

 sui generis

Monika Simmler

Normstabilisierung und Schuldvorwurf

 Carl Grossmann
Verlag

Monika Simmler

Normstabilisierung und Schuldvorwurf

 **sui generis**

Herausgegeben von Daniel Hürlimann und Marc Thommen

Band 1

Monika Simmler

Normstabilisierung und Schuldvorwurf

Eine Analyse der Funktion und Variabilität der strafrechtlichen Schuld am
Beispiel der Strict Liability

Autorin:

Dr. iur. Monika Simmler

St.Gallen, Schweiz

Das vorliegende Werk wurde am 15. November 2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertation mit Auszeichnung angenommen und zur Aufnahme in die Zürcher Dissertationsreihe empfohlen. Es ist erschienen in der Reihe *sui generis*, herausgegeben von Daniel Hürlimann und Marc Thommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2018 Dr. iur. Monika Simmler, St.Gallen (Schweiz)



Diese Arbeit wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung der Urheberin erfordert.

Die Veröffentlichung dieses Werks wurde gefördert vom Open Access-Publikationsfonds für die Geistes- und Sozialwissenschaften der Universität Zürich.

Lizenz: **CC-BY 4.0** – Weitere Informationen: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



DOI:10.24921/2018.94115919

Das vorliegende Werk wurde sorgfältig erarbeitet. Dennoch übernehmen Autorin und Verlag für die Richtigkeit von Angaben und Hinweisen sowie für etwaige Druckfehler keine Haftung.

Die verwendete Schrift ist lizenziert unter der SIL Open Font License, Version 1.1.

Gedruckt in Deutschland auf säurefreiem Papier mit FSC-Zertifizierung.

Herstellung der Verlagsausgabe (Druck- und digitale Fassung):

Carl Grossmann Verlag, Berlin, Bern

www.carlgrossmann.com

ISBN: 978-3-941159-18-1 (gedruckte Ausgabe, Hardcover)

ISBN: 978-3-941159-20-4 (gedruckte Ausgabe, Paperback)

ISBN: 978-3-941159-19-8 (e-Book, Open Access)

*Meiner Mutter,
die mich mit ihrer Selbstlosigkeit und ihren unbeirrbaren Überzeugungen
gelehrt hat, wie wichtig Gemeinschaft und Gerechtigkeit sind.*

Vorwort

„Denn nichts ist für den Menschen als Menschen etwas wert, was er nicht mit Leidenschaft tun kann.“

- Max Weber, Wissenschaft als Beruf, 1919

Die vorliegende Abhandlung wurde im Herbstsemester 2017 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertation abgenommen.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Prof. Dr. Martin Killias, der mir in den letzten Jahren nicht nur diese Dissertation ermöglicht und sie stets unterstützt hat, sondern mich darüber hinaus auch in meinem wissenschaftlichen Enthusiasmus immer gefördert und bestärkt hat. Die passionierten Diskussionen und sein beeindruckender Erfahrungsschatz haben mich viel gelehrt – darunter nicht zuletzt den Mut zum kritischen Hinterfragen und die wissenshungrige Ausdauer. Dafür, dass ich in der strafrechtlichen und kriminologischen Forschung gerade auch durch ihn meine Leidenschaft und in ihm ein Vorbild gefunden habe, bin ich von ganzem Herzen dankbar. Mein Dank gilt ferner ebenso herzlich Prof. Dr. Marc Thommen für die freundliche und äusserst engagierte Übernahme des Zweitgutachtens und seine Unterstützung im Publikationsprozess.

Natürlich gilt es an dieser Stelle gerade auch denjenigen speziell zu danken, die mit ihren wertvollen Kommentaren einen massgeblichen Beitrag zu dieser Dissertation geleistet haben: In diesem Sinne danke ich Prof. Dr. Nora Markwalder sowohl für ihre wissenschaftliche Unterstützung, als auch für das stete und sehr geschätzte Teamwork. Ich hoffe, dass uns die anregenden Diskussionen und das geteilte Feuer für kreative und unkonventionelle Ideen noch lange erhalten bleiben. Auch Sué González Hauck möchte ich an dieser Stelle herzlich für ihre Unterstützung danken. Es zeugt zweifelsohne von grossem Glück, wenn man im Büro nebenan nicht nur jemanden trifft, der sich der Wissenschaft genauso engagiert hingibt, sondern darüber hinaus auch eine gute Freundin, deren Beitrag zu meinem Weg ich auf keinen Fall missen wollte.

Danken möchte ich ausserdem meinen Freundinnen und Freunden Catherine, Daniela, Gina, Jannis, Lola, Maedeh, Max, Samuel und Sebastian. Sie haben mich neben vielem anderen gelehrt, dass Bandenbildung ein taugliches Instrument im Kampf gegen die Widrigkeiten des Lebens und des akademischen Alltags und zum Auskosten der Freuden derselben sind. Dafür, dass sie die letzten drei Jahre zu einer so aufregenden Zeit gemacht haben, bin ich ihnen sehr verbunden. Zu guter Letzt möchte ich meinen Eltern Doris, Christof und Heinz und dem Rest meiner Familie danken, die mich auf meinem Lebensweg und in meinen Entscheidungen immer unterstützt und mir diese Ausbildung überhaupt erst ermöglicht haben.

All diese Menschen haben dazu beigetragen, dass ich meiner wissenschaftlichen Arbeit bis anhin mit viel Freude und Leidenschaft nachgehen konnte. Im Sinne der eingangs zitierten Feststellung von Max Weber bin ich äusserst dankbar, dass diese Zeit für mich von entsprechend grossem Wert war.

St.Gallen/Wien, im August 2017

Monika Simmler

Inhaltsübersicht

Vorwort	vii
Inhaltsübersicht	ix
Inhaltsverzeichnis	xi
Abkürzungsverzeichnis	xxi
Literaturverzeichnis	xxvii
Abbildungsverzeichnis	lvii
Hinweise zur angelsächsischen Zitierweise	lix
Entscheidungsverzeichnis	lxi
Einführung	1
Kapitel 1: Einleitung	1
Kapitel 2: Gang der Darstellung	5
Teil 1: Strict Liability und die Variabilität strafrechtlicher Schuld	9
Kapitel 1: Schuldprinzip und der strafrechtliche Schuldvorwurf	11
Kapitel 2: Strict Liability als Angriff auf das Schuldprinzip	54
Kapitel 3: Variabilität von Schuld und Schuldprinzip als Herausforderung.	114
Teil 2: Das Strafrecht als soziales System	133
Kapitel 1: Ausdifferenzierung und Funktion des Rechts	135
Kapitel 2: Strafrechtssystem und Funktion der Strafe	172
Teil 3: Funktion und Elemente des Schuldvorwurfs im Rahmen der Normstabilisierung	221
Kapitel 1: Funktion des Schuldprinzips	223
Kapitel 2: Elemente des Schuldvorwurfs	249
Teil 4: Normstabilisierung und die Variationen der strikten Verantwortlichkeit	311
Kapitel 1: Kategorisierung eines variablen Schuldvorwurfs	313

Kapitel 2: Die Variationen der Strict Liability.	331
Kapitel 3: Normstabilisierung und Strict Liability.	401
Teil 5: Funktionales Schuldprinzip als Garant der Systemstabilität . . .	417
 Kapitel 1: Der funktionale Schuldvorwurf	419
 Kapitel 2: Schuldprinzip als Herzstück des Strafrechtssystems. . .	447

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	vii
Inhaltsübersicht	ix
Inhaltsverzeichnis.	xi
Abkürzungsverzeichnis	xxi
Literaturverzeichnis	xxvii
Abbildungsverzeichnis	lvii
Hinweise zur angelsächsischen Zitierweise	lix
Entscheidungsverzeichnis	lxi
Einführung	1
Kapitel 1: Einleitung	1
Kapitel 2: Gang der Darstellung	5
Teil 1: Strict Liability und die Variabilität strafrechtlicher Schuld	9
Kapitel 1: Schuldprinzip und der strafrechtliche Schuldvorwurf	11
I. Schuldprinzip als Kern strafrechtlicher Verantwortlichkeit.	11
1. „Nulla poena sine culpa“ – keine Strafe ohne Schuld.	11
2. Essenz und historische Wurzeln des Schuldprinzips	13
3. Das Strafrecht als Schuldstrafrecht	17
II. Schuld und innere Tatseite in deutschsprachigen	
Rechtsordnungen	20
1. Geschichte des Schuldbegriffs in der Verbrechenslehre.	20
1.1 Wandlung des Schuldverständnisses	20
1.2 Normativierung der Schuldkategorie	23
2. Traditioneller Schuldbegriff	25
3. Schuld im Deliktsaufbau	27
4. Differenzierung zwischen Unrecht und Schuld	29
5. Zweckrationalisierung der Schuldkategorie	32
6. Verankerung des Schuldprinzips in deutschsprachigen	
Rechtsordnungen.	36

III. Schuld und innere Tatseite im angelsächsischen Rechtsraum . . .	38
1. Angelsächsische Strafrechtstradition	38
2. Einführung in die Verbrechenslehre: Actus Reus, Mens Rea und Defences	41
3. Mens Rea	44
4. Defences.	47
5. Verankerung des Schuldprinzips im angelsächsischen Rechtsraum	50
6. Strict Liability als Ausnahme von der Regel	52
Kapitel 2: Strict Liability als Angriff auf das Schuldprinzip	54
I. Die Strict Liability des angelsächsischen Strafrechts	54
1. Begriffliche Wirren um die Strict Liability	54
2. Historische Entwicklung und Herkunft der Strict Liability Offences	57
3. Identifikation des Mens Rea-Erfordernisses	60
4. Rechtfertigung und Kritik der Doktrin.	62
4.1 Argumente für die Strict Liability.	62
4.2 Kritik an der Rechtsfigur	63
4.3 Verfassungsmässigkeit der Strict Liability und Vereinbarkeit mit dem internationalen Recht.	66
5. Anwendungsbereiche: Zwischen Public Welfare und Kernstrafrecht	68
5.1 Überblick: Die Weitläufigkeit des Phänomens	68
5.2 Allgemeine Verbreitung der Strict Liability	70
5.3 Public Welfare und Regulatory Offences	71
5.4 Strict Liability im Nebenstrafrecht.	74
5.5 Kernstrafrecht: Sittlichkeits-, Sexual- und Tötungsdelikte	76
II. Zur Mehrdimensionalität des Phänomens.	79
1. Überblick über mögliche Analyseebenen und Erklärungsversuche	79
2. Strict Liability und Eigenheiten der angelsächsischen Schuldlehre	80
2.1 Strict Liability und Negligence als besondere Verschuldensformen	80
2.2 Strict Liability zwischen Unrecht und Schuld.	83
2.3 Strict Liability zwischen Subjektivismus und Objektivismus	84

3.	Strict Liability und Prävention	86
3.1	Die Legitimation der Strict Liability mit Präventionsargumenten	86
3.2	Parallelen zu den abstrakten Gefährungsdelikten	88
4.	Strict Liability und Strafprozess	90
4.1	Bedeutung der Strafverfolgung, Opportunitätsprinzip und die Macht des Prosecutors	90
4.2	Unmittelbarkeitsprinzip und Beweisschwierigkeiten.	92
5.	Strict Liability und Strafkultur.	95
5.1	Diversität der Strafkulturen	95
5.2	Zwischen Tat- und Täterstrafrecht.	97
6.	Strict Liability an den Grenzen des Strafrechts.	99
6.1	Kriminalisierung und Overcriminalization	99
6.2	Mala in se und mala prohibita	103
6.3	Strict Liability als Teil des Strafrechtssystems	106
6.4	Strict Liability zwischen Strafrecht und Tort Law.	108
7.	Strict Liability als Herausforderung für die Strafrechtstheorie.	110
7.1	Unzulänglichkeiten bisheriger Erklärungs- und Kategorisierungsversuche	110
7.2	Notwendigkeit weitergehender Analyse	111

Kapitel 3: Variabilität von Schuld und Schuldprinzip als Herausforderung	114
I. Verschiedenheit der Dogmatik, Einheitlichkeit der Funktion?.	114
1. Pluralismus der Schuldkonstruktionen.	114
2. Schuld und Verantwortung als Konstruktion	115
II. Systemtheorie und Funktionalismus als Methode	119
1. Erfassung des (Straf-)Rechts als System.	119
1.1 Grundlagen und Potenzial systemtheoretischen Denkens	119
1.2 Systemtheoretische Analyse und Beobachterstandpunkt	122
2. Funktionalismus als fruchtbare Analysemethode	126
2.1 Von der Systemtheorie zum Funktionalismus.	126
2.2 Begriff der Funktion und der funktionalen Äquivalenz	128
2.3 Funktionalismus zum Zwecke der Rechtsvergleichung.	130
2.4 Aufbau der nachfolgenden Untersuchung	131

Teil 2: Das Strafrecht als soziales System 133

Kapitel 1: Ausdifferenzierung und Funktion des Rechts135

I. Zentrale Eigenschaften eines sozialen Systems.135

- 1. Allgemeine Wesensmerkmale eines Systems. 135
 - 1.1 Systembegriff 135
 - 1.2 System und Umwelt 137
 - 1.3 Selbstreferenz und Autopoiesis 139
- 2. Operationen und Elemente sozialer Systeme 140
 - 2.1 Kommunikation als Letztelement. 140
 - 2.2 Dekonstruktion des Subjekts 143
 - 2.3 Personenbegriff 145
- 3. Doppelte Kontingenz und Erwartungsstrukturen 146
- 4. Gesellschaft als umfassendes soziales System. 149
- 5. Zusammenfassung: Systemtheoretische Grundlagen151

II. Das Recht als soziales System.152

- 1. Recht als Immunsystem der Gesellschaft 152
- 2. Funktion des Rechtssystems 154
 - 2.1 Verhaltensorientierung als Grundbedingung sozialer Ordnung 154
 - 2.2 Recht als Stabilisierung von Erwartungsstrukturen 156
 - 2.3 Verhaltenssteuerung und Konfliktlösung als Systemleistungen 158
- 3. Operationsweise des Rechtssystems. 160
 - 3.1 Code und Programmierung des Rechtssystems. 160
 - 3.2 Symbol der Rechtsgeltung und Kontingenzformel Gerechtigkeit 162
- 4. Eigenständigkeit des Rechtssystems. 165
 - 4.1 Positivismus und operative Geschlossenheit. 165
 - 4.2 Kognitive Offenheit und strukturelle Kopplung. 166
 - 4.3 Recht und Moral. 169
- 5. Zusammenfassung: Das Rechtssystem im Überblick171

Kapitel 2: Strafrechtssystem und Funktion der Strafe.172

I. Ausdifferenzierung des Strafrechts als gesellschaftliches Teilsystem172

- 1. Eigenständigkeit und Grenzen des strafrechtlichen Subsystems . 172
 - 1.1 Systemgrenzen und Kriminalisierung. 172
 - 1.2 Systemgrenzen und Sanktionsnormen 175

2.	Code und operative Geschlossenheit des Strafrechtssystems . . .	178
2.1	Operationsweise des Strafrechtssystems.	178
2.2	Autopoietische Schliessung des Strafrechts	179
3.	Begriff der Strafe.	180
3.1	Strafe als Output des Systems	180
3.2	Reaktionen des Massnahmenrechts	184
II.	Funktion der Strafe	186
1.	Straftheorien	186
1.1	Strafzweck als Strafrechtsfunktion	186
1.2	Strafe als Vergeltung	187
1.3	Strafe als Spezialprävention	188
1.4	Strafe als Generalprävention.	191
1.5	Strafe als kommunikatives Unterfangen	193
2.	Strafe als Normstabilisierung	194
2.1	Strafe als kontrafaktische Durchhaltung von Erwartungen.	194
2.2	Strafe als notwendige Antwort auf den Normbruch	197
2.3	Absage an eine multifunktionale Strafe	200
3.	Theorien positiver Generalprävention	202
3.1	Zwischen Vergangenheitsbewältigung und Verhaltenssteuerung.	202
3.2	Rekonstruktivistische Wirkung der Strafe	207
3.3	Empirische Überprüfung und Überprüfbarkeit der positiven Generalprävention.	210
III.	Synthese: Funktion, Grenze und Operationsweise des Strafrechtssystems	214
1.	Strafrechtssystem als Garant normativer Ordnung	214
2.	Zum Zusammenspiel von Kriminalisierung, Normstabilisierung und Verantwortungszuschreibung	217
Teil 3:	Funktion und Elemente des Schuldvorwurfs im Rahmen der Normstabilisierung.	221
Kapitel 1:	Funktion des Schuldprinzips	223
I.	Schuldprinzip und Normstabilisierung.	223
1.	Struktur des Schuldprinzips	223
2.	Traditionelle Begründung des Schuldprinzips	224
3.	Schuldprinzip und Strafzwecke	228
4.	Positiv-generalpräventive Begründung des Schuldprinzips.	231

- II. Funktion des Schuldprinzips 233**
 - 1. Funktion der Schuldzuweisung im Rahmen der Normstabilisierung. 233
 - 2. Schuldprinzip als Garant der Notwendigkeit der Strafe (Straflegitimation) 235
 - 3. Schuldprinzip als Garant der Proportionalität der Strafe (Strafmass) 238
 - 3.1 Schuldprinzip als Verhältnismässigkeitsprinzip 238
 - 3.2 Ausmass der Normdestabilisierung 241
 - 3.3 Relevanz der Normdestabilisierung 242
 - 4. Schuldprinzip als Garant eines funktionalen Verfahrens 245
 - 5. Synthese: Die Elemente des Schuldprinzips 247

- Kapitel 2: Elemente des Schuldvorwurfs 249**
 - I. Wesen der Schuldzuschreibung. 249**
 - 1.1 Stufen strafrechtlicher Zurechnung. 249
 - 1.2 Schuld als Zuständigkeit für die Normdestabilisierung 252
 - 1.3 Elemente der Schuld im Überblick. 254
 - II. Personalität 256**
 - 1. Schuld als Voraussetzung und Folge von Personalität 256
 - 2. Personalität im Strafrechtssystem 258
 - 3. Personalität als Element der Schuldkategorie 261
 - 3.1 Eignung des Absenders für Normdestabilisierung. 261
 - 3.2 Kindesalter 263
 - 3.3 Unzurechnungsfähigkeit 264
 - 4. Zwischenfazit: Schuld als Personalität 266
 - III. Kompetenz 267**
 - 1. Schuld als Fähigkeit zur Normdestabilisierung. 267
 - 2. Willensfreiheit und Andershandelnkönnen 268
 - 2.1 Relevanz der Willensfreiheit für die Schuldlehre 268
 - 2.2 Angriffe der Neurowissenschaften auf das Schuldstrafrecht 271
 - 2.3 Willensfreiheit im sozialen System. 276
 - 2.4 Zuschreibung von Fähigkeiten im Rahmen der Verhaltensabstimmung 279
 - 2.5 Destabilisierung des Schuldfundaments durch die Freiheitsdebatte. 283
 - 2.6 Verantwortung als Voraussetzung und Folge von Freiheit 285

3.	Fähigkeitszuschreibung als Element der Schuldkategorie	287
3.1	Tauglichkeit der Kommunikation zur Normdestabilisierung.	287
3.2	Generelle und graduelle Kompetenz zur Normbefolgung	289
3.3	Situative Einschränkung der allgemeinen Kompetenz (verminderte Schuldfähigkeit)	290
3.4	Situative Einschränkung der Kompetenz aufgrund externer Faktoren.	294
3.5	Situative Einschränkung der Kompetenz aufgrund mangelnder Unrechtskenntnis	295
4.	Zwischenfazit: Schuld als Kompetenz.	298
IV.	Mitteilung	299
1.	Schuld als Infragestellung der Norm	299
2.	Identifikation der Mitteilung im Rahmen der inneren Tatseite.	300
2.1	Subjektiver Tatbestand als Element der Verantwortungszuschreibung.	300
2.2	Tauglichkeit der zum Ausdruck gebrachten Rechtsuntreue zur Normdestabilisierung.	302
2.3	Vorsatz und Fahrlässigkeit als Infragestellung der Norm	303
3.	Zwischenfazit: Schuld als Mitteilung	306
V.	Synthese: Die Funktion von Schuld und Schuldprinzip	308
1.	Schuldvorwurf als Voraussetzung und Folge der Normdestabilisierung	308
2.	Konsequenzen für die nachfolgende Untersuchung	309
Teil 4:	Normstabilisierung und die Variationen der strikten Verantwortlichkeit	311
Kapitel 1:	Kategorisierung eines variablen Schuldvorwurfs	313
I.	Bisherige Kategorisierungsversuche	313
1.	Schwierigkeiten einer Kategorisierung	313
2.	Unterteilung in formelle und materielle Strict Liability	314
3.	Kategorisierung nach Green.	317
4.	Kategorisierung nach Husak	321
II.	Eigener Kategorisierungsvorschlag	326
1.	Kategorisierung mit Blick auf die Funktion von Strafe und Schuldvorwurf.	326
2.	Die Kategorien im Überblick	328

Kapitel 2: Die Variationen der Strict Liability	331
I. Strict Liability in Bezug auf die Tathandlung	331
1. Essenz der Kategorie.	331
2. Absolute Liability.	333
3. Strict Liability in Bezug auf das Deckungsprinzip	335
3.1 Principle of Correspondence	335
3.2 Constructive Liability und Erfolgsqualifikation.	338
3.3 Felony Murder und Misdemeanor-Manslaughter Rule	340
3.4 Erfolgsqualifizierte Delikte in deutschsprachigen Rechtsordnungen.	343
3.5 Objektive Strafbarkeitsbedingungen	346
3.6 Rauschtatbestände als Verantwortlichkeit für Risikoverhalten	349
3.7 Versuchsstrafbarkeit und Schuldrelevanz des Erfolgseintritts	352
3.8 Vereinbarkeit der Lockerungen des Deckungsprinzips mit dem Schuldprinzip.	354
4. Strict Liability in Bezug auf das Simultanitätsprinzip.	354
4.1 Simultanität und Vorverschulden	354
4.2 Doctrine of Prior Fault	356
4.3 Vorverschulden und Actio Libera in Causa in deutschsprachigen Rechtsordnungen.	358
4.4 Vereinbarkeit der Lockerungen des Simultanitätsprinzips mit dem Schuldprinzip	360
5. Strict Liability in Bezug auf Tatbestandsirrtümer.	361
5.1 Tatbestandsirrtümer und Schuldvorwurf	361
5.2 Irrelevanz von Irrtümern hinsichtlich des Alters des Opfers	362
5.3 Irrelevanz von Irrtümern im Rahmen von Besitzdelikten.	366
5.4 Vereinbarkeit der Irrelevanz von Tatbestandsirrtümern mit dem Schuldprinzip.	368
6. Strict Liability in Bezug auf Rechtfertigungsgründe.	368
II. Strict Liability in Bezug auf die Zuschreibung zur Person	371
1. Essenz der Kategorie.	371
2. Strict Liability in Bezug auf Schuldfähigkeit und situative Kompetenz	372
2.1 Strict Liability und Schuldfähigkeit	372
2.2 Strict Liability in Bezug auf Entschuldigungsgründe	374

2.3	Irrelevanz der Unrechtskenntnis	377
2.4	Vereinbarkeit der Einschränkungen der Entschuldigung der Tat mit dem Schuldprinzip	378
3.	Strict Liability in Bezug auf die Personenqualität	379
3.1	Personenqualität und Unternehmensstrafbarkeit	379
3.2	Vereinbarkeit der Unternehmensstrafbarkeit mit dem Schuldprinzip	381
4.	Strict Liability und stellvertretende Verantwortlichkeit	383
4.1	Doktrin der Vicarious Liability	383
4.2	Anwendungsbereiche der Vicarious Liability	384
4.3	Vereinbarkeit der stellvertretenden Verantwortlichkeit mit dem Schuldprinzip	386
III.	Strict Liability in Bezug auf das Verfahren	388
1.	Essenz der Kategorie.	388
2.	Strict Liability in Bezug auf die Beweislast und Beweislastverteilung	389
2.1	Beweislast	389
2.2	Gesetzliche Vermutungen	392
2.3	Beweislastverteilung in deutschsprachigen Rechtsordnungen	394
2.4	Vereinbarkeit strengerer Beweisregelungen mit dem Schuldprinzip.	396
3.	Strict Liability in Bezug auf die Strafzumessung	396
3.1	Einschränkungen bei der Strafzumessung	396
3.2	Fixe Straftarife und Three Strikes Laws	397
3.3	Vereinbarkeit einer beschränkten Strafzumessung mit dem Schuldprinzip	400
Kapitel 3:	Normstabilisierung und Strict Liability.	401
I.	Strikte Verantwortlichkeit aus funktionaler Perspektive	401
1.	Strikte Verantwortlichkeit als dysfunktionale Konstruktion.	401
2.	Persistenz einer dysfunktionalen Doktrin	403
3.	Systeminstabilität durch politische Überbeanspruchung	405
II.	Zur (II)legitimität der Strict Liability.	408
1.	Normatives Beurteilungsmodell auf funktionaler Grundlage	408
1.1	Prinzip der funktionalen Notwendigkeit.	408
1.2	Beurteilung der Strict Liability auf der Grundlage des funktionalen Notwendigkeitsprinzips	410

- 2. Auswege und Alternativen 411
- 3. Synthese: Die Strict Liability als Risiko für die strafrechtliche Funktionserfüllung. 414

- Teil 5: Funktionales Schuldprinzip als Garant der Systemstabilität. 417**

- Kapitel 1: Der funktionale Schuldvorwurf 419**
 - I. Schuldprinzip und strafrechtliche Verantwortungszuschreibung. 419**
 - 1. Die gesellschaftliche Relevanz strafrechtlicher Normstabilisierung. 419
 - 2. Der Schuldvorwurf als strafrechtliche Operationsweise 421
 - II. Funktionale Äquivalenz: Zur Austauschbarkeit des Schuldvorwurfs. 423**
 - 1. Funktionale Äquivalenz und Nutzen der funktionalen Methode 423
 - 2. Defizite des traditionellen Schuldvorwurfs. 425
 - 3. Ansprüche an das funktionale Äquivalent 427
 - 4. Zum möglichen Verzicht auf den Schuldbegriff 430
 - 5. Konsequenzen eines Verzichts 433
 - III. Funktionalisierung der Schuldkategorie 436**
 - 1. Funktionalisierung als Alternative zum traditionellen Schuldbegriff 436
 - 2. Zweckrationaler Schuldbegriff bei Claus Roxin 437
 - 3. Funktionaler Schuldbegriff bei Günther Jakobs 439
 - 4. Kritik an der funktionalen Schuldlehre 441
 - 5. Funktionale Strafrechtsdogmatik zwischen Beschreibung und Kriminalpolitik. 444

- Kapitel 2: Schuldprinzip als Herzstück des Strafrechtssystems. 447**
 - I. Verantwortung und die normative Konstruktion von Gesellschaft. 447**
 - 1. Verantwortungsprinzip zwischen Funktionalität und Normativität. 447
 - 2. Schuldprinzip als Sinngebung und Ideal. 450
 - 3. Funktionale Notwendigkeit eines Verantwortungsprinzips 451
 - II. Résumé 453**

Abkürzungsverzeichnis

A	Atlantic Reporter
A.	Auflage
Abs.	Absatz
AC	Appeal Cases
Admin	Administrative Court
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
All ER	All England Law Reports
Allen	Allen's Massachusetts Reports
allg.	allgemein(e/en/er/es)
a. M.	(Frankfurt) am Main
Am. Crim. L. Q.	American Criminal Law Quarterly
Am. Crim. L. Rev.	American Criminal Law Review
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil (des Strafrechts)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
B.C. L. Rev.	Boston College Law Review
Bd.	Band
BGE	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGHSt	Entscheidungen des Deutschen Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Amtliche Sammlung)
Brit. J. Criminol.	British Journal of Criminology
BSK-StGB	Basler Kommentar zum Strafrecht I (CH) (vgl. Literaturverzeichnis bei Niggli/Wiprächtiger)
BSK II-StGB	Basler Kommentar zum Strafrecht II (CH) (vgl. Literaturverzeichnis bei Niggli/Wiprächtiger)
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil (des Strafrechts)
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
Buff. Crim. L. Rev.	Buffalo Criminal Law Review

BVerfG	Bundesverfassungsgericht (D)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung) (D)
bzw.	beziehungsweise
Can. J. L. & Jurisprudence	Canadian Journal of Law and Jurisprudence
CCR	County Court Reports
CH-FINMAG	Schweizerisches Finanzmarktgesetz
CH-OBG	Schweizerisches Ordnungsbussengesetz
CH-StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
CH-SVG	Schweizerisches Strassenverkehrsgesetz
CH-VStrR	Schweizerisches Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht
C.L.J.	Cambridge Law Journal
CLR	Commonwealth Law Reports
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Cr App R	Criminal Appeal Reports
Crim. L.R.	Criminal Law Review
ders.	derselbe
D-GG	Deutsches Grundgesetz
D-OWiG	Deutsches Ordnungswidrigkeitengesetz
D-StGB	Deutsches Strafgesetzbuch
D-StVG	Deutsches Strassenverkehrsgesetz
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DLR	Dominion Law Reports
Dr.	Doktor(in)
E.	Erwägung
ed.	editor(s)
éd.	éditeur(s)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Men- schenrechte und Grundfreiheiten
ER	English Reports
et al.	et alii/et aliae/et alia
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Eur. J. Criminol.	European Journal of Criminology

EWHC	High Court (England)
Exch.	Exchequer Reports
f./ff.	folgende
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
ggf.	gegebenenfalls
Harv. J. L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law and Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber(in/innen)
i. Br.	(Freiburg) im Breisgau
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in dem/diesem Sinne
i.e.S.	im engeren Sinne
Ill. L. Rev.	Illinois Law Review
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.v.	im Sinne von
i.w.S.	im weiteren Sinne
J. Contemp. Legal Issues	Journal of Contemporary Legal Issues
J. Crim. L.	Journal of Criminal Law
J. Crim. L. & Criminology	Journal of Criminal Law and Criminology
J. Int. Criminal Justice	Journal of International Criminal Justice
JBl	Juristische Blätter
Jh.	Jahrhundert
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KB	King's Bench (Law Reports)
KrimJ	Kriminologisches Journal
KZfSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
Law & Hum. Behav.	Law and Human Behavior

Law Q. Rev.	Law Quarterly Review
LK-StGB	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (D) (vgl. Literaturverzeichnis bei Laufhütte et al.)
L/K-StGB	Lackner/Kühl-Kommentar zum Strafgesetzbuch (D) (vgl. Literaturverzeichnis bei Lackner/Kühl)
LR QB	Law Reports Queen's Bench
M & W	Meeson & Welsby's Exchequer Reports
Mass.	Massachusetts
M/D-GG	Maunz/Dürig-Kommentar zum Grundgesetz (D) (vgl. Literaturverzeichnis bei Maunz/Dürig)
m.E.	meines Erachtens
Met.	Metcalf's Massachusetts Reports
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
mind.	mindestens
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N	Randnummer
New Crim. L. Rev.	New Criminal Law Review
Nr./No.	Nummer
Ö-StGB	Österreichisches Strafgesetzbuch
obj.	objektiv(e/en/er/es)
Ohio St. J. Crim. L.	Ohio State Journal of Criminal Law
O.J.L.S.	Oxford Journal of Legal Studies
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
PK-StGB	Praxiskommentar zum Strafgesetzbuch (CH) (vgl. Literaturverzeichnis bei Trechsel/Pieth)
Prof.	Professor(in)
QBD	Law Reports Queen's Bench Division
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
Rutgers L.J.	Rutgers Law Journal
Rz	Randziffer
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
s.	section
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung

SK-StGB	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (DE) (vgl. Literaturverzeichnis bei Wolter)
sog.	sogenannt(e/en/er/es)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
S/S-StGB	Schönke/Schröder-Kommentar zum Strafgesetzbuch (D) (vgl. Literaturverzeichnis bei Schönke/Schröder)
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Sup. Ct. Rev.	Supreme Court Review
SZK	Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
u.a.	unter anderem
UKHL	United Kingdom House of Lords
U.S.	United States (Reports)
USA	United States of America
U.S.C.	United States Code
Utah L. Rev.	Utah Law Review
u.U.	unter Umständen
v.	versus
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
vgl.	vergleiche/vergleichlich
Vol.	Volume
Vorb	Vorbemerkung
WK-StGB	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (A) (vgl. Literaturverzeichnis bei Höpfel/Ratz)
WLR	Weekly Law Reports
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil

Literaturverzeichnis

- ACHENBACH HANS, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, Berlin 1974. (zit. Schuldlehre)
- ACHENBACH HANS, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: Schönemann Bernd (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin 1984, 135 ff. (zit. Individuelle Zurechnung)
- ACHTER VIKTOR, Geburt der Strafe, Frankfurt a. M. 1950.
- ALBRECHT PETER-ALEXIS, Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts, GA 1983, 193 ff.
- ALBRECHT PETER-ALEXIS, Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, 2. A., Berlin 2006. (zit. Vergessene Freiheit)
- ALEXY ROBERT, Die Gewichtsformel, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, Berlin 2003, 771 ff.
- ALLEN MICHAEL, Textbook on Criminal Law, 12th ed., Oxford 2013.
- AMELUNG KURT, Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, in: Schönemann Bernd (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin 1984, 85 ff.
- AMIRTHALINGAM KUMARALINGHAM, Caldwell Recklessness Is Dead, Long Live Mens Rea's Fecklessness, Modern Law Review, Vol. 67, 2004, 491 ff.
- AMSTUTZ MARC/FISCHER-LESCANO ANDREAS (HRSG.), Kritische Systemtheorie. Zur Evolution einer normativen Theorie, Bielefeld 2013.
- ANDENAES JOHANNES, General Preventive Effects of Punishment, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 114, 1966, 949 ff.
- ANDENAES JOHANNES, Punishment and Deterrence, Ann Arbor MI 1974. (zit. Punishment and Deterrence)
- ANDENAES JOHANNES, General Prevention Revisited: Research and Policy Implications, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 66, 1976, 338 ff.
- APPEL IVO, Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, Berlin 1998.

- ASHWORTH ANDREW, Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm under the Code, and in the Common Law, *Rutgers Law Journal*, Vol. 19, 1988, 725 ff.
- ASHWORTH ANDREW, A change of normative position: Determining the contours of culpability in criminal law, *New Criminal Law Review*, Vol. 11, 2008, 232 ff.
- ASHWORTH ANDREW, Conceptions of Overcriminalization, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 5, 2008, 407 ff.
- ASHWORTH ANDREW, United Kingdom, in: Heller Kevin J./Dubber Markus D. (Hrsg.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford 2011, 531 ff. (zit. Handbook)
- ASHWORTH ANDREW/BLAKE MEREDITH, The Presumption of Innocence in English Criminal Law, *Criminal Law Review*, 1996, 306 ff.
- ASHWORTH ANDREW/HORDER JEREMY, *Principles of Criminal Law*, 7th ed., Oxford 2013.
- BÄHR ERICH-G., Strafbarkeit ohne Verschulden (Strict Liability) im Strafrecht der USA. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit, Baden-Baden 1974.
- BAKER JOHN H., *An Introduction to English Legal History*, 3rd ed., London u.a. 1990.
- BAUMANN JÜRGEN/WEBER ULRICH, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, 9. A., Bielefeld 1985.
- BAURMANN MICHAEL, Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit, Baden-Baden 1981. (zit. Folgenorientierung)
- BAURMANN MICHAEL, Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Massnahmerecht, Opladen 1987. (zit. Zweckrationalität)
- BAURMANN MICHAEL, Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention, in: Schünemann Bernd/von Hirsch Andrew/Jareborg Nils (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1998, 1 ff. (zit. Positive Generalprävention)
- BELING ERNST, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906 (Nachdruck: Aalen 1964).
- BENTHAM JEREMY, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford 1780.
- BERNREITER DIANA M. C., „Nulla poena sine culpa“ – Tat- oder Täterschutz: Zum Schuldbegriff des StGB und der Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit im Rahmen der Strafbemessung, Wien 2015.
- BIBAS STEPHANOS, *The Machinery of Criminal Justice*, Oxford 2012.

- BIERI PETER, Untergräbt die Regie des Gehirns die Freiheit des Willens?, in: Heinze Martin/Fuchs Thomas/Reischies Friedel M. (Hrsg.), Willensfreiheit – eine Illusion?, Berlin 2006, 35 ff.
- BINDING KARL, Die Schuld im deutschen Strafrecht, Leipzig 1919.
- BLECKMANN FRANK, Strafrechtsdogmatik – wissenschaftstheoretisch, soziologisch, historisch: das Beispiel des strafrechtlichen Vorsatzes, Diss. Freiburg i. Br. 2002.
- BLEI HERMANN, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18. A., München 1983.
- BLOMSMA JEROEN, Mens Rea and defences in European Criminal Law, Cambridge 2012.
- BLOMSMA JEROEN/ROEF DAVID, Forms and Aspects of Mens Rea, in: Keiler Johannes/Roef David (Hrsg.), Comparative Concepts of Criminal Law, 2nd ed., Cambridge 2016, 127 ff. (zit. Mens Rea)
- BLOMSMA JEROEN/ROEF DAVID, Justifications and Excuses, in: Keiler Johannes/Roef David (Hrsg.), Comparative Concepts of Criminal Law, 2nd ed., Cambridge 2016, 157 ff. (zit. Justifications and Excuses)
- BOCK MICHAEL, Ideen und Schimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, ZStW 1991, 636 ff.
- BOCKELMANN PAUL, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., München 1979.
- BOHLANDER MICHAEL, Principles of German Criminal Law, Oxford 2009. (zit. German Criminal Law)
- BOHLANDER MICHAEL, Principles of German Criminal Procedure, Oxford 2012. (zit. German Criminal Procedure)
- BÖNITZ DIETER, Strafgesetze und Verhaltenssteuerung. Zur generalpräventiven Wirksamkeit staatlicher Strafandrohung, Göttingen 1991.
- BRANDENBERGER WERNER, Bemerkungen zu der Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Zurechnungsunfähigkeit, Bern 1970.
- BRINGEWAT PETER, Funktionales Denken im Strafrecht, Bielefeld 1974.
- BROWN DARRYL K., Federal Mens Rea Interpretation and the Limits of Culpability's relevance, Law and Contemporary Problems, Vol. 75, 2012, 109 ff.
- BUCHHEIM THOMAS, Wer kann, der kann auch anders, in: Geyer Christian (Hrsg.), Hirnforschung und Willensfreiheit, Frankfurt a. M. 2004, 158 ff.
- BUCK TREVOR, International Child Law, 3rd ed., London 2014.
- BURKHARDT BJÖRN, Das Zweckmoment im Schuldbegriff, GA 1976, 321 ff.
- BURKHARDT BJÖRN, Zur Möglichkeit einer utilitaristischen Rechtfertigung des Schuldprinzips, in: Baumgartner Hans M./Eser Albin (Hrsg.),

- Schuld und Verantwortung. Philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns, Tübingen 1983, 51 ff. (zit. Utilitaristische Rechtfertigung)
- CARSON W.G., Some Sociological Aspects of Strict Liability and the Enforcement of Factory Legislation, *Modern Law Review*, Vol. 33, 1970, 396 ff.
- CHEN ELSA, Three Strikes: Passage, Implementation, Evaluation, and Reform, in: Mallicoat Stacy L./Gardiner Christine L. (Hrsg.), *Criminal Justice Policy*, Los Angeles 2014, 261 ff.
- CHILD JOHN, Prior Fault: Blocking Defences or Constructing Crimes, in: Reed Alan/Bohlander Michael (Hrsg.), *General Defences in Criminal Law. Domestic and Comparative Perspectives*, Farnham 2014, 37 ff.
- CHILD JOHN/ORMEROD DAVID, *Smith & Hogan's Essentials of Criminal Law*, Oxford 2015.
- CIPRIANI DON, *Children's Rights and the Minimum Age of Criminal Responsibility*, Farnham 2009.
- CLAESSEN JACQUES, Theories of Punishment, in: Keiler Johannes/Roef David (Hrsg.), *Comparative Concepts of Criminal Law*, 2nd ed., Cambridge 2016, 11 ff.
- COHEN MORRIS R., Moral Aspects of the Criminal Law, *Yale Law Journal*, Vol. 49, 1940, 987 ff.
- COLE KEVIN, Killings during Crime: Toward a Discriminating Theory of Strict Liability, *American Criminal Law Review*, Vol. 28, 1990, 73 ff.
- COLETTE-BASECQZ NATHALIE/LAMBINET FRANCE, L'élément moral des infractions, in: Lambinet France et al. (Hrsg.), *L'élément moral en droit, Une vision transversale*, 2016, 9 ff.
- COMTESSE FRÉDÉRIC-HENRI, Strafgesetzbuch und die strafrechtliche Nebengesetzgebung (insbesondere des Kantons Zürich), *SJZ* 1942, 105 ff.
- CRESPO EDUARDO DEMETRIO, Schuld und Strafzwecke, in: FS Roxin, Berlin/New York 2011, 689 ff.
- DANNECKER GERHARD, Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts, *GA* 2001, 101 ff.
- DAVIS ANGELA J., *Arbitrary Justice. The Power of the American Prosecutor*, New York 2007.
- DESCARTES RENÉ, *Mediationen über die Grundlagen der Philosophie*, Hamburg 1972. (lateinisches Original: *Meditationes de prima philosophia*, 1641)
- DIECKMANN JOHANN, *Schlüsselbegriffe der Systemtheorie*, München 2006.

- DIETRICH K./LINDENMANN H.P./HEHLEN P./THOMA J., Auswirkungen von Tempo 80/120 auf die Verkehrssicherheit, BfU/ETH, Schlussbericht, Bern/Zürich 1988.
- DÖLLING DIETER, Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?, ZStW 1990, 1 ff.
- DÖLLING DIETER, Zur spezialpräventiven Aufgabe des Strafrechts, in: FS Lampe, Berlin 2003, 597 ff.
- DONATSCH ANDREAS, Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum, ZStrR 1985, 16 ff.
- DONATSCH ANDREAS, Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt, Zürich 1987. (zit. Sorgfaltsbemessung)
- DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III – Delikte gegen den Einzelnen, 10. A., Zürich 2013. (zit. Strafrecht III)
- DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I – Verbrechenslehre, 9. A., Zürich 2013.
- DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV – Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. A., Zürich 2011.
- DROBNIG ULRICH, Soziologische Forschungsmethoden in der Rechtsvergleichung, in: Drobnig Ulrich/Rehbinder Manfred (Hrsg.), Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung, Berlin 1977, 91 ff.
- DUBBER MARKUS D., Criminal Law between Public and Private Law, in: Duff R.A./Farmer Lindsay/Marshall S.E./Renzo Massimo/Tadros Victor (Hrsg.), The Boundaries of the Criminal Law, Oxford 2010, 191 ff. (zit. Criminal Law between Public and Private Law)
- DUBBER MARKUS D., An Introduction to the Model Penal Code, 2nd ed., New York 2015. (zit. Model Penal Code)
- DUBBER MARKUS D./HÖRNLE TATJANA, Criminal Law. A Comparative Approach, Oxford 2014.
- DUFF R.A., Subjectivism, Objectivism and Criminal Attempts, in: Simester A.P./Smith A.T.H. (Hrsg.), Harm and Culpability, Oxford 1996, 19 ff. (zit. Subjectivism)
- DUFF R.A., Prävention oder Überredung?, in: Schönemann Bernd/von Hirsch Andrew/Jareborg Nils (Hrsg.), Positive Generalprävention, Heidelberg 1998, 181 ff. (zit. Prävention oder Überredung?)
- DUFF R.A., Punishment, Communication, and Community, New York 2001. (zit. Punishment, Communication, and Community)
- DUFF R.A., Strict Liability, Legal Presumptions, and the Presumption of Innocence, in: Simester A.P. (Hrsg.), Appraising Strict Liability, Oxford 2005, 125 ff. (zit. Strict Liability)

- DUFF R.A., Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law, Oxford 2007. (zit. Answering for Crime)
- DUFF R.A., Responsibility, Citizenship, and Criminal Law, in: Duff R.A./Green Stuart (Hrsg.), Philosophical Foundations of Criminal Law, Oxford 2011, 125 ff. (zit. Responsibility, Citizenship, and Criminal Law)
- DUFF R.A./FARMER LINDSAY/MARSHALL, S.E./RENZO MASSIMO/TADROS VICTOR, Introduction. The Boundaries of the Criminal Law, in: Duff R.A. et al. (Hrsg.), The Boundaries of the Criminal Law, Oxford 2010, 1 ff. (zit. Boundaries of the Criminal Law)
- DUFF R.A./FARMER LINDSAY/MARSHALL, S.E./RENZO MASSIMO/TADROS VICTOR, Introduction. Towards a Theory of Criminalization?, in: Duff R.A. et al. (Hrsg.), Criminalization, Oxford 2014, 1 ff. (zit. Criminalization)
- DÜRIG GÜNTER, Der Grundsatz von der Menschenwürde, AÖR 1956, 117 ff.
- DURKHEIM ÉMILE, Les règles de la méthode sociologique, Paris 1895. (zit. Méthode sociologique)
- DURKHEIM ÉMILE, Moral Education, Mineola N.Y. 2002. (französisches Original: L'éducation morale, Paris 1902/1903) (zit. Moral Education)
- DURKHEIM ÉMILE, Über soziale Arbeitsteilung, 6. A., Frankfurt a. M. 2012. (französisches Original: De la division du travail social, Paris 1893) (zit. Soziale Arbeitsteilung)
- DÜRRER RAINER, Beweislastverteilung und Schätzung im Steuerstrafrecht, Heidelberg u.a. 2010.
- DWORKIN RONALD, Taking Rights Seriously, London/New York 1977.
- ECKSTEIN KEN, Besitz als Straftat, Berlin 2001.
- EDER FLORIAN, Beweisverbote und Beweislast im Strafprozess, München 2015.
- EHRlich EUGEN, Das lebende Recht der Völker der Bukowina, in: Ehrlich Eugen, Recht und Leben (hrsg. und eingeleitet von Reh binder Manfred), Berlin 1967, 43 ff.
- EHRsam PAUL, Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und Vorsatz im schweizerischen Strafgesetzbuch (Art. 18 Abs. 2 und Art. 20), SJZ 1945, 229 ff.
- EICKER ANDREAS/FRANK FRIEDRICH/ACHERMANN JONAS, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Bern 2012.
- ELLIOT CATHERINE, France, in: Heller Kevin J./Dubber Markus D. (Hrsg.), The Handbook of Comparative Criminal Law, Stanford 2011, 209 ff.
- EMERY F. E., Systems thinking, Harmondsworth 1969.
- ENGELMANN WOLDEMAR, Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der

- kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius, 2. A., Aalen 1965.
- ENTORF HORST/SPENGLER HANNES, Is Being 'Soft on Crime' the Solution to Rising Crime Rates? Evidence from Germany, IZA Discussion Paper No. 3710, September 2008.
- ESSER HARTMUT, Soziologie. Allgemeine Grundlagen, Frankfurt a. M. 1993.
- EWERT UWE, Autofahrer in der Schweiz und in Europa: Meinungen und Einstellungen im Längs- und Querschnittsvergleich, BfU, Bern 1999.
- EXNER FRANZ, Schuld- und Erfolgshaftung im schweizerischen Vorentwurf, ZStrR 1911, 167 ff.
- FARMER LINDSAY, Making the Modern Criminal Law. Criminalization and Civil Order, Oxford 2016.
- FEINBERG JOEL, The Expressive Function of Punishment, in: Feinberg Joel (Hrsg.), Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility, Princeton 1970, 95 ff.
- FELDMANN KLAUS, Soziologie kompakt. Eine Einführung, 3. A., Wiesbaden 2005.
- FIGUEIREDO DIAS, Schuld und Persönlichkeit. Für eine rechtsethische Erneuerung des Schuldbegriffs im Strafrecht, ZStW 1983, 220 ff.
- FISCHER-LESCANO ANDREAS, Systemtheorie als kritische Gesellschaftstheorie, in: Amstutz Marc/Fischer-Lescano Andreas (Hrsg.), Kritische Systemtheorie. Zur Evolution einer normativen Theorie, Bielefeld 2013, 13 ff.
- FLETCHER GEORGE P., Rethinking Criminal Law, Boston u.a. 1978. (zit. Rethinking Criminal Law)
- FLETCHER GEORGE P., Basic Concepts of Criminal Law, New York 1998. (zit. Basic Concepts)
- FONFORA DIRK, Freiwilliges Handeln und Tugend – Aristoteles' Lehre von der Prophairesis im Rahmen einer eudaimonistischen Ethik, in: Klein Hans-Dieter/Düsing Klaus/Düsing Edith (Hrsg.), Geist und Willensfreiheit – Klassische Theorien von der Antike bis zur Moderne, Würzburg 2006.
- FORSTER SUSANNE, England und Wales, in: Sieber Ulrich/Cornils Karin (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Grundlagen, Bd. I, Berlin 2009, 127 ff. (zit. I)
- FORSTER SUSANNE, England und Wales, in: Sieber Ulrich/Cornils Karin (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Begriff und Systematisierung der Straftat, Bd. II, Berlin 2008, 374 ff. (zit. II)
- FORSTER SUSANNE, England und Wales, in: Sieber Ulrich/Cornils Karin (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung,

- Objektive Tatseite – Subjektive Tatseite – Strafbares Verhalten im Vorfeld der Tatvollendung, Bd. III, Berlin 2008, 662 ff. (zit. III)
- FOUCAULT MICHEL, Die Wahrheit und die juristischen Formen, 4. A., Frankfurt a. M. 2015. (französisches Original: *La vérité et les formes juridiques*, Paris 1994)
- FRANK REINHARD, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Giessen 1907.
- FRISCH WOLFGANG, Schuldprinzip und Absprachen, in: FS Streng, Heidelberg 2017, 685 ff.
- FRISTER HELMUT, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Diss. Bonn, Berlin 1988. (zit. Schuldprinzip)
- FRISTER HELMUT, Die Struktur des „voluntativen Schulselements“. Zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention, Berlin 1993. (zit. Voluntatives Schulselement)
- FRISTER HELMUT, Überlegungen zu einem agnostischen Begriff der Schuldfähigkeit, in: FS Frisch, Berlin 2013, 533 ff.
- FUCHS HELMUT, Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat, 8. A., Wien 2012.
- FUCHS HELMUT/REINDL-KRAUSKOPF SUSANNE, Strafrecht Besonderer Teil I. Delikte gegen den Einzelnen, 4. A., Wien 2014.
- GALLAS WILHELM, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 1955, 1 ff.
- GALLAS WILHELM, Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin 1968. (zit. Verbrechenslehre)
- GALLAS WILHELM, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 1968, 1 ff.
- GARDNER JOHN, Rationality and the Rule of Law in Offences against the Person, Cambridge Law Journal, Vol. 53, 1994, 502 ff.
- GARDNER JOHN, On the General Part of the Criminal Law, in: Duff R.A. (Hrsg.), *Philosophy and the Criminal Law. Principle and Critique*, Cambridge 1998, 205 ff. (zit. General Part)
- GARDNER JOHN, Wrongs and Faults, in: Simester A.P. (Hrsg.), *Appraising Strict Liability*, Oxford 2005, 51 ff. (zit. Wrongs and Faults)
- GARDNER MARTIN R., The Mens Rea Enigma: Observations on the Role of Motive in the Criminal Law Past and Present, Utah Law Review 1993, 635 ff.
- GAZZANIGA MICHAEL, Die Ich-Illusion. Wie Bewusstsein und freier Wille entstehen, München 2012. (englisches Original: *Who's in Charge?* New York 2011)
- GEISLER CLAUDIUS, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip. Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts, Diss. Berlin 1998.

- GERMANN O.A., Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942.
- GIEHRING HEINZ, Sozialwissenschaftliche Forschung zur Generalprävention und normative Begründung des Strafrechts, KrimJ 1987, 2 ff.
- GIFFIN CARLY/LOMBROZO TANIA, Wrong or Merely Prohibited: Special Treatment of Strict Liability in Intuitive Moral Judgment, Law and Human Behavior, Vol. 40, 2016, 707 ff.
- GIMBERNAT ORDEIG ENRIQUE, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, ZStW 1970, 379 ff.
- GLAZEBROOK P.R., How Old Did You Think She Was?, Cambridge Law Journal, Vol. 60, 2001, 26 ff.
- GÖPPINGER HANS, Kriminologie, 6. A., München 2008.
- GRAF MAX, Über das Verhältnis von Unrechtsbewusstsein und Vorsatz, ZStrR 1946, 363 ff.
- GRAVEN PHILIPPE, L'infraction pénale punissable, 2. A., Bern 1995.
- GREEN THOMAS A., Freedom and Criminal Responsibility in American Legal Thought, New York 2014.
- GREEN STUART P., Six Senses of Strict Liability: A Plea for Formalism, in: Simester A.P. (Hrsg.), Appraising Strict Liability, Oxford 2005, 1 ff.
- GREENBERG JOSHUA D./BROTMAN ELLEN C., Strict Vicarious Liability for Corporations and Corporate Executives: Stretching the Boundaries of Criminalization, American Criminal Law Review, Vol. 51, 2014, 79 ff.
- GRÖSCHNER ROLF/DIERKSMEIER CLAUS/HENKEL MICHAEL/WIEHART ALEXANDER, Rechts- und Staatsphilosophie. Ein dogmenphilosophischer Dialog, Berlin u.a. 2000.
- GROSS HYMAN, A Theory of Criminal Justice, New York 1979.
- GRÜNWALD GERALD, Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs, ZStW 1968, 89 ff.
- GSCHWEND LUKAS, Über den Schuldbegriff in der älteren Literatur zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung, Zürich 1999, 13 ff.
- GÜNTHER KLAUS, Freiheit und Schuld in den Theorien der positiven Generalprävention, in: Schünemann Bernd/von Hirsch Andrew/Jareborg Nils (Hrsg.), Positive Generalprävention, Heidelberg 1998, 153 ff. (zit. Freiheit und Schuld)
- GÜNTHER KLAUS, Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts, in: Schleim Stephan/Spranger Tade M./Walter Henrik (Hrsg.), Von der Neuroethik zum Neurorecht?, Göttingen 2009, 214 ff. (zit. Naturalistische Herausforderung)

- HAFTER ERNST, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts. Besonderer Teil, Erste Hälfte, Berlin 1937. (zit. BT I)
- HAFTER ERNST, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, 2. A., Bern 1946. (zit. AT)
- HALL ARTHUR D./FAGEN ROBERT E., Definition of a system, *General Systems*, Vol. 1, 1956, 18 ff.
- HALL JEROME, Prolegomena to a Science of Criminal Law, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 89, 1941, 549 ff.
- HALL JEROME, Interrelations of Criminal Law and Torts I, *Columbia Law Review*, Vol. 43, 1943, 753 ff.
- HALL JEROME, Interrelations of Criminal Law and Torts II, *Columbia Law Review*, Vol. 43, 1943, 967 ff.
- HAMANN ANDREAS, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, Oldenburg 1963.
- HARDEGGER JUDITH, Willenssache. Die Infragestellung der Willensfreiheit durch moderne Hirnforschung als Herausforderung für Theologie und Ethik, Diss. Luzern, Berlin 2009.
- HART H.L.A., Eine Vereinigungstheorie von Prävention und Vergeltung, in: Hoerster Norbert (Hrsg.), *Recht und Moral – Texte zur Rechtsphilosophie*, München 1977, 221 ff. (zit. Vereinigungstheorie)
- HART H.L.A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2nd ed., Oxford 2008. (zit. Punishment and Responsibility)
- HASSEMER WINFRIED, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München 1981. (zit. Grundlagen)
- HASSEMER WINFRIED, Alternativen zum Schuldprinzip?, in: Baumgartner Hans M./Eser Albin (Hrsg.), *Schuld und Verantwortung. Philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns*, Tübingen 1983, 89 ff. (zit. Alternativen zum Schuldprinzip?)
- HEGEL GEORG WILHELM FRIEDRICH, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Nachdruck hrsg. von Hoffmeister Johannes, 4. A., Hamburg 1955. (zit. Grundlinien)
- HEINE GÜNTER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden 1995.
- HILGENDORF ERIC, Können Roboter schuldhaft handeln? Zur Übertragbarkeit unseres normativen Grundvokabulars auf Maschinen, in: Beck Susanne (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, Baden-Baden 2012, 119 ff.
- HIRSCH HANS JOACHIM, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, *ZStW* 1994, 746 ff.

- HIRSCH HANS JOACHIM, Tatstrafrecht – ein hinreichend beachtetes Grundprinzip (2002), in: Lilie Hans (Hrsg.), Strafrechtliche Probleme, Bd. II, Berlin 2009, 3 ff. (zit. Tatstrafrecht)
- HOERSTER NORBERT, Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens, GA 1970, 272 ff.
- HÖFFE OTTFRIED, Naturrecht ohne naturalistischen Fehlschluss. Ein rechtsphilosophisches Programm, Wien 1980. (zit. Naturrecht)
- HÖFFE OTTFRIED, Immanuel Kant, München 1983. (zit. Kant)
- HONIG RICHARD M., Das Amerikanische Strafrecht, in: Mezger Edmund/Schönke Adolf/Jescheck Hans-Heinrich(Hrsg.), Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Bd. IV, Berlin 1962, 7 ff.
- HONNETH AXEL, Einleitung, in: Honneth Axel (Hrsg.), Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften, Frankfurt a. M. 1993, 7 ff.
- HONSELL HEINRICH, Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus, in: FS Westermann, Köln 2008, 315 ff. (zit. FS Westermann)
- HÖPFEL FRANK/RATZ ECKART (HRSG.), WIENER KOMMENTAR, Strafgesetzbuch, 2. A., Wien 2015. (zit. Bearbeiter, WK-StGB)
- HORDER JEREMY, A critique of the correspondence principle in criminal law, Criminal Law Review 1995, 759 ff.
- HORDER JEREMY, Criminal Law: Between Determinism, Liberalism, and Criminal Justice, Current Legal Problems 1996, 159 ff.
- HORDER JEREMY, Questioning the correspondence principle – a reply, Criminal Law Review 1999, 206 ff.
- HORN ECKHARD, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie, Berlin 1969.
- HÖRNLE TATJANA, Claus Roxins straftheoretischer Ansatz, in: FS Roxin, Berlin/New York 2011, 3 ff. (zit. FS Roxin)
- HÖRNLE TATJANA, Straftheorien, Tübingen 2011. (zit. Straftheorien)
- HÖRNLE TATJANA, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre, Baden-Baden 2013. (zit. Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf)
- HORSTER DETLEF, Niklas Luhmann, 2. A., München 2005.
- HÖRSTER MATTHIAS, Die strict liability des englischen Strafrechts. Zugleich eine Gegenüberstellung mit dem deutschen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Diss. Freiburg i. Br., Berlin 2009.
- HOWARD COLIN, Strict Responsibility, London 1963.

- HUBERT MARTIN, Ist der Mensch noch frei? – Wie die Hirnforschung unser Menschenbild verändert, Düsseldorf 2006.
- HURTADO POZO JOSÉ, Droit pénal – Partie générale, nouvelle éd., Zürich 2008.
- HUSAK DOUGLAS, Varieties of Strict Liability, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 8, 1995, 189 ff.
- HUSAK DOUGLAS, The Criminal Law as Last Resort, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 24, 2004, 207 ff.
- HUSAK DOUGLAS, Strict Liability, Justice and Proportionality, in: Simester A.P. (Hrsg.), Appraising Strict Liability, Oxford 2005, 81 ff. (zit. Strict Liability, Justice and Proportionality)
- HUSAK DOUGLAS, Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law, New York 2008. (zit. Overcriminalization)
- JAKOBS GÜNTHER, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, in: FS Welzel, Berlin 1974, 307 ff. (zit. FS Welzel)
- JAKOBS GÜNTHER, Schuld und Prävention, Tübingen 1976. (zit. Schuld und Prävention)
- JAKOBS GÜNTHER, Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung, in: FS Bruns, Köln u.a. 1978, 31 ff. (zit. FS Bruns)
- JAKOBS GÜNTHER, Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?, in Henrich Dieter (Hrsg.), Aspekte der Freiheit, Regensburg 1982, 69 ff. (zit. Aspekte der Freiheit)
- JAKOBS GÜNTHER, Zum Verhältnis von psychischem Faktum und Norm bei der Schuld, in: Göppinger Hans/Bresser Paul H. (Hrsg.), Sozialtherapie – Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht, Stuttgart 1982, 127 ff. (zit. Psychisches Faktum und Norm)
- JAKOBS GÜNTHER, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, Regensburg 1983. (zit. AT 1. A.)
- JAKOBS GÜNTHER, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 1985, 751 ff.
- JAKOBS GÜNTHER, Über die Behandlung von Wollensfehlern und Wissensfehlern, ZStW 1989, 516 ff.
- JAKOBS GÜNTHER, Das Schuldprinzip, Opladen 1993. (zit. Schuldprinzip)
- JAKOBS GÜNTHER, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 2. A., Berlin 1993. (zit. AT 2. A.)
- JAKOBS GÜNTHER, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, ZStW 1995, 843 ff.
- JAKOBS GÜNTHER, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn 2004. (zit. Staatliche Strafe)

- JAKOBS GÜNTHER, Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, ZStW 2005, 247 ff.
- JAKOBS GÜNTHER, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. A., Berlin 2008. (zit. Norm, Person, Gesellschaft)
- JAKOBS GÜNTHER, Strafrechtliche Schuld als gesellschaftliche Konstruktion. Ein Beitrag zum Verhältnis von Hirnforschung und Strafrechtswissenschaft, in: Schleim Stephan/Spranger Tade M./Walter Henrik (Hrsg.), Von der Neuroethik zum Neurorecht?, Göttingen 2009, 243 ff. (zit. Schuld als gesellschaftliche Konstruktion)
- JAKOBS GÜNTHER, Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff, RW 2010, 283 ff.
- JAKOBS GÜNTHER, Zur Theorie des Feindstrafrechts, in: Rosenau Henning/ Kim Sangyun (Hrsg.), Straftheorie und Strafgerechtigkeit, Frankfurt a. M. 2010, 167 ff. (zit. Feindstrafrecht)
- JAKOBS GÜNTHER, System der strafrechtlichen Zurechnung, Frankfurt a. M. 2012. (zit. System der strafrechtlichen Zurechnung)
- JARVERS KONSTANZE, Italien, in: Sieber Ulrich/Cornils Karin (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Grundlagen, Bd. I, Berlin 2009, 279 ff. (zit. I)
- JARVERS KONSTANZE, Italien, in: Sieber Ulrich/Cornils Karin (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Bd. III, Objektive Tatseite – Subjektive Tatseite – Strafbares Verhalten im Vorfeld der Tatvollendung, Berlin 2008, 695 ff. (zit. III)
- JEFFERSON MICHAEL, Criminal Law, 12th ed., Harlow u.a. 2015.
- JENSEN STEFAN, Erkenntnis – Konstruktivismus – Systemtheorie. Einführung in die Philosophie der Konstruktivistischen Wissenschaft, Opladen/ Wiesbaden 1999.
- JESCHECK HANS-HEINRICH, Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich, JBl 1998, 609 ff.
- JESCHECK HANS-HEINRICH/WEIGEND THOMAS, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. A., Berlin 1996.
- JOHNSON PHILIP E., Strict Liability: The Prevalent View, in Kadish Sanford H. (Hrsg.), Encyclopedia of Crime and Justice, Vol. 4, New York 1983, 1518 ff.
- JUHÁSZ CHRISTINA, Die strafrechtliche Schuldfähigkeit. Vorschlag für eine zukünftige europäische Regelung, Wien 2013.
- KADISH SANFORD H., Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations, University of Chicago Law Review, Vol. 30, 1963, 423 ff.

- KADISH SANFORD H., The Crisis of Overcriminalization, *American Criminal Law Quarterly*, Vol. 374, 1968, 17 ff.
- KADISH SANFORD H., *Blame and Punishment. Essays in the Criminal Law*, New York 1987. (zit. *Blame and Punishment*)
- KADISH SANFORD H., The Model Penal Code's Historical Antecedents, *Rutgers Law Journal*, Vol. 19, 1988, 521 ff.
- KAISER GÜNTHER/SCHÖCH HEINZ, *Kriminologie. Jugendstrafrecht. Strafvollzug*, 5. A., München 2001.
- KANT IMMANUEL, *Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe, Bd. 6, 1914.
- KARGL WALTER, *Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht. Schlussfolgerungen aus dem Milgram-Experiment*, Heidelberg 1995.
- KAROLLUS MARTIN, Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des strafrechtlichen Schuldprinzips, *ÖJZ* 1987, 677 ff.
- KASPAR JOHANNES, *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Eine Einführung*, Baden-Baden 2015.
- KAUFMANN ARMIN, *Die Aufgabe des Strafrechts*, Opladen 1983.
- KAUFMANN ARTHUR, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, *JZ* 1967, 553 ff.
- KAUFMANN ARTHUR, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2. A., Heidelberg 1976. (zit. *Schuldprinzip*)
- KAUFMANN ARTHUR, *Unzeitgemässe Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht*, *JURA* 1986, 225 ff.
- KAUFMANN HARRY, *Legality and Harmfulness of a Bystander's Failure to Intervene as Determinants of Moral Judgement*, in: Macaulay Jacqueline/Berkowitz Leonard (Hrsg.), *Altruism and helping behavior*, New York 1970, 77 ff.
- KEATING H.M./CUNNINGHAM S.R./ELLIOTT T./WALTERS M.A., *Clarkson and Keating Criminal Law: Text and Materials*, 8. A., London 2014.
- KEIL GEERT, *Willensfreiheit und Determinismus*, Stuttgart 2009. (zit. *Willensfreiheit und Determinismus*)
- KEIL GEERT, *Willensfreiheit*, 2. A., Berlin/Boston 2013. (zit. *Willensfreiheit*)
- KEILER JOHANNES, *Actus Reus and Mens Rea. The Elements of Crime and the Framework of Criminal Liability*, in: Keiler Johannes/Roef David (Hrsg.), *Comparative Concepts of Criminal Law*, 2. A., Cambridge 2016, 57 ff.
- KELSEN HANS, *Reine Rechtslehre*, 2. A., Wien 1960.
- KILLIAS MARTIN, *Muss Strafe sein? Überlegungen zur Funktion von Sanktionen aus sozialpsychologischer Sicht*, *ZStrR* 1980, 31 ff.

- KILLIAS MARTIN, La ceinture de sécurité: une étude sur l'effet des lois et des sanctions, *Déviance et société* 1985, Vol. 9, 31 ff.
- KILLIAS MARTIN, La criminalisation de la vie quotidienne et la politisation du droit pénal, *ZSR* 1995, 365 ff.
- KILLIAS MARTIN, The Opening and Closing of Breaches: A Theory on Crime Waves, Law Creation and Crime Prevention, *European Journal of Criminology*, Vol. 3, 2006, 11 ff.
- KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/AEBI MARCELO F., Grundriss der Kriminologie. Eine Europäische Perspektive, 2. A., Bern 2011. (zit. Grundriss Kriminologie)
- KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/DONGOIS NATHALIE/AEBI MARCELO F., Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, Bern 2009. (zit. AT)
- KLEINFELD JOSHUA, Reconstructivism: The Place of Criminal Law in Ethical Life, *Harvard Law Review*, Vol. 129, 2016, 1486 ff.
- KLEINFELD JOSHUA, Two Cultures of Punishment, *Stanford Law Review*, Vol. 68, 2016, 933 ff.
- KÖHLER CHRISTIAN, Beteiligung und Unterlassen beim erfolgsqualifizierten Delikt am Beispiel der Körperverletzung mit Todesfolge (§227 I StGB), Diss. Potsdam, Berlin/Heidelberg 2000.
- KOHLRAUSCH EDUARD, Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, in: FS Güterbock, Berlin 1910, 1 ff.
- KOLLER PETER, Probleme der utilitaristischen Strafrechtfertigung, *ZStW* 1979, 45 ff.
- KORIATH HEINZ, Zum Streit um den Schuldbegriff. Eine Skizze, *GA* 2011, 618 ff.
- KRILL RUDOLF, Zur Frage der Strafbarkeit der in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit verübten Tat, Diss. Bern 1944.
- KUNZ KARL-LUDWIG, Prävention und gerechte Zurechnung – Überlegungen zur normativen Kontrolle utilitaristischer Strafbegründung, *ZStW* 1986, 823 ff.
- KUNZ KARL-LUDWIG/MONA MARTINO, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. A., Bern 2015.
- KÜPPER GEORG, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Berlin 1990.
- LACKNER KARL, Der Alternativentwurf und die praktische Strafrechtspflege, *JZ* 1967, 513 ff.

- LACKNER KARL/KÜHL KRISTIAN (Hrsg.), Kommentar Strafgesetzbuch, 28. A., München 2014. (zit. Bearbeiter, L/K-StGB)
- LAGODNY OTTO, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Tübingen 1996.
- LAMPE ERNST-JOACHIM, Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems, in: FS Roxin, Berlin/New York 2001, 45 ff.
- LARKIN PAUL J. JR., Strict Liability Offenses, Incarceration, and the Cruel and Unusual Punishment Clause, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 37, 2014, 1065 ff.
- LAUFHÜTTE HEINRICH W./RISSING-VAN SAAN RUTH/TIEDEMANN KLAUS (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. II, 11. A., Berlin 2003. (zit. Bearbeiter, LK-StGB)
- LEDERMAN ELI, Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaption and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity, Buffalo Criminal Law Review, Vol. 4, 2000, 641 ff.
- LEIGH L.H., Strict and Vicarious Liability, London 1982.
- LEIPOLD DIETER, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Berlin 1966.
- LELIEUR JULIETTE/PFÜTZNER PEGGY/VOLZ SABINE, Frankreich, in: Sieber Ulrich/Cornils Karin (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Objektive Tatseite – Subjektive Tatseite – Strafbares Verhalten im Vorfeld der Tatvollendung, Bd. III, Berlin 2008, 678 ff. (zit. III)
- LESCH HEIKO HARTMUT, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, Köln u.a. 1999.
- LEVENSON LAURIE, Good Faith Defenses: Reshaping Strict Liability Crimes, Cornell Law Review, Vol. 78, 1993, 401 ff.
- LÉVITT ALBERT, The Origin of the Doctrine of Mens Rea, Illinois Law Review, Vol. 17, 1922, 117 ff.
- LEWISCH PETER, Verfassung und Strafrecht, Wien 1993.
- LILLY GRAHAM C./CAPRA DANIEL J./SALTZBURG STEPHEN A., Principles of Evidence, 5th ed., St. Paul, MN 2006.
- LIPPMAN MATTHEW, Contemporary Criminal Law. Concepts, Cases, and Controversies, 3rd ed., Los Angeles 2013.
- LOUGHNAN ARLIE/WAKE NICOLA, Of Blurred Boundaries and Prior Fault: Insanity, Automatism and Intoxication, in: Reed Alan/Bohlander Michael (Hrsg.), General Defences in Criminal Law. Domestic and Comparative Perspectives, Farnham 2014, 113 ff.
- LÜDERSSSEN KLAUS, Die generalpräventive Funktion des Deliktssystems, in: Hassemer Winfried/Lüderssen Klaus/Naucke Wolfgang (Hrsg.), Hauptprobleme der Generalprävention, Frankfurt a. M. 1979, 54 ff.

- LUHMANN NIKLAS, Funktion und Kausalität, KZfSS 1962, 617 ff.
- LUHMANN NIKLAS, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974. (zit. Rechtssystem und Rechtsdogmatik)
- LUHMANN NIKLAS, Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt a. M. 1981. (zit. Ausdifferenzierung des Rechts)
- LUHMANN NIKLAS, Soziale Systeme, Frankfurt a. M. 1984. (zit. Soziale Systeme)
- LUHMANN NIKLAS, Die soziologische Beobachtung des Rechts, Frankfurt a. M. 1986. (zit. Soziologische Beobachtung des Rechts)
- LUHMANN NIKLAS, Die Wirtschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1988. (zit. Wirtschaft der Gesellschaft)
- LUHMANN NIKLAS, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1990. (zit. Wissenschaft der Gesellschaft)
- LUHMANN NIKLAS, Funktionale Methode und Systemtheorie, in Luhmann Niklas (Hrsg.), Soziologische Aufklärung I, Opladen 1991, 31 ff. (zit. Funktionale Methode)
- LUHMANN NIKLAS, Steuerung durch Recht? Einige klarstellende Bemerkungen, ZRSoz 1991, 142 ff.
- LUHMANN NIKLAS, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1993. (zit. Recht der Gesellschaft)
- LUHMANN NIKLAS, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 4. A., Berlin 1995. (zit. Funktionen und Folgen formaler Organisation)
- LUHMANN NIKLAS, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1997. (zit. Gesellschaft der Gesellschaft)
- LUHMANN NIKLAS, Organisation und Entscheidung, Opladen/Wiesbaden 2000. (zit. Organisation und Entscheidung)
- LUHMANN NIKLAS, Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 2000. (zit. Politik der Gesellschaft)
- LUHMANN NIKLAS, Die Rückgabe des zwölften Kamels: Zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts, ZRSoz 2000, 3 ff.
- LUHMANN NIKLAS, Die Moral der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 2008. (zit. Moral der Gesellschaft)
- LUHMANN NIKLAS, Rechtssoziologie, 4. A., Wiesbaden 2008. (zit. Rechtssoziologie)
- MACCORMICK NEIL, Institutions of Law: An Essay in Legal Theory, Oxford 2007.
- MAHLMANN MATTHIAS, Katastrophen der Rechtsgeschichte und autopoietische Evolution des Rechts, ZRSoz 2000, 247 ff.
- MAHLMANN MATTHIAS, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 3. A., Baden-Baden 2015. (zit. Rechtsphilosophie)

- MAIHOFFER WERNER, Rechtsstaat und menschliche Würde, Frankfurt a. M. 1968.
- MALCOLM JOHN G., The Pressing Need for Mens Rea Reform, Legal Memorandum, The Heritage Foundation, No. 160, 2015.
- MANGAKIS GEORGIOS, Über die Erfolgs- und Schuldhaftung als Kategorien geschichtlicher Betrachtung, ZStW 1971, 283 ff.
- MANSDÖRFER MARCO, Stellvertretende Verantwortlichkeit und die Verantwortlichkeit juristischer Personen (vicarious liability and corporate liability), in: Mansdörfer Marco (Hrsg.), Die allgemeine Straftatlehre des common law. Eine Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des englischen Strafrechts, Heidelberg 2005, 206 ff.
- MARKWALDER NORA/SIMMLER MONIKA, Roboterstrafrecht – Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Robotern und künstlicher Intelligenz, AJP 2017, 171 ff.
- MASTRONARDI PHILIPPE, Angewandte Rechtstheorie, Bern 2009.
- MATURANA HUMBERTO R., Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit, Braunschweig 1982.
- MAUNZ THEODOR/DÜRIG GÜNTER (Hrsg.), Kommentar Grundgesetz, GG, Bd. I, Loseblatt, München 1973. (zit. Bearbeiter, M/D-GG)
- MEADOWS DONELLA H., Thinking in Systems. A Primer, Vermont 2008.
- MERKEL ADOLF, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.
- MERKEL REINHARD, Willensfreiheit und rechtliche Schuld. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Baden-Baden 2008.
- MERTON ROBERT K., Social Theory and Social Structure, 3rd ed., New York 1957.
- MEZGER EDMUND/BLEI HERMANN, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 11. A., München/Berlin 1965.
- MICHAELS ALAN C., Constitutional Innocence, Harvard Law Review, Vol. 223, 1999, 828 ff.
- MICHAELS ALAN C., Imposing Constitutional Limits on Strict Liability: Lessons from the American Experience, in Simester A.P. (Hrsg.), Appraising Strict Liability, Oxford 2005, 219 ff. (zit. Constitutional Limits)
- MICHAELS RALPH, The Functional Method of Comparative Law, in: Reimann Mathias/Zimmermann Reinhard (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford 2006, 339 f. (zit. Functional Method of Comparative Law)
- MITCHELL BARRY, In defence of a principle of correspondence, Criminal Law Review 1999, 195 ff.

- MOORE MICHAEL S., The Independent Moral Significance of Wrongdoing, *Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol. 5, 1994, 237 ff.
- MÜLLER-DIETZ HEINZ, Grenzen des Schuldgedankens, Karlsruhe 1967. (zit. Grenzen des Schuldgedankens)
- MÜLLER-DIETZ HEINZ, Zur Polemik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote, in: FS Dreher, Berlin 1977, 97 ff. (zit. FS Dreher)
- MÜLLER-DIETZ HEINZ, Integrationsprävention und Strafrecht – Zum positiven Aspekt der Generalprävention, in: FS Jescheck II, Berlin 1985, 813 ff. (zit. FS Jescheck)
- MYERS LARRY W., Reasonable Mistake of Age: A Needed Defense to Statutory Rape, *Michigan Law Review*, Vol. 64, 1965, 105 ff.
- MYLONOPOULOS CHRISTOS, Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo, *ZStW* 1987, 685 ff.
- NAGEL THOMAS, *Mortal Questions*, Cambridge 1979.
- NEUMANN ULFRID, Zurechnung und „Vorverschulden“ – Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung, Berlin 1985. (zit. Zurechnung und Vorverschulden)
- NEUMANN ULFRID, Alternativen zum Strafrecht, in: Neumann Ulfrid/Prittitz Cornelius (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt a. M. 2005, 89 ff. (zit. Alternativen)
- NEUMANN ULFRID/SCHROTH ULRICH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt 1980.
- NIGGLI MARCEL A./GFELLER DIEGO R., Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern, in: Niggli Marcel A./Amstutz Marc (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmen: zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, Basel 2007, 151 ff.
- NIGGLI MARCEL A./MAEDER STEFAN, Verwaltungsstrafrecht, Strafrecht und Strafprozessrecht – Grundprobleme, in: Eicker Andreas (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen für die Praxis im Verwaltungsstrafverfahren*, Bern 2013, 27 ff.
- NIGGLI MARCEL A./RIEDO CHRISTOF, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2: Eine Lösung, viele Probleme, einige Beispiele und kein Märchen, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), *Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht*, Zürich 2010, 51 ff. (zit. Verwaltungsstrafrecht)
- NIGGLI MARCEL A./RIEDO CHRISTOF, Quasi-Strafrecht, Strafrecht im engen und weiteren Sinne und „Sozialethisches Unwerturteil“, in: Amstutz Marc/Hochreutener Inge/Stoffel Walter A. (Hrsg.), *Die Praxis des*

- Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, Zürich 2011, 91 ff. (zit. Quasi-Strafrecht)
- NIGGLI MARCEL A./WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I (Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz), 3. A., Basel 2013. (zit. Bearbeiter, BSK-StGB)
- NIGGLI MARCEL A./WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II (Art. 111–392 StGB), 3. A., Basel 2013. (zit. Bearbeiter, BSK II-StGB)
- NOLL PETER, Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, in: FS Mayer, Berlin 1966, 219 ff.
- NOLL ROBERT, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW, 1965, 1 ff.
- NORRIE ALAN, Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law, 2nd ed., London 2001.
- NUOTIO KIMMO, Theories of Criminalization and the Limits of the Criminal Law: A Legal Cultural Approach, in: Duff R.A./Farmer Lindsay/Marshall S.E./Renzo Massimo/Tadros Victor (Hrsg.), The Boundaries of the Criminal Law, Oxford 2010, 238 ff.
- OEHEN FERDINAND, Die Entwicklung der strafrechtlichen Schuldlehre in der schweizerischen Literatur seit 1890, Diss. Freiburg i. Br. 1960.
- OPITZ SVEN, Was ist Kritik? Was ist Aufklärung?, in: Amstutz Marc/Fischer-Lescano Andreas (Hrsg.), Kritische Systemtheorie. Zur Evolution einer normativen Theorie, Bielefeld 2013, 39 ff.
- ÖRÜCÜ ESIN, Methodology of Criminal Law, in: Smits Jan M. (Hrsg.), Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Cheltenham/Northampton 2006, 442 ff.
- PACKER HERBERT L., Mens Rea and the Supreme Court, Supreme Court Review 1962, 107 ff.
- PACKER HERBERT L., The Limits of the Criminal Sanction, Stanford 1968. (zit. Limits of the Criminal Sanction)
- PARSONS TALCOTT, Some Fundamental Categories of the Theory of Action: A General Statement, in: Parsons Talcott/Shils Edward A. (Hrsg.), Toward a General Theory of Action, Cambridge MA 1951, 3 ff. (zit. Toward a General Theory of Action)
- PARSONS TALCOTT, The Law and Social Control, in: Evan William M. (Hrsg.), Law and Sociology, New York 1962, 56 ff. (zit. Law and Social Control)
- PARSONS TALCOTT, Systematische Theorie in der Soziologie. Gegenwärtiger Stand und Ausblick (1945), in: Rüschemeyer Dietrich (Hrsg.), Talcott

- Parsons: Beiträge zur soziologischen Theorie, 2. A., Berlin 1968, 31 ff. (zit. Systematische Theorie)
- PARSONS TALCOTT, Zur Theorie sozialer Systeme, Opladen 1976. (zit. Soziale Systeme)
- PAUEN MICHAEL, Illusion Freiheit? – Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung, Frankfurt a. M. 2004.
- PAUEN MICHAEL/ROTH GERHARD, Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit, Frankfurt a. M. 2008.
- PERKINS ROLLIN M., The Civil Offense, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 100, 1952, 832 ff.
- PERKINS ROLLIN M., Criminal Law, 2nd ed., New York 1969. (zit. Criminal Law)
- PFÜTZNER PEGGY/ADAMS SABINE/NEUMANN LEVEKE, Frankreich, in: Sieber Ulrich/Cornils Karin (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Grundlagen, Bd. I, Berlin 2009, 193 ff. (zit. I)
- PIETH MARK, Wirtschaftsstrafrecht, Basel 2016.
- PINTO AMANDA/EVANS MARTIN, Corporate Criminal Liability, 3. A., London 2013.
- POPITZ HEINRICH, Die normative Konstruktion von Gesellschaft, Tübingen 1980.
- PÖRKSEN BERNHARD (Hrsg.), Schlüsselwerke des Konstruktivismus, 2. A., Wiesbaden 2016.
- PRADEL JEAN, Droit pénal comparé, 4. A., Paris 2016.
- PRINZ WOLFGANG, Freiheit oder Wissenschaft? Zum Problem der Willensfreiheit, in: Schmidt Jan C./Schuster Lars (Hrsg.), Der entthronte Mensch? Anfragen der Neurowissenschaften an unser Menschenbild, Paderborn 2003, 261 ff. (zit. Freiheit oder Wissenschaft)
- PRINZ WOLFGANG, Willensfreiheit als soziale Institution, in: Hillenkamp Thomas (Hrsg.), Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?, Baden-Baden 2006, 51 ff. (zit. Willensfreiheit als soziale Institution)
- QUIST ROLF W., Die Public Welfare Offences im Amerikanischen Strafrecht – Unter besonderer Berücksichtigung der Strict Liability, Diss. Heidelberg 1971.
- RAINER SILVIE/FÄH LUZIE/KILLIAS MARTIN, Freier Wille oder Zwang? Zur Ausklammerung probabilistischer Zusammenhänge und situativer Einflüsse in neurowissenschaftlichen Ansätzen, SZK 2007, 3 ff.
- REHBINDER MANFRED, Erkenntnistheoretisches zum Verhältnis von Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung in: Drobnig Ulrich/Rehbinder

- Manfred (Hrsg.), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, Berlin 1977, 56 ff.
- REIFF MARK R./CRUFT ROWAN, Antony Duff and the Philosophy of Punishment, in: Cruft Rowan/Kramer Matthew H./Reiff Mark R. (Hrsg.), *Crime, Punishment, and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff*, Oxford 2011, 3 ff.
- RICHARDSON GENEVRA, Strict liability for regulatory crime: the empirical research, *Criminal Law Review* 1987, 295 ff.
- RICHMAN DANIEL, Overcriminalization for Lack of Better Options: A Celebration of Bill Stuntz, in: Klarman Michael/Skeel David/Steiker Carol (Hrsg.), *The Political Heart of Criminal Procedure. Essays on Themes of William J. Stuntz*, New York 2012, 64 ff.
- ROBERTS PAUL, Strict Liability and the Presumption of Innocence: An Exposé of Functionalist Assumptions, in: Simester A.P. (Hrsg.), *Appraising Strict Liability*, Oxford 2005, 151 ff.
- ROBINSON PAUL H., Causing the Conditions of One's Own Defense: A Study in the Limits of Theory in Criminal Law Doctrine, *Virginia Law Review*, Vol. 71, 1985, 1 ff.
- ROBINSON PAUL H., United States, in: Heller Kevin J./Dubber Markus D. (Hrsg.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford 2011, 563 ff. (zit. Handbook)
- ROBINSON PAUL H., *Institutions of Justice and the Utility of Desert*, Oxford 2013. (zit. *Institutions of Justice*)
- ROBINSON PAUL H./GRALL JANE A., Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond, *Stanford Law Review*, Vol. 35, 1983, 682 ff.
- ROEF DAVID, Corporate Criminal Liability, in: Keiler Johannes/Roef David (Hrsg.), *Comparative Concepts of Criminal Law*, 2nd ed., Cambridge 2016, 281 ff.
- RÖHL KLAUS F., *Rechtssoziologie*, Köln u.a. 1987. (zit. *Rechtssoziologie*)
- RÖHL KLAUS F., *Allgemeine Rechtslehre*, 2. A., Köln u.a. 2001. (zit. *Allgemeine Rechtslehre*)
- ROSSKOPF ULRICH, Die innere Tatseite des Völkerrechtsverbrechens. Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 30 IStGH-Statut, Berlin 2007.
- RÖSSNER DIETER, Die besonderen Aufgaben des Strafrechts im System rechtsstaatlicher Verhaltenskontrolle, in: FS Roxin, Berlin 2001, 977 ff.
- ROTH GERHARD, Willensfreiheit und Schuldfähigkeit aus Sicht der Hirnforschung, in: Roth Gerhard/Grün Klaus-Jürgen (Hrsg.), *Das Gehirn*

- und seine Freiheit. Beiträge zur neurowissenschaftlichen Grundlegung der Philosophie, Göttingen 2006, 9 ff. (zit. Willensfreiheit und Schuldfähigkeit)
- ROTH GERHARD, Das Zusammenwirken bewusst und unbewusst arbeitender Hirngebiete bei der Steuerung von Willenshandlungen, in: Köchy Kristian/Stederoth Dirk (Hrsg.), Willensfreiheit als interdisziplinäres Problem, Freiburg i. Br./München 2006, 17 ff. (zit. Steuerung von Willenshandlungen)
- ROXIN CLAUDIUS, Literaturbericht „Strafrecht – Allgemeiner Teil – Jescheck, Hans-Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil“, ZStW 1970, 675 ff.
- ROXIN CLAUDIUS, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. A., Berlin 1973. (zit. Kriminalpolitik)
- ROXIN CLAUDIUS, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MschrKrim 1973, 316 ff.
- ROXIN CLAUDIUS, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin 1973. (zit. Grundlagenprobleme)
- ROXIN CLAUDIUS, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien, in: FS Henkel, Berlin u.a. 1974, 171 ff. (zit. FS Henkel)
- ROXIN CLAUDIUS, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: FS Bockelmann, München 1979, 279 ff. (zit. FS Bockelmann)
- ROXIN CLAUDIUS, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 1984, 641 ff.
- ROXIN CLAUDIUS, Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?, ZStrR 1987, 356 ff.
- ROXIN CLAUDIUS, Wandlungen der Strafzwecklehre, in: FS Müller-Dietz, München 2001, 701 ff. (zit. FS Müller-Dietz)
- ROXIN CLAUDIUS, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. A., München 2006. (zit. AT I)
- RUDOLPHI HANS-JOACHIM, Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, in: Schünemann Bernd (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin 1984, 69 ff.
- RÜPING HINRICH/JEROUSCHEK GÜNTER, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. A., München 2011.
- RUSSELL-BROWN KATHERYN/DAVIS ANGELA J., Criminal Law, Los Angeles 2016.
- SACHER MARIANA, Systemtheorie und Strafrecht – Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre, ZStW 2006, 574 ff.

- SAFFERLING CHRISTOPH J.M., Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht, Tübingen 2008.
- SALAKO SOLOMON E., Strict Liability: A Violation of the Convention?, *Journal of Criminal Law*, Vol. 70, 2006, 531 ff.
- SAMUEL GEOFFREY, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford/Portland 2014.
- SÁNCHEZ LÁZARO FERNANDO G., Eine Dekonstruktion der Schuld, *GA* 2912, 149 ff.
- SAYRE FRANCIS B., Public Welfare Offenses, *Columbia Law Review*, Vol. 33, 1933, 55 ff.
- SCHAAD PIERLUIGI, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich, Winterthur 1964.
- SCHAUT ANDREAS B., Europäische Strafrechtsprinzipien. Ein Beitrag zur systematischen Fortentwicklung übergreifender Grundlagen, Bern 2012.
- SCHESKY HELMUT, *Die Soziologen und das Recht*, Opladen 1980.
- SCHLUCHTER WOLFGANG, *Grundlegungen der Soziologie*, 2. A., Tübingen 2015.
- SCHMID CHRISTIAN, Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht, Diss. Regensburg, Berlin 2002.
- SCHMID DANIEL, Krank oder böse? Die Schuldfähigkeit und die Sanktionenindikation dissozial persönlichkeitsgestörter Straftäter und delinquenten „Psychopaths“ sowie die Zusammenarbeit von Jurisprudenz und Psychiatrie bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit, Basel 2009.
- SCHMID NIKLAUS, *Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten. Eine Einführung*, 2. A., Heidelberg 1993.
- SCHMIDHÄUSER EBERHARD, *Vom Sinn der Strafe*, Göttingen 1963.
- SCHMIDT EBERHARD, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. A., Göttingen u.a. 1965.
- SCHMIDT SIEGFRIED J., *Kognitive Autonomie und soziale Orientierung. Konstruktivistische Bemerkungen zum Zusammenhang von Kognition, Kommunikation, Medien und Kultur*, Frankfurt a. M. 1994.
- SCHNEIDER HENDRIK, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? – Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus, Berlin 2004.
- SCHNYDER WILLY, *Der Versuch am untauglichen Objekte im Falle der Abtreibungshandlung an einer Nichtschwangeren*, Diss. Fribourg, Solothurn 1950.
- SCHÖCH HEINZ, *Empirische Grundlagen der Generalprävention*, in: FS Jescheck II, Berlin 1985, 1081 ff.

- SCHOCKENHOFF EBERHARD, Der freie Wille – ein problemgeschichtlicher Abriss, in: Stompe Thomas/Schanda Hans (Hrsg.), Der freie Wille und die Schuldfähigkeit in Recht, Psychiatrie und Neurowissenschaften, Wiener Schriftenreihe für Forensische Psychiatrie, Berlin 2010, 3 ff.
- SCHÖNKE ADOLF/SCHRÖDER HORST (Hrsg.), Kommentar Strafgesetzbuch, 29. A., München 2014. (zit. Bearbeiter, S/S-StGB)
- SCHUBERT KATRIN, Der Versuch – Überlegungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung, Berlin 2005.
- SCHULTZ HANS, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts. Ein Grundriss, I, 3. A., Bern 1977. (zit. 3.A.)
- SCHULTZ HANS, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts. Ein Grundriss, I, 4. A., Bern 1982. (zit. 4.A.)
- SCHUMANN KARL F., Positive Generalprävention. Ergebnisse und Chancen der Forschung, Heidelberg 1989. (zit. Ergebnisse und Chancen)
- SCHUMANN KARL F., Empirische Beweisbarkeit der Grundannahmen von positiver Generalprävention, in: Schünemann Bernd/von Hirsch Andrew/Jareborg Nils (Hrsg.), Positive Generalprävention, Heidelberg 1998, 17 ff. (zit. Empirische Beweisbarkeit)
- SCHÜNEMANN BERND, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: Schünemann Bernd (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin 1984, 1 ff. (zit. Strafrechtliches Systemdenken)
- SCHÜNEMANN BERND, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: Schünemann Bernd (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin 1984, 153 ff. (zit. Funktion des Schuldprinzips)
- SCHWABENBAUER PETER, Der Zweifelssatz im Strafprozessrecht, Tübingen 2012.
- SCHWANDER VITAL, Das Schweizerische Strafgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2. A., Zürich 1964.
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/HUG MARKUS/JOSITSCH DANIEL, Strafrecht II – Strafen und Massnahmen, 8. A., Zürich 2007.
- SEELMANN KURT, Personalität und Zurechnung von der Aufklärung bis zur Philosophie des Idealismus, in: FS Wiprächtiger, Basel 2012, 575 ff.
- SEELMANN KURT/GETH CHRISTOPHER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. A., Basel 2016.
- SHICHOR DAVID/SECHREST DALE K., Three Strikes and You're Out. Vengeance as Public Policy, Thousand Oaks 1996.
- SIMESTER ANDREW P., Preface, in: Simester A.P. (Hrsg.), Appraising Strict Liability, Oxford 2005, vii ff. (zit. Appraising Strict Liability)

- SIMESTER ANDREW P., Is Strict Liability Always Wrong?, in: Simester A.P. (Hrsg.), *Appraising Strict Liability*, Oxford 2005, 21 ff. (zit. Is Strict Liability Always Wrong?)
- SIMESTER A.P./SPENCER J.R./SULLIVAN G.R./VIRGO G.J., *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, 5th ed., Oxford 2013.
- SIMMLER MONIKA/MARKWALDER NORA, *Roboter in der Verantwortung – Zur Neuauflage der Debatte um den funktionalen Schuldbegriff*, ZStW 2017, 20 ff.
- SIMON FRITZ B., *Einführung in Systemtheorie und Konstruktivismus*, 2. A., Heidelberg 2007.
- SIMONS KENNETH W., *Rethinking Mental States*, Boston University Law Review, Vol. 72, 1992, 463 ff.
- SIMONS KENNETH W., *When is Strict Criminal Liability just?*, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 87, 1997, 1075 ff.
- SINGER RICHARD, *The Resurgence of Mens Rea III – The Rise and Fall of Strict Criminal Liability*, Boston College Law Review, Vol. 30, 1989, 337 ff.
- SINGER RICHARD/HUSAK DOUGLAS, *Of Innocence and Innocents: The Supreme Court and Mens Rea Since Herbert Packer*, Buffalo Criminal Law Review, Vol. 2, 1999, 861 ff.
- SINGER WOLF, *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, Frankfurt a. M. 2003. (zit. Menschenbild)
- SINGER WOLF, *Verschaltungen legen uns fest*, in: Geyer Christian (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Frankfurt a. M. 2004, 30 ff. (zit. Verschaltungen)
- SINGH JAY P./GRANN MARTIN/FAZEL SEENA, *A comparative study of violence risk assessment tools: A systematic review and metaregression analysis of 68 studies involving 25,980 participants*, Clinical Psychology Review, Vol. 31, 2011, 499 ff.
- SPENCER JOHN R./PEDAIN ANTJE, *Approaches to Strict and Constructive Liability in Continental Criminal Law*, in: Simester A.P. (Hrsg.), *Appraising Strict Liability*, Oxford 2005, 237 ff.
- SPEDEL GÜNTER, *Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht*, ZStW 1953, 519 ff.
- SPLIGIES GUNNAR, *Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht. Über die Nichtbeachtung der Implikationen eines auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrechts*, Hamburg 2004.
- STRATENWERTH GÜNTER, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg/Karlsruhe 1977. (zit. Schuldprinzip)

- STRATENWERTH GÜNTER, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, Berlin 1995. (zit. Strafzwecke)
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. A., Bern 2011. (zit. AT 4. A.)
- STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 7. A., Bern 2013. (zit. BT II)
- STRATENWERTH GÜNTER/KUHLEN LOTHAR, Strafrecht Allgemeiner Teil I. Die Straftat, 6. A., München 2011. (zit. AT I)
- STREE WALTER, Deliktsfolgen und Grundgesetz, Tübingen 1960. (zit. Deliktsfolgen und Grundgesetz)
- STREE WALTER, In dubio pro reo, Tübingen 1966. (zit. In dubio pro reo)
- STRENG FRANZ, Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand, ZStW 1989, 273 ff.
- STÜBINGER STEPHAN, Nicht ohne meine „Schuld“! – Kritik der systemtheoretischen Reformulierung des Strafrechts am Beispiel der Schuldlehre von Günther Jakobs, Kritische Justiz 1993, 33 ff.
- STÜBINGER STEPHAN, Schuld, Strafrecht und Geschichte. Die Entstehung der Schuldzurechnung in der deutschen Strafrechtstheorie, Diss. Frankfurt a. M., Köln u.a. 2000. (zit. Schuld, Strafrecht und Geschichte)
- STÜBINGER STEPHAN, Das „idealisierte“ Strafrecht, Frankfurt a. M. 2008. (zit. „Idealisiertes“ Strafrecht)
- STUCKENBERG CARL F., Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, Bonn 1997.
- STUMER ANDREW, The Presumption of Innocence. Evidential and Human Rights Perspectives, Oxford 2010.
- STUNTZ WILLIAM J., Substance, Process, and the Civil-Criminal Line, Journal of Contemporary Legal Issues, Vol. 7, 1996, 1 ff.
- STUNTZ WILLIAM J., The Collapse of American Criminal Justice, Cambridge MA 2011. (zit. Collapse of American Criminal Justice)
- SULLIVAN BOB, Avoiding Criminal Liability and Excessive Punishment for Persons Who Lack Culpability: What Can and Should Be Done?, in: Reed Alan/Bohlander Michael (Hrsg.), General Defences in Criminal Law. Domestic and Comparative Perspectives, Farnham 2015, 25 ff.
- SULLIVAN G.R., Strict Liability for Criminal Offences in England and Wales Following Incorporation into English Law of the European Convention on Human Rights, in: Simester A.P. (Hrsg.), Appraising Strict Liability, Oxford 2005, 195 ff.
- TADROS VICTOR, Criminal Responsibility, Oxford 2005.

- TEUBNER GUNTHER, Recht als autopoietisches System, Frankfurt a. M. 1989.
(zit. Recht als autopoietisches System)
- TEUBNER GUNTHER, Die Episteme des Rechts. Zu erkenntnistheoretischen Grundlagen des reflexiven Rechts, in: Grimm Dieter (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, 115 ff. (zit. Episteme des Rechts)
- THEILE HANS, Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren. Systemtheoretische Überlegungen zum Regulierungspotential des Strafrechts, Tübingen 2009.
- THOMMEN MARC, Art. 333 Abs. 7 StGB – Grenzenlose Fahrlässigkeit im Nebenstrafrecht?, recht 2013, 276 ff.
- THOMPSON RICHARD M. II, Mens Rea Reform: A Brief Overview, Congressional Research Service, 14. April 2016.
- TITTLE CHARLES R./ROWE ALAN R., Moral Appeal, Sanction Threat, and Deviance: An Experimental Test, Social Problems 1973, 488 ff.
- TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 6. A., Zürich 2004.
- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), Praxiskommentar StGB, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. A., Zürich/St.Gallen 2012. (zit. Bearbeiter, PK-StGB)
- TRIFFTERER OTTO, Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. A., Wien 1994.
- TULLY MARC, Poena sine Culpa? – Strict-Liability-Sanktionen und Europäisches Gemeinschaftsrecht, Diss. Frankfurt a. M. 2000.
- TURNER J.W.C., The Mental Element in Crimes at Common Law, Cambridge Law Journal, Vol. 6, 1936, 31 ff.
- VARELA FRANCISCO J., Principles of Biological Autonomy, New York 1979.
- VESTING THOMAS, Kein Anfang und kein Ende. Die Systemtheorie des Rechts als Herausforderung für Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik, Vortrag vom 11. Februar 2000, abrufbar unter: <https://www.jura.uni-frankfurt.de/43748222/Kein-Anfang-und-kein-Ende.pdf>.
- VILLETAZ PATRICE/GILLIERON GWLADYS/KILLIAS MARTIN, The Effects on Re-offending of Custodial vs. Non-custodial Sanctions: An Updated Systematic Review of the State of Knowledge, Campbell Systematic Reviews 2015: 1.
- VITIELLO MICHAEL, Three Strikes Laws: A Real or Imagined Deterrent to Crime?, Human Rights Magazine, Vol. 29, 2002, 3 ff.
- VOGEL JOACHIM, Elemente der Straftat: Bemerkungen zur französischen Straftatlehre und zur Straftatlehre des common law, GA 1998, 127 ff.

- VOGEL JOACHIM, Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum, JZ 2012, 25 ff.
- VOGEL JOACHIM, Voraussetzungen und Ausschluss der subjektiven Zurechnung, in: Tiedemann Klaus (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Köln u.a. 2002, 125 ff. (zit. Subjektive Zurechnung)
- VOGLER RICHARD, The Principle of Immediacy in English Criminal Procedural Law, ZStW 2014, 239 ff.
- VON GLASERSFELD ERNST, Konstruktion der Wirklichkeit und des Begriffs der Objektivität, in: Von Foerster Heinz et al. (Hrsg.), Einführung in den Konstruktivismus, 12. A., München 2010, 9 ff.
- VON LISZT FRANZ, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 14./15. A., Berlin 1905.
- WACHTER MATTHIAS, Das Unrecht der versuchten Tat, Tübingen 2015.
- WAIBLINGER MAX, Subjektivismus und Objektivismus in der neuen Lehre und Rechtsprechung vom Versuch, ZStW 1957, 189 ff.
- WALKER NIGEL/MARSH CATHERINE, Do Sentences Affect Public Disapproval?, British Journal of Criminology, Vol. 24, 1994, 27 ff.
- WALTER TONIO, Der Kern des Strafrechts, Tübingen 2006.
- WARD ALAN R., Making Some Sense of Self-induced Intoxication, Cambridge Law Journal, Vol. 45, 1986, 247 ff.
- WASSERSTROM RICHARD A., Strict Liability in the Criminal Law, Stanford Law Review, Vol. 12, 1960, 731 ff.
- WATZEK JENS, Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht, Freiburg i. Br. 1997.
- WECHSLER HERBERT, The Challenge of a Model Penal Code, Harvard Law Review, Vol. 65, 1952, 1097 ff.
- WEIGEND THOMAS, Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 1981, 657 ff.
- WEIGEND THOMAS, Societas delinquere non potest? A German Perspective, Journal of International Criminal Justice, Vol. 6, 2008, 927 ff.
- WEIK BEATE, Objektive und subjektive Verbrechenstelemente im US-amerikanischen Strafrecht, Freiburg i. Br. 2004.
- WELLS CELIA, Corporation and Criminal Responsibility, 2nd ed., Oxford 2001.
- WELZEL HANS, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. A., Göttingen 1962. (zit. Naturrecht)
- WELZEL HANS, Das Deutsche Strafrecht, 11. A., Berlin 1969. (zit. Lehrbuch)
- WELZEL HANS, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin/New York 1975. (zit. Rechtsphilosophie)
- WHITMAN JAMES Q., Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty, Yale Law Journal, Vol. 113, 2004, 1151 ff.

- WHITMAN JAMES Q., Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe, New York 2005. (zit. Harsh Justice)
- WILI ALEXANDER, Schuld und Irrtum im schweizerischen Strafrecht, Diss. Bern, Winterthur 1960.
- WILLASCHECK MARCUS, Der Begriff der Willensfreiheit im deutschen Strafrecht, in: Gethmann Carl F. (Hrsg.), Lebenswelt und Wissenschaft, XXI, Deutscher Kongress für Philosophie 2008, Kolloquienbeiträge, Hamburg 2011, 1185 ff.
- WILLIAMS BERNARD, Moral Luck. Philosophical Papers 1973–1980, Cambridge 1981.
- WILLIAMS GLANVILLE, Criminal Law. The General Part, 2nd ed., London 1961.
- WILLIAMS GLANVILLE/BAKER DENNIS, Textbook of Criminal Law, 4th ed., London 2015.
- WILLKE HELMUT, Systemtheorie. Eine Einführung in die Grundprobleme der Theorie sozialer Systeme, Stuttgart 1993.
- WINFIELD PERCY H., The Myth of Absolute Liability, Law Quarterly Review, Vol. 42, 1926, 37 ff.
- WINKELBAUER WOLFGANG, Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, Berlin 1985.
- WITZ KURT, Vorbereitungshandlung und Versuch nach schweizerischem Strafrecht, Diss. Bern 1944.
- WOHLERS WOLFGANG, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, Berlin 2000.
- WOLTER JÜRGEN (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, 8. A., Köln 2012. (zit. Bearbeiter, SK-StGB)
- WOOTTON BARBARA, Crime and the Criminal Law. Reflections of a Magistrate and Social Scientist, 2nd ed., London 1981.
- ZERBES INGEBORG, Österreich, in: Sieber Ulrich/Cornils Karin (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Begriff und Systematisierung der Straftat, Bd. II, Berlin 2008, 418 ff.
- ZIESCHANG FRANK, Die Gefährdungsdelikte, Berlin 1998.
- ZIMRING FRANKLIN E./HAWKINS GORDON/KAMIN SAM, Punishment and Democracy. Three Strikes and You're Out in California, New York 2001.
- ZIPF HEINZ, Der strafrechtliche Schuld begriff, JBl 1980, 186 ff.
- ZÜRCHER EMIL, Der Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 23. Juli 1918 – Vorsatz und Fahrlässigkeit, SJZ 1919, 337 ff.

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Funktion des Schuldprinzips	248
Abbildung 2: Elemente des Schuldvorwurfs	256
Abbildung 3: Kategorisierung der Strict Liability nach Green	317
Abbildung 4: Kategorisierung der Strict Liability nach Husak	323
Abbildung 5: Kategorien der Strict Liability	330

Hinweise zur angelsächsischen Zitierweise

Gerichtsurteile aus dem US-amerikanischen Recht werden i.d.R. in Entscheidungssammlungen publiziert und in dieser Abhandlung gemäss der dort üblichen Zitierweise¹ folgendermassen zitiert: [Partei] [v.] [Partei], [Band] [Entscheidungssammlung] [erste Seite der Entscheidung], [ggf. konkrete Fundstelle] [(Jahr)]. Ein Verweis auf die Entscheidung *United States v. Park*, 421 U.S. 658 (1975) bedeutet also bspw., dass die Entscheidung *United States v. Park* im Jahr 1975 im 421. Band der US-amerikanischen Entscheidungssammlung (*United States Reports*) veröffentlicht wurde. In dieser Entscheidungssammlung werden nur die Entscheide des Obersten Bundesgerichtshofs (*United States Supreme Court*) publiziert. Die einzelnen Bundesstaaten und andere Gerichte haben eigene oder staatenübergreifende Entscheidungssammlungen, welche jeweils angegeben werden. Im Strafrecht bezeichnet die erste Partei stets den Ankläger. Im Falle des *Supreme Courts* sind das immer die USA, in den einzelnen Bundesstaaten wird als Ankläger regelmässig der Staat (*state*), das Volk (*people*) oder die Gemeinde (*commonwealth*) bezeichnet. Ist aus der Quellenangabe nicht eindeutig ersichtlich, aus welchem Staat die Entscheidung stammt, wird dies als Verständnishilfe in Klammern angegeben.

Gerichtsurteile aus dem Vereinigten Königreich werden ebenfalls mit Angabe der jeweiligen Parteien (oder alternativ des sog. *case names*), des Jahres und der konkreten Fundstelle zitiert,² allerdings in anderer Reihenfolge: [Partei] [v.] [Partei] [[Jahr]] [Band (falls mehrere in diesem Jahr))] [Entscheidungssammlung] [erste Seite der Entscheidung], [ggf. konkrete Fundstelle]. Beim Gerichtsurteil *Barret v. Enfield LBC* [2001] 2 AC 550 handelt es sich also um ein Urteil des englischen *House of Lords*, welches im zweiten Band des Jahres 2001 der sog. *Appeal Cases* (AC) gefunden werden kann.

¹ Gemäss dem von den grösseren amerikanischen *Law Reviews* entwickelten einheitlichen Zitiersystem, welches im sog. „*Bluebook*“ regelmässig veröffentlicht wird. Siehe THE BLUEBOOK, A Uniform System of Citation, 20. A.

² Siehe dazu z.B. OSCOLA, Oxford University Standard for the Citation of Legal Authorities, 4. A.

Gesetze aus angelsächsischen Rechtsordnungen (*statutes*), auf welche in dieser Abhandlung verwiesen wird, werden wie folgt zitiert: [Offizieller Name des Gesetzes] [Jahr], [s.], wobei s. für den entsprechenden Artikel (*section*) steht. Da sowohl amerikanische als auch britische Gesetze zitiert werden, wird i.S.d. Übersichtlichkeit jeweils in Klammern angegeben, aus welcher Rechtsordnung die Bestimmung stammt (z.B. England³ oder New York).

In den USA gelten ferner gewisse Eigenheiten der Zitierweise von Zeitschriften, primär bei Verweisen auf die sog. *Law Reviews* der grösseren Universitäten. Dieser Zitierweise wird in der vorliegenden Abhandlung gefolgt. Diese Zeitschriften (z.B. Harvard Law Review) werden in den Fussnoten wie folgt zitiert: [Autor], [Band] [abgekürzter Name der Zeitschrift] [erste Seite des Beitrags], [ggf. konkrete Fundstelle] [(Jahr)], wie z.B. in KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1490 (2016).⁴ Dieselbe Zitierweise wird auch für andere englischsprachige Periodika übernommen.

³ Oftmals wird in den Fussnoten, aber auch im Fliesstext, nur England genannt. Mitgemeint ist selbstverständlich jeweils auch Wales.

⁴ Bei den Abkürzungen der *Law Reviews* und *Journals* wird ebenfalls den Vorschlägen des *Bluebooks* gefolgt. Bei Zeitschriften, die keine durchnummerierten Bände haben, wird üblicherweise stattdessen das Jahr angegeben und dafür zum Schluss weggelassen.

Entscheidungsverzeichnis

Vereinigtes Königreich

- Alphacell Ltd. v. Woodward [1972] AC 824, [1972] 2 All ER 475
Attorney-General for Northern Ireland v Gallagher [1963] AC 439
B v. DPP [2000] 2 AC 428
Caldwell [1982] AC 341
DPP v Harper [1997] 1 WLR. 1406
DPP v. Kent and Sussex Contractors Ltd. [1944] KB 146, [1944] 1 All ER 119
DPP v. Majewski [1977] AC 443
Elliott v. C. [1983] 1 WLR 939
Gammon v. The Attorney-General of Hong Kong [1985] 1 AC 14, [1984] 2 All ER 503
Hobbs v. Winchester Corporation [1910] 2 KB 471
K [2002] 1 Cr App R 121, [2002] 1 AC 462
Laird v. Dobell [1906] 1 KB 131
Lewis [1988] 87 Cr App R 270
London Borough Council of Harrow v. Shah [1999] 3 All ER 302, [2000] 1 WLR 83
Pearks, Gunston & Tee Ltd. v. Ward [1902] 2 KB 1
Prince [1875] 2 CCR 154
R. v. Blake [1996] 1 Cr App R 209, [1997] 1 WLR 1167
R. v. G. [2004] 1 AC 1034
R. v. G. [2008] UKHL 37
R. v. Howells [1977] 3 All ER 417
R. v. Larsonneur [1933] 24 Cr App R 74
R. v Stephens [1866] LR 1 QB 702
R. v. Tolson [1889] 23 QBD. 168
R. v. Woodrow [1846] 15 M & W 404, 153 ER 907 (Exch.)
Santos v. CPS Appeals Unit [2013] EWHC 550 (Admin)
Sweet v. Parsley [1970] AC 132
Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass [1972] AC 153

Warner v. Metropolitan Police Commissioner [1969] 2 AC 256
Winzar v. Chief Constable of Kent [1983] The Times, 28 March, 1983
Woolmington v DPP [1935] AC 462

USA

Commonwealth v. Boynton, 84 Mass. 160, 2 Allen 160 (1861)
Commonwealth v. Mash, 48 Mass. (7 Met.) 472 (1844)
Dean v. United States, 556 U.S. 568 (2009)
Lambert v. California, 355 U.S. 225 (1957)
Morissette v. United States, 342 U.S. 246 (1952)
Patterson v. State of New York, 432 U.S. 197 (1977)
Powell v. Texas, 392 U.S. 514 (1968)
Shevlin-Carpenter Co. v. Minnesota, 218 U.S. 57 (1910)
State v. Baker, 571 P.2d 65 (1977)
State v. O'Neil, 147 Iowa 513 (1910)
State v. Rodriguez, 645 A 2d 1165 (1994)
United States v. Dotterweich, 320 U.S. 277 (1943)
United States v. Park, 421 U.S. 658 (1975)

Australien

Proudman v. Dayman [1943] 67 CLR 536

Kanada

R. v. City of Saulte Ste Marie [1978] 85 DLR (3d) 161

Schweiz

BGE 83 IV 161
BGE 116 IV 300
BGE 123 IV 1

Deutschland

BGHSt 2, 194
BGHSt 40, 341
BVerfGE 9, 167
BVerfGE 20, 323

Italien

La Corte Costituzionale, Sentenza N. 364 (1988)

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Öztürk v Deutschland, EGMR Urteil vom 21.2.1984, Serie A, Nr. 73

Einführung

KAPITEL 1: EINLEITUNG

„Für den kriminellen Praktiker gibt es nun keinen Gegenstand, der an Bedeutung auch nur entfernt an die Schuld heranreichte. Aus ihr soll er klagen, sie feststellen, Schuld und Nichtschuld feiner Hand scheiden, für die Schuld das Maß der gerechten Strafe finden. Und immer handelt es sich um das, was heut, unserer Kulturanschauung entsprechend, allein als Schuld gefasst werden kann, unter Ablehnung aller hinter uns liegender Auffassungen und mit einer Zuneigung zu der reineren Auffassung, die kommen wird.“¹ - *Karl Binding, 1919*

Die Frage nach der Schuld ist die „Schicksalsfrage des Strafrechts“² und damit Herzstück der Strafrechtstheorie. Die Diskussion über die Abschaffung des Schuldprinzips, aber auch bereits über allfällige Lockerungen des gerade im deutschsprachigen Raum so hochgehaltenen Grundmanifests der Strafrechtslehre vermag es, jede Strafrechtswissenschaftlerin und jeden Strafrechtswissenschaftler aus der Ruhe zu bringen. Immer wieder wurde das Ende der Geltung des „*nulla poena sine culpa*“-Satzes vorausgesagt.³ Der Schuldvorwurf wird dabei regelmässig als schlechte Metaphysik verdächtigt oder als Kennzeichen eines autoritären Strafrechts und damit Stolperstein auf dem Weg zu einem humanen Strafrecht angesehen.⁴ Gleichzeitig haben die aufstrebenden Neurowissenschaften und die philosophischen Strömungen des Determinismus die Debatte um die Willensfreiheit intensiviert und die Diskussion darüber weiter in Gang gesetzt, ob es so etwas wie schuldhaftes Handeln überhaupt gibt. Demgegenüber steht die Auffassung, dass nur das Schuldprinzip den Menschen in seiner Freiheit und Verantwortlichkeit und

1 BINDING, 1f.

2 HAFTER, AT, 101.

3 KAUFMANN ARTHUR, JURA 1986, 233.

4 HASSEMER, Alternativen zum Schuldprinzip?, 89 f.; KÜPPER, 152.

somit in seiner Würde ernst nehmen und deshalb nur ein Schuldstrafrecht freierheitlichen Ansprüchen genügen könne.⁵

Auch Jahrzehnte des Debattierens über die Natur und das Wesen strafrechtlicher Verantwortlichkeit haben bis anhin nicht in einen Konsens über das Konzept der Schuld und die Geltungsgrundlage des Schuldprinzips gemündet. Bereits ein kurzer Blick auf die zahlreichen theoretischen Abhandlungen in verschiedenen Rechtsordnungen und auf das lebende Recht bestätigt diesen Eindruck. Genauso wenig vermochte es die aufgrund von Erkenntnissen der Hirnforschung, Fragen der Unternehmensstrafbarkeit oder der Ausweitung des modernen Präventionsstrafrechts in jüngerer Zeit intensiviertere wissenschaftliche Tätigkeit, eine einheitliche Lehrmeinung herbeizuführen. Weder diese Unklarheiten noch die zahlreichen Angriffe konnten aber etwas daran ändern, dass das Schuldverfordernis nach wie vor als grundlegendes Prinzip jeglicher Strafbarkeit gilt. Der Grundstein strafrechtlicher Verantwortlichkeit blieb dennoch, wenn auch theoretisch stets leidenschaftlich verteidigt, nicht vor Lockerungen und Durchbrechungen bewahrt – allem voran durch die sog. strikte Verantwortlichkeit (*strict liability*) in angelsächsischen Rechtsordnungen, aber auch durch weniger weitgehende Pendanten im deutschsprachigen Rechtsraum.

Doch wie konnte das Schuldprinzip trotz dieser Angriffe aus der Wissenschaft und zahlreicher Durchbrechungen in der Praxis stets seine Position und Relevanz beibehalten? Weshalb soll Schuld denn überhaupt so wesensbestimmend und unersetzlich für das Strafrecht sein? Und sind Lockerungen des Schuldprinzips jemals legitim? Diese elementaren Fragen erfordern eine genaue Analyse strafrechtlicher Schuld und Verantwortung. I.d.S. soll diese Arbeit auch keineswegs eine weitere Neuformulierung oder Neuinterpretation des strafrechtlichen Schuldbegriffs vorlegen. Vielmehr soll sie – auf der Grundlage einer rechtssoziologischen und komparativen Untersuchung – erklären, weshalb die Schuldzuschreibung von so essentieller Bedeutung für das Strafrecht sein soll und wie sich demzufolge Lockerungen des Schuldprinzips rechtstheoretisch einordnen lassen. Das sich im Rechtsvergleich offenbarende pluralistische Schuldverständnis sowie die verschiedenartigen dogmatischen Konstruktionen und die Intensität, mit welcher Einschnitte in das Schuldprinzip debattiert werden, verlangen dabei nach einer Rückbesinnung auf die fundamentale Funktionsweise des Strafrechts und dessen Aufgabe innerhalb der gesellschaftlichen Normstabilisierung.

5 KAUFMANN ARTHUR, JURA 1986, 233.

Dieser Herausforderung widmet sich das vorliegende Werk. Und diese Herausforderung – so die Ausgangsthese dieser Arbeit – lässt sich nur mit einer Analyse der Funktion der Schuld im Strafrechtssystem meistern.⁶ Nur wenn klar wird, was der Beitrag des Schuldvorwurfs im Rahmen der übergeordneten Aufgabe des Strafrechts und damit innerhalb der Gesellschaft ist, kann die Frage beantwortet werden, ob die Aufrechterhaltung des Schuldprinzips notwendig ist und ob bzw. inwiefern Lockerungen toleriert werden können und sollten. Nur wenn klar ist, was die Funktion des Schuldvorwurfs ist und aus was für Elementen er sich in der sozialen Praxis konstituiert, kann zudem deutlich werden, was „strikte“ Verantwortlichkeit in all ihren Variationen überhaupt bedeutet.

Die *strict liability* des angelsächsischen Strafrechts, d.h. eine strikte(re) Verantwortlichkeit aufgrund reduzierter Anforderungen an den Schuldnachweis, beweist eindrücklich, dass nicht nur theoretischer Dissens über die Bedeutung und den Gehalt des Schuldprinzips vorhanden ist, sondern der Schuldvorwurf darüber hinaus auch in der konkreten sozialen Praxis von einer gewissen Variabilität gekennzeichnet ist. Diese Doktrin bot sich deshalb an, die vorliegende funktionale Analyse und die Beschreibung und Erklärung der realen Mechanismen des Schuldvorwurfs bzw. der strafrechtlichen Verantwortungszuschreibung anzuleiten. Nur eine Erfassung strafrechtlicher Schuld, welche sowohl diese Mechanismen als auch die damit in der Praxis einhergehende Variabilität miteinbezieht, kann als Fundament für ein normatives Modell dienen, das aktuelle dogmatische und legislatorische Konstruktionen zu überdauern vermag. Diese Arbeit widmet sich deshalb der wegweisenden Fragestellung der Notwendigkeit, der Bedeutung und der potenziellen Austauschbarkeit der Schuld von einem neuen Blickwinkel. Kann die Funktion, welche der Schuld im Strafrechtssystem zukommt, bestimmt und ihre Relevanz ausgemacht werden, ist die Frage zu stellen, warum sich die strikte Verantwortlichkeit trotz Abweichungen vom Schuldprinzip heute in diesen Strafrechtssystemen halten kann und – nicht minder wichtig – ob sie sich halten soll. Es wird entsprechend überprüft, inwieweit sowohl bei diesen *strict liability offences* in den USA und in Grossbritannien als auch bei Lockerungen und Durchbrechungen des Schuldprinzips in deutschsprachigen Rechtsordnungen Abstriche an das Schulderfordernis toleriert werden

6 Wenn hier und in der Folge von System gesprochen wird, ist das Recht bzw. Strafrecht als soziales System im systemtheoretischen, d.h. rechtssoziologischen Sinne gemeint und nicht der dogmatische Systembau im Strafrecht oder eine innere Gesetzessystematik.

können, inwieweit die Funktion der Schuld also in gewissen Konstellationen austauschbar bzw. gar verzichtbar ist.

Die analytische Einordnung und Beurteilung der Variationen strikter Verantwortlichkeit des angelsächsischen Rechts sowie ähnlicher Phänomene in deutschsprachigen Rechtsordnungen erlaubt es, die Elemente des Schuldvorwurfs im Rahmen von Normstabilisierungsmechanismen klarer herauszukristallisieren. Umgekehrt ermöglicht erst eine klare Funktionsbestimmung der Schuld, diese Variationen als Ergebnis einer variablen Schulddogmatik überhaupt sinnvoll zu erfassen. Kurz: Diese Dissertation widmet sich einer Analyse der *strict liability*-Doktrin auf der Grundlage einer Funktionsbestimmung des strafrechtlichen Schuldvorwurfs. Dabei soll – so das Ziel dieser Arbeit – die Funktion der Schuld im Rahmen der Normstabilisierung eruiert und überprüft werden. Die der Dissertation zugrunde gelegte These ist nun, dass das traditionelle Schuldverfordernis durch alternative Legitimationsmodelle ersetzt werden kann, solange das Strafrechtssystem seine Funktion in der Gesellschaft nach wie vor adäquat erfüllt. Dies ist aber – so der zweite Teil der Hypothese – nur dann möglich, wenn die Funktion der Schuld im Rahmen der für die Normstabilisierung erforderlichen Verantwortungszuschreibung äquivalent ersetzt wird, nicht aber dann, wenn gänzlich oder teilweise auf einen der Schuld inhärenten persönlichen Vorwurf verzichtet wird. Trifft diese These zu, handelt es sich bei der *Funktion* der Schuld in der Tat um das Herzstück des Strafrechtssystems.

KAPITEL 2: GANG DER DARSTELLUNG

Um sich der Überprüfung der vorangehend eingeleiteten Fragestellung anzunehmen, wird in der vorliegenden Abhandlung zuerst aufgezeigt werden müssen, inwiefern in der aktuellen Strafrechtsdogmatik von einer Variabilität strafrechtlicher Schuldkonzeptionen gesprochen werden kann. Demzufolge ist ein kurzer Blick auf die Relevanz des Schuldprinzips und auf die Grundlagen strafrechtlicher Schuld in den untersuchten Rechtsräumen⁷ zu Beginn unabdingbar. Eine Übersicht über die Doktrin der *strict liability* und deren historische Ursprünge, Anwendungsbereiche und herkömmliche Rechtfertigung, soll ferner einleitend die praktischen Problemstellungen herausstreichen, welchen im Rahmen der Schulddebatte begegnet wird. I.S. einer Bestandsaufnahme soll eruiert werden, wie Entstehung und Fortbestand dieser Lockerungen des Schuldprinzips im existierenden angelsächsischen Recht erklärt und wie diese theoretisch eingebettet bzw. pragmatisch legitimiert werden. Schnell wird dabei deutlich werden, dass es nicht die „eine“ Form strikter Verantwortlichkeit gibt und es sich vielmehr um ein beinahe unüberschaubares und nur schwer zu kategorisierendes Phänomen des angelsächsischen Rechts handelt, welchem auf vielfältigen Analysewegen begegnet werden kann. Diese Variabilität der Schuld- und der *strict liability*-Doktrin verlangt entsprechend nach einer klaren Methode, um Modelle der Kategorisierung und der normativen Beurteilung zu entwickeln.

Es wird konsequenterweise in einem zweiten Teil zunächst ganz grundlegend danach gefragt werden müssen, was für eine Funktion dem Strafrecht und damit dem Strafen im sozialen System Gesellschaft überhaupt zukommt. Es hätte sich in der Gesellschaft kein Strafrechtssystem ausdifferenziert, würde diesem keine spezifische Funktion zukommen, würde es also keine Aufgabe im Rahmen der sozialen Ordnung erfüllen. Ausgehend

7 Die vorliegende Untersuchung widmet sich grundsätzlich einem Rechtsvergleich zwischen dem angelsächsischen und dem deutschen Rechtsraum. Als sog. „Mutterrechtsordnung“ wurde dabei dem englischen Recht spezielle Aufmerksamkeit geschenkt. Darüber hinaus steht das US-amerikanische Recht im Zentrum, da dort die *strict liability* besonders augenfällige Verbreitung findet. Wo es als interessant erachtet wurde, werden jedoch auch Hinweise auf andere Rechtsordnungen dieses Rechtskreises gemacht. Im deutschsprachigen Raum wird auf das schweizerische, das deutsche und das österreichische Recht Bezug genommen, wobei je nach Fragestellung und je nach Wert für die Forschungsfrage nicht immer überall gleich ins Detail gegangen werden kann.

davon muss die Frage gestellt werden, ob für die Erfüllung dieser Aufgabe die Schuldzuschreibung als Teil jeder Begründung von Strafbarkeit notwendig ist bzw. was für eine Funktion der Schuld in diesem ausdifferenzierten Strafrechtssystem zukommt. Diese Eruiierung der grundlegenden Funktionsweise soll mittels einheitlich systemtheoretischer Methode erfolgen, welche die sozialen Mechanismen der Verantwortungszuschreibung innerhalb des Strafrechtssystems unabhängig von den dogmatischen Schuldkonstruktionen genauer beleuchtet. Die Erfassung des Strafrechts als soziales System – und der entsprechende Fokus auf soziologische, d.h. gesellschaftliche Gegebenheiten – bringt gewisse methodische Konsequenzen mit sich, für welche zunächst einige Grundlagen erarbeitet werden müssen. Diese funktionale Methode erlaubt aber, den Kern strafrechtlicher Verantwortung zu erfassen – und zwar gerade unabhängig von den jeweiligen Rechtsordnungen. Wenn die Annahme zutrifft, dass dem Strafrecht im gesellschaftlichen Gesamtsystem eine distinktive Aufgabe zukommt, so müsste diese nämlich in allen Rechtsordnungen gleichermaßen erfüllt werden.

Mittels dieses systemtheoretischen und damit soziologischen Funktionalismus soll also in einem dritten Teil die Funktion der Schuld und des Schuldprinzips im Rahmen der strafrechtlichen Aufgabenerfüllung, d.h. der spezifisch strafrechtlichen Normstabilisierung, herausgearbeitet werden. Dabei sollen die Elemente definiert werden, welche Schuld im gesellschaftlichen Zusammenspiel ausmachen, welche also im heutigen sozialen System die Schuldzuschreibung anleiten. Diese Analyse sozialer Mechanismen wird es erlauben, die Grundlage für eine klare Kategorisierung und Einordnung der Lockerungen des Schuldprinzips, dabei primär der *strict liability offences*, zu schaffen um in der Folge eine normative Beurteilung zu ermöglichen. Der vierte Teil dieser Arbeit widmet sich entsprechend dieser Kategorisierung und analysiert die zahlreichen Variationen strikter Verantwortlichkeit mit Blick auf die vorangehend definierte Funktionsbestimmung.

Die Ergebnisse dieser Analyse und die detaillierte systematische Kategorisierung der Durchbrechungen des Schuldprinzips sollen in der Folge dazu dienen, zu erörtern, ob die Lockerungen des Schuldprinzips tolerierbar sind bzw. vielleicht sogar einem strafrechtssystemkonformen Zweck dienen oder aber, ob sie für das Strafrecht dysfunktional sind und demgemäss aufgegeben werden sollten. Im fünften und letzten Teil werden die Ergebnisse zusammengeführt und die Konsequenzen dieser funktionalen Analyse sowohl für die besprochenen Lockerungen des Schuldprinzips aber auch für die Dogmatik der jeweiligen Rechtsordnungen selbst diskutiert. Diese

Analyse der jeweiligen Legitimationen von Lockerungen und die sozialwissenschaftliche Analyse der Funktion der Schuld im Rahmen der strafrechtlichen Zurechnung münden folglich auch in einer Debatte darüber, inwieweit solche übergeordneten Erkenntnisse in die Strafrechtsdogmatik einfließen und kriminalpolitisch berücksichtigt werden müssen. Die Konsequenz der Analyse der zahlreichen Lockerungen in Kombination mit grundsätzlichen Bedenken in Bezug auf das Schuldprinzip könnte aber auch zum Ergebnis führen, dass ganz auf ein Schuldfordernis verzichtet und diese Funktion durch Äquivalente ersetzt werden soll, sofern dies in Fortsetzung der Funktionserfüllung des Strafrechts als möglich erachtet wird.

Teil 1:

**Strict Liability und die Variabilität
strafrechtlicher Schuld**

Kapitel 1: Schuldprinzip und der strafrechtliche Schuldvorwurf

I. SCHULDPRINZIP ALS KERN STRAFRECHTLICHER VERANTWORTLICHKEIT

1. „Nulla poena sine culpa“ – keine Strafe ohne Schuld

Im heute vorherrschenden Strafrechtsverständnis gilt es als zentraler Eckwert, dass Strafe Schuld voraussetzt.⁸ „*Actus non facit reum nisi mens sit rea*“ – die Handlung allein begründet nicht die Strafbarkeit, sie muss vielmehr begleitet sein von der Schuld – heisst der wohl berühmteste Satz der englischen Strafrechtsgeschichte bzw. Zurechnungslehre und bildet damit das Pendant zum in Kontinentaleuropa gebräuchlicheren Lehrsatz „*nulla poena sine culpa*“ – keine Strafe ohne Schuld.⁹ Der Schuldgrundsatz gehört unbestritten zum Kernbestand der modernen Strafrechtstradition und alle zeitgenössischen westlichen Rechtsordnungen kennen dieses Prinzip in der einen oder anderen Form.¹⁰ Das Schuldprinzip bedeutet dabei nach herkömmlichem Verständnis, dass die Verurteilung, welche mit einer Strafe einhergeht, den Einzelnen nur dann treffen darf, wenn ihm ein persönlicher Vorwurf gemacht werden kann.¹¹ Kriminalstrafe muss nach gängiger Vorstellung also in einer Form legitimiert werden können, die diese Form der Übelszufügung

8 Vgl. HÖRSTER, 1.

9 Siehe dazu BÄHR, 23; HÖRSTER, 5; TULLY, 23. Obwohl der Satz „*nulla poena sine culpa*“ lateinisch ist, wird er nicht so weit zurückdatiert. I.d.R. wird er sogar jünger eingestuft als Feuerbachs Formulierung der „*nulla poena sine lege*“-Maxime des frühen 19. Jh.; so DUBBER/HÖRNLE, 111.

10 KILLIAS ET AL., AT, N 924 ff.

11 Anstatt vieler FUCHS, Kap. 2 N 24.

gegenüber dem Bestraften rechtfertigt.¹² Das Schuldprinzip ist – trotz nicht immer gleich beständiger Umsetzung – also tief verwurzelt, womit allerdings die Frage noch nicht beantwortet ist, wie weit diese Tradition reicht und was ihr genauer Gehalt oder ihre Konsequenzen sind.¹³

Der *nulla-poena-sine-culpa*-Satz kann zur Konkretisierung durch den Zusatz „*nulla poena extra culpam*“ erweitert werden. Insofern wirkt der Rechtssatz gemäss gängiger Doktrin in zwei Richtungen: in eine hinsichtlich der Strafbegründungsschuld i.S. einer Begrenzung, ob Strafe überhaupt verhängt werden darf, zum anderen in Bezug auf die Strafzumessung, also darauf wie und was für eine Strafe verhängt werden darf.¹⁴ Erstere verlangt dabei für die Sanktionierung das Vorhandensein individuell vorwerfbarer Schuld. Als allg. Voraussetzung der Strafbarkeit ist Schuld i.d.S. auch nicht quantifizierbar.¹⁵ Die Strafzumessungsschuld besagt darüber hinaus, dass die Intensität der Sanktion stets verhältnismässig zur Schwere der Schuld stehen muss.¹⁶ Der Schuldgrundsatz besagt i.d.S. nach allg. Ansicht, dass „Tatbestand und Rechtsfolge in einem sachgerechten Verhältnis zueinander stehen müssen“.¹⁷ Dieses Prinzip des Schuldgleichs, welches sowohl Voraussetzung als auch Rechtfertigung der Strafe in sich trägt und als Mittel der Eingriffsbegrenzung, d.h. als rechtsstaatliche Schranke der Strafgewalt, gilt, hat sich als Grundlage des Strafrechts bis anhin behauptet.¹⁸

Die französischen und englischen Schuld-Termini „*faute*“ und „*fault*“ bringen deutlich zum Ausdruck, um was es beim Schuldvorwurf gehen soll: dass Strafe voraussetzt, dass der Täter eine Norm übertreten hat, obwohl er normgemäss hätte handeln können, dass er sich also „falsch“ entschieden hat und einen „Fehler“ begangen hat.¹⁹ Weder der juristischen Dogmatik und Theorie noch deren Helfern aus der Philosophie ist es allerdings je wirklich gelungen,

12 SCHÜNEMANN, Funktion des Schuldprinzips, 298.

13 VOGEL, Subjektive Zurechnung, 125 f.

14 TULLY, 24; JUHÁSZ, 14 f.

15 FUCHS, Kap. 21 N 1.

16 TULLY, 24.

17 JAKOBS, AT 2. A., 487 (17/29) m.w.N. und dem Hinweis, dass das Schuldprinzip deshalb ein „Sonderfall des Willkürverbots“ sei.

18 ALBRECHT, Vergessene Freiheit, 71; siehe zur Schuld als Mittel der Eingriffsbegrenzung auch ROXIN, AT I, § 3, N 51; *ders.*, MschrKrim 1973, 319; *ders.*, FS Henkel, 186; *ders.*, Grundlagenprobleme, 20.

19 KILLIAS, ZStrR 1980, 35.

den Schuldbegriff und damit auch den Inhalt des Schuldprinzips restlos zu erfassen.²⁰ Es existiert demnach auch kein universell gültiger Schuldbegriff.

Trotz diesem allg. Pluralismus der Schuldverständnisse scheint die Schuldzuschreibung im Rahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf den ersten Blick allerdings überall unerlässlich, auch wenn das Erfordernis einer „inneren Seite“ als Voraussetzung strafrechtlicher Verantwortlichkeit jeweils unterschiedlich in die Verbrechenslehren integriert und im Rahmen des Deliktsaufbaus gehandhabt wird. Wie diese Zuschreibung von Verantwortung in einer immer komplexer werdenden Welt rechtsdogmatisch vonstattgeht, divergiert also von Rechtssystem zu Rechtssystem deutlich. Das Schuldprinzip als universelles Phänomen zu erkennen und als Grundsatz festzuhalten, sagt demnach isoliert betrachtet für den Inhalt des Schuldvorwurfs noch nicht viel aus und erläutert insb. nicht, welchen Voraussetzungen die Strafe genau unterliegt.²¹ Darüber hinaus ist trotz einheitlicher Hochhaltung und Verankerung des Schuldprinzips in den untersuchten Rechtsordnungen auch nicht zu leugnen, dass dessen stete legislatorische Relativierung und rechtstheoretische Infragestellung sowohl im deutschsprachigen als auch im angelsächsischen Rechtsraum omnipräsent ist.

2. Essenz und historische Wurzeln des Schuldprinzips

Die historische Entwicklung und Wandlung des Phänomens der Schuld zeugen von der Vielfalt der Perspektiven, durch welche sich dieses betrachten lässt. Schuld kann als religiöse und sittliche Grunderfahrung des Menschen benannt werden oder aber auch als psychologischer Befund verstanden sein. Schuld kennen wir als Teil der sozialen Wirklichkeit, aber auch als dynamischen Prozess des individuellen Erlebens. Die Strafrechtstheorie kann für ihre Belange unter diesen und weiteren möglichen Bezugspunkten auswählen und den in ihrem Bereich massgebenden Schuldbegriff so konzipieren, dass er für ihre Aufgabe möglichst geeignet ist und seinen Zweck erfüllt. An was sich die Begriffs- und Inhaltsbestimmung dabei konkret anlehnt, kann rechtstheoretisch variieren. Dabei steht die Strafrechtslehre zunächst in einem allg. historischen Entwicklungsprozess, wobei die Lösung des strafrechtlichen Schuldbegriffs von seinem transzendentalen Bezug wohl

20 HAFTER, AT, 101.

21 JUHÁSZ, 14; KAUFMANN ARTHUR, Schuldprinzip, 16.

die wichtigste Entwicklungsstufe hin zu einem eigenständigen rechtlichen Schuldbegriff war.²²

Die Schuldidee lässt sich i.S.d. herkömmlichen Verständnisses westlicher Strafrechtsordnungen trotz dessen Variabilität im Allgemeinen so formulieren, dass nach ihr eine Kriminalstrafe nur dann verhängt werden darf, wenn dem Täter seine Tat zum Vorwurf gemacht werden kann und dass Strafe auch nur in den Grenzen dieses persönlichen Vorwurfs zulässig ist. Das Schuldprinzip stellt demzufolge auf eine subjektive Seite als die entscheidende Komponente für ein Unrechtsurteil ab. Eine Straftat liegt grundsätzlich nur dann vor, wenn auch schuldhaftes Handeln nachgewiesen werden kann.²³ Das Schuldprinzip ist also der Grundsatz, aus welchem sich die Strafbegründungsschuld (als Inbegriff der Voraussetzungen, welche die Vorwerfbarkeit der Tat im Hinblick auf die Existenz der Strafdrohung begründen oder ausschließen) und die Strafzumessungsschuld (als Inbegriff der vom Täter zu verantwortenden Umstände, die bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind) ableiten lassen.²⁴

Die Essenz dieses im angelsächsischen Recht auch als *principle of mens rea* bezeichneten Grundsatzes sei nach *Ashworth* und *Horder* darin zu sehen, dass eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nur Personen auferlegt werden könne, welche sich ihrer Handlung und der möglichen Konsequenzen ausreichend bewusst seien und wenn ihnen ausreichend vorgeworfen werden könne, dass sie sich im Wissen um diese Konsequenzen für das entsprechende Verhalten entschieden hätten. Dieser Ansatz beruhe auf dem Autonomieprinzip: Individuen seien als autonome Personen zu betrachten, welche mit der grundsätzlichen Fähigkeit zwischen verschiedenen Handlungsalternativen zu wählen ausgestattet seien. Der Respekt vor dieser Autonomie gebiete es, sie für ihre Entscheidungen verantwortlich zu machen.²⁵ In eine ähnliche Richtung gehen auch *Williams* mit der Feststellung, dass das *mens rea*-Erfordernis das „Mark einer fortschreitenden Zivilisation“ sei,²⁶ oder *Hall* mit derjenigen, dass das Strafrecht auf dem gleichen Fundament beruhe wie die traditionelle Ethik und folglich Menschen nur für Taten bestraft würden, für die sie im moralischen Sinne verantwortlich erklärt werden könnten.²⁷ Als

22 ZIPF, JBl 1980, 186.

23 Anstatt vieler z.B. SAFFERLING, 481 f.; HÖRSTER, 7 f.; KEILER, 58; BÄHR, 23.

24 JESCHECK/WEIGEND, 404.

25 ASHWORTH/HORDER, 74.

26 WILLIAMS/BAKER, 97.

27 So HALL, 43 Colum. L. Rev. 753, 775 ff. (1943).

Begründung für die Notwendigkeit des Schuldprinzips, seiner Geltung und seiner Legitimität, wird ferner angegeben, dass nur das Schuldprinzip es vermöge, den Einzelnen vor einer Instrumentalisierung zu bewahren.²⁸ Das Schuldprinzip sei demgemäss speziell geeignet, den Bürger vor übermässigen staatlichen Eingriffen zu schützen und stehe für die notwendige Realisierung des Personenbezugs im Strafrecht gerade.²⁹ Inwiefern diese summarisch zusammengefassten Begründungen die Substanz des Schuldprinzips zu erfassen vermögen bzw. was die Funktion des Schuldprinzips innerhalb des Strafrechtssystems wirklich ist, wird zu einem späteren Zeitpunkt noch Gegenstand genauerer Analyse sein müssen.³⁰

Der Verbrechensbegriff und mit ihm auch das entsprechende Unwerturteil und die Bedeutung der Schuld im Strafrecht waren nicht zu allen Zeiten und bei allen Völkern gleich.³¹ Wann und woraus sich dieses heute als Schuldprinzip verstandene Konzept genau entwickelt hat, ist demzufolge kaum eindeutig zu eruieren. Einerseits wird berichtet, der Schuldgrundsatz sei in der zweiten Hälfte des 12. und zu Beginn des 13. Jahrhunderts aus der kirchlichen Busslehre in das weltliche Strafrecht übernommen worden, wobei sich die Tat von einem äusseren Rechtsbruch zur sittlich vorwerfbaren Verfehlung und damit die Strafe von einer starren, schematischen Sanktion zum Ausdruck eines ethischen Unwerturteils gewandelt haben soll.³² Andererseits werden die rechtshistorischen Wurzeln teilweise später verortet: So sei das Erfordernis subjektiver Zurechenbarkeit erst im rezipierten römischen Recht entstanden und gründe rechtsphilosophisch in der Aufklärung, in der die Rechtsperson als freies, verständiges und vernünftiges Individuum verstanden worden sei.³³ Die Wurzeln der bis in die heutige Zeit hineinreichenden Schuldlehre würden entsprechend in der italienischen Strafrechtswissenschaft des ausgehenden Mittelalters und der darauf aufbauenden Jurisprudenz des 16. und 17. Jahrhunderts liegen.³⁴ Im Strafrecht des Mittelalters seien die Sanktionen im Wesentlichen noch an die äusseren Folgen der strafbaren Handlung geknüpft

28 JAKOBS, Schuldprinzip, 7, mit dem Hinweis, dass deshalb das deutsche Bundesverfassungsgericht das Schuldprinzip neben der materiellen Rechtsstaatlichkeit auch aus der Menschenwürde ableite.

29 ROXIN, FS Henkel, 186 f.; *ders.*, Grundlagenprobleme, 22; RÖSSNER, FS Roxin, 985.

30 Siehe S. 221 ff.

31 GERMANN, 13.

32 STRATENWERTH, AT 4. A., 33 f.; ACHTER, 102 f.; STÜBINGER, Schuld, Strafrecht und Geschichte, 327 ff.

33 VOGEL, Subjektive Zurechnung, 125 f.

34 Vgl. dazu auch allg. ENGELMANN, 17 ff. und *passim*.

gewesen. Erst allmählich habe man begonnen auch den Unrechtsgehalt eines Versuchs oder die Vorwerfbarkeit einer fahrlässig begangenen Straftat zu erfassen.³⁵ Auch im Naturrecht sei die Schuldauflassung ferner von grosser Bedeutung gewesen.³⁶

Klar ist, dass es sich beim Schuldprinzip – so stark es heute in der Lehre auch verankert sein möge – um etwas handelt, was sich erst im Laufe der Strafrechtsgeschichte entwickelt hat. Es handle sich beim Schuldprinzip gemäss *Jakobs* um ein „Kind der entzauberten Welt“.³⁷ In dieser „entzauberten Moderne“ könne Welt gestaltet werden und müsse Strafe einen Zweck erhalten. Dies sei nur möglich, wenn die Strafe versuchen könne auf etwas einzuwirken, was sich auch tatsächlich verändern lasse.³⁸ Dieser Grundannahme folgend bleiben „Wollensfehler“ nach traditioneller Vorstellung der Kern des Schuldvorwurfs.³⁹ In geschichtlicher Betrachtung kann die Schuldhaftung also primär der Erfolgshaftung gegenübergestellt werden. Unter diese Haftungssysteme wird allerdings eine grosse Fülle an historischen Phänomenen subsumiert, weshalb diese Kategorien kaum je einem real existierenden Modell gerecht werden.⁴⁰ Trotzdem kann im Allgemeinen eine sich deutlich durchsetzende Entwicklungstendenz von einem objektiven zu einem subjektiven Verbrechensbegriff festgestellt werden, d.h. von einer reinen Erfolgshaftung zu einem immer feiner ausgeprägten Verschuldensprinzip.⁴¹ Dieser Grundsatz, dass die Schuld, die der Täter durch seine Tat auf sich geladen hat, durch Verbüssung der Strafe ausgeglichen wird – so das Schuldprinzip in historisch traditioneller Formulierung –, hat sich als Grundlage der Strafrechtswissenschaft des Weiteren kaum nur deshalb so lange gehalten, weil seine Wurzeln tief in die Geschichte des abendländischen Denkens hineinreicht, sondern weil er darüber hinaus unbestritten sowohl kriminalpolitische als auch massgebende dogmatische Fortschritte ermöglichte.⁴²

35 KILLIAS ET AL., AT, N 510.

36 JESCHECK/WEIGEND, 419 f.; so sollen gerade auch die Hegelianer, die das Verbrechen als frei gewählte Absonderung des Einzelwillens von dem im Gesetz verkörperten Gemeinwillen betrachteten, der Schuldlehre grosses Gewicht beigemessen haben.

37 JAKOBS, Das Schuldprinzip, 10.

38 JAKOBS, Schuld als gesellschaftliche Konstruktion, 258.

39 Siehe dazu aber die ausführliche Debatte zur Willensfreiheit auf S. 268 ff.

40 Zu diesen Kategorien der geschichtlichen Betrachtung ausführlich MANGAKIS, ZStW 1971, 283 ff.

41 So GERMANN, 13.

42 So ROXIN, ZStW 1984, 641; ROXIN, Grundlagenprobleme, 1 ff.

3. Das Strafrecht als Schuldstrafrecht

Trotz der weitreichenden Relevanz des Schuldprinzips wird der Schuldbegriff sowohl als Terminus des strafrechtlichen Deliktssystems als auch als Wesenselement der Zurechnungslehre immer wieder in Frage gestellt, in langer Historie stets diskutiert und auch ab und an für tot erklärt.⁴³ So meinte *Stratenwerth* bereits im Jahre 1977, dass die Abschaffung des Schuldprinzips nur noch eine Frage der Zeit sei, wobei dieses durch andere Prinzipien des Umgangs mit abweichendem Verhalten abgelöst werden dürfte.⁴⁴ Er hielt in diesem Zusammenhang aber bereits richtigerweise fest, dass in dieser Diskussion nicht nur die simple Alternative von Beibehaltung oder Abschaffung des Prinzips im Vordergrund stehen dürfe, sondern das wissenschaftliche Interesse zunächst dem Schuldprinzip, seinem Inhalt und seiner Bedeutung zu gelten habe.⁴⁵ Diesem Erkenntnisinteresse widmet sich auch der vorliegende Beitrag. Für den Moment ist aber festzuhalten, dass auch die seit langem geführten – auch über das Strafrecht hinausreichende – Debatten nichts daran ändern, dass Schuld als Grundsatz des gegenwärtigen strafrechtlichen Selbstverständnisses nach wie vor zu den entscheidenden Definitionsmerkmalen der deutschsprachigen und englischsprachigen Strafrechtstradition gezählt werden muss und die überwiegende Mehrheit in der Schuld eine unabdingbare Voraussetzung jeder Strafe erblickt.⁴⁶

Die Verknüpfung zwischen Strafe und Schuld ist nicht nur aufgrund der Variabilität und des Pluralismus der Schuldkonzeptionen Gegenstand wissenschaftlicher Kontroversen, sondern gerade auch aufgrund der zahlreichen Lockerungen, die dieser Grundsatz in der Rechtspraxis erfährt. Während im deutschsprachigen Raum verschiedene Konstruktionen im Verdacht stehen, dem Schuldprinzip nicht vollends gerecht zu werden,⁴⁷ sind es im angelsächsischen Raum die sog. *strict liability offences*, welche zweifelsohne Fragen in Bezug auf den damit einhergehenden (oder eben nicht einhergehenden)

43 So z.B. STRATENWERTH, Schuldprinzip, 7; ACHENBACH, Individuelle Zurechnung, 149; STÜBINGER, Schuld, Strafrecht und Geschichte, 13 Fn. 2.

44 STRATENWERTH, Schuldprinzip, 7.

45 STRATENWERTH, Schuldprinzip, 7.

46 STÜBINGER, Schuld, Strafrecht und Geschichte, 13 Fn. 2; HIRSCH, ZStW 1994, 746; JUHÁSZ, 15; FRISTER, Schuldprinzip, 12.

47 So z.B. gewisse Formen von objektiven Strafbarkeitsbedingungen oder Erfolgsqualifikationen; siehe zu diesen und weiteren Diskussionspunkten ausführlich S. 343 ff.

Schuldvorwurf aufwerfen und deshalb für eine Analyse der Schuld von besonderem Interesse sind. Bei dieser „Ausnahme von der Regel“ zeigt sich deutlich, dass die Eruiierung des Inhalts und der Anforderungen des Schuldprinzips auch im angelsächsischen Rechtsraum nicht weniger umstritten ist. Die zahlreichen Versuche, die Substanz eines *mens rea* oder *fault principles* zu benennen, zeugen dabei von der Komplexität des strafrechtlichen Schuldvorwurfs und seiner Erfassung.⁴⁸ Diese Komplexität widerspiegelt sich entsprechend auch in der hier zu untersuchenden Doktrin der strikten Verantwortlichkeit.

Im Allgemeinen werden Delikte als *strict liability offences* oder auch *absolute liability offences*⁴⁹ bezeichnet, bei denen zur Begründung der Strafbarkeit kein vollständiger Nachweis der *mens rea* in Bezug auf alle Elemente des *actus reus* erforderlich ist, bei denen also bezüglich mind. eines objektiven Tatbestandsmerkmals kein Nachweis einer korrespondierenden subjektiven Tatseite erbracht werden muss.⁵⁰ Das bedeutet allerdings nicht, dass der subjektive Tatbestand nicht für andere Elemente des *actus reus* verlangt wird.⁵¹ Bei der strikten Verantwortlichkeit handelt es sich also um Delikte, bei denen Abstriche an das Schuldnerfordernis gemacht werden, das Schuldprinzip also nicht voll verwirklicht wird. Trotz der Vielseitigkeit des Phänomens zeigt bereits dieser Definitionsversuch, dass bei der Rechtsfigur der *strict liability* primär auf Nachweise im Rahmen des Unrechtstatbestands und nur selten auf solche im Rahmen der Schuldkategorie i.e.S. verzichtet wird, dass es bei der strikten Verantwortlichkeit also nicht primär um eine Ignoranz gegenüber Schuldunfähigkeit oder Entschuldigungsgründen geht, sondern in aller Regel um verminderte Ansprüche an den subjektiven Tatbestand bzw. an andere Erfordernisse im Rahmen der Schuld i.w.S.⁵² Entsprechend geht es i.d.R. auch nicht um Delikte ohne jegliche *culpability*, weshalb die häufig im Deutschen verwendete Übersetzung der *strict liability* als „verschuldensunabhängige

48 So versucht z.B. GARDNER JOHN, *Wrongs and Faults*, 69, einen Unterschied zwischen *mens rea*-Prinzip und Schuldprinzip auszumachen.

49 Gemäss BÄHR, 19, geht der Begriff der *absolute liability* zurück auf WINFIELD, 42 *Law Q. Rev.* 37 (1926). Die Begriffe *strict* und *absolute liability* werden zwar in Literatur und Rechtsprechung oft synonym verwendet, müssen aber dennoch auseinandergelassen werden; siehe dazu mehr auf S. 54 ff.

50 So z.B. HÖRSTER, 16 f.; WEIK, 238; MICHAELS ALAN, *Constitutional Limits*, 220.

51 ALLEN, *Textbook*, 98 und 109. Nur selten wird der Begriff so eng gefasst und i.S. einer wirklich strikten Erfolgshaftung benutzt; so aber z.B. LARKIN, 37 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 1065, 1067 f. (2014), in seiner Begriffsdefinition.

52 HÖRSTER, 17 f.; WEIK, 238; siehe zu den verschiedenen Variationen der strikten Verantwortlichkeit Teil 4 (S. 311 ff.).

Verantwortlichkeit“ irreführend sein kann. Selten wird auf jeglichen subjektiven Nachweis verzichtet, meist handelt es sich nur um eine Einschränkung des Erfordernisses, nicht aber um einen gänzlichen Verzicht i.S. einer strikten Erfolgshaftung.⁵³ Trotzdem geht es jedoch nicht minder um Einschnitte in die Geltung des vorangehend als Kern der strafrechtlichen Verantwortlichkeit beschriebenen Schuldprinzips und damit um eine Abweichung von den geltenden strafrechtlichen Grundsätzen.

Aufgrund der weiten Verbreitung dieser „Abweichungen“ von der eigentlichen Funktionsweise des Strafrechts bietet sich diese Doktrin an, eine Untersuchung der Funktion der Schuld anzuleiten, ist es doch beachtlich, dass ein eigentlich grossmehrheitlich anerkanntes Grundprinzip dermassen zahlreichen Lockerungen ausgesetzt ist. Folglich stellt sich die Frage, inwiefern diese Rechtsfigur das Schuldprinzip und die spezifisch strafrechtliche Verantwortungszuschreibung im Rahmen des sozialen Systems tatsächlich berührt, was wiederum nicht ohne die Analyse deren tatsächlicher Substanz beantwortet werden kann. Ferner müssen dabei auch Unterschiede der Verbrechenslehren und Rechtstraditionen der untersuchten Rechtsordnungen beachtet werden, da nicht einfach davon ausgegangen werden kann, dass die Geltung des Schuldprinzips und überhaupt auch die Bedeutung der Schuld automatisch überall gleich seien. Die hier vorgenommene funktionale und systemtheoretische Analyse der sozialen Mechanismen der Platzierung eines Schuldvorwurfs muss demnach an den realen Gegebenheiten der entsprechenden Dogmatik anknüpfen, soll sie das Phänomen in der Tat umfassend zu veranschaulichen vermögen. Demzufolge müssen in den nachfolgenden Kapiteln zunächst die Grundlagen der verschiedenen Schuldlehren erarbeitet werden um darauf aufbauend Erklärungen finden zu können, weshalb sich die strikte Verantwortlichkeit überhaupt entwickeln konnte bzw. woraus sich die diesbezüglichen Differenzen zwischen den Rechtsräumen ergeben. Erst wenn deutlich wird, um was für ein Phänomen es sich dabei handelt und wie es sich in die Strafrechtslehre einbettet, kann der Versuch einer genaueren Analyse der damit einhergehenden sozialen Mechanismen glücken.

53 WASSERSTROM, 12 Stan. L. Rev. 731, 732 (1960); HÖRSTER, 17 f.

II. SCHULD UND INNERE TATSEITE IN DEUTSCHSPRACHIGEN RECHTSORDNUNGEN

1. Geschichte des Schuldbegriffs in der Verbrechenslehre

1.1 Wandlung des Schuldverständnisses

Die Geschichte des Strafrechts und die Geschichte der Schuldzuschreibung gehen in grossem Masse Hand in Hand.⁵⁴ Die Zurechnung von Verantwortung und das Entstehenmüssen für das eigene Handeln oder Unterlassen wurden dabei – wenngleich auch unterschiedlich konzipiert – schon in der Antike, im Mittelalter und später ausdrücklich in der Frühaufklärung miteinander in Verbindung gebracht. Nur wer die Fähigkeit habe, zu sich selbst ein gedankliches Verhältnis aufzubauen und sich selbst kritisch zu sehen und zu steuern, galt in der Philosophie der klassischen Moderne als Person. Wer ein solches Verhältnis zu sich selbst habe und sich in Gedanken auf sich selbst beziehen könne, sei in der Konsequenz verantwortlich für seine Taten.⁵⁵ Der Schuld- und Verantwortungsbegriff unterlag in der Strafrechtsgeschichte jedoch einem permanenten Verständniswandel. Am einflussreichsten war dabei die Abkehr von einem bis in die Anfänge des 20. Jahrhunderts vorherrschenden psychologischen Schuldbegriff – der aus dem juristischen Denkstil des wissenschaftlichen Positivismus hervorging und der frühere normative Modelle verdrängt hatte – und die darauffolgende Neuentdeckung eines normativen Schuldbegriffs. Dieses noch genauer zu beleuchtende normative Verständnis des Schuldbegriffs löste den psychologischen Schuldbegriff um die Jahrhundertwende ab, angetrieben von einer generellen Abkehr vom wissenschaftlichen Positivismus und der Hinwendung zum sog. Neukantianismus. An die Stelle der naturwissenschaftlichen Methode des Beobachtens und Beschreibens trat damit eine eigene geisteswissenschaftliche Methode des Verstehens und Bewertens, die den Weg frei machte für die heute vorherrschende strafrechtliche Schuldauffassung.⁵⁶

Während im 19. Jahrhundert noch nicht zwischen verschiedenen Verbrechensebenen unterschieden wurde, sondern bereits die Verwirklichung

54 STÜBINGER, Schuld, Strafrecht und Geschichte, 14.

55 SEELMANN, FS Wiprächtiger, 575.

56 JESCHECK, JBl 1998, 610 f.; dazu auch detailliert ACHENBACH, Schuldlehre, passim.

eines umfassenden „Tatbestands“ allein ein Verhalten zum Delikt machte,⁵⁷ widmeten sich in der Folge die sog. Hegelianer in einem kritischen Idealismus der strafrechtlichen Zurechnung mittels einer Handlungslehre, wobei der neu gewonnene Zurechnungsbegriff später in einem Schuldbegriff aufging.⁵⁸ Der Verbrecher habe dem philosophischen Konzept *Hegels* folgend die eigene Anerkennung zugleich mit der des Opfers zerstört und die Strafe müsse deshalb um seiner selbst willen ausgesprochen werden.⁵⁹ Strafe sei also nach *Hegel* gar ein Recht des Verbrechers.⁶⁰ Schuld wird dabei als eigentliche Ursache i.S. eines Kausalitätsverhältnisses verstanden. Erst die Tat ermögliche eine Veränderung am vorliegenden Dasein und der Wille habe Schuld an dieser Veränderung, sofern sich die Tat dem Individuum zurechnen lasse.⁶¹ Dieses Verständnis von Zurechnung, welches neben dem abstrakten Begriff der Schuld i.S. einer direkt-kausalen Verantwortlichkeit dem Umstand Rechnung trägt, dass es neben der Kausalität auch noch einen Akt der Zurechnung braucht, legte den Grundstein zu einer normativen Erweiterung des Schuldverständnisses in der *Hegel'schen* Konzeption: Das Heranziehen objektiver, generalisierender Kriterien verlange nach einem normativen Massstab, welcher sich an einer „freien“ und „vernünftigen“ Person orientiere.⁶² Entsprechend gilt *Hegel* nicht nur als „Vater des strafrechtlichen Handlungsbegriffs“, sondern auch als der einer normativen Zurechnungslehre schlechthin.⁶³

Ein weiterer relevanter Schritt in der Schuldlehre war die Weiterentwicklung des strafrechtlichen Systembaus durch *von Liszt* im Rahmen der positivistischen Strömung des politischen Liberalismus.⁶⁴ Für den Schuldgedanken war diese Entwicklung insoweit von Relevanz, als ein inhaltlich-substanzieller Begriff, wie z.B. demjenigen der Sittlichkeit, diesem am Faktischen

57 RÜPING/JEROUSCHEK, N 226.

58 ACHENBACH, Schuldlehre, 20 f.; SAFFERLING, 7.

59 Die alles leitende und beherrschende Idee fand *Hegel* dabei wie auch schon *Kant* in der Vernunft, deren Realisierung sich in der geschichtlichen Entwicklung der Welt erweise; siehe dazu HEGEL, passim; SAFFERLING, 8; WELZEL, Naturrecht, 173 ff.; HÖFFE, Kant, 173 f.

60 HEGEL, § 100; SAFFERLING, 15.

61 HEGEL, § 115; siehe dazu auch STÜBINGER, „Idealisiertes“ Strafrecht, 328.

62 SAFFERLING, 16 und 23 in Anschluss an HEGEL, Zusatz zu § 115; LESCH, 125 f. und 152; WELZEL, Lehrbuch, 38 f.

63 SAFFERLING, 23; LESCH, 152.

64 Siehe dazu z.B. WELZEL, Lehrbuch, 38 f.

orientierten positivistischen Denken fremd war.⁶⁵ In Ablehnung jeglicher transzendentalen Spekulation und allem, was auch nur entfernt den Eindruck einer Anlehnung an Metaphysik hinterlassen könnte, versuchte dieses Verständnis von Schuld die „natürlichen“ Elemente der Straftat nachzuzeichnen.⁶⁶ Die Arbeit von Liszts hat sich gerade in Bezug auf systematische Grundbegriffe als fruchtbar erwiesen, auch wenn sie im Rahmen des begriffsjuristischen Zeitalters zunächst stets formaljuristisch und naturalistisch bearbeitet wurden.⁶⁷ Für von Liszt gehörte zur Tatbestandsmässigkeit einer Handlung ausschliesslich das äussere und physikalisch beschreibbare Geschehen.⁶⁸ Diese objektive Tatseite wurde später – wie es bis heute nachhallt – durch die damals als „Schuld“ bezeichnete subjektive Tatseite ergänzt, welche in der psychischen Beziehung des Täters zu seiner Tat bestehe und in den beiden Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit in Erscheinung trete.⁶⁹ Andere Inhalte integrierte von Liszt nicht in den Schuldbegriff. Insbesondere die Zurechnungsfähigkeit bezog er zu Beginn nicht mit ein, sondern wies diese der strafrechtlichen Handlungsfähigkeit zu, begriff sie also als Voraussetzung und nicht als Bestandteil der Schuld.⁷⁰ Die Beziehung der Rechtswidrigkeit auf die Tat und diejenige der Schuld auf den Täter legte zunächst nahe, alle „objektiven Momente“ des strafgesetzlichen Tatbestandes der Rechtswidrigkeit und alle subjektiven der Schuld zuzuweisen. Die Entdeckung der sog. subjektiven Unrechtselemente hat hier jedoch in der weiteren historischen Entwicklung zu einem Auffassungswandel geführt,⁷¹ wie im Rahmen der Schuldkategorie im Deliktsaufbau und der Differenzierung zwischen Unrecht und Schuld noch zu diskutieren sein wird.⁷² Dem System von Liszts ist zwar die heutige Trennung von Rechtswidrigkeit und Schuld zu verdanken,⁷³ seine naturalistisch-psychologische Schuldlehre vermochte sich allerdings nicht gleichermassen zu entfalten und eine normative Weiterentwicklung hielt schon zu seinen Lebzeiten Einzug.⁷⁴ Die beschriebenen

65 SAFFERLING, 30; JESCHECK/WEIGEND, 420.

66 WELZEL, Rechtsphilosophie, 30; SCHÜNEMANN, Strafrechtliches Systemdenken; SAFFERLING, 33.

67 SCHMIDT EBERHARD, 383 f.

68 SCHÜNEMANN, Strafrechtliches Systemdenken, 20; BELING, 178 ff.; VON LISZT, 140.

69 SCHÜNEMANN, Strafrechtliches Systemdenken, 20; ROXIN, AT, § 19, N 10; BELING, 180.

70 VON LISZT, 158; SAFFERLING, 34 f.; GSCHWEND, 15.

71 SCHMIDT EBERHARD, 284 f.

72 Siehe sogleich S. 27 ff.

73 So SCHMIDT EBERHARD, 285 f.

74 Z.B. durch die Arbeiten von MERKEL ADOLF, passim; FRANK, passim.

positivistischen Strömungen und der damit einhergehende psychologische Schuldbegriff, welcher ausschliesslich auf subjektive Momente gründet, blieben in der Strafrechtswissenschaft demzufolge nicht lange unbestritten.⁷⁵

1.2 Normativierung der Schuldkategorie

Ansatzpunkt der Kritik am psychologischen Schuldbegriff war es, dass das naturalistische Ideal, wonach sich normative Massstäbe gleichsam von selbst aus einer wertfreien Beobachtung und empirischen Analyse ergeben würden, eine „wissenschaftstheoretische Naivität“ darstelle.⁷⁶ Der psychologische Schuldbegriff sei aus mehreren Gründen nicht haltbar, da er weder Auskunft darüber gebe, welche psychischen Fakten schuldrelevant sein sollen, noch die Relevanz von Vorsatz und Fahrlässigkeit abschliessend begründen könne. Ein weiterer, wirkungsmächtiger Einwand sei zudem, dass dieses Schuldverständnis in all jenen Fällen versage, in denen das Gesetz entschuldige, obgleich Vorsatz und Fahrlässigkeit vorliegen würden.⁷⁷ Der psychologische Schuldbegriff sei ferner auch am Fehlen einer innerpsychischen Beziehung des Täters zum Erfolg bei der unbewussten Fahrlässigkeit gescheitert und daran, dass die Schuldfähigkeit (bzw. Zurechnungsfähigkeit) in diesem System nicht sinnvoll untergebracht werden konnte.⁷⁸

Im Zuge dieser Kritik wurde die psychologische Schuldauffassung durch den sog. normativen Schuldbegriff abgelöst, als dessen Begründer *Frank* gilt.⁷⁹ Für ihn war Schuld die „Vorwerfbarkeit“ der Tat und zwar bezogen auf ein Verhalten, das durch die Zurechnungsfähigkeit des Täters, seine psychische Beziehung zur Tat in Gestalt von Vorsatz oder Fahrlässigkeit und die Normalität der begleitenden Umstände bestimmt sei.⁸⁰ Das Schuldhafte in diesem normativen Sinne sei der Inbegriff derjenigen Voraussetzungen der Strafe, welche die Vorwerfbarkeit der rechtswidrigen Handlung gegenüber dem Handelnden begründe.⁸¹ Die Schuld finde demnach nicht im Inneren des Täters ihre Ursache, sondern werde erst durch den von der

75 OEHEN, 50; SCHMID DANIEL, 157; ACHENBACH, Schuldlehre, 50 f.

76 SAFFERLING, 31; SCHÜNEMANN, Strafrechtliches Systemdenken, 24 f.; HÖFFE, Naturrecht, 9 ff.

77 So z.B. JAKOBS, AT 2. A., 471 f. (17/7).

78 BOMMER, BSK-StGB N 21 f. Vorb Art. 19; HAFTER, AT, 101; ROXIN, AT I, § 19 N 10 ff.; SCHULTZ, 4. A., 181 ff.; STRATENWERTH, AT 4. A., § 11 N 3 f.

79 FRANK, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, passim.

80 JESCHECK, JBl 1998, 610 f.

81 SCHWANDER, 88; MEZGER/BLEI, 143 f.

zuständigen Instanz formulierten Vorwurf begründet.⁸² Diese normative Weiterentwicklung verhalf dem bis heute im deutschsprachigen Raum üblichen Verbrechenaufbau – bestehend aus Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld – zum Durchbruch.⁸³ Die Konzeption des strafrechtlichen Schuldbegriffs blieb aber auch in der Folge eine der grössten strafrechtstheoretischen Herausforderungen. Im deutschsprachigen Raum hatte in dieser Entwicklung vor allem die finale Handlungslehre ihre Auswirkungen auf das Schuldverständnis und den Deliktsaufbau.⁸⁴ Der finale Handlungsbegriff beschreibt dabei die strafrechtlich relevante Handlung als ein „vom zwecktätigen Willen beherrschtes, final – auf ein Ziel hin – gesteuertes Geschehen“ und als „einen Akt der Selbstbestimmung, der durch die erkannten Auswirkungen, Wertbedeutungen und Sinnbezüge der Entscheidungslage inhaltlich geprägt wird“.⁸⁵ Der normative Schuldbegriff erfuhr durch diesen Ansatz eine weitere Vertiefung, indem nunmehr mit dem Vorsatz der letzte „rein psychologische“ Bestandteil der Tat aus dem Schuldsachverhalt entfernt und scharf zwischen dem Handlungswillen als dem „Objekt der Wertung“, der in den subjektiven Tatbestand verwiesen wurde, und der „Wertung des Objekts“, die in der Beurteilung der Motivation des Täters besteht, unterschieden werden sollte.⁸⁶

Diese Wandlung und die heute gleichzeitig vertretene personale Unrechtslehre haben also bewirkt, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit bereits dem Unrechtstatbestand zugeordnet werden, während für das Deliktsmerkmal „Schuld“ die Schuld-elemente i.e.S. verbleiben.⁸⁷ Der präzise Gehalt dieses sog. normativen Schuldbegriffs ist allerdings damit noch

82 GSCHWEND, 19 in Anlehnung an OEHEN, 51.

83 SAFFERLING, 39 und 59. „Verbrechen-aufbau“ bezeichnet dabei die allg. Voraussetzungen dafür, dass ein Sachverhalt zu einer strafrechtlichen Sanktion führen kann. Dabei bauen die einzelnen „Verbrechenselemente“ jeweils auf die vorhergehende Prüfungsstufe auf; so DONATSCH/TAG, 82.

84 So ist die Zuordnung des vorher als reine Schuldform geltenden Vorsatzes zum Tatbestand erst unter dem Einfluss dieser Lehre vollzogen worden; so ROXIN, AT, § 10 N 61.

85 STRATENWERTH, AT 4. A., § 7 N 6. Der naturalistische Handlungsbegriff beinhaltet hingegen noch die Elemente der Willkürlichkeit und die Anhänger eines kausalen Handlungsbegriffes erfassen die Handlung als blossen Kausalvorgang; so DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, 23; allg. zum Theoriestreit um den Handlungsbegriff auch WALTER, 25 ff.

86 JESCHECK/WEIGEND, 421 m.w.N.

87 Siehe dazu z.B. HIRSCH, ZStW 1994, 746 f.

nicht konzipiert. „Vorwerfbarkeit“ als wichtigstes Definitionsmerkmal ist hingegen das vorläufige Ergebnis einer in der historischen Entwicklung ausführlich geführten Auseinandersetzung um das Wesen des strafrechtlichen Schuldbegriffs als Teil der Verbrechenslehre. Nur wenige Autorinnen und Autoren betrachten diese Entwicklung zum normativen Schuldbegriff mit einer gewissen Skepsis, während die meisten, darunter Autoritäten wie *Welzel* und *Arthur Kaufmann*, diese Genese als „vortrefflich“ und „unumkehrbar“ bewerten.⁸⁸ Während der psychologische Schuldbegriff demzufolge auf einer Strafrechtsauffassung beruhte, die alle objektiven Elemente der Straftat zum Tatbestand und alle subjektiven zur Schuld zählte, beinhaltet der heute traditionell vorherrschende und als normativ bezeichnete Schuldbegriff ein Werturteil bzw. ein Urteil über die Frage, ob dem Täter sein Verhalten nach strafrechtlichen Massstäben zum Vorwurf gemacht werden kann.

Bis heute bleibt aber nicht unbestritten, was genau diesen „normativen“ Schuldbegriff ausfüllt, u.a. auch deshalb, weil das Verständnis von „normativ“ an sich divergiert. So stellt *Burkhardt* die Frage in den Raum, ob Schuld nun also i.d.S. eine „natürliche oder nicht-natürliche Eigenschaft sei, die Personen ohne Rücksicht auf ihre eigenen Gefühle und auch dann zukäme, wenn niemand ein Schuldurteil fällen würde“. Oder ferner: ob Schuld Vorwerfbarkeit oder nur die Voraussetzung von Vorwerfbarkeit sei und diese selbst dann wiederum Wertung und was genau denn das Objekt der Wertung sei.⁸⁹ Auch die Normativierung des Schuldbegriffs klärt diese Fragen nicht abschliessend. Ist Schuld im strafrechtlichen Sinne nun also ein Status, der Tadel selbst oder das Objekt des Tadels? Klar wurde allerdings durch diese Entwicklung, dass es sich um einen Prozess oder Zustand rechtlicher „Wertung“ handelt und nicht um ein psychologisches Faktum, das *ex post* bewiesen werden kann wie eine rein deskriptive Tatsachenbehauptung. Dieser Umstand ist, wie in der funktionalen Analyse noch deutlicher ersichtlich werden wird, von hoher Relevanz, handelt es sich doch beim Schuldvorwurf um ein Ergebnis sozialer Interaktion, welches erst im sozialen Zusammenspiel Bedeutung erlangt.

2. Traditioneller Schuldbegriff

Wie dieser kurze historische Abriss der deutschsprachigen Entwicklung aufgezeigt hat, hat sich das Verständnis von Schuld stets gewandelt. Die

88 Siehe dazu KORIATH, GA 2011, 618 f. mit Verweis auf WELZEL, Lehrbuch, 139 ff. und ARTHUR KAUFMANN, Schuldprinzip, 149.

89 BURKHARDT, GA 1976, 328.

Begriffsweiterentwicklung mündete im heute traditionell und mehrheitlich vertretenen Schuldbegriff, bei welchem Schuld als persönliche Vorwerfbarkeit verstanden wird.⁹⁰ Präziser ausgedrückt, gehe es bei der strafrechtlichen Schuld um die Erfüllung eines Schuldsachverhalts, der zu einer Wertung als „vorwerfbar“ berechtigt. Notwendige Voraussetzung dafür sei gemäss herkömmlicher Doktrin die individuelle Vermeidbarkeit der Tat. Erst die Möglichkeit, die Normwidrigkeit eines Verhaltens zu erkennen, und die Freiheit nach dieser Einsicht zu handeln, würden gemäss diesem Schuldverständnis eine Zuschreibung des Unrechts gestatten.⁹¹ Die Schuld des Rechtsbrechers, die eine Bestrafung fordere und rechtfertige, setze danach voraus, dass die Tat auf einen freien Willensentschluss zurückgehe und ihm so zum Vorwurf gemacht werden könne.⁹² Schuld sei in dieser traditionellen Vorstellung ein auf einem Willensfreiheitspostulat aufbauender „höchstpersönlicher sittlicher Tadel wegen freier, individuell vermeidbarer Fehlsteuerung des Handelns“.⁹³ Diese Annahme der Willensfreiheit, auf welchem das Schuldstrafrecht und der damit einhergehende „soziale Tadel“⁹⁴ traditionellerweise aufbaut, ist, wie später im Detail auszuführen sein wird, jedoch stetiger Kritik ausgesetzt.⁹⁵

Dieses „Unwerturteil“ über die Schuld des Täters, d.h. über die Vorwerfbarkeit seiner Tat, wird nun in der aktuellen Verbrechenslehre nicht pauschal aufgrund der inneren Einstellung oder gar Persönlichkeit des Täters gefällt, sondern stützt sich auf die Prüfung der im Strafrecht definierten sog. Schuldmerkmale, welche sich in drei grundsätzliche Kategorien unterteilen lassen: Erstes Merkmal der Schuld i.d.S. ist die „geistig-seelische Gesundheit des erwachsenen Täters“, also die sog. Zurechnungs- oder Schuldfähigkeit. Zweites Merkmal ist das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als eigentliches Kennzeichen des Mangels an Rechtsgesinnung. Als drittes Merkmal lässt sich die Zumutbarkeit des normgemässen Handelns anführen, wobei der Schuldvorwurf dabei die „Normalität der begleitenden Umstände“ voraussetzt, welche eine Normbefolgung überhaupt ermöglicht hätten.⁹⁶ Eine alternative

90 FRANK, 11; KORIATH, GA 2011, 618 f.; ROXIN, AT I, § 19, N 11.

91 HIRSCH, ZStW 1994, 749 f.; STRATENWERTH, AT 4. A., § 11, N 1.

92 STRATENWERTH, AT 4. A., § 2, N 4.

93 So STRENG, ZStW 1989, 273 f. über die traditionelle Rechtsprechung und Literatur und mit Verweis auf KAUFMANN ARTHUR, Schuldprinzip, passim.

