

### Zur Entwicklung der französischen Straftatlehre – Bemerkungen aus deutscher Sicht

Von RiLG Prof. Dr. **Kai Ambos**, Georg-August-Universität, Göttingen\*

#### 1. Simplifizierung und Unordnung

Mustert man die aktuellen französischen Lehrbücher zum Allgemeinen Teil<sup>1</sup> durch, so sieht man recht schnell die Aussage, dass „un grand désordre“ herrsche<sup>2</sup>, bestätigt, denn man stößt auf zahlreiche unterschiedliche Konzepte der Straftat und strafrechtlicher Verantwortlichkeit überhaupt, die einer Systematisierung nur schwer zugänglich sind. Während *Vogel* 1998 noch konstatierte<sup>3</sup>, dass die klassische Dreielementenlehre, ggf. ergänzt um

\* Erweiterte und mit Fußnoten versehene Fassung eines Vortrags, den ich auf der „Ersten deutsch-französischen Strafrechtstagung“ (*Premières rencontres du droit pénal franco-allemand de l'Est de la France*), Université Paul Verlaine, Metz, am 29.6.2007 gehalten habe. Ich danke meinem Mitarbeiter *Klaus Alten* für wichtige Vorarbeiten und Herrn Dr. *Julien Walther*, Universität Metz, für wertvolle Hinweise.

1 *Conte/Maître du Chambon*, Droit pénal général, 6<sup>e</sup> édition, Paris 2002; *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal général, 10<sup>e</sup> édition, Paris 2003; *Larguier*, Droit pénal général, 20<sup>e</sup> édition, Paris 2005; *Mayaud*, Droit pénal général, Paris 2004; *Merle/Vitu*, Traité de droit criminel, Tome I, 7<sup>e</sup> édition, Paris 1997; *Pin*, Droit pénal général, Paris 2005; *Praedel*, Manuel de droit pénal général, 15<sup>e</sup> édition, Paris 2004; *Rassat*, Droit pénal général, 2<sup>e</sup> édition, Paris 1999; *Renout*, Droit pénal général, 10<sup>e</sup> édition, Orléans 2005; *Robert*, Droit pénal général, 6<sup>e</sup> édition, Paris 2005; *Soyer*, Droit pénal et procédure pénale, 18<sup>e</sup> édition, Paris 2004; *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général, 19<sup>e</sup> édition, Paris 2005.

2 *Rassat* (Anm. 1), Rn. 198, S. 273; vgl. auch *Ottenhof*, Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal, Archives de Politique Criminelle (APC) 2000, 71, 76, der sagt, dass die Lehre „verlegen“ („embarrassée“) sei, weil sie vergeblich versuche, Ordnung in die konfuse Gesetzgebung und Rechtsprechung zu bringen. Schon früher konstatierte *Jescheck*, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, ZStW 98 (1986), S. 1, 8, dass die „größeren Zusammenhänge“ nicht hervortreten. Auch *Pfefferkorn*, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit im französischen und deutschen Recht, 2006, S. 28, kritisiert, dass „alles andere als Klarheit“ herrsche und die „systematische und terminologische Vielfalt“ beachtlich sei. Krit. auch *J. Walther*, L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand (contribution à une théorie générale de l'illicéité), 2003, S. 123 ff.

3 *Vogel*, Elemente der Straftat: Bemerkungen zur französischen Straftatlehre und zur Straftatlehre des common law, GA 1998, 127, 129.

ein Unrechtselement (*élément injuste*) herrschend sei, lassen sich mit Blick auf den gegenwärtigen Stand der französischen Lehre folgende Ansichten ausmachen:

- klassische Dreielementenlehre der Straftat: *élément légal, matériel* und *moral/psychologique/intellectuel*<sup>4</sup>;
- Dreielementenlehre mit zusätzlichem eigenständigen *élément injuste*, eigentlich also Vierelementenlehre<sup>5</sup>;
- Dreielementenlehre mit zusätzlichem eigenständigen *élément injuste*, aber ohne Legalelement, das als außerhalb der Straftat stehende Vorbedingung der Strafbarkeit (*préalable légal*) verstanden wird<sup>6</sup>;
- Zweielementenlehre (materielles und psychologisches Element) mit Charakterisierung des Legalelements als, wie gerade, *préalable légal*<sup>7</sup>;
- Objektivistische Zweielementenlehre (Legalelement und materielles Element)<sup>8</sup>, die die eigentliche Straftat rein objektiv im Sinne der äußeren (materiellen) Tat oder Handlung<sup>9</sup> versteht und die gesamte subjektive Tatseite einer Kategorie der *culpabilité* zuschlägt;
- Objektivistische Einelementenlehre<sup>10</sup>, die nur objektive Merkmale – als eigentliche konstituierende (*propres constitutifs*) – der Straftat anerkennt, das Legalelement als *préalable légal* und die subjektive Tatseite als einer Täterkategorie (*théorie du délinquant*)<sup>11</sup> oder Zurechnungskategorie (*imputabilité*)<sup>12</sup> zugehörig versteht;
- Objektivistisch-subjektivistisch (gemischte) Zweielementenlehre<sup>13</sup>, die zwar neben dem materiellen Element auch das moralische Element als

<sup>4</sup> *Renout* (Anm. 1), und *Soyer* (Anm. 1), Nr. 61, S. 44.

<sup>5</sup> *Larguier* (Anm. 1); für weitere Nachweise s. *Walthier* (Anm. 2), S. 158.

<sup>6</sup> *Rassat* (Anm. 1), Rn. 198, S. 276; *Pin* (Anm. 1), Rn. 135, S. 97, der dabei „materielles“ und „moralisches“ Element unter den Tatbestand (*fait typique*) subsumiert und auf Unrechtsebene von einem „fait illicite“ spricht.

<sup>7</sup> *Desportes/Le Gunebec* (Anm. 1), Nr. 430, S. 377; *Conte/Maistre du Chambon* (Anm. 1), Nr. 219, S. 129; *Mayaud* (Anm. 1), Rn. 13, S. 21, Rn. 150, S. 129.

<sup>8</sup> *Merle/Vitu* (Anm. 1), Nr. 383, S. 504 f.

<sup>9</sup> *Stefani/Levasseur/Bouloc* (Anm. 1), Rn. 211, S. 205: „un fait ou un acte“; *Desportes/Le Gunebec* (Anm. 1), Nr. 431, S. 379: „manifestation extérieure“.

<sup>10</sup> *Pradel* (Anm. 1), Nr. 294, 268; *Robert* (Anm. 1), S. 203.

<sup>11</sup> So *Pradel* (Anm. 1), Nr. 294, S. 268 f., Nr. 500 ff., S. 444 ff.

<sup>12</sup> So *Robert* (Anm. 1), S. 316 ff.; zur historischen Entwicklung *ders.*, *Histoire des éléments de l'infraction*, *Revue de science criminelle et droit pénal comparé* (RSC) 1977, 280.

<sup>13</sup> *Stefani/Levasseur/Bouloc* (Anm. 1), Rn. 210, S. 204; zur historischen Entwicklung dieser auf *Cuche*, *Précis de droit criminel*, 1. Aufl. Paris 1925, zurückgehenden Lehre *Robert* (Anm. 12), 280 f.

