Roxin – nicht als Diebstahl angesehen.⁴ In Anknüpfung an eine zivilrechtliche Doktrin betrachtet man dabei den Geldschein nicht als Sache im eigentli-

⁴ *Claus Roxin*, Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten, in: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, S. 467 ff.

chen Sinne, sondern als Symbol, als eine Verkörperung eines Wertes, die in ihrer konkreten Erscheinungsform ausgetauscht werden kann, ohne daß sich der verkörperte Wert ändert. Geld wird in dieser Betrachtungsweise deutlich von „vertretbaren“ Sachen unterschieden; bei einer Gattungsschuld beispielsweise hat der Schuldner ein anerkanntes Interesse daran, selber die zu leistende Sache zu bestimmen – im Rahmen der „mittleren Art und Güte“. Bei Geldschulden gibt es ein solches Interesse nicht; ein Geldschein ist so viel wert wie der andere, und im übrigen kann man Geld auch überweisen.

Freilich, bei standardisierten und fabrikmäßig hergestellten Produkten gibt es eine „mittlere“ Art und Güte auch nicht; die Pillen in dem einen Röhrchen sind wie die in dem anderen. (Daß es sich in unserem Beispiel um ein Opiat handelt, braucht unter dem Gesichtspunkt des Vermögensdelikts keine Rolle zu spielen; schließlich haben wir auch noch ein Betäubungsmittelgesetz.) Einige Autoren (unter anderen seinerzeit Horst Schröder) haben auch bei der Wegnahme vertretbarer Sachen unter Geldausgleich Diebstahl abgelehnt.⁵ Bei standardisierten Massenprodukten ist das durchaus plausibel; vom vermögensdeliktischen Standpunkt her scheint es kaum einen Unterschied zum Geld zu geben, und die Unterscheidung von Wertobjekt und Wertsymbol (Geld) könnte als allzu philosophisch oder begriffsjuristisch angesehen werden. Jetzt freilich fällt es schwer, noch einen wesentlichen Unterschied zur Wegnahme von nicht-standardisierten vertretbaren Sachen anzugeben, jedenfalls wenn sie ebenfalls zur Verwertung oder zum Verkauf bestimmt sind (wie der Hund des Hundezüchters).

Der praktische Nutzen der Zusammenstellung von problematischeren und weniger problematischen Vergleichsfällen liegt nun auf der Hand. Wenn man eine bestimmte Entscheidung eines problematischen Ausgangsfalls anstrebt, sollte man eine Sequenz von Fällen zusammenstellen, die von weniger problematischen (fast schon anerkannten) Fällen bis zum vorliegenden Problemfall reicht. Die Sequenz sollte möglichst dicht sein, oder anders gesagt, die Unterschiede zwischen den einzelnen Fällen möglichst gering, so daß sie keine unterschiedlichen Entscheidungen zu rechtfertigen scheinen.

Aber auch wenn man eine bestimmte Entscheidung eines Problemfalls ablehnt, sollte man eine solche Sequenz zusammenstellen, die

⁵ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 17. Aufl. 1974, § 242 RN 4a: anders wieder Eser in späteren Auflagen.

nun in möglichst dichter Folge zu noch wesentlich problematischeren Fällen hinreicht: auf diese Weise läßt sich zeigen, wo es hinzuführen droht, wenn man auch nur den ersten Schritt tut.

Es handelt sich hierbei um etwas, was amerikanische Juristen den „slippery slope“ nennen⁶: man führt den Partner im Rechtsgespräch, den Gegner oder den Richter, zu einem schlüpfrigen Abhang, so daß er schließlich auch gegen seinen Willen in die gewünschte Richtung rutscht. Das Bild ist hübsch, aber doch nicht in jeder Hinsicht stimmig. Bemerkenswert ist nämlich, daß sich der Jurist hierbei nicht mit, sondern entgegen dem logischen Gefälle bewegt. (In der Folgerungsrichtung entscheiden ist zumeist trivial und selten erwähnenswert.) Juristen sind wie Lachse: sie schwimmen entgegen dem Fluß der Logik, und wenn man ihnen Treppen mit geeigneten kleinen Stufen baut, sind sie auch bereit, dabei ein beachtliches Gefälle zu überwinden.

