

Schuldgrundsatz

Herausgegeben von
WOLFGANG WOHLERS
und KURT SEELMANN

Mohr Siebeck

Schuldgrundsatz



Schuldgrundsatz

Entstehung – Entwicklungsgeschichte –
aktuelle Herausforderungen

Herausgegeben von

Wolfgang Wohlers und Kurt Seelmann

Mohr Siebeck

Wolfgang Woblers ist Professor für Straf- und Strafprozessrecht an der Universität Basel.

Kurt Seelmann ist Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie in Saarbrücken, Hamburg und Basel, seit 2014 emeritiert.

ISBN 978-3-16-162136-9 / eISBN 978-3-16-163483-3

DOI 10.1628/978-3-16-163483-3

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Reemers Publishing Services aus der Stempel Garamond gesetzt, und von Holland Digital Printing in Huizen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in in the Netherlands.

Vorwort

Die Debatte um die Schuld erlebt beständig Renaissance. Wie so oft bei Renaissance steht dabei im Streit, wieviel wirklich Neues die Wiederbeschäftigung in sich birgt. Auch in den letzten Jahren haben neue Fragestellungen zu mancher Neubefassung mit der Schuldkategorie geführt und auch dieses Mal gehört die Frage, ob sich wirklich neue Schuldprobleme aus neuen Entwicklungen in der Lebenswirklichkeit ergeben, bereits zum Inhalt der Debatte. Worum geht es?

Zum einen geht es schon seit einigen Jahren um ein Wiederauftauchen des klassischen Willensfreiheitsproblems im Gefolge von Neuentwicklungen der Hirnforschung – wobei umstritten ist, ob der Stand der Debatte zur Schuld sich wirklich verändert hat oder verändern muss.

Zum anderen geht es um mögliche neu hinzukommende Objekte des Schuldurteils: Sollte sich auch ein Unternehmen schuldig machen können und folglich strafbar sein? Eine Frage, die in Deutschland und in der Schweiz immer noch mehrheitlich unterschiedlich beantwortet wird. Und wie sieht es insoweit bei künstlicher Intelligenz aus, etwa bei Robotern – könnten auch sie sich in naher oder ferner Zukunft schuldig machen?

Diese Themen werfen die Frage auf, ob die klassische Debatte zur Schuld begründung seit dem Spätmittelalter und der frühen Neuzeit nicht schon auf all diese Probleme Antworten zu geben versucht hat. Denn gerade die klassische und praktisch unlösbare Willensfreiheitsdebatte arbeitete schon früh mit Fiktionen oder normativ motivierten Begriffsbehelfen, mit Kompromissen auf dem weiten Feld von Ursachen versus Gründen. Man fragte auch nach Möglichkeiten kollektiver Zurechnung und nach Zurechnungen fremder Schuld, so wie man heute bei Robotern fragt, wie viel an Einsichts- und Selbststeuerungsfähigkeit, an Kommunikation zwischen Zurechnungsobjekt und Zurechnungs-subjekt und an Normbefolgungskompetenz für Zurechnung vorauszusetzen sei.

Doch stellt man auf das Anders-Handeln-Können ab, so hat man ein Nachweisproblem, im Allgemeinen und im individuellen Fall. Und stellt man *nicht* auf das Anders-Handeln-Können ab, so könnte sich für die Zurechnung ein Legitimationsdefizit ergeben: Denn wie viel Normativität verträgt das Modell der Zurechnung, wie funktional und wie fiktional darf es sein, um noch zugleich gerecht zu erscheinen und funktionstüchtig zu sein?

Wäre da etwa ein Ausweg, Schuld nur zur Einschränkung einer anderswie zu begründenden Zurechnung zu begreifen, im Sinne des Diktums von Wolfgang Naucke, es gehe bei Schuld nur um die innenpolitischen Gründe für die Entlastung von Anpassungsdruck? Oder helfen uns kompatibilistische Erwägungen

weiter, wie sie schon, ganz hegelianisierend, der Hegelgegner Adolf Merkel angestellt hat? Etwa, dass der Wille frei sei, wenn sich in ihm der je individuelle Charakter manifestiere? Oder sollte man, wie Tatjana Hörnle vorschlägt, die Schuld als Zurechnungsfigur – oder nur als Wort? – ganz abschaffen und die Zurechnungsbedürfnisse der zweiten Person als normative Ansprechbarkeit im Unrecht verorten?

Fragen über Fragen, denen wir uns mit einer kleinen Gruppe von Strafrechtswissenschaftlerinnen und Strafrechtswissenschaftlern auf einem Workshop befasst haben, den wir vom 20. bis 22.6.2022 auf dem Landgut Castelen in Augst im Kanton Basel-Landschaft durchgeführt haben. Die Veranstaltung und der hieraus hervorgegangene Sammelband sind Teil eines vom Schweizerischen Nationalfonds unterstützten Projekts zum Thema „Die Digitalisierung des Individualverkehrs – das Strafrecht vor neuen Herausforderungen“. Die Veranstaltung sollte ursprünglich vom 25. bis 27.3.2020 stattfinden und musste, bedingt durch die Corona-Pandemie, mehrfach verschoben werden. Wir sind sehr glücklich, dass die große Mehrzahl der eingeladenen Kolleginnen und Kollegen trotz der mehrfachen Verschiebung das Interesse an dem Projekt behalten haben und die Teilnahme einrichten konnten bzw. trotz einer Verhinderung bereit waren, Inputreferate zur Verfügung zu stellen, welche den Diskussionen im Plenum eine solide Grundlage gegeben haben. Das Format der Veranstaltung war tatsächlich das eines Workshops, d.h. es sind nicht ausgearbeitete Referate vorgetragen worden, sondern wir haben im Anschluss an kurze Inputreferate vor allem diskutiert. Die Diskussionen haben die Grundlage dafür geschaffen, dass die Teilnehmerinnen und Teilnehmer im Anschluss an die Veranstaltung die Beiträge verfasst haben, die nun im vorliegenden Band publiziert werden.

