

© Copyright by Walter de Gruyter GmbH & Co., Berlin

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopien hergestellt werden. Jede im Bereich eines gewerblichen Unternehmens hergestellte oder benutzte Kopie dient gewerblichen Zwecken gem. § 54 (2) UrhG und verpflichtet zur Gebührenzahlung an die VG WORT, Abteilung Wissenschaft, Goethestr. 49, D-80336 München, von der die einzelnen Zahlungsmodalitäten zu erfragen sind.

Verlag: Walter de Gruyter GmbH & Co., Genthiner Straße 13, D-10785 Berlin; Postanschrift: Postfach 30 34 21, D-10728 Berlin; Telefon (0 30) 2 60 05-0, Fernschreiber 1 84 027, Fernkopierer (0 30) 2 60 05 329; Postbankkonto Berlin 103 07-108 (BLZ 100 100 10).

Erscheinungsweise: Jährlich ein Band (4 Hefte).

Printed in Germany.

Satz, Druck und Bindearbeiten: Druckerei Wagner GmbH, 86720 Nördlingen

Sonderdruck

ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT

DE GRUYTER ■ BERLIN ■ NEW YORK



Im Buchhandel nicht erhältlich

III. Gesamtergebnis

Sowohl bei der Mittäterschaft als auch bei der mittelbaren Täterschaft wird jeweils nur die Gesamtlösung den Anforderungen gerecht, die das Gesetz mit der Formel des § 22 StGB und den Zurechnungsstrukturen des § 25 Abs. 2 sowie des § 25 Abs. 1 2. Alt. StGB für die Bestimmung des Versuchsbegins aufstellt. Da in beiden Täterschaftsformen fremdes Handeln wie eigenes zugerechnet wird, sind die den Versuchsbeginn nicht unmittelbar bewirkenden Mittäter und mittelbaren Täter so zu stellen, als ob sie selbst unmittelbar handeln würden. Erreicht der Tatablauf aufgrund täterfremden Verhaltens denjenigen Punkt, der nach der Gesamttatvorstellung des Täters das unmittelbare Ansetzen zur Tatbegehung ausmacht, so ist dem Täter diese ausführungsnahе Manifestation des deliktischen Willens wie eine eigene zuzurechnen, wenn er das Geschehen aufgrund eines gemeinsam Tatentschlusses oder der Instrumentalisierung des Opfers (mit-)beherrscht.

ausreichen lassen, da es zu diesem Zeitpunkt an der Individualisierung der Opfer gefehlt habe und die diesbezüglich erforderlichen Entscheidungen von den Vordermännern zu treffen gewesen seien. Das überzeugt m. E. nicht, da einerseits auch in den sonstigen Fällen der mittelbaren Täterschaft (Irrtums- oder Nötigungsherrschaft) die Opferindividualisierung dem Tatmittler überlassen sein kann und andererseits die Kriterien für die Entscheidung über den Schußwaffeneinsatz den Grenzsoldaten weitgehend vorgegeben waren.

Ein unausrottbares Mißverständnis*

Bemerkungen zum strafrechtlichen Schuld-begriff von *Jakobs*

Von Richter **Paulo Pinto de Albuquerque**, Katholische Universität Lissabon

Den Beginn der heutigen Diskussion um den funktionalistischen Schuld-begriff im Strafrecht kann man in der Veröffentlichung der ersten Auflage des Alternativ-Entwurfs eines Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs (1966) sehen¹. §§ 2 Abs. 1 und 2 sowie 59 Abs. 2 AE weisen im Bereich der Strafzwecke und des materiellen Verbrechensbegriffs nicht nur deutliche Unterschiede gegenüber dem Regierungsentwurf auf², sondern stellen auch die dogmatische Beziehung zwischen Strafe und Schuld sowie die Bestimmung des materiellen Gehalts der Schuld in Frage³.

* Der Titel des Beitrags lehnt sich an die bekannte Arbeit von *Graf zu Dohna*, ZStW 66 (1954), S. 133, an. *Graf zu Dohna* wandte sich gegen diejenigen, die im Zusammenhang der Schuldlehre eine andere Sprache verwenden, aber dasselbe meinen wie die herrschende Auffassung. *Graf zu Dohnas* Anliegen war damals, die rein terminologische Natur der Begriffe der Schuldlehre zu enthüllen, um einen Streit um Worte zu vermeiden. Auch *Welzel* (vgl. NJW 1968, 425) benutzte diesen Ausdruck, um sich gegen die Wiederholung stereotyper Einwände gegen die Grundlagen der finalen Handlungslehre zu wenden.

Ich danke Herrn Professor Dr. *Thomas Weigend*, Köln, und Herrn *Markus Hoffmann*, Freiburg, für die sprachliche Korrektur des Textes.

¹ In diesem Sinne auch *Stratenwerth*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S. 10; *Figueiredo Dias*, ZStW 95 (1983), S. 222. Allerdings haben auch die Arbeiten von *Nowakowski*, Festschrift für Rittler, 1957, S. 55, und *Noll*, Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, S. 219, in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle gespielt. Diese Aufsätze haben dazu beigetragen, daß die Frage nach der Fundierung strafrechtlicher Schuld im Indeterminismus getrennt von der Überwindung des Vergeltungsstrafrechts und der Vorstellung von Schuld als sittlichem Vorwurf entschieden werden konnte und daß diese beiden Ziele nicht notwendig mit einer deterministischen Weltauffassung gekoppelt waren. Der Charakter des Strafrechts als präventives Rechtsgüterschutzrecht wurde als Beweis für die Herleitung eines sozialen Schuld-begriffs aus dem Gedanken der Generalprävention angesehen, die ihrerseits auf den Appell an die Einsicht und die Fähigkeit zu autonomer Selbstbestimmung abzielt.

² *Roxin*, ZStW 81 (1969), S. 613, und *ders.*, JA 1980, 545, faßt die wichtigsten Unterschiede zwischen den beiden Entwürfen so zusammen: Der AE verzichtet auf den Vergeltungsgedanken, die Schuld bildet die Obergrenze der Strafe, Spezial- und Generalprävention stellen die Strafzwecke dar und bilden gemeinsam mit dem Subsidiaritätsprinzip die Grundlage für einen Verbrechensbegriff, der auf die Ausschaltung aller moralisierenden Tendenzen abzielt und die Rechtspflege auf das Ziel des Rechtsgüterschutzes beschränkt.

³ Nach der Veröffentlichung des Alternativ-Entwurfs spitzte sich die Diskussion um diese dogmatischen Probleme zu. Auf der Strafrechtslehrertagung in Münster (1967)

Einen wichtigen Punkt in der Auseinandersetzung markiert *Roxins* Arbeit „Kriminalpolitik und Strafrechtssystem“ (1970)⁴. *Roxin* versucht in diesem Buch, die Antinomien der Lehre von den Strafzwecken für die dogmatische Begründung der Entschuldigungsgründe, des Irrtums über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes und des Rücktritts vom Versuch fruchtbar zu machen und so die strafrechtliche Dogmatik mit kriminalpolitischen Überlegungen zu durchdringen. *Roxin* führt den Begriff der Verantwortlichkeit ein, der diejenigen Fälle erfassen soll, in denen der Täter die Fähigkeit zum Andershandeln hatte, jedoch besondere Entschuldigungs- oder Schuldausschließungsgründe vorliegen, die einen Freispruch des Täters begründen. Den Grund hierfür sieht *Roxin* im Fehlen einer spezial- oder generalpräventiven Notwendigkeit für die Bestrafung des Täters; dies bedeutet letztlich, daß die strafrechtliche Zurechnung in diesen Fällen von Präventionsbedürfnissen abhängig gemacht wird. Diese Rekonstruktion des Schuld-begriffs rechtfertigt *Roxin* damit, daß der Schuld-begriff in seiner herkömmlichen Fassung den präventiven Gesichtspunkten dieser Verbrechensstufe nicht gerecht werde.

Die 1970 geschaffenen Grundlagen hat *Roxin* im Laufe der Zeit zu einer umfassenden Schuldlehre weiterentwickelt. Den freiwilligen Rücktritt vom unbeeendeten Versuch deutet *Roxin* als einen auf der Strafzwecklehre gegründeten Schuldausschließungsgrund⁵. Mit der Arbeit „Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip“⁶ verteidigt *Roxin* seine schon früher angedeutete These⁷ von den zwei Funktionen der Schuld als Grund und Grenze der Strafe. Die strafbegrenzende Funktion der Schuld versteht *Roxin* dabei als Folge der normativen Setzung der Freiheit des Täters, wobei sich der begrenzende Charakter der Schuld allein bei der retrospektiven Anknüpfung an eine rechtswidrige Tat zeigt (im Gegensatz zur prospektiven Proportionalität bei der Maßregel).

gaben Befürworter und Kritiker des AE engagierte Stellungnahmen ab; vgl. einerseits *Roxin*, ZStW 81 (1969), S. 637; *Grünwald*, ZStW 80 (1968), S. 90; andererseits *Gallas*, ZStW 80 (1968), S. 4; *Jescheck*, ZStW 80 (1968), S. 59; siehe auch den Diskussionsbericht von *Friedrichs*, ZStW 80 (1968), S. 123, sowie die später von *Jescheck*, ZStW 93 (1981), S. 51 f., gezogene Bilanz.

