

JURISTISCHE ABHANDLUNGEN
HERAUSGEGEBEN VON CORNELIUS PRITTWITZ

BAND 56



VITTORIO KLOSTERMANN · FRANKFURT AM MAIN

BRUNO TADEU BUONICORE

FREIHEIT UND SCHULD
ALS ANERKENNUNG

DIE ENTWICKLUNG DES STRAFRECHTLICHEN
SCHULDBEGRIFFS IM DEMOKRATISCHEN
UND SOZIALEN RECHTSSTAAT



VITTORIO KLOSTERMANN · FRANKFURT AM MAIN

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

© Vittorio Klostermann GmbH Frankfurt am Main 2020

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

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier. ISO 9706

Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Printed in Germany

ISSN 0449-4342

ISBN 978-3-465-04413-0

INHALT

Danksagung	XI
Einleitung	1

KAPITEL 1

DIE NATURALISTISCHE KONZEPTION INDIVIDUELLER FREIHEIT UND IHR NORMATIVITÄTSDEFIZIT FÜR DIE GRUNDLAGE STRAFRECHTLICHER SCHULD	5
--	---

A. Der Naturalismus des 19. Jahrhunderts und die kausalistisch- psychologische Struktur des Verbrechens	5
I. Die Verbrechenslehre von v. Liszt und Beling	6
II. Zweckgedanke und Prävention im System von v. Liszt	17
III. Zwischenfazit	21
B. Die neuen Ergebnisse der Hirnforschung und ihre Wirkungen auf die strafrechtliche Schuld bzw. Verantwortung	23
I. <i>Neurodeterminismus</i>	25
II. Die Suche nach einer Vereinbarung zwischen dem <i>Neurodeterminismus</i> und einem naturalistischen bzw. minimalistischen Freiheitsbegriff	41
III. Strafrechtlich-dogmatische und kriminologische Folgen des meta- dogmatischen Neurodeterminismus: Sozialverteidigung, Perikulosität, Täterstrafrecht und die Rolle des Schuldprinzips für die Konstruktion des demokratischen und sozialen Rechtsstaates	50
IV. Zwischenfazit	55

KAPITEL 2

DIE ONTOLOGISCHE KONZEPTION INDIVIDUELLER FREIHEIT UND IHR VERIFIKATIONSDEFIZIT FÜR DIE GRUNDLAGE STRAFRECHTLICHER SCHULD	57
---	----

A. Willensfreiheit, Schuld und Vergeltungsstrafe nach der Normentheorie Bindings	60
I. Die Willensfreiheit und ihr subjektiver Inhalt als eine indeterministische, metaphysische Voraussetzung	61
II. Der Schuldbegriff und die Vergeltungsstrafe	63

B. Welzels Finalismus	66
I. Die sachlogischen Strukturen als vorgegebene ontologische Realität – Die individuelle Freiheit als metaphysische Voraussetzung	67
II. Die finalistische Struktur des Handlungsbegriffs als Alternative zum naturalistischen Determinismus	69
III. Der rein normative Schuldbegriff – Vorwurf des Gegenstandes statt Gegenstand des Vorwurfes	71
IV. Die Willensfreiheit (<i>Anders-Handeln-Können</i>) als subjektiver Inhalt der Handlung und als ethisch-materielle Grundlage strafrechtlicher Schuld	74
C. Der Ontologismus Arthur Kaufmanns zwischen Ontischem und Ontologischem – Eine Abgrenzung	78
D. Schuld und Freiheit bei Figueiredo Dias	82
I. <i>Personale Freiheit</i> und Schuld nach der Konzeption der <i>globalen Persönlichkeit</i>	82
II. Figueiredo Dias' dreifache Aporie	89
E. Die ontologische Konzeption Wulffs – Ein Beitrag auf Basis der Philosophie Heideggers	90
F. Zwischenfazit	93

KAPITEL 3

DIE FUNKTIONALISTISCHE KONZEPTION INDIVIDUELLER
FREIHEIT UND IHR LEGITIMATIONSDEFIZIT
FÜR DIE GRUNDLAGE STRAFRECHTLICHER SCHULD

95

A. Der Funktionalismus nach dem soziologischen Denken	98
I. Der Funktionalismus als Methode bei Durkheim	99
II. Der soziologische Funktionalismus Parsons'	100
III. Der soziologische Funktionalismus Luhmanns	103
B. Der zweckrationale Funktionalismus Roxins	106
I. Metadogmatische Voraussetzungen	108
II. Rechtsdogmatische Folgen	125
C. Der Funktionalismus bei Jakobs	136
I. Metadogmatische Basis	136
II. Dogmatische Folgen	153
D. Prittwitz' Kritik an der kriminalpolitisch-funktionalistischen Bewegung im Strafrecht der Risikogesellschaft	158
E. Zwischenfazit	161

KAPITEL 4

FREIHEIT ALS ANERKENNUNG: DIE SUCHE NACH EINER POST-FINALISTISCHEN UND NICHT-FUNKTIONALISTISCHEN GRUNDLAGE STRAFRECHTLICHER SCHULD	164
A. Schuld und kommunikative Freiheit bei Günther	165
I. Der metadogmatische Ausgangspunkt	166
II. Die Schuld der deliberativen Person – Dogmatische Folge	181
III. Problematisierung	183
B. Freiheit und Anerkennung bei Honneth – Das Recht der Freiheit (2011)	191
I. Die normative Rekonstruktion als sozialphilosophische Methode	195
II. Die negative Deutung individueller Freiheit	197
III. Die reflexive Deutung individueller Freiheit	198
IV. Die soziale Deutung individueller Freiheit	199
C. Metadogmatische Folgen der Theorie Honneths für die strafrechtliche Schuldlehre	201
I. Die epistemologische Folge	201
II. Die ethische Folge – Die individuelle Freiheit als nicht- instrumentalisierbare Realität und als Hauptwert des Strafrechts	206
III. Die normative Verbindung zwischen der staatlichen Aufforderung zur Normbefolgung und der institutionellen Anerkennung des Täters als konkreten Staatsbürger	209
D. Dogmatische bzw. praktische Folgen durch die Anwendung der Theorie Honneths auf die strafrechtliche Schuldlehre	210
I. Die Begründung der strafrechtlichen Schuld	210
II. Die Einschränkung strafrechtlicher Schuld	211
III. Die Mitverantwortung (Co-Verantwortung) des Staates für das Unrecht aufgrund des Anerkennungsdefizits des Straftäters	212
Fazit	215
Literatur	219
Ausführliches Inhaltsverzeichnis	249

DANKSAGUNG

Die vorliegende Studie hat im Sommersemester 2019 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation vorgelegen und wurde mit dem Prädikat *summa cum laude* bewertet.

Zuerst möchte ich mich beim Deutschen Akademischen Auslandsdienst (DAAD) für die finanzielle Unterstützung bedanken – hier insbesondere bei Frau Salgado, meiner Betreuerin im DAAD.

Prof. Dr. Cornelius Prittwitz hat meine akademische Entwicklung in Deutschland sorgfältig und großzügig begleitet. Ihm verdanke ich jenseits der Betreuung dieser Arbeit jahrelange intellektuelle und persönliche Anregungen. Von Prof. Dr. Klaus Günther habe ich in den letzten Jahren bei verschiedenen Vorträgen sehr viel gelernt und auch Inspiration gefunden. Dass er freundlicherweise die Aufgabe übernommen hat, das zweite Gutachten zu erstellen, hat mich aus diesem Grund geehrt und sehr gefreut.

Ich bedanke mich auch bei Prof. Dr. Giovanni Saavedra und Prof. Dr. Fabio D’Avila für die Freundschaft und ihre Begleitung bei den ersten Schritten meiner akademischen Karriere in Brasilien.