Die Beiträge fügen sich im Anschluss an einen einleitenden Beitrag der Herausgeber, in dem die Gesamtproblematik im Überblick dargestellt und die Bereiche herausgearbeitet werden, die einer näheren Bearbeitung bedürfen, in drei Abschnitte: Es geht zum Ersten um die Entstehung des Schulddenkens (vgl. die Beiträge von Stübinger; Maihold), zum Zweiten um die Entwicklung des Schuldgrundsatzes über den psychologischen zum normativen und zum funktionalen Schuldbegriff (vgl. die Beiträge von Renzikowski, Greco, Neumann, Stuckenberg und Aichele) und zum Dritten um die Herausforderungen, die in der aktuellen Diskussion im Vordergrund stehen, d.h. das Verhältnis von Schuld und Prävention (Coninx und Weigend), die Schuldfähigkeit von Unternehmen (Lehmkuhl) und schließlich um die Schuldfähigkeit von Robotern und anderen Formen Künstlicher Intelligenz (Gless und Wohlers).

Wir haben in mehrfacher Hinsicht zu danken. Zunächst einmal den am Projekt beteiligten Kolleginnen und Kollegen für ihr Interesse an dem Projekt, die engagierte Teilnahme an den Diskussionen und vor allem auch dafür, dass sie die Mühe auf sich genommen haben, die hier publizierten Texte zu Papier zu bringen. Des Weiteren danken wir Frau Esther Jundt für die engagierte und sorgfältige organisatorische Betreuung des Projekts, Frau Carmen Brun von der Bildungs-, Kultur- und Sportdirektion des Kantons Basel-Landschaft dafür, dass wir die Räumlichkeiten des Landguts Castelen nutzen durften und dem Schwei-

zerischen Nationalfonds dafür, dass die Kosten des Workshops nach einer pandemiebedingten Verlängerung der Dauer des Projekts über den Schweizerischen Nationalfonds abgerechnet werden konnten. Danken möchten wir zudem dem Verlag Mohr Siebeck und seinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, insbesondere Frau Dr. Scherpe-Blessing, für die Bereitschaft, das Werk in das Verlagsprogramm aufzunehmen, sowie die wieder einmal problemlose und sehr angenehme Zusammenarbeit. Die Betreuung der eingereichten Manuskripte lag bei der Assistenz des Lehrstuhls Wohlers in den Händen von Esther Jundt, Yasmine Müller und David Bruchez.

Basel, im Juni 2023

Kurt Seelmann und Wolfgang Wohlers

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Wolfgang Wohlers/Kurt Seelmann</i> Der Schuldgrundsatz: Versuch einer Abschätzung des Restaurationsbedarfs an einem Grundpfeiler des Strafrechts.	1
<i>Stephan Stübinger</i> Entstehung des modernen Schulddenkens	23
<i>Harald Maihold</i> Erlösen und Strafen: Die Spanische Spätscholastik als Wiege des modernen juristischen Schulddenkens	57
<i>Lucas Montenegro/Joachim Renzikowski</i> Vom psychologischen zum normativen Schuldbegriff? Nacherzählung einer Wende, die es so nicht gab	77
<i>Luís Greco</i> Vorüberlegungen zu einer Geschichte des Schuldbegriffs	99
<i>Wolfgang Frisch</i> Der normative Schuldbegriff	111
<i>Carl-Friedrich Stuckenberg</i> Funktionale Schuldbegriffe	129
<i>Ulfrid Neumann</i> Zeitstruktur und Normstruktur des strafrechtlichen Schuldprinzips . . .	143
<i>Alexander Aichele</i> Schuld: Miasmatische Eigenschaft oder Resultat erfolgreicher Zurechnung?	163
<i>Thomas Weigend</i> Schuldausgleich und Prävention: Können sie die Strafe begründen?. . . .	187

Anna Coninx

Der blinde Fleck des zweispurigen Sanktionenrechts:

Die freiheitsentziehenden Maßnahmen 199

Marianne Johanna Lehmkuhl

Schuld im Unternehmensstrafrecht. 221

Sabine Gless

Personalität und Schuld von KI-Systemen – What if?. 235

Wolfgang Wohlers

Die „ePerson“: ein tauglicher Adressat strafrechtlicher Sanktionen? . . . 257

Tatjana Hörnle

Überlegungen zu einer Re-Strukturierung

der Verbrechenslehre: Verzicht auf Schuldvorwurf und Schuldsemantik,

Fokussierung auf den Unrechtsvorwurf 279

Verzeichnis der Autoren 299

Der Schuldgrundsatz: Versuch einer Abschätzung des Restaurationsbedarfs an einem Grundpfeiler des Strafrechts

Wolfgang Wohlers/Kurt Seelmann

I. Schuld als notwendige Voraussetzung für Strafe

Dass die Verhängung von Strafen zwingend Schuld zur Voraussetzung hat, ist im aktuellen strafrechtsdogmatischen Diskurs im Grundsatz (fast)¹ unbestritten.² Geht man von diesem Grundsatz aus, ist eine Sanktion, die verhängt wird, obwohl es an einem schuldhaften Verhalten fehlt, der Sache nach gar keine Strafe.³ Wird eine schuldunabhängige Sanktion dennoch als Strafe bezeichnet, wird man dies jedenfalls dann, wenn man gleichzeitig am Grundsatz der zwingenden Konnexität von Schuld und Strafe festhält, als einen Etikettenschwindel bezeichnen müssen.⁴

Die von Müller-Dietz vor mehr als 50 Jahren in den Raum gestellte Frage, ob die These des zwingenden Zusammenhangs von Strafe und Schuld als ein ewig wahrer krypto-naturrechtlicher Satz aufzufassen ist,⁵ knüpft insbesondere an Äußerungen an wie die des Großen Senats für Strafsachen, der in einem auch heute noch vielzitierten Beschluss vom 18.3.1952 festgehalten hat:

„Strafe setzt Schuld voraus. Schuld ist Vorwerfbarkeit. Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, dass er sich nicht rechtmäßig verhalten, dass er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich rechtmäßig verhalten, sich für das Recht

¹ Vgl. aber – aus jüngerer Zeit – Hörnle, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 2013 und Burghardt, Zufall und Kontrolle, 2018 und hierzu unten Abschnitt V.3.