94 STRENG, ZStW 1989, 275.

95 Siehe S. 268 ff.

96 JESCHECK/WEIGEND, 429.

Unterteilung der Schuld Elemente besteht in der Gruppierung in ein intellektuelles Schuld element („Möglichkeit der Unrechtseinsicht“) und in ein voluntatives Schuld element („Möglichkeit, sich der Unrechtseinsicht gemäss zu verhalten“).⁹⁷ Daneben wird auch im traditionellen Verständnis angenommen, dass Schuld ebenso durch ihren Unrechtsgehalt mitbestimmt wird und nicht nur durch die Abwesenheit der vorangehend definierten Elemente konstituiert wird. Dem Täter werde auch die Willensbildung in Bezug auf die begangene Tat vorgeworfen, womit auch der Vorsatz (bzw. die Fahrlässigkeit) als allg. subjektives Unrechtsmerkmal zum Gegenstand des Schuldvorwurfs werde, da es auch für den Schuldgehalt der Tat einen Unterschied mache, ob der Täter vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt habe.⁹⁸

Während die ältere Lehre also noch davon ausging, dass die „äussere Tatseite“ dem Unrecht und die „innere Tatseite“ der Schuld zuzuordnen sei, hat sich inzwischen – begünstigt durch finale Handlungslehre und personale Unrechtslehre – eine differenziertere Verbrechenslehre durchgesetzt.⁹⁹ Dieses – hier und in der Folge in Abgrenzung zu alternativen Ansätzen als „traditionell“ bezeichnete – Unwerturteil der Schuld besteht in der klassisch gewordenen Definition des deutschen Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1952 darin, dass dem Täter vorgeworfen werde, „dass er sich nicht rechtmässig verhalten, dass er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich rechtmässig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können“.¹⁰⁰

3. Schuld im Deliktsaufbau

Subjektiver Tatbestand und Schuld bilden also Teil derjenigen Voraussetzungen, welche beim Täter vorliegen müssen, damit er überhaupt für strafbar erklärt werden kann. „Innere Tatseite“ und Schuld entscheiden also letztlich darüber, ob und wie ein Mensch für ein objektiv zurechenbares Geschehen zur Rechenschaft gezogen wird.¹⁰¹ Als dritte Stufe des Verbrechensbegriffs in der deutschsprachigen Tradition gesellt sich das Schuldnerfordernis neben das Erfordernis eines tatbestandsmässigen

97 HIRSCH, LK-StGB N 187 Vorb § 32.

98 RUDOLPHI, SK-StGB N 2 Vorb § 19; JESCHECK/WEIGEND, 429 f.; GALLAS, Verbrechenslehre, 45 ff.; JAKOBS, AT 2. A., 495 (17/47); WELZEL, Lehrbuch, 165; ROXIN, ZStW 1970, 691.

99 Vgl. EISELE, S/S-StGB N 52 f. Vorb §§13 ff.

100 BGHSt. 2, 194, 200.

101 SAFFERLING, 1.

und rechtswidrigen Verhaltens.¹⁰² Während der subjektive Tatbestand die verschiedenen – auch als Verschuldensformen bezeichneten – Varianten von Vorsatz und Fahrlässigkeit beinhaltet, bilden in den deutschsprachigen Straftatlehren nur diejenigen Elemente Gegenstand der eigentlichen Schuldkategorie, welche von der h.L. i.S.d. finalistischen Ansatzes und basierend auf einem personalen Unrechtsbegriff¹⁰³ der Schuld i.e.S. zugeordnet werden.¹⁰⁴

Die Deliktsstufe „Schuld“ stellt im geltenden schweizerischen Strafrecht folgende Anforderungen: Erstens muss der Täter schuldfähig gewesen sein, d.h. sein psychischer Zustand musste es ihm erlauben, die Rechtswidrigkeit seines Tuns zu erkennen und sich entsprechend dieser Einsicht zu verhalten (Schuldfähigkeit). Zweitens muss dem Täter bewusst gewesen sein oder es hätte ihm bewusst sein müssen, dass seine Handlung rechtswidrig, d.h. verboten ist (Unrechtsbewusstsein). Und drittens musste das normgemässe Handeln zumutbar sein, d.h. es dürfen keine besonderen Umstände vorliegen, welche den Normbruch entschuldigen (Zumutbarkeit).¹⁰⁵ Diese Elemente der Schuld entsprechen im Wesentlichen auch jenen der beiden deutschsprachigen Nachbarrechtsordnungen.¹⁰⁶ Die Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit bestehen gemäss dieser klassischen Auffassung also einerseits in der psychischen Fähigkeit, andererseits in der nach den äusseren Umständen für den Täter bestehenden Möglichkeit. Ersteres ist Gegenstand der Schuldfähigkeitsprüfung, letzteres die Frage nach dem (unvermeidbaren) Irrtum über die Rechtswidrigkeit und der Zumutbarkeit normgemässen Handelns. Sowohl die psychische Fähigkeit als auch die äusseren Umstände müssen es also zulassen, die Rechtswidrigkeit einer Handlung zu erkennen und sich entsprechend dieser Erkenntnis zu verhalten.¹⁰⁷

102 STRATENWERTH, AT 4. A., § 11 N 1; HURTADO POZO, 817.

103 Dazu bereits oben S. 24 f. und ferner insb. S. 30 Fn. 116; ROXIN, AT I, § 7, N 23 ff.; STRATENWERTH, AT 4. A., § 11, N 52 ff.; EISELE, S/S-StGB N 52 ff. Vorb §§ 13 ff.; ZERBES, 421. Das bedeutet jedoch nicht, dass sich die verschiedenen Verschuldensformen des subjektiven Tatbestands nicht auch im Rahmen des Schuldvorwurfs entfalten; siehe dazu ausführlich S. 299 ff.

104 JUHÁSZ, 26 ff.

105 KILLIAS ET AL., AT, N 301 ff.

106 Es gibt in der Schweiz allerdings auch Darstellungen, welche zu einer Einordnung von Fahrlässigkeit und Vorsatz bei der Schuld tendieren, d.h. der Tradition des französischen Rechtskreises näherstehen; so JUHÁSZ, 163 f.

107 DONATSCH/TAG, 272.

Die Schuldfeststellung hat innerhalb der Verbrechenslehre demzufolge primär einen negativen Inhalt und umfasst die Prüfung der Bedingungen der Nichtvorwerfbarkeit.¹⁰⁸ In den Strafgesetzen wird Schuld deshalb auch nicht explizit im Gesetz definiert. Allerdings werden Schuldausschlussgründe oder Schuldmilderungsgründe angeführt. I.d.S. ist ein Täter schuldig, wenn er die ihm zugeschriebene Verantwortung nicht aufgrund einer explizit vorgesehenen Ausnahmebedingung anfechten kann. Das Strafrecht operiert hier mit einer „Normalitätsunterstellung“: Wer nicht unter einem „Defizit“ leidet oder sich zum Tatzeitpunkt in einer extrem bedrängenden Situation befindet, gilt grundsätzlich als fähig, das Recht zu befolgen.¹⁰⁹ Der Begriff der Schuld wird damit eine Art „Residualkategorie“, d.h. er ist das, „was an Vorwürfen übrig bleibt, nachdem alle äusseren oder inneren Ursachen berücksichtigt worden sind, die den Schuldvorwurf vermindern oder ausschliessen“.¹¹⁰ Das bedeutet auch, dass Schuldfähigkeit im heutigen System grundsätzlich allen Menschen *prima facie* unterstellt wird und nur nach gewissen Kriterien ausgeschlossen wird.¹¹¹

4. Differenzierung zwischen Unrecht und Schuld

Um Schuld als Prüfungsstufe innerhalb der Verbrechenslehre und Deliktssystematik richtig erfassen und auch um sie in der Folge einem Rechtsvergleich unterziehen zu können, muss zunächst festgestellt werden, welche Elemente der Schuldkategorie in traditioneller Doktrin zugeordnet werden. Dabei ist, wie bereits ausgeführt, vor allem die Zuordnung von Vorsatz und Fahrlässigkeit zum subjektiven Tatbestand oder zur Schuld von Relevanz und divergiert sowohl in den untersuchten Rechtsordnungen als auch innerhalb der einzelnen Lehren.¹¹² So wurden Vorsatz und Fahrlässigkeit in der älteren Lehre und der alten Gesetzgebungssystematik als die beiden Formen der Schuld verstanden.¹¹³ Der Vorsatz sei dabei die „schwerere Schuldform“ und setze ein „schwereres Verschulden“ voraus.¹¹⁴ Nach neuerer

108 LEWISCH, 232 ff.; WALTER, 109.

109 GÜNTHER, *Naturalistische Herausforderung*, 217 f.

110 So KILLIAS ET AL., AT, N 301 ff.

111 ALBRECHT, *Vergessene Freiheit*, 76.

112 JUHÁSZ, 26 ff.; siehe dazu auch VOGEL, JZ 2012, 25 ff.

113 So z.B. explizit bei ZÜRCHER, SJZ 1919, 337; siehe dazu auch SCHULTZ, 4. A., 187; GERMANN, 175.

114 EHRSAM, SJZ 1945, 230.

Lehre werden Vorsatz und Fahrlässigkeit typischerweise bereits als „subjektiver Tatbestand“ zum Unrechtstatbestand gezählt.¹¹⁵

Obwohl der Vorsatz zwischenzeitlich durch die Finalisten¹¹⁶ ganz aus der Schuld­kategorie „vertrieben“ wurde, wird ihm allerdings im Rahmen der Schuld i.S. einer „Vorwerfbarkeit der Willensbildung“ unterdessen eine Art „Doppelstellung“ eingeräumt.¹¹⁷ Bei diesem sog. postfinalistischen Verbrechensmodell wird davon ausgegangen, dass Unrecht und Schuld eine unlösbare Einheit darstellen, weshalb das Gezerre um den Vorsatz verfehlt sei. Der Vorsatz habe vielmehr eben eine solche Doppelstellung im Unrechtstatbestand und in der Schuld.¹¹⁸ Entsprechend betrifft auch das Schuldprinzip nicht allein die spezifischen Erfordernisse der dritten Deliktsstufe. Schuld im strafrechtlichen Sinne ist immer tatbezogen, d.h. setzt tatbestandliches Unrecht notwendig voraus. Jede Deliktsstufe hat entsprechend die vorangehende zur Voraussetzung.¹¹⁹ Als Unrecht wird

115 So die Botschaft vom 21. September 1998, 1999 f. Entsprechend seien Vorsatz und Fahrlässigkeit bei den Tatbestandserfordernissen und unmittelbar vor den Rechtsfertigungsgründen angesiedelt. Die Revision 2002 des CH-StGB folgte damit in Anlehnung an die deutsche Doktrin der neuen Lehre, wonach in diesen früher als Schuldformen verstandenen Elementen ein Element des Unrechtstatbestandes erblickt werde; dazu auch DONATSCH/TAG, 268 ff.; DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, 25 f.; STRATENWERTH, AT 4. A., § 9 N 47 ff.; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK-StGB 12 N 2.

116 WELZEL, Lehrbuch, 140 und passim. *Welzel* nahm im Rahmen der Begründung des normativen Schuldverständnisses den Vorsatz als Bestandteil der Handlung und damit zugleich als Bestandteil des Unrechtstatbestands in Anspruch. Unrecht sei danach die Gesamtheit der Eigenschaften des Handlungswillens, Schuld die Gesamtheit der Eigenschaften, die diesen als vorwerfbar erscheinen lassen. Neben den Erfolgsunwert tritt i.S.d. finalen Handlungslehre (gerade in Abgrenzung zur sog. kausalen Handlungslehre) also der Handlungsunwert als personales Unrechtselement. Es ist das Resultat dieser Lehre, die personale Unrechtslehre begründet zu haben, deren wesentliche Auswirkung und Bedeutung darin liegt, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit bereits als Tatbestandsmerkmal betrachtet werden. Diese Zuordnung wird dadurch begründet, dass die Finalität des tatbestandsmässigen Verhaltens einerseits mit dem Vorsatz gleichgesetzt und andererseits der Straftatbestand als Inbegriff aller wesentlichen Handlungsmerkmale verstanden wird. Heute wird die personale Unrechtslehre mehrheitlich soweit anerkannt, als dass Vorsatz und Fahrlässigkeit keine Schuldformen mehr darstellen, sondern bereits dem Tatbestand zugerechnet werden; siehe dazu auch DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, 25 f.

117 JESCHECK/WEIGEND, 404 und 430; WALTER, 109; GALLAS, ZStW 1955, 1 ff. und 44 ff.; ROXIN, AT I, § 10 N 69; KÜHL, L/K-StGB § 13 N 34.

118 WALTER, 80.

119 HIRSCH, ZStW 1994, 747.

in der herkömmlichen Doktrin die tatbestandsmässige und rechtswidrige Handlung bezeichnet.¹²⁰ Auf Schuldebene ist demzufolge zu fragen, ob ein Verhalten, welches bereits die Voraussetzungen des Unrechtstatbestands erfüllt hat, dem Täter auch persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann. Ohne eine Bejahung des Unrechts würde die Schuldprüfung gemäss *Lewis* eine „formale Hülse“ bleiben. Schuld als dritte Stufe im Delikttaufbau betreffe die Voraussetzungen, unter denen die Fehlerhaftigkeit der Willensbildung vorgeworfen werden könne. Strafrechtliche Schuld bedeute folglich die rechtlich fehlerhafte Gesinnung des Täters, soweit sie in der rechtswidrigen Tat zum Ausdruck gekommen sei.¹²¹ Unrecht und Schuld tatbestand sind, dies zeigen bereits diese Ausführungen, entsprechend im Rahmen der Strafbarkeitsprüfung zu einer Synthese zu bringen und hängen direkt zusammen.

Gemäss *Roxin* ist die Unterscheidung von Unrecht und Schuld zwar „eine der bedeutendsten Sacheinsichten, die unsere Strafrechtswissenschaft in den letzten hundert Jahren erarbeitet“ habe. Allerdings gehe diese Einigkeit nicht viel weiter, als dass sich Schuld und Unrecht in ihrer „Art der Wertung“ unterscheiden liessen, welcher die Handlung des Täters unterworfen werde. Es sei gemäss *Roxin* auch wenig hilfreich, wenn man den Konzeptionen, die den Vorsatz bei der Schuld einordnen, einen komplexeren Schuldbegriff nachsage, während der gegenüberstehenden Position der finalen Handlungslehre ausschliesslich ein rein wertender, d.h. normativer Schuldbegriff zugesprochen werde. Vielmehr seien beide Schuldbegriffe „komplex“ und würden sich darin unterscheiden, dass der Vorsatz – je nach Verständnis – zum Schuld tatbestand im weiteren oder im engeren Sinne gehöre.¹²² Die Kategorien „Unrecht“ und „Schuld“ vollständig abzutrennen, habe sich dementsprechend als nicht tragfähig erwiesen.¹²³ Auch *Jakobs* hält fest, dass alle Unrechtsmerkmale in ihrer Eigenschaft zum Schuld tatbestand zu zählen seien, da der Täter nicht nur seiner Vorstellung nach rechtlich fehlerhaft motiviert sei, sondern auch seinem Verhalten nach. Eine Einbeziehung des Unrechts in den Schuld tatbestand sei folglich notwendig.¹²⁴ Entsprechend spricht nichts dagegen, im Rahmen der vorliegenden Funktionsüberprüfung erneut danach zu

120 ROXIN, AT, § 7 N 7.

121 LEWISCH, 232 ff.

122 ROXIN, FS Henkel, 171 f. Der Sprachgebrauch sei hier primär vom Kontext abhängig; so JAKOBS, AT 2. A., 494 (17/46).

123 ROXIN, FS Henkel, 181.

124 JAKOBS, AT 2. A., 493 f. (17/44).

fragen, inwiefern diese Kategorien sich unterscheiden bzw. den subjektiven Tatbestand in diese Fragestellung miteinzubeziehen. Dies gerade auch weil die Trennung von Unrecht und Schuld, wie noch auszuführen sein wird, so in der angelsächsischen Terminologie kaum vollzogen wird.¹²⁵ Es wird in der Folge darum von einem weiten Schuldverständnis ausgegangen, ohne die Erkenntnisse dieser Trennung jedoch zu vernachlässigen.

5. Zweckrationalisierung der Schuldkategorie

Der skizzierte, traditionelle Schuldbegriff vermochte es trotz seiner breiten Akzeptanz in der h.L. nicht, alle offenen Fragen und entsprechend auch nicht jede Kritik vollends auszuräumen. Primär die Anknüpfung des dem Schuldvorwurf inhärenten „Vorwurfs“ an vor-positive Werte bzw. moralische Vorstellungen, dabei vor allem die damit oftmals einhergehenden Vorstellungen des Schuldausgleichs i.S. einer Vergeltungsidee, bildeten neben dem Willensfreiheitsfundament Grundlage anderslautender Konzeptionen. Diese haben sich in der Hauptsache in den sog. „funktionalen Ansätzen“ niedergeschlagen.¹²⁶ Die Forderung nach einem zweckrationalen, funktionalistischen Strafrecht und damit in der Konsequenz auch einem funktionalen Schuldbegriff war in den letzten 30 Jahren Gegenstand zahlreicher Abhandlungen – allen voran von *Claus Roxin*¹²⁷ und *Günther Jakobs*,¹²⁸ wobei nur Letzterer die Schuldkategorie in seiner systemtheoretisch orientierten Konzeption vollständig funktional ausfüllte.¹²⁹ Dieser Trend des strafrechtsdogmatischen „Funktionalismus“ hat seit den 70er-Jahren in der deutschsprachigen Strafrechtstheorie viel Aufmerksamkeit genossen und kann trotz zahlreicher inhaltlicher und begrifflicher Unklarheiten als „progressiv

125 Siehe dazu S. 44 ff.

126 Siehe zu diesen Angriffen anstatt vieler z.B. KÜPPER, 152; BAURMANN, Zweckrationalität, 302; KAUFMANN ARTHUR, JURA 1986, 225 ff.; FIGUEIREDO DIAS, 221 f.; KUNZ, ZStW 1986, 823.

127 ROXIN, Kriminalpolitik, 1973; *ders.*, MschrKrim 1973, 316 ff.; *ders.*, Grundlagenprobleme, 1973; *ders.*, FS Henkel, 1974, 171 ff.; *ders.*, FS Bockelmann, 1979, 279 ff.; *ders.*, ZStW 1984, 641 ff.; *ders.*, ZStrR 1987, 356 ff.; *ders.*, AT I, 2006.

128 JAKOBS, Schuld und Prävention, 1976; *ders.*, AT 1. und 2. A., 1983 und 1993; *ders.*, Schuldprinzip, 1993; *ders.*, ZStW 1995, 843 ff.; *ders.*, Staatliche Strafe, 2004; *ders.*, ZStW 2005, 247 ff.; *ders.*, Norm, Person, Gesellschaft, 2008; *ders.*, Schuld als gesellschaftliche Konstruktion, 2009, 243 ff.; *ders.*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012.

129 Zu diesen Unterschieden detaillierter auf S. 436 ff.

eingestufte Epoche“ der Strafrechtsdogmatik gelten.¹³⁰ Im Kern dieser Ansätze steht die Überzeugung, dass das „Leitmotiv des modernen Strafrechts“ die „schrittweise Zurückdrängung der Idee des Schuldausgleichs“ und die Ersetzung dessen durch ein „Präventionskonzept“ sei.¹³¹

Trotz unterschiedlicher Ausprägungen können unter der „funktionalen“ Lehre unterschiedliche Ansätze vereint werden, welche ihre Gemeinsamkeit u.a. in der Ablehnung der traditionellen, vom Finalismus geprägten Verbrechenslehre finden. Diese wird vor allem in Hinblick auf ihre Bezugsparameter und ihren vagen empirischen Gehalt abgelehnt. An die Stelle einer ontologischen, vor-positiven Anknüpfung an Sachverhalte einer naturalistischen Wirklichkeit sollen kriminalpolitische Zwecksetzungen und Systemlogik treten.¹³² Nicht mehr die „materielle Richtigkeit“ der Strafe, welche Gerechtigkeit vollziehen sollte, leite die Schuld idealphilosophisch, sondern das reibungslose Funktionieren im System habe im Vordergrund zu stehen und so auch die Schuldkategorie anzuleiten.¹³³ Mit „Funktionalisierung des Schuldbegriffs“ ist also primär gemeint, dass Schuld in Beziehung zum Systemzweck gesetzt werden müsse, wobei dieser – so die von den Autoren dieser Lehre vertretene Auffassung – präventiver Natur sei.¹³⁴

Gemäss diesen teleologischen Umdeutungen des Schuldprinzips lasse sich der Inhalt von Schuld bzw. Verantwortlichkeit ganz oder teilweise vom Zweck der Strafe her bestimmen, was in der Entwicklung eines „zweckrationalen“ oder „funktionalen“ Strafrechtssystems münden müsse.¹³⁵ Entsprechend handelt es sich hier – obwohl verschiedene Ansätze vorgelegt wurden – regelmässig auch um eine sog. systemfunktionale Inhalts- und Begriffsbestimmung einzelner Rechtsbegriffe und Kategorien des dogmatischen Systembaus, d.h. eine Bestimmung, welche sich an den Bedürfnissen des Systems orientiert, d.h. an dessen Funktion.¹³⁶ Gleiches gelte auch für die Schuld. Dies sagt aller-

130 SCHNEIDER, 13 mit dem Hinweis, dass für die „funktional“ bezeichneten Ansätze zahlreiche Synonyme existierten. So z.B. auch „zweckrational“ oder „teleologisch“. Ferner werde „funktional“ zur Kennzeichnung verschiedenster Problembereiche verwendet. Entsprechend existiere keine einheitliche „Schule“ oder „Lehrmeinung“.

131 So KUNZ, ZStW 1986, 824.

132 BAURMANN, Zweckrationalität, 302; SCHNEIDER, 20 ff.; LAMPE, FS Roxin, 46 f.

133 KAUFMANN ARTHUR, JURA 1986, 226.

134 GEISLER, 114.

135 Siehe so z.B. BURKHARDT, GA 1976, 321; BRINGEWAT, 22 und passim.; ROXIN, AT I, § 7, N 26; ders., Kriminalpolitik, passim; SCHÜNEMANN, Strafrechtliches Systemdenken, 45 ff.

136 SCHNEIDER, 13 f. mit Verweis auf SCHELKY, 95 ff. Entsprechend darf auch nicht verwechselt werden, dass natürlich auch der traditionelle Schuldbegriff eine „Funktion“

dings noch nichts über Bezugspunkt und Mass dieser Orientierung aus. Die „erheblichen Binnendifferenzen“ innerhalb der funktionalen Ansätze bestehen deshalb nicht nur hinsichtlich der Festlegung des genauen Strafzwecks, welcher die Schuldkategorie erst mit Inhalt fülle, sondern vor allem in Bezug auf die konkreten Konsequenzen für das geltende Recht.¹³⁷

So fordert bspw. *Roxin*, dass die Schuldfeststellung von Zwecküberlegungen geleitet werden solle und entwickelte eine Kategorie der „Verantwortlichkeit“ innerhalb des Deliktsaufbaus, wobei diese Deliktsstufe einerseits von der Schuld des Täters, andererseits von der präventiven Notwendigkeit der Strafe abhängt.¹³⁸ Während *Roxin* die Schuld jedoch nicht vollends in der Spezial- oder Generalprävention aufgehen liess und ihr eine darüber hinausgehende Limitierungsfunktion zusprach,¹³⁹ ging *Jakobs* einen Schritt weiter und vollzog eine komplette „(System-)Funktionalisierung“ der Straftat- und Schuldlehre. Gemäss *Jakobs* sei es überhaupt erst der Zweck alleine, welche den Schuldbegriff mit Inhalt fülle. Das setze zunächst die eindeutige Zweckbestimmung des Strafens voraus, welche in der Demonstration von Normgeltung auf Kosten eines Zuständigen liege.¹⁴⁰ Dieser Zweckbezug, welcher von der sozialen Ordnung her zu formulieren sei, um deren Stabilisierung es gehe, ergebe sich aus der positiven Generalprävention.¹⁴¹ Die vom Schuldbegriff zu erbringende Leistung bestehe nun in der Kennzeichnung desjenigen, der zu bestrafen sei.¹⁴² Schuld sei deshalb nicht psychologisch als „Können“, sondern normativierend als „Zuständigkeit“ zu begreifen und der Schuldbegriff sei entsprechend funktional zu bilden.¹⁴³ Das Ergebnis dieser Relativierung und Funktionalisierung *Jakobs*, auf dessen Annahmen bei der Analyse der Funktion der Schuld noch zurückzukommen sein wird, ist die Verwerfung eines Schuldbegriffs,

im System hat, welche sich rechtssoziologisch nachweisen liesse. Der „funktionale“ Schuldbegriff allerdings verlangt eine manifeste Ausrichtung der Schuldkategorie am Systemzweck.

137 SCHNEIDER, 310 f.

138 So z.B. in *ROXIN*, Kriminalpolitik, 33 ff.; siehe dazu auch *KÜPPER*, 152 f.; *KAUFMANN ARTHUR*, JURA 1986, 225; *ROXIN*, FS Henkel, 182 und passim. In „Kriminalpolitik und Strafrechtssystem“ hat *Roxin* diese Kategorie noch als „Schuld“ bezeichnet, sie aber dann später in „Verantwortlichkeit“ umbenannt; siehe dazu auch *AMELUNG*, 97 f.; zur Diskussion dieses Ansatzes ausführlicher auf S. 437 ff.

139 SCHNEIDER, 248; zu dieser Limitierungsfunktion siehe auch S. 147 ff.

140 *JAKOBS*, Schuld und Prävention, 14; *JAKOBS*, AT 2. A., 9 f. (1/9 ff.)

141 *JAKOBS*, AT 2. A., 6 ff. (1/4 ff.); *ders.*, Schuld und Prävention, 8 f.; *ders.*, Schuldprinzip, 8.

142 *JAKOBS*, Schuld und Prävention, 8 ff.; *ders.*, AT 2. A., 480 f. (17/18).

143 *JAKOBS*, Psychisches Faktum und Norm, 128; *KÜPPER*, 155; *KUNZ*, ZStW 1986, 825.

der auf einer Fähigkeit zur Normerkenntnis und Normbefolgung aufbaut. Gegenübergestellt wird ihm die Schuld als etwas, das durch die Schaffung von Zuständigkeiten erst im Rahmen des Systems hergestellt und deshalb auch rein rechtssystemintern legitimiert werden muss. Der funktionale Schuldbegriff ist bei *Jakobs* also ein rein normativistisches Konstrukt, abgeleitet aus einem streng generalpräventiv fundierten Verständnis der Strafzwecklehre.¹⁴⁴

Es wird im Rahmen dieser Arbeit noch geprüft werden, inwiefern eine solche funktionale Schuldauslegung bzw. vollständige Normativierung notwendige Konsequenz der rechtssoziologischen Analyse bzw. Gegebenheiten ist oder ob an einem traditionellen Schuldverständnis festgehalten werden kann und soll. In diesem Zusammenhang wird auch auf die Arbeiten von *Roxin* und *Jakobs*, und die nicht minder prominent vertretene Kritik, noch genauer einzugehen sein.¹⁴⁵ Es ist allerdings bereits zu diesem Zeitpunkt klar zwischen funktionaler Analyse in einem soziologischen Sinne und der hier umrissenen funktionalen Strafrechtsdogmatik zu unterscheiden.¹⁴⁶ Letztere fragt nicht nur nach der Funktion einzelner Elemente, sondern fordert eine Umstrukturierung der Dogmatik nach diesen Erkenntnissen, da sich die „Orientierung der Strafrechtswissenschaft an sozialen Entwicklungsprozessen“ auch in ihrer Arbeitsweise niederschlagen müsse.¹⁴⁷ Die „allgemeinen Lehren des Strafrechts“ seien „mit Rücksicht auf die Zweckbestimmung staatlichen Strafrechts mit Inhalt zu füllen“.¹⁴⁸ Diese Konzeption eines Schuldbegriffs basiert zwar regelmässig auf soziologischen Erkenntnissen, ist davon jedoch getrennt zu betrachten. Die soziologisch-funktionale Analyse, wie sie den Hauptteil dieser Untersuchung ausmacht, nimmt sich einer deskriptiven Aufgabe an. Es soll schlichtweg danach gefragt werden, wie die sozialen Mechanismen der Schuldzuweisung innerhalb des Gesellschafts- und Strafrechtssystems ablaufen und auf was sie basieren. Ob daraus Konsequenzen für die Strafrechtsdogmatik abgeleitet werden können oder gar müssen bzw. inwiefern die Dogmatik diese Mechanismen bereits zutreffend wiedergibt, ist zwar zu diskutieren, dies allerdings in einer weitergehenden Debatte über mögliche Folgen der beschreibenden Untersuchung. Die Frage nach dem strafrechtlichen Begriffsverständnis von Schuld, wie sie in diesem Kapitel skizziert wird, ist – gerade auch aufgrund des sich im

144 KÜPPER, 156 über den funktionalen Schuldbegriff bei *Jakobs*.

145 S. 436 ff.

146 Siehe zu dieser Differenzierung detaillierter S. 122 ff.

147 BRINGEWAT, 14 f.; SCHNEIDER, 312 f.

148 RUDOLPHI, 69 f.

Rechtsvergleich offenbarenden Pluralismus der Schuldkonzeptionen – entsprechend scharf von der soziologischen Analyse zu trennen. Deshalb muss deutlich zwischen dem in diesen Kapiteln besprochenen „funktionalen Schuldbegriff“ und der „Funktion der Schuld“ differenziert werden.

6. Verankerung des Schuldprinzips in deutschsprachigen Rechtsordnungen

Die Bindung der Strafe an die Schuld gehört, wie bereits festgehalten, zu den Grundprinzipien kontinentaleuropäischer Rechtssysteme, so auch des schweizerischen Strafrechts. Im Strafgesetzbuch ist der Schuldgrundsatz zwar nicht allgemein festgehalten, ihm tragen aber einzelne Bestimmungen Rechnung. So sagt Art. 47 Abs. 1 CH-StGB immerhin ausdrücklich, dass das Mass der Strafe dem Verschulden des Täters zu entsprechen habe.¹⁴⁹ Ferner ist auch die Schuldunfähigkeitsregelung des Art. 19 CH-StGB Ausdruck des Schuldnerfordernisses.¹⁵⁰ Das Schuldprinzip ist jedoch im Gegensatz zum Legalitätsprinzip trotz bundesgerichtlicher Anerkennung¹⁵¹ nicht explizit verfassungsrechtlich garantiert, da ihm kein uneingeschränkter Verfassungsrang beigemessen wird.¹⁵² Trotzdem gilt es als anerkannt und eine Verletzung des Grundsatzes wird als Willkür gewertet.¹⁵³ Inwiefern das Schuldprinzip im schweizerischen Strafrecht sowohl in seiner Ausprägung als Voraussetzung als auch in jener als Strafbegrenzung vollends verwirklicht ist, gilt zwar als umstritten,¹⁵⁴

149 STRATENWERTH, AT 4. A., 33 f.; zur Verwirklichung des Schuldprinzips im Vorentwurf zum heutigen Schweizer StGB siehe auch EXNER, ZStrR 1911, 167 ff.

150 Neben der Verankerung der Strafzumessungsschuld in Art. 47 und Art. 106 Abs. 3 CH-StGB und der Schuldunfähigkeit in Art. 19 CH-StGB, können auch die Anerkennung des Verbotsirrtums (Art. 21 CH-StGB), die Haftung nur für die eigene Schuld (Art. 27 CH-StGB) und die Unzumutbarkeit normgemässen Handelns in bestimmten Situationen (Art. 16 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 2 CH-StGB) als Ausdruck des Schuldprinzips gewertet werden; vgl. HURTADO POZO, N 817 ff.; GRAVEN, N 115 ff.

151 Siehe z.B. BGE 123 IV 1 E. 2; BGE 116 IV 300 E. 2a; vgl. auch SCHMID DANIEL, 156.

152 So z.B. BOMMER, BSK-StGB N 32 Vorb Art. 19; SCHMID DANIEL, 156.

153 Siehe dazu TRECHSEL/NOLL, 145; BOMMER, BSK-StGB N 31 f. Vorb Art. 19.

154 Die Botschaft zum Vorentwurf bei der Einführung des StGB behauptete, dass es sich dabei um ein weit „reineres“ Schuldstrafrecht handle als irgendeines der vorher bestehenden Gesetzbücher; BBl 1918 IV, 10. JUHÁSZ, 162, spricht von einer „weitgehenden“ Verwirklichung.

dass es sich beim schweizerischen Strafrecht eindeutig um ein Schuldstrafrecht handelt, hingegen nicht.¹⁵⁵

Auch in Deutschland erlaubt der ungeschriebene Verfassungssatz „keine Strafe ohne Schuld“ die Verhängung einer Strafe gegenüber einem Bürger nur dann, wenn diesem der Vorwurf gemacht werden kann, schuldhaft gegen Rechtsnormen verstossen zu haben.¹⁵⁶ Die Verankerung des Schuldprinzips ist dabei auch in Deutschland „Folge einer langen geschichtlichen Entwicklung“.¹⁵⁷ Als verfassungsrechtliche Grundlagen des Schuldprinzips gelten die Achtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 D-GG) und das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 D-GG).¹⁵⁸ Das Schuldprinzip genießt in Deutschland Verfassungsrang.¹⁵⁹ Wenn auch in Deutschland gewisse Bestimmungen als Einschnitte in das Schuldprinzip diskutiert werden, so geht das deutsche Recht bei der Verwirklichung des Schuldgrundsatzes im europäischen Vergleich doch am weitesten.¹⁶⁰

Auch das österreichische Strafrecht setzt für eine Strafbarkeit die Schuld des Täters voraus und grenzt sich damit von einem Erfolgsstrafrecht ab. Wenn durchaus auch umstrittene Elemente Eingang in die Rechtsordnung gefunden haben, handelt es sich auch bei dieser Strafrechtsordnung zweifellos um ein Schuldstrafrecht.¹⁶¹ Das österreichische StGB bekennt sich in § 4, § 13 und § 32 zur Schuld sowohl als Voraussetzung als auch als Mass der Strafe und verankert das Schuldprinzip demzufolge gerade mehrfach.¹⁶² Während das Schuldprinzip gesetzlich also explizite Grundlagen findet,

155 So z.B. EXNER, ZStR 1911, 181; ZÜRCHER, SJZ 1919, 337; SCHWANDER, 21; anders aber z.B. GRAF, ZStR 1946, 371, der noch meinte, es entspreche nicht dem Geist des StGB, wenn man es als reines Schuldstrafrecht bezeichnen würde.

156 FRISTER, Schuldprinzip, 14; KAUFMANN ARTHUR, Schuldprinzip, 187 ff., 196, 208.

157 So BLEI, 175. Entsprechend sei der Grundsatz durch den Grossen Senat in BGHSt 2, 194, 200, ausdrücklich anerkannt worden; siehe dazu auch TULLY, 20.

158 FRISTER, Schuldprinzip, 18; LAGODNY, 386 f.; JUHÁSZ, 91 f. und 94; TULLY, 54 f.; DUBBER/HÖRNLE, 24.

159 Anstatt vieler EISELE, S/S-StGB N 103 f. Vorb §§ 13 ff.; RUDOLPHI, SK-StGB N 1 Vorb § 19.

160 So anstatt vieler z.B. TULLY, 54 f. Das Schuldprinzip gilt entsprechend sowohl im Kriminalstrafrecht als auch im Ordnungswidrigkeitenrecht uneingeschränkt; siehe dazu auch BVerfGE 20, 323, 326 ff. Entsprechend sei auch eine *strict liability*-Doktrin wie im angelsächsischen Rechtsraum in Deutschland undenkbar und werde kategorisch abgelehnt; so DUBBER/HÖRNLE, 23; BLOMSMA/ROEF, Mens Rea, 154.

161 JUHÁSZ, 128; BERNREITER, 1 ff., nennt als Reste einer Erfolgshaftung z.B. die objektiven Strafbarkeitsbedingungen.

162 BERNREITER, 4; TULLY, 56; FUCHS, Kap. 2 N 25.

tut es dies verfassungsrechtlich zwar nur implizit, genießt aber dennoch Verfassungsrang.¹⁶³ In den nicht-deutschsprachigen Rechtsordnungen Kontinentaleuropas ist das Schuldprinzip ebenso Kern der Strafrechtslehre, auch wenn dessen Verankerung nicht überall gleich prominent gewährleistet ist.¹⁶⁴

III. SCHULD UND INNERE TATSEITE IM ANGELSÄCHSISCHEN RECHTSRAUM

1. Angelsächsische Strafrechtstradition

Das angelsächsische Strafrecht ist – gerade im Vergleich zu demjenigen im deutschsprachigen Raum – weniger stark an allg. dogmatischen Überlegungen orientiert, sondern vielmehr pragmatischen Ansätzen verpflichtet.¹⁶⁵ Damit

163 TRIFFTERER, 248; JUHÁSZ, 128; KAROLLUS, ÖJZ 1987, 677 ff.; TIPOLD, WK-StGB § 4 N 44 ff., geht hingegen nur von einer beschränkten verfassungsrechtlichen Absicherung des Schuldgrundsatzes aus.

164 So gestaltet sich die Situation z.B. in Frankreich etwas uneinheitlich und die Ausarbeitung des sog. „*élément moral*“ im Rahmen der Verbrechenslehre ist bis heute Gegenstand von Unklarheiten. Trotz der Bestimmung von Art. 122–1 Abs. 1 F-CP, welche den Ausschluss der Verantwortlichkeit bei psychischen Störungen festlegt, findet sich im Strafgesetzbuch von 1994 keine klare Verankerung des Schuldprinzips. Trotzdem handelt es sich auch in Frankreich grundsätzlich um ein Schuldstrafrecht. Allerdings werden insb. im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts sog. „*intractions matérielles*“ zugelassen, welche nur ein eingeschränktes Verschuldenserfordernis voraussetzen. Ähnlich uneinheitlich zeigt sich das Bild in Italien: Auch wenn das Schuldprinzip für das Verwaltungsstrafrecht nicht uneingeschränkt gilt, so ist es doch seit 1988 für das Kriminalstrafrecht explizit verfassungsgerichtlich garantiert. So hat das Verfassungsgericht in Bezug auf Rechtsirrtümer – entgegen dem Gesetzeswortlaut in Art. 5 I-CP – festgehalten, dass die Nichtanerkennung unvermeidbarer Verbotsirrtümer gegen das Schuldprinzip verstosse, weshalb die Bestimmung in dieser Form nicht anwendbar sei (Corte Costituzionale, Sentenza N.364/1988). Obwohl das Prinzip seit diesem Leitentscheid allgemeine Geltung beansprucht, kennt das italienische Strafrecht allerdings gewisse Formen einer „objektiven Verantwortlichkeit“, woran gemäss herkömmlicher Beurteilung zu erkennen sei, dass das Schuldprinzip dennoch nicht in vollem Umfang zum Tragen komme; JUHÁSZ, 185; TULLY, 62 und 71 f.; VOGEL, GA 1998, 133 f.; PFÜTZNER/ADAMS/NEUMANN, I, 225; JARVERS, I, 305; siehe zu den angesprochenen Lockerungen des Schuldprinzips in diesen beiden Rechtsordnungen auch S. 344 Fn. 1699 und 1700.

165 Anstatt vieler so z.B. BLECKMANN, 36.

soll nicht gesagt sein, dass sich das Strafrecht in Kontinentaleuropa nicht daran orientiere oder umgekehrt, dass das Strafrecht des *Common Law*¹⁶⁶ keinen theoretischen Unterbau habe. Jedoch ist das angelsächsische Recht aufgrund seiner Ausgestaltung als prozessuales Recht vielmehr abhängig von Einzelfällen und hätte in seiner Weiterentwicklung stagniert, wenn nicht konkrete gerichtliche Fälle eine solche stets erzwingen würden.¹⁶⁷ In diesen grundlegenden Entscheidungen gerade der obersten Gerichte wird oftmals in erstaunlich pragmatischer Weise zugunsten „der Wohlfahrt der Gesellschaft und der Sicherheit des Staates“ priorisiert, was, wie sich noch zeigen wird, gerade für die Schulddoktrin im Rahmen der strikten Verantwortlichkeit von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist.¹⁶⁸ Diese Fallorientierung macht die Rechtsentwicklung sehr vom tatsächlichen Auftreten verschiedener Delikte und von prozessualen Eigenheiten abhängig.¹⁶⁹ Da gerade in Fällen eines sog. *guilty plea*, also einer bindenden Schuldanerkennung des Angeklagten,¹⁷⁰ die Rechtsfrage erledigt ist und traditionell in erster Instanz eine Jury ohne Rechtsbegründung in der Sache nach der Erläuterung des Rechts durch den Richter urteilte, fand und findet ein fundierter Rechtsdialog mit begründeten Urteilen über Rechtsfragen oftmals überhaupt nur in Fällen einer Berufung statt. Dieses System basierte historisch auf dem Ideal der gerechten Einzelfallentscheidung und der demokratischen Legitimierung durch eine Geschworenenbank. Wissenschaftliche Systematisierungsversuche und die theoretische Aufarbeitung von Fragestellungen stiessen in der Praxis hingegen oftmals auf wenig Anklang.¹⁷¹

166 Der Begriff des „*Common Law*“ wird verschieden verwendet. Er gelte i.d.R. als „Kennzeichnung für die Rechtsordnungen, in denen die Gerichte originär Recht schaffen“ und sei deshalb passender als die Bezeichnung „angloamerikanischer Rechtskreis“; so FORSTER, I, 143. In der vorliegenden Abhandlung werden die Bezeichnung *Common Law* und angelsächsischer Rechtsraum – wenn nicht explizit anders indiziert – synonym verwendet und bezeichnen die Rechtsordnungen der entsprechenden Tradition. Dass die hier zur Hauptsache untersuchten Rechtsordnungen der USA und Englands zu diesem Rechtskreis gehören, ist unbestritten.

167 Anstatt vieler z.B. SAFFERLING, 286 f.; SCHMID NIKLAUS, § 25 1.; HÖRSTER, 7 Fn. 10.

168 BÄHR, 19 mit Verweis auf *State v. O'Neil*, 147 Iowa 513, 519 (1910).

169 Als eine Gemeinsamkeit der *Common Law*-Rechtsordnungen gilt diese gerichtliche Entscheidungsfindung anhand von Präzedenzfällen, aber auch das kontradiktorische Verfahren nicht nur des Zivil-, sondern auch des Strafprozesses unter der Geltung der Verhandlungsmaxime; so FORSTER, I, 141 f.

170 WEIGEND, ZStW 1981, 196.

171 SAFFERLING, 286 f.

Die Tradition des *Common Law* ist jedoch vielseitig und lässt sich anhand der englischen „Mutterrechtsordnung“¹⁷² gut nachzeichnen. *Ashworth* unterscheidet dabei drei Entwicklungsphasen: Im 17. und 18. Jahrhundert sei das Strafrecht zu grossen Teilen systematisiert und weitgehend beeinflusst durch die theoretischen Werke von Rechtsgelehrten wie *Sir Edward Coke* oder *Sir William Blackstone* gewesen. Im 19. Jahrhundert habe es eine wesentliche Bewegung in Richtung Konsolidierung der Rechtsprechung gegeben, welche zu den wichtigsten – zu einem grossen Teil noch bis heute nachwirkenden – Gesetzen geführt habe. Die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts sei ganz im Zeichen – wenn auch von nur langsam voranschreitenden – Kodifikationsbestrebungen gestanden.¹⁷³ Trotz diesen Entwicklungsphasen blieb der Hauptteil der Regelungen, welche in Kontinentaleuropa den zur Hauptsache kodifizierten „Allgemeinen Teil“ des Strafrechts bestimmen, im englischen Recht von den Regeln des *Common Law* und demzufolge von gerichtlichen Entscheidungen geleitet.¹⁷⁴ Die historische Entwicklung des Schuldprinzips und des Schuldbegriffs nachzuzeichnen, gestaltet sich auch aufgrund dieses Mangels einer systematischen Durchdringung des *General Parts* des Strafrechts und der Einzelfallbetonung der Rechtsprechung nicht einfach. Die intensive Debatte rund um die subjektiven Voraussetzungen der Straftat hat allerdings auch in den Ländern des *Common Law* eine lange Tradition.¹⁷⁵ Eine Vertiefung der allg. Zurechnungslehre in Austausch von Strafrechtsdogmatik und –theorie ist demzufolge trotzdem erkennbar, auch wenn rechtstheoretische Konstruktions- und Systemfragen nicht im Mittelpunkt der pragmatisch-prozeduralen angelsächsischen Strafrechtstradition stehen.¹⁷⁶

Die Strafrechtsdoktrin aller US-amerikanischer Staaten und des Bundesstaates selbst in einem Schema zu erfassen, scheint beinahe

172 Siehe zur rechtsvergleichenden Einordnung der englischen Rechtsordnung allg. FORSTER, I, 141 f.

173 ASHWORTH, Handbook, 532.

174 Trotz den mittlerweile vielen, auch umfassenden *statutes* des englischen Rechts, haben die Rechtsgrundsätze des *Common Law*, also des nicht-kodifizierten Rechts, nach wie vor den gleichen Status wie Gesetze. Entsprechend kann auch zwischen Straftaten, die in Gesetzen normiert sind (*statutory offences*) und solchen, die auf ungeschriebenem Recht beruhen (*common law offences*) differenziert werden; siehe dazu FORSTER, I, 143 und FORSTER, II, 374.

175 So z.B. SAFFERLING, 286 f.; siehe dazu nachfolgend S. 44 ff.

176 Siehe so z.B. VOGEL, GA 1998, 137 ff.

hoffnungslos.¹⁷⁷ Entsprechend muss in der Folge stets Bezug auf den gemeinsamen Kern und übergreifende Konzepte genommen werden, um den Versuch einer möglichst umfassenden Darstellung der untersuchten Doktrin zu unternehmen. Quer zur pragmatischen Orientierung des *Common Law* steht das amerikanische Projekt des sog. *Model Penal Codes*. Dieser Versuch, ein Musterstrafgesetzbuch zu erstellen, gilt heute oftmals als Ausgangspunkt der Strafrechtswissenschaft, vor allem aber auch der Strafrechtslehre an den Universitäten.¹⁷⁸ Der erste Entwurf dieser Kodifikation wurde zwischen 1952 und 1962 aufgrund einer privaten Initiative des *American Law Institutes* erstellt.¹⁷⁹ Der *Model Penal Code* entstand im Bestreben, Struktur in das US-Strafrecht (und das der einzelnen Bundesstaaten) zu bringen, u.a. mit einer Systematisierung des Besonderen Teils.¹⁸⁰ Der wichtigste Beitrag sei gemäss *Dubber* aber die Einführung eines Allgemeinen Teils gewesen, in welchem gerade grundlegende Konzepte der Verbrechenslehre erstmals eine Definition erfuhren.¹⁸¹ Allerdings ist die praktische Bedeutung dieses Werks für das US-Strafrecht umstritten und trotz dessen Einflusses auf die Gesetzgebung mehrerer Staaten kann keineswegs von einem einheitlichen US-amerikanischen Strafrecht gesprochen werden.

2. Einführung in die Verbrechenslehre: Actus Reus, Mens Rea und Defences

Ebenso wenig wie es im Allgemeinen nur das eine, einheitliche *Common Law* gibt, gibt es auch nicht nur eine einzige Straftatlehre der angelsächsischen Rechtsordnungen.¹⁸² Obwohl das Strafrecht in den hier zur Hauptsache untersuchten Rechtsordnungen Englands¹⁸³ und der USA mittlerweile praktisch ausschliesslich Gesetzesrecht ist, liegt den Rechtsordnungen des *Common Law* dennoch ein gemeinsamer Kern zugrunde. Die Quintessenz dieser gemeinsamen Tradition ist die *Maxime*, welche die Verbrechenslehre beider Rechtsordnungen leitet. Dieser Grundsatz mündet in der bereits

¹⁷⁷ So auch DUBBER/HÖRNLE, 174.

¹⁷⁸ KADISH, 19 *Rutgers L.J.* 521, 521 (1999); DUBBER, *Model Penal Code*, 2.

¹⁷⁹ BÄHR, 76; DUBBER, *Model Penal Code*, 7. Das *American Law Institute* ist eine private Organisation, welche Forschungsprojekte im amerikanischen Recht verfolgt; ROBINSON, *Handbook*, 565.

¹⁸⁰ DUBBER, *Model Penal Code*, 16.

¹⁸¹ DUBBER, *Model Penal Code*, 17.

¹⁸² Ähnlich DUBBER, *Model Penal Code*, 24.

¹⁸³ Auch ohne explizite Nennung ist jeweils das Strafrecht Wales mitgemeint.

erwähnten und wohl bekanntesten Formel des angelsächsischen Rechts „*actus non facit reum nisi mens sit rea*“.¹⁸⁴ Sie ist Dreh- und Angelpunkt der Zurechnungs- und Schuldlehre und regelmässiger Ausgangspunkt theoretischer Abhandlungen.¹⁸⁵ Diesem Ausspruch folgend besteht die Straftat aus einem äusseren Handlungselement (*actus reus*) sowie einem inneren, geistigen Element (*mens rea*), welche gemeinsam die positiven bzw. konstitutiven Elemente der Straftat im Deliktsaufbau darstellen.¹⁸⁶ Eine Handlung alleine begründe danach keine Strafbarkeit, sofern beim Täter dazu nicht auch eine vorwerfbare innere Einstellung hinzukomme.¹⁸⁷ Diesen beiden zentralen Säulen der Verantwortlichkeit, welche in ein subjektives und ein objektives Element unterteilt werden, werden Verteidigungseinreden (*defences*) gegenübergestellt, welche die Verantwortung ausschliessen oder mindern können.¹⁸⁸ Dieser Aufbau ist auch Ausdruck der pragmatisch-prozeduralen Orientierung dieser Rechtstradition, da er massgeblich darauf beruht, dass die positiven Elemente im Regelfall ausnahmslos von der Anklage dargelegt und nach dem strengen Massstab des Ausschlusses vernünftiger Zweifel (*proof beyond reasonable doubt*) bewiesen werden müssen, während Verteidigungseinreden mit einer Darlegungs- oder Beweiserbringungslast (*evidentiary burden*) oder ausnahmsweise, so vor allem bei der *insanity*

184 Gemäss BÄHR, 29 f., stammt der Gedanke ursprünglich aus einer Passage aus den „Sermones“ des *Augustinus* und wurde zunächst in leicht abgewandelter Form in den „*Leges Henrici Primi*“ auf den Meineid angewandt. Der allg. Grundsatz wurde dann von den weltlichen Gerichten übernommen und mündete in dieser heute bekannten Formulierung von *Sir Edward Coke*; siehe dazu auch BAKER, 596 f.; LÉVITT, 17 Ill. L. Rev. 117, 117 (1922). Gemäss FARMER, 171, war dieses sich im Mittelalter entwickelnde Konzept ferner eng mit den christlichen Idealen in Bezug auf die Sünde verbunden.

185 Diese lateinische Maxime bedeutete allerdings nicht immer das, was ihr heute zugeschrieben wird. Vielmehr war auch sie Gegenstand der historischen Entwicklung und von Theoriestreitigkeiten. Letzteres gerade in Bezug auf den Begriff der *mens rea*; so TURNER, 6 C.L.J. 31, 31 f. (1936).

186 Die Analyse der Bestandteile von *actus reus* und *mens rea* habe aber ergeben, dass keine durchgehende Trennung von objektiven und subjektiven Elementen vollzogen werden könne. So beinhalte der *actus reus* auch subjektive und die *mens rea* auch objektive Elemente; so WEIK, 423 f. Gemäss DUBBER, Model Penal Code, 38 f., handelt es sich auch bei den Elementen der *mens rea* um Tatbestandselemente, bei denen es eigentlich nicht so sehr um Subjektivität gehe.

187 Anstatt vieler z.B. ALLEN, Textbook, 58.; HÖRSTER, 6; BÄHR, 23.

188 VOGEL, GA 1998, 136 f.; HÖRSTER, 6.

defence, mit einer Beweislastumkehr unterschiedlicher Intensität verbunden sind.¹⁸⁹

Den Begriff des *actus reus*, als äusserer, objektiver oder physischer Bestandteil eines Delikts, kann man am ehesten mit dem objektiven Tatbestand – und den Begriff *mens rea* folglich mit dem subjektiven Tatbestand – vergleichen, wobei es zu eng greifen würde, diese Begrifflichkeiten auf die uns bekannte Tatbestandsmässigkeit zu reduzieren, da z.B. zumindest teilweise Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe auch unter dem *actus reus* erfasst werden.¹⁹⁰ Mit dem *actus reus* werden die erforderlichen Handlungs- und Verhaltensweisen umschrieben sowie die sonstigen äusseren Bedingungen, die gegeben sein müssen, damit der Anwendungsbereich des Strafrechts überhaupt gegeben ist.¹⁹¹ Der *actus reus* kann nicht nur in einer Handlung (*act*), sondern auch in einer Unterlassung (*omission*) oder einem Zustand (*status/condition*) bestehen.¹⁹² Eine Entwicklung, wie sie im deutschsprachigen Rechtskreis mit der finalen Handlungslehre einherging, ist im angelsächsischen Raum nicht erkennbar.¹⁹³ Überhaupt tut sich das angelsächsische Strafrecht mit einer allgemeingültigen Handlungsdefinition schwer.¹⁹⁴ Unter den Begriff des *actus reus* werden alle objektiven Merkmale zusammengefasst: Dazu gehören neben der Handlung auch die Kausalität sowie die objektive Zurechnung.¹⁹⁵ Ein solcher strafwürdiger Akt liegt allerdings immer nur dann vor, wenn der Täter auch subjektiv einen strafwürdigen Willen gehabt habe, was im Rahmen des *mens rea*-Erfordernisses geprüft wird, welches in nachfolgenden Abschnitten noch genauer beleuchtet und für die vorliegende Fragestellung massgeblich ist.

189 VOGEL, GA 1998, 137 ff. Diese Beweislastumkehr gilt als Ausnahme von der Unschuldsvermutung, ist aber im Grundsatz verfassungsrechtlich gebilligt; siehe *Patterson v. State of New York*, 432 U.S. 197 (1977). Zur Relevanz dieser Beweislastverteilung im Zusammenhang mit den *strict liability offences* siehe S. 389 ff.

190 HÖRSTER, 7; SAFFERLING, 292 f.

191 So HÖRSTER, 7.

192 SAFFERLING, 301. Manche Autoren wie z.B. WILLIAMS/BAKER, 99, verwenden deshalb den Begriff „*external element*“, um der Annahme entgegenzuwirken, der *actus reus* setze immer eine Handlung voraus.

193 *Welzels* finale Handlungslehre findet in der angelsächsischen Literatur nur Erwähnung als Lehre, die „ein deutscher Philosoph“ vorgelegt habe; vgl. VOGEL, GA 1998, 137 ff.; zum Einfluss der finalen Handlungslehre in der deutschsprachigen Theorie siehe S. 24 ff.

194 So SAFFERLING, 316.

195 SAFFERLING, 316.

3. Mens Rea

Grundsätzlich wird *mens rea* häufig als Schuldbewusstsein umschrieben und ist als Konzept wesentlich umstrittener als die äussere Tatseite, was die Autorinnen und Autoren des US-amerikanischen *Model Penal Codes* bzw. der englischen *Draft Criminal Code Bill* auch dazu veranlasst hat, den Begriff durch *culpability* bzw. *fault* zu ersetzen.¹⁹⁶ Die Autoren des *Model Penal Codes* hätten gemäss *Dubber* ferner zwei Dinge festgehalten: Erstens, dass es so etwas wie *mens rea* überhaupt nicht gebe und zweitens, dass *mens rea* erforderlich sei.¹⁹⁷ Der lateinische Terminus wird im Englischen als *guilty mind*, d.h. also schuldiger Geist, übersetzt, sogleich wird aber regelmässig festgehalten, dass sich die rechtliche Verwendung des Begriffs auf einen *mental state* hinsichtlich eines konkreten Delikts beziehe.¹⁹⁸ Bereits hier zeigt sich, dass die Frage, was genau *mens rea* bedeutet – nicht unähnlich der deutschen Debatte um den Schuldbegriff – umstritten ist, dass aber gleichzeitig deutlich erkennbare Unterschiede zur Schuldlehre der deutschsprachigen Rechtsordnungen bestehen und die Begrifflichkeiten divergieren. Bei der Verwendung des Begriffs sollte deshalb zwischen *mens rea* in einem engeren Sinne (also als verschiedene Formen von Vorsatz und Fahrlässigkeit) und *mens rea* in einem normativen, weiteren Sinne (als Vorliegen aller inneren Merkmale, d.h. als Schuld in einem umfassenden Sinne) unterschieden werden.¹⁹⁹ Nachfolgend wird *mens rea* i.S.d. subjektiven Tatbestands, also i.S.d. Prüfungsstufe und nicht in einem weitergehenden allg. strafrechtlichen Schuldverständnis verstanden, sofern nicht explizit anders betont.

Gerade die US-amerikanischen Gesetzgeber haben sich bei der Festlegung der verschiedenen Formen des subjektiven Tatbestands – anders als diejenigen im deutschen Recht, welche sich seit jeher auf die Dichotomie von Vorsatz und Fahrlässigkeit festlegten – schwergetan. So kannte das Strafgesetzbuch des US-Bundesstaats von 1974 noch 78 verschiedene Umschreibungen für die *mens rea*, wobei sich gerade auch aufgrund der Mühen der Verfasser des Musterstrafgesetzbuches nun mittlerweile vier hauptsächliche Schuldformen durchgesetzt haben.²⁰⁰ Die *mens rea* umfasst i.d.S. nun die verschiedenen Stufen der subjektiven Umstände, welche beim Täter im Zeitpunkt der Tat

196 JUHÁSZ, 244 f.

197 DUBBER, *Model Penal Code*, 38 f.

198 NORRIE, 35.

199 Siehe zu dieser Unterscheidung z.B. KEILER, 63.

200 WEIGEND, *ZStW* 1981, 673.

vorliegen müssen, um eine strafrechtliche Verantwortlichkeit zu begründen.²⁰¹ Die Anforderungen an dieses sog. *mental element* können je nach Straftat variieren. Entsprechend muss bei jedem Delikt untersucht werden, welcher subjektive Tatbestand genau erfüllt sein muss.²⁰² In modernen Darstellungen lassen sich dabei vier zentrale Stufen des Verschuldens ausmachen: *intention, knowledge, recklessness* und – je nach Auffassung – *negligence*.²⁰³

Die meisten schwereren Vergehen erfordern Vorsatz.²⁰⁴ *Intention* bzw. *purpose* liegt dann vor, wenn der Erfolg Ziel oder zumindest Zwischenziel des Handelns ist und der Täter weiss und voraussieht, dass er durch seine Handlung den Erfolg herbeiführen wird.²⁰⁵ Im Allgemeinen beinhaltet die *mens rea* die Frage nach dem Wollen, also der Frage, ob die Handlung willentlich erfolgte, und nach dem Wissen, also der Frage, ob der Täter die Konsequenzen seiner Handlung kannte.²⁰⁶ Analog der deutschsprachigen Vorsatzlehre werden im Grundsatz also ein kognitives und ein voluntatives Element vorausgesetzt. Dabei bezieht sich die *mens rea* stets nur auf den verwirklichten Lebenstatbestand, während das Bewusstsein des Täters, damit eine verbotene Handlung zu begehen, nicht erfasst wird. Damit ist die Frage, ob das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit Bestandteil des Vorsatzes ist, für das angelsächsische Strafrecht im negativen Sinne entschieden.²⁰⁷

Bei den Tatbeständen, welche nur *knowledge* hinsichtlich des Vorliegens bestimmter (oder aller) Tatumstände erfordern, wird verlangt, dass der Täter sicher weiss, dass diese Tatumstände auch tatsächlich gegeben sind, der Täter den Tatbestand also wissentlich erfüllt.²⁰⁸ Dieses Wissen genügt dann für die Erfüllung der Ansprüche des subjektiven Tatbestands.²⁰⁹ Es handelt sich bei dieser „Wissentlichkeit“ aus Sicht der deutschsprachigen Lehre also um eine Art *dolus directus* 2. Grades, während das Erfordernis einer *intention* mit dem

201 SAFFERLING, 342 f.

202 ALLEN, Textbook, 58.

203 Anstatt vieler z.B. DUBBER, Model Penal Code, 41 ff.; HÖRSTER, 9; BROWN, 75 Law & Contemp. Probs. 109, 109 (2012); GREEN STUART, 1; siehe auch *Model Penal Code* (1985), s. 2.02(2). Gewisse Autorinnen und Autoren sehen auch die *strict liability* einfach als tiefere Stufe des Verschuldens an; siehe dazu auch S. 80 ff.

204 ASHWORTH, Handbook, 536.

205 HÖRSTER, 9 f.

206 TURNER, 6 C.L.J. 31, 34 (1936).

207 So BÄHR, 25; zur Behandlung von Verbotsirrtümern im angelsächsischen Recht siehe auch S. 377 f.

208 HÖRSTER, 10; WEIGEND, ZStW 1981, 673.

209 ALLEN, Textbook, 79.

dolus directus 1. Grades bzw. der Absicht verglichen werden kann. Bei einer solchen direkten Gegenüberstellung ist allerdings stets Vorsicht geboten, da die detaillierten Anforderungen sich durchaus unterscheiden.²¹⁰

Recklessness erfasst die bewusste grobe Fahrlässigkeit, also das bewusste Eingehen eines offensichtlichen und nicht zu rechtfertigenden Risikos.²¹¹ Der Täter muss das Risiko bei dieser schwereren Form der Fahrlässigkeit kennen und es dennoch ungerechtfertigterweise eingehen.²¹² Ob das zulässige Risiko überschritten wurde, hängt von einer Abwägung des sozialen Nutzens der Aktivität auf der einen und der Wahrscheinlichkeit und der Schwere des Schadenseintritts auf der anderen Seite ab.²¹³ Dabei wird ein objektiver Massstab angesetzt und auf den sog. „*reasonable man*“ abgestellt.²¹⁴ Im deutschsprachigen Raum wird der Fahrlässigkeitsbegriff weiter gefasst und beinhaltet oft auch, was im angelsächsischen Recht erst unter *negligence* fallen würde und deshalb oft nicht strafbar wäre.²¹⁵ Umgekehrt erfasst *recklessness* auch Sachverhalte, welche im deutschsprachigen Raum oftmals bereits als Eventualvorsatz gewertet würden.²¹⁶ Die Kategorien können deshalb – gerade auch aufgrund der Anwendung anderer Massstäbe – nicht einfach mit den deutschen Begrifflichkeiten verglichen werden.

Bei der Verschuldensform der *negligence* wird bestraft, wer sich nicht an einen bestimmten objektiv festgesetzten Sorgfaltsmassstab hält, unabhängig davon, ob er sich dem Risiko oder der Sorgfaltspflichten bewusst war.²¹⁷ Ob es sich bei der *negligence*, also der unbewussten Fahrlässigkeit, um eine Verschuldensform handelt, ist jedoch umstritten.²¹⁸ Diese Verschuldensform wird deshalb auch oft als „Zwischenstation“ (*half-way house*) zwischen *mens rea* und *strict liability* bezeichnet.²¹⁹ Da *mens rea* auch als Geisteshaltung (*state*

210 ROSSKOPF, 14; WEIGEND, ZStW 1981, 674.

211 HÖRSTER, 11.

212 ASHWORTH, Handbook, 537; ALLEN, Textbook, 82.

213 ALLEN, Textbook, 82. Ähnliches gilt auch für die hiesige Diskussion über das „erlaubte Risiko“; siehe dazu z.B. KILLIAS ET AL., AT, N 729.

214 ALLEN, Textbook, 82.

215 SPENCER/PEDAIN, 241.

216 Zu diesen Überschneidungen ausführlich WEIGEND, ZStW 1981, 673 ff.

217 KEILER, 63.

218 Siehe zu den verschiedenen Positionen z.B. FARMER, 183 ff. Entsprechend dieser Unklarheit vermeidet wohl auch der *Model Penal Code* den Begriff der *mens rea* und spricht stattdessen von den „*general requirements of culpability*“ um danach die vier Verschuldensformen aufzulisten; siehe *Model Penal Code* (1985), s. 2.02; BÄHR, 27.

219 Z.B. WILLIAMS GLANVILLE, 262.

of mind) umschrieben wird, ist es streitig, ob die unbewusste Fahrlässigkeit überhaupt als Kategorie der *mens rea* angesehen werden kann.²²⁰ In der Tat handelt es sich bei der unbewussten Fahrlässigkeit nicht um einen „Geisteszustand“ – möchte man *mens rea* denn so definieren – sondern um die Abwesenheit eines solchen, der ja gerade bestraft werden soll.²²¹ Im Vergleich zur *strict liability* wird hier jedoch auf einen inneren Zustand Bezug genommen: Der Täter hätte sich des Risikos bewusst sein sollen. Entsprechend wird durchaus ein persönlicher Vorwurf platziert. Auch bei der unbewussten Fahrlässigkeit wird im angelsächsischen Recht allerdings einzig ein objektiver Massstab angewendet.²²² Nur selten erfordern schwerere Delikte allerdings ausschliesslich *negligence*.²²³

Aufgrund dieser allg. Definition der inneren Tatseite ist jedoch noch nicht geklärt, ob z.B. auch die Zumutbarkeit oder Schuldfähigkeit Teil der *mens rea* sind. Nach der klassischen Differenzierung sind diese Umstände *defences* und folglich erst dort zu prüfen.²²⁴ Die Frage nach der Schuld des Täters ist also mit der *mens rea* alleine noch nicht zu beantworten.²²⁵

4. Defences

Im Rahmen des vor allem auch prozessual relevanten dreigliedrigen Deliktsaufbaus des angelsächsischen Strafrechts wird neben den strafbegründenden Elementen *actus reus* und *mens rea* geprüft, ob nicht Gründe ersichtlich sind, welche die Strafbarkeit ausschliessen. Diese werden in Form von Verteidigungseinreden (*defences*) vorgebracht.²²⁶ Das angelsächsische

220 BÄHR, 25; HÖRSTER, 11 f.; ALLEN, Textbook, 105.

221 DUBBER, Model Penal Code, 42; KEILER, 62 f.

222 BÄHR, 27. Persönliche Kapazitäten und Kompetenzen miteinzubeziehen, also einen subjektiven Massstab anzuwenden, wird in der klassisch pragmatischen Tradition primär deshalb abgelehnt, da dies zu Beweisschwierigkeiten führen würde; siehe dazu z.B. HALL, 43 Colum. L. Rev. 967, 979 (1943).

223 In einer Studie wurde z.B. festgestellt, dass es sich im Jahr 1996 in nicht einmal 5% der vor dem Englischen *Crown Court* verhandelten Fälle um Delikte mit *negligence* handelte; so ASHWORTH/BLAKE, 1996 Crim. L.R. 306, 308; BLOMSMA, 173.

224 LACEY/WELLS/QUICK, 50; WATZEK, 43.

225 Anders BÄHR, 25, der meint, die *mens rea* richte sich auf die Vorwerfbarkeit der Tat und entspreche folglich der Schuldform im deutschen Strafrecht. Das würde allerdings kaum der heute herrschenden deutschen Verbrechenslehre entsprechen, da Elemente wie die Schuldfähigkeit anderswo geprüft werden.

226 Der Begriff „Verteidigungseinreden“ scheint dem Begriff der *defences* am nächsten zu kommen, wenn auch eine Übersetzung schwierig ist, da die deutschsprachigen

Strafrecht stellt dabei grundsätzlich die Vermutung der vollen Schuldfähigkeit auf. Entsprechend geht es bei den Eingaben im Rahmen der *defences* um die Widerlegung dieser Vermutung, weshalb diese als Einreden aufgefasst werden. Erst bei diesen *defences* werden die Fragen, welche die deutsche Schuldkategorie zu einem wesentlichen Teil ausmachen, überhaupt relevant und dies nur dann, wenn die Verteidigung sie zum Thema macht. Unterbleibt ein solcher Vortrag der Verteidigung, bleibt es bei der Vermutung der Schuldfähigkeit.²²⁷

Zwischen *defences* zur Rechtswidrigkeit und zur Schuld wird weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre durchgängig konsequent unterschieden bzw. sind die entsprechenden theoretischen Abhandlungen eher von bescheidener Praxisrelevanz.²²⁸ Die zulässigen Einreden haben sich Stück für Stück herausgebildet, oft bereits im *Common Law*, ohne dass den *defences* eine klare Kategorisierung oder ein übergreifendes Prinzip zugrunde gelegt wurde.²²⁹ Trotzdem wird in Anerkennung der Schuld-Unrecht-Differenzierung regelmäßig zwischen sog. *justifications* auf der einen und *excuses* auf der anderen Seite differenziert.²³⁰ Der hauptsächliche Unterschied wird dann – ähnlich der deutschen Terminologie – darin gesehen, dass rechtfertigende Einreden das Unrecht der Tat negieren, während Entschuldigungen die persönliche Schuld des Täters für dieses Unrecht infrage stellen.²³¹ Im Allgemeinen haben sich die verschiedenen Einreden allerdings ohne relevanten theoretischen Unterbau entwickelt, wie er in den meisten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen vorhanden ist.²³² Trotzdem wurde viel Zeit in die Kategorisierung der ansonsten eher unübersichtlichen Anzahl von Einreden gesteckt. Dabei wird neben dem beschriebenen bipartiten System auch ein tripartites vorgeschlagen, bei welchem weitergehend zwischen *justifications*, *excuses* und *exemptions* unterschieden wird.²³³ Als *exemptions*, also Ausnahmen, werden dabei primär Kindesalter und Geisteskrankheit erachtet, welche nicht nur die Schuld der

Rechtsordnungen etwas Analoges nicht kennen; siehe dazu WATZEK, 58 ff.; SAFFERLING, 293. Umgekehrt gibt es in der englischen Strafrechtsterminologie keinen Begriff, der sich mit der „Schuldfähigkeit“ direkt vergleichen lässt; SAFFERLING, 431.

227 Dazu auch allg. CHILD/ORMEROD, 563 ff.; WILLIAMS/BAKER, 56 ff.

228 BÄHR, 25; TADROS, 115 und 121.

229 ASHWORTH, Handbook, 541.

230 Anstatt vieler z.B. KEATING ET AL., 236 f.; HUSAK, Overcriminalization, 72.

231 BLOMSMA/ROEF, Justifications and Excuses, 158; WILLIAMS/BAKER, 56 f.; SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1097 (1997); RUSSELL-BROWN/DAVIS, 220.

232 ASHWORTH, Handbook, 541.

233 So z.B. die Kategorisierung von TADROS, 115 ff.

Tat ausschliessen würden, sondern die generelle Schuldfähigkeit.²³⁴ Gemäss *Tadros* sollten solche Ausnahmen aber eigentlich gar nicht als Einreden ausgestaltet sein, da sie die grundsätzliche Strafbarkeit verneinen und dem Täter bereits den Status bzw. die strafrechtliche Subjektqualität absprechen würden.²³⁵ Es gibt ferner auch *defences*, wie z.B. *automatism*, bei denen grundsätzlich nicht die Schuld verneint wird, sondern welche die Erfüllung des *actus reus* betreffen.²³⁶ Auch hier ist die Lehre allerdings nicht eindeutig.

Verschiedene rechtfertigende *defences* sind z.B. diejenigen des Vorliegens einer Zwangssituation (*necessity*), der Selbstverteidigung (*self-defence*), der Einwilligung (*consent*) oder der Befehlsbefolgung (*superior orders*). Entschuldigungen sind hingegen bspw. die Geisteskrankheit (*insanity*), die unwillentliche Berauschung (*involuntary intoxication*), der Nötigungsnotstand (*duress*) oder Rechts- oder Tatbestandsirrtümer (*mistake/ignorance of law or fact*).²³⁷ Dass es diese Einreden grundsätzlich gibt, heisst allerdings nicht, dass sie bei jedem Delikt vorgetragen und anerkannt werden können. So ist das *Common Law* bspw. sehr strikt, was die Anerkennung von Entschuldigungen aufgrund von Berauschung oder Irrtümern angeht.²³⁸

Als Fazit dieser kurzen Präsentation der angelsächsischen Straftatlehre lässt sich festhalten, dass der Schuldbegriff bzw. eben *mens rea* oder *culpability* nicht einheitlich definiert ist und sich die Schuldauffassung je nach Verständnis enger oder weiter fassen lässt, wobei eine klare Dichotomie des Unrechts- und des Schuldtatbestands nicht erkennbar ist und die Verbrechenlehre primär einer prozeduralen Logik folgt. Was den Schuldvorwurf im eigentlichen Sinne, d.h. die Elemente der Schuldkategorie, dabei genau ausmacht, divergiert also nicht nur zwischen den verschiedenen untersuchten Rechtsordnungen, sondern darüber hinaus auch innerhalb verschiedener Lehren.

234 TADROS, 116.

235 TADROS, 130.

236 Die Einrede des *automatism* betrifft die Anforderung, dass es sich bei der Tat um einen willentlichen Akt handeln muss. In diesen Fällen wird das Vorliegen des *actus reus* verneint; siehe dazu z.B. ASHWORTH/HORDER, Principles, 193.

237 Siehe zu den einzelnen *defences* übersichtlich ASHWORTH, Handbook, 541 ff.

238 Siehe dazu mehr auf S. 361 ff. und S. 372 ff.

5. Verankerung des Schuldprinzips im angelsächsischen Rechtsraum

Das Schuldprinzip findet weder im englischen noch im US-amerikanischen Strafrecht eine positiv-rechtliche Grundlage, gilt aber trotz der z.T. gewichtigen Durchbrechungen, welche Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind, als eines der tragenden Rechtsprinzipien.²³⁹ Der auch als *mens rea*-Prinzip bezeichnete Grundsatz kann allerdings von der Bedeutung und dem Gehalt kaum mit dem Verständnis des Schuldprinzips, wie es in deutschsprachigen Rechtsordnungen vorherrscht, verglichen werden.²⁴⁰ Das Erfordernis einer inneren Tatseite wurde bislang auch nicht als verfassungsrechtlich unabdingbares Element der Strafbarkeit anerkannt.²⁴¹ Der amerikanische *Supreme Court* hat mehrfach festgehalten, dass *mens rea* zwar ein wichtiges Erfordernis sei, allerdings kein verfassungsrechtlich Garantiertes, „*except sometimes*“.²⁴² Dieser Zusatz hat in der Folge selbstverständlich zu einem bis heute unerfüllten Klärungsbedürfnis geführt. Gerade das prominente Vorhandensein der *strict liability offences* stellt unbestritten eine Beschränkung der Geltung des Schuldprinzips dar. Da kein einheitliches Konzept in Bezug auf das Schuldverfordernis bzw. das Erfordernis des subjektiven Tatbestands vorliegt, muss für jedes Gesetz bzw. jedes Delikt separat bestimmt werden, was für Ansprüche an die innere Tatseite gestellt sind. In den USA hat der *Supreme Court* dafür eine Reihe an Vermutungen und Hilfestellungen entwickelt um im Einzelfall mittels Auslegung festzustellen, ob überhaupt und welche Form der *mens rea* verlangt ist.²⁴³

Gerade bei einer Gegenüberstellung mit dem „Schuldprinzip“, wie wir es im vorangegangenen Kapitel für die deutschsprachigen Rechtsordnungen definiert haben, ist es wichtig, den Gehalt der analogen Prinzipien des *Common Law* auf ihre Vergleichbarkeit hin zu überprüfen. Entsprechend ist auch hier von Relevanz, ob von Schuld im engeren oder im weiteren Sinne ausgegangen wird, ob also nur die Schuldausschlussgründe bzw. Entschuldigungen (die zur Hauptsache erst bei den *defences* geprüft werden) oder von einem umfassenderen Begriffsverständnis i.S. aller inneren Merkmale (also auch

239 Dazu z.B. VOGEL, GA 1998, 127 ff.

240 So auch SAFFERLING, 481 f.

241 WEIK, 439 mit Verweis auf *Powell v. Texas*, 392 U.S. 514, 535 f. (1968).

242 DUBBER/HÖRNLE, 102; SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 403 (1989); siehe dazu auch ausführlich PACKER, 1962 Sup. Ct. Rev. 107; SINGER/HUSAK, 2 Buff. Crim. L. Rev. 861 (1999).

243 THOMPSON, Summary.

des subjektiven Tatbestands) ausgegangen wird.²⁴⁴ Das Verständnis von *mens rea* unterscheidet sich also auch danach, welche Prüfungsstufen gemeint sind und ob nur Schuld in einem „deskriptiven Sinne“ (also als Vorliegen eines Tatbestands) oder in einem „normativen Sinne“ (also als Vorwerfbarkeit dieses Tatbestands) gemeint ist.²⁴⁵ Wenig hilfreich sind dabei auch die terminologischen Wirren in diesem Bereich. Ab und zu wird in diesem Zusammenhang von *culpability* oder *responsibility*, dann wieder von *guilt*, *fault* oder *blameworthiness* gesprochen, währenddem das Gemeinte nicht weniger divergiert. Einen Unterschied zwischen *mens rea principle* und *fault principle* macht auch schon Hart aus, wenn er festhält, dass sich diese zwar unterscheiden, aber dennoch einem gemeinsamen Sinn dienen: So solle das Strafrecht Entschuldigung und Rechtfertigung genauso erlauben, wie es den subjektiven Tatbestand verlangt, um sicherzustellen, dass Täter eine faire Möglichkeit haben, der Strafbarkeit planbar zu begegnen. Dies gebiete bereits die *rule of law*.²⁴⁶ Es wird also auch im angelsächsischen Rechtsraum zwischen Schuldprinzip i.w.S. und i.e.S. und zwischen *mens rea* und *blameworthiness* unterschieden, wobei Letzteres eine normative Wertung enthalte.²⁴⁷

Als einen relevanten Ausfluss des Schuldprinzips wird das sog. *proportionality principle* bezeichnet, welches als Prüfstein der Strafzumessung gilt und das Schuldprinzip i.S.d. Strafzumessungsschuld normiert. Die Strafe soll in einem angemessenen Verhältnis zum Fehlverhalten und zum persönlichen Vorwurf stehen und Schuld soll demnach Strafe limitieren.²⁴⁸ Die verschiedenen Strafzwecke sollen entsprechend nur innerhalb dieses Parameters zur Anwendung gelangen.²⁴⁹ Genau wie in der deutschsprachigen Literatur wird dieser limitierende Faktor primär damit legitimiert, dass er einen Schutz gegen den Missbrauch der Strafgewalt durch den Staat und gegen überbordende Freiheitseinschränkungen biete. Neben dem Proportionalitätsprinzip sind in der angelsächsischen Lehre im Zusammenhang mit dem Schuldgrundsatz auch das *principle of correspondence* und das *principle of concurrence* von Bedeutung und werden im Rahmen der *strict liability*-Debatte noch genauer

244 So auch DUBBER/HÖRNLE, 109.

245 Ähnlich KEILER, 64 f.; MICHAELS ALAN, 223 Harv. L. Rev. 828, 838 f. (1999).

246 Siehe GARDNER JOHN, Wrongs and Faults, 71 über die Position von HART, Punishment and Responsibility, 29 ff.

247 So z.B. AMIRTHALINGAM, 67 Mod. L. Rev. 491, 492 (2004).

248 BROWN, 75 Law & Contemp. Probs. 109, 109 (2012).

249 ASHWORTH, Handbook, 535.

zu diskutieren sein.²⁵⁰ Gemäss ersterem ist grundsätzlich hinsichtlich jedes objektiven Tatbestandsmerkmals ein hierauf bezogenes subjektives Element erforderlich. Letzteres legt fest, dass die innere Tatseite zur selben Zeit vorliegen muss, in der auch der objektive Tatbestand verwirklicht wird.²⁵¹ Trotz dieser durchaus nicht zu leugnenden Prinzipienorientierung auch der englischsprachigen Doktrin muss dennoch bereits jetzt relativiert werden, dass die Bedeutung des Schuldprinzips nicht im gleichen Ausmass ausgeprägt ist, wie dies in anderen Rechtsordnungen der Fall ist und entsprechend Einschnitten in das Schuldprinzip auch regelmässig nicht mit der gleichen Sensibilität und Abwehrhaltung begegnet wird.

6. Strict Liability als Ausnahme von der Regel

Grundsätzlich gelten also auch im angelsächsischen Recht die allg. Voraussetzungen der Strafbarkeit. Das bedeutet, grundsätzlich muss Vorsatz oder Fahrlässigkeit in Bezug auf die objektiven Tatbestandsmerkmale vorliegen, es besteht die Möglichkeit ausreichender Verteidigungseinreden wie bei Schuldunfähigkeit oder Tatbestandsirrtümern und nur ein *guilty mind* kann eine Strafe legitimieren. Soweit die Theorie. „*The story is more complicated, of course*“, meint *Brown* allerdings äusserst treffend.²⁵² Denn es gibt in den *Common Law*-Rechtsordnungen nicht zu vernachlässigende und zuhauf auftretende Durchbrechungen des *mens rea*- und des Schuldprinzips, die sog. *strict liability offences*. Die detaillierte Erfassung der *strict liability*, wie sie genau definiert wird und was alles dazuzählt, ist umstritten und Gegenstand zahlreicher Abhandlungen. Bevor in den nächsten Kapiteln und im Verlauf dieser Abhandlung Definitions- und Kategorisierungsversuche, vor allem aber auch eine Analyse der Legitimation, der Anwendungsbereiche und der Deliktstrukturen vorgenommen werden, soll zunächst kurz umrissen werden, wie sich diese strikte Verantwortlichkeit mehr und mehr ausbreiten konnte und bis heute fester und prominenter Bestandteil der englischen und US-amerikanischen Rechtsordnungen ist.

Für die weitere Untersuchung von Relevanz ist neben dieser Feststellung eines Pluralismus der Schuldkonzeptionen jedoch, dass Schuld als Voraussetzung der Strafe und damit das Schuldprinzip grundsätzlich in allen untersuchten Rechtsordnungen Geltung beansprucht. Einen wesentlichen Einschnitt, den

²⁵⁰ S. 223 ff. und S. 235 ff.

²⁵¹ HÖRSTER, 9; FORSTER, III, 673.

²⁵² BROWN, 75 *Law & Contemp. Probs.* 109, 109 (2012).

wohl wesentlichsten in modernen westlichen Strafrechtsordnungen, erfährt das Schuldprinzip allerdings im Rahmen der *strict liability*-Doktrin des angelsächsischen Strafrechts. Diese gemeinhin vereinfacht als „Strafbarkeit ohne Verschulden“ betitelte Rechtsfigur führt zu einer Strafbarkeit auch ohne vollen Nachweis der persönlichen Schuld – demzufolge eben zu einer „strikten“ Verantwortlichkeit. Es handelt sich dabei um einen Angriff auf die Geltung des Schuldprinzips von hoher Praxisrelevanz für die angelsächsischen Rechtsordnungen. Um was es sich bei diesem Phänomen genau handelt, was strikte Verantwortlichkeit i.d.S. bedeutet und wo die *strict liability* überall Anwendung findet, soll nachfolgend zunächst einführend umrissen werden. Klar ist bereits jetzt, dass sich gerade im Zusammenhang mit der *strict liability*, aber auch im Rechtsvergleich der Schuldlehren, die Variabilität des Schuldbegriffs, des Schuldprinzips und damit auch des Schuldvorwurfs im Strafrecht offenbart, welcher nur mit einer einheitlichen und stringenten Analyse begegnet werden kann.

Die Verbreitung dieses Phänomens kann aber bereits zu diesem Zeitpunkt zum Schluss führen, dass das Schuldprinzip in den anglo-amerikanischen Rechtsordnungen zwar grundsätzlich Geltung beansprucht, dass es aber Durchbrechungen von hoher und nicht zu vernachlässigender Praxisrelevanz gibt. Bei der *strict liability* handelt es sich also um die Ausnahme von der Regel, allerdings um eine Ausnahme, wie sie deutschsprachigen Rechtsordnungen in diesem Ausmass deutlich fremd ist.

Kapitel 2: Strict Liability als Angriff auf das Schuldprinzip

I. DIE STRICT LIABILITY DES ANGELSÄCHSISCHEN STRAFRECHTS

1. Begriffliche Wirren um die Strict Liability

Argumente, Legitimation und Anwendungsbereiche der *strict liability* können kaum sinnvoll evaluiert werden, solange das Begriffsverständnis nicht geklärt ist.²⁵³ Die Definitionsversuche verschiedener Autorinnen und Autoren divergieren allerdings beträchtlich und der Begriff wird in der strafrechtlichen Literatur kaum einheitlich verwendet.²⁵⁴ Einig ist man sich nur darüber, dass kein Konsens vorherrscht und dass es keine klare Übereinstimmung gibt, wann man die Strafbarkeit als „strikt“ zu klassifizieren habe.²⁵⁵

Strict criminal liability wird, wie bereits erwähnt, oftmals vereinfacht als Verantwortlichkeit ohne Schuldnachweis bezeichnet oder schlichtweg als Verantwortlichkeit, welche keinen schuldhaften *state of mind* erfordere.²⁵⁶ I.d.S. sei die strikte Verantwortlichkeit eine Strafbarkeit in Abwesenheit von Vorsatz oder Fahrlässigkeit bzw. eine, bei welchem das Vorliegen dieses subjektiven Tatbestands nicht von Relevanz sei.²⁵⁷ Diese Definition der *strict liability* als Verantwortlichkeit ohne jegliches Verschulden wird jedoch

253 So auch WASSERSTROM, 12 Stan. L. Rev. 731, 732 (1960).

254 Vgl. auch GREEN STUART, 2.

255 Anstatt vieler z.B. HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 189 (1995); LEVENSON, 78 Cornell L. Rev. 401, 417 (1993); ASHWORTH/HORDER, 160.

256 So z.B. bei DUFF, Strict Liability, 125; JOHNSON, 1518.

257 SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1080 (1997).

weitgehend abgelehnt.²⁵⁸ Der gebräuchlichere Definitionsvorschlag ist enger und entsprechend präziser und lautet dahingehend, dass es sich bei der *strict liability* um Delikte handle, bei welchen für mind. ein objektives Tatbestandsmerkmal (*material element*)²⁵⁹ kein korrespondierender subjektiver Tatbestand nachgewiesen werden müsse.²⁶⁰ Auch der amerikanische *Model Penal Code* folgt dieser engen Definition.²⁶¹ So seien demzufolge diese Delikte deshalb substantiell strikt, da sie die Verurteilung eines Täters auch dann ermöglichen würden, wenn ihn nicht in Hinblick auf alle äusseren Tatbestandsmerkmale des entsprechenden Vergehens ein Verschulden treffe.²⁶² Die Elemente, für welche kein subjektives Pendant verlangt wird – oftmals Begleitumstände oder der Taterfolg – werden entsprechend als die *strict liability elements* bezeichnet.²⁶³

Was genau darunter zu verstehen ist bzw. was alles darunter fällt, ist hingegen bereits wieder Gegenstand von Kontroversen.²⁶⁴ Wie in den später zu diskutierenden Versuchen, die „Variationen der *strict liability*“ abzubilden, deutlich wird, kann die Doktrin verschieden ausgelegt werden und beinhaltet je nach Auslegung die verschiedensten Formen von Lockerungen des

258 So z.B. HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 195 (1995) mit dem Hinweis, dass es hochgradig unwahrscheinlich sei, dass das angelsächsische Recht jemals einen Täter bestraft habe, der gänzlich ohne Schuld war. Diese Variante der *strict liability* existiere in der realen Welt nicht. Entsprechend sei ein Konzept dieser Doktrin, welches kein Gegenstück in der Praxis habe von keinem Nutzen.

259 Gemäss *Model Penal Code* handelt es sich immer dann um ein solches *material element*, wenn sich das Tatbestandsmerkmal nicht auf die Verjährungsfrist, die Gerichtsbarkeit oder den Gerichtsstand bezieht oder wenn das Element nicht mit dem Übel oder der Tathandlung in Zusammenhang steht, welche durch die in Frage stehende Bestimmung pönalisiert werden soll bzw. mit den für jenes Delikt zulässigen Entschuldigungen und Rechtfertigungen; so die Definition im *Model Penal Code* (1985), s. 1.13(10).

260 SIMESTER, *Is Strict Liability Always Wrong?*, 22; GREEN STUART, 2; DUFF, *Strict Liability*, 125; *ders.*, *Answering for Crime*, 233; ASHWORTH/HORDER, 160 f.; SPENCER/PEDAIN, 238; KEATING ET AL., 227; JEFFERSON, 122. Es spielt keine Rolle, was eine Prüfung der inneren Tatseite in Bezug auf dieses Element ergeben würde (auch ein Gegenbeweis ist in diesen Fällen also nicht zulässig); so MICHAELS ALAN, 223 Harv. L. Rev. 828, 830 (1999). Allerdings bezieht sich die Definition des *Model Penal Codes* etwas weitergehend auf alle Bestimmungen, in denen der Staat selbst mind. *negligence* in Bezug auf jedes objektive Element nachweisen muss und äussert sich nicht zur Möglichkeit eines Gegenbeweises; siehe *Model Penal Code* (1985), s. 2.05.

261 *Model Penal Code* (1985), s. 2.05.

262 SIMESTER, *Is Strict Liability Always Wrong?*, 23.

263 SPENCER/PEDAIN, 238.

264 Siehe zu den verschiedenen Kategorisierungsversuchen ausführlich S. 313 ff.

Schuldprinzips. Es soll aber bereits jetzt deutlich werden, dass es sich bei der *strict liability* nicht nur um eine „Strafbarkeit ohne jegliches Verschulden“ handelt, da doch in aller Regel das Vorliegen einer inneren Tatseite verlangt wird. Das Verschulden muss sich vielmehr nur nicht auf den gesamten Tatbestand erstrecken. Die *strict liability* gilt nach dieser mehrheitlich vertretenen Definition also als ein Prinzip, nach welchem Vorsatz und Fahrlässigkeit keine vollumfänglich „essentielle Zutaten“ des entsprechenden Delikts sind und folglich Einschnitte in die Geltung des Schuldprinzips in Kauf genommen werden.²⁶⁵ Darüber hinausgehend kann sie – und diesem weitergehenden Verständnis soll hier zunächst gefolgt werden – als Strafbarkeit verstanden werden, die eben deshalb „strikt“ ist, da bei ihr nur reduzierte Nachweiserfordernisse im Rahmen des subjektiven Tatbestands oder der Schuld i.e.S. gestellt werden, dass also „strenger“ be- und geurteilt wird als bei Befolgung der üblicherweise geltenden Straftatlehre.

Absolute liability – auch *pure strict liability* genannt – sei hingegen gemäss mehrheitlich vorherrschendem Verständnis dann gegeben, wenn ein Vergehen wirklich keinerlei Nachweis einer inneren Tatseite erfordere.²⁶⁶ Eine solche absolute Verantwortlichkeit, bei welchem die Strafbarkeit überhaupt kein Verschulden erfordert, kommt in der Realität selten bis gar nie vor.²⁶⁷ Um eine strikte und nicht eine absolute Verantwortlichkeit handle es sich auch dann, wenn die Schuld zwar nicht nachgewiesen werden müsse, aber immerhin im Rahmen einer *defence* der Gegenbeweis möglich sei, z.B. indem ausreichende Sorgfalt (*due diligence*) vorgebracht werden könne.²⁶⁸

Es zeigt sich bereits hier, dass es sich bei der strikten Verantwortlichkeit nicht um ein „Alles-oder-Nichts“-Phänomen handelt und es nicht einfach Strafbarkeit aufgrund eines Schuldvorwurfs und Strafbarkeit ohne jeden Schuldvorwurf gibt. Vielmehr geht es regelmässig um Fragen der Proportionalität, welche das Schuldprinzip i.S.d. Strafzumessungsschuld betreffen. Die Wahrung des Verhältnisses zwischen dem Verschulden des Täters und der ausgesprochenen Strafe gilt als Grundlage des geltenden

265 CARSON, 33 Mod. L. Rev. 396, 396 (1970).

266 ROBERTS, 152; ALLEN, Textbook, 108; DUFF, Answering for Crime, 232; SIMESTER ET AL., 194; JEFFERSON, 124; KEATING ET AL., 236; GREEN STUART, 3; zur *absolute liability* als Extrembeispiel siehe S. 333 ff.

267 GROSS, 343; DUFF, Strict Liability, 125; *ders.*, Answering for Crime, 232; siehe jedoch die Beispiele auf S. 333 ff.

268 So DUFF, Strict Liability, 126; SIMESTER ET AL., 173.

Strafrechtsverständnisses.²⁶⁹ Wenn nun im Rahmen der hier untersuchten Delikte Personen verurteilt werden, obwohl sie deutlich weniger Schuld trifft als einen anderen Täter, welcher dieses Verschulden aufweist, und für beide dennoch die gleiche Strafe ausgesprochen wird, resultiert auch das – so z.B. gemäss *Husak* – in einem Verstoss gegen das Schuldprinzip und folglich einer strikten, bzw. eben strikteren Verantwortlichkeit.²⁷⁰

Diese begrifflichen Unklarheiten bleiben nicht ohne Bedeutung für die rechtstheoretische Analyse. Entsprechend wurden im Laufe der letzten Jahrzehnte die verschiedensten Kategorisierungsversuche unternommen. Einerseits wurde versucht, den *strict liability offences* eine eigene Grundlage i.S. einer eigenen Deliktskategorie nachzusagen – dazu sogleich mehr –, andererseits wurden die verschiedenen Arten der Lockerungen des Schuldprinzips, d.h. die Variationen der Doktrin, nach verschiedenen Mustern analysiert und in verschiedene Kategorien unterteilt. Auf diese Vorschläge wird noch ausführlich zurückzukommen sein.²⁷¹ Festgehalten werden kann bereits jetzt, dass diese uneinheitliche Verwendung der Terminologie die Komplexität des Phänomens offenbart und nur eine präzise Analyse es erlaubt, die Doktrin hinsichtlich ihres Gehalts zu bewerten.

2. Historische Entwicklung und Herkunft der Strict Liability Offences

Die Wurzeln der *strict liability*-Doktrin werden i.d.R. auf die Mitte des 19. Jahrhunderts zurückgeführt.²⁷² Primär die Entscheidung *Regina v. Woodrow*²⁷³ von 1846 wird in England als Abkehr von der vorangehenden Lehre und damit als Ausgangspunkt einer neuen Entwicklung

269 Siehe dazu S. 238 ff.

270 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 198 (1995).

271 S. 313 ff.

272 SAYRE, 33 Colum. L. Rev. 55, 56 (1933); SAFFERLING, 374 f.; HÖRSTER, 25; SCHMID NIKLAUS, § 30 3.; GREENBERG/BROTMAN, 51 Am. Crim. L. Rev. 79, 79 (2014); WEIK, 241; SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 345 (1989). Damit ist die neue Form der *strict liability*, wie sie heute diskutiert wird, gemeint. Selbstverständlich gab es bereits in früheren Zeiten diverse Formen von strikter Verantwortlichkeit und Erfolgshaftungen; siehe zur weiter zurückliegenden historischen Entwicklung des *mens rea*-Erfordernisses im angelsächsischen Recht auch allg. GARDNER MARTIN, 1993 Utah L. Rev. 635, 635 ff., insb. 651 ff.

273 *R. v. Woodrow* [1846] 15 M. & W 404, 153 ER 907 (Exch.).

gesehen.²⁷⁴ Die mit der Industrialisierung einhergehende starke Zunahme des Regulierungsbedürfnisses aufgrund negativer Begleiterscheinungen führte in der Folge zu einer deutlichen Ausbreitung der Strafgesetzgebung. Durch die Industrialisierung entstand ein erhöhtes Bedürfnis, das Strafrecht nicht mehr nur zur Wahrung von Individual- sondern zunehmend auch von Kollektivinteressen einzusetzen und die Allgemeinheit vor den neu geschaffenen Risiken zu schützen, was eine schnell anwachsende Zahl neuer Gesetze mit sich brachte.²⁷⁵ Im Zuge dieser Entwicklung verzichteten die Gerichte immer häufiger auf den vollständigen Nachweis der inneren Tatseite, wenn die Vorschrift einen solchen nicht ausdrücklich anordnete, was primär mit pragmatischen Argumenten legitimiert wurde.²⁷⁶ Aber nicht nur die Expansion des Regelungsgegenstands in der neuen Industriegesellschaft, sondern auch die Verschiebung von der reinen Bestrafung schuldhafter Schadensherbeiführung hin zur vermehrten Risikoorientierung des Strafrechts, welche in immer mehr Fahrlässigkeits- oder auch Gefährdungsdelikten resultierte, muss mit der hier untersuchten Doktrin in Zusammenhang gebracht werden.²⁷⁷ Diese Entwicklung prägte das moderne Strafrecht, wie wir es heute kennen, massgeblich.

Inwiefern die Entwicklungen in Grossbritannien und den USA dabei parallel verliefen, ist umstritten. Diesbezügliche Veränderungen in den USA seien, so z.B. *Sayre*, erstaunlich unabhängig von den englischen Entscheidungen

274 Anstatt vieler z.B. QUIST, 32; SAYRE, 33 Colum. L. Rev. 55, 58 f. (1933); JEFFERSON, 127; kritisch zu dieser Geschichtsschreibung HÖRSTER, 25 f. mit dem Hinweis, es habe bereits vorher im ungeschriebenen *Common Law* Vorläufer der Rechtsfigur gegeben, auch wenn nicht davon gesprochen werden könne, dass sie damals bereits allg. anerkannt gewesen sei. Auch SULLIVAN G.R., 196, meint, in der Mitte des 19. Jh. sei die *strict liability* schon verbreitet gewesen. Anders SALAKO, 70 J. Crim. L. 531, 531 (2006), der festhält, dass die *strict liability* erst im späten 19. Jh. und nicht durch das besagte Urteil etabliert worden sei. Erst die Industrialisierung selbst habe die Figur hervorgebracht, während der vielzitierte *Sale of Food and Drugs Acts 1875* oder der *Public Health Act 1875* noch keine strikte Verantwortlichkeit enthalten hätten. Diese enthielten jeweils mind. eine sog. *defence of due diligence*, also eine Einrede, dass angemessen sorgfältig verfahren wurde; vgl. auch SIMESTER, *Appraising Strict Liability*, viii; SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 352 (1989).

275 BÄHR, 80; GREENBERG/BROTMAN, 51 Am. Crim. L. Rev. 79, 80 (2014); SULLIVAN G.R., 201; SAYRE, 33 Colum. L. Rev. 55, 67 (1933).

276 HÖRSTER, 26 und 30; zu dieser pragmatischen Legitimation siehe ferner nachfolgend S. 62 f. und S. 86 f.

277 Ähnlich HALL, 43 Colum. L. Rev. 967, 986 (1943); siehe zu den Gefährdungsdelikten auch S. 88 f.

gewesen.²⁷⁸ Die klassische These, dass das Bedürfnis der Lockerung des Schuldprinzips aufgrund der Auswirkungen der Industrialisierung entstanden sei, wird ab und zu auch mit eben diesem Hinweis relativiert, dass die Entwicklung in den USA und in Grossbritannien nicht wirklich parallel verlaufen sei.²⁷⁹ Die vermehrte Durchbrechung des Schuldprinzips wird jedoch i.d.R. auch in den USA auf einen Wandel in der Mitte des 19. Jahrhunderts zurückgeführt und in Zusammenhang mit der Industrialisierung bzw. einem damit einhergehenden sozialen und kulturellen Wandel gebracht.²⁸⁰ Andere argumentieren, in den USA sei bei der Entwicklung dieser Doktrin – gerade in Abgrenzung zur englischen Entwicklung – nicht primär das öffentliche Wohl im Zentrum gestanden, sondern eher die Moral und folglich die Kriminalisierung von Verhaltensweisen, die als moralisch anstössig galten, z.B. im Zusammenhang mit Minderjährigen.²⁸¹ Für diese These spricht, dass die Grundsätze des Schuldprinzips nicht nur im Rahmen der sog. *public welfare offences* gelockert wurden.²⁸² Jedoch ist dies auch in England durchaus der Fall: So ging es z.B. bei der vielzitierten Entscheidung *Prince*²⁸³ aus dem Jahre 1875 um einen Verstoss gegen den englischen *Offences Against the Person Act 1861*, bei welchem ein unter 16 Jahre altes und unverheiratetes Mädchen der Obhut ihrer Erziehungsberechtigten entzogen wurde. Durch die Strafandrohung von bis zu zwei Jahren konnte in diesem Fall nicht mehr nur von einem Bagatelldelikt – wie die Lockerungen zuvor oftmals gerechtfertigt wurden – gesprochen werden.²⁸⁴ Auch in den USA beschränkte sich die strikte Verantwortlichkeit keineswegs nur auf sog. *regulatory offences*,²⁸⁵ sondern kam und kommt nach wie vor z.B. auch bei

278 SAYRE, 33 Colum. L. Rev. 55, 62 (1933); anders aber z.B. QUIST, 32.

279 WEIK, 241 f.

280 So z.B. BÄHR, 46; GREENBERG/BROTMAN, 51 Am. Crim. L. Rev. 79, 79 f. (2014); SAYRE, 33 Colum. L. Rev. 55, 67 (1933); siehe dazu auch die Ausführungen des Gerichts in *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246, 251 ff. (1952). Auf welches Gerichtsurteil die Verbreitung der Doktrin genau zurückzuführen ist, ist hier jedoch nicht ganz eindeutig; für BÄHR, 48, kann der Ursprung auf die Entscheidung *Commonwealth v. Boynton*, 84 Mass. 160, 2 Allen 160 (1861) (*Massachusetts*) zurückgeführt werden. Der Angeklagte wurde in diesem Fall wegen dem Verkaufen von Alkohol verurteilt, ohne aber gewusst zu haben, dass das Getränk alkoholhaltig war.

281 SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 339 (1989); WEIK, 241 f.

282 Zu den *public welfare offences* sogleich S. 71 ff.

283 *Prince* [1875] 2 CCR 154.

284 HÖRSTER, 27 f.

285 Zu diesem Begriff sogleich mehr auf S. 71 ff.

Sexual- und Personenstandsdelikten zum Einsatz.²⁸⁶ Es kann allgemein festgehalten werden, dass die US-amerikanischen Gesetzgeber und Gerichte die Doktrin deutlich weitergehend gewähren liessen und lassen, während ihre britischen Pendant die *mens rea presumption* wenn auch nicht durchgehend, so doch vermehrt hervorhoben und in den allermeisten Fällen zumindest Verteidigungseinreden zuliessen.²⁸⁷ Trotzdem könne auch in den USA nicht davon die Rede sein, dass Verurteilungen aufgrund von strikter Verantwortlichkeit zu dieser Zeit den Normalfall darstellten oder dass unschuldigen Tätern keinerlei Möglichkeiten offen gestanden hätten, einer Strafe zu entgehen.²⁸⁸

Ihren Höhepunkt erreichte die *strict liability*-Doktrin wohl in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts.²⁸⁹ Allgemein ist es schwierig, eine klare Trendlinie auszumachen. Die Entwicklung der Entscheidungen zur *strict liability* war weder in England noch in den USA konsistent, u.a. auch deshalb, weil die Gerichte in den jeweiligen Einzelfällen dennoch versuchten, Fälle offensichtlicher Ungerechtigkeit zu vermeiden.²⁹⁰ Allerdings habe sich die Verbreitung der *strict liability* seit den 1970er-Jahren gemäss *Singer* zumindest verlangsamt.²⁹¹

3. Identifikation des Mens Rea-Erfordernisses

Da der Gesetzgeber meistens nicht von Beginn weg explizit festhält, ob es sich beim entsprechenden *statute* um eines mit oder ohne *strict liability* handelt, stellt sich die Frage, wie Gerichte im Laufe der Geschichte festgestellt haben und auch noch heute feststellen, ob es sich bei einem Delikt um eine solche handelt oder nicht. In den Fällen, in denen die Parlamente ihre Aufgabe ordentlich erfüllt haben, sollte in der Regel wenig Zweifel zurückbleiben, ob es sich bei einem Delikt um ein Delikt strikter Verantwortlichkeit handelt. Wenn *mens rea* erforderlich ist, ist das regelmässig explizit durch die Verwendung von Begriffen wie „vorsätzlich“, „willentlich“ oder „wissentlich“ angezeigt. Umgekehrt kann auch ein Verzicht auf dieses Erfordernis explizit

286 BÄHR, 52; SULLIVAN G.R., 196; zu den weiteren Anwendungsbereichen siehe S. 68 ff.

287 Das gleiche gelte auch für Australien und Kanada, wo die *strict liability* in der zweiten Hälfte des 20. Jh. durch die Gerichte mehr und mehr verdrängt wurde; siehe zu den aktuelleren Entwicklungen in verschiedenen *Common Law*-Jurisdiktionen ausführlich SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 374 ff. (1989).

288 SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 340 (1989).

289 HÖRSTER, 29.

290 FARMER, 185.

291 SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 338 f. (1989).

angezeigt werden.²⁹² Allerdings äussern sich viele Gesetzesbestimmungen nicht ausdrücklich über das *mens rea*-Erfordernis und überlassen den Gerichten die Entscheidung bzw. die Aufgabe, diese Frage mittels Auslegung zu klären.²⁹³ Diese Aufgabe erweist sich für die Gerichte oftmals als schwierig, da einerseits weitgehend einheitliche Auslegungsinstrumente fehlen und andererseits der Gesetzgeber selten klare Prinzipien bei der Einführung von *strict liability*-Elementen zu erkennen gibt.²⁹⁴

Bereits früh hatten sich Gerichte deshalb mit der Frage zu beschäftigen, ob sie das Schuldverfordernis in ein Gesetz hineinzulesen haben, wenn sich der Gesetzgeber nicht dazu äusserte. Es zeigt sich bei der Analyse des Geschichtsverlaufs, dass die Gerichte zunächst auch bei den *statutory offences* die aus den Zeiten des *Common Law* vertraute Auslegungsregel beibehielten, dass das *mens rea*-Erfordernis als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal immer zu berücksichtigen sei, dann aber gegen Ende des 19. und der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts gehäuft davon abkamen und die Bestimmungen mehr und mehr wörtlich auslegten.²⁹⁵ In der wegweisenden Entscheidung *Sweet v. Parsley*²⁹⁶ aus dem Jahr 1970 hat das englische *House of Lords* sodann die grundsätzliche Bedeutung des Schuldprinzips herausgestrichen und ferner den bis heute gültigen Grundsatz aufgestellt, dass grundsätzlich eine Vermutung für ein vollumfängliches *mens rea*-Erfordernis besteht (*presumption of mens rea*).²⁹⁷ Da, wo eine Bestimmung sich nicht zur inneren Tatseite äussere, solle also stets angenommen werden, dass das Schuldprinzip vollumfänglich Geltung beanspruche.²⁹⁸ Auch in den USA hat der oberste Gerichtshof einige Vermutungen zugunsten des Schuldprinzips vorgesehen, wenn auch nicht so eindeutige. U.a. wurde festgehalten, dass eine solche Vermutung im Zusammenhang mit den *public welfare* oder *regulatory offences* nicht anwendbar sei. Ferner wird bei der Gesetzesinterpretation regelmässig beachtet, ob

292 ALLEN, Textbook, 110; KEATING ET AL., 228. Gemäss SALAKO, 70 J. Crim. L. 531, 532 (2006), hat sich das Abstellen auf diesen Wortgebrauch in Hinblick auf die Eruiierung des *mens rea*-Erfordernisses jedoch regelmässig als unergiebig erwiesen.

293 ALLEN, Textbook, 110.

294 BROWN, 75 Law & Contemp. Probs. 109, 110 ff. (2012).

295 So BÄHR, 32.

296 *Sweet v. Parsley* [1970] AC 132; siehe eine kurze Zusammenfassung dieses Falls bei JEFFERSON, 128.

297 HÖRSTER, 29 f. In neuerer Tendenz wenden jedoch zumindest die englischen Gerichte die Rechtsfigur der *strict liability* weniger häufig an und verlangen im Zweifelsfall zunehmend den vollen Nachweis der *mens rea*; HÖRSTER, 108.

298 ALLEN, Textbook, 111.

es sich um ein Delikt des ungeschriebenen oder des geschriebenen Rechts handle, ob die Härte der Strafe eine strikte Verantwortlichkeit nahelege und ob der intendierte Gesetzeszweck eher vergeltend oder präventiv sei.²⁹⁹

4. Rechtfertigung und Kritik der Doktrin

4.1 Argumente für die Strict Liability

Wie noch genauer zu beleuchten sein wird, wird die *strict liability*-Doktrin hauptsächlich mit Argumenten der Prävention und der Effizienz legitimiert.³⁰⁰ Die immer weitere Ausdehnung der Doktrin liess sich vor allem unter dem Label des sog. *public welfare*, also dem Schutze des „öffentlichen Wohls“ leicht begründen.³⁰¹ Neben der erhöhten Sicherheit für die Allgemeinheit, welche sich durch den nachgesagten abschreckenden Effekt dieser Delikte ergeben würde, sei ferner die Effizienz der Behörden nur so zu gewährleisten.³⁰² Gerade in den Bereichen der Massendelinquenz sei es gemäss Befürwortern der Doktrin unzumutbar, den Gerichten und Strafverfolgungsbehörden die Last aufzuerlegen, im Einzelfall die innere Einstellung des Täters zu berücksichtigen.³⁰³ Aber auch im Rahmen der Unternehmensstrafbarkeit, bei der die strikte Verantwortlichkeit oft vorgesehen ist, würden sich Vorteile ergeben, da sich einerseits der Schuldnachweis da als besonders schwierig erweise und andererseits in diesem Bereich speziell grosse Gefahren für die Öffentlichkeit bestehen würden. Hinzu komme auch die Tatsache, dass hier die strikte Verantwortlichkeit leichter gerechtfertigt werden könne, da Strafen für Unternehmen weniger Stigmatisierung mit sich bringen würden.³⁰⁴ Die Verteidiger der Rechtsfigur, darunter immerhin der amerikanische Bundesgerichtshof, halten fest, dass

299 Siehe übersichtlich THOMPSON, 2 ff. mit entsprechenden Rechtsprechungsnachweisen; ähnlich auch schon SAYRE, 33 Colum. L. Rev. 55, 72 (1933).

300 Siehe anstatt vieler den Überblick bei HÖRSTER, 60 ff. und 70 ff.; dazu auch detaillierter S. 86 ff.

301 So sieht z.B. WOOTTON, 47 und 50 f., es als Aufgabe des Strafrechts an, sozial schädliche Handlungen zu verhindern. Es wäre nun absurd, wenn man bei unachtsamen, fahrlässigen oder auch unfallbedingten Schäden ein Auge zudrücken würde. Gerade in der modernen Welt werde viel mehr Schaden durch solche unbewusste Sorgfaltspflichtverletzungen angerichtet als durch vorsätzliche Bosheit; kritisch zu dieser Haltung BÄHR, 129 f.

302 ALLEN, Textbook, 119.

303 BÄHR, 131; BLOMSMA/ROEF, Mens Rea, 152.

304 SIMESTER ET AL., 190.

nur dank dieser Deliktskategorie der notwendige regulatorische Charakter des Strafrechts überhaupt aufrechterhalten werden könne.³⁰⁵

Kritiker sehen in Effizienzüberlegungen keine ausreichende Legitimation für einen Verzicht auf die grundlegenden Prinzipien der Moral und der Gerechtigkeit.³⁰⁶ Die pragmatische Rechtfertigung der strikten Verantwortlichkeit basiert hingegen auf der Position, dass die im Schuldprinzip zum Ausdruck kommende Gerechtigkeitsidee hinter den gemeinschaftlichen Interessen zurückzutreten habe und Präventions- und Effizienzüberlegungen in diesen Fällen höher zu gewichten seien.³⁰⁷ Oftmals wird auch generell angenommen, dass bei bestimmten objektiv festgestellten Gesetzesverstößen zumeist auch in subjektiver Hinsicht irgendein Verschulden vorliege und durch die strikte Verantwortlichkeit nur eine zu weite „Auffächerung des Geschehens“ und komplizierte Nachweiserfordernisse verhindert werde, dass es dabei in der Praxis aber nur selten zu Ungerechtigkeiten komme.³⁰⁸ In der Tat darf bei der vorliegenden Analyse die bereits ausgemachte Tendenz nicht vernachlässigt werden, dass pragmatischen Argumenten in der angelsächsischen Rechtswelt viel mehr Raum eingeräumt wird als theoretischen Überlegungen. Die Kriminalisierung von Verhaltensweisen wird dabei regelmässig durch die „Notwendigkeiten des Augenblicks“ geleitet und generelle Prinzipien treten in den Hintergrund.³⁰⁹ Dies erklärt auch die permanente Ausweitung der Doktrin, gab es doch fast immer eine solche „augenblickliche Notwendigkeit“. Entsprechend zeigt sich hier auch deutlich die Konsequenz der Abwesenheit eines kodifizierten Allgemeinen Teils des Strafrechts im angelsächsischen Recht, wie ihn deutschsprachige Rechtsordnungen kennen und welcher geradezu dazu zwingt, sich in Gesetzgebung und Rechtsprechung immer wieder mit grundlegenden Fragestellungen auseinanderzusetzen.³¹⁰

4.2 Kritik an der Rechtsfigur

In der Literatur finden sich trotz der konstanten Verbreitung der Doktrin zahlreiche Kritiker, gemäss welchen nicht nur die präventive Wirkung der

305 LARKIN, 37 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 1065, 1081 (2014).

306 Siehe so z.B. SALAKO, 70 J. Crim. L. 531, 535 (2006).

307 BURKHARDT, GA 1976, 337 f.; SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 389 (1989).

308 HÖRSTER, 20.

309 So BÄHR, 89.

310 WILLIAMS GLANVILLE, 286; BÄHR, 89.

strict liability zu bestreiten sei,³¹¹ sondern welche ferner eine Strafe unabhängig des persönlichen Verschuldens für mit den Prinzipien des Strafrechts unvereinbar halten.³¹² Die *strict liability* hat von der akademischen Welt praktisch ausschliesslich und fortwährend harsche Kritik einstecken müssen.³¹³ Eine Strafbarkeit unabhängig vom persönlichen Verschulden sei weder mit vergeltungs- noch mit präventionsorientierten Straftheorien vereinbar und Verurteilungen aufgrund einer strikten Verantwortlichkeit seien darüber hinausgehend sogar dazu geeignet, die eigentlichen Strafzwecke zu torpedieren.³¹⁴ Diese Kritik ist bei den schwereren Straftaten, welche mit einem erhöhten Stigma einhergehen, verschärft vorzufinden.³¹⁵ Gemäss vielen Autorinnen und Autoren müsse aber auch im Bereich des Übertretungsstrafrechts das Schuldprinzip vollends eingehalten werden, da ansonsten der einzigartige Charakter der strafrechtlichen Sanktion verwässert werde.³¹⁶ Auch Effizienzüberlegungen und Wirtschaftlichkeitsargumente dürften Grundsätze der Gerechtigkeit und der individuellen Fairness nicht zurücktreten lassen.³¹⁷ Trotz detaillierter Auseinandersetzung mit der Doktrin und ihren Anwendungsbereichen verbleibt im Allgemeinen eine weitläufige Intoleranz ihr gegenüber, vor allem bei Vertreterinnen und Vertreter der Strafrechtsphilosophie.³¹⁸

Das angelsächsische Recht habe gemäss Kommentatoren „immer Wege gefunden, die Strenge der strikten Verantwortlichkeit zu mildern“.³¹⁹

311 So z.B. von WASSERSTROM, 12 Stan. L. Rev. 731, 731 f. (1960); SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 403 (1989); SIMESTER ET AL., 192; siehe zu dieser Diskussion auch nachfolgend S. 86 ff.

312 So z.B. TADROS, 73 f.; WEIK, 255; SIMESTER ET AL., 193.

313 MICHAELS ALAN, 223 Harv. L. Rev. 828, 831 (1999) m.w.N.; LARKIN, 37 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 1065, 1079 (2014); WASSERSTROM, 12 Stan. L. Rev. 731, 731 (1960); SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 403 ff. und passim (1989).

314 LARKIN, 37 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 1065, 1079 f. (2014); SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 403 (1989); SIMESTER ET AL., 192.

315 So z.B. bei SIMESTER, *Is Strict Liability Always Wrong?*, 21, gemäss dem die strikte Verantwortlichkeit bei „*stigmatic crimes*“ nie zu rechtfertigen sei; oder auch schon bei SAYRE, 33 Colum. L. Rev. 55, 79 (1933), der in der Übernahme der gerichtlichen Argumentation in den Fällen der *public welfare offences* in den Bereich schwererer Straftaten bereits früh eine Gefahr erkannte.

316 So z.B. SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 405 (1989).

317 ASHWORTH/HORDER, *Principles*, 165.

318 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 189 (1995) m.w.N.

319 Dies sei sogar im Mittelalter der Fall gewesen, als die *strict liability* „ausufernd“ gewesen sei; so HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 193 (1995) mit Verweis auf GARDNER

Es könne aber – so die Kritiker – nicht angehen, dass es dem einzelnen Staatsanwalt oder der Richterin überlassen werde, im Einzelfall für Gerechtigkeit zu sorgen. Vielmehr müsse bereits die Gesetzesgrundlage die Strafbarkeitsvoraussetzungen klar definieren.³²⁰ Auch das von Befürwortern häufig vorgebrachte Argument der Trivialität wird bestritten. Gemäss diesem Argument seien die verminderten Anforderungen an die Strafbarkeitsvoraussetzungen aufgrund der tiefen Strafrahmen und eines fehlenden damit einhergehenden Stigmas zu rechtfertigen.³²¹ Nicht nur ist dies allerdings nicht für alle Delikte mit strikter Verantwortlichkeit zutreffend – man denke z.B. an die *felony murder rule* –,³²² sondern kann diese Argumentation der Befürworter der Doktrin auch grundsätzlich infrage gestellt werden: Wenn die Strafe so trivial sei, so stelle sich die Frage, ob sie überhaupt irgendeinen präventiven Effekt mit sich bringe und damit einen Nutzen, welcher eine strafrechtliche Verfolgung rechtfertigen würde.³²³ *Strict liability offences* seien gemäss den Kritikern also „inhärent schändlich“ und „irrationale legislatorische oder richterliche Fehlgriffe“.³²⁴ Wenn überhaupt, sei eine strikte Verantwortlichkeit nur für Bagatelldelikte tolerierbar, wobei auch da nicht einzusehen sei, warum nicht mindestens eine Einrede der angemessenen Sorgfalt (*due diligence defence*) vorgesehen werden könne.³²⁵

Diese auch prominent vorgebrachte Kritik hat allerdings nichts am Umstand geändert, dass sich die Doktrin nicht nur halten, sondern im Laufe der Zeit fortwährend ausbreiten konnte.³²⁶ Verschiedene Auswege aus der Problematik der *strict liability offences* werden immer wieder thematisiert: So werden die generelle Einführung einer Einrede angemessener Sorgfalt oder die Nutzbarmachung der unbewussten Fahrlässigkeit (*negligence*) als gangbarer Mittelweg vorgeschlagen.³²⁷ Andererseits könne auch anderswo angesetzt werden und das Label „kriminell“ könne diesen Delikten abgesprochen werden bzw. nur noch von „zivilen“ oder „administrativen“ Sanktionen gesprochen

MARTIN, 1993 Utah L. Rev. 635, 652 ff.

320 SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 404 (1989); LEIGH, 85.

321 So z.B. WECHSLER, 65 Harv. L. Rev. 1097, 1109 (1952); kritisch gegenüber diesem Argument SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 394 ff. (1989); BÄHR, 118 ff.

322 Zur *felony murder rule* ausführlich S. 340 ff.

323 Vgl. SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 396 (1989).

324 So z.B. WASSERSTROM, 12 Stan. L. Rev. 731, 745 (1960).

325 CARSON, 33 Mod. L. Rev. 396, 396 (1970).

326 MICHAELS ALAN, Constitutional Limits, 221.

327 So z.B. von SIMESTER ET AL., 192; siehe zu dieser Diskussion auch die Reformvorschläge auf S. 411 ff.

werden.³²⁸ Ferner wird angeführt, dass dieser Art von Vorschriften – gerade im Bereich der *public welfare offences* – viel besser durch zivilrechtliche Regelungen begegnet werden könnte, welche anderen Massstäben hinsichtlich des Beweises eines Verschuldens unterliegen würden.³²⁹

Während die kritische Stimmen oftmals bei der allg. Feststellung verweilen, dass die Verurteilung und Bestrafung Unschuldiger ungerecht sei, haben sich doch zahlreiche Autorinnen und Autoren damit auseinandergesetzt, ob es dabei Abstufungen gebe und ob die Rechtsfigur wirklich in allen Fällen nicht zu legitimieren sei.³³⁰ In der Tat ist es für eine Beurteilung der Legitimität der strikten Verantwortlichkeit unerlässlich, der Doktrin zunächst detaillierter auf den Grund zu gehen bzw. zu eruieren, warum sie sich in diesen Rechtsordnungen – gerade trotz anhaltender scharfer Kritik – so lange halten konnte und ferner, inwiefern diese Lockerungen des Schuldprinzips tatsächlich eine Gefahr für die Stabilität und Legitimität des Strafrechtssystems darstellen.³³¹

4.3 Verfassungsmässigkeit der *Strict Liability* und Vereinbarkeit mit dem internationalen Recht

Die Frage der Verfassungsmässigkeit der *strict liability offences* war und ist sowohl in den USA als auch in Grossbritannien immer wieder Gegenstand von Kontroversen, zumal das Schuldprinzip grundsätzlich Geltung beansprucht. Der amerikanische *Supreme Court* hat bereits im Jahre 1910 über diese Frage befinden müssen.³³² Das Gericht bejahte daraufhin die Vereinbarkeit der strikten Verantwortlichkeit mit der Verfassung und betonte, der Gesetzgeber habe dabei seine legitime Ordnungsgewalt ausgeübt. Die *public policy* könne solche strikte Verantwortlichkeiten erfordern, auch wenn das im Einzelfall hart sein könne.³³³ Dem dauerhaften Protest der wissenschaftlichen Kommentatorinnen und Kommentatoren zum Trotz, haben die US-amerikanischen Gerichte und Gesetzgeber die Doktrin deshalb nicht als verfassungswidrig und damit unanwendbar erklärt, was den Fortbestand

328 SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 405 (1989); zu diesen Vorschlägen siehe die Ausführungen auf S. 106 ff.

329 KADISH, 30 U. Chi. L. Rev. 423, 442 (1963).

330 So z.B. SIMESTER, *Is Strict Liability Always Wrong?*, 21 ff.

331 Dazu ausführlich Teil 4 (S. 311) und insb. S. 408 ff.

332 Siehe *Shevlin-Carpenter Co. v. Minnesota*, 218 U.S. 57 (1910).

333 BÄHR, 56.

der *strict liability offences* bis heute sicherte.³³⁴ Dennoch wurden der Doktrin gewisse Grenzen gesetzt, ohne aber die Anwendung vollständig zu untersagen.³³⁵ Der amerikanische *Model Penal Code* löst das Problem vordergründig so, dass er zwischen „echten Straftaten“ (*crimes*) und „Übertretungen“ (*violations*) differenziert und *strict liability* nur bei letzteren zulässt.³³⁶ Auch das Musterstrafgesetzbuch wendet sich also nicht ganz von der Doktrin ab, auch wenn sich seine Verfasserinnen und Verfasser offiziell um deren Einschränkung bemüht hätten und sich als Verfechter des Schuldprinzips präsentierten.³³⁷ Auch diese grundsätzlich kritische Haltung des *Model Penal Codes* hat die Praxis jedoch nicht abgehalten, die *strict liability* weiterhin zuzulassen und keineswegs zu verbannen.³³⁸ Entsprechend bestätigt sich der Eindruck, dass dieses „Mustergesetzbuch“, trotz allem theoretischen Wert, eher von bescheidenem praktischem Einfluss geblieben ist, zumindest was die hier untersuchte Thematik betrifft.

In England hat das *House of Lords* das Schuldprinzip zu Beginn des 21. Jahrhunderts erneut als verfassungsmässig garantiert verkündet.³³⁹ Allerdings gebe es, so *Ashworth*, eine lange Tradition im Finden von Ausnahmen von diesem Prinzip.³⁴⁰ Es wird auch diskutiert, ob die EMRK den britischen Lockerungen des Schuldprinzips Einhalt gebieten und einen restriktiven Effekt haben könnte.³⁴¹ Inwiefern das Schuldprinzip ein unumstösslicher Bestandteil der europäischen Strafrechtstradition ist und durch die in Art. 6 Abs. 2 EMRK verankerte Unschuldsvermutung garantiert ist, ist allerdings

334 Vgl. MICHAELS ALAN, 223 Harv. L. Rev. 828, 901 (1999).

335 MICHAELS ALAN, 223 Harv. L. Rev. 828, 829 ff. (1999); *ders.*, Constitutional Limits, 221 f.; *Michaels* eruiert in diesen US-amerikanischen Entscheidungen des *Supreme Courts* jedoch ein implizites Prinzip, das er „*constitutional innocence*“ nennt. Danach seien *strict liability offences* nur dann verfassungskonform, wenn die Erfüllung der anderen Tatbestandsmerkmale des Delikts (die der strikten Verantwortlichkeit ausgenommen) auch schon für sich alleine genommen strafbar wären. Allerdings ist dieses Prinzip nicht wirklich anerkannt und die diversen Urteile zur strikten Verantwortlichkeit lassen ein solches kaum erkennen.

336 Siehe dazu BÄHR, 77 f.

337 BÄHR, 78 f.; SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 380 (1989).

338 SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 388 (1989).

339 Siehe die Urteile *B v. DPP* [2000] 2 AC 428 und *K* [2002] 1 Cr App R 121, [2002] 1 AC 462.

340 ASHWORTH, Handbook, 537.

341 MICHAELS ALAN, Constitutional Limits, 236; SULLIVAN G.R., 197; siehe zur Vereinbarkeit der Doktrin mit der EMRK auch allg. HÖRSTER, 113 ff.; KEATING ET AL., 239 ff.

umstritten.³⁴² Auch wenn diese Bestimmung auf den ersten Blick hauptsächlich die prozessuale Seite des *nulla poena sine culpa*-Prinzips sichert, wird damit trotzdem impliziert, dass nur bei Vorliegen einer strafbegründenden Schuld eine Strafe verhängt werden darf.³⁴³ Allerdings ist die Frage, wie weit dieser Schuldnachweis gehen muss, unklar und divergiert von Rechtsordnung zu Rechtsordnung offensichtlich deutlich. Der EGMR musste sich im Jahr 1988 mit einem Fall³⁴⁴ auseinandersetzen, in dem die Vereinbarkeit einer französischen Zollvorschrift, welche die Strafbarkeit ohne Schulderfordernis allein an den Besitz verbotener Ware knüpfte, mit Art. 6 Abs. 2 EMRK zu prüfen war und hielt grundlegend fest, dass die Unschuldsvermutung einen materiellen Kern enthalte, der den nationalen Gesetzgebern bei der Ausgestaltung von Straftatbeständen Grenzen setze. Das Gericht blieb aber in Bezug auf diese Grenzen eher vage.³⁴⁵ Dass die Umsetzung der EMRK die *strict liability* des englischen Rechts ein für allemal verbannen könnte, ist eher zu bezweifeln, auch wenn ein Einfluss – z.B. im Rahmen erhöhter Mindestanforderungen – nicht per se unvorstellbar ist und der internationale Druck eine Entwicklung in diese Richtung begünstigen könnte.³⁴⁶

5. Anwendungsbereiche: Zwischen Public Welfare und Kernstrafrecht

5.1 Überblick: Die Weitläufigkeit des Phänomens

Das Phänomen der strikten Verantwortlichkeit erfasst das angelsächsische Recht, wie bereits ausgeführt, so weitläufig, dass eine simple Kategorisierung oder Fallgruppeneinteilung unmöglich scheint. Alle später noch zu

342 Siehe dazu z.B. SCHAUT, 219 f.; VOGEL, Subjektive Zurechnung, 138; SALAKO, 70 J. Crim. L. 531, 540 f. (2006); KEATING ET AL., 239. Ferner könne auch das Legalitätsprinzip und das in Art. 7 Abs. 1 EMRK enthaltene Rückwirkungsverbot das Schuldprinzip absichern und auch Abs. 2 derselben Bestimmung nehme deutlich auf ein „Sich-Schuldig-Machen“ Bezug; so JUHÁSZ, 129 f. *Strict liability offences* könnten zudem auch als Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) betrachtet werden; TULLY, 93 ff.

343 So JUHÁSZ, 129 f. Inwieweit diese Norm sich zu einem materiellen Schuldgrundsatz verdichten lässt, ist jedoch nicht ganz eindeutig und umstritten; siehe dazu SCHAUT, 220 ff.; STREE, In dubio pro reo, 16; FRISTER, Schuldprinzip, 89 ff.; LEIPOLD, 132; STUCKENBERG, 52 f.; APPEL, 538 f.; TULLY, 93 ff.

344 *Salabiaku v. Frankreich*, EGMR Urteil vom 7.10.1998, Serie A, Nr. 141-A.

345 SCHAUT, 220 ff.

346 SULLIVAN G.R., 201.

skizzierenden Einteilungsversuche der verschiedenen Anwendungsbereiche, inkl. des Hinweises, es handle sich bei diesen Delikten um *public welfare offences* oder *mala prohibita*, schlagen angesichts der Vielzahl der als strikt bezeichneten Konstruktionen und der Unzulänglichkeit dieser Begriffe fehl.³⁴⁷ Entsprechend scheinen Fallgruppeneinteilungen auf den ersten Blick mühsig.³⁴⁸ Wie zu zeigen sein wird, lohnt sich vielmehr eine Kategorisierung der verschiedenen Delikte hinsichtlich der Art der Lockerung des Schuldprinzips durch die jeweiligen Straftatbestände, da eine solche für die Beurteilung der Legitimität einen geeigneteren Raster liefern kann.³⁴⁹ Einen abschliessenden Überblick über alle Bereiche, bei denen solche Konstruktionen in den verschiedenen Staaten des *Common Law*s zur Anwendung kommen, ist hingegen geradezu unmöglich. Trotzdem ist es für die Einordnung der Doktrin unumgänglich, die Hauptbereiche und typischen Erscheinungsformen aufzulisten, bei welchen solche *strict liability offences* zum Tragen kommen, gerade auch um aufzuzeigen, dass es nicht „die eine“ *strict liability* gibt.³⁵⁰

In Abhandlungen über die hier untersuchte Doktrin werden unweigerlich zahlreiche Beispiele von *strict liability offences* aufgelistet. Diese Beispiele sind i.d.R. so gewählt, dass sie einerseits einen deskriptiven, andererseits aber auch einen nicht zu vernachlässigenden argumentativen Nutzen aufweisen. Trotzdem wird von den Autorinnen und Autoren meistens auf real existierende Fälle verwiesen, um darzustellen, was in der realen Welt existiert und nicht lediglich auf die potenziellen Möglichkeiten der strikten Verantwortlichkeit.³⁵¹ Entsprechend können die in Kommentaren häufig angeführten Beispiele sehr wohl als Indikator für die Praxisrelevanz einzelner Anwendungsbereiche dienen, sind aber dennoch stets mit Vorsicht zu geniessen. Gemäss der Analyse von *Husak* gehören zum Kreise der am meisten angeführten Beispiele (1) Strassenverkehrsdelikte wie Geschwindigkeitsüberschreitungen, (2) die sogleich noch zu besprechende Kategorie der sog. *public welfare offences*, so z.B. der Verkauf verdorbener Nahrungsmittel oder (3) Sittlichkeits- und Sexualdelikte in Zusammenhang mit Minderjährigen.³⁵² Insgesamt kann festgehalten werden, dass die *strict*

347 Siehe zu dazu auch die Ausführungen auf S. 103 ff.

348 Dazu auch SAFFERING, 375 f.

349 Siehe die Diskussion verschiedener Kategorisierungsversuche auf S. 313 ff.; zum hier entwickelten eigenen Vorschlag siehe S. 326 ff.

350 Ähnlich auch HÖRSTER, 22.

351 So auch HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 192 (1995).

352 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 192 (1995).

liability in einem Grossteil der Straftatbestände, welche das Wirtschaftsleben, den Verkehr oder andere öffentliche Aktivitäten reglementieren, weit verbreitet ist.³⁵³

5.2 Allgemeine Verbreitung der *Strict Liability*

Die Meinungen darüber, wie bedeutend die Doktrin in der Rechtspraxis konkret ist, gehen zwar auseinander, eine weite Verbreitung des Phänomens ist aber offensichtlich.³⁵⁴ Schätzungen zum genauen Ausmass variieren z.T. jedoch beträchtlich. So sei die die *strict liability* dem englischen Kernstrafrecht gemäss Hörster beinahe ausnahmslos fremd.³⁵⁵ Viele Autoren behaupten hingegen, dass gar mehr als die Hälfte aller Straftatbestände des Kernstrafrechts und die deutliche Mehrheit der mit kleinen Strafen bedrohten Delikte mind. ein *strict liability*-Element enthalten würden.³⁵⁶ Entsprechend handle es sich dabei nicht um „fremde Eindringlinge“, sondern vielmehr um einen „Grossteil des Strafrechtsgebildes“.³⁵⁷ Diese grosse Differenz lässt sich auch damit erklären, dass das Phänomen enger oder weiter gefasst werden kann, verschiedene Begriffsbestimmungen vorliegen und gewisse Variationen nicht von allen Autorinnen und Autoren als strikte Verantwortlichkeit bezeichnet werden, auch wenn sie das Schuldprinzip berühren.³⁵⁸

Eine ähnliche Schätzung für das US-amerikanische Recht und das Recht der einzelnen Bundesstaaten anzustellen gestaltet sich praktisch unmöglich. So soll es nur schon im Bundesrecht rund 4450 Gesetzesbestimmungen und mehr als 300'000 Bestimmungen in Verordnungen geben, welche ein Verhalten als strafbar erklären.³⁵⁹ Wie viele davon Elemente einer strikten Verantwortlichkeit enthalten, lässt sich kaum eruieren. Man kann aber ebenfalls davon ausgehen, dass diese Delikte einen relevanten Teil des Strafrechts ausmachen und deshalb nicht zu Unrecht Gegenstand zahlreicher politischer Debatten sind. Überhaupt darf die Relevanz dieser sog. *mens rea debate* für

353 SULLIVAN BOB, 29; KEATING ET AL., 227.

354 WEIK, 239.

355 HÖRSTER, 16.

356 Wobei es insgesamt rund 11'000 Straftatbestände im englischen Recht geben soll; siehe zu diesen Schätzungen ASHWORTH/BLAKE, 1996 Crim. L.R. 306, 307; ASHWORTH/HORDER, Principles, 127 f.; BLOMSMA/ROEF, Mens Rea, 152 f.; KEATING ET AL., 227 Fn. 1; JEFFERSON, 122.

357 So JEFFERSON, 122.

358 Zu den verschiedenen Begriffsverständnissen siehe bereits S. 54 ff. und die Analyse der Variationen in Teil 4 (S. 311 ff.).

359 LARKIN, 37 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 1065, 1091 (2014).

die gesamte US-amerikanische Kriminalpolitik keineswegs unterschätzt werden.³⁶⁰

5.3 Public Welfare und Regulatory Offences

Eine gängige These besagt, dass die *strict liability offences* hauptsächlich im Bereich sog. *public welfare offences*, also bei Delikten gegen das „öffentliche Wohl“, anzutreffen seien. Sayre definiert in seiner vielzitierten Abhandlung über die Geschichte der *public welfare offences* diese Straftaten als Gruppe von „Polizeidelikten“ (*police offences*) und „öffentlichen Ärgernissen“ (*criminal nuisances*), welche unabhängig vom subjektiven Tatbestand des Täters verfolgt werden könnten.³⁶¹ Bei diesen weit verbreiteten Vergehen mit nur geringer Strafandrohung sei es für die Gerichte leicht gewesen, über den Beweis des subjektiven Tatbestands hinwegzusehen und sich über die Interessen von Unschuldigen hinwegzusetzen.³⁶² Sayre stellt zwei Kriterien auf, die eine Zuordnung eines Delikts zu dieser Kategorie erlauben würden. Einerseits sei der Charakter des Delikts zu begutachten: Straftaten, bei denen die Bestrafung und Besserung des Täters im Zentrum stünden, erforderten i.d.R. den Nachweis einer inneren Tatseite. Polizeidelikte mit primär regulatorischer Funktion könnten hingegen auch ohne Verschuldensmoment verfolgt werden. Das zweite Kriterium stelle die Strafandrohung dar: Werde ein hohes Strafmass oder sogar eine Gefängnisstrafe vorgesehen, sei der Nachweis des persönlichen Verschuldens unverzichtbar.³⁶³

Diese *public welfare offences*, welche auch als *regulatory offences* oder *technical offences* bezeichnet werden, erfordern im angelsächsischen Recht in der Tat regelmässig keinen vollen Nachweis der subjektiven Tatseite.³⁶⁴ Wie bei genauerer Betrachtung der Anwendungsbereiche ferner ersichtlich wird, sind entsprechend tatsächlich viele der *strict liability offences* – wenn auch nicht ausschliesslich –³⁶⁵ zu weiten Teilen in diesem sog. *regulatory law* anzutreffen, wo der Schwerpunkt der Gesetzgebung auf der Erhaltung von Sicherheits- und Hygienestandards, des Umwelt- und Arbeitsschutzes und ähnlichen öffentlichen Anliegen liegt und darüber hinaus häufig auch juristische und

360 Siehe auch nachfolgend S. 79 ff.

361 SAYRE, 33 Colum. L. Rev. 55, 56 (1933).

362 SAYRE, 33 Colum. L. Rev. 55, 68 (1933).

363 QUIST, 101 f. über die Ausführungen von SAYRE, 33 Colum. L. Rev. 55, 70 ff. (1933).

364 NORRIE, 83; DUFF ET AL., *Criminalization*, 3.

365 Zu den anderen Anwendungsbereichen siehe sogleich S. 76 ff.

nicht natürliche Personen im Fokus der Strafverfolgung stehen.³⁶⁶ So dienten z.B. die Fabrikgesetze, welche den Beginn der Entwicklung der Doktrin im 19. Jahrhunderts prägten, vor allem dem Zweck, die Arbeiter in den Fabriken zu schützen und die strafbare Verantwortlichkeit der Arbeitgeber zu ermöglichen.³⁶⁷ Allerdings sei die Unterscheidung zwischen *public welfare offences* und anderen Delikten gemäss Kritikern keineswegs eindeutig und könne demzufolge nicht als Grundlage dienen, um auf den Nachweis einer inneren Tatseite zu verzichten. Die Klassifikation eines Delikts als „regulatorisch“ ändere nichts am Umstand, dass es sich dabei um Strafrechtsnormen handle und die strikte Verantwortlichkeit deshalb illegitim sei.³⁶⁸

Der amerikanische *Supreme Court* hielt seine Beobachtung fest, dass sich die *strict liability* in weiten Teilen auf Delikte beschränke, welche vergleichsweise tiefe Strafen vorsehen würden, was die Konsequenzen der Verurteilung ohne vollen Schuldnachweis schmälere.³⁶⁹ Es wird zur Rechtfertigung des Verzichts auf den Nachweis persönlicher Verantwortlichkeit weiter vorgebracht, eine Verurteilung wegen einer solchen *regulatory offence* ziehe kein besonderes Stigma nach sich und es werde gerade aufgrund des Verzichts dieses Nachweises auch kein Unwerturteil über den Täter gefällt. Die strikte Verantwortlichkeit wird im gleichen Atemzug regelmässig auch damit relativiert und gerechtfertigt, dass auch der durch diese Straftaten entstandene Schaden eher von untergeordneter Bedeutung sei, es sich also vorwiegend um Bagatelldelikte handle.³⁷⁰ Diese „Ideologie der Trivialität“, welche oftmals im Zusammenhang mit der strikten Verantwortlichkeit angeführt wird, wird

366 SULLIVAN G.R., 196; KEATING ET AL, 227.

367 Zu dieser Entwicklung ausführlich NORRIE, 85 f., der einen Zusammenhang zwischen den vorherrschenden Klassenunterschieden mit der Etablierung der *strict liability* herstellt. Für die Strafverfolgungsbehörden sei es einerseits aufgrund der modernen Arbeitsteilung wenig vielversprechend gewesen, Unternehmern die innere Tatseite nachzuweisen. Andererseits sei aufgrund der sozialen Position der Fabrikeigentümer der Verzicht auf den stigmatisierenden Schuldnachweis und das Vorbringen des Arguments, es handle sich bei diesen Delikten nicht um *true crimes*, für Verurteilungen förderlich gewesen.

368 So z.B. kritisch ASHWORTH/HORDER, Principles, 168.

369 So in *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246, 256 (1952); siehe dazu auch GREENBERG/BROTMAN, 51 Am. Crim. L. Rev. 79, 80 (2014).

370 Kritisch WEIK, 254 f.; aufgrund der teilweise erheblichen Strafen könne von „trivialen Sanktionen ohne gesellschaftliche Stigmatisierung allerdings keine Rede sein“. Fast alle US-Bundesstaaten hätten *strict liability offences* statuiert, welche Gefängnisstrafen nach sich ziehen können.

dabei regelmässig mit Einzelbeispielen untermauert, die dieses Argument unterstützen, vernachlässigt aber, dass die Doktrin oftmals auch bei Delikten zur Anwendung gelangt, deren Schaden nicht minder ernsthaft ist.³⁷¹ Zudem wird dabei vernachlässigt, dass viele Straftatbestände mit strikten Elementen durchaus auch hohe Strafen, dabei regelmässig auch Freiheitsstrafen, vorsehen.³⁷²

Entsprechend kann keineswegs die Rede davon sein, dass es sich beim *regulatory law* nur um kleine, weniger ernsthafte Vergehen handelt und dieser Begriff verleitet deshalb zu Unklarheiten und einer unangemessenen Relativierung des Phänomens.³⁷³ Die Begriffe *strict liability offences* und *public welfare offences* können demzufolge, trotz der zweifelsfrei existierenden weiten Überschneidungen, nicht einfach gleichgesetzt werden.³⁷⁴ Dafür spricht auch, dass die Zuordnung eines Delikts zu den *public welfare offences* als „gesetzgeberische Willkür“ bezeichnet werden kann, sofern die Ursachen dieser Zuordnung nicht eindeutig benannt werden können.³⁷⁵ Die Unterscheidung nach der Rechtsfolge und dem Regelungszweck, wie sie *Sayre* trifft, als Legitimation für Verstösse gegen das Schuldprinzip zu benutzen, führt zu einem – in der Praxis oftmals zu beobachtenden – Zirkelschluss: Ein Delikt gehöre zu den *public welfare offences*, weil es strikte Elemente enthalte und es dürfe folglich eine *strict liability* sein, da es ja „nur“ zu den *public welfare offences* zähle. Da zudem grundsätzlich die Pönalisierung aller Straftaten im öffentlichen Interesse ist und folglich dem „öffentlichen Wohl“ dient, ist die Begrifflichkeit ferner allgemein wenig treffend.³⁷⁶

Gemäss *Quist* sei folglich bei der Beurteilung, ob es sich um eine Straftat dieser Deliktskategorie handelt, auf eine andere Definition abzustellen: Eine *public welfare offence* sei „eine Strafnorm, welche zum Schutze eines Rechtsguts geschaffen wurde, das aber bei Verletzung der Strafnorm im konkreten Falle weder gefährdet noch verletzt zu sein braucht“.³⁷⁷ Er stellt damit in interessanter Analogie zur Begründung der Schaffung von abstrakten

371 NORRIE, 83 f. So würden gerade auch Verstösse im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts oftmals mit ernsthaften gesellschaftlichen Schäden einhergehen; so auch JEFFERSON, 123; zu verschiedenen Anwendungsbereichen und Beispielen siehe auch Teil 4 (S. 311 ff.).

372 SULLIVAN BOB, 29.

373 ASHWORTH, 5 Ohio St. J. Crim. L. 407, 419 f. (2008).

374 Vgl. WASSERSTROM, 12 Stan. L. Rev. 731, 732 (1960); KEATING ET AL., 231.

375 So auch QUIST, 100.

376 So auch NORRIE, 83.

377 QUIST, 128.

Gefährdungsdelikten auf das gesetzgeberische Motiv ab und hält fest, dass diese Delikte nur wegen ihrer allg. Gefährlichkeit, nicht aber wegen ihrer unmittelbaren Folgen bestraft würden. Daraus folge auch die verhältnismässig geringere Achtung eines Verstosses durch die Öffentlichkeit.³⁷⁸ Ob diese Charakteristiken dieser Deliktskategorie es rechtfertigen, auf den vollen Schuldnachweis zu verzichten, bleibt dabei jedoch offen.

5.4 Strict Liability im Nebenstrafrecht

Als zahlenmässig relevantester Anwendungsbereich gelten nun eben diese Delikte, welche unter dem Titel der *public welfare offences* zusammengefasst werden und zumeist kleinere Verstösse gegen das „öffentliche Wohl“ erfassen.³⁷⁹ Diese Regulierungen hätten sich – wie bereits der historische Abriss gezeigt hat – primär aufgrund des Bedürfnisses entfaltet, neue Tätigkeitsbereiche von hoher gesellschaftlicher Relevanz durch die Normierung von Verhaltensweisen strafrechtlich abzusichern. Die deutliche Ausweitung solcher Regulierungen sei kein angelsächsisches Phänomen, doch aber das Absehen vom traditionellen Schuldverfordernis in weiten Bereichen dieses Nebenstrafrechts, sofern es der Gesetzgeber nicht ausdrücklich anders bestimmt habe.³⁸⁰ Fast alle Strafbestimmungen, die ein striktes Element enthalten, sind neuerer Erscheinung und ergingen demzufolge aus dem moderneren Gesetzesrecht. Im Bereich des weiter zurückreichenden ungeschriebenen *Common Law* waren sie hingegen nur am Rande von Bedeutung.³⁸¹

In diese Kategorie modernerer *public welfare offences* fallen gemäss allg. Vorstellung Delikte, die soziale Risiken regulieren, so z.B. im Bereich des Umwelt- und Naturschutzes, im Strassenverkehrsrecht oder beim Verkauf von Nahrungsmitteln, Medikamenten, Alkohol oder Drogen.³⁸² Weitere Beispiele

378 QUIST, 129.

379 WEIK, 240.

380 QUIST, 1 f.

381 Grundsätzlich erfordern alle *Common Law offences* den Nachweis einer subjektiven Tatseite. Allerdings habe sich z.B. die *felony murder rule* bereits im *Common Law* entwickelt; vgl. JEFFERSON, 128; MICHAELS ALAN, 223 Harv. L. Rev. 828, 838 (1999); siehe zur strikten Verantwortlichkeit im *Common Law* auch HÖRSTER, 44 ff., der als Ausnahmebeispiele die *public nuisance* (öffentliches Ärgernis), die *blasphemous libel* (blasphemische Verleumdung), die *criminal defamatory libel* (Verleumdung) oder die *criminal contempt of court* (Missachtung des Gerichts) anführt; siehe zu diesen Ausnahmen auch JEFFERSON, 128 f.

382 SALAKO, 70 J. Crim. L. 531, 532 (2006); MICHAELS ALAN, Constitutional Limits, 221; SAYRE, 33 Colum. L. Rev. 55, 73 (1933).

aus England sind z.B. der Transport von illegalen Einwanderern oder die Bestrafung von Eltern, deren Kinder regelmässig die Schule schwänzen.³⁸³ Die meisten dieser Delikte betreffen also Personenkreise, welche aufgrund der Annahme irgendeiner Garantenstellung für die mit ihrer Tätigkeit oder Position einhergehende Risiken (strikt) verantwortlich gemacht werden. So haben diese Delikte i.d.R. etwas mit einem spezifischen Rollenverhalten zu tun und betreffen kaum die Allgemeinheit, sondern z.B. Händler oder Produzenten spezieller Produkte oder auch Personen, welche durch eine Tätigkeit (z.B. Autofahren) zur Schaffung gewisser Risiken beitragen.³⁸⁴ Diese Formen der Strafbarkeit haben sich im Nebenstrafrecht angelsächsischer Rechtsordnungen relativ parallel zur ähnlich zu erklärenden Ausbreitung der Gefährdungsdelikte im deutschsprachigen Recht zunehmend vermehrt.³⁸⁵

In engem Zusammenhang mit diesen Delikten „zum Schutze des öffentlichen Wohls“ steht auch die Strafbarkeit juristischer Personen und deren Vertretern im US-amerikanischen Strafrecht, bei welcher die Figur der sog. *vicarious liability* (stellvertretende Verantwortlichkeit) häufig als Grundlage herangezogen wird.³⁸⁶ *Vicarious liability* bedeutet dabei im Allgemeinen die strafrechtliche Haftung des Geschäftsherrn (oder des Unternehmens) für das strafbare Verhalten seiner Angestellten oder anderer Hilfspersonen im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses.³⁸⁷ Diese Kategorie, welche weitläufig der *strict liability*-Doktrin zugerechnet wird, stellt einen festen Bestandteil des Strafrechts dar und führt regelmässig zu einer sehr umfangreichen Verantwortlichkeit des Unternehmens für das Fehlverhalten von Angestellten, aber auch für anderweitig verursachte Schäden.³⁸⁸

Hin und wieder sind die nebenstrafrechtlichen Bestimmungen der hier beschriebenen *regulatory offences* dermassen strikt, dass nicht einmal der Beweis, man habe alle möglichen Sorgfaltspflichten beachtet, entschuldigt.³⁸⁹ Es ist allerdings schwierig, eine einheitliche Doktrin für diese

383 SALAKO, 70 J. Crim. L. 531, 532 f. (2006).

384 HÖRSTER, 22; HALL, 43 Colum. L. Rev. 967, 992 f. (1943).

385 Zu den Parallelen mit den Gefährdungsdelikten siehe S. 88 f.

386 Die Doktrin der *vicarious liability* dient hingegen nicht im Strafrecht von England und Wales als Grundlage der Unternehmensstrafbarkeit bzw. ist sie dort nur deutlich beschränkter einsetzbar; so PINTO/EVANS, 17; WELLS, 85; siehe zur *vicarious liability* ausführlich S. 383 ff.

387 WEIK, 240.

388 MANSDÖRFER, 206 und 212.

389 HALL, 43 Colum. L. Rev. 967, 991 (1943) mit Verweis auf die englische Rechtsprechung in *Laird v. Dobell* [1906] 1 KB 131 und *Hobbs v. Winchester Corporation* [1910] 2 KB 471.

Deliktskategorie festzulegen, da sich diese *public welfare offences* auf so viele Bereiche erstrecken und die Arten der Lockerungen des Schuldprinzips keineswegs einheitlich sind, wie bei der genaueren Analyse noch zu diskutieren sein wird.³⁹⁰

5.5 Kernstrafrecht: Sittlichkeits-, Sexual- und Tötungsdelikte

Neben dieser zur Hauptsache nebenstrafrechtlichen Bestimmungen spielt die strikte Verantwortlichkeit aber auch bei Delikten des sog. Kernstrafrechts mit erheblichen Sanktionsandrohungen eine nicht unbedeutende Rolle, was jedoch oftmals vernachlässigt wird.³⁹¹ Folglich ist auch die Aussage, es handle sich bei *strict liability offences* nur um Bagatelldelikte ohne ernstliches Stigma, nachweislich falsch, sind doch gerade in den USA in den meisten Staaten auch in Bezug auf Straftaten, welche z.T. hohe Gefängnisstrafen vorsehen, Lockerungen des Schuldprinzips vorgesehen.³⁹² Auch der Hinweis, es handle sich bei diesen kernstrafrechtlichen *strict liability offences* nur um „letzte Inseln“ und „archaische Relikte“ und nicht um „typisches amerikanisches Strafrecht“, ist unpassend.³⁹³ An der Existenz dieser Bestimmungen ändert auch die Tatsache nichts, dass diese durch die Strafrechtswissenschaft permanent scharf kritisiert werden.³⁹⁴

Primär Verstöße gegen das Sexual- und Sittlichkeitsstrafrecht müssen hier erwähnt werden, gerade in Zusammenhang mit Delikten, welche als besonders moralisch verwerflich angesehen werden.³⁹⁵ Häufig angeführte Beispiele von *strict liability offences* betreffen entsprechend auch strafbare Handlungen im Zusammenhang mit Minderjährigen, vor allem im Bereich des Sexualstrafrechts. Einer der am prominentesten zitierten Entscheide ist dabei der bereits erwähnte Fall *Prince*³⁹⁶ aus dem späten 19. Jahrhundert, welcher u.a. als Ursprung der Doktrin gelten kann, dass Irrtümer hinsichtlich des Alters des Opfers für die Strafbarkeit im angelsächsischen Recht unbeachtlich sind. Der Angeklagte wurde beschuldigt, ein unter 16-jähriges Mädchen aus der Obhut ihrer Eltern und ohne das Einverständnis der Eltern entwendet

390 Teil 4 (S. 311 ff.).

391 KEATING ET AL., 227.

392 MICHAELS ALAN, *Constitutional Limits*, 221.

393 So aber QUIST, 3.

394 Siehe dazu die Ausführungen zur Kritik an der Doktrin auf S. 42 f.

395 WEIK, 240 und 265; HÖRSTER, 24 f.

396 *Prince* [1875] 2 CCR 154.

zu haben.³⁹⁷ Die Verteidigung des Beschuldigten, er habe den Angaben des Mädchens, sie sei 18, Glauben geschenkt, wurde als irrelevant beurteilt, da es in solchen Fällen nicht auf den Vorsatz (hinsichtlich des objektiven Tatbestandsmerkmals des Alters) ankomme.³⁹⁸ Nachdem dieses Urteil im 20. Jahrhundert den Standard für Delikte mit Minderjährigen bildete, wurde die Entscheidung zumindest für das englische Recht im Jahre 2000 teilweise revidiert.³⁹⁹ Ganz allgemein gelten Irrtümer über das Alter des Opfers, aber bspw. auch über das Alter des Sexualpartners oder eines minderjährigen Kunden, dem Alkohol verkauft wird, infolge der Doktrin der strikten Verantwortlichkeit in weiten Teilen der Common Law-Rechtsordnungen jedoch nach wie vor als irrelevant.⁴⁰⁰ Die *statutory rape* gilt dabei als einschneidendstes Beispiel, da bei der dadurch normierten Unzucht mit Personen unter dem Schutzalter ebenfalls nicht der gesamte objektive Tatbestand vom subjektiven erfasst werden muss und die Irrelevanz von Irrtümern gerade mit Blick auf die hohe Strafandrohung von hoher Wichtigkeit ist.⁴⁰¹

Im Bereich der sog. *moral offences* verdienen auch noch andere Sittlichkeits- und Personenstandsdelikte Erwähnung: Dazu gehören neben den bereits angesprochenen Delikten der Entführung und der Unzucht mit Minderjährigen auch noch die Bigamie und der Ehebruch, welche ebenfalls zu den *strict liability offences* zählen oder gezählt wurden.⁴⁰² Diese Delikte, welche einem früheren „puritanischen Moralkodex“ zuzuschreiben sind, wurden oftmals damit begründet, dass das vom Täter beabsichtigte Verhalten, früher also z.B. der außereheliche Geschlechtsverkehr, zwar nicht im eigentlichen Sinne strafbar sei, aber gleichwohl ein moralisches Übel darstelle und dass bereits die Ausübung eines solchen Übels für die Schuld des Täters ausreiche, unabhängig vom Hinzutreten nicht erkannter Umstände wie des Alters oder

397 Dies galt als Verstoss gegen den damaligen *Offences against the Person Act 1861*, s. 56 (*England*). Diese Bestimmung wurde später abgelöst durch diejenige im *Sexual Offences Act 1956*, s. 20 (*England*) und mit Inkrafttreten des *Sexual Offences Act 2003* (*England*) aufgehoben; zur neueren Rechtsprechung siehe auch S. 364 f.

398 Siehe dazu SAFFERLING, 373 f.

399 *B v. DPP* [2000] 2 AC 428 und *K* [2002] 1 Cr App R 121, [2002] 1 AC 462; siehe SIMESTER, *Appraising Strict Liability*, ix.

400 HÖRSTER, 24 f.

401 Siehe zur *statutory rape* die Ausführungen auf S. 362 ff.

402 BÄHR, 146 f.; Verstöße gegen das Verbot der Doppelhehe seien allerdings seit jeher selten und die Strafbarkeit des Ehebruchs sei in den meisten Staaten abgeschafft worden bzw. werde nicht mehr verfolgt; WEIK, 270. Diese Delikte sind für die Doktrin folglich heute weitgehend unbeachtlich und werden deshalb in der Folge nicht weiter erörtert.

des Statuts der Sexualpartnerin.⁴⁰³ So war z.B. ein Irrtum über den Tod des Ehemanns bei einer erneuten Heirat nicht als Entschuldigung gestattet worden.⁴⁰⁴ Die sexuelle Moral hat in diesen Fällen etablierte Strafrechtsprinzipien in den Hintergrund rücken lassen und die benannten Elemente wurden (und werden teilweise bis heute) entsprechend nur noch als eine Art objektive Strafbarkeitsbedingung behandelt, für welche keine innere Tatseite nachgewiesen werden muss.⁴⁰⁵

Auch im Bereich der Tötungsdelikte und damit unbestritten im Bereich des Kernstrafrechts gibt es Formen der strikten Verantwortlichkeit, so allem voran bei der *misdeemeanor-manslaughter rule* und bei der *felony murder rule* als bekannteste Beispiele, bei denen sich weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit auf alle äusseren Merkmale, vor allem nicht auf den Todeserfolg, beziehen muss.⁴⁰⁶ Aber z.B. auch neuere Erscheinungen wie Bestimmungen zum sog. *drug homicide*, bei der Drogendelikte mit Todesfolge als Tötungsdelikte behandelt werden, gehören dazu und übersteigen deutlich, was im deutschsprachigen Raum als reine „Erfolgsqualifikation“ bezeichnet wird, ist doch das Verschulden in Bezug auf den Taterfolg dabei tatsächlich völlig irrelevant.⁴⁰⁷ Diese Delikte bringen zweifelsohne eine hohe Stigmatisierung und beachtliche Strafmasse mit sich, wobei sich die Verstösse gegen das Schuldprinzip trotz anhaltender Kritik auch im heutigen Recht weitgehend zu halten vermögen.

403 BÄHR, 150 f.

404 Diese Doktrin geht auf einen unglücklichen amerikanischen Fall aus dem Jahre 1844 zurück. Das Gericht hatte dabei entschieden, dass sich eine Frau, welche innerhalb von sieben Jahren nach dem Verschwinden ihres Ehemanns erneut geheiratet hatte, nicht damit entschuldigen könne, dass sie vernünftigerweise vom Tod ihres ersten Ehemanns ausgegangen sei; siehe *Commonwealth v. Mash*, 48 Mass. (7 Met.) 472 (1844) (*Massachusetts*). Gerade aufgrund der beachtlichen vorgesehenen Höchststrafen der Bigamie, war diese Rechtsprechung herber Kritik ausgesetzt; siehe dazu bereits SAYRE, 33 Colum. L. Rev. 55, 75 (1933).

405 HALL, 43 Colum. L. Rev. 967, 995 (1943); WEIK 266.

406 BÄHR, 61; ASHWORTH, 5 Ohio St. J. Crim. L. 407, 411 (2008); siehe dazu ausführlich S. 340 ff.

407 HUSAK, *Strict Liability, Justice and Proportionality*, 81 ff.; siehe dazu ebenfalls S. 343 ff. und zum Vergleich mit den erfolgsqualifizierten Delikten S. 228 f.

II. ZUR MEHRDIMENSIONALITÄT DES PHÄNOMENS

1. Überblick über mögliche Analyseebenen und Erklärungsversuche

Wie diese kurzen Ausführungen bereits gezeigt haben, ist die Geltung des Schuldprinzips im angelsächsischen Rechtsraum zahlreichen Relativierungen ausgesetzt, welche den Rechtsordnungen Deutschlands, Österreichs und der Schweiz in diesem Ausmass nicht bekannt sind. Die *strict liability* ist dermassen tief im englischen und vor allem auch US-amerikanischen Strafrecht verankert, dass die Lockerungen des eigentlich in der Theorie voll anerkannten Schuldprinzips nicht nur als einzelne Fremdkörper bezeichnet, sondern vielmehr als wesensbestimmende Phänomene der Strafrechtslehre anerkannt werden müssen. Es stellt sich in der Folge die Frage, wie es sein kann, dass trotz der eigentlich etablierten Strafbarkeitsvoraussetzungen der allg. Verbrechenslehre und der durchgängigen Kritik aus der Wissenschaft kaum davon gesprochen werden kann, dass der strikten Verantwortlichkeit in ihrer über 100-jährigen Beständigkeit jemals wirklich Einhalt geboten wurde. Es bleibt gerade mit Blick auf die Relevanz der Schuld innerhalb des Strafrechtssystems ferner zunächst unklar, wie sich diese deutlichen Unterschiede zwischen den untersuchten Rechtsordnungen erklären lassen und warum – neben den Unterschieden in der konkreten Ausgestaltung des Schuldelements innerhalb des Deliktsaufbaus – so grundsätzliche Differenzen in der Umsetzung des Schuldprinzips bestehen.

Für die Erklärung dieser Differenzen bieten sich mehrere Analyseebenen an, ist doch das Phänomen von einer gewissen Mehrdimensionalität geprägt. Primäre Aufgabe dieser Abhandlung wird es sein, einen Raster und eine Grundlage zu finden, die *strict liability*-Doktrin mit Blick auf die Funktion der Schuld zu analysieren und zu kategorisieren um in der Folge darauf basierend ein normatives Modell zu entwickeln, welches eine klare Beurteilung erlaubt. Diese Doktrin bietet sich dabei in besonderem Masse an, die Relevanz des Schuldprinzips für das Strafrecht zu untersuchen und danach zu fragen, ob dieses für die Funktionsweise des Systems – gerade angesichts dieser ständigen Relativierung des Prinzips im angelsächsischen Strafrecht – tatsächlich von so zentraler Bedeutung ist. Umgekehrt bietet diese Frage nach der genauen Rolle, welche das Schuldprinzip spielt, die Möglichkeit zu beurteilen, wie drastisch diese Relativierungen denn überhaupt sind.

Bevor diese Aufgabe einer grundsätzlichen Funktionsüberprüfung allerdings angegangen wird, ist es wichtig, mögliche Erklärungen für die Entwicklung und den Verbleib der Rechtsfigur der *strict liability* zu suchen, um – gerade aus deutschsprachiger Perspektive – verstehen zu können, wie es zur Etablierung dieser Doktrin kommen konnte. Dafür müssen gewisse Eigenheiten des angelsächsischen Rechts genauer unter die Lupe genommen werden, um erste Indikatoren für die vorliegende Fragestellung abzuleiten. Versucht man die unterschiedliche Bedeutung des Schuldprinzips rechtsvergleichend anzugehen, bieten sich verschiedene Erklärungsvarianten an: Erstens sind gewisse Unterschiede in der Schuldlehre zu nennen, welche im Rahmen der Doktrin der strikten Verantwortlichkeit Einfluss entfalten. Zweitens ist die hohe Relevanz des Präventionsarguments, mit welchem die Doktrin zur Hauptsache legitimiert wird, zu betrachten und mit ähnlichen Argumentationsmustern der deutschsprachigen Lehre (vor allem im Bereich von Gefährdungsdelikten) zu vergleichen. In einem weiteren Schritt muss auf prozessuale Eigenheiten eingegangen werden, welche zweifelsohne zur Verbreitung der strikten Verantwortlichkeit beigetragen haben. Viertens sollen in der Folge auch gewisse grundsätzliche strafkulturelle Mentalitätsunterschiede angesprochen werden, um zuletzt auf die damit einhergehende Frage der Bedeutung und der Grenzen des Strafrechts innerhalb der Rechtsordnungen, aber auch innerhalb der Gesellschaft allgemein zu diskutieren. Diese Analyseebenen vermögen es, einen tieferen Einblick in das „Universum“ der strikten Verantwortlichkeit zu bieten und können erste Anhaltspunkte liefern, wie die Doktrin einzuordnen ist – gerade auch aus dem Blickwinkel einer Strafrechtslehre, welcher Lockerungen des Schuldprinzips in diesem Ausmass nicht bekannt sind. Dieses tiefere Verständnis ist notwendig, wenn diese Verantwortungskonstruktionen in ihrem realen sozialen Gefüge erfasst und nicht nur technisch abgehandelt werden sollen.

2. Strict Liability und Eigenheiten der angelsächsischen Schuldlehre

2.1 Strict Liability und Negligence als besondere Verschuldensformen

Wie bereits ausgeführt, bilden die verschiedenen Vorsatzformen und die bewusste Fahrlässigkeit die traditionsgemässen *states of mind* bzw. eben

mentes reae der angelsächsischen Lehre.⁴⁰⁸ Dazu gesellte sich irgendwann die unbewusste Fahrlässigkeit, bei der ein objektiver Massstab angewendet wird, und bei welcher bis heute umstritten blieb, ob es sich dabei um eine ausreichende Form der *mens rea* handle.⁴⁰⁹ In der Tat gibt es Autoren, welche die These aufstellen, dass es sich bei der *strict liability* einfach um eine weitere Verschuldensform i.S. einer „typisierten Fahrlässigkeit“ oder um einen „objektiven Fehler“ handle.⁴¹⁰ Allerdings gehe es dabei dann nicht um eine Strafbarkeit ohne Verschulden, sondern der Täter werde i.S. einer objektiven Zurechnung einfach am Massstab des *reasonable man* gemessen.⁴¹¹ I.d.S. sei die strikte Verantwortlichkeit einfach als eine andere Art der Schuld zu definieren und komme in Bereichen zum Einsatz, die aussergewöhnlich hohe Sorgfalt (*extraordinary care*) verlangten.⁴¹² Dies sei zu rechtfertigen, da sich der entsprechende Personenkreis durch die Ausübung gewisser Tätigkeiten selbst in eine Position bringen würde, aufgrund derer er die aus diesem Risiko allfällig resultierenden Schäden gegenüber der Allgemeinheit zu verantworten habe.⁴¹³

Dieser Argumentation kann jedoch nicht gefolgt werden. Im Falle der *strict liability* wird eben genau nicht von Fahrlässigkeit (auch keiner objektiven) gesprochen, sondern die entsprechenden strikten Elemente sind schlichtweg nicht von Relevanz. Ferner hat der Angeklagte i.d.R. nicht einmal die Möglichkeit, sich mittels des Vorbringens einer Einrede der gebührenden Sorgfalt zu entschuldigen.⁴¹⁴ Demzufolge kann, wenn überhaupt, davon gesprochen werden, dass nicht nur der Massstab des *reasonable man*, sondern vielmehr ein „absolutes Mass an Sorgfalt“ angewendet wird. Dies wiederum bedeutet nichts anderes als eine Haftung, für welche das persönliche

408 Die Vorsatzformen können weiter in *purpose* und *knowledge* unterteilt werden; anstatt vieler z.B. DUBBER, Model Penal Code, 41 f.; dazu bereits S. 44 ff.

409 Siehe z.B. WASSERSTROM, 12 Stan. L. Rev. 731, 744 f. (1960); ASHWORTH/HORDER, Principles, 156; dazu bereits S. 46.

410 BÄHR, 84 f. mit Verweis auf die Positionen von PERKINS, Criminal Law, 801 ff.; HONIG, 35 ff.; ders., 54 J. Crim. L. & Criminology 273, 283 (1963).

411 Kritisch BÄHR, 84 f.; DUBBER, Model Penal Code, 41 f.

412 Siehe zu den entsprechenden Parallelen zwischen der objektiven Fahrlässigkeit und der strikten Verantwortlichkeit SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1120 ff. und 1131 f. (1997).

413 Siehe zu dieser Rechtfertigung der Doktrin SALAKO, 70 J. Crim. L. 531, 536 (2006); RICHARDSON, 1987 Crim. L.R. 295.

414 Siehe zu den Einredemöglichkeiten S. 47 f.

Verschulden eben nicht von Relevanz ist.⁴¹⁵ *Negligence* hingegen sei gemäss der herkömmlichen angelsächsischen Lehre mit dem Schuldprinzip vereinbar, solange der Fahrlässigkeitsvorwurf auf klar definierten und erkennbaren Sorgfaltsstandards basiere.⁴¹⁶ Allerdings muss in diesem Zusammenhang erwähnt werden, dass Strafbarkeit aufgrund einer unbewussten Fahrlässigkeit auch deshalb im angelsächsischen Recht mehr Anlass zu Unklarheiten gibt, da in der Tat oftmals ein rein objektiver Massstab angewendet wird, während im deutschsprachigen Raum grundsätzlich auch bei der unbewussten Fahrlässigkeit auf die persönlichen Umstände Rücksicht genommen wird.⁴¹⁷ Damit soll nicht gesagt sein, dass diese im angelsächsischen Recht nicht von Relevanz sind. Wenn auch die noch zu diskutierenden objektivistischen Theorien mehr Raum erhalten, ist auch bei der *negligence* klar, dass ein *persönlicher* Vorwurf erhoben wird, d.h. dem Täter also vorgeworfen wird, den Risiken nicht die nötige Aufmerksamkeit geschenkt zu haben.⁴¹⁸

Die Parallelen der Rechtfertigung der *strict liability* zu derjenigen der (objektiven) unbewussten Fahrlässigkeit führen dazu, dass die Themenfelder – vor allem in der älteren Literatur – häufig im gleichen Atemzug diskutiert werden und die Kritik an der einen oftmals eine Kritik an der anderen Rechtsfigur nach sich zog.⁴¹⁹ *Negligence* wird dabei, wie erwähnt, regelmässig als Kompromiss oder Zwischenstation zwischen *mens rea* und *strict liability offences* bezeichnet.⁴²⁰ Bei der *negligence* handle es sich, so z.B. *Husak*, nicht um das „tiefstmögliche Quantum der Schuld“. Vielmehr würden die Verschuldensformen gestaffelt auftreten und verschiedene Grade der Strenge repräsentieren, wobei im Bereich der strikten Verantwortlichkeit ebenfalls durchaus regelmässig nicht auf einen Schuldvorwurf verzichtet würde, sondern vielmehr einfach ein noch strengerer Massstab zur Anwendung gelange.⁴²¹ Muss ein Gericht nun *negligence* nachweisen, wird nach dem objektiven Sorgfaltsmass gefragt und danach, ob dieses vom Angeklagten missachtet wurde, weshalb ihm der resultierende Schaden zuzurechnen sei. In der Tat geht es bei der unbewussten Fahrlässigkeit zwar gerade nicht darum, einen *state of mind*

415 BÄHR, 86 f.

416 ASHWORTH/HORDER, *Principles*, 75.

417 Siehe zu dieser *subjective negligence* BOHLANDER, *German Criminal Law*, 117.

418 DUFF, *Subjectivism*, 19.

419 WASSERSTROM, 12 *Stan. L. Rev.* 731, 732 (1960).

420 SINGER RICHARD, 30 *B.C. L. Rev.* 337, 405 (1989); SIMESTER ET AL., 188.

421 HUSAK, 8 *Can. J. L. & Jurisprudence* 189, 204 f. (1995); zu *Husaks* Kategorisierungen der strikten Verantwortlichkeit siehe die detaillierte Besprechung auf S. 321 ff.

zu eruieren, sondern im Gegenteil dessen nach objektiver Beurteilung illegitime Abwesenheit.⁴²² Dass dieser Verstoss gegen eine Sorgfaltspflicht nur objektiv nachgewiesen werden muss, erleichtert den Verschuldensnachweis beträchtlich, weshalb sich diese Verschuldensform im weiten Feld des Nebenstrafrechts nach und nach verbreitet hat. Auf der anderen Seite wird *negligence* auch als Ausweg aus der *strict liability*-Problematik vorgeschlagen: Wenn mindestens für alle Delikte diese Fahrlässigkeitsform nachgewiesen werden müsste, wäre gemäss dieser Position ein Grossteil der Problematik gelöst, zumindest für den Bereich der *regulatory offences*.⁴²³

2.2 Strict Liability zwischen Unrecht und Schuld

Den Diskussionen um das Begriffsverständnis der *strict liability* ist aus deutschsprachiger Perspektive besonders mit Blick auf die Dichotomie zwischen Unrecht und Schuld zu folgen. Obwohl diese Unterscheidung im angelsächsischen Raum nicht gleich viel Beachtung erhält, so ist sie für das Verständnis der strikten Verantwortlichkeit sehr relevant. Viele Autorinnen und Autoren geraten „an dieser Front in ein Durcheinander“, wie Gardner treffend feststellt.⁴²⁴ Einige würden die *strict liability* als ein die Schuld (*fault* oder *culpability*) betreffendes Phänomen verstehen, während es bei anderen um die strikte Verantwortlichkeit in Bezug auf den subjektiven Tatbestand (*mens rea*) ginge. Viele würden die zwei Phänomene hingegen vermischen bzw. annehmen, es handle sich um austauschbare Lockerungen der traditionellen Verbrechenslehre. Allerdings müssten diese zwei Verständnisse durchaus differenziert werden: Ein Delikt könne einerseits in vollem Bewusstsein und mit Absicht begangen werden, ohne dass der Täter schuldhaft gehandelt habe. Auf der anderen Seite stünden *strict liability offences*, die ein Element des subjektiven Tatbestandes für irrelevant erklären, bei denen der Täter also i.d.R. schuldhaft i.e.S. gehandelt habe ohne jedoch das volle subjektive Unrecht zu erfüllen.⁴²⁵

Ein Weg, die *strict liability* zu erfassen, ist diesem Ansatz folgend also, zu unterscheiden, ob es sich bei den konkreten Fallgestaltungen um solche handelt, die das Unrecht (*wrongdoing*) oder die Schuld i.e.S. (*culpability*) betreffen, wobei allerdings auch hier nicht immer klar ist, welche Verbrechenselemente

422 WASSERSTROM, 12 Stan. L. Rev. 731, 744 (1960).

423 So z.B. DUFF, *Strict Liability*, 129.

424 GARDNER JOHN, *Wrongs and Faults*, 68.

425 GARDNER JOHN, *Wrongs and Faults*, 68 f.; vgl. auch HUSAK, *Overcriminalization*, 76.

zu welcher Kategorie gehören.⁴²⁶ In der Tat sind die meist diskutierten Fälle diejenigen, welche eigentlich eine Beeinträchtigung des *mens rea*-Erfordernisses darstellen, also nicht die Schuld i.e.S., sondern den Tatbestand betreffen. Allerdings wäre die Doktrin damit nicht vollumfänglich abgebildet. Vielmehr gibt es eine ganze Variation von strikten Konstruktionen, welche eine Lockerung des Schuldprinzips implizieren und jeweils verschiedene Bereiche des strafrechtlichen Schuldvorwurfs berühren. Folglich ist eine genauere Kategorisierung der Variationen nötig.⁴²⁷

2.3 *Strict Liability* zwischen Subjektivismus und Objektivismus

Eine der Erklärungen für die Entwicklung der *strict liability* und deren Fortbestand im angelsächsischen Recht ist die bereits angedeutete allg. Tendenz, bei der Feststellung subjektiver Tatelemente weitaus „objektiver“ vorzugehen als das im deutschsprachigen, eher vom Subjektivismus geprägten Rechtsraum der Fall ist.⁴²⁸ Objektiv heisst dabei nicht automatisch, dass das persönliche Verschulden irrelevant ist. Vielmehr wird dieses objektiv i.d.S. bestimmt, dass die tatsächlich vorliegenden individuellen Umstände (soweit erfassbar) weniger entscheidend sind. D.h., dass vermehrt objektive Massstäbe angewendet werden um die Bedeutung der Handlung zu beurteilen.⁴²⁹ Damit ist der in Theorie und Praxis des Strafrechts wichtige Diskurs über den Fokus der Verbrechenslehre angesprochen, der entweder mehr auf dem Objekt, also dem deliktischen Erfolg, oder aber auf dem Subjekt bzw. dem „kriminellen Willen“ liegen kann.⁴³⁰

426 So behauptet bspw. SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1095 f. (1997), das Unrecht betreffe den objektiven Tatbestand (*actus reus*) und die Schuld den subjektiven Tatbestand (*mens rea*). Diese Annahme deckt sich nicht mit der Unrechts-Schuld-Dichotomie, wie sie in der deutschsprachigen Literatur vorherrscht und ist ferner auch in Bezug auf die *strict liability offences* nur von beschränkter Aussagekraft. Insofern wird für die Analyse eine auf der Funktion des Schuldvorwurfs basierende Differenzierung vorgenommen werden müssen, um die Essenz auch im Rechtsvergleich unabhängig von der jeweiligen Begriffstradition der Rechtsordnungen erfassen zu können; siehe dazu ausführlich die Kategorisierung auf S. 326 ff.