Mein besonderer Dank gilt Dr. André de Paula und Dr. Jutta Mühlenberg für die unermüdliche Korrektur des Textes, die anregende Kritik und die vielen stilistischen Vorschläge.

Viele Freunde und Kollegen haben zur Schönheit meiner deutschen Jahre und zur Erstellung der Dissertation durch die gemeinsamen akademischen Diskussionen beigetragen – und mich auch in schwierigen Momenten unterstützt. Ich möchte zumindest Fabiane Bordignon, Gabriela Amato, Dr. Pamela Cacciavilani, Júlio Alberto Carvalho, Marina Daldegan, Thalita Kalix, Dennis Kremer, Rainer Mafra, Dr. Pedro Malta, Prof. Dr. Antonio Martins, Dr. Uriel Moeller, Dr. Ramon Negócio, Dr. André de Paula, Gilberto Guerra Pedrosa, Lorena Pedrosa, Pedro Ribeiro, Dr. Karoline Selbach und Dr. João Alves Teixeira Neto an dieser Stelle nennen.

Zutiefst dankbar bin ich meiner Familie für ihre Unterstützung und Liebe in all diesen Jahren.

Frankfurt am Main, Dezember 2019

EINLEITUNG

Das Schuldprinzip ist zweifellos eine Grundmaxime des demokratischen und sozialen Rechtsstaates.¹ Dieses elementare Rechtsprinzip wird heute in den meisten Rechtsordnungen vor allem als Verfassungsschranke gegen die Staatsgewalt über die Sphäre des Individuums anerkannt.² Der Grundsatz *keine Strafe ohne Schuld – nulla poena sine culpa* – stellt eine historische Erlungenschaft des liberalen rechtsstaatlichen Strafrechts dar. Aus diesem Postulat entsteht die Aufgabe, eine präzise Darlegung von Grund und Grenze des bürokratisch organisierten staatlichen Anspruchs auf bestimmte individuelle Handlungsweisen im Bereich des Strafrechts vorzunehmen. Für die Durchführung dieser Aufgabe soll die Abgrenzung des Schuldbegriffs der modernen Verbrechenslehre eine entscheidende Rolle spielen. Dementsprechend gilt der Aufbau des Schuldbegriffs zwangsläufig als eine der wichtigsten Missionen des ganzen Strafrechts.³

Der Entwicklung eines systematischen Schuldbegriffs in der Verbrechenslehre ging jedoch ein langwieriger rechtswissenschaftlicher Prozess voraus. Der Schuldbegriff wurde im Rahmen verschiedener theoretischer Perspektiven herausgearbeitet.⁴ Da der Schuldbegriff in einer Strafrechtsordnung äußerst dicht und komplex ist, ist die Aufgabe seiner genaueren Abgrenzung mit erheblichen Schwierigkeiten behaftet.⁵ Die größte Schwierigkeit einer Schuldtheorie liegt genau darin, dass sie immer vielfältige Disziplinen und Methodologien voraussetzt.⁶

Daraus ergibt sich die Erforderlichkeit, eine Untersuchung über Gegenstand, Zweck und metadogmatischen Hintergrund des Schuldbegriffs durchzuführen. Zu den vielfältigen wissenschaftlichen bzw. erkenntnistheoretischen Betrachtungsweisen, die sich mit dem Schuldbegriff befassen, zählen mehrere biologische, philosophische, soziologische, sozialphilosophische,

¹ In diese Richtung siehe BGHSt 2, 194, 200, 201 = JZ 1952, 335, 337.

² Siehe insbesondere *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 1961, S. 15; *Dolcini/Marinucci*, Corso di diritto penale, 2001, S. 455.

³ Hierzu *Stratenwerth*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S. 7 und 40 ff.

⁴ Vgl. *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts-systematischen Schuldlehre, 1974, S. 22 ff.; *Neumann*, Ontologische, funktionale und soziaethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. I, 1998, S. 391 ff.

⁵ Hierzu *Assis Toledo*, Princípios básicos de direito penal, 5. Aufl., 1994, S. 216 f.

⁶ Siehe hierzu *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts-systematischen Schuldlehre, 1974, S. 1 ff.

psychologische, anthropologische und neurologische Ansätze.⁷ Es ist naheliegend, dass jede Methodologie bzw. Perspektive unterschiedliche theoretische und praktische Konsequenzen nach sich zieht.⁸

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die metadogmatische (epistemologische und ethische) Grundlage der strafrechtlichen Schuld im Rahmen der Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie und ihre praktischen Folgen auf der dogmatischen Ebene des Schuldbegriffs.⁹ Dazu gehört die überpositive Idee der Schuld, die innerlich mit der Problematik individueller Freiheit und mit der materiellen Grenze der Staatsgewalt zusammenhängt.¹⁰ Die Konstruktion des strafrechtlichen Schuldbegriffs verlangt ein Begründungsmodell, das notwendigerweise zwei Aufgaben lösen muss: (1) Es muss im Rahmen der Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie plausibel sein. (2) Es muss als ein normativer Raum von Grund und Grenze des strafrechtlichen Staatseingriffs in die Sphäre des Individuums hinein gelten können.

Die vorliegende Untersuchung befasst sich schwerpunktmäßig mit der Frage, inwiefern der im Rahmen der Sozialphilosophie herausgearbeitete *Anerkennungsbegriff*¹¹ einen Beitrag zum Aufbau eines nicht-funktionalistischen und post-finalistischen Begründungsmodells leisten kann, das die beiden genannten Aufgaben erfüllt. Es wird die Hypothese aufgestellt, dass der Anerkennungsbegriff eine ausschlaggebende Rolle dabei spielt, vor allem in Bezug auf die Konstruktion der Bedeutung individueller Freiheit und auf die Entwicklung einer sozialetischen Schuldgrundlage, die eine Alternative zu den zur Verfügung stehenden Begründungsmodellen darstellt. Das heißt, der Anerkennungsbegriff könnte einen Beitrag zum Aufbau eines solchen Begründungsmodells leisten – sowohl auf epistemologischer als auch auf ethischer Ebene.

⁷ Schon Welzel behauptete, dass die Problematik strafrechtlicher Schuld die Grenze der Dogmatik überschreite und einen Dialog mit anderen Wissensgebieten erfordere. Siehe *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, S. 185.

⁸ Vgl. *Neumann*, *Ontologische, funktionale und sozialetische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips*, in: Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Bd. I, 1998, S. 391 ff.; *Achenbach*, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, S. 215.

⁹ Zur Erforderlichkeit, eine materielle Grundlage der Schuld zu entwickeln, siehe *Cerezo Mir*, *Der materielle Schuldbegriff*, 1997, S. 9 ff.; *Kindhäuser*, *Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung*, ZStW 121/4, 2009, S. 955 ff.

¹⁰ Vgl. *Achenbach*, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, S. 3.

¹¹ Der hier verwendete Anerkennungsbegriff wurde insbesondere von Honneth herausgearbeitet. Honneth rekonstruiert, kritisiert und aktualisiert im Grunde genommen die Idee der Anerkennung und Intersubjektivität von Hegel. Hierzu siehe *Hegel*, *Phänomenologie des Geistes* (1807), 1970, S. 144 ff.; *Honneth*, *Das Recht der Freiheit*, 2011, S. 14 ff.; *Honneth*, *Kampf um Anerkennung*, 2014 (1992), S. 148 ff.