² Frisch, in: FS für Kristian Kühl, 2014, 187; Gallas, ZStW 1968, 1, 5; Hallmann, Gebundene Freiheit und strafrechtliche Schuld, 2017, 60 ff.; Heger, in: FS für Kristian Kühl, 2014, 187; Krauß, in: Heine/Pieth/Seelmann (Hrsg.), Wer bekommt Schuld? Wer gibt Schuld?, Gesammelte Schriften von Detlef Krauß, 2021, 367; Neumann, in: Simester/Neumann/Pedain (Hrsg.), Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch, 2014, 67, 77 f. und 81 f.; ders., in: FS für Günther Jakobs, 2007, 441 f.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, 23 sowie 407; Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 2020, § 19 Rn. 7.

³ Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1976, 203 f.; Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, 31; Stratzenwerth, Beiträge zu Grundfragen eines zeitgemässen Strafrechts, hrsg. von Aebersold et al., 2017, 207, 218 f.; Walter, in: FS für Jan Schroeder, 2006, 131; vgl. auch Frister, in: FS für Wolfgang Frisch, 2013, 553: eine „Strafe ohne Vorwurf“ ist ein Widerspruch in sich.

⁴ Wohlers, GA 2019, 425, 438.

⁵ Müller-Dietz (Fn. 3), 29.

hätte entscheiden können. Der innere Grund des Schuldvorwurfs liegt darin, dass der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden, sein Verhalten nach den Normen des rechtlichen Sollens einzurichten und das rechtliche Verbotene zu vermeiden, sobald er die sittliche Reife erlangt hat und solange die Anlage zur freien sittlichen Selbstbestimmung nicht durch die in § 51 StGB [= § 20 StGB n.F.] genannten krankhaften Vorgänge vorübergehend gelähmt oder auf Dauer zerstört ist.“⁶

Diese Ausführungen, die schon von ihrem Duktus her ein klar bekenntnisartiges Statement darstellen,⁷ gelten auch heute, 70 Jahre später, immer noch als wichtiger Referenzpunkt, wenn es darum geht darzutun, dass Strafrecht notwendigerweise Schuldstrafrecht sein muss.⁸ Der Große Senat des BGH befindet sich insofern allerdings in guter Gesellschaft, denn auch die Autoren der Standardwerke zum Allgemeinen Teil des Strafrechts beschränken sich weitgehend auf formelhaft bleibende Ausführungen, wenn es darum geht, den zwingenden Konnex von Strafe und Schuld darzutun. Zur Illustration dieses Befundes verweisen wir beispielhaft auf die einschlägigen Passagen, mit denen Günter Stratenwerth die Geltung des Schuldgrundsatzes in seinen Lehrbüchern zum deutschen und zum schweizerischen Strafrecht erläutert. Stratenwerth führt diesbezüglich aus:

„Die Strafe enthält stets einen persönlichen Vorwurf. Deshalb können Tatbestandmässigkeit und Rechtswidrigkeit, die nur den Widerspruch des Verhaltens zur Rechtsordnung anzeigen, sie noch nicht rechtfertigen. Es bleibt vielmehr die Frage nach der Verantwortlichkeit des Täters, danach also, ob ihm das begangene Unrecht zur Last gelegt werden darf. Darüber entscheidet eine Reihe weiterer Voraussetzungen oder Elemente, die auch das Gesetz als solche der Schuld bezeichnet.“⁹

„Vorwerfbar ist deliktisches Verhalten dem Täter dann, wenn ihm die Freiheit zugesprochen wird, sich der rechtlichen Norm zu fügen... Rechtswidrig handelt danach, wer nicht tut, was er tun soll, schuldhaft nur, wer das Gesollte auch tun könnte... [Beim Können, von dem die Schuld abhängt], geht es um die Möglichkeit, das rechtliche Verbot oder Gebot zu erkennen und sich nach ihm zu richten.“¹⁰

Das Vorliegen strafrechtlicher Schuld werde allerdings, so Stratenwerth weiter, bei der praktischen Anwendung des Strafrechts nicht positiv begründet, son-

⁶ BGHSt 2, 194, 200 f.

⁷ Hilgendorf, in: Beck (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, 2012, 129; Hörnle (Fn. 1), 11.

⁸ Vgl. Hillenkamp, JZ 2005, 313, 316; Jescheck/Weigend (Fn. 2), 24; Walter (Fn. 3), 131; Wohlers, in: FS für Reinhard Merkel, 2020, 424. Für die schweizerische Strafrechtsdogmatik vgl. Trechsel/Noll/Pieth, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 2017, 146 ff.; für Österreich Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari, in: Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari (Hrsg.), *Kurzkommentar Strafgesetzbuch*, 2022, § 4 Rn. 1; Kienapfel/Höpfel/Kert, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2020, Rn. 16.1; Fuchs, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 2016, Rn. 25. Zur Geltung des Schuldgrundsatzes in anderen Rechtsordnungen vgl. die Nachweise bei Jescheck/Weigend (Fn. 2), 24 Rn. 9. In den Rechtsordnungen des Common Law gilt der Schuldgrundsatz als solcher, erfährt aber mehr oder weniger große Durchbrechungen, vgl. Simmler, *Normstabilisierung und Schuldvorwurf*, 2018, 50 ff.

⁹ Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 2011, § 8 Rn. 22; vgl. auch ders., *Strafrecht Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 1981, Rn. 190.

¹⁰ Stratenwerth (Fn. 9), AT 2011, § 8 Rn. 24; vgl. auch ders. (Fn. 9), AT 1981, Rn. 193, 511; vgl. auch ders. (Fn. 3), 122.

dern „auf negative Weise“ festgestellt: „Sie ist gegeben, wenn Ausschlussgründe fehlen“,¹¹ was wiederum dann angenommen werde, wenn die Vorbedingungen von Verantwortlichkeit in Gestalt von Schuldfähigkeit, möglichem Unrechtsbewusstsein und Zumutbarkeit zu verneinen seien.¹²

II. Die verfassungsrechtliche Fundierung des Schuldgrundsatzes

Für die Rechtslage in Deutschland ist von großer praktischer Bedeutung, dass auch das BVerfG das eingangs zitierte Diktum des Großen Senats des BGH aufgegriffen, dieses verfassungsrechtlich unterfüttert und letztlich sogar zum Kernbestand des auch für den Gesetzgeber Unantastbaren erklärt hat. Das BVerfG führt aus:

„Es ist im modernen Strafrecht selbstverständlich, dass eine Bestrafung Schuld voraussetzt (BGHSt 2, 194 [200]) und dass dem Täter Tat und Schuld nachgewiesen werden müssen.“¹³