Bestandteil der Straftat anerkennt, die i.e.S. täterbezogenen Eigenschaften (z. B. Zwang, Demenz) aber einer eigenständigen Täterkategorie zuordnet.

Als tragender Begriff der französischen Verbrechenslehre erweist sich damit der des *élément*, und in der Tat kann dieser Begriff auf eine lange, schon Ende des 18. Jh. beginnende Geschichte zurückblicken<sup>14</sup>, in deren Verlauf sich die heute zu findenden Ansichten herausgebildet haben und auf die sie sich auch ohne Weiteres zurückführen lassen. Man wird sogar sagen können, dass die von Robert konstatierte geringe *densité théorique* der damaligen Elementenlehren<sup>15</sup> bis heute anhält, wenn man einmal von dem Streit um die richtige Verortung und vor allem das richtige Verständnis des Legalelements (dazu näher unten 2.) sowie die – allerdings schon auf René Garraud<sup>16</sup> zurückgehende – Anerkennung eines Unrechtselements (dazu unten 4.) absieht. Jedenfalls suchte man bis zu der grundlegenden Monografie des libanesischstämmigen (!) Adrien-Charles Dana zur *notion d'infraction pénale* im Jahr 1982 – was hat man über 100 Jahre vorher schon alles Tiefgründige im deutschsprachigen Bereich publiziert! – eine gründliche Gesamtstudie des Straftatbegriffs vergeblich<sup>17</sup>. Dabei will Dana selbst aber die Elementenlehre durch einen – hier sog. – dualistischen Straftatbegriff ersetzen: Die Straftat stelle sich zum einen als „action humaine imputable“, also einem Menschen zurechenbare Handlung dar<sup>18</sup>, die zum anderen über ihre gesellschaftliche Relevanz, ihre Verbindung mit der Gesellschaft, den Schuldvorwurf hervorbringe und damit zur „action humaine coupable“ werde<sup>19</sup>. De-

<sup>14</sup> Robert (Anm. 12), 270 ff. weist nach, wie die französische Lehre schon Ende des 18. Jh. die äußere Handlung bzw. Tat („le fait“) zur Ergänzung der nicht alleine strafwürdigen bösen Gesinnung (*intention mauvaise*) gefordert hat und wie die CPs von 1808 und 1810 das objektive „élément matériel“ und das subjektive „élément moral“ anerkannt haben.

<sup>15</sup> Robert (Anm. 12), 272.

<sup>16</sup> Précis de droit criminel, 1. Aufl. Paris 1881, Rn. 238–250; dazu Robert (Anm. 12), 277.

<sup>17</sup> So Dana, Essai sur la notion d'infraction pénale, Paris 1982, S. 2. Nach Decocq, Introduction, in: Dana, ebd., S. XII, hat Dana die gesamte französische Literatur gelesen. Die neuere französischsprachige Literatur zum Unrechtsbegriff kommt eher aus der Schweiz oder aus Belgien, vgl. Graven/Sträuli, L'infraction pénale punissable, 2. Aufl. Bern 1995, und Tulkens/van der Kerchove, Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques, 6. Aufl. Brüssel 2003.

<sup>18</sup> Dana (Anm. 17), S. 18, 515. Dabei soll die *imputabilité* Bestandteil der Straftat sein (ebd., S. 35 ff., 274). Ebenso schon Daskalakis, Réflexions sur la responsabilité pénale, Paris 1975, S. 16.

<sup>19</sup> Dana (Anm. 17), S. 19: „rattachement ... à la société doit dégager la culpabilité ...“, „du côté de la société“ als „action humaine coupable“ (ähnlich S. 276, 515).

*cocq* versteht in seiner Einführung zu dem selben Werk die „intention“ als „volonté dirigée“ ... „contre une valeur sociale“ und die Straftat als „volonté en action contre la norme“, weshalb die Elemente aufgegeben werden könnten<sup>20</sup>.

Vor diesem Hintergrund ist es wenig verwunderlich, dass *Merle/Vitu* eine generelle Insensibilität bezüglich der philosophisch orientierten deutschen Schule konstatieren<sup>21</sup>, wobei *Garçon* schon Anfang des 20. Jh. lakonisch urteilte, dass „die deutschen Konzepte nichts Nützliches zur französischen Lehre beitragen können“<sup>22</sup> und es für *Ottenhof* sogar der französischen Tradition entspricht, „jegliche metaphysische und philosophische Diskussion beiseite zu lassen“<sup>23</sup>. Auch *Dana* lehnt in seiner genannten Studie den deutschen Ansatz als zu abstrakt, ohne praktische Konsequenzen, unklar und unzugänglich ab, ohne freilich auch nur einen deutschen Autor zu zitieren oder sich etwa zu vergewissern, ob die deutsche Lehre sich überhaupt und/oder noch in rein abstrakten Erwägungen erschöpft<sup>24</sup>. Jüngere Autoren wie *Pin* scheinen diese antideutschen Tendenzen zwar überwunden zu haben – er nimmt immerhin terminologisch (*le fait typique*,<sup>25</sup> *le fait illicite*<sup>26</sup>, *imputation*<sup>27</sup>, *subsomption*<sup>28</sup>) die deutsche Lehre von Tatbestands-

<sup>20</sup> *Decocq* (Anm. 17), S. XIII.

<sup>21</sup> *Merle/Vitu* (Anm. 1), Nr. 379, S. 499: „dans l'ensemble demeurés assez insensibles“.

<sup>22</sup> Préface zu *v. Liszt*, *Traité du droit pénal allemand*, 17. Aufl. Paris 1911, S. XI: „... ces concepts germaniques ne pouvaient rien apporter d'utile à la doctrine française“, (zit. nach *Merle/Vitu* (Anm. 1), Nr. 379, S. 499 Fn. 3).

<sup>23</sup> *Ottenhof* (Anm. 2), 72.

<sup>24</sup> *Dana* (Anm. 17), S. 8 f. Im Übrigen ist sein Verweis auf den bekannten spanisch-argentinischen Strafrechtler *Jiménez de Asúa* etwas widersprüchlich, denn dieser hat die deutsche Lehre in Spanien und Lateinamerika verbreitet. Für *Bacigalupo* (in Cuadernos „Luis Jiménez de Asúa“, Band 23, Madrid 2005, S. XXXV) beginnt eine spanische Strafrechtsdogmatik sogar erst mit der „Teoría jurídica del delito“ von *Jiménez de Asúa*, existiert also erst seit 1931. Zum Einfluss der deutschen Lehre im kontinental-europäischen (*civil law*) Rechtskreis vgl. *Ambos*, 100 Jahre Belings „Lehre vom Verbrechen“: Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene?, ZIS 2006, 464, 467 ff., [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com).

<sup>25</sup> *Pin* (Anm. 1), Rn. 136 ff., S. 98 ff.

<sup>26</sup> *Pin* (Anm. 1), Rn. 193 ff., S. 145 ff.

<sup>27</sup> *Pin* (Anm. 1), Rn. 237 ff., S. 181 ff., wobei er insoweit allerdings zwischen Voraussetzungen der Zurechnung (Zurechnungsfähigkeit, Unrechtseinsichtsfähigkeit) und Beteiligung unterscheidet, also nicht die Zurechnung im objektiven Sinne meint; vgl. auch *Robert* (Anm. 1), S. 189: „... démonstration que, matériellement et psychologiquement, le comportement reproché à l'accusé est bien le sien: cette démonstration ... aboutit à l'imputation.“ Zum Begriff der *imputabilité* als „mettre sur le compte de quelqu'un“ *Daskalakis* (Anm. 18), S. 13.