427 Siehe Teil 4 S. 311 ff.

428 WEIK, 311 ff.

429 Dieser Objektivismus wird in der Literatur primär auf *Holmes* zurückgeführt; siehe z.B. HALL, 43 Colum. L. Rev. 753, 762 ff. (1943); BÄHR, 82.

430 SPENDEL, ZStW 1953, 519.

Es herrscht diesbezüglich keineswegs Einigkeit: Auch in der englischen Literatur werden sowohl objektivistische als auch subjektivistische Auffassungen vertreten.⁴³¹ Gemäss *Ashworth* und *Horde* gehe es beim Subjektivismus in der Essenz darum, dass die strafrechtliche Schuld individuell festgestellt werden soll und zwar auf der Grundlage dessen, was der Handelnde beabsichtigte und was er konkret wusste, nicht aber alleine aufgrund der Konsequenzen der entsprechenden Handlung.⁴³² I.d.S. ist Subjektivismus eine Konkretisierung des Schuldprinzips und besagt, dass nicht nur ein Schuldvorwurf erforderlich ist, sondern dass dieser Vorwurf auf subjektiv tatsächlich vorliegenden Gegebenheiten basieren müsse. Diese Ansichtweise rückt den subjektiven Tatbestand bzw. den „verbrecherischen Willen“ in den Vordergrund, während objektivistische Konzeptionen der äusseren Tatseite mehr Beachtung schenken.⁴³³ Eine Extremposition wäre dabei die reine Erfolgshaftung, welche aber heute von niemandem mehr ernsthaft vertreten wird.⁴³⁴ Trotzdem spielen diese verschiedenen Ansätze etwa beim Verständnis der konkreten Umsetzung des Schuldprinzips eine Rolle – so z.B. im Rahmen der erfolgsqualifizierenden Delikte, bei der Strafbarkeit des Versuchs oder der Beurteilung der Fahrlässigkeit und der entsprechenden Festlegung des Sorgfaltsmassstabs.⁴³⁵

Die *strict liability offences* sind nun eindeutig Delikte, bei welchen dieser Subjektivismus in den Hintergrund rückt. Die Strafbarkeit basiert dabei hauptsächlich auf dem Resultat einer Handlung und reflektiert nicht (oder nicht vollends) die subjektiven Aspekte der Tat, also das persönliche Verschulden.⁴³⁶ Objektivisten argumentieren dahingehend, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit auf der tatsächlichen Auswirkung einer Tat basieren solle, da die soziale Relevanz davon abhängt.⁴³⁷ Es ist jedoch fraglich, ob diese klassischen Subjektivismus- und Objektivismus-Positionen in dieser Debatte wirklich weiterhelfen. Selbstverständlich wird ein Vorwurf im Strafrechtssystem, wie noch ausführlich aufzuzeigen sein wird, nicht unabhängig vom persönlichen Vorwurf an den Täter platziert. Entsprechend

431 WEIK, 430.

432 ASHWORTH/HORDER, Principles, 456.

433 DUFF, Subjectivism, 20; WAIBLINGER, ZStW 1957, 189; WITZ, 16 ff.; NIGGLI/MAEDER, BSK-StGB N 12 Vorb Art. 22; SPENDEL, ZStW 1953, 521.

434 WITZ, 12; WAIBLINGER, ZStW 1957, 189; SPENDEL, ZStW 1953, 521.

435 Siehe dazu auf S. 343 ff., S. 352 ff. und S. 80 ff.

436 DUFF, Subjectivism, 36.

437 DUFF, Subjectivism, 39.

muss jeder Normbruch einem Täter zugeschrieben werden können und seinem persönlichen Fehler.⁴³⁸ Allerdings ist es auch vermessen zu glauben, dieser Vorwurf werde rein „subjektivistisch“ platziert und sei unabhängig vom deliktischen Erfolg bzw. genauer: vom produzierten Normgeltungsschaden. Da es sich beim Schuldvorwurf um eine Zuschreibung handelt, beinhaltet die Schuldfeststellung i.d.S. immer auch objektive Momente. Auch Begrifflichkeiten wie *state of mind* ändern nichts am Umstand, dass der Geisteszustand eines Menschen nicht subjektiv feststellbar ist und entsprechend auch bei einem „subjektiven Test“ immer objektive Anhaltspunkte miteinfließen.⁴³⁹ Eine objektive Rekonstruktion der Schuld darf dabei aber nicht als eine Absage an den Subjektivismus oder gar an das Schuldprinzip missverstanden werden.

Diese Debatte, welche vor allem im 20. Jahrhundert zu zahlreichen Abhandlungen geführt hat, bietet allerdings Raum für die Erklärung von Unterschieden – gerade im Rechtsvergleich. Die starke Verankerung subjektiver Ansätze im deutschsprachigen Raum hätte einer Doktrin der *strict liability* wohl schneller Einhalt geboten, während in der englischen Literatur der Objektivismus zahlreichere Anhänger gefunden hat, was sich bis heute bei der *mens rea*-Feststellung bedeutungsvoll zeigt.

3. *Strict Liability* und Prävention

3.1 Die Legitimation der *Strict Liability* mit Präventionsargumenten

Wie bereits angedeutet, werden die Delikte, welche strikte Elemente vorsehen, neben den noch zu behandelnden prozessualen Argumenten primär damit begründet, dass sie besonders dazu geeignet seien, die präventive Wirkung des Strafrechts sicherzustellen.⁴⁴⁰ Demnach würde das Wissen, dass das Strafrecht keine Entschuldigungen zulasse, einen potenziell unachtsamen Bürger dazu anhalten, speziell vorsichtig zu sein.⁴⁴¹ Besonders im Wirtschaftsstrafrecht ergebe sich diese präventive Wirkung der *strict liability*: Viele Unternehmen würden in zulässigen, aber inhärent gefährlichen Bereichen agieren und nur diese Unternehmen selbst seien in der Position, die

⁴³⁸ Siehe dazu ausführlich S. 252 ff.

⁴³⁹ KEATING ET AL., 146.

⁴⁴⁰ Zu diesen Präventionsargumenten siehe auch WEIK, 251 f.

⁴⁴¹ So das gängige Argument gemäss HOWARD, 24.

Öffentlichkeit vor aus diesen Tätigkeiten resultierenden Schäden zu bewahren. Es sei deshalb vernünftig, ihnen die Last aufzuerlegen, alle möglichen Vorsichtsmassnahmen zu treffen, und das Strafrecht sei aufgrund seiner abschreckenden Wirkung ein geeignetes Instrument, die Bürger vor diesen negativen Auswirkungen zu schützen. Das Risiko, aufgrund einer strikten Verantwortlichkeit verurteilt zu werden, unterstütze diesen Effekt in zweierlei Hinsicht: Einerseits würde es Akteure, welche die vollumfängliche Beachtung der nötigen Sicherheitsvorschriften nicht garantieren können, davon abhalten, überhaupt in diesen Tätigkeitsfeldern aktiv zu werden, und andererseits würde es sicherstellen, dass jeder, der so einer Aktivität nachgeht, klar wisse, wo die Grenze zwischen Legalität und Illegalität liege.⁴⁴² Die *strict liability* sei folglich eine präventive Notwendigkeit in einer modernen Industriegesellschaft, da vernünftige Akteure aufgrund dieser Normierungen dazu angehalten würden, mehr Sicherheitsvorkehrungen zu treffen.⁴⁴³

Diese abschreckende Wirkung wird nun aber verschiedentlich bestritten – einmal ganz unabhängig davon, ob diese rein präventiv-pragmatische Argumentation die Lockerung des Schuldprinzips ausreichend zu rechtfertigen vermögen würde. Es gäbe z.B. keinerlei empirische Belege dafür, dass Strafbarkeit unabhängig von persönlichem Verschulden und eine unfaire Strafverfolgung tatsächlich schädliches Verhalten verhindern könnten.⁴⁴⁴ Ganz im Gegenteil werde so jeder, der sich einer (eigentlich legitimen) Tätigkeit hingebt, die gewisse Risiken mit sich bringe, Subjekt einer „rechtlichen Lotterie“, über welche er keine Kontrolle habe, da er auch aufgrund von reinen Unfällen verurteilt werden könne. Eine solche Lotterie sei allerdings keine Basis eines rechtsstaatlichen Strafrechts und könne zudem bei den Normadressaten zu einem gewissen Zynismus in Bezug auf das Recht führen.⁴⁴⁵

Es ist dabei zu relativieren, dass gerade im Bereich des Übertretungsstrafrechts fraglich ist, ob sich der Durchschnittsbürger überhaupt viele Gedanken zu Deliktausgestaltungen oder einer allfälligen Strafbarkeit macht, bevor es zu einer Strafverfolgung kommt.⁴⁴⁶ Wenn diese *regulatory offences* die Wirkung mit sich bringen sollen, dass

442 So die Argumentation bei LARKIN, 37 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 1065, 1081 f. (2014).

443 LARKIN, 37 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 1065, 1116 (2014); SIMESTER, Is Strict Liability Always Wrong?, 33.

444 SALAKO, 70 J. Crim. L. 531, 533 (2006); BÄHR, 123; SIMESTER ET AL., 192.

445 SIMESTER ET AL., 192.

446 So auch SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 390 (1989).

potenzielle Täter spezielle Vorsicht walten lassen, so wäre eine strikte Verantwortlichkeit ferner kaum nötig. Wenn eine Person nämlich angemessen vorsichtig agiert und der pönalisierte Erfolg trotzdem eintritt, wird die darauf erfolgende Strafe keinerlei präventive Wirkung entfalten und zukünftige schädliche Ereignisse nicht zu verhindern vermögen. Ganz im Gegenteil würde gemäss Kritikern dieses Arguments die Ignoranz gegenüber den persönlichen Vorkehrungen im Falle einer Strafverfolgung die entsprechende Vorsicht in der Zukunft gerade eher mindern, da sie ja sowieso keine Rolle spiele.⁴⁴⁷ In der Tat ist es wenig plausibel, wie ein nicht schuldhaft Handelnder, d.h. jemand der nicht imstande ist, den potenziellen Verstoss gegen seine Pflichten zu erkennen, geschweige denn zu verhindern, abgeschreckt werden kann.⁴⁴⁸

3.2 Parallelen zu den abstrakten Gefährdungsdelikten

Wie soeben ausgeführt, wird die *strict liability*-Doktrin auch damit legitimiert, dass es bereits das Aktivwerden in gewissen risikobehafteten Bereichen rechtfertigt, dass man für potenziell schädliche Konsequenzen die Verantwortung zu tragen habe. Das Eingehen des Risikos mittels einer ansonsten legalen Tätigkeit liefere demzufolge einen ausreichenden Strafbarkeitsgrund.⁴⁴⁹ Dies erinnert stark an die Argumente, welche im Zusammenhang mit der Schaffung von abstrakten Gefährdungsdelikten im deutschsprachigen Raum vorgebracht werden. Auch diesen Tatbeständen ist gemeinsam, dass sie die „immanente generelle Gefährlichkeit“ gewisser Verhaltensweisen strafrechtlich zu erfassen versuchen.⁴⁵⁰ In den letzten Jahrzehnten kann eine klare Tendenz der zunehmenden Schaffung dieser „Risikodelikte“ und damit einer Vorverlagerung des strafrechtlichen Vorwurfs beobachtet werden.⁴⁵¹ Dies geschah vorwiegend in denjenigen Bereichen – und mit ähnlichen kriminalpolitischen Argumenten –, in welchen im angelsächsischen Recht *strict liability offences* geschaffen wurden.⁴⁵²

Die Vorzugswürdigkeit solcher Tatbestände wird oftmals mit Beweisschwierigkeiten begründet, welche drohten, wenn man nicht auf diese Risikobestrafung zurückgreife.⁴⁵³ Die Tendenz, auf solche

447 ALLEN, Textbook, 122.

448 So auch WEIK, 252; BÄHR, 124.

449 SALAKO, 70 J. Crim. L. 531, 533 (2006).

450 WOHLERS, 305.

451 ZIESCHANG, 13; HÖRSTER, 166; WOHLERS, 306; PIETH, 9.

452 HÖRSTER, 168.

453 HÖRSTER, 166.

Konstruktionen eines vorverlagerten Rechtsgüterschutzes zurückzugreifen, wird im deutschsprachigen Raum auch durch die ansonsten klare, der Unschuldsumvermutung verpflichtete Beweislastverteilung begünstigt.⁴⁵⁴ Abstrakte Gefährdungsdelikte zeichnen sich nun gerade dadurch aus, dass im Einzelfall keine konkrete Gefährdung oder Verletzung des geschützten Rechtsguts nachgewiesen werden muss.⁴⁵⁵ Nebst diesen Beweisvorteilen wird die zunehmende Schaffung von Gefährdungsdelikten auch damit legitimiert, dass es sich in diesen Fällen um Rechtsgüter handle, welche aufgrund ihrer grossen Bedeutung und Anfälligkeit bereits im Vorfeld ihrer Verletzung strafrechtlich geschützt werden müssten.⁴⁵⁶ Im Vergleich zu den Fällen strikter Verantwortlichkeit wird hier allerdings nicht erst die Rechtsgutsverletzung bestraft und die Lockerung des Schuld nachweises dann mit einem vorverlagerten Vorwurf des Risikoeingehens begründet, sondern bereits die gefährliche Verhaltensweise selbst normiert. Folglich entstehen durch diese Deliktstrukturen auch keine Probleme im Zusammenhang mit dem Schuldprinzip, da sich der persönliche Vorwurf bereits auf das Eingehen des Risikos bezieht. So kann auch verhindert werden, dass der Täter nicht für einen zufällig eintretenden Schaden belangt wird, sondern unabhängig von einem allfällig glücklich oder unglücklich ausgehenden Verlauf für das vorwerfbare riskante Verhalten zur Rechenschaft gezogen wird.⁴⁵⁷ Erklärt werden kann der Trend analog der Ausbreitung der *public welfare offences*: Die technologische und industrielle Entwicklung seit dem 19. Jahrhundert und die damit einhergehenden Risiken für die Gesellschaft haben die Schaffung solcher Tatbestände zweifellos begünstigt.⁴⁵⁸ Die zunehmende Ausbreitung solcher Tatbestände und damit ein Wandel hin zu einem „Risikostrafrecht“ blieben aber auch in der deutschsprachigen Literatur nicht ohne Kritik.⁴⁵⁹

454 HÖRSTER, 168.

455 KILLIAS ET AL., AT, N 216; DONATSCH/TAG, 106 f.; ZIESCHANG, 15.

456 ZIESCHANG, 375 mit Verweis auf WINKELBAUER, 53 ff.

457 KILLIAS ET AL., AT, N 215.

458 KILLIAS ET AL., AT, N 215.

459 Gemäss ZIESCHANG, 385 f., würden abstrakte Gefährlichkeitsdelikte und Risikodelikte analog der sog. „Verdachtsstrafe“ nicht in das Kriminalstrafrecht gehören, da Nachweisschwierigkeiten kein Grund für eine Strafbarkeitsausweitung seien. Abstrakte Gefährdungsdelikte würden die Strafbarkeit an reine Vermutungen knüpfen, was unverzichtbare Prinzipien auszuhöhlen vermöge; eine Übersicht und Einordnung der Kritik an der Verbreitung dieser Tatbestände findet sich auch bei HIRSCH, Tatstrafrecht, 11 f. m.w.N.

4. Strict Liability und Strafprozess

4.1 Bedeutung der Strafverfolgung, Opportunitätsprinzip und die Macht des Prosecutors

Die Aufrechterhaltung der Doktrin wird neben den ausgeführten präventiven Überlegungen zur Hauptsache mit Effizienzargumenten legitimiert. Die Verstöße gegen *public welfare* oder *regulatory offences* seien so hoch an der Zahl, dass das persönliche Verschulden nicht jedes Mal nachgewiesen werden könne. Nur der Verzicht auf diesen Nachweis erlaube eine effektive und schnelle Strafverfolgung, und die Aufrechterhaltung einer funktionierenden Strafverfolgung rechtfertige die Lockerung des Schuldprinzips gerade auch angesichts der relativ geringfügigen Strafen in diesen Fällen.⁴⁶⁰ Ohne diese Indifferenz gegenüber dem Schuldnachweis würden die Strafinstanzen lahmgelegt und früher oder später zusammenbrechen, da sie schlicht nicht in der Lage wären, die subjektive Tatseite in jedem Falle nachzuweisen.⁴⁶¹ Das US-amerikanische und englische Strafrecht zeichnen sich, wie bereits dieses Argument zeigt, ganz allgemein nicht nur durch eine pragmatischere, sondern auch eine deutliche „prozessorientierte“ Sichtweise aus. Die angelsächsische Lehre sei viel mehr eine Angelegenheit des „*law in action*“ als des „*law in the books*“.⁴⁶² Prozess und *prosecution* werden so zum Herzstück des US-amerikanischen Strafrechtssystems und theoretische Grundüberlegungen treten zurück. Neben der Hochhaltung und dem Vorrang von Effizienzüberlegungen ist folglich die Eigenheit zu berücksichtigen, dass der alleinige Umstand, dass etwas in den Strafgesetzbüchern stehe, noch kein Beweis dafür sei, dass das Recht auch tatsächlich so durchgesetzt werde. Vielmehr sei die Rechtsrealität massgeblich von der Tätigkeit der Verfolgungsbehörden abhängig.⁴⁶³

In der englischsprachigen Rechtswelt ist es sodann auch ein bekanntes Faktum, dass die Aktivitäten der *prosecutors* deutlich relevanter und „lauter“ wahrgenommen werden als die Aktivitäten der Gesetzgeber.⁴⁶⁴ Es ist auch nicht unüblich, dass der Gesetzgeber Strafbestimmungen bewusst sehr weit fasst und sich darauf verlässt, dass Polizei und Staatsanwaltschaft sicherstellen,

460 Zu diesen Effizienzargumenten siehe WEIK, 253 f.; SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 389 und 393 ff. (1989); SIMESTER, Is Strict Liability Always Wrong?, 25 ff.

461 SAYRE, 33 Colum. L. Rev. 55, 69 (1933).

462 DUFF ET AL., Criminalization, 3.

463 DUFF ET AL., Criminalization, 3.

464 RICHMAN, 74.

dass nur diejenigen Fälle verfolgt werden, welche mit dem hauptsächlich intendierten Zweck der Bestimmung ins Auge gefasst werden sollten. Sie delegieren damit die Einschränkung der Kriminalisierung an die ausführenden Behörden.⁴⁶⁵ Dieses Charakteristikum ist gerade im Zusammenhang mit der *strict liability* von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Es kann aber trotz des die Verfolgung der *strict liability offences* in der Praxis wohl einschränkende Opportunitätsprinzips kaum die Rede davon sein, dass diese Delikte nicht auch tatsächlich sanktioniert werden.⁴⁶⁶

Als einer der Hauptgründe für die „Übermacht“ der Strafverfolgungsbehörden wird auch die Abwesenheit eines Legalitätsprinzips angesehen, wie es deutschsprachigen Rechtsordnungen bekannt ist und den dortigen Behörden klarere Anweisungen und Aufgaben überträgt. Dieser Umstand könne sogar dazu führen, dass in angelsächsischen Rechtsordnungen eine Strafbestimmung nie zu einem „Leben ausserhalb des Strafgesetzbuchs“ gelange.⁴⁶⁷ Eine Strafverfolgung wird entsprechend nur aufgenommen, wenn eine solche aufgrund der vorliegenden Umstände im „öffentlichen Interesse“ sei.⁴⁶⁸ Die Staatsanwälte würden deshalb auch als „mächtigste Beamte im Strafrechtssystem“ wahrgenommen, deren alltägliche Entscheidungen und Routinen über die Richtung und Resultate der Strafverfolgung bestimmen.⁴⁶⁹ Die Behörden würden im Rahmen ihres freien Ermessens, so die Verteidiger der *strict liability*-Doktrin, nur diejenigen Verstöße verfolgen, bei denen klare Anhaltspunkte für ein persönliches Verschulden vorlägen.⁴⁷⁰ Es sei demzufolge naheliegend, dass die Staatsanwälte trotz der gesetzlichen Verankerung der strikten Verantwortlichkeit nur tätig würden, wenn sie von der Schuld des Täters überzeugt seien und ansonsten auf

465 DUFF ET AL., *Criminalization*, 10 f.; KEATING ET AL., 244.

466 So auch WEIK, 263 f.

467 RICHMAN, 74, welcher ferner auf die politische Aufgeladenheit der Strafverfolgung gerade in den USA hinweist. Viele Kampagnen würden unter dem Motto „*Get Tough on [Fill in the Blank] Act*“ lanciert. Es sei jedoch erst die wirkliche Tätigkeit der Staatsanwaltschaft, welche solchen Gesetzeserlassen irgendwelche Konturen oder überhaupt Leben einhauchen würden.

468 BOHLANDER, *German Criminal Procedure*, 26. So muss z.B. in England die Staatsanwaltschaft zu Beginn einer Strafverfolgung nicht nur danach entscheiden, ob genügend Beweise für die realistische Chance auf eine Verurteilung vorliegen, sondern eben auch danach, ob eine Strafverfolgung ferner „im öffentlichen Interesse“ liegt; siehe DUFF ET AL., *Criminalization*, 11 mit Verweis auf den *Code for Crown Prosecutors*.

469 DAVIS, 5.

470 WEIK, 253 f.; KEATING ET AL., 246.

eine Strafverfolgung verzichteten.⁴⁷¹ Entsprechend sei der Gerechtigkeit in der konkreten Rechtsumsetzung Genüge getan und in der praktischen Umsetzung gebe es gar keine strikte Verantwortlichkeit.⁴⁷² Das geltende Opportunitätsprinzip dient sicherlich bis zu einem gewissen Umfang als „Korrektiv“, was allerdings nichts an dem Umstand ändert, dass sich der Einzelne nicht darauf verlassen kann.⁴⁷³ Die Macht des *prosecutors* wird dadurch jedenfalls deutlich verstärkt und es bleibt höchst fraglich, ob die Einhaltung grundlegender Prinzipien wirklich dem Ermessensspielraum der Strafverfolgungsbehörden überlassen werden sollte.

4.2 Unmittelbarkeitsprinzip und Beweisschwierigkeiten

Der Verzicht auf einen (vollständigen) Nachweis der subjektiven Tatseite, bekanntlich regelmässig ein schwieriges Unterfangen, erleichtert die Strafverfolgung erheblich, was die Gesetzgeber oftmals veranlasste, an der *strict liability* festzuhalten.⁴⁷⁴ Die Beweisschwierigkeiten, welche im Rahmen des Effizienzarguments häufig angeführt werden, sind im Kontext mit der Frage zu betrachten, was konkret unter „beweisen“ verstanden wird. Dies wiederum hängt von den diesbezüglichen strafprozessualen Vorgaben der einzelnen Rechtsordnungen ab. Eine der möglichen Erklärungen, warum die kontinentaleuropäischen und vor allem deutschsprachigen Rechtsordnungen die *strict liability* nicht in dieser Form kennen, ist auch, dass es die prozessualen Regeln bezüglich der Beweiserbringung hier einfacher machen, Schuld

471 Eine soziologische Studie hat sich 1970 dieser Frage angenommen und die Verfolgung des *Factories Act 1961* genauer untersucht. Es konnte in der Tat festgestellt werden, dass bei der Strafverfolgung der persönliche, „moralische“ Vorwurf gegenüber dem Täter bzw. dem Unternehmen keinesfalls irrelevant war und die Aktivitäten der Behörden leiteten. Allerdings sei die Verfolgungstätigkeit auch massgeblich dadurch geprägt gewesen, wie sich das Unternehmen in der Vergangenheit präsentiert habe und ob vorangegangene Warnungen beachtet wurden; siehe CARSON, 33 Mod. L. Rev. 396 (1970).

472 Siehe SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 391 f. (1989) mit weiteren Hinweisen auf diesbezügliche empirische Untersuchungen. Diese würden zeigen, dass die aktuelle Rechtsdurchsetzung der *strict liability offences* immer auf der Grundlage „irgendeiner Art“ von *mens rea* erfolge.

473 WEIK, 263 f.

474 WEIK, 238; LARKIN, 37 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 1065, 1068 (2014). Dieses Argument kann gemäss ASHWORTH/HORDER, Principles, 163, allerdings für schwerere Delikte nicht gelten, da dort die persönliche Schuld sowieso im Rahmen der Strafzumessung festgestellt werden müsse, sich also nicht wirklich ein Effizienzgewinn ergebe.

nachzuweisen, während es eine Reihe an angelsächsischen Prinzipien gibt, die diesen Nachweis deutlich erschweren.⁴⁷⁵

Eine strafprozessuale Differenz zu dem uns bekannten System ergibt sich auch aus dem Umstand, dass in den angelsächsischen Rechtsordnungen in aller Regel keine klare Trennung zwischen Zivil- und Strafgerichten besteht, die gleichen Richter also regelmässig in beiden Bereichen urteilen.⁴⁷⁶ Die Entwicklung der *strict criminal liability* kann gerade aufgrund dieser weniger klaren (vor allem prozessualen) Trennung nicht völlig unabhängig von jener des Zivilrechts betrachtet werden.⁴⁷⁷ Auch die Tradition des Geschworenenverfahrens in den besagten Ländern ist von Relevanz. Auch wenn mittlerweile nur mehr ca. ein Prozent der Angeklagten in England von einer Jury beurteilt werden, hat diese Eigenheit die Regeln des Strafverfahrens stark geprägt, weshalb sich noch heute Unterschiede zu anderen Rechtsordnungen damit erklären lassen können.⁴⁷⁸ Auch in den USA dürfte die Zahl etwa ähnlich sein, wenn man bedenkt, dass dort mittlerweile rund 95 Prozent der Fälle in einem *plea bargain*, also in einer direkten Verständigung zwischen Anklage und Verteidigung, münden.⁴⁷⁹ Die angelsächsische Tradition des kontradiktorisch ausgerichteten Strafprozesses (*adversarial system*) hat die Eigenheiten des Strafrechts denn auch stark mitgeprägt.⁴⁸⁰ Die Abhängigkeit der Verurteilung vom Vorlegen von Beweisen durch die Parteien führt u.a. dazu, dass die Verteilung der Beweislast eine andere Bedeutung erlangt.⁴⁸¹ Der angelsächsische Strafprozess wird von den

475 SPENCER/PEDAIN, 269.

476 BÄHR, 81 f. mit dem Hinweis, dass dies auch zu erklären vermöge, dass Richter das Institut der Gefährdungshaftung und deren Begründung aus dem zivilrechtlichen Deliktsrecht in ihre strafrechtlichen Entscheidungen einbauten ohne auf die unterschiedliche Bedeutung der beiden Rechtsgebiete näher einzugehen.

477 Die strikte Verantwortlichkeit ist im privaten Deliktsrecht (*tort law*) schon länger verankert. Ein Gleichlauf der beiden Rechtsgebiete und die Versuche einer Fruchtbarmachung der Erkenntnisse des Privatrechts, sowohl im Rahmen der *strict liability* als auch der *negligence*, konnte beobachtet werden. Eine allg. dogmatische Verankerung der Rechtsfigur der *strict liability* gibt es gemäss der *Common Law*-Tradition indessen weder im Strafrecht noch im Zivilrecht. Vielmehr wurde ihr Wesensgehalt durch Richterrecht weiterentwickelt; dazu HÖRSTER, 25 und 30; LARKIN, 37 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 1065, 1072 (2014); zu den Parallelen der Entwicklung in den beiden Rechtsgebieten auch ausführlich HALL, 43 *Colum. L. Rev.* 967, 986 ff. (1943).

478 FORSTER, I, 141 f.

479 LARKIN, 37 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 1065, 1066 (2014).

480 LILLY/CAPRA/SALTZBURG, 5.

481 BOHLANDER, *German Criminal Procedure*, 143 f.

Parteien angetrieben, die in ihrem jeweiligen Eigeninteresse die Beweise vorbringen, welche zur Lösung des Rechtsstreits beitragen.⁴⁸² Entsprechend unterscheiden sich auch die Vorstellungen über Waffengleichheit und Fairness im Strafprozess von denjenigen im deutschsprachigen Raum.⁴⁸³

Im englischen Recht gilt grundsätzlich, dass der Beweis „*beyond reasonable doubt*“ erbracht werden muss, dass also keine vernünftigen Zweifel mehr an der Schuld des Täters bestehen dürfen.⁴⁸⁴ Dieser Beweisstandard ist historisch aufgeladen und dessen genaue Bedeutung lässt sich nur schwer definieren, wobei klar ist, dass die Ansprüche relativ hoch angesetzt sind und der Ausdruck „ohne vernünftigen Zweifel“ indiziert, dass grundsätzlich die höchst mögliche Sicherheit erlangt werden soll, mit der überhaupt über vergangene Geschehnisse befunden werden kann.⁴⁸⁵ Ferner sind an die Beweismittel selbst hohe Ansprüche gesetzt. So ist z.B. i.S. eines Unmittelbarkeitsprinzips – wobei dieses Konzept selbst aufgrund der bereits auf Unmittelbarkeit ausgerichteten Eigenheit des Verfahrens wenig wissenschaftliche Aufmerksamkeit erhält –⁴⁸⁶ die sog. *hearsay rule* zu nennen, die es im Regelfall verbietet, Personen zu befragen, welche nur vom „Hörensagen“ berichten können und nicht eigentliche Zeugen des Geschehens sind.⁴⁸⁷ Auch die Jury-Tradition hat dazu geführt, dass Beweise unmittelbar, effizient und in kurzer Zeit vorgebracht werden müssen. Obwohl diese Tradition heute nicht mehr in gleichem Ausmass gelebt wird, hat diese Charakteristik der Unmittelbarkeit wesentlich zu den Grundsätzen des Strafverfahrens beigetragen.⁴⁸⁸

Auch wenn im angelsächsischen Recht grundsätzlich ebenso die Regel gilt, dass die Anklage den Nachweis der Schuld erbringen muss und ihr die volle Beweislast zukommt,⁴⁸⁹ haben sich im Laufe der Zeit zahlreiche Ausnahmen und Beweislastumkehrungen ergeben, deren Entwicklung und

482 LILLY/CAPRA/SALTZBURG, 5.

483 BOHLANDER, German Criminal Procedure, 144.

484 STUMER, 19.

485 STUMER, 20 f.

486 Siehe dazu die rechtsvergleichende Perspektive in VOGLER, ZStW 2014, 239 ff.

487 LILLY/CAPRA/SALTZBURG, 137; VOGLER, ZStW 2014, 138 und 242; diese Regel werde damit begründet, dass ein faires Verfahren es verlange, beim Kreuzverhör Zugang zu den „echten Zeugen“ zu haben um Schwächen der Aussagen offenbaren zu können. Mittlerweile gibt es einige Ausnahmen von der *hearsay rule*. Trotzdem lässt sich daran im Rechtsvergleich gut erkennen, wo gewisse Eigenheiten der englischen Prozesstradition liegen.

488 VOGLER, ZStW 2014, 239 f.; dazu schon kurz auf S. 39

489 ASHWORTH, Handbook, 541.

Verbreitung durch die soeben beschriebenen prozessualen Eigenheiten und die hohen Beweisstandards massgeblich begünstigt wurden. Diese Beweislastumkehrungen und -lockerungen bilden sodann auch einen wesentlichen Bestandteil der Diskussionen rund um die strikte Verantwortlichkeit.⁴⁹⁰

5. Strict Liability und Strafkultur

5.1 Diversität der Strafkulturen

Die Bedeutung des Schuldprinzips und das Vorkommen entsprechender Lockerungen muss auch im Lichte divergierender Strafkulturen betrachtet werden. Während die Menschenwürde im deutschsprachigen Raum gerade nach dem Zweiten Weltkrieg im Zentrum auch strafrechtlicher Aufmerksamkeit stand und dem Schuldprinzip spätestens seither ein sehr hoher Stellenwert beigemessen wurde, konnten im englischsprachigen Raum und dabei vor allem in den USA andere Trends beobachtet werden, die u.a. im Zusammenhang mit der sog. *Crime Wave* zu beurteilen sind.⁴⁹¹ Diese „Kriminalitätswelle“, welche die USA in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts traf, hat die Kriminalpolitik massgeblich beeinflusst. Es herrschte weitgehende Einigkeit darüber, dass dem Problem mit entsprechender Härte begegnet werden und man sich von den Straftätern „befreien“ müsse, da sie in aller Regel „unverbesserlich“ seien. Gleichzeitig war in der europäischen Politik eine ganz andere Strafphilosophie vorzufinden, die von Reformisten angetrieben wurde, welche auch in Straftätern einen guten Kern ausmachten und überzeugt waren, dass die Menschenwürde zum Glaube daran verpflichte.⁴⁹² Die diesbezüglichen Unterschiede mündeten u.a. in der heute allgemein bekannten „Masseninhaftierung“ in den USA, welche mit einer andersartigen Kriminalisierung, Verfolgungspraxis oder dogmatischen

490 Vgl. auch ASHWORTH, Handbook, 541; DUFF, Strict Liability, 132; zu dieser Variation der *strict liability* ausführlich S. 389 ff.

491 In der Mitte des 20. Jh. war die Gefangenenrate in den USA relativ tief und weitgehend stabil. Mit Beginn in den 1970er-Jahren und verschärft im darauffolgenden Jahrzehnt hat sich die Entwicklung allerdings deutlich verändert. Während in Europa immer tiefere Strafen verhängt wurden, wurden in den USA immer höhere Strafen verhängt, was u.a. die heutige Kluft zu erklären vermag; siehe dazu KLEINFELD, 68 Stan. L. Rev. 933, 937 (2016) m.w.N.

492 KLEINFELD, 68 Stan. L. Rev. 933, 933 (2016); siehe zu diesen Unterschieden auch WHITMAN, 113 Yale L.J. 1151 (2004); ders., Harsh Justice, 192 und passim.

Grundlagen, allem voran aber mit den deutlich höheren Strafmassen erklärt werden kann.⁴⁹³

Diese nicht zu ignorierenden Differenzen in der Strafkultur führen zwangsweise zur Frage nach deren Grundlage. Gemäss *Kleinfeld* sei das Fundament in einem grundsätzlich anderen Verständnis von Kriminalität und Straftätern zu sehen. Das US-amerikanische und das europäische Strafrecht würden dabei zwei verschiedene „moralische Visionen“ reflektieren. Der amerikanische Grundsatz laute, dass Kriminalität grundsätzlich ein Fehler und ein Charakteristikum des Täters selbst sei. Der unverbesserliche Kriminelle würde folglich auch seinen Anspruch auf Mitgliedschaft in der Gesellschaft verlieren. Genau umgekehrt gestalte es sich in Europa: Die Tat würde verurteilt, aber keine Tat vermöge es, den Täter selbst grundsätzlich als „moralisch deformiert“ zu präsentieren und er könne deshalb seine Grundrechte und sein Recht auf Teilnahme an der Gesellschaft keinesfalls verlieren.⁴⁹⁴ Viele Tendenzen liessen sich mit diesen unterschiedlichen Sichtweisen auf Kriminalität und Kriminelle erklären.⁴⁹⁵

493 KLEINFELD, 68 Stan. L. Rev. 933, 938 f. und 955 (2016) m.w.N. und aktuellen Inhaftierungsraten; eine Übersicht findet sich ferner auch bei DUBBER/HÖRNLE, 33.

494 KLEINFELD, 68 Stan. L. Rev. 933, 940 ff. und 1008 (2016). „Mitgliedschaft“ in der Gemeinschaft bzw. Gesellschaftsausschluss als potenzielle Konsequenz von Delinquenz sind in der Tat Themen von hoher Relevanz beim Vergleich verschiedener Strafkulturen. Während Mitgliedschaft i.S.v. Personalität auf der einen Seite überhaupt Voraussetzung für Verantwortungszuschreibung ist (siehe dazu S. 256 ff.), kann das Abhandenkommen dieser Position gewissen Konzeptionen zufolge auch gerade als Konsequenz der Strafe angesehen werden. Als Beispiele für ein solches *banishment* führt *Kleinfeld* die in den USA weitere Verbreitung sehr langer oder gar lebenslanger Freiheitsstrafen ohne Bewährung, ein hohes Mass an sozialer Konsequenzen („sozialer Tod“) einer Verurteilung und die Todesstrafe an. Ferner zeige sich die Behandlung von Straftätern als „minderwertig“ auch bei den unterschiedlichen Inhaftierungsbedingungen; siehe dazu detailliert KLEINFELD, 68 Stan. L. Rev. 933, 950 ff. und 985 ff. (2016). Ein weiteres Beispiel findet sich auch in England, wo inhaftierte Straftäter – genau wie in den USA – ihr Wahlrecht verlieren und damit von der politischen Entscheidungsfindung ausgeschlossen werden; DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, 77. Die Fragestellung von Mitgliedschaft und Nicht-Mitgliedschaft erhielt auch aufgrund der Ausführungen von *Jakobs* zum sog. „Feindstrafrecht“ Aufmerksamkeit; siehe JAKOBS, ZStW 1985, 751 ff.; *ders.*, Staatliche Strafe, 40 ff.; *ders.*, Feindstrafrecht, 167 ff. und ferner dazu auch DUFF, *Responsibility, Citizenship and Criminal Law*, 143 f.; ROXIN, AT, § 2 N 126 ff.

495 Gemäss der überspitzten Zusammenfassung von KLEINFELD, 68 Stan. L. Rev. 933, 937 (2016), sei die „europäische Naivität“ der „amerikanischen Brutalität“ im Zweifelsfalle vorzuziehen, wenn auch beide Systeme nicht wirklich vollumfängliche Bewunderung verdienen würden.

Auch das US-amerikanische Strafrecht kennt trotz der Unterschiede in der Strafkultur natürlich spezialpräventive Rehabilitationsprogramme sowie die Möglichkeit, anstelle oder zusätzlich zu Strafen Massnahmen zu verhängen.⁴⁹⁶ Trotzdem ist die Entwicklung nicht mit der kontinentaleuropäischen vergleichbar. Wohl als Ausdruck der Annahme, dass Rehabilitationsprogramme keine oder wenig Wirkung entfalten würden, ergab sich in den 80er-Jahren auch in der Strafrechtstheorie ein Wiederaufleben von Vergeltungstheorien.⁴⁹⁷ Diese beschriebenen Unterschiede markieren auch einen grundsätzlich anderen Fokus nicht nur der Strafkultur, sondern auch der Strafrechtskultur und zwar jenen zwischen einem Täter- und einem Tatstrafrecht. Während der Begriff des Tatstrafrechts das Anknüpfen der Strafandrohung an eine klar umschriebene einzelne Handlung bezeichnet und die Sanktion entsprechend nur eine Antwort auf diese Einzeltat und nicht auf die allg. Lebensführung des Täters darstellt, handelt es sich dann um ein Täterstrafrecht, wenn die Strafe primär an die Persönlichkeit des Täters anknüpft.⁴⁹⁸

5.2 Zwischen Tat- und Täterstrafrecht

Es gehört zu den Grundprinzipien der deutschsprachigen Strafrechtslehre, dass es zur Hauptsache Tatstrafrecht ist. Dies gilt mittlerweile als selbstverständlich, da alles andere, so die gängige Meinung, „die Grenzen von Strafrecht und Moral“ verwischen würde.⁴⁹⁹ Auch das Schuldprinzip sei damit vereinbar, da die Strafe eine Reaktion auf eine begangene Tat und nicht auf eine Gesinnung oder einen im Täter liegenden Umstand darstelle.⁵⁰⁰ Allerdings bedeutet diese grundsätzliche Ausrichtung nicht, dass nicht auch in deutschsprachigen Rechtsordnungen „Reste“ eines Täterstrafrechts diskutiert werden. So zeigt sich eine gewisse Fokussierung auf den Täter z.B. im unterschiedlichen Umgang mit Wiederholungstätern. Ein reines

496 Siehe dazu SCHMID NIKLAUS, § 27 3.

497 GREEN THOMAS, 252 f. mit dem Hinweis, dass wohl *George Fletchers* Werk *Rethinking Criminal Law* (1978) diesen Umbruch signalisierte. Die Kritik an den Rehabilitationsprogrammen erhielt primär aufgrund der kriminologischen Erkenntnisse rund um die sog. „*nothing works*“-These Auftrieb; siehe dazu KILLIAS/KUHN/AEBI, Grundriss Kriminologie, N 1120 m.w.N.; und nachfolgend S. 189 f. (insb. Fn. 1037).

498 ROXIN, AT, § 6 N 1.

499 HIRSCH, Tatstrafrecht, 3. Anders sei dies jedoch in den USA, wo diese Unterscheidung nicht mal auf dem „Radar“ der Strafrechtswissenschaftler sei; so KLEINFELD, 68 Stan. L. Rev. 933, 981 Fn. 218 (2016).

500 HIRSCH, Tatstrafrecht, 4.

Tatstrafrecht habe – so die gängige Annahme – keine „Erinnerung“ und Wiederholungstaten wären nicht schwerer zu gewichten als Ersttaten.⁵⁰¹ Auch deutschsprachige Rechtsordnungen sind nicht indifferent gegenüber wiederholter Straffälligkeit, jedoch nicht im gleichen Ausmass wie amerikanische, wie sich z.B. überdeutlich an der sog. „*three strikes and you are out*“-Doktrin zeigt.⁵⁰² Weiter werden auch spezialpräventive Ansätze häufig in den Zusammenhang mit einem Täterstrafrecht gebracht, da die Einwirkung auf den Täter zur Verhütung künftiger durch ihn begangener Taten hauptsächlich von seiner Persönlichkeit und weniger von der konkreten Einzeltat abhängt.⁵⁰³

Die beschriebenen Unterschiede in der Strafkultur eröffnen verschiedene Perspektiven in Bezug auf die weite Verbreitung der *strict liability*-Doktrin. Es wirkt zunächst erstaunlich, dass die US-amerikanische Kultur, welche Kriminelle mit einem deutlich weitergehenden Stigma versieht und höhere Strafen begünstigt, Raum für Verurteilungen unabhängig vom persönlichen Verschulden bietet. Grundsätzlich müsste der Nachweis der persönlichen Verantwortlichkeit umso höher gewichtet werden, desto drastischer die Konsequenzen sind.⁵⁰⁴ Allerdings liegt mit Blick auf die Tat-Täterstrafrechtsdichotomie eine Erklärung nahe: Es wird oftmals angenommen, dass bereits das Eingehen gewisser Risiken i.S. einer generellen Neigung zur Unvorsicht Strafe legitimieren könne. Dies zeigt sich in der Rechtfertigung sowohl von *public welfare offences*, bei denen bereits das Ausführen allg. gefährlicher Tätigkeiten Strafgrund genug liefern soll, aber vor allem auch bei den moralisch stigmatisierten Sexual- und Tötungsdelikten. Bei letzteren wird regelmässig damit argumentiert, dass sich ein Täter, der sich in so eine Situation bringe, z.B. nicht mehr mit einem Tatbestandsirrtum rechtfertigen könne, da bereits die zugrunde liegende Handlung Ausdruck der Unmoral des Täters sei.⁵⁰⁵ In der Tat ist die höhere Gewichtung des Schuldprinzips

501 Siehe dazu z.B. KLEINFELD, 68 Stan. L. Rev. 933, 974 f. (2016).

502 Siehe zu diesen *three strikes laws* S. 397 ff. Auch die amerikanischen *sentencing guidelines* schenken der Vergangenheit des Täters deutlich mehr Aufmerksamkeit; siehe dazu KLEINFELD, 68 Stan. L. Rev. 933, 975 (2016).

503 ROXIN, AT, § 6 N 2.

504 Dieser Logik folgend kritisieren gewisse Autoren auch primär die Anwendung einer *strict liability* bei „stigmatisierenden Delikten“, welche Gefängnisstrafen nach sich ziehen, während sie bei kleinen Strafen eher zu rechtfertigen seien; siehe dazu SIMESTER, *Is Strict Liability Always Wrong?*, 21 und 34 ff.; LARKIN, 37 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 1065 (2014) und die Ausführungen auf S. 63 ff.

505 Siehe zu dieser Irrelevanz von Tatbestandsirrtümern ausführlich S. 361 ff.

im deutschsprachigen Raum auch im Zusammenhang mit der Verankerung des Tatstrafrechts zu sehen, da die konsequente Umsetzung des Tatprinzips gewissen Konstruktionen der strikten Verantwortlichkeit vorbeugen würde.

6. Strict Liability an den Grenzen des Strafrechts

6.1 Kriminalisierung und Overcriminalization

Im Zusammenhang mit der Doktrin der strikten Verantwortlichkeit – allem voran bei den *public welfare offences* – wird immer wieder die Frage ins Feld geführt, ob es sich dabei überhaupt um Strafrecht handelt oder nicht vielmehr um ein andersartig gelagertes Rechtsgebiet. Tatsächlich ist gerade im Rahmen der sog. *Overcriminalization*-Debatte oftmals die Rede davon, dass diese Delikte gar nicht ins Strafrecht gehörten, sondern vielmehr einen zivilrechtlichen Charakter hätten. Auf der anderen Seite wird betont, dass die Risikoorientierung vieler neu geschaffener Tatbestände Ausdruck der Entwicklung eines modernen Verständnisses des Strafrechts sei und dieses auch nicht unabhängig einer historischen Betrachtung hinsichtlich dieser sozialen und wirtschaftlichen Veränderungen verstanden werden könne.⁵⁰⁶ Während den Straftheorien über lange Zeit am meisten wissenschaftliche Aufmerksamkeit zukam, ist gerade in der englischsprachigen Literatur eine deutliche Zunahme an Interesse hinsichtlich der Kriminalisierungstheorien zu beobachten.⁵⁰⁷ Die Grenzen des Strafrechts rücken so wieder ins Zentrum der Aufmerksamkeit, nicht zuletzt aufgrund der Ausweitung des Nebenstrafrechts und der damit einhergehenden Fragen rund um die Anforderungen an das Schuldprinzip.

Im englischsprachigen Raum wird von wissenschaftlicher Seite her häufig kritisiert, dass eine Krise der *Overcriminalization* herrsche, dass also viel zu viel strafrechtlich erfasst werde und die Grenzen der eigentlichen Aufgaben des Strafrechts überschritten würden. Auf der andere Seite wird argumentiert (und regelmässig praktisch umgesetzt), dass das Strafrecht ausgeweitet werden solle und eine angemessene Reaktion auf neue, störende

⁵⁰⁶ FARMER, 4 und 297 f.

⁵⁰⁷ So auch KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1501 f. (2016); FARMER, 1. Gerade rund um *Duff* entstanden im laufenden Jh. zahlreiche Publikationen zu diesem Thema; siehe z.B. die Sammelwerke DUFF ET AL., *Boundaries of the Criminal Law* (2010) und DUFF ET AL., *Criminalization* (2014); vgl. auch die Ausführungen zu den Systemgrenzen auf S. 172 ff.

Bedrohungen verschiedener Art darstelle.⁵⁰⁸ Die zahlreichen Abhandlungen zu diesem Thema – gerade in den USA – zeigen, dass das richtige „Mass an Strafrecht“ kaum einfach festzustellen und eine normative Theorie der Strafrechtsgrenzen zwangsläufig ein komplexes Unterfangen ist.⁵⁰⁹ Der bekannte Slogan des *ultima ratio*-Prinzips, nachdem das Strafrecht nur Bereiche erfassen solle, bei denen weniger weit greifende Massnahmen nicht fruchten würden, wird häufig als normative Grenze vorgeschlagen.⁵¹⁰ Oftmals bleibt allerdings weitgehend unklar, wo diese Grenze denn substantiell nun genau verlaufe. Tatsächlich machen *strict liability offences* bei der Ausweitung des Strafrechts – primär im Nebenstrafrecht – einen grossen Anteil aus, wobei auch andere Delikte durchaus Gegenstand der amerikanischen „Sorge“ in Bezug auf diese Überkriminalisierung sind.⁵¹¹

Es stellt sich auch die Frage, womit die unterschiedliche Bewertung (und überhaupt Relevanz) dieses Ausweitungsphänomens in den verschiedenen Rechtskreisen erklärt werden kann. Eine mögliche Erklärung wäre, dass den Gefahren, welche sich aus der rasanten technologischen Entwicklung ergaben, in Europa weniger durch das Strafrecht, sondern mit anderen Mechanismen und Kontrollstrategien als dieser des strafrechtlichen Schuldvorwurfs begegnet wurden. Bürokratische und technologische Vorsichtsmassnahmen und eine zunehmende Regulierung solcher Bereiche sollten die Risiken individuellen Fehlverhaltens eliminieren.⁵¹² Die USA ist hingegen zurückhaltender

508 DUFF ET AL., *Boundaries of the Criminal Law*, 1. Das gegenteilige Diktum der *Undercriminalization* wird zwar deutlich seltener angeführt, gibt aber ebenfalls Anlass zu Diskussionen gerade in Bereichen, wo aufgrund des politischen Machtgefüges gewisse Gruppen (primär Unternehmen) von Kriminalisierung bewahrt werden, obwohl die damit einhergehenden sozialen Risiken nicht zu leugnen seien; siehe dazu FARMER, 19 f.

509 Siehe z.B. die Beiträge von RICHMAN, *Overcriminalization*, 64 ff.; DUFF ET AL., *Criminalization*, 3 ff.; ASHWORTH, 5 *Ohio St. J. Crim. L.* 407, 407 ff. (2008); KADISH, 374 *Am. Crim. L. Q.* 17 (1968); PACKER, *Limits of the Criminal Sanction*, 1 ff.

510 NUOTIO, 255 f.; HUSAK, 24 *O.J.L.S.* 207 ff. (2004); ASHWORTH, 5 *Ohio St. J. Crim. L.* 407, 417 (2008).

511 DUFF ET AL., *Criminalization*, 9; NUOTIO, 240; FARMER, 298.

512 KILLIAS/KUHN/AEBI, *Grundriss der Kriminologie*, N 812. Die „fortschreitende Ausweitung des strafrechtlich relevanten Bereichs“ gilt allerdings auch in der deutschsprachigen Literatur als unstrittig, wobei kontrovers bleibe, ob es sich nur um eine quantitative Zunahme strafrechtlicher Normen oder auch um eine qualitative Veränderung des Strafrechts handle; so WOHLERS, 30; anders KILLIAS/KUHN/AEBI, *Grundriss der Kriminologie*, N 809 f., die feststellen, dass der tatsächliche Anwendungsbereich des Strafrechts (zumindest im deutschsprachigen Raum) zwischen 1950 und 1980 relativ konstant geblieben sei, da das stark gewachsene Nebenstrafrecht (abgesehen vom

mit staatlichen Eingriffen und kollektiven Massnahmen. Entsprechend ist der Rückgriff auf das Strafrecht und das Platzieren individueller Verantwortlichkeit im Falle von negativen Auswirkungen naheliegender. Strafrecht wird regelmässig als „günstigere“ Alternative gesehen und ist folglich auch Konsequenz eines „schwachen Staates“.⁵¹³ Dass dieses Thema die US-amerikanische Wissenschaft mehr beschäftigt, kann ferner damit zusammenhängen, dass das Strafrecht tatsächlich noch stärker als in Kontinentaleuropa „Spielball“ der Politik (und allem voran des politischen Populismus) ist.⁵¹⁴ Umso erstaunlicher scheint es aber auf den ersten Blick, dass dann gerade in diesem weiten Nebenstrafrecht der persönlichen Schuld weniger Beachtung geschenkt wird. Auch das kann aber mit einem gesteigerten Individualismus erklärt werden: Wer die Freiheit erhält, auch in riskanten Bereichen relativ regulierungslos zu agieren, habe folglich auch die Verantwortung dafür zu tragen und für negative Konsequenzen aufzukommen. Dabei stehen die Ansprüche an die einzelnen Nachweiserfordernisse nicht mehr gleichermassen im Zentrum. Die Etablierung von Strafbestimmungen entsprang immer den Notwendigkeiten der Zeit.⁵¹⁵ Diese Notwendigkeiten waren und sind in den USA aufgrund einer nicht früher eingreifenden gesellschaftlichen Regulierung oftmals wohl tatsächlich vermehrt gegeben. Das Strafrecht stellt demzufolge auf den ersten

Betäubungsmittel- und Strassenverkehrsrecht) bei den Verurteilungen eine relativ bescheidene Rolle spiele. Betrachte man aber die Gesetzgebungsdynamik, zeige sich, dass in den letzten 20 Jahren nur wenige Kriminalisierungen aufgehoben worden seien, während im gleichen Zeitraum zahlreiche neue entstanden seien. Dies könne damit erklärt werden, dass jede Innovation neue Möglichkeiten schaffe, welche nach neuen Strafnormen verlangen würden um die entstandenen „Breschen“ wieder zu schliessen; so KILLIAS ET AL., AT, N 145; ferner zu diesem Thema auch KILLIAS, ZSR 1995, 365 ff.; ders., 3 Eur. J. Criminol. 11 (2006).

513 RICHMAN, Overcriminalization, 69 ff. Gemäss FARMER, 195 f., ergebe sich bei einem Blick auf die Geschichte allerdings tatsächlich ein Zusammenhang zwischen der Ausweitung des Strafrechts und der Ausweitung des Konzeptes persönlicher Verantwortlichkeit. Erst in der zweiten Hälfte des 20. Jh. sei die *mens rea* dazu benutzt worden, Strafbarkeit zu limitieren. Dies habe sich jedoch mehr auf eine gerechte Zuschreibung von Verantwortung im Einzelfall als Legitimation der Strafe bezogen und weniger auf die grundsätzliche Frage von strafrechtlicher Verantwortlichkeit in der Gesellschaft. Im Allgemeinen habe das Konzept der persönlichen Verantwortlichkeit also zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs des Strafrechts geführt.

514 DUFF ET AL., Overcriminalization, 7., gemäss dem es allerdings nicht klar zu eruieren sei, inwiefern „strafrechtlicher Populismus“ tatsächlich zu Überkriminalisierung i.S.v. „Gesetzgebungsexzessen“ führe.

515 KILLIAS/KUHN/AEBI, Grundriss der Kriminologie, N 811.

Blick tatsächlich einen einfachen Ausweg dar, wenn langfristig eigentlich effektivere Alternativen schlichtweg nicht verfügbar sind.⁵¹⁶

In den USA wird aktuell die *Overcriminalization*-Thematik sehr offen mit der Diskussion der sog. *mens rea reform* verknüpft.⁵¹⁷ Vor allem konservative Kräfte vertreten den Standpunkt, dass die konsequente Durchhaltung des Schuldprinzips eine der grössten Schutzmassnahmen gegen die *Overcriminalization* wäre. So sollten z.B. die von republikanischen Senatoren vorgeschlagenen *Mens Rea Reform Act 2015* und *Criminal Code Improvement Act 2015* zumindest für das Bundesstrafrecht die Geltung des Schuldprinzips garantieren.⁵¹⁸ Gegner dieser Vorschläge argumentieren, dass diese *mens rea standards* einzig dazu führen würden, Unternehmen und Wirtschaftsakteuren vor einer strafrechtlichen Verfolgung zu schützen, gerade im Bereich von Umwelt- oder Arbeitsschutzvergehen oder anderen Bereichen von öffentlichem Interesse.⁵¹⁹ Auch hier zeigt sich die politische Seite des Schuldprinzips bzw. der *strict liability*-Doktrin und die Bedeutung der Kriminalpolitik für Probleme, denen in Kontinentaleuropa weitgehend (wenn auch nicht immer) andersartig begegnet wird. Dieser Umstand sollte bei der Analyse der strikten Verantwortlichkeit jedenfalls berücksichtigt werden.

Als Ausweg aus der beanstandeten *Overcriminalization*-Krise wird demzufolge neben verfahrensrechtlichen Optimierungen vorgeschlagen, die Grenzen des Strafrechts neu zu konstituieren.⁵²⁰ Dazu wird auch festgehalten, es müssten schlichtweg bessere, regulatorische oder wohlfahrtstaatliche Alternativen vorhanden sein, um nicht immer auf das Strafrecht zurückgreifen zu müssen.⁵²¹ Das Strafrecht sei nur einer der möglichen Wege für Regulation, mit welchen soziale Ziele verfolgt werden könnten.⁵²² In der Tat lässt sich für das angelsächsische Recht, genauso wie für das kontinentaleuropäische, die Grundtendenz feststellen, dass das Strafrecht zunehmend auch als Instrument staatlicher Sozialkontrolle verstanden wird, mit welchem gesellschaftliche Entwicklungen beeinflusst und gesteuert werden sollen.⁵²³

516 So RICHMAN, *Overcriminalization*, 66.

517 Siehe dazu z.B. THOMPSON, *Congressional Research Service 2016*, 1 ff.

518 So z.B. die Stellungnahme von MALCOLM, *Legal Memorandum 2015*, 1 ff. als Vertreter eines konservativen Think-Tanks.

519 THOMPSON, *Congressional Research Service 2016*, 1.

520 STUNTZ, 7 *J. Contemp. Legal Issues* 1, 29 (1996).

521 RICHMAN, *Overcriminalization*, 82 ff.

522 DUFF ET AL., *Criminalization*, 27.

523 WOHLERS, 21.

Dabei wird häufig auf das Nebeneinander dieses „modernen“ Strafrechts als Steuerungsinstrument und dem „klassischen Kernstrafrecht“ mit seiner primär auf gewichtige Freiheitsverletzungen gerichteten Prägung hingewiesen, wobei diese Differenzen auch auftretende Probleme im Zusammenhang mit der traditionellen Verbrechens- und Zurechnungslehre erklären könnten.⁵²⁴

6.2 Mala in se und mala prohibita

Eine in vorliegendem Diskussionszusammenhang immer wieder vorgebrachte und bis heute gebräuchliche Differenzierung, ob es sich um *strict liability offences* handelt oder nicht, basiert auf der bereits auf *Aristoteles* zurückgehende Unterscheidung zwischen Delikten *mala in se* und Delikten *mala prohibita*, also zwischen „eigentlichem“ und „verbotenem Unrecht“.⁵²⁵ Diese Unterscheidung gründet auf der Annahme eines dem Strafrecht zugrunde liegenden Moralkodex.⁵²⁶ *Mala in se* seien gemäss dieser Unterscheidung Straftaten, die bereits ihrer Natur nach moralisch verwerflich seien, während *mala prohibita* die Verletzung solcher Gesetze seien, die erst positivrechtlich als Unrecht definiert und keinen direkten Zusammenhang mit moralischer Schuld aufweisen würden.⁵²⁷ So seien z.B. Verbrechen wie Mord, Vergewaltigung oder Diebstahl *mala in se*, da sie inhärent unmoralisch seien, während *mala prohibita* nur deshalb kriminell seien, weil sie verboten sind.⁵²⁸ Hauptsächlich auf dem Boden dieser grundsätzlichen Unterscheidung soll sich die *strict liability* ausgebreitet haben.⁵²⁹ So sei es – ähnlich der *public welfare*-Argumentation – legitim, bei reinen *mala prohibita* auf die umfassende Geltung des Schuldprinzips zu verzichten.

Die Anknüpfung an diesen „Moralkodex“, sollte ein solcher überhaupt bestimmbar sein, ist allerdings ein fragiles Fundament für eine eindeutige Differenzierung. Bei beiden Kategorien handelt es sich um Straftaten, welche aufgrund der strafrechtlichen Verfolgung in einer Verurteilung resultieren – mit den damit einhergehenden Konsequenzen und der damit verbundenen Platzierung eines persönlichen Vorwurfs.⁵³⁰ Auch der *U.S. Supreme Court*

524 WOHLERS, 30 ff. m.w.N.; KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1539 ff. (2016); siehe dazu auch die Ausführungen zur zunehmenden Verbreitung der Gefährungsdelikte auf S. 88 f.

525 BÄHR, 33; COHEN, 49 Yale L.J. 987, 990 (1940); DUFF ET AL., Criminalization, 3 f.

526 QUIST, 112.

527 BÄHR, 33.

528 ALLEN, Textbook, 110.

529 So BÄHR, 34.

530 SEMESTER, Appraising Strict Liability?, ix.

musste zugeben, dass es keine präzise Trennlinie gebe bzw. keine klaren Kriterien vorliegen würden, die eine eindeutige Abgrenzung zuließen.⁵³¹ Gemäss *Sayre* seien zudem viele *strict liability offences* wie z.B. dasjenige der *statutory rape*, d.h. der sexuellen Handlungen mit Minderjährigen, äusserst „unmoralisch“, während zahlreiche andere Delikte mit vollem Erfordernis einer inneren Tatseite dies nicht seien.⁵³² Auch *Hall* kritisiert diese Unterscheidung deshalb als untauglich für eine korrekte Analyse der relevanten Problemfelder.⁵³³

Auch die Differenzierung zwischen den als *true crimes* und *quasi crimes*⁵³⁴ bezeichneten Straftaten liege gemäss *Norrie* einzig in einer ideologisch geprägten (und unangemessenen) Unterscheidung, welche in direktem Zusammenhang mit der historischen Entwicklung im Rahmen der Industrialisierung und des kapitalistischen Systems stehe. So habe sich ein Verbrechenssystem entwickelt, das für verschiedene soziale Klassen verschiedene Regulierungs- und Stigmatisierungsformen vorsah. Während für die eine Seite die individuelle Verantwortlichkeit zur Anwendung gelangte, sollte das System der *regulatory offences* die schlimmsten Auswirkungen und Exzesse des industrialisierten Wirtschaftssystems scheinbar kontrollieren, ohne aber das Stigma zu platzieren, welche der persönliche Schuldvorwurf mit sich bringe.⁵³⁵ Trotzdem wird immer wieder angeführt, dass es sich aufgrund gerade dieses fehlenden Stigmas nicht um wirkliche Straftaten handle und bei diesen „Quasi-Straftaten“ deshalb nicht die gleich hohen Ansprüche an den Beweis des Vorliegens der *mens rea* gestellt werden müssten.⁵³⁶ Dem kann entgegengehalten werden, dass auch die Strafen für diese „Quasi-Delikte“ punitiv sind und eine Verurteilung ohne Vorliegen von Schuld die Funktion dieser Strafe und des Strafrechts als Ganzes schwächt.⁵³⁷ Die Unterteilung

531 *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246, 260 (1952); siehe dazu BÄHR, 109.

532 SAYRE, 33 Colum. L. Rev. 55, 71 (1933); zur *statutory rape* siehe S. 362 ff.

533 HALL, 43 Colum. L. Rev. 967, 989 (1943); *ders.* 89 U. Pa. L. Rev. 549, 563 ff. (1941).

534 Diese Unterscheidung und der Hinweis, es handle sich bei *strict liability offences* um Delikte, welche „*not truly criminal in character*“ seien, findet sich z.B. bei SIMESTER, *Is Strict Liability Always Wrong?*, 23 f. oder auch in diversen Gerichtsurteilen; siehe z.B. *Pearks, Gunston & Tee Ltd. v. Ward* [1902] 2 KB 1; *London Borough Council of Harrow v. Shah* [1999] 3 All ER 302, [2000] 1 WLR 83; *Gammon v. The Attorney-General of Hong Kong* [1985] 1 AC 14, [1984] 2 All ER 503.

535 NORRIE, 86.

536 DUFF ET AL., *Criminalization*, 9.

537 Ähnlich auch SIMESTER, *Appraising Strict Liability*, xii; zur Funktion von Strafe und Strafrecht ausführlich S. 186 ff.

in *serious stigmatic crimes* und *non-stigmatic offences*, wie sie von einigen Gerichten im Zusammenhang mit der *strict liability* vorgenommen wird,⁵³⁸ scheint ebenso wenig hilfreich. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass selbstverständlich eine Parkbusse weniger öffentliches Stigma nach sich zieht als ein schweres Verbrechen.⁵³⁹ Es handelt sich hierbei aber um eine Frage des Masses und der Relevanz der Norm für die soziale Ordnung, nicht jedoch um eine grundlegende Frage der Natur der Strafbestimmungen.

Diese Zweiteilung stellt demzufolge einen weitgehend willkürlichen Versuch metaphysischer Anlehnung dar und widerspricht einer positivistischen Auffassung. Die Einführung von Strafgesetzen geschieht zwar nicht unabhängig von der gesellschaftlichen Grundhaltung und der moralischen Verankerung gewisser Normvorstellungen, die Frage, ob es sich dabei um ein Delikt handelt, wird jedoch einzig positiv im Strafrechtssystem festgelegt. Darüber hinaus dient diese Unterscheidung gerade mit Blick auf die Variabilität der moralischen Anschauungen keiner klaren Differenzierung und kann höchstens einen Indikator bieten, wie stark ein Normbruch die Gerechtigkeitsvorstellungen der zu diesem Zeitpunkt lebenden Gesellschaft berührt und es entsprechend einer mehr oder minder deutlichen Reaktion bedarf.⁵⁴⁰ Auch der teilweise fehlende Zusammenhang zwischen der

538 SIMESTER, *Is Strict Liability Always Wrong?*, 23 m.w.N.

539 vgl. SIMESTER, *Is Strict Liability Always Wrong?*, 23, der deshalb den Begriff *quasi-criminal* für angemessen hält.

540 Während der Versuch, diesen *mala prohibita* eine eigene Natur nachzusagen, primär aus rechtstheoretischer Sicht angegangen wurde, finden sich empirische Untersuchungen dazu nur spärlich. Eine Ausnahme bildet ein neues Experiment von *Giffin* und *Lombrozo*: Dabei wurde in drei verschiedenen Untersuchungsanordnungen mittels Vignetten versucht, die Frage zu adressieren, ob die *strict liability offences* das intuitive moralische Bewusstsein von Laien reflektiere und dabei ein Unterschied zwischen diesen und anderen Straftaten festgestellt werden könne. Tatsächlich konnte nachgewiesen werden, dass die Teilnehmer die vorgestellten Beispiele strikter Verantwortlichkeit anders beurteilten als diejenigen anderer Straftaten. Gemäss den Autoren hätte die psychologische Forschung aufzeigen können, dass der Vorsatz einer Person grundsätzlich eine relevante Variable in der Bestimmung moralischer Verantwortlichkeit darstelle. Es stelle sich nun die Frage, ob das in den Fällen der *strict liability* weniger der Fall sei. Die Studie konnte allerdings nur nachweisen, dass diese Fälle tatsächlich mehr als *malum prohibitum* wahrgenommen werden und den Befragten in ihrer Kriminalisierung willkürlicher erscheinen. Entsprechend würde sich das moralische Urteil primär auf die Feststellung beziehen, dass überhaupt gegen ein Gesetz verstossen wurde und sei weniger sensibel hinsichtlich der inneren Tatseite. Es scheint wenig überraschend, dass es gerade im Bereich der Massendelikte weniger um ein moralisches Urteil aufgrund

Grenzziehung und der Höhe der Strafandrohung führt zu unlösbaren Problemen theoretischer Differenzierung.⁵⁴¹

6.3 *Strict Liability* als Teil des Strafrechtssystems

Die bereits beschriebenen Einteilungsversuche der *strict liability offences* als „andere Art“ von Straftaten (z.B. die Einteilung in *quasi-crimes* oder *regulatory offences*) legt die Frage nahe, ob es sich bei dieser breiten Palette an Delikten wirklich noch um einen Teil des Strafrechts handelt, oder ob diese ein eigenes System darstellen.⁵⁴² In diesem Zusammenhang wird als Ausweg aus der „Überkriminalisierung“ häufig gefordert, diese Deliktskategorie zu einer eigenen Art von Bestimmungen ausserhalb des eigentlichen Kriminalstrafrechts herabzustufen.⁵⁴³ Genau wie das Ordnungswidrigkeitenrecht in Deutschland sollen so bestimmte, als weniger gravierend empfundene Delikte aus dem Kernbereich des Strafrechts ausgeschieden werden.⁵⁴⁴ Bezeichnend ist auch der Begriff des Nebenstrafrechts, der eigentlich nicht mehr als die Summe der strafrechtlichen Regeln bezeichnet, welche ausserhalb des Strafgesetzbuches normiert sind,⁵⁴⁵ oftmals aber gleichzeitig fälschlicherweise impliziert, es würde sich dabei auch um eine andere Art von Strafrecht handeln.⁵⁴⁶ Tatsächlich dient das Ordnungswidrigkeitenrecht in Deutschland als relativ einheitlicher Körper von Normen mit verfahrensspezifischen Besonderheiten US-amerikanischen und englischen Autorinnen und Autoren regelmässig als Vorbild im Kampf um die Wirren der *strict liability*-Doktrin im Bereich der *public welfare offences*. Ähnlich wie dieses sei das Ordnungswidrigkeitenrecht

eines persönlichen Verschuldens ankommt. Die Frage bleibt aber ungeklärt, in welche Richtung sich die Wirkung entfaltet, ist es doch naheliegend, dass die weite Verbreitung der Doktrin auch ihre Spuren in der Rechtswahrnehmung der Laien hinterlassen hat. Ferner konnte die Studie nicht nachweisen, dass das Verschulden keinerlei Einfluss hat, sondern nur, dass es tatsächlich Differenzen zwischen *mens rea* und *strict liability offences* gibt; siehe GIFFIN/LOMBROZO, 40 *Law & Hum. Behav.* 707 (2016).

541 So auch DUFF ET AL., *Criminalization*, 8.

542 DUFF ET AL., *Criminalization*, 3 f.

543 SIMESTER ET AL., 194.

544 Zu dieser Herabstufung von Kriminalstraftaten zu Ordnungswidrigkeiten in Deutschland siehe WOHLERS, 81 ff.

545 So die Definition bei ROXIN, AT, § 2 N 123.

546 Dies ist keineswegs zutreffend, finden sich doch auch im Nebenstrafrecht zahlreiche Strafbestimmungen mit zum Teil erheblichen Strafandrohungen, welche keineswegs als minder schwerwiegend bezeichnet werden können; siehe z.B. Art. 44 ff. CH-FINMAG oder Art. 90 ff. CH-SVG.

aus der Kategorie der *mala prohibita* entwickelt worden und würde dem Ziel dienen, die Durchsetzung kleinerer Verstöße in Anwendung weniger stigmatisierender Verfahrensformen zu ermöglichen.⁵⁴⁷ Ursprünglich war die Schaffung des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts ebenfalls mit der Idee einer weitgehenden Entkriminalisierung einhergegangen. Allerdings ist es fraglich, ob im Zusammenhang mit rein verfahrenstechnischen Änderungen oder der Umbenennung von Sanktionen wirklich von Entkriminalisierung gesprochen werden kann.⁵⁴⁸ Trotzdem: Eine derartige formelle Unterteilung in verschiedene „Abteilungen“, welche die Problematik wenn auch nicht lösen, so doch zumindest entschärfen könnte, kennen die angelsächsischen Rechtsordnungen nicht.⁵⁴⁹

Eine wirkliche „Auslagerung“ würde konsequenterweise bedeuten, einige Delikte tatsächlich nicht mehr strafrechtlich zu erfassen. Andernfalls ist zu akzeptieren, dass auch im Rahmen der mittlerweile weit verbreiteten „regulativen Funktion“ des Strafrechts gewisse Prinzipien, darunter das Schuldprinzip, eingehalten werden müssen.⁵⁵⁰ Denn auch bei solchen Ordnungswidrigkeiten handelt es sich um Reaktionen auf Verstöße gegen Verhaltensnormen mittels einer repressiven Sanktion, materiell also um nichts anderes als Strafrecht.⁵⁵¹ Es ist folglich nur logisch, dass auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die reine „Umbenennung“ strafrechtlicher Sanktionen und die Markierung dieser als „nicht-strafrechtlich“ durch den Gesetzgeber nicht als relevant für die Frage betrachtet, ob es sich in einem konkreten Fall um eine Strafe bzw. Straftat handelt.⁵⁵² Auch Ordnungsbussen oder Verwaltungssanktionen werden folglich materiell als Strafe qualifiziert, was bedeutet, dass die Regeln des Allgemeinen Teils der entsprechenden

547 BÄHR, 159; DUFF ET AL., *Criminalization*, 33 f.

548 NIGGLI/RIEDO, *Quasi-Strafrecht*, 109.

549 SIMESTER, vii f.

550 So ASHWORTH, 5 *Ohio St. J. Crim. L.* 407, 424 (2008).

551 WOHLERS, 83 f.; zur Abgrenzung zwischen Kriminal- und Ordnungsunrecht seien verschiedene Positionen vorzufinden. Einige Autorinnen und Autoren glaubten einen qualitativen Unterschied ausmachen zu können, während andere die Auffassung vertreten würden, es handle sich nur um graduell abgestufte Unrechtsformen. Im Endeffekt wird die Abgrenzung im Einzelfall vom Gesetzgeber wohl vorwiegend pragmatisch vorgenommen und liegt in dessen Ermessen; vgl. auch ROXIN, AT, § 2 N 133.

552 Siehe z.B. bereits *Öztürk v Deutschland*, EGMR Urteil vom 21.2.1984, Serie A, Nr. 73; dazu auch DUFF ET AL., *Criminalization*, 33 f.; ELLIOT, 215.

Strafgesetzbücher und damit auch das Schuldprinzip Anwendung finden.⁵⁵³ Eine grundsätzliche Wesensverschiedenheit von Strafrecht und Verwaltungs- oder Ordnungswidrigkeiten(straf)recht ist deshalb nicht zu eruieren, da es sich qualitativ ebenfalls um Strafdelikte handelt.⁵⁵⁴ Daran ändern auch gewisse prozessuale und materielle Eigenheiten nichts.⁵⁵⁵ Folglich handelt es sich auch bei diesen Abgrenzungen nur um eine Wertung des Gesetzgebers und eine rein formale Differenzierung, welche Lockerungen strafrechtlicher Kerngarantien jedoch kaum zu legitimieren vermögen.⁵⁵⁶ Eine reine Umbenennung löst das Problem demzufolge nicht substantziell.

6.4 **Strict Liability zwischen Strafrecht und Tort Law**

Es sollte bereits klar geworden sein, dass die Grenzen des Strafrechts zwar nicht immer leicht zu definieren sind, es sich dabei aber im Unterschied zum Privatrecht nicht nur um die Sicherung der Durchsetzung von privaten Ansprüchen und Interessen handelt. Vielmehr führen Straftaten zu einer gewissen öffentlichen Enttäuschung, auf welche die Strafe eine Reaktion darstellt. Auch das Privatrecht hält, wie noch genauer zu diskutieren sein wird, enttäuschte Erwartungen kontrafaktisch durch, d.h. gerade trotz der faktischen Missachtung im Einzelfall. Allerdings stabilisiert das Strafrecht darüber hinausgehend Normen mittels seines spezifischen Instrumentariums.⁵⁵⁷ Entsprechend bedarf Strafe auch einer speziellen Rechtfertigung, die sich von den privatrechtlichen Reaktionen unterscheidet.⁵⁵⁸ Die Strafe ist die markante Eigenschaft dieses Rechtsgebietes, eine institutionalisierte Reaktion auf einen Normbruch, welcher einer speziellen Rechtfertigung bedarf.⁵⁵⁹ Das Strafrecht abzugrenzen ist deshalb nicht möglich, ohne sich näher mit diesem Instrument zu befassen.⁵⁶⁰ Persönliche Verantwortlichkeit und Schuld haben in der Entwicklung des Strafrechts eine zentrale Rolle gespielt und es wird bereits jetzt klar, dass diese Art des Zurechnenschaftziehens für die

553 NIGGLI/RIEDO, Verwaltungsstrafrecht, 31 f. und 52; EICKER/FRANK/ACHERMANN, 90; SPENCER/PEDAIN, 240.

554 EICKER/FRANK/ACHERMANN, 7; ROXIN, AT, § 2 N 131 f; zu den Versuchen materielle Unterschiede auszumachen siehe ausführlich NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht, 96 f.

555 Zu diesen Eigenheiten z.B. EICKER/FRANK/ACHERMANN, 18 ff.

556 NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht, 96 f. und 114.

557 Dazu ausführlicher auf S. 175 ff. und S. 180 ff.

558 FARMER, 13.

559 ASHWORTH, 5 Ohio St. J. Crim. L. 407, 408 (2008).

560 Siehe dazu S. 175 ff.

Abgrenzung zwischen dem Strafrecht und anderen sozialen Institutionen von hoher Relevanz ist.⁵⁶¹

In Kontext mit der *strict liability* stellt sich dabei regelmässig die Frage, ob diese Art der Regulation überhaupt zum Strafrecht gehört oder ob es sich dabei um eine andere Art von Regulierung handelt.⁵⁶² Neben der Diskussion, ob es sich bei den *regulatory offences* einfach um ein Nebenstrafrecht oder ein minderschweres Ordnungswidrigkeitenrecht handelt, kann ganz allgemein die Frage in den Raum gestellt werden, ob mit der *strict liability* überhaupt noch die eigentliche Funktion des Strafrechts adressiert ist oder ob sich diese vielmehr ausserhalb des Systems befindet und diese Delikte nur fälschlicherweise über gewisse strafrechtlich garantierte Institutionen abgehandelt werden. Dass das Verwaltungsstrafrecht oder das Ordnungswidrigkeitenrecht wenn auch nicht zum Kernstrafrecht, so doch immer noch zum Strafrecht gehören, ist unbestritten. Die Einordnung gerade der *public welfare offences* zum Strafrecht ist im angloamerikanischen Recht allerdings problematischer und verschiedene Autorinnen und Autoren vertreten die Ansicht, es handle sich dabei vielmehr um eine eigene Art von *civil offences* oder *public torts*, welche überhaupt nicht genuin strafrechtlich seien.⁵⁶³ Diese seien zwar der Form nach strafrechtlich, der Natur nach aber zivilrechtlicher Art, was auch die Lockerung des Schuldprinzips erklären und legitimieren könne.⁵⁶⁴ Gewisse Reformvorschläge drängen demzufolge in die Richtung, diesen ganzen Regelungskomplex einfach ins Zivilrecht zu verfrachten, wobei auch in der englischsprachigen Literatur, wie bereits angesprochen, offen die Frage gestellt wird, ob eine reine Umbenennung dieser Deliktskategorie effektiv und gerechtfertigt sei, auch wenn so zumindest die Stigmatisierung reduziert werden könnte.⁵⁶⁵

Diese Position, es handle sich bei den *strict liability offences* eigentlich nur um Privatrecht, ist kaum zu halten.⁵⁶⁶ Auch bei den *regulatory offences* geht es um die hoheitliche Verhängung von Strafen als öffentliche Reaktion auf einen Normbruch und nicht nur um die Durchsetzung eines zivilrechtlichen

561 FARMER, 170; HALL, 43 Colum. L. Rev. 967, 999 ff. (1943).

562 Ähnlich auch DUFF ET AL., *Criminalization*, 4.

563 PERKINS, 100 U. Pa. L. Rev. 832 (1952); SAYRE, 33 Colum. L. Rev. 55, 78 ff. (1933); siehe dazu auch QUIST, 5; BÄHR, 91 ff.

564 BÄHR, 91 mit Verweis auf *R. v Stephens* [1866] LR 1 QB 702, 708.

565 QUIST, 7.

566 So auch QUIST, 11.

Anspruchs.⁵⁶⁷ Die Funktionen der beiden Rechtsgebiete unterscheiden sich deutlich, wie noch genauer auszuführen sein wird.⁵⁶⁸ Die Entwicklung der strikten Verantwortlichkeit im US-amerikanischen und englischen Strafrecht verlief zwar in der Tat nicht unabhängig von der analogen Rechtsfigur im *tort law*.⁵⁶⁹ Oftmals gab es in der Argumentation und Rechtfertigung der Anwendung klare Analogien und die Haftungsprinzipien wurden nicht selten vermischt.⁵⁷⁰ Trotzdem sollte schon zu diesem Zeitpunkt klar werden, dass es sich um unterschiedliche Rechtsgebiete mit unterschiedlichen Aufgaben und Regelungsgegenständen handelt. Ein einfacher Verweis darauf, dass es sich bei den Delikten mit strikter Verantwortlichkeit um Delikte ausserhalb des Strafrechts handle, kann entsprechend nicht für eine Legitimation der Lockerungen des Schuldprinzips ausreichen.

7. *Strict Liability* als Herausforderung für die Strafrechtstheorie

7.1 Unzulänglichkeiten bisheriger Erklärungs- und Kategorisierungsversuche

Die vorangehend dargestellten Definitions- und Differenzierungsversuche lassen keinen befriedigenden Schluss zu. Die Trennung der verschiedenen Deliktskategorien zur Begründung der *strict liability*-Doktrin kann zwar verschiedene Indikatoren liefern, mit welchen Argumenten diese Rechtsfigur gerechtfertigt und rechtstheoretisch eingeordnet wird, bietet jedoch keine zufriedenstellende Zuordnung und ist zu weiten Teilen willkürlich. Der Versuch, auf Termini wie das „öffentliche Wohl“ oder die angedrohte Strafe abzustellen, bleibt wenig aussichtsreich in Anbetracht der Fülle der Deliktsarten, welche unter dem Label *strict liability* zusammengefasst werden. Am Schluss bleibt die Kernunterscheidung zwischen *strict liability*-Delikten und Delikten mit Erfordernis eines vollen Schuldnachweises gerade diejenige dieser der Definition inhärenten Differenz, welche wiederum einzig positivistisch erklärt werden kann. Dies befreit allerdings nicht von der Aufgabe, mit

567 BÄHR, 93 ff.

568 S. 172 ff.; zu diesen Unterschieden auch KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1513 und 1543 ff. (2016).

569 Dazu ausführlich HALL, 43 Colum. L. Rev. 753 (1943) und *ders.*, 43 Colum. L. Rev. 967 (1943).

570 Vgl. BÄHR, 82.

Blick auf die Funktion des Strafrechts Erklärungen und Gemeinsamkeiten herauszufiltern und festzustellen, inwiefern sich Eigenarten der verschiedenen Kategorien ergeben. Es wurde aber deutlich, dass die Kategorien *public welfare offences* und *regulatory offences*, *mala in se* und *mala prohibita* oder auch *true* und *quasi crimes* neben Hinweisen auf die gängige Legitimation der Doktrin keine sinnvolle Erklärung oder Abgrenzung darstellen. Vielmehr müssen weitergehende Kategorisierungsversuche unternommen werden, welche das Phänomen präziser erfassen und der Essenz dieser Delikte auf den Grund gehen.

Die Identität des Strafrechts, seine Funktion und seine Grenzen hängen unweigerlich miteinander zusammen. Die Grenzen des Strafrechts zu erfassen ist dabei mit der Rechtfertigung von Strafe und persönlicher Verantwortlichkeit eng verzahnt.⁵⁷¹ Gerade die Frage, was für eine Rolle der Schuldvorwurf dabei spielt, ist von zentraler Bedeutung und wirft ein spezielles Licht auf die Doktrin der *strict liability*. Das Schuldprinzip sei dabei, so die herkömmliche Vorstellung, besonders geeignet, die Grenzen des Strafrechts zu manifestieren und zu limitieren, da dieses Strafe nur im Falle eines persönlichen Vorwurfs rechtfertige.⁵⁷² Es setze nicht nur staatlichen Eingriffen eine Grenze, sondern definiere das Strafrechtssystem darüber hinaus substantiell.⁵⁷³ Im Vergleich zum Zivilrecht sei dieser persönliche Vorwurf nicht nur einer von zahlreichen Verarbeitungsmechanismen, sondern der zentrale überhaupt.⁵⁷⁴ Damit wird wiederum deutlich, dass die Frage nach den Grenzen des Strafrechts zunächst die Frage nach der Funktion des Strafrechts bedingt. Nur wenn klar ist, wofür wir ein Strafrecht haben, können Prinzipien entwickelt werden, welche auch die Kriminalisierung normativ beschränken.⁵⁷⁵

7.2 Notwendigkeit weitergehender Analyse

Aufgrund der Verschiedenartigkeit der Normen, Werte und Ziele, welche mit verschiedenen Delikten und Deliktskategorien geschützt würden, müsse man, so *Duff et al.*, dem Grundgedanken gegenüber offen bleiben, dass den Ansprüchen an den Schuldvorwurf in verschiedenen Bereichen verschiedene Relevanz zugeschrieben werde und entsprechend dem Schuldprinzip auch

571 FARMER, 170.

572 So z.B. ASHWORTH, 5 Ohio St. J. Crim. L. 407, 424 (2008).

573 FARMER, 164.

574 HALL, 43 Colum. L. Rev. 967, 971 (1943).

575 ASHWORTH, 5 Ohio St. J. Crim. L. 407, 408 (2008).

nicht bei allen Delikten gleiches Gewicht zukomme.⁵⁷⁶ Zu ihnen gesellen sich die meisten Autorinnen und Autoren, die sich – manchmal aus theoretischer Überzeugung, manchmal aus Kapitulation vor der Praxis – einer Schwarz/Weiss-Einordnung der *strict liability*-Doktrin verweigern. So sei es, und dies ist sicher zutreffend, nötig, zwischen verschiedenen Konstruktionen zu unterscheiden, bevor überhaupt eine sinnvolle Beurteilung möglich werde.⁵⁷⁷

Husak hat in seinen Ausführungen zur Unterscheidung zwischen der sog. formellen und materiellen strikten Verantwortlichkeit sodann dargelegt, dass diese auf den verschiedenen Verständnissen des Schuldprinzips basiere und dass dieser Umstand die normative Kontroverse rund um die strikte Verantwortlichkeit leiten müsse.⁵⁷⁸ Ähnlich auch das Resultat bei *Simons*: So sei gemäss rein formeller Analyse sowohl die von ihm als *pure* als auch die als *impure* klassifizierte *strict liability* grundsätzlich mit dem Schuldprinzip i.S. eines Vergeltungsstrafrechts unvereinbar, wobei letztere jedoch akzeptabler sei, da immerhin in Bezug auf einige Elemente ein persönlicher Vorwurf platziert werde. Würde man allerdings einen substantiellen Ansatz verfolgen, könnten u.U. grundsätzlich alle Formen der strikten Verantwortlichkeit legitimiert werden, wenn das Delikt trotz Abwesenheit eines Nachweiserfordernisses in Bezug auf die sonst üblichen Schuldmerkmale einen materiellen Schuldnachweis erfordere.⁵⁷⁹ Die meisten Autorinnen und Autoren differenzieren in ihrer Beurteilung also hinsichtlich verschiedener Arten dieser Delikte. So eruiert bspw. *Simons* weitergehend drei Formen von strikten Strafnormen, welche durchaus mit dem Schuldprinzip vereinbar seien: Wenn die strikte Verantwortlichkeit nicht mehr als ein Ausdruck des sog. *moral luck*-Prinzips, also einer Variante der erfolgsqualifizierten Delikte, sei,⁵⁸⁰ wenn die strikte Verantwortlichkeit nur eine legitime Form einer leichten Fahrlässigkeit impliziere oder wenn die Anforderungen des Schuldprinzips durch vergleichbare Massstäbe abgedeckt würden.⁵⁸¹ Diese Differenzierungs- und Beurteilungsversuche zeigen, dass bereits bei der Frage, inwiefern verschiedene Variationen der *strict liability offences* gegen das Schuldprinzip verstossen, Uneinigkeit herrscht. In der Tat

576 DUFF ET AL., *Criminalization*, 10.

577 Diese Erkenntnis mündete in den in der Folge kurz angesprochenen und in Teil 4 (S. 311 ff.) weiter zu erläuternden Kategorisierungsversuchen.

578 HUSAK, *Strict Liability, Justice and Proportionality*, 87; siehe dazu ausführlich S. 314 ff.

579 SIMONS, 87 *J. Crim. L. & Criminology* 1075, 1088 (1997).

580 Zur Relevanz des „*moral luck*“ siehe S. 339

581 SIMONS, 87 *J. Crim. L. & Criminology* 1075, 1133 (1997).

greift das Fazit, *strict liability offences* würden alle gegen das Schuldprinzip verstossen und seien deshalb alle abzulehnen, zu kurz. Die Unklarheiten, was überhaupt alles als strikte Verantwortlichkeit zu gelten habe und nach was die Einhaltung des Schuldprinzips und die Platzierung eines Schuldvorwurfs im Detail verlangen würden, erlauben eine so generelle Beurteilung auf der bestehenden Grundlage schlichtweg nicht.

Im Zusammenhang mit der spezifisch strafrechtlichen Normstabilisierung, die in nachfolgenden Kapiteln noch Gegenstand genauerer Untersuchung sein wird, zeigt sich, dass nicht nur Normbruch und Strafe eine unweigerliche Sequenz darstellen, sondern auch persönliche Verantwortlichkeit und Strafe. Bei einer Strafe ohne Schuld (oder nicht in angemessenem Verhältnis zur Schuld), d.h. also einer strikten Verantwortlichkeit, stellen sich folglich Herausforderungen nicht nur hinsichtlich der klaren Unterscheidbarkeit des Strafrechtssystems gegenüber anderen sozialen Systemen und Institutionen, sondern darüber hinaus auch hinsichtlich der Frage, ob das Strafrecht so seiner eigentlichen Aufgabe überhaupt nachkommen kann. Bevor dieser Frage nachgegangen werden kann, muss allerdings geprüft werden, was „Schuld“ überhaupt bedeutet und ob sich dabei tatsächlich Differenzen zwischen den Rechtsordnungen ergeben. Nur dann kann eruiert werden, ob und inwiefern eine Strafbarkeit ohne eben diese „Schuld“ überhaupt ein Problem für die Stabilität des Strafrechtssystems darstellt.

Kapitel 3: Variabilität von Schuld und Schuldprinzip als Herausforderung

I. VERSCHIEDENHEIT DER DOGMATIK, EINHEITLICHKEIT DER FUNKTION?

1. Pluralismus der Schuldkonstruktionen

Ein pluralistisches Verständnis von Schuld zeigt sich, den vorangehenden Ausführungen folgend, also nicht nur im historischen Längsschnitt oder in den verschiedenen vertretenen Standpunkten innerhalb einzelner Rechtsordnungen, sondern vor allem und besonders deutlich im Rechtsvergleich. Wie ausführlich analysiert wurde, stellt die *strict liability* dabei in besonderem Masse eine Herausforderung für die Strafrechtstheorie und die Schuldlehre dar. Die zahlreichen Konstruktionen, bei denen von der eigentlichen Straftatlehre abgewichen wird, offenbaren die Variabilität strafrechtlicher Verantwortungszuschreibung im existierenden sozialen System. Die Fülle möglicher Wahrnehmungen und Definitionsversuche indiziert dabei bereits, dass das Zustandekommen von rechtlichen Begriffen gerade in Bezug auf die Zuschreibung von Verantwortung stets system- aber auch beobachterabhängig ist. Diese Varianz zu akzeptieren fällt gerade Anhängern ontologischer Anschauungen schwer. Der Pluralismus des Schuldverständnisses und seiner rechtlichen Dimension kann aber als Exempel dafür betrachtet werden, wie solche Konzepte stets sozial konstruiert sind und erst in der sozialen Ordnung überhaupt mit Sinn gefüllt werden.

Entsprechend muss auch die Frage nach der Funktion der Schuldzuweisung bzw. Schuldzuschreibung im Gesellschaftssystem von der Frage nach der

Einordnung der Schuld im dogmatischen Systembau und der Auffassung juristischer Begriffe unterschieden werden. Während dogmatisch die Schuld i.w.S., also i.S. einer inneren Tatseite und persönlichen Vorwerfbarkeit z.B. in den deutschsprachigen Rechtsordnungen im Rahmen der „subjektiven Tatseite“ und der „Schuld“, in Frankreich als „*élément moral*“ und „*faute*“ und in den *Common Law*-Ländern als Bestandteile der „*mens rea*“ in Verbindung mit den „*defences*“ abgehandelt wird, wird in der Folge davon ausgegangen, dass unabhängig davon, wie sich das jeweilige juristische Konstrukt gestaltet, der Schuldzuschreibung im Recht als sozialem System die gleiche Aufgabe zukommt. Als Voraussetzung der Strafe und damit „Filter“ im Rahmen der Straflgitimation kommt ihr eine zentrale Funktion zu. Welche das ist und wie variabel sie sich auch aus soziologischer Sicht gestaltet, gilt es herauszufinden. Ob diese Erkenntnisse als Bezugsgrösse in das juristische Konstrukt aufgenommen werden sollen oder gar müssen – oder ob dies bereits automatisch geschieht – ist eine Folgefrage der Strafrechtsdogmatik. Die Analyse der Funktion der Schuldzuschreibung im System, eine sozialwissenschaftliche Fragestellung, ist davon allerdings nicht betroffen. Die These lautet hier, um dies bereits festzuhalten, dass trotz pluralistischen Konzeptionen eine systemfunktionale Einheitlichkeit besteht.

2. Schuld und Verantwortung als Konstruktion

Die Variabilität des strafrechtlichen Schuldvorwurfs innerhalb der Rechtsordnungen nicht nur hinsichtlich der Straftatlehre, sondern darüberhinausgehend auch in Bezug auf die tatsächlichen Differenzen in der praktischen strafrechtlichen Verantwortungszuschreibung i.S.v. „strikten“ und „weniger strikten“ Umsetzungen des Schuldprinzips, zwingt nicht nur zur vorläufigen Akzeptanz eines Pluralismus des Schuldbegriffs. Vielmehr geht diese Akzeptanz konsequenterweise mit einer Absage an die Suche nach einem der materiellen und objektiven Wahrheit verpflichteten Verständnisses von Schuld einher, welche unabhängig von sozialen Gegebenheiten existiert. Wird nach der Funktion eines rechtlichen Instituts wie der Schuldzuschreibung für das Gesamtsystem Gesellschaft gefragt, muss das mit der Annahme einhergehen, dass sich solche Mechanismen im sozialen System selbst abspielen und dementsprechend auch im sozialen System selbst definiert und verarbeitet werden. Eine Anlehnung an einen übergeordneten Bezugspunkt, der ausserhalb des sozialen Systems und damit ausserhalb der Gesellschaft liegt, lässt sich damit nicht vereinbaren.

Der vorliegenden Untersuchung ist demzufolge ein konstruktivistisches Grundverständnis inhärent. Damit einher geht auch das Postulat einer Beobachterrelativität⁵⁸² und die Ablehnung der Idee einer objektiven Wirklichkeit.⁵⁸³ Jede Erkenntnis ist selbst nur eine Beobachtung.⁵⁸⁴ Auch diese Analyse beansprucht demgemäss keinen privilegierten Zugang zu einer absoluten Wirklichkeit oder Wahrheit. Die verschiedenen Auffassungen von Schuld können dies jeweils ebenso wenig. Die strafrechtstheoretische und –philosophische Suche nach dem „einen wahren“ Schuldbegriff, welche von der vielfach geteilten wissenschaftlichen Hoffnung genährt wurde, dass durch Forschung nach und nach ein absolut wahres Bild der Welt zu enthüllen sei, ist kaum ein Beweis dafür, dass die Möglichkeit des Erkennens einer solch apriorischen Wirklichkeit überhaupt besteht.⁵⁸⁵ Ganz im Gegenteil ist der Pluralismus der Schuldbegriffe geradezu starkes Indiz dafür, dass es eine solche einzig richtige Auffassung nicht gibt und nicht geben kann. Die Auffassung, was strafrechtliche Schuld ist oder sein soll, ist stets vielmehr Teil einer Konstruktion innerhalb des sozialen Systems. Gerade die juristische Art und Weise, wie man über Schuld und Verantwortung unter den Menschen im Laufe der Geschichte urteilte, scheint dabei – so bereits Foucault – eine der Formen zu sein, in der sich die Beziehung zwischen der von unserer Gesellschaft definierten Subjektivität und der Wahrheit besonders deutlich zeigt.⁵⁸⁶ Auch hinter der „Wirklichkeit“ des Schuldbegriffs verbirgt sich also ein Interpretationskonstrukt. In Bezug auf die Systemreferenz Gesellschaft ist sie allerdings durchaus erlebte soziale „Wirklichkeit“.⁵⁸⁷ Entsprechend soll dieser Relativismus und die Limitiertheit menschlicher Erkenntnismöglichkeiten keineswegs als Wissenschaftsfatalismus missverstanden werden. Die (Straf-)Rechtswissenschaft und die (Straf-)

582 PÖRKSEN, 11.

583 „Objektive Wirklichkeit ist eine Idee, die der Konstruktivismus prüft und verwirft.“, so JENSEN, 170.

584 Beobachten heisst dabei unterscheiden und bezeichnen, womit der Konstruktivismus als „Theorie des Unterscheidens“ erscheine. Wissenschaftliche Erkenntnis sei demnach keine Erkenntnis der Wirklichkeit, „sondern ein Teil der Konstruktion von Wirklichkeit“; siehe SCHMIDT SIEGFRIED, 20 ff.; PÖRKSEN, 11 f.; JENSEN, 170 f.

585 VON GLASERSFELD, 17; JENSEN, 27.

586 So FOUCAULT, 13.

587 HORSTER, 74 f.; Gemäss LUHMANN, Wissenschaft der Gesellschaft, 688, müsse man die Systemreferenz Gesellschaft wählen, wenn man erklären wolle, wie Wissen in Bezug auf das, was dann als übereinstimmend erfassbare Realität gelte, überhaupt zustande komme.

Rechtssoziologie lassen sich dennoch problemlos rechtfertigen, da dieses Wissen uns die Möglichkeit gibt zwischen „subjektiven Hirngespinnsten und der objektiven Erlebniswelt der Gemeinschaft zu unterscheiden“⁵⁸⁸ und demzufolge von hohem Erkenntniswert ist.

Umso wichtiger wird es aber, sich auf die sozialen Mechanismen zu berufen, welche die Schuld- und Verantwortungszuschreibung in ihrem Wesen ausmachen sowie die Operationsweisen innerhalb des Gesellschaftssystems zu eruieren, welche damit einhergehen. Diese Orientierung an der relativen Funktion innerhalb der sozialen Ordnung und nicht an einer „absoluten Wahrheit“ lässt es nicht nur zu, die Relativität der dogmatischen Einordnung strafrechtlicher Schuld in den verschiedenen Rechtsordnungen zu akzeptieren, sondern bietet vielmehr auch Einordnungsstützen und Erklärungen in Hinblick auf die zahlreichen Lockerungen des Schuldprinzips auf der einen und dessen energische Verteidigung auf der anderen Seite. Dafür muss zunächst danach gefragt werden, was der Schuldvorwurf für eine Funktion innerhalb des Strafrechts und damit innerhalb der Gesellschaft erfüllt. Dies kann mittels soziologischer Analyse geschehen.

Mit der hier vorgeschlagenen und sogleich genauer vorgestellten systemtheoretischen Analyse soll es demnach gelingen, die Funktionsweise des Strafrechtssystems detailliert zu untersuchen. Im Zentrum steht dabei die Frage, worauf der strafrechtliche Schuldvorwurf gründet und ob bzw. inwiefern dieser zweckrational, d.h. systemfunktional platziert wird. Durch die bereits unterstrichene Abwesenheit einer zugriffsfähigen „Realität“ hinter der Gesellschaft, d.h. ausserhalb des sozialen Systems, werden die Operationen der Gesellschaft selbst zur Realität.⁵⁸⁹ Erst durch die Operation der Zuschreibung von Schuld wird demzufolge eine kommunikative Wirklichkeit geschaffen. Der Ausdruck „Schuldzuschreibung“ impliziert dabei schon, dass es sich bei „Schuld“ nicht um einen absoluten, objektiv vorhandenen Zustand handelt, sondern um etwas, das im zwischenmenschlichen Zusammenspiel passiert. Inwiefern diese „Schuld“ allerdings erfasst werden kann, kann unterschiedlich betrachtet werden. Während ein ontologischer Realismus, der bereits verworfen wurde, eine richtige Antwort auf die Frage, was Schuld ist, als zugänglich erachtet und i.d.R. eine übergesetzliche Anknüpfung moralischer Zurechnung als gegeben betrachtet, kommen auf der anderen Seite Vertreter eines harten konstruktivistischen Relativismus

⁵⁸⁸ VON GLASERSFELD, 39.

⁵⁸⁹ BLECKMANN, 130.

nicht umhin, die Möglichkeit einer Definition von Schuld ganz abzulehnen. Der hier vertretene Ansatz geht zwar davon aus, dass Schuld – genauso wie Personalität und Verantwortung – stets im „sozialen Spiel“⁵⁹⁰ entsteht, d.h. konstituiert wird, dies allerdings nicht willkürlich, sondern im Rahmen klar festzustellender Funktionalismen geschieht. Wie Schuld im Detail zugeschrieben wird, ist dabei im System selbst festgelegt. Eine externe Determination ist nicht möglich und damit auch kein irgendwie gearteter „universeller“ oder „übergesetzlicher“ Schuldbegriff erfassbar. Dabei soll die in der Systemtheorie häufig leidenschaftlich vertretene „Aversion gegenüber Formen des moralischen Urteils“⁵⁹¹ nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch solche Urteile im System selbst geschehen und ihren berechtigten Platz einnehmen.⁵⁹² Die funktionale Analyse selbst soll sich derer aber enthalten und macht vielmehr die Funktionsweisen der sozialen Systeme und damit Normen, Erwartungen und eben dieses „soziale Spiel“ zum Gegenstand der Analyse. Dabei lässt sich das soziale Gebilde Recht, genauso wie die Gesellschaft als Ganzes, nicht nur mittels Kausalbeziehungen erklären, wie es die Philosophie und Soziologie im vorletzten Jahrhundert versucht hatten,⁵⁹³ sondern bedarf es einem Verständnis komplexerer sozialer Mechanismen. Sich von der ontologischen Perspektive zu verabschieden und sich auf das durch Normen strukturierte Sozialsystem zu fokussieren, sei nach *Luhmann* überhaupt der „tragende Grundgedanke der modernen Soziologie“.⁵⁹⁴ Diese moderne Soziologie findet eine funktional differenzierte Gesellschaft vor, in welcher dem Strafrecht und der strafrechtlichen Schuldzuschreibung feste Aufgaben zukommen.⁵⁹⁵

590 So die Ansätze von *Luhmann* und *Foucault* beschreibend OPITZ, 40 f.

591 OPITZ, 41.

592 So nimmt das Strafrecht selbstverständlich sehr oft Bezug auf einen in der Gesellschaft vorherrschenden „moralischen Konsens“. Diese Überzeugungen sind aber ihrerseits ebenso im sozialen System entstanden und damit relativ bzw. konstruiert. Auch der Bezugnahme auf die Moral im Rahmen der systeminternen Kommunikation – und speziell in der juristischen Argumentation – kommt im System also eine besondere Bedeutung zu; siehe zur Rolle der Bezugnahme auf die Moral im Rechtssystem auch LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 347 f. und 355, allg. zur Moral in der Gesellschaft auch *ders.*, *Moral der Gesellschaft*, 2008; zu diesem Thema siehe detaillierter S. 169 ff.

593 HORSTER, 75.

594 LUHMANN, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 19 Fn. 4; HORSTER, 62.

595 HORSTER, 62.

II. SYSTEMTHEORIE UND FUNKTIONALISMUS ALS METHODE

1. Erfassung des (Straf-)Rechts als System

1.1 Grundlagen und Potenzial systemtheoretischen Denkens

Überraschend oft gibt man sich auch in den Sozialwissenschaften mit kausalen Erklärungen zufrieden, die eine Ursache mit einer Wirkung verknüpfen. Die sozialwissenschaftliche Systemanalyse hingegen ist ein „Versuch, besser zu begreifen, wie sich in der Welt aus Chaos und Zufall Ordnung bildet und erhält“.⁵⁹⁶ Das „Denken in Systemen“ bzw. das öfter in der englischen Terminologie verwendete „*systems thinking*“⁵⁹⁷ welches sich als neues Paradigma in den letzten 100 Jahren verbreitet hat,⁵⁹⁸ ermöglicht genau das. Im Zusammenhang rechtstheoretischer und rechtssoziologischer Untersuchungen genießt dabei – m.E. zu Recht – die funktionalistische Systemtheorie *Niklas Luhmanns*⁵⁹⁹ die grösste Aufmerksamkeit.⁶⁰⁰ Als funktionalistisch kann seine Systemtheorie deshalb bezeichnet werden, weil sich Systeme überhaupt nur deshalb ausbilden, da die Erfüllung bestimmter Funktionen gefragt ist. Sie reagieren demnach auf die „historisch gewachsene Vielfalt der sozialen Verhältnisse“ und reduzieren die gesellschaftliche Komplexität.⁶⁰¹ *Luhmann* selbst setzt die Methode der funktionalen Analyse durchgehend voraus.⁶⁰² Selbstverständlich gibt es allerdings eine Vielzahl systemtheoretischer Variationen und keine „allgemeine Systemtheorie“.⁶⁰³

Dem systemtheoretischen Denken folgend wird vorliegend davon ausgegangen, dass die Funktion der Schuld bzw. des Schuldvorwurfs stets in Bezug auf das (Straf-)Rechtssystem und das gesellschaftliche Gesamtsystem

596 RÖHL, Allgemeine Rechtslehre, 421.

597 Siehe z.B. EMERY, *Systems thinking* (1969).

598 JENSEN, 407.

599 Als Jurist hat sich *Luhmann* in den verschiedensten Werken einer systemtheoretischen Analyse des Rechts angenommen. Seine zentralen Abhandlungen in diesem Bereich sind LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 1987 und *ders*, *Recht der Gesellschaft*, 1995.

600 So auch MASTRONARDI, 171.

601 MASTRONARDI, 171 f.

602 LUHMANN, *Soziale Systeme*, 83.

603 Der gemeinsame Nenner liege beim „Blick auf zusammengesetzte Einheiten (Systeme) und die Konstruktion von Erklärungen mithilfe *zirkulärer Kausalität*“; so SIMON, 17.

zu analysieren ist.⁶⁰⁴ Gesellschaft und gesellschaftliche Teilbereiche, d.h. Funktionssysteme wie das Recht, werden dabei als System rekonstruiert, wobei u.a. zwischen psychischen und sozialen Systemen unterschieden wird.⁶⁰⁵ Diese Abstraktion darf jedoch weder als reine Artistik noch als Rückzug auf eine „nur analytisch“ relevante Wissenschaftlichkeit verstanden werden. Sie ist eine erkenntnistheoretische Notwendigkeit, um die Komplexität der sozialen Systeme und ihrer ausdifferenzierten Teilsysteme zu erfassen.⁶⁰⁶ Dabei kann und soll eine kritische systemtheoretische Analyse i.d.S. erfolgen, als dass die Systemtheorie nicht nur als rein deskriptive Beobachtungsform verwendet, sondern zudem ihr kritisches Potenzial zum Denken in gesellschaftssystemischen Zusammenhängen nutzbar gemacht werden soll.⁶⁰⁷ I.d.S. erweist sich die Systemtheorie gerade im Hinblick auf die untersuchte Forschungsfrage als geeignete Methode, weil sie eine von moralischen Konnotationen unabhängige und allein auf die Verwirklichung bestimmter sozialer Funktionen gerichtete Beschreibung und Analyse des Strafrechts ermöglicht, welche die Frage nach funktionalen Äquivalenten und der Austauschbarkeit einzelner Elemente offen zulässt.⁶⁰⁸

Dieses Potenzial der Systemtheorie als „kritisch-emanzipativer Gesellschaftstheorie“⁶⁰⁹ sollte nicht unterschätzt werden. Kritisch ist die Systemtheorie vor allem, weil sie eine Auseinandersetzung mit der sozialen Funktionsweise, ihren Paradoxien und ihrer operativen Geschlossenheit ermöglicht ohne sich von der „Erkenntnis ewiger Wahrheit“⁶¹⁰ ablenken zu lassen. Die Kenntnis sozialer Mechanismen und der Funktionalität insb. des Rechtssystems macht den Blick frei für die Zielbindung (rechtlicher) Institutionen und bietet ein sinnvolles Fundament für eine kritische Auseinandersetzung mit denselben. Nur so lässt sich emanzipativ danach fragen, wie soziale Tatbestände anders sein könnten. Emanzipation bedeutet i.d.S. nichts anderes als eine gesellschaftliche „Demystifizierung von eingerichteten und ausgeübten Hegemoniebetrieben in allen Ecken der Gesellschaft“.⁶¹¹ Die von einer systemtheoretischen Analyse aufgedeckten

604 So auch BLECKMANN, 4 f.

605 JENSEN, 375.

606 LUHMANN, Soziale Systeme, 13 und 30.

607 FISCHER-LESCANO, 13 ff.

608 THEILE, 57.

609 AMSTUTZ/FISCHER-LESCANO, 7 f.

610 AMSTUTZ/FISCHER-LESCANO, 9.

611 AMSTUTZ/FISCHER-LESCANO, 10.

Möglichkeitsbedingungen begünstigen ferner auch einen gesellschaftskritischen Freiheitsdiskurs bzw. eine Analyse der Frage, welches wie geartete Strafrecht innerhalb der Gesellschaft die grössten Freiheitsgrade in Bezug auf gesellschaftliche Operationen erlaubt ohne die soziale Ordnung zu gefährden. Die Systemtheorie stellt der Rechtswissenschaft einen Begriffsapparat zur Verfügung, der eine qualitativ hochwertige und präzise Analyse ermöglicht und damit den Horizont erweitern kann.⁶¹² Die systemtheoretische Linse erlaubt es zudem nicht zuletzt, „Was wäre wenn“-Fragen zu erörtern und über mögliche Differenzen in der Zukunft nachzudenken.⁶¹³

Während die Systemtheorie als „Sammelbegriff“⁶¹⁴ sehr viele Theoriekonstruktionen und Strömungen miteinschliesst und nicht nur für die unterschiedlichsten Disziplinen, sondern auch für die verschiedensten Analyseebenen zur Anwendung gelangt, ist die theoretische Grundlage der vorliegenden Analyse primär die soziologische Systemtheorie *Luhmanns*. Neben der Ausrichtung der Untersuchung auf die Makroebene sozialer Wirkungszusammenhänge spricht auch für die Methode der Systemtheorie, dass sie aufgrund ihrer eigenen Begriffsdifferenzierungen sehr genaue Beschreibungen und Analysen sozialer Phänomene und Prozesse ermöglicht.⁶¹⁵ Gerade in Bezug auf den Rechtsvergleich⁶¹⁶ ermöglicht dieser Ansatz eine einheitliche Überprüfung der Forschungsthese und bietet die Möglichkeit, juristische Korsette in ihren tatsächlichen sozialen Tatbeständen zu erschliessen. Selbstverständlich ist die Systemtheorie jedoch nicht ohne Kritiker geblieben. Als häufigste Kritikpunkte gelten das unverständliche Abstraktionsniveau, die Auflösung des Subjekts als Letztelement des Rechtssystems, die Ablehnung eines absoluten Naturrechts oder auch die konstruktivistische Grundhaltung.⁶¹⁷ Während das hohe Abstraktionsniveau zwar

612 VESTING, 2.

613 MEADOWS, 6 f.

614 So *Luhmann* selbst in LUHMANN, *Soziale Systeme*, 15.

615 THEILE, 54; ESSER, 60 f.

616 Zum Nutzen der funktionalen Systemtheorie gerade für den Rechtsvergleich siehe sogleich mehr auf S. 130 f.

617 Häufig gab auch der Universalitätsanspruch der Theorie zu reden. *Luhmann* nimmt für die Systemtheorie nicht in Anspruch, dass sie die komplette Realität des Gegenstands zu widerspiegeln vermöge. Auch nicht erhebe sie einen ausschliesslichen Wahrheitsanspruch im Verhältnis zu anderen Theorieunternehmungen. Allerdings reklamiere sie für sich „Universalität der Gegenstandserfassung i.d.S., dass sie als soziologische Theorie alles Soziale behandelt und nicht nur Ausschnitte“; so LUHMANN, *Soziale Systeme*, 9. Dieser Anspruch der Systemtheorie war wenig überraschend auch Anlass zu Kritik, so z.B. von

die Arbeit mit der Theorie nicht erleichtert, ist es m.E. gerade auch das strenge Begriffskorsett, welches die moderne Systemtheorie als Analyseinstrument attraktiv macht. Vielmehr erfordert es aber die hohe Komplexität moderner gesellschaftlicher Systeme grundsätzlich, eine gewisse Komplexität und ein gewisses Abstraktionsniveau auch im Theoriekonstrukt zu erhalten. Um es auf den Punkt zu bringen: Eine komplexe Welt erfordert nun einmal eine komplexe Theorie. Nur durch die Komplexität des theoretischen Ansatzes kann überhaupt eine selbsttragende Konstruktion entstehen.⁶¹⁸

Es muss hier zum Ausdruck gebracht werden, dass es bei der vorliegenden Abhandlung nicht darum geht und gehen kann, die Systemtheorie selbst einer empirischen Überprüfung zu unterziehen, sondern eine konkrete vorab formulierte Untersuchungsfrage mit Hilfe dieser funktionalen Methode zu beantworten. I.d.S. ist die gewählte Methode eine spezifische Beobachtungsperspektive, welche den Blick auf bestimmte Aspekte – etwa auf die Ausdifferenzierung verschiedener sozialer Systeme und darunter derjenigen des Strafrechtssystems – ermöglicht.⁶¹⁹

1.2 Systemtheoretische Analyse und Beobachterstandpunkt

Es ist also primäres Ziel der vorliegenden Abhandlung, eine systemtheoretische und damit rechtssoziologische Analyse der Funktion der Schuld zu liefern und damit das (Straf-)Rechtssystem von aussen zu beschreiben. Da allerdings in der Folge die Konsequenzen für das dogmatische System eruiert und auch diese Ebene immer wieder aufgegriffen wird, ist es von grundlegender Bedeutung zunächst den eigenen Beobachterstandpunkt transparent festzulegen.⁶²⁰ Demzufolge muss in dieser Forschungsarbeit deutlich auf

SCHELSKY, 107, der meint, der Versuch, eine „allgemeine Theorie“ zu schaffen, komme einem Denkwang nahe und werde mit einem Verlust an Wirklichkeitserkenntnis bezahlt. Universalität heisst gemäss LUHMANN, Soziale Systeme, 34, aber eben nicht „Anspruch auf ausschliessliche Richtigkeit, auf Alleingeltung und i.d.S. auf Notwendigkeit (Nichtkontingenz) des eigenen Ansatzes“, sondern schlichtweg, dass es Ziel dieser Soziologie sei, auch wirklich den ganzen Untersuchungsgegenstand, d.h. die Gesellschaft als soziales System in ihrer Gesamtheit abzubilden.

618 SCHLUCHTER, 536.

619 So schon THEILE, 113 f.

620 Dabei sind die Differenzierungen zwischen Selbst- und Fremdbeobachtung bzw. Beobachtung erster und zweiter Ordnung wichtig. Der Begriff der Beobachtung wurde von Luhmann so bestimmt, dass es sich um eine Systemoperation handle, bei der das beobachtende System in seiner Umwelt eine Unterscheidung treffe und diese bezeichne. Da es sich dabei um eine systeminterne Operation handle, folge daraus, dass jedes System

den Unterschied zwischen einer rechtssoziologischen auf der einen und einer rechtsdogmatischen Fragestellung auf der anderen geachtet werden. Dies führt in der Konsequenz auch zu einer klaren Differenzierung zwischen einem systemtheoretischen Funktionalismus und einer funktionalen Rechtsdogmatik, wie sie sich als mögliche (aber nicht zwingende) Konsequenz der soziologischen Analyse ergeben kann und deren Konzepte ebenfalls bereits kurz umrissen wurden.⁶²¹

Mit der „Soziologie als Reflexionstheorie“ wird zu erfassen versucht, unter welchen Bedingungen die „soziale Veranstaltung“ Recht operiert, wie also die Welt ist, in der das Recht sich Geltung verschafft.⁶²² Rechtssoziologie

zwar sich selbst und seine Umwelt beobachten könne, es ihm aber nicht möglich ist, sich selbst von aussen zu beobachten. Nach *Luhmann* ist „immer, wenn es um „Bedingungen der Möglichkeit“ oder um „Funktionen“ geht, ein Beobachter zweiter Ordnung im Spiel“. In Bezug auf die vorliegende Analyse lässt sich das wie folgt übersetzen: Wenn das Strafrechtssystem und seine Funktionsweise von aussen rechtssoziologisch untersucht wird, handelt es sich um eine Fremdbeobachtung des Strafrechtssystems, welche nach der Massgabe soziologischer Methoden erfolgt. Anders als bei einer Beobachtung im Strafrechtssystem selbst, ist es so insb. möglich, Normen nicht als Normen, sondern als Fakten zu behandeln, da der (Fremd-)Beobachtung ein anderes Schema zugrunde liegt; siehe dazu LUHMANN, *Wissenschaft der Gesellschaft*, 68 ff., *ders.*, *ZRSz* 2000, 8 f.; *ders.*, *Recht der Gesellschaft*, 352; *ders.*, *Soziologische Beobachtung des Rechts*, 21; JENSEN, 177 f. und 354 f.; SCHLUCHTER, 538; THEILE, 106 ff.

621 Strafrechtsdogmatik sei dabei die „Disziplin, die sich mit der Auslegung, Systematisierung und Fortbildung der gesetzlichen Anordnungen und wissenschaftlichen Lehrmeinungen im Bereich des Strafrechts befasst“; ROXIN, *AT*, § 17 N 1 Fn. 1; zu den funktionalen Ansätzen in der Strafrechtsdogmatik bereits S. 32 ff. und ausführlicher S. 436 ff.

622 BLECKMANN, 3 f. Für *Luhmann* ist die Gesellschaft ein reales System. Er vertritt damit einen systemischen Konstruktivismus, in dessen Rahmen der Beobachter zum System selbst gehört. Er stellt bereits 1984 in seinem Grundlagenwerk „Soziale Systeme“ klar, dass „die folgenden Überlegungen davon ausgehen, dass es Systeme gibt“; LUHMANN, *Soziale Systeme*, 30. Wenig verwunderlich ist dieser Systemrealismus gerade bei Vertretern konstruktivistischer Grundauffassungen auf Kritik gestossen; so z.B. bei JENSEN, 363. Allerdings lässt sich *Luhmanns* Position durchaus auch in einem konstruktivistischen Sinne begreifen. So kann natürlich davon ausgegangen werden, dass es sehr wohl ein soziales System Gesellschaft gibt, dass es gleichzeitig aber nicht als solches umfassend von einem stets relativen Beobachterstandpunkt erfasst werden kann, da der Beobachter immer selbst Teil des Systems ist. Eine ontologische Erfassung der Gesellschaft wäre somit nie möglich. Trotzdem hiesse das nicht, dass die Gesellschaft als soziales System nicht in Wirklichkeit existiert. Im Rahmen unserer Erkenntnismöglichkeiten spielt diese Unterscheidung kaum eine Rolle. Wir erfassen das soziale System Recht und gehen dementsprechend selbstverständlich mit *Luhmann* davon aus, etwas Reales zu erfassen.

bedeutet nach gängiger Meinung die wissenschaftliche Erforschung des Zusammenhangs von Recht und Sozialleben, also des Rechts als lebendes Recht.⁶²³ Im Vergleich zur Wert- und Normwissenschaft handelt es sich bei der Rechtssoziologie folglich um eine Erfahrungswissenschaft. Sie versucht das „Sein“ des Rechts und seine soziale Wirklichkeit zu erforschen.⁶²⁴ Die Rechtsdogmatik⁶²⁵ hingegen schafft in ihren Tatbeständen, Rechtsfolgen und normativen Wertungen eine „strafrechtliche Konstitution der Wirklichkeit“,⁶²⁶ wobei sie dabei eine soziale Welt voraussetzt.⁶²⁷ Sie ist damit selbstverständlich nicht unabhängig vom sozialen System Gesellschaft. „Normativität und Faktizität des Rechts“ sind erkenntnistheoretisch auch nicht komplett voneinander abzutrennen, sondern bilden lediglich verschiedene erkenntnistheoretische Sphären eines Phänomens.⁶²⁸ Für verschiedene Autorinnen und Autoren basiert darauf die Forderung, dass sich auch die Strafrechtsdogmatik nach der sozialen Realität zu orientieren habe um „lebendig“ zu bleiben.⁶²⁹

Diese Realität ist immer konstruiert und beobachterrelativ, für uns aber soziale Realität und deshalb von sozialer Bedeutung und gesellschaftlichem Sinn.

623 REHBINDER, 56 ff.; LUHMANN, Gesellschaft der Gesellschaft, 36; den Begriff des „lebenden Rechts“ prägte *Eugen Ehrlich*, der auch als Begründer der Rechtssoziologie gilt; siehe vor allem EHRlich, 43 ff.

624 REHBINDER, 57.

625 Rechtsdogmatik selbst ist nach LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 387, „sicher kein System“. Vielmehr könne Dogmatik als „Gesamtausdruck für die Notwendigkeit begrifflichen Argumentierens im Recht“ bezeichnet werden oder aber auch als „Absicherung der Begriffe gegen ein ständiges und schliesslich grenzenloses rechtspolitisches Hinterfragen“. Trotzdem gibt es selbstverständlich so etwas wie eine „systematische“ Strafrechtsdogmatik, d.h. eine in einem konsistenten Zusammenhang bestehende. So kann z.B. die Zurechnungslehre als „konsistenter Zusammenhang rechtlicher Urteile“ oder der strafrechtliche Systembau auch als „Abgrenzungs- und Ableitungsbeziehungen“ verstanden werden, wobei sowohl begriffliche als auch funktionale Zusammenhänge mitgemeint werden können; siehe JAKOBS, System der strafrechtlichen Zurechnung, 17; BLECKMANN, 58. Dieses System i.S. einer „gedanklichen Zusammenordnung von Rechtsnormen und Entscheidungen“ hat allerdings mit dem sozialwissenschaftlichen Systembegriff wie wir ihn in der Folge benutzen, nichts gemein; RÖHL, Allgemeine Rechtslehre, 421.

626 HASSEMER, Grundlagen, 107.

627 So BLECKMANN, 3.

628 REHBINDER, 58.

629 BLECKMANN, 13 und passim; NOLL ROBERT, ZStW 1965, 2. Diese Ansätze sind in der Sphäre der sog. soziologischen Jurisprudenz, d.h. der angewandten Rechtssoziologie als der Lehre von der soziologischen Orientierung der „Aufstellung, Anwendung und Durchsetzung der Rechtsnormen“ anzusiedeln. Diese fordert die Nutzbarmachung

Gerade die funktionale Analyse des Strafrechts mache gemäss *Rössner* den Weg frei für eine Strafrechtstheorie, welche „ihre Zwecke nicht aus einem Wertehimmel bezieht, sondern sich schlicht an notwendigen und unverzichtbaren Aufgaben als Antwort auf entsprechende Probleme im gesamtgesellschaftlichen System externer sozialer Kontrolle orientiert“. ⁶³⁰ Nach dem Versuch, das Strafrecht „mit Hilfe der Systemtheorie soziologisch zu rekonstruieren“, ⁶³¹ sollen demzufolge auch die potenziellen Konsequenzen dieser Beschreibung für Strafrechtsdogmatik und Verbrechenslehre diskutiert werden.

Dass die Forderung einer Orientierung der Dogmatik an den sozialen Gegebenheiten logische Konsequenz jeder soziologischen Analyse sein soll, ⁶³² wirkt auf den ersten Blick zwar plausibel, ist aber keineswegs zwingend. ⁶³³ Es könnte allenfalls gerade aufgrund verschiedenerer Beobachterstandpunkte und Aufgaben der zu unterscheidenden Analyseebenen durchaus ohne direkte Kopplung auszukommen sein. Mit anderen Worten: Die systemfunktionale Auslegung von Rechtsbegriffen – z.B. im Rahmen der Schuldkategorie – ist nicht die automatische Folge eines sozialwissenschaftlichen Funktionalismus. Ob der Verzicht auf diese Kopplung allerdings sinnvoll ist, ist dabei eine andere Frage. Genau dies soll aber bei den Konsequenzen der systemtheoretischen Analyse bzw. in deren Nachgang ausführlich diskutiert werden. ⁶³⁴ Zunächst ist es aber von grosser Wichtigkeit, die gerade im letzten Jahrhundert prominent diskutierte funktionale Strafrechtsdogmatik von der systemtheoretischen – rechtssoziologischen – Analyse abzugrenzen. Demzufolge sind die Fragen nach der Funktion der Schuld (eine rechtssoziologische Frage) und nach einem funktionalen Schuldbegriff (eine dogmatische Frage) zu trennen.

der Ergebnisse der rechtssoziologischen Forschung für die Dogmatik; siehe auch zur in den USA prominent vertretenen Strömung der soziologischen Jurisprudenz unter der Federführung von *Roscoe Pound* näher KUNZ/MONA, 116 ff. Bei dieser „soziologisch orientierten“ Dogmatik handelt es sich jedoch dennoch um eine normative Disziplin; REHBINDER, 62 f. Gemäss LUHMANN, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 10, sei das „Unsoziologische einer soziologischen Jurisprudenz“ geradezu offensichtlich.

630 RÖSSNER, FS Roxin, 981.

631 So treffend BLECKMANN, 83 f.

632 So BRINGEWAT, 14.

633 Schliesslich sei auch die ontologisierende Strafrechtsdogmatik nicht funktionslos, wie SCHNEIDER, 34, treffend beschreibt.

634 Siehe Teil 5 (S. 417 ff.).

2. Funktionalismus als fruchtbare Analysemethode

2.1 Von der Systemtheorie zum Funktionalismus

Begriffsbestimmungen erfolgen einer systemtheoretischen Annahme folgend nicht als „Wesensbestimmungen“ wie in der Metaphysik, sondern stets aufgrund der „Ermittlung ihrer sozialen Funktion“.⁶³⁵ Worin der Nutzen dieser Ermittlung besteht und welcher Funktionsbegriff dem systemtheoretischen Verständnis zugrunde liegt, soll in der Folge kurz erörtert werden. Der zwingende Zusammenhang von funktionaler Analyse und Systemtheorie⁶³⁶ basiert dabei nicht nur auf der grundlegenden Problemkonstruktion in Bezug auf den Bestand oder die Stabilität eines Systems, sondern auch in der damit einhergehenden „Ausweitung und Limitierung des Möglichen“.⁶³⁷ Diese Leistung soll dazu genutzt werden, innere Zusammenhänge als „*faits sociaux*“⁶³⁸ zu analysieren sowie zu prüfen, was die Funktion der Schuld ist und ob eine nicht adäquate Erfüllung dieser Funktion eine Gefahr für die Systemstabilität darstellt.

Während in älteren Varianten der Systemtheorie versucht wurde, analog der Biologie auch bei sozialen Systemen danach zu fragen, wann eine Gesellschaft als „gesund“ i.S. eines Organismus gelten könne, hat sich mittlerweile die Erkenntnis durchgesetzt, dass es einen solchen Sollwert in der Gesellschaft nicht gibt. Vielmehr wurde diese ältere Systemtheorie durch eine funktionale Theorie abgelöst, welche sich darauf beschränkt, die Funktion bestimmter Elemente für das gesamte System zu beschreiben, d.h. ihren „Beitrag für die Erhaltung abgrenzbarer Sozialeinheiten (Systeme)“ darzustellen.⁶³⁹ Die funktionale Methode als analytisches Erkenntnisverfahren besteht also darin, „komplex-funktionale Zusammenhänge zu analysieren“.⁶⁴⁰ Die Frage nach der Bezugsgröße ist in der Soziologie demzufolge nicht unproblematisch, kann sie doch kaum im reinen Bestand des Systems liegen. Diesen Ausgangspunkt zu wählen, hält *Luhmann* für wenig geeignet, weil der Begriff des Fortbestands auf der Ebene des sozialen Systems weder

635 HORSTER, 62.

636 Siehe dazu allg. auch LUHMANN, Funktionale Methode, 31 ff.

637 LUHMANN, Soziale Systeme, 86.

638 DURKHEIM, *Méthode sociologique*, 1895; zit. nach SCHNEIDER, 41.

639 RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 422 f.

640 BRINGEWAT, 49.

klare Konturen vorgebe, noch speziell aussagekräftig sei.⁶⁴¹ Auch für das Strafrechtssystem ist die Wahl des Beurteilungskriteriums von Bedeutung. Die reine Sicherung des Fortbestands kann dabei kaum Anleitung geben, ist doch der Selbsterhalt erst in Bezug auf die Aufgabenerfüllung innerhalb der Gesellschaft von Wert. Entsprechend ist es diese Funktionserfüllung des Systems, d.h. die Frage, ab wann der Systemzweck nicht mehr erreicht bzw. bedroht wäre, nutzbare Bezugseinheit. Gerade in Bezug auf die Lockerungen des Schuldprinzips ist dies von besonderer Wichtigkeit: Ab wann können sie die Erfüllung der Funktion „in Gefahr“ bringen und die strafrechtliche Leistung für die Gesellschaft beeinträchtigen? Einer systemtheoretischen Analyse folgend werden in den nachfolgenden Kapiteln die dafür relevanten Bezugspunkte und Kriterien zu erarbeiten sein. Es wird eruiert, inwiefern das Strafrecht weitere Ausdifferenzierung zur Erhaltung und Ermöglichung gesellschaftlicher Komplexität ermöglicht, worin also überhaupt der Beitrag des Strafrechts für das Gesellschaftssystem liegt.⁶⁴² Nur ein Strafrecht, welches seiner Aufgabe in einer Konstanz und Stabilität nachkommen kann, ist ein Strafrecht von gesellschaftlichem Nutzen. Dieser Bewertungsrahmen ist der nachfolgenden Untersuchung demzufolge inhärent.

Die funktionale Analyse als sozialwissenschaftliche Methode dient primär dazu – und soll dies auch in vorliegendem Zusammenhang – „Vorhandenes als kontingent und Verschiedenartiges als vergleichbar zu erfassen“. Mittels funktionaler Analyse soll so verständlich und nachvollziehbar gemacht werden, dass „ein Problem so oder auch anders gelöst werden kann.“⁶⁴³ Damit ist auch die Leitfrage der funktionalen Methode, die Frage nach anderen Möglichkeiten, d.h. nach funktionalen Äquivalenten, etabliert. Die Methode der funktionalen Analyse soll aber nicht dazu dienen, aus einer bereits vorgefundenen Leistung automatisch auf ein entsprechendes Bedürfnis zu schliessen um damit im Umkehrschluss das Vorhandensein dieser Leistung zu rechtfertigen.⁶⁴⁴

641 SCHNEIDER, 48; so könnten Gesellschaften massgebliche kulturelle Änderungen erfahren, ohne dass festgestellt werden kann, ab welchem Zeitpunkt ein neues System vorliegt. Im Gegensatz zur Biologie fehle in den Sozialwissenschaften ein dem Tod des Organismus vergleichbares Kriterium.

642 Gemäss LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 32, gehe es bei Funktionen, d.h. Leistungen, aus Perspektive des Gesellschaftssystems stets um „ein Problem dessen Lösung Voraussetzung ist für die Evolution höherer Grade von Systemkomplexität“; zur Funktion des Strafrechtssystems siehe sodann S. 122 ff.

643 LUHMANN, *Soziale Systeme*, 83 f.

644 LUHMANN, *KZfSS* 1962, 625.

In der Folge wird also zunächst die Funktion der Schuldzuschreibung untersucht, d.h. welchem sozialen Bedürfnis sie entspricht um dann ihre Ursachen und die Bedingungen zu bestimmen, von denen sie abhängt.⁶⁴⁵ Dies um aufzuzeigen, ob überhaupt und inwiefern diese Funktion für die Gesellschaft relevant ist oder aber, ob darauf – wie es im Rahmen der *strict liability* teilweise passiert – verzichtet werden kann. Es wird damit also „Bekanntes und Vertrautes“, d.h. manifeste Funktionen, Zwecke und Strukturen, in den Kontext anderer Möglichkeiten gesetzt.⁶⁴⁶

2.2 Begriff der Funktion und der funktionalen Äquivalenz

Eine Funktion im soziologischen Sinne bestimmt sich stets nach ihrem Beitrag zum gesamten sozialen Leben bzw. dem Funktionieren des gesamten sozialen Systems.⁶⁴⁷ Es geht stets um eine „Zielbestimmung“⁶⁴⁸ in „Bezug auf ein Problem der Gesellschaft“,⁶⁴⁹ wonach sich auch der Aufbau der vorliegenden Abhandlung richtet.⁶⁵⁰ Diese Orientierung an der ganzen Gesellschaft bzw. am sozialen System als Ganzes ist eine relevante Weiterentwicklung des Funktionsbegriffs im Rahmen der Systemtheorie. Bei *Parsons* wurde Funktion als Kategorie der Systemerhaltung eines einzelnen bestimmten Systems verstanden, wobei bei ihm eine Leistung dann als funktional galt, wenn sie der Erhaltung dieses Systems – welches neben anderen sozialen Systemen besteht – dient.⁶⁵¹ Bei *Luhmann* hingegen ist Funktion eine „Kategorie der Gesellschaftstheorie“, die sich auf die Gesellschaft als umfassendes soziales System bezieht und nicht nur auf ein einzelnes System. Alle ausdifferenzierten Funktionssysteme wie z.B. das Recht hätten deshalb „ein unmittelbares Verhältnis zur Gesellschaft“.⁶⁵² Diese Aussage gilt auch für Funktionen

645 So analog schon für die „soziale Arbeitsteilung“ DURKHEIM, Soziale Arbeitsteilung, 90.

646 LUHMANN, Soziale Systeme, 88 f.

647 SCHELSKY, 100, der hier an *Mertons* klassisch gewordenen Funktionsbegriff anknüpft; siehe MERTON, 19 ff.

648 SCHELSKY, 101.

649 LUHMANN, Gesellschaft der Gesellschaft, 746.

650 Eine solche Zielbestimmung darf allerdings nicht mit Zweck- oder Motivvorstellungen einzelner handelnder Subjekte verwechselt werden. Die Sozialwissenschaften haben vielmehr einen „zweckfreien Funktionsbegriff“ entwickelt; dazu SCHELSKY, 100.; LUHMANN, KZfSS 1962, 618 f.; ferner enthalte der Funktionsbegriff auch „keinerlei normative oder auch nur teleologische Sinnbeimischung“; so LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 32.

651 PARSONS, Soziale Systeme, 76.

652 HORSTER, 62.

innerhalb von ausdifferenzierten Teilsystemen. Auch sie beziehen sich stets auf das soziale System und ihre Bestimmung erfolgt aufgrund der Ermittlung ihrer sozialen Funktion. Auch über latente Strukturen und Funktionen kann und soll die funktionale Analyse aufklären, d.h. Zusammenhänge aufdecken, die für die Objekte im System selbst nicht sichtbar sind.⁶⁵³

Der Begriff der funktionalen Äquivalenz wurde nun bereits mehrfach verwendet. In diesem Begriff stecke „der Schlüssel für die Ablösung des Funktionalismus von der kausalwissenschaftlichen Methode“. Eine Funktion sei nicht eigentlich eine zu bewirkende Wirkung, sondern ein „regulatives Sinnschema“. Als solches ermögliche es aus einem spezifischen Standpunkt verschiedene Möglichkeiten einheitlich zu erfassen und aus diesem Blickwinkel äquivalente Leistungen zu erkennen. Die Leistungen würden dann als „gleichwertig, gegeneinander austauschbar, fungibel“ erscheinen und dies obwohl sie „als konkrete Vorgänge unvergleichbar verschieden“ seien.⁶⁵⁴ Der funktionalistischen Analyse geht es also nicht einfach um die Feststellung des Seins, sondern vielmehr – wie gerade auch in der vorliegenden Ausgangsthese – um die Variation von Variablen im Rahmen komplexer Systeme, d.h. um funktionale Äquivalenz bzw. Austauschbarkeit.⁶⁵⁵ In diesem Vergleichszusammenhang liegt auch der wesentliche Erkenntnisgewinn, welcher durch die Kontingenz des Systems getragen wird.⁶⁵⁶ Kontingenz verkörpert also die prinzipielle Offenheit jedes sozialen Systems. Die Funktionsanalyse ist nun auf die „Suche nach Alternativen“ angelegt, wodurch sie praktisch relevant wird.⁶⁵⁷

Der Begriff der „Funktionalität“ meint ferner die Prozesse der Integration, d.h. der erforderlichen Einordnung der Funktion selbst.⁶⁵⁸ Dysfunktional sind Prozesse oder Bedingungen dann, wenn sie die Integration oder die Wirksamkeit des Systems beeinträchtigen.⁶⁵⁹ Fragen wir also nach der Funktionalität der Schuldzuschreibung, geht es uns darum zu

653 So LUHMANN, Soziale Systeme, 88 f.

654 LUHMANN, KZfSS 1962, 623 f.; siehe zu diesem Begriff auch MERTON, Social Theory and Social Structure, 34 und 52.

655 LUHMANN, KZfSS 1962, 625.

656 Kontingenz nennt *Luhmann* etwas, „was weder notwendig ist noch unmöglich ist; was also so, wie es ist (...) sein kann, aber auch anders möglich ist“; LUHMANN, Soziale Systeme, 152; zum Begriff der Kontingenz und insb. zum Phänomen der sog. „doppelten Kontingenz“ ausführlicher auf S. 146 ff.

657 RÖHL, Allgemeine Rechtslehre, 423.

658 SCHELSKY, 101.

659 PARSONS, Systematische Theorie, 38.

fragen, welchem Bedürfnis des Systems sie entspringt und inwiefern sie ihren Beitrag zur Funktion des Gesamtsystems leistet. Auch den Lockerungen des Schuldprinzips und alternativen Formen der strafrechtlichen Verantwortungszuschreibung kann eine manifeste und/oder latente Funktion zukommen. Es wird danach zu fragen sein, ob diese funktionale Äquivalente darstellen oder ob sie vielmehr dysfunktional der Integration und der Effektivität des Systems entgegenwirken.

2.3 Funktionalismus zum Zwecke der Rechtsvergleichung

Korsett und zentrale Leitfrage des systemtheoretischen Funktionalismus liefern nicht nur eine adäquate Methode für die Analyse von Funktionalitäten der sozialen Systeme als solche, sondern bieten sich auch an, um Unterschiede zwischen verschiedenen (Rechts-)Systemen herauszuarbeiten. Die Kombination von Rechtsvergleich und Systemtheorie bietet sich in doppelter Hinsicht an: Einerseits erlaubt die systemtheoretische Analyse die verschiedenen Rechtssysteme mit einheitlicher Methode zu vergleichen und gleiche Systemebenen, Elemente, Wirkungszusammenhänge und eben Funktionen gegenüberzustellen. Andererseits ermöglicht der Rechtsvergleich selbst es, die Suche nach funktionalen Äquivalenten aus verschiedenen Blickwinkeln zu verfolgen, um zu sehen, ob bereits heute solche in den verschiedenen Systemen bestehen.

Wie später weiter auszuführen sein wird, wird vorliegend die Annahme getroffen, dass das Strafrechtssystem und somit auch die Strafe selbst nur eine gesellschaftliche Funktion erfüllen.⁶⁶⁰ Sollte dies der Fall sein, ist die These naheliegend, dass diese Funktion in allen untersuchten Rechtsordnungen – unabhängig ihrer dogmatischen Prägung und der zugrundeliegenden rechtstheoretischen Untermauerung – gleich ist. Um diese Annahme zu überprüfen, ist eine Loslösung von dogmatischen Eigenheiten der einzelnen Straftatlehren, wie sie einführend beschrieben wurden, nötig.⁶⁶¹ Die Abstraktion von den konkreten Rechtsanwendungs- und Auslegungsproblemen stellt gerade ein „grundlegendes Charakteristikum aller systemtheoretischen Ansätze der Rechtssoziologie“ dar.⁶⁶² Der hier vorgenommene Rechtsvergleich ist i.d.S. ein soziologischer, als er auf einem funktionalen Ansatz beruht, d.h., nicht so sehr auf die rechtsdogmatischen Differenzen als vielmehr auf die realen Effekte

660 Siehe S. 154 und S. 200 ff.

661 Oben S. 20 ff. und S. 38 ff.

662 SCHNEIDER, 313.

dieser Strukturen fokussiert.⁶⁶³ Dieser Rechtsvergleich dient nicht nur der Suche nach funktionalen Äquivalenten, in unserem Fall die Austauschbarkeit bzw. den Verzicht auf das Schuldverhältnis in verschiedenen dogmatischen Konstruktionen, sondern dient auch der Überprüfung der verschiedenen Annahmen, welche wir über das Strafrechtssystem als ein zu einem spezifischen Zweck ausdifferenziertes soziales System treffen.

2.4 Aufbau der nachfolgenden Untersuchung

Um eine sozialwissenschaftliche Analyse der Funktion der Schuld vornehmen zu können, wird man dennoch nicht darum herumkommen, die bereits kurz umrissenen Grundlagen und Aspekte sowohl der Schuldkategorie als Teil des Deliktsaufbaus als auch des Schuldbegriffs miteinzubeziehen. Gerade um manifeste und latente Funktionen zu eruieren, ist der historische Verständniswandel und die Positionierung der Schuld innerhalb der Zurechnungslehre nicht zu vernachlässigen. Begriffsanalyse sei dabei gemäss *Luhmann* stets innovativ motiviert, weil sie sich aus Zweifeln ergebe, ob Fälle durch den ursprünglichen Begriffssinn angemessen entschieden werden können.⁶⁶⁴ Aber auch deshalb, weil Begriffe stets Bausteine rechtlich konstruierter Konditionalprogramme sind und ihr Wandel auch von sozialwissenschaftlicher Relevanz sein kann. Jede Begriffskritik erfordert dabei allerdings einen Rückzug auf das ursprünglich zu lösende Problem.⁶⁶⁵ Entsprechend wird in der vorliegenden funktionalen Analyse keineswegs darauf verzichtet, immer wieder den Bezug zu den dogmatischen Fragestellungen herzustellen und diese zu berücksichtigen, wenn auch zunächst eine grundsätzliche Loslösung von dogmatischen Kategorien und damit eine gewisse Offenheit der Analyse angestrebt wird.

Nachdem der Bezugsrahmen der vorliegenden Untersuchung definiert und mit der Systemtheorie eine dafür adäquate Methode vorgestellt und eingeleitet wurde, wird es im folgenden Teil zunächst darum gehen, den Kerngedanken bzw. die bedeutendsten Implikationen der Systemtheorie kurz zu präzisieren um sie als Grundlage für die Erfassung des Strafrechts als soziales System zu benutzen. Da mit der vorliegenden Untersuchung die Funktion

663 Siehe zur funktionalen bzw. soziologischen Methode als Mittel des Rechtsvergleichs z.B. SAMUEL, 65 ff.; MICHAELS RALPH, *Functional Method of Comparative Law*, 339 ff.; ÖRÜCÜ, 442 ff.; DROBNIG, 91 ff.; zum Verhältnis von Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie allg. auch ausführlich REHBINDER, 56 ff.

664 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 386.

665 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 388.

der Schuld im Strafrechtssystem eruiert werden soll, werden also zunächst die für dieses Unterfangen notwendigen Grundlagen erarbeitet. Dabei wird zuerst dargelegt werden müssen, inwiefern das Strafrechtssystem überhaupt als soziales System ausdifferenziert bzw. erfasst werden kann und was für Konsequenzen sich daraus ergeben: ob es sich also beim Strafrecht überhaupt um ein abgrenzbares System handelt und was dessen primäre Aufgabe innerhalb der Gesellschaft ist. Teil 2 dieser Arbeit widmet sich entsprechend dieser Fragestellung, um den bereits beschriebenen Grundsätzen der funktionalen Analyse folgend die Ausdifferenzierung des Systems zu beleuchten. Nur wenn die Grundlagen dieses Systems klar sind, kann auch bestimmt werden, was für eine Aufgabe der Schuldzuschreibung darin zukommt. Dazu wird zu Beginn in die wichtigsten Begrifflichkeiten der soziologischen Systemtheorie eingeführt. Dies gerade auch deshalb, weil *Luhmann* selbst seine Abhandlungen stets in „bemerkenswerter Ferne zu strafrechtlichen Fragestellungen formulierte“.⁶⁶⁶ Einer systemfunktionalen Logik folgend soll daraufhin die Funktion dieses ausdifferenzierten sozialen Systems diskutiert und festgelegt werden. Dies ist notwendig, um sich darauf aufbauend in Teil 3 dieser Abhandlung der Frage nach der Funktion der Schuld und des Schuldprinzips innerhalb dieses Systems widmen zu können und diese herauszuarbeiten. Die Erkenntnisse aus Teil 2 und 3 werden in der Folge erlauben, die Doktrin der strikten Verantwortlichkeit aus einem neuen Blickwinkel zu erfassen und zu beurteilen. Damit einhergehend lässt sich auch die Frage beantworten, inwiefern diese ein legitimes Äquivalent zur traditionellen Verantwortlichkeit darstellen oder ob diese alternativ eine Bedrohung für die Systemstabilität darstellen.

666 So nicht ganz zu Unrecht THEILE, 59.

Teil 2:

Das Strafrecht als soziales System

Kapitel 1: Ausdifferenzierung und Funktion des Rechts

I. ZENTRALE EIGENSCHAFTEN EINES SOZIALEN SYSTEMS

1. Allgemeine Wesensmerkmale eines Systems

1.1 Systembegriff

In der Systemtheorie wird als „System“⁶⁶⁷ sowohl die „zu einem Ganzen organisierte Einheit der Phänomene, die in der Beobachtung erscheint“, als auch der „Beobachtungszusammenhang“ verstanden.⁶⁶⁸ Ein System ist zunächst einmal ein in sich geschlossenes Ganzes, welches die Fähigkeit besitzt, sich selbst zu reproduzieren und sich von seiner Umwelt abzugrenzen.⁶⁶⁹ Systeme sind dabei ferner Gegenstand einer Beobachtung auf der Grundlage der noch genauer zu betrachtenden Leitdifferenz von System und Umwelt, wobei das beobachtete System diese Differenz in selbstreferentieller Schliessung erzeugt und reproduziert.⁶⁷⁰ Ein System kann also als Gefüge von Beziehungen definiert werden, welches sich aufgrund des spezifischen Zusammenwirkens seiner Komponenten von seiner Umwelt unterscheiden lässt.⁶⁷¹ Ob das Recht und das Strafrecht soziale Systeme sind, hängt also primär davon ab, ob neben

667 Das Wort „System“ entstammt aus dem Altgriechischen und bedeutet so viel wie „Zusammenordnung“; so RÖHL, Allgemeine Rechtslehre, 370.

668 So JENSEN, 405 f. in Anschluss an LUHMANN, Soziale Systeme, 15 ff. und LUHMANN, Wissenschaft der Gesellschaft, 68 ff.

669 KUNZ/MONA, 196.

670 SCHLUCHTER, 586 mit Verweis auf LUHMANN, Wirtschaft der Gesellschaft, 9. I.d.S. sind Systeme für einen Beobachter erster Ordnung ontisch gegeben, für einen Beobachter zweiter Ordnung hingegen ist diese Unterscheidung kontingent, d.h. eine mögliche Beschreibung unter anderen. „Systeme sind zwar, aber sie sind immer anders, je nachdem, wie man sie beobachtet“; SCHLUCHTER, 586.

671 RÖHL, Allgemeine Rechtslehre, 422.

einer spezifischen Funktion auch eine Unterscheidung zwischen System und Umwelt getroffen werden kann. Diese beiden Faktoren hängen dabei direkt zusammen, wie nachfolgend noch genauer ausgeführt wird.

Die Charakteristiken und relevanten Eigenschaften, welche ein soziales System ausmachen, werden in der Folge kurz einfühend abgehandelt. Sowohl der Systembegriff, als auch Annahmen darüber, was zwingende Eigenschaften eines Systems sind, gehen allerdings nicht nur interdisziplinär, sondern auch innerhalb der Soziologie auseinander. Überhaupt ist umstritten, ob sich eine abstrakte Fassung der Systemtheorie formulieren lässt, welche für alle Arten von Systemen Gültigkeit beanspruchen kann – unabhängig davon, ob diese Systeme z.B. sozialer, psychischer oder mechanischer Natur sind.⁶⁷² Neben dem zentralen Faktum, dass Systeme stets in einer abzugrenzenden Umwelt existieren, gibt es jedoch auch weitere Wesensmerkmale, welche einem System unbestritten inhärent sind. So bestehen nach gängiger Auffassung Systeme stets aus Elementen⁶⁷³ und deren Relationen d.h. Beziehungen zueinander.⁶⁷⁴ Die bekannte Definition „*a system is a set of objects together with relationships between the objects and between their attributes*“⁶⁷⁵ blieb allerdings nicht ohne Kritik in Bezug auf ihre universelle Gültigkeit.⁶⁷⁶ Gerade die soziologische Systemtheorie führt sich keineswegs Objekte in einem klassischen Sinne als Systeme vor Augen. Vielmehr interessieren der Prozess der Systembildung, das Prozessgeschehen selbst, welches Verknüpfungen hervortreten lässt, und der dabei zustande kommende Aufbau von Ordnung.⁶⁷⁷ So charakterisiert erst das spezifische Zusammenwirken innerhalb eines Systems dessen Wesen und die Elemente summieren sich dabei im System zu neuen Qualitäten.⁶⁷⁸ Kurz: Auch wenn Elementen und Objekten selbstverständlich eine zentrale Bedeutung in Systemen zukommt, interessieren systemtheoretisch mehr die

672 JENSEN, 367. In der Systemtheorie wird i.d.R. zwischen mechanischen, biologischen, psychischen und sozialen Systemen als Hauptkategorien von „Systemarten“ unterschieden; so RÖHL, Allgemeine Rechtslehre, 422.

673 Elemente sind nach LUHMANN, Soziale Systeme, 43, was „für ein System als nicht weiter auflösbare Einheit fungiert“; zum Elementbegriff bei Luhmann siehe auch SCHLUCHTER, 544; zu Kommunikationen als den Elementen der sozialen Systeme sogleich mehr auf S. 140 ff.

674 SIMON, 88; FELDMANN, 34; HORSTER, 60; WILLKE, 282.

675 HALL/FAGEN, General Systems 1956, 18.

676 JENSEN, 367.

677 JENSEN, 370.

678 HORSTER, 60 f.

Dynamik der Systembildung und die Funktionalität selbst.⁶⁷⁹ Das System ist also in klassischer Formel „mehr als die Summe seiner Teile“.⁶⁸⁰

Systeme reduzieren in dieser Hinsicht auch Komplexität, damit sich das System erhalten und entwickeln kann.⁶⁸¹ Andererseits ist Systemdifferenzierung i.S.d. Ausdifferenzierung von Teilsystemen überhaupt erst Voraussetzung für Komplexität.⁶⁸² „Organisierte Komplexität“ kann demzufolge erst durch Systembildung zustande kommen.⁶⁸³ Um den Systembegriff also auf den Punkt zu bringen: Ein System definiert sich über drei Wesensmerkmale und zwar über seine Elemente, den komplexen Verbindungen zwischen diesen Elementen und über seine Funktion.⁶⁸⁴ Oder aus der in der Folge noch weiter zu vertiefenden *Luhmann'schen* Perspektive: Über die systemeigenen Operationen, die Funktion des Systems und die Systemgrenze.

1.2 System und Umwelt

Wie bereits betont, ist die Differenz von System und Umwelt der Kern systemtheoretischer Analysen – ihr „Letztbezug“ oder „Ausgangspunkt“ um es in *Luhmanns* Worten festzuhalten.⁶⁸⁵ Die Systemgrenzen markieren dabei allerdings keineswegs einen Abbruch von Zusammenhängen.⁶⁸⁶ Vielmehr

679 JENSEN, 370.

680 RÖHL, Allgemeine Rechtslehre, 421 f. Für *Luhmann* sind Systeme nicht einfach Relationen zwischen Elementen. Vielmehr müsse dieses Verhältnis der Relationen zueinander irgendwie geregelt sein, wobei diese Regelung die Grundform der Konditionierung benutze. Eine bestimmte Relation werde nur unter gewissen Bedingungen realisiert. Wann immer von „Bedingungen der Möglichkeit“ gesprochen werde, sei dieser Begriff gemeint; siehe zum Begriff der Konditionierung LUHMANN, Soziale Systeme, 44 f. und 185.

681 FELDMANN, 36. Dies geschieht mittels Selektion, indem aus der Unzahl möglicher Ereignisse Geeignete gewählt werden. Komplexität, d.h. dass aufgrund immanenter Schranken nicht mehr jedes Element jederzeit mit jedem anderen verknüpft sein kann, führt dementsprechend automatisch zu Selektionszwang; zum Begriff der Selektion siehe detailliert LUHMANN, Soziale Systeme, 56 f.

682 LUHMANN, Soziale Systeme, 41. Die Aussage von *Luhmann*, dass nur Komplexität Komplexität reduzieren könne, scheint entsprechend zutreffend; LUHMANN, Soziale Systeme, 49; zur Reduktion von Komplexität als Voraussetzung für die Steigerung von Komplexität siehe auch LUHMANN, Soziale Systeme, 236 ff.

683 LUHMANN, Soziale Systeme, 46.

684 MEADOWS, 11.

685 LUHMANN, Soziale Systeme, 242 und 35.

686 LUHMANN, Soziale Systeme, 35.

ist die Differenzierung zwischen System und Umwelt konstitutiv für die Systembildung. Ein „System“ ist i.d.S. die „Markierung einer Differenz“ – der Differenz von System und Umwelt.⁶⁸⁷ Als Beobachter müsse man zwar stets angeben, auf welches System und welche davon abzugrenzende Umwelt man sich bezieht, allerdings ist überhaupt alles immer zugleich sowohl Teil des Systems selbst als auch Umwelt anderer Systeme.⁶⁸⁸ Somit ist immer jeder Beobachtungsgegenstand, d.h. System sowie Umwelt, systemrelativ.⁶⁸⁹ Die Beobachtung selbst führt demzufolge überhaupt erst die System/Umwelt-Differenz in die Realität ein.⁶⁹⁰

Diese Leitdifferenzierung zwischen System und Umwelt ist gerade auch in der Analyse von Abhängigkeitsbeziehungen von Relevanz. In der Systemtheorie geht es um Grenzziehung, darum, Unterscheidungen zu benennen.⁶⁹¹ Dabei wären wir auch bei der Frage nach den Systemgrenzen, welche System und Umwelt trennen.⁶⁹² Wie bereits ausgeräumt, bedeuten diese Grenzen allerdings keinen Abbruch von Zusammenhängen. Ganz im Gegenteil sind zwar Elemente immer entweder Teile des Systems oder der Umwelt. Relationen hingegen können auch zwischen System und Umwelt bestehen.⁶⁹³ Für soziale Teilsysteme ist dabei – neben der Konstitution der eigenen Elemente – die hinreichende Bestimmung der eigenen Grenzen das wichtigste Erfordernis.⁶⁹⁴ Wenn also danach gefragt wird, ob das Rechtssystem bzw. das Strafrechtssystem eigene soziale Systeme darstellen, kommt man nicht darum herum, auch über die Differenzierung dieser Systeme zu ihrer Umwelt, d.h. eben über deren Systemgrenzen nachzudenken. Diese Differenzierung ist im Rahmen der Erfassung des Strafrechts als soziales System zentral, da auch die Operationen des Systems, d.h. im vorliegenden Untersuchungszusammenhang z.B. die Verantwortungszuschreibung, ebenso danach ausgerichtet sind, wofür dieses soziale System überhaupt im Gesellschaftssystem ausdifferenziert ist und wie sich das System gerade dadurch von seiner Umwelt abgrenzt.

687 VESTING, 3.

688 LUHMANN, Soziale Systeme, 243 f.

689 LUHMANN, Soziale Systeme, 249.

690 LUHMANN, Soziale Systeme, 244.

691 VESTING, 4.

692 LUHMANN, Soziale Systeme, 51 f.

693 LUHMANN, Soziale Systeme, 52.

694 LUHMANN, Soziale Systeme, 54.

1.3 Selbstreferenz und Autopoiesis

Luhmann entwickelte seine Systemtheorie zu einer „Theorie selbstreferentieller Systeme“⁶⁹⁵ und vertritt damit eine Theorie operativ geschlossener und – gerade dadurch – umweltöffener Systeme.⁶⁹⁶ Dieser Ansatz behauptet im Kern, dass Systeme nur durch Selbstreferenz zustande kommen und zwar dadurch, dass die Systeme „in der Konstitution ihrer Elemente und ihrer elementaren Operationen auf sich selbst (...) Bezug nehmen“.⁶⁹⁷ Die selbstreferentielle Geschlossenheit eines Systems bedeutet also nichts anderes als Selbstkonstitution und permanente Reproduktion dieser Selbstkonstitution.⁶⁹⁸ Damit ist mehr gemeint als blosser Selbstorganisation innerhalb von Systemen. Um dies deutlich zu machen, hat *Luhmann* in Anschluss an *Maturana* und *Varela* für diese Eigenschaft selbstreferentieller Systeme den vielbeachteten Begriff „Autopoiesis“ eingeführt.⁶⁹⁹ Autopoiesis meint jedoch – um diesen wichtigen Punkt zu wiederholen – nicht, dass ein System vollends umweltunabhängig, d.h. ohne jeden Beitrag aus der Systemumwelt operiert.⁷⁰⁰ Die Umweltöffnung steht also nicht in einem Widerspruch zur selbstreferentiellen Geschlossenheit.⁷⁰¹ Es ist jedoch eine weitere bedeutende Konsequenz der Selbstreferenz herauszustreichen, den „Verzicht auf die Möglichkeiten der unilateralen Kontrolle“.⁷⁰² Vielmehr entziehen sich Systeme mit diesem Operationsmodus einer solchen direkten Aussensteuerung weitgehend.⁷⁰³

In Bezug auf das Recht im Allgemeinen und das Strafrecht im Besonderen wird uns diese Herausbildung als selbstreferentiell und autopoietisch

695 LUHMANN, Soziale Systeme, 25.

696 SCHLUCHTER, 326.

697 LUHMANN, Soziale Systeme, 25.

698 LUHMANN, Soziale Systeme, 59.

699 MATURANA, 1982; VARELA, 1979; LUHMANN, Soziale Systeme, 60 ff. Das Fremdwort ist aus dem griechischen „autos“ (selbst) und „poiein“ (machen) zusammengesetzt; RÖHL, Allgemeine Rechtslehre, 424 f. Die Biologen *Maturana* und *Varela* hatten diesen Begriff entwickelt, um Lebendigkeit, Autonomie und die Fähigkeit zur Selbstreproduktion von Systemen zu kennzeichnen; dazu KUNZ/MONA, 196.

700 Autopoiesis bedeutet gemäss *Luhmann* nicht, dass das System allein aus sich heraus existiert, sondern vielmehr, dass die „Einheit des Systems und mit ihr alle Elemente, aus denen das System besteht, durch das System selbst produziert werden“; LUHMANN, Wissenschaft der Gesellschaft, 30; siehe dazu auch THEILE, 63 f.; TEUBNER, Recht als autopoietisches System, 30 ff.

701 LUHMANN, Soziale Systeme, 63.

702 LUHMANN, Soziale Systeme, 63.

703 LUHMANN, Soziale Systeme, 69.

operierende Systeme vor dem Hintergrund interessieren, inwiefern überhaupt intersystemische Einwirkungsmöglichkeiten bestehen und zu was für Implikationen diese Geschlossenheit und Selbstreferenz, zugleich aber die Offenheit in Bezug auf Umweltinputs, führt. Dass soziale Systeme keine „hermetisch abgeschlossene Entitäten darstellen“,⁷⁰⁴ gilt es gerade bei der Wirkungsweise des Rechts, dem Zusammenspiel verschiedener sozialer Systeme (z.B. Politik und Recht), aber überhaupt auch bei der gesellschaftlichen Beeinflussung des Rechts als solches zu beachten.⁷⁰⁵ So wird im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Schuldzuschreibung auf dieser Grundlage zu beurteilen sein, wie diese systemintern vollzogen wird, zugleich aber auch, inwiefern sie dabei Einflüssen aus der gesellschaftlichen Umwelt ausgesetzt ist und ausgesetzt werden kann.

2. Operationen und Elemente sozialer Systeme

2.1 Kommunikation als Letztelement

Ein System besteht – dies offenbart schon die umgangssprachliche Verwendung des Begriffs – gemäss gängiger Definition aus Einzelteilen bzw. vernetzten Elementen.⁷⁰⁶ Die Meinung darüber, aus was soziale Systeme, allen voran die Gesellschaft als „umfassendes Sozialsystem“,⁷⁰⁷ besteht, gehen jedoch auseinander. Für *Luhmann* bestehen sie nicht aus Handlung, sondern aus Kommunikation.⁷⁰⁸ Diesem Ansatz ist hier zu folgen.

Während i.d.R. wie soeben von der klassischen Definition von Systemen, welche aus Elementen und Relationen bestehen, ausgegangen wird, hat sich *Luhmann* davon gelöst, indem er diese Begrifflichkeit des Elements – in einem statischen Sinne verstanden – mit derjenigen von Operationen bzw. Prozessen ersetzte.⁷⁰⁹ Dass Systeme aus Elementen bestünden, sei allenfalls

704 THEILE, 69.

705 Siehe zu dieser Frage auch im Zusammenhang rechtspositivistischer Grundannahmen S. 165 ff.

706 FELDMANN, 34.

707 LUHMANN, Soziale Systeme, 555; LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 54 f.; DIECKMANN, 258; RÖHL, Allgemeine Rechtslehre, 422; siehe dazu auch S. 149 ff.

708 LUHMANN, Soziale Systeme, 191 ff.; kritisch z.B. MAHLMANN, Rechtsphilosophie, § 15 N 68.

709 LUHMANN, Soziale Systeme, 192. Operationen bedeuten gemäss *Luhmann* immer die Erzeugung einer Differenz; etwas sei „nach der Operation anders als vorher und durch die Operation anders als ohne sie“; so LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 50.

in einer ontologischen Perspektive richtig.⁷¹⁰ Werde aber die Komponente Zeit hinzugenommen, bestünden soziale Systeme nicht aus Elementen, sondern vielmehr aus Operationen, d.h. aus „zeitpunktbezogenen Ereignissen“.⁷¹¹ Soziale Systeme seien zu einer Reduktion von „Möglichkeitsüberschüssen“ und damit von Komplexität gezwungen. Diese Reduktion werde in kommunikativen Prozessen vollzogen, welche folgelogisch die basalen Operationsweisen und damit Letztelemente sozialer Systeme darstellen würden. Von Kommunikation könne immer dann gesprochen werden, wenn die Änderung eines Zustandes mit der Änderung eines anderen Zustands korrespondiere, obwohl es auch alternative Möglichkeiten gegeben hätte.⁷¹² Somit ermögliche Kommunikation in sozialen Systemen eine Abstimmung verschiedener Prozesse. Dieser Begriffswechsel von Handlung zu Kommunikation im Rahmen der *Luhmann'schen* Systemtheorie bedeutet eine „Umstellung von Linearität auf netzwerkartige Vorstellungen“. Er bedeutet weiter auch eine Abkehr von der Vorstellung, dass Steuerung innerhalb sozialer Systemen das Resultat eines „Handelnden“ sei. Darüberhinaus ermöglicht dieser Übergang eine viel komplexere Systembildung: Nicht nur Handlungen einzelner Akteure, sondern auch die von anderen sozialen Systemen können so bspw. erfasst und als rekursives Netzwerk beobachtbar werden.⁷¹³

Kommunikation darf hier keineswegs mit der umgangssprachlichen Verwendung des Begriffs i.S. einer klassischen Kommunikation zwischen Individuen verstanden werden und ebenso wenig als kommunikatives Handeln i.S. herkömmlicher Handlungstheorien.⁷¹⁴ In theoretischer Abgrenzung zu den meisten anderen soziologischen Theorien ist Kommunikation vielmehr als übersubjektiver Prozess gesellschaftlicher Zusammenhänge zu verstehen, welcher damit anstelle von Menschen und ihrem Handeln Ausgangspunkt der sozialen Systemtheorie wird.⁷¹⁵ Der elementare Prozess sozialer Systeme, welcher überhaupt erst deren Realität kon-

710 Zur Abkehr von dieser ontologischen Perspektive siehe bereits S. 115 ff.

711 VESTING, 5.

712 LUHMANN, *Soziale Systeme*, 66 f. und 192.

713 LUHMANN, *ZRSoz* 1991, 145.

714 So LUHMANN, *ZRSoz* 1991, 145. Dieser Theorieschritt ist aber gewiss schon etwas kleiner. Im Rahmen der soziologischen Theoriebildung gelten Kommunikation oder Handlung als Grundbegriffe, wobei der jeweils andere Begriff dann als Ableitung begriffen wird. Zentraler Unterschied ist dennoch, dass Kommunikation als emergentes Phänomen keine Zurechnung zu einem Subjekt erfordert; so BLECKMANN, 100 f.

715 MAHLMANN, *Rechtsphilosophie*, § 15 N 59 mit Verweis auf LUHMANN, *Soziale Systeme*, 346; MASTRONARDI, 172.

stituiert, ist folglich ein Kommunikationsprozess.⁷¹⁶ Dieser hängt allerdings mit Handlung i.d.S. zusammen, als er „um sich selbst steuern zu können, auf Handlungen reduziert“ werden muss.⁷¹⁷ Handlungen sind also durchaus Voraussetzung von sozialer Systembildung, wenn auch nicht deren grundlegende Operationsweise. Denn, indem das Kommunikationssystem als Handlungssystem „ausgeflaggt“ wird, wird Kommunikation beobachtbar.⁷¹⁸ Luhmann gibt also gemäß eigener Angabe eine „Doppelantwort“ auf die Frage, woraus soziale Systeme bestehen: „aus Kommunikationen und aus deren Zurechnung als Handlung“.⁷¹⁹

Wenn der Begriff „Kommunikation“ fällt, implizieren wir automatisch einen Kommunikationsprozess als Handlung, wie wir ihn aus unserem Alltag kennen. Es ist wichtig, erneut festzuhalten, dass systemtheoretisch mit Kommunikation kein solcher Prozess als Kette von Handlungen gemeint ist. Handlung ist nämlich bereits Zurechnung von Kommunikation.⁷²⁰ Es geht also nicht nur um den Akt der Mitteilung alleine.⁷²¹ Erst durch den Übergang der zunächst symmetrischen Kommunikation zu einer Handlung im Rahmen der Beobachtung erhält Kommunikation eine Richtung vom Mitteilenden auf den Verstehenden.⁷²² Für das Zustandekommen von Kommunikation ist „Verstehen ein unerlässliches Moment“, womit Kommunikation zu einem selbstreferentiellen Prozess wird.⁷²³ Kommunikation als selektives Geschehen kann als Synthese von „Information, Mitteilung und Verstehen“ verstanden werden.⁷²⁴ Für die Herleitung von sozialem Sinn im Rahmen von strafrechtssystemischen Zuschreibungsprozessen, um dies bereits jetzt herauszustreichen, wird es von Relevanz sein, dass nicht Handlungen i.S. ontologischer Gegebenheiten, sondern Kommunikation im Zentrum der Aufmerksamkeit stehen.

716 THEILE, 65; LUHMANN, Soziale Systeme, 193.

717 LUHMANN, Soziale Systeme, 193.

718 LUHMANN, Soziale Systeme, 226; BLECKMANN, 101 f.

719 LUHMANN, Soziale Systeme, 234.

720 BLECKMANN, 102.

721 LUHMANN, Soziale Systeme, 225 f.

722 BLECKMANN, 102.

723 LUHMANN, Soziale Systeme, 198.

724 LUHMANN, Soziale Systeme, 194 und 203; BLECKMANN, 101 f.

2.2 Dekonstruktion des Subjekts

Der Rückgriff auf Kommunikation als spezifische Operationsweise führt zu einer Dekonstruktion des Subjekts innerhalb des sozialen Systems, zu einer De-Individualisierung sozusagen.⁷²⁵ Selbstverständlich bilden Individuen als Akteure aufgrund bestimmter Eigenschaften eine wesentliche Grundvoraussetzung sozialer Systeme.⁷²⁶ Immer wenn Menschen in Bezug aufeinander handeln, werden soziale Systeme gebildet.⁷²⁷ Trotzdem muss auf eine „substanzialisierte Auffassung“ dieser psychischen Systeme, d.h. dieser Individuen verzichtet werden.⁷²⁸ Die Annahme, soziale Systeme bestünden aus Menschen, gehört für *Luhmann* „zu den grössten Konfusionen des soziologischen Denkens“.⁷²⁹ Er schliesst hier an die Tradition von *Parson* an, für den die Formel „*action is system*“ gegolten hat.⁷³⁰ Diese Dekonstruktion und der Ausschluss aller subjekttheoretischer Begrifflichkeiten gehört zweifelsohne zu den umstrittensten Annahmen der Systemtheorie. Nicht zuletzt, weil für viele die „Vorstellung des Menschen (als sich selbst und die Welt begründendes Subjekt) unverzichtbar“ ist.⁷³¹ Dieses Theorieunternehmen mitzuvollziehen ist für das Verständnis der Funktionsweise des Rechtssystems und insbesondere des Personenbegriffs im Strafrechtssystem jedoch besonders wesentlich.

Die Unterscheidung zwischen psychischen und sozialen Systemen ist demzufolge zentral. So konstituieren sich erstere auf Basis eines Bewusstseinszusammenhangs und letztere auf der Basis eines Kommunikationszusammenhangs.⁷³² Psychische Systeme, d.h. Individuen,

725 MAHLMANN, Rechtsphilosophie, § 15 N 59, spricht von einer „Dehumanisierung“. Dass der Mensch „Endziel“ rechtssoziologischer Analyse sein soll, hat seine Wurzeln gemäss SCHELSKY, 141, in der Bestimmung des Individuums durch die Aufklärung und den politischen Idealismus. M.E. hat gerade auch die systemfunktionale Analyse schlussendlich kein anderes Ziel. Selbstverständlich analysieren wir Gesellschaft aufgrund ihrer Bedeutung für das Individuum. Die Leistungen des sozialen Systems interessieren uns deshalb, weil sie für die Entfaltung des Menschen von Bedeutung sind.

726 LUHMANN, Soziale Systeme, 155.

727 RÖHL, Allgemeine Rechtslehre, 422.

728 LUHMANN, Soziale Systeme, 155.

729 Zitiert nach SCHLUCHTER, 550.

730 SCHLUCHTER, 550. Allerdings bestehen gemäss *Parsons* anders als bei *Luhmann* soziale Systeme aus Handlungen, nicht aus Kommunikationen; so SCHLUCHTER, 551.

731 LUHMANN, ZRSoz 1991, 142 f.

732 LUHMANN, Soziale Systeme, 142.

gehören gemäss *Luhmann* zur Umwelt sozialer Systeme.⁷³³ Der oft kritisierte Verzicht auf subjekttheoretische Grundbegriffe⁷³⁴ und damit die Ablösung des Handlungsbegriffs durch Kommunikation fällt tatsächlich schwer. Das macht den Schritt allerdings nicht weniger richtig und wichtig. Selbstverständlich bedient sich auch *Luhmann* Vorstellungen von Alter und Ego oder von „Partnern“. Gerade seine Ausführungen zu den Konsequenzen der doppelten Kontingenz für die Verhaltensabstimmung und die für unsere Abhandlung so zentrale Entstehung von Erwartungsstrukturen und Normen, kommen nicht ohne diese Begrifflichkeiten aus.⁷³⁵ Allerdings dürfen hier nicht *Voraussetzungen* der Bildung von sozialen Systemen und ihre *Funktionsweise* vermengt werden.

Selbstverständlich sind Subjekte i.S. psychischer Systeme eine Voraussetzung, dass soziale Systeme überhaupt entstehen können. Im Rahmen des sogleich noch zu diskutierenden Problems der sog. doppelten Kontingenz wird Vergesellschaftung und Verhaltensabstimmung überhaupt erst notwendig. Dies impliziert aber noch nicht automatisch, dass die sich in der Folge entwickelten soziale Systeme aus Personen bestehen müssen, dass diese also ihre Elemente bilden. Und es bedeutet ferner auch nicht, dass psychische Systeme soziale Systeme kausal festlegen.⁷³⁶ Kurz: Selbstverständlich würde es ohne Menschen, Subjekte und Individuen, keine soziale Systeme geben. Es würde sie schlichtweg nicht brauchen. Soziale Systeme werden aber gerade deshalb ausdifferenziert, weil sie ein Problem der Umwelt zu lösen haben. Personen werden also nicht „mitausdifferenziert“.⁷³⁷ Auch Handlung wird damit zu nichts Anderem als „auf Systeme zugerechnete Selektion“, eine Reduktion im Rahmen der Kontingenzerfahrung innerhalb sozialer Systeme.⁷³⁸ Trotzdem bleiben Subjekte in der Folge Umwelt des Systems. Als „konstituierendes Moment“ der Leitdifferenz zwischen System und Umwelt ist aber auch diese Umwelt (und damit Menschen) für jedes soziale System von hoher Relevanz.⁷³⁹

733 SCHLUCHTER, 553; LUHMANN, Soziale Systeme, 67 und passim.

734 Gemäss Kritiker habe auch *Luhmann* aber immer wieder – ob gewollt oder nicht – auf subjekttheoretische Begriffe zurückgreifen müssen. Dieser Rückgriff markiere einen Punkt, „an dem die radikalisierte Systemtheorie an eine ihrer Grenzen stösst“; so SCHLUCHTER, 553 und 594.

735 Siehe z.B. LUHMANN, Soziale Systeme, 152.

736 SIMON, 89 f.

737 LUHMANN, Soziale Systeme, 244.

738 LUHMANN, Soziale Systeme, 159 f.

739 Vgl. LUHMANN, Soziale Systeme, 288 f.

2.3 Personenbegriff

Gerade im Hinblick auf die hohe Relevanz für die Frage von Zuschreibungsprozessen im sozialen System muss die Konsequenz der vorgängig diskutierten Abkehr von einem ontologischen Subjektverständnis für den Personenbegriff Erwähnung finden. Der Personenbegriff ist auf mehreren Ebenen der Theoriebildung und unserer Untersuchung relevant: für die Operationen des Systems selbst, aber auch für die Strukturen des Systems als Zusammenfassung von Erwartungen und letztlich für die Kopplung von psychischen und sozialen Systemen.⁷⁴⁰

Psychische Systeme werden erst im sozialen System zu Personen und zwar dadurch, dass sie als Erwartungskomposition als Bezugspunkte für Selektion dienen.⁷⁴¹ Damit ist die Personenqualität nicht Ausdruck der Subjektivität ihres Trägers in der Gesellschaft, sondern vielmehr geht mit ihr eine soziale Rolle einher. Eine Person ist dementsprechend eine „in der Kommunikation produzierte Auswahl von Merkmalen“.⁷⁴² Gemäss *Jakobs* ist sie demzufolge „Darstellung einer gesellschaftlich verstehbaren Kompetenz“.⁷⁴³ Der Personenbegriff impliziert also immer, dass eine Beobachterperspektive involviert ist.⁷⁴⁴ Es geht um Zuschreibung, um psychische Systeme,⁷⁴⁵ welche „von anderen psychischen oder sozialen Systemen beobachtet werden“.⁷⁴⁶ Person ist demnach eine Art Sammelbegriff, in dem verschiedene Eigenschaften und ein Zusammenhang von Erwartungen vereint werden. Deren Zustandekommen kann dabei nicht beobachtet werden, da psychische Systeme aufgrund ihrer selbstreferentiellen und autopoietischen Operationsweise prinzipiell füreinander unzugänglich bleiben und als Elemente der Umwelt im System selbst nicht weiter auflösbar sind.⁷⁴⁷ Gemäss *Bleckmann* könne Person als die „Adresse“ verstanden werden, auf welche die Kommunikation zugerechnet werde. Personalität sei entsprechend die „Fähigkeit von Etwas zur Teilnahme an Kommunikation“. „Personsein“ als „sozialer Tatbestand“ habe i.d.S. weder etwas mit Körper noch Bewusstsein

740 BLECKMANN, 104.

741 BLECKMANN, 106 mit Verweis auf LUHMANN, *Soziale Systeme*, 178.

742 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 48 Fn. 19.