„Die Strafe, auch die bloße Ordnungsstrafe, ist im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme dadurch gekennzeichnet, dass sie – wenn nicht ausschließlich, so doch auch – auf Repression und Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abzielt. Mit der Strafe, auch mit der Ordnungsstrafe, wird dem Täter ein Rechtsverstoß, vorgehalten und zum Vorwurf gemacht. Ein solch strafrechtlicher Vorwurf aber setzt Vorwerfbarkeit, also strafrechtliche Schuld voraus. Andernfalls wäre die Strafe eine mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbare Vergeltung für einen Vorgang, den der Betroffene nicht zu verantworten hat. Die strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Ahndung einer Tat ohne Schuld des Täters ist demnach rechtsstaatswidrig und verletzt den Betroffenen in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG.“¹⁴

„Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege, auf dem höchste Anforderungen an die Gerechtigkeit gestellt werden, bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG die Auffassung vom Wesen der Strafe und das Verhältnis von Schuld und Sühne... Jede Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Verschulden des Täters stehen“.¹⁵

„Die Strafe ist im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme dadurch gekennzeichnet, dass sie – wenn nicht ausschließlich so doch auch – auf Repression und Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abzielt. Mit der Strafe wird dem Täter ein rechtswidriges sozialetisches Fehlverhalten vorgeworfen. Eine solche strafrechtliche Reaktion wäre ohne Feststellung der individuellen Vorwerfbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar. Bei der Feststellung der Strafe ist das gerechte Verhältnis zwischen Tatschwere und Verschulden des Täters unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des einzelnen Falles zu beachten“.¹⁶

„Das Strafrecht beruht auf dem Schuldgrundsatz. Dieser setzt die Eigenverantwortung des Menschen voraus, der sein Handeln selbst bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann. Dem Schutz der Menschenwür-

¹¹ *Stratenwerth* (Fn. 9), AT 2011, § 8 Rn. 26; vgl. auch *ders.* (Fn. 9), AT 1981, Rn. 194, 513; *ders.* (Fn. 3), 142.

¹² *Stratenwerth*, (Fn. 9), AT 2011, § 11 Rn. 1.

¹³ BVerfGE 9, 167, 169.

¹⁴ BVerfGE 20, 323, 331 unter Verweis auf BVerfGE 6, 389, 439; 7, 305, 319; 9, 167, 169.

¹⁵ BVerfGE 45, 187, 228; vgl. auch bereits BVerfGE 6, 389, 439.

¹⁶ BVerfGE 95, 96, 140; vgl. auch BVerfGE 128, 326, 376.

de liegt die Vorstellung des Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten. Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG die Auffassung vom Wesen der Strafe und das Verhältnis von Schuld und Sühne. Der Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt, hat seine Grundlage damit in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG. Das Schuldprinzip gehört zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist.¹⁷

Dass es sich beim Schuldgrundsatz um einen verfassungsrechtlich garantierten Grundsatz handelt, wird auch im deutschen Schrifttum anerkannt.¹⁸ In Österreich wird dem Schuldgrundsatz ebenfalls Verfassungsrang zuerkannt.¹⁹ Demgegenüber wird der Schuldgrundsatz in der Schweiz zwar als ein das Bundesstrafrecht beherrschender, nicht aber lückenlos geltender Grundsatz eingestuft,²⁰ der zudem verfassungsrechtlich nicht garantiert werde.²¹ Die eigentlich relevante Besonderheit liegt aber darin, dass in der Schweiz auch eine verfassungsrechtliche Fundierung des Schuldgrundsatzes den Gesetzgeber nicht daran hindern könnte, Strafrechtsnormen zu schaffen, die mit dem Schuldgrundsatz nicht vereinbar sind und die dennoch von den Rechtsanwendern verbindlich anzuwenden wären, wenn und soweit es sich um Normen des Bundesrechts handelt, denn Art. 190 der schweizerischen Bundesverfassung bestimmt, dass Bundesgesetze für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden maßgebend sind, was zur Folge hat, dass sie Normen des Bundesrechts selbst dann anzuwenden haben, wenn sie diese für verfassungswidrig halten.²²

III. Die Umsetzung des Schuldgrundsatzes im einfachen Gesetzesrecht der deutschsprachigen Rechtsordnungen

Den deutschsprachigen Strafgesetzbüchern lässt sich im Hinblick auf das Schuldprinzip wenig Konkretes entnehmen. Am ausführlichsten ist noch das österreichische Strafgesetzbuch, das den Schuldgrundsatz zunächst einmal als eine notwendige Voraussetzung für die Strafbarkeit benennt, indem es in § 4

¹⁷ BVerfGE 123, 267 (413); vgl. auch bereits BVerfGE 25, 269 (285).

¹⁸ Vgl. Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, 373 f.; Roxin/Greco (Fn. 2), § 19 Rn. 53e ff.; Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 1970, 10/2; Jescheck/Weigend (Fn. 2), 23 m.w.N.

¹⁹ Triffterer, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil., 1994, 248 Rn. 3; Lewisch, Verfassung und Strafrecht, 1993, 257 f.; Simmler (Fn. 8), 38 m.w.N.

²⁰ Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1998, 2153 f.; Hilf, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht, 2019, Art. 333 Rn. 6; BSK StGB-Bommer, Vor Art. 19 Rn. 29 ff., 39.

²¹ Vgl. Trechsel/Noll/Pieth (Fn. 8), 142; BSK StGB-Bommer (Fn. 20), Vor Art. 19 Rn. 29 ff.; Simmler (Fn. 8), 36.

²² Rhinow/Schefer/Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., 2016, Rn. 2857; Griffel, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2021, 437 Rn. 91.

öStGB bestimmt: „Strafbar ist nur, wer schuldhaft handelt“. Darüber hinaus wird dann in § 13 öStGB festgehalten, dass dann, wenn mehrere an einer Tat beteiligt sind, „jeder von ihnen nach seiner Schuld zu bestrafen ist“. Und schließlich bestimmt § 32 Abs. 1 öStGB: „Grundlage für die Bemessung der Strafe ist die Schuld des Täters“.