Ein klares Problemgefälle besteht auch zwischen den Fallkonstellationen der *aberratio ictus* und des *error in persona*.⁷ *Error in persona*: man erschießt jemanden, weil man ihn mit einem anderen verwechselt hat. *Aberratio ictus*, schon erwähnt: man schießt daneben und trifft einen anderen. Es ist durchaus möglich, beim *error in persona* vollendete Tötung anzunehmen und bei der *aberratio ictus* lediglich Tötungsversuch – das ist sogar die herrschende Lehre. Es ist aber ausgeschlossen, in umgekehrter Weise zu entscheiden: bei *error in persona* nur Versuch anzunehmen und zugleich bei der *aberratio ictus* Vollendung. Von der Kategorie Vollendung her gesehen ist eben die *aberratio* wesentlich problematischer als der *error*, und von der Kategorie Versuch her ist der *error* wesentlich problematischer als die *aberratio*. Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, daß man durchaus in beiden Fällen Vollendung annehmen kann – das tut immerhin eine repräsentative Mindermeinung –, und es ist nicht ganz ausgeschlossen, in beiden Fällen Versuch anzunehmen – im 19. Jahrhundert wurde das vereinzelt vertreten. Nur die Entscheidungskombination der Vollendung beim *error* und des Versuchs bei der *aberra-*

⁶ Wie mir Thorne McCarty gesagt hat. Es hat gute Gründe, daß manche Rechtsinformatiker, außer McCarty und dem Verfasser etwa auch Fritjof Haft, ihr Interesse stärker auf den Rechtsfall als auf den Rechtssatz richten. Bis der Computer Sätze auszulegen vermag, wird noch viel Zeit vergehen: beim Fallvergleich dagegen kann der Computer heute schon von Nutzen sein.

⁷ Vgl. zum folgenden schon *Philipps*, Alternativen in der Multiple-Choice-Aufgabe und in der juristischen Entscheidungssituation, Hagen 1982, S. 7 ff.

tio ist unmöglich. Die Werteverteilung zwischen „möglich“ und „unmöglich“ entspricht also genau der der materialen Implikation in der Aussagenlogik.

5. Komplexe und weniger komplexe Fälle

Die nächstfolgende Frage nach dem Mehr oder Weniger der „Komplexität“ der Fallvarianten ist von der Frage nach der Problematik wohl zu unterscheiden, wenn sie auch mit ihr verknüpft ist. Es trifft oft zu, daß sich das Problemmuster eines Rechtsfalls in komplexeren Fallvarianten wiederholt, ohne das der Fall deshalb notwendigerweise „problematischer“ werden müßte. Aber er ist weniger leicht durchschaubar und deshalb weniger leicht entscheidbar. In solchen Fällen sollte man versuchen, auf die elementareren Konstellationen zurückzugehen, sie nach dem Grad ihrer Problematik zu vergleichen, und das Ergebnis auf die komplexeren Konstellationen zu übertragen.

Eine vielerörterte Erweiterung der error-in-persona-Konstellation ist der Fall *Rose-Rosahl*. *A fordert B auf, C zu erschießen. Im Dämmerlicht des Abends verwechselt B einen D mit C und tötet D.* B hat nach richtiger und heute allgemeiner Meinung ein vollendetes Tötungsdelikt begangen; denn er tötete den, den er vor sich sah und töten wollte. A hat B zu einer Tötung aufgefordert; deshalb liegt es einerseits nahe, ihn wegen vollendeter Anstiftung zu vollendeter Tötung zu bestrafen. So hat auch das preußische Obertribunal, dem der Fall vorlag, Mitte des vorigen Jahrhunderts entschieden. Andererseits stellt sich die Tat aus der Perspektive des Anstifters als eine aberratio ictus dar. Es wurde nicht der getötet, den A getötet haben wollte, sondern ein Anderer, und dies in Folge einer Fehlleistung des B. Wenn man bei einer aberratio ictus keine vollendete Tat, sondern nur Versuch annimmt (das tut wie schon oben einmal gesagt die herrschende Lehre), so scheint es nur konsequent, den A jetzt lediglich wegen versuchter Anstiftung zu bestrafen. Das ist tatsächlich die wohl heute herrschende Meinung zum Fall *Rose-Rosahl*. Es ist kein Wunder, daß es zu einem Problemfall, der derart zwischen zwei Fallkonstellationen liegt, auch zwei entsprechende Meinungen gibt.