<sup>28</sup> *Pin* (Anm. 1), Rn. 135 und passim. Für eine Subsumtion auch *Robert* (Anm. 1), S. 189,

mäßigkeit, Rechtswidrigkeit und (objektiver) Zurechnung sowie die Subsumtionstechnik in seiner Straftatlehre auf –, doch repräsentieren *Merle/Vitu* wohl noch immer die herrschende Meinung, wenn sie sagen, dass die französische Lehre eine einfachere und klarere Analyse anbiete<sup>29</sup>. Ferner weisen diese Autoren darauf hin, dass die französische Straftatlehre der deutschen insoweit strukturell vergleichbar sei, als sie wie diese von der Tat zum Täter und von den objektiven zu den subjektiven Voraussetzungen der Verantwortlichkeit „wandere“<sup>30</sup>. Tatsächlich zeigt die geschichtliche Entwicklung der Elementenlehre, jedenfalls wie sie uns von *Robert* vorgeführt wird<sup>31</sup>, dass es eine gewisse Parallele zwischen der Orientierung an der Tat und der Betonung des materiellen Elements einerseits und der Orientierung am Täter und der Betonung des moralischen Elements andererseits gab. Doch werden damit die fundamentalen Unterschiede zwischen der französischen und deutschen Lehre nicht aufgehoben. Die beschriebene Distanz der französischen Lehre zur Strafrechtstheorie bzw. -philosophie, ja zu jeglichen vorrechtlichen Überlegungen, hat eine positivistische Orientierung am (*Nouveau*) *Code Pénal*<sup>32</sup> zur Folge (s. Art. 111-3)<sup>33</sup>, die an den italienischen *tecnicismo giuridico*<sup>34</sup> erinnert und einen fundamentalen Unterschied zur deutschen Lehre markiert<sup>35</sup>. Daneben erscheint die klassisch-kausalis-

wenn er schreibt: „le comportement matériel ... doit coïncider avec la description qu'en donne le texte d'incrimination.“

<sup>29</sup> Vgl. auch *T. Walter*, *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, 1999, S. V (Vorwort).

<sup>30</sup> *Merle/Vitu* (Anm. 1), Nr. 379, S. 500: „... elle remonte elle aussi de l'acte au délinquant, des conditions objectives de la responsabilité aux conditions subjectives“.

<sup>31</sup> *Robert* (Anm. 12, Histoire), 273 ff.

<sup>32</sup> Siehe dazu auch *Vogel* (Anm. 3), 127, 129 f.; zur Entstehungsgeschichte und Überblick zum Allgemeinen Teil *Zieschang*, *Der Allgemeine Teil des neuen französischen Strafgesetzbuchs*, *ZStW* 106 (1994), S. 647 ff.

<sup>33</sup> Art. 111-3 lautet: „Nul ne peut être puni pour un crime ou un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi“. Siehe auch Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 15 octobre 1991, *Droit pénal* 1992, n° 163, wo auf „éléments constitutifs“ Bezug genommen wird.

<sup>34</sup> Grundlegend *Rocco*, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, vol. 1 parte prima (1910), 497 ff., 561 ff. (505: „tenersi fermi, religiosamente e scrupolosamente attaccati allo studio del diritto“; 515 f.: „studio esclusivo del *diritto penale* e, conformemente ai suoi *mezzi*, dell' unico diritto penale che esista come dato dell'esperienza, cioè il diritto penale *positivo*“; 518: „necessariamente uno *studio tecnico giuridico*, perchè altri *mezzi* non si hanno, nella conoscenza scientifica del diritto, se non quelli forniti dalla *tecnica giuridica* ...“; 521: „l'elaborazione tecnico-giuridica del diritto penale positivo e vigente ...“).

<sup>35</sup> Ähnlich schon *Vogel* (Anm. 3), 129, der die französische Lehre als rechtspositivistisch, rechtsprinzipiell und pragmatisch ansieht. Schon früher sprach *Jescheck* (Anm. 2), S. 4,

tische – also vorfinalistische – Straftatkonzeption nur die Folge des positivistisch-pragmatischen Ansatzes und weniger rechtsprinzipiell oder -theoretisch begründet<sup>36</sup>.

## 2. Bedeutung und systematische Stellung des Legalelements

Der überwiegende Teil zumindest der neueren Literatur zählt das *élément légal* nicht mehr zur Straftat<sup>37</sup>. Meistens wird es unter dem Begriff des Strafgesetzes vor der *infraction* behandelt. Das Strafgesetz selbst definiere die Straftat, es könne also nicht zugleich deren Bestandteil, sondern nur eine „condition essentielle“ der Straftat sein<sup>38</sup>. Am prägnantesten klingt dies bei *Doucet*: „(...) La loi ne peut être en même temps source et élément constitutif de l'infraction. Le contenant est nécessairement distinct du contenu.“<sup>39</sup> Andere sprechen von einer „condition préalable“<sup>40</sup> oder einem „préalable légal“<sup>41</sup>. Dabei handelt es sich um eine positivistische Vorbedingung oder Voraussetzung der Strafbarkeit ganz im Sinne des formellen Gesetzlichkeitsprinzips<sup>42</sup>. Auch die Unterscheidung der Straftat als abstrakte gesetzliche Beschreibung (*description abstraite, infraction-description*) und konkrete Tat (*acte réel, infraction-action*)<sup>43</sup> ändert nichts an dem Befund, dass das Legalelement kein Bestandteil der Straftat, auch nicht der „infraction-description“

von einer „mehr begriffliche[n] [deutschen] und eine[r] mehr praxis-bezogenen[e] [französischen] Methode“.

<sup>36</sup> Vgl. insoweit schon zur Einordnung der französischen Straftatlehre aus rechtsvergleichender Sicht *Ambos* (Anm. 24), 464, 468.

<sup>37</sup> *Desportes/Le Gunehec* (Anm. 1), Nr. 430, S. 377; *Stefani/Levasseur/Bouloc* (Anm. 1), Rn. 210, S. 204; *Mayaud* (Anm. 1), Rn. 13, S. 21; *Pin* (Anm. 1), Rn. 135, S. 97; *Rassat* (Anm. 1), Rn. 198, S. 276; *Pradel* (Anm. 1), Nr. 294, S. 268; *Robert* (Anm. 1), S. 189; *Conte/Maistre du Chambon* (Anm. 1), Nr. 219, S. 129. Vgl. auch *Walther* (Anm. 2), S. 165 f., 447.

<sup>38</sup> So *Decocq*, *Droit pénal général*, Paris 1971, S. 61: „Elle [l'appellation d'élément légal] implique ... que la loi est partie de l'infraction, proposition inadmissible, car une norme ne peut s'intégrer à un fait, au surplus illicite. Au vrai, le texte de la loi est une condition essentielle, non un élément, de l'infraction ...“; ebenso *Dana* (Anm. 17), S. 14.

<sup>39</sup> *Doucet*, *Précis de Droit pénal général*, Liège 1976, S. 51.