Dem deutschen und dem schweizerischen Strafgesetzbuch lässt sich demgegenüber allein der Hinweis entnehmen „Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe“ (§ 46 Abs. 1 Satz 1 dStGB) bzw. „Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu“ (Art. 47 Abs. 1 Satz 1 schwStGB). Anders als die mit diesen Formulierungen angesprochene Strafzumessungsschuld wird die Strafbegründungsschuld weder im deutschen noch im schweizerischen Strafgesetzbuch positiv erwähnt. Ihre Geltung ergibt sich nur – aber immerhin – im Umkehrschluss aus den Regelungen, die bestimmen, dass unter bestimmten Voraussetzungen von Schuldunfähigkeit auszugehen ist (§§ 19 f. dStGB; Art. 19 Abs. 1 schwStGB; vgl. auch §§ 11 öStGB) bzw. davon, dass die Schuldfähigkeit vermindert ist (§ 21 dStGB; Art. 19 Abs. 2 schwStGB; vgl. auch § 34 Abs. 1 Nr. 11 öStGB). Geht man davon aus, dass ein Täter nicht bestraft wird, wenn er „zur Zeit der Tat nicht fähig [war], das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäß dieser Einsicht zu handeln“ (Art. 19 Abs. 1 schwStGB), dann kann man dies nur dahingehend verstehen, dass der Gesetzgeber offenbar davon ausgeht, dass erwachsene und geistig „normale“ Menschen grundsätzlich in der Lage sind zu erkennen, welches Verhalten in einer gegebenen Situation normativ gefordert ist, und sie darüber hinaus auch in der Lage sind, sich dieser Einsicht gemäß zu verhalten.²³ Dass dies so ist, kommt im schweizerischen Recht deutlicher zum Ausdruck als im deutschen, weil im schweizerischen Recht die sog. biologische Stufe²⁴ entfallen ist,²⁵ womit das Argument entfällt, dass es „nur“ um den Ausschluss der Verantwortlichkeit im Falle des Vorliegens bestimmter pathologischer Zustände gehe. Ein weiteres Argument für die Annahme von Schuld als zwingende Strafbarkeitsvoraussetzung ergibt sich daraus, dass im Jugendstrafrecht die Einsichts- und Handlungsfähigkeit nicht unterstellt wird, sondern im Einzelfall positiv festgestellt werden muss.²⁶ Dass im Erwachsenenstrafrecht von diesem Nachweis im Einzelfall abgesehen wird, ändert nichts daran, dass es sich auch hier um eine Strafbarkeitsvoraussetzung handelt, die immer mitgedacht bzw. als gegeben unterstellt werden muss, da anderen-

²³ *Donatsch/Godenzi/Tag*, Strafrecht I, 2022, 281; *Stratenwerth* (Fn. 9), AT 2011, § 11 Rn. 8.

²⁴ „Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, ...“ (§ 20 dStGB).

²⁵ Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass umstritten ist, ob nicht trotz des Wegfalls der biologischen Voraussetzung an dieser festgehalten werden soll, so z.B. *BSK StGB-Bommer/Dittmann* (Fn. 20), Art. 19 Rn. 14; vgl. auch *Geth*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2021, Rn. 216; *Stratenwerth* (Fn. 9), AT 2011, § 11 Rn. 15; *Trechsel/Noll/Pieth* (Fn. 8), 146 f.

²⁶ Vgl. § 3 dJGG und dazu *Weber*, Die Bedeutung des Schuldprinzips im Jugendstrafrecht, 2011, 11; zur Situation in der Schweiz vgl. Art 11 JStG und hierzu *Aebersold*, Schweizerisches Jugendstrafrecht, 2017, Rn. 384 ff.; *Geiger/Redondo/Tirelli*, Droit pénal des mineurs, 2019, 107 Rn. 17; zur Situation in Österreich vgl. *Zipf*, in: FS für Günter Spendel, 1992, 812 ff.

falls – und gegebenenfalls auch in dubio pro reo – von einem schuldlosen bzw. einem Verhalten im Zustand verminderter Schuldfähigkeit auszugehen ist.

IV. Der Diskurs um den materiellen Gehalt des Schuldgrundsatzes

Geht man mit der herrschenden Auffassung davon aus, dass das Vorliegen von Schuld eine zwingende – und jedenfalls in Deutschland und in Österreich auch für den Gesetzgeber verbindliche – Voraussetzung dafür ist, für bestimmte Verhaltensweisen Strafen anzudrohen und zu verhängen, stellt sich die Frage, was eigentlich gegeben sein muss, damit man berechtigterweise davon sprechen kann, dass sich eine Person schuldhaft verhalten hat. An dieser Stelle zeigt sich dann, dass die von Achenbach propagierte Unterscheidung zwischen einer vorpositiven „Schuldidee“ einerseits und der auf der positiv-dogmatischen Ebene angesiedelten „Strafbegründungsschuld“ andererseits²⁷ letztlich nicht durchgehalten werden kann, weil – wie auch Achenbach selbst eingestanden hat –, „das Schuldprinzip als materialer Leitgedanke auch auf Begründung und Zumessung der Strafe ausstrahlt“.²⁸

1. Unklarheiten betreffend den Ursprung des Schuldgrundsatzes

Dass wir uns mit der Frage schwertun, was Schuld eigentlich ausmacht, dürfte seinen Grund nicht zuletzt auch darin haben, dass das Konzept der Schuld als eigenständiges Element im Straftataufbau ein geschichtlich gesehen junges Konzept ist, das erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wirkungsmächtig geworden ist und dessen Wurzeln auch heute noch weitgehend im Dunkeln liegen.

Verbreitet wird das auf dem Konzept der Schuld aufbauende Schuldstrafrecht in einen Gegensatz zum germanischen Erfolgsstrafrecht gesetzt.²⁹ Abgesehen davon, dass durchaus nicht feststeht, dass es sich beim germanischen Strafrecht tatsächlich um ein reines Erfolgsstrafrecht gehandelt hat,³⁰ ignoriert diese Entgegensetzung, dass der strafrechtsdogmatische Begriff der Schuld überhaupt erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts als Etikett für eine eigenständige Strafbarkeitsvoraussetzung in den Vordergrund getreten ist.³¹ Die Wurzeln des strafrechtlichen Schuldgedankens wird man deswegen wohl eher in der Frühen Neuzeit³² und hier insbesondere in Einflüssen zu sehen haben, die sich aus dem Kirchen-

²⁷ Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, 2 ff.