743 JAKOBS, *ZStW* 1995, 859.

744 LUHMANN, *Soziale Systeme*, 155.

745 Ob dafür auch anderes in Frage kommt, wird noch zu diskutieren sein; siehe S. 256 ff.

746 LUHMANN, *Soziale Systeme*, 155.

747 THEILE, 65; LUHMANN, *Soziale Systeme*, 245 f.; *ders.*, *Wissenschaft der Gesellschaft*, 23 f.

zu tun.⁷⁴⁸ Es handelt sich diesem Ansatz folgend bei dem hier verwendeten Personenbegriff also nicht um ein Synonym für „Mensch“, „Individuum“ oder „Subjekt“, sondern vielmehr um ein „Element der Struktur der Gesellschaft“, welches kognitive und normative Erwartungen „organisiert“.⁷⁴⁹

Nach *Luhmann* handelt es sich bei Personen demnach um „Kunstbegriffe von Beobachtern“ mit denen „Nichtbeobachtbares“ gedeutet und zugerechnet werden könne.⁷⁵⁰ Erst dieser Sammel- oder Kunstbegriff als „Konstruktion der Kommunikation zum Zwecke der Kommunikation“ ermögliche es überhaupt, dass sich die an Kommunikation beteiligten psychischen Systeme aufeinander beziehen könnten.⁷⁵¹ Erst eine funktionierende Gesellschaft ermöglicht folglich das Überschreiten einer „zufälligen Anhäufung menschlicher Individuen“,⁷⁵² erst durch Personalisierung wird Gesellschaft also möglich. Gerade diese Konstruktion innerhalb gesellschaftlicher Kommunikation dient ferner – wie noch detailliert zu erarbeiten sein wird – auch als Zurechnungspunkt für personale Verantwortung.⁷⁵³

3. Doppelte Kontingenz und Erwartungsstrukturen

Das Problem bzw. das Phänomen der sog. „doppelten Kontingenz“ bedarf ebenfalls bereits zu diesem Zeitpunkt einer kurzen Einführung, da es nicht nur für die Entstehung von Normen innerhalb der Gesellschaft, sondern ganz allgemein für die Entstehung sozialer Systeme von entscheidender Bedeutung ist. Für *Luhmann* handelt es sich bei der Lösung des Problems der doppelten Kontingenz gar um die „Grundbedingung der Möglichkeit sozialen Handelns schlechthin“.⁷⁵⁴ Die Auflösung des Problems der doppelten Kontingenz zu verstehen, bedeutet nicht nur Vergesellschaftung zu verstehen, sondern explizit auch die Grundlagen für das Verständnis der Ausdifferenzierung des Rechts zu legen.

748 BLECKMANN, 104 f.

749 BLECKMANN, 107; siehe dazu auch LUHMANN, *Wissenschaft der Gesellschaft*, 33 f.

750 LUHMANN, *Soziale Systeme*, 158 f.

751 THEILE, 65 f.; LUHMANN, *Soziale Systeme*, 155; *ders.*, *Organisation und Entscheidung*, 92.

752 JAKOBS, *ZStW* 1995, 850 f.

753 THEILE, 66 mit Verweis auf LUHMANN, *Wissenschaft der Gesellschaft*, 34.

754 LUHMANN, *Soziale Systeme*, 149; *Luhmann* baut seine Ausführungen zur doppelten Kontingenz wesentlich auf *Parsons* auf und verweist explizit auf *PARSONS*, *Toward a General Theory of Action*, 3 ff.

Kontingenz ist, „was weder notwendig ist noch unmöglich ist; was also so, wie es ist (war, sein wird), sein kann, aber auch anders möglich ist.“⁷⁵⁵ Der Begriff bezeichnet nach Luhmann also etwas „Gegebenes (...) im Hinblick auf mögliches Anderssein“.⁷⁵⁶ Kontingenz heisst also nichts anderes, als dass trotz der permanenten Aktualisierung von Sachverhalten stets andere Sachverhalte möglich bleiben. So kann z.B. stets eine Handlung vorgenommen oder unterlassen werden, es kann kommuniziert, nicht kommuniziert oder ganz anders kommuniziert werden.⁷⁵⁷ Als Voraussetzung der sog. *doppelten* Kontingenz treffen nun als Grundsituation „hochkomplexe sinnbenutzende Systeme, die für einander nicht durchsichtig und nicht kalkulierbar sind“, aufeinander. Luhmann spricht hier von zwei „*black boxes*“, die es als Alter und Ego miteinander zu tun bekommen.⁷⁵⁸ Diese Akteure⁷⁵⁹ bestimmen als selbstreferentielle Systeme ihr eigenes Verhalten selbst. Das von aussen sichtbare Verhalten dieser „*black boxes*“ – daher der Begriff – ist als Resultat der systeminternen Prozesse notwendigerweise eine Reduktion dieser. Sie bleiben füreinander undurchsichtig, unberechenbar und erscheinen indeterminiert.⁷⁶⁰ Da Ego und Alter sich nicht restlos „durchschauen“ können und immer auch anders handeln oder erwarten können, ergibt sich eine Situation doppelter Kontingenz.⁷⁶¹ Solange in einer Situation keine normativen Vorgaben bestehen, arbeiten Ego und Alter mit Unterstellungen und wechseln die Perspektive.⁷⁶² Doppelt ist das Problem der Kontingenz i.d.S., als dass Ego erwarten können muss, was Alter von ihm erwartet, um sein eigenes Erwarten mit dem Erwarten anderer abstimmen zu können.⁷⁶³

755 LUHMANN, Soziale Systeme, 152, der darauf hinweist, dass diese Begriffsfassung historisch auf *Aristoteles* zurückgeht.

756 LUHMANN, Soziale Systeme, 152.

757 THEILE, 60.

758 LUHMANN, Soziale Systeme, 156; THEILE, 60; BLECKMANN, 85.

759 Akteure, Alter und Ego oder eben „*black boxes*“ können, müssen aber keineswegs psychische Systeme (also Menschen) sein. Es handelt sich um „abstrakte Entitäten, die wechselseitig Handlungen oder Erwartungen aufeinander beziehen können“; so THEILE, 60 in Anschluss an LUHMANN, Soziale Systeme, 165 f.

760 LUHMANN, Soziale Systeme, 156; BLECKMANN, 85 f.

761 THEILE, 60.

762 Bei *Max Weber* wird das „Einverständnishandeln“ genannt. Überhaupt kennen auch Handlungstheorien selbstverständlich das Problem der doppelten Kontingenz. Der Hauptunterschied besteht darin, dass bei diesen Theorien Ego und Alter als motivierte Akteure, d.h. als sprach- und handlungsfähige Subjekte behandelt werden; so SCHLUCHTER, 555.

763 BLECKMANN, 109 in Anschluss an LUHMANN, Soziale Systeme, 412.

Soziale Systeme entstehen nun dadurch, dass beide Akteure doppelte Kontingenzen erfahren und dass die Unbestimmbarkeit dieser virtuell immer präsenten Problemlage für beide bei jeder Aktivität eine strukturbildende Bedeutung hat.⁷⁶⁴ Durch Beobachtung im System können Alter und Ego versuchen, Einfluss zu gewinnen und durch Feedback zu lernen.⁷⁶⁵ Sie machen entsprechend Verhalten voraussehbar, indem sie es Regelmässigkeiten unterwerfen.⁷⁶⁶ So entsteht eine emergente, also zum Aufbau komplexer Strukturen fähige, soziale Ordnung: ein soziales System.⁷⁶⁷ Soziale Systeme sind also nicht darauf angewiesen, dass die in doppelter Kontingenzen stehenden Systeme sich durchschauen oder prognostizieren können. Gerade die Ungewissheit bzw. der Mangel an Verhaltensvorhersagen machen diese Ordnung zu einem System, indem sie Möglichkeiten einschränken, Selektion und Reproduktion ermöglichen.⁷⁶⁸ Soziale Strukturen sind also nichts anderes als Erwartungsstrukturen.⁷⁶⁹ Verhaltensabstimmung benötigt folglich Vertrauen, dass sich Alter an Regelmässigkeiten hält. Diese Regelmässigkeiten sind nicht von Natur aus fixiert, sondern entstehen erst in der Gesellschaft.⁷⁷⁰ Doppelte Kontingenzen und soziale Systeme liegen demzufolge simultan vor und bedingen sich gegenseitig.⁷⁷¹ Durch die Auflösung des Dilemmas entsteht Verhaltensabstimmung und Handlungskoordination.⁷⁷²

Die Verarbeitung der permanenten Unsicherheit laufe gemäss *Luhmann* über die Stabilisierung von Erwartungen, nicht über die Stabilisierung des Verhaltens selbst. Das Phänomen der doppelten Kontingenzen münde also in einer Orientierung an Erwartungen, welche in diesem Kontext an Strukturwert für den Aufbau des Systems gewinne.⁷⁷³ Die „Generalisierung von Erwartungen auf Typisches oder Normatives hin“⁷⁷⁴ ist Folge der Auflösung der Kontingenzenproblematik. Die im sozialen System entstandene bzw. das soziale System überhaupt erst konstituierende simultane Abstimmung von Kommunikation an Erwartungen im Rahmen strukturierter

764 LUHMANN, Soziale Systeme, 151 und 154.

765 BLECKMANN, 85 f.

766 POPITZ, 3 f.

767 LUHMANN, Soziale Systeme, 157.

768 LUHMANN, Soziale Systeme, 157 f.

769 BLECKMANN, 109 mit Verweis auf LUHMANN, Soziale Systeme, 397.

770 POPITZ, 4.

771 BLECKMANN, 85 f.

772 BLECKMANN, 85.

773 LUHMANN, Soziale Systeme, 157 f.; BLECKMANN, 109.

774 LUHMANN, Soziale Systeme, 140.

Komplexität beruht stets auf Hypothesen.⁷⁷⁵ Ego muss sich mit einer mehr oder minder grossen Sicherheit darauf verlassen können, dass Alter im Rahmen von Verhaltensregelmässigkeiten operiert. Was nun passiert, wenn diese Erwartungen enttäuscht werden und wie soziale Systeme mit dieser Enttäuschung umgehen, ist zentraler Gegenstand der Ausdifferenzierung des Rechts.⁷⁷⁶

4. Gesellschaft als umfassendes soziales System

Die Gesellschaft ist das umfassende System aller Kommunikation und schliesst als solches alle anderen sozialen Systeme in sich ein.⁷⁷⁷ Wie bereits bei der Funktionsweise sozialer Systeme besprochen, grenzen sich Systeme – so auch das Gesellschaftssystem – durch ihre spezifischen Operationsweisen⁷⁷⁸ von ihrer Umwelt ab.⁷⁷⁹ Die Gesellschaft gilt also als das allumfassende Sozialsystem, jenseits dessen es keine höhere Systemebene mehr gibt bzw. eine solche nicht erkennbar ist.⁷⁸⁰ Ausserhalb dieses Systems gibt es also keine soziale Umwelt und auch keine Kommunikation.⁷⁸¹ Dabei ist Gesellschaft nach *Luhmann* heute Weltgesellschaft.⁷⁸² Innerhalb dieses umfassenden sozialen Systems existieren verschiedene ineinander verschachtelte Teilsysteme, wobei man in der Folge sowohl nach den jeweiligen Beziehungen zwischen den Teilsystemen als auch nach derjenigen zwischen dem Teilsystem und der Gesellschaft als Ganzes fragen kann.⁷⁸³ Diese zunächst simpel anmutende Feststellung hat weitreichende Konsequenzen. So muss man alle sozialen

775 POPITZ, 6.

776 Dazu sogleich ausführlich auf S. 154 ff.

777 LUHMANN, *Gesellschaft der Gesellschaft*, 78; *ders.*, *Soziale Systeme*, 555; *ders.*, *Recht der Gesellschaft*, 54 f.; DIECKMANN, 258; RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 422.

778 D.h. Kommunikation im Rahmen eines spezifischen Codeprogrammes; dazu sogleich mehr auf S. 160 ff.

779 HORSTER, 63.

780 RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 422.

781 LUHMANN, *Soziale Systeme*, 555.

782 LUHMANN, *Soziale Systeme*, 585; LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 571; RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 422.

783 RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 423. Hat diese Beziehung eine gewisse Regelmässigkeit, nennt man sie strukturelle Kopplung. Die Kopplung besteht darin, dass das System bestimmte Eigenarten oder Inputs der Umwelt dauerhaft voraussetzt; so RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 427 in Anschluss an LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 440 ff.

Systeme – so auch das Rechtssystem als zur Gesellschaft gehöriges System – stets „als Vollzug von Gesellschaft begreifen“.⁷⁸⁴

Im Rahmen der Systemdifferenzierung kann sich die Systembildung auch innerhalb von Systemen wiederholen, d.h. innerhalb von sozialen Systemen kommt es zur Ausdifferenzierung weiterer System/Umwelt-Differenzen und damit zu Subsystemen.⁷⁸⁵ Durch diese Ausdifferenzierungen gewinnt das System nicht nur an Komplexität, sondern es entsteht auch eine Hierarchisierung, wobei damit kein „Instanzenzug von oben nach unten“ gemeint ist, sondern eine Sonderart der Differenzierung.⁷⁸⁶ Folglich bedeutet auch das nicht die Möglichkeit kausaler Einflussnahme.⁷⁸⁷ Sie bedeutet hingegen auch nicht absolute Abgeschlossenheit. Vielmehr sind soziale Systeme i.d.S. als offen anzusehen, als dass sie durch Eingaben und Ausgaben von Informationen in einem ständigen Austausch mit der Umwelt stehen.⁷⁸⁸ Die Systemgrenzen sind also keineswegs undurchlässig.⁷⁸⁹ Selbstverständlich gilt also auch für das Rechtssystem, um dies bereits jetzt festzuhalten, dass es ohne Gesellschaft, aber auch ohne psychische Systeme, nicht existieren würde. Jedoch können die sozialen Teilsysteme Umweltbeziehungen beim Vollzug von Gesellschaft nur aufgrund von Eigenleistungen und im Vollzug eigener Operationen herstellen.⁷⁹⁰

Im Rahmen einer systemtheoretischen Gesellschaftstheorie als der Theorie des umfassenden sozialen Systems geht es zunächst also nicht darum, Aussagen darüber zu machen, ob eine gewisse Entwicklung sinnvoll i.S. einer normativen Wertung aus der Perspektive eines Teilnehmers ist. Vielmehr geht es darum, ein „Modell der Wirklichkeit“ herzustellen, welches erklären kann, wie sich die moderne Gesellschaft im Rahmen systemischer Prozesse effektiv entwickelt.⁷⁹¹ Im sozialen System entstehen also aufgrund der besprochenen Kontingenzproblematik Erwartungen, Regeln und damit Normen. Diese ermöglichen eine Stabilisierung des Systems und damit Selbstreproduktion

784 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 54 f.

785 LUHMANN, *Soziale Systeme*, 37 und 41.

786 LUHMANN, *Soziale Systeme*, 38 f.

787 LUHMANN, *Soziale Systeme*, 36.

788 DIECKMANN, 135 f.

789 RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 427.

790 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 76.

791 MASTRONARDI, 173.

und Selbsterhalt.⁷⁹² In diesem Bereich ist die Funktion des Rechts als gesellschaftliches Subsystem anzusiedeln.

5. Zusammenfassung: Systemtheoretische Grundlagen

Die für die vorliegende Untersuchung wichtigsten Grundlagen und Theorieunternehmungen der systemtheoretischen Methode können wie folgt zusammenfasst werden:

1. Soziale Systeme sind Gegenstand einer Beobachtung auf der Grundlage der Leitdifferenz zwischen System und Umwelt. Systeme bestehen aus Elementen (oder Operationen) und ihren Relationen zueinander. Die Systemgrenzen sind für das System konstitutiv, bedeuten aber keinen Abbruch von Zusammenhängen.
2. Soziale Systeme kommen nur durch Selbstreferenz zustande. Sie reproduzieren sich eigenständig, d.h. autopoietisch. Es ist gerade diese selbstreferentielle Geschlossenheit, welche die Offenheit des Systems gewährleistet.
3. Die basale Operationsweise sozialer Systeme besteht aus Kommunikation. Kommunikation ermöglicht selektive Anschlusskommunikation und damit Fortbestand. Kommunikation als übersubjektiver Prozess ist damit der Kern der systemtheoretischen Analyse, nicht Individuen und ihre Handlungen.
4. Im sozialen System sind psychische Systeme Umwelt und als solche zwar Voraussetzung, nicht aber Elemente des Systems. Daraus ergibt sich auch ein Personenbegriff, welcher nicht synonym zum Menschen, d.h. Bewusstseinsystemen, verwendet werden kann. Ein psychisches System wird erst im „sozialen Spiel“ zu einer Person und zwar als Zusammenfassung von Erwartungen, welche als soziale Identität Erwartungen organisiert.
5. Soziale Systeme entstehen bei der Auflösung des Phänomens der doppelten Kontingenz. Diese Auflösung mündet in Vergesellschaftung und einer emergenten sozialen Ordnung. Erst die Problemlage der doppelten Kontingenz führt ferner zu einer Normierung der Gesellschaft und normativen Erwartungen.
6. Die Gesellschaft ist das umfassende System aller Kommunikation. Eine höhere Systemebene gibt es nicht. Entsprechend haben ausdifferenzierte soziale Teilsysteme immer Gesellschaftsbezug und

792 FELDMANN, 37.

vollziehen Gesellschaft. So auch das nachfolgend genauer zu untersuchende Rechtssystem als soziales System.

II. DAS RECHT ALS SOZIALES SYSTEM

1. Recht als Immunsystem der Gesellschaft

Die Systemtheorie analysiert das Recht in seinen „funktionalen Beziehungen zur gesellschaftlichen Wirklichkeit“, d.h. fragt nach der Leistung des Rechts für das Gesellschaftssystem.⁷⁹³ Das Recht wird in der soziologischen Systemtheorie als (soziales) Teilsystem der Gesellschaft aufgefasst, welches ein Problem der Gesellschaft zu lösen hat.⁷⁹⁴ Damit ist, wie es bereits aus vorangegangenen Ausführungen erkennbar sein sollte, nicht das Recht als Ansammlung von Gesetzestexten und auch nicht als Ansammlung von rechtlichen Institutionen oder Juristinnen gemeint. Es geht also nicht um einen Zusammenhang aufeinander abgestimmter Regeln und Gesetze, sondern um einen Zusammenhang von Operationen, um Kommunikation – in diesem Fall Rechtskommunikation.⁷⁹⁵ Das Rechtssystem umfasst also jegliche rechtliche Kommunikation und konstituiert sich so als soziales System, welches sich von seiner Umwelt abgrenzt und i.d.S. gesellschaftlich ausdifferenziert wurde.

Als ausdifferenziertes Subsystem ist auch das Rechtssystem operativ geschlossen.⁷⁹⁶ Die Gesellschaft ist folglich Umwelt des Rechtssystems.⁷⁹⁷ Als solche stellt diese aber sehr wohl „Ansprüche“ an das Recht, welche sich im Verlaufe einer dynamischen Entwicklung durchaus auch wandeln können. Eine hochkomplexe Gesellschaft verlangt dem Rechtssystem so z.B. eine stärkere interne Differenzierung und eine erhöhte Leistungsfähigkeit ab.⁷⁹⁸ Das Rechtssystem agiert zwar gesellschaftsabhängig, es muss dabei allerdings ohne bekannte bzw. feststehende Zukunft auskommen.⁷⁹⁹ Gerade

793 MASTRONARDI, 187.

794 JAKOBS, ZStW 1995, 845.

795 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 40 f.

796 Zur selbstreferentiellen Geschlossenheit in Bezug auf das Rechtssystem siehe sogleich S. 165 ff.

797 DIECKMANN, 258.

798 LUHMANN, Ausdifferenzierung des Rechts, 89 f.

799 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 558 und 565 f.

deshalb wird es auch als „Immunsystem“ der Gesellschaft begriffen.⁸⁰⁰ Es ist auch diese Offenheit der Zukunft – diese Kontingenz – aufgrund welcher normative Erwartungen und damit auch das Recht seine Relevanz für die Gesellschaft behalten.⁸⁰¹ Denn die „naturwüchsige Reflexivität im normativen Erwarthen normativen Erwartens“ liefert ab einem gewissen Punkt gesellschaftlicher Ordnung keine Lösungen mehr und muss ersetzt werden durch Entscheidungssysteme wie das Recht.⁸⁰² Nur durch solche Systeme ist Generalisierung von Erwartungen und deren kontrafaktische Durchhaltung in der Gesellschaft möglich. Ohne sie würde die doppelte Kontingenz in eine unkoordinierte, ineffiziente kommunikative Sackgasse münden.

Luhmann hat diese Relevanz des Rechts aufgrund vier Eigenarten ausgemacht, welche allesamt zusammenhängen und Kern des Verständnisses des Subsystems Recht bilden sollen: So habe das Recht soziologisch gesehen (1) einen deutlichen Schwerpunkt im Normativen, das bedeute in der kontrafaktischen, enttäuschungsfesten Stabilisierung bestimmter Verhaltenserwartungen. Zur Erfüllung dieser Funktion operiere das Rechtssystem (2) mit einer binären Schematisierung von Recht und Unrecht (Codierung), wobei damit dritte Möglichkeiten vollständig ausgeschlossen seien. Alles Handeln lasse sich demnach entweder als Recht oder Unrecht klassifizieren. Dieser Punkt diene (3) als Voraussetzung der Entwicklung einer Entscheidungspraxis für jeden potenziellen Konfliktfall, wofür die Rechtsdogmatik in Anspruch genommen wird. Sowohl Schematismus als auch Entscheidungspraxis ermöglichen (4) schliesslich ein hohes Mass an Ausdifferenzierung des Rechts als Sozialsystem mit einer autopoietischen Schliessung, d.h. einer relativ autonomen Fähigkeit zur Entscheidung.⁸⁰³

Diese Analyse ist eine soziologische i.d.S., in dem es sich um eine Beschreibung der sozialen Mechanismen handelt. Im Vergleich zu normativen, rechtsphilosophischen Annäherungen daran, was das Recht sein *soll*, geht es hierbei darum, was das Recht für das heutige Sozialsystem *ist*. Diese Differenzierung wurde bereits herausgestrichen, ist aber von hoher Wichtigkeit.⁸⁰⁴ Allerdings bedeutet das nicht, dass sich nicht aufgrund dieser deskriptiven Feststellungen normative Konzepte und Modelle

800 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 565; *ders.*, *Soziale Systeme*, 509 ff.; DIECKMANN, 259.

801 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 559; zur Stabilisierung dieser normativen Erwartungen siehe sogleich S. 156 ff.

802 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 162.

803 LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts*, 78; *ders.*, *Recht der Gesellschaft*, 60 ff.

804 Siehe S. 119 ff.

ableiten liessen. In der Tat ist u.a. gerade Sinn und Zweck dieser Analyse, in der Folge soziologisch informiert normative Maßstäbe zu formulieren. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass die Systemtheorie gerade in der Fassung *Luhmanns* zwar soziologisch ist, durchaus aber auch normativ formuliert werden könnte, dabei vor allem kommunitaristisch.⁸⁰⁵ Dem Hochhalten des Wertes des Sozialsystems Gesellschaft selbst und der Wahl des Gesellschaftlichen als Bezugspunkt kann durchaus auch normativer Gehalt zugesprochen werden und es wäre nicht undenkbar, daraus auch direkte rechtsphilosophische Konsequenzen zu ziehen, wie das vorliegend allerdings nur für den Bereich des Schuldprinzips und seiner Lockerungen ausführlicher eruiert werden kann.

2. Funktion des Rechtssystems

2.1 Verhaltensorientierung als Grundbedingung sozialer Ordnung

Funktionssysteme differenzieren sich nicht ohne Grund aus, sondern weil sie einen „Beitrag“ zum Erhalt des Gesellschaftssystems zu leisten haben: weil sie, wie erwähnt, „ein Problem“ zu lösen haben.⁸⁰⁶ Das Recht ist also zur Erfüllung einer spezifischen gesellschaftlichen Funktion ausdifferenziert. Dabei „operiert es in der Gesellschaft“ und „vollzieht Gesellschaft“.⁸⁰⁷ Beim Rechtssystem handelt es sich also um ein soziales System, als welches es in der vorliegenden Abhandlung auch erfasst werden soll. Dabei gestaltet sich die Suche nach der Funktion oft schwierig, ist sie doch die entscheidende Determinante jedes Systems.⁸⁰⁸ Einem sozialen System kann zudem jeweils nur eine Funktion zukommen, da eine Vielzahl von Funktionen zu Problemen der operativen Schliessung und zu Destabilität führen würde.⁸⁰⁹

805 Die „kommunitaristische“ Strömung, welche vor allem als Reaktion auf den Liberalismus *John Rawls* entstand, ist sehr divers und es handelt sich dabei keinesfalls um eine einheitliche Theorie. Gemeinsamkeit ist allerdings – neben der Kritik am Individualismus des Liberalismus – der Fokus auf Sozialität und der Horizont gemeinschaftlich geteilter Werte in der Beurteilung der Frage nach einer gerechten Ordnung der Gesellschaft; siehe dazu anstatt vieler z.B. HONNETH, 7 ff.; GRÖSCHNER ET AL., 260 f.

806 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 124.

807 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 550 und 554.

808 So MEADOWS, 16.

809 Es wird hier mit LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 132 f. und 160, also davon ausgegangen, dass das Recht – bzw. überhaupt jedes soziale System – nur eine Funktion erfüllt.

Die Erfassung des Rechts als System und die Bedeutung von Normen für das Gesellschaftssystem waren Gegenstand zahlreicher Abhandlungen diverser Autorinnen und Autoren, welche jeweils verschiedene Akzente gesetzt haben. So ist z.B. für *Parsons* – an dessen Werk *Luhmann* in wesentlichen Teilen anknüpfte – die Hauptfunktion des Rechts als Form der sozialen Kontrolle die „soziale Integration“.⁸¹⁰ Die Gesellschaft richte sich nach einem System von Regeln. Nur so könne sie funktionieren, ohne zusammenzubrechen. Die Institution, die dieses Funktionieren garantiere, sei das Rechtssystem.⁸¹¹

Der Systemtheoretiker *Popitz*, der die „normative Konstruktion der Gesellschaft“⁸¹² eingehend untersucht hat, differenziert zwischen einer Verpflichtungs- und einer Sanktionsstruktur und sieht darin ein allg. Konstruktionsprinzip „sozialer Normen“.⁸¹³ Überhaupt sei der Gesellschaftsbegriff dadurch definiert, dass mehrere Menschen aufeinander bezogen seien, indem sie ihr Verhalten aneinander orientieren. Diese wechselseitige Verhaltensorientierung sei eng mit einer Verhaltensnormierung verknüpft.⁸¹⁴ Bereits der Begriff der Gesellschaft unterstelle eine Verhaltensnormierung der handelnden Personen.⁸¹⁵ Auch bei *Luhmann* steht die Verhaltensnormierung bzw. Verhaltensorientierung im Zentrum der funktionalen Ausdifferenzierung des Rechts.⁸¹⁶

Recht und Rechtsnorm versprechen kein normgemäßes Verhalten, stabilisieren aber die entsprechende Erwartung, indem sie den schützen, der ein solches Verhalten erwartet.⁸¹⁷ Soziale Interaktion ist nur deshalb möglich bzw. geordnet möglich, wenn nicht jederzeit mit jedem beliebigen Verhalten anderer gerechnet zu werden braucht.⁸¹⁸ Verhaltensorientierung ist stets mit einer Prognose über das zu erwartende Verhalten anderer verbunden, welche

Diese kann man selbstverständlich in Subfunktionen aufteilen bzw. kann eine Funktion auch mehrere Dimensionen haben. Eine Mehrzahl von Funktionen wäre jedoch problematisch.

810 PARSONS, *Law and Social Control*, 58; siehe dazu SCHELSKY, 108.

811 SCHELSKY, 108.

812 POPITZ, *Die normative Konstruktion von Gesellschaft*, 1980.

813 SCHNEIDER, 314.

814 POPITZ, 1 ff.

815 POPITZ, 11.

816 So immer wieder, z.B. in LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 554 f.

817 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 135; MAHLMANN, *Rechtsphilosophie*, § 15 N 61; BLECKMANN, 122; JAKOBS, *AT 2. A.*, 7 (1/6).

818 LESCH, 186 f.

zur Prämisse des eigenen Handelns gemacht wird.⁸¹⁹ Wäre jede Operation im System jederzeit kontingent, bedeutete das Chaos und permanente Überforderung für die entsprechenden Akteure. Normen bieten nun Halt. Die Gesellschaft institutionalisiert Normen, welche der Orientierung dienen sollen. Damit werden sie zur Grundbedingung sozialer Koexistenz.⁸²⁰ Ohne die Sicherung des Erwartungsbestandes in einer „kontingenten Welt voller Überraschungen, voller Feinde, voller Gegeninteressen“,⁸²¹ wäre soziale Ordnung nicht möglich.⁸²² Die kontrafaktische Stabilisierung von Erwartungen ist entsprechend auch nicht so sehr wegen des Einzelfalls, sondern wegen ihrer Wirkung auf die generalisierte Erwartungsstruktur von hoher gesellschaftlicher Relevanz.⁸²³

2.2 Recht als Stabilisierung von Erwartungsstrukturen

Ausgangspunkt einer systemtheoretischen Funktionsbestimmung des Rechts und des Verständnisses des systemtheoretischen Normbegriffs ist die Unterscheidung zwischen kognitiven und normativen Erwartungen.⁸²⁴ Erstere sind „kognitiver Art“, weil sie weder einer Person noch einer Handlung zugeschrieben werden können und deshalb im Falle einer Enttäuschung umgelernt werden muss.⁸²⁵ Sie erlauben aufgrund dieses Mangels an Zuschreibungspotenzial keine Erwartungssicherheit. Es handelt sich um eine Fehlkalkulation, auf die i.d.R. eine „*poena naturalis*“ folgt.⁸²⁶ Als kognitiv werden also diese Erwartungen erlebt, die im Enttäuschungsfall der Wirklichkeit angepasst werden.⁸²⁷ Normative Erwartungen hingegen werden im Enttäuschungsfall beibehalten, d.h. kontrafaktisch durchgehalten, und zwar, weil das Recht diese Erwartung stützt.⁸²⁸ Die Enttäuschung kann mit einem Normbruch in Verbindung gebracht werden, dieser kann als

819 KARGL, 32 f.

820 LESCH, 187 in Anschluss an JAKOBS, AT 2. A., S. 6 ff. (1/4 ff.); SCHELSKY, 77.

821 LUHMANN, Ausdifferenzierung des Rechts, 73.

822 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 151 f.

823 So LUHMANN, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 256.

824 MAHLMANN, Rechtsphilosophie, § 15 N 61.

825 JAKOBS, AT 2. A., 6 f. (1/4 und 1/5).

826 JAKOBS, AT 2. A., 8 (1/7a).

827 BLECKMANN, 111 f.; LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 133 f.

828 MAHLMANN, Rechtsphilosophie, § 15 N 61 mit Verweis auf LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 131 ff.

Fehler identifiziert werden.⁸²⁹ Diese Behandlung als Fehler erlaubt es, das enttäuschende Ereignis zu isolieren und seiner „expressiven Bedeutung zu entkleiden“.⁸³⁰ Dieser Unterscheidung folgend stellt das Sozialsystem auch zwei „konträre und doch funktional äquivalente Strategien“ zur Verfügung, um auf die Enttäuschung zu reagieren und sie zu verarbeiten.⁸³¹ Eine Enttäuschung „kognitiver Art“ wird kompensiert, indem entweder umgelernt wird, das Vertrauen also aufgegeben wird oder indem Vorsorge dafür getroffen wird, dass eine Wiederholung der Enttäuschung unmöglich ist. Auf normative Enttäuschungen wird hingegen reagiert, indem an der Erwartung kontrafaktisch festgehalten wird. Die Enttäuschung wird kompensiert, indem die Enttäuschung als Fehler thematisiert wird.⁸³²

Das Recht ermöglicht also das „Leben mit unrealisierten Erwartungen“ indem es das Festhalten und Weiterverfolgen von Erwartungen im Enttäuschungsfall deckt.⁸³³ Die Funktion des Rechts hängt demzufolge direkt mit diesen Erwartungen zusammen. Das Recht erklärt nun den Enttäuschungsfall normativer Erwartungen im Voraus als für die Geltung der Norm irrelevant.⁸³⁴ In einem solchen Konfliktfall nimmt die Gesellschaft Rekurs auf das Recht.⁸³⁵ Allerdings darf hier Konflikt nicht einfach als wechselseitiger Widerspruch einer Kommunikation verstanden werden.⁸³⁶ Gerade im Strafrecht entsteht auch ein „Konflikt“, wenn jemand handelt, der gar nicht bestreitet, dass der andere im Recht ist. Auch so können Erwartungen enttäuscht werden.⁸³⁷ Die Gesellschaft und ihre Subsysteme nehmen das Recht in Anspruch, um ihre eigens produzierten Erwartungen und Normen zu stabilisieren.⁸³⁸ Hier zeigt sich bereits, dass das Recht selbstverständlich nicht unabhängig von seiner Umwelt ist. Es wird gerade auch dann in Anspruch

829 JAKOBS, AT 2. A., 7 (1/6); zur Unterscheidung zwischen kognitiven und normativen Erwartungen siehe auch KARGL, 34 f.; BLECKMANN, 111 f.

830 So LUHMANN, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 256.

831 KARGL, 35.

832 JAKOBS, Schuld und Prävention, 9 f.

833 LUHMANN, Ausdifferenzierung des Rechts, 84. Das Recht liefert damit ferner auch einen Ausgleich auf die entstandene kognitive Dissonanz der restlichen Normadressaten; zu diesem und anderen sozialpsychologischen Mechanismen in Bezug auf Normenttäuschungen siehe KILLIAS, ZStrR 1980, 31 ff.

834 KARGL, 36.

835 BLECKMANN, 119 f. mit Verweis auf LUHMANN, Soziale Systeme, 511 f.

836 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 138 f.

837 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 159.

838 BLECKMANN, 120 f.

genommen, wenn es darum geht, „Auffassungswandel in Rechtsform zu bringen“.⁸³⁹ Recht ist demzufolge nichts Statisches, vielmehr koexistiert es in dynamischer Reproduktion mit seiner gesellschaftlichen Umwelt.

In einer Gesellschaft mit theoretisch unendlich vielen Verhaltensvarianten stellt die „Reduktion der sozialen Komplexität durch Normierung“ eine notwendige Bedingung für den Fortbestand der Gesellschaft dar.⁸⁴⁰ Das soziale System verlangt Nichtbeliebigkeiten, d.h. Ordnung.⁸⁴¹ Keine Sozialordnung kann Sicherheit der Erwartungen garantieren. Das durch die Enttäuschungen entstehende Ordnungsproblem muss überwunden werden.⁸⁴² Daraus folgt, dass die Funktion des Rechts in der kontrafaktischen Stabilisierung enttäuschter Erwartungen liegt.⁸⁴³ Ein funktionierendes Rechtssystem ist also essentiell für die Erwartungssicherheit. Erst mit Blick auf diese Voraussetzung sozialer Ordnung wird die Ausdifferenzierung des Rechts (und damit auch des Strafrechts als weiteres Subsystem) verständlich.⁸⁴⁴

2.3 Verhaltenssteuerung und Konfliktlösung als Systemleistungen

Die Funktion des Rechts liegt, um diesen wichtigen Punkt noch einmal zu wiederholen, also in der „Stabilisierung normativer Erwartungen“ und zwar „durch Regulierung ihrer zeitlichen, sachlichen und sozialen Generalisierung“.⁸⁴⁵ Diese Erwartungs- und damit Normstabilisierung ermöglicht soziale Ordnung und damit Gesellschaft. Ohne die kontrafaktische Sicherung von Normen wäre die für den Aufbau von Komplexität notwendige gesellschaftliche Stabilität nicht zu erreichen.⁸⁴⁶ Diese Erwartungssicherung ist zentrale

839 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 95.

840 KILLIAS, *ZStrR* 1980, 33 f.

841 LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 49.

842 LUHMANN, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 251.

843 Siehe z.B. LUHMANN, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 252.

844 MACCORMICK, 293.

845 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 131 f.; *Luhmanns Konzeption des Rechts* basiert also nicht nur auf normativen Erwartungen. Neben der Stabilisierung der Erwartungen in der „Zeitdimension“ (d.h. zu der Normativität) kämen ferner eine „Sachdimension“ und eine „Sozialdimension“ hinzu. Ersteres meine, dass Recht vom einzelnen Sollenserlebnis abstrahiert sei und Sozialdimension bedeute, dass Recht institutionalisiert, d.h. sozial abgesichert sei; FRISTER, *Voluntatives Schulselement*, 42 Fn. 91 in Anschluss an LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 99.

846 BLECKMANN, 123 f.; KARGL, 33 f.

und einzige Funktion des Rechts.⁸⁴⁷ Zur Erfüllung dieser Funktion wurde das Recht ausdifferenziert und damit grenzt es sich von seiner Umwelt ab. Die Ausdifferenzierung des Rechts steht in einem direkten Zusammenhang zur gesellschaftlichen Komplexität. Recht könne entsprechend als „Bedingung der Möglichkeit komplexer Gesellschaft“ begriffen werden. Ohne das mit der Politik in Wechselwirkung stehende Recht würden der Gesellschaft keine Instrumente zur Verfügung stehen, welche eine „Strukturevolution“ ermöglichen.⁸⁴⁸ In dieser Funktion besteht das Subsystem Recht konkurrenzlos. Kein anderes Sozialsystem kann restlose „Gewissheit darüber verschaffen, mit welchen Erwartungen man sozialen Rückhalt findet, und mit welchen nicht“.⁸⁴⁹ Die funktionale Differenzierung besteht insofern nicht zuletzt darin, dass das Teilsystem in Bezug auf bestimmte Aufgaben „universalzuständig“ wird.⁸⁵⁰

Daneben können jedoch weitere soziale Leistungen des Systems benannt werden, welche das Recht für seine Umwelt und andere Funktionssysteme erbringt.⁸⁵¹ Zu diesen Leistungen des Rechts werden i.d.R. die Verhaltenssteuerung und Konfliktlösung gezählt.⁸⁵² Verhaltenssteuerung ist aber nicht die primäre Funktion des Rechts, auch wenn dies oft fälschlicherweise angenommen oder gehofft wird. Vieles spricht dafür, dass das Recht zwar durchaus Einfluss auf menschliches Verhalten haben kann – eine verhaltenssteuernde Wirkung also nicht ausgeschlossen ist –, dass aber die Funktion in der Erwartungssicherung liegt.⁸⁵³ Das Recht kann weder normgemässes Verhalten versprechen, noch kann es im Regelfall einen rechtskonformen Zustand herstellen.⁸⁵⁴ Immer wenn das Recht direkte Verhaltenssteuerung anstrebt, operiert es auf Feldern, für welche andere Subsysteme, andere Äquivalente besser geeignet sind.⁸⁵⁵ Eine operative Schliessung des

847 Vgl. LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, passim.

848 BLECKMANN, 126.

849 KARGL, 37.

850 LUHMANN, *Gesellschaft der Gesellschaft*, 709.

851 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 156 f. Gemäss *Luhmann* ergebe sich die Funktion aus dem Bezug auf das Gesellschaftssystem. Für diese Funktion sei es ausdifferenziert. Es könnten sich aber an diese Funktion andersartige Leistungserwartungen anknüpfen, welche ebenfalls erbracht würden und für die Gesellschaft mehr oder weniger wichtig seien.

852 DIECKMANN, 259; LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 157.

853 BLECKMANN, 122 ff.

854 KARGL, 36.

855 KARGL, 37.

Rechtssystems wäre so kaum möglich.⁸⁵⁶ Das Recht wird erst „aktiv“, wenn die Abweichung bereits eingetreten ist, wenn es für Verhaltenssteuerung folglich bereits zu spät ist.⁸⁵⁷ Ähnliches gilt für die Konfliktlösung, welche sicherlich als soziale Leistung soziologisch eruiert werden kann. Der Umstand, dass die Gesellschaft Konflikte in das Recht verlagern kann und das Instrumentarium, welches das Recht dafür bereitstellt – gerade auch das Strafrecht –, ist selbstverständlich nicht zu leugnen, lässt aber für sich alleine keine umfassende Abgrenzung des Rechts von anderen Subsystemen zu. Sowohl Verhaltenssteuerung als auch Konfliktlösung entfalten sich dennoch im Rahmen der Funktionserfüllung der Normstabilisierung, was für das Strafrechtssystem noch genauer zu diskutieren sein wird.⁸⁵⁸

3. Operationsweise des Rechtssystems

3.1 Code und Programmierung des Rechtssystems

Wie bereits erwähnt, heisst Beobachtung im System stets, eine Unterscheidung zu treffen.⁸⁵⁹ Systemtheoretische Analyse erfordert folglich, dass man Erklärungen durch Prinzipien oder eine übergesetzliche Letztbegründung durch die Erklärung aus einer Unterscheidung ersetzt, der Unterscheidung von System und Umwelt.⁸⁶⁰ Dafür reicht die Funktionsorientierung alleine nicht aus. Vielmehr muss das Funktionssystem Recht eine spezifische Operationsweise etablieren, um seine eigene operative Geschlossenheit zu ermöglichen.⁸⁶¹ Das Recht beobachtet Sachverhalte, d.h. Operationen unter dem Gesichtspunkt der Erfüllung bzw. Enttäuschung normativer Erwartungen.⁸⁶² Es tut dies mittels eines binären Codes, der aus einem positiven Wert (Recht) und einem negativen Wert (Unrecht) besteht. Der Code „Recht“ wird angewandt, wenn eine Operation mit den Normen des Systems

856 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 135 f.

857 LESCH, 187.

858 Siehe S. 194 ff.

859 HORSTER, 72; zum Begriff der Beobachtung bereits S. 122 ff. und insb. Fn. 620.

860 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 26.

861 LUHMANN, *Gesellschaft der Gesellschaft*, 748 f.

862 Es handelt sich hier um eine Beobachtung 2. Ordnung, welche überhaupt erst die Schliessung des Systems und eine Reproduktion der Einheit des Systems ermöglicht; so LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 183 und 187 f. Diese Beobachtung führt auch dazu, dass das Rechtssystem immer als ein nachgeschaltetes System operiert; siehe dazu LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 197.

übereinstimmt. Der negative Wert „Unrecht“ hingegen, wenn ein Sachverhalt gegen die Normen verstösst.⁸⁶³ Es gibt im Rechtssystem nur diese zwei Werte und sie schliessen sich wechselseitig aus.⁸⁶⁴ Dieses unmittelbare Beobachten aller Operationen nach dem Schema erfüllt/enttäuscht oder eben Recht/Unrecht ist zentrale Aufgabe, mit der sich das Rechtssystem konfrontiert sieht.⁸⁶⁵

Da der Code selbst keine Kriterien für die Anwendung des Codes festlegt, müssen weitere Gesichtspunkte herangezogen werden können, die bei dieser Zuordnung behilflich sind. Diese „Zusatzsemantik“ nennt *Luhmann* „Programme“.⁸⁶⁶ Codes generieren Programme, da ein System stets nach Gesichtspunkten sucht, um Anschlusskommunikation zu ermöglichen. Auf der Ebene der durch die Codierung im System verursachten Programmierung kann nun festgelegt werden, mit welchen Regeln darüber entschieden wird, welcher Operation welcher Wert zugeordnet wird.⁸⁶⁷ Die Orientierung an einem Code ermöglicht auch eine Loslösung vom Heranziehen höherer Instanzen oder irgendeiner Meta-Ebene, von der sich das Recht ableiten soll.⁸⁶⁸ Auch bei den Programmen handelt es sich um systeminterne Einheiten.⁸⁶⁹ Programme ermöglichen die Zuordnung des Codes und geben dieser Zuordnung Struktur, beschränken also die Kontingenz. Programmierung füllt die Codierung also mit Inhalt.⁸⁷⁰

863 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 178; KUNZ/MONA, 198.

864 LUHMANN, *Soziale Systeme*, 509 f.

865 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 166 ff.

866 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 189 f.

867 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 93 und 190. Auf der Programmebene können so auch andere „Werte“ zur Geltung gebracht werden. Allerdings natürlich nur unter der Voraussetzung, dass sie dazu verwendet werden, eine Entscheidung zwischen Recht und Unrecht zu konditionieren; LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 182.

868 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 189.

869 Im Falle des Rechtssystems seien Programme gemäss *Luhmann* immer Konditionalprogramme, d.h. „Wenn-Dann“-Programme. Zweckprogramme seien hingegen risikobehaftet, das die Gleichheit der Rechtsanwendung gefährden; dazu LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 194 f.; *ders.*, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 38 f. THEILE, 94 f., wendet ein, dass sich dieses Exklusivitätsverhältnis von Konditionalprogrammen mit Blick auf das materielle Strafrecht kaum durchhalten lasse, da gerade das moderne Strafrecht durch seine Präventions- und Folgenorientierung geprägt sei. Gemäss *Luhmann* sei aber auch dieser Einbezug präventiver Überlegungen nur im Rahmen von Konditionalprogrammen möglich, da es sich auch hier um Bedingungen handle, die im Zeitpunkt der Entscheidung vorliegen würden.

870 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 204.

Nur code-orientierte Kommunikation ist Teil des Rechtssystems, also nur eine solche, die eine Zuordnung zu einer der beiden Werte behauptet. Denn nur eine Kommunikation mit der Orientierung an diesem Code sucht eine Vernetzung im Rechtssystem und nimmt dieses in Anspruch.⁸⁷¹ Jede Kommunikation bzw. Operation schliesst an eine andere an, jede Operation ruft neue Operationen hervor, weshalb man sich das Rechtssystem als einen „Strom von Kommunikation“ vorstellen könne.⁸⁷² Ob es sich um ein Gerichtsverfahren, um eine schriftliche Klageerhebung oder um ein Verhör der Staatsanwaltschaft handelt, spielt dabei keine Rolle. Jede rechtliche Kommunikation läuft darauf hinaus, eine Entscheidung nach dem Schematismus Recht/Unrecht zu ermöglichen. Es ist dieser Code, der das Rechtssystem leitet, ordnet und durch das Ermöglichen von Anschlussoperationen Reproduktion und Fortbestand ermöglicht. Der Code leistet dabei eine notwendige Reduktion von Komplexität. Er absorbiert aufgrund der Erwartungsenttäuschung entstandene Konflikte derart, dass rechtliche Einzelfallentscheidungen möglich werden.⁸⁷³ Dieser Code steht natürlich auch in direktem Zusammenhang mit der Funktion. Gemeinsam ermöglichen Code und Funktion auch die Grenzziehung zu anderen ausdifferenzierten Funktionssystemen in der Gesellschaft.

3.2 Symbol der Rechtsgeltung und Kontingenzformel Gerechtigkeit

In der Festlegung der Rechtsnorm als kontrafaktische Stabilisierung von Verhaltenserwartungen liegt noch keine Annahme über die Motive vor, aus denen Normen befolgt werden. Ganz im Gegenteil muss gemäss *Luhmann* gerade darauf verzichtet werden, damit die Rechtsnorm ihre Funktion erfüllen kann.⁸⁷⁴ Eine Norm schreibt vor, „was gesollt ist“.⁸⁷⁵ Mit diesem Symbol drückt sie Geltung aus.⁸⁷⁶ Mit dem „Symbol der Rechtsgeltung“ wird die Einheit des Systems erzeugt, bewahrt und reproduziert.⁸⁷⁷ Die Frage warum dem Recht gefolgt werden muss, sei eine Frage, deren „positive Beantwortbarkeit im Rechtssystem unterstellt werden muss, denn andernfalls würde das System

871 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 67.

872 RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 424.

873 BRINGEWAT, 21.

874 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 134.

875 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 12.

876 LESCH, 188.

877 JAKOBS, *ZStW* 2005, 98.

kollabieren.⁸⁷⁸ Die „Erwartungsqualität“ wird also weder gewertet noch zur Diskussion gestellt.⁸⁷⁹ In diesem Verständnis der Rechtsgeltung geht auch der Begriff der Positivität des Rechts auf, welcher sogleich noch zu diskutieren sein wird.⁸⁸⁰ Demzufolge wird also nicht nur ein normgemäßes Verhalten erwartet, sondern die Geltung der Norm wird immer miterwartet.⁸⁸¹

Die Geltung einer Norm auf der einen bzw. des dazugehörigen Enttäuschungspotenzials auf der anderen Seite sind jedoch nicht willkürlich. Soll eine Norm gelten, so muss in aller Regel und mit einer gewissen Ernsthaftigkeit erwartet werden, dass sie auch befolgt werde. Um wirklich zu werden, müssen Normen also real die Kommunikation bestimmen.⁸⁸² „Recht gilt, solange es die kommunikative Orientierung leitet“, um es in *Jakobs'* Worten auszudrücken.⁸⁸³ Der Zusammenhang zwischen rechtlicher Geltung und sozialer Realität eröffnet dabei ein weites Feld an Fragestellungen. Normgeltung und Normkonformität sind dabei keinesfalls Synonyme. Dies primär weil Gesellschaft – um es in *Popitz'* vielzitierten Worten zu sagen – „etwas ist, das Zähne hat, die beißen können“.⁸⁸⁴ Wenn dem Rechtssystem aber die Aufgabe obliegt, gewisse normative Erwartungen zu stabilisieren, so muss es schützenswerte Erwartungen zunächst selektionieren.⁸⁸⁵ So sind denn auch nicht alle soziale Normen rechtlich geschützt, wobei die Differenz zwischen sittlichen und rechtlichen Normen primär vom Grad der Institutionalisierung abhängt.⁸⁸⁶ Diese Institutionalisierung ist es denn auch, welche die kontrafaktische Durchhaltung gerade aufgrund des Symbols der Rechtsgeltung garantiert. Die Gesellschaft konstituiert sich über Normen und gewisse davon müssen in ihrer normativen Identität rechtlich geschützt werden.⁸⁸⁷

878 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 13.

879 LESCH, 188.

880 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 563; siehe nachfolgend S. 108 f.

881 LESCH, 189.

882 JAKOBS, *ZStW* 2005, 257 f.

883 JAKOBS, *Staatliche Strafe*, 27 f.

884 POPITZ, 13.

885 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 137 f.

886 Dazu allg. POPITZ, 31 ff.

887 JAKOBS, *ZStW* 1995, 847. Ein Teil der Normen ist kognitiv genug gesichert und bedarf keiner speziellen Stabilisierung wie z.B. im Fall von Naturgesetzen. Einem anderen Teil fehlt eine solche genuine Kraft, sich selbst zu stabilisieren und gerade aufgrund der „evidenten Kontingenz dieser Normen“ müsse ihre Geltung anderweitig garantiert werden; so JAKOBS, *ZStW* 1995, 848 f.

Ähnlich wie mit dem Symbol der Rechtsgeltung, welches keiner externen Begründung bedarf, welche sich ausserhalb der Rason der Ausdifferenzierung des Rechtssystems selbst befindet, verhält es sich mit der Bezugnahme auf Gerechtigkeit. Die „Frage nach der Gerechtigkeit des Rechts“ verliere gemäss *Luhmann* aufgrund der Positivität des Rechts an Bedeutung.⁸⁸⁸ Das Gerechtigkeitsproblem erfülle nur noch symbolische Funktionen.⁸⁸⁹ Gerechtigkeit sei weder für die Rechtsgeltung noch für die Begründung des Rechts entscheidend. Trotzdem müsse auf die Idee der Gerechtigkeit im Rechtssystem nicht verzichtet werden. Die Gerechtigkeitsidee könne gerade aufgrund ihrer normativen Qualität im Rahmen einer Selbstbeobachtung und Selbstbeschreibung verortet werden und stelle eine „Kontingenzformel“ dar.⁸⁹⁰ Legitimität wird in diesem Verständnis also rein systemintern hergestellt.⁸⁹¹ Demzufolge könne der Wert des Gerechtigkeitsbegriffs nur in einer Kontingenzformel liegen.⁸⁹² Als Kontingenzformel meine Gerechtigkeit primär Konsistenz des Entscheidens.⁸⁹³ Der Systembegriff Gerechtigkeit hat in dieser Fassung nichts mit moralischer Zurechnung oder Bewertung zu tun, sondern bezeichnet einzig den im System geltenden Anspruch, Fehler und Inkonsistenzen zu vermeiden.⁸⁹⁴

Mit diesem Gerechtigkeitsbegriff versucht *Luhmann* die Idee der Gerechtigkeit in sein Theorieunternehmen einzubinden. Es ist klar, dass in einem systemtheoretischen Konstruktivismus kaum Platz ist für einen Gerechtigkeitsbegriff, der auf vorpositive, systemexterne Vorstellungen wie eine höhere Ethik oder Moral Bezug nimmt und dann in der Folge innerhalb des Systems direkte Rechtsgeltung beansprucht. Dass Gerechtigkeit als Symbolik, als Leitidee und als Bezugsrahmen dennoch auch im Rechtssystem als eine Art Kontingenzformel bestehen kann, scheint plausibel. Ob dies dann aber wirklich nur in einer solch abgespeckten Variante von Gerechtigkeit

888 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 215 f.

889 KUNZ/MONA, 204 f.

890 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 215 ff.

891 So KUNZ/MONA, 205 f. mit dem kritischen Hinweis, dass sich daraus aber noch nicht ergebe, ob sich dazu noch eine normative Legitimation des Rechts gesellen müsse. Die Feststellung, dass Rechtssysteme ihre Legitimität autopoietisch erzeugen, könne nicht als Beurteilung darüber verstanden werden, ob diese Form der selbsterzeugten Legitimität genüge oder ob sie durch normative Legitimationsbemühungen ergänzungsbedürftig seien.

892 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 218 f.

893 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 227.

894 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 357.

als Konsistenz im Entscheiden passieren muss, bleibt fraglich. Vielmehr können die Operationen im System auf diese Kontingenzformel auch im Rahmen anderer Fragestellungen Bezug nehmen. Diese Bezugnahme passiert aber selbstverständlich nur nach systeminternen Mechanismen. Nur das Rechtssystem entscheidet, wann es externe Bezugsrahmen in Anspruch nehmen will und diese damit in die eigene Operationsweise einbindet.

4. Eigenständigkeit des Rechtssystems

4.1 Positivismus und operative Geschlossenheit

Alles, was nicht mit dem eben beschriebenen Schematismus Recht/Unrecht erfasst werden kann, gehört nicht zum Rechtssystem. Es ist inner- oder ausergesellschaftliche Umwelt.⁸⁹⁵ Der Code ist gemäss *Luhmann* nichts anderes als die „Struktur eines Erkennungs- und Zuordnungsverfahrens der gesellschaftlichen Autopoiesis.“⁸⁹⁶ Er ist also Bedingung für die selbstreferentielle und normative Schliessung.⁸⁹⁷ Nur dank diesem Schematismus, unter welchem jede Kommunikation beobachtet wird, ergibt sich die Positivität des Rechts. Durch diese Operationsweise schafft sich das Recht „seine eigene Wahrheit“.⁸⁹⁸

Operative Geschlossenheit, selbstreferentielle Schliessung, Autopoiesis: Diese bereits mehrfach benannten Eigenschaften sozialer Systeme bedeuten, in die klassische rechtstheoretische Debatte überführt, nichts anderes als Rechtspositivismus, wenn auch zugegebenermassen eine anspruchsvolle Reformulierung des Rechtspositivismus.⁸⁹⁹ Der Rechtspositivismus basiert auf den Annahmen, dass das Recht von der Moral getrennt und rein aufgrund seiner Positivität zu bestimmen ist und dass dieses positive Recht aufgrund eines förmlichen Rechtssetzungsaktes Geltung beansprucht.⁹⁰⁰ Die durch den schematischen Code ermöglichte Anschlusskommunikation und die

895 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 61.

896 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 70.

897 „Das Recht ist eine endlose Geschichte“, meint *Luhmann* und stellt fest, dass ein autopoietisches System Elemente nur produziere, um weitere Elemente produzieren zu können. Das Recht sei kein zielgerichtetes System, das auf ein gutes Ende hinarbeite. Es wolle Anschlusskommunikation ermöglichen und die binäre Codierung sei die Strukturform, welche das garantiere; so LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 178 f.

898 MASTRONARDI, 183.

899 So auch RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 428.

900 KUNZ/MONA, 85.

eigenständige Reproduktion machen das Recht zu einem autopoietischen System.⁹⁰¹ Jenseits des positiven Rechts gibt es keine Richtigkeitsmassstäbe, welche für das System und seine Operationen von Relevanz sind.⁹⁰²

Man kann dies auch als systemtheoretisches „Postulat der Autonomie“ bezeichnen.⁹⁰³ Autonomie ist gemäss *Luhmann* eine Konsequenz operativer Geschlossenheit.⁹⁰⁴ Es gibt kein übergesetzliches Recht als Geltungsebene oberhalb des Systems.⁹⁰⁵ Externe Strukturdetermination wird nicht als möglich erachtet.⁹⁰⁶ Das System reproduziert sich durch seine Operationen selbst, wobei rechtliche Kommunikation nur auf Operationen aufbauen kann, die schon zum System gehören. Welche Umstände für die Zuordnung des Codes Recht/Unrecht relevant sind, bestimmt das Recht folglich eigenständig, d.h. nach rein rechtlichen Kriterien.⁹⁰⁷

4.2 Kognitive Offenheit und strukturelle Kopplung

Die Grundannahme der autopoietischen Reproduktion sozialer Systeme führt automatisch zur dringenden Frage, unter welchen Bedingungen und auf welche Weise die Umwelt Einfluss auf das Recht gewinnt. Wie bereits betont, wird die Relevanz der Umwelt für das System in der Systemtheorie keineswegs geleugnet.⁹⁰⁸ Das Recht kann in seiner Operationsweise selbstverständlich Informationen aus seiner Umwelt aufnehmen, es bleibt als

901 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 30 ff. und passim; zur Autopoiesis siehe bereits S. 139 f.

902 KUNZ/MONA, 199.

903 PÖRKSEN, 13.

904 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 63.

905 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 32.

906 DIECKMANN, 258.

907 TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, 23; RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 425 in Anschluss an LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 38 ff. Diese Geschlossenheit und die Nicht-Inanspruchnahme einer Letztbegründung ausserhalb des Rechts hat viele Kritiker der Systemtheorie, aber überhaupt des Rechtspositivismus, auf den Plan gerufen, welche das Recht in diesem Verständnis somit als wertfrei und damit anfällig für ein ethisch-politisches Abdriften verstanden haben wollen; siehe zur Kritik an den systemtheoretischen Grundannahmen in Hinblick auf Unrechtsregimes und andere „Katastrophen der Rechtsgeschichte“ z.B. MAHLMANN, *ZRSoz* 2000, 257 ff. und passim. *Luhmann* entgegnet hier zu Recht, dass zu lernen wäre, „dass es auf politische Wachsamkeit ankommt, und nicht auf rechtstheoretische Wachsamkeit“; so in LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 83. Es ist in der Tat schlicht nicht die Aufgabe des Rechtssystems, ein politisches Abdriften zu verhindern. Es ist dafür weder ausdifferenziert, noch liegt es in seiner Funktion und damit Einflussphäre, wie leider auch historisch belegt ist.

908 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 440; dazu auch schon auf S. 137 f.

Teil des Gesellschaftssystems somit kognitiv offen. Allerdings bestimmt es selbst, was es aufnimmt und wie es etwas aufnimmt, bleibt demzufolge operativ geschlossen.⁹⁰⁹ Das Recht entwirft in der rechtlichen Kommunikation eine systemeigene Umwelt, die *Teubner* „Rechtswirklichkeit“ nennt.⁹¹⁰ Diese sei immer systemrelativ konstruiert und damit Ergebnis eines systemeigenen Modells der Aussenwelt. Trotzdem ist kein soziales System, auch nicht das Recht, komplett immun gegenüber gesellschaftlichen Diskursen und Entwicklungen. Den Grund dafür sieht *Teubner* in einer „Interferenz“, einer „wechselseitigen Diffusion von Recht und anderen sozialen Diskursen“.⁹¹¹ Das Recht unterhält also sehr wohl „Beziehungen zu seiner Umwelt“, stellt diese aber aufgrund von „Eigenleistungen“ her, was in einer Kombination von normativer Geschlossenheit und kognitiver Offenheit mündet.⁹¹²

Für *Luhmann* liegt diese Abhängigkeit auch in einer strukturellen Kopplung des Rechtssystems mit anderen Systemen. Eine strukturelle Kopplung liege dann vor, wenn ein System bestimmte Eigenschaften seiner Umwelt dauerhaft voraussetzt und sich strukturell darauf verlässt.⁹¹³ So ist bspw. die Gesellschaft als Kommunikationssystem stets auf eine Kopplung mit Bewusstseinsystemen, d.h. psychischen Systemen, angewiesen.⁹¹⁴ Aber nicht nur die Kopplung zwischen Bewusstseinsystemen und Rechtssystem, sondern auch zwischen Recht und anderen sozialen Teilsystemen der Gesellschaft ist von Relevanz, allem voran das Zusammenwirken von Politik und Recht.

In der Systemtheorie wird davon ausgegangen, dass man zwischen Rechtssystem und politischem System unterscheiden muss, dass es sich also um verschiedene Subsysteme der Gesellschaft handelt. Diese Trennung ist Konsequenz der Autopoiesis und der jeweiligen historischen Individualität der beiden Sozialsysteme.⁹¹⁵ Sowohl Operationen als auch Systemzweck sind

909 MASTRONARDI, 172.

910 TEUBNER, Recht als autopoietisches System, 88; *ders.*, Episteme des Rechts, 134.

911 TEUBNER, Episteme des Rechts, 134.

912 VESTING, 10 f.

913 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 440 ff.

914 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 444.

915 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 407. Diese Individualität und Trennung der Systeme hat gemäss *Luhmann* überhaupt erst diese historische Entwicklung ermöglicht. So konnten sich Demokratisierung des politischen Systems und Positivierung des Rechts nur in gegenseitiger Ermöglichung und Stimulation entwickeln, wobei hier selbstverständlich eine strukturelle Kopplung vorausgesetzt werden müsse; so LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 439.

zu differenzieren. Aufgabe des Rechts ist es, enttäuschte Erwartungen kontrafaktisch durchzuhalten und damit Normen zu stabilisieren.⁹¹⁶ Dabei ist es zwar bei der Festlegung der Normen auf Inputs des politischen Systems direkt angewiesen und in der Folge vor allem auch bei der Garantie der Durchsetzung, d.h. der Erzwingbarkeit der rechtlichen Reaktion. Es muss aber in seiner Funktionserfüllung diese Normen nicht mehr verhandeln, sondern kann sie voraussetzen. Im Gegenzug ist es nicht Aufgabe des politischen Systems, Normen zu stabilisieren und im Rahmen dieser Aufgabe über Recht und Unrecht zu disponieren. Vielmehr verlässt sich das politische System darauf, diese erledigt zu wissen. Gemäss *Luhmann* besteht die Funktion der Politik im „Bereithalten der Kapazität zu kollektiv bindendem Entscheiden“.⁹¹⁷ Die Aufrechterhaltung dieser beiden Funktionen, welche die Gesellschaft in ihrer Entwicklung ihren Subsystemen „zugewiesen“ hat, erfordert eine funktionale Trennung. Eine Vermischung und damit ein Aufbruch der Autopoiesis würde mitunter zu einer Mehrfunktionsorientierung und damit Instabilität des neuen gemeinsamen Systems führen. Es besteht also für beide Systeme ein „Geschlossenheitsanspruch“ und sogleich ein „Bedingungs-zusammenhang“.⁹¹⁸

Aufgrund der offensichtlichen Nähe und der engen Zusammenhänge in der Wirkungsweise der beiden Funktionssysteme kann aber trotz funktionaler Differenzierung von einer intensiven strukturellen Kopplung ausgegangen werden.⁹¹⁹ Eine solche „Zusammenarbeit“ ist unerlässlich.⁹²⁰ Eine direkte kausale Inanspruchnahme bzw. direkte externe Steuerung ist dabei allerdings nicht vorgesehen.⁹²¹ Diese Einflussnahme darf folglich nicht als direkte Steuerung missverstanden werden. Möglich ist vielmehr nur eine indirekte Kontextsteuerung, indem das System auf veränderte Bedingungen in der

916 Zur Funktion des Rechts bereits ausführlich S. 101 ff.

917 So LUHMANN, *Politik der Gesellschaft*, 84, der damit bewusst wertgeladene und pluri-funktionale Definitionen vermeidet.

918 Trotz dieser „unbestreitbaren Dichte des Zusammenhangs von Politik und Recht“ sei es also aufgrund der verschiedenen Funktionen nicht gerechtfertigt von nur einem System auszugehen; so LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 414 f. und 434.

919 So auch THEILE, 58 f.

920 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 153.

921 Diese Nicht-Steuerbarkeit werde oft als Problem der Systemkomplexität verstanden, was aber nicht den Kern der Sache treffe. Entscheidend sei vielmehr, dass jedes System letztlich nach seinem eigenen Code funktioniere, d.h. autopoietisch geschlossen sei; so LUHMANN, *Wirtschaft der Gesellschaft*, 337 f.; *ders.* *Wissenschaft der Gesellschaft*, 39.

Umwelt nach eigenen Regeln reagieren kann.⁹²² Im System selbst sind diese Inputs, welche von einer strukturellen Kopplung herrühren, allerdings nur „Irritationen, Überraschungen, Störungen“.⁹²³

Welche Kopplungen dieser Art eine Gesellschaft einrichtet, um ihre Teilsysteme miteinander zu verknüpfen, ist variabel und hängt von Grad und Form der Differenzierung ab.⁹²⁴ Die Kopplung darf aber nicht so weit gehen, dass die Differenzierung nicht mehr erhalten bleiben kann, die Verknüpfung der Teilsysteme ist demnach immer auch beschränkt. So könnte eine zu starke Vermischung der Teilsysteme Recht und Politik dazu führen, dass die einzelnen Funktionen nur noch unzulänglich erfüllt werden können und damit die Ausdifferenzierung gefährdet wäre, was gerade auch in Bezug auf das Strafrecht besonders relevant ist.⁹²⁵

4.3 Recht und Moral

Die strukturelle Kopplung des Rechtssystems mit anderen gesellschaftlichen Teilsystemen, aber auch mit psychischen Systemen, führt dazu, dass sich das Recht nicht gänzlich gegen allg. akzeptierte gesellschaftliche Werturteile oder Änderungen derselben isolieren kann.⁹²⁶ Eine starke Abweichung von solchen vorherrschenden Werturteilen wird im Rechtssystem permanent Irritation auslösen und die Funktionalität früher oder später beeinträchtigen. Allerdings ist die Konsequenz der operativen Geschlossenheit der rechtlichen Kommunikationen, dass es trotz dieser Kopplung keine andere Instanz in der Gesellschaft gibt, „die sagen könnte: Dies ist Recht und dies ist Unrecht“.⁹²⁷ Die Umwelt kann also irritieren, nicht hingegen kausal determinieren.

Gerade für den Schuldbegriff und die ihn umrahmende moralisch aufgeladene Debatte ist dieser Rechtspositivismus als Konsequenz der operativen Geschlossenheit des Rechtssystems doppelt relevant. Nicht nur kann auch im Rahmen der Schuldfeststellung nur mittels systemeigener Kommunikation

922 MASTRONARDI, 183 f.; zur Unmöglichkeit direkter kausaler Einflussnahme siehe bereits S. 139 f.

923 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 442.

924 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 446.

925 Wie sich das z.B. gerade in den USA im Rahmen gewisser lokaler *Crime Acts* zeigt, wo zwischen Strafrecht und Politik keine klare Linie mehr gezogen werden kann und die politischen Regulationsansprüche die Effizienz des Strafrechtssystems dauerhaft destabilisieren; zum Problem dieser „Überbeanspruchung“ siehe die detaillierte Diskussion auf S. 405 ff.

926 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 493.

927 LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 69.

im Rahmen der Programme nach dem Code entschieden und nicht etwa auf einen bereits extern festgelegten Zustand Regress genommen werden, sondern kann ferner auch im Rahmen der Festlegung des Schuldinhalts nicht auf wahrheitsfähige, moralische Urteile zurückgegriffen werden, welche bereits ausserhalb des Rechtssystems determiniert sind.⁹²⁸ D.h. nicht, dass ein Durchgriff auf gesellschaftliche Vorstellungen und Wertungen nicht möglich wäre. Aufgrund der operativen Geschlossenheit muss dieser Durchgriff aber systemintern legitimierbar und anschlussfähig sein.⁹²⁹ Es gibt im Recht demzufolge keinen moralischen Code. Das Rechtssystem muss alles, was aus der gesellschaftlichen Umwelt kommt, zunächst explizit transformieren.⁹³⁰ Das gilt nicht nur für den Bezugsrahmen der Moral als potenzieller Letztbegründung des Rechts, sondern auch für andere, z.B. in der Natur- und Vernunftrechtslehre reproduzierte, Annahmen externer Legitimationsmodelle.

Auch die Moral hat natürlich eine Funktion im Gesellschaftssystem. So können moralische Erwartungen ebenso Kontingenz reduzieren und auch enttäuscht werden. Trotzdem ist die Moral kein eigenes Funktionssystem, da ihr keine Schliessung gelingt.⁹³¹ Ein „Moralsystem“ kann im Gegensatz zum Recht keine enttäuschten Erwartungen kontrafaktisch durchhalten. I.d.S. kann Moral vielmehr als Symbol oder als Sinnggebung verstanden werden. Eine Bezugnahme auf die Moral im rechtlichen Diskurs bedeutet dabei aber immer eine systemische Operation des Rechts.⁹³² Dass das Recht auf der Moral aufbauen soll oder gar z.B. die strafrechtliche Schuldzuschreibung sich an Moralvorstellungen zu orientieren habe, ist wenig einleuchtend. Würde die Geltungsbegründung des Rechts in der Moral liegen, hiesse das in der Konsequenz, dass Moral politisch durch die Mehrheit entschieden

928 Bereits bei *Kelsen* waren moralische Urteile nicht wahrheitsfähig. Solche Aussagen seien den Naturwissenschaften vorbehalten. Es gebe deshalb so etwas wie absolute Werte nicht und Recht und Moral seien radikal zu trennen; *KELSEN*, 65 ff.; Auch *Luhmann* hält moralische Prinzipien für nicht wahrheitsfähig und subjektiv; *LUHMANN*, *Recht der Gesellschaft*, 78; siehe zu diesen Positionen auch *MAHLMANN*, *Rechtsphilosophie*, § 12 N 9 f. und § 15 N 61.

929 *LUHMANN*, *Recht der Gesellschaft*, 185.

930 *LUHMANN*, *Recht der Gesellschaft*, 85.

931 Zu dieser Abgrenzung siehe auch *LUHMANN*, *Recht der Gesellschaft*, 211.

932 *Luhmann* nennt diese Figur einen „re-entry“. Eine externe Referenz auf Moral werde als Operation des Rechtssystems selbst anerkannt; siehe dazu *LUHMANN*, *Recht der Gesellschaft*, 89.

würde.⁹³³ Der Staat aber sei als „menschliche Einrichtung“, so *Roxin*, weder dazu fähig noch berechtigt „die metaphysische Idee der Gerechtigkeit zu verwirklichen“.⁹³⁴

5. Zusammenfassung: Das Rechtssystem im Überblick

Aus der Problemlage der doppelten Kontingenz entwickelt sich eine soziale Ordnung. Ein stabiles soziales System, welches sich selbst reproduziert und seinen eigenen Fortbestand garantiert.⁹³⁵ Die Ausdifferenzierung des Rechtssystems und seine spezifischen Eigenarten können wie folgt zusammengefasst werden:

1. Das Recht ist ein Subsystem des Gesellschaftssystems. Als solches vollzieht es Gesellschaft und gilt als „Immunsystem“ der zu garantierenden sozialen Ordnung.
2. Die Funktion des Rechts liegt in der kontrafaktischen Durchhaltung normativer Erwartungen im Enttäuschungsfall. Das Recht stabilisiert damit normative Erwartungen. Von der Funktion des Rechts, für welche es ausdifferenziert wurde, können weitergehende Leistungen wie Verhaltenssteuerung oder Konfliktlösung unterschieden werden. Sie sind allerdings nicht konstitutiv für das System.
3. Die Elemente bzw. Operationen des Systems sind rechtliche Kommunikationen, welche nach dem binären Code Recht/Unrecht beobachten. Jede Operation des Systems läuft darauf hinaus, eine Zuordnung im Rahmen dieses Schematismus zu ermöglichen.
4. Das Rechtssystem ist autopoietisch geschlossen und reproduziert sich selbst. Was Recht und was Unrecht ist, entscheidet sich einzig im Rechtssystem selbst.
5. Konsequenz dieser Selbstreferenz ist auch, dass es keine externe Letztbegründung gibt. Die Rechtsgeltung entsteht im System selbst. Die operative Geschlossenheit bedeutet aber auch kognitive Offenheit. So ist das Recht von seiner innergesellschaftlichen Umwelt und anderen Systemen keineswegs unabhängig. Sowohl psychische Systeme als auch andere Sozialsysteme (z.B. das politische System) sind Bestandsvoraussetzung.

933 BLECKMANN, 75.

934 ROXIN, AT I, § 3 N 8.

935 RÖHL, Allgemeine Rechtslehre, 107.

Kapitel 2: Strafrechtssystem und Funktion der Strafe

I. AUSDIFFERENZIERUNG DES STRAFRECHTS ALS GESELLSCHAFTLICHES TEILSYSTEM

1. Eigenständigkeit und Grenzen des strafrechtlichen Subsystems

1.1 Systemgrenzen und Kriminalisierung

Bei der Entwicklung sozialer Systeme und im Rahmen derer Komplexitätssteigerung können gesellschaftliche Subsysteme ihrerseits weitere Teilsysteme ausdifferenzieren. Im Falle des Rechtssystems bedeutet das – so die gängige Annahme – eine Ausdifferenzierung in verschiedene Rechtsgebiete.⁹³⁶ Es stellt sich allerdings die Frage, ob es sich bei den verschiedenen Rechtsgebieten tatsächlich um eigenständige selbstreferentiell operierende soziale Systeme handelt. Die klare Unterscheidbarkeit des Strafrechts von anderen Rechtsgebieten müsste in diesem Falle eruiert werden können.⁹³⁷ Ein soziales System liegt, wie bereits ausgeführt, dann vor, wenn klar zwischen System und Umwelt differenziert werden kann (Leitdifferenz), wenn das System über eine individuelle Operationsweise nach einem spezifischen Code verfügt und wenn das System eine klare Funktion hat, für welches es gesellschaftlich ausdifferenziert wurde. Es muss also geklärt werden, ob es

⁹³⁶ So THEILE, 57 und 68.

⁹³⁷ KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1486 (2016). Auch hier ist allerdings nicht ein System von geschriebenen Strafgesetzen oder ein System der strafrechtlichen Zurechnung gemeint, sondern ein gesellschaftliches System strafrechtlicher Kommunikation, welches für eine spezifische Funktion ausdifferenziert wurde und nach einem spezifischen Schematismus operiert.

sich beim Strafrechtssystem um ein soziales System mit eigener Funktion und eigener Operationsweise handelt, das sich von seiner Umwelt abgrenzen lässt. Entsprechend muss nachfolgend nach diesen Wesenselementen eines distinktiven Strafrechtssystems gesucht werden. Dazu gehört neben der sogleich zu behandelnden Frage nach den Grenzen des Systems und damit nach den Grenzen des Regelungsbereichs des Strafrechts – also Fragen im Feld der Kriminalisierungstheorien – primär die Frage nach der Funktion des Strafrechtssystems. Die Funktionsbestimmung ist dabei nicht nur aufgrund der langen rechtstheoretischen Diskussion um Straftheorien und der Fülle an Strafzwecklehren von hoher Relevanz, sondern auch aufgrund der weitreichenden Konsequenzen für die nachfolgende Untersuchung und für das Strafrechtssystem generell, in welches es die Schuldzuschreibung einzubetten gilt.

Gemäss *Farmer* handle es sich bei der Frage nach den Systemgrenzen vielleicht sogar um die zentralste der Strafrechtstheorie überhaupt.⁹³⁸ Kriminalisierungstheorien sei dabei bereits die Annahme inhärent, dass das Strafrecht ein abgrenzbares System von Regeln sei, welches in einem klar definierten Feld agiere.⁹³⁹ Entsprechend bedeutet „etwas zu kriminalisieren“ etwas in den Bereich des Strafrechtssystems zu inkludieren.⁹⁴⁰ Es haben sich im Laufe der Zeit verschiedene Strömungen von Kriminalisierungstheorien ergeben, die versuchen, normative Konzepte zu eruieren, welche die Grenzen des Strafrechts markieren sollen. Die diskutierten Kriminalisierungstheorien können dabei primär in zwei Hauptströmungen unterteilt werden: So liegt der Fokus bei der einen auf den geschützten Rechtsgütern, bei der anderen eher auf Fragen rund um Unrecht und Vergeltung.⁹⁴¹ Die grösste Verbreitung im Rahmen der ersten Kategorie hat besonders im englischsprachigen Raum wohl das sog. *harm principle* erhalten, welches auf *Mill* zurückgeht und von *Hart* und *Feinberg* weiterentwickelt wurde. Dieses schlägt vor, dass das Strafrecht nur Verhalten reglementieren soll, um Schaden von anderen abzuwenden.⁹⁴² Diese Theorie ähnelt sehr der im deutschsprachigen Raum verbreiteten Lehre der Rechtsgüter, wonach der Gesetzgeber im Vorfeld von Kriminalisierungen danach fragen solle, ob mit der zu pönalisierenden

938 FARMER, 303.

939 FARMER, 5.

940 DUBBER, *Criminal Law between Public and Private Law*, 191. Das Gegenstück dazu ist die „Dekriminalisierung“; siehe dazu NUOTIO, 239.

941 FARMER, 14.

942 Siehe dazu z.B. FARMER, 2 f. und 14 ff. m.w.N.; ROXIN, AT, § 2 N 123 f.

Verhaltensweise Rechtsgüter verletzt oder gefährdet werden. Allerdings stellt diese Theorie Anwendende regelmässig vor das Problem, ob irgendein Interesse denn nun als ein Rechtsgut zu gelten habe oder nicht.⁹⁴³ In der Tat zeigt sich gerade im Bereich der bereits diskutierten *public welfare* (und gleichzeitig oftmals *strict liability*) *offences*, dass sich, sofern angestrebt, fast immer ein Rechtsgut findet, mit welchem eine Kriminalisierung legitimiert werden kann oder umgekehrt, dass der Begriff des Rechtsguts genau wie der des öffentlichen Interesses je nach Auslegung sehr weit gefasst werden kann.

Andere Vertreterinnen und Vertreter orientieren sich eher an dem nachfolgend noch genauer zu betrachtenden *Durkheim'schen* Diktum des moralischen Bandes der Gesellschaft, wobei dem Strafrecht die Aufgabe zukomme, dieses Band zu schützen, da sonst Desintegration und Anomie die Folge wären.⁹⁴⁴ Diese Argumentationslinie basiert i.w.S. auf einem Verständnis des Rechts als Art einer institutionalisierten normativen Ordnung.⁹⁴⁵ Allerdings sei das Strafrecht gemäss *Duff* nicht nur eine Verkörperung der moralischen Ordnung, sondern weitergehend eine politische Institution, welche die soziale Ordnung garantiere.⁹⁴⁶ Der Unterschied des Strafrechts zu anderen Rechtsgebieten sei nun, dass es sich *public wrongs* annehme, diese kriminalisiere und sicherstelle, dass dafür eine öffentliche Reaktion in Form von Strafe bereitstehe.⁹⁴⁷ Kriminelles Verhalten unterscheide sich nach *Tadros* demnach gerade dadurch, dass diese öffentliche Reaktion notwendig und angemessen werde.⁹⁴⁸

Bei der Suche nach den Systemgrenzen im systemtheoretischen und damit soziologischen Sinne, der Frage also, ob sich das Strafrecht von anderen Rechtsgebieten klar abgrenzen lässt, könne man sich gemäss *Durkheim* nicht der Unterscheidung der Juristen bedienen. Diese sei für die juristische Praxis erfunden worden und müsse für die Sozialwissenschaft nicht automatisch auch korrekt sein.⁹⁴⁹ Ferner muss zwischen normativen Diskussionen, also der Frage, welche Normen vom Strafrecht geschützt werden *sollen*, und der

943 KILLIAS ET AL., AT, N 142.

944 Z.B. DURKHEIM, Soziale Arbeitsteilung, 118; siehe dazu sogleich S. 176 f. und ferner auch S. 194 ff.

945 FARMER, 22.

946 DUFF AL., Criminalization, 5.

947 DUFF, Responsibility, Citizenship, and Criminal Law, 127 ff. und 139.

948 So TADROS, 75.

949 DURKHEIM, Soziale Arbeitsteilung, 115 f.

deskriptiven Analyse der Frage, welche Normen vom Strafrecht geschützt werden, differenziert werden.

1.2 Systemgrenzen und Sanktionsnormen

Wie bereits festgehalten wurde, konstituiert sich das soziale System Gesellschaft über Normen.⁹⁵⁰ Hat die Gesellschaft ein Strafrechtssystem ausdifferenziert, um gewisse Normen speziell zu schützen, ist nach den Besonderheiten dieser Strafrechtsnormen zu fragen. Ein Verstoss gegen eine Strafnorm enttäuscht im Allgemeinen eine normative Erwartung innerhalb der Gesellschaft, gemäss derer man nicht mit strafrechtswidrigen Verhaltensweisen rechnen muss.⁹⁵¹ Gerade das spezifisch Strafrechtliche, d.h. die Aussicht auf Sanktionen, gehört „zum symbolischen Instrumentarium, an dem man erkennen könne, ob man i.S.d. Rechts erwartet oder nicht“.⁹⁵² Ein funktionierendes Strafrechtssystem ist essentiell für die relative Sicherung gegenseitiger Erwartungshaltungen und wird nur mit Blick auf diese Funktion für die soziale Ordnung verständlich.⁹⁵³ Allerdings soll damit keineswegs behauptet werden, dass nicht auch andere Rechtsgebiete die soziale Ordnung stützen und ebenso geeignet sind, Normen zu stabilisieren.⁹⁵⁴

Damit ist es zunächst einmal die Sanktionsandrohung, welche Strafrechtsnormen von Normen anderer Rechtsgebiete unterscheidet. Die Strafe wird hier zum „Substitut der Anspruchserfüllung“, welches das Recht anbietet um die Erwartungsstabilität zu garantieren.⁹⁵⁵ Gerade im Vergleich zum Zivilrecht kann die Strafrechtsnorm als institutionalisierte soziale Erwartung und damit nicht als Ergebnis individueller Strebungen, sondern als Resultat einer gesellschaftlichen Verständigung definiert werden.⁹⁵⁶ Während die Aufgabe des Zivilrechts primär in der „Korrektur von Vermögenseinbussen“ liegt, bieten Strafrechtsnormen ein „Orientierungsmuster für soziale Kontakte“, indem sie gerade aufgrund ihres Charakteristikums der Strafandrohung verhindern, dass soziale Kontakte

950 SACHER, ZStW 2006, 575 f.; dazu bereits S. 154 ff.

951 THEILE, 82 f.

952 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 134 f.; THEILE, 82 f.

953 So auch MACCORMICK, 293.

954 KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1548 (2016).

955 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 152 f.

956 SACHER, ZStW 2006, 575 f.

zu einem unkalkulierbaren Risiko werden.⁹⁵⁷ Ein Verstoß gegen eine Strafrechtsnorm ist sodann auch kein Unrecht, das eine Person einer anderen Person antut, sondern ein Verstoß des Einzelnen gegenüber der sozialen Ordnung der Gesellschaft.⁹⁵⁸ Das Strafrecht ist mit seiner spezifischen Operationsweise nicht nur aufgrund der Sanktionsandrohung, sondern auch der Platzierung eines persönlichen Vorwurfs, speziell dazu geeignet, Normen zu stabilisieren. Die Eigenheit der Sequenz des strafrechtlichen Unrechts, des Vorwurfs und der Strafe tragen dabei wesentlich zur Abgrenzbarkeit dieses Rechtsgebiets und seiner Funktion bei.⁹⁵⁹ In den Worten *Kleinfelds*: Wenn Unrecht das „Sozialgefüge“ zu zerreißen drohe, sei es die Aufgabe des Strafrechts, es wieder zusammenzuheften.⁹⁶⁰

Jede Rechtsnorm kann grundsätzlich als „sanktionierte Verhaltensregel“ definiert werden.⁹⁶¹ So kann man auch die „Reaktionen“ des Privatrechts als eine kontrafaktische Durchsetzung und eine Antwort auf eine enttäuschte normative Erwartung verstehen. Auch im Zivilrecht geht es um die Bestätigung der Normgeltung, z.B. im Rahmen einer Schadenersatzzahlung. Dieses Prinzip ist für die ganze Rechtsordnung gleich.⁹⁶² Es gibt allerdings unterschiedliche Arten von „Reaktionen“ und deren Schwere verändert sich je nachdem, welchen Platz die Vorschriften im öffentlichen Bewusstsein einnehmen und je nach Rolle, welche sie in der Gesellschaft spielen. Während die Sanktionen des Strafrechts gemäss *Durkheim* ein „Leiden des Täters“ beinhalteten, würden die Reaktionen des Zivilrechts nur in einem „Zurechtrücken der Dinge“ bestehen.⁹⁶³ Wenn auch alle Straftaten sehr unterschiedlichen Charakters

957 HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 53; SCHNEIDER, 71 f. Allerdings ist hier durchaus auch auf die im angelsächsischen Recht verbreiteten sog. *punitive damages* des Zivilrechts zu verweisen, bei welchen dem Kläger ein Schadenersatz zuerkannt wird, der über den tatsächlich erlittenen Schaden hinausgeht. Diese Sanktionen entfalten in der Tat auch eine strafende Wirkung und können wohl ebenfalls als Resultat der weniger strikten Trennung von Zivil- und Strafprozess dieser Rechtsordnungen angesehen werden. Auch in deutschsprachigen Rechtsordnungen gibt die Legitimität des „Strafgedankens“ im Zivilrecht jedoch immer wieder Anlass zu Diskussionen im Bereich spezieller zivilrechtlicher Instrumente; siehe dazu z.B. HONSELL, FS Westermann, 315 ff.

958 So auch schon FOUCAULT, 66.

959 Ähnlich auch KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1545 ff. (2016).

960 So treffend KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1486 (2016) über die Lehre *Durkheims*.

961 So DURKHEIM, Soziale Arbeitsteilung, 116.

962 BLECKMANN, 130 f. Fn. 205; der sich damit von der z.B. durch LESCH, 203 vertretenen Haltung abgrenzt, es gehe im Zivilrecht und im öffentlichen Recht um die Verletzung eines Rechtsguts(objekts).

963 DURKHEIM, Soziale Arbeitsteilung, 116 f.

seien, würden sie überall auf die gleiche Weise „das moralische Bewusstsein der Nationen“ berühren und deshalb zu einer Strafe führen.⁹⁶⁴ Eine Handlung sei folglich dann kriminell, wenn sie „starke und bestimmte Zustände des Kollektivbewusstseins verletzt“ und die Ideale angreift, auf welchen die soziale Organisation basiert.⁹⁶⁵ Von diesem „Kollektivbewusstsein“ her sei jede Kriminalisierung abgeleitet.⁹⁶⁶ Es geht also bei *Durkheim* nicht um „schädliches Verhalten“⁹⁶⁷ oder um die Verletzung von „Rechtsgütern“,⁹⁶⁸ sondern um „kollektive“ Enttäuschung, für deren Ausgleich das Strafrecht ausdifferenziert wurde. Die wirkliche Funktion der Strafe sieht er folglich darin, den „sozialen Zusammenhalt aufrechtzuerhalten, indem sie dem gemeinsamen Bewusstsein seine volle Lebensfähigkeit erhält“.⁹⁶⁹

Die Frage nach einem „Subsystem Strafrecht“ führt also zwangsläufig zur Suche nach dem besonderen Charakter strafbarer Verhaltensweisen und der staatlichen Kriminalstrafe, die eine solche Ausdifferenzierung rechtfertigen und die Funktion der strafrechtlichen sozialen Kontrolle erkennen lassen.⁹⁷⁰ Wie erörtert, ist es also die Sanktionsandrohung, welche Strafrechtsnormen von anderen Rechtsnormen unterscheidet und es ist auch die Frage nach der Strafe, welche die strafrechtliche Kommunikation leitet.⁹⁷¹ Eigenheit des Strafrechts und Strafe als spezifische Reaktion auf eine Normenttäuschung hängen also direkt zusammen.⁹⁷² Insofern sind Wesen und Zweck der Strafe für das Strafrecht zentrales identitätsstiftendes Moment. Nur über die Abgrenzung der Strafe und deren Funktion von anderen rechtlichen Reaktionen und Interventionen kann die Abgrenzung der verschiedenen Rechtsgebiete gelingen.

964 DURKHEIM, Soziale Arbeitsteilung, 118.

965 DURKHEIM, Soziale Arbeitsteilung, 129; KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1506 (2016).

966 DURKHEIM, Soziale Arbeitsteilung, 134.

967 So würden auch oft Handlungen als kriminell eingestuft und bestraft, ohne dass sie an sich für die Gesellschaft schädlich seien; so DURKHEIM, Soziale Arbeitsteilung, 157 f.

968 Entsprechend lehnt *Durkheim* auch das „*harm principle*“ ab; so KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1504 (2016); siehe zu diesem Prinzip bereits S. 173 f.

969 DURKHEIM, Soziale Arbeitsteilung, 158 f.

970 RÖSSNER, FS Roxin, 981.

971 Zu dieser strafrechtsspezifischen Kommunikation sogleich 2. (S.178 ff.).

972 Eine adäquate Strafrechtstheorie müsse entsprechend eine legitime Begründung für Strafe liefern oder ansonsten zeigen wie das Strafrecht ohne funktionieren kann; so DUFF, Responsibility, Citizenship, and Criminal Law, 130.

2. Code und operative Geschlossenheit des Strafrechtssystems

2.1 Operationsweise des Strafrechtssystems

Die Ausdifferenzierung verschiedener rechtlicher Teilgebiete gehe gemäss *Theile* zwangsläufig mit einer Anpassung der Operationsweise, d.h. auch mit einer Anpassung des jeweiligen binären Codes, einher. Es handle sich auch im Strafrecht nach wie vor um den Generalcode „Recht/Unrecht“. Dieser sei aber auf der Ebene des materiellen Strafrechts weiter modifiziert worden und nehme nun – so sein Vorschlag – die Gestalt eines Subcodes „strafbar/nicht strafbar“ an.⁹⁷³ Das Strafrecht versuche in seinen Operationen durch diesen Code gewisse Verhaltensweisen in Form von Straftatbeständen zu pönalisieren, indem es zwischen strafbaren und nicht strafbaren Verhaltensweisen differenziert.⁹⁷⁴ Der spezifische Charakter des Strafrechts liegt nun nicht ausschliesslich darin, die Anmassung des Vorteils durch den Normbrecher auszugleichen, sondern darüber hinaus mittels eines weiteren dem Täter zuzufügenden Nachteils die Geltung der Norm bzw. der darauf gerichteten Erwartung zu unterstreichen.⁹⁷⁵ In der Tat ist für die Eigenständigkeit des Strafrechts, also für die Frage, ob sich das Strafrecht von seiner Umwelt abgrenzen kann, die Frage seiner spezifischen Operationsweise entscheidend.

Definiert das Strafrecht im Rahmen seiner Beobachtung eine Operation (Kommunikation) als Fehler (als Enttäuschung, als Normbruch), will es diesen Konflikt auflösen und muss ihn dafür einem Subsystem, i.d.R. einem psychischen System, zuschreiben.⁹⁷⁶ Ohne Zuschreibung kann eine Straftat also gar nicht als strafrechtlich relevante Kommunikation begriffen werden. Ohne Zurechnung zu einer Person kann der Normbruch gar nicht erst erfolgen, da die destabilisierende Kommunikation gar nicht als solche verstanden werden würde.⁹⁷⁷ Auch die Straftat selbst kann gemäss *Bleckmann*, der damit an *Luhmann* anschliesst, als Widerspruch zu einer Strafrechtsnorm bzw. genauer als Kommunikation von Ablehnung („ein kommuniziertes Nein“) zu einer Strafrechtsnorm erfasst werden.⁹⁷⁸ Zwischen der Tat und der Strafe als normbestätigende Antwort

973 THEILE, 68.

974 THEILE, 78.

975 THEILE, 82 f. in Anschluss an JAKOBS, AT 2. A., 9 f. (1/10 f.) und 35 (2/2).

976 So auch STÜBINGER, Kritische Justiz 1993, 37 in Anschluss an JAKOBS, FS Welzel, 318.

977 Im Rahmen dieser Zurechnung wird auch die Funktion der Schuld zu suchen sein; siehe ausführlich Teil 3 (S. 221 ff.)

978 BLECKMANN, 130 f. mit Verweis auf LUHMANN, Soziale Systeme, 497.

besteht somit ein direkter kommunikativer Zusammenhang.⁹⁷⁹ Wenn das Strafrechtssystem diese Operationen nun nach dem strafrechtspezifischen Code beobachtet, werden sie strafrechtlich relevant.

Im Rahmen dieser Beobachtung ist es also zunächst Aufgabe des Strafrechtssystems zu entscheiden, ob überhaupt eine strafrechtlich relevante Kommunikation vorliegt, um danach in Anwendung des Codes die mit der Kommunikation einhergehende Mitteilung zu beurteilen.⁹⁸⁰ Hier wird auch die Dogmatik relevant: Sie setzt bei der Mitteilung an und leistet ihren Beitrag zur Anwendung des binären Schematismus. Die Elemente des dogmatischen Deliktsaufbaus – Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld oder *actus reus*, *mens rea* und *defences* im angelsächsischen Recht – dienen nun als Programm des Systems dazu, festzustellen, ob eine solche Mitteilung, ein solcher Normbruch vorlag, um darauf aufbauend als „Output“ des Systems Strafbarkeit festzustellen.⁹⁸¹ Strafrechtliche Kommunikation und damit alle Operationen im Strafrechtssystem – unabhängig von Verfahrensstatus, Institution oder Art des Vergehens – behandeln immer die Aufgabe, den Code strafbar/nicht strafbar anzuwenden. Auch die dogmatische Ausdifferenzierung des Systems soll diesen „Output“ ermöglichen und ferner Kontingenz minimieren, um damit Anschlussfähigkeit zu erhöhen. Alles, was nicht Teil dieser strafrechtlichen Kommunikation ist, gehört nicht zum Strafrechtssystem. Entsprechend behandelt die ganze strafrechtssystemische Operationsweise Verantwortungszuschreibung zum Zwecke der Anwendung des binären Schemas Strafbarkeit/Nicht-Strafbarkeit.

Mit dem vorangehend Ausgeführten ist auch klar, dass das Strafrechtssystem eine Operationsweise hat, die sich von anderen Rechtsgebieten klar abgrenzt. Der Schematismus strafbar/nicht strafbar oder eben Strafe oder Nicht-Strafe findet so nur im Strafrechtssystem, nicht aber in anderen Rechtsgebieten statt.⁹⁸² Die strafrechtliche Kommunikation lässt sich damit von anderer Kommunikation in der systemischen Umwelt abgrenzen.

2.2 Autopoietische Schliessung des Strafrechts

Auch das Strafrecht operiert als soziales System autopoietisch, d.h. es ist selbstreferentiell geschlossen. Was das bedeutet, wurde bereits für das Rechtssystem

979 JAKOBS, ZStW 1995, 844.

980 BLECKMANN, 138 f.

981 So auch BLECKMANN, 139.

982 Zur Rolle des Massnahmenrechts in diesem Zusammenhang siehe sogleich S. 184 f.

ausgeführt.⁹⁸³ Nur das Strafrecht bestimmt demzufolge, was strafbar ist und was nicht. Es ist in seinen Operationen zwar auf Inputs aus der Umwelt im Rahmen struktureller Kopplungen oder Bestandsvoraussetzungen angewiesen, operiert aber autonom, d.h. Inputs werden nach Massgabe des Systems verarbeitet. Folglich bestimmt sich auch ausschliesslich im Strafrechtssystem selbst, was strafrechtliche Verantwortung ist und was nicht. Es gibt dabei keine metaphysische Letztbegründung, keine Ableitung aus einem höheren Prinzip wie Gerechtigkeit oder Moral und auch keine Anknüpfung an einen objektiv feststellbaren systemexternen Seinszustand. Es ist ein Resultat strafrechtlicher Kommunikation, welche ausschliesslich im Strafrechtssystem selbst stattfindet. Es gibt entsprechend in der Gesellschaft keine andere Instanz als das Strafrechtssystem, welche entscheiden könnte, was strafbar ist und was nicht.

Für die autopoietische Schliessung des Systems ist deren klare Abgrenzbarkeit mittels Funktion und Operationsweise von Relevanz. Wie bereits geschildert, ist es der spezifische Code und die strafrechtliche Verantwortungszuschreibung zur Ermöglichung der Anwendung des Codes, welche die Leitdifferenzierung ausmachen. Es wird noch genauer zu betrachten sein, ob dafür auch die Schuld i.e.S. vonnöten ist, ob also auch die Schuld zur Abgrenzbarkeit des Systems beiträgt. Ist dies der Fall, so wäre ein Verzicht auf das Schuldnerfordernis zugleich eine Abkehr von der strafrechtlichen Funktionsweise und die operative Schliessung des sozialen Systems wäre gefährdet.

Es zeigt sich in dieser Erörterung bereits klar, dass nicht nur die Frage nach der Funktion des Systems, sondern auch jene nach der Operationsweise bzw. Codierung für die Festlegung der Systemgrenzen von Relevanz ist. Entsprechend muss also festgehalten werden können, welche Art von Reaktionsweisen noch zum Strafrechtssystem zu zählen sind und welche sich in der systemischen Umwelt befinden. Dazu muss die diese Arbeit anleitende Frage beantwortet werden, ob die Schuldzuschreibung für die Operationsweise essentiell ist oder ob der Code und damit das System auch ohne sie auskommen.

3. Begriff der Strafe

3.1 Strafe als Output des Systems

Bevor wir uns der Festlegung der Funktion des Strafrechtssystems zuwenden, muss klar sein, was überhaupt als Strafe verstanden werden kann. Gerade

⁹⁸³ Siehe S. 165 ff.

aufgrund der identitätsstiftenden Rolle der Strafe für die Festlegung der Systemgrenzen sollten einige Begriffsklärungen vorgenommen werden. Die Strafe ist dabei nicht nur für das ganze Strafrechtssystem wesensbestimmend, sondern gerade auch für jegliche Debatten rund um das Schuldprinzip. So umfasst der Grundsatz „*nulla poena sine culpa*“ – keine Strafe ohne Schuld – neben dem Schuldbegriff einen zweiten Begriff, den es zu definieren gilt.

Es kann zunächst von einem neutralen Begriff der Sanktion ausgegangen werden, welcher diese als gesetzlich festgelegte, negative Rechtsfolge zur Sicherung von Rechtsgeltung als Konsequenz der Verwirklichung eines bestimmten Tatbestandes definiert.⁹⁸⁴ Entsprechend können auch „Reaktionen“ des Zivil- und Verwaltungsrechts als rechtliche Sanktionen gelten. Der Begriff der Strafe im Strafrecht hingegen ist enger gefasst und sein konkreter Bedeutungsgehalt ist seit jeher Gegenstand wissenschaftlicher Kontroversen.⁹⁸⁵ Gemäss *Killias* ist die Strafe in einem alltagssprachlichen Sinne ein Übel, welches jemandem als Reaktion auf einen Normbruch zugefügt werde. Im Rechtssinne dagegen könne Strafe als ein Übel definiert werden, das jemandem vom Staat „als Reaktion auf die schuldhaftige Verletzung einer strafbewehrten Rechtsnorm in einem dazu vorgesehenen Verfahren zugefügt wird.“⁹⁸⁶ Dieser Definition von Strafe wäre das Schuldprinzip bereits inhärent.

Ein weiterer Definitionsversuch bezieht die Wirkungen der Strafe als Eingriff in die Rechtsgüter des Bestraften ein. So sei Strafe ein staatlicher Eingriff in Rechtsgüter, d.h. in Freiheitsrechte einer Person, der mit der Intention der Übelszufügung aufgrund eines vergangenen Verhaltens vorgenommen werde.⁹⁸⁷ Dass Strafe als Übel oder eben Übelszufügung charakterisiert wird, erscheint zunächst als selbstverständlich, ist doch ein Eingriff in die Rechtsgüter des Bestraften i.d.R. mit negativen Konsequenzen verbunden.⁹⁸⁸ Aber auch weitere Charakteristiken der Strafe werden häufig angeführt: So sei sie zum Ausdruck gebrachte öffentliche Missbilligung, ein sozial-ethisches Unwerturteil, ein Vorwurf einer Auflehnung gegen die Rechtsordnung, ein

984 So TULLY, 28 in Anlehnung an KINDHÄUSER, 998 ff.

985 TULLY, 28.

986 KILLIAS, ZStrR 1980, 33 in Anschluss an SCHULTZ, 3.A., 26 f.

987 FRISTER, Schuldprinzip, 16 m.w.N.; SCHMIDHÄUSER, 30 ff.

988 So ist gemäss SCHWANDER, 18 f., Strafe „vom Strafberechtigten aus gesehen vergeltende Übelszufügung“. Vom Bestraften aus gesehen sei sie „Sühne für begangenes Unrecht“. KAUFMANN ARTHUR, JURA 1986, 231, relativiert: „Strafe ist für den Bestraften nicht ausschliesslich ein Übel, sie ist für ihn auch eine Chance: die Chance, mit sich und der Mitwelt wieder ins Reine zu kommen – was freilich voraussetzt, dass die Mitwelt um ihrer Mitverantwortung willen ihm diese Chance auch gibt“.

Akt „ausgleichender Gerechtigkeit“ oder einfach ein Tadel.⁹⁸⁹ Gemäss *Kadish* sei es ferner die „Stigmatisierung des moralisch Schuldigen“, welches zentrales Abgrenzungsmerkmal der strafrechtlichen Sanktion sei.⁹⁹⁰ Die konkreten Definitionsversuche variieren folglich erheblich.

Aus systemtheoretischer Sicht bleibt festzuhalten, dass Strafe immer eine Reaktion auf einen Verstoss gegen im System festgelegte strafrechtliche Normen ist.⁹⁹¹ Eine durch das System legitimierte Autorität⁹⁹² reagiert auf den Bruch dieser Strafrechtsnorm, welcher durch das Strafrechtssystem im Rahmen seiner Operationsweise festgestellt wurde. Durch die Reaktion des Systems wird demonstriert, dass an der gebrochenen Norm festgehalten werden soll.⁹⁹³ Entsprechend definiert auch *Jakobs* die Strafe nicht negativ als Übelzufügung, sondern positiv als „Demonstration von Normgeltung auf Kosten eines Zuständigen“.⁹⁹⁴ Diese „Demonstration“ kann als Output des Strafrechts verstanden werden. Entsprechend ist Strafe alles, was in Anwendung des Schematismus strafbar/nicht-strafbar als Ergebnis der systemischen Operation entspringt. Strafe kann deshalb nicht durch die Intention einer Übelzufügung oder den Eingriff in Rechtsgüter definiert werden. Wenn auch diese Charakterisierungen i.d.R. zutreffen, so würden sie dem Strafrecht operative Schliessung versagen und es müsste jedes Mal zuerst beurteilt werden, ob es sich beim Output auch wirklich um eine solche Übelzufügung handelt. Strafe kann demzufolge nicht ausserhalb des Systems letztbegründend oder überhaupt definiert werden.⁹⁹⁵ Keine der bisherigen Definitionsversuche – mögen sie auch alle viel über das Wesen der Strafe aussagen – vermag es, die Strafe endgültig von anderen Reaktionen, Übelzufügungen, Tadeln oder ähnlichem abzugrenzen. Diese Abgrenzung wird nur durch das Strafrechtssystem festgelegt, da sich das System ansonsten

989 SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 3; SCHWANDER, 19 ff.

990 KADISH, *Blame and Punishment*, 51.

991 Ähnlich KOLLER, ZStW 1979, 45 in Anschluss an HART, *Punishment and Responsibility*, 4 f.

992 Voraussetzung dieser Autorität ist wie bereits besprochen die Garantie durch das politische System; siehe S. 166 ff.

993 JAKOBS, AT 2. A., 5 (1/2).

994 JAKOBS, AT 2. A., 6 (1/3).

995 Das gleiche gilt auch für den Begriff der Straftat selbst. Auch er ist nur durch das Rechtssystem selbst positiv festgelegt. Ein Delikt ist bei HART, *Punishment and Responsibility*, 46, entsprechend einfach eine Handlung oder Unterlassung, die einen Verstoss gegen Normen darstellt, deren Verletzung das Rechtssystem mit Strafe bedroht.

einer Code-externen Beurteilung ausliefern würde.⁹⁹⁶ Entsprechend ist Strafe schlichtweg als Reaktion des Strafrechtssystems zu definieren (in Anwendung der strafrechtlichen Operationsweise und in Erfüllung der strafrechtlichen Funktion).⁹⁹⁷ Gerade durch diese systemische Abhängigkeit der Strafe von Funktionsweise und Systemgrenze ergibt sich die Möglichkeit der Autonomie und Schliessung des Strafrechtssystems und seiner Operationen, womit diese Zirkularität nicht Widerspruch sondern notwendige Bedingung der Ausdifferenzierung ist.

Damit ist aber auch gesagt, dass jede Reaktion des Strafrechtssystems in diesem soziologischen Sinne eine Strafe ist. Das bedeutet, dass auch kleinere Reaktionen genauso Strafen sind, da sie genauso als Output des Systems in Anwendung des Codes bezeichnet werden müssen. Das im Rahmen der *strict liability*-Debatte vorgebrachte Trivialitätsargument hält demzufolge bswp. kaum stand.⁹⁹⁸ Die Schwere des Delikts oder die Art der Strafe spielt keine Rolle, auch wenn das Mass der Enttäuschung und die Abweichung vom Sozialadäquaten variieren mögen.⁹⁹⁹

996 Um dies mit einem absurden Beispiel zu verdeutlichen: Wenn eine Strafrechtsnorm festlegen würde – selbstverständlich, weil die systemische Umwelt, allem voran die Politik, das so festgelegt und damit in das System eingespielen hat –, dass es die Strafe für Geschwindigkeitsüberschreitungen im Autoverkehr sein solle, dass man mit dem Fahrrad einmal um den Bodensee fahren muss, dann ist das Fahrradfahren um den Bodensee eine Strafe. Dabei spielt es weder eine Rolle, ob dies vom Täter als Übel empfunden wird oder ob die Wirkung der Strafe nachgewiesen werden kann. Es ist eine Strafe im strafrechtlichen Sinne, weil es im System positiv so festgeschrieben ist.

997 Selbstverständlich handelt es sich dabei um ein Paradoxon, welches dem System inhärent ist. So gehört zum Strafrechtssystem, was mit Strafe bedroht ist und was mit Strafe bedroht ist, gehört zum Strafrechtssystem; zum Phänomen der Paradoxie bei der Beschreibung des Rechtssystems allg. siehe auch LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 545 ff.

998 Siehe S. 63 ff.

999 Für JAKOBS, AT 2. A., 50 f. (3/1), gebe es Normen, durch welche die Identität einer Gesellschaft (mit-)definiert würden. Dazu würden u.a. die Normen des StGB gehören insoweit sie die Existenzberechtigung jedes einzelnen Bürgers und die Grundzüge der verfassungsmässigen Ordnung garantieren würden. Um diesen nur randunscharf bestimmbar Kernbereich von Strafrechtsnormen würden allerdings Ringe abgeleiteter Normen von wirklich oder vermeintlich abnehmender Wichtigkeit liegen. Diesem Verständnis ist nicht zu widersprechen, wengleich auch klar ist, dass diese randunscharfe Definition weder eine klare Abgrenzung erlaubt noch eine „richtige“ Abgrenzung. Das System bestimmt – selbstverständlich nicht willkürlich, d.h. nicht komplett unabhängig von den Entwicklungen der gesellschaftlichen Umwelt – was als „Kern-“Strafrechtsnorm aufgefasst wird und was nicht.

3.2 Reaktionen des Massnahmenrechts

Es ist nun umstritten und schwer zu erfassen, als was Massnahmen zur Besserung und Sicherung zu gelten haben und ob die soeben beschriebenen Annahmen auch in diesem Bereich zutreffen. In der klassisch vertretenen Ansicht handelt es sich bei Massnahmen, auch wenn sie im Rahmen eines Strafverfahrens festgelegt werden, nicht um Strafen, da es bei ihnen an der Intention der Übelszufügung fehle und das vergangene Verhalten nur Anlass, nicht aber eigentlicher Grund für die Verhängung der Massregel sei.¹⁰⁰⁰ Gemäss anderer Perspektive haben Massnahmen ebenso zwingend eine Normverletzung zur Voraussetzung.¹⁰⁰¹ Insofern werden Strafen und präventive Massnahmen im herkömmlichen dualen System danach unterschieden, ob sie schuldabhängig bzw. schuldangemessen seien oder nicht.¹⁰⁰² Es ist allerdings wohl oft so, dass Massnahmen sogar die schuldangemessene Strafe übersteigen und für den Täter gar als das schlimmere Übel empfunden werden. Tatsächlich stellt sich die Frage, wie oder ob überhaupt Massnahmen in den Code strafbar/nicht strafbar eingeordnet werden können oder ob es sich dabei gar nicht um strafrechtliche Kommunikation handelt (auch wenn strafrechtliche Institutionen wie das Strafverfahren in Anspruch genommen werden). Relevant kann dabei nicht die begriffliche Unterscheidung der geschriebenen Rechtsordnung sein, sondern einzig die Funktion, welche mit den verschiedenen „Reaktionen“ erfüllt wird und die Operationsweise, der die Anordnung folgt.

Es stellt sich also die Frage, ob es sich bei herkömmlichen Strafen und Massnahmen um funktionale Äquivalente handelt oder ob Massregeln gar nicht Teil des Systems sind, da sie nicht die gleiche Funktion erfüllen.¹⁰⁰³ Wäre Letzteres der Fall, müsste wohl von einem eigenen gesellschaftlich ausdifferenzierten Massnahmensystem ausgegangen werden und das Resultat des Strafverfahrens wäre dabei als Input zu werten, auf dessen Grundlage (z.B. Feststellung der fehlenden Schuldfähigkeit) die weiteren Operationen ablaufen würden. Der objektive Normbruch, welcher die strafrechtliche Kommunikation in Gang gesetzt hat, wäre dabei nur Anlasstat. Auch Handlungen ohne Schuld können in einem ersten Moment normative

¹⁰⁰⁰ FRISTER, Schuldprinzip, 16.

¹⁰⁰¹ KILLIAS, ZStrR 1980, 34.

¹⁰⁰² ROXIN, AT, § 3 N 64.

¹⁰⁰³ Gemäss JAKOBS, AT 2. A., 31 f. (1/55), ist auch die Massregel praktisch mit einem Übel verbunden, das der Täter zu tragen hat. Deshalb habe auch sie zumindest einen normbestätigenden Nebeneffekt.

Enttäuschung verursachen. Die Norm bedarf in der Folge allerdings keiner Stabilisierung, da die Enttäuschung anders verarbeitet werden kann, nämlich z.B. eben durch einen Verweis auf die fehlende Schuldfähigkeit.¹⁰⁰⁴ Entsprechend erfüllt das Massnahmenrecht eben nicht die Funktion, Normgeltung zu demonstrieren und die Infragestellung der Norm mittels Verantwortungszuschreibung zu thematisieren. Vielmehr stehen andere Aufgaben im Zentrum des Massnahmenrechts. Der Normbruch kann in diesen Fällen nicht durch die Schuld des Täters erklärt und abgehandelt werden und diese Verantwortungszuschreibung kommt nicht zum Zug. Vielmehr wird auf andere Defizite verwiesen. Dieser Verweis dient dann als Grundlage für spezifisch spezialpräventive Reaktionen, nicht aber für die „Demonstration der Normgeltung“. Eine solche wird nicht notwendig.

Damit lässt sich auch erklären, warum Strafe und Massnahme sich zwar in ihrer Grundtendenz decken, aber in ihrer jeweiligen Begrenzung voneinander abweichen, da die Massnahme nicht vom Mass der Schuld bzw. dem Mass der vom Täter verursachten Normdestabilisierung abhängt oder gar keine solche vorliegt.¹⁰⁰⁵ Auch die Klassifikation des Massnahmenrechts, es entspringe einem täterstrafrechtlichen Denken und nicht die Tat (also die Normdestabilisierung selbst) stehe im Zentrum der Reaktion, kann die Differenz weiter untermauern.¹⁰⁰⁶ Wie bereits festgestellt, hängt die Identität der Strafe als Reaktion des Systems von der Funktion und der spezifischen Funktionsweise des Systems ab. Die bisherigen Ausführungen deuten bereits darauf hin, dass sich hier Unterschiede zwischen Massnahmen und Strafen ergeben. Sie erfüllen nicht die gleiche Aufgabe, entspringen also nicht dem gleichen Bedürfnis, und bedienen sich nicht der gleichen Operationsweise bzw. des gleichen Codes. Da ein soziales System nicht gleichzeitig zwei Funktionen erfüllen kann, also nicht für zwei Aufgaben ausdifferenziert wurde, da ansonsten operative Schliessung nicht möglich wäre,¹⁰⁰⁷ muss von zwei verschiedenen sozialen Systemen ausgegangen werden. Dabei sind Strafrechtssystem und Massnahmensystem zweifelsohne intensiv in ihrer Struktur gekoppelt und als jeweilige Umwelt füreinander von hoher Relevanz. Trotzdem betreffen die nachfolgenden Ausführungen demzufolge nur das Strafrechtssystem, nicht aber das Massnahmensystem, da es sich bei letzterem nicht um Strafen i.d.S. handelt.

¹⁰⁰⁴ Zur Bedeutung der Schuldkategorie für die Normstabilisierung siehe S. 252 ff.

¹⁰⁰⁵ Vgl. ROXIN, AT, § 3 N 65.

¹⁰⁰⁶ Vgl. ROXIN, AT, § 6 N 23.

¹⁰⁰⁷ Siehe dazu bereits S. 139 f. und S. 154.

II. FUNKTION DER STRAFE

1. Straftheorien

1.1 Strafzweck als Strafrechtsfunktion

Zweck und Rechtfertigung von Strafe gilt gemeinhin als Ausgangsfrage der Strafrechtstheorie.¹⁰⁰⁸ So ist es gemäss der Formulierung von *Fletcher* gar die zentrale Frage der Strafrechtslehre überhaupt, die Nutzung der Staatsgewalt gegenüber freien und autonomen Individuen zu rechtfertigen.¹⁰⁰⁹ Die Funktion des Strafrechtssystems ist dabei, wie bereits ersichtlich wurde, automatisch mit der Strafe als spezifische Eigenheit und als Output des Systems verknüpft. Entsprechend geht die Funktion der Strafe mit der Funktion des Strafrechtssystems einher, ist es doch die Bereitstellung ersterer, wofür das Strafrecht überhaupt ausdifferenziert wurde.¹⁰¹⁰ Die Funktion der Strafe leitet demzufolge das soziale System Strafrecht und nur durch die Bestimmung dieser Funktion kann in der Folge analysiert werden, wie mit einzelnen Elementen innerhalb des Systems oder Systemunregelmässigkeiten umgegangen wird und werden muss.

Was der Zweck der Strafe und damit des Strafrechts ist, war deshalb auch nicht zu Unrecht Kern zahlreicher Abhandlungen in der Strafrechtswissenschaft. Gerade im Wechselspiel mit der Kriminalpolitik war die Diskussion über den eigentlichen Nutzen und die eigentliche Wirkung der Strafe für die Strafrechtstheorie äusserst fruchtbar bzw. die Auseinandersetzung damit ein gewichtiger Teil der Strafrechtsgeschichte.¹⁰¹¹ Um diese Funktionsbestimmung zu unternehmen, sollen deshalb in der Folge die wichtigsten Strafzwecklehren kurz besprochen werden – stets mit systemtheoretischem Blick, d.h. mit Sicht auf das soziale Gesamtsystem. Die Strafrechtstheorie hat sich diesbezüglich in den in dieser Abhandlung näher betrachteten Rechtstraditionen nicht unabhängig voneinander, aber doch verschieden entwickelt. Allerdings ist trotz unterschiedlicher Tradition in der Lehre festzuhalten, dass die Strafe in allen Rechtsordnungen den gleichen sozialen Zweck hat, da die Gesellschaft aus dem gleichen Grund die jeweiligen

¹⁰⁰⁸ KLEINFELD, 129 *Harv. L. Rev.* 1486, 1497 (2016).

¹⁰⁰⁹ FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, xix.

¹⁰¹⁰ Allerdings müsste trotzdem zwischen der Funktion des Strafrechts als Ganzes und der Strafe differenziert werden; so JAKOBS, *ZStW* 1995, 844.

¹⁰¹¹ So auch BLECKMANN, 63.

Strafrechtssysteme ausdifferenziert hat. Es geht also bei diesem kurzen Abriss nicht darum, die Vor- und Nachteile der einzelnen Strafzwecke detailliert zu untersuchen und zu wiederholen, sondern darum zu sehen, inwiefern sie in Einklang mit der Ausdifferenzierung des Systems gebracht werden können.

Die klassischen Straftheorien lassen sich grob in absolute und relative Straftheorien unterteilen, wobei erstere auf dem Vergeltungsgedanken (*punitur, quia peccatum est* – es wird bestraft, weil gesündigt worden ist) und letztere auf dem Vorbeugungsgedanken (*punitur, ne peccetur* – es wird bestraft, damit nicht gesündigt werde) beruhen.¹⁰¹² Auch in der angelsächsischen Literatur entwickelte sich die Debatte über die Straftheorien im Laufe von mehr als 200 Jahren und schwang dabei hin und her zwischen Vergeltungstheorien auf der einen Seite (*retributivism*) und Konsequentialismus bzw. Utilitarismus (*consequentialism/utilitarianism*) auf der anderen Seite.¹⁰¹³

1.2 Strafe als Vergeltung

Historisch bildete der Gedanke der Vergeltung Ausgangspunkt für die Deutung der Strafe und damit die Vorstellung, dass die Verfehlung des Täters durch ein Übel gesühnt werden müsse.¹⁰¹⁴ Die Strafe rechtfertigt sich der Vergeltungstheorie folgend allein aus der Verwirklichung der Idee der Gerechtigkeit, womit ihr ein immanenter Wert zukomme.¹⁰¹⁵ Rechtsphilosophisch fand diese Schule ihren Halt in den Abhandlungen Kants, für den der Strafschmerz ein verdienter Ausgleich der bösen Tat war.¹⁰¹⁶ Die Kritik an den Vergeltungstheorien greift generell weit. Gemäss Roxin seien sie u.a. abzulehnen, da sie die „Voraussetzungen der Strafbarkeit ungeklärt lassen, in ihren Grundlagen ungesichert und als irrationales und zudem anfechtbares Glaubensbekenntnis unverbindlich“ seien.¹⁰¹⁷ Vergeltung könne „ohne Bezug auf messbare menschliche gesellschaftliche Ziele“ nur aufgrund einer moralischen Begründung gefordert werden, was als „Staatszweck“

¹⁰¹² Anstatt vieler siehe z.B. SCHWANDER, 19 ff.; ROXIN, Grundlagenprobleme, 2 ff.; JAKOBS, Staatliche Strafe, 6; ders., AT 2. A., 15 ff. (1/17 ff.).

¹⁰¹³ DUBBER/HÖRNLE, 4. In der angelsächsischen Literatur werden die Strafzwecklehren meist auf andere Weise systematisiert und kategorisiert. I.d.R. werden die Kategorien Vergeltung (*retributivism*), Abschreckung (*deterrence*), Besserung (*reform* oder *rehabilitation*) und Sicherung (*incapacitation*) verwendet; siehe dazu KOLLER, 56; KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1516 (2016); SCHMID NIKLAUS, § 25 2.

¹⁰¹⁴ STRATENWERTH/KUHLEN, AT I, 4.

¹⁰¹⁵ ROXIN, Grundlagenprobleme, 2; KOLLER, 47; ALBRECHT, Vergessene Freiheit, 70.

¹⁰¹⁶ So rezipiert bei JAKOBS, Staatliche Strafe, 26.

¹⁰¹⁷ ROXIN, Grundlagenprobleme, 5.

ausscheide.¹⁰¹⁸ Es sei entsprechend auf jede Vergeltung zu verzichten.¹⁰¹⁹ Tatsächlich sind Vergeltungstheorien in ihrer klassischen Formulierung wenig aussichtsreich für eine einheitliche Funktionsbestimmung der Strafe.

Allerdings wird mit dem Begriff der „absoluten“ Straftheorie auch etwas leichtfertig umgegangen. Gemäss *Hörnle* wird darunter primär von erklärten Gegnerinnen und Gegnern des Konzepts oft einfach alles zusammengefasst, was nicht als Spezial- oder Generalprävention verstanden wird.¹⁰²⁰ Diese Kritik ist nicht unberechtigt. In der Tat verleitet die klassische Dichotomie zwischen absoluten und relativen Straftheorien dazu, alles Vergangenheitsbezogene leichtfertig als Vergeltung abzutun. Wie noch zu zeigen sein wird, ist der Strafe tatsächlich ein Vergangenheitsbezug inhärent, welcher bei der Funktionsbestimmung nicht geleugnet werden kann.

1.3 Strafe als Spezialprävention

Die Vertreterinnen und Vertreter der sog. relativen Theorien sehen den Sinn staatlichen Strafens allein prospektiv in der Verbrechensvorbeugung.¹⁰²¹ Im Rahmen der präventiven Strafzwecktheorien wird traditionell nach Adressat unterschieden: Ist der Einzelne das Wirkungsziel der Strafe, handelt es sich um Spezialprävention, ist es die Allgemeinheit, geht es um Generalprävention.¹⁰²² Ferner kann hier weiter unterteilt werden in negative Spezialprävention (Abschreckung und Sicherung) und positive Spezialprävention (Besserung) und in negative Generalprävention (Abschreckung) und positive Generalprävention (Normstabilisierung).¹⁰²³

In der angelsächsischen Strafrechtstheorie fanden gerade utilitaristische Theorien ihre Anhänger, wobei auch diese zu den relativen Theorien gezählt werden können.¹⁰²⁴ Gemäss einem utilitaristischen Ansatz ist Strafe ein

1018 So LÜDERSSEN, 59, ähnlich auch STRENG, ZStW 1989, 284 f.

1019 RÖSSNER, FS Roxin, 987.

1020 So HÖRNLE, Straftheorien, 15; ebenfalls sei die vor allem in Deutschland verbreitete Gleichsetzung mit den Lehren von *Kant* und *Hegel* problematisch, da sie zu einer Vernachlässigung der analytischen Arbeit führe.

1021 GEISLER, 115.

1022 BLECKMANN, 63.

1023 BLECKMANN, 65.

1024 Gemäss KOLLER, 47, seien die „utilitaristischen Straftheorien“ einfach die synonyme angelsächsische Bezeichnung für die relativen Theorien. Da aber die verschiedenen Straftheorien doch etwas andere Fundamente und Rechtfertigungen mit sich bringen, werden sie in der Folge nicht als das gleiche erachtet und dementsprechend hier auch separat abgehandelt.

notwendiges Übel, welches durch seine positiven Konsequenzen gerechtfertigt sei. Strafe ist somit nichts anderes als „Mittel zum Zweck“ und damit legitim.¹⁰²⁵ Als grösster Vertreter der utilitaristischen Ethik hat *Bentham* die Formel festgehalten, dass die Institution der Strafe nur dann gerechtfertigt sei, wenn das Leid, das sie dem Bestraften zufügt, nicht grösser ist als das Leid, welches ohne die Androhung und Verhängung der Strafe entstehen würde.¹⁰²⁶

Unter Spezialprävention wird gemeinhin verstanden, dass der Täter durch die Strafe davon abgehalten werden soll, neue Straftaten zu begehen, sei es durch individuelle Abschreckung, durch Resozialisierung oder durch Sicherung.¹⁰²⁷ Die Idee der Spezialprävention rührt daher, dass sie die Rechtfertigung der Strafe einzig darin sieht, zukünftigen Delikten des Täters vorzubeugen.¹⁰²⁸ Der Strafe wird damit eine positive, aufbauende Aufgabe zugeschrieben und die Anreicherung durch den Massnahmencharakter soll dem Übelscharakter der Strafe entgegenwirken.¹⁰²⁹ Es handelt sich um eine relative Theorie, weil sie auf den Zweck der Verbrechenverhütung bezogen ist.¹⁰³⁰ Dies kann entweder dadurch erfolgen, dass der Täter gewaltsam (z.B. durch eine Freiheitsberaubung) oder durch Wege der Besserung dazu gebracht wird, nicht mehr straffällig zu werden.¹⁰³¹

Der Resozialisierungsgedanke im Strafrecht hat zum Ende des 20. Jahrhunderts allerdings einen Dämpfer erlitten und es kann seit der Mitte der siebziger Jahre ein Entwicklungsbruch ausgemacht werden.¹⁰³² Gerade die Infragestellung der behaupteten Wirkungszusammenhänge in Hinblick auf die Rückfallraten (bzw. deren konkretes Ausmass) haben zu Diskussionen darüber geführt, ob die spezialpräventiven Effekte der Strafe ein kostenintensives Strafjustizsystem zu rechtfertigen vermögen.¹⁰³³ So wurden die Befunde

1025 KOLLER, 48.

1026 KOLLER, 50 in Anschluss an BENTHAM, 158 ff. Siehe dazu auch SCHMID NIKLAUS, § 25 2.

1027 Anstatt vieler siehe z.B. SEELMANN/GETH, N 66; KASPAR, N 9; HÖRNLE, Straftheorien, 20. Diese drei Mechanismen der spezialpräventiven Wirkung der Strafe wurden bereits bei *Von Liszt* beschrieben; siehe zu diesen Ursprüngen z.B. ROXIN, AT, § 3 N 12 ff.; FUCHS, Kap. 2 N 11; WACHTER, 81 ff.; zur spezialpräventiven Wirkung der Strafe auch ausführlich KILLIAS/KUHN/AEBI, Grundriss Kriminologie, N 1101 ff.

1028 ROXIN, Grundlagenprobleme, 6; JAKOBS, AT 2. A., 22 (1/35).

1029 FUCHS, Kap. 2 N 12.

1030 ROXIN, AT, § 3 N 11 mit dem Hinweis, dass „relativ“ von lat. „referre“ = „beziehen auf“ abgeleitet sei.

1031 JAKOBS, AT 2. A., 22 f. (1/36).

1032 So FUCHS, Kap. 2 N 13.

1033 HÖRNLE, Straftheorien, 21.

in Bezug auf den spezialpräventiven Effekt der Verurteilung von Kritikerinnen und Kritiker als ernüchternd beurteilt und postuliert, dass sich die Tatsache einer strafrechtlichen Verurteilung für den Täter selbst kaum messbar günstig auszuwirken scheine.¹⁰³⁴ Trotz dieses verbreiteten Pessimismus müsse gemäss *Killias et al.* jedoch anerkannt werden, dass Rückfälligkeit eine „Ausnahmeerscheinung“ darstelle und die hohe spezialpräventive Wirkung von Sanktionen nicht zu leugnen sei, wenn man bedenke, dass gerade bei Ersttätern die „Erfolgsrate“ bei rund 90% liege.¹⁰³⁵ So sei die konstante Überschätzung der Rückfallraten in der Öffentlichkeit vor allem auch auf Undifferenziertheiten in Bezug auf deren Messung zurückzuführen.¹⁰³⁶

Auch hinsichtlich der Resozialisierung durch Behandlungsmassnahmen lassen empirische Erkenntnisse zwar einen optimistischeren Schluss zu als es das zuweilen verbreitete Schlagwort „*nothing works*“ hinsichtlich solcher Programme erahnen liess, auch sie seien gemäss Kritikern aber oftmals nur von beschränkter Wirkung.¹⁰³⁷ Das Anhalten dieser Kritik hat trotz mittlerweile deutlicher wissenschaftlicher Relativierung gerade in Ländern des *Common Law* zu einem erkennbaren Wandel in der Strafphilosophie geführt,

1034 So z.B. HÖRNLE, *Straftheorien*, 21 mit Verweis auf GÖPPINGER, § 30 N 55 f.

1035 KILLIAS/KUHN/AEBI, *Grundriss Kriminologie*, N 1112 u.a. mit Verweis auf KAISER/SCHÖCH, § 5 N 4. Anzumerken ist hier auch die interessante Erkenntnis, dass die Art der Sanktion bei genauerer Betrachtung für die Rückfallwahrscheinlichkeit keine signifikante Relevanz hat; siehe z.B. die neuere Meta-Analyse zum Vergleich von Strafen mit und ohne Freiheitsentzug von VILLETAZ/GILLIERON/KILLIAS (2015).

1036 Gemäss *Killias et al.* liege die Überschätzung der Rückfallraten gerade in Bezug auf Freiheitsstrafen primär daran, dass „Durchlauf“ und „Bestand“ verwechselt würden. Würde man demgemäss auf die Ein- und Austritte und nicht auf den Bestand an Inhaftierten achten (wo lange Inhaftierte und Wiederholungstäter überrepräsentiert sind), so liege der Anteil an Personen mit Vorstrafen bedeutend tiefer. Würden Rückfallstatistiken als prospektive Verlaufsstatistiken und als multivariate Analysen angelegt, sei der „unglückliche Pessimismus im Alltag des Strafvollzugs“ hingegen kaum zu rechtfertigen; KILLIAS/KUHN/AEBI, *Grundriss Kriminologie*, N 1107 und N 1112.

1037 HÖRNLE, *Straftheorien*, 21; DÖLLING, FS Lampe, 606. Selbstverständlich kann aber die Wirkung einzelner Programme je nach Eigenarten aber auch je nach Straftäter deutlich variieren. Hauptgrund des Aufkommens des niederschmetternden Befundes „*nothing works*“ sei gemäss KILLIAS/KUHN/AEBI, *Grundriss Kriminologie*, N 1120, vor allem der Mangel an Bemühungen um aussagekräftigen Evaluationen gewesen, gerade in Anbetracht des Tempos des reformerischen Eifers. Auch wenn das Urteil wohl übertrieben hart gewesen sei, widerspiegele sich darin auch der Ärger über die Promotion von Programmen ohne den gleichzeitigen Versuch einer wissenschaftlichen Evaluation.

wobei dort die Abkehr von der Spezialprävention primär in einer erhöhten Bedeutung der (negativen) Generalprävention resultierte.¹⁰³⁸

Unabhängig von der Verbreitung und Legitimität dieser Kritik wird in der Auseinandersetzung mit den spezialpräventiven Theorien kaum grundsätzlich an deren Sinnhaftigkeit gezweifelt, doch aber daran, dass es sich dabei um den originären Zweck der Strafe handeln könne und nicht nur um einen erwünschten Nebeneffekt.¹⁰³⁹ Es scheint in der Tat wenig plausibel, dass die Gesellschaft ein System ausdifferenziert, das erst zur Besserung ansetzt, wenn bereits eine Straftat passiert ist. Die Tat ist somit ein „schlechter Anlass der Spezialprävention“.¹⁰⁴⁰ Den Sinn der Kriminalstrafe in der Spezialprävention zu sehen erscheint kaum zweckrational.¹⁰⁴¹ Darüber hinaus sei fraglich, ob das Strafrecht die Aufgabe hat, die sittliche Haltung der Bürger zu optimieren. I.d.S. wird auch die Legitimität und die Grundlage infrage gestellt, auf welcher sich erwachsene Bürger vom Staat erziehen lassen müssen.¹⁰⁴² *Jakobs* meint entsprechend, dass sich der Staat mit dem Anstreben einer äusseren Befolgung des Rechts zu begnügen habe.¹⁰⁴³ Die spezialpräventive Lehre ermöglicht es weiter gemäss *Roxin* kaum, die Strafgewalt inhaltlich oder zeitlich zu begrenzen. Dazu geselle sich der Einwand, dass bei Abwesenheit von Wiederholungsgefahr in strikter Befolgung des spezialpräventiven Ansatzes immer von einer Strafe abgesehen werden müsse, ganz egal wie schwer das Verbrechen gewesen sei.¹⁰⁴⁴

1.4 Strafe als Generalprävention

Eine weitere traditionelle Antwort auf die Frage nach dem Zweck der Strafe liegt nicht in der Einwirkung auf den Täter selbst, sondern in ihrer Wirkung für die Allgemeinheit, der sog. Generalprävention.¹⁰⁴⁵ Im Rahmen generalpräventiver Theorien ist deutlich zwischen der negativen und der positiven Generalprävention zu unterscheiden. Die Grundüberzeugung der negativen Generalprävention liegt in der Abschreckung potenzieller Täter.¹⁰⁴⁶ Es geht bei

1038 Zur Entwicklung in dieser Rechtstradition siehe übersichtlich CLAESSEN, 26 ff.

1039 Zu dieser Frage z.B. JAKOBS, Staatliche Strafe, 36 ff.

1040 JAKOBS, AT 2. A., 24 (1/44).

1041 Dies gelte gemäss *Hörnle* auch, wenn man davon ausgehe, dass die radikal-skeptische „nothing works“-These deutlich zu pessimistisch war; siehe HÖRNLE, FS Roxin, 16 f.

1042 ROXIN, AT, § 3 N 17.

1043 JAKOBS, AT 2. A., 26 (1/47) in Anschluss an MAIHOFER, 146.

1044 ROXIN, Grundlagenprobleme, 6 f.

1045 ROXIN, Grundlagenprobleme, 8.

1046 Zur abschreckenden Wirkung von Strafen siehe ausführlich KILLIAS/KUHN/AEBI, Grundriss Kriminologie, N 1001 ff.; Verweise auf verschiedene empirische

der Strafe also nicht um einen Widerspruch zum geschehenen Normbruch, sondern vielmehr um den Strafschmerz als abschreckende Konsequenz des Verhaltens.¹⁰⁴⁷ Die Theorien negativer Generalprävention basieren dabei auf einem an einer Kosten-Nutzen-Rechnung orientierten personentheoretischen Modell.¹⁰⁴⁸ Die Abschreckungstheorien werden, einmal abgesehen von stetigen Hinweisen auf die mangelnde empirische Untermauerung,¹⁰⁴⁹ damit konfrontiert, dass hier der Bestrafte einzig zur Abschreckung anderer missbraucht werde und dies die Strafe nicht zu rechtfertigen vermöge.¹⁰⁵⁰

Bei der Theorie der positiven Generalprävention hingegen – zumindest so wie sie hier verstanden wird¹⁰⁵¹ – wird die Strafe als Normbegründung bzw. als kontrafaktische Bestätigung der normativen Erwartung gesehen. Sie richtet sich also in erster Linie an die „Normtreuen“.¹⁰⁵² Es geht demzufolge bei der Strafe um eine Investition in die Rechtstreue der Allgemeinheit. In der angelsächsischen Literatur wird in diesem Zusammenhang entsprechend auch von *educative deterrence* gesprochen, wenn auch diese Ansätze deutlich weniger Anhänger gefunden haben und die Diskussion in der englischen Literatur weniger fortgeschritten ist.¹⁰⁵³ Es ist jedoch durchaus auch anerkannt, dass die *general deterrence* nicht nur durch Furcht, sondern i.S.v. *general prevention* auch durch Motivation zur Rechtstreue in einem normverstärkenden Sinne wirken kann.¹⁰⁵⁴ Unter dem noch zu diskutierendem Label *reconstructivism* scheint sich allerdings in neuester Zeit auch im angelsächsischen Raum die Anhängerschaft der positiven Generalprävention zu vergrößern.¹⁰⁵⁵

Diese Kontroversen um die Strafzwecklehren und die Schwächen der einzelnen Schulen sind keineswegs verborgen geblieben, weshalb man „in resignierendem Eklektizismus die sog. Vereinigungstheorie auf den Schild

Untersuchungen finden sich auch bei ANDENAES, 66 J. Crim. L. & Criminology 338 (1976); CLARKSON ET AL., 35 ff.

¹⁰⁴⁷ JAKOBS, AT 2. A., 20 (1/27).

¹⁰⁴⁸ WACHTER, 87.

¹⁰⁴⁹ So z.B. STRENG, ZStW 1989, 286 f.; SCHÖCH, FS Jescheck II, 1090 und 1099; siehe jedoch differenzierter zum Stand der Forschung und m.w.N. KILLIAS/KUHN/AEBI, Grundriss Kriminologie, N 1001 ff. und insb. N 1010 ff.

¹⁰⁵⁰ Anstatt vieler JAKOBS, Staatliche Strafe, 36; WACHTER, 92.

¹⁰⁵¹ Zu unterschiedlichen Ansätzen siehe sogleich nachfolgend S. 202 ff.

¹⁰⁵² Dazu z.B. HÖRNLE, Straftheorien, 25 ff.

¹⁰⁵³ Dazu z.B. KEATING ET AL., 39 ff.

¹⁰⁵⁴ So z.B. bei ANDENAES, 66 J. Crim. L. & Criminology 338, 941 (1976).

¹⁰⁵⁵ Siehe KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486 (2016); dazu sogleich mehr auf S. 207 ff.

gehoben“ habe.¹⁰⁵⁶ Im heutigen Strafrecht deutschsprachiger Rechtsordnungen herrscht nun wohl als Konsequenz der beschriebenen Uneinigkeit diese sog. Vereinigungstheorie vor, die das Verfolgen mehrerer Strafzwecke erlaubt, welche ein „komplexes Verhältnis wechselseitiger Ergänzung bilden“ würden.¹⁰⁵⁷ So sei Strafe eine vergangenheitsbezogene Reaktion und soll für ausgleichende Gerechtigkeit sorgen (absolute Straftheorien), sogleich aber spezial- und generalpräventiv wirken, wobei die Spezialprävention im Vordergrund zu stehen habe.¹⁰⁵⁸ Auch in England gibt es seit dem Inkrafttreten des *Criminal Justice Act 2003* neuerdings eine Norm, welche die Bedeutung einzelner Strafzwecke für die Strafzumessung festlegt.¹⁰⁵⁹ Dem Gesetz zufolge soll bei der Strafzumessung die Bestrafung des Täters, die Verbrechensreduzierung einschliesslich der Abschreckung, der Besserung und der Rehabilitation des Täters, der Schutz der Öffentlichkeit sowie die Wiedergutmachung berücksichtigt werden. Diese umfassende Auflistung verschiedener Strafzwecke und die fehlende Priorisierung führen dazu, dass die zum Tragen kommenden Strafzwecke im Einzelfall variieren können.¹⁰⁶⁰ Auch hier kann also von einer Vereinigung der Strafzwecke gesprochen werden. Mit diesem durchschlichte Kombination erreichten Ausweg aus dem Schulenstreit lässt sich allerdings nicht die Aufgabe umgehen, eine Straftheorie zu entwickeln.¹⁰⁶¹ Die Unmöglichkeit multipler Funktionen der Strafe im soziologischen Sinne wird nachfolgend noch Anlass einer Erörterung sein.¹⁰⁶²

1.5 Strafe als kommunikatives Unterfangen

Auch expressive Straftheorien haben gerade in der englischen Literatur durchaus Aufmerksamkeit erhalten, vor allem in den Werken von *Antony Duff*. Für ihn ist Strafe ein kommunikatives Unterfangen, bei welchem der Straftäter ein wichtiger Teilnehmer sei.¹⁰⁶³ Sein als „kommunikative Straftheorie“ bezeichneter Ansatz fokussiert entsprechend auf das mit der

¹⁰⁵⁶ ROXIN, Grundlagenprobleme, 10.

¹⁰⁵⁷ So SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 18 f. für die Schweiz; für Deutschland siehe z.B. ROXIN, AT I, § 3 N 33 ff.

¹⁰⁵⁸ SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, 18 f.

¹⁰⁵⁹ *Criminal Justice Act 2003*, s. 142 und s. 143 (*England*).

¹⁰⁶⁰ FORSTER, I, 156; ASHWORTH, Handbook, 535.

¹⁰⁶¹ So auch JAKOBS, AT 2. A., 28 (1/50).

¹⁰⁶² Multifunktionalität würde zu einer Instabilität des Systems führen bzw. differenziert sich ein soziales System stets für *eine* Aufgabe in der Gesellschaft aus; siehe u.a. bereits S. 154. In Bezug auf die Strafe wird das noch genauer zu diskutieren sein; siehe S. 200 ff.

¹⁰⁶³ DUFF, Punishment, Communication, and Community, 27 ff.; dazu auch REIFF/CRUFT, 7.

Strafe gegenüber dem Täter zum Ausdruck gebrachte, während die meisten klassischen expressiven Straftheorien dagegen darauf abzielen, was die Strafe gegenüber der Gesellschaft zum Ausdruck bringt.¹⁰⁶⁴ Der Täter müsse dabei auf den „im Namen der Gesellschaft“ vorgebrachten Tadel „antworten“.¹⁰⁶⁵ *Duffs* Theorie basiert wesentlich darauf, den Täter zu einer solchen „Antwort“ zu bringen, bei der er einsieht, dass er im Unrecht ist. Die Normadressaten sollen „rational“ und „moralisch“ überzeugt werden, das Recht zu befolgen. Dies nicht nur, weil es verboten, sondern auch weil es Unrecht sei, dies nicht zu tun.¹⁰⁶⁶ Es ist fraglich, ob die Funktion des Strafrechtssystems und der Strafzweck wirklich von Letzterem abhängig gemacht werden kann und ob der Fortbestand der sozialen Ordnung nicht gerade unabhängig individueller Überzeugungen gesichert werden muss. Entsprechend gesteht auch *Duff* ein, dass Strafe in der Gesellschaft eben deshalb notwendig sei, da sich nicht alle Bürger vollumfänglich den zentralen Werten verpflichtet sehen und eine rein moralische Überzeugung entsprechend nicht ausreichen würde.¹⁰⁶⁷

Aufgrund der grundsätzlichen Plausibilität der Strafe als „kommunikatives Unterfangen“ im Rahmen systemtheoretischer Analyse werden jedoch die expressiven genau wie die generalpräventiven Straftheorien in der Folge noch Gegenstand genauerer Analyse sein bzw. in die Funktionsbestimmung der Strafe miteinfließen müssen.¹⁰⁶⁸

2. Strafe als Normstabilisierung

2.1 Strafe als kontrafaktische Durchhaltung von Erwartungen

Wie in den vorangegangenen Kapiteln ausführlich dargestellt, ist die Frage nach der Funktion der Strafe in der Strafrechtstheorie seit jeher umstritten. Aus rechtssoziologischer Sicht muss im Rahmen dieser Analyse danach

¹⁰⁶⁴ Siehe z.B. DUFF, *Responsibility, Citizenship, and Criminal Law*, 127 ff. Für *Duff* handelt es sich um „Kommunikation“ und nicht um „Expression“, da Kommunikation ein zweiseitiger Akt sei und beinhalte, dass auch der Empfänger am Prozess partizipiere. Für *Duff* ist der Empfänger der Mitteilung dabei allerdings primär der Straftäter selbst, womit sich sein Ansatz von klassischen Formulierungen positiver Generalprävention unterscheidet; siehe zu seiner Einführung dieser Begrifflichkeiten DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, 79 f.

¹⁰⁶⁵ DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, 28.

¹⁰⁶⁶ DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, 80 ff.

¹⁰⁶⁷ DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, 83.

¹⁰⁶⁸ Nachfolgend Kapitel 2. (S. 194 ff.).

gefragt werden, was der originäre Grund der Ausdifferenzierung eines Strafrechtssystems ist, wofür es also überhaupt in der Gesellschaft ein staatliches Strafrecht gibt. Die übergeordnete Frage lautet also, auf welches Problem der Gemeinschaft das Strafrechtssystem eine Antwort bieten kann.¹⁰⁶⁹ Für die Beantwortung dieser Frage ist bei der bereits diskutierten Zweckbestimmung des Rechtssystems anzuknüpfen,¹⁰⁷⁰ da das Strafrecht als Subsystem im Rahmen dieser Funktion agiert und sich nicht dysfunktional zum übergeordneten System einreihen kann.

Die Sicherstellung der kontrafaktischen Durchhaltung enttäuschter Normen und damit einhergehenden normativen Verhaltenserwartungen stellt, wie bereits aufgezeigt wurde, die Funktion des Rechtssystems dar.¹⁰⁷¹ Das Recht deckt das Festhalten und Weiterverfolgen von Erwartungen im Enttäuschungsfall: dafür wurde es ausdifferenziert.¹⁰⁷² Auch das Strafrechtssystem folgt als spezialisiertes Subsystem des Rechts dieser Funktion der Normstabilisierung und nimmt dabei als besonders befähigtes Subsystem eine spezielle Position ein. Eine Straftat stört die auf Geltungsgegenseitigkeit von Normen gerichteten Erwartungen, nach denen man nicht mit strafrechtswidrigen Verhaltensweisen rechnen muss.¹⁰⁷³ Bei der Enttäuschung einer sozial generalisierten und deshalb normativ festgehaltenen Erwartung muss in der Folge gesellschaftlich bekräftigt werden, dass man auch weiterhin im Recht ist, d.h. auch in Zukunft rechtens erwartet, wenn man sich an dieser Norm orientiert. Dabei soll man auch in Zukunft auf den Konsens und die Unterstützung der Gesellschaft zählen dürfen, diese normative Erwartung weiterhin zu stützen.¹⁰⁷⁴ Der spezifische Charakter des Strafrechts soll nun darüber hinausgehend sein, dass es mittels Zurechnung Strafe ermöglicht und damit die Norm ausserordentlich bekräftigen kann.¹⁰⁷⁵ Um an *Durkheim* anzuschließen, ist es nicht nur so, dass eine Straftat die Normen angreift, auf welchen die gesellschaftliche Solidarität basiert, sondern, dass die Tatsache, dass diese Normen gebrochen werden können, ihre

1069 So auch schon RÖSSNER, FS Roxin, 978.

1070 Oben S. 154 ff.

1071 Oben S. 156 ff.; LUHMANN, Ausdifferenzierung des Rechts, 73 und 79; DIECKMANN, 259; BLECKMANN, 124 ff.

1072 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 124 ff.; *ders.* Rechtssoziologie, 55 ff.; *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts, 84.

1073 JAKOBS, AT 2. A., 6 ff. (1/4 ff.).

1074 LESCH, 191; RÖHL, Rechtssoziologie, 207 f.

1075 So JAKOBS, Schuld und Prävention, 12.

Autorität angreift und nach ausserordentlicher Bekräftigung verlangt.¹⁰⁷⁶ Durch den Widerspruch zum Widerspruch gegen die Norm mittels der Sanktion leistet das Strafrecht damit einen Beitrag zur Erhaltung der gesellschaftlichen Identität¹⁰⁷⁷ und dient, um es in der leicht pathetisch anmutenden Formulierung *Durkheims* festzuhalten, dem Ausgleich der „Verletzung des moralischen Bewusstseins der Nation“.¹⁰⁷⁸

Diese Funktionsbestimmung des Strafrechts in der Erhaltung des Rechtsbewusstseins folgt einer langen straftheoretischen Tradition. Bereits *Welzel* hatte die strafrechtliche Funktion mehr in der Motivationsbildung als in der eigentlichen Verhaltenssteuerung verortet.¹⁰⁷⁹ Auch systemtheoretisch muss man zum gleichen Schluss kommen.¹⁰⁸⁰ So kann der Systemzweck dem Ergebnis folgend, dass Normen Erwartungen verkörpern und die Tat als Störung dieser Erwartung zu begreifen ist, nur in der kontrafaktischen Durchhaltung dieser Erwartungen liegen. Dies mündet in einer systemtheoretischen Formulierung der Theorie der positiven Generalprävention.¹⁰⁸¹

Der Strafnorm im Speziellen, ihrerseits charakterisiert durch die Sanktionsandrohung, mittels welcher sich das Recht in der übrigen Gesellschaft geltend macht, kommt nun in der Struktur der Gesellschaft eine besondere Bedeutung zu.¹⁰⁸² Erst der symbolische Gehalt der Sanktion erlaubt eine enttäuschungsfeste Fixierung der Erwartung in der Strafrechtsnorm als Orientierungsmuster für die soziale Ordnung.¹⁰⁸³ Der Straftat als normdestabilisierende Kommunikation folgt eine Strafe als Re-Aktualisierung der Norm.¹⁰⁸⁴ Gewisse Verhaltenserwartungen können im Rahmen der

1076 KLEINFELD, 129 *Harv. L. Rev.* 1486, 1506 (2016).

1077 JAKOBS, *ZStW* 1995, 844.

1078 DURKHEIM, *Soziale Arbeitsteilung*, 118. Damit differenziert er zwischen den individuellen Wertvorstellungen einzelner Personen auf der einen und den gemeinsamen Überzeugungen des Durchschnitts der Mitglieder einer bestimmten Gesellschaft auf der anderen Seite, wobei letztgenanntes das Band sei, „das die Gesellschaft zusammenhält und vor dem Zustand der Normlosigkeit schützt“; so SCHNEIDER, 40.

1079 KARGL, 23 mit Verweis auf WELZEL, *Lehrbuch*, 3.

1080 So nehmen sowohl *Luhmann* für das Recht allg., als auch *Jakobs* für das Strafrecht in ihren Theorien der positiven Generalprävention auf die „rechtssoziologische Deutung des dem Rechtsbewusstsein zugrundeliegenden Sollenserlebnisses als ‚enttäuschungsfeste Erwartung‘“ Bezug; so FRISTER, *Voluntatives Schulselement*, 39 f.

1081 JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 8 ff.; LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 31 ff.; GEISLER, 115 f.

1082 RÖSSNER, *FS Roxin*, 979 f.; BLECKMANN, 124.

1083 KARGL, 36; JAKOBS, *AT* 2. A., 9 f./1/11).

1084 Dies kann sehr wohl auch i.S.d. expressiven Straftheorien verstanden werden. Strafe ist hier Kommunikation, die Straftat ebenso. Es handelt sich dabei – so *Kleinfeld* – um einen

sozialen Ordnung nur gewährleistet werden, wenn sie durch dahinterliegende Sanktionsandrohungen geschützt werden.¹⁰⁸⁵ Die Strafe greift als „ultima ratio“ immer dann ein, wenn die Verletzung einer Norm nicht anderweitig kognitiv verarbeitet bzw. ihre Geltung nicht anderweitig gesichert werden kann.¹⁰⁸⁶ Der Strafe kommt dabei wiederum auch eine kommunikative, d.h. expressive Funktion zu. Die gesellschaftliche Antwort auf die Erwartungsenttäuschung ist nicht nur ein Ausdruck von Zustimmung oder Ablehnung. Vielmehr klassifiziert die Strafe die vom Täter aufgestellte Behauptung über die soziale Welt als falsch.¹⁰⁸⁷

2.2 Strafe als notwendige Antwort auf den Normbruch

Der Effekt, zu welchem die Strafe in speziellem Masse befähigt ist, ist also die kontrafaktische Bestätigung nicht nur der Erwartung als solche, d.h. des Ausgleichs der enttäuschten Erwartung, sondern auch der Normgeltung im Besonderen.¹⁰⁸⁸ Adressaten der Strafrechtsnormen und der damit einhergehenden Sanktionsandrohungen sind damit nicht nur die potenziellen Delinquenten, sondern primär die rechtstreuen Bürger, deren normative Orientierung gewahrt werden muss.¹⁰⁸⁹ Mit der Strafe wird also die „normative Identität der Gesellschaft“ gestärkt bzw. wiederhergestellt.¹⁰⁹⁰ Ein Mangel an Rechtstreue würde früher oder später in Anomie und in Chaos enden.¹⁰⁹¹ Ohne ein wirkungsvolles Strafrecht würde der „Rücksichtslose zum Klugen“, was soziales Gefüge und gesellschaftliche Normen gefährden würde.¹⁰⁹² Jedes Mal, wenn jemand aufgrund eines Normbruchs bestraft wird, stabilisiert das die Geltung dieser Norm. Würde z.B. über einen gewissen Zeitraum Diebstahl nicht mehr bestraft, kann davon ausgegangen werden, dass sich die gesellschaftlichen Vorstellungen diesbezüglich und die Stabilität der Norm langsam

„Austausch von Sinn“; KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1504 und 1513 (2016).
 1085 RÖSSNER, FS Roxin, 979 f. mit Verweis auf POPITZ und der treffenden Feststellung, dass „eine Norm ohne Sanktion wie eine Glocke ohne Klöppel“ sei.
 1086 Vgl. KILLIAS, ZStrR 1980, 44.
 1087 KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1508 f. und 1513 (2016).
 1088 LESCH, 192 f.
 1089 STÜBINGER, Kritische Justiz 1993, 35 über die Schuldlehre *Jakobs*.
 1090 POPITZ, 90 ff.; SCHNEIDER, 312.
 1091 GEISLER, 115.
 1092 So FUCHS, Kap. 2 N 21.

aber sicher verändern würden.¹⁰⁹³ Normen, welche ohne Sanktion gebrochen werden können, würden demzufolge irgendwann erodieren.¹⁰⁹⁴

Normen müssen als Sinnformen im System permanent reproduziert werden, um ihre Gültigkeit nicht zu verlieren. Diese Normativität wird nun in besonderer Form auch durch Sanktionen reproduziert.¹⁰⁹⁵ Die Sanktion bestätigt die verletzte Norm, indem sie die Mitteilung der Straftat negiert.¹⁰⁹⁶ Bereits *Hegel* sah in der Strafe einen Symbolträger und erfasste Tat und Strafe in ihrer kommunikativen Bedeutung.¹⁰⁹⁷ Für ihn handelt es sich bei der Straftat um eine De-Aktualisierung, gefolgt von der Strafe als einer Re-Aktualisierung der Norm.¹⁰⁹⁸ Die Straffolge macht deutlich, dass das Verhalten als nicht diskutabile Verhaltensalternative gelernt werden muss.¹⁰⁹⁹ Strafe i.d.S. sei gemäss *Jakobs* eine „Antwort“ auf die Straftat als „Rede“.¹¹⁰⁰ Funktion des Strafrechts und seiner Programme ist es also, eine Strafe zu ermöglichen, um die Stabilisierung normativer Erwartungen zu gewährleisten.

Der Normbruch durch den Täter verursacht die Enttäuschung normativer Erwartungen und es entsteht ein „Konflikt“, welcher gemäss *Jakobs* gelöst werden müsse.¹¹⁰¹ Es stehen dem sozialen System nun verschiedene Konfliktlösungsmöglichkeiten zur Verfügung. Für das Strafrecht kommt dabei primär die Kompensation der Erwartungsenttäuschung mittels Zurechnung zu einem Täter und in der Folge Sanktionierung dieses Täters in Frage, womit das Verhalten als fehlerhaft thematisiert und verarbeitet werden kann.¹¹⁰² Der Enttäuschte kann bei dieser Erledigungsart an seiner Erwartung festhalten und die „Fehlerhaftigkeit eines anderen Systems als den wahren Grund der Enttäuschung“ definieren.¹¹⁰³ Es geht bei der Sequenz der Bestrafung also um einen Akt, bei welchem der durch die Enttäuschung

1093 CLARKSON ET AL., 39.

1094 GEISLER, 115.

1095 BLECKMANN, 124.

1096 RÖSSNER, FS Roxin, 979 f.; KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1513 (2016).

1097 So JAKOBS, Staatliche Strafe, 26 über *Hegel*.

1098 KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1499 (2016).

1099 JAKOBS, Schuld und Prävention, 10; dabei gehe es folglich nicht um Abschreckung, sondern um „Einübung in Rechtstreue“.

1100 JAKOBS, System der strafrechtlichen Zurechnung, 13 f.

1101 So z.B. in JAKOBS, Schuld und Prävention, 9 f.

1102 STÜBINGER, Kritische Justiz 1993, 35 über die Schuldlehre *Jakobs*.

1103 JAKOBS, Aspekte der Freiheit, 73 f., mit dem Hinweis, dass diese Erledigungsart keineswegs eine strafrechtliche Spezialität sei und darüber hinaus auch nicht an Menschen als Zurechnungsadressaten gebunden sei.

herbeigeführte Vertrauensverlust gegenüber der Norm erneut hergestellt werden soll. Damit sollen die enttäuschungsanfälligen Erwartungsstrukturen für die Zukunft stabilisiert werden. Dies löst letztlich das „Problem der Reintegration der Gesellschaft“ nach einem durch eine Straftat ausgelösten Konflikt.¹¹⁰⁴

Strafe vermittelt eine der gesellschaftlichen Symbolik entsprechende Reaktion für die kompensatorische Durchsetzung des Rechts und bringt damit gezielt eine Missbilligung der Abweichung zum Ausdruck.¹¹⁰⁵ Der Strafschmerz ist dabei nötig, da erst er das Vertrauen begründet, dass sich auch an sich „Befolgungsunlustige“ normgemäss verhalten würden. So trägt er zur „kognitiven Stabilität“ der Norm bei.¹¹⁰⁶ Nur die Strafe bzw. der Strafschmerz sichert die Normgeltung also auch kognitiv.¹¹⁰⁷ Mit diesem Zweck wird allerdings nicht jede nützliche Strafe legitimiert, sondern nur jene, welche die durch den Normbrecher zu verantwortende Destabilisierung ausgleicht.¹¹⁰⁸ Der Strafschmerz ist damit keine „willkürliche Grausamkeit“, sondern ein „notwendiges Ergebnis der Ursachen, die ihn hervorbringen“.¹¹⁰⁹ Denn ein Normensystem kann nur aufrechterhalten werden, wenn es gelingt, im Falle von Verstößen eine Reaktion zu garantieren.¹¹¹⁰

Damit grenzt sich die Theorie der positiven Generalprävention von den anderen Strafzwecklehren ab. Staatliche Strafe soll nicht durch spezialpräventive Beeinflussung, aber auch nicht durch Abschreckung, sondern vielmehr durch eine „Verstärkung der inneren Bindung an soziale Normen, durch eine Förderung von Norminternalisierung und Normakzeptanz“ zur allg. Normkonformität beitragen.¹¹¹¹ Damit ist der Zweck der Strafe – trotz Vergangenheitsdetermination – präventiver Natur. Die geschehene Normverletzung ist zwar Ausgangspunkt der Sanktion und macht die

1104 So BRINGEWAT, 43.

1105 So BLECKMANN, 128 f. in Anschluss an FEINBERG, 114 f. und LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 118; POPITZ, 28.

1106 JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 113 f.

1107 Der Schuldspuch alleine würde dafür gemäss *Jakobs* nicht genügen; siehe JAKOBS, *Staatliche Strafe*, 29; *derselbe*, *ZStW* 2005, 262.

1108 JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 114 f.; zur Legitimation der Strafe siehe ausführlicher S.223 ff.

1109 DURKHEIM, *Soziale Arbeitsteilung*, 159.

1110 POPITZ, 64.

1111 BAURMANN, *Positive Generalprävention*, 1; zu den verschiedenen Strafzwecken siehe bereits S. 186 ff.

strafrechtliche Reaktion überhaupt erst notwendig, die Strafe ist dabei aber kein Selbstzweck wie bei den sog. Vergeltungs- und Sühnetheorien.¹¹¹²

2.3 Absage an eine multifunktionale Strafe

Gemäss *Duff* sei es unmöglich, eine einzige Funktion als „den“ Strafrechtzweck festzulegen. Die Komplexität der institutionellen Praktiken des Strafrechts würde dies nicht erlauben. Eine normative Theorie des Strafrechts und der Strafe sei entsprechend immer „kompliziert und chaotisch“.¹¹¹³ Was für eine normative Theorie – je nach zugrundegelegtem Zweckverständnis – zumindest teilweise zutreffen kann, gilt jedoch nicht für die funktionale Analyse. Bei einer solchen muss davon ausgegangen werden, dass das Strafrecht, sowie jedes gesellschaftliche Teilsystem, nur eine Funktion erfüllt.¹¹¹⁴ Natürlich können immer mehrere Bezugsprobleme und damit auch mehrere Aufgaben gefunden werden. Wenn es aber um die Ausdifferenzierung gesellschaftlicher Funktionssysteme geht, führt nur die Annahme einer einzigen Funktion zu eindeutigen Ergebnissen und jede Mehrheit würde zu Abgrenzungsproblemen führen.¹¹¹⁵ Wie bereits kurz umrissen, handelt es sich bei der Funktion des Strafrechts also um Normstabilisierung (mittels Strafe). Es ist in der Tat einzig die positive Generalprävention (in soziologischer Formulierung), welche die Ausdifferenzierung des Strafrechts zu erklären vermag. Diese Funktionsbestimmung wird in den nachfolgenden Kapiteln gerade aufgrund zahlreicher Diskussionen über Ausmass und Bedeutung dieser Funktionsbestimmung und die zahlreichen Formulierungen, welche unter dem Etikett der „positiven Generalprävention“ behandelt werden, noch genauer zu beleuchten und herzuleiten sein. Klar wird damit aber, dass damit alle anderen Strafzwecke nicht Ursprung der Systemdifferenzierung sein können.

Bei der Absage an ein multifunktionales Strafrechtssystem geht es allerdings nicht notwendigerweise um Ausschliesslichkeit.¹¹¹⁶ Nebeneffekte i.S. von Leistungen des Systems können ebenso wichtig und prominent vorhanden sein.¹¹¹⁷ Solche Zwecke bzw. Leistungen müssen jedoch klar von der Funktion

1112 Ähnlich RÖSSNER, FS Roxin, 980 f.

1113 DUFF, Responsibility, Citizenship, and Criminal Law, 125 f.

1114 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 132; dazu bereits S. 154.

1115 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 132 f.

1116 So habe bereits *Durkheim* zwischen der primären „wirklichen“ Funktion und sekundären Funktionen der Strafe unterschieden; siehe dazu SCHNEIDER, 41 m.w.N.

1117 BLECKMANN, 64.

im soziologischen Sinne unterschieden werden.¹¹¹⁸ Für die weitergehende Untersuchung ist deshalb eine einheitliche Funktionsbestimmung zwingend notwendig, denn das Strafrecht kann sich seiner gesellschaftlichen Aufgabe nicht entziehen.¹¹¹⁹ Die wechselseitige Abhängigkeit im Rahmen systemischer Prozesse und im Rahmen der Ausdifferenzierung erfordert demzufolge eine Absage an eine uneinheitliche Funktion. Diese Funktionsbestimmung bedeutet auch, dass diese Funktion für das System Priorität genießt, diese Aufgabe allen anderen Funktionen vorgeordnet wird und das Strafrechtssystem diese Funktion monopolisiert.¹¹²⁰

Dass die Strafe auch eine negativ-generalpräventive, d.h. abschreckende Wirkung haben kann, wird kaum bestritten.¹¹²¹ Gemäss *Jakobs* ist die negative Generalprävention durch die Funktion der Normstabilisierung erfasst, da diese ebenfalls durch Abschreckung Normtreue bewirkt und diese Normtreue auch dann Normvertrauen erhält, wenn sie „Angst oder Einsicht“ hervorrufe. Diese abschreckende Wirkung werde aber zugleich durch die originäre Funktion streng auf die „Wiedergutmachung“ der entstandenen Destabilisierung begrenzt.¹¹²² Diese abschreckende Leistung des Systems ist folglich kein „Spezifikum der Enttäuschungsverarbeitung“ im Rahmen der strafrechtlichen Verantwortungszurechnung, sondern erwünschter Nebeneffekt.¹¹²³ Auch *Durkheim* hat anerkannt, dass Abschreckung durchaus ein Effekt der Strafe sein kann. Allerdings musste auch er einräumen, dass dieser Effekt nicht der alleinige und auch nicht der hauptsächliche Grund für Strafe darstelle.¹¹²⁴

Gegen die Spezialprävention als Funktion des Strafrechts spricht primär, dass sie erst dann relevant wird, wenn bereits gestraft worden ist. Orientierte man sich bspw. am Ziel eines Rechtsgüterschutzes, gäbe es keinen Grund, eine

1118 Diese Funktion erfüllt das Strafrecht auch dann, wenn dies nicht explizit erkannt oder reflektiert wird. Die entsprechende Erkenntnis könnte jedoch zu einer effektiveren Funktionserfüllung führen; vgl. auch FARMER, 29.

1119 JAKOBS, Staatliche Strafe, 33; ders., ZStW 1995, 846 f.

1120 LUHMANN, Gesellschaft der Gesellschaft, 746 f.

1121 Wobei die genaue Abschreckungswirkung u.a. von der Strafschwere und dem Entdeckungsrisiko abhängig ist und sich nicht linear gestaltet; siehe dazu ausführlich und m.w.N. KILLIAS/KUHN/AEBI, Grundriss Kriminologie, N 1010 ff.; zur negativen Generalprävention bereits S. 191 ff.

1122 JAKOBS, Staatliche Strafe, 32 f.

1123 JAKOBS, Schuld und Prävention, 11.

1124 DURKHEIM, Moral Education, 161 ff.; siehe dazu auch KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1515 (2016).

Tatbegehung abzuwarten.¹¹²⁵ Die Spezialprävention leide so an einem „angeborenen Defekt“.¹¹²⁶ Ihr Beitrag zur Frage nach dem Zweck des Strafens bleibt entsprechend begrenzt und sie vermag es ferner kaum – auch unabhängig von den Lehrstreitigkeiten hinsichtlich ihrer konkreten Praxiserfolge¹¹²⁷ –, den Apparat der Strafjustiz zu rechtfertigen. Das soll allerdings nicht dahingehend missverstanden werden, dass bei der Frage nach der Art und konkreten Gestaltung der Strafe spezialpräventive Aspekte nicht auch berücksichtigt werden können und werden sollen.¹¹²⁸

Spezialpräventive Effekte können also – das wird wohl kaum bestritten werden – gesellschaftlich besser anderweitig erzielt werden (z.B. durch Erziehung, Massnahmenrecht) und würden keine Etablierung eines staatlichen Strafapparats erfordern. Abschreckung in einem klassischen Sinne würde ferner keine differenzierte (gerade auch personale) Verantwortungszuschreibung erfordern, welche für die Operationsweise des Strafrechts bezeichnend ist. Vergeltung bzw. absolute Straftheorien, um auch noch darauf zurückzukommen, erklären des Weiteren nicht die Fixierung auf ein staatlich organisiertes und politisch gesteuertes Gewaltmonopol, wobei es hier sehr darauf ankommt, was genau unter Vergeltung verstanden wird. Demzufolge ist es die spezifisch strafrechtliche Normstabilisierung, welche das Strafrechtssystem ausmacht, ihm also in soziologischem Sinne seine Funktion gibt.

3. Theorien positiver Generalprävention

3.1 Zwischen Vergangenheitsbewältigung und Verhaltenssteuerung

Unter dem Label „Positive Generalprävention“ wird eine ganze Reihe an verschiedenen Theorien präsentiert, welche zwar alle auf einem gemeinsamen Kern, kaum aber auf einem identischen Konzept basieren.¹¹²⁹ Es ist deshalb für

1125 WACHTER, 85.

1126 GEISLER, 114 mit Verweis auf STRATENWERTH, Strafzwecke, 10.

1127 Siehe dazu bereits oben S. 188 ff.

1128 Vgl. HÖRNLE, Straftheorien, 23.

1129 So meint DUFF, Prävention oder Überredung?, 181, sogar, dass es missverständlich sei, derart unterschiedliche Theorien als „Theorien der Generalprävention“ zu bezeichnen, da dies trotz beträchtlicher Unterschiede einen falschen Eindruck der Einheitlichkeit erwecke. WACHTER, 92, unterscheidet sozialwissenschaftlich motivierte Theorien (*Hassemer*), kommunikations- bzw. systemtheoretische Theorien (*Jakobs*),

die nachfolgende Untersuchung relevant, einige Präzisierungen vorzunehmen. Gerade die Gratwanderung zwischen der Formulierung einer Theorie positiver Generalprävention in einem systemtheoretischen Sinne und einer in einem Sinne von Verhaltenssteuerung ist dabei von besonderer Bedeutung. Formulierungen wie „Einübung der Rechtstreue“ geben zwar wertvolle Hinweise, in welche Richtung die positive Generalprävention „steuert“, können aber auch äusserst verschieden interpretiert und entsprechend auch missverstanden werden.¹¹³⁰

Es gibt primär zwei Strömungen, welche im Rahmen dieser Theorierichtung unterschieden werden können. Einerseits bedeute positive Generalprävention der traditionellen Vorstellung des Präventionsbegriffs folgend „in erster Linie einen Weg, das Verhalten der Normadressaten zu steuern und damit Straftaten zu verhindern“.¹¹³¹ Andererseits handle es sich gemäss einer zweiten Strömung bei der Strafe um eine „Manifestation der Rechtsgeltung zum Zwecke der Normstabilisierung“.¹¹³² In diesem zweiten Sinne ist Strafe vollends vergangenheitsdeterminiert und vergangenheitsbezogen. Ihre Aufgabe liege dabei allerdings in der Erwartungssicherung zum Zwecke der Ermöglichung sozialer Interaktion.¹¹³³ Der Tadel, welche mit der Strafe zum Ausdruck gebracht werde, ist dabei zurückblickend i.d.S., als dass er sich auf die Tat fokussiert und der Täter nur aufgrund dieser Tat bestraft wird.¹¹³⁴ Nach diesem Verständnis soll staatliche Strafe zur Erhaltung der Rechtstreue beitragen, indem sie das „Rechtsgefühl befriedigt und das Vertrauen in die

psychoanalytische Theorien (*Streng, Haffke*) und vergeltungstheoretische Theorien (*Hellmuth Mayer*) um die Vielfältigkeit der positiv-generalpräventiven Ansätze deutlich zu machen.

1130 So weist LESCH, 191 Fn. 106 und 192 f., zu Recht darauf hin, dass die Funktion der Strafe gerade nicht in der „Einübung der Normtreue“ wie in einer früheren Version von *Jakobs* (der dies aber später präziserte) liege, d.h. nicht in der Herbeiführung derjenigen Effekte, die häufig als positive Generalprävention beschrieben werden, weil das ja gerade wieder auf eine Verhaltenssteuerung hinausliefe. Der Zweck könne nur in der kontrafaktischen Bestätigung der Normgeltung selbst liegen, da dies der einzige Effekt sei, den speziell die Strafe in Bezug auf das Geschehene herbeizuführen vermöge. Hier handelt es sich schlicht um verschiedene Begriffsverständnisse, weshalb in der Formulierung der Theorie positiver Generalprävention Vorsicht geboten ist.

1131 So FRISTER, *Voluntatives Schulselement*, 31 f. über diese häufig formulierte Zweckbestimmung und m.w.N.

1132 Vgl. BAURMANN, *Positive Generalprävention*, 9 ff.

1133 Siehe dazu bereits oben S. 194 ff.

1134 DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, 27.

Bestandes- und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung festigt“.¹¹³⁵ So bezwecke die positive Generalprävention „neben Lern- auch Vertrauens- und Befriedigungseffekte“¹¹³⁶ und führe zu einer Sicherung von Rechtsvertrauen.¹¹³⁷ Dieses zweite Element ist entsprechend zukunftsgerichtet. Strafe sei als Reaktion entsprechend vergangenheitsdeterminiert, daneben werde jedoch ein präventiver Effekt für die Zukunft intendiert.¹¹³⁸

Die gängige These lautet demnach auch, dass das Strafrecht durch Gebots- und Verbotsnormen versuche, Einfluss auf das menschliche Verhalten auszuüben, um künftige Verletzungen von Rechtsgütern zu verhindern.¹¹³⁹ Entsprechend habe die Strafe eine präventive Aufgabe i.S.d. „Einübung von Normvertrauen“¹¹⁴⁰ bzw. in einer „Erhaltung der Normanerkennung“.¹¹⁴¹ Inwiefern die Strafe allerdings geeignet ist, diesen präventiven Zweck zu erfüllen, ist fraglich. Vielmehr ist es wahrscheinlich, dass die eigentliche Funktion bereits im Ausgleich der Normdestabilisierung selbst, also rein in der kontrafaktischen Durchhaltung gesehen werden muss.¹¹⁴² Eine präventive

1135 BAURMANN, Positive Generalprävention, 10.

1136 So GEISLER, 116 f.

1137 BAURMANN, Positive Generalprävention, 10.

1138 Einerseits indem rechtstreue Bürger es als ungerecht betrachten würden, wenn sie die Kosten der Normkonformität freiwillig tragen würden. Andererseits könnten die prinzipiell zur Normkonformität Bereiten es als sinnlos betrachten, eine Norm zu befolgen, wenn nicht die Versicherung bestehe, dass die anderen Normadressaten dies ebenfalls tun; so BAURMANN, Positive Generalprävention, 11; ähnlich auch DUFF, Punishment, Communication, and Community, 30.

1139 So z.B. GEISLER, 117; DUFF, Prävention oder Überredung?, 181; RUDOLPHI, 70 f.

1140 JAKOBS, AT 2. A., S. 13 f. (1/14 und 15), der seine Theorie allerdings später revidierte.

1141 FRISTER, Voluntatives Schulselement, 27.

1142 Neben dem konkreten Einfluss auf das Verhalten in Bezug auf bestehende Normen stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage, ob das Recht auch neue Normen bzw. Erwartungen in der Gesellschaft etablieren kann oder ob die Funktion einzig darin liegt, bereits etablierte Normen strafrechtlich zu regulieren und damit die Erwartungen zu stabilisieren. Damit ist eine Frage des Systemoutputs bzw. der strukturellen Kopplung mit anderen Gesellschaftssystemen angesprochen. Aus systemtheoretischer Perspektive lässt sich hier festhalten, dass durch rechtliche Veränderungen die gesellschaftliche Umwelt durchaus verändert wird. I.d.S. kann auch ein regulatorischer Einfluss festgemacht werden. Dies heisst aber nicht, dass das Strafrecht durch seinen Operationen direkt die Kommunikation der Umwelt (und damit Verhalten) beeinflusst, sondern indirekt durch intersystemische Wechselwirkungen tätig wird. Dies ist als (präventive) Leistung des Strafrechtssystems zu sehen. Es wäre aber verfehlt zu denken, das Strafrecht selbst habe primär den Zweck (und sei überhaupt dazu befähigt), seine Umwelt (kausal) zu beeinflussen und Verhalten zu lenken.

Wirkung ist dem zwar inhärent, nicht diese ist es aber, welche zur entscheidenden Leitdifferenzierung des Systems beiträgt, da diese kaum von der Zukunft abhängig gemacht werden kann.¹¹⁴³ Es ist demzufolge durchaus zu bestreiten, ob das Strafrecht zukünftiges normgemäßes Handeln abschliessend sicherstellen kann.¹¹⁴⁴ Bereits für das Recht wurde festgestellt, dass es normgemäßes Verhalten nicht sichern kann, sondern nur die Erwartung selbst sichert, in dem es verspricht, denjenigen zu schützen, der normgemäss erwartet.¹¹⁴⁵ Für das Strafrecht bedeutet auch das, dass es Verhaltenssteuerung zwar anstreben, konformes Verhalten aber nicht sicherstellen kann, die Funktion entsprechend als Vergangenheitsbewältigung betrachtet werden muss (um jedoch den Fortbestand der normativen Ordnung in Zukunft zu sichern). So hat auch *Jakobs* in späteren Fassungen seiner Theorie der positiven Generalprävention die präventive Wirkung revidiert und nur noch die Stabilisierung der Normgeltung selbst als Funktion anerkannt.¹¹⁴⁶ Die Strafe selbst sei demzufolge nicht mehr nur Mittel zur Erfüllung von Zwecken, sondern bereits selbst Zweckerreichung.¹¹⁴⁷

Im Strafrecht geht es demnach – so auch die neuere Formulierung *Jakobs* – nicht primär um Verbrechensverhütung, sondern darum, eine „Reaktion auf das Verbrechen“ bereitzustellen, welche die Stabilität der Erwartungen wiederherstellt.¹¹⁴⁸ Diesem Verständnis folgend ist die Bestätigung der verletzten Norm die Reaktion auf die begangene Tat, der Sinnzusammenhang zwischen Tat und Strafe bleibt also zentral.¹¹⁴⁹ Für die Bestimmung der einzelnen Elemente des Strafrechts und die vorliegende Abhandlung ist relevant, von welcher Konzeption man ausgeht. Die Differenzierung kann u.a. darin resultieren, ob sich die Frage, was Schuld ist und was nicht, bereits mit Bezug auf die Vergangenheit verwirklicht oder erst durch eine zweckrationale, präventive Zukunftsprognose. Kurz: Richtet sich die Strafe und damit auch die Schuld nach der geschehenen Destabilisierung der Norm (um diese für die Zukunft

1143 So auch KARGL, 40 ff., der feststellt, dass sich der Zeithorizont gerade in modernen Gesellschaften immer mehr auf die Zukunft verlagern und immer mehr Entscheidungen die Form eines Risikokalküls annehmen würden. Das Strafrecht würde jedoch ins Leere laufen, müsste es im Rahmen dieser ungewissen Zukunft und Begrenztheit der Folgenanalyse agieren.

1144 KARGL, 22 f.

1145 Oben S. 156 ff.

1146 SACHER, 574 f.

1147 SACHER, 577.

1148 JAKOBS, Staatliche Strafe, 31.

1149 NEUMANN, Alternativen, 103 f.

zu stabilisieren) oder richtet sie sich einzig nach dem Stabilisierungsbedürfnis für die Zukunft mit dem Ziel einer Verhaltenssteuerung? Natürlich ist das im Einzelfall oft gleichbedeutend, die Frage der Perspektive kann aber für die Bestimmung der Ansprüche an das Strafrecht und seiner Operationen relevant werden.