<sup>40</sup> Vgl. etwa *Pradel* (Anm. 1), Nr. 294, S. 268.

<sup>41</sup> Vgl. etwa *Pin* (Anm. 1), Rn. 135, S. 97.

<sup>42</sup> Das hat schon *Vouin*, *Manuel de droit criminel*, Paris 1949, S. 231, anerkannt, wenn er schreibt: „On peut exclure l'élément légal parce que la loi pénale se présente exactement comme un agent de répression. La dire élément constitutif n'est qu'une manière de parler... en vue de rappeler le principe de la légalité des infractions.“ (zitiert nach *Robert* (Anm. 12), 276 mit Fn. 38, Herv. d. Verf.).

<sup>43</sup> Vgl. *Robert* (Anm. 12), 276 f.

sein kann, denn es ist selbst die abstrakte gesetzliche Beschreibung und damit eben Vorbedingung der Straftat. Damit stimmen sogar Vertreter der klassischen Dreielementenlehre überein, wenn sie das Legalelement als „texte incriminateur“ und notwendige Vorbedingung der Strafbarkeit (und zugleich Bestandteil der Straftat) verstehen<sup>44</sup>. Ebenso ist für *Desportes/Le Gunehec* das Legalelement nichts anderes als das anwendbare Strafgesetz, es gehöre aber nicht zur Straftat, sondern sei nur deren Vorbedingung<sup>45</sup>.

Die in diesem Zusammenhang übliche Unterscheidung zwischen Vorbedingungen (*conditions préalables*) und konstituierenden Merkmalen (*éléments proprements constitutifs*) der Straftat<sup>46</sup> geht auf die von *Decocq* eingeführte Unterscheidung zwischen „condition“ und „élément“ zurück<sup>47</sup>. Als Beispiel wird u. a. der Totschlag (*l'homicide*, Art. 222-1), der einen lebenden Menschen voraussetze<sup>48</sup>, genannt; ferner die Untreue (*abuse de confiance*, Art. 314-1), bei der die Übergabe der Sache an den späteren Täter bzw. der zugrundeliegende zivilrechtliche Vertrag eine Vorbedingung der späteren Unterschlagung und damit der Tatbestandsmäßigkeit im eigentlichen Sinne sei<sup>49</sup>. In der Sache ebenso wollen *Desportes/Le Gunehec* zwischen Vorbedingungen der Strafbarkeit (*éléments préalables*) und den das Verbot konstituierenden Merkmalen (*éléments matériels*) unterscheiden, wobei sie als Vorbedingung des Untreuetatbestands den zivilrechtlichen Vertrag zur Übergabe der Sache sehen<sup>50</sup>. Im Übrigen weisen sie darauf hin, dass die Vorbedingungen der Strafbarkeit und die eigentlichen Merkmale des Verbots unabhängig voneinander existieren<sup>51</sup>. Aus deutscher Sicht erscheint diese ganze Unterscheidung eher verwirrend, denn was hier als Vorbedingungen charakterisiert wird, sind explizite oder implizite Tatbestandsmerkmale. So setzt die Untreue (Art. 314-1) schon tatbestandlich die Übergabe der Sache voraus (*lui ont été remis ...*) und in der Formulierung „acceptés à charge de les rendre ...“ kommt eine zivilrechtliche Verpflichtung zum Ausdruck. Das Legalelement ist demgegenüber nichts anderes als das Gesetzlichkeitsprin-

<sup>44</sup> *Soyer* (Anm. 1), Nr. 61 f., S. 44 f.

<sup>45</sup> *Desportes/Le Gunehec* (Anm. 1), Nr. 430 S. 377: „la règle pénale préalable est régulièrement applicable aux faits considérés, autrement dit l'existence d'une incrimination.“ (Herv. im Original). Ähnlich *Pin* (Anm. 1), Rn. 135, S. 97.

<sup>46</sup> *Pradel* (Anm. 1), Nr. 294, S. 267; *Pin* (Anm. 1), Rn. 137 f., S. 98 f.

<sup>47</sup> *Decocq* (Anm. 38), S. 88.

<sup>48</sup> *Pin* (Anm. 1), Rn. 137, S. 98 f.

<sup>49</sup> *Pradel* (Anm. 1), Nr. 294, S. 267; *Pin* (Anm. 1), Rn. 137, S. 98.

<sup>50</sup> *Desportes/Le Gunehec* (Anm. 1), Nr. 433 S. 380.

<sup>51</sup> *Desportes/Le Gunehec* (Anm. 1), Nr. 433 S. 380.

zip und gehört als solches nicht zur Straftat, sondern stellt eine Voraussetzung der Strafbarkeit dar. Die Diskussion um das Legalelement geht also nicht nur um dessen systematische Stellung, sondern auch um seine genaue Bedeutung, und viel der Verwirrung ist darauf zurückzuführen, dass diese Bedeutung häufig nicht klar ist oder zumindest nicht klar gemacht wird.

Von mancher Seite wird auch behauptet, dass sich die klassische Ansicht mit der Zuordnung des Legalelements zur Straftat nicht mit den Einteilungen des *Nouveau Code Pénal* in Einklang bringen ließen, weil dieses sich gar nicht zur „Straftat“ (*l'infraction*) äußert, sondern allein zwischen dem Strafgesetz (*loi pénale*) und der strafrechtlichen Verantwortung (*responsabilité pénale*) unterscheidet<sup>52</sup>. Das ist aber eine allzu positivistische Ansicht, die die Lehre nicht der Klärung des Straftatbegriffs enthebt, ändert doch die Begriffswahl des Gesetzgebers nichts an dem Sachproblem der Bestimmung der Bedingungen bzw. Bestandteile der Straftat.

### 3. Objektives (materielles) vs. subjektives (moralisches) Element

Das *élément matériel* beschreibt die äußere (materielle) Tat oder Handlung<sup>53</sup> i. S. d. angloamerikanischen *actus reus*<sup>54</sup>. Es ist damit einerseits Ausdruck eines konsequenten Tatstrafrechts, dass die Bestrafung bloßer Gesinnungen verbietet, es kann aber andererseits zu einer rein objektiven Haftung durch die vollständige „Materialisierung“ der Delikte (*délits matériels*) führen und in der Tat hat erst Art. 121-3 CP dem einen Riegel vorgeschoben<sup>55</sup>.

Was das moralische Element angeht, so ist der Begriff zunächst irreführend und zwar nicht, weil, wie *Desportes/Le Gunehec* in positivistischer Manier behaupten, eine „Straftat normalerweise der Moral zuwiderlaufe“<sup>56</sup>, sondern weil es ja nicht um den strafrechtlichen Schutz von Moralvorstellungen geht – das Prinzip des Rechtsgüterschutzes, der *offensività* oder das *harm principle* gehören zum gemeineuropäischen und damit auch französischen Strafrecht<sup>57</sup> –, sondern um die Beachtung des Schuldgrundsatzes über die

<sup>52</sup> *Desportes/Le Gunehec* (Anm. 1), Nr. 430, S. 377.

<sup>53</sup> *Stefani/Levasseur/Bouloc* (Anm. 1), Rn. 211, S. 205: „un fait ou un acte“; *Desportes/Le Gunehec* (Anm. 1), Nr. 431, S. 379: „manifestation extérieure“.