²⁸ So auch bereits Achenbach (Fn. 27), 14.

²⁹ Kilius/Markalder/Kuhn/Dongois, Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, 2017, Rn. 924; Rüping/Jerouscheck, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 2011, Rn. 18f.; Simmler (Fn. 8), 15 f.; kritisch hierzu Kaufmann (Fn. 3), 217 ff.

³⁰ Rüping/Jerouscheck (Fn. 29), Rn. 6.

³¹ Vgl. Köbler (Fn. 18), 349; Stratenwerth (Fn. 9), AT 1981, Rn. 509.

³² Vgl. hierzu Jescheck/Weigend (Fn. 2), 419, die auf die italienische Strafrechtswissenschaft und auf die Zurechnungslehren Pufendorfs verweisen, vgl. hierzu den Beitrag von Stübinger in diesem Band.

recht sowie dem italienischen Recht³³ und/oder aus der Spanischen Spätscholastik³⁴ ergeben.

Diese Ansätze bedürfen immer noch der näheren Erforschung, wobei einerseits die Grundlagen und Tendenzen offenzulegen sind, aus denen sich das Schuldkonzept ergeben hat, andererseits aber auch der Gefahr begegnet werden muss, die Vergangenheit in der Rückschau dadurch zu verzerren, dass sie nur in ihrer Bedeutung als Vorläufer dessen gesehen wird, was später gekommen ist.³⁵ Konkret gesprochen: Es ist der Gefahr zu begegnen, dass das Strafrecht der Germanen und/oder der frühen Neuzeit durch die Brille des modernen Schuldstrafrechts betrachtet nur noch als defizitäres Schuldstrafrecht wahrgenommen wird.

2. Unklarheiten über den Inhalt des Schuldgrundsatzes

Das erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wirkungsmächtig gewordene Konzept der Schuld als eigenständiges Element im Straftataufbau hat in den zurückliegenden 150 Jahren eine Entwicklung durchlaufen,³⁶ die gemeinhin³⁷ so beschrieben wird, dass der am Anfang der Entwicklung stehende, die Schuld als subjektive Spiegelung der Tat bzw. als psychische Beziehung des Täters zu seiner Tat interpretierende sog. psychologische Schuldbegriff³⁸ zu Beginn des 20. Jahrhunderts durch den normativen Schuldbegriff abgelöst wurde, der die Schuld im Anschluss an eine durch Frank³⁹ geprägte Kurzformel als „Vorwerfbarkeit“ versteht.

Dieser auch heute noch herrschende normative Schuldbegriff⁴⁰ ist in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts durch funktionale Schuldkonzeptionen in Frage gestellt worden, die den Schuldvorwurf in präventiven Erwägungen aufgehen lassen wollen,⁴¹ ein Ansatz der in der aktuellen Diskussion vor allem mit der Person Günther Jakobs verbunden wird, für den Schuld sich als „Derivat der Generalprävention“ erweist: Die Tat wird dem Täter als von ihm zu verantwortendes Unrecht zugerechnet, wenn sie dem als autonomes Subjekt verstandene

³³ *Simmler* (Fn. 8), 15; *Stratenwerth* (Fn. 9), AT 2011, § 2 Rn. 4.

³⁴ Vgl. hierzu *Maibold*, Strafe für fremde Schuld?, 2005, 171 ff. sowie den Beitrag von *Maibold* in diesem Band.

³⁵ Vgl. auch bereits *Kaufmann* (Fn. 3), 217.

³⁶ Zur dogmenhistorischen Entwicklung im 19. und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts vgl. umfassend *Achenbach* (Fn. 27), passim.

³⁷ Vgl. beispielhaft *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 1991, 17/5 ff.; *Jescheck/Weigend* (Fn. 2), 419 ff.; umfassend und differenzierend *Achenbach* (Fn. 27), passim vgl. auch den Beitrag von *Greco* in diesem Band.

³⁸ Vgl. hierzu *Achenbach* (Fn. 27), 62 ff.; *Jakobs* (Fn. 37), 17/5 f.; *Jescheck/Weigend* (Fn. 2), 420; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 19 Rn. 10.

³⁹ *Frank*, in: FS für die Juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum, 1907, 521, 529 f.; zum Schuldbegriff bei Frank vgl. *Achenbach* (Fn. 27), 97 ff.

⁴⁰ *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2019, Vor § 13 Rn. 114; *Radtke*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchner Kommentar zum StGB, 2020, Vor § 38 Rn. 20; *Jescheck/Weigend* (Fn. 2), 404 ff., 420 f.; *Stratenwerth* (Fn. 3), 122; aus dem älteren Schrifttum vgl. *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, 15, 22; *Müller-Dietz* (Fn. 3), 31 f.; vgl. auch *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 19 Rn. 11 ff.

⁴¹ Kritisch hierzu *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 19 Rn. 33 ff.

nen Täter als sein Werk zugerechnet werden soll, weil dadurch ein Bedürfnis zur Bestätigung der Verbindlichkeit der bestehenden Ordnung gegenüber dem rechtstreuen Bürger erfüllt werden kann.⁴² Des Weiteren ist auf neuere Konzepte zu verweisen, bei denen die Schuld als ein soziales Konstrukt bzw. als das Etikett verstanden wird, das sich an eine gelungene Zurechnung anschließt, die wiederum durch die Regeln gesteuert wird, die sich aus den gesellschaftlichen Erwartungen an das Verhalten der Gesellschaftsmitglieder ergeben⁴³ und in deren Rahmen, mehr oder weniger deutlich ausgesprochen, das „Konzept einer verantwortlichen Person“ (aktuell) von zentraler Bedeutung ist.⁴⁴ Ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Person als frei verstanden wird, ist für die Vertreter dieses Ansatzes keine Frage empirischer Erkenntnis. Schuld ist vielmehr etwas, was normativ zugeschrieben wird.⁴⁵

Die Entgegensetzung des rein naturalistischen psychologischen und des rein wertenden normativen Schuldbegriffs ist in der Literatur zutreffend als eine zu holzschnittartige Vereinfachung kritisiert worden.⁴⁶ Der Diskurs über den psychologischen und den normativen Schuldbegriff, der dogmenhistorisch gesehen unstrittig große Bedeutung hat,⁴⁷ erweist sich bezogen auf die Frage, was materiell gesehen den Schuldgrundsatz bzw. die Vorwerfbarkeit eigentlich ausmacht,⁴⁸ als weitgehend bedeutungslos. Er trägt nämlich nichts dazu bei, die Frage zu klären, ob die der Schuldidee vorausliegenden Annahmen, welche die Vorwerfbarkeit, die für sich gesehen ein rein formal bleibendes Kriterium ist,⁴⁹

⁴² Vgl. *Jakobs*, Strafrechtswissenschaftliche Beiträge, 2017, 646 ff.; *ders.* (Fn. 37), 17/1 und 17/18 ff., vgl. hierzu den Beitrag von *Stuckenberg* in diesem Band; kritisch zum Standpunkt *Jakobs*: *Schünemann*, in: *Schünemann* (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 170 ff.