Die Grundlage strafrechtlicher Schuld befindet sich in einem methodologischen Spannungsfeld. Um den Schuldbegriff konkurrieren unterschiedliche ontologische, funktionalistische und naturalistische Ansätze mit Ansichten aus der Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie. Im Mittelpunkt steht die Bedeutung von individueller Freiheit. Stichwortartig kann man sagen: Aus einer *ontologischen* Freiheitskonzeption ergibt sich eine *Subjektivierung* der individuellen Freiheit, aus einer *funktionalistischen* Freiheitskonzeption eine *Instrumentalisierung* der individuellen Freiheit und aus einer *naturalistischen* Freiheitskonzeption eine durch deterministische Prozesse hervorgebrachte *Negation* der individuellen Freiheit. Die erste Konzeption setzt eine Operation von *Verifikation* der individuellen Freiheit, die zweite eine Operation von *Zuschreibung* von individueller Freiheit voraus.

Hier wird die Auffassung vertreten, dass die individuelle Freiheit erkenntnis- und wissenschaftstheoretisch in drei unterschiedlichen Weisen verstanden werden kann: (1) aus einer internen Perspektive (Erste-Person-Perspektive), (2) aus einer externen Perspektive (Dritte-Person-Perspektive) und (3) durch eine intersubjektive Konstruktion. Die beiden ersten Verständnisweisen wurden schon ausreichend innerhalb ontologischer und naturalistischer Konzeptionen entwickelt und erschöpfend diskutiert. Die Möglichkeit des dritten Weges erfordert jedoch immer noch theoretische Bemühungen in einem Dialog mit der funktionalistischen Konzeption.¹²

Hier wird folgende These aufgestellt: Eine argumentativ unzureichende Grundlage strafrechtlicher Schuld bieten sowohl die in der ontologischen Konzeption vorausgesetzte Idee der Verifikation individueller Freiheit als vorgegebener Wirklichkeit als auch die in der funktionalistischen Konzeption vorausgesetzte Idee der formalen Zuschreibung individueller Freiheit als notwendige Fiktion im Namen von generalpräventiven Zwecken der Gesellschaft. Diese beiden defizitären Konzeptionen könnten durch die Idee von materieller Anerkennung individueller Freiheit als einer vom Staat vermittelten historisch konstruierten Wirklichkeit ersetzt werden. Dies würde bedeuten, dass die Grundlage strafrechtlicher Schuld eine Operation von materieller Anerkennung individueller Freiheit statt einer Verifikations- oder formalen Zuschreibungsoperation erfordert.

Bei der Anerkennung handelt es sich also weder um die Verifikation eines ontologischen Phänomens noch um die Zuschreibung einer bloß angenommenen formalen Eigenschaft um gewisser gemeinschaftlicher Ziele willen. Es handelt sich vielmehr um einen nicht empirischen (der Art Subjekt–Objekt), aber auch nicht utilitaristischen Zugang zu einer in einem intersubjektiven Raum historisch konstruierten und vom Staat vermittelten materiellen und

¹² Genau diese Richtung verfolgt Günther. Siehe *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, 2005, S. 2 ff.

sozialen Wirklichkeit. Der theoretische Ausgangspunkt der hier vorgelegten Konzeption soll anhand neuerer sozialphilosophischer Beiträge von Axel Honneth herausgearbeitet werden.

Die genannten ontologischen, funktionalistischen und naturalistischen Konzeptionen erzeugen diverse Begründungsdefizite, die den normativen Kern strafrechtlicher Schuld als Grund und Grenze der Strafe schwächen, ja unter Umständen sogar annullieren. Aus ontologischen Ansätzen entsteht eine Abhängigkeit der Schuldgrundlage von nicht feststellbaren metaphysischen Annahmen; auf Basis funktionalistischer Ansätze bleibt die Schuldgrundlage kriminalpolitischen und utilitaristischen Erwägungen verhaftet; und unter naturalistischen Prämissen hängt die Prüfung strafrechtlicher Schuld von neurobiologischen oder psychologischen Vorgängen ab. Die hier vertretene sozialphilosophische Konzeption entfernt sich von Schuldverständnissen nach den Mustern wahr/falsch und zweckmäßig/unzweckmäßig und fokussiert auf Fragen der Art gerecht/ungerecht,¹³ die nur durch die Verstärkung der strafrechtlichen Normativität im Rahmen der gesamten Strafrechtswissenschaft beantwortet werden können.¹⁴

Im Laufe der Untersuchung werden die aus herkömmlichen Begründungsmodellen strafrechtlicher Schuld hervorgehenden Defizite (*Normativitätsdefizit/naturalistische Konzeption*, *Verifikationsdefizit/ontologische Konzeption* und *Legitimationsdefizit/funktionalistische Konzeption*) aufgezeigt (Kapitel 1, 2 und 3) und die zentrale These der Arbeit begründet (Kapitel 4). Diese lautet: Der Anerkennungsbegriff kann einen entscheidenden Beitrag zum Aufbau des strafrechtlichen Schuldbegriffs im Rahmen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates leisten. Anhand der These, dass der Schuldbegriff im Kern weder eine Verifikations- noch eine formale Zuschreibungsoperation, sondern eine vom Staat vermittelte materielle Beziehung wechselseitiger Anerkennung voraussetzt, kann die Schuldlehre im demokratischen und sozialen Rechtsstaat meines Erachtens einen entscheidenden Schritt weitergehen.

¹³ Neumann zufolge kann die Grundlage strafrechtlicher Schuld durch einen ontologischen, funktionalistischen oder sozialetischen Ansatz verstanden werden. *Die vorliegende Untersuchung sucht nach einer sozialetischen Grundlage strafrechtlicher Schuld*. Das Problem der möglichen Instrumentalisierung einer sozialetischen Konzeption, das auch von Neumann herausgearbeitet wird, soll im Folgenden diskutiert werden. Siehe Neumann, *Ontologische, funktionale und sozialetische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips*, in: Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Bd. I, 1998, S. 391 ff.

¹⁴ In diese Richtung *D'Avila*, *Ofensividade em direito penal*, 2009, S. 25 ff.

KAPITEL 1 – DIE NATURALISTISCHE KONZEPTION INDIVIDUELLER FREIHEIT UND IHR NORMATIVITÄTSDEFIZIT FÜR DIE GRUNDLAGE STRAFRECHTLICHER SCHULD

In der Einleitung wurde bereits dargestellt, dass das Verhältnis der strafrechtlichen Schuldgrundlage mit der individuellen Freiheit den Kern eines methodologischen Konfliktes ausmacht. Im Folgenden ist es nun notwendig, auch die wichtigsten um den strafrechtlichen Schulbegriff konkurrierenden methodologischen Konzeptionen erkenntnis- und wissenschaftstheoretisch ausführlich zu analysieren.

Dieses Kapitel handelt vom naturalistischen Ansatz, der sich durch eine weitgehende Fruchtbarmachung der empirischen Methoden der Naturwissenschaften auszeichnet. Es besteht aus zwei Teilen: Der erste Teil behandelt die Kausallehre des 19. Jahrhunderts; der zweite präsentiert neue Ergebnisse der Hirnforschung.¹⁵ Das besondere Forschungsinteresse an dem System von v. Liszt und Belings ist durch die Aktualität seiner naturwissenschaftlichen Voraussetzungen gerechtfertigt.¹⁶ Das vorliegende Kapitel ist der Vertretung und Begründung der These gewidmet, dass die naturalistische Konzeption der individuellen Freiheit ein *Normativitätsdefizit* für die Grundlage strafrechtlicher Schuld erzeugt und sie aus diesem Grund keine angemessene Basis für die Begründung des Schuldbegriffs in der Strafrechtsordnung liefern kann.

A. Der Naturalismus des 19. Jahrhunderts und die kausalistisch-psychologische Struktur des Verbrechens

Unter dem Einfluss der naturwissenschaftlichen Bewegung des späteren 19. Jahrhunderts strebte die Kausallehre ursprünglich nach einer rein körperlich-empirischen Betrachtungsweise menschlicher Handlung einerseits¹⁷ und einer rein deskriptiv-psychologischen Perspektive strafrechtlicher Schuld

¹⁵ Dazu siehe z. B. *Roth/Pauen*, Freiheit, Schuld und Verantwortung, 2008, S. 66 ff.