<sup>54</sup> Vgl. *Pin* (Anm. 1), Rn. 138, S. 99.

<sup>55</sup> Vgl. *Benillouche*, La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction: plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité, RSC 2005, 541 ff.

<sup>56</sup> *Desportes/Le Gunehec* (Anm. 1), Nr. 463, S. 405.

<sup>57</sup> Vgl. jüngst *Frisch*, Rechtsphilosophie und Strafrecht in Europa, GA 2007, 250, 253.



Berücksichtigung der Bewusstseinslage des Täters zum Zeitpunkt der Tat<sup>58</sup>. Deshalb sollte man besser von „élément psychologique“<sup>59</sup> oder noch offener vom „élément subjective“ oder „intentionnel“ i.w.S. sprechen; demgegenüber ist der auch verwendete Begriff „élément intellectuel“<sup>60</sup> nur dann zutreffend, wenn man von einem kognitiven Vorsatzbegriff ausgeht. Ein solcher widerspräche aber der historischen Entwicklung des „élément moral“, das traditionell einerseits eher voluntativ im Sinne der bösen Gesinnung<sup>61</sup> und andererseits als „élément intentionnel“ sowohl voluntativ (*l'intention*) als auch kognitiv (*liberté et intelligence*) verstanden wurde<sup>62</sup>. Auch die heutige französische Lehre versteht das moralische Element weit i.S.d. subjektiven Tatseite und schließt dabei – ganz i.S.d. angloamerikanischen *mens rea* – auch die Fahrlässigkeit ein<sup>63</sup>. Art. 121-3 CP spricht in Abs. 1 von der „intention“, was im Sinne eines volitiven und kognitiven Vorsatzbegriffes zu verstehen ist; die folgenden Abs. 2–5 regeln den unvorsätzlichen Verstoß<sup>64</sup>, wobei Abs. 2 (*mise en danger délibérée*) mindestens bewusste Fahrlässigkeit erfordert, denn der Täter, der „délibérée“ handelt, ist sich zumindest der in seiner Handlung liegenden Gefahr bewusst. Wenn schließlich in der Lehre der „dol général“ – als Teil der „intention“ neben dem „dol spécial“ – auch als „Vorsatz das Strafgesetz zu verletzen“ verstanden wird<sup>65</sup>, gehört auch das Unrechtsbewusstsein zur *intention* und damit zum moralischen Element<sup>66</sup>.

<sup>58</sup> Zum „principe de culpabilité“ in diesem Zusammenhang auch *Pin* (Anm. 1), Rn. 165, S. 122.

<sup>59</sup> Krit. aber *Desportes/Le Gunehec* (Anm. 1), Nr. 463, S. 405.

<sup>60</sup> So etwa *Desportes/Le Gunehec* (Anm. 1), Nr. 463, S. 405.

<sup>61</sup> Vgl. zur Diskussion um die böse Gesinnung oben Fn. 14 und aus der Literatur des 19. Jh. etwa *Trébutien*, Cours élémentaire de droit criminel, vol. 1, Paris 1854, S. 90, 106, der von gestörten Sozialbeziehungen (*troubler les rapports sociaux*) bzw. von einem Ungehorsam gegenüber dem „loi sociale“ und der „volonté perverse“ spricht. Hier kommt auch die Bewertung als „unmoralisch“ und die Normativierung des „élément moral“ zum Ausdruck.

<sup>62</sup> *Villey*, Précis d'un cours de droit criminel, 3<sup>e</sup> édition, Paris 1884, S. 95, 108.

<sup>63</sup> *Pin* (Anm. 1), Rn. 138, S. 99, Rn. 165, S. 121 f.: „la volonté ou la conscience de violer la loi pénale“; *Mayaud* (Anm. 1), Rn. 194, S. 178; *Soyer* (Anm. 1), Nr. 178, S. 98, Nr. 204, S. 105; *Rassat* (Anm. 1), Rn. 254 ff., S. 355 ff.; *Renout* (Anm. 1), S. 135 f., 142; *Desportes/Le Gunehec* (Anm. 1), Nr. 463, S. 405 f.; siehe auch *Stefani/Levasseur/Bouloc* (Anm. 1), Rn. 253, S. 231, für die das moralische Element der *mens rea* entspricht.

<sup>64</sup> Vgl. *Desportes/Le Gunehec* (Anm. 1), Nr. 463, S. 406; *Benillouche* (Anm. 55), 530. Zur Entstehung von Art. 121-3 CP und grundlegend zur französischen Fahrlässigkeitsdogmatik *Pfefferkorn* (Anm. 2), S. 29 ff., 37 ff.

<sup>65</sup> *Desportes/Le Gunehec* (Anm. 1), Nr. 470: „... l'intention de violer la loi pénale.“; zust. *Benillouche* (Anm. 55), 532; vgl. auch *Pin* (Anm. 1), wie in Fn. 63.

<sup>66</sup> Vgl. schon *Vogel* (Anm. 3), 133.

Was nun die Stellung des *élément moral* – als Bestandteil des Straftatbegriffs oder nicht – angeht, so lassen sich – auf der Grundlage der unterschiedlichen Straftatlehren (oben I) – drei Ansichten unterscheiden:

- *élément moral* als Bestandteil der Straftat durch die subjektivistischen Drei- oder Zweielementenlehren<sup>67</sup>;
- Abschaffung des *élément moral* und Zuweisung der subjektiven Seite an eine eigenständige Täter-, Zurechnungs- oder Verantwortlichkeitskategorie durch die objektivistischen Zwei- und Einelementenlehren<sup>68</sup>;
- Aufspaltung der subjektiven Tatseite in tat(bestands)bezogene und täterbezogene Bestandteile durch die objektivistisch-subjektivistische (gemischte) Zweielementenlehre<sup>69</sup>.

Dabei erinnert die zuletzt genannte Ansicht – abgesehen von den offensichtlichen Abgrenzungsproblemen in der Zuordnung der jeweiligen Elemente<sup>70</sup> – an die finalistische Unterscheidung zwischen psychologischem Tatvorsatz und normativer Schuld (Verantwortlichkeit), und auch die damit verbundenen Wirkungen im Hinblick auf die (akzessorische) Teilnahme strafbarkeit werden in Frankreich gesehen<sup>71</sup>, obwohl – man möchte fast sagen: natürlich – die theoretische Fundierung des Finalismus (finalistischer Handlungsbegriff) in Frankreich keine Rolle spielt und nicht einmal bekannt sein dürfte. Im Übrigen geht es bei dem Streit zwischen „Objektivisten“ und „Subjektivisten“ nur um die richtige Straftatlehre<sup>72</sup>, während ansonsten unumstritten ist, dass strafrechtliche Verantwortlichkeit auch eine subjektive Seite hat, sei sie schon Bestandteil der Straftat oder eigenständige Täter- oder Zurechnungskategorie. Für die Objektivisten verläuft die eigentliche Unterscheidung zwischen „acte“ oder „action“ und „personne“ (*délinquant*)<sup>73</sup>. Wenn man vom moralischen Element spreche, sei das rein didaktisch (*commodité pédagogique*) zu verstehen<sup>74</sup>.