⁴ *Schünemann*, in: *ders.* (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 46 Fn. 98, hat dieses Buch sogar als Voraussetzung für eine neue (von ihm „zweckrational“ genannte) Systemepoche in der Geschichte der deutschen Strafrechtswissenschaft bezeichnet; ebenso *Costa Andrade*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal 1992, 174.

⁵ Festschrift für Heintz, 1972, S. 270.

⁶ MschrKrim. 1973, 316.

⁷ JuS 1966, 377.

Im Jahre 1974 faßt *Roxin* seine These in knappster Form zusammen: Die Verantwortlichkeit sei der Bereich, in dem täterbezogene Kriminalpolitik unmittelbar in die Strafrechtsdogmatik eindringe; und Schuld habe praktische Bedeutung nur im Rahmen der Strafzumessungslehre, wo sie der Prävention eine Grenze setze⁸. *Roxin* stellt hier eine Übereinstimmung mit den Ergebnissen fest, zu denen *Gimbernat Ordeig* hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeit und des unvermeidbaren Verbotsirrtums gelangt sei⁹. In einer Studie über die dogmatische Aporie des Notwehrexzesses bestätigt *Roxin* seine These über den Charakter der Verantwortlichkeit; die Regelung des Notwehrexzesses könne nur durch kriminalpolitisch fundierte Strafzwecküberlegungen erklärt werden¹⁰. In weiteren Arbeiten spricht sich *Roxin* für die Spielraumtheorie bei der Strafzumessung aus, allerdings mit der Besonderheit, daß der Schuldrahmen unterschritten werden dürfe, wenn dies im Interesse der Resozialisierung des Täters als zweckmäßig erscheine und die zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässliche Minimalprävention beachtet werde¹¹.

Im Jahre 1979 gewinnen *Roxins* Thesen ihre endgültige Form. *Roxin* nimmt die von *Achenbach* eingeführte Unterscheidung zwischen Straf begründungs- und Strafzumessungsschuld auf und versucht die verschiedenen Rollen der Schuld in diesen beiden Bereichen zu erklären. In diesem Zusammenhang räumt *Roxin* ein, daß auch die positiven Voraussetzungen der Schuld durch präventive Überlegungen beeinflusst werden. Dies gelte insbesondere in den unsicheren Bereichen der Schuldfähigkeit und der Affektaten, mit der Folge einer Schwächung der Begrenzungsfunktion der Schuld in diesen beiden Fällen¹². Weitere wichtige Arbeiten aus den Jahren 1984 und 1987 sind die Früchte einer Auseinandersetzung mit den Schuldlehren von *Figueiredo Dias*¹³ und *Jakobs*¹⁴. Im erstgenannten Text entwickelt *Roxin* eine Lösung für den Irrtum über Verbote, deren Kenntnis für die Erlangung des Unrechtsbewußtseins unerlässlich ist. Obwohl *Roxin* die Rolle der Schuld in seinen späteren Arbeiten in terminologisch zurückhaltenderer Form darlegt, hat er seine Lehre auch in den achtziger Jahren nicht wirklich

⁸ Festschrift für Henkel, 1974, S. 171 ff., 182, 186.

⁹ Festschrift für Henkel, S. 151 ff.

¹⁰ Festschrift für Schaffstein, 1975, S. 105.

¹¹ Festgabe für Schultz, 1977, S. 463, 480; Festschrift für Bruns, 1978, S. 183, 197.

¹² Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 279, und in: *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1979, S. 187.

¹³ ZStW 96 (1984), S. 641.

¹⁴ SchwZStrR 104 (1987), S. 356.

verändert. Alle wesentlichen Thesen zur Schuldlehre hat *Roxin* bereits bis zum Ende des Jahres 1979 vorgelegt¹⁵.

Roxins Thesen können folgendermaßen zusammengefaßt werden:

1. Die Willensfreiheit ist im Rahmen der Strafrechtsdogmatik nur eine normative Setzung¹⁶, nicht eine ontologische Wahrheit.
2. Sowohl in der Verbrechenslehre als auch in der Strafzumessungslehre gilt ein einseitiger Schuldbegriff, d. h., Schuld und Prävention begrenzen sich gegenseitig.
3. Die Strafbegründungsschuld unterscheidet sich von der Strafzumessungsschuld; erstere ist von Präventionsbedürfnissen begrenzt, während bei der Strafzumessung die Präventionsbedürfnisse durch die Schuld begrenzt werden.
4. Im Rahmen der Strafbegründungsschuld sind die positiven Voraussetzungen der Schuld (Zurechnungsfähigkeit und Unrechtsbewußtsein) sowie die Entschuldigungsgründe (trotz normativer Ansprechbarkeit des Täters) von präventiven Erwägungen nicht unabhängig. *Roxin* spricht hier von der Stufe der Verantwortlichkeit im Delikttaufbau und will so dem Gedanken gerecht werden, daß Schuld nur eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung der staatlichen Strafe darstellt.

Roxins Schuldlehre hat Ablehnung¹⁷, aber auch Zustimmung¹⁸ gefunden.

¹⁵ Unzutreffend deshalb *Padovani*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1987, 801, der bei der Entwicklung der Gedanken *Roxins* zwei Epochen unterscheiden will, deren erste bis 1979 von der Funktionalisierung der Schuld durch Präventionsbedürfnisse und deren zweite ab 1984 von der Defunktionalisierung der Schuld gegenüber den Präventionsbedürfnissen gekennzeichnet sei.

¹⁶ Damit will *Roxin* in einem kriminalpolitisch orientierten, aber immer noch liberalen Präventionsstrafrecht das Bekenntnis zur Willensfreiheit, den sittlichen Vorwurf, die Vergeltung und die Zweiseitigkeit des Schuldprinzips opfern; vgl. *Roxin*, SchwZStrR 104 (1987), S. 356, 376.

¹⁷ Als Kritiker ist vor allem *Arthur Kaufmann*, JZ 1967, 553, zu nennen, dessen Argumente große Verbreitung gefunden haben. Siehe außerdem die kritischen Beiträge von *Schöneborn*, ZStW 88 (1976), S. 349; *Burkhardt*, GA 1976, 321; *Stratenwerth*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S. 21 ff., 31; *Cerezo Mir*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1980, 348; *ders.*, ZStW 108 (1996), S. 10; *Figueiredo Dias*, ZStW 95 (1983), S. 220; *Griffel*, ZStW 98 (1986), S. 29; *ders.*, GA 1989, 191; *Padovani* (Anm. 15), S. 798 ff.; *Fiandaca*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1987, 836.

¹⁸ Die Zustimmung, die *Roxins* Lehre entgegengebracht wurde, verband sich mit dem Anliegen, seine Auffassungen weiterzuentwickeln. Um eine Vertiefung der *Roxins*-chen Thesen und insbesondere um deren Versöhnung mit der Anerkennung der Freiheit des Menschen ging es *Amelung*, in: *Schünemann* (Hrsg.), Grundfragen des

Manche Autoren, die sich der neuen Richtung angeschlossen haben, haben *Roxins* Lehre auch zu radikalieren versucht¹⁹.

Mit seiner Arbeit „Schuld und Prävention“ (1976) hat *Günther Jakobs* den Versuch unternommen, die Probleme der Schuldlehre *Roxins* zu lösen²⁰. *Jakobs* verfolgt dabei das Ziel, sich von der These zu befreien, daß die Schuld die Strafe limitiere, und so eine Zweckbestimmung der Schuld zu begründen²¹. In theoretischer Hinsicht stützt sich *Jakobs* auf die soziologische Lehre von *Niklas Luhmann*²².