Es liegt in diesen Konzepten sodann ein bedeutsamer Unterschied. So ist der Ausgleich einer Normenttäuschung zum Zwecke der Normstabilisierung Vergangenheitsbewältigung. Diese Vergangenheitsbewältigung wird durch die Zeitdimension der Zukunft überhaupt erst notwendig, um diesen wichtigen Punkt zu wiederholen. Diese Funktion ist aber nicht i.d.S. präventiv, dass sie durch die Zukunft bestimmt wird und sich an ihr orientiert. Einzig der Widerspruch zur Norm wird ausgeglichen, um einen Normgeltungsschaden abzuwenden. Dieser Effekt, d.h. die Vermeidung eines zukünftigen Delikts steht aber nicht im Zentrum. Positive Generalprävention i.d.S. hat also nichts mit positiven Effekten auf die allg. Kriminalitätsrate zu tun, wie *Bleckmann* treffend festhält. Vielmehr gehe es darum, dass die Erwartungsstrukturen in Bezug auf das Verhalten anderer ihren Sinn nicht dadurch verlieren, dass sie enttäuscht würden.¹¹⁵⁰ Damit werden strafrechtliche Reaktionen zu „Bedingungen der Möglichkeit von hochdifferenzierter Kommunikation“.¹¹⁵¹ In dieser Formulierung wird auch deutlicher, dass Strafe nicht zwingend zu einer intrinsischen Rechtstreue bei den Normadressaten führen muss, sondern hauptsächlich eine Bestätigung der Rechtsgeltung ist. Dies kann sehr wohl als Einübung der Rechtstreue verstanden werden, bedarf aber nicht zwingend einer Rechtsüberzeugung.¹¹⁵²

Die Theorien der positiven Generalprävention weisen so formuliert also eine Nähe zu den traditionell als absolut verstandenen Straftheorien auf. Normstabilisierung und Vergeltung können gemäss *Neumann* deshalb auch als zwei Seiten der gleichen Medaille begriffen werden, da erstere durchaus ein retributives Moment enthalte.¹¹⁵³ Es ist aber wohl kaum zielführend,

1150 BLECKMANN, 125.

1151 So BLECKMANN, 171 f. Fn. 352.

1152 So ist vor allem die kognitive Geltungsstruktur verhaltensrelevant. Es spricht gemäss POPITZ, 35, ferner einiges dafür, dass wir dazu neigen würden, das „Ausmass der Nichtgeltung einer Norm zu unterschätzen“.

1153 So NEUMANN, Alternativen, 104 f. mit dem Vermerk, dass dies natürlich eine belastende Beziehung darstelle. Solange aber nicht überzeugend dargelegt werden könne, welche Institutionen anstelle der Strafe die Funktion der Normstabilisierung übernehmen könnten, gebe es zur Institution der Strafe keine grundsätzliche Alternative.

sich auf die Frage der exakten Einteilung dieser Theorie in die bereits bestehende Taxonomie von absoluten, relativen oder allenfalls expressiven Theorien einzuschiessen, da dies von der eigentlichen Frage ablenkt und die positive Generalprävention ferner auch als eine echte Alternative zu den traditionellen Kategorien gesehen werden kann.¹¹⁵⁴ Strafe ist also ein kommunikatives Unterfangen, welches vergangenheitsorientiert ist, indem es auf das vergangene Unrecht fokussiert, dessen Tadel die Strafe zum Ausdruck bringt, und welches gleichzeitig zukunftsgerichtet ist, da es den Fortbestand der Norm sichern soll. Entsprechend grenzt sich der Ansatz von klassischen Vergeltungs- und Präventionstheorien ab, wobei es sich aber keinesfalls um eine gemischte Theorie im bekannten Sinne der Zulässigkeit verschiedener Strafzwecke handelt, sondern vielmehr um eine Straftheorie, welcher bereits beide Ansätze inhärent sind.¹¹⁵⁵

Die hier diskutierten Theorien werden in der deutschsprachigen Literatur gemeinhin als „positive Generalprävention“ bezeichnet.¹¹⁵⁶ Gerade aufgrund der verschiedenen Konzeptionen, die zu diesem Begriff vorliegen und den damit einhergehenden Missverständnissen, wird in der Folge allerdings i.d.R. von Normstabilisierung gesprochen, um diese Funktionsbestimmung klar in ihrer soziologisch-funktionalen Fassung verstanden zu wissen. Im englischsprachigen Raum hingegen ist in diesem Zusammenhang neuerdings von „Rekonstruktivismus“ (*reconstructivism*) die Rede, was sogleich noch genauer betrachtet wird. Klar ist jedenfalls bereits zu diesem Zeitpunkt, dass ein umfassendes Konzept der positiven Generalprävention nicht nur konsequentialistisch und präventiv begründet werden kann, sondern sich vielmehr in einer Kombination aus absoluten und relativen Theorien ergibt.¹¹⁵⁷

3.2 Rekonstruktivistische Wirkung der Strafe

Im englischsprachigen Raum hat die Theorie der positiven Generalprävention, wie bereits betont, vergleichsweise wenige Anhänger gefunden. Ein neuerer Vorschlag von *Kleinfeld*, welcher an die Tradition von *Durkheim* und *Hegel* anschliesst, erkennt nun die Aufgabe des Strafrechts in der „Verkörperung des ethischen Lebens“ der Gemeinschaft und schliesst daraus, dass dem Strafrecht konsequenterweise die Aufgabe zukomme, diese verkörperten Normen bei

1154 Vgl. KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1525 (2016).

1155 Ähnlich auch DUFF, Punishment, Communication, and Community, 89.

1156 STÜBINGER, Kritische Justiz 1933, 35, der die Begrifflichkeiten auf einen Vorschlag von NEUMANN/SCHROTH, 33 ff. aus dem Jahre 1980 zurückführt.

1157 DUBBER/HÖRNLE, 4.

Bedarf zu rekonstruieren.¹¹⁵⁸ Darauf baut entsprechend der von *Kleinfeld* gewählte Begriff der „*normative reconstruction*“ bzw. die Bezeichnung dieser Lehre als „*reconstructivism*“. Dieser Rekonstruktivismus sei sowohl deskriptiv, indem er beschreibe, wie das Strafrecht in den meisten Gesellschaften funktioniere, und gleichzeitig normativ, indem er aufzeige, was es heisse, wenn das Strafrecht auf eine gute Weise funktioniere bzw. wie es gut funktionieren soll.¹¹⁵⁹ Für ihn ist der Rekonstruktivismus entsprechend mehr als sozialwissenschaftliche Analyse, sondern sowohl funktionalistisch als auch teleologisch. Der Rekonstruktivismus würde entsprechend an der Grenze von Normativität und Beschreibung stehen, indem er zeige, dass das Strafrecht sich einer bestimmten Funktion verschrieben habe und dass es diese Funktion auch erfüllen soll.¹¹⁶⁰ Die Theorie grenzt sich dabei deutlich von den im angelsächsischen Raum etablierten Theorien rund um den Rechtsgüterschutz (*harm principle*), aber auch von traditionellen Theorien von Vergeltung oder Prävention, ab.¹¹⁶¹

Im Vergleich zu *Luhmann* oder vielen an ihn anschliessenden Autorinnen und Autoren, welche primär den deskriptiven Nutzen dieses Theoriestrangs erkennen und einer rein soziologischen Analyse folgen, sieht *Kleinfeld* auch deutlich das normative Potenzial einer solchen auf der Normstabilisierung aufbauenden Strafrechtstradition. So sei der „Leitstern“ dieses Konzeptes nicht Verdienst, Glück oder Freiheit, sondern *Solidarität*. Das Strafrecht sei der Verteidiger der geteilten moralischen Kultur, welche vor allem deshalb wichtig sei, da sie eben geteilt sei und nicht nur, weil sie richtig sei.¹¹⁶² Entsprechend kann man dieser Theorie einen kommunitaristischen Anstrich

1158 So KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1488 ff. (2016). Dieses „ethische Leben“ gehe gemäss *Kleinfeld* weit und sei nicht nur eine Ansammlung moralischer Imperative. Es gehörten dazu Rechte, Werte und teleologisch strukturierte soziale Institutionen, Vorstellungen von Gut und Böse, soziale Rollen und Strukturen und vieles mehr. Entsprechend sei der Begriff „Norm“ i. d. S. weit zu fassen.

1159 KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1490 und 1534 ff. (2016). Gemäss *Kleinfeld* sei die klassische Unterscheidung zwischen normativer und deskriptiver Theorie sowieso überschätzt. Er postuliert, dass wir – sobald es ums soziale Leben gehe – wollen sollten, dass unsere normativen Theorien ein deskriptives Fundament haben und unsere deskriptiven Theorien normative Implikationen mit sich bringen. Sonst würden normative Theorien ihr Ziel verfehlen und deskriptive Theorien hätten keine Handlungsrelevanz.

1160 KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1537 (2016).

1161 KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1491 (2016).

1162 KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1492 f. (2016).

zuschreiben.¹¹⁶³ Der Fokus auf das soziale System hat in dieser Lesart selbstverständlich nicht nur einen deskriptiven Wert. In der Tradition von *Hegel* und *Durkheim*, deren Denken an Solidarität anschliesst, hat der Mensch erst im sozialen Kontext die Möglichkeit der Entfaltung und dafür brauche es ein gemeinsames normatives Fundament. Das Strafrecht an dieses Verständnis anzuschliessen bedeutet nun, anzuerkennen, dass ihm eine entscheidende Rolle im Schutz des Fundaments dieser Solidarität zukomme.¹¹⁶⁴

Dieser Sichtweise ist ein gewisser Konservatismus inhärent, da sie die bereits bestehenden Normen zu schützen pflegt.¹¹⁶⁵ Hiermit ist aber nicht konservativ in einem politischen Sinne gemeint, sondern insoweit, als dass die Theorie der Normstabilisierung sich gegenüber der Inanspruchnahme des Strafrechts zum Zwecke von sozialen Reformen eher kritisch gegenüberstellt.¹¹⁶⁶ Ferner ist sie auch in einem gewissen Sinne relativistisch, da sie theoretisch beliebige Formen von Solidarität schützt. *Kleinfeld* fordert deshalb, dass diese trotz normativem Gehalt primär sozialwissenschaftliche Sichtweise in eine Gerechtigkeitstheorie eingebunden werden sollte, welche zwar anerkennt, dass das soziale Funktionieren jeder Gemeinschaft einen eigenen Wert aufweist, dass aber sehr wohl beachtet werden muss, ob die entsprechende moralische Kultur, die geschützt werden soll, auch schützenswert ist.¹¹⁶⁷ Folglich impliziert diese Perspektive sehr wohl eine kritische Grenze.¹¹⁶⁸ Eine solche normative Theorie des Strafrechts, eine Strafrechtsphilosophie, welche auf der systemtheoretischen Analyse und der Funktionsbestimmung in der Normstabilisierung aufbaut, kann im Rahmen dieser Untersuchung

1163 Was z.B. *Duff* tue; so KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1492 Fn. 9 (2016); zum Kommunitarismus siehe bereits die Hinweise in Fn. 805 auf S. 154.

1164 KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1493 f. (2016).

1165 KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1549 (2016).

1166 KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1555 (2016).

1167 KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1550 (2016).

1168 Gemäss *Kleinfeld* sei diese Grenze im heutigen US-amerikanischen Strafrecht bereits erreicht. Der Rekonstruktivismus entfalte entsprechend radikalen kriminalpolitischen Handlungsdruck. Er schütze das „ethische Leben“ bzw. die „soziale Solidarität“ und das amerikanische Strafrecht tue das nicht. Vielmehr würde es so aggressiv kriminalisieren, dass es jedes noch so kleine Fehlverhalten als Verbrechen abtäte und damit strenger urteile als es der Durchschnittsbürger tun würde. Die Instrumente des Strafrechts würden schon längst populistisch missbraucht; so KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1550 (2016) mit Verweis auf STUNTZ, *Collapse of American Criminal Justice* (2011), BIBAS (2012) und ROBINSON, *Institutions of Justice* (2013); siehe zum Thema „Overcriminalization“ in den USA bereits S. 99 ff.

zwar nicht im Detail abgehandelt werden, es wird jedoch noch der Frage nachzugehen sein, ob sich ein solches umfassenderes rechtstheoretisches Modell auf dem Funktionalismus gründen liesse, womit diese Methodik keineswegs auf das Deskriptive beschränkt bliebe.¹¹⁶⁹

3.3 Empirische Überprüfung und Überprüfbarkeit der positiven Generalprävention

Einer der häufigsten Einwände gegen die vorangehend präsentierten Annahmen ist jener der mangelnden empirischen Evidenz bzw. vielmehr die grundlegende Frage, ob eine solche überhaupt möglich sei.¹¹⁷⁰ *Luhmanns* systemtheoretische Analyse des Rechts und entsprechend darauf aufbauende Modelle im Strafrecht würden gemäss Kritikern primär an einer fehlenden „empirischen Rückversicherung“ leiden und seien deshalb abzulehnen.¹¹⁷¹ In der Tat sind die beschriebenen Zusammenhänge empirisch nur schwer nachzuweisen.¹¹⁷² Das liegt mitunter daran, dass es schlichtweg nicht einfach ist, einen Kriminalitätsanstieg aufgrund ausgebliebener Urteile nachzuweisen.¹¹⁷³ Ferner sind Situationen, bei denen nach schweren Vergehen eine Bestrafung ausbleibt, kaum zu finden.¹¹⁷⁴ Die Schwierigkeiten sind des Weiteren u.a. darauf zurückzuführen, dass die sozialpsychologischen und soziologischen Mechanismen der Erhaltung der Normanerkennung äusserst komplex und vielschichtig sind.¹¹⁷⁵ Die normstabilisierenden Effekte der Strafe bedürfen entsprechend einer Langzeitperspektive,¹¹⁷⁶ da der soziale Ordnungsverlust aufgrund einer Destabilisierung normativer Erwartungen kaum kurzfristig zu beobachten ist. Zudem gestaltet es sich forschungstechnisch auch als schwierig, die negativ-generalpräventiven von den positiv-generalpräventiven Effekten zu trennen.¹¹⁷⁷

1169 Siehe zu dieser Diskussion auch S. 447 ff.

1170 BAURMANN, Positive Generalprävention, 2 f.

1171 So z.B. SACHER, 597

1172 Siehe zu dieser Problematik z.B. DÖLLING, ZStW 1990, 18 f. und passim; FRISTER, Voluntatives Schulelement, 27 ff.; SCHÖCH, FS Jescheck II, 1081 ff., GIEHRING, KrimJ 1987, 2 ff., SCHUMANN, Ergebnisse und Chancen, 14 ff.; BOCK, ZStW 1991, 654 ff.

1173 HÖRNLE, FS Roxin, 9 f.

1174 KILLIAS/KUHN/AEBI, Grundriss Kriminologie, N 1006; siehe jedoch sogleich die Beispiele in Fn. 1182.

1175 SCHNEIDER, 328.

1176 ANDENAES, 66 J. Crim. L. & Criminology 338, 341 (1976); DÖLLING, ZStW 1990, 18.

1177 ANDENAES, 66 J. Crim. L. & Criminology 338, 341 (1976).

Gemäss *Jakobs* müsse eine empirische Untersuchung zur positiven Generalprävention auch immer etwas „deplatziert“ wirken, da eine solche das Umfeld, d.h. die individual- oder sozialpsychologischen Folgen, nicht aber den Kern der Theorie betreffen würde. Die Bestätigung der normativen Identität selbst sei hingegen empirisch nicht fassbar, da sie nicht Folge des strafrechtlichen Verfahrens, sondern dessen kommunikativer Bedeutung sei.¹¹⁷⁸ Dennoch bedeutet dies keineswegs, dass die vorhandenen Evidenzen in Bezug auf diese „Begleitfolgen“ nicht der wissenschaftlichen Untermauerung dienen können und die systemtheoretischen Annahmen in Bezug auf die Normstabilisierungsfunktion einer empirischen Erforschung nicht zugänglich sind. Zudem kann ganz allgemein das Argument angeführt werden, dass bereits die Feststellungen, dass die Gesellschaft nicht in völliger Anomie versinke und das Kollektivbewusstsein in Bezug auf grundlegende normative Verhaltenserwartungen gegenwärtig noch ausreichend ausgeprägt sei, als Indiz gewertet werden können, dass die systemischen Mechanismen funktionieren.¹¹⁷⁹ Auch bereits die Existenz des Strafrechts selbst lässt sich demgemäss als Beweis dafür werten, dass es in der Gesellschaft ein Normstabilisierungsbedürfnis gibt, welches staatliche Sanktionsmechanismen erfordert.¹¹⁸⁰ In der Realität jedenfalls kommt eine Gesellschaft ohne Strafrechtspflege, welche aber ansonsten mit Industriegesellschaften vergleichbar komplex ausgeprägte Strukturelemente aufweist, nicht vor.¹¹⁸¹ Würden Normen auch ohne Sanktion oder Sanktionsandrohung stabilisiert und sich erhalten, würde es kaum ein Strafrecht geben. Ein Experiment, bei dem man das Strafrecht „weglässt“ und damit einen endgültigen empirischen „Beweis“ liefern kann, lässt sich allerdings kaum umsetzen.¹¹⁸² Wohl aber sind Experimente von

1178 JAKOBS, ZStW 1995, 844 f.

1179 SCHNEIDER, 328.

1180 Dazu sogleich mehr in III. (S. 214 ff.).

1181 SCHNEIDER, 80. Gemäss POPITZ, 86, beginnt der Aufbau eines Systems von Sanktionsnormen immer dort, wo sich soziale Normen zu etablieren beginnen. Ohne Sanktionsregelungen könne sich kein primäres Normensystem erhalten.

1182 Ein zu nennendes, unglückliches „natürliches Experiment“ ereignete sich jedoch 1944 in Dänemark, als die Nazis die gesamte Kopenhagener Polizei inhaftierten und durch eine improvisierte und ineffektive Aufsicht ersetzten, worauf hin gewisse Kriminalitätsformen – allen voran „sichtbare“ wie Diebstähle und Raubüberfälle – drastisch angestiegen seien, andere jedoch nicht namhaft; siehe dazu ANDENAES, Punishment and Deterrence, 51; KILLIAS/KUHN/AEBI, Grundriss Kriminologie, N 1007. Als ein weiteres der seltenen Beispiele eines „Strafausfalls“ lässt sich die in Deutschland

Wirkungszusammenhängen und Mechanismen im Kleinen durchführbar.¹¹⁸³ Es gibt entsprechend auch empirische Forschung, welche die Annahmen der positiven Generalprävention untermauert, wobei regelmässig bereits die Tatsache, dass etwas strafrechtlich normiert ist bzw. eine Strafe droht die Normvorstellungen (und in der Konsequenz die normativen Erwartungen) der Rechtsunterworfenen beeinflusst.¹¹⁸⁴

regional unterschiedlich vonstatten gegangene Einführung der Diversion, d.h. einer Form der Beendigung des Jugendstrafverfahrens, anführen. Eine Evaluation in Bezug auf die unterschiedlichen Wirkungen zeigte, dass der teilweise Verzicht auf Strafen tatsächlich zu einer Vermehrung von Gewalt- und Eigentumsdelikten geführt hat; siehe die Evaluation von ENTORF/SPENGLER (2008); dazu ebenfalls KILLIAS/KUHN/AEBI, Grundriss Kriminologie, N 1011b mit dem Hinweis, dass dies die Annahme untermauere, dass solche „Null-Strafen“ auf die Normen „stark erodierend“ wirken würden und zwar auch bei Unbeteiligten, die diese fehlende Bestrafung beobachteten.

1183 Tatsächlich findet sich jedoch nur wenige experimentelle Forschung zur positiv-generalpräventiven Wirkung von Strafen. Eine der wenigen Ausnahmen (und ein Beispiel dafür wie schwer sich positiv-generalpräventive von negativ-generalpräventiven Effekten in der Praxis oftmals unterscheiden lassen) bildet ein Experiment mit Soziologie-Studenten von *Tittle* und *Rowe* aus dem Jahre 1973. Bei drei Klassen, die regelmässig kleine Tests absolvieren mussten und in deren Folge sich die Studenten jeweils selbst benoten konnten, wurde überprüft, ob sich bei dieser Selbstbewertung Unterschiede ausmachen lassen – je nach Verhalten der Studienleiter. Nach dem vierten Test wurden die Gruppen an ihre moralische Verpflichtung, sich aufrichtig zu bewerten, erinnert. Nach dem siebten Test wurden sie darauf hingewiesen, dass es Reklamationen wegen unlauterem Verhalten gab und dass nun einige Tests kontrolliert würden. Nach dem letzten Test wurde die Gruppe informiert, dass ein Betrugsfall gefunden wurde und die Person bestraft werde. In Wahrheit wurden die Tests aber permanent kontrolliert. Das Resultat lässt sich wie folgt zusammenfassen: Eine beachtliche Anzahl von Mogeleyen gab es permanent. Die moralische Ermahnung zeigte keinen Effekt auf das allg. Betrugslevel. Die Androhung zu bestrafen hatte einen signifikanten Effekt und dieser wurde nochmal erhöht mit der Information, dass ein Betrüger gefasst und bestraft wurde; siehe *TITTLE/ROWE*, *Social Problems* 1973, 488 ff.; eine Zusammenfassung findet sich bei *ANDENAES*, 66 *J. Crim. L. & Criminology* 338, 357 (1976).

1184 Siehe z.B. die Studien von *KAUFMANN HARRY*, 77 ff. und *WALKER/MARSH*, 24 *Brit. J. Criminol.* 27 (1994), welche experimentell nachweisen konnten, dass die Tatsache, dass etwas als strafrechtlich verboten gilt, bereits einen Einfluss auf die Wertvorstellungen der Testpersonen hatte. Auch weitere empirische Untersuchungen belegen diesen Umstand, vor allem auch solche aus dem Bereich des Strassenverkehrs. So konnte in zahlreichen Ländern z.B. nachgewiesen werden, dass die Tragepflicht von Sicherheitsgurten zu einer deutlich erhöhten Tragequote führte, wobei die Strafandrohung deutlich mehr wirkte als jegliche „Appelle an die Einsicht“; siehe *KILLIAS*, *Déviante et société* 1985, 31 ff. Ähnliche Verhaltensanpassungen und eine „spontane Konformität“ – bereits durch den Umstand der reinen Rechtsänderung und nicht erst durch tatsächliche

Bei einer Beurteilung ist jedoch selbstverständlich von Relevanz, welches genaue Begründungsmodell der Theorie in Anspruch genommen wird.¹¹⁸⁵ Entsprechend werden oft nur Plausibilitätsaussagen getroffen.¹¹⁸⁶ Auf der Ebene solcher Überlegungen ist allerdings festzustellen, dass ein Zusammenhang von Normbegründung durch Strafe und späterem Legalverhalten der Bevölkerung durchaus anzunehmen ist.¹¹⁸⁷ Es ist demzufolge naheliegend, dass die Wechselwirkung zwischen Strafe auf der einen Seite und der Stabilität und Verankerung einer Norm auf der anderen Seite spielt und als solche auch in ihrer Wirkung auf die Akteure, d.h. allem voran auf die psychischen Systeme, nicht unüberprüfbar bleibt. Auch wenn der Wirkungszusammenhang kaum geradlinig besteht, so ist er dennoch in einem strafrechtstheoretischen Modell zu berücksichtigen.¹¹⁸⁸ Das Strafrecht ist im Modell der positiven Generalprävention als soziale Umwelt des Individuums zu verstehen, welches durch vielfältige Formen der staatlichen Sanktionen, d.h. mit seinen Outputs, zur Herausbildung von Handlungsdispositionen und deren Aufrechterhaltung beiträgt.¹¹⁸⁹ Dieser Sozialisationsfaktor ist – wenn es sich auch schwierig gestaltet – grundsätzlich nachweisbar.¹¹⁹⁰ Die bisherigen Erkenntnisse weisen sodann jedenfalls darauf hin, dass ein solcher Zusammenhang zwischen Strafe und Normstabilität festzustellen ist.¹¹⁹¹ Dass die empirischen Untersuchungen dazu nicht hoch an der Zahl sind, ist, wie *Bleckmann* treffend bemerkt, des Weiteren wenn überhaupt „kein

Strafverhängungen – konnte auch bei der Einführung tieferer Höchstgeschwindigkeiten auf Schweizer Autobahnen beobachtet werden; DIETRICH ET AL. (1988). Ferner hatten die entsprechenden Strafnormen nicht nur einen Effekt auf das Verhalten, sondern darüber hinaus auch auf die Haltung der Bürger zu den eingeführten Limiten; EWERT (1999). Zu beiden (und weiteren) Beispielen ausführlich KILLIAS/KUHN/AEBI, Grundriss Kriminologie, N 125 ff.

1185 Dazu ausführlicher FRISTER, *Voluntatives Schulselement*, 27 ff., insb. 42 f.; SCHUMANN, *Ergebnisse und Chancen*, 1 ff.

1186 HÖRNLE, FS Roxin, 9 f.

1187 HÖRNLE, *Straftheorien*, 26; siehe bereits die empirischen Nachweise dieses Zusammenhangs in Fn. 1184.

1188 HÖRNLE, *Straftheorien*, 26 f.

1189 So BAURMANN, *Positive Generalprävention*, 7.

1190 So meint auch BAURMANN, *Positive Generalprävention*, 12, dass eine „empirisch gehaltvolle Fassung einer Theorie der positiven Generalprävention“ möglich sei, da es Verhaltensmodelle gebe, mit denen diese Theorie soziologisch formuliert und damit grundsätzlich empirisch überprüfbar gemacht werden könne.

1191 Siehe die Nachweise in Fn. 1182, 1183 und 1184.

Gegenargument, sondern eher Forschungsanweisung an die Soziologie und insb. die Kriminologie“.¹¹⁹²

III. SYNTHESE: FUNKTION, GRENZE UND OPERATIONSWEISE DES STRAFRECHTSSYSTEMS

1. Strafrechtssystem als Garant normativer Ordnung

Eine systemtheoretische Strafzwecklehre mündet in der Feststellung, dass die Strafe der Normstabilisierung zu dienen habe. Damit wird das Strafrecht zum Garant der Enttäuschungsfestigkeit der Norm und ermöglicht so die Erhaltung der Verhaltensabstimmung und als Konsequenz auch der Verhaltensfreiheit im System. Der „Systemerhalt“ ist entsprechend dann gefährdet, wenn diese Funktion nicht mehr erfüllt werden kann, d.h. wenn das Strafrecht diese Verhaltensabstimmung und damit die normative Ordnung innerhalb des Gesellschaftssystems im Allgemeinen nicht mehr gewährleisten kann.¹¹⁹³ Strafrechtliche Verantwortlichkeit werde gemäss *Keating et al.* damit auch zum „Kennzeichen einer freien Gesellschaft“.¹¹⁹⁴

Entsprechend ist die höherliegende Aufgabe des Strafrechts auch nicht einfach der Schutz von Rechtsgütern. Diese klassisch gewordene These, das Strafrecht diene dem Schutz von Rechtsgütern, erschöpft sich gemäss Anhängern einer systemtheoretischen Fassung der positiven Generalprävention einzig darin, dass das Strafrechtsgut die „Enttäuschungsfestigkeit der wesentlichen normativen Erwartungen“¹¹⁹⁵ darstelle.¹¹⁹⁶ Dabei steht vor allem die Feststellung im Vordergrund, dass die „Summe aller Rechtsgüter“ nicht die „soziale Ordnung“ bilde, sondern nur einen Ausschnitt davon darstelle.¹¹⁹⁷

1192 BLECKMANN, 171 f. mit dem kritischen Verweis auf die „kaum gehaltvolle Forschung“ (was primär an den theoretischen Defiziten und dem zu psychologisierenden Verständnis der positiven Generalprävention liege) von SCHUMANN, *Empirische Beweisbarkeit* (1998); *ders.*, *Ergebnisse und Chancen* (1998); SCHÖCH, FS Jescheck II (1985) und BÖNITZ (1991).

1193 Im Einzelfall kann das Strafrecht bereits heute keine Verhaltenssteuerung garantieren, in der Summe jedoch die Normgeltung.

1194 KEATING ET AL., 139.

1195 JAKOBS, AT 2. A., 25 (2/2).

1196 SCHNEIDER, 71.

1197 So JAKOBS, AT 2. A., 44 f. (2/22). Gemäss LÜDERSEN, 62, sei es denn auch nicht die „Einsicht in die Möglichkeit, mit der Strafe Zwecke zu verfolgen“, welche die „Welt der

Das Strafrecht ist dieser Überzeugung folgend keine „Veranstaltung zur Gütererhaltung oder gar Gütermaximierung“.¹¹⁹⁸ Es geht auch nicht darum, rechtswidriges Verhalten zu verhindern, sondern in letzter Konsequenz vielmehr, durch Normstabilisierung Verhaltensabstimmung und Verhaltensfreiheit zu ermöglichen.¹¹⁹⁹

In der Tat liegt die Funktion der Strafe als „symbolische Manifestation der Rechtsgeltung“ auch nicht alleine in der instrumentellen Durchsetzung¹²⁰⁰ und damit anders als im Zivilrecht auch nicht einzig im Ausgleich der Enttäuschung selbst. Strafe ist so z.B. auch gar nicht per se dazu geeignet, einen Zustand einer Rechtsgutsverletzung zu beseitigen oder einen Schaden im Ergebnis auszugleichen.¹²⁰¹ So bietet Strafe keinen Schadenersatz.¹²⁰² Vielmehr handelt es sich dabei um einen auf Kosten des Täters vollzogenen Widerspruch gegen den Normbruch, welcher eine „Desavouierung der Norm“ darstellt.¹²⁰³ Nur bei einem Verstoss gegen eine Strafrechtsnorm entsteht demzufolge – gerade in Abgrenzung zum Privatrecht – auch ein „öffentlicher Konflikt“.¹²⁰⁴ Welche Normen dabei stabilisiert werden sollen bzw. wer über die Kriminalisierung entscheidet, ist nicht Frage des Strafrechtssystems, sondern des politischen Systems, welches über den Weg struktureller Kopplung als systemische Umwelt auf das Strafrechtssystem einwirkt. Eine weit verbreitete Ansicht hält Strafrechtsnormen, d.h. ein „Eingreifen des Strafrechtssystems“, erst dann für legitim, wenn die entsprechende Aufgabe nicht durch andere Systeme übernommen werden kann, z.B. durch öffentlich-rechtliche Fürsorge oder privatrechtliche Ansprüche, aber auch durch informelle Sozialkontrolle.¹²⁰⁵ Diese Subsidiarität ist allerdings nicht nur Ausdruck eines grundsätzlichen rechtsstaatlichen oder liberalen „Prinzips“, sondern zur Hauptsache Ergebnis des Masses der Normgeltung bzw. des Ranges der Normbedeutung.¹²⁰⁶

Rechtsgüter relativiert, sondern der Abschied von einer wissenschaftlichen Metaphysik der Werte“.

1198 JAKOBS, AT 2. A., 45 (2/23).

1199 BLECKMANN, 60.

1200 BAURMANN, Positive Generalprävention, 9 f.

1201 LESCH, 190.

1202 JAKOBS, AT 2. A., S. 9 (1/9).

1203 JAKOBS, AT 2. A., S. 9 (1/9 und 10).

1204 So auch JAKOBS, AT 2. A., 8 (1/8).

1205 JAKOBS, AT 2. A., 48 (2/26).

1206 Ähnlich JAKOBS, AT 2. A., 48 (2/26) in Hinblick z.B. auf das Vikariieren von Strafe und Massnahmen.

Das Strafrecht muss sich in seiner Funktionserfüllung hier an die gesellschaftlichen Normen anlehnen, da es schliesslich eine Leistung für die übrige Gesellschaft erbringt und dafür ausdifferenziert ist.¹²⁰⁷ Gemäss *Geisler* leistet das Strafrecht „einen Beitrag zur Garantie derjenigen Normen, deren Erhalt für ein friedliches Zusammenleben unverzichtbar ist“.¹²⁰⁸ *Bleckmann* folgend ist die Funktion des Strafrechts der Schutz derjenigen Verhaltenserwartungen, die für die soziale und funktionale Differenzierung der Gesellschaft schlechterdings Voraussetzung seien.¹²⁰⁹ *Jakobs* meint schlicht, dass es darauf ankommt, welche Erwartungen zum Erhalt der Ordnung enttäuschungsfest garantiert sein müssen.¹²¹⁰ Es ginge also um den Erhalt „identitätsbestimmender Normen der Gesellschaft“.¹²¹¹ Diese zentrale Aufgabe des Strafrechts, mag man sie nun Normstabilisierung, Rekonstruktivismus oder positive Generalprävention nennen, muss jedenfalls im Rahmen der nachfolgenden Analyse stets berücksichtigt werden, da das ganze Subsystem Strafrecht dieser Funktionsbestimmung folgt.

Wie zu Beginn bereits festgestellt, muss dabei zwischen der Funktion des Strafrechts als Ganzes und der Strafe selbst unterschieden werden. Wie ausführlich dargestellt, konnte die Aufgabe der Strafe in der Normstabilisierung festgesetzt werden, während andere Strafzwecke allenfalls erwünschte Leistungen des Systems darstellen. Auch das Strafrecht als Ganzes als Garant der Ermöglichung von Strafe hat entsprechend der normerhaltenden Wirkung seiner Instrumente primär die soziale Ordnung durch den Strafzweck aufrechtzuerhalten. Die Funktion des Strafrechts als ganzes System wird gängig in der Monopolisierung der Gewalt, in der Isolierung des Normbruchs durch die Sanktion, in der Normbegründung, in der Verantwortungsfeststellung durch den Schuldspruch, der Opfergerechtigkeit oder auch in der rationalen Konfliktverarbeitung durch Formalisierung gesehen.¹²¹² Durch diese Eigenschaften lässt es sich von anderen sozialen Kontrollsystemen abgrenzen. All diese Funktionsbestimmungen folgen dem Wesen der Normstabilisierung und widersprechen dem Ergebnis der vorangegangenen Analyse nicht.

1207 BLECKMANN, 176.

1208 GEISLER, 115.

1209 BLECKMANN, 127 f. Gemäss *Bleckmann* sei darin auch ein Hinweis zur Limitierung strafrechtlichen Regelungsenthusiasmus' erkennbar, obwohl sich nicht ad hoc sagen lasse, was im Detail insb. zum Schutz funktionaler Differenzierung notwendig sei.

1210 JAKOBS, Schuld und Prävention, 30.

1211 JAKOBS, ZStW 1995, 844.

1212 So RÖSSNER, FS Roxin, 982 ff.

Vielmehr zeigen sie auf, dass die Ausdifferenzierung des Strafrechtssystems zum Zwecke der Normstabilisierung im sozialen System erfolgen muss, um soziale Ordnung zu ermöglichen.¹²¹³ Die Grundfunktion liegt entsprechend in der Normbegründung, die anderen „Aufgaben“ gehen damit allerdings einher und sind je nach Eigenart deren notwendige Voraussetzung oder deren logische Folge.

Kriminalisierung und in der Folge Erwartungssicherung durch das Strafrechtssystem leisten damit im Rahmen des rechtlichen Gesamtsystems einen wesentlichen Beitrag zur Stabilisierung der normativen gesellschaftlichen Ordnung und damit auch zur Aufrechterhaltung des Gesellschaftssystems und der Freiheit im System. Diese Ausführungen lassen noch offen, welche Normen denn speziell durch das Strafrecht gesichert werden müssen. Auch eine Strafzwecklehre, welche die Systemfunktion in der Normstabilisierung festlegt, muss sich die Frage gefallen lassen, welche Normen genau, wann und in welchem Ausmass stabilisiert werden müssen.¹²¹⁴ Klar ergibt sich aus den systemischen Wirkungszusammenhängen allerdings, dass dabei Kriminalisierung, also die Festlegung der Grenzen des Strafrechts, und dessen Funktion miteinander zusammenhängen und direkt aufeinander bauen.

2. Zum Zusammenspiel von Kriminalisierung, Normstabilisierung und Verantwortungszuschreibung

Wie die Systemtheorie nahelegt, definiert sich ein soziales System im Wesentlichen über drei Elemente, welches ihm operative Schliessung und damit Selbständigkeit und Autonomie erlauben. Dies ermöglicht entsprechend eine Abgrenzung des sozialen Systems von seiner systemischen Umwelt, welche vorliegen muss, damit von einem System im soziologischen Sinne gesprochen werden kann. Diese drei Elemente sind die Funktion, die Operationsweise und die Systemgrenzen. Für das Strafrecht konnte in den vorangehenden Ausführungen eruiert werden, dass diese drei Eigenschaften vorliegen, es sich also beim Strafrecht um ein solches, abgrenzbares soziales System handelt.

¹²¹³ D.h. selbstverständlich nicht, dass die soziale Ordnung nur mittels klassischer „Strafen“ aufrechterhalten werden kann. Auch andere Formen der Reaktion sind denkbar und auch heute durch das Massnahmensystem bereits teilweise verwirklicht. Eine Gesellschaft ohne Reaktionen auf Normbrüche gewisser Stärke würde jedoch mit grosser Wahrscheinlichkeit in Anomie enden.

¹²¹⁴ So auch BLECKMANN, 127.

Systemgrenze (Kriminalisierung), Funktion (Normstabilisierung mittels Strafe) und die spezifische Operationsweise (Anwendung des Codes mittels Verantwortungszuschreibung) hängen dabei selbstverständlich direkt – eben systemisch – zusammen und können nicht isoliert betrachtet werden. So gehört zum Strafrechtssystem, was in Anwendung des spezifischen Codes und der spezifischen Funktionserfüllung geschieht. Dies definiert wiederum die Grenze. Normen, welche nicht durch Strafe stabilisiert werden müssen, sind nicht Bestandteil des Strafrechtssystems. Umgekehrt werden nur diejenigen Normen mittels Strafe stabilisiert, welche innerhalb des Strafrechtssystems geschützt sind und welche entsprechend dieser Operationsweise abgehandelt werden. Was also nicht Teil des Systems ist, muss nicht durch Strafe stabilisiert werden. Als dritte Konsequenz wird demzufolge auch nur dann Verantwortung zugeschrieben – und das wird der Ausgangspunkt der weitergehenden Untersuchung – wenn dies in Erfüllung der Normstabilisierungsfunktion und innerhalb der Strafrechtsgrenzen geschieht. Ist es nämlich Aufgabe des Strafrechtssystems, Strafe zur Stabilisierung von Normen bereitzustellen, ist das also der Grund, weshalb die Gesellschaft ein Strafrecht ausdifferenziert hat, so folgt auch die Verantwortungszuschreibung (und damit ihre Programme) dieser Aufgabe. Sie muss dies ferner zwingend tun, denn nur so kann das System seinen „Auftrag erfüllen“ und nur so kann das System seinen Fortbestand und seine Stabilität sichern.

Für die nachfolgende Untersuchung ergibt sich daraus die Frage, was für einen Platz die strafrechtliche Schuld innerhalb dieses ausdifferenzierten sozialen Systems einnimmt. Die Anwendung des Codes strafbar/nicht strafbar geschieht, so bereits mehrfach betont, durch eine Verantwortungszuschreibung zum Zwecke der Normstabilisierung. Im Rahmen dieser Operationsweise ist auch die Funktion der Schuld anzusiedeln. Im Rahmen des nachfolgenden Teils wird eruiert werden müssen, ob bzw. inwiefern die Schuld im Rahmen dieser Operationsweise wesensbestimmend ist, ob sie also ebenso eine zentrale Eigenschaft des sozialen Systems ist oder ob sie vielmehr funktional äquivalent austauschbares Element ist. Gemäss *Streng* sei es klar, dass eine positiv generalpräventiv wirkende Strafe „eine als gerecht wahrnehmbare, verhältnismässige Reaktion“ verlange, da das Strafbedürfnis der Mitbürger ein „Reflex der verinnerlichten Wertordnung“ sei und gerade der Betätigung dieser Werte diene.¹²¹⁵ Ob in der Tat nur ein

1215 STRENG, ZStW 1989, 292; diese der Realisierung von internen Normbestätigungsbedürfnissen der Urteilenden folgende Strafe im Rahmen der

„schuldhaftes“ Verhalten im herkömmlichen Sinne Anlass einer positiv generalpräventiven Strafe sein kann bzw. ob die Funktionserfüllung des Systems, also die Normstabilisierung diese „Schuld“ voraussetzt, wird dabei genau zu prüfen sein. Dabei steht die Frage im Zentrum, welche Funktion die Schuld im Rahmen der Verwirklichung der Normstabilisierung einnimmt.

Als Zusammenfassung dieses Kapitels lässt sich festhalten, dass ein „Steckbrief“ des Strafrechtssystems zwingend nachfolgende Informationen enthalten müsste:

1. Das Strafrecht ist ein soziales System innerhalb des Gesellschaftssystems. Es dient der Stabilisierung normativer Erwartungen mittels Strafe (kurz: der Normstabilisierung).
2. Ob (und welche) Strafe zum Zwecke der Normstabilisierung notwendig ist, entscheidet das Strafrechtssystem in Anwendung seines spezifisch binären Codes strafbar/nicht strafbar, indem es also über strafrechtliche Verantwortung bestimmt (und diese ggf. zuschreibt).
3. Nur das Strafrechtssystem erfüllt diese Aufgabe innerhalb der Gesellschaft. Es gibt keine andere Instanz, die beurteilen kann, ob etwas strafbar ist oder nicht. Keine andere Instanz entscheidet über strafrechtliche Verantwortlichkeit. Dieser Aufgabe kommt das System entsprechend in operativer Geschlossenheit nach.

positiven Generalprävention sei folglich auch geeignet, alle anderen Strafzwecke zu limitieren.

Teil 3:
Funktion und Elemente des
Schuldvorwurfs im Rahmen der
Normstabilisierung

Kapitel 1: Funktion des Schuldprinzips

I. SCHULDPRINZIP UND NORMSTABILISIERUNG

1. Struktur des Schuldprinzips

Wie im vorangegangenen Teil eruiert werden konnte, handelt es sich bei der spezifisch strafrechtlichen Reaktion auf einen Normbruch nicht um eine Kompensation des Vorteils des Täters oder um einen Schadensausgleich analog des Zivilrechts. Vielmehr geht es bei der Strafe darum, die Infragestellung der Norm durch den Täter zu negieren und damit die Normstabilität sicherzustellen.¹²¹⁶ Strafe ist dabei besonders geeignet, die Geltung einer Norm innerhalb der sozialen Ordnung zu bekräftigen. Dies geschieht, indem der Normbruch als Fehler identifiziert und, wie ebenfalls bereits betont, indem einem Täter die Verantwortung für diesen Fehler zugerechnet wird. Der strafrechtliche Mechanismus der öffentlichen Bestrafung lässt sich entsprechend durch diesen spezifischen Vorwurf charakterisieren. Mit der Strafe werden „schuldhaft“ Taten bestraft, d.h. eben „Fehler“ und keine „Unfälle“.¹²¹⁷ Innerhalb dieses Mechanismus ist die Funktion der Verantwortungszuschreibung und folglich auch der strafrechtlichen Schuldzuschreibung anzusiedeln. Wie diese Zuschreibungsprozesse vonstattengehen und was dabei die Rolle des Schuldvorwurfs ist, soll nun zunächst allgemein betrachtet werden, bevor die einzelnen Elemente der strafrechtlichen Schuld eruiert werden und ihnen ein Platz innerhalb des Norm(de-)stabilisierungsmechanismus zugewiesen wird.

Der Satz „*nulla poena sine culpa*“ kann aufgrund seiner normativen Struktur als Rechtsprinzip bezeichnet werden. Während Rechtsregeln in rechtstheoretischer Auffassung definitive Gebote darstellen, also Normen,

¹²¹⁶ Oben S. 194 ff.

¹²¹⁷ Vgl. auch ASHWORTH, 5 Ohio St. J. Crim. L. 407, 411 (2008).

die entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden, sind Prinzipien dagegen Normen, die auch graduell erfüllt sein können.¹²¹⁸ Prinzipien gebieten also, dass etwas in möglichst hohem Masse realisiert wird.¹²¹⁹ Die Aufgabe des Schuldprinzips kann entsprechend zunächst ganz umfassend in einer Art Sinn- oder Kontingenzformel erblickt werden. Gerade in Anbetracht der Geschlossenheit des Strafrechtssystems kann der Prinzipiengebrauch zu Stabilität beitragen, da die als „Werte“ fungierende Sinngebung einem historischen System Ordnung verleiht.¹²²⁰ Während der Schuldbegriff als Element des Deliktsaufbaus und demzufolge der Verbrechenslehre verschiedenartige Züge annehmen kann, stellt sich jedoch die Frage, ob dem Schuldprinzip, über den Gebrauch als reine Bezugseinheit i.S. einer Sinnformel hinaus, auch eine weitergehende Funktion zukommt, welche sich im Rahmen des übergeordneten Systemzwecks der Normstabilisierung verwirklicht. Demzufolge muss in der Folge zwischen der Funktion des Schuldvorwurfs selbst und der Funktion des Schuldprinzips differenziert werden. Während ersterem ein konkreter Platz innerhalb der strafrechtlichen Operationsweise, als Teil der Verantwortungszuschreibung also, zukommt, handelt es sich beim Schuldprinzip um ein übergeordnetes, diese Operationsweise anleitendes Prinzip.

2. Traditionelle Begründung des Schuldprinzips

Als Begründung für die Notwendigkeit des Schuldprinzips wird in der Literatur hauptsächlich angegeben, dass nur das Schulderfordernis es vermöge, den Einzelnen vor einer Instrumentalisierung zu bewahren.¹²²¹ Beim Schuldprinzip handle es sich entsprechend um einen Garant der Eingriffsbegrenzung.¹²²² Neben dieser Begründung aus dem Grundrechtseingriff selbst, unterscheidet *Frister* zwei weitere gängige Argumentationsmuster, mit denen das Schulprinzip als Voraussetzung und Massstab der Strafe gerechtfertigt werde: So könne die Geltung des Schuldprinzips einerseits utilitaristisch, d.h.

1218 SÁNCHEZ LÁZARO, GA 2012, 149. Diese Unterscheidung zwischen Rechtsregeln und Prinzipien geht auf *Dworkin* zurück; siehe DWORKIN, 38 ff.

1219 ALEXY, 771 f.

1220 Vgl. LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 347 f. und 355.

1221 So z.B. JAKOBS, *Schuldprinzip*, 7 mit dem Hinweis, dass deshalb das deutsche Bundesverfassungsgericht das Schuldprinzip neben der materiellen Rechtsstaatlichkeit auch aus der Menschenwürde ableite.

1222 Siehe dazu bereits einleitend S. 11 ff.

anhand der Frage der Zweckmässigkeit der Strafe, oder andererseits mit dem Sinngehalt der Strafe bzw. dem Unwerturteil selbst legitimiert werden.¹²²³

Bereits im Jahr 1780 hat *Bentham* versucht, das Schuldprinzip utilitaristisch zu begründen, d.h. mit der Erwägung, dass alleine eine an Schuld anknüpfende Strafe zweckmässig sei.¹²²⁴ Auf seinen Erklärungsansatz folgte eine Vielzahl weiterer Begründungsversuche in diese Richtung.¹²²⁵ Utilitaristische Ansätze könnten jedoch gemäss *Frister* eine (verfassungsrechtliche) Gewährleistung des Schuldprinzips nur dann fundieren, wenn sie keinen vernünftigen Zweifel daran liessen, dass eine Strafe ohne Schuld nicht zweckmässig sei.¹²²⁶ Im Rahmen dieses Utilitarismus könnten ferner zwei Stossrichtungen unterschieden werden: zum einen der „einfache Ansatz“, welcher sich auf die Feststellung beschränkt, dass eine Strafe ohne Schuld schlichtweg keinen Nutzen bringe.¹²²⁷ Gemäss verschiedenen Autorinnen und Autoren sei diese Argumentation allerdings wenig überzeugend, da alleine aus der Tatsache, dass die Präventionswirkung des Strafrechts die Ansprechbarkeit der Normadressaten voraussetzte, lediglich gefolgert werden könne, dass schuldlos begangene Straftaten durch das Strafrecht nicht verhindert werden könnten. Die Möglichkeit hingegen, dass durch eine Strafe ohne Schuld die Anzahl der schuldhaft begangenen Straftaten reduziert werden könnte, sei damit jedoch noch lange nicht ausgeschlossen. Es würde gegenteilig sogar vieles für das Vorhandensein einer solchen präventiven Wirkung sprechen.¹²²⁸ Neben diesem Ansatz wird innerhalb der utilitaristischen Strömung auch noch eine

1223 FRISTER, Schuldprinzip, 18.

1224 BENTHAM, 170 ff.

1225 Siehe dazu z.B. die Untersuchungen von BURKHARDT, *Utilitaristische Rechtfertigung*, 51 ff. und BAURMANN, *Folgenorientierung*, 19 ff.

1226 So FRISTER, Schuldprinzip, 19 f.

1227 FRISTER, Schuldprinzip, 20; ROXIN, FS Henkel, 186 *ders.*, FS Bockelmann, 297; BENTHAM, 170 ff.; NOLL PETER, FS Mayer, 219 ff.; RUDOLPHI, 72.

1228 So FRISTER, Schuldprinzip, 20; kritisch BURKHARDT, GA 1976, 336. *Frister* führt hier an, dass durchaus anzunehmen sei, dass auch bestimmte Formen einer Strafe ohne Schuld (z.B. die Bestrafung Angehöriger) zusätzliche Abschreckungseffekte haben könnten. Ferner sei auch ein Gewinn an positiver Generalprävention entgegen einer verbreiteten Auffassung durch eine Strafe ohne Schuld nicht auszuschliessen, da die Argumentation, die Schuld sei insoweit als Voraussetzung der Strafe unerlässlich, weil eine Einwirkung auf das Wertbewusstsein nur durch eine als gerecht angesehene Strafe erfolgen könne, problematisch sei; siehe zu diesem Thema auch HOERSTER, GA 1970, 275; NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*, 271; BOCKELMANN, 8; NOLL PETER, FS Mayer, 223; ROXIN, FS Bockelmann, 305; MÜLLER-DIETZ, FS Jescheck, 824; zur Vereinbarkeit der Generalprävention mit dem Schuldprinzip auch S. 231 ff.

qualifizierte Variante vertreten, die besagt, dass Strafe ohne Schuld mehr Schaden als Nutzen bringe. Dieser Begründungsversuch basiert auf einem entsprechenden Proportionalitätsprinzip. Strafe ohne Schuld könne demnach zwar eine präventive Wirkung haben, der darin liegende Nutzen werde aber durch negative gesellschaftliche Auswirkungen mehr als aufgehoben.¹²²⁹

Ein alternativer Erklärungsansatz des Schuldprinzips basiert, wie bereits angesprochen, darauf, das Schuldprinzip aus dem „Unwerturteil“ und dem Sinngehalt der Strafe heraus zu begründen.¹²³⁰ Dieser Ansatz scheint im ersten Moment besonders vielversprechend, liegt es doch nahe, den Grund dafür, dass gerade die Verhängung einer Strafe Schuld voraussetzen soll, in dem zu suchen, was die Strafe schon begrifflich von allen anderen Grundrechtseingriffen unterscheidet: ihrem Sinngehalt „Übelszufügung aufgrund eines vergangenen Verhaltens“.¹²³¹ Frister folgend liessen sich hier wiederum zwei Argumentationstypen unterscheiden: Die erste stelle auf die Beeinträchtigung der sittlichen Persönlichkeit durch den Sinngehalt der Strafe als solchen ab. Die zweite knüpfe an die gesellschaftliche Wirkung des Sinngehalts und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die soziale Stellung des Betroffenen an.¹²³²

Eine weitere übliche Begründungstheorie basiert auf den in der Strafe enthaltenen Grundrechtseingriffen.¹²³³ Diese Argumentation unternimmt i.d.R. einen Rückgriff auf die Menschenwürde, welche es verbiete, den Menschen

1229 FRISTER, Schuldprinzip, 22 f.; HOERSTER, GA 1970, 276 f.; JAKOBS, Schuld und Prävention, 24; BURKHARDT, Utilitaristische Rechtfertigung, 70; HART, Vereinigungstheorie, 233 f. Gemäss HOERSTER, GA 1970, 277, würde eine Strafe ohne Schuld bspw. eine rationale Lebensplanung vereiteln, weil das Risiko, bestraft zu werden, nicht mehr kalkulierbar wäre und eine allg. Verunsicherung der Bevölkerung eintreten könne. FRISTER, Schuldprinzip, 23, hält dem entgegen, dass das Eintreten einer solchen Verunsicherung kaum für jede Strafe ohne Schuld gelte. So habe z.B. die Bestrafung von Personen, die aufgrund psychischer Krankheiten schuldunfähig sind, gesamtgesellschaftlich kaum eine verunsichernde Wirkung, da eine solche Strafe objektiv betrachtet das Risiko, bestraft zu werden, nur für einen kleinen Teil erhöhe.

1230 HAMANN, 17; MÜLLER-DIETZ, Grenzen des Schuldgedankens, 31 f.; BLEI, 176.

1231 So FRISTER, Schuldprinzip, 24.

1232 FRISTER, Schuldprinzip, 24 f. (kritisch); diesen Ansatz befürwortend STREE, Deliktfolgen und Grundgesetz, 51 ff. Gemäss FRISTER, Schuldprinzip, 129, sei die Geltung des Schuldprinzips nicht aus der Art der strafrechtlichen Grundrechtseingriffe, sondern aus dem mit diesen Eingriffen verfolgten öffentlichen Interesse zu erklären.

1233 Siehe dazu ausführlich FRISTER, Schuldprinzip, 29 ff.

zum blossen Objekt staatlichen Handelns zu machen.¹²³⁴ Deshalb dürfe niemand allein aus Gründen kriminalpolitischer Zweckmässigkeit bestraft werden.¹²³⁵ Ein weiteres Argument stellt auf die Schwere des Eingriffs ab, wobei Strafe das schärfste und einschneidendste Machtmittel des Staates sei und deshalb eines besonderen Legitimationsprinzips bedürfe. Nur so erscheine sie als eine auch gegenüber dem Betroffenen vertretbare und gerechte Massnahme.¹²³⁶ Nach dieser Legitimation, welche neben der Nützlichkeit einer Kriminalstrafe im Zentrum stünde, müsse gemäss *Schünemann* selbst dann gefragt werden, wenn über die Wirksamkeitsmechanismen der Generalprävention und der Spezialprävention Klarheit herrschen würde und lediglich solche Strafen verhängt würden, die präventiv unbedingt notwendig wären. Als solche Legitimationsgrundlage komme dabei nur die Schuld in Betracht.¹²³⁷

In eine ähnliche Richtung geht auch die sog. Limitierungsthese *Roxins*, nach welchem es sich beim Schuldprinzip um ein Schuldüberschreitungsverbot handle, d.h. um eine notwendige Schranke der Strafgewalt. Danach dürfe die Strafe in ihrer Dauer über das Mass der Schuld auch dann nicht hinausgehen, wenn präventive Interessen eine längere Inhaftierung und damit einen weitergehenden Eingriff als wünschenswert erscheinen liessen. Die Eingriffsgewalt kollidiere in einem solchen Fall mit dem Freiheitsinteresse des Verurteilten, der sich dem Schuldprinzip folgend den Bedürfnissen des Staates eben nicht nach dessen Belieben, sondern nur im Rahmen seines Verschuldens fügen müsse. Das Schuldprinzip habe also ganz unabhängig von jeder Vergeltung oder jedem Präventionsgedanken eine liberale Funktion und entfalte sich primär im Rahmen der Strafzumessungslehre.¹²³⁸ Gemäss *Roxin* sei die Schuld zwar nicht Grund der Strafe (sondern vielmehr zweckrationale, präventive Überlegungen), dennoch aber eine notwendige Begrenzung derer. Die Strafe

1234 So die von *Dürig* entwickelte sog. „Objektformel“, wobei dieser sich selbst gegen diese Bezeichnung ausgesprochen hat; siehe dazu *DÜRIG*, AÖR 1956, 127 f.; *DÜRIG*, M/D-GG 3 I N 21 Fn. 3.

1235 *WELZEL*, Lehrbuch, 241; *KAUFMANN ARMIN*, 7; *ROXIN*, Grundlagenprobleme, 10 und 19; *ders.*, MschrKrim 1973, 319; *STRATENWERTH*, AT 4. A., § 2 N 3 ff.; *LÜDERSSEN*, 57; *STREE*, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 39 f.; *HAMANN*, 18 f.

1236 *SCHÜNEMANN*, Funktion des Schuldprinzips, 171; *FRISTER*, Schuldprinzip, 28; *MÜLLER-DIETZ*, FS Jescheck, 814.

1237 *SCHÜNEMANN*, Funktion des Schuldprinzips, 171 ff.

1238 *ROXIN*, AT I, § 3, N 51; *ders.*, MschrKrim 1973, 319; *ders.*, FS Henkel, 186; *ders.*, Grundlagenprobleme, 20.

dürfe demzufolge das Mass der Schuld nicht überschreiten.¹²³⁹ Diese limitierende Funktion des Schuldprinzips streicht auch *Albrecht* hervor, wenn er meint, dass die Schuld zwar ein „normatives Konstrukt“ sei und als solches den empirischen Anforderungen kaum gerecht werden könne, dass das Schuldprinzip aber als „ein normatives Bollwerk gegen eine wissenschaftlich angeleitete Totaldurchleuchtung und Kontrolle des Menschen“ verstanden werden könne.¹²⁴⁰ Inwiefern sich diese Ansätze auch funktional untermauern lassen, bedarf in der Folge noch weiterer Analyse, gerade mit Blick auf die Strafzwecklehren und die bereits eruierte Funktion des Strafrechts.

3. Schuldprinzip und Strafzwecke

Im Verlauf der historischen Entwicklung wurde immer wieder die Frage gestellt, inwiefern das Schuldprinzip mit den verschiedenen Strafzwecken einhergeht bzw. ob es sich als mit ihnen vereinbar erweist. Für die vorliegende Untersuchung ist dabei primär von Relevanz, ob sich Schuldprinzip und Normstabilisierung bedingen bzw. in welchem Verhältnis diese zueinanderstehen. Darüber hinaus lohnt sich zunächst jedoch auch ein Blick auf die Vereinbarkeit des Schuldverhältnisses mit den anderen Strafzwecken, d.h. den weitergehenden Leistungen des Systems.

Den absoluten Theorien scheint das Schuldprinzip bereits inhärent zu sein. So ist die Annahme, dass Strafe Schuld vergelten solle, ohne Schuldprinzip hinfällig. Eine Strafe, die ohne Schuldvorwurf verhängt würde, könnte weder Vergeltungs- noch Sühnebedürfnisse befriedigen. In einem Vergeltungsstrafrecht entfaltet das Schuldprinzip entsprechend die grösste Prägung.¹²⁴¹ Inwiefern das Schuldprinzip auch einem (reinen) Präventionsstrafrecht inhärent ist, oder ob es sich dabei eher um einen Fremdkörper handelt, ist hingegen umstritten.¹²⁴² *Roxin* führt aus, dass die Verhängung einer Strafe dann gerechtfertigt sei, wenn es gelinge, ihre für die Rechtsgemeinschaft präventive Notwendigkeit mit der vom Recht ebenfalls zu gewährleistenden Persönlichkeitsautonomie des Täters in Einklang

1239 ROXIN, Grundlagenprobleme, 20. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Grundkonzeption *Roxins*, wonach die Schuld nicht Grund, doch aber Grenze der Strafe sei, findet sich bei KAUFMANN ARTHUR, JZ 1967, 553 ff.

1240 ALBRECHT, Vergessene Freiheit, 72.

1241 SCHÜNEMANN, Funktion des Schuldprinzips, 156 f.

1242 Siehe dazu SCHÜNEMANN, Funktion des Schuldprinzips, 159 ff. mit Ausführungen zu verschiedenen Lösungsvorschlägen in Bezug auf die Vereinbarkeit des Schuldprinzips mit der Prävention.

zu bringen. Diese Gesichtspunkte würden sich keineswegs gegenseitig ausschliessen.¹²⁴³ Es müsse eine Ordnung geschaffen werden, welche zeige, dass das Strafrecht in Wahrheit die Allgemeinheit im generalpräventiven Sinne nur stärken könne, wenn es zugleich die Individualität des ihm Unterworfenen wahre.¹²⁴⁴

Der Zusammenhang zwischen Abschreckung und Schuldstrafe ist nicht weniger eindeutig. Selbstverständlich kann sowohl die Androhung als auch die Verhängung einer Schuldstrafe abschreckend wirken. Andererseits kann davon ausgegangen werden, dass auch eine die Schuld überschreitende Strafe diese Wirkung entfalten kann und die Strafhärte folglich i.S.d. reinen Abschreckung nicht limitiert werden müsste. Die limitierende Funktion des Schuldprinzips und die negative Generalprävention sind folglich kaum kompatibel.¹²⁴⁵ Auf der anderen Seite des Spektrums ist dagegen die Bestrafung Unschuldiger aus negativ-generalpräventiver Perspektive wenig vielversprechend. Die Furcht der potenziell strafbaren Unschuldigen vor der Bestrafung dient keinem vernünftigen Zweck und der Unschuldige hat keine Möglichkeit, dieser Furcht planend zu begegnen. In einem Staat, der die Bestrafung Unschuldiger zur Regel macht, würde eine rationale Lebensplanung weitgehend sinnlos.¹²⁴⁶

Zwischen der positiven Generalprävention und dem Schuldprinzip lasse sich hingegen gemäss *Streng* ein „widerspruchsfreier Zusammenhang“ herstellen, bei welchem sich „die Schuldzuschreibung als präventiv fundiert und generalpräventiv funktional“ erweise.¹²⁴⁷ Zweckrationalität und wertrationale Vertretbarkeit würden bei der positiven Generalprävention zusammenkommen, solange Schuld ausgeglichen werde.¹²⁴⁸ Für andere Autoren ist es sogar gerade das Schuldprinzip, welches eine gezieltere Anwendung der Strafe im Hinblick auf den generalpräventiven Zweck erlaube. Nur eine schuldangemessene Strafe entfalte eine präventive Wirkung. Eine Strafe ohne Schuld sei dagegen nicht nur ungerecht, sondern auch vom präventiven Zweck her

1243 ROXIN, Grundlagenprobleme, 19.

1244 ROXIN, Grundlagenprobleme, 29.

1245 STRENG, ZStW 1989, 285 f.; ACHENBACH, Individuelle Zurechnung, 141; GRÜNWARD, ZStW 1968, 94.

1246 HOERSTER, GA 1970, 277.

1247 STRENG, ZStW 1989, 287.

1248 STRENG, ZStW, 1989, 295.

sinnlos.¹²⁴⁹ Auch aus dieser Perspektive würde die Bestrafung Unschuldiger eine „erhebliche Verunsicherung“ der Rechtsadressaten bedeuten, da die Strafe für sie zu einem „Schicksalsschlag“ würde, dessen Eintritt von ihren Handlungen unabhängig sei.¹²⁵⁰ Verschiedene Vertreter gehen also davon aus, dass die Schuldstrafe als „gerechte Strafe“ im Zweifel auch die generalpräventiv wirksamste Sanktion darstelle.¹²⁵¹ Kritiker meinen hingegen, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass auch eine Strafe ohne Vorliegen von Schuld generalpräventiv auf andere wirken könnte.¹²⁵² Bei der Beurteilung der präventiven Wirkung einer Strafe ohne Schuld sei man hauptsächlich auf Plausibilitätserwägungen angewiesen.¹²⁵³ Die „intuitive Präferenz für ein Strafrecht mit Verantwortungsprinzip“ liege jedoch gemäss *Baurmann* auch ohne gesichertes empirisches Wissen über den Zusammenhang von Schuldprinzip und präventiver Wirkung vor.¹²⁵⁴

Gemäss *Baurmann* würden jedoch viele zeitgenössische Vertreterinnen und Vertreter einer folgenorientierten Interpretation des Schuldprinzips einen entscheidenden Punkt ungeklärt lassen. So würden sie nicht deutlich machen, ob es sich bei den Überlegungen zur Vereinbarkeit von Generalprävention und Schuldprinzip um Argumente eben für diese Vereinbarkeit gehe oder aber, ob damit Argumente für eine Ableitung bzw. Rechtfertigung des Schuldprinzips

1249 So BAURMANN, Folgenorientierung, 24 über die Positionen von NOLL PETER, FS Mayer, 220 ff.; JAKOBS, Schuld und Prävention 9 und ROXIN, FS Bockelmann 297.

1250 HOERSTER, GA 1970, 277; dazu auch LÜDERSSEN, 58.

1251 STRENG, ZStW 1989, 283; ANDENAES, 114 U. Pa. L. Rev. 949, 971 (1966); NOLL PETER, FS Mayer, 219; LACKNER, JZ 1967, 515; GALLAS, ZStW 1968, 3; GRÜNWALD, ZStW 1968, 89 ff.

1252 So z.B. BURKHARDT, GA 1976, 337. Bereits *Bentham* hat im Rahmen seines Utilitarismus den Standpunkt vertreten, dass Strafen unter dem Gesichtspunkt der Prävention auf Personen zu beschränken seien, die persönlich dafür verantwortlich sind. Die Abhängigkeit der Strafe von der Schuld sei deshalb nützlich und damit vernünftig und gerecht; siehe zu seinem Ansatz BAURMANN, Folgenorientierung, 19 ff. mit den entsprechenden Nachweisen.

1253 FRISTER, Schuldprinzip, 21. Es ist in diesem Zusammenhang interessant zu sehen, dass bei der positiven Generalprävention als Strafzweck einerseits heftig diskutiert wird, ob Prävention alleine eine Strafe rechtfertigen könne und andererseits, ob die Generalprävention ohne abschliessende empirische Überprüfung als Grundlage für die Strafe angenommen werden dürfe, wenn man gleichzeitig bedenkt, dass im Massnahmenrecht fast ohne Debatte angenommen wird, dass der Zweck der Prävention (auch schuldunabhängig) beinahe alles rechtfertigt (trotz ebenfalls empirischer Unsicherheiten). Auch im Massnahmenrecht wird nämlich mit Hinblick auf höherwertige Interessen in die „Autonomie des Einzelnen“ eingegriffen.

1254 BAURMANN, Folgenorientierung, 29 f. mit Verweis auf ROXIN, FS Bockelmann, 300.

auf der Grundlage des Strafzwecks der positiven Generalprävention ins Feld geführt werden.¹²⁵⁵ Entsprechend ist es nicht auf den ersten Blick ersichtlich, wie positive Generalprävention und Schuldprinzip sich zueinander stellen bzw. ob sie sich gar bedingen.

4. Positiv-generalpräventive Begründung des Schuldprinzips

Es stellt sich im Hinblick auf die nachfolgende Untersuchung also die Frage, ob die normstabilisierende Funktion der Strafe diese alleine zu legitimieren vermag, d.h. ob daraus eine selbständige Rechtfertigung staatlichen Strafens erwachsen kann.¹²⁵⁶ In diesem Falle wäre der – noch zu prüfende – Umstand, dass dem Schuldprinzip im Rahmen der Normstabilisierung eine relevante Funktion zukommt, ausreichende Legitimation für die Geltung des Schuldprinzips. Im Vergleich zu den traditionellen Begründungen würde sich die Legitimität des Schuldverfordernisses im normativen Sinne also aus der Feststellung ableiten, dass ein solches für die strafrechtliche Aufgabenerfüllung unverzichtbar bzw. funktional sei. Es ginge bei der Rechtfertigung des Schuldverfordernisses folglich nicht darum, dass nur dieses eine „gerechte Strafe“ ermögliche oder dass nur Schuld diese staatlichen Eingriffe begrenzen könne. Vielmehr würde diese Anknüpfung darauf bauen, dass nur eine schuldangemessene Strafe es dem Strafrechtssystem erlaube, seiner normstabilisierenden Funktion nachzukommen und sich die Platzierung des Schuldvorwurfs folglich daraus ableite bzw. daran orientiere.

Kritiker dieser Annahmen halten fest, dass Schuld mehr sei als ein blosses „Derivat der Generalprävention“ und dass die Möglichkeit präventiver Zweckerreichung zwar eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für einen Schuldvorwurf sei.¹²⁵⁷ Gemäss mehrheitlich vertretener Haltung vermöge es ein solcher Verweis auf den verfolgten generalpräventiven Zweck also nicht, die Strafe gegenüber dem Einzelnen zu rechtfertigen.¹²⁵⁸ Für den Bestraften könne ein „Hinweis auf den allgemeinen Nutzen nicht ausreichen“. Hier komme das Schuldprinzip ins Spiel und nur in Kombination

¹²⁵⁵ BAURMANN, Folgenorientierung, 25.

¹²⁵⁶ So auch BAURMANN, Positive Generalprävention, 13, der dies dann aber in der Folge verneint.

¹²⁵⁷ Dazu BURKHARDT, GA 1976, 335.

¹²⁵⁸ Siehe z.B. LAMPE, FS Roxin, 58; HÖRNLE, FS Roxin, 10 f.; KUNZ, ZStW 1986, 827 f.; RÖSSNER, FS Roxin, 985.

könne Strafe legitimiert werden.¹²⁵⁹ Ähnlich auch der Mittelweg bei *Frister*, der eine Zweckorientierung zulässt, gleichzeitig aber festhält, dass die Zurechnung des generalpräventiven Interesses an der Abwehr von Gefahren für die Normakzeptanz nur dann zulässig sei, wenn sich dieses Interesse aus einem durch rechtskräftige Verurteilung nachgewiesenen, schuldhaften Verhalten ergebe.¹²⁶⁰

Dem ist entgegenzuhalten, dass das Strafrechtssystem, wie bereits aufgezeigt wurde, eine wichtige Funktion im Rahmen der gesellschaftlichen Ordnung, d.h. im Rahmen des sozialen Systems, erfüllt. Wenn daraus nun eine Legitimation von Strafe abgeleitet wird, geschieht dies nicht in einem klassischen utilitaristischen Sinne, d.h. nicht einfach damit, dass der Einzelne dem Wohle der Gemeinschaft zu opfern sei, sobald der resultierende Nutzen grösser ist als der individuelle Schaden. Vielmehr ist es für den Erhalt der sozialen Ordnung von hoher Relevanz, dass der Einzelne für den von ihm verursachten „Normdestabilisierungsschaden“ einsteht. Insofern kann die Rechtfertigung des Schuldprinzips – sofern sie denn unerlässliches Element dieser Normstabilisierungsmechanismen ist – in der Aufrechterhaltung der strafrechtlichen Systemstabilität und –funktionalität gründen. Das Schuldprinzip folgt dabei – so die noch zu prüfende Annahme – seiner Funktion im Rahmen der Normstabilisierung und ist keine davon völlig unabhängige Legitimationsgrundlage der Strafe. So beseitigt die schuldangemessene Strafe nur diejenige Gefährdung der Normgeltung, die der Täter durch seine Tat verursacht hat oder vielmehr – wie noch zu zeigen wird – ist überhaupt nur ein schuldhafter Normbruch geeignet, die Normstabilität zu beeinträchtigen.¹²⁶¹ Die Verantwortlichkeit des Täters für die Beeinträchtigung der Normgeltung legitimiert entsprechend auch den Eingriff in seine Autonomie.¹²⁶² Dieser Zusammenhang ist dem Schuldprinzip bereits inhärent. Demzufolge ist die Funktion der Schuld auch im Rahmen dieser Funktionserfüllung anzusiedeln und genauso ist es die Begründung des Schuldprinzips aus soziologischer Perspektive.

Auch die Position, dass „Fairnessargumente“ als ein notwendiges Element innerhalb der Begründungsstruktur anzusehen seien, welche im Rahmen der Legitimation gegenüber den Individuen zum Einsatz kämen, ist aus diesem

1259 HÖRNLE, FS Roxin, 10 f. und 11 f. mit Verweis auf ROXIN, AT I, § 3 N 60; *ders.*, FS Müller-Dietz, 703.

1260 FRISTER, Schuldprinzip, 129.

1261 Siehe detailliert S. 164 ff.

1262 JAKOBS, Staatliche Strafe, 32.

Blickwinkel zu betrachten.¹²⁶³ Diese latente Funktion i.S. einer Kontingenz- oder Sinnformel kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Strafe und folglich auch die Legitimation der Strafe im rechtssoziologischen Sinne der Funktion der Normstabilisierung folgen. Werden im Rahmen dieser Funktionserfüllung systeminterne Begründungsstrukturen notwendig und latent weitere Zwecke als Begründung angeführt, so ändert dies nichts an diesem Umstand. Selbstverständlich können also andere Begründungen für die Geltung des Schuldprinzips gefunden und angenommen werden. Bei der Beantwortung der Frage, warum das Strafrecht gemäss einer solchen Verantwortungszuschreibung verfährt, können solche Argumente jedoch nur wenig zur Erklärung beitragen. Es muss vielmehr eruiert werden, warum die Operationsweise des Systems die Beurteilung der Strafbarkeit an eine solche Schuldzuschreibung knüpft bzw. ob und inwiefern also das Schuldprinzip zu einer normstabilisierenden Strafe beiträgt.

II. FUNKTION DES SCHULDPRINZIPS

1. Funktion der Schuldzuweisung im Rahmen der Normstabilisierung

Der Schuldgrundsatz besagt nichts anderes, als dass es keine Strafe ohne Schuld geben darf – also eben in traditioneller Fassung *nulla poena sine culpa*.¹²⁶⁴ Entsprechend bedarf es als Straf voraussetzung eines persönlichen Vorwurfs. Schuld, dieser persönliche Vorwurf also, entsteht dabei erst im Strafrechtssystem. Sie ist „nicht vor dem Strafrecht existent, sondern wird erst mit ihm eingeführt“.¹²⁶⁵ Im Rahmen der Funktionsbestimmung des Strafrechts konnte bereits aufgezeigt werden, dass das Strafrecht mittels Verantwortungszuschreibung Strafe verhängt, um eine Norm innerhalb der sozialen Ordnung zu stabilisieren. Die Verantwortungszuschreibung folgt entsprechend dem Systemzweck und ist deshalb nicht von ihm unabhängig zu behandeln. Bei der Frage, um was es beim Schuldvorwurf im soziologischen Sinne genau geht, handelt es sich also um die Frage, was der Schuldvorwurf zur Normstabilisierung beiträgt.

¹²⁶³ HÖRNLE, FS Roxin, 19.

¹²⁶⁴ Siehe bereits einleitend S. 11 ff.

¹²⁶⁵ So treffend STÜBINGER, Kritische Justiz 1993, 37.

Bei der Schuld gehe es gemäss *Jakobs* um eine Stufe der Zurechnung, also der Verbindung von Person und Handlung.¹²⁶⁶ Im Wesentlichen handle es sich dabei also um nichts anderes als eine „Zuständigkeitserklärung“ für das Tatunrecht.¹²⁶⁷ Schuldzuweisung im Rahmen strafrechtlicher Zurechnung geschieht in der Tat immer dann, wenn die „Nicht-Zuschreibung“ der (deliktischen) Kommunikation zur Person zu einer Destabilisierung der Norm führen würde. Das „Problem der Schuld“ lasse sich entsprechend gemäss *Jakobs* als die Frage zusammenfassen, wann der Aussage des Täters, die Norm gelte in dieser Situation nicht, widersprochen werden müsse, da sie ansonsten „desorientierend“ wirke.¹²⁶⁸ Oder andersrum: Schuld wird dann zugeschrieben, wenn normative Erwartungen enttäuscht wurden und diese Enttäuschung nicht anderweitig verarbeitet werden kann als durch eine Reaktion des Strafrechtssystems. Nur eine Normenttäuschung, die als Fehler einer Person identifiziert werden kann, ist, um diesen wichtigen Punkt noch einmal zu wiederholen, überhaupt geeignet, die Geltung der Norm infrage zu stellen. Eine Normenttäuschung, die anderweitig als mittels Zuschreibung zu einem Akteur erklärt werden kann, bedarf keiner Strafe, da keine Destabilisierung erfolgte. Damit ist bereits das Wirkungsfeld des ersten Elements des Schuldprinzips angedeutet: Es ist dies, die Fälle zu bestimmen, bei denen überhaupt eine normative Erwartung enttäuscht wurde und bei denen diese Enttäuschung einer Person zugeschrieben werden kann. Es geht genauer darum, festzustellen, ob diese Normenttäuschung aufgrund der Zuschreibung zum Akteur zu einer Normdestabilisierung geführt hat, die als Reaktion zum Ausgleich eine Strafe erfordert. I.d.S. begründet Schuld überhaupt erst die Notwendigkeit der Strafe zum Ausgleich des Normbruchs. Dieses erste Element des Schuldprinzips liefert folglich die Strafbegründung bzw. -rechtfertigung. Nur wenn eine Norm destabilisiert wurde, was nur der Fall ist, wenn die Erwartungsenttäuschung einem Verantwortlichen zugeschrieben werden kann, wird Strafe notwendig.

Der zweite Aspekt des Schuldprinzips basiert zwar auf diesem ersten Element, ihm kommt aber eine weitere darauf aufbauende Funktion zu. Wenn einmal ein Fall als derjenige einer normativer Destabilisierung identifiziert werden kann, bietet das Schuldprinzip nämlich weitergehende Orientierung, indem es nicht nur keine Strafe ohne Normdestabilisierung verlangt, sondern darüber hinaus sicherstellzustellen fordert, dass das Mass der Strafe mit dem

1266 JAKOBS, AT 2. A., 479 (17/4).

1267 JAKOBS, System der strafrechtlichen Zurechnung, 25 ff.; zustimmend HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 49.

1268 JAKOBS, Aspekte der Freiheit, 75.

Mass der Destabilisierung im Einklang steht. I.d.S. geht es beim Schuldprinzip auch um ein Proportionalitätsprinzip, welchem bei angemessener Befolgung die Garantie inhärent ist, dass nicht über das Notwendige hinaus stabilisiert wird, aber auch nicht geringer als es für den Fortbestand der Normgeltung erforderlich ist. Diese beiden Elemente, welche in der Folge in ihrem Gehalt noch genauer präzisiert werden müssen, entsprechen wenig verwunderlich der traditionellen Vorstellung der Schuld i.S.d. Strafbegründungsschuld und der Schuld i.S.d. Strafzumessungsschuld. In der Tat lassen sich diese Aufgaben auch soziologisch nachvollziehen und entfalten ihre Wirkung innerhalb der strafrechtlichen Normstabilisierung.

Das Platzieren eines Schuldvorwurfs erfordert i.d.S. allerdings das Vorliegen gewisser Voraussetzungen. Das soziale System schreibt Fehler nicht willkürlich zu. Es folgt dabei einer spezifischen Logik, welche im Rahmen der „Elemente des Schuldvorwurfs“ noch genauer untersucht werden muss. Es kann aber bereits jetzt festgehalten werden, dass das Schuldprinzip als übergeordnete Formel zunächst festzustellen verlangt, ob eine Gefahr für die Normgeltung vorliegt. Dies ist eine binäre Entscheidung: entweder ist eine Norm destabilisiert oder nicht. Die zweite Komponente des Schuldprinzips ist in ihrem Anspruch an die Verhältnismässigkeit hingegen graduell und in ihrer Gradualität und damit Variabilität bedeutend komplexer. Aus der Orientierung an der Funktion von Strafe und Strafrecht ergibt sich also die Konsequenz, dass die Strafe für die Normstabilisierung erforderlich und angemessen sein muss.¹²⁶⁹

2. Schuldprinzip als Garant der Notwendigkeit der Strafe (Straflegitimation)

Wie aufgezeigt werden konnte, dient die Strafe der Normstabilisierung.¹²⁷⁰ Sie ist Antwort auf einen Normbruch, welcher die Normgeltung gefährdet. Entsprechend ist sie nur im Falle einer solchen Gefahrenlage überhaupt notwendig. Die Normgeltung befindet sich weiter nur dann in Gefahr, wenn die Tat deren Infragestellung kommuniziert. Dies tut sie, wie bereits ausgeführt, wenn die Tat als zum Ausdruck gebrachte Infragestellung einem Täter zugeschrieben werden kann. Damit wird die Handlung (als bereits zugerechnete Kommunikation) einem Subsystem innerhalb der Gesellschaft als Fehler zur

¹²⁶⁹ Vgl. auch schon BLECKMANN, 170 f.

¹²⁷⁰ Oben S. 194 ff.

Last gelegt und die normative Erwartungsenttäuschung durch diesen Fehler erklärt. Nur wenn die Erwartungsenttäuschung so thematisiert und damit dem Verantwortungsbereich des Täters zugeschrieben wird, ist sie überhaupt geeignet, die Normgeltung einer Destabilisierung auszusetzen. Auf diesen Angriff auf die Normgeltung muss entsprechend die Reaktion des Strafrechts folgen, sofern es sich um eine spezifisch strafrechtlich geschützte Norm handelt.¹²⁷¹ Bleibt die Reaktion aus, wird die Destabilisierung also nicht kompensiert, ist auf Dauer mit einer fortwährenden Instabilität der Norm oder gar einem Normverfall zu rechnen.¹²⁷²

Die Frage, ob Strafe notwendig ist, orientiert sich – so bereits *Jakobs* – folglich nicht daran, wo sie nach Meinung der „guten Bürger“ als Normadressaten verlaufen muss, „sondern da wo sie verlaufen muss, um Normvertrauen zu erhalten“.¹²⁷³ Der Schuldvorwurf impliziert dabei die Isolierung des Normbruchs als „Fehler“ des Täters, um Strafe zu legitimieren. Gemäss *Jakobs* handle es sich bei diesem Fehler um das zum Ausdruck gebrachte „Manko an rechtlicher Motivierung“.¹²⁷⁴ Schuld sei also immer dann gegeben, wenn ein Normgeltungsschaden durch Verantwortungszuschreibung verarbeitet werden müsse bzw. in späterer – m.E. korrekter – Präzisierung *Jakobs*’, wenn überhaupt erst durch das Vorliegen von Schuld ein solcher Schaden entstanden sei.¹²⁷⁵ Es muss für den Moment einmal noch offen bleiben, wann genau und unter welchen Bedingungen das System Schuld zuschreibt und ob „Manko an rechtlicher Motivierung“ den entsprechenden Bedingungen der Platzierung des Schuldvorwurfs gerecht wird. Allerdings wird bereits jetzt klar, dass Schuldzuschreibung, Strafe und Normstabilisierung eine Sequenz darstellen, welche im Rahmen sozialer Mechanismen erst gemeinsam Sinn ergibt. Liegt kein Schuldvorwurf vor, ist keine Norm destabilisiert und es bedarf folglich keiner Strafe. Liegt andererseits keine Normdestabilisierung vor, muss auch keine Schuld als Erklärung einer Enttäuschung angeführt

1271 Was in den Bereich strafrechtlich geschützter Normen gehört und wie ausgeprägt dieser Schutz ist, wird dabei in struktureller Kopplung mit dem politischen System, d.h. durch die Kriminalpolitik, und nicht alleine in der Schuld-kategorie bestimmt; siehe dazu bereits S. 166 ff. und sogleich S. 242 ff.

1272 Dazu bereits oben S. 214 ff.

1273 JAKOBS, Schuld und Prävention, 33.

1274 JAKOBS, AT 2. A., 480 f. (17/18).

1275 FRISTER, Voluntatives Schulselement, 52 mit Verweis auf JAKOBS, AT 2. A., 10 (1/12) und 493 ff. (17/43 ff.).

werden. Konsequenterweise hängen die Funktion der Schuld und diejenige der Strafe zusammen und können nicht isoliert betrachtet werden.

Die primäre Funktion des Schuldprinzips aus dieser funktionalen Perspektive ist sodann auch innerhalb dieser Sequenz anzusiedeln. So stellt die Geltung des Schuldprinzips sicher, dass nur dann Strafe verhängt wird, wenn Schuld vorliegt, d.h. in funktionaler Formulierung: Es wird bei Einhaltung des Schuldprinzips nur Strafe verhängt, wenn überhaupt eine Norm destabilisiert ist. Nur bei Vorliegen persönlicher Verantwortlichkeit ist Strafe also notwendig. Würde das Schuldprinzip ignoriert, würde das im Umkehrschluss dazu führen, dass entweder auch dann Strafe verhängt wird, wenn es für die Stabilisierung der Norm gar nicht notwendig ist, oder dass keine Strafe verhängt wird, obwohl es für die Stabilisierung der Norm notwendig wäre. Demzufolge kommt dem Schuldprinzip in der Tat eine zentrale Funktion zu, nämlich diejenige, die Fälle zu bestimmen, bei denen Strafe für die erfolgreiche Funktionserfüllung des Strafrechtssystems notwendig ist. Das Schuldprinzip garantiert also die Notwendigkeit der Strafe. Wie gesagt, wirkt dieser Mechanismus in beide Richtungen: Nur eine Strafe aufgrund eines Schuldvorwurfs ist für das soziale System notwendig und darauf aufbauend überhaupt zu legitimieren. Eine Strafe ohne Schuld kann hingegen im sozialen Ordnungserhalt keine Rechtfertigungsgrundlage finden, solange die Funktion der Schuld für die Normstabilisierung essentiell ist und nicht äquivalent ersetzt werden kann.

Natürlich können auch andere Argumente für die Illegitimität einer Strafe ohne Schuld angeführt werden. Aus soziologischer Perspektive ändert das für die Funktion des Schuldprinzips jedoch nichts. Das Schuldprinzip findet seine erste Funktion in diesen beschriebenen Mechanismen und trägt zur Aufgabenerfüllung des Systems bei. Würde es dies nicht tun, käme ihm also keine Funktion zu, würde es sich dabei einzig um eine Kontingenz- bzw. Sinnformel handeln. Würde es der sozialen Wirkungsweise widersprechen, wäre es ferner ein Faktor potenzieller Instabilität. Dies ist jedoch nicht der Fall: Dem Schuldprinzip kommt eine wichtige Funktion innerhalb der Operationsweise zu. Demzufolge ist es soziale Wirklichkeit und durch diese Aufgabe auch legitimiert, sofern man dem Wirken des Strafrechts auch normativ einen Wert zuschreibt und dessen Fortbestand und Beitrag innerhalb der Gesellschaft als grundsätzlich erhaltenswert erachtet. Da dies die Grundprämisse ist, von der hier ausgegangen wird, kann also bereits jetzt festgehalten werden, dass das Schuldprinzip von entscheidender Relevanz für die Normstabilisierung ist, ihm also eine zentrale Funktion zukommt. Ob

diese Funktion einzig durch das Schuldprinzip in heutiger Form erfüllt werden kann, ist wiederum Gegenstand der Frage nach möglichen funktionalen Äquivalenten.¹²⁷⁶

3. Schuldprinzip als Garant der Proportionalität der Strafe (Strafmass)

3.1 Schuldprinzip als Verhältnismässigkeitsprinzip

Auch eine zweite Komponente des Schuldprinzips wurde angesprochen. I.S.d. Strafzumessungsschuld besage das Schuldprinzip gemäss herkömmlicher Vorstellung nicht nur, dass Strafe nur dann verhängt werden dürfe, wenn Schuld vorliege, sondern auch nur in dem Masse, wie sie vorliege.¹²⁷⁷ Es ist normativen Straftheorien also i.d.R. inhärent, dass sie auf die eine oder andere Weise ein Verhältnismässigkeitsprinzip enthalten, welches festhält, dass die Strafe in angemessenem Verhältnis zur originären Legitimation der Strafe – also der Schuld – stehen müsse. Während Anhängerinnen und Anhänger von präventiven Straftheorien dabei hauptsächlich propagieren, dass die Strafe in Proportion zum zu schützenden Rechtsgut stehen muss, fokussieren absolute Straftheorien auf das Verhältnis zwischen Strafe und zu vergeltender Tat.¹²⁷⁸ In seiner Funktion als Strafzumessungsprinzip besage das Schuldprinzip so z.B. nach *Noll*, dass sich die Höhe der Strafe einerseits nach dem Grade der Vermeidbarkeit, andererseits nach dem Wert des verletzten Rechtsguts und der Schwere seiner Verletzung richten müsse.¹²⁷⁹ Wie diese Ausführungen bereits nahelegen, zeigt sich also grundsätzlich ein Konsens darüber, dass Strafe und Schuld in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen müssen. Über die Frage, was dabei genau und inwiefern proportional zu was stehen muss, scheiden sich hingegen die Geister bereits wieder. Das Schuldprinzip kann i.d.S. bspw. einerseits generell als „positives Prinzip“ verstanden werden, das nach einer verhältnismässigen Strafe verlangt. Andererseits wird Verhältnismässigkeit auch als „negatives Prinzip“ propagiert, bei dem es als reine Eingriffsbegrenzung zu gelten habe und schlichtweg verbiete, unverhältnismässige Strafen auszusprechen.¹²⁸⁰ Trotz

1276 Siehe dazu die Diskussion auf S. 423 ff.

1277 Anstatt vieler z.B. TULLY, 24; dazu schon S. 11 ff.

1278 Vgl. DUFF, Punishment, Communication, and Community, 132.

1279 NOLL PETER, FS Mayer, 220.

1280 DUFF, Punishment, Communication, and Community, 137 m.w.N.

der grundsätzlichen Einigkeit darüber, dass ein rechtsstaatliches Strafrecht das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren habe, bleibt also zunächst unklar, was nun „verhältnismässig“ überhaupt impliziere.¹²⁸¹

Aus den bisherigen Erkenntnissen erwächst der Anspruch, dass die Forderung, dass die Strafe in angemessenem Verhältnis zur persönlichen Schuld des Täters stehen soll, mit Bezug auf die Normstabilisierung formuliert werden muss. Strafe muss folglich in angemessenem Verhältnis zu der vom Täter verursachten Normdestabilisierung stehen, dem Normgeltungsschaden also, welcher ihm aufgrund seiner Schuld zugeschrieben wird. Der Tadel, welcher mit Strafe zum Ausdruck gebracht wird, ist i.S.d. Strafbegründungsschuld nur zu dem Grade angemessen, zu welchem dem Täter die Normtäuschung persönlich vorgeworfen werden kann. Bzw. präziser: Der Tadel ist nur im für die Restabilisierung der Norm erforderlichen Ausmass überhaupt notwendig.

Jemanden disproportional zum angerichteten Normschaden und die zu verantwortende Normdestabilisierung zu bestrafen, würde gemäss *Duff* bedeuten, mehr oder weniger Tadel zu kommunizieren, als der Täter verdient, was ungerecht sei.¹²⁸² Dies mag aus normativer Perspektive zutreffen, ist aber noch nicht alles. Eine disproportionale Strafe ist nicht nur ungerecht, sondern sie ist auch dysfunktional. Im Falle einer zu tiefen Strafe, welche dem Normgeltungsschaden nicht gerecht wird, reicht die Strafe nicht dafür aus, die Norm zu stabilisieren. Bei einer solchen „Unterbefragung“ würde der gerade zu verhindernde Schaden für die Normgeltung trotzdem eintreffen und die Norm wäre in Gefahr. Auf Dauer könnte die Normgeltung erodieren. Umgekehrt wird im häufiger thematisierten Fall einer „Überbefragung“ der Täter für die Stabilisierung der Normgeltung übermässig in Anspruch genommen. Dies ist nicht nur schwierig zu legitimieren, sondern darüber hinaus vor allem dysfunktional für die Mechanismen des sozialen Systems. Ein Strafrecht, welches konstant mehr „tut“ als das, für was es innerhalb der Gesellschaft ausdifferenziert wurde, d.h. seine Funktion also permanent „übererfüllt“, wäre ein instabiles System und die Aufgabenerfüllung wäre durch diese inhärente Instabilität gefährdet. So wäre z.B. ein Unrechtsstaat – um ein Extrembeispiel anzuführen – der wahllos harte Strafen ausspricht, nicht mehr geeignet, Normen und damit die soziale Ordnung zu stabilisieren. Vielmehr würde das System an Glaubwürdigkeit einbüßen und die Strafe

¹²⁸¹ Dazu z.B. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, 137, der fragt „*Proportionality of what to what?*“.

¹²⁸² DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, 132.

verlöre ihre kommunikative Kraft. Die Schwere der Strafe kommuniziert die Schwere des Tadels.¹²⁸³ Entsprechend muss sie im Verhältnis zur verursachten Gefahr für die Normstabilität stehen. Eine solche Überbeanspruchung zu verhindern, ist neben der Festlegung der Notwendigkeit einer Strafe in einem ersten Schritt, die zweite Funktion des Schuldprinzips innerhalb des Strafrechtssystems.

Neben der Anerkennung der Dysfunktionalität einer übermäßigen Inanspruchnahme eines Täters durch das Strafrecht aus soziologischer Perspektive, kann darauf aufbauend durchaus auch ein normatives Prinzip abgeleitet werden. So benennen z.B. *Ashworth* und *Holder* als strafrechtliche Konsequenz des Verhältnismässigkeitsprinzips ein *principle of necessity*, also ein an der Notwendigkeit orientiertes Prinzip.¹²⁸⁴ Ein Täter solle nur für einen Schaden in Anspruch genommen werden, wenn es wirklich notwendig ist und nur so stark, wie es notwendig ist. Aus dieser Formulierung eines Notwendigkeitsprinzips ergibt sich eine normative Eingriffsbegrenzung als Schutz vor Überbeanspruchung. Dieses Prinzip kann auch mit Blick auf die Funktionserfüllung untermauert werden, da Strafe überhaupt nur und nur insoweit legitim ist, wie sie für die Erfüllung der Funktion des Strafrechtssystems erforderlich ist. Nun können jedoch die Vorstellungen davon variieren, was i.d.S. eine angemessene, ausreichende und notwendige Strafe sei. Soll die Funktion des Schuldprinzips innerhalb des Normstabilisierungsmechanismus genau eruiert werden, muss deshalb klar werden, was dabei genau zu was in einem angemessenen Verhältnis stehen muss. Auch bei weiterer Präzisierung kann das Schuldprinzip jedoch kaum eine absolute Anleitung geben, bei der das verhältnismässige Strafmass einfach festgelegt werden kann, ist doch auf Anheb nicht klar, was eine „verhältnismässige“ und damit „schuldangemessene“ Strafe determiniert. Denn auch diese Festlegung ist stets systemrelativ, d.h., wie noch genauer zu diskutieren sein wird, z.B. relativ zur Bedeutung und Fragilität der entsprechenden Norm innerhalb der sozialen Ordnung.

Die Orientierung am Schuldprinzip stellt also in diesem zweiten Sinne sicher, dass die Strafe proportional zur verursachten Normenttäuschung ist. Es muss demzufolge im Rahmen der Strafzumessung nicht nur festgestellt werden, dass eine Norm destabilisiert wurde, sondern in einem zweiten Schritt auch, was für eine Strafe durch diesen Normschaden notwendig wird.

1283 DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, 132.

1284 ASHWORTH/HORDER, *Principles*, 54.

Eine soziologische Betrachtung beinhaltet dabei auf den ersten Blick potenziell zwei Komponenten, welche das Strafmass wesentlich beeinflussen. Einerseits, so die Annahme, muss die Strafe proportional zum Ausmass der Normdestabilisierung sein, also schlichtweg zum Grad der Infragestellung der Norm. Andererseits ist die Strafe darüber hinaus – so die zweite Annahme – auch proportional zur Relevanz der Norm und deren Erhalt für die soziale Ordnung. Diese zwei möglichen Elemente der Strafzumessungsschuld sollen nachfolgend noch etwas genauer betrachtet werden, um festzustellen, ob es sich dabei tatsächlich um etwas handelt, was innerhalb der Funktion des Schuldprinzips anzusiedeln ist.

3.2 Ausmass der Normdestabilisierung

Wie bereits ausgeführt, ist es weitgehend unbestritten, dass das Schuldprinzip nicht nur i.S. eines Notwendigkeitsprinzips dafür sorgt, dass nur Strafe verhängt wird, wenn diese für die Normstabilisierung notwendig ist, sondern dass darüber hinausgehend die Schuld auch diejenige Kategorie sein soll, welche bestimmt, was für ein Strafmass aufgrund des angerichteten Normgeltungsschadens angemessen bzw. für die Abwehr der „von der Straftat ausgehenden Gefahr für die Normakzeptanz“ unerlässlich ist.¹²⁸⁵ Verhältnismässigkeit kann i.d.S. sowohl absolute als auch relative Komponenten enthalten. Die Strafe kann in einem absoluten Verständnis disproportional sein und den Normgeltungsschaden schlichtweg nicht abbilden. Sie kann aber – und das wird der Regelfall sein – relativ disproportional sein, indem sie im Vergleich zu anderen Strafmassen unverhältnismässig erscheint. Bei beiden Fällen kann ein Verständnis der sozialen Notwendigkeit und Funktionsweise als Ausgangspunkt dienen.¹²⁸⁶ So ist eine Strafe in einem absoluten Sinne dysfunktional, wenn sie offensichtlich nicht ausreicht, um den Fortbestand der Norm zu sichern. Würde schwerer Diebstahl mit einer minimalen Busse bestraft, könnte bspw. kaum davon gesprochen werden, dass der Täter angemessen für die offensichtlich resultierende Gefahr für die Normgeltung in Anspruch genommen wird. Eine Strafe wäre hingegen relativ dysfunktional, wenn Mord und fahrlässige Tötung gleich bestraft würden. Hier würde der fahrlässig Handelnde, welcher die Norm nicht gleich in Frage

¹²⁸⁵ FRISTER, Schuldprinzip, 41 in Anschluss an SCHÜNEMANN, Funktion des Schuldprinzips, 188 f.

¹²⁸⁶ Zur Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Proportionalität siehe z.B. DUFF, Punishment, Communication, and Community, 133.

gestellt hat wie der Mörder, überbeansprucht (oder alternativ der Mörder unterbeansprucht). Das unterschiedliche Mass an Normdestabilisierung wäre im Strafmass nicht abgebildet. Es wäre demzufolge unverhältnismässig. Im Rahmen der *strict liability*, gerade auch bei der sog. *constructive liability*, bei welcher der (nicht zwingend verschuldete) Erfolgseintritt das Strafmass wesentlich bestimmt, ist regelmässig diese relative Disproportionalität problematisch.¹²⁸⁷ Hier zeigt sich darüber hinaus, dass sich die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht ausschliesslich auf die Strafhöhe beziehen muss. Auch das sog. „*Labelling*“, d.h. die Kennzeichnung des Täters und die damit einhergehende Stigmatisierung, kann nämlich unverhältnismässig sein.¹²⁸⁸ Grundsätzlich ist das Hauptproblem im Zusammenhang mit der strikten Verantwortlichkeit in den meisten Fällen nicht – um das vorweg zu nehmen –, dass keinerlei Verschulden und damit keinerlei Straflegitimation vorliegt, sondern dass diese Delikte regelmässig zu einer illegitimen Überbeanspruchung des Täters führen, welche mit dem Schuldprinzip i.S.d. Strafzumessungsschuld nicht im Einklang steht und in einer disproportionalen Strafe resultiert.¹²⁸⁹

Es kann also festgehalten werden, dass es die Funktion des Schuldprinzips ist, eine „Überbestrafung“ oder „Unterbestrafung“ zu verhindern, welche die optimale Funktionserfüllung des Systems beeinträchtigen würde. In der Tat gibt es dafür kaum einen absoluten, systemunabhängigen Massstab. Es spricht jedoch vieles dafür, dass das System in seinen Operationen grundsätzlich eine möglichst effektive Aufgabenerfüllung austariert. Eine permanente Überbestrafung oder Unterbestrafung wäre, um dies erneut zu betonen, eine Gefahr für die Systemstabilität. Entsprechend liegt viel daran, Strafen sicherzustellen, welche den Fortbestand der zu garantierenden Normen sichert. Innerhalb der Schuldkategorie muss also festgestellt werden, in welchem Ausmass die Norm enttäuscht und damit destabilisiert wurde. Wie dies genau vonstattengeht, wird im Rahmen der Elemente der Schuldkategorie noch zu definieren sein.¹²⁹⁰

3.3 Relevanz der Normdestabilisierung

Der Grad der Normdestabilisierung soll also massgebend sein für das Strafmass. Dies scheint beim Blick auf eine einzelne Strafbestimmung

¹²⁸⁷ Zur *constructive liability* siehe ausführlich S. 338 ff.

¹²⁸⁸ Siehe dazu auch die Ausführungen auf S. 343 ff.

¹²⁸⁹ Vgl. auch HUSAK, *Overcriminalization*, 74 f. und die detaillierte Besprechung der *strict liability* in Teil 4 S. 311 ff.

¹²⁹⁰ Zu den Elementen der Schuld S. 249 ff.

zunächst einleuchtend. So hat, um ein Beispiel anzuführen, ein vorsätzlich handelnder Schläger, der eine schwere Körperverletzung verursacht, ohne dass irgendwelche hinzutretende mildernde Umstände vorliegen, die entsprechende Norm zum Schutze der körperlichen Unversehrtheit in hohem Masse infrage gestellt. Jemand, der hingegen eine Körperverletzung aufgrund einer Provokation, einer Notwehrsituation oder in einem Zustand psychischer Beeinträchtigung begeht, stellt die Normgeltung im Regelfall ebenfalls in Frage, allerdings nicht in gleichem Ausmass. Die Enttäuschung der darunterliegenden normativen Erwartung kann zumindest zu einem gewissen Grade anderweitig erklärt werden. Den Täter trifft also weniger Schuld. Wie noch aufzuzeigen sein wird, ist es der Schuldvorwurf, welcher mittels spezifischen Programmen abzubilden vermag, inwieweit eine Norm destabilisiert wurde.¹²⁹¹ Wirft man jedoch einen analogen Blick auf die Verantwortlichkeit zweier Täter für zwei verschiedene Delikte, gestaltet sich die Situation bereits komplexer. Der vorsätzliche Schläger hat die Norm in hohem Masse destabilisiert. Ein genauso vorsätzlich und schuldhaft handelnder Täter einer anderen Norm, z.B. des Verbots der Beschimpfung, mag diejenige Norm in genau gleichem Grade destabilisiert haben wie ersterer diejenige des Verbots der Körperverletzung. Trotzdem wird das Strafmass bei der Körperverletzung massgeblich höher sein als bei der Beschimpfung. Hier zeigt sich, dass für das Strafmass nicht alleinig das Mass der Normdestabilisierung relevant ist, sondern auch noch eine andere Komponente hinzutritt, nämlich die Relevanz der entsprechenden Normgeltung für die soziale Ordnung.

Einen Blick auf die verschiedenen Strafraumen in den untersuchten Rechtsordnungen zu werfen, genügt um festzustellen, dass diese, je nach zu schützender Norm, hochgradig variabel sind. So gehe der Gesetzgeber nach traditioneller Terminologie von einem „unterschiedlichen Mass des Unrechts“ aus, wenn er für verschiedene Delikte auch verschiedene Strafraumen vorsehe und würde gemäss *Frisch* mit dieser „Verknüpfung von Tatbestand und Strafraumen (...) die äussersten Grenzen schuldgerechten Strafens abstecken“.¹²⁹² Das Strafmass bestimmt sich entsprechend nicht nur nach dem Ausmass der Normenttäuschung, sondern es tritt eine weitere Komponente hinzu. Dieses Element ist jedoch ausserhalb der Schuldkategorie selbst angesiedelt. Der Schuldvorwurf vermag es alleine, die Frage zu beantworten, ob einen Täter Schuld trifft und wie viel Schuld ihn trifft, d.h. in Abhängigkeit

1291 Siehe S. 249 ff. und die Zusammenfassung auf S. 308 f.

1292 FRISCH, FS Streng, 692.

vom entsprechenden Unrecht relativ festzulegen, wie hoch die Strafe sein muss, um diese durch den Täter verursachte Gefahr für die Normakzeptanz abzuwehren. Bei der Festlegung des Strafmasses wird dabei in der Folge innerhalb vorgegebener Strafraumen bzw. Strafkataloge operiert. Diese sind allerdings nicht alleinig durch das „Mass der Schuld“ determiniert, sondern darüber hinaus – in struktureller Kopplung mit dem politischen System – gesellschafts-, d.h. also umweltrelativ vorgegeben. Genauso wie bei der Frage, welche Normen überhaupt vom Strafrecht zu schützen sind, handelt es sich auch bei den Vorgaben zu den Strafraumen um Indikatoren der Bedeutung der zu schützenden Norm für das Gesellschaftssystem, d.h. um bereits extern determinierte Vorbedingungen. Es sind nicht die Operationen des Strafrechtssystems, welche festlegen, ob eine Norm überhaupt durch das Strafrechtssystem zu schützen ist. Genauso ist es auch nicht Aufgabe des Strafrechts festzulegen, wie wichtig eine Norm für die gesellschaftliche Ordnung ist. Vielmehr ist es dessen Funktion, die zu schützenden Normen erfolgreich zu stabilisieren und damit ihren Fortbestand zu sichern. Bei der Frage nach dem Strafraumen, welche nicht unwesentlich zum Strafmass beiträgt, muss das System auf präexistente Faktoren zurückgreifen. Auch hier muss jedoch betont werden, dass dies nicht i.S. einer kausalen „Fremdbestimmung“ geschieht. Ist der Strafraumen einmal festgelegt, operiert das Strafrechtssystem operativ geschlossen und nur noch das System selbst kann über Strafbarkeit oder Nicht-Strafbarkeit entscheiden und die Strafe determinieren.

Die Kategorie der Schuld und damit auch das Schuldprinzip vermögen es folglich nicht, selbständig über die Relevanz der Normdestabilisierung für die soziale Ordnung zu bestimmen. Hier muss auf ausserhalb der Funktion der Schuld liegende Determinanten abgestellt werden. Die Funktion des Schuldprinzips ist es also in der Tat, über das *Ausmass* der Normenttäuschung aufzuklären, nicht jedoch über die *Relevanz* des Fortbestands der Norm für die soziale Ordnung. Entsprechend ergibt sich das Strafmass zwar abschliessend innerhalb der Funktionserfüllung des Strafrechtssystems, also im Rahmen der Orientierung an der Normdestabilisierung, nicht jedoch abschliessend innerhalb der Funktionserfüllung des Schuldprinzips und des Schuldvorwurfs. Um dieses Ergebnis auf den Punkt zu bringen: Die Schuldkategorie legt fest, dass „ein Täter die Destabilisierung der Norm X verursacht hat“ (1. Funktion) und dass „ein Täter die Destabilisierung der Norm X im Ausmass Y verursacht hat“ (2. Funktion). Der Wert von X liegt dabei jedoch ausserhalb der Schuldkategorie. Das Schuldprinzip enthält also

zweifelloso die Komponente der Strafzumessungsschuld. Diese Operationen der Verantwortungszuschreibung legen die Strafe allerdings nicht allein fest, sondern entfalten ihre Wirkung erst innerhalb des vorgesehenen Strafrahmens.

4. Schuldprinzip als Garant eines funktionalen Verfahrens

Die in klassischer Terminologie als materiell-rechtliche Ausflüsse des Schuldprinzips abgehandelten Aspekte des Schuldprinzips konnten vorangehend definiert werden. Inwiefern das Schuldprinzip darüber hinaus „Ausstrahlungswirkung auf den Prozess“ entfaltet ist in der h.L. nicht abschliessend geklärt.¹²⁹³ Das Strafverfahren wird jedoch im Allgemeinen als „Instrument der Sicherung des Schuldprinzips“ begriffen, woraus sich gewisse prozessuale Ansprüche, insb. im Rahmen des Beweisrechts, ergeben würden.¹²⁹⁴ Der Satz „keine Strafe ohne Schuld“ erhalte z.B. gemäss *Frister* erst dann überhaupt grössere praktische Relevanz, wenn man ihn nicht nur materiell-rechtlich erfasse, sondern ihn als ein grundlegendes Prinzip verstehe, aus welchem auch Konsequenzen und Anforderungen für den Strafprozess abgeleitet werden müssten. Es sei alleine eine solche Sicht, welche dem Rang des Schuldprinzips gerecht werde. Sollte dieses Prinzip wirklich Geltung erlangen, so sei zu fordern, dass der Strafprozess so ausgestaltet werde, dass er die Durchsetzung der materiellen Komponenten des Schuldprinzips garantiere.¹²⁹⁵ Würde das Schuldprinzip nicht auch prozessual durchgesetzt, wäre es auch gemäss *Schwabenbauer* „ad absurdum geführt“.¹²⁹⁶ Dieser Einschätzung ist zuzustimmen. So ist auch aus funktionaler Perspektive erst die tatsächliche Verwirklichung der an der Normstabilisierung orientierten Verantwortungszuschreibung mit der Funktionserfüllung des Strafrechtssystems kompatibel. Schuldvorwurf und Schuldprinzip können ihre Wirkung erst dann entfalten, wenn das System sicherstellt, dass die i.d.S. schuldangemessene Strafe auch tatsächlich durch das Verfahren abgebildet wird. Entsprechend ergibt sich neben den Funktionen des Schuldprinzips als Strafbegründungs- und Strafzumessungsprinzip auch eine dritte

¹²⁹³ FRISCH, FS Streng, 687; STUCKENBERG, 510.

¹²⁹⁴ STUCKENBERG, 510 mit Verweis auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 84, 82, 87; 73, 358, 370 f.; 57, 250, 275.

¹²⁹⁵ FRISCH, FS Streng, 687.

¹²⁹⁶ SCHWABENBAUER, 43.

Funktion des Schuldprinzips als Garant eines Verfahrens, das die ersten zwei Funktionen auch tatsächlich abbildet.

Welche einzelnen Erfordernisse aus diesem prozessualen Aspekt resultieren, kann hier nicht abschliessend und im Detail ausgeführt werden. Klar ist allerdings, dass alle Aspekte, welche zwingend vorliegen müssen, dass der persönliche Vorwurf an den Täter durch das Verfahren umfassend dargestellt werden kann, funktionale Elemente des Schuldprinzips darstellen. So muss das Verfahren es erstens erlauben, festzustellen, ob überhaupt ein Normgeltungsschaden entstanden ist und zweitens, in welchem Ausmass die Norm destabilisiert wurde. Prozessuale Vorkehrungen und Einschnitte in die Verfahrensrechte des Angeklagten, welche diesem Anspruch zuwiderlaufen, sind mit dem Schuldprinzip nicht kompatibel. Es sind diverse Elemente denkbar, welche sicherstellen, dass der Strafprozess die Schuld des Täters angemessen abbildet. Den gemeinsamen Kern dieser Prinzipien bilde gemäss *Frister* der Grundgedanke, dass die „Zurechnung des generalpräventiven Interesses an der Abwehr von Gefahren für die Normakzeptanz nur dann zulässig“ sei, wenn sich dieses aus „einem durch rechtskräftige Verurteilung nachgewiesenen, schuldhaften Verhalten“ ergebe.¹²⁹⁷

So sind vom Anspruch an ein die Funktion des Schuldprinzips sicherstellendes Verfahren u.a. die Wahrheitsermittlung, die adäquate Erhebung und Würdigung der Beweise, aber auch das Beweismass selbst oder der Zweifelsatz betroffen.¹²⁹⁸ Ferner nehme bereits die Aufklärungspflicht eine „das Schuldprinzip sichernde Funktion war“ und sei folglich „unumgänglich“.¹²⁹⁹ Aber auch das Verbot der Verdachtsstrafe und die Unschuldsvermutung können als „wesentliche Grundprinzipien eines rechtsstaatlichen Strafrechts“ bezeichnet werden,¹³⁰⁰ und tragen dazu bei, dass die Strafe der Schuld des Täters gerecht wird und eine taugliche Schuldfeststellung innerhalb des Verfahrens garantiert werden kann.¹³⁰¹ Es herrscht keine Einigkeit, ob sich der In-dubio-Grundsatz direkt aus der Unschuldsvermutung ableiten lässt oder ob auch er seinen Geltungsgrund im Schuldprinzip findet.¹³⁰² Es kann allerdings in der Tat angenommen werden, dass u.a. auch der Zweifelsatz

1297 FRISTER, Schuldprinzip, 129.

1298 Vgl. FRISCH, FS Streng, 687.

1299 EDER, 305.

1300 FRISTER, Schuldprinzip, 12.

1301 Dazu auch STUCKENBERG, 52.

1302 Dazu DÜRREER, 44 m.w.N.; SCHWABENBAUER, 42 ff.; STUCKENBERG, 511.

das Schuldprinzip prozessual sichert,¹³⁰³ auch wenn *in dubio pro reo* gerade im Einzelfall nicht immer automatisch zu einer schuldadäquaten Strafe führen muss. Damit soll nicht gesagt sein, dass es einzig das Schuldprinzip ist, welches die Geltung dieses Grundsatzes oder überhaupt der erwähnten Verfahrensprinzipien begründet. Hingegen können und müssen all diese Faktoren dazu beitragen, dass das Schuldprinzip seiner Aufgabe funktional gerecht wird. Das Schuldprinzip findet seine Realisierung damit im Prozess.¹³⁰⁴ Gerade in Hinblick auf die strikte Verantwortlichkeit ist diese Erkenntnis wichtig, sind es doch oftmals auch prozessuale Einschränkungen, welche diese Doktrin prägen. Inwiefern in diesem Zusammenhang in der Tat von „strikt“ Verantwortlichkeit gesprochen werden kann, wird jedoch noch im Detail zu untersuchen sein.¹³⁰⁵

5. Synthese: Die Elemente des Schuldprinzips

Die Funktion des Schuldprinzips lässt sich aus soziologischer Perspektive, d.h. mit dem Bezugspunkt der gesellschaftlichen Realisierung der Funktion des Strafrechtssystems, dadurch charakterisieren, dass in Erfüllung dieses Programms sichergestellt wird, dass erstens nur Strafe verhängt wird, wenn eine Normdestabilisierung erfolgte, dass zweitens diejenige Strafe verhängt wird, welche für die Stabilisierung der Norm erforderlich ist und dass es drittens der Strafprozess erlauben muss, diese beiden Komponenten angemessen abzubilden.

Bei dem Umstand, dass sich innerhalb des Strafrechtssystems ein Schuldprinzip ausdifferenziert hat, handelt es sich demzufolge um den Bedarf einer spezifischen Art von Verantwortungszuschreibung für die strafrechtliche Aufgabenerfüllung. Das Schuldprinzip stellt dabei sicher, dass diese Verantwortungszuschreibung innerhalb der Bahnen der übergeordneten Funktion der Normstabilisierung verläuft. Ob es für das Schuldprinzip und damit auch für den Schuldvorwurf funktionale Äquivalente gibt und es demzufolge ersetzt werden könnte, kann bei dieser Beschreibung der Funktionsweise für den Moment noch offenbleiben.¹³⁰⁶ Allerdings wird bereits hier klar, dass sich das Schuldprinzip im Rahmen der Normstabilisierung verwirklicht und sich diese Funktionsbestimmung des Strafrechts und

¹³⁰³ SCHWABENBAUER, 43.

¹³⁰⁴ So STUCKENBERG, 511.

¹³⁰⁵ Zur sog. *strict procedural liability* siehe S. 388 ff.

¹³⁰⁶ Siehe jedoch die Diskussion auf S. 423 ff.

der Strafe mit dem Schuldgrundsatz vereinbaren lässt. Damit setzt bereits die Funktion des Systems einer sog. „willkürlichen Inanspruchnahme“ des Einzelnen Grenzen. Eine solche würde das System destabilisieren. Die Verhaltensabstimmung aufgrund von normativen Erwartungen wäre darüber hinaus irritiert, würde die Verhängung von Strafen und die Anwendung des Codes strafbar/nicht strafbar keinen klaren Prinzipien folgen. Der Grund der Etablierung eines Verantwortlichkeitsprinzips liegt demzufolge in der Erfüllung der positiv-generalpräventiven Funktion oder genauer: Es ist einer solchen bereits inhärent.

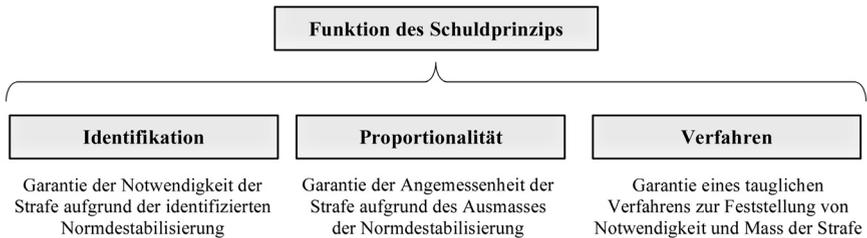


Abbildung 1: Funktion des Schuldprinzips

Es ist folglich Aufgabe der Schuldkategorie, zur Erfüllung dieser Funktion des Schuldprinzips beizutragen und sie damit überhaupt zu ermöglichen. Das bedeutet, die Elemente der Schuld müssen es vermögen, wiederzugeben, ob eine Norm destabilisiert wurde und in welchem Ausmass das geschehen ist. Nur so erlaubt es die Schuldkategorie, die Verantwortung dann und insoweit zuzuschreiben wie es für die Normstabilisierung notwendig ist. Die Bekräftigung der Verhaltenserwartung – die Strafe – muss also, wie aufgezeigt werden konnte, so geschehen, dass das Vorliegen und das Mass der Destabilisierung bestimmt werden können. Dies geschieht im Rahmen des Schuldvorwurfs.¹³⁰⁷ In der Schuldkategorie wird demzufolge entschieden, ob überhaupt Strafe notwendig ist und was für eine Reaktion erforderlich wird. Die Elemente der Schuld sind dementsprechend innerhalb dieser Funktion anzusiedeln und nachfolgend aus dieser Perspektive genauer zu eruieren.

1307 STRENG, ZStW 1989, 288.

Kapitel 2: Elemente des Schuldvorwurfs

I. WESEN DER SCHULDZUSCHREIBUNG

1.1 Stufen strafrechtlicher Zurechnung

Die Funktion des Schuldvorwurfs innerhalb der Normstabilisierung zu verstehen, bedarf einer weitergehenden Aufklärung über die genauen Mechanismen, in welchen sich diese spezifische Art der Verantwortungszuschreibung vollzieht. Es sollte bereits deutlich geworden sein, dass sich die Platzierung eines Schuldvorwurfs i.S. dieser deskriptiven Untersuchung nicht automatisch als identisch mit den Kategorien der Strafrechtsdogmatik erweisen muss. Ein Blick auf die untersuchten Rechtsordnungen bestätigt diesen Eindruck. In der Doktrin der *Common Law*-Ordnungen hat sich, wie bereits ausgeführt, die Unterscheidung in *actus reus*, *mens rea* und *defences* etabliert, wobei nicht klar ist, welche Elemente alle als *fault* gelten und entsprechend der Schuldkategorie zuzuordnen sind.¹³⁰⁸ Auch die Debatten rund um die Unrecht-Schuld-Unterscheidung im deutschsprachigen Raum, haben die vorläufige Feststellung geprägt, dass es so etwas wie Schuld im engeren und Schuld im weiteren Sinne gebe.¹³⁰⁹ Entsprechend kann sich die nachfolgende Untersuchung der Elemente der Schuld nicht ohne Weiteres auf den dogmatischen Verbrechensaufbau stützen. Vielmehr muss die Untersuchung den sozialen Mechanismen innerhalb der Normdestabilisierung folgen, da sich nur einem Schuldvorwurf, welcher sich innerhalb der strafrechtssystemischen Funktion ansiedeln lässt, auch selbst eine klare Funktion zuordnen lässt.

¹³⁰⁸ Dazu bereits S. 44 ff.

¹³⁰⁹ S. 27 ff.

In *Bleckmanns* funktionaler Analyse ergibt sich folgende soziologische Aufteilung einer Straftat: Der objektive Tatbestand kläre, ob auf den ersten Blick eine „normenttäuschende Information“ vorliege und ob die Handlung – ebenfalls auf den ersten Blick – einer Person objektiv zugerechnet werden könne. Im Rahmen des subjektiven Tatbestands gehe es um die Frage, ob eine „Mitteilung“ vorliege. Dies entscheide sich aufgrund der Vermeidbarkeit oder anderer subjektiver Merkmale. Bei der Rechtswidrigkeit, d.h. bei der Prüfung der Rechtfertigungsgründe werde danach gefragt, ob die Norm in der konkreten Situation Geltung beanspruche. Zuletzt gehe es im Rahmen der Schuldkategorie darum, ob diese Zurechnung auch individuell Geltung beanspruche. Dabei seien die Elemente der Personalität und der Zurechnung als Handeln oder Erleben entscheidend.¹³¹⁰

Es ist dabei klar, dass die Tat erst durch die „Aussenseite des Unrechts“, also durch Erfüllung des objektiven Tatbestands, überhaupt als sozial relevante Grösse bzw. als relevante Kommunikation im sozialen System Strafrecht in Erscheinung tritt.¹³¹¹ Dem objektiven Tatbestand bzw. dem *actus reus* kann also in der Tat die Funktion zugeschrieben werden, zu identifizieren, ob überhaupt eine durch eine Strafnorm gestützte Erwartung enttäuscht wurde. Erst damit gerät die Tat ins „Blickfeld“ des Strafrechts. Würde die strafrechtliche Zurechnung nach dem Unrecht Halt machen, d.h. bei der Frage der Vermeidbarkeit der „Erfolgsdifferenz“ in Bezug auf eine Erwartungsenttäuschung, würden gemäss *Stübinger* allerdings noch „eine zu grosse Menge von Verantwortlichen“ übrigbleiben und diese Selektion würde es nicht vermögen, die Normstabilität wiederherzustellen, da die „Organisationsfähigkeit“ des Einzelnen überfordert wäre. Der Kreis der Verantwortungsträger müsse deshalb weiter eingeschränkt werden und zum Unrecht komme eine weitere Prüfungsstufe hinzu.¹³¹² Nur aufgrund der Zurechnung der Tat zu einer Person im System und der Auffächerung ihrer durch die Tat kommunizierten Haltung zur Norm handelt es sich überhaupt um eine Normdestabilisierung. Nicht jede Erwartung gilt, wie bereits ausgeführt, als normative Erwartung und nicht jede enttäuschte Erwartung bedarf demzufolge einer Restabilisierung.¹³¹³ Die Funktion der Schuld ist es – nachdem die normative Erwartungsenttäuschung, d.h. das „Unrecht“, im Rahmen des Tatbestands festgestellt wurde – die Zuschreibung zu einer

¹³¹⁰ Vgl. die Übersicht in Abbildung 7 in BLECKMANN, 156.

¹³¹¹ JAKOBS, AT 2. A., 183 (7/1).

¹³¹² STÜBINGER, Kritische Justiz 1993, 37.

¹³¹³ Siehe zur Unterscheidung von kognitiven und normativen Erwartungen S.156 f.

Person zu ermöglichen und der Person damit die Normenttäuschung zur Last zu legen. Entsprechend sind Operationen der Zuschreibung von Schuld und Verantwortung Teil der funktionalen Mechanismen des Systems. Dabei sei an diesem Punkt noch einmal betont, dass es sich bei Verantwortlichkeit um einen Zuschreibungsprozess handelt. Der Verantwortung einer Person steht demzufolge kein „essentielles Substrat“ in der Person selbst, also ein realer Schuldsachverhalt, gegenüber.¹³¹⁴ Immer wenn nachfolgend also von Schuldvorwurf oder Schuldfeststellung gesprochen wird, handelt es sich folglich um eine Beschreibung von Zuschreibungsmechanismen, nicht hingegen um die Feststellung eines notwendigerweise material zu irgendeinem Zeitpunkt vorgelegenen, objektiv feststellbaren Zustands.

Schuld ist gemäss funktionalem Verständnis also nichts anderes als die Zuständigkeit einer Person für die Verschlechterung der Normgeltung durch ihre Tat.¹³¹⁵ Die Erklärung der Zuständigkeit des Täters dient dazu, ihn als Quelle der Normdestabilisierung zu identifizieren. Damit kann in der Folge durch die Strafe bewirkt werden, dass die normative Erwartung nicht erodiert. Die reine Feststellung der Normenttäuschung genügt demzufolge nicht. Vielmehr muss die Quelle des Konflikts bestimmt werden.¹³¹⁶ Diese Zuschreibung zu einer Person im System ist allerdings nicht die einzige Möglichkeit, Normen zu restabilisieren. Sie kommt nur dann zum Zug, wenn es keine Ausweichmöglichkeiten gibt.¹³¹⁷ Die kontrafaktische Durchhaltung von Erwartungen mittels Strafe kann in diesen Fällen nicht mit dem Hinweis auf andere Ursachen der Enttäuschung geschehen – sonst würde keine Destabilisierung vorliegen – sondern wird dadurch gesichert, dass die Enttäuschung einer Person zugerechnet wird.¹³¹⁸ Dies muss nicht zwingend aufgrund eines individuellen „Schuldvorwurfs“ geschehen, d.h. es bleibt zumindest die Frage nach funktionalen Äquivalenten offen. Es bedeutet aber, dass unabhängig von der dogmatischen Konzeption und dem jeweilig zugrunde gelegten Schuldbegriff der Ausgleich einer Beeinträchtigung der Normanerkennung durch das Strafrecht nur möglich ist, wenn eine Person dafür verantwortlich gemacht werden kann.¹³¹⁹ Die Zurechnung zu einem Subjekt ist in diesen Fällen also notwendig. Es ist das, was die Schuldkategorie

¹³¹⁴ GÜNTHER, Freiheit und Schuld, 157.

¹³¹⁵ JAKOBS, Schuld als gesellschaftliche Konstruktion, 251.

¹³¹⁶ JAKOBS, Schuld als gesellschaftliche Konstruktion, 248.

¹³¹⁷ GÜNTHER, Freiheit und Schuld, 157.

¹³¹⁸ FRISTER, Voluntatives Schulelement, 54 f.

¹³¹⁹ FRISTER, Voluntatives Schulelement, 55.

heute leistet und was auch ein funktionales Äquivalent – sollte die Schuld austauschbar sein – zu leisten vermögen müsste.¹³²⁰

1.2 Schuld als Zuständigkeit für die Normdestabilisierung

Im Rahmen der strafrechtlichen Zurechnung müssen die Fälle bestimmt werden, in denen der Enttäuschung einer normativen Erwartung durch Verantwortungszuschreibung zu einer Person begegnet werden muss, d.h. in denen eine Reaktion des Systems notwendig wird um die Norm zu stabilisieren. Die Schuldzuschreibung geschieht innerhalb des Funktionssystems Strafrecht bzw. seiner generalpräventiven Funktionserfüllung. Sie bezieht sich also immer auf eine konkrete Ordnung, die es zu stabilisieren gilt. Die Schuldzuweisung als Akt der Zuständigklärung ist also im Bereich dieser Funktionserfüllung angesiedelt und kann sich nicht davon lösen, sofern sie keine dysfunktionale, leere Hülse bleiben soll. Nur durch eine adäquate Zurechnung kann das Strafrecht seine Funktion erfüllen und zwar in der heute existierenden sozialen Ordnung. Die Elemente der Schuld zu eruieren, bedeutet also nichts anderes als die sozialen Praktiken festzustellen, welche mit dem Schuldvorwurf und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit einhergehen.

Eine positive Legaldefinition der Schuld findet sich in keinem der Strafgesetze der untersuchten Rechtsordnungen. Trotzdem lohnt sich ein Blick auf bisherige Umschreibungen und Definitionsversuche, um erste Hinweise zu erhalten, was der Schuldvorwurf im Strafrechtssystem bedeuten könnte bzw. was regelmässig in dieser „Kategorie“ abgehandelt wird. Gemäss klassischer Aufteilung des schweizerischen Strafrechts beinhalte die Schuldkategorie drei Elemente: Der Vorwurf an den Täter setze demnach voraus, dass (1.) die grundlegende psychische Fähigkeit des Täters es ihm erlaubte, die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu erkennen und sich entsprechend dieser Erkenntnis zu verhalten (Frage der Schuldfähigkeit) und, dass der Täter (2.) auch tatsächlich die Möglichkeit hatte, die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu erkennen (Frage der Unrechtskenntnis) und sich (3.) dieser Einsicht nach zu verhalten (Frage der Zumutbarkeit).¹³²¹ Demzufolge gehe es also einerseits um die Kapazitäten, welche dem Täter generell zugeschrieben werden und welche es ihm grundsätzlich erlauben, das Unrecht zu erkennen. Ferner beinhalte die Kategorie Fragen der Vermeidbarkeit. Der Täter müsse

¹³²⁰ Zur potenziellen Austauschbarkeit S. 423 ff.

¹³²¹ DONATSCH/TAG, 272.

die Möglichkeit gehabt haben, sich auch normgemäss zu verhalten. Diese ersten Hinweise lassen schon einmal darauf schliessen, dass der Vorwurf an den Täter grundsätzlich darin besteht, dass er den Normgeltungsschaden herbeigeführt bzw. nicht abgewendet hat, obwohl er dies hätte tun können und obwohl er sowohl im Allgemeinen als auch in der konkreten Situation die Möglichkeit dazu gehabt hätte. Daraus ergibt sich die heute traditionell unter der Schuld abgehandelte Prüfungsfolge, welche danach fragt, ob Schuldausschluss- oder minderungsgründe vorliegen, ob ein (unvermeidbarer) Verbotsirrtum vorliegt oder ob das normgemässe Handeln aufgrund von entschuldigenden Umständen wie z.B. einem Notstand unzumutbar war. I.S. einer Residualkategorie wird Schuld also immer dann als gegeben erachtet, wenn keiner dieser speziellen Ausschlussgründe vorliegt.¹³²² Auch ein Blick auf die *defences* der angelsächsischen Lehre ergibt ein ähnliches Bild: Die strafrechtlichen Programme erklären den Täter grundsätzlich für schuldig, ausser es können eben solche Einreden vorgebracht werden.¹³²³ Wenn nun auch bereits erste Indizien vorliegen, ist damit aber noch nicht abschliessend geklärt, wie sich die Schuldzuschreibung in der sozialen Praxis genau gestaltet.

Auch andere Beschreibungen für den Schuldvorwurf finden sich in der Literatur. So bestehe z.B. gemäss *Tadros* das Platzieren eines Schuldvorwurfs aus vier Schritten: Erstens müsse festgestellt werden, ob der Handelnde einen angemessenen Status habe. Zweitens sei es notwendig, die Tat selbst zu beurteilen um danach als dritten Schritt den Zusammenhang zwischen dem Täter und der Tat angemessen herzustellen. Als vierten Schritt sei zu zeigen, dass die Tat den Charakter des Täters widerspiegle und es deshalb legitim sei, ihn mit dem Stigma der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu belasten.¹³²⁴ Auch diese Definition liesse sich systemtheoretisch rekonstruieren. So sei es, einer derartigen Umformulierung folgend, für einen Schuldvorwurf also notwendig, dass der Täter einen „Status“ habe, welcher ihn zu einem Adressaten normativer Erwartungen macht. Ferner müsse die Tat eine Norm überhaupt destabilisieren. Als drittes müsse dem Adressaten diese Destabilisierung zugerechnet werden können, was viertens nur dann der Fall sei, wenn der „Charakter“ des Täters die zum Ausdruck gebrachte Infragestellung der Norm widerspiegle. Einmal abgesehen davon, dass das vierte von *Tadros* eingeführte Element

¹³²² Siehe dazu bereits S. 27 ff.

¹³²³ S. 47 ff.

¹³²⁴ TADROS, 101.

einen etwas fraglichen Beigeschmack einer „Charakterschuld“ mit sich bringt, ist auch ansonsten damit nicht restlos geklärt, was diese Elemente genau ausmacht. Trotzdem ergeben sich auch daraus wieder wertvolle Hinweise für die weitere Untersuchung. Denn auch in diesem Definitionsversuch geht es kaum zufällig zunächst einmal grundsätzlich um einen Status, eine grundlegende Fähigkeit also, und in der Folge um eine Normdestabilisierung, welche dem Täter zugeschrieben werden muss. Gewisse Wesensmerkmale der Schuld als „Zuständigkeit“ für die Normdestabilisierung zeichnen sich also bereits ab. In der Folge wird nun gewagt, diese Elemente mit dem Bezugspunkt der Funktion des Schuldvorwurfs innerhalb des Strafrechts weiter zu definieren, um in den nachfolgenden Kapiteln festhalten zu können, was diese Elemente genau ausmacht.

1.3 Elemente der Schuld im Überblick

Wie bereits resümiert wurde, liegt die Kapazität der Schuldkategorie i.w.S. darin, festzustellen, ob sich eine identifizierte Erwartungsenttäuschung einer Person zuschreiben lässt, ob es sich dabei also um eine Infragestellung der Norm handelt. Darüber hinaus liegt es innerhalb des Bereichs strafrechtlicher Schuld zu bestimmen, in welchem Ausmass diese identifizierte Normdestabilisierung vorliegt. Diese Zuschreibung basiert direkt auf dem sozialen Prozess der Stabilisierung normativer Erwartungen und konstituiert sich auf Grundlage der vorangegangenen Gefährdung der Normstabilität, welche als Ausgleich einer Strafe bedarf. Innerhalb dieses Prozesses können nun verschiedene Elemente definiert werden, welche als Voraussetzungen der Platzierung eines Schuldvorwurfs fungieren. Betrachtet man die Operationsweisen des Strafrechtssystems, können diese Elemente als ein fortlaufender Zuschreibungsmechanismus identifiziert werden.

Wie die nachfolgende Abbildung 2 illustriert, ist es die Funktion des Schuldvorwurfs, diejenigen Fälle zu identifizieren, bei welchen eine Norm enttäuscht und destabilisiert wurde, da es sich bei der Tat um eine zum Ausdruck gebrachte Infragestellung der Normgeltung handelt (*Mitteilungselement*), bei welchen darüber hinaus diese Infragestellung einer Person zugeschrieben werden kann, welche als adäquate und taugliche Adresse für normative Kommunikation innerhalb des Systems qualifiziert ist (*Personalitätselement*) und bei welchen die Infragestellung der Norm aufgrund ausreichend vorliegender situativer Fähigkeiten und Möglichkeiten nicht anders erklärt werden kann als durch den Fehler dieser Person in der konkreten Situation (*Kompetenzelement*). Um diesen komplexen, aber wichtigen Prozess erneut

zu verdeutlichen: Ein Schuldvorwurf wird dann platziert, wenn eine Norm destabilisiert wurde. Eine Norm wurde nur dann destabilisiert, wenn erstens ein taugliches Subjekt (*Personalität*) vorliegt, dem zweitens ausreichend situative Kompetenz zugeschrieben wird, welche die Vermeidung des Fehlers erlaubt hätte (*Kompetenz*) und wenn die Tat darüber hinaus drittens eine Infragestellung der Norm kommuniziert (*Mitteilung*). Wie noch im Detail auszuführen sein wird, wird (im Normalfall) nur dann Schuld zugeschrieben, wenn diese drei Elemente vorliegen. Nur dann erklären wir jemanden verantwortlich für den entstandenen Normgeltungsschaden, da nur in diesen Fällen die entstandene Destabilisierung mit einem persönlichen Fehler des Täters erklärt werden kann. Nur wenn diese Destabilisierung so erklärt werden kann, ist Strafe ferner überhaupt notwendig um die Normgeltung zu re-aktualisieren und stellt eine taugliche und darüber hinaus notwendige Antwort auf die Tat dar.

Diese drei Elemente und ihre Substanz sollen in den nachfolgenden Kapiteln genauer untersucht werden. Bereits jetzt muss allerdings betont werden, dass die Anordnung dieser Grafik nicht zu der Annahme verleiten soll, dass es nur eine mögliche bzw. richtige Anordnung dieser Elemente gibt oder ferner, dass diese drei Elemente völlig unabhängig voneinander sind. Vielmehr hängen diese Elemente innerhalb des sozialen Prozesses der Platzierung eines Schuldvorwurfs eng zusammen und vermögen es erst gemeinsam, diesen Zuschreibungsmechanismus abzubilden und zu konstituieren. Um dies mit einem Beispiel zu verdeutlichen: Ein Täter, der grundsätzlich als Absender einer normdestabilisierenden Kommunikation geeignet ist, kann mit einer Tat, z.B. einer leichten Körperverletzung, die Infragestellung der entsprechenden Norm zum Ausdruck bringen. Wenn diese Mitteilung nun jedoch auch anderweitig als durch seine Indifferenz gegenüber der Norm erklärt werden kann, weil die situative Kompetenz z.B. durch eine stark beeinträchtigte Zurechnungsfähigkeit eingeschränkt ist, erlaubt dieser Umstand es, die Normenttäuschung anderweitig zu verarbeiten. Die Normstabilität kann durch diese Erklärung bewahrt werden, was eine Bestrafung überflüssig macht. Andere Beispiele, bei welchen eines der Elemente nicht vorliegt, könnten ebenso angeführt werden und die Annahme untermauern, dass der Schuldvorwurf nur dann platziert wird, wenn alle drei Elemente präsent sind, da nur dann die Norm erfolgreich destabilisiert wurde. Entsprechend gibt es auch keine Hierarchisierung der Elemente. Keines ist im Rahmen der Schuldzuschreibung grundsätzlich wichtiger als das andere. Sie konstituieren vielmehr einen einzigen sozialen Prozess.

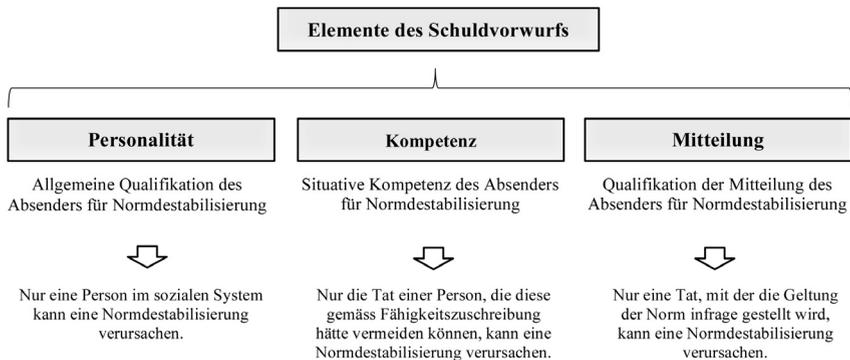


Abbildung 2: Elemente des Schuldvorwurfs

Diese für den Moment eher abstrakt definierten Elemente der „Personalität“, der „Kompetenz“ und der „Mitteilung“ bedürfen allerdings weiterer Untersuchung um zu überprüfen, ob sie das Phänomen der Schuld innerhalb der strafrechtlichen Verantwortungszuschreibung vollständig zu umfassen vermögen. Demzufolge soll in der Folge im Detail geklärt werden, welche Bestandteile und Voraussetzungen diesen drei Elementen inhärent sind.

II. PERSONALITÄT

1. Schuld als Voraussetzung und Folge von Personalität

Wie soeben angemerkt, gibt es nicht ein Element der strafrechtlichen Schuldzuschreibung, welches im Rahmen dieses Prozesses einen grundlegend höheren Stellenwert einnimmt als die anderen beiden. Trotzdem soll nun bei der Personalität begonnen werden, da sie die fundamentalste Voraussetzung jeglicher Zurechnung im sozialen System ist. Das Recht spielt sich nicht im Einzelbewusstsein ab, sondern in der Interaktion bzw. genauer in der Kommunikation.¹³²⁵ Jede Handlung ist nicht mehr als eine Zurechnung einer Operation (Kommunikation) zu einer Person im System.¹³²⁶ Hauptbedingung für eine Gesellschaft, welche Verhaltensfreiheit zulässt, ist gemäss *Jakobs* sodann auch die „Personalisierung der Subjekte“.¹³²⁷ Die Bedeutung dieser

¹³²⁵ JAKOBS, ZStW 1995, 867.

¹³²⁶ Zum Personenbegriff bereits S.145 f.

¹³²⁷ JAKOBS, ZStW 1995, 867.

Voraussetzung bedarf jedoch einer genaueren Betrachtung des Konzeptes der „Persönlichkeit“ und dessen Bedeutung für soziale Systeme.

Normative Erwartungen werden nur an Adressaten gerichtet, welche als Person im System konstituiert sind. Nur diejenigen Adressaten sind es nämlich, welchen eine ausreichende Personen- und damit Subjektqualität zukommt und welche demzufolge als Zurechnungspunkt für Zuschreibung von Verantwortung dienen können. „Person“ bezeichnet gemäss *Luhmann* deshalb auch die „soziale Identifikation eines Komplexes von Erwartungen“.¹³²⁸ Nur Personen können demzufolge überhaupt normative Erwartungen enttäuschen. Wie noch genauer auszuführen sein wird, impliziert Persönlichkeit eine soziale Rolle und die Zuschreibung einer grundlegenden Kompetenz bzw. eines Status.¹³²⁹ Persönlichkeit ist deshalb ein soziales Konstrukt.¹³³⁰ Diese kommunikative Konstruktion von Adressaten innerhalb gesellschaftlicher Kommunikation ist ein entscheidendes Element für die normative Strukturierung der Gesellschaft.¹³³¹ Personalisierung ist deshalb eine zwingende Voraussetzung für jede Art von Verantwortungszuschreibung und von Vergesellschaftung im Allgemeinen. Der Zusammenhang zwischen verschiedenen Formen von Subjektivität und persönlicher Verantwortlichkeit ist zweifellos gegeben.¹³³² Subjektivität i.S. von Persönlichkeit ist sowohl Voraussetzung für Gesellschaftlichkeit als auch zugleich dessen direkte Folge.¹³³³

Im Rahmen des Strafrechtssystems ist es die Schuldkategorie, welche eine „Personalisierung des Unrechts“ bewirkt.¹³³⁴ Das Herstellen dieses Personenbezugs innerhalb der Verantwortungszuschreibung ist folglich eine der Aufgaben der Schuldkategorie. Erst die Zuschreibung der Normenttäuschung zu einer Person im System ermöglicht die Verarbeitung der Enttäuschung mittels Strafe. Entsprechend handelt es sich bei der Persönlichkeit um eine wesentliche Grundvoraussetzung von Verantwortung und bei der Feststellung dieser Personenqualität wiederum um eine wichtige Funktion des Schuldvorwurfs.

1328 LUHMANN, *Soziale Systeme*, 286.

1329 JAKOBS, *ZStW* 1995, 867; LUHMANN, *Soziale Systeme*, 155. Die Feststellung von *Tadros*, Verantwortung setze „*status-responsibility*“ voraus, kann ebenso i.d.S. verstanden werden; siehe TADROS, 21 ff. und sogleich S. 258 ff.

1330 BLECKMANN, 104 f.

1331 Vgl. JAKOBS, *ZStW* 2005, 266.

1332 Dazu FARMER, 164.

1333 JAKOBS, *ZStW* 1995, 852.

1334 KARGL, 199.

2. Personalität im Strafrechtssystem

Personalität ist also eines der Elemente, welches vorliegen muss, damit ein Schuldvorwurf platziert werden kann. Wie bereits beim systemtheoretischen Personenbegriff allgemein festgehalten werden konnte, handelt es sich bei Personen i.d.S. nicht automatisch um Individuen, d.h. Menschen in einem ontologischen Sinne.¹³³⁵ Diese Definition von Personalität als soziale Konstruktion darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass Personen deshalb nicht real sind bzw. nur ein Modell darstellen. Selbstverständlich sind die im System begründeten Zuständigkeiten, d.h. die Personalisierung des Systems, und damit auch die Personen selbst nicht weniger wirklich als Individuen in einem naturwissenschaftlichen Sinne.¹³³⁶ Soziale Konstruktionen sind soziale Realität und damit gesellschaftliche Wirklichkeit. Im „Spiegel der anderen erlange der Mensch Ich-Identität“¹³³⁷ und gerade die normative Ordnung bietet dabei Orientierung. Diese Orientierung in einer normativ strukturierten Gesellschaft wird jedoch durch Personen als „kommunikativ konstruierte Adressaten“ konstituiert und nicht durch menschliche Individuen.¹³³⁸ „Personen können nicht ohne soziale Systeme entstehen und bestehen, und das gleiche gilt umgekehrt“, um diesen Punkt mit *Luhmann* treffend zusammenzufassen.¹³³⁹ Aus systemtheoretischer Perspektive ist das Subjekt „eine Konstruktion, die in der Wirklichkeit kein Korrelat erfordert“.¹³⁴⁰ Die Funktion der Personalisierung liege gemäss *Luhmann* ausschliesslich im Kommunikationssystem und es sei auch nur dieses Verständnis, das zu erklären erlaube, warum gewissen Menschen (z.B. Sklaven) im Verlauf der Geschichte die Personalität abgesprochen werden konnte, ohne aber ihre körperliche Existenz zu bestreiten. Wer oder was als Person zählt, ist entsprechend systemabhängig. Personen sind demzufolge „kommunikative Realität“.¹³⁴¹ Dieses Verständnis von Personalität mitzuvollziehen, ist von entscheidender Bedeutung, um ein Verständnis für die sozialen Mechanismen der Schuldzuschreibung zu entwickeln.

1335 S. 145 f.

1336 So auch deutlich JAKOBS, ZStW 2005, 258.

1337 JAKOBS, ZStW 2005, 249 mit Verweis auf SINGER WOLF, Menschenbild, 56.

1338 JAKOBS, ZStW 2005, 266.

1339 LUHMANN, Soziale Systeme, 92, der aber sogleich noch einmal darauf aufmerksam macht, dass daraus nicht der Schluss zu ziehen sei, dass das soziale System deshalb also aus Menschen bestehe.

1340 SACHER, ZStW 2006, 584 f.

1341 LUHMANN, Wissenschaft der Gesellschaft, 33 f.

Es ist der Wichtigkeit der Personalisierung für Verantwortlichkeit folgend logisch, dass der Subjektbegriff im Recht schon seit jeher eine wichtige Rolle gespielt hat. Dabei ist dieser nicht zwingend mit dem soziologischen Personenbegriff identisch, auch wenn das Recht zweifellos ein „Eigeninteresse“ daran hat, sich an der gesellschaftlichen Kommunikation zu orientieren. Gemäss *Farmer* sei es entsprechend für das Verständnis des modernen Strafrechts als normative Ordnung zwingend notwendig, zu verstehen, inwiefern das Konzept der Person institutionalisiert sei, da es eine klare Verbindung zwischen diesem Konzept und dem der Verantwortlichkeit gebe. Das Recht lege generelle Kriterien darüber fest, wer im Rahmen der rechtlichen Ordnung als Person zu gelten habe und diese Kriterien könnten – je nach kulturellen oder politischen Vorstellungen – mehr oder minder inklusiv sein. Ferner könne das Recht je nach konkretem Zweck auch verschiedene Personenbegriffe unterscheiden.¹³⁴² Im heutigen Strafrecht werde aktive Personalität vor allem demjenigen zugeschrieben, der als fähig erachtet werde, sich normgemäss zu verhalten und der deshalb verantwortlich erklärt werden könne, wenn er die Verhaltensnormen bricht.¹³⁴³ Daraus ergibt sich eine Wechselwirkung zwischen Verantwortlichkeit und Personalität, ein Paradoxon, das nicht gerade zufällig auftritt. Zuständigkeit und Verantwortung gehen Hand in Hand. Eine Person kann nur dann verantwortlich erklärt werden, wenn sie als fähig erachtet wird, sich normgeleitet zu verhalten. Und erst diese Fähigkeitszuschreibung macht den Personenstatus als Voraussetzung dieser Zuständigkeit überhaupt aus.

Die Bedeutung der Subjektqualität im Strafrecht lässt sich nicht nur aufgrund der Diskussion um die Strafbarkeit von juristischen Personen aufzeigen,¹³⁴⁴ sondern hochaktuell gerade in Bezug auf den rasanten technologischen Fortschritt in der Robotik.¹³⁴⁵ Es zeigt sich dabei, dass die Frage, ob Roboter irgendwann in Zukunft strafrechtlich verantwortlich erklärt werden könnten, eng mit der Frage von „Personalität“ im Strafrechtssystem verknüpft ist. Der Begriff des Strafrechtssubjekts knüpft auch hier nicht zwingend an naturwissenschaftliche Kategorien an, sondern an die Konstruktionen der sozialen Wirklichkeit. Die Personenqualität wird also davon abhängig

¹³⁴² FARMER, 166.

¹³⁴³ FARMER, 167.

¹³⁴⁴ Siehe dazu auch S. 379 ff.

¹³⁴⁵ Siehe zur Diskussion rund um die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Robotern gerade mit Blick auf den Schuldbegriff ausführlich SIMMLER/MARKWALDER, ZStW 2017, 20 ff. und MARKWALDER/SIMMLER, AJP 2017, 171 ff.

gemacht, ob sich an den jeweiligen Akteur normative Erwartungen richten, die er enttäuschen kann. Entsprechend hängt Personalität von sozialen Mechanismen, von Zuschreibung und von wechselseitiger Kommunikation ab und kann – wenn auch aus heutiger Sicht noch absurd anmassend – sehr wohl theoretisch auch einem Roboter zukommen.¹³⁴⁶

Ob jemand i.d.S. Mitglied des sozialen Systems bzw. Teilnehmer der gesellschaftlichen Interaktion ist, entscheidet sich also danach, ob die Gesellschaft das Subsystem als Person behandelt oder nicht.¹³⁴⁷ Für die „Konstitution einer Person im Recht“ genüge es gemäss *Jakobs* jedoch nicht, sie als „Adresse für Pflichten und Rechte zu postulieren oder gar nur zu denken, vielmehr muss diese Adresse es wirklich ermöglichen, sich an ihr als Person im Recht zu orientieren.“¹³⁴⁸ Bereits bei *Kant* war eine Person erst „dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind“.¹³⁴⁹ Schuld i.d.S. setzt voraus, dass der Zuständige überhaupt als Person dargestellt werden kann und dass es keinen anderen Weg gibt, als ihn als Angehörigen der Ordnung anzuerkennen.¹³⁵⁰

Im Zusammenhang der Begründung des Schuldvorwurfs wird oftmals auf eine sog. „normative Ansprechbarkeit“ oder auch „normative Kompetenz“ Bezug genommen.¹³⁵¹ Was darunter allerdings genau verstanden werden soll, ist weitgehend unklar bzw. handelt es sich dabei gemäss *Hörnle* weitgehend nur um eine Vorbedingung.¹³⁵² Im Rahmen dieser „Vorprüfung“ geht es also um Personalität. Es wird dabei nicht das Mass des Vorwurfs festgestellt bzw. dasjenige einer möglichen Normdestabilisierung, sondern vorfrageweise geklärt, ob bei der zu beurteilenden Person überhaupt die grundlegenden Voraussetzungen einer solchen Destabilisierung vorliegen, d.h. ob die Person Absender strafrechtlich relevanter Kommunikation sein kann und folglich eine Person i.d.S. ist.¹³⁵³ Als „Vorbedingung“ entfaltet Personalität ihre

1346 SIMMLER/MARKWALDER, ZStW 2017, 32 ff.

1347 JAKOBS, Norm, Person, Gesellschaft, 116.

1348 JAKOBS, Staatliche Strafe, 40 f.

1349 KANT, 223.

1350 So auch JAKOBS, Schuldprinzip, 34.

1351 Siehe dazu HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 69 ff. und insb. Fn. 171 m.w.N; ROXIN, AT, § 19 N 36 ff.; zur Relevanz dieser Kompetenz sogleich auch S. 267 ff.

1352 HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 70.

1353 Gemäss HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 71 f., gehe es dabei – entgegen dem „Denkfehler“ vieler Autorinnen und Autoren – nicht darum, dass mit der Frage nach der normativen Ansprechbarkeit ein Schuldvorwurf inhaltlich nicht ausgefüllt werden könne. Vielmehr handle es sich dabei lediglich um die Bedingung für die Erhebung eines Unrechtsvorwurfs.

Wirkung innerhalb der strafrechtlichen Funktionserfüllung. Persönlichkeit ist damit unverzichtbares Element des Schuldvorwurfs und Ausgangspunkt jeder Schuldzuschreibung.

3. Persönlichkeit als Element der Schuldkategorie

3.1 Eignung des Absenders für Normdestabilisierung

In der Schuldkategorie wird durch „Vereinzelung des Täters“ erreicht, dass der Konflikt aus der sozialen Ordnung in ein Subsystem verlagert wird. Dafür muss die relative Autonomie dieses Subsystems gegenüber den äusseren Bedingungen behauptet werden. Nur so kann mit der Zurechnung als schuldhaft an der normativen Erwartung festgehalten werden.¹³⁵⁴ Deliktische Kommunikation kann, auf dem vorangehend umrissenen Personenverständnis aufbauend, also nur von Individuen ausgehen, die im Kontext der konkret in Frage stehenden Normenttäuschung Personenstatus haben.¹³⁵⁵ Ob eine solche Kommunikation als „Entscheidung“ betrachtet wird, d.h. ob sie als etwas verstanden wird, was eine Norm infrage stellt und entsprechend nach einer Stabilisierung verlangt, ist dabei durch die Erwartungsstruktur der Gesellschaft sozial determiniert und nicht durch psychische Seinszustände.¹³⁵⁶

Gemäss herkömmlicher Formulierung handle es sich bei der Schuldkategorie im Gegensatz zur Tatbestandsmässigkeit und zur Rechtswidrigkeit nicht um ein Urteil über die Tat, sondern um eines über den Täter.¹³⁵⁷ Dies ist jedoch nur teilweise zutreffend. Wie sich auch im Rahmen des Kompetenzelements noch zeigen wird, geht es auch beim Schuldvorwurf um die Tat, also um die normdestabilisierende Kommunikation, selbst. Auch die Schuldkategorie behandelt i.d.S. die Beurteilung der Tat als Infragestellung der Norm. Diese Infragestellung kann sich jedoch nur verwirklichen, wenn sie von einem geeigneten Absender ausgeht. Ansonsten vermag die Tat keine Normdestabilisierung herbeizuführen. Zuschreibung ist demzufolge Bedingung, dass die Kommunikation eine Tat ist, da sich Kommunikation erst durch Zurechnung zum Subjekt überhaupt als Handlung konstituiert. Das „Urteil über den Täter“ ist also vielmehr ein „Urteil über die Eignung

¹³⁵⁴ JAKOBS, Schuld und Prävention, 13.

¹³⁵⁵ BLECKMANN, 153 f.

¹³⁵⁶ BLECKMANN, 154 mit Verweis auf LUHMANN, Organisation und Entscheidung, 140 ff.

¹³⁵⁷ Anstatt vieler DONATSCH/TAG, 269.

der Handlung als Infragestellung der Norm aufgrund von Personalität, Kompetenz und Mitteilung“. Selbstverständlich beinhaltet gerade das Personalitätselement dabei Faktoren, die man als vorprüfendes Urteil über den Täter als Absender betrachten könnte. Dies alleine würde diese Sequenz aber nur unzutreffend wiedergeben.

I.d.R. wird im Strafrecht das Vorhandensein dieser von *Tadros* als „*status-responsibility*“ bezeichneten Voraussetzung für die Zuschreibung der Normenttäuschung schlichtweg angenommen, wenn nicht eine der expliziten Ausnahmen zum Zug kommt. Ob dem Handelnden die notwendige Personenqualität zukommt oder ob ihm diese aufgrund einer solchen Ausnahme aberkannt wird, hängt massgeblich von dem ihm zugeschriebenen grundlegenden Kapazitäten und Fähigkeiten ab.¹³⁵⁸ Anders jedoch als bei der noch zu diskutierenden Frage der konkreten Kompetenz im Tatzeitpunkt, wird in den Fällen der normierten Ausnahmen zur Personalität bereits der entsprechende Status aberkannt, da die damit zwingend einhergehende Eignung als Adressat normativer Erwartungen nicht gegeben ist. Deshalb seien diese allg. Ausnahmen, wie *Tadros* richtigerweise feststellt, von Fragen der Schuldfähigkeit im Tatzeitpunkt zu unterscheiden. Wenn jemandem nämlich bereits die Personenqualität i.S. einer grundsätzlichen Schuldfähigkeit abgesprochen werde, sei auch die Prüfung einer situativen Entschuldigung nicht erforderlich. Personalität sei also notwendig, um überhaupt „moralischer Agent“ und „tauglicher Adressat“ sein zu können.¹³⁵⁹

Das Potenzial, Normen so zu destabilisieren, dass eine Strafe notwendig wird, besitzt nur derjenige, dem Personalität im System zugesprochen wird. Das traditionelle Beispiel der Abwesenheit dieses notwendigen Status sind Kinder oder psychisch stark Erkrankte.¹³⁶⁰ Ein „moralischer Agent“ i.d.S. ist einer, welcher die normativen Erwartungen, die an ihn gerichtet sind, überhaupt versteht und fähig ist, Adressat des „kommunikativen Unterfangens“ der Strafe zu sein, in einer Art, wie es kleine Kinder und psychisch stark Beeinträchtigte gemäss Fähigkeitszuschreibung nicht könnten.¹³⁶¹ Es besteht dabei ein enger Zusammenhang des Personenbegriffs und dieser Zuschreibung. Fähigkeiten spielen sowohl bei der Festlegung des Status als auch bei der Zuschreibung der Schuld im Tatzeitpunkt eine Rolle.¹³⁶² Diese zwei Beispiele, welche in

¹³⁵⁸ TADROS, 21 ff., 55 ff. und 124.

¹³⁵⁹ TADROS, 124 f.

¹³⁶⁰ Anstatt vieler z.B. HORNER, 1996 *Current Legal Problems* 159, 167 f.

¹³⁶¹ KEATING ET AL., 139; DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, 27 ff.

¹³⁶² Siehe dazu sogleich S. 267 ff.

allen untersuchten Rechtsordnungen als Ausnahmen von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zum Zuge kommen, sind dabei jedoch nicht als abschließende Liste aller möglichen Gründe für die Aberkennung der Subjektqualität zu erachten. Wie bereits angesprochen, kann die Frage nach der Personalität im System gerade auch bei Organisationseinheiten relevant sein, welche keine psychischen Systeme darstellen. Wenn in Gesetzgebungsverfahren über die Unternehmensstrafbarkeit gesprochen wird, ist das nichts anderes als eine Debatte darüber, ob Unternehmen diese Personalität zugesprochen werden soll oder nicht. Die unterschiedliche Beurteilung dieser Frage im historischen Verlauf und im Rechtsvergleich zeigt bereits, dass es kaum eine absolute Antwort auf die Frage geben kann, was eine „Person im Strafrecht“ ist, wenn auch diese Beurteilung keineswegs willkürlich, sondern stets abhängig von der sozialen Praxis der Verantwortungszuschreibung ist.¹³⁶³ Wichtig ist es hier festzuhalten, dass Personalität stets Voraussetzung eines Schuldvorwurfs ist. Dies zeigt sich bei Einheiten, welchen diese Personenqualität grundsätzlich abgesprochen wird und die deshalb nie strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, aber auch bei den noch genauer zu kommentierenden Grenzfällen in Abhängigkeit von Alter und psychischer Gesundheit.

3.2 Kindesalter

Einem Kind bis zu einem gewissen Alter wird im Allgemeinen die Fähigkeit abgesprochen tauglicher Normadressat zu sein. Dies führt dazu, dass Normbrüche von Kindern nicht zu einer Normdestabilisierung führen, da die enttäuschte Erwartung – ähnlich wie bei kognitiven Enttäuschungen – anders erklärt werden kann.¹³⁶⁴ In Bezug auf das Alter hängt dieser Umstand damit zusammen, dass das Strafrecht der vorherrschenden Annahme folgt, dass Kinder nicht als i.d.S. „Gleiche“ definiert werden und deshalb grundsätzlich nicht als kompetent erachtet werden, die Normgeltung infrage zu stellen.¹³⁶⁵ Die Vorstellung davon, ab wann Kindern oder gerade Jugendlichen der notwendige Status zuerkannt wird, variiert allerdings nicht nur zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen deutlich, sondern hat sich auch im Verlauf der Geschichte verändert.¹³⁶⁶ Im angelsächsischen Recht galt unter dem *Common Law* eine generelle Vermutung, dass Kinder unter sieben Jahren

¹³⁶³ Die Unternehmensstrafbarkeit wird im Rahmen der *strict liability* noch einer genaueren Untersuchung unterzogen; siehe S. 379 ff.

¹³⁶⁴ Siehe zum Unterschied von normativen und kognitiven Erwartungen schon S. 156 f.

¹³⁶⁵ JAKOBS, AT 1. A., 521 (18/1).

¹³⁶⁶ Zu den verschiedenen Perspektiven auf die Kindheit auch allg. BUCK, 1 ff.

nicht die Fähigkeit hätten, ein Verbrechen zu begehen, da sie nicht in der Lage seien, einen ausreichenden Vorsatz zu formen. Ferner war vorgesehen, dass auch Kinder zwischen sieben und 14 Jahren grundsätzlich nicht schuld-fähig sind, dass diese Vermutung aber vom Staat widerlegt werden kann.¹³⁶⁷ Kompetenz ist sowohl für die Erlangung von Rechten als auch von Pflichten von grosser Bedeutung. Jedoch hängt die gesellschaftliche Sichtweise auf die Kompetenz von Kindern und Jugendlichen nicht von wissenschaftlich oder objektiv feststellbaren Kriterien ab, wenn sie auch dadurch beeinflusst sein mag, sondern ist sozial konstruiert. Entsprechend variieren die Erwartungshaltung gegenüber Kindern und Jugendlichen und die Rolle, welche diesen in der Gesellschaft zukommt.¹³⁶⁸

Es ist deshalb auch kaum zufällig, dass das Mindestalter für strafrechtliche Verantwortlichkeit verschieden festgesetzt wird. So haben z.B. Österreich, Deutschland und Italien ein Mindestalter von 14 Jahren, Norwegen und Schweden sogar 15. Auf der anderen Seite haben die Schweiz, England und Wales eines von 10, während die US-Bundesstaaten die Grenze i.d.R. zwischen 7 und 10 Jahren anlegen.¹³⁶⁹ Die Relevanz des gesetzlichen Alters unterscheidet sich auch je nachdem, ob ein und was für ein Jugendstrafsystem in einzelnen Staaten etabliert ist, wobei mittlerweile wohl alle westlichen Rechtsordnungen ein solches Jugendstrafrecht mit speziellen Bestimmungen und spezifischer Ausrichtung vorsehen.¹³⁷⁰ Es zeigte sich in den letzten 30 Jahren auch ein eindeutiger Trend in Richtung höherer Alterslimiten. So haben zwischen 1989 und 2008 nur sieben Staaten die Limite gesenkt, 41 haben sie dagegen im gleichen Zeitraum erhöht.¹³⁷¹

3.3 Unzurechnungsfähigkeit

Auch bei der Zurechnungsfähigkeit, d.h. der Schuldfähigkeit i.e.S., geht es um die Zuständigkeit einer Person, wobei der entsprechende Beurteilungs-massstab ebenfalls erheblich vom gesellschaftlichen Kontext abhängt. Relevanter Bezugspunkt ist auch dabei gemäss *Jakobs* einzig die „Gefahr für die Erosion der Normgeltung“.¹³⁷² Die Feststellung der Schuldfähigkeit bzw. des allg.

1367 RUSSELL-BROWN/DAVIS, 251.

1368 CIPRIANI, 2 f.

1369 Siehe für eine internationale Übersicht der gesetzlichen Altersvoraussetzungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit CIPRIANI, 97 ff.

1370 RUSSELL-BROWN/DAVIS, 251.

1371 CIPRIANI, 112.

1372 JAKOBS, Schuld als gesellschaftliche Konstruktion, 252.

Schuldausschlusses hängt also davon ab, ob die Normenttäuschung dem Verantwortungsbereich der Person zugeschrieben werden kann oder ob sie vielmehr durch eine „Anormalität“ erklärt werden kann. Ist eine solche Ausweichmöglichkeit vorhanden und kann die Normabweichung i.d.S. „entschuldigt“ werden, so wird Strafe für die Normdestabilisierung nicht notwendig, da die Erwartungsenttäuschung nicht als Infragestellung einer Norm, sondern als Ausdruck eben dieser Beeinträchtigung der Personenqualität verstanden wird. In diesen Fällen wird sodann auch eher mit „Fürsorge statt Strafe“ reagiert und der Konflikt damit kognitiv erledigt.¹³⁷³ Bei der Bestimmung der Schuldfähigkeit wird demzufolge geprüft, ob die Normenttäuschung von anderen Faktoren getragen wird.¹³⁷⁴

Im schweizerischen Strafrecht erfolgt die Feststellung der Schuldfähigkeit herkömmlich nach der sog. „biologisch-psychologischen Methode“, d.h. sie setzt grundsätzlich einen biologischen Befund voraus, der im konkreten Fall zu bestimmten psychischen Folgen geführt haben muss.¹³⁷⁵ Allerdings wirft die Bezeichnung dieser Methode durchaus Fragen auf. So kann ein biologischer Befund zwar zum Zuschreibungsprozess beitragen und ihn entsprechend untermauern, die Zuschreibung von Personalität ist jedoch ein intersubjektiver Prozess zur Abbildung des Psychologischen. Entsprechend würde es sich gemäss *Jakobs* bei dieser Zuschreibung als „normative Konstruktion“ viel eher um eine „psychologisch-normative Methode“ handeln, also eine normative Zuschreibung psychischer Phänomene.¹³⁷⁶ Dieser Befund wiederum erlaube es, das Subjekt vom Normbruch zu distanzieren. Einerseits könnte der Befund darauf hindeuten, dass in Bezug auf die Tat überhaupt kein „durch die übertretene Rechtsnorm determinierbares Subjekt“ vorhanden sei. Das Subjekt werde in der Folge so reduziert, dass es mit dem Durchschnitt nicht mehr vergleichbar sei, was in der Annahme von Zurechnungsunfähigkeit resultiert.¹³⁷⁷ In diesen Konstellationen kommt dem Täter also keine Personenqualität im strafrechtlichen Sinne mehr zu. Führt der Befund andererseits nicht zu einer so weitgehenden Reduktion und das Subjekt wird noch als normativ ansprechbar wahrgenommen, handelt es sich nach wie vor um eine Person im System und es kommen „nur“ noch Fragen der verminderten Schuldfähigkeit oder der

1373 JAKOBS, Schuld als gesellschaftliche Konstruktion, 257.

1374 JAKOBS, AT 2. A., 482 f. (17/21).

1375 DONATSCH/TAG, 274.

1376 JAKOBS, AT 1. A., 522 (18/3).

1377 JAKOBS, AT 1. A., 522 f. (18/5).

Zumutbarkeit normgemässen Verhaltens im Einzelfall in Betracht.¹³⁷⁸ Diese Fragen betreffen allerdings die situative Kompetenz des Täters, nicht jedoch seinen Status.

Gemäss *Frister* würde die Feststellung, es handle sich bei der Schuldfähigkeit um eine reine „Zuschreibung“, wenig zur konkreten Anwendung des Schuldstrafrechts und zur Begriffsbestimmung der Schuldfähigkeit beitragen. Es müsse folglich ein „psychisches Substrat“ bestimmt werden, d.h. der psychische Sachverhalt beschrieben werden, bei dessen Vorliegen Schuldfähigkeit zuzuschreiben sei bzw. in der sozialen Realität zugeschrieben wird.¹³⁷⁹ Die Schuldfähigkeit sei folglich keine „motivatorisch oder nicht motivatorisch gesteuerte Disposition zu einer normbestimmten Entscheidung, sondern die Fähigkeit, sich auf hinreichend verständige und deshalb für die Normgeltung relevante Art und Weise für oder gegen die Beachtung der Norm zu entscheiden.“¹³⁸⁰ Damit schliesst *Frister* an die Formel *Jakobs'* an, dass es sich bei der Schuldfähigkeit um „Kompetenz, Normgeltung zu desavouieren“ handle.¹³⁸¹ Wann genau diese Kompetenz vorliegt, lässt sich entsprechend nur mit Blick auf die Funktion der Strafe, also mit Blick auf die Normdestabilisierung selbst formulieren und wird generalisierend-normativ bestimmt.¹³⁸²

4. Zwischenfazit: Schuld als Personalität

Der strafrechtliche Personenbegriff ist ein Konstrukt von Beobachtern, d.h. eine Bündelung von Erwartungen. Die Orientierung an Personalität innerhalb sozialer Kommunikation ist dabei, wie mehrfach betont, keine naturalistische. Demzufolge können sowohl die Konstitutionsprinzipien von Personalität als auch die Fragen, welche Kapazitäten jemand haben muss, nicht ontologisch beantwortet werden.¹³⁸³ Die Zuschreibung dieser Kapazitäten ist ein normativer Prozess innerhalb einer bestimmten sozialen Ordnung zu einem bestimmten Zeitpunkt. Als solches ist das Verständnis von Personalität im Allgemeinen variabel. Klar ist, dass sich die soziale Interaktion bei der Qualifikation einer Person als „moralischer und recht-

¹³⁷⁸ Siehe dazu sogleich mehr auf S. 289 ff.

¹³⁷⁹ FRISTER, FS Frisch, 542.

¹³⁸⁰ FRISTER, FS Frisch, 546.

¹³⁸¹ JAKOBS, AT 1. A., 18/1; FRISTER, FS Frisch, 547.

¹³⁸² So JAKOBS, Schuldprinzip, 29.

¹³⁸³ JAKOBS, ZStW 2005, 258; *ders.*, Schuld und Prävention, 20 und 31; siehe bereits allg. S. 115 ff.

licher Agent“ i.d.S. daran orientiert, ob diesem Agenten die Fähigkeit zugesprochen wird, die Erwartungen, die an ihn gerichtet sind, zu verstehen und ferner fähig ist, seine Verantwortung für das Unrecht und auch das „kommunikative Unterfangen“ der Strafe zu erfassen.¹³⁸⁴ Nur jemand, dem diese grundlegenden Kapazitäten und damit Personalität zugesprochen werden, kann eine Norm infrage stellen und damit destabilisieren. Folglich ist Personalität ein unverzichtbares Element des Schuldvorwurfs. Innerhalb der Schuldkategorie isoliert das Strafrechtssystem den Täter als Agent der Normdestabilisierung, was erlaubt, den Konflikt einem Subsystem zuzuschreiben.¹³⁸⁵ Nur Täter, welche allgemein taugliche Absender einer normdestabilisierenden Kommunikation sind, können als Zuschreibungspunkt dienen und erlauben damit Verantwortungszuschreibung zum Zwecke der Erhaltung der Normgeltung. Nur Personalität erlaubt es der Schuldkategorie also ihre Aufgabe im Rahmen der strafrechtlichen Funktionserfüllung wahrzunehmen. Ein Element der Funktion des Schuldvorwurfs ist konsequenterweise die Identifikation, ob Personenqualität vorliegt oder nicht.

III. KOMPETENZ

1. Schuld als Fähigkeit zur Normdestabilisierung

Das Element, welches hier „Kompetenzelement“ genannt wird, gründet auf der generellen Zurechnungsfähigkeit i.S.v. Personalität, wie sie soeben beschrieben wurde, enthält jedoch eine weitere Bedingung für die Platzierung eines Schuldvorwurfs. Wie bereits besprochen, erfordert es die Verantwortungszuschreibung, den „Fehler“, also den Normbruch, einem Subsystem zuzuschreiben. Dies erfolgt nur dann, wenn dieser Person vorgehalten wird, dass sie die Kompetenz gehabt hätte, sich anders zu verhalten. Jemand wird also nur dann für seine Tat zur Rechenschaft gezogen, wenn die Erwartungsenttäuschung nicht mit einem Mangel an situativer Kompetenz erklärt werden kann.

Auch diese Kompetenz im Tatzeitpunkt ist dabei nicht weniger relativ als das Personalitätselement. Das Eruiieren von „Entschuldigungen“ für Widersprüche zur Norm lässt eine gewisse Bandbreite an Annahmen zu und kann demzufolge variabel sein. Sowohl im geschichtlichen Verlauf als

¹³⁸⁴ Vgl. DUFF, Punishment, Communication, and Community, 27 ff.; KEATING ET AL., 139.

¹³⁸⁵ JAKOBS, Schuld und Prävention, 13.

auch zwischen verschiedenen Rechtsordnungen kann folglich divergieren, was als „Entschuldigung“, d.h. als ausreichende Erklärung zur Aberkennung der Kompetenz, gelten kann. Klar ist, dass diese Konstellationen, bei denen eine Person zwar tauglicher Adressat normativer Erwartungen ist, die zum Tatzeitpunkt vorliegenden Umstände es jedoch erlauben, den Normbruch anderweitig zu erklären, auf einer situativen (In-)Kompetenzzuschreibung basieren.

Nur eine Person, bei welcher die notwendige Kompetenz vorlag, stellt durch ihre Tat erfolgreich die Geltung der Norm infrage. Liegt diese Kompetenz nicht vor, kann kein Schuldvorwurf platziert werden. Strafe ist nicht nötig, da sie für die Stabilisierung der Norm nicht erforderlich ist. Diese Kompetenz wird herkömmlich als „Andershandelnkönnen“ bezeichnet und gründet – je nach Vorstellung – auf der Willensfreiheit, welche dem Täter zuerkannt wird. Gerade aufgrund der hitzigen Debatten, welche dieses Thema in der Strafrechtstheorie begleiten, muss nachfolgend genauer eruiert werden, was Substanz dieser „Kompetenz“ ist und warum sie einen essentiellen Bestandteil der Schuldkategorie darstellt.

2. Willensfreiheit und Andershandelnkönnen

2.1 Relevanz der Willensfreiheit für die Schuldlehre

Obwohl die Willensfreiheit in den untersuchten Rechtsordnungen nirgends explizit als Voraussetzung für die Erhebung eines Schuldvorwurfs angeführt wird, gilt sie allgemein als gedankliche Voraussetzung persönlicher Verantwortlichkeit.¹³⁸⁶ Der Schuldgrundsatz bedinge nach traditioneller Doktrin die Willensfreiheit des Menschen.¹³⁸⁷ Der Mensch müsse also grundsätzlich dazu fähig sein, die auf ihn einwirkenden Kausalfaktoren zu kontrollieren und sein Verhalten an Normen auszurichten.¹³⁸⁸ Nur wer eine freie Wahl gehabt habe, verdiene es, bestraft zu werden.¹³⁸⁹ Das Schuldprinzip wird von der h.L. also dahingehend verstanden, dass es nur dann legitim sei, jemandem

¹³⁸⁶ Implizit hat sich der Schweizer Gesetzgeber aber dazu bekannt, dass das Schuldprinzip auf dem Indeterminismus beruhe, d.h. auf der Auffassung, der Mensch sei „grundsätzlich fähig zur Selbstbestimmung“; so RAINER/FÄH/KILLIAS, SZK 2007, 8. In Deutschland hat sich der Bundesgerichtshof noch expliziter zu dieser Grundvoraussetzung der strafrechtlichen Schuld bekannt; siehe BGHSt 2, 194, 200 und bereits oben S. 36 ff.

¹³⁸⁷ JESCHECK/WEIGEND, 408; CRESPO, FS Roxin, 691.

¹³⁸⁸ SPILGIES, 33.

¹³⁸⁹ GREEN THOMAS, 1.

sein Verhalten zuzurechnen, d.h. es ihm persönlich vorzuwerfen, wenn der Betreffende hätte anders handeln können.¹³⁹⁰ Der Umstand, dass das Bestehen dieser Fähigkeit empirisch nicht nachgewiesen ist, verstrickt die Schuldlehre jedoch in andauernde Diskussionen. Der Streit zwischen Indeterministen und Deterministen hat die Strafrechtslehre sodann auch jahrzehntelang grundlegend beschäftigt.¹³⁹¹ Es ist folglich auch wenig überraschend, dass die Geschichte des Strafrechts mit diesem „Willensfreiheitsproblem“ eng verflochten ist.¹³⁹² Auch wenn diese Fragestellung, wie auch die Frage nach der Willensfreiheit im Allgemeinen, diverse Komponenten beinhaltet, die hier nicht alle im Detail abgehandelt werden können, sind gerade aufgrund der hohen Wichtigkeit dieser Debatte für die Schuldkonzeption und des prominenten Raumes, welche sie in der Schuldlehre einnimmt, dennoch kurz die wichtigsten Punkte anzusprechen und zu diskutieren, inwiefern diese Debatte bei der Beschreibung der sozialen Mechanismen, welche den Schuldvorwurf begleiten, miteinbezogen werden muss.