¹⁶ Vgl. *Frisch*, Franz v. Liszt – Werk und Wirkung, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz von Liszts, 2016, S. 12.

¹⁷ Vgl. *Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S. 134 ff.

andererseits.¹⁸ In diesem theoretischen Kontext wurde die Freiheit durchgängig als bloße Naturkraft betrachtet.¹⁹

I. Die Verbrechenlehre von v. Liszt und Beling

Im Rahmen der Verbrechenlehre erreichte die naturalistische Konzeption individueller Freiheit ihren Höhepunkt mit der kausal-deterministischen Systematisierung v. Liszts und Belings.²⁰ Naturalistischen Untersuchungen lag stets das Ziel zugrunde, einen für erforderlich gehaltenen methodologischen Paradigmenwechsel des Rechts und der verschiedenen Rechtsquellen zu vollziehen.²¹ Im markanten Gegensatz zu den damals herrschenden idealistisch-metaphysischen Ansätzen vor allem hegelscher Richtung,²² stießen Juristen wie Jhering,²³ Merkel²⁴ und später Ehrlich²⁵ eine Wende von der deduktiven zur induktiven Methode der Rechtswissenschaft an.

Im Anschluss an die neuen erkenntnistheoretischen Gesichtspunkte vollzog v. Liszt die Einführung des sog. positivistischen Naturalismus in das Strafrecht.²⁶ Bereits in der Lehrbuchauflage von 1884 erklang bei ihm die deutlich programmatische Botschaft: Die »streng wissenschaftliche Darlegung der Begriffe«²⁷ sollte der Befreiung (einem sozusagen »Regenerationsprozess«) des Strafrechts von der üblichen spekulativen Metaphysik und von sonst

¹⁸ Vgl. *Schünemann*, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 19 ff. Siehe dazu *Zabel*, Franz v. Liszt und die Reformbewegung des Strafrechts, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz von Liszts, 2016, S. 107.

¹⁹ »[...] nicht Freiheit vom Kausalgesetz [...]«. *V. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1884, S. 105.

²⁰ Vgl. *Schünemann*, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 19 f.

²¹ Vgl. *Stäcker*, Die Franz von Liszt-Schule und ihre Auswirkungen auf die deutsche Strafrechtsentwicklung, 2012, S. 24 ff.

²² Dazu siehe *Tripp*, Der Einfluß des naturwissenschaftlichen, philosophischen und historischen Positivismus auf die deutsche Rechtslehre im 19. Jahrhundert, 1983, S. 202 ff.

²³ Zu einem naturalistischen Ansatz in diesem Sinne siehe *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. I, 1904, S. 2–18.

²⁴ Vgl. *Merkel*, Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur »positiven« Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben, 1899, S. 304 ff.

²⁵ Ehrlich als Pionier einer Soziologie des Rechts positionierte sich für eine »induktive Methode [...], die durch Beobachten von Tatsachen, Sammeln und Erfahrungen unsere Einsicht in das Wesen der Dinge zu vertiefen sucht.« *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 4. Aufl., 1989 (1913), S. 20.

²⁶ Vgl. *Radbruch*, *Elegantiae juris criminalis*, 1950, S. 216 ff. Siehe dazu *Asúa*, *Corsi e ricorsi*, 1994, S. 37.

²⁷ *V. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1884, S. 3.

subjektiven Begründungstätigkeiten dienen.²⁸ Ein gutes Beispiel hierfür wäre die Begründung der Strafe. Nach Nauckes Interpretation vertrat v. Liszt, »daß metaphysische und empirisch-wissenschaftliche Begründungen der Strafe austauschbar sind.«²⁹ Auf solcher wissenschaftlichen Basis gründete v. Liszt die moderne Schule, zu der Beling³⁰ gehörte und die der klassischen Schule seines Zeitgenossen Binding entgegenstand.³¹ Die These, dass der Rechtsstoff, also die Quelle, aus der gerechtfertigte Rechtssätze herkommen sollen, kein philosophisches Ideal, sondern vielmehr eine naturalistisch-empirische, wertfreie Realität darstellen soll,³² die sich sinnlich wahrnehmen lässt,³³ ist der Schlüssel zum Verständnis der im Folgenden ausführlich zu erläuternden Konzeption.

a) Handlung als naturalistisches Geschehen

V. Liszts Bejahung des Determinismus, »v. Liszt war Determinist«,³⁴ war in der Debatte um die Willensfreiheit des Täters im 19. Jahrhundert entscheidend für die Strukturierung seines Verbrechensbegriffs³⁵ und insbesondere für die Entwicklung seiner naturalistischen Handlungslehre.³⁶ Der Handlungsbegriff gilt v. Liszt zufolge als der Ober- und Grundbegriff der ganzen Verbrechenslehre.³⁷ Die Handlung sei das objektive und inhaltslose naturalistische Geschehen, an das die Attribute der Rechtswidrigkeit und der Schuld angeknüpft werden sollten.³⁸ Jede Erscheinungsform eines strafrechtlich relevanten Verhaltens wurde da – so der Grundstein der theoretischen Konstruktion – als eine Art

²⁸ »[...] muß die Regeneration unserer Wissenschaft ausgehen, soll sie sich nicht in philosophische Träumereien oder subjektiv-willkürliche Theorien und leeren Formalismus verlieren.« V. Liszt, Literaturbericht. B. Strafrecht. Allgemeiner Teil, ZStW 5, 1885, S. 264.

²⁹ Naucke, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94/3, 1982, S. 534. Siehe dazu v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882), in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. I, 1905, S. 138 ff.

³⁰ Vgl. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 10 ff.

³¹ Vgl. v. Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche (1886), in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. I, 1905, S. 239 ff.

³² Vgl. etwa Paulik, v. Liszt im Kontext zeitgenössischer philosophischer Strömungen, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz von Liszts, 2016, S. 63 ff.

³³ Vgl. Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 19.

³⁴ Roxin, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, in: Franz von Liszt zum Gedächtnis, 1969, S. 85.

³⁵ »Das Bekenntnis zum Determinismus ist ein für die verbrechenstheoretische Konzeption v. Liszts entscheidender Schritt.« Paulik, v. Liszt im Kontext zeitgenössischer philosophischer Strömungen, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz von Liszts, 2016, S. 65.

³⁶ Dazu siehe Müller, Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert, 1984, S. 342 f.

³⁷ Vgl. Kröger, Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstraftat, 2016, S. 59 ff.

³⁸ Vgl. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S. 134.

der Gattung Handlung gekennzeichnet. Die Aufgabe der Ausgestaltung des Verbrechensbegriffs sollte dann »durch die Feststellung der *differentia specifica*, die ihn innerhalb des *genus proximum* ›juristische Handlung‹ auszeichnet«,³⁹ bewältigt werden.