Jakobs' wichtigste Thesen, die der Autor zu keinem Zeitpunkt preisgegeben hat, können folgendermaßen zusammengefaßt werden:

1. Die Schuld ist ein Derivat der Generalprävention²³; als solches begründet und limitiert sie die Strafe²⁴.

2. Generalprävention bedeutet Bestätigung der Richtigkeit des Vertrauens

modernen Strafrechtssysteme, 1984, S. 85; *Tiemeyer*, GA 1986, 203; *ders.*, ZStW 100 (1988), S. 527; *Schünemann* (Anm. 4), S. 154 ff.; *ders.*, in: *Eser/Cornils* (Hrsg.), *Neue Tendenzen der Kriminalpolitik*, 1987, S. 209; *ders.*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1990, 3; *ders.*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1991, 693. Auch *Mir Puig*, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático*, 2. Aufl. 1982, *ders.*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1986, 49, sowie *Zugaldía Espinar*, *Libro Homenaje al Professor Antón Oneca*, 1982, S. 565, haben *Roxins* Lehre in ihre eigenen Schuldaufassungen aufgenommen und verarbeitet.

¹⁹ In diesem Sinne – außer *Jakobs* – z. B. *Gimbernat Ordeig*, ZStW 82 (1970), S. 379; *ders.*, *Festschrift für Henkel*, 1974, S. 151; *Muñoz Conde*, *Jornadas de Derecho Penal III* (1976), S. 223; *ders.*, GA 1978, 65; *ders.*, *Cuadernos de Política Criminal*, 1980, 41; *Streng*, ZStW 92 (1980), S. 637; *ders.*, ZStW 101 (1989), S. 273; *Achenbach*, in: *Schünemann* (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, S. 135; *Kunz*, ZStW 98 (1986), S. 823; *Moccia*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1989, 1066.

²⁰ *Jakobs* resümiert diese Probleme so: „Denn ob als Reaktion auf Schuld limitiert durch das Präventionsbedürfnis bestraft wird oder wegen des Präventionsbedürfnisses limitiert durch Schuld, läuft auf eins hinaus.“ (*Schuld und Prävention*, 1976, S. 6).

²¹ *Jakobs*, *Schuld und Prävention*, S. 5 f., 8 („In der vorliegenden Untersuchung wird zu zeigen versucht, daß die Schuld zweckbestimmt ist.“).

²² Es ist anzumerken, daß *Luhmann* der einzige nicht juristische Autor ist, den *Jakobs* hier zitiert (*Schuld und Prävention*, Fn. 19, 21, 22, 23, 36, 48, 74), ohne Rücksicht auf die Kritik, die schon damals innerhalb und außerhalb der Soziologie gegen den Funktionalismus vorgebracht wurde.

²³ Knapp formuliert: „Nur der Zweck gibt dem Schuldbegriff Inhalt.“ (*Jakobs*, *Schuld und Prävention*, S. 14). Dieser Satz sagt wesentlich mehr als *Jakobs'* Lehre eigentlich beabsichtigt. Dies wird noch zu zeigen sein.

²⁴ *Jakobs*, *Schuld und Prävention*, S. 32.

in die Geltung einer Norm²⁵; sie wird nur durch das Maß dessen begrenzt, was zur Erhaltung des Vertrauens notwendig ist²⁶.

3. Die Frage nach der Willensfreiheit des Täters ist nur der ontologisierende Versuch eines zweckfreien Strafrechts, seinem Legitimationsproblem auszuweichen²⁷.

4. Die strafrechtliche Zurechnung einer Handlung, einschließlich des positiven Schuldtatbestandes (Zurechnungsfähigkeit und Unrechtseinsicht), hängt von der Unmöglichkeit ab, den Konflikt anderweitig zu verarbeiten, oder, anders ausgedrückt, vom Zurücktreten einer kognitiven zugunsten einer normativen Erwartung gegenüber dem Täter, da die Faktoren, die bei dem Täter das motivatorische Geschehen bilden, auch für jeden anderen gelten würden. Entschuldigungsgründe liegen dagegen vor, wenn die Genese der Motivation des Täters als Unglück oder als Verschulden anderer erklärt werden kann, da in einem liberalen Staat die praktischen Bedingungen der rechtlichen Motivation des Täters berücksichtigt werden müssen.

Jakobs will auf diese Weise einen funktionalen und agnostischen Schuldbegriff bilden: Er soll es ermöglichen, die Gesellschaft nach den Erfordernissen des Strafzwecks, d. h. nach dem Ziel der Erhaltung allgemeiner Normanerkennung, zu steuern, ohne die Frage der Willensfreiheit zu berühren. Gleichzeitig bezweckt *Jakobs*, Strafrechtsgut, Normbruch und Strafe auf dasselbe Niveau zu bringen²⁸, indem sich die Strafrechtsgutsverletzung als Normbruch, d. h. als Negation der Bedeutung von Normen darstellt, der durch die strafende Reaktion bekämpft wird²⁹. Das Festhalten an der Norm-

²⁵ *Jakobs*, *Schuld und Prävention*, S. 32. Gegen den Normbruch als Normdesavouierung soll ein auf Kosten des Täters vollzogener Widerspruch erfolgen, in dem der Normbruch des Täters als Grund des sozialen Konflikts erklärt wird. Ziel und Rechtfertigung der staatlichen Strafe ist die Erhaltung der Norm als taugliches Orientierungsmuster („Einübung in Normanerkennung“); vgl. auch *Jakobs*, in: *Dieter* (Hrsg.), *Aspekte der Freiheit*, 1982, S. 75; *ders.*, *Allg. Teil*, 2. Aufl. 1991, 1/9 ff.

²⁶ *Jakobs*, *Schuld und Prävention*, S. 33.

²⁷ *Jakobs*, in: *Dieter* (Anm. 25), S. 71, 81; *ders.*, *Allg. Teil*, 17/23 ff. Die Frage der Willensfreiheit muß entweder ausgeklammert werden, weil sie keine Relevanz mehr für die strafrechtliche Zurechnung hat, oder sie muß völlig normativiert werden. Willensfreiheit besteht dann darin, daß die Notwendigkeit einer bestimmten Verteilung von Zwängen zwischen Sozietät und Individuum einsehbar ist; aber dieser Begriff gibt der Strafrechtsschuld keine konkreten Konturen.

²⁸ Dieser Zweck entspricht nicht nur einer neuen, wissenschaftlichen Fundierung der Strafrechtsdogmatik, sondern seine Verwirklichung wird mit der Wissenschaftlichkeit von Strafrechtsdogmatik sogar eng verbunden.

²⁹ *Jakobs*, *Allg. Teil*, 2/5 („Strafrechtsgut ist die praktische Verbindlichkeit der Norm.“).

geltung verlangt die kontrafaktische Bekräftigung des Norminhalts durch die Verhängung der staatlichen Strafe.

Jakobs' Schuldlehre ist der Höhepunkt einer zweigleisigen Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Nachkriegszeit. Sie wurde einerseits durch eine Normativierung des Schuldbegriffs begünstigt³⁰, die zum Teil zu dessen Entleerung geführt hat³¹. Andererseits wurde allmählich die philosophische Diskussion in der Schuldlehre von kriminologisch und sozialwissenschaftlich orientierten Ansätzen verdrängt. Das Bewußtsein, daß die Verhängung von Strafen „kein metaphysischer Vorgang (ist), sondern eine bittere Notwendigkeit in einer Gemeinschaft unvollkommener Wesen, wie sie die Menschen nun einmal sind“³², hat dazu geführt, daß nicht nur der Vergeltungsstrafe eine klare Absage erteilt wurde, sondern daß auch die Diskussion um die Willensfreiheit zugunsten einer Vertiefung der Beziehungen zwischen der Strafrechtsdogmatik einerseits und der Kriminologie und den Sozialwissenschaften andererseits zurücktrat. Die Frage der Willensfreiheit stieß auf ein theoretisches und praktisches non liquet: Die Willensfreiheit des Menschen habe keine solide theoretische Begründung und sei in concreto nicht nachweisbar³³. Der normativistische Ansatz und die Zurückhaltung in

³⁰ Die Normativierung des Schuldbegriffs war eine Folge der Kritik des psychologischen Schuldbegriffs; siehe dazu *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 75 ff., 97 ff. Andererseits war die Normativierung jedoch auch in starkem Maße eine Kehrseite der Subjektivierung der Unrechtslehre; vgl. *Moos*, Festschrift für Pallin, 1989, S. 301, 310. Am weitesten ist *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 135 ff., 203, gegangen, der in der völligen Subjektivierung des Unrechts und der Beseitigung jeden Zusammenhangs zwischen Schuld und Erfolg die Vervollständigung des Schuldprinzips sah; *Zielinski* vertritt daher auch die Gleichbestrafung von Versuch und Vollendung. Diese Radikalisierung der Unrechtslehre wurde schon 1975 von *Stratenwerth*, Festschrift für Schaffstein, 1975, S. 177, 182, und später von *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafrechtssystem, 1981, S. 117 ff., kritisiert. Siehe auch *Hirsch*, ZStW 94 (1982), S. 240, 249, mit eingehenden Ausführungen zur Stellung des Erfolges im personalen Unrechtsbegriff und umfassender Kritik an der Überbetonung des Intentionunwerts in der Schule *Armin Kaufmanns* („Handlung ist nicht bloß betätigter, sondern verwirklichter Wille“).