Es ist allerdings nicht nur die empirische Unbewiesenheit der Willensfreiheit, welche diese zu einem „wackligen“ Fundament für den Schuldbegriff macht. Vielmehr sind es auch grundlegende philosophische Kontroversen zwischen sog. Deterministen, Indeterministen, Kompatibilisten oder Agnostikern, welche dieses Fundament destabilisieren.¹³⁹³ Die Frage nach der Willensfreiheit gehört dabei unbestritten zu den am

1390 Anstatt vieler z.B. JESCHECK/WEIGEND, 428; BURKHARDT, Utilitaristische Rechtfertigung, 52.

1391 So STRATENWERTH/KUHLEN, AT I, 5 mit der Bemerkung, dieser Streit lasse sich mit wissenschaftlichen Mitteln nicht entscheiden, da es sich nicht um eine Tatsachenfeststellung handle. Auch im angelsächsischen Raum hat die Debatte nicht weniger Raum eingenommen; siehe dazu übersichtlich GREEN THOMAS, 1 ff.

1392 GREEN THOMAS, 2 und insb. 5 ff.

1393 Bereits die Begrifflichkeiten „Willensfreiheit“, „Indeterminismus“ und „Determinismus“ sind Gegenstand zahlreicher Diskussionen und Unklarheiten. So wird Willensfreiheit in der Philosophie weitgehend gleichbedeutend mit Entscheidungs- oder Wahlfreiheit verstanden, was ein Indiz dafür ist, dass es dabei nicht um die erste Regung oder den ersten Impuls gehen soll, sondern um eine Fähigkeit, welche die späteren Phasen der Handlungsvorbereitung ebenfalls einschliesst. Neigungen würden sich nicht von alleine in die Tat umsetzen, zwischen ihnen und Handlungen liege gemäss *Keil* die Willensbildung, d.h. die Formierung einer Absicht. Dieser Prozess könne entweder frei oder unfrei ablaufen und Willensfreiheit sei dementsprechend als „hinderungs-freie Willensbildung“ zu verstehen; so KEIL, Willensfreiheit, 3. Auf der anderen Seite wird ein Ereignis als determiniert bezeichnet, wenn dessen Eintreten durch vorausgehende Umstände vollständig festgelegt sei, so dass also bei einer Wiederholung der

meisten diskutierten Themen der Philosophie. Während z.B. ein streng kausaler Determinismus keinen Spielraum für freie Entscheidungen des Menschen zulässt, hält der Kompatibilismus die Annahmen von Determinismus und Willensfreiheit für miteinander vereinbar.¹³⁹⁴ Die Anfänge dieser Diskussion lassen sich wenig überraschend bis in die Antike zurückverfolgen. Bereits *Sokrates* hatte sich mit sog. materialistischen Auffassungen beschäftigt und sie als unzureichend zurückgewiesen, wobei es sich bei ihm im Wesentlichen um ein philosophisch-theoretisches Problem handelte. In der Neuzeit gewannen hingegen empirische Erkenntnisse der Lebenswissenschaften Einfluss auf die Auseinandersetzung. Bei *Descartes* waren diese empirischen Befunde die Entdeckung des Blutkreislaufs, heute sind sie natürlich andere, wie sogleich noch auszuführen sein wird.¹³⁹⁵ *Descartes* hielt stets fest, dass die Existenz von Handlungsmotiven dem freien Willen keineswegs entgegenstehe, umgekehrt sogar die Abwesenheit solcher Motive eher für Unfreiheit in der Entscheidung sprechen würden.¹³⁹⁶ *Spinoza* hingegen gilt aufgrund seiner Erklärungen der Kausalketten als einer der grössten Deterministen aller Zeiten: „Es gibt keinen absoluten Geist oder freien Willen, sondern der Geist wird zu seinen Willensakten bestimmt durch eine Ursache, die wiederum von einer anderen Ursache determiniert wird, und diese wieder von einer anderen und so weiter bis in alle Ewigkeit.“¹³⁹⁷ Diese Debatte kann hier nicht im Detail nachgeführt werden, sofern eine solche umfassende Darstellung überhaupt möglich sein sollte. Es muss aber klar sein, dass diese Positionen innerhalb der Philosophie in stetiger Wechselwirkung mit der Entwicklung der strafrechtlichen Schuldlehre standen und bis heute ihren Einfluss auf sie ausüben.

Strafrechtliche Schuld sei – so die grundlegende Annahme – stets Willensschuld.¹³⁹⁸ Es stellt sich daher die Frage, ob ein Schuldstrafrecht menschliche Willensfreiheit voraussetzt und an die Existenz einer solchen

vorausgegangenem Umstände auch das Ereignis selbst immer wieder eintreten würde. Eine deterministische Welt sei folglich eine kausal vorbestimmte Welt; so PAUEN/ROTH, 38. In der Philosophie gibt es nun Anhänger aller möglichen Strömungen und auch von Kombinationen der verschiedenen Positionen (Kompatibilismus); zu diesen verschiedenen Standpunkten anstatt vieler z.B. KEIL, Willensfreiheit und Determinismus, 10 ff. und PAUEN/ROTH, 7 ff.

1394 FONFORA, 15.

1395 Zu diesen Ursprüngen PAUEN/ROTH, 21.

1396 DESCARTES, 103 f.

1397 Zitiert nach GAZZANIGA, 140.

1398 Anstatt vieler JAKOBS, Schuld als gesellschaftliche Konstruktion, 259.

geknüpft ist.¹³⁹⁹ Von der nach heutigem Erkenntnisstand letztlich nicht zu beantwortenden Frage nach der Existenz der Willensfreiheit hängt gemäss der Meinung mancher Autorinnen und Autoren die Existenzfrage des Strafrechts überhaupt ab.¹⁴⁰⁰ So meint bspw. *Armin Kaufmann*, die strafrechtliche Schuldlehre sei nichts anderes als „praktizierte Freiheitsanalyse“.¹⁴⁰¹ Ob die Willensfreiheit tatsächlich Voraussetzung des Schuldvorwurfs ist und inwiefern, ist jedoch umstritten. So behauptet *Geisler*, die für den Schuldspruch relevante Freiheit sei nicht die unbeweisbare Willensfreiheit und dass es deshalb auf diese nicht ankäme. Der im Strafrecht vorausgesetzte Freiheitsbegriff nehme nicht Bezug auf eine „Freiheit im objektiv-absoluten Sinne“, sondern fokussiere auf „verhaltensbeeinflussende Sachverhalte“ und sei deshalb relativer Art. Gemäss diesem Verständnis würde das Gesetz nicht danach fragen, ob der Täter bei der Tatbegehung frei von jeglichen beeinflussenden Faktoren war, denn eine solche „globale Vermeidemacht“ würde im Strafrecht gar nicht thematisiert.¹⁴⁰² Analysiert man die Schuld, wie es vorliegende Abhandlung tut, kann man deshalb schnell im „Strudel der Diskussion um ein Andershandelnkönnen“ oder des „uralten Streits zwischen Deterministen und Indeterministen“ versinken.¹⁴⁰³ Für die vorliegende Untersuchung ist es demnach von Wichtigkeit zu analysieren, inwiefern diese Debatte in der Tat den strafrechtlichen Schuldvorwurf prägt und inwiefern sich strafrechtliche Kommunikation innerhalb der Verantwortungszuschreibung tatsächlich an Willensfreiheit orientiert.

2.2 Angriffe der Neurowissenschaften auf das Schuldstrafrecht

Aufgrund ihrer unbestreitbaren Fortschritte ist es den Neurowissenschaften gelungen, immer präzisere Strukturen und Funktionsabläufe im Gehirn zu unterscheiden, die für das subjektive Erleben und die Bewusstseins- und Entscheidungsvorgänge des Menschen von Bedeutung sind. Neurobiologische Theorien sind heute in der Lage, die neuronalen Korrelate bestimmter

1399 Weitergehend wird ab und an sogar postuliert, dass jegliche strafrechtliche Sanktion sinnlos wäre, stünde der „Weltlauf“ bereits unabänderlich fest. Präventive Effekte könnten in einer deterministischen Welt nicht wirksam werden. Hier werden allerdings deterministische Grundannahmen in einen Fatalismus umgedeutet, was der Debatte nicht gerecht wird; siehe dazu *GEISLER*, 117 ff.

1400 So *JUHÁSZ*, 18 ff.

1401 *KAUFMANN ARMIN*, 14.

1402 *GEISLER*, 88 f. und 94 f.

1403 So die treffenden Bezeichnungen von *BLECKMANN*, 75 f.

geistiger Phänomene mit hoher Genauigkeit zu beschreiben.¹⁴⁰⁴ Diese Entwicklung hat die Diskussion um die Willensfreiheit neu belebt und ihr eine ganz neue Dimension verliehen. Während davor vor allem Physiker die naturwissenschaftliche Seite dieser Debatte prägten, sind es heute vor allem die Neurowissenschaftler oder Neuro-Philosophen, die neue Erkenntnisse und damit neue Argumente liefern.

Die Annahme der Willensfreiheit und eines „Andershandelnkönnens“ wird, wenn auch nicht einstimmig, so doch von einem relevanten Teil der Vertreterinnen und Vertreter der Neurowissenschaft deutlich infrage gestellt. So behauptet die Hirnforschung, dass Entscheidungen im Gehirn auf dezentralen neuronalen Prozessen beruhen. Die Gewissheit dafür bezieht sie aus verschiedenen unabhängigen Beobachtungen, welche zur Erkenntnis geführt hätten, dass unser Wollen auf solchen neuronalen Vorgängen im Gehirn basiere.¹⁴⁰⁵ Dieser Umstand alleine würde allerdings keine zwingende Absage an einen Indeterminismus bedeuten. Diese Gehirnprozesse seien jedoch gemäss *Buchheim* als gleichermassen determinierte Vorgänge einzuschätzen, weshalb es keine sachliche Rechtfertigung dafür gebe, einer Handlung das Prädikat „frei“ zuzugestehen.¹⁴⁰⁶ Wenn diese rein neurobiologische Interpretation stimmen würde, würden wir Menschen nicht tun, was wir wollen (und schon gar nicht, weil wir es wollen), sondern wir würden wollen, was wir tun (d.h. was in subpersonalen Prozessen bereits entschieden worden ist).¹⁴⁰⁷ Damit wäre Verantwortung nur eine leere Hülse. Gemäss dieser gängigen These sei es – in den Worten *Roths* – ein komplexes Abwägen von Motiven, welches das Gehirn „veranstalte“, und das wiederum hätte mit dem idealistischen Bild einer individuellen Freiheit nicht viel zu tun.¹⁴⁰⁸ Es wird damit klar, und so ist wohl auch die Mehrheitsmeinung der Neurobiologinnen und Neurobiologen zu verstehen, dass es nicht darum geht zu behaupten, Menschen seien irgendwelche triebgesteuerten Wesen oder Maschinen ohne jeglichen Willen. Aber eine absolute Willensfreiheit, bei der wir frei von jeglichen Zwängen und neurologischen Prozessen Entscheidungen treffen, unabhängig von allem Vorangegangenen, ist eine naturwissenschaftlich kaum mehr zu vertretene Position.

¹⁴⁰⁴ SCHOCKENHOFF, 3.

¹⁴⁰⁵ Siehe dazu z.B. SINGER WOLF, Verschaltungen, 51 ff.

¹⁴⁰⁶ BUCHHEIM, 158.

¹⁴⁰⁷ PRINZ, Freiheit oder Wissenschaft, 275; HARDEGGER 29.

¹⁴⁰⁸ ROTH, Steuerung von Willenshandlungen, 17 ff.; HUBERT, 180.

Diese neu erlangten Kenntnisse solcher neuronalen Prozesse müssen allerdings keineswegs folgelogisch in der Annahme eines Determinismus münden, d.h. in der Position, dass diese „Veranstaltungen“ des Gehirns durch Determinanten abschliessend vorbestimmt sind. Gemäss verschiedenen Vertreterinnen und Vertretern diverser kompatibilistischer Theorien sei diese Absage an die Willensfreiheit deshalb auch voreilig und würde „die probabilistische und komplexe Kausalität menschlichen Verhaltens“ ignorieren.¹⁴⁰⁹ So seien die „extremen Positionen des Determinismus und Indeterminismus“ gemäss *Rainer et al.* gerade in der Kriminologie nicht zu halten, da das Verhalten von Menschen weder absolut vorhersehbar, noch absolut zufällig sei. Entsprechend sei von einer „probabilistischen Kausalität“ zu sprechen, welche durchaus akzeptiere, dass relevante Einflussfaktoren bestünden, eindeutige (und damit auch klar bestimmbare) Kausalzusammenhänge jedoch nicht anzunehmen seien. Deshalb sei eine Akzeptanz neurowissenschaftlicher Erkenntnisse möglich, ohne das „Konzept des freien Willens über den Haufen zu werfen“.¹⁴¹⁰ Gerade der Umstand, dass menschliches Verhalten trotz fortschreitender wissenschaftlicher Erkenntnisse letztlich nicht oder nur sehr beschränkt prognostizierbar bleibt,¹⁴¹¹ unterstützt das kompatibilistische Postulat in dem Sinne, dass ein Rest an „Zufall“ oder eben „Freiheit“ verbleibt, an welchen sich die soziale Interaktion orientiert und auf dessen Grundlage sie Verantwortung konstruiert. Solche kompatibilistischen Ansätze liessen sich sodann auch einfach mit dem heute im Strafrecht vorherrschenden Konzept vereinbaren, dass Akteure grundsätzlich als für ihre

¹⁴⁰⁹ So z.B. RAINER/FÄH/KILLIAS, SZK 2007, 3.

¹⁴¹⁰ RAINER/FÄH/KILLIAS, SZK 2007, 6. In der Kriminologie sind entsprechend deterministische Aussagen nur ganz selten anzutreffen. Vielmehr können i.d.R. nur Wahrscheinlichkeitsaussagen postuliert werden; siehe KILLIAS/KUHN/AEBI, Grundriss der Kriminologie, N 118. Unter anderem deshalb können bis heute – aller empirischen Forschung zum Trotz – zwar relevante Korrelate für Devianz benannt werden. Diese kann jedoch aufgrund enormer sozialer Komplexität nur bis zu einem gewissen Grad erklärt werden, ganz geschweige, dass kausale Modelle zur Erklärung bzw. Vorhersage kriminellen Verhaltens vorliegen würden.

¹⁴¹¹ Als Beispiel lässt sich hier die beschränkte Prognosesicherheit des Risk-Assessments in Bezug auf Straftäter anführen. Auch wenn mittlerweile für die Berechnung der Rückfallwahrscheinlichkeit zahlreiche weitentwickelte Tools bestehen, welche diverse Variablen berücksichtigen, ist die Treff- bzw. Prognosesicherheit inhärent limitiert; siehe dazu z.B. die detaillierte Meta-Analyse von SINGH/GRANN/FAZEL, 31 *Clinical Psychology Review* 499 (2011).

Taten verantwortlich gelten, dennoch aber determinierende Einflüsse als mildernde Umstände Berücksichtigung finden können.

Diese kurz umrissene Debatte hat gerade aufgrund ihrer Relevanz für die Schuldfähigkeitsfeststellung ein neues Spannungsfeld geschaffen, in welchem sich auch die forensische Psychiatrie neu verorten musste. Einem harten Determinismus zufolge könnte gemäss dem herkömmlichen Verständnis niemand „schuldfähig“ sein. Besondere Fähigkeitseinschränkungen, welche heute im Rahmen der Schuldfähigkeit geprüft werden, wären in diesem Fall hinfällig. Solche Einschränkungen der Entscheidungs- und Handlungskompetenz wären dann nicht mehr die Ausnahme, sondern die Regel. Wenn also bspw. eine Veränderung im präfrontalen Cortex als schuld mindernde Besonderheit angeführt wird, kann nicht zugleich ein Determinismus gegen jede Schuldzuschreibung überhaupt ins Feld geführt werden.¹⁴¹² Es stellt sich in diesem Bereich die Frage, ob es verschiedene „Grade“ der Freiheit und damit auch der Zurechenbarkeit oder der Schuld gibt, d.h. ob Willens- und Handlungsfreiheit überhaupt in verschiedenen Abstufungen vorliegen kann, so dass von einer situativen (In-)Kompetenz ausgegangen werden kann.¹⁴¹³

Die neueren neurowissenschaftlichen Erkenntnisse haben auch nicht vor den Rechtswissenschaften haltgemacht. „Raus aus dem Richter-, rein in den Neuro-Staat!“, lautete z.B. der Titel eines Zeitungsartikels, in welchem der renommierte Hirnforscher *Markowitsch* für die Abschaffung des Richterstandes warb.¹⁴¹⁴ Er propagiert darin – natürlich in provokativer und erkenntnisoptimistischer Weise – dass die Neurowissenschaften bald über Schuld und Unschuld befinden könnten und das Rechtssystem so auf ein „objektiveres Fundament“ gestellt werde, was in einem wissenschaftlichen Massnahmenrecht resultieren würde.¹⁴¹⁵ Diese Forderungen sind nicht nur

¹⁴¹² KEIL, Willensfreiheit, 184.

¹⁴¹³ KEIL, Willensfreiheit, 185.

¹⁴¹⁴ FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG vom 8. Januar 2008, Raus aus dem Richter-, rein in den Neuro-Staat, abgerufen unter: <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/kriminalitaet-und-hirnforschung-raus-aus-dem-richter-rein-in-den-neuro-staat-1512798.html>, zuletzt besucht am 12. August 2017. *Markowitsch* äusserte sich in diesem Streitgespräch wie folgt: „In der Praxis erlebe ich häufig, dass Richter dem Gutachter folgen. Wenn man das weiterdenkt, könnte herauskommen, dass man das Gericht eigentlich gar nicht mehr braucht. Gutachter würden auch reichen. Noch sind es die Richter, die entscheiden. Aber muss das zwangsläufig für die Ewigkeit sein?“

¹⁴¹⁵ *Roxin* hat in Bezug auf die Forderung, das Schuldprinzip abzuschaffen um das Strafrecht dann in ein reines Massnahmenrecht umzugestalten, richtig erkannt, dass

provokativ, sondern verkennen darüber hinaus – um das bereits vorwegzunehmen – auch die Aufgabe des Strafrechtssystems. Wäre die Schuldfeststellung mit einer medizinischen Diagnose vergleichbar, könnte das in der Tat so funktionieren. Mit Normstabilisierung hätte das aber nichts mehr zu tun. Entsprechend auch nichts mehr mit Strafrecht, Strafe oder Schuld im eigentlichen Sinne. Selbstverständlich beeinflussen solche Erkenntnisse die Fähigkeitszuschreibungen im sozialen System und tragen dazu bei, festzulegen, wo der Massstab für ausreichende „Kompetenz“ angesetzt wird. Sie ersetzen jedoch den strafrechtlichen Zuschreibungsmechanismus im Rahmen der Verantwortlicherklärung nicht und werden das auch kaum je tun, solange das Strafrechtssystem innerhalb der Gesellschaft die Funktion der Normstabilisierung erfüllen soll.

Ein Beweis für die Willensfreiheit liegt also nicht vor und wird kaum bzw. kann vielleicht auch nicht gelingen.¹⁴¹⁶ Die Strafrechtswissenschaft reagierte auf diese „Nichtbeweisbarkeit genereller wie individueller Freiheit“¹⁴¹⁷ weitgehend mit dem Propagieren eines Agnostizismus.¹⁴¹⁸ Der Agnostizismus ist komfortabel und attraktiv, denn er hat zwei Seiten, die sich gegenseitig stützen: Weil Willensfreiheit nicht beweisbar ist, muss sie postuliert werden, sofern man das Schuldstrafrecht nicht aufgeben will. Aber weil Willensfreiheit auch nicht widerlegbar ist, kann sie postuliert werden, ohne mit empirischen Tatsachen in Konflikt zu geraten.¹⁴¹⁹ Der Gesetzgeber hat sich bei dieser Ausgangslage für die Annahme von Freiheit entschieden. *In dubio pro reo* gilt also in Bezug auf die Willensfreiheit nicht, denn demnach müsste man, solange man Willensfreiheit nicht beweisen kann, von ihrer Abwesenheit ausgehen.¹⁴²⁰ Aus naturalistischer Sicht steht unser Schuldstrafrecht folglich auf wackligen Beinen. Die Annahme von Willensfreiheit und Andershandelnkönnen muss also anderweitig konstruiert und legitimiert werden. Denn weder die Hirnforschung noch andere naturwissenschaftliche Annahmen geben uns, wie wir gesehen haben,

ein solches Massnahmenrecht keineswegs vorteilhafter für den Täter sein muss. Gerade das Gegenteil könnte der Fall sein und ein solches rein auf spezialpräventiven, forensisch-psychiatrischen Ansätzen beruhendes Massnahmenrecht könnte auch gewisse rechtsstaatlich relevante Gefahren bergen; dazu ROXIN, ZStW 1984, 641 ff.

1416 HIRSCH, ZStW 1994, 763.

1417 STRENG, ZStW 1989, 278; ROXIN, ZStW 1984, 643; HASSEMER, Alternativen zum Schuldprinzip?, 102; KAUFMANN ARMIN, 14.

1418 KEIL, Willensfreiheit, 160.

1419 WILLASCHECK, 1188.

1420 MERKEL REINHARD, 115.

gute Gründe für die Annahme, dass die im Schuldstrafrecht vorausgesetzte Freiheit zum Andershandelnkönnen irgendeine objektive Grundlage im Vorgang des Entscheidens und Handelns wirklicher Personen findet. Wie allerdings die Annahme der Willensfreiheit im sozialen System entsteht und wie sie zum sozialen Faktum wird, ist eine andere Frage. Diesen Umstand und seine Bedeutung für das Schuldstrafrecht gilt es in der Folge zu klären.

2.3 Willensfreiheit im sozialen System

Es gehört zweifellos „zur Grunderfahrung des Menschen, dass er sich als frei erlebt und sein Handeln auf die Selbstbestimmung seines eigenen Willens zurückführt“; dass wir uns in Abwesenheit ausserordentlicher Zwänge also „selbst als Urheber unserer Handlungen erfahren“.¹⁴²¹ Dass wir uns als frei erfahren, haben wir ferner zwei weiteren Umständen zu verdanken: Wir erleben uns nicht nur als Urheber unseres Willens, sondern haben auch den Eindruck, einer offenen Zukunft entgegenzugehen, in der wir stets zwischen mehreren Optionen auswählen können. Schliesslich betrachten wir uns selbst und die anderen als Wesen, die, weil sie i.d.S. frei sind, für ihr Wollen und Tun verantwortlich gemacht werden können.¹⁴²² Diesem subjektiven Freiheitsgefühl ist wohl auch der Umstand zu verdanken, dass das indeterministische Menschenbild, trotz aller Angriffe, seine bedeutende Stellung behauptet.¹⁴²³ Unsere Willenshandlungen verstehen wir im Regelfall also so, dass wir einerseits eine Entscheidung als bewusst denkendes und agierendes Wesen getroffen haben, d.h. Verursacher unserer Handlungen sind, und andererseits, dass wir im Rückblick auch hätten anders handeln können, wenn wir nur gewollt hätten.¹⁴²⁴ Trotz dieser Selbstwahrnehmung ist die Annahme der Limitiertheit der Wahlfreiheit gerade auch den strafrechtlichen Grundvorstellungen inhärent. Die Annahme, dass Entscheidungen unter gewissen Voraussetzungen eingeschränkt und durch externe Faktoren determiniert sein können, welche ausserhalb der individuellen Kontrolle liegen, ist verbreitet und weitgehend anerkannt.¹⁴²⁵

1421 So SCHOCKENHOFF, 3.

1422 BIERI, 35; HIRSCH, ZStW 1994, 763.

1423 GEISLER, 84 f.; die Attraktivität des indeterministischen Menschenbildes lebe dabei „massgeblich von der vorgeblichen Unattraktivität des deterministischen Modells menschlicher Existenz“.

1424 ROTH, Willensfreiheit und Schuldfähigkeit, 10 f.

1425 GREEN THOMAS, 1.

Einen Ausweg aus der skizzierten Freiheitsdebatte hat die Strafrechtslehre teilweise darin gesehen, nicht mehr von Willensfreiheit, sondern von einem „Andershandelnkönnen“ zu sprechen.¹⁴²⁶ Im Rahmen dieses Konzeptes sollte es nicht mehr um eine individuelle Freiheit gehen, sondern nur noch um ein generalisierendes Urteil, welches zum Ausdruck bringe, dass ein „Durchschnittsmensch“ anstelle des Täters die Tat hätte vermeiden können und dass auch der Täter generell die Fähigkeit eines „Durchschnittsmenschen“ besitzen würde.¹⁴²⁷ Diese Generalisierung im Rahmen der Bewertung wird notwendig, da bei der Frage nach der persönlichen Vorwerfbarkeit auf individuelle Fähigkeiten in vergangenen und unwiederholbaren Situationen abgestellt wird.¹⁴²⁸ Aber auch dieses „Andershandelnkönnen“ als Prinzip alternativer Möglichkeiten betrifft die Freiheitsdebatte im Kern nicht minder.¹⁴²⁹ Auch damit ist das „voluntative Schuldelement“ kaum ohne Bezugnahme auf ein „indeterministisch verstandenes Anderswollenkönnen“ zu definieren.¹⁴³⁰ Es ist auf den ersten Blick nicht einleuchtend, wann und warum die Frage der Willensfreiheit sich hier plötzlich in zwei Richtungen unterteilt. Nur noch vom Andershandelnkönnen zu sprechen anstatt von einem freien Willen sollte wohl primär eine Loslösung der strafrechtlichen Schuldebatte von der restlichen philosophischen (und gerade neurowissenschaftlichen) Debatte bedeuten und ihr damit eine gewisse Eigenständigkeit verleihen. Ferner stützt sich die „Lehre vom generellen Andershandelnkönnen“ explizit auf Annahmen und soll damit Angriffe aus der Ecke der Naturwissenschaften zu vermeiden vermögen. Die Begründungslast verlagert sich damit jedoch nur unwesentlich.¹⁴³¹

1426 STRENG, ZStW 1989, 279, für den es sich dabei aber nur um einen scheinbaren Ausweg handle. Auch in der angelsächsischen Literatur wurde gerade gegen Ende des 20. Jh. vermehrt versucht auf andere Begrifflichkeiten auszuweichen und damit deterministische Kritik zu umgehen. So wurde z.B. analog zu den deutschsprachigen Vorschlägen von der „*actor's capacity for rational choice*“ oder der „*ability to engage in morally responsive reasoning*“ gesprochen: siehe dazu GREEN THOMAS, 345 f.

1427 Dieses Konzept ablehnend SCHÜNEMANN, Funktion des Schuldprinzips, 160 f.; ebenfalls kritisch: FIGUEIREDO DIAS, ZStW 1983, 233; zu diesem „objektivierten Massstab des durchschnittlichen Menschen“ siehe KOHLRAUSCH, FS Güterbock, 25 f. bereits im Jahr 1910.

1428 STRATENWERTH, AT 4. A., § 11, N 6.

1429 PAUEN, 107.

1430 Vgl. FRISTER, Voluntatives Schuldelement, 116.

1431 So auch GÜNTHER, Freiheit und Schuld, 154.

Um die Bezugnahme auf die Willensfreiheit zu vermeiden und damit die Schuldidee zu stärken, wurden in der Strafrechtstheorie auch noch weitere Versuche von Umformulierungen unternommen. So wird z.B. von „Motivierbarkeit durch soziale Normen“ oder eben „normativer Ansprechbarkeit“ gesprochen.¹⁴³² Ein weiterer Versuch, den „Angriffen“ zu entkommen, wurde ferner unternommen, indem die Willensfreiheit schlichtweg als „staatsnotwendige Fiktion“ bezeichnet wurde.¹⁴³³ Gemäss *Roxin* kann der Vorwurf nur auf einem „unrechten Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit“ beruhen.¹⁴³⁴ Wenn er aber schreibt, dass die Schuld eines Täters diesem Konzept folgend dann zu bejahen sei, wenn er bei der Tat „seiner geistigen und seelischen Verfassung nach für den Anruf der Norm disponiert war“ und ihm „Entscheidungsmöglichkeiten zu normorientiertem Verhalten psychisch noch zugänglich waren“ ist der Fokus auf die psychischen Steuerungsmöglichkeiten zwar etwas weniger pathetisch aufgeladen als beim klassischen Willensfreiheitspostulat, die Probleme des vorangegangenen Verständnisses sind jedoch damit auch nicht wirklich gelöst.¹⁴³⁵

Trotz der hohen Zustimmung zu dieser Verlagerung der Freiheitsdebatte ins Normative und zur Feststellung derer empirischen Nichtbeweisbarkeit, entledige man sich gemäss *Frister* damit nicht der Pflicht, die agnostische Position auch durchzuhalten und die Zurechnungsbegriffe so zu formulieren, dass in deren Anwendung nicht festgestellt werden müsse, ob der Wille des Täters frei war oder nicht. Es sei deshalb überraschend, dass die Erkenntnis, dass strafrechtliche Schuld nicht auf ein empirisch zu verstehendes Anderswollenkönnen gründe, für die Zurechnungsdogmatik und gerade auch für die Definition der Schuldfähigkeit folgenlos geblieben sei und Rechtsprechung und Lehre immer noch mehr oder weniger auf die Willensfreiheit Bezug nehmen würden.¹⁴³⁶ Auch *Hart* hat einer liberalen

1432 Siehe dazu FRISTER, *Voluntatives Schulselement*, 118 mit Verweis auf KÜHL, L/K-StGB N 23 Vorb § 13; NOLL PETER, FS Mayer, 225; ALBRECHT, GA 1983, 194; ROXIN, AT I, § 19 N 36 ff.

1433 KOHLRAUSCH, FS Güterbock, 26.

1434 ROXIN, AT, § 19 N 36 ff.

1435 ROXIN, AT, § 19 N 36 in Anschluss an ALBRECHT, GA 1983, 207; kritisch in Bezug auf die wirkliche Unterscheidbarkeit dieser Ansprechbarkeit im Vergleich zur Willensfreiheit auch FRISTER, *Voluntatives Schulselement*, 99 ff. und 118 ff.

1436 FRISTER, FS Frisch, 533 f.; so würde die traditionelle Begriffsbestimmung der Schuldfähigkeit auf einer „verfehlten Analogie zwischen dem Willensbildungsprozess und dem Prozess der Handlungssteuerung“ beruhen. Die Fähigkeit eines Täters, einen auf die Beachtung des Rechts gerichteten Willen zu bilden, sei allerdings identisch mit

Grundvorstellung folgend festgehalten, dass eine Person nur dann strafrechtlich verantwortlich gemacht werden könne, wenn sie die Kapazitäten und eine faire Chance gehabt habe, sich den Erwartungen gemäss zu verhalten und deshalb gesagt werden könne, sie habe sich bewusst entschieden, dies nicht zu tun.¹⁴³⁷ Das Schuldprinzip verlange nach dieser Vorstellung, dass nur Personen bestraft werden, welche sich ihrer Tat und deren Konsequenzen ausreichend bewusst waren und von denen gerechterweise behauptet werden könne, dass sie sich auch anders hätten entscheiden können. Das Schuldprinzip gilt i.d.S. also als die logische Konsequenz der Anerkennung individueller Autonomie.¹⁴³⁸ Wie aufzuzeigen sein wird, treffen diese Versuche, die Anknüpfung des Schuldvorwurfs an die Willensfreiheit zu begründen, kaum den Kern der Problematik. Vielmehr müsste darauf abgestellt werden, dass es sich bei der Willensfreiheit schlichtweg um eine „normative Konstruktion“ im Rahmen des sozialen Systems handelt und damit um kommunikative, d.h. soziale Wirklichkeit.¹⁴³⁹

2.4 Zuschreibung von Fähigkeiten im Rahmen der Verhaltensabstimmung

Die Annahme der Willensfreiheit ist aus soziologischer Perspektive kein „Gegenstand theoretischer Erkenntnis“, sondern eine Voraussetzung der sozialen Interaktion. Das bedeutet, dass sie erst dadurch entsteht, dass sich Individuen in ihrem Verhalten als willensgesteuerte Subjekte anerkennen.¹⁴⁴⁰ Der die „Komplexität der sozialen Welt begründende Prozess der sozialen Interaktion“ sei nach *Luhmann* gerade dadurch gekennzeichnet, dass Subjekte sich gegenseitig als „ichgleiche Quelle originären Handelns und Erlebens“ begegneten und voneinander annehmen würden, dass sie frei sind, ihr Verhalten zu variieren.¹⁴⁴¹ In dieselbe Richtung ging auch schon *Hegel*, wenn

einem indeterministischen Anderswollenkönnen. Solange die Strafrechtswissenschaft die Schuldfähigkeit so definiere, müsse sie sich zu Recht verhalten lassen, doch die Willensfreiheit vorauszusetzen. Eine agnostische Straftheorie würde hingegen eine andere Deutung der Schuldfähigkeit verlangen; FRISTER, FS Frisch, 538.

1437 HART, Punishment and Responsibility, 152.; siehe dazu auch MITCHELL, 1999 Crim. L.R. 195, 197; TADROS, 57 ff.

1438 ASHWORTH/HORDER, Principles, 155.

1439 Vgl. JAKOBS, AT 2. A., 484 f. (17/23).

1440 FRISTER, Voluntatives Schulselement, 17 f. in Anschluss an LUHMANN, Rechtssoziologie, 32.

1441 FRISTER, Voluntatives Schulselement, 68 in Anschluss an LUHMANN, Rechtssoziologie, 32.

er ausführte, dass es primär um die Annahme von Gleichheit gehe und der Verbrecher mit der Strafe „als Vernünftiges geehrt“ werde.¹⁴⁴² Willensfreiheit wird damit zur sozialen Tatsache. Das meint wohl auch *Schünemann*, wenn er davon spricht, dass es zu erkennen gelte, „dass die Willensfreiheit in den elementaren Strukturen unserer gesellschaftlichen Kommunikation gesetzt und schon deshalb gesellschaftlich real ist“. Er zieht daraus die Konsequenz, dass ein Strafrecht ohne Annahme von Willensfreiheit unmöglich wäre und dass sich deren Existenz i.S. eines gesellschaftlichen Phänomens nicht in Zweifel ziehen lasse.¹⁴⁴³ Bei dieser soziologischen Beobachtung ist *Schünemann* insofern zuzustimmen, als dass die heutigen Strafrechtsordnungen gerade im deutschsprachigen Raum tatsächlich – mindestens latent – ihr Funktionieren einer Konstruktion des Andershandelns verdanken.

Die Feststellung der Unbeweisbarkeit und der Begrenztheit der Willensfreiheit, aber auch des Andershandelns, führt demnach unweigerlich auch zur Frage, inwiefern diese indeterministische Grundannahme von funktionalen Erwägungen geprägt bzw. implizit systemfunktional ist.¹⁴⁴⁴ In der „Praxis sozialer Interaktion“ würden wir – so *Frister* – die Fähigkeit zu einem verständigen und vernünftigen Entscheidungsprozess jemandem dann zuerkennen, wenn die „Fähigkeit zu einer hinreichend differenziert strukturierten Willensbildung“ vorliegen würde. Als selbstbestimmungsfähig würden wir also Personen dann ansehen, wenn sie Entscheidungen auf eine hinreichend differenzierte Art und Weise treffen könnten. Das „für die Zuerkennung der Selbstbestimmungsfähigkeit geforderte Differenzierungsniveau“ würden wir dabei unserem individuellen und sozialen Erfahrungshorizont entnehmen, d.h. einem in der „sozialen Interaktion erlebten Standard“.¹⁴⁴⁵ Intersubjektive Wiederholung liefert uns also – in einem sozialpsychologischen Sinne – die besten Anhaltspunkte einer „objektiven Wirklichkeit“.¹⁴⁴⁶ Auch der Umstand, dass wir einem handelnden Subjekt Eigenschaften, Fähigkeiten und Rollen zuschreiben, folgt dieser Logik.¹⁴⁴⁷

1442 Zit. nach Jakobs, Aspekte der Freiheit, 75 f.

1443 SCHÜNEMANN, Funktion des Schuldprinzips, 165 ff.

1444 So auch GEISLER, 113.

1445 FRISTER, Voluntatives Schulelement, 126 und 146.

1446 VON GLASERSFELD, 33 mit dem Hinweis, dass das „herkömmliche Weltbild“ also sozusagen auf einem „demokratischen Prinzip“ gründe; zu den sozialpsychologischen Mechanismen in Bezug auf die Zuschreibung von Willensfreiheit siehe auch PRINZ, Willensfreiheit als soziale Institution, 58 ff.

1447 VON GLASERSFELD, 34.

Während dieser Argumentation ein Modell der sozialen Interaktion von Subjekten zugrunde liegt, kommt auch eine systemtheoretische Argumentation zum gleichen Schluss. Die Abstimmung von Kommunikation als Operationen des Systems folgt, wie wir bereits gesehen haben, der Auflösung einer Situation doppelter Kontingenz i.S. einer Verhaltensabstimmung und bedarf dabei der Etablierung von normativen Erwartungsstrukturen.¹⁴⁴⁸ Die soziale Realität spielt sich dabei erst in den Operationen ab, alles andere ist gesellschaftliche Umwelt. Dafür ist auch keine „an gedankliche Akrobatik“ grenzende Rechtfertigung des Postulats der Willensfreiheit notwendig oder eine „Flucht in die Irrationalität“.¹⁴⁴⁹ So meinte auch schon *Luhmann* wenig zufällig, dass „der Gegensatz von Determinismus und Indeterminismus“ ein rein „ontologisches Problem“ sei.¹⁴⁵⁰

Das Strafrecht hat sich angesichts der naturwissenschaftlichen Unbeweisbarkeit der menschlichen Willensfreiheit auf eine normative Position zurückgezogen. Rechtswissenschaft sei keine Naturwissenschaft, so die gängige Defensivantwort.¹⁴⁵¹ Inhalt dieses normativen Ansatzes ist ein Werturteil, das die Rechtsordnung über das rechtswidrige Verhalten des Einzelnen fällt. Dieser traditionelle normative Schuldbegriff, der als Ausdruck eines „strafrechtlichen Indeterminismus“ darauf abstellt, ob der Täter in der konkreten Tatsituation seiner mentalen und psychischen Konstitution nach für den Anruf der Norm disponiert war, sei – so *Juhász* – unumgänglich, wenn man das Schuldstrafrecht nicht grundsätzlich in Frage stellen wolle.¹⁴⁵² Freiheit wird gemäss diesem Verständnis also nur wertend zugeschrieben.¹⁴⁵³ Diese Normativierung ist logische Folge davon, dass zwischen Beschreibungen bzw. der empirisch fundierten Entwicklung von Modellen zur menschlichen Entscheidungsfindung einerseits und wertenden Grenzziehungen andererseits differenziert werden muss, wobei Strafrechtswissenschaftlerinnen und Strafrechtswissenschaftlern gemäss *Hörnle* ab und an das Verständnis

1448 Oben S. 146 ff.

1449 GEISLER, 88; GIMBERNAT ORDEIG, ZStW 1970, 383.

1450 So LUHMANN, KZfSS 1962, 640, gemäss dem die Systemtheorie vermutlich sowieso „eine Neubestimmung des Wesens der menschlichen Freiheit erfordern“ würde, da sie den Handelnden nicht auf eine eindimensionale Zweckgerichtetheit festlegen würde, sondern das Handeln unter „gewählten, abstrakten und insofern austauschbaren Gesichtspunkten“ deute, um es als „eine Möglichkeit unter anderen verständlich zu machen“.

1451 So z.B. HIRSCH, ZStW 1994, 763.

1452 JUHÁSZ, 18 ff.

1453 STRENG, ZStW 1989, 278.

für diese Differenzierung fehle. Ihr zufolge seien Begriffe wie „Freiheit“, „Verantwortung“ oder „Schuld“ nicht dem Beweis zugänglich, sondern würden alleine auf „wertende Entscheidungen“ verweisen.¹⁴⁵⁴

Im Ergebnis schreibt die Strafrechtsordnung den Menschen eine Freiheit zu. Dieses normative Attribuiere von Willensfreiheit ist letztendlich eine gesellschaftliche Entscheidung.¹⁴⁵⁵ Dem Recht bleibe gemäss *Hirsch* auch gar nichts anderes übrig, als sich am Weltbild der Normadressatinnen und Normadressaten zu orientieren und damit die „Vorstellung der Willensfreiheit“ – nicht aber diese selbst – „als allgemein akzeptierte Grundlage menschlichen Selbstverständnisses zu akzeptieren“.¹⁴⁵⁶ Das Attribuiere von Willensfreiheit entsteht also im „sozialen Spiel“, d.h. die ausschlaggebende Frage ist keine nach neuronalen Zusammenhängen oder der Determiniertheit menschlicher Entscheidungen, sondern jene nach der die Operationen des Systems leitenden Vorstellungen. Willensfreiheit bzw. eben die Vorstellung davon ist i.d.S. ein soziales Faktum. Das bedeutet aber noch lange nicht, dass es sie gibt oder, dass diese Frage irrelevant ist, sondern nur, dass die heute zu beobachtenden Operationen des Systems weitgehend durch diese Annahme geleitet sind und dass diese Annahme nur in wenigen Fällen (z.B. im Rahmen der Schuld milderung) aufgeweicht wird. Das Zurechnungssystem erfasst deshalb nur „den in die unmittelbare soziale Wahrnehmung ragenden Bereich“, und nicht etwa die „immense Komplexität“ der Verhaltensdeterminanten.¹⁴⁵⁷

Das Recht bürdet also Personen die „Zuständigkeit für das richtige Wollen“ auf. Erst dadurch würden sie gemäss *Jakobs* überhaupt zu Personen im System.¹⁴⁵⁸ In der Tat hängen die Zuschreibung eines freien Willens und das „Personwerden“ im System zusammen. Vorliegend werden die Elemente trotz unzweifelhaft engem Zusammenhang i.S. einer Tauglichkeit des Absenders (Personalität) und der Tauglichkeit der Kommunikation (zugeschriebene Fähigkeiten) als zwei verschiedene Elemente präsentiert. Dies primär deshalb,

1454 HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 8.

1455 Entsprechend ist auch die Kritik berechtigt, dass Naturwissenschaftlerinnen und Naturwissenschaftler häufig unreflektiert mit normativen Begriffen hantieren würden, werde hier doch der „Kompetenzbereich der Neurowissenschaften“ verlassen; so HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 23.

1456 HIRSCH, ZStW 1994, 763

1457 GEISLER, 122.

1458 JAKOBS, System der strafrechtlichen Zurechnung, 66; das System kommuniziere hier mit dem Hilfscode „zuständig/unzuständig“.

da es im Rahmen der Schuldzuschreibung nicht nur 0 oder 1 gibt, sondern auch Abstufungen des „Andershandelnkönnens“. I.S. einer kompletten Nicht-Zuerkennung von Willensfreiheit scheitert die Schuldzuweisung allerdings tatsächlich bereits an der Personenqualität, wie im Zusammenhang mit der vollen Schuldunfähigkeit aufgezeigt werden konnte.

2.5 Destabilisierung des Schuldfundaments durch die Freiheitsdebatte

Strafrechtswissenschaftlerinnen und Strafrechtswissenschaftler sind mehrheitlich zum Schluss gekommen, dass wir nicht wissen – und womöglich nie wissen werden – ob die dem Schuldkonzept inhärente Annahme von Willensfreiheit wirklich zutrifft. Wie diskutiert, wurden in der Folge zwei Auswege aus dem Dilemma gefunden: Auf der einen Seite wurde versucht, die Existenz eines freien Willens einfach als Hypothese gelten zu lassen, um das traditionelle Verständnis von Verantwortung nicht zu gefährden.¹⁴⁵⁹ Konkret hiess das vor allem, anzuerkennen, dass es sich bei der Willensfreiheit aus strafrechtlicher Perspektive um eine „normative Setzung“¹⁴⁶⁰ handle, die nichts mit der empirischen Determinismus-Debatte zu tun habe. Aber das Strafrecht auf einer blossen „Annahme“ von Freiheit zu gründen, hinterlässt einen unbefriedigenden Nachgeschmack. Alternativ wurde versucht, strafrechtliche Verantwortlichkeit anders als mit einer Freiheitsannahme zu legitimieren. Dieser Weg führte aber zur verzwickten Frage, wie eine nicht-freiheitsbasierte Form von Verantwortung gedacht werden könnte – und das in einer Welt, in welcher der Glaube an den freien Willen zumindest als weitgehend soziale Realität anerkannt werden muss und das Recht am Ende doch „dem Leben folgen müsse“.¹⁴⁶¹ Trotz der Feststellung, dass die naturwissenschaftlichen Angriffe auf das Schuldprinzip wohl von beschränkter soziologischer Relevanz sind, bleibt es also eine berechtigte Frage, inwieweit die Modelle menschlicher Entscheidungsfindung generalisierbar sind und inwiefern die Unklarheiten in Bezug auf das Zusammenspiel bewusster und unbewusster Vorgänge – auch wenn sie bis anhin noch ohne direkte Konsequenz für die Zuschreibung von Fähigkeiten im System geblieben sind – ein taugliches und stabiles Fundament für das strafrechtliche Schuldkonzept bieten.¹⁴⁶²

¹⁴⁵⁹ GREEN THOMAS, 11.

¹⁴⁶⁰ So z.B. ROXIN, AT, § 19 N 37.

¹⁴⁶¹ GREEN THOMAS, 11 und 356.

¹⁴⁶² HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 21 f.

Das Problem des klassischen Schuldvorwurfs liege gemäss *Hörnle* darin, dass er das tatsächliche Vorliegen einer „echten Entscheidungsalternative zu einem spezifischen Zeitpunkt“ suggerieren würde.¹⁴⁶³ Aber sogar wenn dies zutreffen würde, bleibt offen, ob das Vorliegen von Freiheit alleine die Ahndung mit staatlicher Strafe legitimiert oder ob nicht auch in diesem Fall eine weitergehende gesellschaftliche, d.h. funktionale Legitimation der Strafe vorliegen müsste und auch erst eine solche die Notwendigkeit eines persönlichen Zurechnungsprinzips darzutun vermögen würde.¹⁴⁶⁴ Das bewusste „Fingieren“ der Möglichkeit des Andershandelns führe gemäss *Hörnle* dazu, dass der Verweis auf Schuld kein Verweis auf reale Möglichkeiten sei, womit allerdings die Frage verbleibe, ob dieses Vorgehen legitim ist. Dieses Legitimations- und Rechtfertigungsproblem sei dringend ernst zu nehmen, da sich die Fiktion von Freiheit im Rahmen der Zuschreibung von strafrechtlicher Schuld auch mit erheblichen Folgen zu Lasten der Betroffenen auswirken könne.¹⁴⁶⁵

Das „Problem der Willensfreiheit“ würde uns gemäss *Schünemann* dazu nötigen, den Schuldgedanken aus erkenntnistheoretischen Gründen auf eine Fiktion zu gründen. Auch deshalb stelle sich die Frage, ob der Schuldgedanke noch eine legitime Funktion zukomme oder ob sie nicht zu einem „Fremdkörper“ geworden sei.¹⁴⁶⁶ Auch wenn man also einer „materiellen Wahrheit“ eine Absage erteilt und sich damit mit der Feststellung begnügt, dass die Fähigkeitszuschreibung die soziale Interaktion leitet, bedeutet die permanent geäusserte dahingehende Kritik, dass das Schuldstrafrecht nicht die „reale“ Wirklichkeit beschreibe,¹⁴⁶⁷ eine potenziell anhaltende Destabilisierung der Grundfesten des Schuldprinzips. Insofern ist die Debatte um die Willensfreiheit auch nicht irrelevant für die Konstitution des sozialen Systems.¹⁴⁶⁸

Deskriptiv kann also festgehalten werden, dass die verschiedenen „Angriffe auf die Willensfreiheit“ im Rahmen der Schuldlehre nicht geglückt sind. Das Strafrechtssystem folgt auch heute noch diesem Programm. Normativ kann

1463 HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 29.

1464 STRENG, ZStW 1989, 280. Für *Streng* taugt Freiheit aufgrund ihrer Unbeweisbarkeit nicht zur „Begründung von Strafe als individualethischem Tadel“, was für eine „weitgehende Abstinenz vom Kriterium der Freiheit“ sprechen würde; STRENG, ZStW 1989, 282.

1465 HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 40 f.

1466 SCHÜNEMANN, Funktion des Schuldprinzips, 167.

1467 So z.B. BLECKMANN, 76.

1468 ROXIN, FS Henkel, 186.

allerdings ergänzt werden, dass es sehr wohl fraglich ist, wie stabil diese Vorstellung ist und wie lange die permanenten Angriffe noch ein stabiles Zurechnungssystem zulassen. So sind gerade Entwicklungen wie diese in den USA, wo Hirn-Scans schon fast Einzug in den Gerichtsalltag gehalten haben, von Relevanz für die Grundfeste und die Stabilität des Strafrechtssystems.¹⁴⁶⁹ Es scheint unausweichlich, dass bei der Zurechnung von Verantwortung ein Andershandelnkönnen nicht individuell festgestellt, sondern anhand von Verhaltenserwartungen zugeschrieben wird. Wenn das aber zutrifft, kann doch kaum mehr behauptet werden, dass die traditionelle Grundlage des Schuldprinzips davon unberührt bleibe. Wenn das Können nur noch als das „Erwartendürfen“ der anderen, also einer rein gesellschaftlich-normativen Komponente, verstanden wird, dann ist damit ein entscheidender Schritt vom traditionellen Schuldverständnis weggetan, wie sich auch in den funktionalen Umdeutungen der Schuldkategorie deutlich zeigt.¹⁴⁷⁰

2.6 Verantwortung als Voraussetzung und Folge von Freiheit

Die Dominanz des Indeterminismus in der Schuldlehre hängt also zweifelsohne damit zusammen, dass die Willensfreiheit als „denklogisches Apriori“ für das Schuldprinzip betrachtet wird und der Determinismus deshalb als Bedrohung wahrgenommen wird, gerade weil die Überzeugung vorherrscht, dass zum Schuldprinzip keine „äquivalenten Alternativen personaler Zurechnung“ bestehen würden.¹⁴⁷¹ Das „Konzept der Willensfreiheit“ ist selbstverständlich sozial nützlich, da der Zusammenhang von Freiheit und Verantwortung es ermöglicht, resultierende Handlungsfolgen Personen im System zuzurechnen. Diese Zurechnung sei ein „entscheidender Schritt für die Ausdifferenzierung von Gesellschaften“ und Vorstellungen von Freiheit und Verantwortung seien deshalb „essentielle Funktionsbedingungen“ moderner Gesellschaften.¹⁴⁷² Die zentrale Leistung des „Willens- und Freiheitsjargons“ liege deshalb gemäss *Prinz* darin, dass er ermögliche,

¹⁴⁶⁹ In diese Richtung argumentiert auch GEISLER, 123 f., wenn er meint, dass erst der „numerus clausus der Exkulpationsgründe“ Schuldzurechnung in einem Umfang zulasse, der den Normstabilisierungserfordernissen gerecht werde.

¹⁴⁷⁰ ACHENBACH, Individuelle Zurechnung, 149 mit Verweis auf den Ansatz *Roxins*, der das Schuldprinzip durch seine Konzeption allerdings als unangetastet betrachtet; so in ROXIN, Zur jüngsten Diskussion, 285 und 296.

¹⁴⁷¹ GEISLER, 88.

¹⁴⁷² HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 23 f. und 26 in Anschluss an PRINZ, Willensfreiheit als soziale Institution, 60 f.

Handlungen und Handlungsfolgen Personen zuzurechnen und damit den „Erklärungsregress“ abzuschneiden. Verantwortlichkeit sei folglich „der Preis der Freiheit“ und die Willensfreiheit eine „soziale Institution“.¹⁴⁷³ Durch die normative Ordnung werde Freiheit konstituiert, das Prädikat „frei“ bedeute laut *Kelsen* nichts anderes, als dass das Subjekt Endpunkt einer nur auf Grund der normativen Ordnung möglichen Zurechnung sei.¹⁴⁷⁴ Gleichzeitig würden sich aber Verhaltensfreiheit und Folgenverantwortung gegenseitig bedingen. Nur „verantwortliche Personen, nicht aber kausal-determinierte Individuen, benötigen Freiräume“ meint etwa *Jakobs*.¹⁴⁷⁵ Klar ist, dass Zuschreibung von Verantwortung und Zuschreibung von Verhaltensfreiheit Hand in Hand gehen.

Auch eine deterministische Position lässt Strafe als Ausgleich einer normativen Enttäuschung zum Zwecke der Normstabilisierung zu. So ist die Strafe durch die Tat, also durch die vorangegangenen Geschehnisse determiniert und durch sie wiederum werden auch zukünftige Ereignisse (mit-) vorbestimmt. Eine deterministische Grundhaltung widerspricht diesem Systemzweck folglich nicht. Dies hat aber wenig damit zu tun, ob der Einzelne im Moment der Tat „frei“ entscheidet. Der Systemzweck ist entsprechend indifferent, was das Postulat der Willensfreiheit anbelangt. Vielmehr wäre er aber überflüssig, würde man Menschen nicht die Fähigkeit zuschreiben, Normen überhaupt destabilisieren zu können. Würde im sozialen System Gesellschaft alles als „Zufall“ empfunden (und das meinen wohl weder Indeterministen noch Deterministen), würde es gar keine normativen Erwartungen geben, welche es zu stabilisieren gelte. Es gäbe aber auch kaum so etwas wie eine soziale Ordnung.

Die Zuschreibung (nicht die empirisch gesicherte Existenz) eines Andershandelns im sozialen System als ausreichende Basis eines Schuldvorwurfs zu akzeptieren, könnte gemäss *Hörnle* u.U. ferner damit gerechtfertigt werden, dass in demokratischen Systemen Normadressaten auch Normschöpfer seien und entsprechend auch der Täter Verantwortung für die Sicherung der Normgeltung trage, da er von der Normstabilität selbst auch profitiere.¹⁴⁷⁶ In der Tat ist dieser kollektivistische Ansatz zur Legitimation der Fähigkeitszuschreibung nicht unplausibel. So entstehen Normen aufgrund

¹⁴⁷³ PRINZ, Willensfreiheit als soziale Institution, 61 und passim; JAKOBS, Schuld als gesellschaftliche Konstruktion, 250 f.

¹⁴⁷⁴ KELSEN, 95 ff. und insb. 97.

¹⁴⁷⁵ JAKOBS, ZStW 2005, 261.

¹⁴⁷⁶ HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 43 f.

einer für die Existenz sozialer Systeme notwendigen Verhaltensabstimmung. Der „Missbrauch“ dieser Erwartungsstrukturen würde auf Dauer zu deren Kollaps aufgrund völliger Kontingenz führen. Der Systemerhalt rechtfertigt entsprechend die Inanspruchnahme des Normbrechers auf einer Meta-Ebene. Im Einzelfall kann daraus abgeleitet auf die auf den Täter zurückgehende Destabilisierung als Legitimation der Strafe zurückgegriffen werden.

3. Fähigkeitszuschreibung als Element der Schuldkategorie

3.1 Tauglichkeit der Kommunikation zur Normdestabilisierung

Die Annahme von Willensfreiheit bzw. deren Zuschreibung im Rahmen der sozialen Interaktion ist also gemäss sozialer Praxis Voraussetzung dafür, dass Normen überhaupt destabilisiert werden können. Die Zuschreibung von Schuld basiert im heutigen System entsprechend auf dieser Fähigkeitszuschreibung.¹⁴⁷⁷ Diese Zuschreibung ist dabei, wie bereits ausgeführt, nicht notwendigerweise indeterministischer Natur.¹⁴⁷⁸ Wie die h.L. richtig erkannt hat, geht es also nicht um Willensfreiheit in einem objektiv-naturwissenschaftlichen Sinne (sollte es denn so etwas überhaupt geben), sondern nur um die ins Soziale hereinragenden Grundlagen der Kommunikation. Entsprechend wird bei der Beurteilung, ob die entsprechenden Voraussetzungen im Einzelfall gegeben sind, ein objektivierter Massstab angewandt. Dies geschieht nicht notwendigerweise mittels Orientierung an einem „Durchschnittsmenschen“, sondern i.d.S., dass nur das objektiv im System Erkennbare berücksichtigt wird (und berücksichtigt werden kann).

Wenn *Jakobs* meint, dass das Strafrecht die „Kategorie“ nicht kenne, „in die das Problem der Willensfreiheit gehört“,¹⁴⁷⁹ ist ihm in Bezug auf die Willensfreiheit in einem ontologischen Sinne zuzustimmen. Diese Basis des Schuldvorwurfs bedeutet also nicht, individuelle Verhaltensalternativen des Täters nachzuweisen, sondern festzustellen, dass es „zur Zurechnung als Motivationsfehler in concreto keine Erklärungsalternative gibt.“¹⁴⁸⁰ Neben der Personenqualität setzt Schuld voraus, dass jemandem diese Kompetenz auch situativ zuerkannt wird. Personen wird also die Kompetenz

1477 So z.B. ALBRECHT, *Vergessene Freiheit*, 74 mit Hinweisen auf den Unterschied zwischen der Zuschreibung im Rahmen des Strafrechts als normativer Wissenschaft und den Methoden der empirischen Wissenschaften.

1478 So FRISTER, *FS Frisch*, 535.

1479 JAKOBS, *Aspekte der Freiheit*, 80.

1480 So STÜBINGER, *Kritische Justiz* 1993, 39.

zur Normbefolgung zugeschrieben.¹⁴⁸¹ Nichts anderes meint das Label „frei“. Ob eine Normverletzung mit der „Schuld“ des Täters erklärt wird, hängt davon ab, ob das fragliche Ereignis auf Faktoren zurückgeführt werden kann, die gemäss Zuschreibung innerhalb der Dispositionsfreiheit des Täters liegen und somit als „Ursache“ der Enttäuschung erscheinen. I.d.S. ist die Schuld eben eine Art „Residualkategorie“, d.h. jener Rest von Erklärung, welcher nicht auf andere Ursachen zurückgeführt werden kann.¹⁴⁸² Entsprechend zeigt sich eine Abhängigkeit der Tauglichkeit einer Handlung in Bezug auf eine Normdestabilisierung von den Möglichkeiten, die entstandene Erwartungsenttäuschung anderweitig zu verarbeiten. Dabei werden die Faktoren festgelegt, welche eine anderweite Erklärung für die Normenttäuschung erlauben. Ist kein solcher Befund da, wird Schuld i.d.S. angenommen.¹⁴⁸³

Es kann also zusammengefasst werden, dass auch wenn ein Täter durch seine Handlungen den objektiven Tatbestand erfüllt hat und ihm zudem im Rahmen der Personenqualität die grundsätzliche Eigenschaft zugeschrieben wird, ein tauglicher Adressat normativer Erwartungen zu sein, ihm ferner darüberhinausgehend auch die Kompetenz zugeschrieben werden muss, dass er im Tatzeitpunkt die Möglichkeit gehabt hätte, die Norm zu befolgen. Erst durch diese Nicht-Befolgung trotz ausreichender Kompetenz wird die Norm destabilisiert. Kompetenz wird damit zu einer notwendigen Voraussetzung für die Platzierung eines Schuldvorwurfs. Liegt diese Kompetenz nicht vor, kann die Normenttäuschung (ganz oder teilweise) anderweitig verarbeitet werden. Entsprechend handelt es sich dabei um eines der drei Elemente innerhalb der Schuldzuschreibung, welche es dieser Kategorie erlauben, die definierten materiellen Funktionen des Schuldprinzips zu erfüllen.

Es gibt bestimmte Einschränkungen dieser Kompetenz, welche es im Rahmen des Zuschreibungsprozesses erlauben, einem Täter die notwendige situative Kompetenz abzusprechen, d.h. den Normbruch also anderweitig zu verarbeiten. In herkömmlicher Terminologie handelt es sich dabei um Fragen der verminderten Schuldfähigkeit, der Entschuldigungsgründe und der Unrechtskenntnis. „Willensfreiheit“ i.d.S. wird also in der Zurechnungslehre nicht positiv vorausgesetzt, sondern ist eine „Metapher für

¹⁴⁸¹ JAKOBS, ZStW 2005, 260.

¹⁴⁸² KILLIAS, ZStrR 1980, 43 f. in Anschluss an STRATENWERTH, Schuldprinzip, 33.

¹⁴⁸³ Entsprechend hat auch die Logik hinter den Begrifflichkeiten des angelsächsischen Deliktsaufbaus etwas für sich. „Defences“ können die Schuld ausschliessen. Schuld wird i.d.S. also gar nirgends jemals „positiv“ verlangt.

das Fehlen aussergewöhnlichen Zwangs“, z.B. einer psychischen Krankheit oder einer nicht zu verantwortenden Notstandslage.¹⁴⁸⁴ Inwiefern diese Einschränkungen i.S.d. Kompetenzelements zum Tragen kommen, wird nachfolgend weiter erörtert.

3.2 Generelle und graduelle Kompetenz zur Normbefolgung

Damit ein Schuldvorwurf funktional platziert werden kann, bedarf es den vorausgehenden Ausführungen folgend der situativen Kompetenz des Täters, sich den normativen Erwartungen gemäss verhalten zu können. Nur in diesem Fall wird die Tat als „vermeidbar“ wahrgenommen und dem Täter zum Vorwurf gemacht. Das i.d.S. „unvermeidbare“ Verhalten wird indessen nicht dahingehend interpretiert, dass der Täter die Normgeltung ignoriere, sondern dass er aufgrund eines entschuldbaren Mangels an Kompetenz der normativen Orientierung nicht Folge leisten konnte.¹⁴⁸⁵ Wenn dies der Fall ist, wird die Normgeltung nicht in Abrede gestellt und die Tat bedarf keiner Reaktion des Systems.¹⁴⁸⁶ Es handelt sich bei dieser Kompetenz folglich um eine Voraussetzung für die Beeinträchtigung der Normgeltung durch den Täter.¹⁴⁸⁷ Vermeidbarkeit darf auch hier nicht als reale Gegebenheit oder real existierende Alternative im naturalistischen Sinne verstanden werden. Entsprechend handelt es sich ebenso um eine Zuschreibung, die zum Ausdruck bringt, dass die Tat beim Unterstellen einer anderen Motivlage hätte vermieden werden können. Auf diese Unterstellung bezogen bezeichnet Vermeidbarkeit nichts anderes als das bei angenommener Rechtstreue Erreichbare.¹⁴⁸⁸

Wenn eine anderweitige Verarbeitung als durch Schuldzuweisung möglich wird, wird hingegen auch Strafbefreiung (oder zumindest Strafmilderung) möglich. Wenn der Normbruch durch andere Faktoren oder spezielle Defizite erklärt werden kann, erhält der Täter die Möglichkeit, sich ganz oder partiell zu exkulpieren, indem er auf diese Umstände verweist.¹⁴⁸⁹ Welche Defizite zum Verantwortungsbereich der Person gehören und welche als extern gelten, ist allerdings wiederum systemabhängig und demzufolge potenziell

1484 So JAKOBS, ZStW 2005, 262.

1485 JAKOBS, Schuld und Prävention, 25.

1486 Zum Verständnis der Zurechnungsfähigkeit als Kompetenz zur Infragestellung der Norm siehe auch FRISTER, Voluntatives Schulselement, 55; JAKOBS, AT 2. A., 2. 495 (17/48).

1487 FRISTER, Voluntatives Schulselement, 56 f.

1488 JAKOBS, System der strafrechtlichen Zurechnung, 21 Fn. 27.

1489 JAKOBS, Schuld und Prävention, 25.

variabel.¹⁴⁹⁰ Hier ist es sodann auch, wo allg. gesellschaftliche Vorstellungen von Fähigkeiten und Freiheitsgraden oder auch Erkenntnisse rund um psychische Erkrankungen zum Tragen kommen. Wenn von „ganzer“ oder „partieller“ Exkulpation gesprochen wird, ist bereits indiziert, dass Kompetenz i.d.S. etwas Graduelles ist. Während das Persönlichkeitselement nur bejaht oder verneint werden kann, es sich also entweder um einen geeigneten Absender normdestabilisierender Kommunikation handelt oder nicht, kann die Kompetenz zur Infragestellung der Norm auch nur teilweise vorliegen. Diese Differenzierung ist wichtig für die Einordnung der Elemente in die definierten Aufgaben des Schuldprinzips. Das Persönlichkeitselement trägt demzufolge nur zur ersten Funktion des Schuldprinzips bei. Es ist zwingende Voraussetzung, um feststellen zu können, ob überhaupt eine Norm destabilisiert wurde. Handelt es sich nicht um eine Person i.S.d. strafrechtlichen Kommunikation, kann keine Destabilisierung erfolgen, d.h. Strafe wird nicht notwendig. Anders gestaltet es sich jedoch bei diesem zweiten Element: Bei völliger Abwesenheit des Kompetenzerfordernisses wird ebenfalls keine Destabilisierung vorliegen. Dagegen wird es aber in vielen Fällen darum gehen, festzustellen, was für ein Grad an Kompetenz vorlag und zugeschrieben werden kann. Dieses Element trägt also auch dazu bei, das Mass an Destabilisierung zu eruieren. Entsprechend handelt es sich auch bei allen nachfolgend zu diskutierenden potenziellen Einschränkungen der Kompetenz immer um Faktoren, bei welchen sich zwar im Extremfall ein Schuldvorwurf vollends erübrigt, sich jedoch oftmals der Schuldvorwurf schlichtweg nur reduziert.

3.3 Situative Einschränkung der allgemeinen Kompetenz (verminderte Schuldfähigkeit)

Die dogmatischen Programme, welche das Strafrechtssystem im Rahmen seiner Funktionserfüllung ausdifferenziert hat, sehen vor – und tun dies entsprechend in allen untersuchten Rechtsordnungen –, dass gewisse Beeinträchtigungen der situativen Kompetenz zu einem Ausschluss oder einer Verminderung der Verantwortlichkeit führen können. Eines der komplexesten Elemente des Kompetenzelements ist dabei die Frage der verminderten Zurechnungsfähigkeit.

Die Konstruktion der verminderten Schuldfähigkeit hat immer wieder Anlass zu strafrechtstheoretischen Diskussionen gegeben, da die Fähigkeit zu einer rechtmässigen Willensentscheidung gerade aus einem

¹⁴⁹⁰ Vgl. JAKOBS, Schuld und Prävention, 28.

indeterministischem Blickwinkel nur entweder vorliegen oder nicht vorliegen zu können scheint, und folglich bereits der Terminus „vermindertes“ Andershandelnkönnen seltsam anmutet.¹⁴⁹¹ Ebenso würde sich gemäss *Hörnle* bei einer Absage an die Bezugnahme auf ein indeterministisches Andershandelnkönnen im Tatzeitpunkt eine andere Ausgangslage hinsichtlich der Regeln zur Strafmilderung ergeben, weshalb ein Verzicht auf dieses Konzept in Betracht gezogen werden müsse. Werde auf diese Bezugnahme nämlich verzichtet, da diese „für niemanden überzeugend festgestellt werden kann“, so erübrige sich auch die Frage, wie Abstufungen behandelt werden müssten. Die Vorstellung einer verminderten Schuld sei überflüssig, wenn die „normative Kompetenz“ nur als Vorfrage verstanden werde und nicht mehr als „quantifizierbarer Schuldvorwurf“. Es handle sich bei der Zugehörigkeit des Täters zur „Kommunikationsgemeinschaft“ um eine „Ja/Nein-Frage“, womit der Punkt „Schuldinderung“ aus der Strafzumessungstheorie verschwinden könne.¹⁴⁹²

In der Tat wäre *Hörnle* zuzustimmen, wenn es bei der Anknüpfung der Schuldfähigkeit einzig um die Frage der „Absendertauglichkeit“ ginge. Wie bereits geschildert, kann diese allg. „Schuldfähigkeit“ i.S.d. Voraussetzung der Personalität und damit auch als Voraussetzung dafür, durch Handlungen überhaupt Normen in Frage stellen zu können, nur vorliegen oder nicht vorliegen. Andererseits handelt es sich bei den Faktoren, welche herkömmlich im Rahmen der verminderten Schuldfähigkeit abgehandelt werden, nicht um den Bereich dieser „Vorfrage“, sondern um situative Kompetenz, welche dagegen sehr wohl graduell vorliegen oder nicht vorliegen kann. Wenn *Hörnle* also im gleichen Atemzug die Frage aufwirft, ob es wirklich eine Frage der gerechten Sanktionierung sei, dass Auffälligkeiten in der Persönlichkeitsstruktur oder einer Alkoholisierung des Täters unter bestimmten Umständen zu einer Strafmilderung führen würden und ferner festhält, dass diese Fragestellung hinfällig würde, wenn man sich auf die Position zurückziehe, dass es nicht die „Aufgabe des Strafrechts sei, sich massgeblich auf die inneren Zustände des Täters zu konzentrieren“,¹⁴⁹³ trifft sie damit zwar den Kern der Problematik,

¹⁴⁹¹ Siehe dazu FRISTER, FS Frisch, 550 m.w.N. und u.a. mit dem Verweis auf *Feuerbachs* Feststellung, dass „eine Freiheit, die dem Grade nach geschwächt, vermindert ist, ein gerader Widerspruch, ein viereckiger Zirkel oder ein rundes Viereck“ sei.

¹⁴⁹² HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 76.

¹⁴⁹³ HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 76 f. Ferner argumentiert *Hörnle* auch, dass das Wegfallen dieser Art von Strafminderungsgründen eine Erleichterung für die Praxis bedeuten würde, was zwar für sich genommen kein massgebliches Argument sei,

inwieweit strafrechtliche Zuschreibung „Innerlichkeiten“ des Täters auffächern und berücksichtigen kann, vernachlässigt jedoch, dass dieser Prozess – sofern er die Interaktion mitprägt – trotzdem von Relevanz für die soziale Verantwortungszuschreibung ist.

Allerdings zeigt sich auch hier, dass es eben bei der realen Zuschreibungspraxis nicht darum geht und gehen kann, den Erklärungsregress endlos auf die Spitze zu treiben. In diesem Falle wäre man in der Tat irgendwann bei der Abbildung neuronaler Prozesse angelangt und Verantwortungszuschreibung und damit auch die Normstabilisierung wären ad absurdum geführt bzw. würde Verantwortung irgendwann wohl grundsätzlich verneint werden. In seiner Funktionserfüllung bildet das Strafrecht deshalb vielmehr nur diejenigen Mechanismen ab, welche in die soziale Kommunikation „hineinragen“ und diese leiten. Kompetenz interessiert also nur insoweit, als deren Abwesenheit es vermag, Normdestabilisierung zu verhindern. Ob Alkoholisierung und psychische Beeinträchtigungen als Entschuldigung anerkannt werden, hängt folglich davon ab, inwiefern diese Faktoren die soziale Interaktion auch bestimmen. Diese Orientierung an der Kompetenz des Normadressaten und Absenders potenziell normdestabilisierender Kommunikation ist dabei höchst variabel, wie auch noch im Zusammenhang mit der strikten Verantwortlichkeit zu diskutieren sein wird. Diese Variabilität findet ihr Pendant in einer graduellen Abstufung von Kompetenzzuschreibung, welche sich wiederum im Mass des Normdestabilisierungserfolgs niederschlägt. Das Fazit von Hörnle, dass es die Aufgabe des Strafrechts sei, festzustellen, „dass und in welchem Ausmass gegenüber anderen bestehende Verhaltensanforderungen missachtet und Unrecht begangen wurde“¹⁴⁹⁴ ist natürlich treffend, muss aber mit der Bemerkung ergänzt werden, dass dieses „Ausmass“ eben auch von der zugeschriebenen Kompetenz abhängen kann und dies in der sozialen Praxis nicht nur ein Ja-/Nein-Phänomen ist.

Auch gemäss *Frister* stellt die Konzeption der verminderten Schuldfähigkeit deshalb keine Probleme dar, da „die rationale Entscheidungsfindung ein quantitatives Phänomen“ sei. Die Schuldfähigkeit sei dieser Annahme folgend dann vermindert, wenn das „Rationalitätsniveau“ des Täters mit dem von einem normalen Erwachsenen zu erreichenden Niveau zwar

aber doch auch eine positive Entwicklung darstellen könnte. Die „Persönlichkeit des Täters nach diffizilen Feinabstufungen ihrer normativen Kompetenz auszuleuchten“ sei nicht Aufgabe strafrechtlicher Urteile; so HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 77 f.

1494 HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 79.

noch vergleichbar sei, aber schon deutlich dahinter zurückbleibe. Die Kompetenz, die Norm zu destabilisieren, sei in diesen Fällen verringert und die Normgeltung werde in geringerem Masse in Frage gestellt als bei einem normalen Erwachsenen.¹⁴⁹⁵ Es geht bei der verminderten Schuldfähigkeit, bei der gemäss *Jakobs* stets noch ein Subjekt vorhanden sei, demzufolge eigentlich um die „Abgrenzung von Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit, nicht aber um diejenige von Zurechnungsfähigkeit und Zurechnungsunfähigkeit“.¹⁴⁹⁶ Dies sei auch der Grund, warum Zumutbarkeit i.d.S. – anders als diese grundlegende Zurechnungsfähigkeit – quantifizierbar sei.¹⁴⁹⁷ Genau wie die allg. Kompetenz können auch diese graduellen Einschränkungen allerdings nur dann zugeschrieben werden, wenn sie das Mass der Normdestabilisierung tatsächlich reduzieren, d.h. also i.d.S. funktional sind.¹⁴⁹⁸

Es kann folglich grundsätzlich festgehalten werden, dass es situative Einschränkungen der allg. Kompetenz zur Normbefolgung gibt, welche es dem System ermöglichen, den Normgeltungsschaden mittels dieser Erklärung auszuschliessen oder zumindest zu vermindern. Dies geschieht i.d.R. dann, wenn dem Täter aufgrund psychischer Beeinträchtigungen – genereller Natur oder auch aufgrund eines Substanzkonsums – die Fähigkeit abgesprochen wird, sich im Tatzeitpunkt auch anders hätte verhalten zu können. Kann der Normbruch mit einer solchen Erklärung abgedefert werden, so ist für die Re-Aktualisierung der Normgeltung weniger (oder keine) Strafe vonnöten.

Eine weitere Problemstellung betrifft die Frage, inwiefern die Abwesenheit von Fähigkeiten entschuldigt, falls deren Abwesenheit selbst der Verantwortung des Täters zugeschrieben wird. Gemäss *Tadros* werden Personen grundsätzlich als dafür verantwortlich erachtet, ihre Kapazitäten und Fähigkeiten selbst zu entwickeln um den normativen Ansprüchen zu genügen.¹⁴⁹⁹ In der Tat wird im Rahmen der strikten Verantwortlichkeit und bei der Frage der Berücksichtigung eines „Vorverschuldens“ noch ausführlich zu diskutieren sein, wie sich der Umstand, die Inkompetenz

1495 FRISTER, FS Frisch, 550.

1496 JAKOBS, AT, 536 (18/28).

1497 JAKOBS, AT, 537 (18/30).

1498 Ähnlich bereits JAKOBS, Schuld und Prävention, 17. *Streny* schlägt einer ähnlichen Logik folgend vor, dass bei der Festlegung der gesetzlichen Regeln zur Schuldfähigkeit darauf abgestellt werden solle, ob die soziale Verantwortlichkeit des Täters wegen der Schwere eines allfälligen Defekts nötig sei. Entsprechend wären sodann die Tätermerkmale festzuschreiben, welche „einen von sozialer Verantwortlichkeit dispensierenden Grad an Anormalität kennzeichnen“; siehe STRENG, ZStW 1989, 302.

1499 TADROS, 59 ff.

zum Tatzeitpunkt selbst herbeigeführt zu haben, auf den Schuldvorwurf und die Normdestabilisierung auswirkt.¹⁵⁰⁰ Es dürfte aber bereits klar geworden sein, dass Inkompetenz nur dann entlastet, wenn sie den Normdestabilisierungsschaden erfolgreich mildert, nicht aber dann, wenn eine gesellschaftlich nicht als Entschuldigung akzeptierte (selbsterbeigeführte) Inkompetenz die Infragestellung der Normgeltung nicht als weniger schwerwiegend zu gestalten vermag.

3.4 Situative Einschränkung der Kompetenz aufgrund externer Faktoren

Eine Norm kann durch eine Tat, abgesehen von den eben beschriebenen Defiziten, welche in der „Innerlichkeit des Täters“ angesiedelt werden, auch dann nicht oder weniger destabilisiert sein, wenn der Täter in einem allgemein als „entschuldigbar“ anerkanntem Kontext bzw. einer entsprechenden von externen Faktoren beeinträchtigten Verfassung gehandelt hat. Die Normbefolgung wird in diesen Konstellationen als unzumutbar eingestuft, da die Erwartungsenttäuschung aus einer Situation heraus erklärt werden kann, welche allgemein auch für den Täter als „Unglück“ interpretiert wird.¹⁵⁰¹ Die Tatbegehung wird in diesen Situationen als angebrachte oder zumindest nachvollziehbare Reaktion verstanden. Der Täter wird so für die Situation ganz oder teilweise „unzuständig“.¹⁵⁰² Die Enttäuschung gilt nicht als Infragestellung der Normgeltung, sondern als Handlung, welche trotz eigentlicher Anerkennung der Normgeltung nicht vermieden werden konnte.

Es mutet im ersten Moment intuitiv merkwürdig an, dass die sog. „Zumutbarkeit“ einen Bestandteil der Schuldkategorie darstellt. Im Vergleich zur Schuldfähigkeit und zur Unrechtskenntnis betreffen die entsprechenden Entschuldigungsgründe doch – der herkömmlichen Dichotomie folgend – eher das Urteil über die Tat, nicht jedoch dasjenige über den Täter selbst. Allerdings handelt es sich dabei auf den zweiten Blick – gerade im Vergleich zu den weitergehenden Rechtsfertigungsgründen – eben um Gründe, welche den Täter in Bezug auf die konkrete Situation entschuldigen. Also um ein Urteil über die Kompetenz des Täters in dieser spezifischen Lage und nicht über die normative Erwartungsenttäuschung, d.h. das Unrecht, an sich.

¹⁵⁰⁰ S. 354 ff.

¹⁵⁰¹ JAKOBS, AT 2. A., 497 (17/53).

¹⁵⁰² JAKOBS, AT 2. A., 570 (20/4).

Die Strafgesetzbücher der untersuchten Rechtsordnungen kennen keinen allg. Schuldausschlussgrund bzw. keine allg. Einrede der Unzumutbarkeit normgemässen Handelns, sondern nur einzelne, speziell festgelegte Entschuldigungsgründe. Diese beruhen auf der Überlegung, dass in gewissen Konstellationen kein normkonformes Verhalten verlangt werden könne.¹⁵⁰³ Aufgrund der ausserordentlichen Situation des Täters kann hier die Erwartungsenttäuschung toleriert werden (und muss nicht kontrafaktisch mittels Strafe durchgehalten werden), da das Verständnis für die Schwierigkeit der Lage den Normbruch nachvollziehbar erscheinen lässt.¹⁵⁰⁴ Ausdruck dieser Form der Einschränkung der situativen Kompetenz sind z.B. die Regelungen der entschuldbaren Notwehr und des entschuldbaren Notstandes.¹⁵⁰⁵ In diesen Situationen kann trotz im Allgemeinen vorliegender Kompetenz kein Vorwurf platziert werden. Eine Tatbegehung unter aus externen Faktoren resultierendem und nachvollziehbarem psychischem Druck entschuldigt i.d.S., da ein rechtmässiges Verhalten nicht erwartet werden konnte.¹⁵⁰⁶ Auch hierbei handelt es sich um etwas, was graduell oder vollständig als Entschuldigung taugt, was also die Normdestabilisierung nur teilweise oder vollends ausbleiben lässt – je nachdem wie weit die mit der Kompetenzbeschränkung einhergehende Erklärung des Normbruchs ausreicht.

3.5 Situative Einschränkung der Kompetenz aufgrund mangelnder Unrechtskenntnis

Ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit liegt gemäss herkömmlicher Definition vor, wenn der Täter tatbestandsmässig und rechtswidrig gehandelt, seine Tat jedoch fälschlicherweise für erlaubt gehalten hat.¹⁵⁰⁷ Der Täter kennt also beim Rechtsirrtum den Unrechtssachverhalt, weiss aber gleichzeitig nicht, dass sein Handeln verboten ist.¹⁵⁰⁸ Dass solche Rechtsirrtümer u.U. entschuldigen, resultiert aus der Annahme, dass Strafbarkeit nur dann legitim sei, wenn der Täter wusste oder zumindest wissen konnte, dass er sich mit seiner Handlung gegen eine Norm stellt.¹⁵⁰⁹

¹⁵⁰³ DONATSCH/TAG, 295.

¹⁵⁰⁴ Ähnlich auch HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 74 f.

¹⁵⁰⁵ So z.B. für die Schweiz DONATSCH/TAG, 295.

¹⁵⁰⁶ FUCHS, Kap. 21 N 5.

¹⁵⁰⁷ DONATSCH/TAG, 285.

¹⁵⁰⁸ ROXIN, AT, § 21 N 1.

¹⁵⁰⁹ ASHWORTH/HORDER, Principles, 156.

Im deutschsprachigen Raum gilt diesem Ansatz folgend die Regelung, dass ein unvermeidbarer Verbotsirrtum die Schuld ausschliesst. Ein vermeidbarer Irrtum kann darüber hinaus zu Strafmilderung führen.¹⁵¹⁰ Unterschieden wird also nach derjenigen Normkenntnis, welche trotz angemessener Achtsamkeit vorlag und derjenigen, welche als Gleichgültigkeit des Täters gegenüber der Normenordnung verstanden wird.¹⁵¹¹ Für die volle Anerkennung eines Verbotsirrtums wird demzufolge dessen Unvermeidbarkeit vorausgesetzt.¹⁵¹² Die Vermeidbarkeit besteht darin, dass der Täter von den, seinen Fähigkeiten entsprechenden Möglichkeiten zur Erlangung der notwendigen Kenntnis, „nur in ungenügendem Masse Gebrauch gemacht hat“.¹⁵¹³ Im Rahmen der Deliktsstufe der Schuld wird in Anwendung dieser Dogmatik deshalb auch geprüft, ob der Täter in der Lage gewesen wäre, den Irrtum zu vermeiden. Gemäss der h.L. verstosse es gegen das Schuldprinzip, wenn ein unvermeidbarer Rechtsirrtum unberücksichtigt bliebe.¹⁵¹⁴ Nach der heute vorherrschenden sog. Schuldtheorie wirkt sich ein Verbotsirrtum sogar ausschliesslich im Schuldbereich (und nicht etwa beim subjektiven Tatbestand) aus.¹⁵¹⁵ Dies wird damit begründet, dass nur der Vorsatz vorgeworfen werde, die Unrechtskenntnis hingegen sei gemäss *Welzel* „der Grund, weshalb dem Täter der rechtswidrige Vorsatz vorgeworfen wird“, weshalb die Unrechtskenntnis ein Element der Vorwerfbarkeit sei. Schuld treffe deshalb auch nicht nur den Täter, der die Rechtswidrigkeit seiner

1510 Anstatt vieler für Deutschland JAKOBS, Schuldprinzip, 16; ROXIN, AT, § 21 N 4; für die Schweiz DONATSCH/TAG, 290; für Österreich FUCHS, Kap. 21 N 5. Das Recht im deutschsprachigen Raum ist damit bedeutend „grosszügiger“ als das angelsächsische; so DUBBER/HÖRNLE, 260; zum Verbotsirrtum in den *Common Law*-Rechtsordnungen siehe S. 377 f.

1511 JAKOBS, Schuldprinzip, 19.

1512 JUHÁSZ, 170; NIGGLI/MAEDER, BSK-StGB 21 N 17 ff. Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum stellt dabei einen Schuldausschlussgrund dar. Ein vermeidbarer Verbotsirrtum führt hingegen lediglich zu einer obligatorischen Strafmilderung durch das Gericht.

1513 So DONATSCH, ZStrR 1985, 16 f.

1514 Dazu anstatt vieler so z.B. ROXIN, AT, § 21 N 5; JUHÁSZ, 170.

1515 TRECHSEL/NOLL, 168; DONATSCH, ZStrR 1985, 16 ff; ROXIN, AT, § 21 N 8; WELZEL, Lehrbuch, 161 f. Die Anhänger der Vorsatztheorien hingegen vertreten die Auffassung, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit bilde bereits Bestandteil des Vorsatzes, da dieser dieses Bewusstsein voraussetze; so z.B. GERMANN, 53; SCHULTZ, 4. A., 191 ff. und 292 ff. Die Meinungen darüber ob ein Schuldstrafrecht das Unrechtsbewusstsein in den Vorsatzbegriff aufnehmen solle oder nicht gehen noch immer auseinander; zu dieser Debatte im Rahmen der Vorsatz- und Schuldtheorien siehe z.B. GRAF, ZStrR 1946, 363 f.; DONATSCH/TAG, 286 f.; ROXIN, AT, § 21 N 6 ff.; 1; SCHMID CHRISTIAN, 17 ff.

Entscheidung kannte, sondern auch denjenigen, der sie hätte kennen müssen und den Handlungsentschluss hätte unterlassen können.¹⁵¹⁶ Das werde ihm nun im Rahmen der Schuld zum Vorwurf gemacht.¹⁵¹⁷ Ein entsprechender Irrtum beziehe sich demzufolge auf die Einstellung des Täters zu seinem Verhalten.¹⁵¹⁸ Das Unrechtsbewusstsein bildet damit gemäss traditioneller Auffassung Bestandteil der Schuld.

Gemäss *Jakobs* löse diese „Differenzierung zwischen Gegenstand und Grund des Vorwurfs“ das Problem des Unrechtsbewusstseins als „subjektive Beziehung zum Unrecht“ allerdings nicht abschliessend. Zum Vorsatz gehöre die Unrechtskenntnis nicht und Vorwerfbarkeit i.S.d. Schuld sei sie auch nicht.¹⁵¹⁹ In der Tat ist die Verortung der Unrechtskenntnis nicht einfach. Es ist zunächst einmal festzustellen, dass die Zurechnung zu einem Täter und damit die Platzierung eines Schuldvorwurfs der Annahme folgt, dass die Normdestabilisierung bei ausreichender Motivation des Täters ausgeblieben wäre. Entsprechend ist die (mögliche) Kenntnis des Unrechts durch den als verantwortlich isolierten Täter Bestandteil des Schuldvorwurfs.¹⁵²⁰ Grundsätzlich kann nur ein Täter, welcher die Norm kennt, deren Geltung in Abrede stellen. Ansonsten mangelt es ihm an der Kompetenz, die Normgeltung infrage zu stellen. Eine ausreichende Kompetenz – und deswegen auch die Ansiedlung dieser Thematik innerhalb dieses Elements und konsequenterweise innerhalb der Schuldkategorie – ist nicht nur davon abhängig, ob der Täter die psychischen Voraussetzungen mitbringt und auch keine externen Beschränkungen vorliegen, sondern darüber hinaus auch davon, ob dem Täter die Fähigkeit bzw. Möglichkeit zugeschrieben wird die „normative Anweisung“ im Tatzeitpunkt überhaupt zu erkennen. Da es dabei nur um eine Zuschreibung von situativer Kompetenz geht und nicht darum, ob der Täter tatsächlich die Norm kannte, kann entsprechend auch nur ein unvermeidbarer Irrtum vollständig entschuldigen. Ein vermeidbarer Verbotsirrtum beschränkt die Kompetenz zur Erkennung der normativen Erwartungsstruktur i.d.R. nicht und der Normgeltungsschaden lässt sich darauf aufbauend nicht abwenden.

¹⁵¹⁶ WELZEL, Lehrbuch, 161 f.

¹⁵¹⁷ WELZEL, Lehrbuch, 159 ff.; eingehend dazu auch HORN, 56 ff.; kritisch JAKOBS, AT 2. A., 474 f. (17/14).

¹⁵¹⁸ WILL, 12.

¹⁵¹⁹ JAKOBS, AT 2. A., 474 f. (17/14).

¹⁵²⁰ GÜNTHER, Freiheit und Schuld, 159.

Der Schuldvorwurf basiert darauf, dass die Handlung als „Entscheidung gegen die Norm“ gewertet wird. Bei Vorliegen eines Verbotsirrtums ist der „Handlungssinn“ nun ein anderer als derjenige bei einer „Normbruchskommunikation“.¹⁵²¹ Sowohl die Rechtskenntnis als auch die Möglichkeit zur Rechtskenntnis bieten Grundlage dafür, dass dem Täter die Kompetenz zugeschrieben wird, die Normgeltung erfolgreich in Frage stellen zu können. Deshalb kann auch diese Kompetenz i.S. eines Erkennenkönnens der Normgeltung als wesentliches Element des Schuldvorwurfs erfasst werden.

4. Zwischenfazit: Schuld als Kompetenz

Die verschiedenen soeben besprochenen Problemfelder im Rahmen des hier als Kompetenz bezeichneten Elements der Schuld, können allesamt als Beispiele dafür gelten, wie das Platzieren oder Nicht-Platzieren eines Schuldvorwurfs innerhalb der strafrechtlichen Normstabilisierungsmechanismen vonstattengeht. Was als taugliche „Entschuldigung“ für einen Normbruch gilt, ist dem Wesen dieses Elements nach davon abhängig, ob die situative Kompetenz des Täters dafür ausreicht, Normgeltung in Abrede zu stellen. Nur wenn diese Kompetenz vorhanden ist, kann ein Normgeltungsschaden entstehen. Wenn diese im Tatzeitpunkt vorhanden, aber eingeschränkt ist, kann wiederum nur weniger Normgeltungsschaden entstehen als bei einem Täter, bei welchem diese Kompetenz vollumfänglich vorlag. Entsprechend verwirklicht sich das Kompetenzelement innerhalb der Funktion des Schuldprinzips und leistet einen Beitrag dazu, festzustellen ob und in welchem Ausmass Strafe als Normbegründung notwendig ist.

Diese Kompetenzfeststellung gestaltet sich dabei in Anknüpfung an im sozialen System geltende Freiheitsvorstellungen. Auch wenn diese Anknüpfung nicht zwingend notwendig ist und potenziell auch anders gedacht werden könnte, so entspricht es, wie ausführlich beschrieben wurde, der die soziale Interaktion leitenden Annahme, dass Kommunikation grundsätzlich verschieden ausfallen kann bzw. kontingent ist und entsprechend nicht restlos determiniert ist. Um die Zuständigkeit im Rahmen des Schuldvorwurfs i.S. einer Kompetenz zur Normbefolgung zu beschreiben, bedarf es jedoch weder des Nachweises einer Willensfreiheit in einem naturwissenschaftlichen Sinne noch der Flucht in eine „Fiktion“. Vielmehr genügt die schlichte Feststellung, dass für die Aufrechterhaltung der Normgeltung nur Personen verantwortlich gemacht werden, die man für Normbrüche zuständig erklären kann.¹⁵²² Kann

¹⁵²¹ BLECKMANN, 155.

¹⁵²² Ähnlich JAKOBS, ZStW 2005, 263.

man diese Zuständigkeit aufgrund exkulpierender Umstände verneinen, kann man die Enttäuschung der normativen Erwartung anderweitig verarbeiten. Natürlich handelt es sich hier um eine Beschreibung sozialer Mechanismen, welche sich im sozialen System aktuell vollziehen. Damit ist allerdings die Frage nicht beantwortet, ob diese Anknüpfung an ein Andershandelnkönnen auch in Zukunft immer Bedingung sein muss oder sein soll.

IV. MITTEILUNG

1. Schuld als Infragestellung der Norm

Nachdem in den vorangehenden Kapiteln eruiert werden konnte, dass dem strafrechtlichen Schuldvorwurf eine Beurteilung der Personalität und der Kompetenz des Täters inhärent ist, stellt sich die Frage, ob und inwieweit auch dem subjektiven Tatbestand als Teil der „inneren Tatseite“ eine Rolle innerhalb dieses Mechanismus zukommt. Wie bereits zu Beginn dieser Abhandlung kurz umrissen wurde, ist es in der deutschsprachigen Lehre mittlerweile allgemein anerkannt, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit eine „Doppelstellung“ einnehmen.¹⁵²³ Einerseits stellt der subjektive Tatbestand einen Teil des Unrechts dar, das vorgeworfen wird. Andererseits entfalten sich die Formen des subjektiven Tatbestands auch in der Schuldkategorie, d.h. bei der Beurteilung, inwiefern diese Unrechtsverwirklichung vorwerfbar ist. Aus soziologischer Perspektive ist diese Feststellung zunächst einmal zu bekräftigen: In der Tat geht es bei der Frage, ob ein Täter z.B. mit Absicht oder unbewusst fahrlässig gehandelt hat, nicht nur um die Frage, ob überhaupt eine normative Erwartung enttäuscht wurde, sondern darüber hinaus auch um die Frage, ob und inwiefern diese Enttäuschung als Infragestellung der Norm gewertet werden muss. Entsprechend geht es um den Mitteilungsgehalt der Tat in Bezug auf die Normgeltung. Nur eine Tat, welche eine Infragestellung der Normgeltung mitteilt, erfordert Strafe als Widerspruch. Konsequenterweise kommt der inneren Tatseite im Mechanismus der Schuldzuschreibung eine Aufgabe zu, nämlich die Beurteilung dieses Mitteilungsgehalts.¹⁵²⁴

¹⁵²³ S. 23 ff.

¹⁵²⁴ Diese Terminologie schliesst an den Vorschlag von *Bleckmann* an, der Vorsatz als „Identifikation des Vorliegens eines Mitteilungsverhaltens“ definiert; siehe BLECKMANN, 143 und passim; zu seinen Ergebnissen sogleich mehr.

Mit Bezug auf die definierten Elemente lässt sich also resümieren, dass ein Schuldvorwurf nur dann seine Aufgaben innerhalb der Funktion des Schuldprinzips zu erfüllen vermag, wenn im Rahmen der Schuldzuschreibung festgestellt wird, ob es sich beim Täter um einen tauglichen Absender normdestabilisierender Kommunikation (*Personalität*) handelt, ob diese Kommunikation nicht durch eine situative Inkompetenz beeinträchtigt ist (*Kompetenz*) und ob die Kommunikation die Infragestellung der Normgeltung auch tatsächlich mitteilt (*Mitteilung*). Es geht demzufolge bei den Formen des subjektiven Tatbestands im deutschsprachigen Raum oder den Formen der *mens rea* im angelsächsischen Recht auch darum zu beurteilen, ob die Tat eine normdestabilisierende Wirkung entfaltet, d.h. was die Tat genau kommuniziert.

Erneut muss betont werden, dass die Beurteilung der Frage, ob es sich bei der konkreten Mitteilung um eine normdestabilisierende Kommunikation handelt oder nicht, nicht die Erfassung eines „geistigen Zustands“ oder seiner Abwesenheit in einem ontologischen Sinne darstellt. Allerdings sind diese Beobachterrelativität und die damit einhergehende Unmöglichkeit, den wahrhaftig vorliegenden Geisteszustand nachzuweisen, von beschränkter Relevanz für die soziale Interaktion. Im Rahmen des Zuschreibungsprozesses geht es vielmehr um die zum Ausdruck gebrachte Kreierung sozialen Sinns durch die Tat. Dazu kann die Zuschreibung von „voluntativen“ oder „kognitiven“ Komponenten beitragen, jedoch nur insoweit, als diese den Mitteilungsinhalt determinieren. Zu bestimmen, ob eine Tat vorsätzlich bzw. fahrlässig begangen wurde oder nicht, bedeutet folglich zu bestimmen, welche Einstellung des Täters gegenüber der Normgeltung kommuniziert wurde. Nur wenn eine solche destabilisierende Mitteilung vorliegt, wird Schuld platziert und Strafe wird als Kompensation des entstandenen normativen Schadens notwendig.

2. Identifikation der Mitteilung im Rahmen der inneren Tatseite

2.1 Subjektiver Tatbestand als Element der Verantwortungszuschreibung

Bei der Erörterung der Problemstellung, inwiefern der subjektive Tatbestand im Rahmen der Schuldkategorie, im Platzieren des Vorwurfs gegenüber dem Täter also, Wirkung entfaltet, muss auch ein Blick darauf geworfen werden, wie die herkömmliche – gerade im deutschsprachigen Raum

relativ konsequent umgesetzte – Unterscheidung von Unrecht und Schuld mit den soziologischen Beobachtungen im Rahmen strafrechtlicher Funktionserfüllung übereinstimmt. Der als „Mitteilungselement“ bezeichnete Bestandteil des Zuschreibungsprozesses betrifft in der Tat auf den ersten Blick einmal beides. Dem subjektiven Tatbestand kommt zunächst einmal der Gehalt der Bestimmung zu, ob es sich beim Akt überhaupt um eine normative Enttäuschung handelt, d.h. ob Unrecht vorliegt. In einem zweiten Schritt – und damit ist die post-finalistische Doppelpositionierung des Vorsatzes angesprochen¹⁵²⁵ – geht es allerdings auch darum zu beurteilen, ob der Akt nicht nur potenziell dazu geeignet ist, die Normgeltung infrage zu stellen. Es muss also auch festgestellt werden, ob der Täter dies durch seine Tat auch wirklich zum Ausdruck brachte, ob ihm die Normenttäuschung also zugeschrieben werden kann. Bei der Verarbeitung einer Straftat durch das Strafrechtssystem muss, wie bereits mehrfach beschrieben, die Straftat als kommunikatives Konstrukt verstanden werden. Nur als solche Operation ist die „Mitteilung“ sozial wirklich und hat einen systemrealen Effekt. Auch bei der Bestimmung der tatsächlichen Bedeutung eines Täterverhaltens, also z.B. der „Absicht“ des Täters, kann demzufolge nur von Relevanz sein, was sich als Kommunikation im System niederschlägt.¹⁵²⁶ Entsprechend ist der „Schlüssel zum Verständnis“ der subjektiven Tatseite genau wie bei der Schuldzuschreibung generell in den „Regeln der Generierung sozialen Sinns“ zu suchen.¹⁵²⁷ Demzufolge können Unrecht und Schuld auch nicht als völlig voneinander losgelöste Bereiche verstanden werden. Gerade der subjektive Tatbestand entfaltet sich in beiden Kategorien und ist in der vorliegenden Analyse konsequenterweise miteinzubeziehen.

Der Identifikation des subjektiven Tatbestands liegt gemäss *Bleckmann* ein Programm nach der Unterscheidung „Mitteilung/keine Mitteilung“ zugrunde.¹⁵²⁸ Dies ist für den Unrechtstatbestand selbst sicher zutreffend. Im Rahmen des Schuldvorwurfs wird jedoch – aufbauend auf dieser Unterscheidung – eine Weitere vorgenommen, um darüberhinausgehend festzustellen, ob diese Mitteilung eine normdestabilisierende Wirkung entfaltet und in was für einer Intensität. Es geht i.d.S. also nicht nur um das Vorhandensein einer Mitteilung, einer Zuschreibung der geforderten kognitiven und voluntativen Komponenten des Programms, sondern auch um die – in herkömmlicher

¹⁵²⁵ Siehe bereits S. 29 ff.

¹⁵²⁶ BLECKMANN, 167.

¹⁵²⁷ BLECKMANN, 147.

¹⁵²⁸ BLECKMANN, 157.

Formulierung – „Vorwerfbarkeit der Willensbildung“. Diese Doppelstellung des subjektiven Tatbestands gilt es bei der nachfolgenden Analyse zu berücksichtigen, wobei die soziale Praxis in Anwendung des Programmes die Vorwurfsplatzierung wohl in Ausübung beider Zuschreibungen zugleich vollzieht. Die Frage, ob etwas kommuniziert wurde und die Frage, was, gehen also Hand in Hand, sind aber dennoch zu differenzieren.

2.2 Tauglichkeit der zum Ausdruck gebrachten Rechtsuntreue zur Normdestabilisierung

Zum subjektiven Tatbestand gehören diejenigen Umstände, welche die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes erst zur tatbestandsmässigen Handlung machen. Dazu gehören der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit, sowie allfällige weitere gesetzlich umschriebene subjektive Unrechtselemente.¹⁵²⁹ Der subjektive Tatbestand würde gemäss der Analyse von *Bleckmann* die Frage beantworten, ob eine bestimmte Information tatsächlich mitgeteilt wurde, der objektive hingegen, welche Information mitgeteilt wurde. Es ginge also darum, ob – abgesehen von der notwendigen Zurechnung zu einer Person – überhaupt eine Kommunikation vorliegt. Im Rahmen des Unrechtstatbestandes werde die „falsche Haltung zur Norm“ durch das soziale System „identifiziert“.¹⁵³⁰ Der Handlungsbegriff stütze sich auf „Vermeidbarkeit“, da unterstellt werde, dass die rechtswidrige Erfolgsherbeiführung vermeidbar gewesen wäre, hätte die entsprechende Motivation vorgelegen. Darauf basiert, was wir in der Zurechnungslehre heute als „Unrecht“ klassifizieren.¹⁵³¹ Da relevant ist, was sich kommunikativ im System niederschlägt (und nicht etwa was tatsächlich vorlag), würden sich der objektive und subjektive Tatbestand gemäss *Bleckmann* nicht etwa auf „unterschiedliche Wirklichkeitsbereiche“ beziehen, sondern nur „unterschiedliche Aspekte des sozial zu identifizierenden Mitteilungsverhaltens“ behandeln.¹⁵³² Einerseits die Frage, was überhaupt als Mitteilungsverhalten in Betracht kommt und andererseits, ob dies tatsächlich mitgeteilt wurde. Die Rolle des subjektiven Tatbestands ist dementsprechend darin zu erblicken, dass er die „normative Signifikanz“ der Handlung verändert.¹⁵³³ Ohne diese Elemente der inneren Tatseite kann schlichtweg

1529 JAKOBS, AT, 256 (8/1).

1530 BLECKMANN, 139.

1531 STÜBINGER, Kritische Justiz 1993, 36 f.

1532 BLECKMANN, 139 f.

1533 HORDER, 1995 Crim. L.R. 759, 762.

keine Norm destabilisiert werden und eine Vorwurfsplatzierung erübrigt sich bzw. ist Strafe für die Funktionserfüllung des Systems in diesem Fall nicht vonnöten.

Es kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die Mitteilung grundsätzlich dann als schuldhaft beurteilt wird, wenn die Tat als „Sinnausdruck des Täters“¹⁵³⁴ eine Infragestellung der Norm zum Ausdruck bringt, welche die Normstabilität wirksam gefährdet. Strafrechtliche Verantwortung wird immer dann zugeschrieben, wenn die „Nicht-Zuschreibung“ der Tat zu einer Destabilisierung der Norm führen würde. Es handelt sich jedoch sowohl beim Vorsatz- als auch beim Fahrlässigkeitstäter um eine grundsätzlich geeignete Normdestabilisierung. Folglich ist danach zu fragen, inwiefern sich diese Formen (deliktischer) Kommunikation unterscheiden und worauf die unterschiedliche Bewertung gründet. Auch die verschiedenen *mentes reae* entfalten sich also innerhalb der Verwirklichung der Funktion des Strafrechts.¹⁵³⁵ Demzufolge wird auch nur dann ein Vorwurf erhoben, wenn der Täter eine „Stellungnahme gegen die Norm abgegeben hat“.¹⁵³⁶ Diese Konnexherstellung zwischen einer identifizierten Mitteilung und deren Absender mündet in einer Mitteilungsinterpretation, welche sich im Schuldvorwurf niederschlägt und niederschlagen muss, um Vorhandensein und Mass des entstandenen Normgeltungsschadens zu bestimmen.

2.3 Vorsatz und Fahrlässigkeit als Infragestellung der Norm

Vorsatz bedeutet – so die Kurzformel – das „Wissen und Wollen der Merkmale des objektiven Tatbestandes“.¹⁵³⁷ Auch die Vorsatzidentifikation hänge als „Programm, das die Kriterien angibt, die entscheiden, welche Seite der Unterscheidung Mitteilung/keine Mitteilung zu bezeichnen ist“ indessen von möglichen Wissens- und Motivzuschreibungen ab, wobei diese wiederum davon abhängen würden, wie eine Person eingeschätzt wird, sowohl individuell als auch als Rollenträger.¹⁵³⁸ Bei den Erscheinungsformen der inneren Tatseite geht es neben der Wissenskomponente entsprechend primär um eine Differenz bei der Beurteilung des „Wollens“. Auch dabei handelt es sich allerdings um eine „Wollenzuschreibung“ innerhalb gesellschaftlicher Interaktion. Eine solche bedarf demzufolge nicht zwingend

1534 JAKOBS, RW 2010, 284.

1535 Vgl. JAKOBS, ZStW 1989, 516 f.

1536 SCHNEIDER, 109 über die Position von *Jakobs*.

1537 So anstatt vieler ROXIN, AT, § 10 N 62.

1538 BLECKMANN, 157.

einer indeterministischen Freiheitsfeststellung und muss deshalb auch nicht in die „Innerlichkeit des Täters“ verlagert werden.¹⁵³⁹ Auch beim Vorsatz kann also kein „strafrechtlicher Psychologismus“ zum Zuge kommen, da es sich nicht um eine Tatsache handelt, über die „Beweis zu erheben ist“.¹⁵⁴⁰ Die Entscheidung gegen das Recht, der „demonstrierte Mangel an Rechtstreue“¹⁵⁴¹ als Entschluss zu verstehen, zu dem nur der Täter Zugang hat, könne ferner gemäss *Bleckmann* nicht durchgehalten werden, ohne sich der „Selbstinterpretation des Täters auszuliefern“.¹⁵⁴² Dem Vorsatztäter wird sein Verhältnis zur Tatbestandsverwirklichung vorgeworfen. Der Vorwurf lautet gemäss herkömmlicher Terminologie, dass er den objektiven Tatbestand verwirklichen will und sich bewusst gegen die Einhaltung der Norm entscheidet bzw. im Falle des Eventualvorsatzes, dass er die Verwirklichung der Normenttäuschung zumindest in Kauf nimmt. Es kann also dann von Vorsatz gesprochen werden, wenn nicht nur – wie sogleich für die Fahrlässigkeit weiter zu präzisieren sein wird – eine „Sorgfältigkeitsnorm“ missachtet wurde, welche eine Indifferenz gegenüber dem durch den Tatbestand geschützten Rechtsgut zum Ausdruck bringt, sondern darüber hinaus die Normgeltung aktiv und bewusst als infrage gestellt gelten muss. Der Täter zeigt also nicht nur mangelnden Respekt gegenüber der Norm, sondern demonstriert durch seine Tat eine Negation der Norm selbst.

Auch bei der Fahrlässigkeit handelt es sich um einen zum Ausdruck gebrachten Mangel an Rechtstreue.¹⁵⁴³ Im Unterschied zum Vorsatztäter hat der fahrlässig Handelnde die Tatbestandsverwirklichung jedoch nicht „wissentlich“ und „willentlich“ herbeigeführt, der Erfolg kommt aber durch eine (bewusste oder unbewusste) Sorgfaltspflichtverletzung zustande.¹⁵⁴⁴ Dem Täter wird diese Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen. Auch hierbei geht es um Vermeidbarkeit: Hat der Täter den Sachverhalt trotz grösster Sorgfalt nicht richtig erkannt, ist keine Strafe notwendig, da der Täter die Normgeltung ausreichend respektierte. Wenn die unzutreffende Sachverhaltserfassung und Risikobeurteilung

1539 HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, 56 f. mit dem Hinweis, dass Anhängerinnen und Anhänger eines traditionellen Freiheitsverständnisses nicht erst beim Schuldbegriff in Schwierigkeiten geraten müssten, sondern sich dieselben Fragen auch schon beim subjektiven Tatbestand stellen würden.

1540 BLECKMANN, 77 ff.

1541 JAKOBS, *Schuldprinzip*, 34.

1542 BLECKMANN, 80.

1543 JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 59.

1544 WEIGEND, *ZStW* 1981, 659.

jedoch vermeidbar gewesen wäre, wird Strafe notwendig, da auch die unbewusste Fahrlässigkeit i.S. einer zum Ausdruck gebrachten „Disziplinlosigkeit“ geeignet ist, die Normstabilität zu gefährden.¹⁵⁴⁵ Wer fahrlässig handelt, sei entsprechend gemäss *Jakobs* nicht „hinreichend um die Schadlosgkeit seines Verhaltens besorgt“.¹⁵⁴⁶ Der unbewusst fahrlässig Handelnde verwirklicht den Tatbestand, in dem er eine Sorgfaltspflicht missachtet, derer er sich zwar nicht bewusst war, die er aber hätte achten müssen. Der Vorwurf bezieht sich demzufolge auf seine Indifferenz gegenüber der Sorgfaltspflicht selbst, sein Verhältnis zur Tatbestandsverwirklichung spielt dabei keine Rolle. Bei der bewussten Fahrlässigkeit wird wissentlich eine Sorgfaltspflicht missachtet. Auch hier basiert der Vorwurf auf dieser Achtlosigkeit und bezieht sich nicht auf das Verhältnis des Täters zum Erfolgseintritt selbst.

Der subjektive Tatbestand beziehe sich gemäss *Bleckmann* auf die „Kontrollierbarkeit bzw. Vermeidbarkeit eines Weltzustandes“.¹⁵⁴⁷ Es sei deshalb danach zu fragen, ob der Täter – hätte er die Möglichkeit gehabt – tatsächlich anders gehandelt hätte. Damit seien allerdings – so *Bleckmann* – noch keine „sozialen Formen der Vorsatzidentifikation benannt“, d.h. keine Fälle, die klare Kriterien erkennen liessen. Dies stehe im Zusammenhang damit, dass sich die Mehrdeutigkeit jeder Handlung letztlich nicht nach einem allg. Kriterium auflösen lasse.¹⁵⁴⁸ Es lässt sich allerdings grundsätzlich festhalten, ohne nun auf die Detailkomponenten der einzelnen Vorsatz- und Fahrlässigkeitskonstellationen im deutschen bzw. die verschiedenen *mentes reae* im angelsächsischen Rechtskreis einzugehen, dass sich der Wertungsunterschied primär darauf bezieht, dass der vorsätzlich handelnde Täter nicht nur eine Indifferenz gegenüber der Normgeltung an den Tag legt, sondern deren Geltung wissentlich und willentlich in Frage stellt, was in der sozialen Praxis als schwerwiegender empfunden wird. Die Normgeltung wird dadurch in erhöhtem Masse destabilisiert. Gemäss *Jakobs* liegt die Ursache der milderen gesellschaftlichen Bewertung des Fahrlässigkeitstäters darin, dass der „Wissensfehler“ des fahrlässig Handelnden „in eine nicht vorab bestimmte Richtung“ wirke. So könne sich die Sorgfaltspflichtverletzung i.S. einer „*poena naturalis*“ auch gegen den Täter selbst richten. Der „Wertungsfehler“ des Vorsatztäters hingegen müsse sich für den Handelnden nicht als falsch erweisen. Demzufolge sei die „Vorzugswürdigkeit von

1545 SCHNEIDER, 110 über die Position in JAKOBS, ZStW 1989, 529 und *ders.*, FS Bruns, 38 f.

1546 JAKOBS, RW 2010, 304.

1547 BLECKMANN, 139 f.

1548 BLECKMANN, 144 f.

Sorgfalt“ einfacher zu beweisen und zu untermauern.¹⁵⁴⁹ Der entsprechende Beurteilungsunterschied folge also dem Umstand, dass Fahrlässigkeitstaten die Normgeltung weniger tangieren würden, da sie von der „Inkompetenz des Täters zur Verwaltung auch eigener Angelegenheiten“ zeugten.¹⁵⁵⁰

3. Zwischenfazit: Schuld als Mitteilung

Es dürfte bei den vorangegangenen Ausführungen bereits deutlich geworden sein, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit bzw. die verschiedenen *mentes reae* aus soziologischer Perspektive keine „durch eine Kluft getrennte Stufen, sondern allmählich ineinander überfließende Grade des Verschuldens“ sind.¹⁵⁵¹ Die Abgrenzung der verschiedenen „Schuldformen“ ist auch in der gesellschaftlichen Praxis „randunscharf“.¹⁵⁵² Es ist deshalb kaum verwunderlich, dass gerade die zwischen klaren Fällen von Vorsatz oder Fahrlässigkeit liegenden „Grade des Verschuldens“ in der dogmatischen Zuschreibungspraxis von einigen Schwierigkeiten begleitet sind. So bezeichnet *Weigend* alles zwischen den „sicheren Domänen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit“ treffend als „umkämpftes Terrain“.¹⁵⁵³ Es handelt sich konsequenterweise bei den vorgeworfenen „Geisteszuständen“ in den untersuchten Rechtsordnungen auch nicht um „begriffslogische Stufenformen“, sondern vielmehr um „komparative Wertaussagen“, welche sich an der sozialen Konvention orientieren.¹⁵⁵⁴

Dass das „Verschulden“ dabei graduell abgestuft vorkommt, impliziert, dass es verschiedene Intensitäten der Infragestellung der Normgeltung geben kann. Strafe muss diesem Umstand, wie bereits mehrfach erläutert, Rechnung tragen und das Ausmass der Destabilisierung geeignet abbilden. Bei der Feststellung, welcher subjektive Tatbestand nun vorliegt, geht es also um die Aufgabe, dieses Mass festzustellen. Die differenzierten Strafandrohungen tragen diesem Umstand Rechnung. Dem Umstand, welcher subjektive Tatbestand im Einzelfall vorliegt, kommt folglich nicht zu unterschätzende Bedeutung für die Festlegung der notwendigen und angemessenen Strafe zu. Damit ist die Doppelfunktion als Unrechtselement und als Gegenstand des Vorwurfs weiter manifestiert. Der subjektive Tatbestand reiht sich in das

1549 JAKOBS, RW 2010, 305.

1550 JAKOBS, AT, 258 (8/5).

1551 EXNER, 149.

1552 JAKOBS, RW 2010, 292.

1553 WEIGEND, ZStW 1981, 659.

1554 MYLONOPOULOS, ZStW 1987, 721 f.

Gesamtsystem der strafrechtlichen Zuschreibungsleistung ein und entfaltet sich dabei in besonderem Ausmass auch innerhalb des Schuldvorwurfs, d.h. bei der Feststellung des Grades der Normdestabilisierung.

Es kann deshalb festgehalten werden, dass zwar die einzelnen Bewertungen des subjektiven Unrechts variieren mögen, dass aber immer nur dann ein Schuldvorwurf platziert wird, wenn überhaupt eine deliktische Kommunikation vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn der Täter durch seine Tat die Normgeltung tangiert. Je nach subjektivem Tatbestand kann dies mehr oder weniger intensiv geschehen. So ist es im Rahmen der strafrechtlichen Verantwortungszuschreibung Aufgabe dieser „Mitteilungsidentifikation“ festzustellen, ob überhaupt eine normdestabilisierend wirkende Kommunikation vorliegt und in welchem Ausmass. Ersteres geschieht durch die Bestimmung, ob der Täter eine mangelnde Rechtstreue zum Ausdruck gebracht hat. Dies kann entweder durch eine Missachtung der angemessenen Sorgfaltspflicht oder durch eine wissentliche und willentliche Infragestellung der Norm geschehen. Im Rahmen dieses Mitteilungselements muss dementsprechend auch geprüft werden, inwieweit die Norm destabilisiert wurde, was genau der Täter also zum Ausdruck gebracht hat. Dabei handelt es sich um einen Zuschreibungsprozess, der dem sozialen Sinn der Tat folgt, nicht jedoch einer ontologisierenden Beurteilung der „Innerlichkeit“ bzw. „Psyche“ des Täters. Bei diesem Mechanismus geht es, wie bereits erwähnt, regelmässig darum, Vermeidbarkeit der Tatbestandsverwirklichung, aber auch Fähigkeits- und Rollenzuschreibungen zu vollziehen, welche eben diese Eruierung des sozialen Sinns der Tat ermöglichen. Das „Mitteilungselement“ ist also der Teil der strafrechtlichen Schuldzuweisung, bei dem das soziale System entscheidet, ob eine destabilisierende Kommunikation tatsächlich vorlag oder nicht. Die Beurteilung der Mitteilung geht natürlich Hand in Hand mit der Zuschreibung von Motiven und Wissen und ist deshalb auch nicht unabhängig von der Beurteilung der Kompetenz des Täters.¹⁵⁵⁵ Auch der subjektive Tatbestand entfaltet sich dem Vorangegangenen gemäss also innerhalb des Schuldvorwurfs und folgt dessen Funktion bzw. ist wesentliche Voraussetzung dessen Funktionserfüllung.

¹⁵⁵⁵ Vgl. BLECKMANN, 157.

V. SYNTHESE: DIE FUNKTION VON SCHULD UND SCHULDPRINZIP

1. Schuldvorwurf als Voraussetzung und Folge der Normdestabilisierung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es bei der Platzierung des Schuldvorwurfs um nichts anderes geht als um die Evaluation, ob im konkreten Fall eine Norm destabilisiert wurde oder nicht. Die beschriebenen Elemente dienen dieser Evaluation und stehen dabei in engem Zusammenhang zueinander. Die Strafrechtsdogmatik stellt in ihren Programmen nun – der Funktion des Strafrechts folgend – nicht zufällig Prüfungsstufen bereit, um die Abbildung dieser Elemente bei der Fallprüfung garantieren zu können. Es ist jedoch nicht zwingend, dass die „Programme“ dabei immer optimal funktional ausgestaltet sind und den eigentlich idealen funktionalen Zuschreibungsmechanismus abbilden. Entsprechend wird es Aufgabe der nächsten Kapitel sein, zu eruieren, inwiefern sich die *strict liability* und ähnliche Phänomene aus dieser Prozessperspektive erfassen und beurteilen lassen und was für Konsequenzen sich aus dieser Analyse und Bestimmung der entscheidenden Variablen der Schuldzuschreibung ableiten lassen.

Bevor zum nächsten Teil der Untersuchung übergegangen wird und die hier gewonnenen Erkenntnisse anhand der Doktrin der strikten Verantwortlichkeit genauer auf ihren Praxisgehalt überprüft werden, kann der bisherige Untersuchungsstand kurz resümiert werden. Es konnte bis jetzt Folgendes festgehalten werden:

1. Beim Strafrecht handelt es sich um ein soziales System, dessen gesellschaftliche Funktion in der Stabilisierung normativer Erwartungen mittels Strafe liegt. Dafür bedient es sich einer spezifischen Operationsweise, welche in der persönlichen Verantwortungszuschreibung zu erblicken ist.
2. Die persönliche Verantwortungszuschreibung muss es in Ausübung der Funktion des Strafrechts vermögen, festzustellen, ob eine Norm destabilisiert wurde und in welchem Ausmass sie destabilisiert wurde. Nur so kann das System als Output die notwendige und angemessene Strafe definieren, welche die Normstabilität gewährleistet.
3. Um die für die Normstabilisierung geeignete Strafe festlegen zu können, folgt die Verantwortungszuschreibung im Strafrechtssystem gewisser Mechanismen. Dazu gehört im Wesentlichen das sog. Schuldprinzip.

Die Funktion des Schuldprinzips lässt sich entsprechend definieren als Instrument zu eben dieser Feststellung der Notwendigkeit der Strafe (Strafbegründungsschuld) und zur Feststellung des notwendigen Strafmasses (Strafzumessungsschuld). Darüber hinaus gewährleistet die Einhaltung des Schuldprinzips, dass das Verfahren geeignet ist, diese Elemente auch tatsächlich abzubilden (prozessualer Aspekt).

4. Die Funktion des Schuldvorwurfs als wesentlicher Bestandteil der strafrechtlichen Verantwortungszuschreibung folgt dieser Aufgabe des Schuldprinzips. So soll dann ein Schuldvorwurf platziert werden, wenn die Tat geeignet war, die Normgeltung zu gefährden und nur insoweit, als die Norm destabilisiert wurde. Die Elemente des Schuldvorwurfs müssen es deshalb vermögen, diese Mechanismen abzubilden.
5. Es konnten drei Elemente eruiert werden, welche gemäss der gesellschaftlichen Praxis vorliegen müssen, damit eine Norm erfolgreich destabilisiert wurde. Erstens muss der Täter ein geeigneter Absender normdestabilisierender Kommunikation sein (*Personalität*). Zweitens muss dem Täter die notwendige situative Kompetenz zugeschrieben werden, damit seine Tat normdestabilisierende Wirkung entfalten kann (*Kompetenz*). Drittens muss der Akt qualifiziert sein, die Infragestellung der Norm tatsächlich zu kommunizieren (*Mitteilung*). Nur wenn diese drei Elemente vorliegen, ist ein Normgeltungsschaden entstanden und nur dann wird Strafe zur Restabilisierung notwendig.

2. Konsequenzen für die nachfolgende Untersuchung

Die vorangegangene Untersuchung hat ergeben, dass sich der strafrechtliche Schuldvorwurf, welcher in den Strafgesetzbüchern nicht positiv definiert ist,¹⁵⁵⁶ im Wesentlichen aus drei Elementen konstituiert: So liegt Schuld immer dann vor, wenn ausreichende Personenqualität, ausreichende situative Kompetenz und eine deliktische Mitteilung vorliegen. Die beschriebenen Mechanismen stellen dabei ein „Ideal“ dar, wie die Verantwortungszuschreibung zu erfolgen hat, um der Funktion des Schuldvorwurfs optimal gerecht zu werden. Dies bedeutet nun jedoch nicht, dass es sich dabei um einen Vorschlag handelt, wie strafrechtliche Verantwortungszuschreibung zu erfolgen habe. Vielmehr wurden dabei die tatsächlichen Mechanismen beschrieben, wie das soziale System Strafrecht sie ausdifferenziert hat. Würde die Verantwortungszuschreibung nicht dazu

¹⁵⁵⁶ Siehe zur Erfassung der Schuld in den verschiedenen Rechtskreisen S. 20 ff. und S. 38 ff.

beitragen, die Funktion der Strafe zu erfüllen, wäre das System längst aufgrund hochgradiger Dysfunktionalität kollabiert. Das bedeutet nun aber nicht, dass die Verantwortungszuschreibung *immer* genau so abläuft.

Wie noch zu analysieren sein wird, sind es Beispiele wie die *strict liability*-Doktrin, welche den Verdacht nahelegen, dass das System diesen Mechanismen nicht immer gleichermassen folgt. Es stellt sich demzufolge die Frage, inwiefern die Verantwortungszuschreibung auch anderweitig vonstattengehen kann. Dabei bleibt zunächst offen, ob es sich bei solchen Abweichungen schlichtweg um funktional äquivalente Arten der Verantwortungszuschreibung handelt oder ob sie in der Tat dysfunktional sind, d.h. ob es sich dabei – in den Worten *Jakobs* – um „verkümmerte“ Zurechnung handelt.¹⁵⁵⁷ Die *strict liability* ist jedoch der Beweis – um diesen Punkt bereits vorwegzunehmen –, dass die strafrechtlichen Programme nicht immer nur dieser idealen Funktionalität folgen und dass es Abweichungen geben kann. Sind diese *strict liability offences* nicht im Rahmen des Systemzwecks erklärbar, handelt es sich dabei um systemfremde Elemente, die keine Legitimation von Strafe ermöglichen bzw. in der die klassische Sequenz von Destabilisierung und Strafe potenziell dysfunktional ist. Entsprechend eignet sich diese Konstruktion, um diese soziologische Beschreibung mit der strafrechtsdogmatischen „Realität“ zu konfrontieren, und es soll nachfolgend überprüft werden, inwiefern sich diese Deliktskonstruktionen mit Blick auf die Funktionsbestimmung des Schuldvorwurfs erklären lassen bzw. was für Konsequenzen sich für diese Analyse, aber auch für die Doktrin selbst ergeben.

¹⁵⁵⁷ JAKOBS, AT 2. A., 483 (17/21), Fn. 46.

Teil 4:

**Normstabilisierung und die
Variationen der strikten
Verantwortlichkeit**

Kapitel 1: Kategorisierung eines variablen Schuldvorwurfs

I. BISHERIGE KATEGORISIERUNGSVERSUCHE

1. Schwierigkeiten einer Kategorisierung

Wie bereits in der Einführung deutlich wurde, scheitern bisherige Versuche, den *strict liability offences* begrifflich und inhaltlich ein gemeinsames Wesen zuzuschreiben, regelmässig an ihrer Undifferenziertheit. In Anbetracht der Fülle der Deliktskategorien, welche das Etikett „strikt“ tragen, können Kategorien wie *public welfare offences* oder *quasi crimes* den Ansprüchen einer klaren Abgrenzung nicht gerecht werden.¹⁵⁵⁸ Neben diesen Differenzierungen allg. Natur, welche die Doktrin legitimieren bzw. begründen sollen, gibt es ferner kein allgemeingültiges Verständnis davon, was diese Deliktskategorie im Kern überhaupt ausmacht. Entsprechend gehen auch die Definitionsversuche auseinander.¹⁵⁵⁹ Konsens herrscht einzig darüber, dass es nicht eine einzige Form der *strict liability* gibt, sondern dass vielmehr verschiedene Variationen und Konstruktionen unterschieden werden müssen.¹⁵⁶⁰ Hierbei geht es nicht nur um begriffliche Klarheit. Nur eine klare Unterscheidung der verschiedenen Lockerungen des Schuldprinzips erlaubt eine ebenso klare Einordnung und Bewertung der Doktrin.¹⁵⁶¹ Nur eine solche lässt es ferner zu, Kritik richtig einzuordnen und ein normatives Modell zu entwickeln, welches einen Beurteilungsmassstab bietet und es vermag, weitere Debatten anzuleiten. Denn, um es in den Worten *Luhmanns* zu sagen, können „Kriege mit falschen

¹⁵⁵⁸ Dazu bereits S. 103 ff.

¹⁵⁵⁹ Siehe dazu bereits zusammenfassend S. 54 ff.

¹⁵⁶⁰ So z.B. die nachfolgend präsentierten Taxonomien.

¹⁵⁶¹ So auch GREEN STUART, 2.

Fronten (...) oft irreparable Schäden“ anrichten.¹⁵⁶² Bevor also ein Urteil über die hitzig umstrittene strikte Verantwortlichkeit abgegeben werden kann, muss zuerst klar sein, von was wirklich gesprochen wird und was den Kern dieser Delikte ausmacht bzw. ob es überhaupt so etwas wie einen gemeinsamen Kern gibt. Es ist dabei *Husak* sicherlich zuzustimmen, dass der Versuch, die verschiedenen Arten der *strict liability* zu verstehen, gleichbedeutend sei mit dem Versuch, die verschiedenen Arten zu verstehen, mittels welcher das Strafrecht Schuld zuschreibe. Entsprechend der Komplexität des strafrechtlichen Schuldvorwurfs sei also nur logisch, dass auch die Natur der strikten Verantwortlichkeit nicht leicht zu erfassen sei.¹⁵⁶³

Im Zuge des Bestrebens, mehr Klarheit in das Begriffsverständnis bzw. die Doktrin der strikten Verantwortlichkeit zu bringen, haben verschiedene Autoren versucht, die diversen Konstruktionen, welche unter dem Label der *strict liability* fungieren, in Kategorien zu unterteilen. Einerseits gibt es die sogleich zu präzisierende Unterscheidung zwischen einer strikten Verantwortlichkeit im formellen und einer solchen im materiellen Sinne, welche die Debatte in der Strafrechtslehre häufig anleitet. Andere Autoren wagten eine weitergehende Kategorisierung. Während sich bspw. *Salako* auf vier Kategorien beschränkt hat und aufgrund mangelnder Differenziertheit bzw. inhaltlicher Begründung wenig überzeugend nach (1) *common law strict liability*, (2) *absolute liability*, (3) *public welfare offences* und (4) Delikten mit Beweislastumkehr unterteilt hat,¹⁵⁶⁴ so haben die Autoren *Green* und *Husak* mit 6 bzw. 7 Kategorien präzisere Kategorisierungen gewagt, welche nachfolgend genauer vorgestellt und auf ihren Gehalt überprüft werden sollen. Mit Hilfe der bestehenden Kategorisierungen wird in der Folge – aufbauend auf den in den vorangegangenen Kapiteln eruierten Funktionen der Strafe, des Schuldprinzips und des Schuldvorwurfs – eine eigene Kategorisierung der Variationen der strikten Verantwortlichkeit vorgestellt.

2. Unterteilung in formelle und materielle Strict Liability

Eine häufig vorgenommene Unterscheidung betrifft diejenige zwischen *strict liability* im formellen (*formal strict liability*) und im materiellen Sinne

¹⁵⁶² LUHMANN, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 11.

¹⁵⁶³ HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 198 (1995).

¹⁵⁶⁴ SALAKO, 70 J. Crim. L. 531 (2006).

(*substantive strict liability*),¹⁵⁶⁵ Diese Abgrenzung sei zwar gemäss *Husak* nicht immer gleich scharf möglich, korrespondiere aber mit den verschiedenen Verständnissen des *mens rea*-Prinzips.¹⁵⁶⁶ Auch gemäss *Green*, der selbst auf eine rein formale Definition abstellen will, gehe diese Unterscheidung Hand in Hand mit den verschiedenen Verständnissen der *mens rea*: dem engeren Verständnis als subjektiver Tatbestand und dem weiteren Verständnis als Schuld i.w.S.¹⁵⁶⁷

Der formellen Konzeption folgend, könne ein mechanischer Test angewendet werden um festzustellen, ob es sich bei einer infrage stehenden Bestimmung um einen Fall der strikten Verantwortlichkeit handle: Nur wenn ein Beschuldigter trotz fehlendem Vorsatz oder fehlender Fahrlässigkeit in Bezug auf ein objektives Tatbestandsmerkmal verurteilt werden könne, handle es sich um ein *strict liability*-Delikt.¹⁵⁶⁸ *Husak* bezeichnet diesen Test als "mechanisch", da er ohne wertende Aussage über den normativen Gehalt der Deliktiskonstruktion auskomme. Beim materiellen Konzept hingegen müsse genau ein solcher normativer Test vorgenommen werden um zu entscheiden, ob es sich um eine *strict liability* handle. I.d.S. müsse geprüft werden, ob es sich um eine Verurteilung unabhängig der Schuld des Täters handle.¹⁵⁶⁹ Ein Urteil über die Schuld des Täters beinhalte gemäss *Husak* ein moralisches, vor-positives Urteil darüber, ob dem Täter ein persönlicher Vorwurf für seine Tat zu machen sei. Diese Urteile seien bereits inhärent kontrovers und könnten entsprechend divergieren.¹⁵⁷⁰ Auch gemäss *Simons* korrespondieren die formellen und materiellen Konzeptionen mit dem jeweilig zur Anwendung gelangenden Schuldverständnis: Eine materielle Analyse der *strict liability offences* verlange, dass die Beziehung zwischen Tatbestand, Schuldmerkmalen und Rechtsgutsverletzung betrachtet werde und ein Schuldbegriff zur Anwendung gelange, welcher nicht automatisch mit den formellen Kategorien des Deliktsaufbaus übereinstimme. Nur eine solche Analyse lasse es überhaupt zu, festzustellen, ob die jeweiligen Bestimmungen mit dem Schuldprinzip kompatibel seien.¹⁵⁷¹

¹⁵⁶⁵ So z.B. bei *HUSAK*, *Strict Liability, Justice and Proportionality*, 86 ff.; *DUFF*, *Strict Liability*, 126; *ders.*, *Answering for Crime*, 233.

¹⁵⁶⁶ *HUSAK*, *Strict Liability, Justice and Proportionality*, 86.

¹⁵⁶⁷ *GREEN STUART*, 11; zu diesen Verständnissen bereits S. 44 ff.

¹⁵⁶⁸ *HUSAK*, *Strict Liability, Justice and Proportionality*, 86; *GREEN STUART*, 10 und passim.

¹⁵⁶⁹ *HUSAK*, *Strict Liability, Justice and Proportionality*, 87.

¹⁵⁷⁰ *HUSAK*, *Strict Liability, Justice and Proportionality*, 88.

¹⁵⁷¹ *SIMONS*, 87 *J. Crim. L. & Criminology* 1075, 1087 f. (1997).

Duff bezeichnet das Wesen der *substantive strict liability* sodann als Strafbarkeit ohne angemessene moralische Schuld in Bezug auf einen Aspekt des Delikts.¹⁵⁷² Entsprechend dieser Differenzierung würden sich vier mögliche Varianten der strikten und nicht-strikten Verantwortlichkeit ergeben: Die erste Variante betreffe Fälle, die sowohl formell als auch moralisch *non-strict* seien, bei denen also sowohl der subjektive Tatbestand als auch die Abwesenheit von Entschuldigungsgründen nachgewiesen werden müssen. Umgekehrt könne in der zweiten Variante ein Delikt sowohl moralisch als auch formell strikt sein, wenn sowohl *mens rea* als auch Schuld i.e.S. nicht von Relevanz seien. Komplexer wird es bei den zwei weiteren Kategorien. So könne die Verantwortlichkeit drittens formell nicht strikt, aber materiell strikt sein, wenn die rechtlich definierten Anforderungen an die innere Tatseite nicht die „moralisch angemessene Schuld“ festhalten würden.¹⁵⁷³ Solche Fehlkonstruktionen würden aber doch eher die Ausnahme darstellen. *Duffs* vierte Variante beinhaltet Fälle, bei denen die Strafbarkeit formell strikt, nicht aber materiell strikt sei. Wenn der Tatbestand also keinen Nachweis der *mens rea* fordere, der Beweis der Schuld i.w.S. allerdings ausreiche, um eine angemessene moralische Schuld in Hinblick auf das gesamte Vergehen festzustellen. Dies sei auch die Kategorie, in der sich die meisten Kontroversen abspielen würden, ob der Schuldnachweis denn nun genüge, um einen persönlichen Vorwurf zu erheben oder nicht.¹⁵⁷⁴ Dieser allg. Kategorisierungsversuch, der grob zusammengefasst darin besteht festzuhalten, dass nicht alle als strikt bezeichneten Delikte gegen das Schuldprinzip verstossen würden und demzufolge keine *strict liability* im materiellen Sinne darstellen würden, ist aufgrund der Unklarheit des zugrunde gelegten Massstabs wenig tauglich. Selbstverständlich kann nicht alleine von einer Konstruktion oder von einem Label darauf geschlossen werden, dass es sich um einen Verstoss gegen den Schuldgrundsatz handelt. Allerdings bietet

¹⁵⁷² DUFF, *Strict Liability*, 126.

¹⁵⁷³ *Duff* führt das Beispiel eines Mädchens an, das ein Feuer verursacht hatte, welches eine Hütte zerstörte. Das englische Recht sah eine Verurteilung vor, da eine „vernünftige und bedachte Person“ dieses Risiko hätte erkennen müssen. Dieser objektive Massstab sei allerdings in Anbetracht von Alter und Kenntnissen des Mädchens offensichtlich unangemessen gewesen. Folglich liege zwar keine *strict liability* im formellen Sinne vor, aber dennoch ein Verstoss gegen das Schuldprinzip; so DUFF, *Strict Liability*, 126 mit Verweis auf *Elliott v. C.* [1983] 1 WLR 939 und *Caldwell* [1982] AC 341; diese Rechtsprechung wurde jedoch aufgehoben durch *R. v. G.* [2004] 1 AC 1034.

¹⁵⁷⁴ DUFF, *Strict Liability*, 126; die gleichen Varianten werden auch in DUFF, *Answering for Crime*, 233 f. beschrieben.

diese Zweiteilung keine Grundlage für etwas anderes als eine willkürliche subjektive Bewertung mit unklarer Bezugseinheit.

3. Kategorisierung nach Green

Green hat in seiner Abhandlung aus dem Jahre 2005¹⁵⁷⁵ einen umfassenden Versuch gewagt, alle Kategorien anzuführen, in deren Zusammenhang von *strict liability* gesprochen wird. Zunächst ohne Bewertung der Sinnhaftigkeit der Anwendung des Begriffs in Bezug auf diese verschiedenen Phänomene und Deliktskategorien, unterscheidet er in seiner Untersuchung sechs Varianten (und teilweise weitergehenden Unterkategorien), bei welchen der Terminus der strikten Verantwortlichkeit regelmässig benutzt werde. Dies solle Licht in die Bedeutung der Doktrin bringen, wobei er schlussendlich für eine engere Begriffsverwendung plädiert.

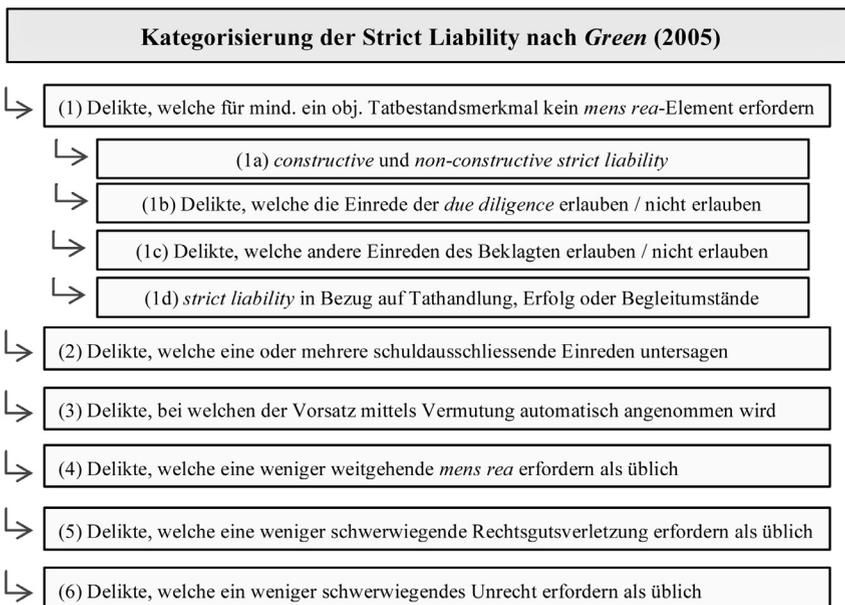


Abbildung 3: Kategorisierung der Strict Liability nach Green

¹⁵⁷⁵ GREEN STUART, 2 ff.

Bei der ersten von *Green* eingeführten Kategorie (1) muss für mind. ein Element des objektiven Tatbestands kein subjektiver Tatbestand nachgewiesen werden. Zunächst gehören dazu Delikte, bei welchem überhaupt kein subjektiver Tatbestand nachgewiesen werden muss, also Fälle der sog. *absolute liability* oder auch *pure criminal liability*.¹⁵⁷⁶ Es sei allerdings gemäss *Green* kaum möglich, reale Beispiele einer solchen Konstruktion zu finden, da jede Straftat, wenn auch nur implizit, mind. ein zugrundeliegendes inneres Element erfordern würde.¹⁵⁷⁷ Die „unreinen“ Formen der strikten Verantwortlichkeit seien wesentlich häufiger anzutreffen.¹⁵⁷⁸

Green unterscheidet in seiner Analyse demzufolge weitere Kategorien der *impure strict liability*, so z.B. die *constructive* und *non-constructive strict liability* (1a). Bei der sog. *constructive strict liability* muss die *mens rea* nur in Hinblick auf ein zugrundeliegendes Verbrechen nachgewiesen werden. So muss die innere Tatseite z.B. beim *felony murder* in Bezug auf das *felony* nachgewiesen werden, nicht aber für das Tötungsdelikt selbst.¹⁵⁷⁹ Bei der *non-constructive strict liability*, und als Beispiel dieser Unterkategorie wird hier die *statutory rape* angeführt, muss auch nicht für ein zugrundeliegendes Delikt die innere Tatseite nachgewiesen werden, da ohne das strikte Element gar keine Strafbarkeit vorliegen würde.¹⁵⁸⁰ Eine weitere Erscheinungsform dieser Kategorie seien Delikte, welche zwar keinen Nachweis der inneren Tatseite erfordern würden, dem Angeklagten jedoch erlaubten, die Einrede der sog. *due diligence* (gebührende Sorgfalt) vorzubringen (1b), was in einer Beweislastumkehr münden würde. Ferner können gemäss *Green* Delikte danach unterschieden werden, ob sie trotz fehlendem *mens rea*-Nachweiserfordernis erlauben würden, Einreden wie diejenige des Tatbestandsirrtums vorzubringen oder ob solche *defences* völlig ausgeschlossen seien (1c). Bei letzterer Variante würde es sich wiederum um Formen der *absolute liability* handeln. Es könne weiter danach differenziert werden, ob es sich bei den entsprechenden Tatbestandsmerkmalen um ein Element der Tatausführung (*conduct element*), des Erfolgs (*result element*) oder der Begleitumstände

1576 GREEN STUART, 3; die gleiche Unterscheidung treffen auch andere Autoren wie z.B. SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1081 f. (1997); MOORE, 5 J. Contemp. Legal Issues 237, 280 (1994).

1577 Die Verordnung, welche in *Lambert v. California*, 355 U.S. 225 (1957) verhandelt wurde, käme dem gemäss *Green* aber nahe; GREEN STUART, 3.

1578 GREEN STUART, 4.

1579 GREEN STUART, 4; SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1082 (1997).

1580 GREEN STUART, 4; DUFF, *Strict Liability*, 127.

(*attendant circumstance element*) handle (1d). Zu schnelles Autofahren sei demzufolge ein Beispiel einer strikten Verantwortlichkeit mit Blick auf die Handlung, da der Vorsatz in Bezug auf das Schnellfahren nicht geprüft werden müsse. *Felony murder* hingegen sei ein klassisches Beispiel für eine *strict liability* in Hinblick auf den Taterfolg und *statutory rape* eines in Hinblick auf die Begleitumstände, in diesem Falle das Alter des Opfers.¹⁵⁸¹ Auch *Simons* hielt bereits früher fest, dass man die Variationen der *strict liability offences* nach diesen Gesichtspunkten ordnen könne und diese Differenzierung in der Analyse berücksichtigt werden müsse. In Anlehnung an den amerikanischen *Model Penal Code* seien als *result* diejenigen Umstände zu verstehen, welche durch den Täter verursacht werden oder bei denen er zumindest die Möglichkeit hatte, sie zu beeinflussen. Tatumstände hingegen seien die Faktoren, welche nicht zur Tathandlung selbst gehörten.¹⁵⁸²

Ein weiterer Kontext, in dem von *strict liability* gesprochen wird, seien Strafbestimmungen, die dem Angeklagten die Möglichkeit versagen, mittels einer Einrede einen Beweis vorzubringen, welcher das Vorliegen von *mens rea* verneinen würde (2). Eine Form von strikter Verantwortlichkeit in diesem weiteren Sinne seien gemäss *Green* auch Fälle, bei denen das Gesetz den Ermittler ermächtige, den Vorsatz eines Beschuldigten anzunehmen, sobald gewisse andere Umstände vorliegen würden (3). Die Unmöglichkeit, den mentalen Zustand eines Angeklagten endgültig nachzuweisen, mache es in Fällen, bei denen kein Geständnis vorliegt, allgemein nötig, den Vorsatz eines Täters von seinen Taten abzuleiten und so zu rekonstruieren. Aber die Art von automatischer Schlussfolgerung bei gewissen ebenfalls als *strict liability* betitelten Delikten sei weitergehend. Bei diesen „soll“ oder „muss“ das Gericht den Vorsatz des Täters automatisch vom Vorliegen gewisser, spezifisch definierter Fakten ableiten.¹⁵⁸³

Gerade im Zusammenhang mit der Diskussion um die Verschuldensform der leichten Fahrlässigkeit (*negligence*) wird eine weitere Kategorie der *strict liability* ausgemacht: So seien dazu auch Delikte zu zählen, bei denen zwar nicht für das gesamte Delikt oder einzelne Tatbestandsmerkmale auf einen Nachweis der inneren Tatseite verzichtet werde, hingegen aber im Vergleich zum traditionell geforderten Nachweis nur eine weniger weitgehende Form des subjektiven Tatbestands (eben oftmals nur *negligence*) erforderlich sei (4).¹⁵⁸⁴ Die

¹⁵⁸¹ GREEN STUART, 4.

¹⁵⁸² SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1079 f. (1997) mit Verweis auf die detailliertere Diskussion in *ders.*, 72 B.U. L. Rev. 463, 535 ff. (1992).

¹⁵⁸³ GREEN STUART, 5 f.

¹⁵⁸⁴ GREEN STUART, 6 f.

Beantwortung der Frage nach der Zuordnung dieser Kategorie zur strikten Verantwortlichkeit geht allerdings Hand in Hand mit der Frage, ob *negligence* als Form der *mens rea* anerkannt werde und Strafbarkeit nach sich ziehen solle oder nicht.¹⁵⁸⁵

Die Assoziierung der strikten Verantwortlichkeit mit Delikten, welche im Vergleich zum traditionellen Kernstrafrecht weniger Schaden anrichten würden (5), geht hauptsächlich auf die bereits besprochene durch Sayres Arbeit identifizierte Kategorie der *public welfare offences* zurück.¹⁵⁸⁶ Gemäss Green sei diese Arbeit allerdings missverstanden worden. Sayre habe seine Definition sorgfältig auf Delikte limitiert, welche einerseits nur minder schwere, regulatorische Verletzungen betreffen würden und andererseits das *mens rea*-Erfordernis eliminierten. Unglücklicherweise werde der Begriff nun trotz der Sorgfalt des Autors undifferenziert auf alle Delikte angewendet, welche weniger schwer wiegen würden – unbeachtlich des jeweiligen Schuldnerfordernisses. Damit würden die Begriffe *public welfare offences*, *regulatory offences* und *strict liability offences* fälschlicherweise oft synonym verwendet, was dazu führen würde, dass unter letzterem einfach allg. weniger schwerwiegende Delikte gemeint seien, unabhängig von den Ansprüchen an die innere Tatseite.¹⁵⁸⁷ Dieser Einschätzung folgend ist die Feststellung, wie schwer ein Delikt bzw. die damit einhergehende Rechtsgüterverletzung wiegt, für die Klassifizierung als *strict liability* in der Tat untauglich.

Ein letzter Zusammenhang, in dem von *strict liability offences* gesprochen werde, seien die Delikte, welche weniger „moralisches Unrecht“ erfordern würden als dies das Strafrecht traditionellerweise erfordere (6). Diese Annahme der Trivialität, wie sie bereits vorangehend besprochen wurde, werde oftmals angeführt um die entsprechenden Delikte zu charakterisieren bzw. das Vorliegen einer *strict liability* (fälschlicherweise) daran gekoppelt. Das Mass des Unrechts bietet dafür allerdings wenige Anhaltspunkte und es besteht kein notwendiger Zusammenhang. Trotzdem wird der Begriff *mala prohibita*, wie bereits festgestellt, regelmässig synonym für *strict liability offences* verwendet.¹⁵⁸⁸

Nach der Eruiierung der verschiedenen Zusammenhänge, in denen weitläufig von strikter Verantwortlichkeit gesprochen wird, kommt Green zum Schluss, dass es nur eine Kategorie gebe, bei der zu Recht von *strict liability* gesprochen werde. Dies seien die Fälle der ersten Kategorie, d.h. diejenigen,

¹⁵⁸⁵ Siehe zu dieser Diskussion bereits S. 80 ff.

¹⁵⁸⁶ GREEN STUART, 8; dazu schon S. 71 ff.

¹⁵⁸⁷ GREEN STUART, 8.

¹⁵⁸⁸ GREEN STUART, 9; oben S. 103 ff.

bei welchen für mind. ein Tatbestandselement keine subjektive Tatseite nachgewiesen werden müsse.¹⁵⁸⁹ Entsprechend sei auch die Unterteilung in *formal* und *substantive strict liability*, wie sie von einigen Autoren vorgenommen werde, nicht der richtige Analyseweg. Um festzustellen, ob es sich bei einer Bestimmung um eine mit strikter Verantwortlichkeit handle, sei einzig auf die vorangegangene, mechanisch-formale Definition abzustellen und nicht mittels eines normativen Tests der „tieferen moralische Gehalt“ eines Gesetzes zu eruieren.¹⁵⁹⁰ Folglich schliesst sich auch *Green* der Feststellung an, dass das Verständnis von *mens rea* bzw. von Schuld divergiere und ebenso die Weite des Begriffsverständnisses der *strict liability*-Doktrin. *Green* selbst plädiert als Fazit jedoch für die eingeschränkte und enge Auslegung des Begriffs.¹⁵⁹¹

4. Kategorisierung nach Husak

Der vielbeachtete Aufsatz von *Husak* „*Varieties of Strict Liability*“ aus dem Jahre 1995¹⁵⁹² bekam u.a. deshalb viel Aufmerksamkeit, weil er als einer der Ersten versuchte, mittels eines detaillierten Kategorisierungsvorschlags Licht in den Dschungel der *strict liability*-Doktrin zu bringen. Gleich zu Beginn hält er fest, dass sich zwar alle Theoretiker darin einig seien, dass Verantwortlichkeit dann strikt sei, wenn irgendwelche Einschränkungen in Bezug auf die verlangte Schuld vorlägen, dass aber Unklarheit darüber herrsche, was überhaupt Schuld sei und inwiefern genau die *strict liability* dieses Erfordernis einschränke. Folglich sei danach zu fragen, ob es denn nun nur eine Form dieser Delikte gäbe, oder ob es vielmehr mehrere Variationen seien.¹⁵⁹³ Letztere Frage beantwortet er bejahend und beschreibt in der Folge sieben verschiedene Varianten der strikten Verantwortlichkeit.¹⁵⁹⁴ Diese Kategorien hätten alle eine zentrale Eigenschaft gemein, nämlich dass sie es erlauben würden, einen Angeklagten wegen einer Straftat zu verurteilen, auch wenn er substantiell weniger schuldig sei als das „Musterbeispiel eines Täters des entsprechenden Delikts“.¹⁵⁹⁵ *Husak* geht in seinem Kategorisierungsversuch also davon aus, dass es so etwas wie eine „Standardschuld“ in Bezug auf jedes Delikt gebe und immer wenn dieser

1589 GREEN STUART, 9 f.

1590 GREEN STUART, 10.

1591 GREEN STUART, 20.

1592 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 189 ff. (1995).

1593 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 189 (1995).

1594 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 190 und passim (1995).

1595 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 193 ff. (1995).

Massstab unterschritten werde, handle es sich um eine Form der strikten bzw. eben strikteren Verantwortlichkeit. Dabei erfasse keine der Varianten einzeln die „wahre Essenz“ der Doktrin oder bezeichne das, was *strict liability* wirklich sei. So etwas wie eine fundamentale Ausgangskategorie oder ein Paradebeispiel gäbe es entsprechend nicht. Ferner sei auch eine eindeutige „Alles oder Nichts“-Antwort auf die Frage, ob es sich bei einer bestimmten Konstruktion um eine *strict liability* handle nicht möglich, da die *strictness* eine graduelle Angelegenheit sei, eine Bestimmung (bzw. die einzelnen Elemente der zu beurteilenden Strafnorm) also nur mehr oder weniger strikt sein könne als eine andere.¹⁵⁹⁶ Es gäbe allerdings so etwas wie eine Basis, welche der Autor als *fault paradigm* bezeichnet. Je mehr nun ein Delikt von dieser Basis abweiche, umso strikter werde die Verantwortlichkeit für dieses Delikt.¹⁵⁹⁷

Husak präzisiert weiter, dass zwischen der Eigenschaft als *strict liability* in Bezug auf das Gesetz und in Bezug auf eine spezifische Tat unterschieden werden müsse.¹⁵⁹⁸ So könne bspw. jemand aufgrund einer strikten Gesetzesbestimmung verurteilt werden, obwohl er auch ohne diese Einschränkung strafbar wäre. Auch dann handle es sich um eine *strict liability offence*, nicht aber automatisch um eine *strict liability conviction*. Die Taxonomie von *Husak* basiert nun auf den verschiedenen Arten von Verstößen gegen das Schuldprinzip. Er hält dabei fest, dass sehr wohl auch noch andere Abweichungen und damit Varianten denkbar seien, die von ihm beschriebenen Kategorien also nicht notwendigerweise abschliessend seien.¹⁵⁹⁹

Husak fordert zunächst eine Unterscheidung danach, ob das Delikt selbst im materiellen Sinne es zulasse, einen Täter ohne volles Schulderfordernis zu verurteilen und bezeichnet diese als *strict substantive liability*. Ferner könne sich die Einschränkung des Schuldprinzips aber auch daher ergeben, dass strafprozedurale Elemente diese Möglichkeit erlauben würden, dann handle es sich um eine *strict procedural liability*.¹⁶⁰⁰ Die erste Variante in *Husaks* Taxonomie betrifft diese strikte Verantwortlichkeit mit Blick auf das Verfahrensrecht (1). Die *Due Process Clause* (Grundsatz eines fairen Verfahrens) sehe grundsätzlich vor, dass die Schuld *beyond reasonable doubt* (ohne berechtigte Zweifel) bewiesen werden müsse. Werde nun von diesem Grundsatz abgewichen, handle es sich um eine Form der strikten

1596 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 190 f. (1995).

1597 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 198 (1995).

1598 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 196 f. (1995).

1599 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 198 f. (1995).

1600 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 199 (1995).

Verantwortlichkeit. Auch wenn diese Form oftmals weniger harsch kritisiert werde als andere Variationen der Doktrin, so gehe es in diesem Falle dennoch um nichts anderes als um eine materielle Abweichung vom Schuldgrundsatz, da u.U. Täter wegen einer Straftat verurteilt würden, auch wenn sie weniger Schuld treffe als beim "Paradebeispiel" desselben Delikts.¹⁶⁰¹

Die zweite und breit anerkannte Kategorie ist auch bei *Husak* die Strafbarkeit ohne oder ohne volles *mens rea*-Erfordernis (2). Werde jemand verantwortlich erklärt, ohne dass der innere Tatbestand nachgewiesen werden müsse, handle es sich immer um eine Art von strikter Verantwortlichkeit.¹⁶⁰² Auch diese Kategorie drehe sich jedoch nicht um Delikte, für welche das Verschulden komplett unmassgeblich sei. Die Abweichung von den üblichen Anforderungen an die innere Tatseite sei aber eine strikere Verantwortung als diese ohne Abweichung.¹⁶⁰³

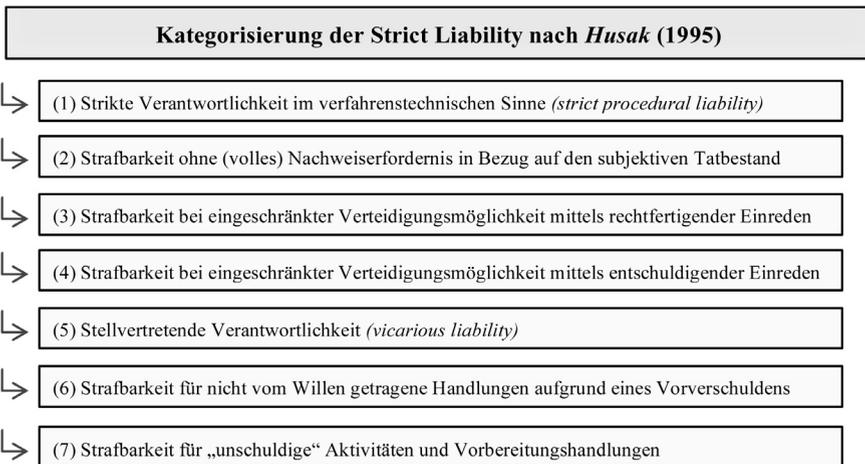


Abbildung 4: Kategorisierung der Strict Liability nach *Husak*

¹⁶⁰¹ HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 200 (1995).

¹⁶⁰² HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 203 (1995).

¹⁶⁰³ HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 206 f. (1995). Ferner würde hier oftmals fälschlicherweise *mens rea* und *fault* gleichgesetzt. Da dies aber nicht zutrefte, handle es sich je nach Differenz zum regulären "Schuldstandard" um verschiedene Variationen des Phänomens.

Das angelsächsische Strafrecht sieht vor, dass die Verantwortlichkeit mittels verschiedener *defences* ausgeschlossen oder gemindert werden kann.¹⁶⁰⁴ Einige dieser Einreden (*justifications*) rechtfertigen die Tat, auch wenn der objektive Tatbestand erfüllt wurde. Wenn ein Delikt nun solche Rechtfertigungsgründe nicht zulasse, handle es sich um eine weitere Variante der *strict liability* (3).¹⁶⁰⁵ Diese Kategorie des Ausschlusses von Rechtfertigungsmöglichkeiten sei von der vorangegangenen klar zu unterscheiden, auch wenn dieser Art in der Literatur wenig Aufmerksamkeit zukomme.¹⁶⁰⁶ Im Vergleich zu den Rechtfertigungsgründen sind Entschuldigungsgründe (*excuses*) Einreden, welche die Tat zwar nicht rechtfertigen, bei welchen dem Täter aber dennoch keine Schuld für die Tat zugeschrieben wird.¹⁶⁰⁷ Wenn ein Täter nun nicht persönlich für seine Tat verantwortlich gemacht werden könne, aber trotzdem verurteilt werde, sei auch dies eine *strict liability* (4). Das Paradebeispiel dieser Kategorie seien Verbotsirrtümer, die manchmal aber nicht immer als Verteidigung gestattet würden.¹⁶⁰⁸ Auch diese Kategorie werde selten als *strict liability* anerkannt. Da es bei ihr aber regelmässig um Abweichungen vom Schuldprinzip gehe, sei sie ebenso als solche zu behandeln.¹⁶⁰⁹

Als fünfte Kategorie nennt *Husak* die bereits kurz angesprochene *vicarious liability* (5),¹⁶¹⁰ bei der er allerdings offenlässt, ob es sich dabei immer um eine Form der strikten Verantwortlichkeit handle oder nicht.¹⁶¹¹ Die Verbrechenslehre sehe Strafbarkeit grundsätzlich nur für Personen vor, die den objektiven Tatbestand eines Delikts erfüllt hätten. Wenn die Strafbarkeit nun aber stellvertretend (*vicarious*) sei, eine Person also für die Handlung einer anderen bestraft würde, könne dies das Schuldparadigma betreffen. Auch hier gehe es in den meisten Fällen nicht um eine Verurteilung ohne jegliche Schuld. Allerdings sei die Schuld, welche den Verurteilten treffe, substantiell minder als die eines Täters, der den *actus reus* selbst ausgeführt habe.¹⁶¹² Die meisten Autorinnen und Autoren sehen die *vicarious liability* als

1604 Siehe oben S. 47 ff.

1605 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 207 f. (1995).

1606 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 210 (1995).

1607 Siehe dazu bereits S. 32 f. und S. 188 ff.

1608 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 210 f. (1995).

1609 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 213 (1995).

1610 Oben S. 75; ferner dazu ausführlich auf S. 383 ff.

1611 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 213 (1995).

1612 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 215 (1995).

Form der strikten Verantwortlichkeit. Gemäss *Husak* sei dies nicht allgemein-gültig zu beantworten und könne von Fall zu Fall variieren.¹⁶¹³

Eine weitere Kategorie macht *Husak* bei Delikten aus, bei denen nicht die vom Willen getragene Handlung (*voluntary act*) selbst bestraft würde (6). Die Strafbarkeit für unfreiwillige Handlungen (*nonvoluntary acts*) sei ungerecht, weshalb diese im angelsächsischen Recht grundsätzlich straflos blieben. Trotzdem gäbe es Fälle, bei denen die Verantwortlichkeit nicht aufgrund der eigentlichen Willenshandlung auferlegt werde, sondern lediglich für eine Handlung, die zwar im Ursprung auf einer solchen Handlung basiere, in der Folge aber unfreiwillig ausgeführt werde. Als Beispiel führt *Husak* den Fall an, bei dem ein Täter für eine Geschwindigkeitsüberschreitung verurteilt werde, obwohl er angeblich aufgrund eines technischen Defekts die Geschwindigkeit nicht mehr drosseln oder das Fahrzeug anhalten konnte. Entsprechend habe es sich nicht um einen *voluntary act* gehandelt, welcher hier bestraft würde, wenn auch die Inbetriebnahme des defekten Tempomats selbst willentlich geschah. Diese Verurteilung könne als Form der Strafbarkeit aufgrund eines Vorverschuldens betrachtet werden, welche zwar nach wie vor einen persönlichen Vorwurf platziere, allerdings einen graduell minderschweren als den einer üblichen Geschwindigkeitsüberschreitung.¹⁶¹⁴

Die letzte Variation der *strict liability* in dieser Taxonomie betreffe Fälle, welche *Husak* als "unschuldige Aktivitäten" (*innocent activities*) bezeichnet (7). Diese Straftaten seien unvollendet bzw. nur unvollständig begangen und würden ein eigentliches Delikt vorwegnehmen. Diese Art von Delikten sei dafür bestimmt, Handlungen zu bestrafen, welche eigentlich selbst harmlos seien, aber in Verdacht stünden, spätere Rechtsgutsverletzungen zu vereinfachen. Als Beispiele führt der Autor u.a. die Pönalisierung des Besitzes von Einbruchswerkzeug an. Im Vergleich zum Täter, der das Delikt wirklich ausführe oder dieses zumindest vorsehe, sei diese Aktivität vergleichsweise unschuldig und die Strafbarkeit für solche Vorbereitungsstadien (gerade wenn sie nicht mit der Absicht einer späteren Deliktsbegehung erfolgen) sei folglich mit Blick auf das Schuldprinzip problematisch.¹⁶¹⁵

Die von *Husak* vorgetragene Kategorien sind in der Tat allesamt Beispiele, welche im Verdacht stehen, gegen das Schuldprinzip zu verstossen und dies in den meisten Fällen – wie nachfolgend noch präziser zu untersuchen sein

1613 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 217 (1995); dazu sogleich mehr auf S. 383 ff.

1614 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 217 ff. (1995) mit Verweis auf *State v. Baker*, 571 P.2d 65 (1977) (*Kansas*).

1615 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 221 f. (1995).

wird – auch tatsächlich tun. Die Kategorisierung findet in ihrem Bezugspunkt der „Standardschuld“ und des „Standardtäters“ allerdings ein etwas wackliges bzw unpräzises Fundament, verfährt jedoch immerhin nach einem klaren Schema. Entsprechend bilden in der Tat viele seiner Kategorien wichtige Beispiele von Variationen der *strict liability offences*. Weshalb und in welcher Form sie vom Schuldprinzip abweichen und inwiefern das für das Funktionieren und die Stabilität des Strafrechtssystems ein Problem darstellt oder darstellen könnte, bleibt dennoch weitgehend unklar und muss in der Folge noch Gegenstand weiterer Ausführungen sein – mit Blick auf die eruierte Funktion der Schuld.

II. EIGENER KATEGORISIERUNGSVORSCHLAG

1. Kategorisierung mit Blick auf die Funktion von Strafe und Schuldvorwurf

Die vorangehend präsentierten Kategorisierungsversuche vermochten es, einen ersten Einblick in die Vielzahl der Ausgestaltungen einer strikten oder eben strikteren Verantwortlichkeit zu gewähren. Dabei wurde deutlich, dass es sich bei dieser Doktrin, sofern sie in einem umfassenden Sinne verstanden wird, grösstenteils nicht um Fälle handelt, bei denen keinerlei persönliche Verantwortung festgestellt werden kann oder bei denen das subjektive Unrecht komplett irrelevant ist. Dennoch: Auch wenn bei der *strict liability* ein Schuldvorwurf erhoben wird, so steht dieser doch in Abweichung zum üblicherweise platzierten Vorwurf, d.h. zu demjenigen im Einklang mit den Funktionen des Schuldprinzips.

Wie bereits im letzten Teil dieser Abhandlung ausführlich untersucht wurde, enthält das Schuldprinzip in einem soziologischen Sinne zwei materielle Komponenten und entfaltet darüber hinaus auch in Bezug auf das Verfahren Wirkung.¹⁶¹⁶ Die Funktion des Schuldprinzips, in dessen Bereich die funktionale Platzierung des Schuldvorwurfs anzusiedeln ist, liegt demnach einerseits darin, dass nur dann Verantwortung zugeschrieben wird, wenn eine normative Erwartung enttäuscht wurde und diese Enttäuschung mit der Fehlerhaftigkeit des Täters erklärt werden muss. Liegt keine solche Destabilisierung der Norm vor, ist keine Strafe notwendig. In diesen

1616 S. 233 ff.

Fällen „scheitert“ der Vorwurf am Vorliegen eines oder mehrerer der drei definierten Elemente, d.h. mangelnder Personenqualität, keiner ausreichenden Kompetenz oder der Ungeeignetheit der Mitteilung.¹⁶¹⁷ In seiner zweiten Funktion stellt die Orientierung am Schuldprinzip eine proportionale Beziehung zwischen dem vom Täter verursachten Normgeltungsschaden auf der einen und der Strafhärte auf der anderen Seite sicher. Eine Strafe, die schwerer wiegt, als es für die Stabilisierung der Norm vonnöten ist, wäre nicht nur ineffektiv, sondern darüber hinaus auch schwierig zu legitimieren. In einem dritten Sinne schlägt sich die Befolgung des Schuldprinzips im Verfahren nieder: Der Strafprozess muss demzufolge geeignet sein, diese beiden materiellen Faktoren abzubilden. In seiner Ausdifferenzierung richtet das Strafrechtssystem nun im Regelfall seine Mechanismen, z.B. die Programme der Strafrechtsdogmatik, daran aus, dieser Funktion gerecht zu werden. Eine zu grosse Abweichung würde die Aufgabenerfüllung gefährden und das Strafrechtssystem nachhaltig destabilisieren. Trotzdem gibt es nun, wie bereits die erwähnten Variationen der strikten Verantwortlichkeit indizieren, Konstruktionen, bei denen Abweichungen von diesen Grundsätzen auszumachen sind.

Um eine sinnvolle Beurteilung vorzunehmen, ob eine *strict liability*-Bestimmung mit dem Schuldprinzip in Einklang steht bzw. ob sie i.S.d. Funktionserfüllung des Strafrechtssystems legitimiert werden kann, ist es notwendig, die verschiedenen Variationen zu unterscheiden und ihren Kern auszumachen. Dies ruft auch in Erinnerung, dass jede Analyse und Diskussion der strikten Verantwortlichkeit auch immer eine Untersuchung des Fundaments und der Grenzen des Schuldprinzips darstellt.¹⁶¹⁸ Der manifeste Dissens darüber, was „strikte Verantwortlichkeit“ nun eigentlich bedeutet,¹⁶¹⁹ soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass es bei der hier vorgenommenen funktionalen Analyse wie auch schon bei den vorherigen Untersuchungsetappen nicht darum gehen kann, sich von reinen Begrifflichkeiten oder dogmatischen Konstruktionen leiten zu lassen. Vielmehr soll als „strikt“ derjenige Schuldvorwurf gelten, welcher in Abweichung zu den eigentlich vorgesehenen Funktionen des Schuldprinzips und der Schuld platziert wird. Um eine *strict liability* handelt es sich demnach aus soziologischer Perspektive immer dann, wenn es das Strafrechtssystem aufgrund der zur Anwendung

¹⁶¹⁷ S. 254 ff.

¹⁶¹⁸ So auch SPENCER/PEDAIN, 239.

¹⁶¹⁹ Siehe bereits S. 54 ff.

gelangenden Konstruktion nicht vermag, einen Schuldvorwurf erstens nur dann zu platzieren, wenn eine Norm destabilisiert wurde, zweitens nur in dem Masse, in dem die Norm destabilisiert wurde und drittens nur auf eine Art und Weise, bei dem das Verfahren die Abbildung dieser Normdestabilisierung zulässt. Die hier vorgeschlagene und in den nachfolgenden Kapiteln ausführlich besprochene Kategorisierung der Variationen der strikten Verantwortlichkeit basiert auf diesem funktionalen Verständnis und dem entsprechenden soziologischen Beurteilungsmodell.

2. Die Kategorien im Überblick

Auf der eben beschriebenen Grundlage und mit stetem Blick auf die Funktion von Strafrecht und Strafe lässt sich eine systematische Ordnung der *strict liability offences*, d.h. der Lockerungen des Schuldprinzips i.w.S., vornehmen, um darauf aufbauend beurteilen zu können, ob und in welcher Weise es sich bei den jeweiligen Delikten in der Tat um eine strikte Verantwortlichkeit handelt. Diese funktionale Kategorisierung der Variationen wird es also nicht nur erlauben, Licht in die Wirren der untersuchten Doktrin zu bringen, sondern kann zudem als Fundament für ein normatives Beurteilungsmodell jeder dieser Variationen dienen. Ein solches Modell wird es darüber hinaus auch zulassen, zu diskutieren, ob diese Konstruktionen trotz allfälliger Abweichungen von der originären Funktionsweise des Strafrechtssystems einen legitimen Platz im Strafrecht einnehmen oder ob sie gerade gegenteilig das Strafrecht zu destabilisieren vermögen. Ist Letzteres der Fall, wird die systematische Kategorisierung es weiter ermöglichen, zu bestimmen, ob bzw. inwiefern diese Variationen strikt sind und was denn anders sein müsste, damit sie mit der Funktion der Schuld im Einklang stünden.

Dem angewandten Untersuchungsansatz folgend können drei Hauptkategorien der *strict liability* definiert werden, welche in der nachfolgenden Übersicht abgebildet sind. Es können also die drei zentralen Variationen ausgemacht werden, bei denen die persönliche Verantwortlichkeit für die vom Täter verursachte Normdestabilisierung durch die aus der jeweiligen Konstruktion resultierenden Strafe als Output des Systems missreflektiert wird. Erstens sind dies diejenigen Fälle, bei denen die Strafandrohung die normdestabilisierende Wirkung der mit der Tathandlung kommunizierten Mitteilung nicht angemessen abbilden, d.h. bei welchen sich die Strenge des Vorwurfs auf die als Mitteilungselement bezeichnete Komponente bezieht.¹⁶²⁰

¹⁶²⁰ Zum Mitteilungselement siehe S. 299 ff.

Diese Kategorie kann in Kurzform als *Strict Liability in Bezug auf die Tathandlung* (1) bezeichnet werden und wird nachfolgend in ihren verschiedenen Ausgestaltungen bzw. mitsamt den relevanten Subkategorien zuerst behandelt, da es sich bei dieser Form der strikten Verantwortlichkeit um die Kategorie mit der grössten Verbreitung in der Praxis handelt. Die zweite Hauptkategorie handelt von Fällen, bei welchen sich die Strenge des Vorwurfs nicht auf das Mass der mit der Tathandlung bewirkten Destabilisierung bezieht, jedoch auf die Zuschreibung dieses Normgeltungsschadens zum Täter, bei denen also diese Zuschreibungsleistung den persönlichen Fehler nicht angemessen widerspiegelt, der die Destabilisierung überhaupt erst verursacht. Die als *Strict Liability in Bezug auf die Zurechnung zum Täter* (2) benannte Kategorie behandelt also diejenigen Fälle, bei denen die funktionale Abbildung des Personalitäts- und vor allem des Kompetenzelements beeinträchtigt ist.¹⁶²¹ Die dritte Kategorie, welche hier als *Strict Liability in Bezug auf den Strafprozess* (3) definiert wird, betrifft die dritte Funktion des Schuldprinzips, d.h. diejenige in Bezug auf das Verfahren. Es handelt sich um denjenigen Bereich, bei dem es die formelle und prozedurale Ausgestaltung des Delikts bzw. des Verfahrens potenziell nicht erlaubt, die Notwendigkeit und das notwendige Ausmass der für die Normstabilisierung angemessenen Strafe festzulegen. In dieser Variation sind es die vorgesehenen Verfahrensbestimmungen, welche die ideale Platzierung des Schuldvorwurfs behindern. Diese dritte Kategorie wird oftmals vernachlässigt. Sie enthält jedoch substantielle Variationen potenziell dysfunktionaler Konstruktionen.

Um die nachfolgende Präsentation und Besprechung der einzelnen Variationen auf eine vernünftige Länge zu beschränken, wird jede Variation jeweils nur kurz besprochen und beispielhaft untermauert. Dabei kann nicht jedes potenzielle Beispiel miteinbezogen werden und nicht jede noch so erdenkliche Subkategorie. Trotzdem sollte deutlich werden, dass alle Formen der strikten Verantwortlichkeit einer der beschriebenen drei Hauptkategorien zugeordnet werden könnten, da es sich dabei stets um Einschränkungen in Bezug auf die Elemente des Schuldvorwurfs bzw. die Funktionen des Schuldprinzips handelt. Demzufolge hat diese Kategorisierung im Grundsatz den Anspruch alle Variationen der strikten Verantwortlichkeit abzubilden und eine Grundlage der Beurteilung des gesamten Phänomens zu liefern. Die jeweils gezogenen Parallelen zu analogen Diskussionen um Konstruktionen in den deutschsprachigen Rechtsordnungen sollen dabei nicht nur als

¹⁶²¹ Zu diesen beiden Elementen siehe S. 256 ff. und S. 267 ff.

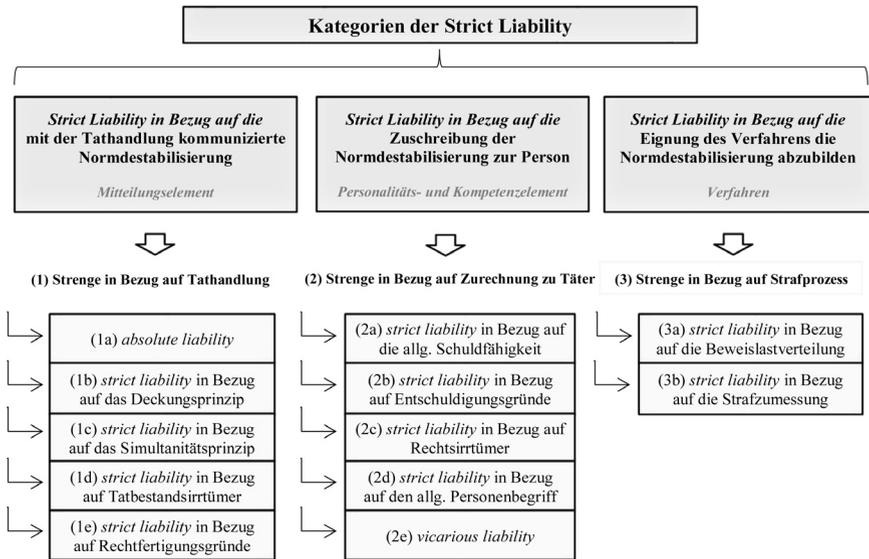


Abbildung 5: Kategorien der Strict Liability

Verständnishilfe dienen. Vielmehr soll damit auch klar werden, dass auch die im deutschsprachigen Raum diskutierten Lockerungen des Schuldprinzips – auch wenn sie in der Tat regelmässig deutlich weniger weit gehen – mit analogem Raster erfasst werden können und es sich auch bei diesen umstrittenen dogmatischen Konstruktionen stets um potenzielle Einschränkungen der ordentlichen Funktionserfüllung des Strafrechtssystems dreht. Strikte Verantwortlichkeit kann folglich ganz umfassend als Diskrepanz mit der „idealen Operationsweise“ des sozialen Systems Strafrecht verstanden werden, wobei diese Diskrepanz verschiedene Formen und Ausmasse annehmen kann. Die Variationen dieser Diskrepanz bilden nun den Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen.

In der Folge werden die drei Hauptkategorien ausführlich beschrieben und diskutiert. Nach der jeweiligen Eruiierung der Essenz der Kategorie werden die verschiedenen Subkategorien, d.h. die relevantesten Ausgestaltungen und Anwendungsfelder diskutiert. Dies erlaubt es, in der Folge die jeweilige Kategorie mit Blick auf die Funktion von Strafe, Schuldprinzip und Schuldvorwurf zu beurteilen und präzise festzulegen, ob und inwiefern es sich dabei um eine Lockerung des Schuldprinzips bzw. um eine problematische Konstruktion handelt.

Kapitel 2: Die Variationen der Strict Liability

I. STRICT LIABILITY IN BEZUG AUF DIE TATHANDLUNG

1. Essenz der Kategorie

Bei der Platzierung des Schuldvorwurfs kommt dem Mitteilungselement, wie bereits ausführlich erörtert, eine entscheidende Rolle zu.¹⁶²² Dieses Element dient dem Zweck zu identifizieren, ob das mit der Tat Kommunizierte geeignet ist, eine Norm signifikant zu destabilisieren. In der Strafrechtsdogmatik ist es zur Hauptsache der subjektive Tatbestand bzw. die *mens rea*, bei welchem diese Mitteilungsidifikation geschieht. Bei der Feststellung der *mens rea* müssen entsprechend die Fälle, bei denen die Gültigkeit der Norm durch das mit der Tat zum Ausdruck Gebrachte erfolgreich infrage gestellt wurde, von denjenigen unterschieden werden, bei welchen eine solche Infragestellung nicht kommuniziert wurde und die Normenttäuschung anderweitig verarbeitet werden kann. Wie bereits besprochen, reicht dafür die Tatsache, dass die Tathandlung begangen wurde, alleine nicht aus. Vielmehr muss die Tathandlung kommunikativ als „schuldhaft“ verstanden werden, um den entsprechenden normdestabilisierenden Effekt zu haben. Konsequenterweise handelt es sich bei einer *strict liability* in Bezug auf dieses Element um Konstruktionen, die es nicht erlauben, die relevanten Differenzen in Hinblick auf dieses Element adäquat abzubilden.