In der zweiten Auflage von v. Liszts *Lehrbuch* stand die Idee der Körperlichkeit im Mittelpunkt des Handlungsbegriffs. Im Hinblick darauf wurde die Handlung als »die kausalwirkende willkürliche Körperbewegung – Konzentration der Muskeln« verstanden. Die Vorstellung von Willkürlichkeit hing mit dem Täterwillen zusammen. Ihr Gegenstand war die »bewußte und gewollte Erregung der motorischen Nerven«. ⁴⁰ Damit war der Sinn menschlichen Handelns aus der objektiven Erfahrung des Beobachters bestimmbar, und zwar als bloß empirisches Objekt, als naturwissenschaftlich messbarer und verifizierbarer »reiner Kausalitätsfaktor«. ⁴¹

Obwohl auch Beling eine ebenso den subjektiven Inhalt des Willens ausschließende kausalnaturalistische Handlungskonzeption vertrat – »so muß also der Wille als Element des Handlungsbegriffs durchaus farblos gefaßt werden«⁴² –, lehnte er die Auffassung des Handlungsbegriffs als Grundbestandteil des Verbrechensbegriffs kategorisch ab. Im Gegensatz zu v. Liszt sollte Beling zufolge vielmehr die Kategorie der Tatbestandsmäßigkeit diese zentrale Rolle spielen. Infolgedessen errang das Werk Belings eine größere Bedeutung für die Entwicklung der Tatbestandsmäßigkeit als autonomen Bestandteils des Verbrechensbegriffs. ⁴³ In seinen Überlegungen zur Struktur der Fahrlässigkeit und zum Aufbau eines vereinheitlichenden Handlungsbegriffs, der Handlungs- und Unterlassungsdelikte umfasst, kam Beling zu dem Ergebnis, dass sogar die Kausalität nicht unter den Handlungsbegriff, sondern unter die Tatbestandsmäßigkeit fällt. Es ist daran leicht zu sehen, dass sich aus der Sichtweise Belings ein leerer und armseliger (weil bloß formaler) Handlungsbegriff ergibt. Beling zweifelte an der Möglichkeit der Erklärung der Fahrlässigkeit unter der Voraussetzung der Erforderlichkeit eines den Handlungsbegriff ausmachenden Willensinhaltes, da in diesem Fall die Richtung des Willens ausfallen oder zumindest irrelevant sein müsse. Im Ergebnis wurde die fahrlässige Handlung überhaupt nicht als Handlung betrachtet. ⁴⁴ Diese Aporie entstand aufgrund des beharrenden Festhaltens an einer naturalistischen, jegliche Normativität als Fremdkörper wahrnehmenden Handlungskonzeption.

³⁹ V. Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche (1886), in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. I, 1905, S. 238.

⁴⁰ V. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1884, S. 105.

⁴¹ Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S. 134 ff.

⁴² Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 11.

⁴³ Vgl. ebd., S. 20 ff.

⁴⁴ Vgl. ebd., S. 11–17.

aa) *Das Unterlassungsdelikt und das Problem eines allgemeinen Handlungsbegriffs*

V. Liszts Übernahme der naturwissenschaftlichen Methodenstrenge im Strafrecht⁴⁵ brachte eine Reihe von Schwierigkeiten in Bezug auf ursprüngliche theoretische Konstruktionen mit sich. Das hier zunächst zu behandelnde Problem betrifft die Kategorie des Unterlassungsdelikts. Angesichts der einfachen Tatsache, dass eine Handlungskonzeption als bloß körperliche Bewegung bzw. als bewegende Naturkraft ungeeignet ist für die Umfassung des Unterlassungsdeliktens als Art der Gattung Handlung, wurde die Idee eines einheitlichen Handlungsbegriffs infrage gestellt.⁴⁶ Mehr noch: Somit wurde auch die gemeinsame Basis, die in jeder Erscheinungsform des Verbrechens unter den verschiedensten Umständen vorkommen müsste, in Zweifel gezogen.⁴⁷

Die zentrale Problematik lautet folgendermaßen: »Wie aber vermag ein Negativum, die Nichtvornahme einer bestimmten Körperbewegung, empirische Realität zu gewinnen?«⁴⁸ Die von v. Liszt in der zweiten Auflage seines Lehrbuches gefundene Lösung für die Beibehaltung der Kausalität des Unterlassungsdelikts in der Welt der sinnlichen Erfahrung war die Anwendung einer auf dem Postulat des *conditio-sine-qua-non* beruhenden Analogie mit der Kausalität des Tuns.⁴⁹ Nach kritischer Auseinandersetzung mit Zeitgenossen erkannte v. Liszt jedoch die offensichtliche Unhaltbarkeit der Körperlichkeitszentrierung und ersetzte sie durch eine Handlungskonzeption als Veränderung in der Außenwelt: »Handlung ist [...] Verursachung oder Nichthinderung einer Veränderung der Außenwelt durch willkürliches Verhalten.«⁵⁰ Nichtsdestoweniger blieb das menschliche Verhalten immer noch einem naturalistischen Bild verhaftet, indem das Unterlassungsdelikt als »Zurückhaltung der motorischen Nerven« begriffen wurde.⁵¹ Da in diesem Fall keine körperliche Bewegung vorhanden ist, gewinnt die mit der Zurückhaltung verbundene Idee der willkürlichen Willensbetätigung eine herausragende Stellung im Prozess strafrechtlicher Zurechnung.⁵²

⁴⁵ Vgl. Kröger, Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstraftat, 2016, S. 60.

⁴⁶ Vgl. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 10 ff. Als ersten Verteidiger einer dualistischen These menschlichen Verhaltens im Strafrecht siehe Radbruch, Handlungsbegriff, 1903, S. 133 ff.

⁴⁷ Vgl. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S. 134 f.

⁴⁸ Gallas, Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989, S. 5.

⁴⁹ Dazu siehe in allen Einzelheiten v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1884, S. 112–116.

⁵⁰ V. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl., 1919, S. 116.

⁵¹ In diese Richtung auch bei Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 15. Zum Handlungsbegriff bei Beling instruktiv Beling, Grundzüge des Strafrechts, 1912, S. 30 ff.; Maurach, Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948, S. 7 ff.

⁵² Vgl. Gallas, Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989, S. 5 ff.

Ein dermaßen mechanisch-biologischer Begriff des Unterlassungsdelikts, nach dem der Täter für die Retention seiner Nerven verantwortlich gemacht werden kann, soll als Hinweis auf die verheerenden Folgen des radikalen Naturalismus und seines notwendigen Determinismus⁵³ für die Grundlage strafrechtlicher Schuld gelten. Die Willensbetätigung der Erregung oder der Zurückhaltung der motorischen Nerven wurde in naturalistischer Fassung als bloß kausales Phänomen bezeichnet. Das heißt, gewollt war nicht die Veränderung in der Außenwelt, also der Taterfolg, sondern der motorische Nervenimpuls an sich – das ist stichwortartig ein *Wille ohne Richtung*. Die Vorstellung und die Motivation dieser Willensbetätigung, also der Inhalt des Willens, wird auch als naturwissenschaftlich beschreibbarer Sachverhalt betrachtet und somit dem Determinismus unterworfen – das ist stichwortartig eine *Willensrichtung ohne Autonomie*.

b) Objektivierte Freiheit – Zur Willensbetätigung und ihrem Inhalt

Nun muss festgehalten werden, dass sowohl die Willensbetätigung (Handlung) als auch ihr Inhalt (Schuld) im Rahmen der Kausallehre eine objektiviert bzw. objektivierende Konzeption individueller Freiheit darstellen. Diese Betrachtungsweise steht in vollkommenem Einklang mit einem biologischen Menschenbild verkörperter Subjektivität und mit der Annahme der erkenntnistheoretischen Einheit von Freiheit einerseits und von der durch die naturalistische Empirie beschriebenen Welt raumzeitlicher Erscheinungen andererseits,⁵⁴ deren Zugang durch unseren kognitiven Apparat stets beschränkt wird.⁵⁵ Auffällig an diesem epistemologischen Verständnis der menschlichen Freiheit ist ihre Unvereinbarkeit sowohl mit dem hegelschen System, das eine Diskontinuität zwischen Erkenntnis und Sache-an-sich (in Weiterführung des kantischen Skeptizismus über die Diskontinuität zwischen Erscheinung und Sache-an-sich) ablehnt,⁵⁶ als auch mit der kantischen Philosophie, die von der Vorstellung des transzendentalen Dualismus zwischen Freiheit und Natur ausgeht.⁵⁷

⁵³ Vgl. Müller, Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert, 1984, S. 342.