⁴³ Vgl. z.B. *Achenbach* (Fn. 27), 149 f., 163 ff.; *Schünemann*, in: FS für Ernst-Joachim Lampe, 2003, 547 f.; *Simmler* (Fn. 8), 115 ff., 425 ff.; *Günther*, in: Prittwitz et al. (Hrsg.), Rationalität und Empathie, 2014, 14 ff.; *Hallmann* (Fn. 2), 37 f., 42 ff.; *Hassemer*, in: Roth/Hubig/Bamberger, Schuld und Strafe – Neue Fragen, 2012, 14 f.; *Wohlers* (Fn. 4), 427 f. und 436 f.; *ders.* (Fn. 8), 435 f.; vgl. auch *Frister*, in: Kindhäuser et al. (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, 2019, 535; *ders.* (Fn. 3), 553 f.

⁴⁴ *Günther* (Fn. 43), 27 ff.; *Schünemann* (Fn. 43), FS Lampe, 549.

⁴⁵ *Jakobs* (Fn. 42), 716 f.

⁴⁶ *Achenbach* (Fn. 27), 56 f.; *Stratenwerth* (Fn. 3), AT 1981, Rn. 509 ff.

⁴⁷ Vgl. hierzu *Achenbach* (Fn. 27), passim.

⁴⁸ Vgl. auch *Jakobs* (Fn. 37), 17/8: „Die Vorwerfbarkeit bleibt ein Sammelbegriff ohne eigene Funktion“ sowie *ders.* (Fn. 37), 17/16: „Bislang ist auch die materiale Seite des Normativen wenig befriedigend gelöst, als das Problem, warum der Täter für seine rechtswidrige Tat einstehen soll“; vgl. auch *Simmler* (Fn. 8), 25: Es bleibe unklar, was die Vorwerfbarkeit begründet.

⁴⁹ *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 19 Rn. 19; vgl. auch *Hörnle* (Fn. 1), 57: Der Begriff der Schuld als Vorwerfbarkeit „ist für sich genommen gehaltlos, da offenbleibt, was dem Täter eigentlich vorgeworfen wird“; *Achenbach* (Fn. 27), 101 f. weist zutreffend darauf hin, dass *Frank* den Begriff der Vorwerfbarkeit „völlig unvermittelt und nur als ‚kurze[s] Schlagwort, das alle erwähnten Bestandteile des Schuldbegriffs in sich enthält‘, einführt. Inwiefern Schuld mit einem Vorwurf zu tun hat, welcher Art dieser Vorwurf ist und wer ihn erheben soll, erläutert Frank mit keinem Wort“.

begründen sollen (wie insbesondere: das Anders-Handeln-Können,⁵⁰ die normative Ansprechbarkeit,⁵¹ die Fähigkeit, sich auf hinreichend verständige Art und Weise zu entscheiden,⁵² die Verantwortlichkeit für die eigene Persönlichkeit bzw. Lebensführung⁵³ oder aber die rechtlich fehlerhafte [und deshalb tadelnswerte] Gesinnung⁵⁴) ihrerseits tragfähig sind oder nicht.

Für den psychologischen Schuldbegriff spielt diese Frage keine Rolle, sie wird deshalb von den Vertretern dieser Auffassung denn auch weder gestellt noch beantwortet.⁵⁵ Bei dem in mehreren Spielarten vertretenen normativen Schuldbegriff werden die Vorannahmen einfach vorausgesetzt, indem sie entweder, wie es Kohlrausch getan hat, zu einer „staatsnotwendigen Fiktion“⁵⁶ erklärt, man sie, wie der Große Senat des deutschen Bundesgerichtshofs, in der Form eines Bekenntnisses bejaht⁵⁷ oder man sie im Rahmen einer agnostischen Grundhaltung als vom Gesetzgeber legitimerweise gesetzt einstuft.⁵⁸ Bei den funktionalen Schuldbegriffen werden die Voraussetzungen entweder wieder entbehrlich, wenn und weil Schuld nichts anderes ist als das Etikett, mit dem ein Verhalten versehen wird, das aus präventiven Gründen bestraft werden muss, oder die entsprechenden Vorannahmen kommen quasi durch die Hintertür wieder ins Spiel, wenn und soweit die Funktionalität strafrechtlicher Normen sich daraus ergibt, dass auf die gesellschaftlichen Vorstellungen bzw. Erwartungen abgestellt werden, die wiederum intuitiv von der Annahme des Anders-Handeln-Könnens im Zeitpunkt der Tathandlung ausgehen.

⁵⁰ Zur Kritik an diesem Konzept vgl. *Burghardt* (Fn. 1), 241 ff., 363 ff.; vgl. auch *Frister* (Fn. 3), 546 ff.: Schuldfähigkeit als die Fähigkeit, sich durch ein verständiges Abwägen des Für und Wider der in Betracht kommenden Gesichtspunkte für oder gegen die Normbefolgung zu entscheiden; vgl. auch *Burghardt*, *Zufall und Kontrolle*, 2018, 260 ff.; *Hallmann* (Fn. 2), 69 ff., der das Anders-Handeln-Können allerdings nicht als eine tatsächlich-empirische Fähigkeit versteht, sondern als eine Kurzformel für eine Bewertung (a.a.O., 97); kritisch zum Kriterium des Anders-Handeln-könnens *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 19 Rn. 21: die theoretisch denkbare Fähigkeit des individuellen Täters zum Anders-Handeln-Können im Tatzeitpunkt sei wissenschaftlicher Feststellung nicht zugänglich (vgl. hierzu auch die Nachweise bei *Schünemann* (Fn. 42), 160; vgl. auch *Jakobs* (Fn. 42), 663: Die Fähigkeit zum Anders-Handeln-Können „ist nur die ontologisierende Version eines normativen Vorgangs: der Zurechnung“.