Im Normalfall würde ein Täter nur proportional zu der von ihm durch die Tat verursachten Normdestabilisierung bestraft (und nur dann, wenn überhaupt eine solche vorliegt). Wenn er in einem Masse bestraft wird, welches über das für die Restabilisierung Notwendige hinausgeht, handelt es sich um eine strikte Verantwortlichkeit hinsichtlich dieser Voraussetzung. Es

¹⁶²² Siehe S. 299 ff.

resultiert eine Imbalance zwischen dem verursachten Normgeltungsschaden und der Strafe, was eine Abweichung von der eigentlichen Funktionalität des Schuldprinzips bedeutet. Diese Art von *strict liability offences*, also diejenige in Bezug auf die Beurteilung der Tathandlung im Rahmen der *mens rea* i.e.S., ist sowohl die am meisten diskutierte als auch die in der Rechtspraxis am weitesten verbreitete. Dabei handelt es sich kaum um einen Zufall, da es gerade dieses Element ist, bei welchem Nuancen des Normdestabilisierungsmasses schwieriger festzustellen sind und es sich nur selten um eine reine Ja-/Nein-Beurteilung handelt. Während in den meisten diesen Fällen, wie noch aufzuzeigen sein wird, schnell klar ist, dass *eine* Normdestabilisierung erfolgte, ist es das *Mass* dieser Destabilisierung bedeutend schwieriger zu bestimmen. Dazu kommt, dass die Beurteilung, welche Strafe dieses Mass adäquat widerspiegelt, verschieden ausfallen kann.

Diese Kategorie der strikten Verantwortlichkeit, bei der die vorgesehene Strafe die verursachte Normdestabilisierung i.d.R. nicht adäquat wiedergibt bzw. bei der die Deliktstrukturen der Frage der Geeignetheit des mit der Tat zum Ausdruck Gebrachten für die Normdestabilisierung eine teilweise oder absolute Indifferenz gegenüber bringen, lässt sich in verschiedene Unterkategorien unterteilen. Die verschiedenen Erscheinungsformen sollen nachfolgend genauer erörtert und diskutiert werden. Als „Ausgangskategorie“ bietet sich die sog. *absolute liability* an, bei welcher als Extrembeispiel die *mens rea* in der Tat nicht von Relevanz ist (2.). In der Folge sollen die – in der Praxis bedeutenderen – Formen der Lockerungen der eigentlichen Voraussetzungen abgehandelt werden. Dazu gehört einerseits die Kategorie von Fällen, bei welchen sich der subjektive Tatbestand nicht auf den gesamten objektiven Tatbestand beziehen muss (Lockerung des Deckungsprinzips) (3.) und andererseits die Fälle, bei denen Tathandlung und *mens rea* nicht zwingend gleichzeitig vorliegen müssen (Lockerung des Simultanitätsprinzips) (4.). Ebenfalls in diesem Bereich anzusiedeln sind ferner die Kategorien, bei denen Tatbestandsirrtümer nicht beachtlich sind (5.) oder bei denen das Vorbringen von Rechtfertigungsgründen verweigert wird (6.). Viele Deliktskategorien in der Praxis beinhalten gerade mehrere dieser „strikten“ Elemente. Folglich lassen sich gewisse Konstruktionen und Beispiele nur schwer einer der Subkategorien zuordnen. Klar ist dagegen, dass alle diese Beispiele Fälle betreffen, bei welchem sich die „Strenge“ auf das *mens rea*-Erfordernis bezieht und damit auf die Beurteilung der Tathandlung selbst, nicht jedoch die eigentliche Beurteilung des Täters bzw. die Zurechnung der Tat zum Täter betreffen.

2. Absolute Liability

Der Begriff der *absolute liability* bringt gewisse Schwierigkeiten mit sich und wird oftmals missverständlich für alle *strict liability offences* verwendet.¹⁶²³ *Absolute* ist eine Strafbarkeit nur in den Fällen, in denen Schuld i.w.S. nicht massgeblich ist, also weder ein subjektiver Tatbestand noch das persönliche Verschulden nachgewiesen werden müssen.¹⁶²⁴ Eine *absolute liability* liegt also nur dann vor, wenn auch keine *defences* zugelassen werden.¹⁶²⁵ Als „absolut“ kann eine Verantwortlichkeit jedoch bezeichnet werden, wenn z.B. bereits der Umstand, betrunken auf der Autobahn vorgefunden zu werden, für eine Verurteilung ausreichen würde, unabhängig eines Vorsatzes hinsichtlich der Berausung oder des Aufenthalts auf der Autobahn.¹⁶²⁶ In diesem Zusammenhang wird oftmals der Fall *Winzar v. Chief Constable of Kent*¹⁶²⁷ zitiert, bei dem der berauschte Täter von der Polizei überhaupt erst auf die Autobahn gebracht wurde.¹⁶²⁸ Gemäss *Singer* sah aber auch dieser hier betroffene *Licensing Act 1872* keine strikte Verantwortlichkeit vor. Diese Feststellung basiere einzig auf einer Missinterpretation des Gesetzes.¹⁶²⁹ Auch der Fall *Larsonneur*¹⁶³⁰ wird in diesem Zusammenhang oftmals als Beispiel angeführt, da das in Frage stehende Delikt „im Vereinigten Königreich als Ausländer, welchem die Aufenthaltsbewilligung versagt wurde, aufgefunden zu werden“ keinerlei subjektiven Tatbestand erforderte.¹⁶³¹ Allerdings wird bis heute kontrovers diskutiert, ob in Zusammenhang mit diesem „Status-Delikt“ wirklich von „absoluter“ Verantwortlichkeit gesprochen werden könne und auch, ob diese einmalige Entscheidung vor den höheren Gerichten standgehalten hätte.¹⁶³²

1623 Gerade in England wird in enger Auslegung des Begriffs *strict liability* oftmals nur für (angebliche Fälle) einer *absolute liability* verwendet, während andere Rechtsordnungen der *Commonwealth*-Staaten klarer zwischen *absolute* und *strict liability* unterscheiden; siehe dazu SIMESTER ET AL., 194.

1624 KEATING ET AL., 236; SIMESTER ET AL., 194; siehe bereits S. 18 und S. 56.

1625 ASHWORTH/HORDER, Principles, 161; JEFFERSON, 124; SIMESTER ET AL., 194.

1626 Siehe *Licensing Act 1872*, s. 12 (England).

1627 *Winzar v. Chief Constable of Kent* [1983] The Times, 28 March, 1983.

1628 So z.B. von JEFFERSON, 126.

1629 SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 353 (1989).

1630 *R. v. Larsonneur* [1933] 24 Cr App R 74.

1631 *Aliens Order 1920* (England).

1632 ROBERTS, 152; JEFFERSON, 126.

In Bezug auf gewisse Strassenverkehrsdelikte kann allerdings sehr wohl von einer in Bezug auf die innere Tatseite indifferenten Strafbarkeit gesprochen werden: So muss z.B. bei Geschwindigkeitsüberschreitungen oftmals keinerlei subjektiver Tatbestand hinsichtlich des zu schnellen Fahrens nachgewiesen werden. Alleine die Tatsache, dass jemand diese Tathandlung beging, genügt regelmässig für eine Strafbarkeit, was primär mit der Effizienz der Strafverfolgung begründet wird.¹⁶³³ Jedoch wird auch hier in der Praxis nicht selten die *due diligence*-Einrede zugelassen, wenn nachgewiesen werden kann, dass z.B. ein technischer Defekt zur Tat geführt hat, für den man nicht verantwortlich gemacht werden kann.¹⁶³⁴ Entsprechend handelt es sich auch hier selten um wirkliche Fälle einer reinen Erfolgshaftung. Von absoluter Verantwortlichkeit wird in England auch in Zusammenhang mit dem *Education Act* gesprochen, nach welchem sich Eltern strafbar machen, deren schulpflichtiges Kind regelmässig dem Unterricht fernbleibt.¹⁶³⁵ Dass es sich dabei um eine strikte Verantwortlichkeit handelt, ist unbestritten. Allerdings wurden Eltern auch dann regelmässig verfolgt, wenn die Eltern vom Fernbleiben des Kindes nichts wussten und dieser Umstand gerade im Zusammenhang mit Jugendlichen auch ausserhalb ihrer Kontrolle lag. Es kann demzufolge durchaus von einer absoluten Verantwortlichkeit gesprochen werden, da die Strafverfolgung keinerlei Verschulden verlangt.¹⁶³⁶

Gemäss *Simons* handle es sich weiter bei gewissen Umweltdelikten um Fälle einer solchen *pure strict liability* und zwar insofern, als dass dem Beschuldigten nur die Schaffung gewisser Risiken oder Schäden nachgewiesen werden muss, ohne dass dem Angeklagten dabei das Vorhandensein einer inneren Tatseite, z.B. mind. unbewusster Fahrlässigkeit, oder Wissen

1633 KEILER, 61 mit dem Hinweis, in Deutschland würde das Schuldprinzip auch bei Massendelikten des Ordnungswidrigkeitenrechts Anwendung finden und eine solche strikte Verantwortlichkeit würde entsprechend abgelehnt.

1634 BLOMSMA/ROEF, *Mens Rea*, 153 f. Die *due diligence defence* ist gerade im Rahmen von Wirtschaftsdelikten von Relevanz, wo z.B. das englische Recht häufig explizit eine solche Einrede gestattet, ansonsten aber eine strikte Verantwortlichkeit vorsieht. Im australischen und kanadischen Recht wurde ganz generell entschieden, dass eine solche Einrede („*no-negligence*“) bei allen *strict liability offences* zugelassen wird; siehe für Australien *Proudman v. Dayman* [1943] 67 CLR 536 und für Kanada *R. v. City of Saulte Ste Marie* [1978] 85 DLR (3d) 161; dazu auch ALLEN, *Textbook*, 122; SIMESTER ET AL., 193; KEATING ET AL., 239.

1635 *Education Act 1996*, s. 444(1) (England).

1636 So SULLIVAN BOB, 30.

hinsichtlich der Risiken vorgehalten wird.¹⁶³⁷ Im Fall *Alphacell v Woodward*¹⁶³⁸ wurde so z.B. eine Strafbarkeit aufgrund eines Verstosses gegen den *River Act 1951*¹⁶³⁹ bejaht und dem Unternehmen eine Flussverschmutzung angelastet, obwohl die Verantwortlichen nichts von der Verschmutzung wussten und fälschlicherweise annahmen, dass das von ihnen installierte Filtersystem ausreichend funktioniere.¹⁶⁴⁰ Auch weitere Beispiele von als *absolute liability* klassifizierter Delikte liessen sich finden, wobei die Lockerung des Schuldprinzips in der Rechtsprechung konstant mit dem Schutz der „öffentlichen Sicherheit“ legitimiert wird.¹⁶⁴¹

Oftmals handelt es sich bei den Einschränkungen des Schuldprinzips jedoch nicht um einen völligen Verzicht auf den Nachweis einer inneren Tatseite. Vielmehr muss nur in Bezug auf gewisse objektive Elemente kein Verschuldensnachweis erbracht werden. So macht sich in den USA – um ein Beispiel anzuführen – wegen Drogenhandels oder Drogenbesitzes verschärft strafbar, wer sich dabei in der Nähe einer Schule befindet.¹⁶⁴² Dieser deutlich strafehöhende Umstand muss dabei nicht vom Vorsatz umfasst sein. In solchen Fällen, welche primär aus Abschreckungs- und Präventionsüberlegungen geschaffen wurden, handelt es sich nicht um eine „absolute“ Strafbarkeit, sondern, wie noch genauer zu differenzieren sein wird, um eine strikte in Bezug auf dieses Tatbestandselement.¹⁶⁴³

3. Strict Liability in Bezug auf das Deckungsprinzip

3.1 Principle of Correspondence

Im Rahmen der Debatte rund um das Schuldprinzip und die *strict liability*, gibt es keinen anderen Streitpunkt, der so viel Aufsehen erregt wie derjenige des sog. *principle of correspondence* bzw. dessen Lockerungen, welche als

1637 SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1082 (1997).

1638 *Alphacell Ltd. v. Woodward* [1972] AC 824, [1972] 2 All ER 475.

1639 *River (Prevention of Pollution) Act 1951*, s. 2(1) (England).

1640 Siehe zu diesem Fall KEATING ET AL., 227.

1641 Siehe z.B. den Fall *R. v. Blake* [1996] 1 Cr App R 209, [1997] 1 WLR 1167, bei welchem festgehalten wurde, dass das Betreiben einer Radiostation ohne entsprechende Lizenz eine *absolute offence* sei, bei der keine innere Tatseite nachgewiesen werden müsse; siehe ferner auch die Argumentation in *Gammon v. The Attorney-General of Hong Kong* [1985] 1 AC 14, [1984] 2 All ER 503.

1642 *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act 1970*, 21 U.S.C. § 860 (USA).

1643 Vgl. zu diesem Beispiel auch BROWN, 75 Law & Contemp. Probs. 109, 128 (2012).

constructive liability bezeichnet werden.¹⁶⁴⁴ Grundsätzlich müssen gemäss diesem Deckungsprinzip innere und äussere Tatseite korrespondieren, d.h. Vorsatz oder Fahrlässigkeit muss hinsichtlich aller Elemente des *actus reus* vorliegen.¹⁶⁴⁵ Ferner müssen gemäss einem zweiten Grundsatz objektiver und subjektiver Tatbestand zeitgleich zusammenfallen (*principle of concurrence*).¹⁶⁴⁶ Von diesen Prinzipien gibt es in den untersuchten Rechtsordnungen allerdings einige Ausnahmen und es hängt vom einzelnen Tatbestand ab, auf welche Elemente des objektiven Tatbestands sich die *mens rea* wirklich beziehen muss.¹⁶⁴⁷ Diese Variante – die Einschränkung des Deckungsprinzips – gilt als klassischer Fall einer *strict liability offence*.¹⁶⁴⁸ Das *principle of correspondence* schreibt also eine Prüfung des Verschuldens in Hinblick auf jedes materielle Element des *actus reus* vor.¹⁶⁴⁹ Eine „schuldhaft begangene Tat“ ist dem Prinzip folgend also nicht nur eine Tat, die von irgendeiner Schuld begleitet wird, sondern eine, bei der sich das Verschulden auf den ganzen objektiven Tatbestand erstreckt.¹⁶⁵⁰ Nur eine solche vollständige Deckung solle in Anwendung dieses Prinzips eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach sich ziehen.¹⁶⁵¹ Sowohl im US-amerikanischen als auch im englischen Strafrecht gibt es nun zahlreiche Delikte, die Strafbarkeit für einen Erfolgseintritt vorsehen, welcher nicht vom Vorsatz und vom Wissen des Täters umfasst sein muss.¹⁶⁵² Entsprechend handelt es sich beim Deckungsprinzip um ein Ideal, das in der Praxis zahlreiche Durchbrechungen erfährt. In der Literatur bleibt dabei umstritten, wie rigide das Prinzip wirklich umgesetzt werden muss, um dem Schuldprinzip gerecht zu werden.¹⁶⁵³

1644 ASHWORTH, 5 Ohio St. J. Crim. L. 407, 411 (2008); ASHWORTH/HORDER, Principles, 75 ff.; siehe auch die Debatte zwischen Horder und Mitchell: HORDER, 1995 Crim. L.R. 759; MITCHELL, 1999 Crim. L.R. 195.; HORDER, 1999 Crim. L.R. 206.

1645 ASHWORTH/HORDER, 75 und 156 f.; ASHWORTH, 11 New Crim. L. Rev. 232, 236 ff. (2008); SIMESTER ET AL., 196.

1646 Siehe dazu schon auf S. 51 ff.

1647 FORSTER, III, 673.

1648 ROBERTS, 151 f.

1649 SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1087 (1997); der *Model Penal Code* nennt diesen Vorgehensgrundsatz „*element analysis*“; siehe dazu auch ROBINSON/GRALL, 35 Stan. L. Rev. 682, 691 ff. und passim (1983).

1650 ASHWORTH, 5 Ohio St. J. Crim. L. 407, 412 (2008).

1651 DUFF, Answering for Crime, 230.

1652 ASHWORTH, 5 Ohio St. J. Crim. L. 407, 411 (2008).

1653 Siehe dazu HORDER, 1995 Crim. L.R. 759, 759 und 770; SIMESTER ET AL., 196; TADROS, 94 f.

Gemäss *Simons* versage die „atomistische“ Beurteilung des Schuldverhältnisses. Eine rein hierarchische Analyse, bei der für jedes Element des *actus reus* ein Element der *mens rea* vorliegen müsse, vermöge es nicht, die Feinheiten der moralischen Beurteilung abzubilden.¹⁶⁵⁴ Als Beispiel führt er an, dass viele Staaten Tötungsdelikte nicht nur dann als solche pönalisieren, wenn ein direkter Vorsatz vorliege, sondern auch dann wenn sich der subjektive Tatbestand darauf beschränke, jemandem ersthaften körperlichen Schaden zuzuführen oder wenn der Täter eine beträchtliche Indifferenz gegenüber dem Wert des menschlichen Lebens zum Ausdruck bringe. Auch wenn dabei gegen das Korrespondenzprinzip i.e.S. verstossen werde, da sich der Vorsatz nicht auf den Taterfolg beziehe, so seien diese Differenzen aus moralischer Sicht kaum beachtlich.¹⁶⁵⁵ Ein weiteres, primär von *Gardner* vorgebrachtes Konzept akzeptiert moderate Lockerungen des Deckungsprinzips unter dem Gesichtspunkt, dass der Täter aufgrund seiner infrage stehenden Handlung seine „normative Position“ verändert habe und folglich auch die daraus resultierenden Konsequenzen zu tragen habe, sofern sie in einem engen Zusammenhang mit der Handlung stünden.¹⁶⁵⁶

Anhand dieser Argumentationslinie kann sichtbar gemacht werden, inwiefern der Blick auf die Normdestabilisierung hilfreich sein kann: So meint *Simons* nichts anderes, als dass die Tötung eines Menschen auch ohne Tötungsvorsatz, aber mit einer Gleichgültigkeit gegenüber dem menschlichen Leben, die entsprechende Norm destabilisieren könne und es grundsätzlich legitim sei, den Täter aufgrund des gleichen Delikts zu bestrafen. Nicht nur das Vorliegen des direkten Vorsatzes in Bezug auf den Erfolg stellt die entsprechende Norm infrage und erfordert eine darauffolgende Bestrafung, sondern auch andere Formen. In der Tat ist dabei eine rein „atomistische“ Beurteilung des Schuldverhältnisses wenig aussichtsreich. Allerdings sind verschiedene Abstufungen i.S.d. Strafzumessungsschuld durchaus relevant. Werden diese nicht beachtet, kann es sich demzufolge sehr wohl auch ohne „atomistische“ Sichtweise um eine strikte(re) Verantwortlichkeit handeln.

1654 SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1134 f. (1997).

1655 SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1035 (1997).

1656 Siehe zu diesem Argument des „*change of normative position*“ und der damit einhergehenden „*unlawful act theory*“ GARDNER JOHN, 53 C.L.J. 502, 509 (1994); *ders.*, General Part, 244 und kritisch ASHWORTH, 11 New Crim. L. Rev. 232, 232 ff. (2008); *ders.*, Ohio St. J. Crim. L. 407, 412 (2008); ASHWORTH/HORDER, 77.

3.2 Constructive Liability und Erfolgsqualifikation

Ein bedeutender Anwendungsfall der strikten Verantwortlichkeit ist – je nach noch zu differenzierender Ausgestaltung – die Kategorie der erfolgsqualifizierten Delikte. Diese betreffen das kanonische Prinzip der *versari in re illicita*, welches besagt, dass jemandem, der etwas Verbotenes tut, alle daraus resultierenden Folgen zugerechnet werden können.¹⁶⁵⁷ Im englischen bezeichnet man diese Form der Verantwortlichkeit als *constructive liability*.¹⁶⁵⁸ Bei Delikten, die diesem Gedanken verpflichtet sind, wird bei der Vornahme gewisser riskanter oder verbotener Handlungen hinsichtlich des Eintritts bestimmter Folgen kein subjektiver Tatbestand in Bezug auf diesen Tatausgang verlangt. Der Erfolg wird vielmehr objektiv zugerechnet.¹⁶⁵⁹ Bei der *constructive liability* werde, wie *Duff* in seiner Unterscheidung festhält, ein weniger schwerwiegendes Delikt in ein schwereres transformiert und sei demzufolge mit Blick auf den Taterfolg strikt.¹⁶⁶⁰

Die vorgesehene Strafe je nach Resultat der Tathandlung anzupassen, unabhängig davon, ob sich der Vorsatz auch auf dieses Resultat erstreckt bzw. ob das Resultat überhaupt vorhersehbar war, ist eine klassische Eigenheit der angelsächsischen und dabei vor allem US-amerikanischen Gesetzgebung.¹⁶⁶¹ So muss gemäss der amerikanischen *sentencing guidelines* z.B. bei der schweren Körperverletzung je nach Ernsthaftigkeit der Verletzung differenziert werden oder die Strafe für betrunkenes Fahren eines Transporters erhöht sich massgeblich, wenn in der Folge der Fahrt ein Personenschaden entsteht.¹⁶⁶² Auch bei Diebstählen orientiert sich die Strafzumessung vornehmlich am Wert des gestohlenen Guts und nicht an der vom Täter beabsichtigten Beute.¹⁶⁶³ Hier wird auch die Unterscheidung von *Simons* zwischen *strict liability in criminalizing* (Kriminalisierung) und *strict liability in grading* (Bewertung) relevant. Er hält fest, dass es sich bei Ersterem um Fälle handle, bei denen die Tathandlung ohne vollen Schuldnachweis kriminalisiert würde, welche

1657 MÜLLER-DIETZ, Grenzen des Schuldgedankens, 15; HÖRSTER, 23; ASHWORTH/HORDER, 76.

1658 Siehe z.B. bei ASHWORTH/HORDER, 76 ff.

1659 HÖRSTER, 23 f.

1660 DUFF, Strict Liability, 127.

1661 BROWN, 75 Law & Contemp. Probs. 109, 128 f. (2012).

1662 U.S. Sentencing Commission Guidelines Manual § 2A2.2(b)(3) und § 2D2.3 (2016); siehe dazu BROWN, 75 Law & Contemp. Probs. 109, 128 f. (2012) mit Verweis auf die Rechtsprechung in *Dean v. United States*, 556 U.S. 568 (2009).

1663 BROWN, 75 Law & Contemp. Probs. 109, 129 (2012).

anderweitig nicht strafbar wäre. Eine strikte Verantwortlichkeit in Bezug auf die Bewertung erhöhe hingegen die Strafe des Täters, der Täter wäre jedoch auch ohne dieses spezifisch strikte Element bestraft worden.¹⁶⁶⁴ Dieser Differenzierung folgend wäre die *constructive liability* also ein klassischer Fall einer *strict liability in grading*.

Ein in subjektivistischem Sinne rein auf die persönliche Schuld des Täters abstellende Strafbarkeit dürfte den Tatausgang eigentlich nicht berücksichtigen. Der einzige Unterschied zwischen dem Täter, bei welchem das betrunkene Fahren in einem Unfall endet und dem Täter, der keinen Schaden anrichtet, ist regelmässig Glück. Dieses Phänomen wird in der englischen Literatur als *moral luck* diskutiert, wobei zu erklären versucht wird, warum Täter für Resultate bestraft werden, die zumindest teilweise nicht in ihrem Kontrollbereich liegen.¹⁶⁶⁵ Viele Delikte, die eine strikte Verantwortlichkeit vorsehen, sind Beispiele, bei denen dieses Prinzip zur Anwendung gelangt und den Täter zwar ein Verschulden trifft, ihm aber nur aufgrund von „Pech“ ein erschwerendes Resultat zugerechnet wird.¹⁶⁶⁶ Es ist in der Tat oft eine Beurteilungsfrage der Relevanz des „moralischen Glücks“, inwiefern der Taterfolg gerade auch im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung findet.¹⁶⁶⁷ Klar ist, dass bei der *constructive liability* Glück eine besonders grosse Rolle spielt, da die innere Tatseite in Bezug auf den Taterfolg bei der Feststellung der Schuld absolut irrelevant ist.¹⁶⁶⁸

Ein weiteres Argument, welches auch im deutschsprachigen Raum bekannt ist (allerdings nur von einer Minderheit vertreten wird), steht im Zusammenhang mit dem Risikogedanken.¹⁶⁶⁹ So sei es legitim, auch unrechtsrelevante Strafbarkeitsbedingungen vom Schulderfordernis zu befreien, da sich derjenige, der sich hinsichtlich eines Rechtsguts riskant verhalte, auch dann für die Realisierung des Risikos einstehen müsse, wenn ihm hinsichtlich dieses Erfolgs selbst weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit vorgeworfen werden könne.¹⁶⁷⁰ Diese Argumentation weist deutliche Parallelen

1664 SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1982 (1997).

1665 SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1105 ff. (1997); BROWN, 75 Law & Contemp. Probs. 109, 129 (2012); HORNER, 1995 Crim. L.R. 759, 763; siehe zur Diskussion der Bedeutung des *moral lucks* allg. auch NAGEL, 24 ff.; WILLIAMS BERNARD, 20 ff.

1666 SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1106 (1997).

1667 HORNER, 1995 Crim. L.R. 759, 763; SIMESTER ET AL., 198.

1668 ASHWORTH/HORNER, 156.

1669 Zu dieser Position ausführlich GEISLER, 133 ff.

1670 GEISLER, 134 f. über die Minderheitsmeinung von JESCHECK/WEIGEND, 555 ff.; BAUMANN/WEBER, 464.

zur Rechtfertigung der *constructive liability* in der angelsächsischen Literatur auf und wird regelmässig in Zusammenhang mit den nachfolgend zu diskutierenden Deliktskonstruktionen angeführt.

3.3 Felony Murder und Misdemeanor-Manslaughter Rule

Die *constructive liability* als besondere Form der *strict liability* kommt im angelsächsischen Recht vor allem bei Tötungsdelikten zur Anwendung, bei welchen auf das Erfordernis der Absicht oder des sicheren Wissens hinsichtlich des Eintritts der Todesfolge verzichtet wird.¹⁶⁷¹ Eine dieser Konstruktionen ist die *felony murder rule*, nach der ein Täter bestraft wird, welcher eine schwere Straftat (*felony*) begangen oder versucht hat und dadurch der Tod eines Menschen verursacht wurde. Die üblichen Anforderungen an die *mens rea* müssen dabei nur für das zugrundeliegende Delikt, nicht aber für die Todesfolge nachgewiesen werden.¹⁶⁷² Wenn also jemand im Verlauf eines Raubüberfalls stirbt, muss sich der Täter wegen Mordes verantworten, unabhängig von der Absicht des Täters hinsichtlich der Tötung.¹⁶⁷³ In Bezug auf die Herbeiführung des Todes besteht also eine *strict liability*.¹⁶⁷⁴

Eine Verurteilung wegen dieses Delikts ist vor allem deshalb so erschwerend, weil eine Verurteilung wegen eines solchen Mordes oft zwingend eine sehr lange, oftmals gar eine lebenslange Freiheitsstrafe nach sich zieht und teilweise sogar gleich behandelt wird wie eine vorsätzliche Tötung oder ein sog. *first-degree murder*.¹⁶⁷⁵ In einigen Bundesstaaten ist dafür sogar die Todesstrafe zulässig.¹⁶⁷⁶ Ebenfalls erschwerend kommt hinzu, dass der Mord bei Beteiligung mehrerer Personen allen Tatbeteiligten zugerechnet wird, unabhängig von einer entsprechenden Vorhersehbarkeit oder Vermeidbarkeit.¹⁶⁷⁷ Die anhaltende Kritik dieser Doktrin hat zumindest in England dazu geführt, dass sie 1957 abgeschafft wurde.¹⁶⁷⁸

Die sog. *misdemeanor-manslaughter rule*, welche ebenso dieser Kategorie zugerechnet werden kann, bestraft denjenigen Täter wegen unbeabsichtigter

1671 ASHWORTH, 5 Ohio St. J. Crim. L. 407, 411 (2008); WEIK, 275.

1672 WEIK, 275; SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1077 (1997).

1673 COLE, 28 Am. Crim. L. Rev. 73, 74 (1990).

1674 WEIK, 275.

1675 SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1077 (1997); WEIK, 275.

1676 WEIK, 275.

1677 WEIK, 275.

1678 Durch den *Homicide Act 1957 (England)*. Auch einzelne amerikanische Bundesstaaten (z.B. Kentucky und Hawaii) sind diesem Beispiel gefolgt; WEIK, 276 f.

Tötung, welcher eine Übertretung oder ein Vergehen (*misdemeanor*) verübt hat, das den Tod eines Menschen zur Folge hatte.¹⁶⁷⁹ Neben des erfolgsqualifizierenden Elements der Todesfolge stellt sich bei diesem Delikt im Vergleich zur vorangegangenen besprochenen *felony murder rule*, bei welcher sich der subjektive Tatbestand zumindest auf das zugrunde gelegte Verbrechen beziehen muss, die Frage, ob auch ein ohne Verschulden strafbares Verhalten ausreicht, um diese Erfolgsqualifikation herbeizuführen. Diese Frage wurde von Gerichten verschieden beurteilt. In manchen Fällen reichte auch eine *strict liability offence* als *misdemeanor* aus, um eine Verurteilung aufgrund dieser Bestimmung zu rechtfertigen, wobei in letzteren Fällen zumindest der Nachweis verlangt wurde, dass der tödliche Erfolg vorhersehbar gewesen sei oder dass zumindest unbewusste Fahrlässigkeit vorlag.¹⁶⁸⁰ Da die Regel weitläufig als zu hart eingestuft wird, wurde ihr Anwendungsbereich kontinuierlich beschränkt und sie liegt mittlerweile nur noch wenigen Verurteilungen zugrunde.¹⁶⁸¹

In die gleiche Kategorie gehört weiter eine andere Form von Tötungsdelikten, welche als *drug homicide* bezeichnet und in Zusammenhang mit dem Drogenhandel steht. Der amerikanische *Comprehensive Drug Reform Act* aus dem Jahre 1986 hat diese Bestimmung eingeführt, nach der sich eine Person für jeden Tod zu verantworten hat, welche aus der Herstellung, dem Vertrieb oder der Abgabe von gefährlichen Substanzen resultiert. Die üblichen Vorgaben in Bezug auf den Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg wurden dabei explizit ausser Kraft gesetzt.¹⁶⁸² Diese strikte Bestimmung wurde vom *U.S. Supreme Court* als verfassungskonform gestützt.¹⁶⁸³ Im Vergleich zu den Regelungen zum *felony murder* ist dieses Delikt sogar noch strikter, da dort die zugrunde gelegten Delikte klar auf „inhärent gefährliche“, schwere Verbrechen beschränkt sind, während dieses Drogendelikt mit Todesfolge ein weites Feld von möglichen und zahlreich vorkommenden Aktivitäten im Zusammenhang

1679 SIMESTER ET AL., 197.

1680 BÄHR, 61.

1681 So WEIK, 311.

1682 HUSAK, *Strict Liability, Justice and Proportionality*, 82 f. mit Verweis auf den *Comprehensive Drug Reform Act 1986 (New Jersey)*.

1683 *State v. Rodriguez*, 645 A 2d 1165 (1994) (*New Jersey*) mit expliziten Ausführungen dazu, dass der Fortbestand der *felony murder rule* trotz anhaltender Kritik von Seiten der Wissenschaft gezeigt habe, dass es in der Macht des Staates liege, eine solche strikte Verantwortlichkeit vorzusehen.

mit verschiedenen Substanzen als ausreichende Voraussetzung akzeptiert.¹⁶⁸⁴ Eine weitere *constructive liability* und Durchbrechung des Deckungsprinzips im englischen Recht stellt auch das im *Road Traffic Act* normierte Delikt des „gefährlichen Fahrens mit Todesfolge“ dar.¹⁶⁸⁵ Wer gefährlich fährt und damit den Tod eines Menschen verursacht, wird deutlich härter bestraft, als wenn dieser Taterfolg ausbleibt. Entsprechend handelt es sich dabei um eine strikte Verantwortlichkeit in Bezug auf die Todesfolge, da diesbezüglich keinerlei subjektiver Tatbestand nachgewiesen werden muss.¹⁶⁸⁶

Diese Bestimmungen seien gemäss allg. Auffassung mit den Anforderungen des Schuldprinzips unvereinbar, da sie sowohl gegen das Deckungsprinzip als auch den Grundsatz verstossen würden, wonach sich die Einteilung der *mens rea* in verschieden schwere Grade und damit der Grad der persönlichen Verantwortlichkeit in der Schwere der Sanktion niederschlagen müsse. Bei diesen Bestimmungen würden hingegen „alle subjektiven Konstellationen über einen Kamm geschert“.¹⁶⁸⁷ Folglich stehe die *constructive liability* im Widerspruch zum Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Schuldprinzip.¹⁶⁸⁸ Dabei herrscht keine Einigkeit darüber, ob bereits die Erfolgsqualifikation als solche gegen das Schuldprinzip verstosse oder nur die unverhältnismässige Härte, mit welcher diese Delikte in einigen Bundesstaaten geahndet würden.¹⁶⁸⁹ Gerechtfertigt werden diese Regeln hauptsächlich mit ihrer abschreckenden Wirkung.¹⁶⁹⁰ Die *felony murder-rule* würde jedoch eine „dramatische Expansion des *moral luck*-Konzeptes“ darstellen, da die Disparität zwischen Strafe und materieller Schuld u.U. beträchtlich sein könne.¹⁶⁹¹ Wenn der persönliche Vorwurf in der Tat nur aufgrund der Risikoschaffung bestehe, sei es durchaus fraglich, ob nicht auch der Täter, welcher „Glück“ hatte, bestraft werden solle.¹⁶⁹²

1684 So die Kritik in HUSAK, *Strict Liability, Justice and Proportionality*, 84 f.; *ders.*, *Overcriminalization*, 62.

1685 *Road Traffic Act 1988*, s. 2 (*England*).

1686 SIMESTER ET AL., 197; ASHWORTH, 11 *New Crim. L. Rev.* 232, 235 (2008).

1687 WEIK, 309 f.

1688 ASHWORTH, 11 *New Crim. L. Rev.* 232, 241 f. (2008); *ders.*, 19 *Rutgers L.J.* 725, 764 ff. (1988); zu dieser Kritik allg. auch COLE, 28 *Am. Crim. L. Rev.* 73, 74 ff. (1990).

1689 So z.B. die Haltung von SIMONS, 87 *J. Crim. L. & Criminology* 1075, 1077 (1997).

1690 Zur Plausibilität dieses Arguments ausführlich und kritisch COLE, 28 *Am. Crim. L. Rev.* 73, 78 und 88 ff. (1990).

1691 SIMONS, 87 *J. Crim. L. & Criminology* 1075, 1109 (1997).

1692 Ähnlich SIMONS, 87 *J. Crim. L. & Criminology* 1075, 1118 (1997).

Obwohl es sich bei diesen Fällen nicht um die Ausgangsform der bereits besprochenen *absolute liability* handelt, bei der kein subjektiver Tatbestand bzw. kein persönliches Verschulden verlangt wird, so wird dennoch deutlich, dass es sich in diesen Fällen der Lockerung des Deckungsprinzips ebenfalls um eine als strikt zu charakterisierende Regelung handelt.¹⁶⁹³ Den Delikten ist eine Strenge in Bezug auf die Strafzumessung inhärent. Auch wenn das Verschulden des Täters die Erhebung eines Vorwurfs gestattet, so steht die vorgesehene Strafe aufgrund der Erfolgsqualifikation in keinem angemessenen Verhältnis zu diesem Vorwurf. Es handelt sich folglich um eine *strict liability in grading*, also um eine Beeinträchtigung des Schuldprinzips i.S.d. Strafzumessungsschuld.¹⁶⁹⁴ Nicht nur die Strafe selbst ist dabei allerdings regelmässig disproportional zur persönlichen Verantwortung für die Normdestabilisierung. Vielmehr ist es auch die Kennzeichnung und Stigmatisierung des Täters, welche im Widerspruch zum in der englischen Literatur als *principle of fair labelling* bekannten Grundsatz steht.¹⁶⁹⁵ Dieses Prinzip verlangt, dass Delikte angemessen gekennzeichnet werden und auch die Begrifflichkeiten, welche eine gewisse Stigmatisierung in sich tragen, die Natur des Delikts und die Verantwortung des Täters angemessen repräsentieren. Die Kommunikation, welche als Reaktion auf den Normbruch erfolgt, soll entsprechend nicht nur in angemessener Masse kommunizieren, sondern auch das „Richtige“. Viele der *constructive liability offences* enthalten nun ein deutlich schwerer anmutendes „Label“ als das derjenigen Tat, auf die sich der subjektive Tatbestand des Täters bezog und widersprechen folglich auch diesem Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips.¹⁶⁹⁶

3.4 Erfolgsqualifizierte Delikte in deutschsprachigen Rechtsordnungen

Dass das kontinentaleuropäische Recht die soeben beschriebene Form der strikten Verantwortlichkeit nicht kenne, hänge gemäss zweier englischer Kommentatoren mit der stärkeren Verankerung des Deckungsprinzips zusammen: Im „theoretischen Universum“ des kontinentaleuropäischen Juristen, welcher dieses Prinzip „vom ersten Tag an der Universität an“ verinnerlicht

1693 COLE, 28 Am. Crim. L. Rev. 73, 77 Fn. 12 (1990).

1694 So auch SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1104 f. (1997).

1695 Siehe zu diesem Prinzip ASHWORTH/HORDER, Principles, 77 f.

1696 ASHWORTH/HORDER, Principles, 78. Auch im Zusammenhang mit der *statutory rape* kann von einer Missachtung des Prinzips des *fair labelling* gesprochen werden; siehe zur *statutory rape* S. 362 ff.

habe, gäbe es schlichtweg keinen Platz für die *strict* oder *constructive liability*.¹⁶⁹⁷ Die Strenge der *felony murder* und *misdemeanor-manslaughter rules* (gerade hinsichtlich der angedrohten Strafen) ist aus kontinentaleuropäischer Sicht in der Tat schwer nachzuvollziehen, das Phänomen der erfolgsqualifizierten Delikte ist allerdings nicht unbekannt.¹⁶⁹⁸ Sowohl die *infractions praeterintentionnelles* des französischen Rechts,¹⁶⁹⁹ als auch die Schuldform der *preterintenzionalità* im italienischen Strafrecht¹⁷⁰⁰ sind damit zumindest in Bezug auf den Grundgedanken vergleichbar und gehen über eine reine Erfolgsqualifikation hinaus. Ähnliche Figuren gaben und geben auch in den deutschsprachigen Rechtsordnungen Anlass zu Diskussionen. Das Eintreten eines erschwerenden Erfolgs kann bei diesen erfolgsqualifizierten Delikten im deutschsprachigen Raum allerdings jeweils nur zu einer Strafschärfung führen und es wird i.d.R. mind. Fahrlässigkeit hinsichtlich der schwereren Folge vorausgesetzt.¹⁷⁰¹ Entsprechend „qualifiziert“ der Erfolg eben nur, bestimmt aber nicht die Strafbarkeit selbst, weswegen die Verwendung dieser Begrifflichkeit auch für die Regeln des US-amerikanischen Rechts nicht vollends passend scheint. Viele Fälle, welche im amerikanischen Recht als *felony murder* behandelt werden, würden wohl zudem im deutschsprachigen Recht

1697 SPENCER/PEDAIN, 237.

1698 So auch WEIK, 307 f.; zu den Parallelen zur *strict liability* siehe auch HÖRSTER, 155 ff.

1699 LELIEUR/PFÜTZNER/VOLZ, III, 687; als Beispiele gelten die Körperverletzung mit Todesfolge (Art. 222–7 F-CP) oder die Entführung mit Todesfolge (Art. 224–2 F-CP). Auch diese Delikte zeichnen sich ähnlich der *constructive liability* dadurch aus, dass der Täter zwar im Allgemeinen vorsätzlich gehandelt haben muss, er dabei jedoch den strafbegründenden und strafschärfenden zusätzlichen Erfolg weder gewollt noch in Kauf genommen haben muss; siehe zu dieser speziellen Vorsatzform auch COLETTE-BASECQZ/LAMBINET, 39 f. und mit rechtsvergleichendem Fokus PRADEL, N 78.

1700 Das italienische Recht kennt nur noch zwei Fälle des präterintentionalen Verbrechens, die Tötung (Art. 584 I-CP) und die Abtreibung (Art. 18 Abs. 2 Legge 22 maggio 1978, n. 194). Daneben existieren noch erfolgsqualifizierte Delikte im herkömmlichen Sinne. Die Präterintentionalität geht aber weiter und wird als besondere Schuldform bzw. Form objektiver Zurechnung zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz angesiedelt. Der Erfolg wiegt dabei schwerer als der vom Täter gewollte, stellt aber trotzdem den Strafgrund dar; JARVERS, III, 701 f. Nachdem diese Konstruktionen und andere Lockerungen des Schuldprinzips in Italien früher weitere Verbreitung fanden, sind sie seit der verfassungsgerichtlichen Garantie des Schuldprinzips nur noch sehr eingeschränkt vorzufinden; siehe dazu bereits S. 38 Fn. 164 m.w.N.

1701 WEIK, 307 f.; die erfolgsqualifizierten Delikte unterscheiden sich entsprechend durchaus von der *constructive liability* im angelsächsischen Rechtsraum; so auch SPENCER/PEDAIN, 237.

als Eventualvorsatz behandelt, wobei auch hier das Nachweiserfordernis der subjektiven Tatseite keineswegs entfällt.¹⁷⁰²

Bereits die Variante der erfolgsqualifizierten Delikte gibt allerdings Anlass zu Kontroversen in Zusammenhang mit dem Schuldprinzip. Erfolgsqualifizierte Delikte sind gemäss deutscher Doktrin vorsätzliche Straftaten, deren Begehung einen weiteren, schwereren Erfolg nach sich ziehen.¹⁷⁰³ Ein klassisches Beispiel des deutschen Rechts ist die in § 227 I D-StGB normierte „Körperverletzung mit Todesfolge“. Der schwerere Erfolg muss dabei jedoch wenigstens fahrlässig herbeigeführt werden. Bei dieser sog. „Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination“ wird folglich – anders als bei den besprochenen angelsächsischen Konstellationen – nicht auf ein subjektives Tatmerkmal hinsichtlich des Erfolgs verzichtet. Vielmehr wird dafür nur eine weniger weitgehende Verschuldensform verlangt.¹⁷⁰⁴

Die Legitimität erfolgsqualifizierter Delikte wird regelmässig bestritten. Kritisiert werden primär die zu hohen Strafrahmen.¹⁷⁰⁵ Gerechtfertigt wird auch diese Doktrin mit Präventionsüberlegungen und damit, dass der Täter sich im Moment der Tatbegehung regelmässig der Gefährlichkeit bewusst sei und deshalb mit dem Eintritt auch des schwereren Erfolgs rechnen müsse.¹⁷⁰⁶ Frühere Formen der Erfolgsqualifikation, die den Regelungen des angelsächsischen Rechts nahekamen, wurden jedoch Mitte des 20. Jahrhunderts ausgeräumt. Zuvor gab es dagegen durchaus auch Konstellationen, bei denen gemäss dem Grundsatz *versari in re illicita* Täter für alle Folgen, die aus einer strafbaren Handlung resultierten, haftbar gemacht wurden und zwar unabhängig vom Verschulden in Bezug auf den Tatausgang.¹⁷⁰⁷ Mittlerweile hält § 18 D-StGB allgemein fest, dass bei erfolgsqualifizierten Delikten mind. Fahrlässigkeit in Bezug auf den Erfolg vorliegen muss.¹⁷⁰⁸ Eine parallele Entwicklung in Österreich resultierte im bestehenden § 7 Abs. 2 Ö-StGB, der das gleiche vorsieht.¹⁷⁰⁹ Eine analoge Regelung kennt das

1702 So auch WEIK, 310.

1703 So ROXIN, AT, § 10 N 108.

1704 ROXIN, AT, § 10 N 108; SPENCER/PEDAIN, 242. Gemäss FRISTER, Schuldprinzip, 61, enthalte diese Bestimmung allerdings eine schuldunabhängige Bedingung der Strafbarkeit und verstosse deshalb gegen das Schuldprinzip.

1705 ROXIN, AT, § 10 N 109 m.w.N.

1706 Kritisch MÜLLER-DIETZ, Grenzen des Schuldgedankens, 14 f.

1707 ROXIN, AT, § 10 N 122. Gemäss Roxin sei diese Form der erfolgsqualifizierten Delikte in Deutschland durch die Rechtsprechung erst 1953 endgültig beseitigt worden.

1708 SPENCER/PEDAIN, 242; HÖRSTER, 156.

1709 Vgl. KÖHLER, 52.

schweizerische Strafrecht nicht. Dies deshalb, weil bei der StGB-Revision 1989 die Erfolgsqualifikationen – gerade im Rahmen der Delikte gegen Leib und Leben – aufgehoben und die entsprechenden Bestimmungen bereinigt wurden, da sie gemäss Kritikern im Schuldstrafrecht keinen Platz hätten.¹⁷¹⁰

Das Mass des persönlichen Verschuldens und die verminderten Anforderungen an den subjektiven Tatbestand hinsichtlich des Erfolgs werden demzufolge in der angedrohten Strafe grundsätzlich berücksichtigt und erfolgsqualifizierte Delikte entsprechend milder beurteilt als die vorsätzliche Herbeiführung des Erfolgs. In der Tat ist es auch mit Blick auf die Normstabilisierung plausibel, dass der Erfolg nicht gänzlich unberücksichtigt bleibt, da er zum Mass der Normdestabilisierung und damit der Wirkung der Tat beitragen kann. Allerdings muss die nicht-vorsätzliche Herbeiführung des Erfolgs im Rahmen der Strafzumessung und der Festlegung des Strafrahmens Berücksichtigung finden. Ansonsten wäre die Strafbarkeit „striker“ als beim normalen Vorsatzdelikt. Ferner können nur Folgen berücksichtigt werden, die bei der Begehung des Grunddelikts aufgrund seiner Gefährlichkeit in Bezug auf die Herbeiführung schwerer Folgen zumindest vorhersehbar waren.¹⁷¹¹ Ein atypischer Tatausgang kann nicht der Infragestellung der Normgeltung durch den Täter zugeschrieben werden.

3.5 Objektive Strafbarkeitsbedingungen

Eine Diskussion, welche die deutschsprachige Literatur im Zusammenhang mit dem Schuldprinzip beschäftigt, ist diese um das Konstrukt der sog. objektiven Strafbarkeitsbedingungen.¹⁷¹² Auch diese Fälle stellen einen Verstoß gegen das Deckungsprinzip i.e.S. dar und die Strafbarkeit hängt von externen Faktoren ohne Schuldrelevanz ab.¹⁷¹³ Während die strafbare Handlung beim erfolgsqualifizierten Delikt bereits ohne den hinzutretenden Erfolg strafbar wäre und der Erfolg die Strafbarkeit nur verschärft, sollen die objektiven Strafbarkeitsbedingungen die Strafbarkeit jedoch einschränken. Die Grenzen zwischen diesen zwei Deliktstrukturen sind allerdings fließend.

Eine objektive Strafbarkeitsbedingung liegt dann vor, wenn das Gesetz die Strafbarkeit vom Vorliegen bestimmter Umstände abhängig macht. Da diese Faktoren nicht als Tatbestandsmerkmale gelten, müssen sie auch nicht von

1710 Dazu z.B. ROTH/BERKEMEIER, BSK II-StGB N 3 Vorb Art. 122; KÖHLER, 49 ff.

1711 Ähnlich ROXIN, AT, § 10 N 114.

1712 Siehe dazu z.B. ausführlich FRISTER, Schuldprinzip, 46 ff.; zu den Parallelen zur *strict liability*-Doktrin siehe auch HÖRSTER, 150 ff.

1713 SPENDER/PEDAIN, 243.

der Schuld umfasst sein.¹⁷¹⁴ In diesen Fällen genügt die tatbestandsmässige, rechtswidrige und schuldhaft begangene Tat noch nicht um die Strafbarkeit zu begründen. Die Strafbarkeit ist vielmehr vom Vorliegen oder Nicht-Vorliegen weiterer materieller Voraussetzungen abhängig, welche nicht Teil des eigentlichen Unrechts bilden.¹⁷¹⁵ Begründet werden diese zusätzlichen Voraussetzungen damit, dass die Schuld des Täters zwar eine notwendige Voraussetzung des Strafanspruchs ist, aber nicht zwingend eine ausreichende.¹⁷¹⁶ Die Rechtfertigung einer Strafe erfordere nicht nur die schuldhaft Verwirklichung des Unrechts, sondern auch ein öffentliches bzw. kriminalpolitisches Interesse an der Bestrafung.¹⁷¹⁷

Kritiker bezeichnen die Strafbarkeitsbedingungen als Überreste einer alten Erfolgshaftung, welche dem Schuldstrafrecht zuwiderlaufen würden.¹⁷¹⁸ Gemäss herrschender Auffassung ist das Schuldprinzip allerdings nur insoweit beeinträchtigt, als diese objektiven Umstände die Strafbarkeit erst begründen oder verschärfen, nicht aber, wenn sie die Strafbarkeit nur einschränken.¹⁷¹⁹ Entsprechend genüge das Argument, es handle sich um externe Bedingungen für einige Fälle, nicht aber für alle.¹⁷²⁰ Vertreterinnen und Vertreter der Legitimität objektiver Strafbarkeitsbedingungen stellen die Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip im Ausgangspunkt von der Unrechtsrelevanz des infrage stehenden Merkmals ab.¹⁷²¹ Ob dies in der Praxis wirklich zutrifft, ist umstritten. Als ein Beispiel einer solchen objektiven Bedingung im deutschsprachigen Raum gelten die jeweiligen Bestimmungen zum sog. Raufhandel (§ 91 Ö-StGB/§ 231 D-StGB/Art. 133 CH-StGB).¹⁷²² Der Vorsatz muss sich bei dieser

1714 BERNREITER, 5.

1715 SCHAAD, 12 f.

1716 SCHAAD, 14.

1717 Zu diesem und weiteren Argumenten siehe FRISTER, Schuldprinzip, 46 f. m.w.N.

1718 HAFTER, BT I, 45.

1719 BERNREITER, 5.

1720 So SPENCER/PEDAIN, 245.

1721 GEISLER, 130 ff. m.w.N.; dies werde mit dem bereits diskutierten Prinzip begründet, dass sich Unrecht und Schuld vollständig decken müssen.

1722 Die entsprechenden Bestimmungen sind jeweils – so die h.L. – als abstrakte Gefährungsdelikte ausgestaltet. In Österreich wird der Erfolgseintritt beim Raufhandel als objektive Strafbarkeitsbedingung behandelt und gilt entsprechend gemäss FUCHS/REINDL-KRAUSKOPF, 62, nicht als erfolgsqualifiziertes Delikt, obwohl der Wortlaut etwas anderes vermuten lassen würde. Da der Angriff strenger bestraft wird, wenn eine schwere Körperverletzung verursacht wurde, scheint es in der Tat fraglich, ob es sich nicht doch um eine Form der Erfolgsqualifikation handelt – auch wenn die schweren Folgen nicht einem bestimmten Angreifer zugerechnet werden müssen. Auch bei § 231

Konstruktion nur auf die Teilnahme an der Schlägerei beziehen, nicht aber auf den ernstlichen Erfolg.¹⁷²³ Es ist allerdings streitbar, ob es sich dabei wirklich um eine rein objektive Strafbarkeitsbedingung handelt oder nicht eher auch von einer Erfolgsqualifikation gesprochen werden kann. So sehe z.B. die Schweizer Bestimmung zum Raufhandel einen zu hohen Strafraumen vor, wenn man die objektive Strafbarkeitsbedingung bzw. Erfolgsqualifikation ausser Acht lassen würde.¹⁷²⁴ Da es sich beim Erfolgseintritt nur um ein „Indiz für das Ausmass der Gefährdung“ handle, das die strafrechtliche Verfolgung rechtfertige, dürfe sich die Strafzumessung nicht an der Schwere des Erfolgs orientieren.¹⁷²⁵ Der schweizerische und deutsche Gesetzestext lässt diesen Schluss auch zu. Der Wortlaut von § 91 Ö-StGB hingegen sieht bei Todesfolge einen erhöhten Strafraumen vor, was wiederum auf eine Erfolgsqualifikation schliessen lässt. Die Grenzen zwischen Erfolgsqualifikation und dieser Art von objektiver Strafbarkeitsbedingung sind gerade mit Blick auf die Normstabilisierung in ihrer Wirkung nur schwer voneinander abzugrenzen.

Klar ist, dass schuldunabhängige Strafvoraussetzungen dann heikel sind, wenn diese die Normdestabilisierung überhaupt erst begründen. Das sei gemäss *Frister* dann der Fall, wenn die entsprechenden „externen“ Umstände eintreten müssten, damit überhaupt eine „Gefahr für die Normakzeptanz entsteht, deren Abwehr die Strafe bezweckt“. In diesen Fällen würde der Täter auch dann für eine Normdestabilisierung zur Rechenschaft gezogen, die ihm gar nicht zugeschrieben werden könne, d.h. wenn also keine Schuld hinsichtlich der externen Bedingungen vorliege. Solche „schuldunabhängige, gefahrbe gründende Strafvoraussetzungen“ seien mit dem Schuldprinzip unvereinbar. Es gäbe hingegen auch Konstellationen, bei denen es sachliche Gründe dafür gebe, eine aus einem schuldhaften Verhalten resultierende Gefahr für die Normakzeptanz nicht abzuwehren.¹⁷²⁶ Dieser differenzierten Haltung ist

D-StGB handle es sich bei der schweren Folge gemäss KÜHL, L/K-StGB § 231 N 5, um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit, welche nicht vom Vorsatz umfasst sein muss. Auch der schweizerische Art. 133 CH-StGB ist ähnlich ausgestaltet und wird gleich eingestuft; DONATSCH, Strafrecht III, 81.

1723 Anstatt viele z.B. SPENCER/PEDAIN, 244, welche darin eine klare Parallele zur *constructive liability* des angelsächsischen Rechts sehen.

1724 So SCHAAD, 39 f., der aber festhält, dass der Missbrauch von Strafbarkeitsbedingungen noch nicht bedeute, dass sie auch in der Theorie dem Schuldgrundsatz widersprechen müssen. Objektive Strafbarkeitsbedingungen seien grundsätzlich durchaus mit dem Schuldgrundsatz vereinbar.

1725 So MAEDER, BSK II-StGB 133 N 1 22.

1726 FRISTER, Schuldprinzip, 49 f.

grundsätzlich zu folgen. So können sich objektive Strafbarkeitsbedingungen tatsächlich auf Faktoren beziehen, welche mit dem persönlichen Schuldvorwurf, d.h. der Zuschreibung der Normdestabilisierung, nicht in direktem Zusammenhang stehen, sondern aufgrund anderer Überlegungen zum Einsatz kommen. Wenn der Täter durch eine solche Konstruktion hingegen für einen Taterfolg zur Rechenschaft gezogen wird, welcher nicht in seinem Verantwortungsbereich liegt, d.h. er die Normgeltung nicht in diesem Masse infrage gestellt hat, kann die Konstruktion zu einer strikten Verantwortung bzw. dysfunktionalen Überbestrafung führen.

3.6 Rauschatbestände als Verantwortlichkeit für Risikoverhalten

Das am häufigsten angeführte Beispiel eines Delikts mit objektiver Strafbarkeitsbedingung ist die Rauschat (§ 323a D-StGB/§ 287 Ö-StGB/Art. 263 CH-StGB).¹⁷²⁷ Aufgrund der hohen Aufmerksamkeit, welche dieser Rechtsfigur in der deutschsprachigen Literatur zukommt, rechtfertigt sich eine genauere Untersuchung. Diese sog. Rauschatbestände erfassen die Fälle, in denen eine Person bei der Begehung eines Delikts schwer berauscht und daher schuldunfähig ist, jedoch nicht auf die Rechtsfigur der *actio libera in causa* zurückgegriffen werden kann.¹⁷²⁸ Das normierte Unrecht setzt voraus, dass sich der Täter selbstverschuldet in einen Zustand der Unzurechnungsfähigkeit begeben und in diesem Zustand ein Delikt (die Rauschat) begangen hat.¹⁷²⁹ Die Verantwortlichkeit des Täters beschränkt sich dabei auf den Rausch selbst.¹⁷³⁰ Gemäss h.L. handelt es sich dabei um ein abstraktes Gefährdungsdelikt mit einschränkender objektiver Strafbarkeitsbedingung, da die Gesetzgeber die Berauschung zum massgeblichen Unrecht erklärt hätten.¹⁷³¹ Diese materielle Einordnung als Gefährdungsdelikt ist allerdings umstritten.¹⁷³² Die gängige Argumentation, bei der Rauschat sei die Taterfüllung selbst nur als objektive Strafbarkeitsbedingung zu werten, wird als problematisch beurteilt, da die Berauschung an sich keinen selbständig strafwürdigen Tatbestand bilde. Gemäss anderer Auffassung sei die schuldhafte Berauschung bereits selbst ausreichend strafwürdig, da damit eine abstrakte Gefahr geschaffen werde,

1727 Anstatt vieler z.B. SPENCER/PEDAIN, 244; BERNREITER, 5 f.

1728 BOMMER, BSK II-StGB 263 N 1; siehe zur *actio libera in causa* sogleich mehr auf S. 358 ff.

1729 BOMMER, BSK II-StGB 263 N 1.

1730 JAKOBS, AT 2. A., 505 f. (17/63).

1731 JUHÁSZ, 183 f.; FUCHS, AT, 208; siehe für die Schweiz auch BGE 83 IV 161, 162 f.

1732 Kritisch z.B. STRENG, ZStW 1989, 317 f.

welche sich jederzeit in strafbare Handlungen aktualisieren könne.¹⁷³³ Würde man nun aber das Delikt als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestalten, würden auch Handlungen strafbar, die in der sozialen Realität nicht oder kaum als Störung wahrgenommen würden.¹⁷³⁴ Es handle sich also um ein Gefährdungsdelikt, welches bei Folgenlosigkeit aufgrund von pragmatischen Überlegungen nicht strafbar sei.¹⁷³⁵ Das Schuldprinzip werde folglich gemäss h.L. gewahrt, da die tatbestandsmässige Handlung die Herbeiführung der Schuldunfähigkeit sei.¹⁷³⁶

Kritisiert wird in Zusammenhang mit dem Schuldprinzip jedoch primär, dass sich die angedrohte Strafe regelmässig (bei der Schweizer Bestimmung sogar explizit) nach der im Rausch begangenen Tat richte und diese daher das Unrecht beeinflusse, was indiziere, dass die Rauschtat selbst als objektive Bedingung der Strafbarkeit doch unrechtsrelevant sei und es sich um einen „verkappten Strafschärfungsgrund“ handle.¹⁷³⁷ Die Einordnung dieses Delikts als Gefährdungsdelikt sei „wirklichkeitsfremd“ und es könne nicht ignoriert werden, dass diese „objektive“ Bedingung der Strafbarkeit ganz massgeblich das Tatunrecht, die Schuldzuweisung und entsprechend auch die Strafe prägen würde. Ohne diese angeblich „schuldindifferente“ Bedingung würde niemand auf die Idee kommen, das Sich-Berauschen als strafwürdig zu erklären und das sogar noch mit einem beträchtlichen Strafraumen. Es handle sich folglich um eine Ausnahme von den Regelungen des Allgemeinen Teils und der Schuldfähigkeit, welche sich mit dem Schuldprinzip nicht vereinen lasse.¹⁷³⁸ In der Tat erlaube es erst die „Drastik der Tat im Rausch“, die Berauschung als Unrecht zu qualifizieren.¹⁷³⁹ Erst diese „Erfolgsmaterialisierung“ demonstriere überhaupt die Notwendigkeit des Verbots der abstrakten Gefährdung.¹⁷⁴⁰

Dem angelsächsischen Strafrecht ist diese Deliktskonstruktion primär deshalb unbekannt, weil absichtliche Berauschung (*voluntary intoxication*) bereits als Form des fahrlässigen Handelns berücksichtigt wird und als *mens*

¹⁷³³ Siehe zu den verschiedenen vorgebrachten Argumenten z.B. BERNREITER, 5 f.

¹⁷³⁴ JAKOBS, AT 2. A., 335 f. (10/1).

¹⁷³⁵ JAKOBS, AT 2. A., 502 f. (17/59).

¹⁷³⁶ KILLIAS ET AL., AT, N 931; JUHÁSZ, 183 f.

¹⁷³⁷ STRENG, ZStW 1989, 317 f.; JESCHECK/WEIGEND, 557; JUHÁSZ, 77 f. und 183 f.; BOMMER, BSK II-StGB 263 N 4.

¹⁷³⁸ BRANDENBERGER, 84 ff., BOMMER, BSK II-StGB 263 N 1 und 4; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, 244; STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 40 N53; TRECHSEL/VEST, PK-StGB 263 N 4; KRILL, 80 f.

¹⁷³⁹ So JAKOBS, AT 2. A., 504 (17/61).

¹⁷⁴⁰ So JAKOBS, AT 2. A., 336 f. (10/1).

rea-Nachweis zumindest bei den sog. *basic intent offences* bereits ausreicht.¹⁷⁴¹ Während das deutsche Recht die Beeinträchtigung des Simultanitätsprinzips damit umgangen hat, dass es mit dem Rauschatbestand die Berauschung selbst zum Unrecht erklärt hat, gab englischsprachigen Autorinnen und Autoren die Lockerung der Koinzidenz weniger Anlass zur Besorgnis. Überhaupt sind andere Rechtsordnungen oftmals verhältnismässig strenger als diejenigen im deutschsprachigen Rechtsraum, was Taten unter Drogen- oder Alkoholeinfluss anbelangt.¹⁷⁴²

In der Tat stellt die Analyse der Konstruktion der Rauschatat hinsichtlich der Zuschreibung der Normdestabilisierung zu einem Täter ein schwieriges Unterfangen dar. Wie *Jakobs* treffenderweise beschreibt, kann die zunächst widersprüchlich anmutende Rechtslage, dass eine die Zurechnungsfähigkeit nur beeinträchtigende aber nicht aufhebende Berauschung die Schuld nicht aufhebt, während der Ausschluss der Zurechnungsfähigkeit infolge Volltrunkenheit einer Haftung grundsätzlich im Weg steht, damit erklärt werden, dass Zurechnung, wie bei den Elementen der Schuld festgehalten,¹⁷⁴³ jedenfalls ein kompetentes Subjekt voraussetzt. Ist ein normativ ansprechbares Subjekt grundsätzlich vorhanden, so ist das Mass der Zurechnung eine Frage des Massstabs, welche in direkten Zusammenhang mit der Einstandspflicht des Täters für seine eigene Lage abhängt.¹⁷⁴⁴ Die Funktion der Rauschatbestände liegt – ähnlich wie bei der noch zu analysierenden *actio libera in causa*¹⁷⁴⁵ – nun jedoch darin, die Manipulierbarkeit der Zurechnung zum eigenen Subjekt zu beseitigen. Diese Garantie werde nötig, da beim Wegfall der Zurechnung der Normenttäuschung nicht auf eine kognitive Erledigung ausgewichen werden könne und dem Täter verboten werden müsse, seine Subjektqualität durch einen Rausch zu vernichten oder massgeblich zu beeinträchtigen.¹⁷⁴⁶ Allerdings kommt der Rauschat selbst dabei durchaus eine normdestabilisierende Wirkung zu, d.h. eine in Bezug auf die Normgeltung.¹⁷⁴⁷

¹⁷⁴¹ *DPP v. Majewski* [1977] AC 443; SPENCER/PEDAIN, 244.

¹⁷⁴² KILLIAS ET AL., AT, N 931 mit dem Hinweis, dass die französische Rechtsordnung keinerlei Strafreduktion gegenüber einem berauschten Täter vorsehe, sondern diesen Umstand sogar erschwerend berücksichtige. Das angelsächsische Recht hingegen anerkenne die Schuldunfähigkeit nur in sehr engen Grenzen.

¹⁷⁴³ Siehe S. 287 ff.

¹⁷⁴⁴ JAKOBS, AT 2. A., 498 f. (17/56).

¹⁷⁴⁵ S. 358 ff.

¹⁷⁴⁶ JAKOBS, AT 2. A., 504 (17/61).

¹⁷⁴⁷ FRISTER, Schuldprinzip, 53 f.

Im Zentrum dieser Beurteilung steht die Frage, welche Norm im Falle einer Rauschtat stabilisiert werden muss. Die Relevanz des Erfolgs in der Konstruktion ist aus dieser Perspektive kaum zu leugnen: Es geht in der Tat wohl nicht einzig darum, dass man sich nicht masslos berauschen soll. Vielmehr dienen diese Bestimmungen dazu festzuhalten, dass eine eigenverantwortlich herbeigeführte Berauschung die eigentliche Destabilisierung der Norm durch den Taterfolg nicht zu entschuldigen vermag. Entsprechend steht auch gemäss *Frister* die Frage im Zentrum, ob die Funktion der entsprechenden Bestimmung darin liege, die durch die Rauschtat verletzte Norm selbst oder das Verbot sich zu berauschen, zu gewährleisten. Da auch Ersteres der Fall sei, handle es sich bei der Rauschtat um eine gefahrenbegründende und dennoch schuldunabhängige Bedingung der Strafbarkeit.¹⁷⁴⁸ Dieser Haltung ist zu folgen. Folglich handelt es sich tatsächlich um eine Lockerung des Deckungsprinzips und eine i.d.S. „strengere“ Verantwortlichkeit.

3.7 Versuchsstrafbarkeit und Schuldrelevanz des Erfolgseintritts

Im Zusammenhang mit der normdestabilisierenden bzw. der unrechtsbildenden Wirkung des Erfolgseintritts steht auch die Frage der hinsichtlich der Schuld angemessenen Beurteilung der Versuchsstrafbarkeit. Die Strafbarkeit des Versuchs ist grundsätzlich in allen untersuchten Rechtsordnungen anerkannt und weitgehend unbestritten.¹⁷⁴⁹ Die in aller Regel vorgesehene Strafmilderung hingegen bildet Gegenstand einer der Kontroversen zwischen Objektivisten und Subjektivisten.¹⁷⁵⁰ Da der Täter beim vollendeten Versuch alles getan habe, was nach seiner Überzeugung zum Taterfolg notwendig war und der Erfolg trotzdem nicht eingetreten ist, so sei er einer subjektivistischen Grundauffassung folgend nicht weniger schuldig, als der Täter mit gleicher Motivation, bei dem der Erfolg eingetreten ist.¹⁷⁵¹ Das Gewollte bleibe bei der versuchten Tat hinter der tatsächlichen Realisierung zurück, womit eine Diskrepanz zwischen rechtsfeindlichem Willen und Erfolgseintritt

¹⁷⁴⁸ FRISTER, Schuldprinzip, 53 f. und 58 f.

¹⁷⁴⁹ Im angelsächsischen Recht wird der Versuchsbeginn vergleichsweise früh angesetzt und es wird bereits jede Handlung erfasst, die über reine Vorbereitungshandlungen hinausgeht; SCHUBERT, 45; siehe z.B. auch *Criminal Attempts Acts 1981*, s. 1(1) (*England*).

¹⁷⁵⁰ DUFF, Subjectivism, 19; WACHTER, 7 ff.; siehe zu dieser Debatte bereits S. 84 ff.

¹⁷⁵¹ MÜLLER-DIETZ, Grenzen des Schuldgedankens, 11 f.; SCHNYDER, 20; ASHWORTH/HORDER, Principles, 456.

entstehe.¹⁷⁵² Die Versuchsstrafbarkeit bildet damit das Gegenstück zur Strafschärfung als Folge der Erfolgsqualifikation.¹⁷⁵³

Die mildere Bestrafung des Versuchs kann damit erklärt werden, dass diese Art der Normenttäuschung aufgrund mangelnder Vollendung weniger gravierend ist. Dies primär, weil die Nichtvollendung als Zeichen fehlender Ernsthaftigkeit gewertet werden kann oder weil sie auf die Inkompetenz des Täters hinweist und folglich weniger massgeblich scheint.¹⁷⁵⁴ Allerdings kann der Nichteintritt auch von reinem Glück abhängen. Dass der Erfolgseintritt auch dann als unrechtsrelevant bzw. unwerterhöhend erachtet wird, zeigt, dass auch objektive Kriterien Eingang in die Versuchslehre gefunden haben.¹⁷⁵⁵ Es kann aber auch auf der relativen Irrelevanz der Normenttäuschung für die soziale Ordnung basieren, was wie bereits aufgezeigt wurde, ausserhalb der Schuldkategorie angesiedelt wird.¹⁷⁵⁶ Diesem Aspekt folgend schliesst zwar der Nichteintritt des Erfolgs nicht die Schuld i.S.d. Strafbegründungsschuld aus, da die Norm trotzdem erfolgreich infrage gestellt wird. Der Umstand gewinnt jedoch Einfluss auf die Strafzumessungsschuld, da der verursachte Normgeltungsschaden und in der Folge das Strafbedürfnis geringer ausfallen.¹⁷⁵⁷ Auch die Bestrafung des Versuchs kann somit mit Blick auf die Funktion der Strafe plausibel begründet werden.¹⁷⁵⁸

Die Versuchsstrafbarkeit bildet in der Tat ebenfalls Gegenstand der vorangehend eingeführten *moral luck*-Debatte. Während der Täter beim erfolgsqualifizierten Delikt „Pech“ hatte, dass der Erfolg eingetreten ist, hat der Täter im Falle des Versuchs „Glück“, dass er nicht eingetreten ist. Entsprechend erlangt der Erfolg auch hier Bedeutung für das Ausmass des Normgeltungsschadens. Die Relevanz dieses Zufallsmoments kann ferner in anderen Konstellationen beobachtet werden, so z.B. beim fahrlässigen Erfolgsdelikt. Hier wird der Täter nur bestraft, wenn der tatbestandsmässige Erfolg eintritt, bleibt er hingegen aus, ist das Verhalten straflos.¹⁷⁵⁹ Auch wenn der Erfolgseintritt als Indiz für die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung gewertet werden kann, so ist es in aller Regel doch auch der Zufall, der darüber entscheidet, ob aus

1752 WACHTER, 10.

1753 MÜLLER-DIETZ, Grenzen des Schuldgedankens, 11 f.

1754 So BLECKMANN, 169 f.; ähnlich auch STRENG, ZStW 1989, 322 f.

1755 DONATSCH/TAG, 134.

1756 Siehe zum Objektivismus bereits S. 84 ff.

1757 BLECKMANN, 169 f.; WACHTER, 7; ASHWORTH/HORDER, Principles, 457.

1758 STRENG, ZStW 1989, 322 f.

1759 MÜLLER-DIETZ, Grenzen des Schuldgedankens, 11.

gleicher Indifferenz gegenüber der Norm ein schädlicher Erfolg resultiert oder nicht.¹⁷⁶⁰

3.8 Vereinbarkeit der Lockerungen des Deckungsprinzips mit dem Schuldprinzip

Die in dieser Unterkategorie behandelten Fälle von Lockerungen des *principle of correspondence* i.w.S. werden, wie aufgezeigt werden konnte, hinsichtlich der Evaluation der Qualifikation der vom Täter ausgehenden Kommunikation für die Normdestabilisierung relevant. Straftatbestände haben den Anspruch eine spezifische Norm, d.h. eine normative Erwartung, zu schützen. Straftäter sind entsprechend für diese ihnen zuzurechnende Erwartungsenttäuschung verantwortlich. Der Deliktskatalog basiert auf dieser Tatsache, d.h. ein Schuldvorwurf wird nicht willkürlich platziert – z.B. aufgrund einer Charakter- oder Lebensführungsschuld –, sondern nur wenn eine speziell geschützte Erwartung durch die Tat enttäuscht wurde. Die in dieser Kategorie als *constructive liability* behandelten Fälle versagen regelmäßig bei der Voraussetzung, diesen Zusammenhang zwischen Tat und Normenttäuschung präzise widerzugeben. Das bedeutet nun nicht, dass nicht auch der Taterfolg den Normgeltungsschaden qualifiziert erhöhen kann. Diese Konstruktionen sind vielmehr deshalb strikt, weil sie es nicht vermögen, die exakte Verantwortung für einen spezifischen Schaden festzustellen, was wiederum oftmals zu einer Überbestrafung führt. *Versari in re illicata* ist deshalb dysfunktional. Ein Straftäter sollte nicht für jeden irgendwie kausal verursachten Erfolg zur Rechenschaft gezogen werden, sondern ausschliesslich für die tatsächlich verursachte Normdestabilisierung. Dieses Ausmass festzustellen ist nun nicht indifferent in Bezug auf den subjektiven Tatbestand bzw. die *mens rea* und darüber hinaus auch nicht in Bezug auf die Korrespondenz von *mens rea* und *actus reus*. Die besprochenen Fälle, bei denen eine solche Indifferenz in der Tat nachgewiesen werden kann, sind demzufolge als Fälle einer *strict liability* zu klassifizieren.

4. Strict Liability in Bezug auf das Simultanitätsprinzip

4.1 Simultanität und Vorverschulden

Das Simultanitätsprinzip bzw. Koinzidenzprinzip bildet ebenfalls einen potenziell problematischen Bestandteil der Schulddogmatik. Gemäss diesem

¹⁷⁶⁰ NOLL PETER, FS Mayer, 232.

auch im angelsächsischen Raum bekannten Prinzip (*principle of concurrence* oder *principle of contemporaneity*), müssen objektiver und subjektiver Tatbestand zeitlich zusammenfallen.¹⁷⁶¹ Die Vorsatz- und Schuldregelungen des Allgemeinen Teils stellen grundsätzlich darauf ab, dass die relevanten subjektiven Merkmale bei Tatbegehung vorliegen müssen, dass sich also auch das innere Pendant zur Tathandlung simultan abspielt.¹⁷⁶² Diese „Schuld-Tatzeit-Koinzidenz“ stellt ein Kernanliegen des Schuldprinzips dar.¹⁷⁶³ Es handelt sich ferner auch um einen Ausfluss des strafrechtlichen Grundprinzips, dass im Strafverfahren nicht der generelle Charakter des Täters i.S. einer Lebensführungsschuld beurteilt wird, sondern eine spezifische Straftat.¹⁷⁶⁴

Die Lehre der Zeitgleichheit wird jedoch in der Praxis oftmals pragmatischen Überlegungen geopfert bzw. wird sie im geltenden Recht kaum vollends durchgehalten.¹⁷⁶⁵ Die konkrete Umsetzung ist sodann auch nicht immer klar, ist doch oftmals nicht eindeutig feststellbar, wann eine Tathandlung beginnt. Gerade bei solchen Straftaten, die sich über einen gewissen Zeitraum erstrecken, kann diese Bestimmung deshalb problematisch sein.¹⁷⁶⁶ Inwiefern ein allfälliges Vorverschulden in die Beurteilung einer Straftat miteinfließen darf, war und ist entsprechend in allen untersuchten Rechtsordnungen Gegenstand von Lehrstreitigkeiten. Gemäss der *doctrine of prior fault* findet im angelsächsischen Recht das Vorverschulden eines Angeklagten unter gewissen Umständen Eingang in die strafrechtliche Beurteilung.¹⁷⁶⁷ Auch im Umgang mit diesen Fragestellungen zeigen sich eine gewisse rechtsdogmatische Pragmatik und die Abwesenheit eines klar definierten „Allgemeinen Teils“ des Strafrechts. Jedoch gibt das Prinzip auch im deutschsprachigen Rechtsraum nicht weniger Anlass zu Diskussionen, gerade im Zusammenhang mit der *actio libera in causa* oder den bereits besprochenen Rauschtatbeständen.¹⁷⁶⁸

1761 SIMESTER ET AL., 196; ASHWORTH/HORDER, Principles, 80 und 157 f.

1762 HIRSCH, Tatstrafrecht, 14.

1763 JUHÁSZ, 76 f.

1764 CHILD, 37; ASHWORTH/HORDER, Principles, 157.

1765 ASHWORTH/HORDER, Principles, 157.

1766 Man beachte z.B. die Umstrittenheit des Konzeptes des „*continuing act*“; dazu ASHWORTH/HORDER, Principles, 158.

1767 ASHWORTH/HORDER, Principles, 80 und 159 ff.

1768 S. 349 ff. und S. 358 ff.

4.2 Doctrine of Prior Fault

Inwiefern ein „Vorverschulden“ einen strafrechtlichen Schuldvorwurf legitimieren kann, ist nicht auf Anhieb zu beantworten. Ein klassischer fiktionaler Fall, welcher eine einfache Antwort zuliesse, ist der von *Dr. Jekyll*, welcher ein Elixier zu sich nahm um sich in den mörderischen *Mr. Hyde* zu verwandeln. Auch wenn *Mr. Hydes* Morde selbst danach in Unzurechnungsfähigkeit begangen werden, würde er der Logik der Vorwerfbarkeit eines Vorverschuldens zufolge nicht weniger für seine Taten verantwortlich sein als ein zurechnungsfähiger Täter. Dieser Logik ist einfach zu folgen und es scheint sich dabei kaum um eine Form der strikten Verantwortlichkeit zu handeln.¹⁷⁶⁹ Bei der vorsätzlichen *actio libera in causa* in diesem Beispiel, einer in der Ursache freien Tat, setzt sich der Täter also bewusst in den Zustand der Schuldunfähigkeit um in diesem Zustand ein bestimmtes Delikt zu begehen.¹⁷⁷⁰ „*Causing the Conditions of One's Own Defence*“, so der aussagekräftige Titel einer Abhandlung von *Robinson*,¹⁷⁷¹ soll gemäss der Vorverschuldensdoktrin nicht entschuldigen. Eine Person, die sich vorsätzlich oder fahrlässig in einen Zustand der Unzurechnungsfähigkeit begeben hat, kann diesen Zustand nicht für ihre Verteidigung nutzen.¹⁷⁷² Dieser Konflikt des *principle of concurrence* mit der *doctrine of prior fault* wird im angelsächsischen Recht regelmässig zu Ungunsten des Angeklagten gelöst. So wird (willentliche) Berauschung kaum als Einrede zugelassen und dies unabhängig davon, ob die Tat voraussehbar war oder nicht. Auch einem Täter, der jemand anderen zu einem Angriff provoziert, ist es danach regelmässig nicht mehr gestattet, die Einrede der Selbstverteidigung vorzubringen.¹⁷⁷³ Dass die Behandlung des Vorverschuldens in den *Common Law*-Rechtsordnungen weniger Anlass zu Diskussionen gibt, kann auch mit dem tendenziell stärkeren Hang zum Täterstrafrecht erklärt werden.¹⁷⁷⁴

Es bleibt umstritten, inwiefern die heutigen in England und den USA geltenden Regelungen und die weitgehende Nichtakzeptanz gerade der Berauschung bzw. des Drogenkonsums im Allgemeinen (*intoxication*) mit dem Schuldprinzip vereinbar sind. Die Strafrechtswissenschaft hat entsprechend

1769 So auch HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 219 (1995), der dieses Beispiel anführt.

1770 FUCHS, AT, 207; JAKOBS, AT 2. A., 506 (17/64 f.).

1771 ROBINSON, 71 Va. L. Rev. 1 (1985).

1772 ASHWORTH/HORDER, Principles, 80.

1773 ASHWORTH/HORDER, Principles, 159 mit Verweis auf *Attorney-General for Northern Ireland v Gallagher* [1963] AC 439.

1774 Zu dieser Tendenz und Differenzierung bereits S. 97 ff.

versucht, Möglichkeiten zu finden, die Berücksichtigung des Vorverschuldens differenzierter vorzunehmen. Analog der Entwicklungen im deutschen Recht sollten Auswege gefunden werden, um Täter, welche die spätere Tat vorausahen oder hätten voraussehen müssen, von denjenigen zu unterscheiden, die im Moment der Berausung tatsächlich nicht mit diesen Konsequenzen rechnen mussten.¹⁷⁷⁵ Bis anhin konnte sich der Standpunkt jedoch in der englischen Doktrin nicht durchsetzen, dass ein Rauschzustand die *mens rea* grundsätzlich ausschliesst.¹⁷⁷⁶ Die englischen Gerichte haben aufgrund dieser Konstellation eine etwas seltsam anmutende Unterscheidung zwischen sog. *basic intent offences* und *specific intent offences* getroffen, wobei Schuldausschluss aufgrund von Intoxikation nur bei den Delikten mit letzterem, d.h. mit „spezifischem Vorsatz“ anerkannt wird.¹⁷⁷⁷ Bei Mord, welcher als Beispiel eines Delikts mit *specific intent*-Erfordernis gilt, sei der Schuldausschluss zu verkräften, da in diesen Fällen als Ersatz auffangweise eine ganze Reihe anderer Tötungsdelikte zum Einsatz kommen könnten.¹⁷⁷⁸ Die Unterscheidung dieser zwei Vorsatzformen wurde zwar theoretisch zu begründen versucht, sie ist allerdings kaum befriedigend.¹⁷⁷⁹ Im Rahmen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit hingegen ist der Fall im angelsächsischen Recht klar: Wenn Fahrlässigkeit für eine Strafbarkeit ausreicht, ist Berausung niemals eine taugliche Ausrede, da sich bereits jeder, der sich berausche, fahrlässig verhalte.¹⁷⁸⁰ Bestrebungen, diese Rechtslage zu ändern und einen eigenen Rauschatbestand einzuführen, bei dem das Unrecht in der eigentlichen Berausung liegt, konnten sich in bis anhin nicht durchsetzen.¹⁷⁸¹ Gleiches gilt auch für das US-amerikanische Strafrecht, wo in den meisten Staaten nur

¹⁷⁷⁵ Siehe dazu z.B. ROBINSON, 71 Va. L. Rev. 1 (1985); ASHWORTH/HORDER, Principles, 160; LOUGHNAN/WAKE, 113 ff.

¹⁷⁷⁶ ASHWORTH/HORDER, Principles, 194.

¹⁷⁷⁷ *DPP v. Majewski* [1977] AC 443.

¹⁷⁷⁸ ASHWORTH/HORDER, Principles, 195; ASHWORTH, Handbook, 544.

¹⁷⁷⁹ ASHWORTH/HORDER, Principles, 195 mit Verweis auf die Diskussion in WARD, 45 C.L.J. 247 (1986).

¹⁷⁸⁰ *Caldwell* [1982] AC 341; *DPP v. Majewski* [1977] AC 443, 474 f.; kritisch zu diesem Fahrlässigkeitsverständnis ASHWORTH/HORDER, Principles, 197 f.

¹⁷⁸¹ Die *Law Commission* hatte dies in England 1993 zwischenzeitlich vorgeschlagen. Die Idee der Schaffung eines Rauschatbestands analog zu den deutschsprachigen Rechtsordnungen wurde aber wieder verworfen; siehe dazu die Berichte *Law Commission Consultation Paper No. 127, Intoxication and Criminal Liability* (1993) und *Law Commission No. 229, Intoxication and Criminal Liability* (1995); dazu auch ASHWORTH/HORDER, Principles, 202 ff.

die unwillentliche Berauschung als Einrede gestattet wird, die willentliche jedoch niemals entschuldigt.¹⁷⁸² In einigen Bundesstaaten wird der englischen Unterscheidung gefolgt, die entsprechende *defence* ist dort also nur bei einer speziellen Auswahl von Delikten zulässig.¹⁷⁸³ Im Ergebnis bedeutet das, dass in England und in den USA Berauschung kaum je zu einem Schuldausschluss führt und das Simultanitätsprinzip in diesem Zusammenhang kriminalpolitischen Überlegungen weichen muss.¹⁷⁸⁴

4.3 Vorverschulden und *Actio Libera in Causa* in deutschsprachigen Rechtsordnungen

Im deutschsprachigen Raum gibt das Simultanitätsprinzip primär in Zusammenhang mit der bereits erwähnten *actio libera in causa* Anlass zu Diskussionen, da diese Konstruktion gemäss herkömmlichem Verständnis auf ein vor dem Unrecht der Tat liegendes Vorverschulden abstelle.¹⁷⁸⁵ Bei voller Berauschung entfällt grundsätzlich aufgrund von Zurechnungsunfähigkeit die Schuld. Im Zusammenhang mit der Rechtsfigur der *actio libera in causa* wird nun aber an eine Handlung angeknüpft, die noch im Zustand der Schuldfähigkeit begangen wurde.¹⁷⁸⁶ Auch wenn hier sehr wohl ein expliziter persönlicher Vorwurf erhoben wird, so wird der Anknüpfungspunkt des Schuldurteiles auf einen Zeitpunkt vor der tatbestandsmässigen Handlung vorverlegt und es ist fraglich, wie weit man die Schuld vorverlagern kann, ohne dass es sich um einen Vorwurf i.S. einer „Lebensführungsschuld“ handelt.¹⁷⁸⁷

Die Geltung dieser Rechtsfigur wird verschiedentlich begründet. So wird bspw. einerseits explizit angenommen, dass es sich um eine Ausnahme vom Koinzidenzprinzip handle. Andere Autorinnen und Autoren vertreten andererseits die Auffassung, dass in diesen Fällen vielmehr eine Variante der mittelbaren Begehung vorliege, bei der die Tathandlung schon früher beginne oder aber bei der der Tatbegriff selbst bereits ausgedehnt verstanden werden müsse.¹⁷⁸⁸ Das Koinzidenzprinzip bleibe dieser zweiten Annahme folgend – z.B. gemäss der von *Jakobs* vorgebrachten Analogie mit der

1782 ROBINSON, 586; RUSSELL-BROWN/DAVIS, 254; LIPPMAN, 277.

1783 RUSSELL-BROWN/DAVIS, 254.

1784 Kritisch zu dieser Rechtslage ASHWORTH/HORDER, Principles, 196 ff.

1785 HIRSCH, Tatstrafrecht, 14 m.w.N.

1786 FUCHS, AT, 206 f.

1787 BLECKMANN, 168.

1788 Siehe zu den verschiedentlich vorgebrachten Argumenten HIRSCH, Tatstrafrecht, 15 m.w.N.; STRENG, ZStW 1989, 309 ff. m.w.N.

mittelbaren Täterschaft – von der *actio libera in causa* unberührt, da bereits die Beseitigung der Zurechnungsfähigkeit die Tathandlung darstelle und die subjektiven Elemente zur Begehung der Tat zu diesem Zeitpunkt vorliegen würden.¹⁷⁸⁹

Die Regeln der Schuldunfähigkeit dienen, wie ausführlich besprochen wurde, der Kennzeichnung der Fälle, bei denen der Täter so „anormal“ war, dass er aufgrund seiner Nicht-Ansprechbarkeit nicht mehr als tauglicher Absender einer destabilisierenden Kommunikation wahrgenommen wird.¹⁷⁹⁰ Davon könne aber nun im Falle der *actio libera in causa* keine Rede sein, da die Frage der Schuldunfähigkeit gemäss *Streng* nicht mehr die vorausgesetzten grundlegenden Kompetenzen des Täters betreffen würde, sondern nur noch den „*modus operandi*“.¹⁷⁹¹ Es ist ferner umstritten, ob dieses Konstrukt bei fahrlässiger Tatbegehung überhaupt notwendig ist.¹⁷⁹² Bei der fahrlässigen *actio libera in causa* wird der Täter dafür in die Pflicht genommen, dass er sich in einen die Zurechnungsfähigkeit ausschliessenden Zustand versetzte, obwohl er hätte voraussehen können und müssen, dass er in diesem Zustand ein Delikt begehen könnte.¹⁷⁹³ Diese Voraussehbarkeit ist es sodann auch, welche den Schuldvorwurf (mit-)begründet und gerade für das Mass der Infragestellung der Normgeltung entscheidend ist. Ohne diesen (vorverlagerten) Fahrlässigkeitsvorwurf würde es sich hingegen tatsächlich um eine Art Kausalhaftung für im Rausch begangene Taten handeln, die den Rausch selbst bereits pönalisiert.

Im Zusammenhang mit der Relevanz des Vorverschuldens kann auch noch einmal das Beispiel der Rauschtat angeführt werden, welches bereits im Zusammenhang mit den objektiven Strafbarkeitsbedingungen diskutiert wurde.¹⁷⁹⁴ Im Unterschied zur *actio libera in causa* wird hier allerdings das Vorverschulden direkt bestraft und stellt als Herbeiführung einer Risikokonstellation die Tathandlung dar. Diese Konstellationen eines Vorverschuldens unterscheiden sich danach, in was das eigentliche Unrecht erblickt wird. Es stellt sich je nach Konstruktion jeweils die Frage, ob das Sich-Berauschen selbst, die durch das Berauschen verursachte Tat oder die Tat im

1789 JAKOBS, AT 2. A., 508 f. (17/68).

1790 Siehe S. 264 ff.

1791 Vgl. STRENG, ZStW 1989, 308 f.

1792 Gemäss BGHSt 40, 341, 343, bedarf es bei der Fahrlässigkeit nicht dieser Rechtsfigur; dazu HIRSCH, Tatstrafrecht, 14 f.

1793 FUCHS, AT, 207.

1794 Siehe S. 346 ff.

Rausch selbst das Unrecht bilden. Je nach Annahme und Rechtsfigur unterscheiden sich dem Koinzidenzprinzip folgend auch die Zeitpunkte, bei denen die erforderlichen subjektiven Merkmale und die Schuld vorliegen müssen.¹⁷⁹⁵

4.4 Vereinbarkeit der Lockerungen des Simultanitätsprinzips mit dem Schuldprinzip

Mit Blick auf die Normdestabilisierung stellt sich in der Tat die Frage, inwieweit Simultanität von Schuld und Tathandlung überhaupt von Relevanz für die Platzierung des persönlichen Vorwurfs ist. Das zeitliche Zusammentreffen von Schuldfähigkeit und Begehung der tatbestandsmässigen Handlung kann in gewissen Konstellationen tatsächlich an Bedeutung verlieren und die Destabilisierung durch den Normbruch des Täters davon unberührt bleiben.¹⁷⁹⁶ Eine komplette zeitliche Koinzidenz des Vorliegens des Schuldtatbestands und des Unrechtstatbestands ist folglich bei einer Gesamtbetrachtung nicht unbedingt zwingend für eine Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip.¹⁷⁹⁷

Es kann festgehalten werden, dass Motivationslagen in Bezug auf die normdestabilisierende Kommunikation und der zum Ausdruck gebrachte Sinn nicht erst im Zeitpunkt der Tat relevant werden, sofern nicht zugleich die Personalität des Täters völlig grundsätzlich infrage gestellt werden muss.¹⁷⁹⁸ Allerdings kann ebenso festgehalten werden, dass die Inanspruchnahme einer vorgelagerten Schuld für den Grad der Normdestabilisierung und damit für die Strafzumessung durchaus von Relevanz sein kann. In der Tat ist so also die klassische *actio libera in causa* – trotz Abweichungen vom Simultanitätsprinzip – keineswegs zwingend eine strikte Verantwortlichkeit. Gemäss *Husak* handle es sich deshalb nicht um eine *strict liability*, da die Schuld des Täters, welcher sich vorsätzlich oder fahrlässig in die entsprechende Situation bringe um eine Tat zu begehen, nicht minder schwer wiege als diejenige eines „Standardtäters“.¹⁷⁹⁹ Tatsächlich ist die Vorverlagerung der Schuld nicht in allen Fällen geeignet, die Funktionsweise der Schuldplatzierung zu beeinträchtigen. Es handelt sich nur dann um eine dysfunktionale strikte Konstruktion, wenn die Lockerung des Simultanitätsprinzips dazu führt, dass die persönliche Verantwortlichkeit für die Normdestabilisierung (und

¹⁷⁹⁵ JAKOBS, AT 2. A., 500 f. (17/57 f.).

¹⁷⁹⁶ Ähnlich STRENG, ZStW 1989, 309 f.

¹⁷⁹⁷ STRENG, ZStW 1989, 313.

¹⁷⁹⁸ BLECKMANN, 168 f.

¹⁷⁹⁹ HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 219 (1995).

für das tatsächlich erfolgte Mass an Destabilisierung) nicht mehr adäquat festgestellt wird, sondern auf einen reinen Kausalverlauf Bezug genommen wird ohne direkten Schuld nexus.

5. Strict Liability in Bezug auf Tatbestandsirrtümer

5.1 Tatbestandsirrtümer und Schuldvorwurf

Eine weitere Unterkategorie, die gerade aufgrund ihrer hohen Praxisrelevanz besondere Aufmerksamkeit verdient, ist diejenige Variation einer strikten Verantwortlichkeit, bei der Tatbestandsirrtümer als unbeachtlich erklärt werden. Auch hierbei handelt es sich um Fälle, bei denen keine volle Deckung zwischen *mens rea* und *actus reus* verlangt wird und die demzufolge im Widerspruch zur Geltung des *principle of correspondence* stehen. Irrtümer über ein Merkmal des objektiven Tatbestands (*mistakes of fact*) haben bei Vorsatzdelikten grundsätzlich den Ausschluss des subjektiven Tatbestands und damit Strafflosigkeit zur Folge.¹⁸⁰⁰ Wird der Irrtum über ein objektives Element des Delikts nicht berücksichtigt, handelt es sich um eine Abweichung vom Deckungsprinzip und eine spezifische Form der *strict liability*, welche die Geltung des Schuldprinzips berührt.¹⁸⁰¹ Im Vergleich zu den bereits besprochenen Delikten, bei welchen sich die Strenge des Schuldvorwurfs auf den ungewollten Erfolg bezieht, geht es hierbei also um eine Strenge hinsichtlich unverschuldeter Irrtümer.¹⁸⁰²

Die Zuteilung von Tatbestandsirrtümern zu den rechtfertigenden Einreden (*justifications*) wird in der angelsächsischen Literatur nicht einheitlich beurteilt.¹⁸⁰³ Klar ist zunächst, dass auch Handlungen des einem Irrtum unterliegenden Täters grundsätzlich geeignet sind, normative Erwartungen zu enttäuschen. Ein Täter, der sich jedoch wesentlicher Elemente des objektiven Tatbestands nicht bewusst ist und nicht bewusst sein kann, stellt mit seiner Handlung im Regelfall die Geltung der Norm nicht infrage. Die Enttäuschung kann folglich mit dem Irrtum erklärt werden und es bedarf keiner Zuschreibung zum Täter. Aus soziologischer Perspektive handelt es sich also um Einschränkungen der ordentlichen Funktionsweise des Mitteilungselements, d.h. der Beurteilung der Frage, inwiefern die Mitteilung des Täters geeignet

¹⁸⁰⁰ FORSTER, III, 674 f.

¹⁸⁰¹ WEIK, 273.

¹⁸⁰² SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1080 (1997).

¹⁸⁰³ Wobei sie gemäss SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1100 (1997), im Ergebnis richtig sei.

ist, die Normgeltung zu beeinträchtigen. Tatbestandsirrtümer entfalten sich demzufolge bereits beim subjektiven Unrechtstatbestand, also der Frage, ob überhaupt Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, sogleich dann aber auch bei der Beurteilung dieses Unrechts im Rahmen des Schuldvorwurfs. Da sie die Tat – bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen – bereits zu rechtfertigen und nicht erst zu entschuldigen vermögen, ist die Einteilung bei den *justifications* im Grundsatz richtig.

Gewisse Deliktstrukturen im angelsächsischen Recht sehen nun vor, dass Tatbestandsirrtümer in Bezug auf gewisse objektive Tatbestandsmerkmale keine Berücksichtigung finden. Bezieht sich der Irrtum auf ein Element, für das eine *strict liability* gilt, dann ist der Irrtum irrelevant für die Schuldfeststellung. Auch hier gilt die Strenge allerdings regelmässig nicht für alle objektiven Tatbestandsmerkmale, sondern nur für ausgewählte.¹⁸⁰⁴ Es ist fraglich, ob diese Konstruktionen geeignet sind, die Schuld des Täters angemessen zu reflektieren. Es scheint offensichtlich, dass der Täter in solchen – nachfolgend noch im Detail zu besprechenden Fällen – kaum je völlig unverantwortlich ist, was wiederum, wie bereits mehrfach betont, nicht jede Strafe rechtfertigt. Folglich muss die Konstruktion es erlauben, die Schuld des Täters angemessen wiederzugeben. Ansonsten handelt es sich in der Tat um Fälle einer *strict liability*.

5.2 Irrelevanz von Irrtümern hinsichtlich des Alters des Opfers

Der Hauptanwendungsfall der Irrelevanz von Tatbestandsirrtümern bildet die sog. *statutory rape*, bei welcher bei der Vornahme sexueller Handlungen mit einem Minderjährigen jeglicher (auch berechtigter) Irrtum hinsichtlich des Alters die Strafbarkeit nicht ausschliesst. Diese Regelung gilt bis heute in den meisten US-amerikanischen Bundesstaaten.¹⁸⁰⁵ Seit dem bereits angesprochenen Fall *Prince* aus dem Jahre 1875 galt auch in England für mehr als ein Jahrhundert die Maxime, dass die Strafverfolgungsbehörde kein persönliches Verschulden hinsichtlich des Altersmerkmals nachweisen musste.¹⁸⁰⁶ Diese

¹⁸⁰⁴ ALLEN, 98.

¹⁸⁰⁵ WEIK, 266 und 268 mit der Ergänzung, dass es jedoch auch eine Reihe von Staaten gebe, bei denen einen auf vernünftige Umstände gestützter Irrtum über das Alter die Strafbarkeit ausschliesse, wobei dabei die Beweislast regelmässig dem Beschuldigten zukomme. So entschuldige z.B. in Washington der Einwand, die Verführung habe auf einer ausdrücklichen Erklärung des minderjährigen Partners basiert.

¹⁸⁰⁶ GLAZEBROOK, 60 C.L.J. 26, 26 (2001); *Prince* [1875] 2 CCR 154; siehe zu diesem Fall bereits S. 39 und S. 50.

Maxime gilt im angelsächsischen Recht seit jeher vornehmlich für die *statutory rape*, aber auch für andere Sexualdelikte in Bezug auf Minderjährige wie z.B. andere Formen sexueller Übergriffe oder die Verführung Minderjähriger.¹⁸⁰⁷

Ursprüngliche Motivation des Gesetzgebers war es, durch diese strenge Pönalisierung Minderjährige zu schützen, welche selbst die Tragweite ihrer Handlung oder Einwilligung nicht ausreichend beurteilen können. Was beim damaligen Schutzalter von 10 Jahren noch plausibel erscheint, ist heute, bei teilweise gar bis 21 Jahren reichenden Altersgrenzen, kaum mehr zu rechtfertigen.¹⁸⁰⁸ Der *statutory rapist* hat deshalb mit einem Vergewaltiger im herkömmlichen Sinne in aller Regel wenig gemein. Der *Model Penal Code* wird diesem Umstand damit gerecht, dass er zwischen verschiedenen Alterskategorien differenziert. Bei sexuellen Handlungen an oder mit Kindern unter zehn Jahren gilt eine strikte Verantwortlichkeit, bei Minderjährigen zwischen 10 und 16 Jahren wird dagegen ein *reasonable mistake* anerkannt.¹⁸⁰⁹ Die moralisch aufgeladene Diskussion dieser Deliktskategorien vermag den Verzicht auf ein volles *mens rea*-Erfordernis jedoch nicht zu rechtfertigen.¹⁸¹⁰ Trotzdem wurden auf der Grundlage dieser Doktrin zahlreiche Gesetze verabschiedet und Tausende von Beschuldigten verurteilt.¹⁸¹¹ Primär wurde die Erhaltung der Doktrin damit begründet, dass sich, wenn Ignoranz gegenüber dem Alter des Opfers als Verteidigung gestattet würde, jeder erfolgreich der Strafbarkeit entziehen könne. Entsprechend sei dieser erhöhte Schutz aus pragmatischen Gründen zu rechtfertigen.¹⁸¹² Ferner könne angenommen werden, dass der Täter in diesen Fällen zumindest fahrlässig riskiert habe, dass das Opfer minderjährig sei, die Tat selbst also bereits implizit einen Fahrlässigkeitsvorwurf zulasse und die Strafe nicht völlig unabhängig vom persönlichen Verschulden ausgesprochen werde.¹⁸¹³

1807 SAYRE, 33 Colum. L. Rev. 55, 74 (1933).

1808 So BÄHR, 153 f.; MYERS, 64 Mich. L. Rev. 105, 110 f. (1965). Einen schlagenden Beweis für die „Realitätsblindheit“ liefere auch die Feststellung des *Subcommittee on Sex Crimes* für die Strafrechtsreform in Kalifornien aus dem Jahre 1950, nach der 95% der männlichen Bevölkerung irgendwann einmal eine *sex offence* begehen würden, welche nach dem Gesetz eigentlich zu verfolgen wäre; siehe dazu MYERS, 64 Mich. L. Rev. 105, 125 Fn. 125 (1965); diese Ergebnisse dürften auch fast 70 Jahre später kaum anders ausfallen.

1809 *Model Penal Code* (1985), s. 213.6(1); WEIK, 269; HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 206 (1995).

1810 So auch schon HALL, 43 Colum. L. Rev. 967, 995 (1943).

1811 GLAZEBROOK, 60 C.L.J. 26, 26 (2001).

1812 SAYRE, 33 Colum. L. Rev. 55, 75 (1933).

1813 SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1092 (1997).

Aufgrund anhaltender Kritik soll diese Doktrin nun aber zumindest in England und Wales der Vergangenheit angehören. In neueren Gerichtsurteilen aus den Jahren 2000¹⁸¹⁴ und 2002¹⁸¹⁵ wird festgehalten, dass das Alterselement eines Delikts nicht auf einer anderen Grundlage basiere als andere objektive Tatbestandsmerkmale und entsprechend der Schuld nachweis ebenso für dieses Element erbracht werden müsse, sofern der Gesetzgeber dies nicht explizit anders vorsehe.¹⁸¹⁶ Trotz dem Offenhalten dieser Hintertür – aufgrund dessen noch lange nicht von einer allg. Abkehr von dieser Form der strikten Verantwortlichkeit ausgegangen werden kann – handelt es sich bei diesem Urteil um ein Novum und die grundsätzliche Aufgabe einer lange überdauernden und vom Gesetzgeber gestützten Doktrin.¹⁸¹⁷ Es kann jedoch noch nicht beurteilt werden, wie einflussreich diese Entscheidung in Bezug auf die *statutory rape* für die kommende Rechtsprechung sein wird und ob sie nun auch als Massstab für andere Bestimmungen zum Schutze Minderjähriger generelle Gültigkeit erlangt.¹⁸¹⁸ Der englische Gesetzgeber hat bei der Ausarbeitung des *Sexual Offences Act 2003*¹⁸¹⁹ sodann auch wieder festgehalten, dass Irrtümer hinsichtlich des Alters dann irrelevant sind, wenn das Kind weniger als 13 Jahre alt ist. Bei Jugendlichen zwischen 13 und 16 hingegen sollen Irrtümer berücksichtigt werden, wenn sie auf einer vernünftigen Begründung basieren und unvermeidbar waren.¹⁸²⁰ Die neueren Urteile haben folglich zwar dazu geführt, dass die strikte Verantwortlichkeit in Bezug auf Irrtümer über das Alter etwas eingeschränkt wurde, der Aufruf der Richter, es handle sich bei der *presumption of mens rea* um ein verfassungsmässiges Prinzip, blieb jedoch zu einem wesentlichen Teil ungehört. Das Parlament hat nämlich noch keineswegs alle strikten Elemente verbannt.¹⁸²¹ So wurde bspw. mit dem bekannten Argument des Kinderschutzes und in Anwendung des neuen Sexualstrafrechts bereits in neueren Urteilen¹⁸²² wieder bestätigt, dass die *statutory rape* bei Kindern unter 13 Jahren eine *strict liability* vorsehe.¹⁸²³

1814 *B v. DPP* [2000] 2 AC 428.

1815 *K* [2002] 1 Cr App R 121, [2002] 1 AC 462.

1816 Siehe zu diesen Urteilen ASHWORTH/HORDER, Principles, 165 ff.; GLAZEBROOK, 60 C.L.J. 26, 26 (2001); JEFFERSON, 128 ff.

1817 JEFFERSON, 132.

1818 Dazu ausführlich GLAZEBROOK, 60 C.L.J. 26, 27 ff. (2001).

1819 *Sexual Offences Act 2003 (England)*.

1820 JEFFERSON, 132.

1821 ASHWORTH/HORDER, Principles, 166 f.

1822 *Z.B. R. v. G.* [2008] UKHL 37.

1823 ASHWORTH/HORDER, Principles, 167.

Bei den eben besprochenen Regelungen handelt es sich gemäss einheitlicher Einschätzung nicht etwa um Delikte ohne jegliches Verschulden, sondern um eine *impure strict liability* i.d.S., dass dem Täter zumindest der Vorsatz in Bezug auf die sexuellen Handlungen vorgeworfen werden muss.¹⁸²⁴ Insofern erfordere dieses Delikt gemäss Verteidigern dieser Rechtsfigur das Vorliegen einer Schuld im materiellen Sinne, auch wenn der Schuldvorwurf sich nicht auf alle Tatbestandsmerkmale erstrecke. Das Vorliegen dieses materiellen Schuldvorwurfs legitimiere die Abweichung vom Deckungsprinzip und rechtfertige die (auch harte) Bestrafung. Der Vorwurf an den Täter laute dahingehend, dass er durch die sexuelle Handlung selbst das Risiko geschaffen habe, einen solchen Fehler zu begehen.¹⁸²⁵ Erklären könne man die Regelung zumindest im Bereich der jüngeren Alterskategorie damit, dass dieses Delikt zu einer kleinen Klasse von Straftaten gehöre, bei welcher bereits die Erfüllung des *actus reus* eine gewisses Mass an Schuld mit sich bringe, da auch wenn eine vernünftige Person angenommen haben könnte, ein Kind sei älter als 10, also z.B. 12, so beinhalte das doch immerhin nach wie vor einen gewissen Grad an persönlicher Schuld.¹⁸²⁶

Auch in den deutschsprachigen Rechtsordnungen lässt ein Tatbestandsirrtum grundsätzlich den Vorsatz entfallen.¹⁸²⁷ Eine *strict liability* bei Sexualdelikten mit Minderjährigen kennen die Rechtsordnungen zwar nicht in dem Sinne, dass der subjektive Tatbestand in Bezug auf das Altersmerkmal als völlig unbeachtlich deklariert wird und jegliche diesbezügliche Einredemöglichkeiten versagt werden. Dennoch lassen sich in Bezug auf Sexualdelikte mit Minderjährigen ebenfalls spezielle Regelungen finden, bei denen hohe Ansprüche an die Anerkennung von Tatbestandsirrtümern gestellt werden. So sieht Art. 187 Ziff. 4 CH-StGB vor, dass bei sexuellen Handlungen mit Minderjährigen die irrije Vorstellung,

1824 SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1081 f. (1997).

1825 SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1092 f. (1997).

1826 So der Erklärungsversuch bei HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 206 (1995).

1827 HÖRSTER, 213. Die Bedeutung dieser Regelung erfährt allerdings im deutschen Recht eine massgebliche Einschränkung, da die entlastende Wirkung des Tatbestandsirrtums die fahrlässige Begehung nicht umfasst und die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gerade im Nebenstrafrecht beinahe ausnahmslos verbreitet ist; siehe § 16 Abs. 1 Satz 2 D-StGB; HÖRSTER, 208 f. In der Schweiz sieht Art. 13 Abs. 2 CH-StGB hingegen vor, dass der Täter nur wegen Fahrlässigkeit bestraft werden kann, wenn der Sachverhaltsirrtum bei pflichtgemässer Vorsicht hätte vermieden werden können. Ähnlich sieht auch Art. 8 Ö-StGB eine Strafbarkeit bei Fahrlässigkeitsdelikten nur vor, wenn auch der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht.

das Kind sei mindestens 16 Jahre alt, nur dann zum Strafausschluss führt, wenn der Irrtum auch bei pflichtgemäßer Vorsicht nicht hätte vermieden werden können.¹⁸²⁸ Ähnliche Spezialregelungen lassen sich in Deutschland und Österreich zwar nicht finden, viele Fälle, welche im angelsächsischen Recht unter die *statutory rape* fallen, dürften allerdings vom Eventualvorsatz umfasst sein. Da Irrtümer über den Sachverhalt nicht unbeachtlich sind und in die Feststellung der Verantwortlichkeit miteinfließen, kann jedoch nicht von einer mit der *statutory rape* vergleichbaren strikten Verantwortlichkeit gesprochen werden.

5.3 Irrelevanz von Irrtümern im Rahmen von Besitzdelikten

Ebenfalls in die Kategorie dieser Fälle, bei denen Tatbestandsirrtümer und damit das Fehlen des inneren Tatbestands hinsichtlich einzelner objektiver Merkmale als irrelevant gelten, gehören diejenigen, bei denen der Besitz eines verbotenen Gegenstands oder Produkts bestraft wird, wobei unerheblich bleibt, ob der Täter wusste, dass es sich um einen solchen handelt oder dass er überhaupt im Besitz eines solchen ist. Im angelsächsischen Recht haben sich zunehmend zahlreiche solche Besitzdelikte verbreitet, z.B. im Bereich des Waffenrechts oder auch in Bezug auf Gegenstände, welche in Zusammenhang mit Einbruchdiebstählen, täuschenden Waren oder Drogenhandel gebracht werden können.¹⁸²⁹ Ein bekanntes Beispiel betrifft den Fall *Warner* aus dem Jahre 1968,¹⁸³⁰ bei dem, begleitet von einer allg. „moralischen Panik“ in Bezug auf Drogendelikte, mittels einer künstlerischen Auslegung des Begriffs des Besitzes (*possession*) festgehalten wurde, dass für dieses Element keine *mens rea* erforderlich sei. Der Beschuldigte wurde verurteilt, obwohl er glaubhaft vorbringen konnte, dass die Drogen in einem Behälter in einem Café zurückgelassen wurden und er so unwissentlich in deren Besitz gekommen war.¹⁸³¹

¹⁸²⁸ Die Bestimmung sieht jedoch für den Fall eines solchen vermeidbaren Irrtums eine tiefere Strafandrohung vor, als wenn kein Irrtum vorgelegen hätte. Entsprechend berücksichtigt die Bestimmung den Tatbestandsirrtum, was wiederum eine Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip zulässt. Dennoch zeigt sich auch hier, dass der Gesetzgeber in Bezug auf diese Sexualdelikte einen strengeren Massstab ansetzt als bei anderen Vorsatzdelikten.

¹⁸²⁹ ASHWORTH/HORDER, Principles, 97 f. und 455; ASHWORTH, 5 Ohio St. J. Crim. L. 407, 415 f. (2008) mit Verweis auf den *Prevention of Crime Act 1953 (England)*, den *Theft Act 1968 (England)*, den *Misuse of Drugs Act 1971 (England)* und den *Terrorism Act 2000 (England)*.

¹⁸³⁰ *Warner v. Metropolitan Police Commissioner* [1969] 2 AC 256.

¹⁸³¹ NORRIE, 90 f.; siehe zu den Besitzdelikten im englischen Recht allg. auch HÖRSTER, 179 f.; ASHWORTH/HORDER, Principles, 97 ff.

Ein Beispiel strikter Verantwortlichkeit in Bezug auf ein Besitzdelikt ist auch der Fall *Lewis*,¹⁸³² bei dem ein Mieter verurteilt wurde, in dessen nur selten von ihm besuchten Wohnung Drogen gefunden wurden. Seiner Verteidigung, dass er nichts von diesen Drogen gewusst und nicht geahnt habe, dass sich diese in den Räumlichkeiten befinden würden, wurde damit begegnet, dass bereits der Umstand, dass er die Wohnung hätte durchsuchen können, für eine Verurteilung ausreiche.¹⁸³³ Auch in Bezug auf den Waffenbesitz sind Tatbestandsirrtümer regelmässig irrelevant, so z.B. auch wenn aus nachvollziehbarem Anlass fälschlicherweise angenommen wurde, es sei keine Lizenz erforderlich.¹⁸³⁴

Auch deutschsprachigen Rechtsordnungen sind Besitzdelikte keinesfalls fremd. Deren Verbreitung kann ebenso vornehmlich mit pragmatischen Argumenten hinsichtlich der Beweiserleichterung erklärt werden.¹⁸³⁵ Darüber hinaus werden diese Konstruktionen damit begründet, dass die Polizei bereits intervenieren könne, bevor der Schaden angerichtet sei.¹⁸³⁶ Auch wenn diese keine *strict liability*-Elemente enthalten, grundsätzlich also der subjektive Tatbestand für alle Elemente nachgewiesen werden muss, ist die Vorverlagerung dennoch beachtlich, da mit Besitzdelikten oftmals Zustände pönalisiert werden, die dem eigentlich zu verhindernden Unrecht zumal auch weit vorangehen. Allerdings ist hinsichtlich des Schuldprinzips nicht grundsätzlich auszuschliessen, dass auch der Besitz einer Ware eine Norm (schuldhaft) destabilisieren kann, da auch der Besitz, z.B. von Drogen, alleine ausreichen kann, um die Normgeltung infrage zu stellen. Trotzdem ist es fraglich, wie weit die Strafbarkeit legitimerweise vorverlagert werden kann. Ferner ist klar, dass die im angelsächsischen Recht verbreiteten strikten *possession offences* dem Schuldprinzip nicht gerecht werden und die Abwesenheit der *mens rea* in Bezug auf den Besitz nicht als für die Normdestabilisierung irrelevant gelten kann. Es ist dabei *Ashworth* zuzustimmen, dass gerade da, wo der Besitz eigentlich nur eine (potenzielle) Vorbereitungshandlung indiziere, nicht nur ein Vorsatz in Bezug auf den Besitz selbst, sondern auch auf die eigentlich zu verhindernde Tat zu verlangen wäre.¹⁸³⁷ Die Schuld sollte sich

1832 *Lewis* [1988] 87 Cr App R 270.

1833 Siehe zu diesem Fall *ASHWORTH/HORDER*, Principles, 98.

1834 *R. v. Howells* [1977] 3 All ER 417.

1835 So soll das Deutsche Recht mehr als hundert Besitzdelikte enthalten; siehe *ECKSTEIN*, 23; *HÖRSTER*, 176 ff.

1836 *ASHWORTH/HORDER*, Principles, 98.

1837 *ASHWORTH*, 5 Ohio St. J. Crim. L. 407, 416 (2008).

folglich nicht nur auf den eigentlich harmlosen Besitz beziehen, sofern nicht schon alleine dieser Besitz das Unrecht ausmacht, sondern auf die eigentlich zu schützenden Norm, welche vor einer Destabilisierung geschützt werden soll.

5.4 Vereinbarkeit der Irrelevanz von Tatbestandsirrtümern mit dem Schuldprinzip

Bei der *statutory rape* und anderen Delikten, bei denen Irrtümer in Bezug auf das Alter des Opfers irrelevant sind, handelt es sich um einen klaren Fall einer *strict liability offence*. Auch wenn man die Frage, ob das Label „Vergewaltiger“ für einen solchen Täter angemessen ist, vorerst beiseitelässt, wird schnell klar, dass ein Täter, welcher sich – aufgrund berechtigter Annahmen – über das Alter seines Opfers täuscht, die entsprechende Norm nicht gleichermaßen infrage stellt und folglich destabilisiert wie derjenige, welcher sich über alle objektiven Umstände im Klaren ist. Die Ignoranz gegenüber diesem Irrtum resultiert in einer Missrepräsentation des Normgeltungsschadens (falls überhaupt einer entstanden ist) durch die Strafe und damit eine strikte Umsetzung des Schuldgrundsatzes. Das gleiche gilt für die besprochenen Fälle der Besitzdelikte. Hat der Täter sich trotz angemessener Sorgfalt über ein Element des *actus reus* geirrt, hat er die Norm nicht destabilisiert – oder wenn dann nicht im gleichen Ausmass wie ein Vorsatztäter. Darauf basieren die grundsätzlichen Regelungen zu Sachverhaltsirrtümern und des Vorsatzausschlusses bei Vorliegen eines solchen Irrtums. Eine verhängte Strafe bei einem legitimen Irrtum ist eine Strafe ohne vorsätzliche Infragestellung der Normgeltung. Demzufolge handelt es sich um eine strikere Umsetzung der Schuldplatzierung.

6. Strict Liability in Bezug auf Rechtfertigungsgründe

Eine weitere Variation strikter Verantwortlichkeit hinsichtlich der Beurteilung der Tathandlung selbst sind diejenigen Fälle, bei denen das Vorbringen von Rechtfertigungen ausgeschlossen oder nur eingeschränkt zulässig ist. Eine Tat, die konträr zu einer normativen Erwartung steht, bedarf im Allgemeinen einer Stabilisierung der Norm. Wenn die Tat nun aber gerechtfertigt ist, berührt die Tathandlung die Normstabilität nicht. Rechtfertigungen betreffen entsprechend Taten, bei denen der Handelnde zwar den objektiven Tatbestand erfüllt, d.h. das Delikt ausgeführt hat, diese Tat aber aufgrund des Vorliegens bestimmter Umstände

erlaubt bzw. eben gerechtfertigt war.¹⁸³⁸ Auch wenn die Feststellung der Rechtswidrigkeit die logische Voraussetzung des Schuldurteils ist,¹⁸³⁹ so entfaltet sie sich primär im objektiven Unrecht, d.h. bei der Frage, was für eine deliktische Mitteilung vorlag bzw. ob überhaupt eine normative Erwartung enttäuscht wurde. In der Tat können Rechtfertigungsgründe so erfasst werden, dass sie die Tat erlauben, dass es also schon gar nicht zu einer normativen Erwartungsenttäuschung kommt. Darüber hinaus kann aber auch eine subjektive Komponente ausgemacht werden, bei der deshalb keine Schuld zugeschrieben wird, weil der Täter sich zwar nicht der normierten Regel entsprechend verhalten hat, dieser Normbruch jedoch nicht mit seiner mangelnden Normanerkennung erklärt werden muss. Die Tat kann in diesen Fällen anderweitig verarbeitet werden. Dafür braucht es allerdings ein dem Täter zugeschriebener Vermeidewille. Hat der Täter z.B. zufällig einen „Rechtfertigungsgrund“ verwirklicht, so kann seine Tat ebenso zur Normdestabilisierung geeignet sein.¹⁸⁴⁰

Eine gerechtfertigte Tat stellt folglich die Normgeltung nicht infrage und der Unrechtstatbestand wird nicht erfüllt. Aufgrund des Ausbleibens dieses Effekts wird die Platzierung eines Schuldvorwurfs überflüssig. Aufgrund dieser Tragweite der *justifications* werden sie folglich nicht erst in der Schuldkategorie relevant. Da sie jedoch im Falle der strikten Verantwortlichkeit eine solche Schuldplatzierung nicht ausschliessen, handelt es sich gerade deshalb um einen dysfunktionalen Schuldvorwurf, welcher hier kurze Erörterung verdient und sich ebenso dieser Subkategorie der *strict liability*-Doktrin zuordnen lässt, da sich der strengere Massstab auf die Identifikation der Mitteilung bezieht.

Im Regelfall bietet die Strafrechtsdogmatik Tätern, die den Tatbestand nur aufgrund von solchen rechtfertigenden Umständen erfüllt haben, die Möglichkeit, sich damit zu exkulpieren. Dafür kommen in den untersuchten Rechtsordnungen verschiedene Formen von Rechtfertigungen in Frage, darunter z.B. rechtfertigende Notwehr (*self-defence*) und Notstand (*necessity*)

1838 TADROS, 120; RUSSELL-BROWN/DAVIS, 220; KASPAR, N 233.

1839 So auch FUCHS, Kap. 21 N 1.

1840 Es ist im Allgemeinen umstritten, inwiefern sich auch Rechtfertigungsgründe im subjektiven Tatbestand entfalten, ob also bei der Rechtfertigung ein „subjektives Rechtfertigungsmoment“ hinzutreten muss; zu dieser Diskussion z.B. JAKOBS, AT 2. A., 358 (11/18) m.w.N.

oder die Einwilligung des Opfers (*consent*).¹⁸⁴¹ Strafbestimmungen, bei denen solche Rechtfertigungsgründe untersagt sind, führen regelmässig zu einer Misrepräsentation der tatsächlich vorliegenden Normdestabilisierung bzw. zu einer Ignoranz gegenüber der Frage, ob überhaupt ein solcher Schaden vorliegt. Während der Tatbestand das „typisierte Unrecht“ umschreibt, finden atypische, aber dennoch die Rechtswidrigkeit ausschliessende Verhaltensweisen bei den Rechtfertigungsgründen Berücksichtigung.¹⁸⁴² Gemäss *Husak* seien keine Delikte bekannt, bei denen jegliche Rechtfertigung ausgeschlossen ist. Hingegen gebe es einige Delikte, bei welchen ausgewählte Einreden nicht zugelassen seien und folglich Fälle einer *strict liability* darstellen würden. So sei z.B. die Einrede des rechtfertigenden Notstands, bei dem eine Güterabwägung angestellt werde, im *Common Law* nicht für Mord anwendbar gewesen. Ein Angeklagter, welcher eine unschuldige Person getötet habe um mehrere andere zu retten, konnte sich mittels dieser Einrede nicht verteidigen. Ähnlich sei auch die Einwilligung des Opfers bei Tötungsdelikten oftmals irrelevant.¹⁸⁴³ Die Strafbarkeit ist folglich in solchen Konstellationen deshalb strikt, weil das Untersagen einer Rechtfertigung potenziell in einer unnötigen Strafe bzw. einer disproportionalen Überbestrafung resultiert, was nicht in Einklang mit dem Schuldprinzip steht. Es finden sich denn auch in der Praxis wenige solcher Beispiele, da das Versagen von Rechtfertigungsmöglichkeiten gerade in Extremfällen wohl aufgrund der daraus entstehenden dysfunktionalen Bestrafung als Unrecht empfunden wird und das Normstabilisierungsbedürfnis offensichtlich ausbleibt.

1841 Rechtfertigungsgründe bilden dabei auch in deutschsprachigen Rechtsordnungen kein geschlossenes System. Neben allg. anerkannten wie demjenigen der Notwehr und des Notstandes finden sich auch spezifischere Rechtfertigungsgründe im Nebenstrafrecht. Sie können sich jedoch auch aus dem Gewohnheitsrecht ergeben; ein kurzer Überblick über die Rechtfertigungsgründe findet sich z.B. für Deutschland bei KASPAR, N 235 ff.; für die Schweiz bei DONATSCH/TAG, 217 und für Österreich bei FUCHS, Kap. 15 N 6.

1842 DONATSCH/TAG, 217.

1843 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 208 f. (1995).

II. STRICT LIABILITY IN BEZUG AUF DIE ZUSCHREIBUNG ZUR PERSON

1. Essenz der Kategorie

Die Zuschreibung von Personalität und Kompetenz ist, wie im Rahmen der Eruiierung der Elemente des Schuldvorwurfs ausführlich erörtert,¹⁸⁴⁴ zentrale Komponente des sozialen Mechanismus im Rahmen des Schuldvorwurfs. Strafrechtliche Personenqualität impliziert die grundlegende Qualifikation des Täters, tauglicher Absender deliktischer Kommunikation zu sein, d.h. der Infragestellung der Normgeltung. Nur eine Person i.d.S. ist ein volles Mitglied normativer Kommunikation. Wird einem Verursacher diese allg. Kompetenz abgesprochen, so kann die entsprechende Handlung die Norm nicht destabilisieren. Die offensichtlichsten Beispiele sind Kindesalter oder Zurechnungsunfähigkeit. Allerdings stellen sich auch im Bereich der Unternehmensstrafbarkeit Fragen in Bezug auf das Personenelement. Bei der situativen Kompetenz geht es dagegen darum, ob und inwieweit dem Täter die Fähigkeit zuerkannt wird, dass er die normative Enttäuschung hätte verhindern können, d.h. ob die Enttäuschung seinem Verantwortungsbereich zugeordnet wird oder ob sie sich (ganz oder teilweise) anderweitig erklären lässt. In diesem Bereich stellen sich Fragen der Unrechtskenntnis und des Unrechtsbewusstseins oder auch anderweitiger Entschuldigungsgründe. Gerade bei diesem letzten Beispiel der Entschuldigungsgründe zeigt sich schnell, dass es nicht immer ganz einfach ist, diese Phänomene einem der beiden Elemente (Personalität oder Kompetenz) zuzuteilen, da sie oftmals beides berühren. Aufgrund der erschwerten Grenzziehung zwischen allgemeiner und situativer Fähigkeitszuschreibungen, werden diese Variationen der *strict liability* gemeinsam abgehandelt. Auch wenn die meisten der nachfolgenden Subkategorien beide Elemente betreffen, ist es trotzdem wichtig, diese Unterschiede im Auge zu behalten.

In der Folge werden die Variationen dieser Kategorie der strikten Verantwortlichkeit in Bezug auf die eigentliche Zuschreibung der deliktischen Kommunikation zum Täter genauer vorgestellt. Zunächst handelt es sich dabei um die Frage, inwiefern strengere Maßstäbe hinsichtlich der Schuldfähigkeitsfeststellung i.e.S. zu einer *strict liability* führen können

¹⁸⁴⁴ Siehe S. 254 ff.

(2.). Dabei werden primär diese Konstruktionen von Strafbestimmungen relevant, bei denen dem Täter das Vorbringen von ansonsten anerkannten Entschuldigungseinreden untersagt wird. Diese Beschränkungen der Entschuldigungsmöglichkeiten sind in der Praxis in verschiedenen Formen vorzufinden. Es handelt sich dabei um einen wichtigen Anwendungsbereich der *strict liability*, obwohl diese Variation von verschiedenen Autorinnen und Autoren vernachlässigt wird.¹⁸⁴⁵ Ebenfalls in den Bereich einer potenziell strikten Verantwortlichkeit hinsichtlich der Zuschreibung einer destabilisierenden Tat zum Täter gehören die Diskussionen rund um die strafrechtliche Personenqualität von juristischen Personen (3.) und um die stellvertretende Verantwortlichkeit (sog. *vicarious liability*) (4.). Aufgrund der intensiven strafrechtstheoretischen Debatte, welche diese beiden Formen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit begleiten – und aufgrund deren weiter Verbreitung gerade im angelsächsischen Recht und dabei speziell im Zusammenhang mit der *strict liability*-Doktrin – verdienen sie besondere Aufmerksamkeit. Damit soll nicht gesagt sein, dass es nicht weitere denkbare Variationen der strikten Verantwortlichkeit hinsichtlich der Personalität und der Kompetenz geben könnte, allerdings keine von aktueller Praxisrelevanz.

2. Strict Liability in Bezug auf Schuldfähigkeit und situative Kompetenz

2.1 Strict Liability und Schuldfähigkeit

Wie auch schon bei der strikten Verantwortlichkeit in Bezug auf *justifications* sind im Allgemeinen auch keine Beispiele von Straftaten bekannt, bei denen keinerlei Entschuldigungsgründe akzeptiert würden. Während die Unzurechnungsfähigkeit ab einem gewissen Masse (*insanity*) und Kindesalter (*infancy*) grundsätzlich immer anerkannt werden (wobei für ersteres bereits wieder Ausnahmen zum Zuge kommen), beweist das angelsächsische Strafrecht in Bezug auf andere Entschuldigungen öfter einmal ein „taubes Ohr“.¹⁸⁴⁶ Wird einem Akteur die allg. Schuldfähigkeit i.S. von Personalität

¹⁸⁴⁵ So umfasst die enge Begriffsdefinition der *strict liability* oftmals nur die bereits besprochenen Einschränkungen des Nachweiserfordernisses im Bereich des subjektiven Tatbestands, d.h. die *mens rea* i.e.S.; siehe dazu bereits die Ausführungen zu den Begrifflichkeiten auf S. 54 ff.

¹⁸⁴⁶ HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 211 (1995); GROSS, 343; siehe zu den Einschränkungen hinsichtlich der *insanity defences* sogleich S. 376.

aberkannt, wird die Tathandlung anders beurteilt und ähnlich gehandhabt wie eine Enttäuschung von kognitiven Erwartungen. Dies zeigt sich bereits daran, dass wir mit Kindern oder psychisch stark Beeinträchtigten anders kommunizieren und demzufolge auch andersartig erwarten. Dieser Umstand findet sein Gegenstück beim Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit. Es ist schwierig Beispiele einer *strict liability* in Bezug auf diese grundsätzliche Fähigkeit zu finden, gerade da die Ansichten darüber, was ein tauglicher Adressat normativer Erwartungen ist, stark variieren können.¹⁸⁴⁷ Trotzdem ist auch eine Strenge in Bezug auf dieses Element grundsätzlich denkbar.

Im Allgemeinen ist klar, dass Kindesalter auch in Bezug auf ansonsten strikte Delikte den vollen Schuldausschluss zur Folge hat. Kinder unter dem gesetzlich festgeschriebenen Mindestalter können auch nicht aufgrund einer strikten oder absoluten Verantwortlichkeit verurteilt werden.¹⁸⁴⁸ Wie bereits ausführlich erörtert, ist Personalität wesentliche Grundvoraussetzung für die Zuschreibung von Schuld.¹⁸⁴⁹ Dies aufgrund der Annahme, dass nur wer über die grundsätzliche Eignung verfügt, tauglicher Normadressat zu sein, Normen überhaupt erfolgreich destabilisieren kann. Auch das Vorliegen von psychischen Erkrankungen kann bereits zur Aberkennung der Schuldfähigkeit i.S.d. Personalität führen.¹⁸⁵⁰ Allerdings sind die Abstufungen, welche die *insanity defence* grundsätzlich vorsieht, kaum eindeutig zu klassifizieren. Es stellt sich demzufolge regelmässig die Frage, ob der Angeklagte im Tatzeitpunkt die „normalen“ mentalen Fähigkeiten mit sich brachte um als ausreichend verantwortlich und normativ ansprechbar zu gelten.¹⁸⁵¹ Es ist in diesem Zusammenhang interessant, dass im englischen Recht Unzurechnungsfähigkeit die einzige allg. zulässige Einrede ist, für welche der Angeklagte die Beweislast trägt. Dies ist gerade dann erstaunlich, wenn man bedenkt, dass eine Anerkennung dieser Einrede zwar zu Straflosigkeit, aber dennoch oftmals zur Anordnung von nicht minder freiheitseinschränkenden Massnahmen führen kann.¹⁸⁵² Ganz allgemein sind die Anwendungsfälle der *insanity defence* im angelsächsischen Raum relativ beschränkt gehalten und sie wird nur unter bestimmten

1847 Dazu bereits S. 258 ff.

1848 JEFFERSON, 124.

1849 Siehe S. 256 ff.

1850 Dazu bereits S. 264 ff.

1851 ASHWORTH/HORDER Principles, 139.

1852 ASHWORTH/HORDER Principles, 142. Allerdings kann auch die Anklage *insanity* nachweisen, sobald der Täter verminderte Schuldfähigkeit vorbringt oder das Vorliegen der *mens rea* infrage stellt.

konkret vorliegenden Erkrankungen anerkannt. Dies führt dazu, dass sich viele Personen, welche nach allg. Vorstellung an psychischen Erkrankungen leiden, nicht auf diese Einrede stützen können und sich folglich in der Hoffnung schuldig bekennen, dass das Gericht zumindest bei der Strafzumessung die verminderte Schuldfähigkeit berücksichtigt.¹⁸⁵³ Verminderte Schuldfähigkeit (*diminished capacity*) wird ansonsten nicht als allg. Einrede anerkannt und ist in England nur bei gewissen Delikten, z.B. Mord, als relevantes Kriterium vorgesehen.¹⁸⁵⁴

Es ist in der Praxis kaum denkbar, dass bei der Aberkennung der grundlegenden Kompetenz zur Normdestabilisierung Strafen verhängt werden. Auch wenn, wie nachfolgend noch genauer zu erörtern sein wird, Regelungen vorhanden sind, welche zu strikteren Massstäben in Bezug auf die Personalität führen, so ist eine Art absoluter Verantwortlichkeit hinsichtlich dieser Elemente kaum denkbar. Die Bestrafung eines Kleinkindes z.B. würde aufgrund ausbleibenden Normdestabilisierungsbedürfnisses als grosse Ungerechtigkeit empfunden. Extremfälle einer dysfunktionalen Bestrafung würden kaum überdauern. Ferner ist gerade hinsichtlich des Personalitätselements nicht ganz klar ersichtlich, inwiefern von einer strikteren Verantwortlichkeit gesprochen werden kann. Dies deshalb, weil diese – im Vergleich zur situativen Kompetenz – eigentlich nicht in graduellen Abstufungen vorliegen kann, sondern entweder vorhanden ist oder nicht. Jemand ist Teilnehmer bzw. Zurechnungssubjekt normativer Kommunikation oder jemand ist es nicht. Trotzdem können rechtliche Regelungen über die Annahme einer solchen Personalität im System streng oder weniger strenger ausgestaltet sein, weshalb dennoch dann von einer *strict liability* in Bezug auf die Personenqualität gesprochen werden kann, wenn ein Schuldvorwurf gegenüber Tätern erhoben wird, welchen diese Qualifikation eigentlich nicht zukommen würde. Die Grenzen zwischen allg. Ausnahmen und situativen Entschuldigungen ist dabei, wie sogleich noch zu diskutieren sein wird, jedoch fließend.

2.2 Strict Liability in Bezug auf Entschuldigungsgründe

Eine strikte Verantwortlichkeit in Bezug auf Entschuldigungsgründe liegt potenziell dann vor, wenn die übliche Verwendung solcher Einreden

¹⁸⁵³ ASHWORTH, Handbook, 544.

¹⁸⁵⁴ Siehe *Homicide Act 1957*, s.2 (*England*), mittlerweile abgelöst durch die Bestimmung im *Coroners and Justice Act 2009*, s. 52 (*England*). In diesen Fällen wird die Person dennoch für ein Tötungsdelikt verurteilt, allerdings nicht wegen Mordes; dazu ASHWORTH, Handbook, 544.

versagt ist, obwohl sie dazu geeignet wären, die Tat zu erklären und den Normgeltungsschaden ausbleiben zu lassen oder zumindest zu reduzieren. Entsprechend der Unterscheidung zwischen *justifications* und *excuses* ist diese Variation also im Spektrum der *excuses* anzusiedeln, wobei wie bereits ausgeführt, zwischen *excuses* in Bezug auf die Fähigkeiten des Täters im Tatzeitpunkt und allg. *exemptions*, also Ausnahmen in Bezug auf die allg. Schuldfähigkeit, welche zu einem Ausschluss der Personenqualität führen können, unterschieden werden kann.¹⁸⁵⁵ Angeklagte, welche sich auf eine entschuldigende Einrede berufen, behaupten nicht – in Abgrenzung zu den rechtfertigenden Einreden –, dass sie sich normgemäß verhalten hätten, sondern dass sie aufgrund der zum Tatzeitpunkt vorliegenden Umstände nicht für den Normbruch verantwortlich erklärt werden könnten.¹⁸⁵⁶ Bei gewissen Delikten sind nun aber genau diese sonst legitimen *defences* ausgeschlossen. Auch wenn in diesen Fällen der Nachweis des Vorliegens der *mens rea* erbracht werden muss, handelt es sich bei diesen Konstruktionen gerade aufgrund der Ignoranz gegenüber bestimmten Verteidigungseinreden um eine *strict liability*.¹⁸⁵⁷

Excuses, d.h. entschuldigende Einreden, sind im Allgemeinen geeignet, persönliche Verantwortlichkeit auszuschliessen oder zumindest zu mindern.¹⁸⁵⁸ Dies, da sie eine anderweitige Erklärung für den Normbruch zulassen, welche für die Normstabilisierung ganz oder partiell ausreicht. Es bedarf in diesen Fällen keiner (oder weniger) Strafe um die Normgeltung aufrechtzuerhalten. Diese Art von *defences* entfaltet die Wirkung, dass sich die strafbare Handlung „in einem besseren Licht“ präsentiert.¹⁸⁵⁹ Die strikte Verantwortlichkeit in Bezug auf die Einschränkung solcher Möglichkeiten sich zu entschuldigen hat nun die Konsequenz, dass diese Möglichkeit des Täters, sich zu erklären, beschnitten wird und ausserordentliche Umstände, welche sehr wohl für die Normdestabilisierung von Relevanz sind, nicht in die Strafbarkeitsbegründung oder in die Strafzumessung miteinfließen.¹⁸⁶⁰ Dass die Einrede der Berauschung generell nicht gestattet wird, wurde bereits im Zusammenhang mit dem Vorverschulden diskutiert, stellt aber auch in diesem Zusammenhang eine strikte Verantwortlichkeit dar, soweit die Berauschung tatsächlich geeignet wäre, die strafbare Handlung vernünftiger zu

1855 TADROS, 115 ff.; siehe dazu bereits S. 47 ff.

1856 RUSSELL-BROWN/DAVIS, 220.

1857 Vgl. GREEN STUART, 4.

1858 Zur Differenzierung zwischen *justifications* und *excuses* siehe bereits S. 47 ff.

1859 So HUSAK, *Overcriminalization*, 66.

1860 Vgl. auch ASHWORTH/HORDER, 162.

erklären und die Schuld zumindest zu mindern, da der Normgeltungsschaden nicht im gleichen Ausmass vorliegt, wie bei analogen Taten im nüchternen Zustand. Dies ist primär dann der Fall, wenn die Rauschtat tatsächlich nicht vorhersehbar war.¹⁸⁶¹

Es gibt im angelsächsischen Recht ferner keine eindeutige Regel, wie mit *excuses* im Zusammenhang mit *strict liability offences* umgegangen wird. Grundsätzlich wird es oftmals als logische Konsequenz angesehen, dass bei Delikten, bei denen das persönliche Schulden nicht von Relevanz sei, auch keine entschuldigenden Einreden vorgebracht werden können sollen.¹⁸⁶² Diesem Ansatz folgend wurde z.B. im Fall *DPP v Harper*¹⁸⁶³ festgehalten, dass die *insanity defence* nicht zulässig sei und diese Einrede nicht bei Delikten gestattet werde, welche keinen *mens rea*-Nachweis erfordern.¹⁸⁶⁴ Dass sich Angeklagte auch bei *strict liability offences* mit Notstands- und Zwangssituationen entschuldigen könnten, würde die Ungerechtigkeiten, welche sich durch diese Deliktstrukturen ergeben, wenigstens in gewissen Fällen mindern.¹⁸⁶⁵ Es gibt aber auch Beispiele, bei denen Entschuldigungen akzeptiert wurden: So z.B. in *Santos v CPS Appeals Unit*,¹⁸⁶⁶ wo das Gericht auf eine Verurteilung verzichtete und die Einrede des Notstands zulies, obwohl das infrage stehende Delikt „Fahren ohne Versicherung“ eine strikte Verantwortlichkeit vorsah.¹⁸⁶⁷

Es gibt sodann Delikte, die ausschliesslich deshalb strikt sind, weil sie bestimmte Einreden nicht zulassen. So sind z.B. gewisse Sexualdelikte in Zusammenhang mit Minderjährigen nicht nur strikt, weil sie Tatbestandsirrtümer nicht als Einrede zulassen, sondern darüber hinaus auch deshalb, weil anderweitig akzeptierte *defences* wie diese der Einwilligung des Opfers nicht zulässig sind. Bei Sexualverkehr mit Minderjährigen entschuldigt in vielen US-Bundesstaaten die Zustimmung des Minderjährigen nicht, entsprechend ist diese *defence* nicht gestattet, oftmals auch nicht, wenn die Altersdifferenz klein ist.¹⁸⁶⁸ Weiter entschuldigt auch der Nötigungsnotstand (*duress*) nicht immer.¹⁸⁶⁹

1861 Siehe dazu die Ausführungen auf S. 349 ff.

1862 KEATING ET AL., 237; SULLIVAN BOB, 31.

1863 *DPP v Harper* [1997] 1 WLR 1406.

1864 KEATING ET AL., 237.

1865 So auch SULLIVAN BOB, 31; KEATING ET AL., 237.

1866 *Santos v. CPS Appeals Unit* [2013] EWHC 550 (Admin).

1867 Dazu JEFFERSON, 124.

1868 RUSSELL-BROWN/DAVIS, 68.

1869 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 211 (1995); GROSS, 343.

2.3 Irrelevanz der Unrechtskenntnis

Das angelsächsische Recht zeigt grundsätzlich wenig „Toleranz“ gegenüber Rechtsirrtümern. Als allg. Regel gilt, dass Verbotsirrtümer irrelevant sind – *ignorantia juris non excusat* –, da vermutet wird, der Bürger kenne das Recht seines Landes.¹⁸⁷⁰ Diese Vermutung wird regelmässig auch dann aufrechterhalten, wenn es für den Beschuldigten unmöglich war, das Recht zu kennen.¹⁸⁷¹ Auch hier werden öfter Beweisschwierigkeiten angeführt, da bei der Zulässigkeit dieser Einrede jeder behaupten könne, sich im Recht geirrt zu haben und das Gegenteil nur schwer nachzuweisen sei.¹⁸⁷² Trotz des grundsätzlich sehr strikten Ansatzes ist diese Grundsatzregel jedoch nicht vollends verwirklicht. Im englischen Recht werden nämlich doch hin und wieder explizite Ausnahmen vorgesehen, auch wenn diese nur von untergeordneter Bedeutung sind.¹⁸⁷³ Auch im US-amerikanischen Recht hat der *Model Penal Code* zumindest zwei Ausnahmen vom Prinzip vorgeschlagen: Rechtsirrtümer sollen in Fällen entschuldigen, bei denen das missachtete Gesetz nicht mit vernünftigen Aufwand öffentlich zugänglich und einsehbar war und in Fällen, bei denen ein Beamter das geltende Recht falsch wiedergegeben hat.¹⁸⁷⁴ Die Regelungen in den Bundesstaaten sind verschieden. Einige erlauben die Einrede des *reasonable mistake of law*, wie sie deutschsprachigen Rechtsordnungen bekannt ist.¹⁸⁷⁵ In der Tat sind deutschsprachige Rechtsordnungen allerdings einiges „grosszügiger“ was Rechtsirrtümer anbelangt, auch wenn diese ebenso nur in engen Grenzen akzeptiert werden.¹⁸⁷⁶

Es ist offensichtlich, dass Unrechtskenntnis und Unrechtsbewusstsein einen Einfluss auf das Ausmass der Normdestabilisierung haben.¹⁸⁷⁷ Wenn ein Täter willentlich und wissentlich gegen eine Strafnorm verstösst, ist nicht nur von Relevanz, ob er alle relevanten Fakten des Sachverhalts erkannte,

1870 Anstatt vieler z.B. ROBERTS, 151; ROBINSON, Handbook, 584; gemäss LIPPMAN, 293, sei die Annahme, dass Bürger das Recht ihres Landes kennen, vielleicht „im frühen England“ eine sinnhafte Begründung gewesen, jedoch nicht beim Regelungsumfang, welcher moderne Gesellschaften charakterisiere.

1871 ALLEN, Textbook, 99; FORSTER, III, 674 f.

1872 LIPPMAN, 293.

1873 ASHWORTH, Handbook, 543 mit Verweis auf den *Control of Pollution Act 1974*, s. 3(4) (*England*); ASHWORTH/HORDER, Principles, 218 mit Verweis auf den *Theft Act 1968*, s 2(1) (a) (*England*) und den *Criminal Damage Act 1971*, s. 2.5(2)(a) (*England*).

1874 *Model Penal Code* (1985), s. 2.04(3); LIPPMAN, 294.

1875 ROBINSON, Handbook, 584.

1876 BOHLANDER, German Criminal Law, 119.

1877 Siehe dazu bereits S. 295 ff.

sondern darüber hinaus auch die Frage, ob er die Einstellung der Gemeinschaft in Bezug auf dieses Verhalten, d.h. in Bezug auf das Vorhandensein der normativen Erwartung, überhaupt kannte – oder sie zumindest kennen konnte. Derjenige Täter, welcher sich der Gültigkeit der Norm bewusst war, wird im Regelfall die Norm deutlicher infrage stellen als ein unwissender Täter. Dabei muss jedoch zwischen verschiedenen Szenarien unterschieden werden, da sie verschiedene Effekte mit sich bringen. Ein Täter, der sich nämlich schlichtweg nicht für die normative Ordnung interessierte, kommuniziert damit eine Ignoranz, die nicht entschuldigt und die regelmässig nicht in einem reduzierten Normgeltungsschaden resultiert. Wenn jedoch ein grundsätzlich am Einhalten der Erwartungen Interessierter der Norm trotz gebührender Sorgfalt zuwiderhandelt, kann die Normenttäuschung anderweitig verarbeitet werden und es bedarf keines Ausgleichs. Darauf gründet die Unterscheidung zwischen unvermeidbaren und vermeidbaren Rechtsirrtümern. Deliktstrukturen bzw. rechtliche Bestimmungen, welche diese Differenzierung und ihren Einfluss auf das Vorliegen bzw. auf das Mass der Normdestabilisierung, nicht angemessen reflektieren, führen demzufolge zu einer weiteren Variation strikter Verantwortlichkeit.

2.4 Vereinbarkeit der Einschränkungen der Entschuldigung der Tat mit dem Schuldprinzip

Die beschriebenen Beispiele von Einschränkungen bei der Entschuldigung der Tat mittels *exemptions* oder *excuses* sind im Allgemeinen geeignet, in einer strikten Verantwortlichkeit zu resultieren. Auch hier handelt es sich selten um Fälle, bei denen ein völlig unschuldiger Täter bestraft wird, sondern um solche, bei welchen der Täter schlicht für mehr als den von ihm tatsächlich verursachten Schaden zur Rechenschaft gezogen wird. Die Verweigerung von Möglichkeiten, massgebliche Entschuldigungsgründe und damit Erklärungen für normativ enttäuschendes Verhalten vorzubringen, kann entsprechend zu einer inadäquaten und disproportionalen Bestrafung führen. Da bei Vorliegen solcher Erklärungen die Normstabilität weniger oder gar nicht beeinträchtigt wird und folglich das korrespondierende Stabilisierungsbedürfnis ausbleibt, führt eine Strafe, die auf der Grundlage einer solchen rechtlichen Konstruktion verhängt wurde, zu einer strikten Verantwortlichkeit, d.h. zu einer dysfunktionalen Umsetzung des Schuldprinzips.

Nicht jede Verweigerung einer Einrede muss jedoch zwangsläufig zu einer strikten Verantwortlichkeit führen bzw. mit dem Schuldprinzip interferieren. Wenn die Entschuldigung tatsächlich in der sozialen Kommunikation

nicht als plausible Erklärung anerkannt wird und gemäss gesellschaftlicher Zuschreibung nicht geeignet ist, eine Tat zu entschuldigen, so handelt es sich bei der rechtlichen Absage an diese Entschuldigung nur um eine Konsequenz dieser sozialen Tatsache. Wenn also z.B. in einer Gesellschaft gewisse psychische Beeinträchtigungen nicht so empfunden werden, als würden sie die Kompetenz eines Täters bzw. die Vermeidbarkeit der Tat beeinträchtigen, so ist auch die Irrelevanz des Vorliegens dieser Beeinträchtigung in der rechtlichen Bewertung keine *strict liability*. Demzufolge kann nicht alleine aufgrund der Nichtgestattung gewisser Einreden bei bestimmten Delikten von der Verhängung einer disproportionalen oder ungerechtfertigten Strafe ausgegangen werden. Vielmehr muss im Einzelfall geprüft werden, ob damit eine tatsächlich als plausibel erkannte und die Normdestabilisierung reduzierende Entschuldigung ignoriert wird. Ist dies der Fall, handelt es sich jedoch um eine mit dem Schuldprinzip nicht zu vereinende *strict liability* in Bezug auf die Zuschreibung zum Täter.

3. *Strict Liability* in Bezug auf die Personenqualität

3.1 Personenqualität und Unternehmensstrafbarkeit

Die Debatte rund um den strafrechtlichen Personenbegriff dreht sich regelmässig um die Frage der Strafbarkeit der juristischen Person. Bis heute ist umstritten, ob bei einer juristischen Person *mens rea* vorliegen und sie entsprechend strafrechtlich belangt werden kann.¹⁸⁷⁸ Eine solche Strafbarkeit von Unternehmen galt im *Common Law* bis Anfangs des 20. Jahrhunderts als ausgeschlossen, wird aber schon seit jeher diskutiert und hat eine längere Tradition als in Kontinentaleuropa.¹⁸⁷⁹ Während für gewisse Delikte, die eine strikte Verantwortlichkeit vorsahen, bereits im 19. Jahrhundert juristische Personen strafrechtlich belangt werden konnten, hat sich eine eigentliche, originäre strafrechtliche Verantwortlichkeit allerdings erst später etabliert.¹⁸⁸⁰

¹⁸⁷⁸ NORRIE, 92.

¹⁸⁷⁹ BLECKMANN, 36; WEIGEND, 6 J. Int. Criminal Justice 927, 928 (2008); MANSDÖRFER, 211 mit Verweis auf den historischen Abriss der Entwicklung in England und Wales in WELLS, 84 ff.

¹⁸⁸⁰ ASHWORTH, Handbook, 539 f. Ausgangspunkt in England war das Urteil *DPP v. Kent and Sussex Contractors Ltd.* [1944] KB 146, [1944] 1 All ER 119, bei welchem erstmals festgehalten wurde, dass Unternehmen auch wegen Delikten verurteilt werden können, welche einen Schuldnachweis erfordern.

Eine solche gilt aber für beinahe alle Delikte spätestens seit den 1970er-Jahren als weitgehend unbestritten.¹⁸⁸¹

Die Begründung der Strafbarkeit juristischer Person variiert im angelsächsischen Recht je nach Art des Delikts. Es kann bspw. danach unterschieden werden, ob sich das Unternehmen als Besitzer einer Betriebsstätte, wegen eines Unterlassens, als Täter eines Delikts mit *strict liability* oder nach den Lehren der *doctrine of identification* oder der bereits besprochenen *vicarious liability* verantworten muss.¹⁸⁸² Die sog. *doctrine of identification* geht dabei sogar noch weiter als die sogleich noch zu behandelnde stellvertretende Verantwortlichkeit. Hierbei wird dem Unternehmen nicht nur das fremde Verhalten zugerechnet. Vielmehr wird die juristische Person auch so behandelt (und demnach bestraft), als hätte sie das entsprechende Delikt selbst begangen.¹⁸⁸³ Es handelt sich dabei folglich um eine Form der originären Verantwortlichkeit, wie sie deutschsprachigen Rechtsordnungen lange fremd war.¹⁸⁸⁴ In diesen Fällen würden natürliche Personen nicht nur stellvertretend für die juristische Person handeln, sondern als die juristische Person selbst agieren.¹⁸⁸⁵ Eine solche *corporate liability* ist genauso wie die *vicarious liability* im Allgemeinen auch bei *strict liability offences* gestattet. Das wird mitunter damit begründet, dass es in den Fällen strikter Verantwortlichkeit, bei denen bereits die schuldlose Tat des Gehilfen verfolgt werden könnte, auch „keine grössere Härte“ darstelle, wenn der Geschäftsherr oder das Unternehmen belangt werde.¹⁸⁸⁶

Die Strafbarkeit juristischer Personen hat in den deutschsprachigen Rechtsordnungen in naher Vergangenheit Anlass zu Debatten über den strafrechtlichen Personenbegriff gegeben.¹⁸⁸⁷ Während in Deutschland die Unvereinbarkeit einer solchen Unternehmensstrafbarkeit mit dem Schuldprinzip konstant betont (*societas delinquere non potest*) und eine Einführung folglich immer wieder bestritten wurde,¹⁸⁸⁸ hat der schweizerische wie auch viele andere europäische Gesetzgeber mittlerweile einen

1881 BLECKMANN, 36.

1882 Siehe zu diesen Varianten ausführlich MANSDÖRFER, 212 ff.

1883 MANSDÖRFER, 214.

1884 Siehe aber auch hier zu den neueren Entwicklungen sogleich unten.

1885 MANSDÖRFER, 214 f. mit Verweis auf die Argumentation in *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass* [1972] AC 153.

1886 Zu dieser Position der Verfasser des amerikanischen *Model Penal Codes* siehe BÄHR, 145.

1887 Siehe z.B. die Nachweise in JAKOBS, AT 2. A., 148 ff. (6/43 ff.).

1888 Gemäss Kritikern könne ein Unternehmen keinen Vorsatz fassen und nicht schuldfähig sein; so z.B. SEELMANN/GETH, N 227.

anderen Weg gewählt und auch die originäre strafrechtliche Verantwortlichkeit zugelassen.¹⁸⁸⁹ Es wird jedoch inzwischen auch in Deutschland vermehrt gefordert, den Unternehmen strafrechtliche Personenqualität zuzugestehen, mitunter da eine Haftung von juristischen Personen angesichts der allg. Gefahrenlagen als notwendig erachtet wird.¹⁸⁹⁰ Ferner würde eine Anerkennung der strafrechtlichen Personenqualität von Unternehmen und der damit einhergehenden Sanktionierbarkeit dem Umstand Rechnung tragen, dass sich gerade Delikte des Wirtschaftsstrafrechts primär in Unternehmenszusammenhängen vollziehen.¹⁸⁹¹ Gerechtfertigt wird die Unternehmensstrafbarkeit entsprechend auch damit, dass gerade strafbare Handlungen im Rahmen der Wirtschaftstätigkeit weitreichende Konsequenzen haben können und dass die Anwendung eines naturalistischen, auf das menschliche Individuum beschränkten Schuldbegriffes diesem Umstand nicht gerecht werde.¹⁸⁹²

3.2 Vereinbarkeit der Unternehmensstrafbarkeit mit dem Schuldprinzip

Wie bereits im Rahmen des Personalitätselements diskutiert wurde,¹⁸⁹³ ist es grundsätzlich ohne Weiteres möglich, Unternehmen als „Zurechnungspunkt für Kommunikation“ anzusehen, da diese Organisationseinheiten bereits heute als solche dienen.¹⁸⁹⁴ Die Anknüpfung an die den sozialen Sinn konstituierende Kommunikation führt unweigerlich dazu, dass auch Unternehmen Normen destabilisieren können. Auch wenn die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Realität und ihrer Organisations- und Entscheidungsstrukturen die Dogmatik vor gewisse Herausforderung stellt, handelt es sich auch bei juristischen Personen in aller Regel um Adressaten normativen Erwartens, welche als Subsystem zur Verantwortung gezogen werden können.¹⁸⁹⁵ Dabei werden regelmässig zwei gangbare Wege deklariert: Einerseits könne das

1889 Siehe Art. 102 CH-StGB. Auch in Deutschland ist es aber mittlerweile zumindest im Ordnungswidrigkeitenrecht möglich, Bussen auszusprechen (§ 30 D-OWiG); zur Rechtslage in Kontinentaleuropa und speziell in Deutschland z.B. WEIGEND, 6 J. Int. Criminal Justice 927 (2008).

1890 So z.B. BLECKMANN, 80 f.

1891 THEILE, 299

1892 Dazu ausführlich NORRIE, 93 ff.

1893 Siehe S. 256 ff.

1894 BLECKMANN, 178.

1895 Ähnlich THEILE, 55.

Unternehmen wie bei der *vicarious liability* stellvertretend für die Schuld eines Vertreters zur Verantwortung gezogen werden, andererseits könne auch angenommen werden, dass dem Unternehmen selbst ein Vorwurf gemacht werden kann. Dieser wird regelmässig darin gesehen, dass das Unternehmen aufgrund eines Organisationsmangels oder aufgrund einer mangelhaften Auswahl bzw. Beaufsichtigung des Handelnden eine Sorgfaltspflicht verletzt oder die Straftat gar gefördert hat.¹⁸⁹⁶

Auch die Strafbarkeit von Unternehmen fordert aber nicht weniger als diejenige natürlicher Personen einen Schuldvorwurf, d.h. die personalisierte Vorwerfbarkeit der Tat.¹⁸⁹⁷ Die normdestabilisierende Kommunikation muss demzufolge zugeschrieben werden können. Dies ist notwendig, um Bestrafung zu rechtfertigen, aber vor allem da sonst Strafe zur Re-Aktualisierung der Norm gar nicht erforderlich wäre. Aufgrund von arbeitsteiligen Prozessen kann sich diese Schuldbestimmung als schwierig erweisen.¹⁸⁹⁸ Trotzdem müssen auch hier nicht weniger diejenigen Fälle eruiert werden, bei denen eine Norm infrage gestellt wurde und diese Destabilisierung der Person – einerseits aufgrund der originären Personenqualität und andererseits aufgrund der situativen Kompetenz die Normgeltung infrage zu stellen – zugeschrieben werden kann. Kann die Normenttäuschung anderweitig erklärt werden, z.B. durch Nicht-Vermeidbarkeit trotz angemessener Organisation oder durch den individuellen Fehler einer natürlichen Person, so kann die Normenttäuschung anderweitig verarbeitet werden. Grundsätzlich sind die Ansprüche sowohl an die tatbestandsmässige Handlung als auch an die Schuldkategorie jedoch analog zu denjenigen bei der Strafbarkeit natürlicher Personen und die Strafbarkeit juristischer Personen kann im Einklang mit der Funktionsweise des Schuldprinzips erfolgen.

1896 WEIGEND, 6 J. Int. Criminal Justice 927, 933 (2008) m.w.N.; DANNECKER, GA 2001, 118 f.; HEINE, 201 ff.; NIGGLI/GFELLER, 160 ff. und passim.

1897 So gilt z.B. die Regelung des schweizerischen Verwaltungsstrafrechts, nach welchem bei Bussen bis zu 5000 CHF aufgrund von verfahrensökonomischen Überlegungen auf die Verfolgung der natürlichen Person verzichtet und an ihrer Stelle die juristische Person zur Bezahlung der Busse verurteilt werden kann (und dies auch ohne Erhebung eines originären Vorwurfs an das Unternehmen oder den Geschäftsherrn), als heikel hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip. Die Unvereinbarkeit ergibt sich allerdings nicht grundsätzlich aufgrund der Strafbarkeit der juristischen Person, sondern vielmehr wegen des Verzichts auf die Erhebung eines persönlichen Vorwurfs ihr gegenüber; Art. 7 CH-VStrR; siehe dazu z.B. EICKER/FRANK/ACHERMANN, 18 und 65

1898 So auch JAKOBS, AT 2. A., 149 (6/45).

4. Strict Liability und stellvertretende Verantwortlichkeit

4.1 Doktrin der Vicarious Liability

Die stellvertretende Verantwortlichkeit (*vicarious liability*), auch Geschäftsherrenhaftung (*respondeat superior*) genannt, wird als Archetyp eines juristischen Zurechnungsmodells bezeichnet.¹⁸⁹⁹ Das angelsächsische Recht kennt hier eine Form der objektiven Zurechnung, wie sie deutschsprachigen Rechtsordnungen in diesem Ausmass fremd ist.¹⁹⁰⁰ Mittels dieser Regelung werden einer Person die Handlungen einer anderen Person zugerechnet als wären es ihre eigenen.¹⁹⁰¹ Konsequenterweise können so Vorgesetzte stellvertretend haftbar gemacht werden für die Handlungen von Angestellten oder Vertretern.¹⁹⁰² Die *vicarious liability*-Doktrin ist ferner oftmals Grundlage der Strafbarkeit von Unternehmen.¹⁹⁰³ Ob es sich dabei um eine Unterkategorie oder etwas anderes als die *strict liability* handelt, wird unterschiedlich beurteilt.¹⁹⁰⁴ Auch wenn die *vicarious liability* in der Literatur oftmals eigenständig diskutiert wird, ist dem hier verwendeten Begriffsverständnis folgend davon auszugehen, dass es sich dabei oft (wenn auch nicht immer) auch um eine Form einer strikten Verantwortlichkeit handelt, d.h. nicht um eine Strafbarkeit ohne jegliche Schuld, aber um eine potenziell strenge(re) Anwendung des Schuldmassstabes.¹⁹⁰⁵

Die Zurechnung im Rahmen dieser Doktrin erfolgt in zwei Schritten: Zunächst muss festgestellt werden, ob die strafbare Handlung der ausführenden Person alle objektiven und subjektiven Voraussetzungen der zugrunde gelegten Strafbestimmung erfüllt. Danach wird diese Verantwortlichkeit dem Unternehmen oder dem Verantwortlichen zugeschrieben, abhängig von seiner rechtlichen Beziehung zum eigentlichen Täter. Diese Zurechnung basiert auf der juristischen Fiktion, dass die Handlungen und der subjektive Tatbestand des Täters auch diejenigen des Unternehmens oder des

1899 ROEF, 285. *Respondeat superior* heisst dabei wörtlich übersetzt „Der Höhere soll antworten“; MANSDÖRFER, 207.

1900 BLECKMANN, 35 f.; siehe zu den Regelungen deutschsprachiger Rechtsordnungen sogleich S. 385 ff.

1901 FLETCHER, Basic Concepts, 190; ROEF, 286.

1902 ROEF, 286.

1903 Zur Strafbarkeit von Unternehmen allg. im angelsächsischen Recht bereits S. 379 ff.

1904 Siehe zur Nähe der Rechtsfiguren z.B. allg. LEIGH (1982).

1905 Zur Diskussion der Vereinbarkeit der Doktrin mit dem Schuldprinzip sogleich S. 386 ff.

Vorgesetzten sind.¹⁹⁰⁶ Die wortwörtliche Übersetzung des Begriffs in stellvertretende Verantwortlichkeit kann allerdings in die Irre führen, handelt es sich dabei doch nicht im eigentlichen Sinne um den Fall, dass eine Person an der Stelle einer anderen zur Verantwortung gezogen wird. Vielmehr wird die Erfüllung des Tatbestands – ganz nach dem Grundsatz *qui facit per alium facit per se* – schlichtweg ganz oder teilweise jemand anderem zugerechnet.¹⁹⁰⁷

4.2 Anwendungsbereiche der Vicarious Liability

Es gibt mehrere Konstellationen, bei denen die stellvertretende Verantwortlichkeit im angelsächsischen Recht eine wichtige Rolle spielt. Dabei können Delikte unterschieden werden, bei welchen eine solche explizit im Gesetzestext vorgesehen ist und solche, bei denen diese Möglichkeit durch die Rechtsprechung anerkannt wurde.¹⁹⁰⁸ Der Anwendungsbereich mit der grössten Tragweite ist zweifelsohne die generelle Strafbarkeit von Unternehmen für die Handlungen ihrer Angestellten, sofern diese im Rahmen ihres Angestelltenverhältnisses und zugunsten des Unternehmens gehandelt haben.¹⁹⁰⁹ Auch die Einrede, der Täter habe gegen die Unternehmensrichtlinien oder Anordnungen der Vorgesetzten verstossen, genügt gemäss herrschender Rechtsprechung nicht für den Ausschluss der Strafbarkeit.¹⁹¹⁰ Gleich gelagert ist die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für die Handlungen seiner Untergebenen, wenn es seine Position objektiv zugelassen hätte, die Straftat zu verhindern. Entsprechend unterscheidet sich die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung kaum von der privatrechtlichen.¹⁹¹¹

Im wegweisenden Urteil des amerikanischen Bundesgerichtshofs *United States v. Dotterweich*¹⁹¹² wurde ein Unternehmensvorsitzender wegen dem Versand von gefälschten Produkten bestraft, obwohl er nichts von diesem Transport wusste. Das Gericht hielt fest, dass die Zurechnung dieser Straftat zum Verurteilten legitim sei, da der Täter, wenn auch sonst unschuldig,

1906 LEDERMAN, 4 Buff. Crim. L. Rev. 641, 652 (2000); ROEF, 286 f.

1907 BÄHR, 141 f.; MANSDÖRFER, 207; SCHMID NIKLAUS, § 311.

1908 ROEF, 286.

1909 GREENBERG/BROTMAN, 51 Am. Crim. L. Rev. 79, 79 und 81 ff. (2014); „zugunsten“ heisst dabei nicht, dass das Unternehmen real von der strafbaren Handlung profitiert haben muss. Vielmehr genügt es, dass der Täter dies beabsichtigte.

1910 GREENBERG/BROTMAN, 51 Am. Crim. L. Rev. 79, 84 (2014).

1911 GREENBERG/BROTMAN, 51 Am. Crim. L. Rev. 79, 79 und 82 (2014). Diese Doktrin wurde in *United States v. Park*, 421 U.S. 658 (1975) etabliert.

1912 *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943).

zumindest in direkter Beziehung zum „öffentlichen Schaden“ stehe.¹⁹¹³ Ähnlich wurde auch in *United States v. Park*¹⁹¹⁴ argumentiert. Der Vorgesetzte habe auch in diesem Fall nichts von der Straftat gewusst. Seine Rolle als Vorgesetzter hätte ihm aber die Autorität verliehen, die Straftat zu unterbinden. Entsprechend wird auch hier ein persönlicher Vorwurf platziert, wenn der Vorwurf auch deutlich weniger schwer wiegt als bei direkten Verschuldensformen, weshalb diese Form der Verantwortlichkeit folglich gemäss *Husak* als strikt zu klassifizieren sei.¹⁹¹⁵ Ein weiteres klassisches Beispiel ist auch die Strafbarkeit des Fahrzeughalters im englischen Recht: Nach diesen Bestimmungen wird automatisch angenommen, dass der Besitzer eines Fahrzeugs im Falle eines Vergehens auch der Fahrer war und ihm alle Handlungen zugerechnet werden können. Das gilt unabhängig davon, ob er tatsächlich selbst gefahren ist oder nicht.¹⁹¹⁶ Aber auch der Inhaber einer Schankerlaubnis macht sich strafbar, wenn sein Personal z.B. ausserhalb der Sperrstunde alkoholische Getränke ausgibt.¹⁹¹⁷ Im Rahmen des *delegation principles* werden ferner regelmässig Eigentümern oder Besitzern von Grundstücken oder Gebäuden alle Handlungen (oder Unterlassungen) zugeschrieben, welche in Ausführung einer delegierten Aufgabe erfolgt sind.¹⁹¹⁸ Im *Common Law* gibt es derweilen nur zwei Delikte, bei denen die stellvertretende Verantwortlichkeit anerkannt ist: So ist dies einerseits beim Straftatbestand des öffentlichen Ärgernisses (*public nuisance*) und andererseits bei der Veröffentlichung von verleumdenden Inhalten (*publishing a criminal libel*) der Fall.¹⁹¹⁹

Eine derartig weitgehende Form der strafrechtlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit ist in den meisten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen nicht vorgesehen.¹⁹²⁰ Trotzdem sind Modelle der

1913 Zu diesem Fall auch HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 216 (1995).

1914 *United States v. Park*, 421 U.S. 658 (1975).

1915 So HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 216 (1995).

1916 Siehe z.B. *Road Traffic Offenders Act 1988*, s. 64(5) (*England*); dazu auch ROEF, 286; BLECKMANN, 35 f.; siehe zu den gesetzlichen Vermutungen bei der sog. Halterhaftung auch nachfolgend S. 394 f.

1917 MANSDÖRFER, 209.

1918 ROEF, 286.

1919 MANSDÖRFER, 208; SIMESTER ET AL., 269 f.

1920 ROEF, 285. Anders aber z.B. in Frankreich, wo unter dem Titel der „objektiven Verantwortlichkeit“ ähnliche Regelungen gelten wie bei der angelsächsischen *vicarious liability*. Die Rechtsprechung hat mittlerweile in einer Grundsatzentscheidung festgelegt, dass bei Betrieben, die gewissen Regelungen unterliegen, die strafrechtliche

Geschäftsherrenhaftung nicht nur dem Privatrecht, sondern auch dem Strafrecht bekannt. Bei der Geschäftsherrenhaftung als Form der stellvertretenden Verantwortlichkeit geht es darum, inwieweit ein Vorgesetzter für Delikte von Angestellten einzustehen hat.¹⁹²¹ Allerdings handelt es sich dabei anders als bei den *strict-vicarious*-Kombinationen nur um Fälle, bei denen dem Vorgesetzten zumindest eine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen und nachgewiesen werden kann, nicht hingegen alleine die Vorgesetztenstellung also für die Strafbarkeitsbegründung ausreicht. Und sogar diese i.d.R. als unechte Unterlassungsdelikte ausgestalteten Bestimmungen finden sich nur vereinzelt im Nebenstrafrecht und gelten nicht als allg. Bestandteil der Verbrechenslehre.¹⁹²²

4.3 Vereinbarkeit der stellvertretenden Verantwortlichkeit mit dem Schuldprinzip

Gerechtfertigt wird die Doktrin der *vicarious liability* primär mit pragmatischen Argumenten. Das Instrument gewähre eine bessere Durchsetzung bestimmter Normen und sei als Reaktion auf Beweisprobleme zu verstehen. Arbeitsteilige Prozesse sollten nicht vor Strafbarkeit schützen, sondern würden vielmehr mit einer erhöhten Sorgfaltspflicht einhergehen.¹⁹²³ Auch die *strict vicarious liability* als besondere Form strafrechtlicher Verantwortlichkeit ist jedoch stetiger Kritik ausgesetzt.¹⁹²⁴ Diese Doktrin sei unfair und solle abgeschafft werden, da Unternehmen nicht für einzelne Fehlleistungen von Angestellten verantwortlich gemacht werden könnten. Dies gelte speziell dann, wenn diese Handlung sogar in Abweichung zu den unternehmenseigenen Compliance-Richtlinien geschehe. Damit würden Unternehmen, welche sich um solche Richtlinien bemühen, gleich behandelt wie solche, welche dabei versagt hätten. Dies würde falsche Anreize schaffen und entsprechend auch keinem präventiven Effekt dienen. Aufgrund der stellvertretenden Verantwortlichkeit würden gemäss Kritikern ferner Unternehmen, Anteilseigner und andere Angestellte bestraft, die keine

Verantwortlichkeit dem Betriebsleiter zugerechnet werden kann. Dabei muss er weder selbst aktiv gehandelt haben, noch Kenntnis vom Handeln des Gehilfen gehabt haben; so LELIEUR/PFÜTZNER/VOLZ, III, 686.

1921 DONATSCH/TAG, 379.

1922 DONATSCH/TAG, 380 f.; allerdings sieht z.B. Art. 6 Abs. 2 CH-VStrR für das gesamte schweizerische Verwaltungsstrafrecht eine solche Geschäftsherrenhaftung vor.

1923 Dazu MANSDÖRFER, 208 m.w.N.

1924 Siehe z.B. die Zusammenfassung der Kritik bei JEFFERSON, 201 f.

Schuld treffe, während der eigentliche Täter u.U. ungestraft davon komme. Wird der Täter ebenfalls bestraft, würde es sich andererseits um eine unnötige Doppelbestrafung handeln.¹⁹²⁵

Inwiefern die *strict vicarious liability* gegen das Schuldprinzip verstösst, ist umstritten.¹⁹²⁶ Klar ist, dass es sich dabei nicht um eine Strafbarkeit unabhängig von jeglichem persönlichen Vorwurf handelt. Die Prinzipien, nach denen der Vorwurf erhoben wird, sind nicht willkürlich. Vielmehr wird die stellvertretende Verantwortung i.d.R. demjenigen angelastet, welchem aufgrund seiner Stellung eine Aufsichtspflicht zukam und die Straftat so allenfalls hätte verhindern können.¹⁹²⁷ Anders als die bereits besprochenen „Ausgangsfälle“ der *strict liability*, bei denen nicht ein volles *mens rea*-Erfordernis verlangt wird, geht es in den Fällen der *vicarious liability* um die Zurechnung der Normdestabilisierung zu einer Person im System. Dies zeigt sich auch in der auslegungstechnischen Differenz dieser Kategorien. Während bei den *strict liability offences* i.e.S. die Bestimmungen, welche kein ausdrückliches Schulderfordernis enthalten, regelmässig wortwörtlich und deshalb mit Verzicht auf das Erfordernis des vollen Nachweises des subjektiven Tatbestands ausgelegt werden, wird bei der stellvertretenden Verantwortlichkeit auch ohne entsprechenden Hinweis grundsätzlich bei allen Delikten angenommen, dass unter den Täterbegriff nicht nur der unmittelbar Handelnde, sondern auch der Übergeordnete subsumiert werden könne.¹⁹²⁸

Für die sozialen Mechanismen der Vorwurfsplatzierung ist es essentiell, dass dem zur Verantwortung zu Ziehenden die erfolgte Normdestabilisierung zugerechnet werden kann. Dafür ist nicht zwingend notwendig, dass der Täter die Handlungen eigens ausgeführt hat. Auch eine delegierte Handlung bzw. eine Tat im Verantwortungsbereich des Beschuldigten kann die Normgeltung infrage stellen. Es handelt sich deshalb bei der *vicarious liability* nicht automatisch um eine Form der strikten Verantwortlichkeit. Jedoch muss die Zurechnung des destabilisierenden Akts den Beschuldigten aufgrund seiner Aufsichtspflicht bzw. ebenso aufgrund seiner persönlichen Kompetenz als Verantwortlichen kennzeichnen. Nur wenn der Fehler dieser stellvertretend zur Verantwortung gezogenen Person als Erklärung für die Enttäuschung taugt, kann vernünftigerweise ein Schuldvorwurf erhoben werden. In der

1925 GREENBERG/BROTMAN, 51 Am. Crim. L. Rev. 79, 85 f. (2014).

1926 Siehe z.B. HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 213 ff. (1995).

1927 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 215 (1995).

1928 BÄHR, 143.

Praxis der angelsächsischen Rechtsordnungen ist es nun in Anwendung der *vicarious liability* gerade die Ignoranz gegenüber dieser Voraussetzung, welche oftmals zu einer strikten Umsetzung der stellvertretenden Verantwortlichkeit führt. Diese Variation der *strict liability* ist jedoch nicht eigentlich von der Eigenart geprägt, dass die Tathandlung dem Vorgesetzten zugerechnet wird, sondern vielmehr von der Irrelevanz der Frage, ob der Verantwortliche überhaupt die Möglichkeit hatte, die Tat zu verhindern, d.h. ob dem Beschuldigten nicht mind. unbewusste Fahrlässigkeit vorgehalten werden kann. Eine Strafe, die auf dieser Form der stellvertretenden Zurechnung basiert, ist entsprechend geeignet, zu einer ungerechtfertigten Bestrafung zu führen, welche nicht im Einklang mit dem Schuldprinzip steht.

III. STRICT LIABILITY IN BEZUG AUF DAS VERFAHREN

1. Essenz der Kategorie

Die Variationen der *strict liability* können verschiedene Stadien der substantiellen Erhebung eines Schuldvorwurfs betreffen. Wie in den bereits präsentierten Subkategorien besprochen, können die Einschränkungen des Schuldprinzips im Rahmen dieses sozialen Mechanismus dabei verschiedenartig in Erscheinung treten. Als Ausgangspunkt wurden Bestimmungen als strikt bezeichnet, bei welchen der Output des Systems, d.h. die Strafe, diesen Prozess in Bezug auf die verschiedenen materiellen Elemente nicht adäquat wiedergibt. In diesen Fällen betrifft die Strenge des Vorwurfs die Schuldbestimmung i.e.S., d.h. die Strafe reflektiert das Mass der persönlichen Verantwortlichkeit für den entstandenen Normgeltungsschaden nicht oder nicht proportional. Aus einer weiteren Perspektive können jedoch nicht nur die materiellen Bestimmungen selbst in einem derartig strengeren Massstab resultieren, sondern darüber hinaus auch die prozeduralen Vorgaben. Wie bereits bei den Funktionen des Schuldprinzips eruiert, entfaltet der Schuldgrundsatz auch prozessuale Wirkung: Nur ein Verfahren, das geeignet ist abzubilden, ob und in welchem Ausmass die Norm stabilisiert werden muss, dient der Funktion des Schuldprinzips.¹⁹²⁹ Sind die Verfahrensbestimmungen jedoch derart ausgestaltet, dass diese optimale Funktionsweise beeinträchtigt ist, kann dies zu einer unnötigen bzw. unverhältnismässigen Bestrafung

1929 S. 245 ff.

führen, d.h. zu einer strikten Verantwortlichkeit in Bezug auf das Verfahren. Bereits *Husak* hat diese Kategorie als *strict procedural liability* eingeführt.¹⁹³⁰

Wie bereits mehrfach betont, gibt es im angelsächsischen Recht tausende Delikte, welche keinen vollen Nachweis der Schuld erfordern.¹⁹³¹ Dazu müssen auch die zahlreichen Beispiele von Delikten gezählt werden, bei welchen dem Angeklagten verfahrenstechnische Restriktionen auferlegt werden. Dieser Zusammenhang zwischen strikter Verantwortlichkeit und prozeduralen Fragestellungen wird häufig diskutiert. Es gibt in diesem Bereich mehrere Varianten, welche für die Praxis des angelsächsischen Rechts von Bedeutung sind und genauerer Erörterung bedürfen. Diese sollen nachfolgend als Subkategorien eingeführt werden, auch wenn grundsätzlich weitere Beispiele dieser Art der strikten Verantwortlichkeit in Bezug auf das Verfahren denkbar sind. Zunächst gehören dazu diejenigen Bestimmungen, welche eine Klausel zur Beweislastumkehr enthalten, bei denen die Ansprüche an den Beweisstandard erhöht sind oder bei denen gesetzliche Vermutungen zu einer unüblichen Beweislastverteilung führen (2.). Neben dieser strikten Verantwortlichkeit in Bezug auf die Beweislast ist eine weitere Kategorie zu nennen: die strikte Verantwortlichkeit in Bezug auf die Strafzumessung i.e.S., d.h. diejenigen Fälle bei welchen erst im Stadium der Strafzumessung striktere Massstäbe Anwendung finden (3.). Den sogleich zu besprechenden Variationen ist gemein, dass sie in Diskrepanz zu gewissen Standards stehen, welche im Regelfall dazu geeignet sind, ein akkurates Verfahren für die Schuldbestimmung zu garantieren.