Nach dem Prinzip des Fallvergleichs, dem unsere Datenbank dienen soll, ist jetzt freilich ein analoger Vergleichsfall auf der Ebene der aberratio-ictus-Konstellation zu bilden. Also: *B schießt tatsächlich*

auf C, verfehlt ihn aber und trifft statt dessen den D tödlich, der in der Nähe steht. Diese Konstellation wäre nach herrschender Meinung kein Problem: der A ist wegen vollendeter Anstiftung zur versuchten Tötung (d.h. zur im Versuch steckengebliebenen Tötung) zu bestrafen. Der A wäre also im Falle der aberratio ictus bei B aus einer stärkeren Kategorie zu bestrafen als im Fall des error in persona bei B (aus Anstiftung zum Versuch statt aus versuchter Anstiftung). Das kann aber unmöglich richtig sein, da die aberratio ictus – wie immer man bei ihr entscheidet – eine wesentlich schwächere Zurechnung bedeutet als der error in persona. Die elementaren Problemformen übertragen ihr Verhältnis in die komplexeren Formen – nur daß dies dort nicht mehr so leicht sichtbar ist, so daß es nützlich ist, bei den komplexeren Formen stets die Grundformen danebenzuhalten.

6. Fall und Umkehrfall

Die wohl wichtigste Zusammenstellung von Vergleichsfällen findet sich in der Rubrik „Umkehrfall“. Hier wird die Frage nach der Gerechtigkeit unmittelbar angesprochen. Unsere Datenbank enthält verschiedene Beispiele für Fallpaare, die zueinander in einem spiegelbildlichen Verhältnis stehen, u.a. dieses: *Ein Freier bezahlt die Leistung einer Prostituierten mit Falschgeld.* und: *Eine Prostituierte spiegelt Bereitschaft vor; aber nachdem der Freier gezahlt hat, verweigert sie sich ihm.* Die Personen „Freier“ bzw. „Prostitutierte“ als Täter bzw. Opfer eines möglichen Betrages werden also in den Beispielen ausgetauscht. In einem vergleichbaren Austauschverhältnis standen in anderen Beispielen, die wir bereits erwähnt hatten, der Verstorbene bzw. noch Lebende als Opfer eines Beleidigungsdelikts und der entsprechende Vorstellungsinhalt des Täters. Und noch allgemeiner: der Vorstellungsinhalt des Täters bezüglich eines Rechtfertigungsgrundes, der vorhanden ist – oder bei der Putativrechtfertigung eben nicht.

Was unser Beispiel anlangt, so nimmt die Rechtsprechung im Falle der täuschenden Prostituierten selbstverständlich Betrug an, im Falle des täuschenden Freiers dagegen keinen Betrug.⁸ Die Begründung hierfür ist, daß dem Geschlechtsverkehr „kein vom Recht anzuerkennender Vermögenswert“ zukomme. Ist diese Begründung schon

⁸ Die Entscheidung BGHSt 4, 373 bestimmt nach wie vor die Praxis.

in sich zweifelhaft – das Steuerrecht hat keine Bedenken, den Vermögenswert anzuerkennen –, so zeigt die Zusammenstellung mit dem Umkehrfall, daß wir wiederum in einen Wertungswiderspruch geraten sind. Denn wenn dem Geschlechtsverkehr kein anzuerkennender Vermögenswert zukommt, so nimmt der Freier, der trotzdem Geld dafür ausgibt, eine bewußte Selbstschädigung vor, und wer sich bewußt selber schädigt, ist anerkanntermaßen nicht betrogen. Entweder sollte man in jedem der beiden Fälle Betrug annehmen oder aber in keinem.