³¹ Siehe hierzu *Köhler*, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982, S. 376; *Baratta*, Cuadernos de Política Criminal 1984, 536; *Baurmann*, Zweckrationalität und Strafrecht, 1987, S. 288; *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S. 149; *de Francesco*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale 1991, 122.

³² AE Allg. Teil, 1966, S. 29, im Anschluß an *Schultz*, JZ 1966, 114.

³³ Siehe hierzu eingehend *Nowakowski*, Festschrift für Rittler, 1957, S. 56; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 1961, S. 224, 228; *Bockelmann*, ZStW 75 (1963), S. 380, 384, 389; *Engisch*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen

der Frage der Willensfreiheit führten dazu, daß vielfach versucht wurde, den strafrechtlichen Schuldvorwurf mehr oder weniger generalisierend zu fassen (vom Andershandelnkönnen des Typus des Täters bis zum Andershandelnkönnen des Durchschnittsmenschen)³⁴; zum Teil wollte man auch auf einen ethischen Gehalt des Vorwurfs verzichten³⁵. Dadurch, daß man die Ergebnisse der Sozialwissenschaften und der Kriminologie³⁶ sowie die kriminalpolitischen Zwecke der Rechtspflege berücksichtigte³⁷, wurde ein neues

Doktrin der Gegenwart, 1963, S. 23, 27; *Mangakis*, ZStW 75 (1963), S. 500; *Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, S. 63.

³⁴ Für einen generalisierenden Schuldbegriff u. a. *Nowakowski*, Festschrift für Rittler, S. 70; *Mangakis*, ZStW 75 (1963), S. 519, 540; *Müller-Dietz* (Anm. 33), S. 64; weitergehend aber *ders.*, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionssystems, 1979, S. 15; *Lenckner*, in: *Göppinger/Witter* (Hrsg.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, Teil A, 1972, S. 13, 45, 59; *ders.*, in: *Schönke/Schröder*, vor § 13 Rdn. 118; *Stratenwerth*, Schuld und Strafzumessung, 1971, S. 31; *Henkel*, Festschrift für Larenz, 1973, S. 22; *Krumpelmann*, ZStW 88 (1976), S. 12, 32; *ders.*, GA 1983, 339; *Cordoba Roda*, Culpabilidad y Pena, 1977, S. 70; *Lange*, in: LK, 10. Aufl. 1978, § 21 Rdn. 6; *Schreiber*, in: *Immenga* (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, S. 289; *Otto*, ZStW 87 (1975), S. 583; *ders.*, GA 1981, 486; *Albrecht*, GA 1983, 202; *Lackner*, Festschrift für Kleinknecht, 1985, S. 265; *Romano*, Commentario Sistematico del Codice Penale I, 1987, vor Art. 39 Rdn. 74; *Rudolphi*, in: SK StGB, vor § 19 Rdn. 1; *Moos*, Festschrift für Pallin, 1989, S. 288, 291; *Hirsch*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale 1991, 770; *Jescheck*, in: LK, 11. Aufl. 1993, vor § 13 Rdn. 74, 78; *Jescheck/Weigend*, Allg. Teil, 1996, S. 428. Kritisch dazu *Cerezo Mir*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1980, 348, 364; *Torio Lopez*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1985, 287; *Tiemeyer*, GA 1986, 203, 214; *Fiandaca*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale 1987, 873; *Padovani*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale 1987, 829; *Schünemann*, in: *ders.* (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 7, 8, 34. Vermittelnd *Haft*, Der Schuldiallog, 1978, S. 63, 66; *Zipf*, JBl. 1980, 194, 196; *Bacigalupo*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 466, die der Tatverantwortungslehre *Maurachs* nahestehen.

³⁵ Einige Autoren, wie *Neufelder*, GA 1974, 304, und *Tiemeyer*, GA 1986, 203, 227, nehmen sogar die Verfassungswidrigkeit eines ethisierten Schuldvorwurfs an.

³⁶ Die psychologischen und soziologischen Elemente, die *Roxin*, JA 1980, 227, als grundlegend für ein Resozialisierungsstrafrecht ansah, fanden in den Rechtsgutslehren von *Amelung*, *Otto* und *Jakobs* sowie in den Straftheorien von *Haffke*, *Jäger* und *Streng* starken Widerhall. Nach *Tiedemann*, Cuadernos de Política Criminal 1980, 265, stellte die Bewegung zur Rezeption der Theorien und Ergebnisse der Sozialwissenschaften in der Strafrechtsdogmatik eines der wichtigsten Merkmale der Entwicklung in der Nachkriegszeit dar.

³⁷ Darum hat sich bereits *Roxin* in seiner Arbeit „Kriminalpolitik und Strafrechtssystem“ von 1970 bemüht, außerdem *Hassemmer*, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; *ders.*, Festschrift für Lange, 1976, S. 502; *ders.*, Festschrift für Coing I, 1982, S. 493; *ders.*, in: *Hassemmer* u. a. (Hrsg.), Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften, 1983, S. 39 ff. Zur Beziehung zwischen Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, zum Teil kritisch, auch *Núñez Barbero*, in: Libro Homenaje al Professor Antón

Paradigma für die Strafrechtswissenschaft geschaffen, das vollständig auf Folgenorientierung und Outputkontrolle ausgerichtet war³⁸. Mit diesem Paradigmawechsel bekommen die strafrechtlichen Begriffe einen neuen Sinn, sie werden jetzt als Brückenkonzepte zwischen Dogmatik und Kriminalpolitik verstanden³⁹. Gleichzeitig entstehen drei grundlegende methodologische Probleme: der unkritische Import von Theorien und Ergebnissen der Sozialwissenschaften in die Strafrechtsdogmatik und damit verbunden die Gefahr einer Instrumentalisierung der Dogmatik durch die Kriminalpolitik⁴⁰; das Fehlen und die Zweideutigkeit empirischer Daten sowohl zur Begründung kriminalpolitischer Entscheidungen als auch zur Lösung konkreter Fälle⁴¹; und die Vertauschung der Beziehung zwischen Schuld und Prävention im strafrechtlichen Schuldvorwurf.

Oneca, 1982, S. 401; *Figueiredo Dias/Costa Andrade*, *Criminologia*, 1984, S. 93 ff.; *Pulitano*, in: *Marinucci/Dolcini* (Hrsg.), *Diritto Penale in Trasformazione*, 1985, S. 3 ff.; *Bricola*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1988, 3; *Mantovani*, *ZStW* 109 (1997), S. 17.

³⁸ Von einem neuen Paradigma sprechen auch *Hassemer*, in: *Hassemer u. a.* (Anm. 37), S. 46; *Naucke*, ebda., S. 28, und *Figueiredo Dias*, *Revista de Direito e Economia* 1988, 4; *ders.*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 1991, 11. Wie die philosophische Zurückhaltung der Dogmatik die Tür zu einem der Kriminalpolitik ausgelieferten, funktionalistischen Denken in der Schuldlehre geöffnet hat, zeigen *Kargl*, *Kritik des Schuldprinzips*, 1982, S. 414; *Eusebi*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1982, 250; *ders.*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1983, 1329; *Baurmann* (Anm. 31), S. 217; *Moos*, *Festschrift für Pallin*, S. 306; *Schünemann*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1991, 693, 709. Auch das Zurückgreifen auf Elemente der Sozialwissenschaften wurde durch die philosophische Zurückhaltung der Dogmatik begünstigt; siehe dazu *Zipf*, *JBl.* 1980, 187 f.; *Naucke*, in: *Hassemer u. a.* (Anm. 37), S. 9; *Hassemer*, ebda., S. 40, 44.

³⁹ Siehe *Schünemann*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1991, 693, 703.

⁴⁰ Am meisten hat vor den Gefahren eines unkritischen Imports kriminologischer Erkenntnisse gewarnt *Lange*, *ZStW* 93 (1981), S. 162, 179, 190; *ders.*, *Festschrift für Jescheck*, Bd. I, 1985, S. 54, 74; siehe auch *Schünemann*, in: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, S. 183.