Das Verdienst einer objektiven Auffassung mag man, wie eingangs schon angedeutet, darin sehen, dass mit der Betonung des *élément matériel* als

<sup>67</sup> Oben bei Fn. 4–7 und Text; dazu auch *Ottenhof* (Anm. 2), 77 f.

<sup>68</sup> Oben bei Fn. 8–10 und Text; dazu auch *Ottenhof* (Anm. 2), 76.

<sup>69</sup> Oben bei Fn. 13 und Text.

<sup>70</sup> Vgl. *Robert* (Anm. 12), 282 m.w.N.

<sup>71</sup> Vgl. *Robert* (Anm. 12), 282 f.

<sup>72</sup> Dazu *Rassat* (Anm. 1), Rn. 198, 273 f.; zur Ähnlichkeit mit dem deutschen Streit um die personale Unrechtslehre vgl. *Vogel* (Anm. 3), 133 mit Fn. 38.

<sup>73</sup> *Pradel* (Anm. 1), Nr. 294, S. 269.

<sup>74</sup> *Pradel* (Anm. 1), Nr. 294, S. 269.

äußerer Tathandlung der tatstrafrechtlichen Ausrichtung des französischen Strafrechts – Art. 121-1 CP spricht von der Verantwortlichkeit aufgrund des „propre fait“ und nahezu alle Tatbestände des Besonderen Teils beginnen mit dem „fait“, irgendetwas zu tun<sup>75</sup> – Rechnung getragen und jeglicher gesinnungsstrafrechtlichen Tendenz – in bewusster Absetzung zum CP Napoleon von 1810 – *a limine* eine klare Absage erteilt wird<sup>76</sup>. So setzt etwa der neue Verschwörungstatbestand (*complot*), der früher auf ein materielles Element völlig verzichtete<sup>77</sup>, nun „actes matériels“ voraus (Art. 412-2 CP)<sup>78</sup>. Freilich setzt die Anerkennung eines Tatstrafrechts nicht einen extremen Objektivismus im Sinne einer Verbannung des subjektiven Elements aus dem Straftatbegriff voraus. Auch Autoren, die die Straftat objektiv-subjektiv verstehen, erkennen die tatstrafrechtliche Ausrichtung des CP und des neuen französischen Strafrechts überhaupt an<sup>79</sup>.

In der Sache ist die objektive Ansicht abzulehnen, weil bestimmte Tatbestände ohne die subjektive Seite nicht erklärbar sind, z. B. der „vol“ als „soustraction frauduleuse“ (Art. 311-1 CP) – „arglistig“ als subjektives Merkmal – oder „abus de confiance“ (Untreue), deren Tathandlung im Unterschlagen zum Nachteil eines anderen (*détourner au préjudice d'autrui*, Art. 314-1 CP) besteht. So wird auch von Subjektivisten zu Recht vorgebracht, dass die subjektive Seite im Gesetz angelegt sei<sup>80</sup>. Für andere verbindet sich das moralische Element mit dem materiellen Element<sup>81</sup>, und Wille

<sup>75</sup> Vgl. z. B. Art. 221-1 (*le fait de donner la mort*) oder Art. 314-1 (*le fait par une personne de détourner ...*)

<sup>76</sup> In diesem Sinne auch *Dana* (Anm. 17), S. 23.

<sup>77</sup> Art. 87 Abs. 1: „Le complot ayant pour but les crimes mentionnés à l'article 86, s'il a été suivi d'un acte commis ou commencé pour en préparer l'exécution, sera puni de la détention criminelle à temps de dix à vingt ans.“

<sup>78</sup> Die „association de malfaiteurs“ verlangte schon immer „faits matériels“ (Art. 265 CP a.F., Art. 450-1 CP n.F.), also eine Manifestation des verbrecherischen Plans durch äußere Tathandlungen. Vgl. auch *Desportes/Le Guebec* (Anm. 1), Nr. 431 S. 379 f. (wo es allerdings Art. 412-2 statt 412-1 heißen müsste).

<sup>79</sup> Vgl. etwa *Desportes/Le Guebec* (Anm. 1), Nr. 432, S. 380: „Il n'existe pas d'infraction sans activité matérielle“. Diese Autoren weisen gerade auch auf den rechtsstaatlichen, liberalen Charakter eines Tatstrafrechts (ebd., Nr. 432, S. 380) und auf die leichtere Beweisbarkeit des materiellen Elements hin (ebd.).

<sup>80</sup> *Rassat* (Anm. 1), Rn. 198, S. 274: „... les textes d'incrimination décrivent ... dans quel état d'esprit le délinquant doit y avoir participé. ... de la loi elle-même, on peut déduire qu'une infraction comporte nécessairement un élément moral“.

<sup>81</sup> *Stefani/Levasseur/Bouloc* (Anm. 1), Rn. 253, S. 231: „se joigne à l'élément matériel (qu'il apparaisse avant ou au même moment) ...“.

oder Bewusstsein stellt das gemeinsame Element aller Vergehen dar<sup>82</sup>. Diese Ansicht ist letztlich durch Art. 121-3 CP bestätigt worden, kann danach doch kein Verbrechen oder Vergehen „sans intention de le commettre“ begangen werden.

#### 4. Existenz eines eigenständigen Unrechtselements?

Das erstmals von *Garraud*<sup>83</sup> ins Spiel gebrachte Unrechtselement (*élément injuste*) ist bis heute umstritten. Es wird zum Teil mit der Begründung abgelehnt, dass es insoweit im Legalelement aufgehe, als allein das Strafgesetz entscheide, was verboten und erlaubt (gerechtfertigt) sei; eine gesetzliche Erlaubnis (Rechtfertigung) negiere damit lediglich die Existenz des Legalelements<sup>84</sup>. Nach anderer, ebenso positivistischer Ansicht bedeute das Unrechtselement nichts anderes als das Fehlen von Verantwortlichkeitsausschlussgründen und sei deshalb gesondert bei diesen zu behandeln<sup>85</sup>. Damit wird zugleich einer undifferenzierten Kategorie der Strafausschlussgründe (*circonstances exclusives de l'incrimination*)<sup>86</sup> – ganz im Sinne der anglo-amerikanischen *defences* – das Wort geredet, wobei man sich insoweit ganz positivistisch auf Art. 122 CP (*Des causes de irresponsabilité ...*) berufen kann<sup>87</sup>.

Die gesonderte Behandlung des Unrechts findet sich jedoch sowohl bei Autoren, die im Grundsatz der klassischen Lehre folgen<sup>88</sup>, als auch teilweise bei denjenigen, die das Legalelement aus der Straftat verbannen<sup>89</sup> oder eine stärker objektivistische Lehre vertreten<sup>90</sup>. Dabei wird die Lehre von der

<sup>82</sup> *Stefani/Levasseur/Bouloc* (Anm. 1), Rn. 253, S. 232: „... volonté ou conscience constitue l'élément commun à toutes les infractions.“

<sup>83</sup> *Garraud* (Anm. 16), Rn. 238 ff.; zit. nach *Robert* (Anm. 12), 277 ff. Eingehend zu *Garrauds* Unrechtslehre nun *Walter* (Anm. 2), S. 127 ff.

<sup>84</sup> *Stefani/Levasseur/Bouloc* (Anm. 1), S. 203 f., Rn. 210: „l'élément injuste se ramène à l'élément légal et se confond avec lui“; auch *Desportes/Le Gunehec* (Anm. 1), Nr. 627, S. 590, wonach die Rechtfertigungsgründe zum Legalelement gehören.