Ein anderes Beispielpaar aus der Datenbank: *Jemand verunglückt auf der schadhafte Rolltreppe eines Kaufhauses. Er hatte Hausverbot wegen eines Ladendiebstahls. Und: Ein Einbrecher löst eine unvorhersehbare Gasexplosion aus und tötet dadurch einen Hausbewohner.* Der erste Beispielfall wird zur Zeit unter Zivilrechtlern diskutiert.⁹ Viele nehmen an, daß die Schadhaftheit der Rolltreppe dem im Kaufhaus Verantwortlichen dann nicht zugerechnet werden kann (fahrlässige Körperverletzung), wenn das Opfer sich deliktisch, hier durch einen Hausfriedensbruch, in die Gefahr begeben hat. Indessen – darauf macht die zweite Hälfte des Beispiels aufmerksam – kennt unser Strafrecht längst nicht mehr das Prinzip des *versari in re illicita*, wonach man auch für die schuldlosen Tatfolgen eines Delikts haftet. Das sollte jedoch nicht nur für die Verletzung fremder Interessen gelten, sondern auch bei der Verletzung eigener Interessen, wenn der Gedanke der autonomen Selbstgefährdung oder sonstigen Selbstaufgabe ins Spiel kommt. (Im übrigen besteht keinerlei Sachzusammenhang zwischen dem Hausverbot aufgrund von Diebstählen und den Normen der Körperverletzung – dieser Hinweis auf die fehlende Konnexität wäre in die Rubrik „Topos“ einzutragen.)

Der Vergleich mit dem Umkehrfall spricht deshalb die Frage der Gerechtigkeit an, weil er ein Test auf das Vorhandensein oder Fehlen eines Interessengleichgewichts ist. Sind die Interessen in ausgewogener Weise berücksichtigt, so müssen die Entscheidungen ungeachtet der Vertauschung gleichartig sein. Bei der Vertauschung von Fremd- und Eigeninteresse, wie in dem Kaufhausbeispiel, drückt sich dies unmittelbar aus. Bei der Vertauschung von sozialen Rollen oder Situationen, die miteinander verknüpft sind – wie hier die von Prostituerter und Freier – wird dies am anschaulichsten deutlich. Aber

⁹ Mein Fakultätskollege Herrmann Nehlsen hat mir freundlicherweise ein unveröffentlichtes Manuskript dazu zur Verfügung gestellt.

auch bei der versuchsweisen Vertauschung von Vorstellungsbild und Wirklichkeit wird das Interessengleichgewicht angesprochen. Der eine will etwas Bestimmtes erklären und bewirken – dem anderen tritt möglicherweise etwas ganz anderes als Erklärung oder Wirkung entgegen.

Ich selber benutze die Technik der Umkehrfälle systematisch in meinen Lehrveranstaltungen und rege auch die Studenten immer wieder dazu an, solche Vergleichsfälle zu bilden und auszutesten, – ich habe durchaus den Eindruck: mit Erfolg.

Es sei noch bemerkt, daß solche Vertauschungen unter der Bezeichnung „Permutationen“ in der strukturalistischen Linguistik, Ästhetik und Philosophie eine zentrale Rolle spielen.¹⁰ Zu der Analyse des Musil-Textes, die ich zu Anfang angedeutet habe, ließen sich eine ganze Reihe von Vorbildern anführen.

7. Sonstige Vergleichsfälle

Die letzte Rubrik „sonstige Vergleichsfälle“ deutet etwaige Möglichkeiten neuartiger Generalisierungen an und ermöglicht Verknüpfungen zwischen Fällen, die auf den ersten Blick nichts gemein zu haben scheinen. Erwähnt sei hier der Bezug zwischen so verschiedenen Fällen wie: *Jemand verunglimpft einen anderen, ohne zu wissen, daß dieser bereits gestorben ist.* Und: *Jemand beschädigt eine Leiche.* Der gemeinsame Bezugspunkt wäre, daß auch dem Gestorbenen ein Nachklang von Ehre und Persönlichkeit zueigen ist. Dies ermöglicht im einen Falle die Zurechnung unter dem Gesichtspunkt der Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener – im anderen Falle wird die Sachbeschädigung schon auf der Ebene des Tatbestandsmerkmals „Sache“ und nicht erst „Fremdheit“ ausgeschlossen.