⁴¹ Obwohl es eine zunehmende Zahl von Arbeiten auf diesem Gebiet gibt (vgl. *Pagliaro*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1981, 447; *Schöb*, *Festschrift für Jescheck*, Bd. II, S. 1081; *Schumann*, *Positive Generalprävention*, 1989), zeigen sich das Fehlen und die Zweideutigkeit empirischer Daten auf dem Gebiet von Spezial- und Generalprävention; siehe die Kritik von *Bock*, *ZStW* 102 (1990), S. 526, 530, 532; *ders.*, *ZStW* 103 (1991), S. 654; *Dölling*, *ZStW* 102 (1990), S. 8, 13, 14. Zur fehlenden empirischen Absicherung des neuen, extrem präventiv orientierten Ansatzes *Schreiber*, *ZStW* 94 (1982), S. 292; *Schünemann*, in: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, S. 180; *Müller-Dietz*, *Festschrift für Jescheck*, Bd. II, 1985, S. 820; *Pulitano* (Anm. 37), S. 25, 32; *Lange*, *Festschrift für Jescheck*, Bd. I, S. 62; *Roxin*, *SchwZStrR* 104 (1987), S. 356, 366; *Hirsch*, *Festschrift Rechtswissenschaftliche Fakultät Köln*, 1988, S. 419; *Zipf*, *Festschrift für Pallin*, 1989, S. 484; *Jescheck/Weigend*, *Allg. Teil*, S. 478 f.

Dem von *Jakobs* vertretenen Schuldbegriff wirft man vor, er übersehe diese methodologischen Probleme oder weiche ihnen aus⁴²; außerdem verfehle er durch eine Desubjektivierung der strafrechtlichen Verantwortung die Frage der Legitimation des strafrechtlichen Schuldvorwurfs⁴³.

Meine erste These⁴⁴ lautet: *Jakobs* errichtet sein strafrechtliches System auf der Basis eines soziologischen Vorurteils, d. h. einer bestimmten Auffassung der modernen Gesellschaft und der juristischen Dogmatik. Die moderne Gesellschaft wird als ein Kompositum betrachtet, das von Anonymität und Gleichgültigkeit gegenüber der inneren Motivation seiner Glieder beherrscht ist. Der modernen juristischen, insbesondere der strafrechtlichen Dogmatik wird eine nur beschreibende Funktion beigegeben, mit der Folge, daß die Dogmatik keine Kritik des Systems betreiben darf. Sie darf sich nur mit der Bildung und Aufrechterhaltung eines Netzes von institutionalisierten sozialen Erwartungen beschäftigen. In Übereinstimmung mit diesem soziologischen Vorurteil versucht *Jakobs* die Selbstregulierung des strafrechtlichen Systems zu beschreiben. Er stellt fest, daß die Bedürfnisse der Generalprävention der Maßstab sowohl für die Rechtfertigung des gesamten strafrechtlichen Systems als auch für die Erledigung jedes einzelnen Falles der Zurechnung schuldhafter Handlungen darstellen. Das Strafrechtssystem wird also in einem doppelten Sinn an der Outputgrenze

⁴² In diesem Sinne schon *Burkhardt*, *GA* 1976, 321, 341; *Stratenwerth*, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, S. 31 f.; *ders.*, *ZStW* 91 (1979), S. 921; *Schöneborn*, *ZStW* 92 (1980), S. 682; *Schünemann*, in: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, S. 179 ff.; *Arthur Kaufmann*, *Festschrift für Wassermann*, 1985, S. 889, 895; *ders.*, *Jura* 1986, 225, 226, 229; *Roxin*, *SchwZStrR* 104 (1987), S. 356, 367; *Fiandaca*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1987, 836, 862; *Kim*, *Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzips*, S. 88; *Küpper* (Anm. 31), S. 161; *Bock*, *ZStW* 103 (1991), S. 644; *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*, vor § 13 Rdn. 117; *Stübinger*, *KJ* 1993, 42, 48; *A. Rodrigues*, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, 1995, S. 439 ff.; *Jescheck/Weigend*, *Allg. Teil*, S. 216.

⁴³ Teilweise wird die Überschreitung des Subsidiaritätsprinzips, teilweise die Verfassungswidrigkeit des funktionalistischen Denkens hervorgehoben; siehe die Kritik bei *Otto*, *GA* 1981, 486, 494, 496; *Figueiredo Dias*, *ZStW* 95 (1983), S. 227; *Baratta*, *Cuadernos de Política Criminal* 1984, 549 f.; *Schünemann*, in: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, S. 171 ff.; *Mir Puig*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1986, 49, 52 ff.; *García Arán*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1988, 88; *Costa Andrade*, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, 1991, S. 116 ff., 129; *Hirsch*, *ZStW* 106 (1994), S. 753; *A. Rodrigues* (Anm. 42), S. 348 ff., 353, 364.

⁴⁴ Die im Text folgenden vier Thesen bilden den Kern meiner juristischen Dissertation, die im Januar 1993 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Katholischen Universität Lissabon vorgelegt wurde. Siehe zur ersten These *Albuquerque*, *Introdução à Actual Discussão sobre o Problema da Culpa em Direito Penal*, 1994, S. 41 f. (Fn. 37), 68.

orientiert. Auf der einen Seite wird das Ignorieren der persönlichen Lage des Täters (also der Inputgrenze) gefordert, auf der anderen Seite die Abhängigkeit des strafrechtlichen Systems von seinen Wirkungen in der Umwelt hervorgehoben. In *Jakobs'* Ausdrucksweise heißt dies, man solle den strafrechtlichen Schuldvorwurf nur (aber auch immer) dann erheben, wenn die Bedürfnisse der Generalprävention dies als nützlich erscheinen lassen. Auf diese Weise wird die Abhängigkeit des Systems von seinen eigenen Wirkungen in der Umwelt bzw. von der Befriedigung der Bedürfnisse der Generalprävention zum Maßstab für die Selbstregulierung des strafrechtlichen Systems.

Diese Orientierung der *Jakobsschen* Schuldlehre an den Folgen verwechselt Ursache und Wirkung, Tat und Wert: Die Befriedigung der Bedürfnisse der Generalprävention, die einer der tatsächlichen Effekte der Bestrafung ist, soll als eigentlicher Maßstab für die Bestrafung gelten. Hier begeht *Jakobs* einen logischen Fehler, der aus der Geschichte der Philosophie gut bekannt ist: den naturalistischen Fehlschluß⁴⁵. In dem Sinne, den *George Moore* in seinem Werk „Principia Ethica“ und später die Strömung der analytischen Philosophie dem „naturalistischen Fehlschluß“ gegeben haben, kann dessen Inhalt darin zusammengefaßt werden, daß aus einem deskriptiven Satz auf ein Werturteil geschlossen wird⁴⁶. Der naturalistische Fehlschluß bezeichnet den methodologischen Irrtum der *Jakobsschen* Schuldlehre: Danach hängt das Werturteil der Bestimmung und Abgrenzung strafrechtlicher Schuld von der deskriptiven Erkenntnis⁴⁷ der Präventionsbedürfnisse im konkreten Fall ab⁴⁸. Dieser logische Fehler ist nicht mit einem anderen zu verwechseln, von

⁴⁵ Zum weiteren siehe *Albuquerque* (Anm. 44), S. 82.

⁴⁶ Von der Erfassung des Sinns dieses Fehlschlusses hängt in der Rechtswissenschaft die Möglichkeit einer Trennung zwischen Faktizität und Werturteil sowie gleichzeitig die Eigenart und Selbständigkeit des Wertcharakters menschlicher Urteile ab. Diese Probleme werden eingehender behandelt bei *Castanheira Neves*, *Questão de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, Bd. I, A Crise 1966, S. 455 ff.; *ders.*, *Revista de Legislação e Jurisprudência* 1984, 197 ff.; *ders.*, *Metodologia Jurídica*, 1993, S. 159 ff. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Band II, 1979, S. 133, erklärt *Castanheira Neves* die Geltung der These vom naturalistischen Fehlschluß im Rahmen einer Anerkennung der eigenen axiologischen „intentio“ des Rechts gegenüber der Faktizität.

⁴⁷ Ganz klar in diesem Sinne *Jakobs*, *ZStW* 101 (1989), S. 536; *ders.*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1992, 1073, 1077; *ders.*, *ZStW* 107 (1995), S. 867. Nicht der „Ausschluß von Utopie“, wie *Jakobs* meint, sondern die theoretische Ausklammerung der Wertrationalität des Menschen zugunsten der Faktizität ist das Anstößigste an der funktionalen Lehre.

⁴⁸ Eingehend hierzu *Albuquerque* (Anm. 44), S. 85.

dem *Schünemann* erstmals 1984 gesprochen hat⁴⁹: Der „normativistische Fehlschluß“ bezeichnet die Bildung eines Schuldbegriffs ohne Beachtung seines realen, vorrechtlichen Substrats. Die normativistische Vollständigkeit des Systems versteckt eine nach Belieben festgesetzte und deshalb dezisionistische Zurechnung der schuldhaften Handlung. Die Kritik *Schünemanns* wirft *Jakobs* vor, die Begriffe des Gesetzes ohne Bindung an den kontextabhängigen und umgangssprachlichen Bedeutungskern, mit dem der Gesetzgeber diese Begriffe verwendet hat, in substratlose Begriffe umgedeutet zu haben. Meine Kritik bezieht sich dagegen gerade auf die andere Seite der Lehre *Jakobs'*, nämlich die Ausfüllung der substratlosen Begriffe (einschließlich des Schuldbegriffs) mittels einer deskriptiven Analyse der konkreten Präventionsbedürfnisse.