2. **Strict Liability in Bezug auf die Beweislast und Beweislastverteilung**

2.1 **Beweislast**

Im Allgemeinen ist die Unschuldsvermutung (*presumption of innocence*) als Grundprinzip eines jeden fortschrittlichen Rechtssystems anerkannt.¹⁹³² Entsprechend ist es grundsätzlich Aufgabe des Staates, d.h. der Anklage, den Schuldnachweis zu erbringen. Dabei wird in der englischen Literatur des Öfteren auf eine Entscheidung aus dem Jahre 1935 Bezug genommen, bei deren Begründung ein Richter festhielt, dass es sich beim Grundsatz, dass die

1930 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 199 (1995).

1931 Siehe zur Verbreitung der Doktrin allg. bereits S. 70 f.

1932 STUMER, xxxvii und passim; BOHLANDER, German Criminal Procedure, 21.

Anklage die Schuld des Angeklagten zu beweisen habe, um einen „goldenen Faden“ handle, welcher sich durch das „Netz des englischen Strafrechts“ ziehe.¹⁹³³ Mittlerweile hat sich diese Aussage für das angelsächsische Recht allerdings grossflächig als „leere Rhetorik“ herausgestellt, wenn man die zahlreichen Beweislastumkehrungen betrachtet, welche das Gesetzesrecht vorsieht.¹⁹³⁴

Eine Prüfung der *strict liability offences* zeigt schnell, dass es sich dabei oftmals um Delikte mit einer Beweislastumkehr handelt und solche im angelsächsischen Recht eine offensichtlich weitere Verbreitung finden als in deutschsprachigen Rechtsordnungen.¹⁹³⁵ Erschwerend kommen dabei die teilweise unklare Trennung von *offences* und *defences* und die entsprechenden Eigenheiten der Verbrechenslehre hinzu.¹⁹³⁶ Beweislastumkehrungen scheinen gerade im Zusammenhang mit *strict liability offences* eine beliebte Technik des Gesetzgebers darzustellen. Bei dieser Art von Delikten wird ein Verhalten für grundsätzlich strikt strafbar erklärt, um dem Beschuldigten im gleichen Atemzug immerhin zu ermöglichen, mittels Einrede zu beweisen, dass für ihn gewisse Ausnahmen bzw. Entschuldigungen zur Anwendung gelangen.¹⁹³⁷ Eine klassische Eigenart solcher Bestimmungen ist, dass sie, wenn sie auch keinen vollen Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsnachweis erfordern, den Zusatz „*without reasonable excuse*“ enthalten und damit zulassen, dass bei vernünftigen Entschuldigungsgründen keine Verantwortlichkeit erwächst.¹⁹³⁸ Auch der Umstand, dass ein Delikt explizit eine *due diligence*-Einrede vorsieht, indiziert bereits, dass es sich dabei um eine *strict liability offence* handelt, da ansonsten klar wäre, dass die Sorgfaltspflichtverletzung von der Anklage vorgetragen werden müsste.¹⁹³⁹

Es ist klar, dass in jeder Rechtsordnung eine Spannung zwischen der Hochhaltung der Rechte des Angeklagten auf der einen Seite, mitunter

1933 *Woolmington v DPP* [1935] AC 462; dazu z.B. ASHWORTH/HORDER, Principles, 71.

1934 ASHWORTH/HORDER, Principles, 71 f. So soll bei rund 40% der vor dem *Crown Court* verhandelbaren Delikte – also bei den schwereren Delikten – die Beweislast beim Angeklagten liegen; so ASHWORTH/BLAKE, 1996 Crim. L.R. 306, 306; kritisch gegenüber der Verbreitung solcher Klauseln im englischen Recht z.B. auch ROBERTS, 153 f.

1935 SULLIVAN BOB, 25.

1936 Vgl. ASHWORTH/HORDER, Principles, 72, gemäss denen es öfter einmal nicht klar sei, ob ein Element als *defence* ausgestaltet oder bereits in den Tatbestand integriert werden soll.

1937 ROBERTS, 153.

1938 ASHWORTH, Handbook, 553.

1939 JEFFERSON, 134.

eben vor allem der Unschuldsvermutung, und dem Bedürfnis nach einer effizienten Strafverfolgung auf der anderen Seite besteht.¹⁹⁴⁰ Gerade bei den *regulatory offences* wird analog der Lockerungen des Nachweises des subjektiven Tatbestandes die Beweislastumkehr damit zu legitimieren versucht, dass die Durchsetzung des Nebenstrafrechts auf eine effiziente Strafverfolgung angewiesen sei, welche diese Beweislastverteilung notwendig machen würde.¹⁹⁴¹ Im Bereich des Nebenstrafrechts werden solche Beweislastumkehrungen ferner damit gerechtfertigt, dass es aus Effizienz- und Wirtschaftlichkeitsüberlegungen Sinn mache, dass der Aufwand, die Unschuld zu beweisen, dem Beschuldigen (oftmals einem Unternehmen) obliegen solle, da dieser die in der Bestimmung normierten gefahr begründenden Tätigkeiten wissentlich initiiert habe und ihm auch der daraus resultierende Profit zugekommen sei.¹⁹⁴² Trotzdem stellt eine solche Platzierung von Beweislastumkehrungen oder gar unwiderruflicher gesetzlicher Vermutungen einen Eingriff in die Unschuldsvermutung dar und kann nicht als gesetzgeberisches Äquivalent zur üblichen Verpflichtung der Gerichte erachtet werden, die innere Tatseite nachzuweisen.¹⁹⁴³

In Auslegung von Art. 6 Abs. 2 EMRK hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte festgehalten, dass nicht jede Beweislastumkehr eine Verletzung der Unschuldsvermutung und folglich unzulässig sei. Vielmehr müsse sich die Beweislastumkehr in einem „vernünftigen Rahmen“ halten, welcher die Wichtigkeit des geschützten Rechtsguts und die Rechte der Verteidigung berücksichtige.¹⁹⁴⁴ In der Folge wurden in der englischen Lehre, die sich aufgrund der zahlreichen Beweislastumkehrungen mit der Auslegung der entsprechenden EMRK-Bestimmung zu beschäftigen hatte, verschiedene Ansätze entwickelt, was für Beweislastumkehrungen zulässig sind. Dazu gehört z.B. der sog. *necessity test*, welcher darauf fokussiert, ob die jeweilige Beweislastverteilung wirklich notwendig und verhältnismässig sei und ob ferner keine Alternativen vorliegen würden, um das mit der Beweislastumkehr verfolgte Ziel zu erreichen.¹⁹⁴⁵ Aufgrund der europäischen Rechtslage haben der englische Gesetzgeber und die Gerichte in der

1940 STUMER, xxxvii.

1941 STUMER, 162.

1942 SIMESTER ET AL., 191.

1943 So auch ROBERTS, 190.

1944 ASHWORTH/HORDER, Principles, 71 mit Verweis auf *Salabiaku v. Frankreich*, EGMR Urteil vom 7.10.1998, Serie A, Nr. 141-A.

1945 STUMER, 151.

Tat versucht, das Ausmass solcher Bestimmungen einzuschränken, gerade im Bereich schwererer Delikte. Dennoch blieben zahlreiche dieser sog. *reverse onus*-Klauseln bestehen.¹⁹⁴⁶

Ebenfalls zu dieser Variation können Fälle gezählt werden, bei denen reduzierte Ansprüche an den Beweisstandard gestellt werden, da auch das potenziell geeignet ist, die Beweislast zu verschieben bzw. zu erhöhen. Im angelsächsischen Recht wird gemeinhin zwischen dem *evidential burden of proof* und dem *persuasive burden of proof* unterschieden. Eine *evidential burden* verlangt vom Angeklagten, dass er ausreichende Beweise zu seiner Verteidigung vorlegt. In der Folge liegt es jedoch an den Behörden, die Schuld „*beyond reasonable doubt*“ nachzuweisen. Die *persuasive burden* geht weiter und beinhaltet auch die Last, die Entscheidungsinstanz gemäss dem anwendbaren Beweisstandard zu überzeugen.¹⁹⁴⁷ Wird nun der Verteidigung im Rahmen einer Beweislastumkehr diese zweite Variante der Beweislast aufgebürdet, wie das im angelsächsischen Recht oftmals der Fall ist, so wird der Angeklagte verurteilt, sofern er nicht ausreichende Gegenbeweise erbringt, welche das Gericht von seiner Unschuld überzeugen. Umgekehrt wird der Angeklagte bei der *evidential burden* trotz der ihm zukommenden Aufgabe, Beweise beizusteuern, freigesprochen, wenn die Behörde trotz dieser Beweise die Schuld nicht nachweisen konnte.¹⁹⁴⁸ Entsprechend betreffen auch solche Regelungen die Risikoverteilung im Falle einer nicht eindeutigen Beweislage. Weiter bezeichnete Husak auch Fälle, bei denen vom üblichen Beweisstandard „*beyond reasonable doubt*“ abgewichen wird als weitere Variation der strikten Verantwortlichkeit. Beispiele solcher Bestimmungen seien diejenigen, bei denen es die Praxis erlaube ein Schuldurteil bspw. bereits aufgrund von „*clear and convincing evidence*“ (klarer und überzeugender Beweis) oder auch „*a preponderance of the evidence*“ (Überwiegen des Beweises) zu fällen.¹⁹⁴⁹

2.2 Gesetzliche Vermutungen

Beweislastumkehrungen gehen oftmals mit gesetzlichen Vermutungen einher. Auch diese können mit Blick auf die Unschuldsvermutung und das Schuldprinzip i.S. einer angemessenen Abbildung der persönlichen Verantwortlichkeit durch das Verfahren von Bedeutung sein.

1946 ASHWORTH, Handbook, 541.

1947 STUMER, 8; KEATING ET AL., 238.

1948 STUMER, 8 f.

1949 HUSAK, 8 Can. J. L. & Jurisprudence 189, 201 (1995).

Beweislastumkehrungen werden, sofern sie nicht allgemein dem Angeklagten die Verantwortung für die Beweiserbringung aufbürden, regelmässig damit indiziert, dass eine gesetzliche Vermutung aufgestellt wird, welche solange gilt, bis die Verteidigung das Gegenteil ausreichend nachweisen konnte.¹⁹⁵⁰ Es gibt verschiedene Arten solcher Vermutungen. Grundsätzlich kann alles als „gesetzlich vermutet“ bezeichnet werden, was nicht bewiesen werden muss. Allerdings sehen gesetzliche Vermutungen i.e.S. vor, dass aufgrund eines Umstands ein anderer Umstand einfach als Faktum angenommen wird. Wenn also z.B. der Nachweis des Besitzes eines Gegenstandes zur automatischen Vermutung ausreicht, dass der Angeklagte den besagten Gegenstand willentlich und wissentlich besass, handelt es sich um eine zwingende gesetzliche Vermutung hinsichtlich dieses subjektiven Tatbestands.¹⁹⁵¹ Eine solche Vermutung geht weiter als reine gesetzliche Vermutungen, welche nur die Beweislast verteilen, aber zumindest den Gegenbeweis offenlassen. In diesen in der Praxis oft vorkommenden Formulierungen wird entsprechend vorgeschrieben, dass „bis zum Beweis von X angenommen werden soll, dass Y als bewiesen gilt.“ Entsprechend muss zwischen verschiedenen Arten von Vermutungen und je nach Möglichkeiten des Angeklagten unterschieden werden.¹⁹⁵²

Viele gesetzliche Vermutungen sind in der Doktrin rund um die strikte Verantwortlichkeit fest eingebettet und werden mit den gleichen Argumenten gerechtfertigt, die auch anderen Konstruktionen dieser Deliktskategorie zugrunde liegen. Wie *Duff* treffend ausführt, gibt es im Spektrum von der strikten Geltung der Unschuldsvermutung, bei welcher analog des Ideals des „goldenen Fadens“ alles von der Anklage bewiesen werden muss, bis hin zu einer absoluten Verantwortlichkeit, bei welcher die Gerichte völlig davon befreit sind irgendetwas zu beweisen, zahlreiche Abstufungen.¹⁹⁵³ Diese Abstufungen können auch mit dem ansonsten hohen Beweisstandard des angelsächsischen Rechts erklärt werden und es ist folglich die Frage aufzuwerfen, ob es bei vielen solchen Vermutungen schlichtweg darum geht, im konkret zu reglementierenden Kontext die Anforderungen an den Schuldnachweis „*beyond reasonable doubt*“ zu lockern. In diesen Fällen seien gesetzliche Vermutungen in der Tat teilweise zu rechtfertigen und würden

1950 STUMER, 11.

1951 STUMER, 11.

1952 Vgl. STUMER, 12 f.; ausführlich zu verschiedenen Arten gesetzlicher Vermutungen auch DUFF, *Strict Liability*, 130 ff.

1953 DUFF, *Strict Liability*, 132.

die Unschuldsumvermutung nicht grundsätzlichen bedrohen, da es sich nur um gesetzliche Konkretisierungen davon handeln würde, was als ausreichender Beweisstandard akzeptiert werde.¹⁹⁵⁴

2.3 Beweislastverteilung in deutschsprachigen Rechtsordnungen

Eine strikte prozedurale Verantwortlichkeit, wie sie soeben beschrieben wurde, ist im deutschsprachigen Recht deutlich seltener vorzufinden. Im deutschen Recht ist der Grundsatz, dass der Staat stets und uneingeschränkt die volle Beweislast zu tragen habe, wohl am stärksten verankert, was aber in dieser Ausprägung kaum vollends für andere kontinentaleuropäische Rechtsordnungen gilt.¹⁹⁵⁵ In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahr 1959 zur Zulässigkeit von Verschuldensvermutungen und Beweislastumkehrungen Stellung bezogen und diese auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht als grundsätzlich unzulässig erachtet.¹⁹⁵⁶ Auch im deutschen Recht gibt es allerdings, zumindest was das Verfahren im Ordnungswidrigkeitenrecht anbelangt, gewisse Lockerungen hinsichtlich der anwendbaren Massstäbe in Bezug auf den Schuldachweis. So würden an die Schuld des Täters teilweise weniger hohe Anforderungen gestellt als die sonst übliche richterliche Überzeugung, und es genüge eine „Überzeugung minderen Grades“.¹⁹⁵⁷ Auch die verfahrensökonomisch begründeten Verfahrensvereinfachungen gerade bei Massendelikten erlauben selten, die gleichen Massstäbe an den Nachweis der subjektiven Tatseite anzulegen.¹⁹⁵⁸

Ähnliches gilt auch für die anderen deutschsprachigen Rechtsordnungen. Ein auch dem schweizerischen Strafrecht neuerdings bekanntes Beispiel einer gesetzlichen Vermutung bzw. Beweislastumkehr ist jedoch die sog. Halterhaftung.¹⁹⁵⁹ Diese Konstellationen werden im angelsächsischen Recht i.d.R. mittels der Figur der *vicarious liability* abgehandelt und geben wenig Anlass zur Debatte.¹⁹⁶⁰ Es handelt sich dabei allerdings um eine Bestimmung, welche für die deutschsprachigen Rechtsordnungen eher unüblich ist und

1954 DUFF, *Strict Liability*, 136 f. und 149.

1955 HÖRSTER, 1.

1956 BVerfGE 9, 167, 170; siehe dazu HÖRSTER, 147.

1957 So HÖRSTER, 183.

1958 HÖRSTER, 183 f.

1959 Art. 6 Abs. 4 CH-OBG.

1960 Oben S. 383 ff.

deshalb auch Anlass zu Diskussionen gab.¹⁹⁶¹ Die entsprechende Bestimmung hält fest, dass eine Ordnungsbusse dem im Fahrzeugausweis eingetragenen Fahrzeughalter auferlegt wird, wenn der die Widerhandlung begehende Fahrzeugführer nicht identifiziert werden kann. Der Halter kann sich aus dieser Haftung nur befreien, wenn er Name und Adresse der Person nennt, die das Fahrzeug tatsächlich geführt hat.¹⁹⁶² Gemäss Kritikern handelt es sich dabei um eine Erfolgshaftung unter Beweislastumkehr. Die Bestimmung sei deshalb sowohl mit der Unschuldsvermutung als auch mit dem Schuldprinzip nicht vereinbar. Letzteres, da dem Halter gegenüber kein persönlicher Vorwurf gemacht werde.¹⁹⁶³ Begründet wird die Bestimmung mit prozessökonomischen und pragmatischen Überlegungen.¹⁹⁶⁴ Eine ähnliche, wenn auch weniger weitgehende Regelung kennt auch das deutsche Recht im Rahmen der sog. Kostentragungspflicht des Kraftfahrzeughalters bei Halt- oder Parkverstössen.¹⁹⁶⁵ Danach werden dem Fahrzeughalter allerdings nur die Verfahrenskosten auferlegt, welche entstehen, wenn in einem Bussgeldverfahren der Führer des Fahrzeugs nicht vor Eintritt der Verjährungsfrist ermittelt werden kann oder die Ermittlung einen unangemessenen Aufwand erfordern würde.¹⁹⁶⁶ Entsprechend handelt es nicht eigentlich um eine Beweislastumkehr, wenn auch die Beweispflicht damit weitgehend umgangen wird. Ein weiteres Beispiel einer ausdrücklichen Beweislastumkehr findet sich in § 73d D-StGB, der vorsieht, dass bei der „Einziehung von Vermögenswerten beim erweiterten Verfall“ die Beweisanforderungen herabgesetzt werden.¹⁹⁶⁷ Gemäss *Hafter* stellen diese im Übertretungsstrafrecht gelegentlich vorkommenden Schuldvermutungen keine Abweichung vom Grundsatz des Schuldprinzips dar, da den Beschuldigten der Gegenbeweis offenstehe. Allerdings würden sie den Grundsätzen des Strafprozessrechtes widersprechen und der Pflicht des Staates, den Schuldbeweis zu erbringen.¹⁹⁶⁸

1961 Siehe z.B. NIGGLI/MAEDER, 34 ff.

1962 NIGGLI/MAEDER, 34 f. mit Verweis auf BBl 2010, 8447 ff.

1963 So NIGGLI/MAEDER, 34 ff.

1964 BBl 2010, 8486 f.

1965 § 25a D-StVG; allerdings verbleibt hier die Beweislast grundsätzlich bei der Verfolgungsbehörde und die Busse kann dem Fahrzeughalter nur dann auferlegt werden, wenn die Ermittlung des Täters vor Ablauf der Verfolgungsfrist nicht erfolgreich war oder einen unangemessenen Aufwand erfordern würde.

1966 Zu dieser Bestimmung ausführlich HÖRSTER, 160 ff.

1967 Siehe dazu HÖRSTER, 162 f.

1968 HAFTER, AT, 107 f.

Insgesamt gilt auch im Nebenstrafrecht, im Verwaltungsstrafrecht oder auch im deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht allerdings die Unschuldsvermutung und die Beweislast liegt bei der Untersuchungsbehörde. Von einem Ausmass an Beweislastumkehrungen, wie sie in den angelsächsischen Rechtsordnungen gang und gäbe sind, kann also keineswegs gesprochen werden.

2.4 Vereinbarkeit strengerer Beweisregelungen mit dem Schuldprinzip

Wie die vorangegangenen Ausführungen aufzeigen konnten, gibt es im angelsächsischen Recht – und in deutlich reduziertem Ausmass auch in deutschsprachigen Rechtsordnungen – gewisse strafprozessuale Bestimmungen, die Abweichungen von den formellen Ausflüssen des Schuldprinzips, d.h. insb. von der Unschuldsvermutung, vorsehen. Diese Form der *strict procedural liability* ist geeignet, die ideale Form der Sequenz zwischen Schuldvorwurf und Bestrafung zu beeinträchtigen. Strafen, welche aufgrund einer solchen strikten Verantwortlichkeit in Bezug auf das Strafverfahren verhängt werden, vermögen folglich nicht immer abzubilden, ob überhaupt ein Normgeltungsschaden entstanden ist, der auf die Mitteilung des Täters zurückzuführen ist. In Fällen, bei denen den Täter zwar eine Schuld trifft, kann ein ungeeignetes Verfahren dennoch zu einer Missrepräsentation des Ausmasses der Normdestabilisierung führen. Es gibt dabei verschiedene Grade prozeduraler Strenge. Entsprechend können Verfahrensbestimmungen mehr oder weniger geeignet sein, eine adäquate Wiedergabe der entstandenen Normdestabilisierung anzubieten. Diese Einschränkungen betreffen nicht den Schuldvorwurf selbst, d.h. die Schuldenerhebung in einem substantiellen Sinne, sondern die Repräsentation dieses Schuldvorwurfs durch den Strafprozess. Aus funktionaler Perspektive wird demzufolge deutlich, dass es sich dabei um eine Variation der strikten Verantwortlichkeit handelt.

3. Strict Liability in Bezug auf die Strafzumessung

3.1 Einschränkungen bei der Strafzumessung

Husak hat in seinen Abhandlungen zur *strict liability* richtigerweise hervorgehoben, dass Fälle, bei denen die Strafe die persönliche Verantwortlichkeit nicht angemessen wiedergeben, im Widerspruch zum Schuldprinzip i.S.d. Verhältnismässigkeitsprinzips stehen. Wie bereits im Rahmen des *principle of correspondence* diskutiert, sei dies gerade dann der Fall, wenn die verhängte

Strafe sich nicht nur auf die schuldhaft begangene Tat, sondern ebenfalls auf einen davon unabhängigen Erfolg beziehe und entsprechend zugemessen werde.¹⁹⁶⁹ Auch *Simons* spricht in seiner Kategorisierung von einer derartigen strikten Verantwortlichkeit in Bezug auf die Strafzumessung (*strict liability in grading*). Diese sei zwar regelmässig einfacher zu rechtfertigen, da ein persönlicher Vorwurf erhoben werden könne, es handle sich aber trotzdem um eine strikte Form der Verantwortlichkeit.¹⁹⁷⁰ Allerdings meint er damit primär die Fälle der Erfolgsqualifikation, bei denen sich, wie bereits erläutert, Probleme hinsichtlich der schuldkonformen Strafzumessung ergeben.¹⁹⁷¹

Allerdings handelt es sich dabei nicht um das einzige Szenario, bei welchem von einer strikten Strafzumessung unabhängig des persönlichen Verschuldens gesprochen werden kann. Vielmehr sind auch Beispiele auffindbar, bei welchen sich die Strenge des Vorwurfs auf die Strafzumessung i.e.S. bezieht, d.h. derjenigen im Anschluss an die eigentliche Schuldfeststellung (*strict liability in sentencing*). Das wahrscheinlich offensichtlichste – und deshalb wenig zufällig auch am intensivsten diskutierte – Beispiel ist dasjenige der sog. *three strikes laws* als besonders schwerwiegende Form eines fixen Straftarifs. Aber auch andere Beispiele sind denkbar und sollen in der Folge kurz Erwähnung finden.

3.2 **Fixe Straftarife und Three Strikes Laws**

Die Regelung einiger US-amerikanischer Bundesstaaten, allen voran des kalifornischen, welche unter dem Motto „*three strikes and you are out*“ zu bedenklichem Ruhm gelangt ist, ist ein klassisches Beispiel einer strikten Regelung hinsichtlich der Strafzumessung, welche eine Diskrepanz mit dem Schuldprinzip i.S.d. Strafzumessungsschuld entstehen lässt.¹⁹⁷² Diese Bestimmungen betreffen Wiederholungstäter, welche zum dritten Mal wegen eines Deliktes zur Verantwortung gezogen werden. Für diese dritte Tat droht 25 Jahre Freiheitsentzug oder sogar eine lebenslange Freiheitsstrafe (regelmässig ohne Bewährung), unabhängig von der eigentlich für diese Tat angeordneten Strafe.¹⁹⁷³ Als drittes Delikt reichen oftmals einfache Drogen- oder

1969 HUSAK, *Strict Liability, Justice and Proportionality*, 93 ff.

1970 SIMONS, 87 *J. Crim. L. & Criminology* 1075, 1104 f. (1997).

1971 Siehe bereits S. 338 ff.

1972 Siehe z.B. *California Penal Code*, s. 667 (*Kalifornien*); zu den *three strikes laws* allg. CHEN, 261 ff.; SHICHOR/SECHREST, passim; ZIMRING/HAWKINS/KAMIN, passim.

1973 JAKOBS, *Staatliche Strafe*, 38.

Vermögensdelikte aus.¹⁹⁷⁴ Diese *three strikes laws* wurden zunächst in den Bundesstaaten Washington (1993) und Kalifornien (1994) etabliert, wo die Bevölkerung die Regelung in einer Volksabstimmung deutlich unterstützte.¹⁹⁷⁵ In Zeiten einer allg. hohen Kriminalitätsrate und einer entsprechenden kriminalpolitischen Stimmung verbreitete sich dieses Paradigma. Mittlerweile haben insgesamt 24 Bundesstaaten und der Bundesgesetzgeber ähnliche Massnahmen ergriffen, auch wenn sie in der konkreten Ausgestaltung variieren.¹⁹⁷⁶ Diese Gesetzgebung hat sich aufgrund der Überlegung verbreitet, dass Wiederholungstäter für einen Grossteil der Kriminalität verantwortlich seien und eine strenge Handhabung solchen Wiederholungstaten entgegenwirken könne, sowohl mittels Spezialprävention durch das schlichte Wegsperrn der Täter als auch durch allg. Abschreckung.¹⁹⁷⁷ Trotz der zunehmenden Kritik und diversen Reformbestrebungen hält sich dieses „*largest penal experiment in American history*“¹⁹⁷⁸ nach wie vor in zahlreichen US-amerikanischen Rechtsordnungen.¹⁹⁷⁹ In der Tat stellt sich allgemein die Frage, inwiefern sich Wiederholungstaten im Vergleich zu Ersttaten im normdestabilisierenden Effekt unterscheiden. Es wird angeführt, dass eine Wiederholungstat verstärkt dazu in der Lage sei, die Normgeltung in Frage zu stellen, da eine solche eine ausgesprochenen Indifferenz gegenüber der Norm und der Rechtsordnung im Allgemeinen zum Ausdruck bringe.¹⁹⁸⁰

Die *three strikes laws* sind ein Beispiel einer unflexiblen und in aller Regel fixen Strafzumessung. Solche klar festgelegten Straftarife haben zwar den Vorteil, dass sie eine vorhersehbare, klare und einheitliche Strafe sicherstellen, verhindern aber gleichzeitig, dass Behörden oder Gerichte bei der Strafzumessung auf die konkret vorliegenden Umstände des Täters und der Tat Rücksicht nehmen können.¹⁹⁸¹ Auch zwingende Strafuntergrenzen, wie sie in den amerikanischen *sentencing guidelines* verbreitet sind und von denen auch bei speziellen mildernden Umständen nicht abgewichen werden kann, schränken die Strafzumessungsbehörde ein und verhindern in gewissen

1974 KLEINFELD, 68 Stan. L. Rev. 933, 976 (2016).

1975 CHEN, 261; KLEINFELD, 68 Stan. L. Rev. 933, 976 (2016).

1976 VITIELLO, 29 Human Rights Magazine 3, 3 (2002); CHEN, 261.

1977 CHEN, 261.

1978 ZIMRING/HAWKINS/KAMIN, 17.

1979 Zur Kritik und den Reformbestrebungen siehe allg. CHEN, 261 ff.

1980 So KLEINFELD, 68 Stan. L. Rev. 933, 974 f. (2016).

1981 LIPPMAN, 77.

Fällen eine angemessene Berücksichtigung des persönlichen Verschuldens.¹⁹⁸² Fixe Strafartefixe sind auch in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen verbreitet, gerade im Nebenstrafrecht, wo i.d.R. für Verstösse gegen das Strassenverkehrsrecht, aber auch z.B. für minderschwere Diebstähle klare Ansätze bestehen. Allerdings ermöglicht hier regelmässig der vorgesehene Rechtsweg, dass dieses Strafmass zumindest theoretisch auch angefochten werden könnte.¹⁹⁸³

Ein Beispiel einer anderen Art einer *strict liability in sentencing* könnte z.B. in der schweizerischen Regelung zur Bestrafung der Fahrlässigkeit im Nebenstrafrecht erblickt werden.¹⁹⁸⁴ Diese Bestimmung hält fest, dass die im Nebenstrafrecht normierten Straftatbestände im Allgemeinen auch bei fahrlässiger Begehung strafbar sind, sieht dafür allerdings keine verminderte Strafandrohung vor. Diese Regelung kann als stark reduziertes Relikt der früher im Polizei- und Fiskalstrafrecht weit verbreiteten Erfolgshaftung betrachtet werden. Bei diesen sog. „Formaldelikten“ handelte es sich um eine Art Kausalhaftung unabhängig vom persönlichen Verschulden.¹⁹⁸⁵ Sie ist ferner hinsichtlich des Schuldprinzips problematisch, da grundsätzlich nicht zu rechtfertigen ist, warum im Bereich des Nebenstrafrechts für Fahrlässigkeit keine geringere Bestrafung vorgesehen sein soll, sondern die gleiche wie im Falle einer vorsätzlichen Begehung.¹⁹⁸⁶ Der grundlegende Gedanke, dass die fahrlässige Begehung ein weniger schwer wiegendes Verschulden mit sich bringt als die vorsätzliche Infragestellung der Normgeltung, findet in dieser Regelung keine Berücksichtigung.¹⁹⁸⁷ Auch hierbei handelt es sich nicht um ein Beispiel, bei welchem der Schuldspruch an sich disproportional oder ungerechtfertigt ist, sondern bei welchem die Gesetzesbestimmung vielmehr im Rahmen der Strafzumessung undifferenzierte und damit potenziell strikte Bestimmungen zulassen würde.

1982 RUSSELL-BROWN/DAVIS, 286 ff.

1983 Vgl. für England ASHWORTH, *Ohio State Journal of Criminal Law*, 422 f.

1984 Art. 333 Abs. 7 CH-StGB.

1985 HAFTER, AT, 107; COMTESSE, SJZ 1942, 106 f.; THOMMEN, recht 2013, 280 f.; im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses zum ersten eidgenössischen StGB wurde aber durchgesetzt, dass das Schuldprinzip auch bei Übertretungen gilt. Im gleichen Zuge hatte der Gesetzgeber auch bestimmt, dass die fahrlässige Begehung der ehemaligen Formaldelikte ebenfalls bestraft werden solle.

1986 So THOMMEN, recht 2013, 278.

1987 THOMMEN, recht 2013, 287, der deshalb die ersatzlose Streichung dieser Bestimmung fordert.

3.3 Vereinbarkeit einer beschränkten Strafzumessung mit dem Schuldprinzip

Aus den vorangegangenen Ausführungen sollte klar geworden sein, dass das Feld der strikten Verantwortlichkeit in Bezug auf die Strafzumessung potenziell weit ist, konkrete Fälle jedoch aufgrund der auch aus funktionaler Perspektive schwierigen Beantwortung der Frage, was eine „angemessene Strafzumessung“ ist, nur schwierig eindeutig zu benennen sind. Einmal abgesehen von dem offensichtlichen Fall der *three strikes*-Doktrin kann festgehalten werden, dass fixe Straftarife oder Beschränkungen der Flexibilität der Strafzumessung bzw. der Unbeachtlicherklärung von eigentlich für das Strafmaß relevanten Faktoren grundsätzlich geeignet sind, im Einzelfall zu einer strikten Verantwortlichkeit zu führen. Wenn das Verfahren der Strafmaßbestimmung solchen Restriktionen unterliegt, kann dies in einer Überbestrafung resultieren, welche mit dem Schuldprinzip nicht vereinbar ist. D.h. nicht, dass es sich bei einem festgelegten Katalog von Straftarifen immer um eine *strict liability* handeln muss – sind doch am Schluss immer irgendwelche Vorgaben zu machen –, sondern schlichtweg, dass diese Kataloge geeignet sein müssen, den persönlichen Vorwurf adäquat abzubilden.

Kapitel 3: Normstabilisierung und Strict Liability

I. STRIKTE VERANTWORTLICHKEIT AUS FUNKTIONALER PERSPEKTIVE

1. Strikte Verantwortlichkeit als dysfunktionale Konstruktion

Die *strict liability*-Doktrin in ihren zahlreichen Variationen war in den vergangenen Jahrzehnten harscher wissenschaftlicher Kritik ausgesetzt.¹⁹⁸⁸ Wie aufgezeigt werden konnte, ist dies darauf zurückzuführen, dass diese Form der Verantwortlichkeit in Widerspruch zum eigentlich anerkannten strafrechtlichen Schuldprinzip steht. Während einige Autorinnen und Autoren die Idee einer strikten Verantwortlichkeit grundsätzlich zurückweisen, erblicken andere wiederum in einigen Kategorien eine legitime Form einer Abweichung vom ansonsten geltenden Prinzip.¹⁹⁸⁹ So sei die strikte Verantwortlichkeit z.B. gemäss *Simester* nicht immer illegitim. Eine Lockerung des Schuldprinzips im materiellen Sinne sei zwar bei Vergehen mit hohem Stigma immer unangebracht, rein formelle Lockerungen könnten aber u.U. auch bei diesen schwereren Vergehen gerechtfertigt sein. Bei *quasi-criminal regulations* hingegen sei auch eine strikte Verantwortlichkeit im materiellen Sinne nicht grundsätzlich falsch.¹⁹⁹⁰ Dennoch sind sich die meisten Autorinnen und Autoren einig, dass eine Verurteilung aufgrund einer in

¹⁹⁸⁸ Siehe dazu bereits S. 63 ff. mit den entsprechenden Nachweisen.

¹⁹⁸⁹ Auf dieser Annahme einer teilweisen Legitimität gründet z.B. die Differenzierung zwischen substanzieller und formeller *strict liability* bei SIMESTER, *Is Strict Liability Always Wrong?*, 21; siehe dazu bereits S. 314 ff.

¹⁹⁹⁰ SIMESTER, *Is Strict Liability Always Wrong?*, 24 und passim.

der Tat substantiellen strikten Verantwortlichkeit illegitim sei und anderen Überlegungen hier kein Vorrang vor dem Schuldprinzip eingeräumt werden dürfe.¹⁹⁹¹ So hält bspw. auch Husak eine Verurteilung aufgrund einer materiellen strikten Verantwortlichkeit, also eine ohne substantiellen persönlichen Schuldvorwurf gegenüber dem Täter, immer für illegitim.¹⁹⁹² Es ist in der Folge zu diskutieren, ob dieser Haltung zu folgen ist. Aus dem Blickwinkel der funktionalen Analyse ist deutlich geworden, dass diese Delikte tatsächlich nicht mit der idealen Funktionsweise des Strafrechtssystems in Einklang zu bringen sind. Dabei handelt es sich jedoch um eine soziologische Beurteilung. Eine darauf aufbauende normative Erörterung muss dagegen weiter danach fragen, ob eine solche Dysfunktionalität unter gewissen Umständen dennoch zu legitimieren ist oder ob sich aus dieser Beobachtung bereits eine Absage an potenzielle Rechtfertigungen der Doktrin ergeben muss. Um diesen Punkt herauszustreichen: Dies ist eine mögliche Konsequenz der funktionalen Analyse, nicht jedoch eine zwingende.

Wie in der Präsentation der Kategorisierung der verschiedenen der Doktrin zuzuordnenden Konstruktionen zum Ausdruck gekommen ist, handelt es sich bei den Fällen der *strict liability*, welche aus funktionaler, d.h. soziologischer Perspektive als solche strikte Platzierung des Schuldvorwurfs bezeichnet werden können, um Abweichungen von den Funktionen des Schuldprinzips und damit um einen Verstoss gegen dessen Anforderungen. Folglich ist es wenig zufällig, dass die Kritik an dieser Doktrin – gerade aufgrund dieser Abweichung von der eigentlichen strafrechtlichen Funktionsweise – stetig vorgebracht wird, da die entsprechenden Konstruktionen zu potenziell dysfunktionalen Strafen führen, die wiederum potenziell dazu geeignet sind, die strafrechtliche Funktionserfüllung und damit langfristig auch die Systemstabilität zu beeinträchtigen. In der Folge muss deshalb zunächst analysiert werden, warum die *strict liability offences* trotz diesem ihnen inhärenten Widerspruch zur Funktionsweise des Systems im angelsächsischen Recht überhaupt überdauern können. Danach wird versucht, auf der Grundlage der gemachten Beobachtungen ein normatives Beurteilungsmodell zu entwickeln, um die Frage der Legitimität der Doktrin und ihrer Variationen mit Blick auf die Bedeutung des Strafrechts für das Gesellschaftssystem beantworten zu können.

1991 Anstatt vieler z.B. HUSAK, *Strict Liability, Justice and Proportionality*, 91; SINGER RICHARD, 30 B.C. L. Rev. 337, 405 (1989).

1992 HUSAK, *Strict Liability, Justice and Proportionality*, 91 f.; siehe zu seiner Unterscheidung in formelle und materielle strikte Verantwortlichkeit bereits S. 314 ff.

2. Persistenz einer dysfunktionalen Doktrin

Wie bereits betont, handelt es sich bei der weitgehenden wissenschaftlichen Intoleranz gegenüber der Doktrin der strikten Verantwortlichkeit nicht um einen Zufall. In der Tat beinhalten die *strict liability offences* – im hier definierten Verständnis – Abweichungen von den regulären Ansprüchen an die Funktionen des Schuldprinzips und vom Standard der funktionalen Schuldplatzierung. Dieser Umstand und die anhaltende Kritik haben allerdings nichts an der Tatsache geändert, dass sich diese Doktrin in den letzten Jahrzehnten erhalten bzw. manifestieren konnte und sich weiterhin im Strafrecht der angelsächsischen Rechtsordnungen ausbreitet.¹⁹⁹³ Es ist interessant, dass sich eine Doktrin, welche nicht nur den normativen Prinzipien und dem strafrechtswissenschaftlichen Konsens zuwiderläuft, sondern darüber hinaus regelmässig zu einer dysfunktionalen, den eigentlichen sozialen Mechanismen der Verantwortungszuschreibung zuwiderlaufenden Bestrafung (i.d.R. eine Überbestrafung) führt, trotzdem erhalten kann. Verschiedene Gründe kommen als Erklärung in Betracht, wobei bereits die Tatsache, dass das Strafrechtssystem nicht immer automatisch ideal-funktional operiert, eine zentrale Erkenntnis dieser Analyse darstellt, die noch weiterer Erörterung bedarf.

Der Persistenz der *strict liability* trotz ihrer inhärenten Dysfunktionalität kann auf verschiedenen Analyseebenen begegnet werden. Wie bereits im ersten Teil dieser Abhandlung ausgeführt, gibt es verschiedene Eigenheiten der *Common Law*-Rechtsordnungen, aber auch der Kriminalpolitik der jeweiligen Staaten, welche die Differenzen zum deutschsprachigen Rechtsraum zumindest teilweise zu erklären vermögen.¹⁹⁹⁴ Sowohl die pragmatische und prozedurale Orientierung von Gesetzgebung und Rechtsprechung als auch die Abwesenheit eines kodifizierten Allgemeinen Teils des Strafrechts haben diese Rechtsentwicklung begünstigt.¹⁹⁹⁵ Aber auch die durch das Opportunitätsprinzip geförderte „Politisierung“ der Strafverfolgung trägt – speziell in den USA – zur Zurückdrängung der Prinzipienorientierung bei.¹⁹⁹⁶ Daneben sind gerade im Rechtsvergleich nicht zu leugnende Unterschiede in der Kriminalpolitik und der Strafkultur zu erkennen, deren Bedeutung gerade

1993 Vgl. MICHAELS ALAN, *Constitutional Limits*, 221.

1994 S. 80 ff.

1995 Zur angelsächsischen Strafrechtstradition bereits einführend S. 38 ff.

1996 S. 90 ff.

im Rahmen der sog. *Overcriminalization*-Debatte ersichtlich werden.¹⁹⁹⁷ Diese Erklärungen können – neben weiteren – dazu beitragen, Unterschiede zwischen verschiedenen Rechtsordnungen zu erklären und mehr Verständnis für die Entstehung und den Fortbestand der Doktrin zu entwickeln. Dennoch ändert sich damit nichts daran, dass diese Deliktstrukturen in einem Widerspruch zum Schuldprinzip stehen. Das wiederum stellt, wie die vorangegangene Untersuchung aufzeigen konnte, nicht nur ein rechtsphilosophisches Problem dar, sondern darüber hinaus eine Gefahr für die Stabilität des Strafrechtssystems, ist doch die Funktion des Schuldprinzips für die Aufgabenerfüllung dieses Systems von essentieller Bedeutung.

Eine Doktrin, die nicht in Einklang mit der Funktionsweise des Strafrechtssystems steht, muss als Störfaktor gelten und stellt eine permanente Gefahrenlage für das System dar. Das Strafrecht muss – dafür wurde es ausdifferenziert – die speziell durch die strafrechtlichen Sanktionsandrohungen geschützten Normen stabilisieren. Um dieser Funktion nachzukommen, ist das Schuldprinzip von Relevanz, da es die Verantwortungszuschreibung anleitet, welche nicht nur die Anwendung des Codes strafbar/nicht strafbar ermöglicht, sondern des Weiteren erlaubt, Notwendigkeit und angemessenes Mass der Strafe festzustellen. Geht nun diese Verantwortungszuschreibung und die ihr inhärente Schuldzuweisung dysfunktional vonstatten, mag das bei kleineren Abweichungen durch das System austariert werden können bzw. für die Funktionserfüllung im Grossen und Ganzen von geringer Relevanz sein. Sind solche Abweichungen von der eigentlichen Funktionalität jedoch in grösserem Ausmass vorhanden und in ihrer Häufigkeit nicht mehr zu ignorieren, so stellt das in der Tat eine potenzielle Gefährdung ebendieser Funktionalität dar.

Bei der *strict liability*-Doktrin, welche die angelsächsischen Strafrechtsordnungen gerade aufgrund ihrer hohen Verbreitung und Praxisrelevanz massgeblich prägt, kann kaum mehr davon gesprochen werden, dass es sich nur um leichtere Abweichungen von der idealen Operationsweise handelt, deren Vernachlässigung zu rechtfertigen ist. Vielmehr kann davon ausgegangen werden, dass sie die strafrechtliche Normstabilisierung in ihrer Wirkung bereits heute beeinträchtigen. Die Vorschläge, diese Deliktstrukturen aus dem Strafrecht auszulagern, kommen deshalb auch nicht von ungefähr. Die Kritik, dass diese *strict liability offences* in hohem Masse nicht mehr im Einklang mit der Aufgabe stehen,

1997 S. 95 ff. und S. 99 ff.

für welche das Strafrecht originär von der Gesellschaft in Anspruch genommen wird, ist auch damit zu erklären, dass die massgeblichen Abweichungen vom Schuldprinzip die Systemstabilität tatsächlich stören.

3. Systeminstabilität durch politische Überbeanspruchung

Für das soziale System Strafrecht stellt sich nun wie für alle sozialen Systeme die Frage, ab wann der Punkt erreicht ist, bei dem von einer relevanten Instabilität des Systems gesprochen werden kann. Während für biologische Systeme der Fortbestand im Zentrum steht, gestaltet sich die soziologische Bezugsgrössenbestimmung schwieriger.¹⁹⁹⁸ Eine Instabilität und Dysfunktionalität des Systems kann nicht erst bei einem völligen Kollaps des Strafrechts und seiner Institutionen angenommen werden. Vielmehr muss bereits eine relevante Beeinträchtigung der Funktionserfüllung – d.h. der Normstabilisierung – als zu korrigierende Störung und Gefahrenlage erkannt werden. Indizien für eine solche Dysfunktionalität können bei den untersuchten Rechtsordnungen – allen voran der USA – in den anhaltenden *Overcriminalization*- und Masseninhaftierungsdiskussionen erblickt werden, welche die angemessene Funktionsweise des Strafrechtssystems fraglich erscheinen lassen. Solche „Krisen des Strafrechts“ können mitunter als Indiz dafür gelten, dass die Funktionsweise gestört ist. Eine der Erklärungen dafür bietet zweifellos die herausgearbeitete Erkenntnis, dass die Verantwortungszuschreibung regelmässig zu weit von der systemisch vorgesehenen Operationsweise abweicht.

Bei der Suche nach Erklärungen, warum sich einerseits eine dysfunktionale Operationsweise halten kann und warum sich andererseits hier deutliche Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen ergeben, kommt man nicht darum herum, die intensive strukturelle Kopplung zwischen politischem System und Strafrechtssystem ins Auge zu fassen. Wie bereits im Zusammenhang mit der Politisierung der amerikanischen Verfolgungspraxis diskutiert wurde,¹⁹⁹⁹ lassen sich hier in der Tat grosse Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen ausmachen, welche nicht nur die ursprüngliche Etablierung der strikten Verantwortlichkeit näher zu bringen vermochten, sondern darüber hinaus auch geeignet sind zu erklären, weshalb sich die Doktrin immer noch halten kann. Strukturelle Kopplungen sind für soziale

1998 Siehe dazu bereits S. 126 ff.

1999 S. 90 ff.

Systeme unerlässlich.²⁰⁰⁰ Die daraus herrührenden Inputs garantieren nicht nur die Umweltoffenheit des Systems, sondern auch Anschlussfähigkeit und damit eine funktionale Aufgabenerfüllung der jeweiligen in der Gesellschaft ausdifferenzierten Subsysteme. Trotzdem darf strukturelle Kopplung weder mit kausaler bzw. externer Beeinflussung noch mit der Offenheit der eigentlichen Operationsweise sozialer Systeme verwechselt werden.²⁰⁰¹ Wie bei den Ausführungen zum Rechtssystem besprochen wurde, lassen strukturelle Kopplungen die selbstreferentielle Schliessung, d.h. die Autopoiesis, im Regelfall unberührt. Eine funktionale Trennung ist demnach von Wichtigkeit. Nur so können soziale Systeme ihre Autonomie bewahren und ihre Funktion garantieren. Eine Vermischung führt mitunter zu einer Mehrfunktionsorientierung und damit einer Instabilität des Systems. Es sind nun aber gerade auch solche Fälle denkbar, bei denen die strukturelle Kopplung missgeleitet ist bzw. eine derartige externe „Einmischung“ darstellt, dass die selbstreferentielle Funktionsweise des beobachteten sozialen Systems als gestört oder zumindest gefährdet gelten muss. Der „Bedingungszusammenhang“ von Politik und Recht darf demzufolge dem operativen „Geschlossenheitsanspruch“ nicht zuwiderlaufen.²⁰⁰²

Im Falle der *strict liability offences* liegt bei der Betrachtung der politischen Dynamik, welche die entsprechende Dogmatik anleitet, tatsächlich der Schluss nahe, dass das Strafrechtssystem in der Ausgestaltung seiner Programme politisch nicht nur dadurch beeinflusst ist, dass das politische System grundlegend vorgibt, welche Normen stabilisiert und in welchem Ausmass sie stabilisiert werden sollen (wie dies in der regulären Kopplung vorgesehen ist), sondern darüber hinaus auch die strafrechtliche Operationsweise in der Ausgestaltung der eigentlichen Programme massgeblich eingeschränkt wird. Damit wird direkt in die ausdifferenzierte Funktionsweise des Strafrechts eingegriffen, womit die Grenzen zwischen den Aufgaben des politischen Systems und des Rechtssystems potenziell ungeeignet vermischt werden und die Operationsweise des Strafrechts extern beeinträchtigt werden kann. Natürlich ist der Anspruch, Schuld vorauszusetzen, ebenso gesellschaftsrelativ und potenziell variabel. Dennoch ist – solange das Strafrecht für die normstabilisierende Funktion in der Gesellschaft in

2000 Zur strukturellen Kopplung zwischen politischem System und Rechtssystem bereits S. 166 ff.

2001 Dazu z.B. LUHMANN, *Wirtschaft der Gesellschaft*, 337 f.; *ders.*, *Wissenschaft der Gesellschaft*, 39.

2002 Vgl. LUHMANN, *Recht der Gesellschaft*, 414 f. und 434.

Anspruch genommen wird – dessen spezifische Funktionsweise, d.h. dessen Operation der Verantwortungszuschreibung massgeblich. Dieser Eindruck wird durch die wiederkehrenden Hinweise bestärkt, dass „Strafbarkeit ohne Verschulden“ in der Praxis stets zu korrigieren versucht werde und Extremfälle kaum je auftreten.²⁰⁰³ Dieser Umstand deutet nämlich ebenfalls darauf hin, dass die Konstruktionen der strikten Verantwortlichkeit der eigentlichen Funktionsweise des sozialen Systems widersprechen und es demzufolge automatisch versucht, diesen Umstand zu korrigieren. Aufgrund der Vorgaben ist dieses Korrekturverhalten jedoch nur in beschränktem Ausmass möglich, weshalb dysfunktionale Anwendungen nicht gänzlich umgangen werden können.

Um dieses Systemrisiko zu minimieren wäre es notwendig, dass sich politisches System und Rechtssystem auf ihre jeweiligen Funktionen beschränken. Das bedeutet, dass die Funktion des Strafrechtssystems ernst genommen werden muss, soll seine normstabilisierende Wirkung bewahrt werden. Eine Über- bzw. Fremdbeanspruchung des Strafrechts für Zwecke, für das es eigentlich nicht ausdifferenziert wurde, birgt die Gefahr einer permanenten Instabilität. Dies gilt es zu verhindern, weshalb auch die diesbezügliche von der Doktrin der strikten Verantwortlichkeit ausgehende Gefahrenlage nicht ignoriert werden darf. Wie sich im Überdauern der Doktrin – trotz eben dieser eruierten Dysfunktionalität – offenbart, ist das Strafrechtssystem nicht automatisch in seiner Funktionsweise geschützt. Durch die Vorgelagertheit des politischen Systems sind externe Eingriffe, welche über die funktionale Kopplung hinausgehen, nicht von vornherein ausgeschlossen. Demzufolge handelt es sich bei diesen Feststellungen auch nicht nur um die Beschreibung einer Instabilität, sondern ebenso um die Formulierung eines normativen Anspruchs auf der Grundlage dieser funktionalen Beschreibung. Soll die Funktionsweise gewahrt bzw. wiederhergestellt werden, müssen die ausdifferenzierten strafrechtlichen Programme der Verantwortungszuschreibung geachtet werden. Die Persistenz der *strict liability*-Doktrin kann also primär damit begründet werden, dass das politische System (in seiner eigenen Funktionsweise) das Strafrechtssystem in Anspruch nimmt und dabei dessen Aufgabe nur vernachlässigend berücksichtigt. Demzufolge lässt sich davon auch die Anweisung formulieren, dass das politische System – will es die strafrechtliche Normstabilisierung stabil und gewährleistet wissen – die

²⁰⁰³ Zu dieser Argumentation siehe bereits S. 62 f.; zur korrigierenden Wirkung des Opportunitätsprinzips ferner S. 90 ff.

Dysfunktionalität dieser Doktrin nicht ignorieren kann, sondern Auswege anbieten und Änderungen aufgleisen sollte.

II. ZUR (IL)LEGITIMITÄT DER STRICT LIABILITY

1. Normatives Beurteilungsmodell auf funktionaler Grundlage

1.1 Prinzip der funktionalen Notwendigkeit

Wie in den vergangenen Kapiteln immer wieder deutlich wurde, besteht das Platzieren eines Schuldvorwurfs als kommunikativer Prozess aus verschiedenen Elementen, welche die strafrechtliche Kontingenz minimieren und eine funktionsadäquate Operationsweise sicherstellen. Die Funktion der Schuld folgt also einer gewissen Struktur, die es erlaubt, jemanden nur dann und nur insoweit zur Rechenschaft zu ziehen, wenn und wie es für die Aufgabenerfüllung des übergeordneten Systems notwendig ist. Das resultiert in einer soziologischen Fundierung des Schuldprinzips, welches substantiell zwei Ansprüche impliziert: So bedarf es der Strafe einerseits nur, wenn ein Schuldvorwurf platziert wurde, d.h. eine Norm destabilisiert wurde. Andererseits bedarf es nur derjenigen Strafe, welche in angemessenem Verhältnis zu diesem Schuldvorwurf, d.h. dem Mass dieser Normdestabilisierung, steht. Werden diese Ansprüche nicht erfüllt, so ist die adäquate Funktionserfüllung, d.h. die Sicherstellung der Normstabilität gefährdet. Diese soziologischen Beobachtungen, welche aus der vorliegenden Untersuchung hervorgingen, bedeuten nun nicht zwingend, dass die Geltung des Schuldprinzips auch normativ analog begründet werden muss. So könnte einerseits, wie dies regelmässig geschehen ist und nach wie vor geschieht, die Geltung des Schuldprinzips vielmehr von anderen Werten wie z.B. generellen Gerechtigkeits- und Fairnessgedanken abgeleitet und darauf aufbauend philosophisch begründet werden.²⁰⁰⁴ Andererseits ist es auch denkbar, den Wert des Schuldprinzips generell infrage zu stellen oder offen dafür einzustehen, dass das Schuldprinzip keine absolute Geltung beanspruchen könne.²⁰⁰⁵

²⁰⁰⁴ Siehe zu möglichen anderen Begründungen bereits S. 224 ff.

²⁰⁰⁵ Zu dieser Möglichkeit siehe die Diskussion auf S. 423 ff.

Unabhängig davon ist klar, dass zwischen soziologischer Analyse und normativer Theoriebildung differenziert werden muss, was aber nicht heisst, dass ersteres nicht für letzteres nutzbar gemacht werden kann. Die Strafrechtstheorie soll entsprechend nicht nur dazu dienen, festzustellen und zu diskutieren, wie das Strafrecht ist, sondern darüber hinaus Anleitung anbieten, um danach zu fragen, wie das Strafrecht sein soll. Auch die funktionale Analyse der *strict liability* soll folglich nicht nur dazu dienen, die existierende Doktrin zu beschreiben. Vielmehr soll auf Grundlage dieser Beschreibung auch ein rechtstheoretisches Modell formuliert werden, das es erlaubt, die Doktrin auch normativ zu beurteilen. In der Tat ist es m.E. nicht nur denkbar, sondern auch sinnvoll, ein derartiges normatives Beurteilungsmodell von Deliktstrukturen soziologisch zu fundieren. Eine normative Formulierung der deskriptiven Erkenntnisse gestaltet sich demnach wie folgt: So kann Strafe nur dann gerechtfertigt werden, wenn sie für die Sicherung der normativen (und damit sozialen) Ordnung notwendig ist und nur in dem Masse legitimiert werden, wie sie für die Stabilisierung dieser Normen notwendig ist. Daraus ergibt sich eine Art funktionales Notwendigkeitsprinzip, wie es ähnlich bereits von *Ashworth* und *Horde* vorgeschlagen wurde, wenn auch mit anderer Grundlage.²⁰⁰⁶ Jede strafrechtliche Verantwortlichkeit und jede Strafe, welche nicht mit der Funktionserfüllung des sozialen Systems gerechtfertigt werden kann, wäre demnach illegitim. Eine legitime Strafe ist demzufolge eine notwendige Strafe.

Dieser Ansatz darf nicht utilitaristisch missinterpretiert werden. So geht es nicht darum, dass der Nutzen der Allgemeinheit immer dem Nutzen des Einzelnen vorgeht bzw. die Notwendigkeit der Strafe rein utilitaristisch beurteilt werden muss. Vielmehr wirkt dieses Prinzip in zwei Richtungen: So ist der Erhalt der sozialen Ordnung – deren Fortbestand und Stabilität ein Eigenwert zugemessen wird²⁰⁰⁷ – durch das Strafrecht zu schützen und der Einzelne ist dafür in Anspruch zu nehmen. Andererseits ist der Einzelne nur insoweit zur Rechenschaft zu ziehen, wie ihm die Gefahr für die soziale Ordnung zum Vorwurf gemacht werden kann – denn nur insoweit taugt

2006 ASHWORTH/HORDE, *Principles*, 54; siehe dazu bereits S. 240.

2007 Wobei es wie bereits ausgeführt nicht Aufgabe des Strafrechts und seiner Programme ist, die zu schützenden Normen zu definieren. Dies ist vielmehr eine Frage des politischen Systems und folglich der politischen Theorie. Sollte die normative Ordnung (im Extremfall ein Unrechtsstaat) als nicht mehr schützenswert erachtet werden, so ergeben sich entsprechend Konsequenzen für das politische System und erst in der Folge für das Strafrecht; dazu auch S. 166 ff. und S. 242 ff.

seine Inanspruchnahme überhaupt für die Stabilisierung der normativen Erwartung und nur dann ist diese eben notwendig. Damit ergibt sich aus der funktionalen Formulierung des Notwendigkeitsprinzips sowohl eine Legitimierung der Strafe als Eingriff gegenüber dem Einzelnen als umgekehrt auch eine Eingriffsbegrenzung zum Schutze des Einzelnen vor übermässiger Inanspruchnahme. Da sowohl der Schutz der sozialen Ordnung innerhalb des Gesellschaftssystems von (solidarischem) Wert ist als auch der Schutz des Einzelnen vor ungerechtfertigten Eingriffen in seine persönliche Freiheit von (liberalem) Wert ist, lässt sich das Notwendigkeitsprinzip problemlos normativ begründen. Darüber hinaus bietet die soziologische Fundierung klare Anweisung, wann denn eine Strafe i.S. dieser Werte verhängt werden muss bzw. wann sie nicht verhängt werden darf, nämlich dann, wenn sich diese Notwendigkeit oder Nicht-Notwendigkeit als funktional für die Erfüllung der strafrechtlichen Normstabilisierung ergibt. Damit zeigt sich die Normstabilisierung geeignet, nicht nur das Schuldprinzip mit Inhalt zu füllen, sondern darüber hinaus auch ausreichende normative Orientierung zu bieten, um Strafe gegenüber dem Einzelnen zu rechtfertigen.

Die Strafe soll gemäss diesem Modell also nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie mit der Funktionsweise des sozialen Systems in Einklang steht. Andere Zwecke können nur innerhalb dieser Grenzen Berücksichtigung finden. Natürlich handelt es sich dabei um nichts anderes als eine soziologische Untermauerung der normativen Ansprüche des Schuldprinzips. Das Hochhalten des Schuldprinzips basiert jedoch nicht auf der Grundlage individueller Fairness oder bedarf einer vor-positiven Anknüpfung, sondern ist die logische Konsequenz der sozialen Ordnungsweise. Die soziale Ordnung verlangt nach dieser Art von funktionaler Stabilisierung und die Sicherung dieser Ordnung kann als Grundlage für eine normative Rechtfertigung des Schuldprinzips dienen. Strafe kann demzufolge damit gerechtfertigt werden, dass sie nicht nur eine mögliche, sondern die notwendige Methode der öffentlichen Kommunikation des Tadels gegenüber einem schuldhaften Täter ist.²⁰⁰⁸

1.2 Beurteilung der Strict Liability auf der Grundlage des funktionalen Notwendigkeitsprinzips

Aus dem Vorangegangenen resultiert eine kritische Betrachtung der *strict liability*, die nicht ausschliesslich auf moralischen Fairnessargumenten gründet,

²⁰⁰⁸ Ähnlich DUFF, Punishment, Communication, and Community, 29 und 80 ff.

sondern darüber hinaus Rückhalt in der Funktionsweise der Gesellschaft findet. Das Schuldprinzip markiert in Anlehnung der spezifisch strafrechtlichen Operationsweise die Grenze des Strafrechts zu anderen Rechtsgebieten, welche weniger starke Eingriffe vorsehen. Eine permanente Missachtung dieses Prinzips und die damit einhergehende instabile Funktionsweise resultieren früher oder später in einer Destabilisierung des sozialen Systems und gefährden die Aufgabenerfüllung, für welche das System innerhalb der Gesellschaft zuständig erklärt wurde. Die *strict liability*-Doktrin zu beurteilen bedeutet konsequenterweise, eine Beurteilung der Bedeutung des Schuldvorwurfs innerhalb der strafrechtlichen Normstabilisierung vorzunehmen. Wie der Aufbau dieser Abhandlung bereits vorweggenommen hat, kann nur das Heranziehen dieser grundlegenden Frage in eine klare Evaluation und ein darauf aufbauendes normatives Modell münden.

Die Bausteine des Schuldvorwurfs und die darauf aufbauende Kategorisierung der diversen Variationen der strikten Verantwortlichkeit haben gezeigt, dass die „Strenge“ des Schuldvorwurfs daran festgemacht werden kann, ob alle Elemente der Schuldplatzierung angemessen erfüllt sind. Es kann folglich bei jedem Delikt danach gefragt werden, ob die Konstruktion es erlaubt, die allg. Qualifikation des Täters als Agent einer normativen Destabilisierung (Personalität), die situative Kompetenz des Täters zur Infragestellung der Norm (Kompetenz) und die durch die Kommunikation zum Ausdruck gebrachte Negierung der Norm (Mitteilung) ausreichend und adäquat abzubilden. Darüber hinaus, kann die Deliktiskonstruktion danach überprüft werden, ob die prozeduralen Bestimmungen es ermöglichen, das Vorhandensein oder Nicht-Vorhandensein dieser Elemente richtig abzubilden. Wenn einer dieser Ansprüche nicht erfüllt wird, handelt es sich um eine strikte Verantwortlichkeit. *Strict liability* i.d.S. führt zu einer dysfunktionalen Bestrafung und – in Anwendung des Notwendigkeitsprinzips – demzufolge zu einer illegitimen Strafe. Die Konstruktion steht in diesem Falle nicht im Einklang mit der Funktion des Strafrechts, d.h. der Stabilisierung der normativen Ordnung. Die Bestimmung sollte entsprechend angepasst werden.

2. Auswege und Alternativen

Diesem Ansatz folgend sollten *strict liability offences* aufgrund ihrer funktionalen Unvereinbarkeit mit dem Schuldprinzip vermieden bzw. dort wo vorhanden, angepasst werden. Diese Erkenntnis stützt die Forderung der Mehrheit der Strafrechtswissenschaftlerinnen und Strafrechtswissenschaftler, welche diese Kritik – wenn auch auf Grundlage

einer anderen Herangehensweise – teilen. Als Auswege aus der Problematik werden, wie bereits thematisiert, verschiedene Vorschläge unterbreitet.²⁰⁰⁹ Als Alternativen werden z.B. als Kompromiss regelmässig die Zulässigkeit einer allg. Verteidigungseinrede der gebührenden Sorgfalt (*due diligence*) bzw. von gutem Glauben (*good faith*) oder die Annahme der *presumption of mens rea* bei nicht explizit anderslautenden Gesetzestexten gefordert. Eine grundlegende Anpassung wird in der Einführung von Fahrlässigkeitstatbeständen bzw. in der Etablierung der *negligence* als Mindestanforderung gesehen. Aber auch die Loslösung der *strict liability offences* (primär dieser im Bereich der *public welfare*) aus dem Strafrecht i.e.S. wird vorgeschlagen.²⁰¹⁰

Die Ermöglichung einer generellen *due diligence*-Einrede oder Vergleichbarem, wie sie bereits im australischen und kanadischen Strafrecht vorgesehen ist,²⁰¹¹ würde gemäss Befürworterinnen und Befürwortern zwar kaum alle Probleme in diesem Zusammenhang lösen, jedoch immerhin sicherstellen, dass unschuldige Angeklagte einen Ausweg offen hätten. Zudem würde diese Anpassung auf der anderen Seite kaum jemandem „weh tun“.²⁰¹² Auch wenn diese Veränderung es zumindest erlauben würde, dass Formen der absoluten Verantwortlichkeit ausgeschlossen wären, muss der Vorschlag dennoch als wenig nachhaltig bezeichnet werden. Auch wenn dem Täter Verteidigungsmöglichkeiten offenbleiben, ist damit nämlich noch nicht sichergestellt, dass es sich nicht auch dann noch um eine strikte Verantwortlichkeit – mindestens eine *strict procedural liability* – handelt. Auch die richterliche *presumption of mens rea* bei unklarer Gesetzeslage hilft zwar den Anwendungsbereich der strikten Verantwortlichkeit zu verkleinern und ist folglich nicht abzulehnen, damit ist aber ebenso noch kein Ausweg aus der Problemstellung gefunden.

Der weitergehende Vorschlag, dass auch bei *strict liability offences* mind. der Nachweis von *negligence* erbracht werden muss, würde in der Tat eine substantielle Veränderung bedeuten.²⁰¹³ Dieser Weg wird u.a. auch damit begründet, dass die meisten Argumente, welche für die *strict liability* angeführt werden, in Wahrheit Argumente seien, welche für die Anerkennung der *negligence* als Verschuldensform sprechen und eigentlich gar keine

2009 Zur Kritik und den vorgeschlagenen Alternativen siehe bereits S. 62 ff. und S. 79 ff.

2010 Siehe zu diesen Reformvorschlägen z.B. HÖRSTER, 93 ff.; WEIK, 257 ff.; LEVENSON, 78 Cornell L. Rev. 401, 401 ff. und insb. 435 ff. (1993).

2011 Siehe dazu schon S. 334 (insb. Fn. 1634).

2012 So SIMONS, 87 J. Crim. L. & Criminology 1075, 1133 (1997).

2013 Z.B. JEFFERSON, 144.

strikte Verantwortlichkeit erfordern würden. Im Bereich der *regulatory offences* und gerade im Bereich von spezialisierter Wirtschaftstätigkeit sei oftmals klar, dass ein hoher Sorgfaltsmasstab angewendet werden müsse und dass nicht nur vorsätzliches, sondern auch (unbewusst) fahrlässiges Verhalten Verantwortlichkeit nach sich ziehen soll. Die *strict liability* gehe jedoch unnötigerweise weiter als das, könne aber problemlos durch dieses Mindestanfordernis ersetzt werden.²⁰¹⁴ Es ist zwar auch hier unbestreitbar, dass die Forderung, dass die Anklage zumindest unbewusste Fahrlässigkeit nachweisen müsse, eine Bestrafung ohne Vorliegen jeglicher persönlichen Verantwortung verhindern würde und dementsprechend als Fortschritt zu begrüßen wäre. Mit diesem einheitlichen Ansatz ist dennoch nicht garantiert, dass dies in jedem Fall zu einer regulären Operationsweise der Verantwortungszuschreibung führen würde. Deliktstrukturen in Einklang mit dem Schuldprinzip zu bringen, verlangt vielmehr nach einer vollen Berücksichtigung aller Elemente des Schuldvorwurfs. Demzufolge muss bei jeder Art der strikten Verantwortlichkeit, d.h. bei jedem derartigen Delikt, eigens bestimmt werden, ob die Konstruktion diesen Ansprüchen genügt. Das Erfordernis der *negligence* kann dabei gerade im Bereich vieler Wirtschaftsstraftaten tatsächlich ausreichen, bei anderen Varianten der strikten Verantwortlichkeit bedürfte es jedoch genauerer Evaluation der Problematik der entsprechenden Kategorie. Nur wenn das Defizit der jeweiligen Variation eruiert ist, kann darauf abgestimmt festgestellt werden, wie der Problemlage begegnet werden muss. D.h. konsequenterweise, dass der Gesetzgeber bzw. die Gerichte nicht darum herumkommen, im Einzelfall danach zu fragen, wie die Bestimmung ausgestaltet sein muss bzw. inwiefern sie angepasst werden muss, dass sie die persönliche Verantwortlichkeit des Täters adäquat widerspiegelt. Diese Beurteilung kann nur durchgeführt werden, wenn spezifisch geklärt wird, welche Norm es mit der entsprechenden Pönalisierung zu schützen gilt, wie diese Norm geschützt werden soll und welche Form der *mens rea* erforderlich ist, um diesem Zweck zu dienen. Es muss darüber hinaus im Einzelfall geprüft werden, welche *defences* verfügbar sein müssen, damit das Verfahren geeignet ist, die adäquate Bestimmung des Schuldvorwurfs zu garantieren.

Wie auch als Ausweg aus der *Overcriminalization*-Problematik allgemein vorgeschlagen wird, wird auch im Zusammenhang mit der Doktrin der strikten Verantwortlichkeit ferner – gerade aufgrund ihrer Vorherrschaft

²⁰¹⁴ Vgl. z.B. SIMESTER ET AL., 192.

im Nebenstrafrecht der angelsächsischen Rechtsordnungen – propagiert, dass es sich dabei eigentlich nicht um „echte Straftaten“ handle, und diese entsprechend ausgelagert und entkriminalisiert werden müssten bzw. nur mittels „*civil penalties*“ geahndet werden sollten.²⁰¹⁵ Wie bereits deutlich wurde, handelt es sich allerdings nicht bei allen *strict liability offences* um Bestimmungen des Nebenstrafrechts.²⁰¹⁶ Dieser Umstand ist jedoch nicht der einzige Grund, warum eine Auslagerung bzw. Umbenennung dieser Art von Delikten das Problem nicht substantiell lösen würde. Auch eine Auslagerung würde nämlich ferner nichts an der Tatsache ändern, dass es sich bei den *strict liability offences* um Strafbestimmungen handelt, die eine Bestrafung nach sich ziehen und sich entsprechend in der Funktionsweise nicht von anderen Strafnormen unterscheiden. Folglich bedarf es nicht weniger der Platzierung eines persönlichen Vorwurfs um die Funktionserfüllung zu garantieren. In dem Moment, in welchem öffentliche Sanktionierung als Reaktion zum Einsatz kommt um normative Erwartungsstrukturen sicherzustellen, befindet man sich im Bereich des Strafrechtssystems, unabhängig von der legislatorischen Bezeichnung der entsprechenden Vorschriften. Stabilisierung von Normen mittels Strafe ist die zentrale Funktion des Strafrechts. Sobald also die Strafandrohung als Antwort auf ein Problem erachtet wird, muss die Umsetzung den funktionalen Mechanismen der Platzierung des Schuldvorwurfs folgen und konsequenterweise auch im Einklang mit dem Schuldprinzip stehen.

3. Synthese: Die Strict Liability als Risiko für die strafrechtliche Funktionserfüllung

Bei der Frage der Schuld, d.h. beim „Herzstück“ des Strafrechtssystems beginnend, hat diese Untersuchung demonstriert, dass das systemtheoretische Fundament nicht nur einem besseren Verständnis der den Schuldvorwurf begleitenden sozialen Mechanismen dient, sondern darüber hinaus auch zur Erklärung und Einordnung der Doktrin der strikten Verantwortlichkeit beiträgt. Auf der Grundlage der Beschreibung der einzelnen Elemente, aus welchen sich Schuldvorwurf und Schuldprinzip in der sozialen Praxis konstituieren, konnte eine Kategorisierung nach Massgabe dieser Elemente entwickelt und eine entsprechende Analyse der einzelnen Konstruktionen vorgenommen

²⁰¹⁵ Zu diesem Vorschlag JEFFERSON, 145 m.w.N.; siehe ferner bereits S. 108 ff.

²⁰¹⁶ Zu den verschiedenen Anwendungsbereichen siehe S. 68 ff.

werden, welche es in der Folge erlaubte, eindeutig auszumachen, bei welchen Variationen es sich in der Tat um mit dem Schuldprinzip unvereinbare Einschnitte in die ordentliche Funktionsweise des Systems handelt.

Dieses Untersuchungsergebnis erlaubte es ferner, ein funktionales Modell zur Beurteilung der Doktrin zu präsentieren, das i.S. eines hier als Notwendigkeitsprinzip bezeichneten normativen Anspruchs, nicht nur eine Einordnung der *strict liability* zulässt, sondern darüber hinaus auch theoretische Ansprüche zur weitergehenden Beurteilung der Legitimität der jeweiligen Lockerungen des Schuldprinzips formuliert. Konstruktionen, welche diesem funktionalen Notwendigkeitsprinzip nicht standhalten – so die Kernaussage dieses Modells – widersprechen der idealen Operations- und Funktionsweise strafrechtlicher Verantwortungszuschreibung zum Zwecke der Normstabilisierung mittels Strafe und sind aufgrund dieser Dysfunktionalität soziologisch (und darauf gründend auch rechtsphilosophisch) nicht zu rechtfertigen.

Dass sich die strikte Verantwortlichkeit trotz ihrer Widersprüche zum Schuldprinzip im Strafrechtssystem halten kann, ist vor allem mit der politischen Einflussnahme zu erklären, die – gerade im Vergleich zu den deutschsprachigen Rechtsordnungen, welche Lockerungen des Prinzips in diesem Ausmass nicht kennen – als verstärkt und über die reguläre Kopplung hinausgehend bezeichnet werden muss. Aufgrund der Risiken, die für die strafrechtliche Funktionsweise von solchen massgeblichen Beeinträchtigungen der Verantwortungszuschreibung ausgehen, ist das Fazit zu ziehen, dass der Doktrin Einhaltung geboten werden müsste und dass es sich bei der strikten Verantwortlichkeit nicht um eine funktional äquivalente Form der Schuldzuweisung handelt, sondern vielmehr um dysfunktionale Fehlkonstruktionen. Um dieser Dysfunktionalität zu begegnen, reichen, wie diskutiert wurde, kleine und zur Hauptsache symbolische Auswege kaum aus. Vielmehr muss sich die Schaffung und Anpassung der Deliktstrukturen im Einzelfall an den sozialen Mechanismen orientieren. Eine Hauptidee aus der funktionalen Untersuchung der *strict liability* bleibt dabei, dass sie einen Beweis darstellt, dass die ideale Funktionsweise des sozialen Systems nicht immer automatisch gewährleistet ist. Auch wenn sich das System grundsätzlich in Eigenleistung immer an der optimalen Operationsweise orientieren und den „Normalzustand“ herzustellen versuchen wird, können Dysfunktionalitäten nicht ausgeschlossen werden. Daraus ergibt sich, dass die Beschreibung der Funktionsweise des Systems nicht nur dem besseren Verständnis dient, sondern sich darüber hinaus auch normative Implikationen ergeben.

Teil 5:
Funktionales Schuldprinzip als
Garant der Systemstabilität

Kapitel 1: Der funktionale Schuldvorwurf

I. SCHULDPRINZIP UND STRAFRECHTLICHE VERANTWORTUNGSZUSCHREIBUNG

1. Die gesellschaftliche Relevanz strafrechtlicher Normstabilisierung

Die vorliegende Untersuchung hat die Mechanismen der Normstabilisierung im Rahmen des Strafrechtssystems näher beleuchtet und dabei die Bedeutung der Erhebung eines persönlichen Vorwurfs innerhalb der Verantwortungszuschreibung eruiert. Es konnte dabei festgestellt werden, dass die Einhaltung des Schuldprinzips verschiedenen Funktionen dient: Die Befolgung des Schuldprinzips stellt substantiell sicher, dass die Strafe – als Output des Systems – der Funktion dient, d.h. dass dieser Output nur dann und nur insoweit generiert wird, wie er für die Funktionserfüllung vonnöten ist. Darüber hinaus konnte festgestellt werden, dass der Schuldvorwurf im Rahmen seines Beitrags zu dieser adäquaten Operationsweise in der sozialen Praxis einem bestimmten Mechanismus folgt. Dabei konnten drei Bestandteile ausgemacht werden, welche diesen Prozess als Elemente konstituieren und zur optimalen Funktionsweise beitragen: Personalität, Kompetenz und Mitteilung.²⁰¹⁷

Es stellt sich nun im Rahmen der Schulddebatte bzw. generell in der Strafrechtstheorie immer wieder die Frage, ob dieser Schuldvorwurf, aber auch die auf diesen Schuldvorwurf folgende Strafe, tatsächlich gesellschaftlich unabdingbare Funktionen erfüllen. Die grundsätzliche philosophische Fragestellung nach dem Sinn und Unsinn gesellschaftlichen Strafens konnte

²⁰¹⁷ Siehe dazu ausführlich S. 254 ff.

hier nicht detailliert abgehandelt werden, gerade auch, da die vorliegende Untersuchung zwar eine Erklärung über die Funktionsweise der existierenden Strafrechtssysteme in den untersuchten Rechtsordnungen liefert, diese Funktionsweise jedoch nicht zwingend für alle denkbaren sozialen Systeme zu jeder denkbaren Zeit Gültigkeit beanspruchen muss. Es wurde also nicht untersucht, wie das Strafrechtssystem in einer idealen Welt funktionieren sollte (wenn es denn in einer idealen Welt überhaupt eines Strafrechts bedürfte), sondern wie das Strafrechtssystem tatsächlich funktioniert.²⁰¹⁸ Die Relevanz der Strafe bzw. bereits der Strafandrohung für die Abwicklung von Enttäuschungen normativer Erwartungen und damit für den Erhalt der sozialen Ordnung ist dabei zweifelsohne gegeben.²⁰¹⁹ „Why not say it with flowers?“, fragt *Kleinfeld* treffend, um danach auszuführen, dass es wohl mehrere Gründe geben könnte, warum sich die Bestrafung hartnäckig als historisch konstantes Phänomen halten kann, dass sich aber gleichzeitig nicht leugnen liesse, dass die Strafe mittlerweile die Sprache sei, in welcher Delikte missbilligt würden. In dieser Sprache reiche es nicht aus, nur mündlich zu beteuern, dass die Infragestellung der Normgeltung unzulässig sei. Vielmehr müsse diese Behauptung weiter untermauert werden, was einer „communicative action“ bedürfe.²⁰²⁰

Die Funktion des Strafrechts, welche in dieser Untersuchung ausgemacht werden konnte, d.h. die Stabilisierung normativer Erwartungen mittels Sanktion zum übergeordneten Zwecke der Stabilisierung normativer Ordnung innerhalb des Gesellschaftssystems, bedient sich nun ebendieser spezifisch strafrechtlichen Sprache der Sanktion.²⁰²¹ Diese Feststellung darf nun nicht dahingehend verstanden werden, dass Stabilisierung stets „Fixierung eines Status quo“ bedeutet, sondern präziser, dass damit der Fortbestand des Systems gesichert wird – ohne dabei jedoch Evolution auszuschliessen.²⁰²² Die Beschreibung der Funktionsweise dient entsprechend nicht dazu, diese Art der Verantwortungszuschreibung ein für alle Mal zu konservieren und es ist *Jakobs* folglich zuzustimmen, wenn er meint, dass Evolution willkommen sei, da auf sie für das Überdauern des Systems nicht

2018 Vgl. auch KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1519 (2016).

2019 So auch schon KILLIAS, ZStrR 1980, 56.

2020 KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1520 f. (2016).

2021 Zum Begriff der Strafe siehe S. 180 ff.; zur Funktion des Strafrechtssystems siehe zusammenfassend S. 214 ff.

2022 So auch JAKOBS, Aspekte der Freiheit, 74.

verzichtet werden könne.²⁰²³ Gerade deshalb soll die Besinnung auf die sozialen Mechanismen, welche die Schuldzuschreibung ausmachen, keineswegs dazu dienen, den Schuldvorwurf in dieser Form zu zementieren und Variabilität und Äquivalente von vornherein auszuschliessen. Es ist erst dieses „kritisch-emanzipative“ Potenzial des Denkens in systemischen Zusammenhängen, das eine fundierte Auseinandersetzung mit Veränderung und Möglichkeitsbedingungen zulässt ohne sich dabei von der „Erkenntnis ewiger Wahrheit“ ablenken zu lassen.²⁰²⁴ Es wurde jedoch deutlich, dass das real existierende soziale System Strafrecht dieser Operationsweise folgt und Evolution nur auf dessen Grundlage geschehen kann. Ein Verzicht auf ein Schuldverfordernis oder eine dysfunktionale Verantwortungszuschreibung wie im Rahmen der *strict liability* kann entsprechend nicht unabhängig einer grösseren Systemevolution geschehen. Wird ein solcher Wandel innerhalb der heutigen Funktionsweise vollzogen bzw. wird dabei auf die gesellschaftliche Praxis keine Rücksicht genommen, muss das System und damit auch die Aufgabenerfüllung des Systems als gefährdet gelten. Deshalb ist es zwingend, die Möglichkeiten von Veränderungen immer auf der Grundlage der heutigen Funktionalismen zu beurteilen und diese bei der Diskussion potenzieller „Evolutionen“ zu berücksichtigen.

2. Der Schuldvorwurf als strafrechtliche Operationsweise

Wie die vorliegende Untersuchung aufzeigen konnte, wird in der Schuldkategorie entschieden, ob für die Normstabilisierung Strafe notwendig ist und in welchem Ausmass sie erforderlich ist. Gerade auch mittels der Loslösung von den dogmatischen Eigenheiten der untersuchten Rechtsordnungen konnte gezeigt werden, dass unabhängig der konkreten Ausgestaltung der dogmatischen Programme überall grundsätzlich die gleichen Elemente geprüft werden, auch wenn dies im Einzelfall anders vonstattegehen mag. Wie ausführlich eruiert wird, handelt es sich bei der Schuld um die Zuständigkeit einer Person für den durch die Tat verursachten Normgeltungsschaden.²⁰²⁵ Die Identifikation eines Normbruchs i.S. einer normativen Erwartungsenttäuschung genügt demzufolge für die Bestimmung des Outputs des Systems noch nicht. Vielmehr muss diese Enttäuschung

²⁰²³ JAKOBS, Aspekte der Freiheit, 74.

²⁰²⁴ AMSTUTZ/FISCHER-LESCANO, 7 f und 9; dazu bereits S. 120 f.

²⁰²⁵ Ähnlich schon JAKOBS, Schuld als gesellschaftliche Konstruktion, 251; siehe schon ausführlich S. 252 ff.

einer Person als Quelle des Konflikts zugeschrieben werden, wobei dieser Konflikt der Person nur dann als „Fehler“ zugerechnet wird, wenn auf keine Ausweichmöglichkeiten bzw. alternative Erklärungen zurückgegriffen werden kann.²⁰²⁶ Diese „Fehleridentifikation“ und Zuschreibungsleistung muss nicht zwingend mittels eines traditionellen Schuldvorwurfs geschehen. Sie bedeutet aber, dass die strafrechtliche Funktionserfüllung – unabhängig von den dogmatischen Konstruktionen bzw. dem zugrunde gelegten Begriffsverständnis – nur dann möglich ist, wenn eine Person als Absender der normdestabilisierenden Kommunikation für diese verantwortlich erklärt werden kann.²⁰²⁷ Diese Zurechnung zu einer Person im System ist das, was der Schuldvorwurf heute leistet und was demzufolge auch eine funktional äquivalente Verantwortungszuschreibung zu leisten vermögen müsste.

Der kommunikative Akt der öffentlichen Bestrafung lässt sich also durch diesen distinktiven Vorwurf charakterisieren, wobei mit der Strafe eben „schuldhaft“ Taten bestraft werden, d.h. als „Fehler“ des Täters identifizierte Angriffe auf die Normstabilität und keine „Unfälle“.²⁰²⁸ In der Tat treffe man auch gemäss *Luhmann* in allen sozialen Systemen auf das „Problem der Verantwortung“, wobei Verantwortlichkeit in erstaunlicher Übereinstimmung bisheriger Forschung das „Einstehenmüssen für Fehler“ bedeute. Verantwortung verbinde Norm und Sanktion und bilde ein notwendiges Glied im Rahmen eines geschlossenen Denkkonzepts.²⁰²⁹ Es konnte in der vorliegenden Analyse festgestellt werden, dass Schuld in dieser Sequenz überhaupt erst die Notwendigkeit der Strafe zum Ausgleich des Normbruchs begründet und darüber hinaus weitergehende Orientierung bietet: In der Schuldkategorie wird nämlich nicht nur eruiert, ob von der Tat eine Gefahr für die Normgeltung ausgeht, sondern auch bestimmt, in welchem Ausmass diese Gefahr vorliegt.²⁰³⁰ Die Schuldkategorie schreibt diesem aus dem Schuldprinzip resultierendem Anspruch folgend Verantwortung nicht willkürlich zu. Es folgt vielmehr einem spezifischen Programm, das im Rahmen der „Elemente des Schuldvorwurfs“ in seine Einzelteile zerlegt werden konnte.²⁰³¹

2026 JAKOBS, Schuld als gesellschaftliche Konstruktion, 248; GÜNTHER KLAUS, Freiheit und Schuld, 157.

2027 So auch FRISTER, Voluntatives Schulselement, 54 f.

2028 Vgl. auch ASHWORTH 5 Ohio St. J. Crim. L. 407, 411 (2008).

2029 LUHMANN, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 172 f.

2030 S. 233 ff.

2031 Zu diesen Elementen im Detail S. 249 ff.

Die Feststellung, dass das Schuldprinzip die funktionalen Mechanismen der Verantwortungszuschreibung anleitet und dabei sicherstellt, dass Verantwortung bei Befolgung funktional platziert wird, führt konsequenterweise zu der Annahme, dass eine solche funktionale Verantwortungszuschreibung für das soziale System ausschlaggebend, d.h. nicht ohne weiteres verzichtbar ist. Während andere Subsysteme des Rechtssystems andere Arten der rechtlichen Abwicklung kennen, ist diese Form der Normstabilisierung für das Strafrechtssystem wesensbestimmend. Soll nun an dieser Praxis der Zuschreibung von Verantwortung – und damit nach heutigem Modell der Zuschreibung von Schuld – festgehalten werden, muss der Geltung des Schuldprinzips zum Durchbruch verholfen werden oder alternativ etwas funktional Äquivalentes etabliert werden, das den eruierten Elementen des Schuldvorwurfs folgt. Nur so kann die Vorwurfsplatzierung ihrer Aufgabe innerhalb der strafrechtlichen Normstabilisierung gerecht werden.

II. FUNKTIONALE ÄQUIVALENZ: ZUR AUSTAUSCHBARKEIT DES SCHULDVORWURFS

1. Funktionale Äquivalenz und Nutzen der funktionalen Methode

Die Variabilität der Vorstellungen von individueller Verantwortlichkeit zeigte sich zweifelsohne in der geschichtlichen Entwicklung. So gewann die „innere Tatseite“ erst in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts – nicht unwesentlich geprägt von neuen Verständnissen in Bezug auf persönliche Freiheit und Wohlfahrtsstaat – zunehmend an konzeptueller Verfeinerung und Bedeutung.²⁰³² Dieser Bedeutungsgewinn persönlicher Verantwortlichkeit kann mittlerweile jedoch eindeutig als eines der Hauptcharakteristiken des modernen Strafrechts identifiziert werden.²⁰³³ Dennoch zeigt der historisch nachzeichenbare Verständniswandel strafrechtlicher Schuld und

²⁰³² FARMER, 181 f. und 187. Daran änderte auch das zeitgleiche Aufkommen der *strict liability*-Doktrin nichts. In der Tat konsolidierte das Aufkommen des Wohlfahrtsstaats die Relevanz persönlicher Verantwortlichkeit in der Strafrechtstheorie diesen praktischen Ausnahmen zum Trotz; siehe z.B. prominent HART, Punishment and Responsibility, 187.

²⁰³³ FARMER, 163.

Verantwortung, dass der Aussage, es handle sich bei der Schuld um ein „universelles Prinzip“,²⁰³⁴ skeptisch zu begegnen ist, wenn man Universalität i.S.v. Unveränderlichkeit und Invarianz zu verstehen gedenkt.²⁰³⁵ Der persönliche Vorwurf ist, wie deutlich aufgezeigt werden konnte, nicht nur ein Wesensmerkmal, sondern auch massgeblicher Ausgangspunkt der Wirkungsweise des modernen Strafrechts. Das bedeutet aber nicht, dass die Verbindung von Unrecht und Schuld als Rechtfertigung der Strafe gesellschaftlich universell zwingend und historisch nicht kontingent ist.²⁰³⁶ Die durch die systemtheoretische Analyse aufgedeckten Möglichkeitsbedingungen sollten nun gerade dazu dienen, auch einen kritischen Freiheitsdiskurs zu erlauben bzw. offen die Frage zu stellen, welches Strafrecht innerhalb der Gesellschaft die grössten Freiheitsgrade erlaubt ohne jedoch gleichzeitig die soziale Ordnung und Funktionsweise zu gefährden. Demzufolge kann die Frage nach einem Verzicht auf den Schuldvorwurf jederzeit offen gestellt werden, wobei die sozialen Mechanismen, welche diesen Vorwurf begleiteten, nicht ausser Acht gelassen werden sollten.

Die Leitfrage der funktionalen Methode, d.h. die Frage nach anderen Möglichkeiten, bzw. der Anspruch, verständlich und nachvollziehbar zu machen, dass „ein Problem so oder auch anders gelöst werden kann“,²⁰³⁷ führt in vorliegendem Zusammenhang also zwangsläufig zur Diskussion darüber, ob die im heutigen sozialen System geltenden Mechanismen der Verantwortungszuschreibung auch anderweitig vonstattengehen könnten und der Schuldvorwurf äquivalent ersetzt werden könnte. Um den kritischen Wert dieser Methode nutzen zu können, darf die Analyse jedoch nicht dazu missbraucht werden, aus einer vorgefundenen Leistung – in diesem Fall die Stabilisierung normativer Erwartungen mittels Schuldvorwurf und Sanktionierung – automatisch auf das entsprechende Bedürfnis zu schliessen und damit im Umkehrschluss das Vorhandensein dieser Leistung zu rechtfertigen.²⁰³⁸ Wenn nun in der Folge danach gefragt wird, ob sich auch ein Verzicht auf den Schuldbegriff anböte bzw. dessen Austauschbarkeit denkbar wäre, soll dabei dennoch keine „von der Realität des faktischen

2034 So z.B. TADROS, *Criminal Responsibility*, 5 ff., der persönliche Verantwortlichkeit als universelles Prinzip und historisch stabil beschreibt.

2035 Ähnlich auch FARMER, 164 f.

2036 FARMER, 165.

2037 LUHMANN, *Soziale Systeme*, 83 f.

2038 LUHMANN, *KZfSS* 1962, 625.

Erlebens und Kommunizierens abgehobene Idealität²⁰³⁹ diskutiert werden, sondern bei der eruierten sozialen bzw. funktionalen Verortung des Schuldprinzips und des Schuldvorwurfs angeknüpft werden. Demzufolge ergibt sich aus der funktionalen Analyse nicht nur der Schluss, dass das Schuldprinzip und damit der Schuldvorwurf die distinktive Operationsweise des Strafrechtssystems darstellen. Ferner kann darüber hinaus auch die wertende Feststellung erfolgen, dass an dieser Operationsweise auch festgehalten werden soll – sofern die Erhaltung der strafrechtlichen Normstabilisierung zur Sicherung der sozialen Ordnung als Wert anerkannt wird – oder aber, dass die Verantwortungszuschreibung zumindest äquivalent ersetzt werden muss. Äquivalent bedeutet dabei, dass die gleiche Funktion gewährleistet wird und Anpassungen folglich dem gleichen Ziel dienen.²⁰⁴⁰ I.d.S. müsste auch das funktionale Äquivalent „systemisch“ sein, d.h. auf den ganzheitlichen Wirkungszusammenhang des sozialen Systems bezogen.²⁰⁴¹

2. Defizite des traditionellen Schuldvorwurfs

Ausgangspunkt der traditionellen Schuldlehre ist die Willensfreiheit, wobei diese Bezugnahme – wie ausführlich besprochen wurde – zu andauernden Auseinandersetzungen geführt hat.²⁰⁴² Die Unmöglichkeit, deren Existenz objektiv nachzuweisen, verleiht dem wissenschaftlichen Fundament des Schuldprinzips eine gewisse Instabilität. Trotzdem muss diese Nichtbeweisbarkeit nicht notwendigerweise zu einer Absage an Freiheitsauffassungen führen, da der strafrechtliche Schuldvorwurf als gesellschaftlicher Zuschreibungsmechanismus auf die soziale Interaktion anleitenden Fähigkeitsunterstellungen zurückgreifen kann. Der Schuldvorwurf basiert sodann, wie aufgezeigt werden konnte, auch auf einer solchen Zuschreibung von Kompetenzen ohne die tatsächlich existierenden Freiheitsgrade naturalistisch zu bestimmen. Dennoch muss die Frage aufgeworfen werden, ob eine solche Bezugnahme auf „Willensfreiheit“ überhaupt notwendig bzw. sinnvoll ist, gerade da dieses Verständnis des Schuldvorwurfs

2039 LUHMANN, Gesellschaft der Gesellschaft, 44.

2040 Zum Begriff der funktionalen Äquivalenz siehe bereits S. 128 ff.

2041 Die Bezeichnung „systemisch“ stammt aus der Biologie und der Medizin und bedeutet im Allgemeinen, dass man es nicht mit isolierten Phänomenen, sondern mit einem holistischen Ensemble zu tun habe, dessen Elemente miteinander verknüpft seien. Im Rahmen der allg. Systemtheorie heiße „systemisch“ jedoch schlichtweg, dass etwas auf ein ganzheitliches System bezogen sei; so JENSEN, 406.

2042 S. 267 ff.

als reinen Zuschreibungsprozess nicht als vollends anerkannt gilt und entsprechend oftmals trotzdem versucht wird, an einen tatsächlich existierenden Schuldsachverhalt anzuknüpfen, welcher dann im Umkehrschluss – sollte es so etwas wie Willensfreiheit denn nicht geben – tatsächlich nicht als Anknüpfungspunkt taugt.

In der Tat verkennen ein traditioneller Schuldbegriff, der impliziert, an Seinsstrukturen anzuknüpfen, und die ontologisierenden Verweise, wie sie in der Verbrechenslehre immer noch zuhauf vorzufinden sind, die Grenzen der Erkenntnismöglichkeiten. Schuld ist, wie die Untersuchung der Elemente des Schuldvorwurfs aufzuzeigen vermochte, stets relativ und ein Ergebnis der Operationen des Systems selbst. Ein Abhängigmachen strafrechtlicher Schuld von vor-positiven Seinsstrukturen kann zwar manifest behauptet werden, ist aber schlichtweg nicht möglich, da die Verantwortungszuschreibung des Strafrechtssystems nur durch dessen eigene Funktionalitäten bestimmt wird. Die Annahme, der Schuldvorwurf bedürfe eines Rückgriffs auf einen Schuldsachverhalt fernab dieser funktionalen gesellschaftlichen Mechanismen oder auf einen im Innern des Täters liegenden Geisteszustand, scheitert nicht nur an der Zugriffsfähigkeit dieser Anknüpfungspunkte, sondern ignoriert ferner, um was es bei der strafrechtlichen Schuld geht: Der Schuldvorwurf besteht – und deshalb verdient der Zusatz *Vorwurf* besondere Beachtung – aus einer Zuschreibungsleistung und ist i.d.S. ein rein normativierender Prozess. Zuschreibungsleistung bedeutet dabei, dass nur von Relevanz ist, was sich in der Kommunikation als basaler Operationsweise des Systems niederschlägt. Schuld und Verantwortung sind ein soziales Konstrukt. Diesem Umstand trägt die Terminologie und die Lehre des traditionellen Schuldvorwurfs regelmässig nicht angemessen Rechnung. Dem kann u.a. damit begegnet werden, dass in der Beschreibung strafrechtlicher Schuld konsequent anerkannt wird, dass sie sich aus der *Zuschreibung von Personalität*, der *Zuschreibung von Kompetenz* und der *Zuschreibung einer zum Ausdruck gebrachten normdestabilisierenden Mitteilung* konstituiert.

Die Anerkennung des Freiheitspostulats als „normative Setzung“²⁰⁴³ bzw. die Fundierung dieses Postulats in Anlehnung an eine die soziale Interaktion bestimmende Freiheitszuschreibung, können dennoch sehr wohl zu einer Infragestellung dieser Basis des Schuldvorwurfs führen. So verbleibt auch bei Anerkennung der Notwendigkeit eines persönlichen Zurechnungsprinzips die Frage offen, ob die Annahme von Freiheit alleine

2043 ROXIN, AT, § 19 N 37.

die Strafe rechtfertige oder darüber hinaus auch eine weitergehende, gesellschaftliche Legitimation der Strafe vorliegen müsse.²⁰⁴⁴ In der Tat bekräftigen die vorliegenden Ergebnisse, dass es sich bei der Zuschreibung eines Andershandelns nicht um die Legitimation der Strafe handelt, sondern die Annahme von individuellen Freiheitsräumen vielmehr nur gedankliche Voraussetzung des Schuldzuschreibungsmechanismus ist: So ist es nicht das Andershandeln selbst, welches die Strafe rechtfertigt, sondern vielmehr die funktionale Notwendigkeit der Verantwortungszuschreibung für die strafrechtliche Normstabilisierung und damit für den Erhalt der sozialen Ordnung. Dieser Verantwortungszuschreibung ist es inhärent, dass sie daran anknüpft, dass Personen im System ggf. die Normgeltung auch hätten nicht infrage stellen können. Würde diese Annahme nicht vorliegen, wären Kompetenzzuschreibungen überflüssig und der Schuldvorwurf verlöre sein die Kommunikation anleitendes Fundament. Entsprechend ist dieses Freiheitspostulat Voraussetzung jedes Vorwurfs und damit jeder Strafe, nicht jedoch deren alleinige Rechtfertigung. Gerechtfertigt wird die Strafe jedoch damit, dass diese Freiheits- und in der Folge auch Verantwortungszuschreibung für den Erhalt der Normstabilität notwendig, d.h. funktional ist. Damit hat man sich in der Tat einen bedeutenden Schritt vom traditionellen Schuldverständnis wegbewegt – m.E. jedoch zu Recht. Ob man diese Leistung der heutigen Schuldkategorie dann noch „Schuld“ oder nur noch „Vorwurf“ oder eben schlichtweg Verantwortungszuschreibung nennen möchte, macht für dieses funktionale Fundament zunächst keinen Unterschied.

3. Ansprüche an das funktionale Äquivalent

Es sei nun gemäss Kritikern des traditionellen Schuldbegriffs die logische Konsequenz dieser Erkenntnisse, dass man sich nicht nur inhaltlich, sondern auch begrifflich von der Vorstellung eines Schuldvorwurfs verabschieden solle.²⁰⁴⁵ Für Hörnle erfordere die Gewährleistung der Funktion der Normstabilisierung aufgrund der sozialen Annahmen von Freiheit und Verantwortung zwar eine Form der Verantwortungszuschreibung, dabei sei der klassische Schuldvorwurf jedoch „nur eine von mehreren möglichen Ausgestaltungen des Verantwortlichmachens“.²⁰⁴⁶ Auch wenn an

²⁰⁴⁴ So auch STRENG, ZStW 1989, 280.

²⁰⁴⁵ HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 49.

²⁰⁴⁶ HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 27 f.

vergangenheits- und tatbezogenen Kriminalstrafen festgehalten werden wolle, könne die Vorstellung, dass Schuld zwingende Voraussetzung der Strafe zu sein habe, aufgegeben werden.²⁰⁴⁷ Der Konnex zwischen Schuld und Strafe sei nicht notwendig, gerade dann nicht, wenn von einem traditionellen Schuldvorwurf ausgegangen werde, wie er vom deutschen Bundesgerichtshof 1952 beschrieben wurde.²⁰⁴⁸

Wie Hörnle haben auch andere Strafrechtswissenschaftler in der Vergangenheit immer wieder ernsthaft infrage gestellt, ob das Schuldprinzip nicht aus dem Strafrechtssystem verbannt und abgeschafft werden sollte.²⁰⁴⁹ Damit war jedoch kaum je die Forderung einer Rückkehr zu einem reinen Erfolgsstrafrecht gemeint. Vielmehr geht es regelmässig primär darum, Distanz zur metaphysischen Aufladung des Strafrechts zu gewinnen und stärker herauszukristallisieren, um was es beim Schuldvorwurf eigentlich geht.²⁰⁵⁰ Andererseits steht bei der Forderung nach dem kompletten Verzicht jeglicher (vergangenheitsdeterminierter) Verantwortungszuschreibung oftmals der Entwurf eines reinen Massnahmenrechts im Raum, welches ein humaneres Strafrecht erlauben solle.²⁰⁵¹ Ob dies wirklich der Fall wäre, bleibt gerade mit Blick auf das heutige Massnahmenrecht allerdings offen und ist stark zu bezweifeln.²⁰⁵² Es ist zudem fraglich, ob ein solcher Verzicht auf eine Verantwortungszuschreibung mit den Operationsweisen des sozialen Systems vereinbar wäre und ob sich Normen auch anderweitig stabilisieren liessen. Demzufolge ist Hörnle in ihrem Einwand zuzustimmen, dass ein solcher Verzicht auf ein vergangenheitsbezogenes Werturteil mit der sozialen Realität und den „Basisstrukturen unserer moralischen Praxis“ kaum kompatibel wäre.²⁰⁵³ Schuld bietet im Rahmen strafrechtlicher Kommunikation als reproduzierbarer Verweisungszusammenhang eine permanente Hilfestellung für die Anwendung des Codes im System. Die Betonung der individuellen Verantwortlichkeit durch die Sanktionierung dient dabei in der sozialen Praxis nicht zuletzt der Absorbierung des Konflikts, der

2047 HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 9 f.

2048 HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 49; zu diesem traditionellen Schuldbegriff bereits S. 25 ff.

2049 So z.B. SCHÜNEMANN, Funktion des Schuldprinzips, 54 f.

2050 Vgl. HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 58 f.

2051 Siehe Nachweise zu diesen Vorschlägen bei HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 32.

2052 So auch HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 32.

2053 HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 33.

Komprimierung des eigentlich viel komplexeren sozialen Geschehens und damit der Stabilisierung des Systems.²⁰⁵⁴ Wird im Rahmen der strafrechtlichen Operationsweise eine Kommunikation als Fehler, d.h. als normative Erwartungsenttäuschung identifiziert, muss dieser Konflikt aufgelöst werden.²⁰⁵⁵ Dafür bedarf es der Zuschreibung zu einem Subsystem. Ohne diese Verlagerung des Konflikts kann die Straftat folglich nicht verarbeitet bzw. überhaupt erst als strafrechtlich relevante Kommunikation begriffen werden. Demzufolge behandelt die ganze systemische Operationsweise der Verantwortungszuschreibung diese Identifikation zur Anwendung des Schemas Strafbarkeit/Nicht-Strafbarkeit.²⁰⁵⁶

Bei der Zurechnungsleistung im Rahmen des Schuldvorwurfs geht es also nicht einfach darum, ein Unrecht i.S. eines schädlichen Effekts oder einer Gefährdung objektiv und subjektiv zuzurechnen,²⁰⁵⁷ sondern darum, die normative Erwartungsenttäuschung gerade aufgrund dieser Zurechnung als Normdestabilisierung zu identifizieren. Diese Sequenz aus verursachter Normdestabilisierung und Vorwurfsplatzierung hat nichts mit einer „Letztverantwortung“ zu tun, die dem traditionellen Schuldvorwurf inhärent ist und die nach einer Indeterminiertheit menschlichen Handelns verlangen würde,²⁰⁵⁸ sondern damit, dass die soziale Interaktion den Täter als Konfliktverursacher und sein Verhalten als „fehlerhaft“ ausmacht. Soll auf diese Fehlerzuschreibung verzichtet werden, müsste ganz grundlegend infrage gestellt werden, welche „Verantwortungsbereiche“ einem Individuum zugemutet werden. Dies ist, wie sich im historischen Abriss gezeigt hat, nicht zu allen Zeiten gleich geschehen, sondern gerade auch Resultat eines gesteigerten Individualismus und Konsequenz der erhöhten Ansprüche an Selbstbestimmung und Selbstverwaltung.²⁰⁵⁹ Diesen Zusammenhang von „Freiheit“ und „Verantwortung“ i.d.S. zu durchbrechen, würde mit der heutigen gesellschaftlichen Praxis nicht in Einklang zu bringen sein. Das soll jedoch nicht dahingehend verstanden werden, dass

2054 Vgl. KUNZ/MONA, 203 f. Gemäss VESTING, 17, diene das Schuldprinzip i.d.S. auch als Absicherung gegen ein ständiges und grenzenloses Hinterfragen.

2055 Vgl. STÜBINGER, Kritische Justiz 1993, 37 in Anschluss an JAKOBS, FS Welzel, 318.

2056 Dazu bereits S. 178 f.

2057 So HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 49.

2058 Vgl. HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 50, gemäss der ein solcher Vorwurf scheitern müsse, der eine Letztverantwortung i.S. einer bewussten Beherrschung der Entscheidungssituation verlangen würde.

2059 Siehe dazu auch schon S. 13 ff.

dieser Zusammenhang immer gleichermaßen bestehen muss und folglich inkontingent ist. Jedoch würde ein Verzicht auf das „Prinzip Verantwortung“ ohne gleichzeitigen gesellschaftlichen Auffassungswandel wahrscheinlich in eine Instabilität der normativen Ordnung münden. Soll dieser Konnex aufgebrochen werden, müsste vielmehr daran gearbeitet werden, was überhaupt als individueller „Fehler“ erkannt bzw. umgekehrt, was in den Bereich gemeinschaftlicher Verantwortung transferiert wird. Ein Verzicht auf jegliche Verantwortungszuschreibung im existierenden sozialen System bedeutete aber bei den heute die normative Kommunikation anleitenden Gegebenheiten eine Absage an ebendiese Selbstbestimmung und Selbstverwaltung. So sei es auch gemäss *Frister* weder möglich noch wünschenswert, auf die Erhebung eines Schuldvorwurfs zu verzichten, da die Zuschreibung persönlicher Verantwortlichkeit in unserem sozialen Erleben aus der Deutung eines Verhaltens als selbstbestimmt resultiere und diese Phänomene insofern „Kehrseiten der gleichen Medaille“ seien.²⁰⁶⁰

Die Bestimmung dieser Zuschreibungsleistung der Schuldkategorie im Rahmen der Normstabilisierung lässt es demzufolge zwar potenziell zu, Schuld auch durch eine andere Art der Verantwortungszuschreibung zu ersetzen, nicht jedoch, dass auf diese Zuschreibungsleistung gänzlich verzichtet wird. Natürlich kann sich die Bedeutung individueller Verantwortlichkeit im Laufe der Entwicklung verändern und demgemäss auch propagiert werden, dass der Anwendungsbereich dieses Systems möglichst klein gehalten werden soll. Dies würde aber die Verkleinerung des Strafrechts i.S. einer Entkriminalisierung erfordern. Wenn jedoch das Strafrecht in Anspruch genommen wird, so geschieht das im Rahmen dessen Operationsweise und diese liegt, wie ausführlich erörtert werden konnte, in einer individuellen, vergangenheitsdeterminierten Vorwurfsplatzierung. Ein funktional äquivalenter Zuschreibungsmechanismus müsste es entsprechend ebenso vermögen, sowohl die Zuschreibung von Personalität und Kompetenz, als auch die Beurteilung der Mitteilung des Absenders, adäquat abzubilden.

4. Zum möglichen Verzicht auf den Schuldbegriff

Es ist *Goethe* zuzustimmen, wenn er sagt: „Altes Fundament ehrt man, darf aber das Recht nicht aufgeben, irgendwo wieder einmal von vorn zu

2060 FRISTER, FS Frisch, 553.

gründen“.²⁰⁶¹ In der Tat wäre der Umstand alleine, dass das heutige Strafrecht auf dem Schuldvorwurf basiert, nicht Grund genug, dieses Konzept aufrechtzuerhalten. Wie die vorangehenden Ausführungen bereits andeuten, wäre ein Verzicht auf den Schuldbegriff bei gleichzeitiger Beibehaltung eines äquivalenten Verantwortlichkeitsprinzips grundsätzlich umsetzbar und zwar ohne Verluste in Kauf zu nehmen. Jedoch würde auch eine solche Verantwortungsanstatt Schuldzuschreibung auf Kompetenzzuschreibungen basieren. Folglich kann nicht geaugnet werden, dass es sich dabei primär um eine terminologische Anpassung handeln würde, welche allerdings gewisse theoretische Implikationen mit sich brächte und mit gewissen Unklarheiten in Bezug auf die wesentlichen Bezugspunkte aufräumen würde. Eine begriffliche Anpassung dürfte ferner deutlich herausstreichen, um was es bei der strafrechtlichen Vorwurfsplatzierung geht: Nämlich darum, dass der Täter mit dem begangenen Unrecht eine Norm destabilisiert hat.²⁰⁶² Die eigentlichen Funktionen des Schuldprinzips würden sodann auch klarer zum Vorschein treten. Allerdings ist der Grat in der Tat schmal, bei dem der Lehrstreit um die strafrechtliche Schuld nur auf eine rein terminologische Frage zusammengeschrumpft wird.²⁰⁶³ Der Verzicht auf einen Begriff klärt i.d.S. alleine auch nicht viel. Der Sinn begrifflicher Veränderung könnte allerdings in den Anpassungszwängen, die sich für die Theoriezusammenhänge und die Zurechnungssystematik ergeben würden, gesehen werden.²⁰⁶⁴ Der Verzicht würde entsprechend nur dann etwas ändern, wenn er in eine neue Theorie eingebettet wäre. Erst im Zusammenhang mit der Reflexion über die Zurechnungs- und Verbrechenslehre bzw. deren sozialem und kriminalpolitischem Fundament kann der terminologische Wandel Realitätswert gewinnen.

Gemäss Hörnle sei jedoch auch für den Fall eines Verzichts auf den Schuldvorwurf nicht weniger zu begründen, warum überhaupt irgendeine Art von Vorwurf legitim bleiben soll, wenn nicht sicher von einem Andershandelnkönnen ausgegangen werde. Diese Begründung müsse dabei allerdings nicht auf zweifelhafte Argumentationsschienen zurückgreifen. Vielmehr müssten nur zwei Voraussetzungen vorliegen: Einerseits begründete Verhaltensnormen und andererseits, dass der Person vorgeworfen

2061 Goethe in „Wilhelm Meisters Wanderjahren“, zit. nach ROXIN, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 13.

2062 Ähnlich auch HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 50.

2063 Ähnlich ROXIN, AT, § 19 N 51.

2064 Vgl. LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 45.

werden kann, dass sie gerechtfertigterweise als diejenige zu identifizieren sei, die unter Missachtung von Rücksichtnahmepflichten gegenüber anderen eine Normverletzung begangen habe.²⁰⁶⁵ Kurz also: Dass eine (im System positiv festgeschriebene) Norm destabilisiert wurde und dass diese Destabilisierung einer Person zugerechnet werden kann. Auch gemäss *Achenbach* erlaube es diese Wechselbeziehung zwischen „individueller Zurechenbarkeit“ und „Integrationsprävention“ auf den Begriff der (Strafbegründungs)Schuld zu verzichten.²⁰⁶⁶ In der Tat ermöglicht es die funktionale Grundlegung des Schuldvorwurfs, eine Rechtfertigungsgrundlage in der positiven Generalprävention zu finden, was wiederum gleichzeitig eine Absage an die Notwendigkeit ontologischer Anknüpfung bedeutet. Dies wird nachfolgend noch genauer auszuführen sein. Jedoch kann bereits jetzt festgehalten werden, dass eine terminologische Anpassung in der Tat umsetzbar ist, damit allerdings dem eigentlichen Problem – der Legitimierung der Vorwurfsplatzierung – nicht ausgewichen werden kann. Demzufolge sind diese beiden Fragen zu unterscheiden: Sehr wohl könnten die veränderte Grundlegung der strafrechtlichen Vorwurfsplatzierung bzw. das damit einhergehende Theoriekonzept mit einer begrifflichen Veränderung signalisiert und verdeutlicht werden. Diese Theorieunternehmung kann jedoch auch vollzogen werden ohne auf den Schuldbegriff zu verzichten. Im Umkehrschluss kann die Begriffsanpassung ohne gleichzeitigen Auffassungswandel nur wenig zur Klärung beitragen.

Es ist folglich auch offen danach zu fragen, ob eine terminologische Anpassung überhaupt notwendig ist. Begriffe wie „Schuld“ haben keine feste, unveränderliche Bedeutung, sondern erhalten diese einerseits aus dem historisch gewachsenen Sprachgebrauch, andererseits durch Definitionen.²⁰⁶⁷ Diese Definitionen können folglich auch nie wahr oder falsch sein, sondern variieren nur in ihrer Zweckmässigkeit.²⁰⁶⁸ Diese Begriffsbestimmungen sind jedoch nicht willkürlich definiert, sondern Teil gesellschaftlicher Konstruktion und folglich auch potenziell wandelbar. I.d.S. teilen andere Autoren wie *Roxin* zwar die Einschätzung, dass der Schuldbegriff von „irrationalen Elementen“ befreit werden müsse, erachten es aber als „gesellschaftlich konstruktiver, am Schuldbegriff selbst zu arbeiten“.²⁰⁶⁹

2065 HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 51 f.

2066 ACHENBACH, Individuelle Zurechnung, 151 f.

2067 HILGENDORF, 121 f.

2068 HILGENDORF, 123 f.

2069 ROXIN, AT, § 19 N 53.

5. Konsequenzen eines Verzichts

Hörnle schlägt in einem neueren Werk „Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf“ vor, gänzlich auf den Schuldbegriff zu verzichten, was sowohl eine begriffliche als auch eine konzeptionelle Neuordnung erfordere.²⁰⁷⁰ Der Verzicht auf den Schuldvorwurf möge „revolutionär“ klingen, sei es aber nicht. Dennoch würden sich ihr zufolge über die terminologischen Änderungen hinaus sehr wohl auch notwendige Anpassungen in der Verbrechenslehre ergeben.²⁰⁷¹ Was eine solche Neuordnung genau bedeuten würde, hängt allerdings auch davon ab, von was für einem Verständnis von Schuld man ausgeht. Versteht man Schuld bereits heute ausschliesslich als „Vorwerfbarkeit“ bzw. als die beschriebene Zuschreibungsleistung, würde sich bei einem Verzicht auf die Schuldkategorie abgesehen von einer begrifflichen Loslösung kaum etwas ändern. Wie Hörnle allerdings richtigerweise betont, werde Schuld heute regelmässig missverständlich „in die innere Welt des Täters“ verlagert bzw. als ein „persönliches Versagen“ und ein „Verdienen der Strafe“ verstanden, die dem Täter vorgehalten würden.²⁰⁷² Der Austausch der Schuldkategorie und der Verzicht auf den Schuldbegriff bedeuteten jedoch nicht, dass ein vergangenheitsbezogenes Unrechtsurteil seine Berechtigung verlöre. Allerdings sei der persönliche Schuldvorwurf problematisch und verzichtbar.²⁰⁷³ Demzufolge handle es sich tatsächlich primär um eine „Modifikation in Lehrbüchern“, welche kaum relevante Auswirkungen auf die strafgerichtliche Praxis hätte.²⁰⁷⁴ Dennoch würden sich gemäss Hörnle darüber hinaus zwei dogmatische Konsequenzen ergeben: Einerseits solle die Prüfungsabfolge, d.h. der Delikttaufbau geändert werden, und andererseits solle die Regelung zur verminderten Schuldfähigkeit als überkommen wegfallen.²⁰⁷⁵

Damit sind zwei Punkte angesprochen, die nicht zwingend mit einem Verzicht auf die Schuldkategorie einhergehen, sondern auch bei einer Beibehaltung relevant sein können und immer wieder diskutiert werden. Wie bereits beim Kompetenzelement besprochen, ist die verminderte Schuldfähigkeit immer wieder Kritik ausgesetzt.²⁰⁷⁶ Dieser Kritik ist

2070 HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, 72 ff. und passim.

2071 HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, 10.

2072 HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, 57.

2073 HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, 10.

2074 HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, 74.

2075 HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, 72 ff.

2076 Siehe S. 289 ff.

jedoch nicht zu folgen, handelt es sich doch, wie bereits diskutiert, bei der Kompetenzzuschreibung (im Gegensatz zur Personalitätszuschreibung) sehr wohl um etwas, was auch graduell vorliegen kann.²⁰⁷⁷ Natürlich ist Hörnle zuzustimmen, dass bei einem völligen Verzicht auf eine Kompetenzzuschreibung i.S. eines Andershandelnskönnens konsequenterweise auch kein reduziertes Andershandelnskönnen vorliegen kann, nicht jedoch ist ihr in der Feststellung zu folgen, dass dies nicht für die Entschuldigungsgründe zu gelten habe, da diese auch ohne Bezugnahme auf den Schuldbegriff auskämen. Sie begründet dies damit, dass der Verzicht auf Strafe bei den Entschuldigungsgründen darauf basiere, dass sie die ausserordentliche Lage des Täters nachvollziehbar erscheinen liessen und das begangene Unrecht deshalb als Faktum toleriert werden könne.²⁰⁷⁸ Genau diese Erklärung lässt sich jedoch auch für die „ausserordentliche Lage“ der psychischen Beeinträchtigungen anführen, deren Zuschreibung ja gerade darin mündet, dass das begangene Unrecht für die Gemeinschaft als tolerierbar erscheint. Bei diesem gesamten, in der vorliegenden Abhandlung als Kompetenz bezeichneten Element des Schuldvorwurfs geht es darum, den Normbruch entweder der Kompetenz des Täters zuzurechnen oder aufgrund alternativer Erklärungen auszuschliessen bzw. zu mindern.²⁰⁷⁹ Verminderte Schuldfähigkeit und Entschuldigungsgründe dienen also dazu, zu bestimmen, ob und inwieweit der „Fehler“ des Täters in einem besseren Licht erscheint. Dies basiert in der sozialen Praxis auf einer Zuschreibung von Freiheitsgraden, wobei diese Zuschreibung variabel ist. Möchte Hörnle nicht nur terminologisch auf den Schuldbegriff, sondern darüber hinaus auch auf jegliche Anknüpfung an solche (zugeschriebene) Freiheitsgrade verzichten, könnten konsequenterweise auch externe Faktoren im Rahmen der Entschuldigungsgründe keine Berücksichtigung finden. Der vergangenheitsdeterminierte Vorwurf müsste dann alleinig an das Unrecht anknüpfen und das Kompetenzelement müsste entweder völlig entfallen oder komplett neu gedacht werden. Der Verzicht auf eine solche Kompetenzzuschreibung wäre jedoch mit der heute die soziale Kommunikation anleitenden Grundlagen der Verantwortungszuschreibung kaum zu meistern. Und wie Jakobs – wenn auch in anderem Zusammenhang – treffend festhält, kann der Gesetzgeber „den stabilen Geist der Gesellschaft“ nicht „überspringen“.²⁰⁸⁰

2077 Dazu bereits S. 287 ff.

2078 HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 74 f.

2079 Siehe ausführlich S. 267 ff.

2080 JAKOBS, System der strafrechtlichen Zurechnung, 30.

Die zweite Konsequenz, welche Hörnle aus der Forderung des Verzichts auf die Schuldkategorie ableitet – die Neuordnung der Prüfungsfolge – lässt sich durch die hier erarbeiteten Ergebnisse jedoch untermauern. Die Frage der Personalität, d.h. in Hörnles Terminologie der normativen Ansprechbarkeit, als grundlegende Voraussetzung der Vorwurfsplatzierung wäre in der Tat eigentlich vorfrageweise zu klären und der Verdacht liegt nahe, dass das in der Praxis bereits heute so geschieht. Die „Einstiegsvoraussetzung“, ob überhaupt ein tauglicher Adressat normativer Erwartungen vorliegt, wird kaum jemals erst nach dem Tatumrecht geprüft.²⁰⁸¹ Es scheint intuitiv logisch, dass im Falle einer Erwartungsenttäuschung zuerst danach gefragt wird, ob überhaupt ein tauglicher Absender einer solchen Kommunikation vorliegt (wenn sie denn nicht sowieso schon automatisch nicht als solche Erwartungsenttäuschung wahrgenommen wird) und erst dann danach gefragt wird, ob mit dem zu beurteilenden Verhalten die Normgeltung infrage gestellt wird aufgrund der zum Ausdruck gebrachten Mitteilung und aufgrund ausreichender situativer Kompetenz für eine solche normdestabilisierenden Kommunikation. Demzufolge wäre eine Neuordnung der Prüfungsfolge funktional zu bestätigen, wobei diese Änderung für die Praxis kaum Konsequenzen hätte. Es könnte damit jedoch deutlicher herausgestrichen werden, um was es bei der allg. Schuldfähigkeit geht, nämlich eben um eine solche „Einstiegsvoraussetzung“. Da sich die einzelnen Elemente der Prüfungsabfolge jedoch sowieso immer auf das Ganze beziehen müssen, damit der soziale Sinngehalt erfasst werden kann,²⁰⁸² darf die Ordnung des Delikttaufbaus in ihrer Wirkung nicht überschätzt werden. Aus funktionaler Perspektive hängen die Elemente als Sequenz eng zusammen und können nicht isoliert betrachtet werden. Die Eruiierung sozialen Sinns einer Tat lässt sich im Rahmen der Operationsweise der Verantwortungszuschreibung zwar sehr wohl in einzelne „Bausteine“ unterteilen. Dies geschieht in der sozialen Praxis jedoch als systemischer Mechanismus, dem eine stramme Prüfungsabfolge sowieso nicht wirklich gerecht wird.

²⁰⁸¹ Vgl. HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 72 f.

²⁰⁸² So auch schon WACHTER, 143.

III. FUNKTIONALISIERUNG DER SCHULDKATEGORIE

1. Funktionalisierung als Alternative zum traditionellen Schuldbegriff

Der Versuch, strafbares Verhalten „durch eine analytische Gliederung in letzte Einzelelemente zu isolieren“, entsprang dem naturalistischen Denken und seinem Bestreben nach exakten Feststellungen.²⁰⁸³ Ein wesentlicher Schritt in die Richtung der heutigen Verbrechenslehre geschah im Rahmen der durch *Welzel* geprägten finalen Handlungslehre.²⁰⁸⁴ Die Finalität der menschlichen Verhaltensweisen zwang u.a. dazu, nicht nur einen objektiven Tatbestand als massgeblich zu erachten, sondern auch eine subjektive Unrechtskategorie hinzuzunehmen.²⁰⁸⁵ Trotz relevanter Kritikpunkte,²⁰⁸⁶ ist es den Erkenntnissen des 20. Jahrhunderts zu verdanken, dass bei der strafrechtlichen Bewertung von Sachverhalten in der Verbrechenslehre mehr und mehr versucht wurde, den sozialen Bedeutungsgehalt der Verhaltensweise zu erfassen.²⁰⁸⁷ In Bezug auf die vorliegend vertretene Auffassung müsste dieser Fortschritt darin münden, dass sich der Delikttaufbau und damit die Verbrechenslehre daran zu orientieren hat, wie dieser gesellschaftliche Gehalt am besten festgestellt werden kann, d.h. wie also am geeignetsten eruiert werden kann, ob eine Normdestabilisierung stattgefunden hat, welche in der Folge eine Reaktualisierung der Norm verlangt. Die Diskussion eines möglichen Verzichts auf den Schuldbegriff bzw. der möglichen Konsequenzen eines solchen hat deutlich aufgezeigt, dass ein Austausch der Begrifflichkeiten nicht über Uneinigkeiten hinsichtlich der Fundierung, aber auch nicht hinsichtlich möglicher dogmatischer Konsequenzen hinwegzutäuschen vermag. Entsprechend scheint es vielversprechender in der Folge zunächst an den Begrifflichkeiten festzuhalten, jedoch die Konsequenzen der vorliegenden funktionalen Untersuchung für die Schuldkategorie weiter auszumachen.

²⁰⁸³ So WACHTER, 128 f.

²⁰⁸⁴ Siehe dazu auch schon S. 27 ff. (insb. S. 30 Fn. 116).

²⁰⁸⁵ WACHTER, 134.

²⁰⁸⁶ So würde es gemäss WACHTER, 139, z.B. die technische Charakteristik der „Baukastenmethode“ seit der finalistischen Ära mit sich bringen, dass „die Möglichkeit eines Rückgriffs auf das verbrauchte Tatsachenmaterial auf einer späteren Stufe des Verbrechenaufbaus“ fehlen würde.

²⁰⁸⁷ WACHTER, 140.

Eine der naheliegendsten Implikationen der soziologischen Beschreibung der Mechanismen der Verantwortungszuschreibung wird, wie bereits zu Beginn dieser Abhandlung kurz umrissen, in der sog. „Funktionalisierung“ der Schuldkategorie bzw. damit einhergehend oftmals der gesamten Strafrechtsdogmatik erblickt.²⁰⁸⁸ Die Forderung einer Orientierung der Dogmatik an den sozialen Funktionalismen ist allerdings keineswegs zwingend. Wie bereits einführend ausführlich beschrieben, sind die verschiedenen Beobachterstandpunkte und Analyseebenen nicht notwendigerweise gekoppelt und es wäre zumindest theoretisch auch ohne direkte Kopplung auszukommen. Die systemfunktionale Auslegung von Rechtsbegriffen, darunter eben auch des Schuldbegriffs, ist demzufolge zwar naheliegende Konsequenz der Aufdeckung funktionaler Zusammenhänge, ergibt sich aus dieser Untersuchungsanordnung jedoch nicht automatisch.²⁰⁸⁹ Nachfolgend sollen diese Ansätze deshalb kurz genauer unter die Lupe genommen werden, um festzustellen, ob in der Funktionalisierung der Schuldkategorie ein tauglicher Ausweg aus den Problemlagen in Bezug auf den traditionellen Schuldbegriff besteht und was die Folgen einer solchen Funktionalisierung wären.

2. Zweckrationaler Schuldbegriff bei Claus Roxin

Roxin gilt als Pionier der sog. „zweckrationalen“ Strafrechtsdogmatik.²⁰⁹⁰ Bis zum Erscheinen seines Grundlagenwerkes „Kriminalpolitik und Strafrechtssystem“ im Jahre 1973 sei die Strafrechtstheorie einseitig durch die „ontologisierende Strafrechtsdogmatik der Finalisten“ geprägt gewesen.²⁰⁹¹ In dieser Monographie hält *Roxin* bereits zu Beginn fest, dass es im Strafrecht zu erkennen gelte, dass „kriminalpolitische Probleme den eigentlichen Inhalt auch der allg. Verbrechenslehre ausmachen“ würden.²⁰⁹² Recht und kriminalpolitische Zweckmäßigkeit sollen im System *Roxins* zu einer „Synthese“ gebracht werden, da sie eine „dialektische Einheit“ bildeten.²⁰⁹³ Strafrecht sei die Form, in welcher Kriminalpolitik in den „Modus des rechtlichen Geltens

²⁰⁸⁸ Siehe S. 32 ff.

²⁰⁸⁹ Siehe zu den Differenzen zwischen rechtsoziologischem Funktionalismus und funktionaler Rechtsdogmatik bereits auf S. 122 ff.

²⁰⁹⁰ LESCH, 166; dazu auch bereits S. 32 ff.

²⁰⁹¹ So LESCH, 166.

²⁰⁹² ROXIN, Kriminalpolitik, 8.

²⁰⁹³ ROXIN, Kriminalpolitik, 10.

überführt“ werde.²⁰⁹⁴ Diese „systematische Einheit zwischen Kriminalpolitik und Strafrecht“ müsse sich auch in der Schuldlehre niederschlagen.²⁰⁹⁵ In *Roxins* Schuldlehre steht die Erkenntnis, dass präventive Gesichtspunkte den Schuldbegriff ausfüllen, im Vordergrund. Daraus folge, dass die Schuldkategorie kriminalpolitisch von Strafzwecküberlegungen geleitet werde und werden solle.²⁰⁹⁶ Stehe nämlich einmal fest, dass das Handeln des Täters vom Standpunkt sozialer Konfliktregelung aus falsch war, dann verbleibe für die dogmatische Arbeit nur noch die weitere Frage zu beantworten, ob ein solches Verhalten Strafe verdiene oder nicht.²⁰⁹⁷

Ein Schuldbegriff i.S. eines Andershandelns sei für diesen Standpunkt obsolet, da bei dieser „normativen Setzung“, welche an die Stelle einer Seinsfeststellung trete, alleine entscheidend sei, ob es der sozialen Ordnung angemessen erscheine, dass der Mensch als frei und verantwortlich behandelt werde.²⁰⁹⁸ Es komme folglich nicht auf das Andershandelnkönnen an, sondern darauf, ob der Täter für sein Tun unter strafrechtlichen Gesichtspunkten zur Verantwortung gezogen werden soll. *Roxin* hat deshalb die strafrechtliche Systemkategorie der „Verantwortlichkeit“ entwickelt.²⁰⁹⁹ Diese neue Deliktsstufe der „Verantwortlichkeit“ in *Roxins* Straftatsystem, welche als Voraussetzung der Strafbarkeit erfüllt werden müsse, hänge einerseits von der Schuld des Täters und andererseits von der präventiven Notwendigkeit der Strafe ab.²¹⁰⁰ „Verantwortlichkeit“ i.d.S. sei nur dann gegeben, wenn neben der Schuld auch die präventive Notwendigkeit zur Reaktion bestehe, womit dieser Teil der Prüfungsstufe zum „Träger der kriminalpolitischen Erwägungen“ werde.²¹⁰¹ Entsprechend bleibe auch die rechtsstaatliche Schutzwirkung in seiner Konzeption unberührt. Schuld und

2094 ROXIN, Kriminalpolitik, 40.

2095 ROXIN, Kriminalpolitik, 11.

2096 So z.B. in ROXIN, Kriminalpolitik, 33 ff.; siehe dazu auch KÜPPER, 152 f.; KAUFMANN ARTHUR, JURA 1986, 225.

2097 ROXIN, Kriminalpolitik, 33.

2098 ACHENBACH, Individuelle Zurechnung, 149.

2099 ROXIN, FS Henkel, 182 und passim.

2100 LESCH, 169 f. mit Verweis auf ROXIN, AT I, § 19 N 3 ff.; *ders.*, FS Henkel, 182 f.; *ders.*, ZStW 1984, 656.

2101 AMELUNG, 97 ff. mit dem Hinweis, dass es allenfalls zielführender gewesen wäre, im Rahmen dieser Neukonzeption sowohl Strafen als auch Massnahmen zu erfassen, d.h. von der „strafrechtlichen Sanktionsbedürftigkeit der Tat“ zu sprechen und damit auch die Voraussetzungen der Verhängung einer Massnahme der Besserung oder Sicherung hier einzubauen.

Prävention würden sich gegenseitig beschränken.²¹⁰² *Roxin* lässt damit den Schuldbegriff nicht vollends in der Spezial- und Generalprävention aufgehen, sondern belässt ihm eine Schutzfunktion i.S. seiner bereits besprochenen „Limitierungsthese“.²¹⁰³

Was genau die Schuld- und Verantwortlichkeitskategorie mit Inhalt füllt, bzw. auf was diese basiert, bleibt dabei jedoch weitgehend unklar. *Roxin* sei damit, so die Kritik, die „funktionale Rekonstruktion der Schuld“ nicht restlos geglückt.²¹⁰⁴ Das Nicht-Antasten des Schuldbegriffs selbst sei inkonsequent und die Probleme des traditionellen Schuldverständnisses würden damit kaum überwunden.²¹⁰⁵ In der Tat ist der Vorschlag *Roxins*, präventive Überlegungen miteinzubeziehen zwar nicht grundsätzlich abzulehnen, allerdings scheint es auf der Grundlage bisheriger Erkenntnisse dieser Untersuchung wenig vielversprechend, diese Überlegungen als eigene Kategorie aus dem restlichen Verantwortungszuschreibungsprozess auszugliedern. Eine eigene Prüfungsstufe der „Verantwortlichkeit“, bei der präventive Gesichtspunkte miteinfließen, missachtet den Umstand, dass bereits die gesamte Schuldzuschreibung den Programmen des Schuldprinzips und damit auch der Funktion des Strafrechtssystems folgt bzw. folgen soll. Wenn nun der Anspruch an die normative Bewertung gestellt werden soll, dass die präventiven Zwecke des Systems beachtet werden müssen, kann dies nicht erst in der Einzelfallprüfung geschehen. Vielmehr muss bereits bei der Ausgestaltung der Programme auf diesen Anspruch geachtet werden.

3. Funktionaler Schuldbegriff bei Günther Jakobs

Andere Autoren sind einen Schritt weitergegangen und haben ein systemfunktionales Strafrechtsverständnis zu entwickeln versucht – dabei allen voran *Jakobs*, dessen Forderung nach einer „Funktionalisierung“ der Straftatlehre in der Folge ebenfalls kurz umrissen werden soll und dessen Arbeiten zur Funktion der Schuld bereits massgeblich in die vorangegangene Untersuchung miteingeflossen sind. Während sich *Roxin* noch scheute, das Schuldprinzip durch seine kriminalpolitische Konzeption gänzlich aufzugeben, führt der radikalere Ansatz von *Jakobs* die Funktionalisierung also weiter, wobei er, wie bereits mehrfach besprochen, primär festhielt,

2102 Kritisch zu dieser Konzeption LESCH, 169 f.

2103 SCHNEIDER, 248; oben S. 149 f.

2104 LESCH, 170.

2105 LAMPE, FS Roxin, 49; FIGUEIREDO DIAS, ZStW 1983, 237.

dass im Rahmen der Schuldkategorie eruiert werde, ob in der rechtswidrigen Handlung ein Mangel an Rechtstreue zum Ausdruck komme oder ob der Täter von der Rechtswidrigkeit seiner Handlung distanziert werden könne. Schuld sei also ein „Manko an Rechtstreue“ und dem Verhalten könne in diesem Fall nur der Sinn einer „deliktischen Gestaltung der Welt“ beigemessen werden, da sich der Konflikt nicht anderweitig verarbeiten lasse.²¹⁰⁶ Die strafrechtliche Zurechnung sei als deliktische Bedeutung zu begreifen und Teil der kommunikativen Sequenz von Norm, Normbruch und Strafe.²¹⁰⁷ Auch gemäss *Jakobs* gehe es beim Schuldbegriff also einerseits um Zurechnung, welche Strafe auslöse und andererseits um das Zurechnungsmass.²¹⁰⁸ Schuldhaft sei entsprechend nur die „kommunikativ relevante Infragestellung der Normgeltung“ und es sei Aufgabe dieser Deliktsstufe, den „Fehler“ des Täters zu identifizieren und das vorliegende Manko an rechtlicher Motivierung zu isolieren um eine Strafe zu legitimieren.²¹⁰⁹ Auch *Jakobs* gelangt also zum Ergebnis, dass der Zweckbezug der Schuld von der sozialen Ordnung her zu formulieren sei und dieser sich aus der positiven Generalprävention ergebe.²¹¹⁰

Das entsprechende Schuldkonzept sei allerdings nicht etwa – und hier ergeben sich wesentliche Differenzen zu der Konzeption *Roxins* – ein „Entwurf für die Zukunft“. Vielmehr handle es sich dabei um eine Analyse des heutigen Systems, in dem Schuld bereits immer zweckbestimmt sei.²¹¹¹ Es gehe folglich nur um eine Beschreibung der Funktionsbedingungen von Gesellschaft.²¹¹² Für *Jakobs* ist deshalb klar, dass die Frage, was Schuld sei, von der jeweiligen Verfassung der Gesellschaft abhängе, d.h. dass Konkretisierungen nur unter Bezug auf das soziale System möglich seien.²¹¹³ Ein funktionaler Schuldbegriff i.d.S. erhalte seinen Inhalt erst durch das soziale System Strafrecht und dessen Zweck. Bei der Feststellung von Schuld gehe es nicht mehr um die Ermittlung des subjektiv vom Täter gemeinten Sinns, da dies eine „naturalistische psychologisierende Fehldeutung“ wäre, sondern es gehe

2106 JAKOBS, System der strafrechtlichen Zurechnung, 60.

2107 JAKOBS, System der strafrechtlichen Zurechnung, 9.

2108 JAKOBS, Schuld und Prävention, 7.

2109 SCHNEIDER, 121 f.; JAKOBS, AT 2. A., 480 f. (17/18).

2110 JAKOBS, AT 2. A., 6 ff. (1/4 ff.); *ders.*, Schuld und Prävention, 8 f.; *ders.* Schuldprinzip, 8; dazu bereits S. 24.

2111 JAKOBS, Schuld und Prävention, 32; *ders.*, AT 2. A., 480 f. (17/18).

2112 JAKOBS, Schuldprinzip, 29 f.

2113 JAKOBS, AT 2. A., 483 f. (17/22).

um die „Konstruktion des objektiven Sinns anhand formalisierter normativer Kriterien.“²¹¹⁴ Die Zuschreibung von Schuld hänge also direkt vom gesellschaftlichen Prozess der Normstabilisierung ab und werde überhaupt erst durch die Beeinträchtigung der Normanerkennung und die generalpräventiven Notwendigkeiten konstituiert.²¹¹⁵

4. Kritik an der funktionalen Schuldlehre

Natürlich blieben die umrissenen und in dieser Abhandlung berücksichtigten Konzeptionen im Rahmen des allg. Funktionalisierungstrends nicht ohne kritische Stellungnahmen in der Literatur. Während sich ein Teil der Autorinnen und Autoren bereits gegen jede Beeinflussung der Schuld durch die Strafzwecke wendet, befürworten andere zwar das Heranziehen des präventiven Strafbedürfnisses in die Schuldkategorie, stehen aber gleichwohl der völligen Zweckrationalisierung durch generalpräventive Gesichtspunkte ablehnend gegenüber.²¹¹⁶ So stehe das Schuldprinzip bspw. nach *Stratenwerth* als Folge dieser Funktionalisierung zur Disposition eines rein „präventiven Kalküls“.²¹¹⁷ Gemäss *Schünemann* sei die Ergänzung der Schuld durch eine generalpräventiv geleitete Verantwortlichkeitsstufe sinnvoll, eine „Ineinsetzung von Schuld und Generalprävention“ sei allerdings abzulehnen.²¹¹⁸ Auch *Kunz* betont, dass nur eine „zweckfrei konzipierte Schuld“ ihre Autonomie gegenüber präventiven Strafzwecken wahren und deren Auswirkungen begrenzen könne.²¹¹⁹

Frister hält fest, dass strafrechtliche Schuld im generalpräventiven Schuldverständnis zwar durch die Beeinträchtigung der Normanerkennung konstituiert werde, dass die strafrechtlichen Zurechnungsmerkmale jedoch bestimmte Seinsstrukturen erforderten, deren Vorliegen aufgrund von Erkenntnisurteilen festgestellt würde. Diese Feststellung orientiere sich dabei nicht an der Normstabilität.²¹²⁰ Auch der generalpräventive

2114 SCHNEIDER, 143 über die Schuldlehre von *Jakobs*.

2115 GÜNTHER, Freiheit und Schuld, 157; FRISTER, Voluntatives Schulelement, 65.

2116 Kritik an einer kompletten „Funktionalisierung“ findet sich u.a. bei KÜPPER, 157; BURKHARDT, GA 1976, 335 ff.; STRATENWERTH, Schuldprinzip, 30 ff.; SCHÜNEMANN, Funktion des Schuldprinzips, 168 ff.; ROXIN, FS Bockelmann, 297 ff.; STRENG, ZStW 1989, 292 f.

2117 STRATENWERTH, Schuldprinzip, 31.

2118 SCHÜNEMANN, Funktion des Schuldprinzips, 186 f.

2119 KUNZ, ZStW 1986, 829.

2120 FRISTER, Voluntatives Schulelement, 63.

Schuldbegriff komme also nicht um eine „moralische Zurechnung“ aus, die als „Ergebnis einer durch vorpositive Regeln bestimmte Beurteilung“ verstanden werden müsse und so aus der sozialen Interaktion resultiere. Bei dieser Zurechnung im Rahmen der sozialen Interaktion handle es sich um ein „intersubjektiv bestimmtes“ Phänomen.²¹²¹ Es stellt sich hier die Frage, inwiefern diese Konzeption des Zuschreibungsprozesses wirklich als „vor-positiv“ bezeichnet und damit ausserhalb des Systems angesiedelt werden kann. Nur das Rechtssystem selbst bestimmt über die Regeln der Zurechnung. Selbstverständlich nimmt es dabei auf die Normen der gesellschaftlichen Umwelt Rücksicht und muss dies tun um seine gesellschaftliche Funktion zu erfüllen. Es bestimmt aber nach eigenen Regeln, inwiefern es auf diese Inputs Bezug nimmt und wie sie in der strafrechtlichen Zurechnung aufgehen. „Vor-positiv“ sind die Regeln „moralischer Zurechnung“ insofern nur, wenn man damit darauf verweisen will, dass Inputs und Kopplungen mit der Umwelt des Systems nicht irrelevant seien, nicht aber, wenn man damit meint, dass die Schuldzuschreibung automatisch externen Seinsstrukturen folge (sofern solche überhaupt im System erkennbar wären). Ein solcher Standpunkt würde vor allem auch verkennen, dass die Zurechnung bereits systemintern, u.a. durch die „Geschichtlichkeit des sozialen Systems“ hinreichend bestimmt ist.²¹²² Eine Beeinträchtigung der Normstabilität kann indessen natürlich nur dann durch Strafe ausgeglichen werden – und hier ist *Frister* zu folgen –, wenn es sich um Normen handelt, die in der Gesellschaft einer Stabilisierung bedürfen bzw. deren Zuwiderhandlung überhaupt eine Enttäuschung darstellt.²¹²³ Dennoch ist *Farmers* Beurteilung zweifellos zuzustimmen, dass es sich bei der strafrechtlichen Schuld um ein „rechtliches Artefakt“ handle, das nicht „prä-legal“ sei. Daran ändere sich ihr zufolge auch nichts, wenn dabei auf existierende Vorstellungen von moralischer Verantwortlichkeit zurückgegriffen werde, da die Schuld ihr Fundament einzig im Rechtssystem selbst finde.²¹²⁴ Nicht gefolgt werden kann deshalb jedenfalls der Feststellung *Fristers*, dass der Streit um den generalpräventiven Schuldbegriff ohne Bedeutung sei, da er genau wie der traditionelle Schuldbegriff vorpositive Regeln moralischer Zurechnung voraussetzte, deren Inhalt die Zurechnungsentscheidung

2121 FRISTER, *Voluntatives Schulselement*, 71.

2122 BLECKMANN, 157.

2123 FRISTER, *Voluntatives Schulselement*, 82.

2124 FARMER, 170.

bestimmten, und dass demzufolge für die Zurechnung allein die „wirkliche Struktur der Psyche des Täters“ massgeblich sei.²¹²⁵

Die Schwachstelle des „Präventionskonzepts“ wird weiter hauptsächlich in der „Missachtung der notwendigen Subjektqualität des Straftäters“ erblickt, da die allein um ihrer präventiven Wirkung verhängte Strafe die Autonomie des Täters verletze und dieser als blosses Mittel zur Wiederherstellung sozialer Ordnung belangt würde.²¹²⁶ Damit ginge die Schutzfunktion des Schuldprinzips verloren.²¹²⁷ Die funktionale Schuldlehre vermöge es nicht, ein „Abgrenzungsmoment ethisch-persönlicher Art“ und damit eine „Verknüpfung mit der Garantie der Menschenwürde“ herzustellen.²¹²⁸ Ferner sei bei der Schuldfeststellung im Strafverfahren ausschliesslich auf die Person des Täters abzustellen und nicht auf die Interessen des Systems.²¹²⁹ Gemäss *Jakobs* wäre durch die Unterstellung einer zweckfrei bestimmten Rechtsschuld allerdings nichts gewonnen, da eine solche mit der gesellschaftlichen Funktion des Strafrecht nichts zu tun habe und deshalb nichts zur Lösung eines gesellschaftlichen Bedürfnisses beitrage. Auf „zufällige Wirkung kann ein Rechtsstaat, wenn er funktionieren soll, nicht warten“. Ohne Bezug auf eine konkrete Gesellschaft bleibe der Schuldbegriff folglich unterbestimmt.²¹³⁰ Wenn *Frister* einwendet, dass die Theorie der positiven Generalprävention nichts über die strafrechtlich zu garantierenden Normen auszusagen vermöge,²¹³¹ vermischt er damit nicht nur die Frage nach der Funktion der Strafe (und der Schuld) mit derjenigen nach der Systemgrenze, sondern verkennt darüber hinaus, dass die Normerhaltung zum Zwecke der Systemerhaltung sehr wohl etwas über die Legitimität der Strafandrohung

2125 FRISTER, *Voluntatives Schuldelement*, 74 und 83 f.

2126 KUNZ, ZStW 1986, 827 mit Verweis auf die Kritik von HOERSTER, GA 1970, 289; KAUFMANN ARTHUR, JURA 1986, 225 ff.

2127 HIRSCH, ZStW 1994, 753.

2128 So FIGUEIREDO DIAS, ZStW 1983, 227.

2129 SCHNEIDER, 326 ff. mit dem Hinweis, dass es allerdings durchaus plausibel sei, dem Strafverfahren eine latente Funktion im Rahmen der Bestätigung der normativen Identität der Gesellschaft beizumessen. Hier vermischt *Schneider* allerdings verschiedene Ebenen, d.h. die Funktion des Gesamtsystems mit der Funktion des Strafverfahrens selbst. Dem Strafverfahren kommt selbstverständlich eine wichtige Rolle bei der Funktionserfüllung zu, diese kann sich aber nicht von dieser des Gesamtsystems abheben. Vielmehr kann es sich, wenn dann nur um eine Teilmenge handeln.

2130 JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 62 f.

2131 FRISTER, *Voluntatives Schuldelement*, 45.

und Schuldzuweisung aussagt, auch wenn damit nicht beantwortet werden kann, welche Normen es zu stabilisieren gilt. Inwiefern darauf das traditionelle Schuldverständnis eher eine Antwort liefern könnte, bleibt zudem ebenso unklar.

5. Funktionale Strafrechtsdogmatik zwischen Beschreibung und Kriminalpolitik

Die Kritik an der Funktionalisierung der Schuldkategorie zeugt vor allem von der Sorge, dass ein zweckbestimmter Schuldbegriff einer willkürlichen Inanspruchnahme des Einzelnen keine Grenzen setzen könnte bzw. auch davon, dass der Schuldvorwurf, dessen traditionelle Fundierung auch als ethisch-moralische Sicherstellung individueller Fairness gesehen wird, gerade diese Anknüpfung an Gerechtigkeitsvorstellungen verlieren könnte und damit Instrumentalisierung und Relativierung Tür und Tor geöffnet wären. Dem kann entgegengehalten werden, dass es gerade der Umstand ist, dass sich das Schuldprinzip im Rahmen der Systemfunktion verwirklicht, welcher einer „willkürlichen Inanspruchnahme“ des Einzelnen Grenzen setzt. Der Anspruch, dass dysfunktionale Konstruktionen vermieden werden sollen, impliziert bereits, dass die Umsetzung eines funktionalen Verantwortlichkeitsprinzips nicht zu einer Überbestrafung bzw. Überbeanspruchung führen darf, wobei er dabei auf keine metaphysische Anlehnung angewiesen ist. Die positiv-generalpräventive Funktion vermag es – als normatives Prinzip formuliert – staatliche Eingriffe ausreichend zu limitieren. Die Inbezugnahme von Fairness- und Gerechtigkeitsvorstellungen erhält dadurch gerade erst Grundlage und Substanz.

Bei der Betrachtung der bisherigen „Funktionalisierungsvorschläge“ und der damit einhergehenden Kritik ergibt sich auf der Grundlage der vorliegenden Untersuchungsergebnisse also eine differenzierte Beurteilung: So kann im Grundsatz einmal festgehalten werden, dass *Roxins* Ansatz i.d.S. zuzustimmen ist, dass kriminalpräventive Überlegungen in die Strafrechtsdogmatik miteinfließen sollten, wobei gleichzeitig sein Vorschlag, dass dies in einer separaten Kategorie geschehen solle, nicht als sinnvoll zu erachten ist. Es ist aus systemischer Sicht weder plausibel, wie dies vonstattengehen soll, noch scheint es einleuchtend, auf was die limitierende Funktion der verbleibenden Schuldsubstanz basieren soll. Auf der anderen Seite scheint *Jakobs* Analyse präziser und er ist in seiner Erkenntnis zu stützen, dass die Strafrechtsdogmatik funktional ausgestaltet werden soll und überhaupt erst die Funktion dem Schuldvorwurf Inhalt verleihe. Allerdings ergab die Analyse

der *strict liability*-Doktrin und ähnlicher Lockerungen im deutschsprachigen Raum ein Ergebnis, welches im Widerspruch zu *Jakobs* Annahme steht, dass die Strafrechtsdogmatik bereits automatisch funktional ausgerichtet sei, dass es sich also bei der funktionalen Strafrechtsdogmatik ausschliesslich um eine Beschreibung bereits existierender Mechanismen handle. Die *strict liability offences* beweisen eindrücklich, dass die dogmatischen Programme des Strafrechts eben gerade nicht automatisch davor bewahrt sind, auch dysfunktionale Ausgestaltungen zu umfassen. Deshalb handelt es sich bei der Forderung nach einer funktionalen Dogmatik nicht um eine rein deskriptive Feststellung über die Funktionsweise, sondern darüber hinaus auch um eine normative Positionierung. So ist der Anspruch, der Schuldvorwurf müsse sich an der Funktion des Strafrechts und der Strafe orientieren, zwar weitläufig eine Beschreibung dessen, wie das Strafrecht bereits heute funktioniert, diese Funktionalität kann jedoch nicht als vollends verwirklicht gelten, weshalb sich gleichzeitig der Anspruch formulieren lässt, dass das Strafrecht eben auch funktional ausgestaltet werden *soll*.

Wie aus der vorliegenden Untersuchung hervorgeht, ist es Aufgabe des Strafrechtssystems, Strafe zur Stabilisierung von Normen bereitzustellen, d.h. also, dass diese Aufgabe der Grund ist, warum die Gesellschaft ein Strafrecht ausdifferenziert hat. Daraus ergibt sich, dass auch die strafrechtliche Verantwortungszuschreibung (und damit ihre Programme) im Allgemeinen dieser Aufgabe folgen müssen, damit das System seinen „Auftrag“ erfüllen und folglich seinen Fortbestand bzw. seine Stabilität sicherstellen kann. Es konnte durch die Analyse der strikten Verantwortlichkeit aufgezeigt werden, dass es sich bei solchen Einschnitten in die funktionalen Mechanismen der Verantwortungszuschreibung nicht um äquivalente Operationen handelt. Vielmehr bedeuten diese Abweichungen vom Schuldprinzip eine Gefahrenlage für eben diese Aufgabenerfüllung. Daraus ergeben sich zwei Konsequenzen: Einerseits kann damit untermauert werden, dass solche Abweichungen dem Systemzweck widersprechen und deshalb eine funktionale Schuldplatzierung anzustreben ist und eine „Funktionalisierung“ des Schuldvorwurfs mit Blick auf die optimale Normstabilisierung begrüssenswert wäre. Andererseits beweisen diese Konstruktionen aber eben auch, dass diese „Funktionalisierung“ des Schuldvorwurfs nicht bereits systeminhärent gegeben ist, sondern die Verantwortungszuschreibung bis zu einem gewissen Grade durchaus auch als dysfunktional, d.h. gestört gelten kann. Daraus ergeben sich Implikationen für die Strafrechtswissenschaft bzw. die Kriminalpolitik und

es lässt sich festhalten, dass Forderungen nach einer Funktionalisierung der Schuldkategorie sinnvoll sind, dass es sich dabei jedoch eben auch um Forderungen und nicht nur um reine Feststellungen handelt. Dabei lässt sich diese Forderung allerdings durchaus soziologisch damit fundieren, dass die Vorwurfsplatzierung im Regelfall so vonstattengeht.

Diese deskriptive und normative Fundierung einer Funktionalisierung der Schuldkategorie und damit auch des Schuldprinzips wird nachfolgend noch genauer zu begründen sein. Es wird jedoch bereits hier klar, dass es sich dabei eben nicht nur um eine Beschreibung der Funktionsweise des Strafrechtssystems handelt, sondern darüber hinaus auch um eine daraus abgeleitete Forderung nach einer „positiven Funktionalität“ zum Schutz der sozialen Ordnung. Für die Schuldkategorie selbst bedeutet das, dass sie es in ihren dogmatischen Programmen und Ausgestaltungen vermögen muss, die Elemente des Schuldvorwurfs angemessen widerzugeben. Soll der Schuldvorwurf funktional platziert werden, müssen es die Konstruktionen demgemäss erlauben, Notwendigkeit und Mass der Strafe abzubilden. Die Elemente des Schuldvorwurfs – hier als „Personalität“, „Kompetenz“ und „Mitteilung“ bezeichnet – sind für diese Bestimmung ausschlaggebend.²¹³² So kann nur ein Täter mit ausreichender Personenqualität eine Normdestabilisierung verursachen und nur die Tat einer Person, die diese gemäss Fähigkeitszuschreibung hätte vermeiden können. Ferner muss die Schuldkategorie eine Beurteilung darüber zulassen, ob die zum Ausdruck gebrachte Mitteilung des Täters die Normgeltung erfolgreich beeinträchtigt. Eine „Funktionalisierung“ des Schuldbegriffs bedeutet demnach für die Dogmatik, dass diese Elemente Berücksichtigung finden und dass dysfunktionale Konstruktionen vermieden werden müssen. Wie solche dysfunktionalen Konstruktionen aussehen können, konnte im Rahmen der Variationen der strikten Verantwortlichkeit ausführlich dargetan werden. Weiter muss sich jedoch auch der Allgemeine Teil des Strafrechts danach richten und funktionale Überlegungen müssen gerade bei Beurteilung der auch im deutschsprachigen Raum als heikel diskutierten Bestimmungen miteinfließen.²¹³³

2132 Zu den Elementen des Schuldvorwurfs ausführlich S. 249 ff.

2133 Zu diesen Variationen der Lockerungen des Schuldprinzips siehe Teil 4 (S. 311 ff.).

Kapitel 2: Schuldprinzip als Herzstück des Strafrechtssystems

I. VERANTWORTUNG UND DIE NORMATIVE KONSTRUKTION VON GESELLSCHAFT

1. Verantwortungsprinzip zwischen Funktionalität und Normativität

Auch die systemtheoretische Analyse beansprucht Sinnfragen zu beantworten, wobei der Sinn dabei gemäss *Mastronardi* als „positive Funktionalität“ umschrieben werden könne. Sinnvoll sei eine Kommunikation entsprechend immer dann, wenn sie zur Selbstreproduktion des Systems beitrage.²¹³⁴ Der normbegründenden Funktion der Schuldstrafe, die dem Strafrecht gemäss *Streng* „Grund und Grenzen“ gebe,²¹³⁵ und dieser Selbstreproduktion des Strafrechtssystems dient, kann nun ein solcher Sinn i.S. einer positiven Funktionalität beigemessen werden. Bei der Festlegung dieses Massstabs der positiven Funktionalität bzw. desjenigen des bereits eruierten funktionalen Notwendigkeitsprinzips muss nun jedoch auch *Strengs* Warnung Berücksichtigung finden, dass das Schuldprinzip in seiner Funktion keine absoluten Werte oder Normen verkörpere, sondern stets die gesellschaftlich vorzufindenden Werte und Normen aufnehme, transportiere und letztlich bestätige. Das Prinzip könne demzufolge nur insoweit limitierend wirken, wie es die zu bekräftigenden Normen erlaubten.²¹³⁶ Bei einer philosophischen Untermauerung des Anspruchs positiver Funktionalität muss sodann

²¹³⁴ MASTRONARDI, 173.

²¹³⁵ STRENG, ZStW 1989, 289.

²¹³⁶ STRENG, ZStW 1989, 289.

beachtet werden, dass es sich bei einem Verstoss gegen eine Strafnorm eben nicht um ein Unrecht handelt, das eine Person einer anderen antut, sondern vielmehr um einen Verstoss des Einzelnen gegenüber der sozialen Ordnung der Gemeinschaft.²¹³⁷ Demzufolge kann die sozialwissenschaftliche Analyse sehr wohl, wie bereits von *Kleinfeld* vorgeschlagen, nicht nur dazu dienen aufzuzeigen, wie das Strafrecht in der Gesellschaft funktioniere, sondern auch wie es funktionieren solle.²¹³⁸ Der von ihm als *reconstructivism* bezeichnete Ansatz würde an der Grenze von Normativität und Beschreibung stehen und entsprechend implizieren, dass dem Strafrecht nicht nur eine Funktion zukomme, sondern dass es diese auch erfüllen solle.²¹³⁹ Das Wertefundament dieses Ansatzes liege in der gesellschaftlichen Solidarität. Die Verteidigung der normativen Ordnung durch das Strafrecht basiere entsprechend auf der Erkenntnis, dass es sich bei den zu schützenden Normen eben um geteilte Normen handle.²¹⁴⁰ Dieser Anschluss an den solidarischen Wert der normativen Erwartungsstruktur findet sich bereits bei *Durkheim* und lässt sich durch die vorgenommene funktionale Untersuchung in der Tat weiter fundieren.²¹⁴¹

Wie im Zusammenhang mit der Ausdifferenzierung des Rechtssystems eruiert wurde, ist soziale Ordnung gerade deshalb möglich bzw. eben geordnet möglich, wenn nicht jederzeit mit jedem beliebigen Verhalten anderer gerechnet werden muss, womit Normen zur Grundbedingung sozialer Koexistenz werden.²¹⁴² Gemäss *Popitz* bedeute diese „normative Konstruktion der Gesellschaft“, dass bereits der Begriff der Gesellschaft eine Verhaltensnormierung unterstelle.²¹⁴³ Die mit dem Strafrecht einhergehende kontrafaktische Stabilisierung von Erwartungen ist entsprechend gerade wegen ihrer Wirkung auf diese Normierung der Erwartungsstruktur von hoher Relevanz für die Gesellschaft bzw. ermöglicht durch die notwendige „Reduktion der sozialen Komplexität durch Normierung“ erst deren Ausdifferenzierung.²¹⁴⁴ Ein funktionierendes Rechtssystem ist demzufolge essentiell für die Erwartungssicherheit, wobei der Verantwortungszuschreibung dabei eine zentrale Rolle zukommt.

2137 FOUCAULT, 66; dazu bereits S. 115.

2138 KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1490 und 1534 ff. (2016); siehe ausführlich S. 207 ff.

2139 KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1537 (2016).

2140 KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1492 f. (2016).

2141 Zu *Durkheims* Ansatz siehe bereits S. 176 f. und S. 195 f.

2142 LESCH, 186 f.; dazu bereits auf S. 154 ff.

2143 POPITZ, 11.

2144 Vgl. KILLIAS, ZStrR 1980, 33 f.

Könnten die Erwartungsstrukturen nicht gesichert werden bzw. würde es überhaupt keine normativen Erwartungen geben, wäre soziale Ordnung und Gesellschaftlichkeit unmöglich. Ein Verzicht auf das Prinzip der Verantwortung bedeutete in der Folge, dass sich diese Erwartungsstrukturen, damit aber gleichzeitig auch die damit einhergehenden gegenseitig zuerkannten Freiräume nicht erhalten könnten. Dieser Zusammenhang von sozialer Ordnung, Verantwortung und Freiheit darf deshalb keinesfalls unterschätzt werden.

Die systemtheoretische Beobachterperspektive machte den Blick ferner frei auf die Zusammenhänge des Strafrechtssystems. So sind es im Wesentlichen drei Elemente, welche diesem als soziales System identifizierten Beobachtungszusammenhang operative Schliessung und damit Autonomie ermöglichen: Die Funktion, die Operationsweise und die Systemgrenzen. Diese drei Merkmale ergeben sich für das heute existierende Strafrechtssystem aus der Normstabilisierung mittels Strafe (Funktion), der Kriminalisierung (Systemgrenze) und der spezifischen Anwendung des Codes mittels Verantwortungszuschreibung (Operationsweise), wobei diese Elemente nicht isoliert betrachtet werden können, d.h. eben in einem direkten systemischen Zusammenhang stehen.²¹⁴⁵ Die strafrechtsspezifische Sequenz zwischen Normenttäuschung, Vorwurf und Strafe trägt dabei die Abgrenzbarkeit dieses Rechtsgebiets und seiner Funktion in sich.²¹⁴⁶ Entsprechend kann im heutigen sozialen System nicht einfach auf diese spezifische Operationsweise der Verantwortungszuschreibung verzichtet werden, ohne dass davon Normstabilisierung und Systemgrenzen massgeblich berührt wären. Auch der Zusammenhang zwischen Schuldzuschreibung und Strafe ergibt demzufolge erst mit dem Blick auf die Funktion der Normstabilisierung Sinn.

Aus der Orientierung der Verantwortungszuschreibung an der Funktion von Strafe und Strafrecht ergibt sich die Konsequenz, dass die Strafe für die Normstabilisierung erforderlich und angemessen sein muss, womit die zwei eruierten substantiellen Ansprüche des Schuldprinzips angesprochen sind.²¹⁴⁷ Der Umstand, dass sich innerhalb des Strafrechtssystems ein Schuldprinzip ausdifferenziert hat, welches die Verantwortungszuschreibung i.d.S. anleitet, stellt entsprechend eine Konsequenz der Funktionserfüllung

²¹⁴⁵ Siehe bereits S. 214 ff.

²¹⁴⁶ Vgl. auch KLEINFELD, 129 Harv. L. Rev. 1486, 1545 ff. (2016).

²¹⁴⁷ Zu diesen Ansprüchen ausführlich S. 233 ff.

und des damit einhergehenden Bedarfs an einer spezifischen Art von Verantwortungszuschreibung dar. Das Schuldprinzip stellt sicher, dass die Platzierung von Verantwortung innerhalb der Bahnen der übergeordneten Funktion verläuft. Eine solche Anleitung könnte auch ohne Anknüpfung an die Schuldterminologie erfolgen, jedoch, wie bereits besprochen, kaum ohne ein funktional äquivalentes Verantwortungsprinzip, welches diese materiellen Funktionen des Schuldprinzips zu ersetzen vermögen würde. Folglich ist aus funktionaler Perspektive ein Verzicht auf den Schuldbegriff und dessen in der traditionellen Formulierung ontologischen Anknüpfung umsetzbar, auch wenn ein äquivalentes „Verantwortungsprinzip“ im Endeffekt die gleiche Aufgabe erfüllen müsste.

2. Schuldprinzip als Sinngebung und Ideal

Das Schuldprinzip bietet dem Strafrechtssystem neben der Funktion des Prinzips, das darin erblickt wurde, den Verantwortungszuschreibungsmechanismus anzuleiten und ihn in Einklang mit der Normstabilisierungsfunktion zu bringen, auch eine Sinn- bzw. Kontingenzformel.²¹⁴⁸ Durch das Erfordernis der sozialen Ordnungsbildung, Kontingenz aufzulösen und Nichtbeliebigkeiten hervorzubringen, ergibt sich auch für die Beziehung zwischen Strafrecht und Gesellschaft, dass gesellschaftsadäquate Begriffe und Anknüpfungspunkte formuliert werden müssen, in denen die Rechtsdogmatik Rückhalt findet. Wie auch beim Gerechtigkeitsbegriff kann das Schuldprinzip i.d.S. ebenfalls als notwendige Komplexitätsreduktion verstanden werden, wobei der Rückgriff auf das gesellschaftliche Verständnis von „Schuld“ und „Verantwortung“ im Rahmen dieser Formel als ebensolche gesellschaftsadäquate „Problemtransformation“ betrachtet werden kann.²¹⁴⁹ In soziologischer Beschreibung handelt es sich beim Schuldprinzip also um die gesellschaftliche Konstruktion von Strukturen zum Zwecke der Ermöglichung von Anschlussfähigkeit und Orientierung. Der Gebrauch dieser Art von Verantwortungszuschreibung löst Kontingenz auf, indem er die Unbestimmtheit künftiger Verwendungen des Schuldbegriffs bzw. künftige Platzierungen des Schuldvorwurfs minimiert. Durch die im Vorfeld festgelegte und im Einzelfall nicht hinterfragte Notwendigkeit dieses Medium bzw. diesen Prozess zu nutzen, liefert das Schuldprinzip ein stabiles Muster

²¹⁴⁸ Zu diesen Begriffen siehe S. 162 ff.

²¹⁴⁹ Vgl. LUHMANN, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 49 f.

für die stetig zu reaktualisierende Anwendung der spezifisch strafrechtlichen Programme.²¹⁵⁰

Die in dieser Abhandlung eruierten Mechanismen stellen i.d.S. eine funktionale Beschreibung der Mechanismen der Verantwortungszuschreibung des Strafrechtssystems dar, implizieren dabei jedoch einen Idealismus, da zugleich anerkannt werden musste, dass sich sehr wohl auch Abweichungen von diesen Funktionalitäten ergeben können. Dieses Ideal beschreibt eine Operationsweise, wie sie in Anknüpfung an die sozialen Gegebenheiten erfolgen muss, um der Funktion strafrechtlicher Normstabilisierung gerecht zu werden. Es konnte festgehalten werden, dass Lockerungen des Schuldprinzips i.S. einer strikten Verantwortlichkeit geeignet sind, gerade aufgrund der ihnen inhärenten Abweichung von diesen idealen Mechanismen, in einer dysfunktionalen Schuldplatzierung und damit in der Konsequenz dysfunktionalen Bestrafung zu resultieren. Daraus wurde die normative Implikation abgeleitet, dass es solche Dysfunktionalitäten zu vermeiden gilt, da sie in grösserem Ausmass nicht nur zu einer dysfunktionalen und damit eben illegitimen Bestrafung im Einzelfall führen, sondern darüber hinaus auch die System- und damit langfristig auch die Normstabilität gefährden. Dysfunktional sind Mechanismen oder Programme i.d.S. immer dann, wenn sie die Wirksamkeit des Systems beeinträchtigen.²¹⁵¹ Wie aufgezeigt werden konnte, handelt es sich bei der *strict liability* im angelsächsischen Recht um ein solches Risiko, das den untersuchten deutschsprachigen Rechtsordnungen in einem vergleichbaren Ausmass fremd ist. Während die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die *strict liability*-Doktrin bereits besprochen wurden, muss diese Erkenntnis aber dennoch auch für den deutschsprachigen Raum als Warnung dienen: So ist die Einhaltung des Schuldprinzips oder eines funktional äquivalenten Verantwortungsprinzips i.S.d. beschriebenen funktionalen Mechanismen auch als normatives Ideal zu formulieren, dessen Implikationen sowohl in Strafrechtswissenschaft als auch in Kriminalpolitik einer Berücksichtigung bedürfen.

3. Funktionale Notwendigkeit eines Verantwortungsprinzips

Wie bereits im Zusammenhang mit der Anknüpfung des traditionellen Schuldbegriffs an das Willensfreiheitspostulat ausgeführt, handelt es sich bei der damit einhergehenden Fähigkeitszuschreibung einem funktionalen Verständnis folgend nicht um die originäre Legitimation von Strafe, sondern

2150 In Anlehnung an LUHMANN, Gesellschaft der Gesellschaft, 44 ff.

2151 PARSONS, Systematische Theorie, 38.

nur um einen Anknüpfungspunkt der heutigen Verantwortungszuschreibung an die Gegebenheiten des Gesellschaftssystems. So ist der Umstand, dass diese Zuschreibung von Verhaltensfreiheit die soziale Kommunikation prägt, für den Schuldvorwurf nur i.d.S. relevant, wie diese Zuschreibung eben die soziale Interaktion dominiert. Verändert sich die gegenseitige Anerkennung von Freiräumen, so würde sich auch der entsprechende Anknüpfungspunkt verändern. Diese Differenzierung und zugleich auch Relativierung ist wichtig für die Feststellung, dass es sich beim Freiheitspostulat eben nicht um die eigentliche Rechtfertigung der Strafe handelt. Diese Legitimation findet sich vielmehr im sozialen System selbst bzw. in dessen Erhalt. Der Schuldvorwurf wird demzufolge auf die gesellschaftliche Funktionsweise selbst gegründet, welche individuelle Gestaltungsräume anerkennt und gerade aufgrund der für die soziale Kommunikation durch diese Anerkennung resultierenden Kontingenz auf die Verhaltensnormierung angewiesen ist. Es ist überhaupt erst diese Unberechenbarkeit des individuellen, nicht in die gesellschaftliche Kommunikation hineinreichenden Freierraums, welcher die Verhaltensabstimmung erschwert und Normierung erforderlich macht. Das Gegenstück zu diesem Erfordernis ist, dass Brüche mit der entsprechenden Normierung auch diesem individuellen Freiheitsraum zugerechnet werden und Konsequenzen i.S. einer Bestrafung nach sich ziehen. Strafe schützt demzufolge auch diese Freiheitsräume, welche i.S. eines Endpunkts des Erklärungsregresses die Verantwortungszuschreibung notwendig machen. Die Strafe findet ihre Legitimität damit aber eben in dieser sozialen Funktionsweise und schützt sie. Dieser Schutz ist jedoch indifferent gegenüber dem Umstand, wie weitläufig diese Freiheitsräume ausgestaltet sind. Der Schuldvorwurf knüpft damit auch nicht an einen absoluten, unveränderlichen Zustand von Willensfreiheit an, der entweder gegeben oder nicht gegeben sein kann, sondern an eben diese soziale Setzung. Die Sequenz von Freiheit und Verantwortung ist i.d.S. selbstverständlich sozial nützlich. Sie wirkt dabei in beide Richtungen und ist tatsächlich ein „entscheidender Schritt für die Ausdifferenzierung von Gesellschaften“ bzw. „essentielle Funktionsbedingung“ des heute existierenden sozialen Systems.²¹⁵²

Dem vorangehenden folgend ist es grundsätzlich aus funktionaler Perspektive sinnvoll, am Schuldprinzip festzuhalten, auch wenn diesem i.S. eines deskriptiven und normativen Funktionalismus eine andere

²¹⁵² HÖRNLE, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 23 f. und 26 in Anschluss an PRINZ, Willensfreiheit als soziale Institution, 60 f.

Grundlage verschaffen wird. Um diesen Wandel zu untermauern und Veränderungen in Hinblick auf die traditionelle Schuldauffassung deutlich zu machen, wäre eine terminologische Umbenennung u.U. sinnvoll. So könnte zweifelsohne auch einfach von einem Verantwortungsprinzip bzw. von Verantwortlichkeit gesprochen werden ohne den historisch aufgeladenen Schuldterminus zu verwenden. Dies würde jedoch an den Mechanismen der Verantwortungszuschreibung nichts ändern. Für die Durchschlagskraft dieses Auffassungswandels ist es jedoch nicht zwingend notwendig, eine begriffliche Anpassung vorzunehmen, gerade da der Terminus an die gelebte Sprache anknüpft. So oder so: Der strafrechtliche Vorwurf findet seine Essenz in seiner funktionalen Notwendigkeit für Strafrechts- und Gesellschaftssystem.

II. RÉSUMÉ

Diese Untersuchung vermochte aufzuzeigen, dass die Zuschreibung persönlicher Verantwortlichkeit im Rahmen des Schuldvorwurfs der Funktion des Strafrechtssystems folgt. Der essentielle Beitrag des Schuldvorwurfs für die spezifisch strafrechtliche Normstabilisierung – d.h. diejenige mittels Strafe – ist dabei Dreh- und Angelpunkt des gesamten Zurechnungsmechanismus dieses gesellschaftlich ausdifferenzierten sozialen Systems. Die Eigenheiten dieser Operationsweise mögen dabei im historischen Verlauf, aber auch zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen variieren. Demzufolge ist nicht nur der eingangs zitierten Feststellung *Bindings* zuzustimmen, dass es für die Strafrechtlerin keinen Gegenstand gebe, der in seiner Bedeutung auch nur entfernt an diese der Schuld heranreiche, sondern ferner auch derjenigen, dass es sich bei der Schuld als das Mass der gerechten Strafe immer um etwas handle, was sich nur anhand der lebenden Kulturanschauung fassen und mit Inhalt füllen lässt.²¹⁵³ Unabhängig dieser Variabilität und Relativität des strafrechtlichen Schuldvorwurfs handelt es sich bei dieser Platzierung eines Vorwurfs jedoch zweifellos um ein unverzichtbares Wesenselement des Strafrechts. Wie die hier vorgenommene Analyse der *strict liability*-Doktrin offenbarte, kann auf eine funktionale Schuldzuschreibung langfristig nicht verzichtet werden, sollen Stabilität und Aufgabenfüllung des Strafrechts gewährleistet bleiben. Es ist gerade dieser persönliche Vorwurf, welcher das Strafrecht auch von anderen Rechtsgebieten bzw. anderen sozialen Systemen

²¹⁵³ Binding 1 f.

abgrenzbar macht. Die Weite der durch das Strafrecht zu schützenden Normen, aber auch die Art und Substanz dieser Verhaltensnormierungen sind zwar variabel bzw. stets gesellschaftsrelativ und ebenso sind auch die konkreten Programme der Vorwurfsplatzierung nicht in Stein gemeißelt, da sich die Vorstellungen von Personalität und Kompetenz relevant unterscheiden können. Trotzdem bleibt die Operationsweise in ihrem Kern unverändert: Strafe wird nur dann platziert, wenn ein Täter als Quelle für eine normative Erwartungsenttäuschung identifiziert und für die erfolgte Destabilisierung der Norm in Anspruch genommen wird.

Diese Analyse konnte mit der Rückbesinnung auf diese fundamentale Funktionsweise des Strafrechts und dessen Aufgabe innerhalb der Gesellschaft also aufzeigen, warum es sich bei der Frage nach der Schuld eben tatsächlich um die „Schicksalsfrage des Strafrechts“ handelt.²¹⁵⁴ Die zahlreichen Diskussionen über die Abschaffung des Schuldprinzips, aber auch die Angriffe aus anderen Wissenschaftsdisziplinen haben es nicht vermocht, etwas daran zu ändern, dass das Schuldprinzip seine Geltung stets beanspruchte. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass dieses Prinzip in seiner funktionalen Ausgestaltung sicherstellt, dass das Strafrecht seiner Aufgabe nachkommen kann. Der mangelnde Konsens über Natur und Wesen der strafrechtlichen Schuld mag seine philosophische Grundlage berühren, nicht jedoch seine Aufgabe innerhalb der gesellschaftlichen Abläufe. Entsprechend sollte diese Untersuchung gerade darin münden, dass diese soziologische Beschreibung in die philosophische Grundlegung miteinfließt und darin zur Synthese gebracht wird. Der Auffassung, dass nur das Schuldprinzip den Menschen in seiner Freiheit und Verantwortlichkeit und somit in seiner Würde ernst nehme,²¹⁵⁵ kann die *Maxime* hinzugefügt werde, dass nur das Schuldprinzip die Gesellschaft in seiner Funktionsweise anerkenne und deren solidarischen Bande zu schützen weiss. Folglich ist im Schuldvorwurf tatsächlich das Herzstück des Strafrechtssystems zu erblicken.

2154 HAFTER, AT, 101.

2155 KAUFMANN ARTHUR, JURA 1986, 233.

Über die Autorin:

Monika Simmler studierte Rechtswissenschaft in Zürich. Danach arbeitete sie als wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität St. Gallen und war als Gastforscherin an der Columbia University in New York, der University of Oxford und der Universität Wien tätig. Ihre Dissertation wurde im November 2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich abgenommen.

sui generis

In der Reihe *sui generis* werden ausgezeichnete Dissertationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher dieser Reihe erscheinen einerseits gedruckt, andererseits aber auch online in den Formaten PDF und ePUB. Die digitale Version ist weltweit für Leser und Bibliotheken kostenlos zugänglich (Open Access), wodurch eine maximale Verbreitung, Sichtbarkeit und Zitierung ermöglicht wird.

Die Bücher der Reihe *sui generis* sind sowohl im Buchhandel als auch kostenlos über die Webseiten der schweizerischen Nationalbibliothek sowie über Amazon, Google Books, OAPEN und sui-generis.ch erhältlich. Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen, die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht. Die Reihe *sui generis* wird getragen vom gleichnamigen Verein, der auch die Open-Access-Zeitschrift sui-generis.ch herausgibt.

Weitere Informationen unter sui-generis.ch/buecher.

Die Herausgeber
Daniel Hürlimann – Marc Thommen

Bisher in der Reihe *sui generis* erschienen:

Band 1
Monika Simmler
Normstabilisierung und Schuldvorwurf