Solche weitreichenden Verknüpfungen sind freilich, wie dies Beispiel zeigt, nur durch die Bindungswirkung eines juristischen Topos möglich. Hier kommt die letzte Aufteilung in unserer Datenbank ins Spiel: „betonter Topos“ – „zurücktretender Topos“. Die dichotomische Aufteilung ist auch hier sachgerecht, weil für juristische Prinzipien typisch ist, daß sie „Gegenspieler“ haben (Dworkin), die manchmal stärker sind und manchmal schwächer. Dem Satz „pacta sunt servanda“ etwa steht die „clausula rebus sic stantibus“ gegenüber, wo-

¹⁰ Vgl. Manfred Titzmann, *Strukturelle Textanalyse*, München 1977, S. 104 ff.

nach ein Vertrag sinnlos sein kann, wenn sich die Umstände wesentlich geändert haben. Der Gleichheitssatz wird dadurch modifiziert, daß in begründeten Fällen eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist. Zuweilen kommen ganze Sequenzen von Regeln, Ausnahmen und Gegenausnahmen vor: Dem allgemeinen Tötungsverbot steht das Recht auf Selbstbehauptung gegenüber dem Unrecht (Notwehr) gegenüber; das Notwehrrecht gilt freilich in Fällen als eingeschränkt, wo der Verteidiger die Notwehrsituation provoziert hat; aber auch diese Einschränkung verliert nach einiger Zeit ihre Wirkung, so daß der Verteidiger wieder in sein volles Notwehrrecht eingesetzt ist.¹¹

Soviel zur Struktur der topischen Datenbank. Wie sollte diese Struktur nun auf dem Bildschirm realisiert werden? Entscheidend ist auch hier der Gedanke, daß es nicht sinnvoll ist, nach dem genau passenden Präjudiz zu suchen. Vielmehr kommt es darauf an, eine ganze Reihe von Entscheidungen sichtbar zu machen, und zwar in ihrem Zusammenhang sichtbar zu machen. Der Fall, den man zu beurteilen hat, wird irgendwo in dieser Reihe, zwischen zwei Entscheidungen, seinen Ort haben (zu interpolieren sein) oder man wird eine vorgefundene Entscheidungssequenz zu dem neuen Fall weiterführen (extrapolieren) können. Das erfordert freilich, daß der einzelne Problemfall, seine Lösung, die Gruppen ihrer Verfechter und ihrer Gegner, die Argumente dafür und dagegen sehr viel knapper dargestellt werden müssen, als es bei einem Einzelfall, der gesucht und gefunden wird, möglich ist.

8. Ausblick auf ein neues Medium

Eine optimale Visualisierung der Vergleichsmöglichkeiten wird dabei erst dann erreicht, wenn man die Darstellung dynamisieren kann. Man muß die Möglichkeit haben, die Eintragungen ohne Mühe in andersartiger Weise zu rearrangieren, um vielleicht noch unentdeckte Zusammenhänge aufspüren zu können.

Wir experimentieren dazu mit verschiedenen Verfahren, z.B. mit „Fenstern“ im Bildschirm, die gegeneinander verschoben werden können und die man vergrößern und verkleinern kann.

Bei diesen Andeutungen geht es mir freilich nicht um Technik, sondern um die Einsicht, daß die Datenbank im Computer ein we-

¹¹ Vgl. BGHSt 26, 256.

sentlich anderes Medium als das Buch ist. Sie ist gegenüber dem Buch weder eine Verbesserung noch eine Barbarisierung, – so wie die Fotografie verglichen mit der Malerei weder besser noch schlechter ist. Die Datenbank ist auch nicht etwa ein bloßes Hilfsmittel zur Erschließung von Literatur – dieses Mißverständnis hat, wie ich schon zu Anfang bemerkt habe, allzu nachhaltig die Form der juristischen Datenbanken bestimmt. Die Datenbank im Computer ist vielmehr ein neuartiges Medium mit eigenen Gesetzen, die wir erst allmählich zu entdecken beginnen. Der langsam und tief bohrende Gedanke wird sicherlich besser im Buch aufgehoben sein; für die rasche und kühne Assoziation ist aber der Computer das bessere Medium.