Man könnte fragen, welche dieser beiden kritischen Perspektiven den Kern von *Jakobs'* Lehre am besten trifft. Für eine umfassende Kritik sind beide Perspektiven nötig. Nur deren Vereinigung verschafft den richtigen Blick auf die theoretischen Grundlagen von *Jakobs'* Denken. Die Normativierung der Dogmatik mit der Entleerung der strafrechtlichen Begriffe wird bei ihm damit fortgesetzt, daß die „jeweilige Verfassung der Gesellschaft“⁵⁰ und ihre präventiven Bedürfnisse der Normstabilisierung als Maßstab für die strafrechtliche Zurechnung von Handlungen gesetzt werden. Bildlich gesprochen: Nur wegen seiner „Passion für den status quo“⁵¹ verzichtet *Jakobs* auf den kontextabhängigen, umgangssprachlichen Sinn der Begriffe des Gesetzes und verschafft sich auf diese Weise die Möglichkeit zu einer neuen Sinngebung, durch die er die faktischen Sicherungsbedürfnisse der Gesellschaft zum eigentlichen Kriterium der strafrechtlichen Zurechnung erhöht.

Mit der Auffassung, daß das Strafrechtssystem von seinen eigenen Wir-

⁴⁹ *Schünemann*, in: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, S. 186; *ders.*, *GA* 1986, 294; *ders.*, *National Chengchi Law Review* 50 (1994), S. 271, 283, 287 (hier wird auch auf den naturalistischen Fehlschluß hingewiesen, ohne daß *Schünemann* eine Verbindung der beiden Fehlschlüsse vorschläge); *ders.*, *GA* 1995, 221. Zum selben Problem, aber ohne Bezug zur Diskussion um den funktionalistischen Schuldbegriff, auch *Puppe*, *GA* 1994, 313, 317, die der heutigen Dogmatik vorwirft, daß deren normative Kunstsprache im Bereich der Lehre vom Kausalzusammenhang die deskriptiven Grundlagen der gesetzlichen Wertungen vernachlässige, mit der Folge, daß sie die strafrechtliche Zurechnung einem naturalistischen Vorverständnis ausliefere.

⁵⁰ Dieser Begriff verweist auf das faktische soziale System; explizit hierzu *Jakobs*, *Allg. Teil*, 17/22: „Konkretisierungen sind allein unter Bezug auf ein einigermaßen genau umrissenes soziales System möglich.“

⁵¹ So bezeichnet *Frankenberg*, *KJ* 1987, 296, die Theorie *Luhmanns*.

kungen auf die Umwelt abhänge, ignoriert *Jakobs* auch das, was *Luhmann* überzeugend dargelegt hat: Eine Abhängigkeit des Strafrechtssystems von seinen Folgen ist unzulässig, weil sie zur totalen Destabilisierung des Systems führen kann, indem das System den besonderen und ungewissen Bedingungen der Umwelt ausgeliefert wird⁵². Außerdem vernachlässigt *Jakobs* die wichtige Warnung *Luhmanns*, daß die soziologische Rechtslehre nur beschreibenden Charakter und keinen eigenen Anspruch auf die Regulierung des Systems habe⁵³.

Meine zweite These lautet: Die Folgenorientierung der *Jakobsschen* Schuldlehre wird nur nominal betrieben. Sie betrifft nur die theoretischen Grundlagen der Strafrechtsdogmatik. Alle wichtigen Probleme im Bereich der strafrechtlichen Schuld werden von *Jakobs* anhand der üblichen Kriterien behandelt, so daß *Jakobs* auch zu den üblichen Lösungen gelangt⁵⁴.

So wird die Fähigkeit zur Einsicht und zur Motivierbarkeit trotz der

⁵² Vgl. *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 30 ff.; *ders.*, Rechtssoziologie, 1983, S. 359 f.

⁵³ In diesem Sinne schon *Luhmann*, Rechtssoziologie, 1983, S. 119, 121, 360; *ders.*, Soziale Systeme, 1984, S. 162, 173, 293. Es ist hier nicht der Ort, den Wert von *Luhmanns* Soziologie für eine Begründung der Strafrechtsdogmatik zu analysieren. Das Unvermögen seiner Lehre, die deontologische Dimension des Rechts zu erfassen, kann jedoch in seinem als „turning point“ geltenden Werk „Soziale Systeme“ gut gezeigt werden. Die Reformulierung von *Luhmanns* Thesen auf autopoietischem Fundament hat an deren Unzulänglichkeit nichts geändert: Das Theorem der doppelten Kontingenz und die Theorie autopoietischer Systeme konvergieren zu einem subjektfrei konzipierten Handlungsbegriff (*Luhmann*, Soziale Systeme, S. 167). Die psychischen Systeme gehören zur Umwelt sozialer Systeme (a.a.O., S. 346); der Grad an wechselseitiger Kenntnis, der zur Reproduktion des sozialen Systems erforderlich sei, sei eine Variable des sozialen Systems, so daß auf jede substantialisierte Auffassung von Individuen, die als Träger bestimmter Eigenschaften die Bildung sozialer Systeme ermöglichen, verzichtet wird (a.a.O., S. 155). Trotz der Anerkennung einer Autopoiesis der psychischen Systeme (a.a.O., S. 355) und der Ablehnung eines autopoietischen Supersystems, das beide Systeme integrieren würde (a.a.O., S. 367), diene die Interpenetration beider Systeme einem selbstreferentiellen, aber auf kein Subjekt zentrierten Weltbild (a.a.O., S. 594), da das Alltagsverständnis, das auf ein bewußtseinsfähiges Subjekt verweist, theoretisch nicht gedeckt sei (a.a.O., S. 595). Folglich beruhe die Zurechnung des Handelns auf konkrete Einzelmenschen nur auf einem Vorurteil (a.a.O., S. 229). Dies allein zeigt bereits, daß es unzulässig ist, *Luhmanns* Lehre auf das Gebiet der Strafrechtsdogmatik zu übertragen. Als Fazit läßt sich sagen, daß soziologische und psychologische Theorien nur insoweit berücksichtigt werden dürfen, als sie sich auf Beschreibung und Kritik der Faktizität des geltenden Systems beschränken, jedoch nicht, wenn sie Maßstäbe für die Regulierung des Systems setzen wollen; so bereits, im Zusammenhang mit der Sündenbock-Doktrin, *Arthur Kaufmann*, Festschrift für Lange, 1976, S. 36.

⁵⁴ *Albuquerque* (Anm. 44), S. 66, 69.

nominalen Anwendung des Maßstabs der Zuständigkeit von Gewicht, Art und Grenzen der in § 20 StGB genannten psychischen Befunde abhängig gemacht⁵⁵. Bei der Frage der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, die als ein nur vom Strafzweck abhängiger Begriff dargestellt wird⁵⁶, werden „im Kernbereich zentraler Normen“ die Sozialisationsdefekte des Täters und im „verfügbaren Bereich“ die Normbefolgungsbereitschaft des Täters und sogar die vorangegangene Rechtsfeindschaft oder Gleichgültigkeit des Täters gegenüber den rechtlichen Regelungen berücksichtigt⁵⁷. Bei den Voraussetzungen der Entschuldigung, die nominal danach beurteilt werden, ob der betreffende Lebensbereich trotz Entschuldigung der Handlung rechtlich organisiert bleibt⁵⁸, werden die seelische Bedrängnis, in der sich der Täter befindet⁵⁹, sowie die Pflichten, die dem Täter obliegen und ein besonderes Vertrauen auf seine Widerstandskraft begründen, in Betracht gezogen⁶⁰. Soweit *Jakobs* hier Ansichten vertritt, die nicht der überwiegenden Meinung entsprechen, begründet er diese mit Erwägungen, die mehr mit dem Tatprinzip und der Beweislast als mit Bedürfnissen der Generalprävention zu tun haben⁶¹. Die Tatsache, daß *Jakobs* die Schuld als Derivat der Generalprävention auffaßt, hat also keinen konkreten Einfluß auf die Art und Weise, in der Probleme im Schuldbereich erledigt werden, und auch nicht auf die gefundenen Lösungen selbst⁶². *Jakobs* legt vielmehr die üblichen Maßstäbe an, die sich auf die Kontrolle der Motivation des Täters beziehen und die die wahren Faktoren der Zuschreibung strafrechtlicher Schuld bilden. Dieses magere Ergebnis der *Jakobsschen* Schuldlehre zeigt, daß der Autor nur rhetorisch auf die Systemtheorie zurückgreift, jedoch alle wichtigen Grundwerte der Strafrechtswissenschaft beibehält, vor allem die Ursprünglichkeit der Freiheit als Faktum im Leben eines jeden Menschen und als Grund jeder Art des Vorwurfs, einschließlich des strafrechtlichen Vorwurfs⁶³.