⁵⁴ Vgl. etwa Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 149. Siehe dazu Pawlik, v. Liszt im Kontext zeitgenössischer philosophischer Strömungen, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz von Liszts, 2016, S. 68 f.

⁵⁵ Zur Voraussetzung der Unterscheidung (Diskontinuität) zwischen der *Sache-an-sich* und der Welt der Erscheinungen im Naturalismus siehe v. Liszt, Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts (1893), in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. II, 1905, S. 83 f.

⁵⁶ Vgl. Hegel, Phänomenologie des Geistes (1807), 1970, S. 68 ff.

⁵⁷ Vgl. Kant, Kritik der reinen Vernunft, 1787, S. 472 ff. – B. Dazu siehe auch Hommes, Sein und Sollen im Erfahrungsbereich des Rechts, in: Schneider (Hrsg.), Sein und Sollen im Erfahrungsbereich des Rechts, 1970, S. 156 ff.

Festzuhalten ist, dass v. Liszts naturalistische Methode sich dem Freiheitsbegriff als Fähigkeit des Subjekts, sich selbst eigene Motive und Ziele vor der Vornahme einer Handlung unabhängig zu stellen, nachdrücklich entgegensteht. In dieser Hinsicht wurde die Freiheit, unterschiedliche Handlungsmöglichkeiten zu wählen – das sog. *Anders-Handeln-Können* – als unwissenschaftliche Spekulation stilisiert.⁵⁸ Die individuelle Fähigkeit, eine Kausalkette als *causa sui* – d. h. durch autonomen Willen – zu eröffnen, wurde von v. Liszt als eine bloß metaphysische Vermutung bzw. als eine Annahme jenseits des wissenschaftlich Erfahrbaren begriffen, die keineswegs gültige Kriterien strafrechtlicher Zurechnung ergeben könnte.⁵⁹

Die Willensfreiheit ist v. Liszt zufolge nichts weiter als ein deterministisches Verhältnis von Ursache und Folge.⁶⁰ Das einzige Merkmal, das das menschliche Handeln von dem reinen Naturmechanismus – z. B. dem Tun eines Tieres – zu unterscheiden vermag, ist die durch psychologische Motivation determinierte menschliche Vorstellung.⁶¹ Der naturalistisch-psychologische Inhalt des Willens sei demzufolge »Bestimmbarkeit durch Motive statt durch die Gesetze des mechanischen Naturalismus.« Die Motivation des Handelnden ist jedoch nach v. Liszts Auffassung nicht autonom. Die Eigenschaft der autonomen Bestimmung der Richtung menschlicher Handlung sei eine Besonderheit der ethischen Willensfreiheit; sie könnte aber »nicht die Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit bilden.«⁶² Das bedeutet, dass auch die psychologische Motivation als eine durch eine Reihe von kausal-natürlichen Geschehnissen verursachte Kraft gilt, die kein autonomes Produkt der Subjektivität des Einzelnen ausmacht. Treffend greift Kargl genau diesen Punkt kritisch auf: »Wer alles Geschehen auf den Faktor der Umweltdetermination zurückführt, der muss letztlich die Autonomie des Subjekts der Heteronomie einer objektiven Ordnung opfern.«⁶³

Die Freiheit des Individuums würde eigentlich nach dem Kausalismus in der Möglichkeit bestehen, unabhängig von einer sofortigen psychologischen oder physischen externen Gewalt handeln zu können.⁶⁴ Analysiert man die zwei getrennten Seiten des Freiheitsbegriffs (Handlung und Schuld) nach der naturalistischen Sichtweise, so ergibt sich eine bloß negative und formale Freiheit.

⁵⁸ Vgl. *Detlefsen*, Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips, 2006, S. 50.

⁵⁹ Vgl. *v. Liszt*, Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, ZStW 18, 1898, S. 235. Siehe dazu *Müller*, Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert, 1984, S. 342.

⁶⁰ Vgl. etwa *Pawlik*, v. Liszt im Kontext zeitgenössischer philosophischer Strömungen, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz von Liszts, 2016, S. 65 f.

⁶¹ Vgl. *v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1884, S. 105 f.

⁶² Ebd., S. 137.

⁶³ *Kargl*, Handlung und Ordnung im Strafrecht, 1991, S. 492.

⁶⁴ Vgl. *v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl., 1919, S. 116.

c) Psychologischer Schuldbegriff

Der psychologische Schuldbegriff ist das Ergebnis der Anwendung naturwissenschaftlicher Methoden nicht nur auf die Willensbetätigung, sondern auch auf ihren getrennten Inhalt.⁶⁵ Die Trennung zwischen Willen und Willensinhalt selbst ist bereits eine erkenntnistheoretische Voraussetzung des Naturalismus. Da es einen internen Zusammenhang zwischen Selbstbestimmung und Vorwerfbarkeit gibt, und aufgrund des Entfallens ebendieser Selbstbestimmung im deterministischen System der Kausallehre, kann die normative Vorwerfbarkeit nicht mehr als Kriterium strafrechtlicher Zurechnung fungieren. In diesem Sinne bemerkt Frisch über v. Liszts Schuldkonzeption: »Aufgrund seiner Vorbehalte gegen die Annahme der Willensfreiheit hatte er stets auch Vorbehalte dagegen, die Schuld im Anschluss an Reinhard Frank als Vorwerfbarkeit zu bezeichnen.«⁶⁶ Angesichts der Inhaltsleerung des Handlungsbegriffs (Willensbetätigung) sah sich der Naturalismus zu einer Ausweitung des naturwissenschaftlich Beschreibbaren auf den Inhalt des Willens gezwungen, sollte die subjektive Zurechnung überhaupt noch begründet werden können. Innerhalb dieses Raums erschienen gerade die Vorstellung und die Motivation des Täters als die gesuchten deskriptiv-psychologischen und zugleich schuldformierenden Realitäten.

Anstelle aber einer normativen Vorwerfbarkeitskonzeption trat ein psychologischer als wertfreie Kategorie verstandener Schuldbegriff. Dabei gewann die Zurechnung – eine normative Kategorie *par excellence* – einen gewissen Neutralitätsaspekt und konnte daher als die formallogische Konsequenz einer empirischen Beschreibung fungieren. Das heißt, als ein aus der naturalistisch beschriebenen, ja »neutralen« Realität direkt abgeleitetes *Sollen*. Da aber Zurechnungsoperationen immer aus normativen Entscheidungen erwachsen, machen die scheinbar neutralen naturwissenschaftlichen Beschreibungen den Weg frei für versteckte normative Tendenzen strafrechtlicher Verantwortung: Schuld kann nicht als ethische Grenze strafrechtlicher Verantwortung fungieren, wenn sie als wertneutrale Realität betrachtet wird. An diesem Punkt treffen sich das neutrale System des Dogmatikers v. Liszt mit seiner Teleologie als Kriminalpolitiker, wie im Folgenden zu zeigen sein wird. Die zentralen Merkmale und internen Schwierigkeiten dieses Schuldbegründungsmodells bilden den Schwerpunkt der nachfolgenden Ausführungen.

⁶⁵ Vgl. *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts-systematischen Schuldlehre, 1974, S. 40 und 62. Dazu siehe auch *v. Liszt*, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe (1893), in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. II, 1905, S. 37 ff.