⁵¹ *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 19 Rn. 36 ff.; *Merkel*, in: *Roth/Hubig/Bamberger* (Hrsg.), *Schuld und Strafe*, 2002, 55 f.; *ders.*, in: *FS für Claus Roxin*, 2011, 752 ff.; *ders.*, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2014, 131 f.; kritisch hierzu *Frister* (Fn. 3), 542 ff.; *Wohlers* (Fn. 8), 430 ff.

⁵² *Frister*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2020, Kap. 18 Rn. 12 f.; *ders.* (Fn. 3), 533, 546 ff.

⁵³ *Mezger*, *ZStW* 57 (1938), 675, 688; vgl. hierzu auch *Jescheck/Weigend* (Fn. 2), 423; *Schmidhäuser* (Fn. 18), 10/12; *Stratenwerth* (Fn. 3), 157 f.; kritisch *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 19 Rn. 27 ff.; *Frister* (Fn. 3), 540 f.; *Burghardt* (Fn. 1), 365 ff.; *Hörnle*, *BJCLCJ* 2016, 1, 11 f.

⁵⁴ *Gallas*, *ZStW* 67 (1955), 1, 45 (Neuabdruck in: *Gallas*, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, 19 ff., 56); *Jescheck/Weigend* (Fn. 2), 422 und 425 ff.; kritisch hierzu *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 19 Rn. 23 ff.

⁵⁵ Vgl. hierzu *Jescheck/Weigend* (Fn. 2), 420 vgl. auch den Betriag von *Greco* in diesem Band.

⁵⁶ *Kohlrausch*, in: *FG für Karl Güterbock*, 1910, 26; kritisch zur Tragfähigkeit der Fiktionslösung *Schünemann* (Fn. 42), 161 f.

⁵⁷ Vgl. auch *Kaufmann* (Fn. 3), 116 ff.

⁵⁸ *Jescheck/Weigend* (Fn. 2), 407 ff.

V. Aktuelle Herausforderungen für das tradierte Schuldstrafrecht

Der Befund, dass die für das (Schuld-)Strafrecht zentrale Kategorie der Schuld inhaltlich gesehen umstritten war und ist, kann noch als „normal“ für eine Strafrechtswissenschaft eingestuft werden, in der nicht nur praktisch alle Detailfragen mehr oder weniger umstritten sind, sondern der Dissens auch Grundsatzfragen, wie die nach dem Erfordernis der Schuld, erfasst. Anlass zu ernsthafter Sorge müsste aber eigentlich der Befund geben, dass sich die der Schuld vorausliegenden Annahmen der Fähigkeit des Einzelnen, das rechtlich Gesollte erkennen und sich dieser Einsicht gemäß bestimmen zu können, als eine Frage darstellt, die nicht im Wege der rationalen Erkenntnis geklärt, sondern die allenfalls geglaubt werden kann.

Die Strafrechtsdogmatik hat sich mit diesem Befund arrangiert, indem sie sich entweder auf die These von der Schuld als „staatsnotwendige Fiktion“⁵⁹ bzw. als „normative Setzung“⁶⁰ stützt oder aber auf den Standpunkt zurückgezogen hat, dass die Fähigkeit zum Anders-Handeln-Können zwar nicht bewiesen, aber doch auch nicht widerlegt sei und in dieser Situation des non liquet berechtigterweise von einer in der gesellschaftlichen Interaktion fest verankerten Vorstellung von der Verantwortlichkeit aufgrund der (möglicherweise gegebenen bzw. plausiblen) Annahme der Fähigkeit zum Anders-Handeln-Können auszugehen sei. Insgesamt gesehen steht man damit auf dem Standpunkt, dass der Gesetzgeber befugt sei, auf das Konzept des Schuldstrafrechts zu setzen, und man auf dieser Basis Strafrechtswissenschaft betreiben könne.

Teilweise wird das Konzept des Schuldstrafrecht auch als eine Art Schutzwall propagiert, mit dem anderenfalls ausufernden Präventionsbedürfnissen begegnet werden soll und kann; die Schuld sei „eine gegen staatliche Strafexzesse gerichtete freiheitsverbürgende Annahme“.⁶¹ Dieser Begründungsansatz verkennt aber, dass ein Schuldnerfordernis nicht dadurch legitimiert werden kann, dass es Präventionsbedürfnissen einen Riegel vorschiebt. Wenn am Konzept der Fähigkeit zum Anders-Handeln-Können als Voraussetzung für Strafe nicht mehr festgehalten werden könnte,⁶² würde dies dazu führen, dass man – jedenfalls auf längere Sicht – nicht mehr an einem Regelungsmodell festhalten könnte, dass sich in seinen Grundannahmen als unzutreffend erwiesen hat.⁶³ Dies gilt auch dann, wenn man die in einem System der staatlichen Sanktionierung verhängten Strafen als Ausdruck einer sozialen Institution versteht: Ändern sich die Grundannahmen, wird sich über kurz oder lang auch der soziale Sinngehalt ändern.

⁵⁹ *Kohlrausch* (Fn. 56), 26.

⁶⁰ *Roxin*, ZStW 1984, 641, 650; *ders.*, ZStrR 356, 369; *ders.*, GA 2015, 489, 490; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 19 Rn. 37.

⁶¹ *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 19 Rn. 49; vgl. auch bereits *Kaufmann* (Fn. 3), S. 204 f., 267 f.; *Schünemann* (Fn. 42), 175 ff.; *Stratenwerth* (Fn. 3), 187.

⁶² Zur Bedeutung dieser Fähigkeit und der damit im Zusammenhang stehenden Diskussion um die Willensfreiheit vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 2), 407 ff.

⁶³ *Wohlers* (Fn. 8), 437; vgl. auch bereits *Stratenwerth* (Fn. 3), 126 f.: Wenn man am Andershandelndkönnen anknüpft, sind die hierfür notwendigen konstitutionellen Fähigkeiten unentbehrlich.