⁵⁵ *Jakobs*, Allg. Teil, 18/25.

⁵⁶ *Jakobs*, Allg. Teil, 19/33.

⁵⁷ *Jakobs*, Allg. Teil, 19/35 ff.

⁵⁸ *Jakobs*, Allg. Teil, 20/4.

⁵⁹ *Jakobs*, Allg. Teil, 20/8 („Leib und Freiheit müssen in einem Maß gefährdet sein, bei dem plausibel ist, daß der Täter auf die Güter anderer Personen keine Rücksicht mehr nimmt. Das Maß hängt von der psychischen Konstitution des Täters ab.“).

⁶⁰ *Jakobs*, Allg. Teil, 20/13 ff.

⁶¹ *Jakobs*, Allg. Teil, 20/11.

⁶² Diesen Schluß zieht auch *Lüderssen*, ZStW 107 (1995), S. 890.

⁶³ In diesem Ergebnis, wenn auch nicht in den Begründungen übereinstimmend *Schöneborn*, ZStW 92 (1980), S. 689; *Schünemann*, in: Grundfragen des modernen Strafrechts-

Meine dritte These lautet: In *Jakobs'* System ist der Begriff der individuellen Vermeidbarkeit der Handlung der wahre gemeinsame Nenner der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für schuldhaftige Handlungen⁶⁴. Schon 1974 hat *Jakobs* darauf hingewiesen, daß strafrechtliche Zurechnung von einer „individuellen Handlung“ abhängig sei⁶⁵. Diese „individuelle Handlung“ soll in dem Sinn verstanden werden, daß dem Täter nur Handlungen zugerechnet werden dürfen, die er vermeiden kann. In der Arbeit „Der strafrechtliche Handlungsbegriff“ (1992) identifiziert *Jakobs* den Begriff der Handlung im Sinne individueller Vermeidbarkeit sogar mit dem Sich-schuldig-Machen für einen Normgeltungsschaden⁶⁶. Man könnte die *Jakobs'sche* These von der Ineinsetzung von vermeidbarer Handlung und Schuldzurechnung so verstehen, als ob *Jakobs* den Schuldbegriff zum Angelpunkt für den Handlungsbegriff genommen hätte. Das Gegenteil ist jedoch richtig: Bei *Jakobs* gibt die individuell vermeidbare strafrechtliche Handlung dem Schuldbegriff seinen wahren Kern, so daß dieser Begriff von der „Materialität des Handlungsbegriffs“ mitbestimmt wird. Die Abhängigkeit der strafrechtlichen Zurechnung von einer individuell vermeidbaren Handlung gründet die strafrechtliche Verantwortung im Täter selbst und nicht im Fehlen einer Organisationsalternative, „die generell vorzugswürdig sei“⁶⁷. Nur auf diese Weise wird der Grundsatz der Unverletzlichkeit der Menschenwürde⁶⁸ geachtet; außerdem werden nur so die schwerwiegenden Probleme einer Instrumentalisierung der Strafrechtsdogmatik durch die Kriminalpolitik sowie der Bestimmung der Bedürfnisse der Generalprävention in jedem konkreten Fall (und die daraus folgende Beliebigkeit der Ergebnisse) vermieden⁶⁹. Die Anerkennung der grundsätzlichen Subjektiv-

systems, S. 177; *Tiemeyer*, GA 1986, 203, 213; *Kindhäuser*, GA 1989, 498; *Lenckner*, in: *Schonke/Schröder*, vor § 13 Rdn. 109a; *Hirsch*, ZStW 106 (1994), S. 753.

⁶⁴ *Albuquerque* (Anm. 44), S. 66.

⁶⁵ *Jakobs*, Festschrift für *Welzel*, 1974, S. 309 f.; *ders.*, Allg. Teil, 6/24 ff., 32; *ders.*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992.

⁶⁶ *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 44.

⁶⁷ So aber *Jakobs*, Allg. Teil, 17/23. Den unheilbaren Bruch zwischen *Jakobs'* rein individuellem Fahrlässigkeitsbegriff und seinem rein objektiven Schuldbegriff unterstreicht *Schünemann*, National Chengchi Law Review 50 (1994), S. 278.

⁶⁸ Als axiologische Grundlegung des Schuldprinzips betrachtet diesen Grundsatz *Figueiredo Dias*, ZStW 95 (1983), S. 224 f.; *ders.*, ZStW 105 (1993), S. 86.

⁶⁹ Die Versuche von *Achenbach*, in: *Schünemann* (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, S. 143 f.; *Kunz*, ZStW 98 (1986), S. 823, 831, 834, und *Streng*, ZStW 101 (1989), S. 273, 292, 300, einen generalpräventiv orientierten Schuldbegriff durch die Heranziehung einer Perspektive der Alltagsmoral über die Freiheit des Menschen mit der Gerechtigkeit zu versöhnen, belegen nur die Unbrauchbarkeit einer Schuldauf-

tät der strafrechtlichen Zurechnung bei *Jakobs* durch die Einführung des Begriffs der individuellen Vermeidbarkeit der Handlung und deren Folgen für die praktischen Lösungen im Bereich der Schuldlehre stellt die Anerkennung eines unausweichlichen Merkmals strafrechtlicher Zurechnung dar: Strafrechtliche Schuld gründet sich auf ethische Schuld⁷⁰. Selbstverständlich unterscheiden sich diese beiden Arten der menschlichen Verantwortung und der Zurechnung von Handlungen, und diese Unterschiede machen die Differenz zwischen dem ethischen und dem strafrechtlichen Vorwurf aus⁷¹; aber die individuelle Vermeidbarkeit der Handlung bleibt gemeinsames Substrat beider Arten menschlicher Verantwortung.

Jakobs begründet den Begriff der individuellen Vermeidbarkeit überzeugend damit, daß strafrechtliche Zurechnung rollenübergreifend sei, da sie weiter als die sozialen Rollen des Täters gehe und ihn selbst ergreife⁷². Genau diese Art der Verantwortung, die die Person als Ganzes betrachtet, wird in *Luhmanns* soziologischer Theorie mit der Einführung ethisch begründeter Kriterien der Zurechnung menschlicher Handlungen gleichgesetzt⁷³.

Meine vierte These lautet: Der Gegensatz zwischen den theoretischen

fassung, die auf den Wert der Freiheit des Menschen verzichtet. Dagegen will *Neumann*, ZStW 99 (1987), S. 589, 593, der gleichfalls einen normativ-funktionalistischen Schuldbegriff akzeptiert, die gerechte Strafe nicht aus der präventiven Wirksamkeit herleiten, sondern argumentiert in die umgekehrte Richtung.

⁷⁰ Wie *Hünnerfeld*, Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal, 1981, S. 181, hervorgehoben hat, ist diese Auffassung in der portugiesischen Strafrechtslehre seit langem herrschend. Siehe *Cavaleiro Ferreira*, A Personalidade do Delinquente na Repressão e na Prevenção, 1943, S. 22, 99, 177; *ders.*, Direito Penal Português, Parte Geral, Bd. I, 1982, S. 411 ff.; *ders.*, Lições de Direito Penal, Parte Geral, Bd. I, 1992, S. 260 ff.; *Eduardo Correia*, Boletim do Ministério da Justiça 1963, 30, 36; *ders.*, Direito Criminal, Bd. I, 1963, S. 316, 318; *Figueiredo Dias*, O problema da consciência da ilicitude, 1969, S. 181 ff.; *ders.*, Liberdade, Culpa, Direito Penal, 1983, S. 158, 165 f.; *ders.*, ZStW 95 (1983), S. 220; *Faria Costa*, O Perigo em Direito Penal, 1992, S. 251, 400 f. Aus der deutschen und italienischen Lehre sind in diesem Zusammenhang vor allem zu nennen *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 1961, S. 127 f.; *Köhler* (Anm. 31), S. 134 ff., 144, 186; *ders.*, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 50; *ders.*, Festschrift für *Lackner*, 1987, S. 21 ff., 30; *Bettiol*, Scritti Giuridici, Bd. II, 1966, S. 625, 629; *ders.*, Scritti Giuridici 1966-1980, S. 105, 113 f.; *ders.*, Festschrift für *Welzel*, 1974, S. 188, 190 ff.