⁶⁶ *Frisch*, Franz v. Liszt – Werk und Wirkung, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz von Liszts, 2016, S. 11.

aa) Schuld als neutrale Deskription eines psychologischen Zustands

Die Schuld besaß bei v. Liszt in den ersten Auflagen seines Lehrbuchs überhaupt keine normativen Elemente,⁶⁷ da sie sich in der rein psychologischen Beziehung zwischen Täter und Erfolg in der Außenwelt (Vorstellung und Motivation) erschöpfen musste.⁶⁸ Neben dem objektiven *Nexus* – d. h. Kausalität – erschien die Schuld als ein Täter und Tat verbindender subjektiver *Nexus*,⁶⁹ der zugleich ein psychologisch beschreibbarer Sachverhalt war.⁷⁰ Die Neuheit des psychologischen Schuldbegriffs von v. Liszt war eigentlich »die radikale Reduzierung der Schulselemente auf vermeintlich psychologische, deskriptive Merkmale, die eine objektiv-allgemeine, von subjektivem richterlichem Werturteil unabhängige Feststellung zulässt.«⁷¹

Ursprünglich wurden sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit als psychologische Realitäten verstanden, die sich als die beiden möglichen Erscheinungsformen der Vorstellung und der Motivation des Täters wertfrei beschreiben ließen.⁷² Zwar bemühte sich v. Liszt darum, Fahrlässigkeit als die latente Möglichkeit einer nicht vorhandenen Vorstellung/Motivation (Können) auszugestalten; in Bezug aber auf die Erforderlichkeit solcher Vorstellung/Motivation etwa als Sorgfaltspflicht (Sollen) überschreitet jeglicher rein psychologischer Schuldbegriff den Rahmen des Plausiblen. Der Ansatz, Fahrlässigkeit als Unterart eines Schuldbegriffs zu fassen, der rein deskriptiv und neutral sein will,⁷³ birgt kaum zu überwindende Schwierigkeiten. Diese Schwierigkeit der Vorstellungstheorie innerhalb des naturalistischen Systems v. Liszts, in dem die Schuld lediglich als psychologischer Inhalt des Willens vorkommt, wurde sogar von Beling anerkannt: »Damit steht fest, dass die reine Vorstellungstheorie, die Nur-Vorstellungstheorie, jedenfalls unhaltbar ist.«⁷⁴

⁶⁷ Dazu siehe die Ausführungen von *Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S. 138 ff.

⁶⁸ Vgl. *v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1884, S. 147; *v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 9. Aufl., 1898, S. 135.

⁶⁹ Im Sinne dieser Formulierung, die eine Trennung zwischen objektiven und subjektiven Merkmalen des Verbrechens voraussetzt: »[...] so ist die Schuld eine Spezialisierung der Willensbetätigung auf subjektivem Gebiet.« *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 46.

⁷⁰ Vgl. *Zabel*, Franz v. Liszt und die Reformbewegung des Strafrechts, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz von Liszts, 2016, S. 107 f.

⁷¹ *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts-systematischen Schulddlehre, 1974, S. 42.

⁷² Vgl. etwa *Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S. 138.

⁷³ Vgl. *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts-systematischen Schulddlehre, 1974, S. 43.

⁷⁴ *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 46.

Nach der Veröffentlichung von Franks Abhandlung *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (1907) verschärfte sich die Lage zusehends. In diesem für die Lehre strafrechtlicher Schuld entscheidenden Werk machte Frank die Unhaltbarkeit eines rein deskriptiv-naturalistischen Schuldbegriffs deutlich und strebte folglich nach einem psychologisch-normativen Gesichtspunkt.⁷⁵ Daraus ging hervor, dass die Handlung, der Wille und folglich auch die Schuld im reinen Naturalismus als den Kausalgesetzen unterworfenen empirischen Phänomene verstanden wurden, statt sie unter der historisch-kulturellen Normativität der Werte zu betrachten. Erst daraus erwuchs der Bedarf, die genannten strafrechtlichen Kategorien als deskriptive und wertfreie Realitäten zu bezeichnen.⁷⁶

*bb) Vorsatz und Fahrlässigkeit als Schuldarten –
Zurechnungsfähigkeit als Vorbedingung*

Für die Kausallehre stellt die Fähigkeit, eine durch Motivation und Vorstellung des erwachsenen und geistig gesunden Menschen herbeigeführte normale Bestimmung des Verhaltens, den Kern der Idee der Zurechnungsfähigkeit dar, auch wenn diese Verhaltensbestimmung keine echte Selbstbestimmung ist.⁷⁷ Die Verhaltensbestimmung durch Motivation und Vorstellung des Täters wird somit zu einer Vorbedingung von Schuld; Vorsatz und Fahrlässigkeit werden zu möglichen Erscheinungsformen der Verhaltensbestimmung.⁷⁸ Unter Bezugnahme darauf brachte v. Liszt zum Ausdruck: »Wir haben den Schuldbegriff aus den beiden Schuldarten des modernen Rechts, Vorsatz und Fahrlässigkeit, abzuleiten.«⁷⁹ Aus dieser Betrachtungsweise entsteht ein auf einem heteronomen Freiheitsbegriff beruhender heterogener Schuldbegriff, der Vorsatz und Fahrlässigkeit als Arten der Gattung Schuld erschöpfend umfasst.⁸⁰

⁷⁵ »Schuld ist Vorwerfbarkeit.« *Frank*, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, S. 11.

⁷⁶ Zum grundlegenden Unterschied zwischen einer Realität der Natur und einer Realität der Kultur auf der epistemologischen Ebene siehe *Küpper*, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, S. 13. Zur Problematik der empirischen Beschreibung bei der Konstruktion des Rechtsgedankens siehe *Wilenmann*, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, S. 72 ff.

⁷⁷ Vgl. v. *Liszt*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2. Aufl., 1884, S. 136.

⁷⁸ Vgl. ebd., S. 147. Es ist zu betonen, dass diese Stellungnahme von v. Liszt der Sichtweise von Binding widerspricht, der die Zurechnungsfähigkeit als Bestandteil und nicht bloße Vorbedingung der Schuld begreift. Vgl. *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. II, 1914, S. 117 ff.

⁷⁹ V. *Liszt*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2. Aufl., 1884, S. 147.

⁸⁰ Vgl. *Achenbach*, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts-systematischen Schulddlehre*, 1974, S. 40.

Im naturalistischen Modell wurde der Vorsatz begriffen als »die Vorstellung von der Kausalität des Thuns oder Unterlassen«. Das bedeutet nach v. Liszt die Vorstellung sowohl der handlungsmäßig verursachten Veränderung in der Außenwelt als auch die Vorstellung, dass die Veränderung durch die Handlung verursacht wird.⁸¹ Die Fahrlässigkeit ihrerseits wurde als die zweite Form der Schuld bezeichnet: »Die Fahrlässigkeit als zweite Schuldform besteht in der Vorstellbarkeit des durch pflichtwidrige Unvorsichtigkeit herbeigeführten Erfolges.«⁸²

Wie zu bemerken ist, fokussierte der damalige Fahrlässigkeitsbegriff auf die Möglichkeit und Erforderlichkeit der nicht vorhandenen Vorstellung bzw. Motivation – auf einen rein psychologischen Schuldbegriff. In Anlehnung an Thesen von Frank und Beling erkannte v. Liszt jedoch das normative Element der Schuld; ein Zugeständnis, das ab der 18. Auflage seines Lehrbuches zu einer erheblichen Komplexitätserhöhung seiner Konzeption von Fahrlässigkeit und Vorsatz führte.⁸³ Die neue – normative – Formulierung lautete: »Schuld im weitesten Sinne ist die Verantwortlichkeit des Täters für die von ihm begangene rechtswidrige Handlung.«⁸⁴ Vorsatz und Fahrlässigkeit verblieben jedoch die einzigen Schuldarten bis zu v. Liszts letzten Ausarbeitungen.⁸⁵ Dasselbe trifft für die Idee der Zurechnungsfähigkeit als Vorbedingung zu. Beling dagegen arbeitete an der Entwicklung des Schuldbegriffs weiter. Seine Monografie *Unschuld, Schuld und Schuldstufen* (1910) präsentierte Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht nur als zwei Schuldarten, sondern auch als Schuldstufen.⁸⁶

cc) Das Problem der unbewussten Fahrlässigkeit und des entschuldigenden Notstands als normativer Realitäten

Die bisher angesprochenen Probleme betreffen die metadogmatischen Konstruktionen des Naturalismus, die die Ersetzung von normativen Kategorien des Verbrechensbegriffs zum Ziel hatten. Nun sollen zwei durch den Naturalismus nicht erklärte Begriffe ausführlicher herausgearbeitet werden, nämlich (1) die unbewusste Fahrlässigkeit und (2) der entschuldigende Notstand. Bei dem ersten ist trotz einem mangelnden subjektiv-psychologischen *Nexus* zwischen Täter und Tat immer noch Schuld vorhanden. Beim zweiten besteht

⁸¹ V. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1884, S. 155.