<sup>85</sup> *Desportes/Le Gunehec* (Anm. 1), Nr. 430, S. 377. Vergleichbar ist der Ansatz *Danas* (Anm. 17), S. 153 ff., der unter dem sehr weit gefassten Begriff der „contrainte“ alle Rechtfertigungs- sowie Schuldausschlussgründe versteht bzw. systematisiert (*le principe de l'absorption des faits justificatifs par la contrainte*).

<sup>86</sup> *Decocq* (Anm. 38), S. 295.

<sup>87</sup> In diesem Sinne etwa *Desportes/Le Gunehec* (Anm. 1), Nr. 628, S. 589 f.

<sup>88</sup> So zumindest *Larguier* (Anm. 1), S. 13, 48 ff.

<sup>89</sup> Siehe *Rassat* (Anm. 1), Rn. 198, S. 273 ff.; *Pin* (Anm. 1), Rn. 135, S. 97, Rn. 193 ff., S. 145 ff.

<sup>90</sup> Vgl. *Merle/Vitu* (Anm. 1), Nr. 435, S. 560, wo sie – allerdings unter Bezugnahme auf die

Indizwirkung des Tatbestands bei Widerlegung durch die Existenz eines Rechtfertigungsgrundes<sup>91</sup> vor allem deshalb abgelehnt, weil dadurch die Beweislast zu Lasten des Beschuldigten/Angeklagten umgekehrt würde<sup>92</sup>. Andererseits wird auch die Kategorie der Strafausschlussgründe als unlogisch verworfen, weil damit unvergleichbare Strafausschlussgründe auf einen gemeinsamen Nenner gebracht würden<sup>93</sup>. Dabei ist die Wirkung der eigentlichen (materiellen) Rechtfertigungsgründe (*causes de justification* oder *faits justificatifs*) allerdings umstritten: nach einer Ansicht „verschwinde“ die „infraction“<sup>94</sup>, nach einer anderen werde sie „neutralisiert“<sup>95</sup>, nach wieder einer anderen könne sie – mangels eines ihrer (negativen) Merkmale – erst gar nicht zur Entstehung gelangen (Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen)<sup>96</sup>; schließlich wird auch gesagt, dass die Verantwortlichkeit beseitigt werde<sup>97</sup>, was der Formulierung im Gesetz – „n'est pas pénalement responsable“ (Art. 122 CP) – am nächsten kommt.

Freilich darf nicht übersehen werden, dass auch diejenigen Autoren, die ein Unrechtselement grundsätzlich anerkennen, damit nicht zugleich einem materiellen Unrechtsbegriff das Wort reden<sup>98</sup>. Soweit ersichtlich, bildet *Xavier Pin* – im Kreis der Lehrbuchautoren – die einzige Ausnahme; er unterscheidet zwischen materiellem und formellem Unrecht (*illicéité matérielle et formelle*) und will jenes nach der Verletzung eines geschützten Interesses und der Abwägung zwischen Eingriffs- und Erhaltungsinteresse bestimmen<sup>99</sup>. Monographisch hat jüngst *Julien Walther*<sup>100</sup> in einer grundlegenden

deutsche Lehre – zwischen einer formellen und materiellen Rechtswidrigkeit unterscheiden und diese als „contraire à des principes „supra-légaux““ bezeichnen.

<sup>91</sup> Zu dieser Ansicht *Rassat* (Anm. 1), Rn. 198, S. 275: „l'infraction est punissable si elle est prévue par une loi et non justifiée par une autre“. Er selbst lehnt diese Ansicht ab, siehe folgende Fn. und Text.

<sup>92</sup> *Rassat* (Anm. 1), Rn. 198, S. 275 und Rn. 289, S. 407 ff.

<sup>93</sup> *Rassat* (Anm. 1), Rn. 198, S. 275. *Stefani/Levasseur/Bouloc* (Anm. 1), Rn. 37, S. 324 f., unterscheiden bei den *causes exclusives de la responsabilité* zwischen *faits justificatifs* und *causes de non-imputabilité*.

<sup>94</sup> *Wilfrid Jeandidier*, *Droit pénal général*, Paris 1988, Rn. 250, S. 233.

<sup>95</sup> *Conte/Maistre du Chambon* (Anm. 1), Nr. 241, S. 145.

<sup>96</sup> *Rassat* (Anm. 1), Rn. 198, S. 276: „ne se forme pas à défaut d'un de ses éléments rationnels.“

<sup>97</sup> *Stefani/Levasseur/Bouloc* (Anm. 1), Rn. 372, S. 325: „supprimer la responsabilité pénale ...“.

<sup>98</sup> Grundlegend zum fehlenden materiellen Unrechtsbegriff *Walther* (Anm. 2), S. 121 ff. (130), 445 ff.

<sup>99</sup> *Pin* (Anm. 1), Rn. 193 ff., S. 145 ff. Auf die Verletzung eines geschützten Interesses stellt auch *Robert* (Anm. 1), S. 225 ff., ab.

<sup>100</sup> *Walther* (Anm. 2).

Untersuchung einen materiellen, rechtsgutsorientierten Rechtswidrigkeitsbegriff unter Bezugnahme auf die deutsche Lehre entwickelt. Danach komme der Rechtswidrigkeit einerseits eine positive, strukturierende Funktion in dem Sinne zu, dass damit materielles Unrecht bestimmt werde<sup>101</sup>. Andererseits habe die Rechtswidrigkeit über die Rechtfertigungsgründe eine negative, ausschließende Funktion<sup>102</sup>. Gesamtsystematisch schließlich sei zwischen Rechtswidrigkeit/Unrecht und Schuld zu unterscheiden<sup>103</sup> und die Rechtswidrigkeit verweise materiell auf den Rechtsgutsbegriff<sup>104</sup>. Die herrschende Meinung argumentiert dagegen immer noch ganz positivistisch, und tatsächlich war auch schon für *Garraud* das Unrechtselement nicht mehr als „eine negative Bedingung“, nämlich „das Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes“, und er verstand die Rechtfertigung als „Ausübung eines Rechts oder einer Pflicht des Täters“<sup>105</sup>. Eines materiellen, theoretisch fundierten Unrechtsbegriffs – etwa als Verletzung der gesellschaftlich geschützten Interessen<sup>106</sup> oder auf der Grundlage der Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnorm<sup>107</sup> – bedarf es aber bei einer solchen positivistischen Unrechtsauffassung nicht, denn danach wird eben nur das als Unrechtsausschluss anerkannt, was als solches im positiven Recht vorgesehen ist. Wie aber dann Fälle gelöst werden, die nicht unter einen gesetzlich geregelten Unrechtsausschlussgrund fallen, bei denen aber gleichwohl die Verwirklichung materiellen Unrechts zumindest zweifelhaft ist, muss offen bleiben. Denken wir etwa an den Fall des Abschusses des von Terroristen entführten Passagierflugzeugs, das von diesen auf ein großes, in einem belebten Geschäftsviertel befindliches Bürogebäude zugesteuert wird. Er lässt sich nur mit materiellen Erwägungen lösen, die nicht notwendigerweise im Strafgesetz ihren Niederschlag finden<sup>108</sup>.