⁷¹ Diese Unterschiede unterstreichen auch alle Autoren, die den hier vertretenen Ansatz teilen; beispielhaft *Arthur Kaufmann* (Anm. 70), S. 187, 194; *Eduardo Correia*, Boletim do Ministério da Justiça 1963, 26, 42.

⁷² *Jakobs*, ZStW 101 (1989), S. 518, 537; *ders.*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1989, 637, 639; *ders.*, Allg. Teil, 6/24, 19/37; *ders.*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1992, 1067; *ders.*, ZStW 107 (1995), S. 861.

⁷³ Vgl. *Luhmann*, Rechtssoziologie, 1983, S. 119; *ders.*, Soziale Systeme, 1984, S. 319.

Grundlagen von *Jakobs'* Zurechnungslehre einerseits sowie der grundsätzlichen Subjektivität des Oberbegriffs und den praktischen Lösungen dieser Lehre andererseits wird durch die Annahme versöhnt, daß jeder Mensch ein „Gleicher“ mit eigenem Raum der Selbstbestimmung sei⁷⁴.

Diese Voraussetzung soll nur deshalb nicht strafrechtsintern erklärt werden⁷⁵, weil eine solche Erklärung die *Jakobssche* Schuldlehre in Widerspruch zu seinem soziologischen Vorurteil setzen würde⁷⁶. Trotz der Einführung einer neuen Begrifflichkeit, die die wahre Natur und Bedeutung dieser Voraussetzung verdeckt⁷⁷, werden die Motivation des Täters und die praktischen, externen Bedingungen dieser Motivation in Betracht gezogen. Gegen den Einwand, die funktionalistischen Grundlagen seiner Lehre seien subjektfeindlich und ermöglichten die Entwertung des Menschen zum Zweck der Erhaltung der Identität der Gesellschaft, verteidigt sich *Jakobs* mit dem Argument, daß eine Deskription nicht instrumentalisieren⁷⁸ und daß seine Lehre nur eine beschreibende Analyse des geltenden Systems darstelle. Später greift *Jakobs* auf den empirischen Befund zurück, daß Subjektivität nur durch gesellschaftliche Vermittlung entstehen könne, indem ein funktionierendes Gesellschaftssystem die empirischen Bedingungen von Subjektivität schaffe⁷⁹. Weder die methodologische Differenzierung noch der Rückgriff auf die empirische Fundierung des Subjekts widerlegen jedoch den Einwand, da beide Argumente den axiologischen Charakter jeder strafrechtlichen Zurechnungslehre vernachlässigen. Die Tatsache, daß eine Strafrechtslehre als bloße Deskription eines gesellschaftlichen Zustands verstanden werden soll, hindert nicht, daß durch sie die Zurechnung strafrechtlicher Verantwortung vollständig instrumentalisiert wird; dies gilt besonders dann, wenn diese Lehre gleichzeitig Maßstäbe für strafrechtliche Verantwortung

⁷⁴ Siehe *Jakobs*, Allg. Teil, 17/48; *ders.*, ZStW 107 (1995), S. 868. In der Arbeit „Das Schuldprinzip“ (1992) erscheint die grundsätzliche Bedeutung dieser Voraussetzung für die strafrechtliche Zurechnung von Handlungen am deutlichsten. Dort wird ausdrücklich gesagt, daß der materielle Schuldvorwurf legitime Normen voraussetzt und daß diese nur dann legitim sind, wenn sie die Freiheit des Bürgers anerkennen. Vgl. *Jakobs*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1992, 1075, 1083.

⁷⁵ *Jakobs*, ZStW 107 (1995), S. 855.

⁷⁶ Siehe dazu *Albuquerque* (Anm. 44), S. 68 f.

⁷⁷ Dies ist nicht eine Frage der Verallgemeinerung des strafrechtlichen Schutzes mit mehr oder weniger Abstraktion oder Rückgriff auf Empirie, wie *Lüderssen*, ZStW 107 (1995), S. 881, 891, meint, sondern betrifft die Frage, welche Rolle der Grundsatz der Freiheit des Menschen im Strafrechtssystem spielt und inwiefern die theoretischen Grundlagen von *Jakobs'* Lehre mit seinen praktischen Lösungen kompatibel sind.

⁷⁸ *Jakobs*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1992, 1077.

⁷⁹ *Jakobs*, ZStW 107 (1995), S. 850.

setzen will. Gegen die absolute Souveränität der Normen der Gesellschaft, die nach *Jakobs* theoretisch die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit bestimmen (und bestimmen sollen), läßt sich nicht mit der Tatsache argumentieren, daß Subjektivität gesellschaftlich vermittelt sei, da sich auch auf diese Weise die Gefahr einer Auflösung der Dogmatik und der Vernichtung der Subjektivität durch eine totalitaristische Gesellschaftsverfassung nicht vermeiden läßt. *Jakobs* versucht das Problem der Legitimität gesellschaftlicher Normen dadurch zu lösen, daß er diese Legitimität einfach unterstellt⁸⁰. Auf diese Weise versucht *Jakobs* der Kritik zu entgehen, die die Grundlagen seiner Lehre als subjektfeindlich bezeichnet. Durch den genannten Kunstgriff wird nicht nur die Anerkennung des einzelnen als Gleicher mit eigenem Raum der Selbstbestimmung garantiert, sondern auch die theoretisch unterstellte Gleichsetzung der gesellschaftlichen Zuschreibung von Schuld mit dem materiellen Gehalt von Schuld. Indem *Jakobs* die Legitimität der gesellschaftlichen Normen unterstellt, kehrt er zu dem Fundament zurück, auf das sich das gesamte Strafrechtssystem stützt: die Freiheit des Menschen. Gleichzeitig wird der Begriff der individuellen Vermeidbarkeit der Handlung zum Substrat strafrechtlicher Verantwortung erhöht.

⁸⁰ *Jakobs*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1992, 1074 f., 1083.

Thomasius und Beccaria als Folterkritiker Überlegungen zum Kritikpotential im kriminal- wissenschaftlichen Diskurs der Aufklärung*

Von Professor Dr. Dr. Günter Jerouschek, Jena

I.

Mit *Thomasius* und *Beccaria* stehen zwei epochemachende Autoren im Zentrum meiner Ausführungen, denen wir – so die *communis opinio* – aus kriminalwissenschaftsgeschichtlicher Sicht wesentliche Grundlegungen unseres modernen strafrechtlichen Denkens verdanken. Der Bogen spannt sich dabei von ersterem als Exponenten der Frühaufklärung bis hin zu dem italienischen Adelsproß, der in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts bereits auf einem aufgeklärten Wissensfundus aufbauen konnte. Zu diesem Fundus gehörte auch das Werk des hallischen Rechtslehrers *Thomasius*, der von seinen Schülern zum „Erretter Deutschlands“ verklärt werden sollte¹.

Ich möchte mir hier keine rahmensprengende Gegenüberstellung der Gesamtkonzeptionen beider Autoren zumuten. Ein solches Vorhaben erforderte einen längeren Atem und einen breiteren Raum als er hier zur Verfügung steht. Dies gilt um so mehr, als gerade *Thomasius* das *Petitum des Jenaer Polyhistor Daniel Georg Morhof* zu seiner Lebensmaxime erkoren hatte, daß nämlich der Mensch sich zeit seines Lebens nicht lediglich mit einer Wissenschaft oder Disziplin herumschlagen möge². *Thomasius* scheint dies wie kaum ein anderer beherzigt zu haben, betätigte er sich doch als Jurist und Philosoph, als Psychologe und Historiker, ja auch als Journalist. Ich möchte mich hier auf ein – wenn auch wichtiges – Kapitel, das vielleicht sogar einen neuralgischen Punkt markiert, im Lebenswerk beider beschränken, nämlich die Auseinandersetzung mit der Folter als Institut des seinerzeitigen Strafverfahrens. Auf den ersten Blick scheint man sich dabei auf ausgetretenem Pfade zu bewegen, wird doch *Thomasius* allenthalben und

* Überarbeitete Fassung der Antrittsvorlesung, gehalten am 24. 11. 1997 an der Friedrich-Schiller-Universität zu Jena.

1 *Rüping*, Die Naturrechtslehre des Christian Thomasius und ihre Fortsetzung in der Thomasius-Schule, Diss. 1968, S. 153 ff. Zu weiteren Ehrentiteln vgl. *Lieberwirth*, in: *Gerlach* u. a., Christian Wolff als Philosoph der Aufklärung in Deutschland, 1989, S. 75.

2 *Schmidt-Biggemann*, *Topica universalis. Eine Modellgeschichte humanistischer und barocker Wissenschaft*, 1983, S. 273 f.