<sup>101</sup> *Walther* (Anm. 2), S. 187 ff., 450 f.

<sup>102</sup> *Walther* (Anm. 2), S. 219 ff., 451 ff.

<sup>103</sup> *Walther* (Anm. 2), S. 288 ff., 456 ff.

<sup>104</sup> *Walther* (Anm. 2), S. 367 ff., 459 ff.

<sup>105</sup> *Garraud*, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 1. Aufl. Paris 1888–94, hier Bd. 2, 3. Aufl., Rn. 433 (zit. nach *Robert* (Anm. 12), 279). Vgl. auch *Garraud*, *Précis de droit criminel*, 7. Aufl. Paris 1901, Nr. 143 f., S. 200 f.

<sup>106</sup> Zu der grundlegenden Unterscheidung zwischen formeller und materieller Rechtswidrigkeit insoweit v. *Liszt*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 12. u. 13. Aufl., 1903, S. 140 f.; aus heutiger Sicht *Roxin*, *Strafrecht*, AT I, 2006, § 14 Rn. 4 ff.

<sup>107</sup> Die von *Binding* (*Die Normen und ihre Übertretung*, 1. Aufl. 1872, Band 1, S. 3 ff., 28 ff., 56) mit der Unterscheidung von Norm und Gesetz begründet wurde; dazu aus französischer Sicht *Robert* (Anm. 12), 277 f.

<sup>108</sup> Für einen übergesetzlichen Schuldaußschluss, „wenn der Abschuss nach menschlichem

## 5. Keine eigenständige Kategorie der Schuld

Grundsätzlich findet sich in der französischen Verbrechenlehre keine Kategorie der Schuld, wie sie im deutschen Recht bekannt ist. Die große Mehrheit der Autoren versteht unter *culpabilité* ganz naturalistisch die subjektiv-psychologische Seite der Verantwortlichkeit (*responsabilité*) und folgt damit der schon von *Barris*, Präsident der Strafkammer der Cour de Cassation von 1806 bis 1824, und *Molinier* 1851 begründeten Ansicht<sup>109</sup>. Ganz überwiegend wird die Feststellung einer „faute pénale“, die als (fahrlässige) Pflichtverletzung (*manquement à un devoir*) definiert werden kann, als Minimum für die Schuldfeststellung für notwendig gehalten<sup>110</sup>. Auch für einen moderneren Autor wie *Pin* spielt die Schuld in Form des Schuldgrundsatzes vor allem im Hinblick auf die Notwendigkeit des moralischen Elements eine Rolle<sup>111</sup>. Eine echte Schuldtheorie, die die Vorwerfbarkeit des Verhaltens einer bestimmten Person in den Mittelpunkt stellt, also normativ begründet ist, muss erst noch entwickelt werden<sup>112</sup>. Ansatzweise ist dies immerhin durch *Dana* geschehen, der dem klassischen psychologischen Verständnis vorwirft, dass es die soziale Realität verkenne und stattdessen auf einen normativen oder juristischen Schuldvorwurf als Gleichgültigkeit (*indifférence*) oder Feindlichkeit (*hostilité*) des Täters gegenüber den gesellschaftlich anerkannten Rechtsgütern bzw. Werten, als negatives Werturteil über das Verhalten des Täters abstellen will<sup>113</sup>. Das „gesellschaftliche Wesen“ der Straftat liege in einem normativen Verstoß bzw. Verschulden (*faute normative*), ihre psychologische Erscheinungsform in einem vorsätzlichen Verstoß bzw. Verschulden (*faute intentionnelle*)<sup>114</sup>. Das normative Verschulden bestehe in der Verletzung einer Verhaltensnorm und damit der Missachtung des ihr zugrunde liegenden geschützten Interesses. Die Verletzung der Verhaltens-

Ermessen nicht zur Tötung Unbeteiligter führen kann“, etwa *Roxin* (Anm. 106), § 22 Rn. 149.

<sup>109</sup> Vgl. *Robert* (Anm. 12), 271, 273 m.w.N. in Fn. 9 und 17; *Benillouche* (Anm. 55), 530 ff.

<sup>110</sup> *Desportes/Le Gunehec* (Anm. 1), Nr. 463 S. 405; unverständlich ist der nachfolgende Satz, dass das Studium des intellektuellen Straftatelements das Studium des strafrechtlichen Verstoßes sei („L'étude de l'élément intellectuel de l'infraction est donc l'étude de la faute pénale“). Zur Schuld als „faute“ auch *Ottenhof* (Anm. 2), 74, 80.

<sup>111</sup> *Pin* (Anm. 1), Rn. 165, S. 121 f.

<sup>112</sup> Vgl. auch *Benillouche* (Anm. 55), 531 f.: „... n'existe pas non plus d'étude approfondie relative à un jugement normatif sur la réprobation se fondant sur la volonté spécifique de l'auteur“.

<sup>113</sup> *Dana* (Anm. 17), S. 280 f., 282 ff. (283 f.).

<sup>114</sup> *Dana* (Anm. 17), S. 281.

norm stelle eine „vorwerfbare Schwäche“ dar, die den „gesellschaftlichen Vorwurf“ begründe<sup>115</sup>. Das normative Verschulden sei gegenüber den psychologischen Gegebenheiten indifferent<sup>116</sup> und hänge vom Gesetzlichkeitsgrundsatz ab<sup>117</sup>. Diese Lehre ist aber, soweit ersichtlich, nicht auf viel Widerhall gestoßen.

Die Schuldunfähigkeit (Zwang, Geisteskranke, Minderjährige) gehört zur Zurechnungsfähigkeit (*imputabilité*). Auch diese wird überwiegend naturalistisch als psychologische Zustandsbeschreibung des Täters, seiner Willensfreiheit und Fähigkeit zwischen gut und böse zu unterscheiden, verstanden<sup>118</sup>. Es gibt aber auch eine normativierende Ansicht, nach der der Täter nicht zurechnungsfähig ist, weil er die Handlung gewollt hat, aber nicht hätte wollen dürfen<sup>119</sup>. Der „Rechtsirrtum“ gehört zur *responsabilité*: Während früher das Unrechtsbewusstsein vermutet wurde, räumt das heutige Strafgesetzbuch in Art. 122-3 CP dem Gegenbeweis eines unvermeidbaren Verbotsirrtums (*erreur de droit*) verantwortungsausschließende Wirkung ein<sup>120</sup>.

<sup>115</sup> Dana (Anm. 17), S. 516: „défaillance blâmable qui appelle le blâme social.“

<sup>116</sup> Dana (Anm. 17), S. 287 ff., 454.

<sup>117</sup> Dana (Anm. 17), S. 287, 382 ff.

<sup>118</sup> Vgl. Ottenhof (Anm. 2), 74 f. m. w. N. Grundlegend Daskalakis (Anm. 18), S. 13 ff.

<sup>119</sup> Ottenhof (Anm. 2), 75: „... il a voulu l'acte mais parce qu'il aurait dû ne pas le vouloir.“

<sup>120</sup> Desportes/Le Gunehec (Anm. 1), Nr. 673, S. 625 f.; Stefani/Levasseur/Bouloc (Anm. 1), Rn. 433, S. 370; vgl. Pin (Anm. 1), Rn. 252, S. 191.