⁸² Ebd., S. 164.

⁸³ Dazu in allen Einzelheiten siehe v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl., 1919, S. 163 ff. und 173 ff.

⁸⁴ Ebd., S. 164.

⁸⁵ Vgl. Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts-systematischen Schulddlehre, 1974, S. 40.

⁸⁶ Vgl. Beling, Unschuld, Schuld und Schuldstufen, 1910, S. 60.

zwar eine subjektiv-psychologische Verbindung zwischen Täter und Tat (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) ebenso wie Zurechnungsfähigkeit, aber keine Schuld.

Wie oben bereits dargestellt, erscheint die Schuld in der radikalen Formulierung der rein empirischen Natur als eine neutrale Beschreibung eines internen psychologischen Zustands. Die naturalistische Deutung begegnet dadurch der Schwierigkeit, wie Fahrlässigkeit überhaupt begründet werden könnte, da Fahrlässigkeit das Können und auch das Sollen einer nicht vorhandenen Vorstellung der Tat zum Gegenstand hat. Dies wird besonders deutlich anhand der gegenwärtigen Definition der sog. unbewussten Fahrlässigkeit. Bei der bewussten Fahrlässigkeit kann man – auch wenn der Willensmoment fehlt – immer noch den Voraussehungsmoment der Möglichkeit des Erfolges identifizieren. Bei der unbewussten Fahrlässigkeit hingegen entfällt sogar das Voraussehen (d. h., das Bewusstsein der Möglichkeit des Erfolges) – es gibt in diesem Fall keine subjektive Verbindung zwischen Täter und Tat, sondern einen sozusagen normativen *Nexus*.⁸⁷ Das heißt, auch wenn die rein psychologische Lehre die bewusste Fahrlässigkeit eventuell erklären könnte, bliebe die unbewusste Fahrlässigkeit ungeklärt, da dieser Begriff notwendigerweise normative Elemente erfordert. Denn »bei der unbewussten Fahrlässigkeit versage der psychologische Schuldbegriff, weil der Täter zum unbewusst fahrlässigen Erfolg keinerlei innere Beziehung aufweise«.⁸⁸

Es ist im Hinblick auf die Kategorie des entschuldigenden Notstandes darauf hinzuweisen, dass die neukantianische Bewegung durch die sog. *Ethisierung* des Schuldbegriffs⁸⁹ ihre Kritik am Naturalismus begründet.⁹⁰ Im Anschluss an diese neue Perspektive über die Grundlage des Strafrechts, die die Wiedereinführung werttranszendentaler bzw. metaphysischer Elemente anstrebte, bestanden Autoren wie Ernst Mayer,⁹¹ Graf zu Dohna-Schlodien⁹² und insbesondere Frank darauf, dass die über deskriptive Elemente hinausgehende normative Idee der Pflichtwidrigkeit eine zentrale Rolle im Aufbau eines Schuldbegriffs spielen sollte. Frank fasste demnach als notwendige Bestandteile strafrechtlicher Schuld: (1) die Zurechnungsfähigkeit; (2) der Vorsatz und die Fahrlässigkeit; (3) die normale Beschaffenheit der Umstände.⁹³

⁸⁷ Zur Erklärung des Unterschiedes zwischen den beiden Arten von Fahrlässigkeit siehe *Gropp*, Anerkennung aus der Ferne zum Unrecht des Fahrlässigkeitsdelikts, in: Festschrift für Roxin, 2011, S. 790 f.

⁸⁸ *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 109.

⁸⁹ Zur Bewegung der sog. Ethisierung im Rahmen strafrechtlicher Schuld siehe *Schubert/Regge*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, 1919, S. 21.

⁹⁰ Vgl. *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts-systematischen Schuldlehre, 1974, S. 75 ff.

⁹¹ Ernst Mayer war ein Pionier der Bewegung des Neukantianismus. Vgl. *Ernst Mayer*, Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901, S. 4 ff.

⁹² Vgl. *Graf zu Dohna-Schlodien*, Die Elemente des Schuldbegriffs, 1905, S. 2 ff.

⁹³ Vgl. *Frank*, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, S. 11 f.

Anzumerken ist, dass dieser normative Schuldbegriff mit Franks Ansatz zur Ausdifferenzierung des Notstands innerlich zusammenhängt. Auf der Suche nach dem normativen Bestandteil der Schuld fragte sich Frank: »Warum tritt bei Notstand keine Strafe ein?«⁹⁴ Franks eigene Antwort hängt mit seinem Ansatz der normalen Beschaffenheit der Umstände, unter denen das Verbrechen begangen wird, zusammen, die als unentbehrliche Voraussetzung (positive Merkmale) der Schuld angesehen wird.⁹⁵ Seine Einführung eines normativen Schulselementes zeigt in klarer Weise das Scheitern der naturalistischen Konzeption an der Erklärung des entschuldigenden Notstandes. Die Schuld erwächst in diesem Fall aus einer normativen Analyse der externen Umstände, die das Verhalten trotz interpsychologischer Verbindung nicht pflichtwidrig machen.

II. Zweckgedanke und Prävention im System von v. Liszt

V. Liszts wissenschaftlich-dogmatischer Strukturierung im Rahmen der gesamten Strafrechtswissenschaft, die Kriminologie und Kriminalpolitik umfasste,⁹⁶ sind zwei Hauptmerkmale eigen, deren Kohärenz und Vereinbarkeit miteinander nun zu analysieren ist, nämlich (1) die axiologische Neutralität und (2) der liberale Widerstandscharakter gegen die Kriminalpolitik als Verbrechensbekämpfung. Das erste Merkmal hängt mit der Anwendung der oben ausgeführten Methode des Naturalismus zusammen. Das zweite hingegen intendiert eine ideologische Orientierung zur Begrenzung des *jus puniendi* und zum Schutz der Garantien des Einzelnen. Diese Mission des Strafrechts wurde von v. Liszt anhand zweier Sätze bildlich zur Sprache gebracht: »Das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik. [...] Das Strafgesetzbuch ist die *magna charta* des Verbrechers.«⁹⁷ Fraglich ist jedoch, ob eine Neutralität beanspruchende Strafrechtsdogmatik unter v. Liszts teleologischen Voraussetzungen⁹⁸ wirklich imstande ist, der kriminalpolitischen Finalität des Schutzes gemeinschaftlicher Interessen überhaupt etwas entgegenzusetzen. Mit anderen

⁹⁴ Ebd., S. 4.

⁹⁵ Vgl. *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts-systematischen Schuldelehre, 1974, S. 99. Dazu siehe *Stratenwerth*, Die Zukunft des Schuldprinzips, 1977, S. 13.

⁹⁶ Vgl. *v. Liszt*, Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft (1899), in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. II, 1905, S. 284 ff. Es ist hier darauf hinzuweisen, dass der Titel der sog. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* – ZStW – seit 1881 auf diesem Begriff von v. Liszt beruht.

⁹⁷ *V. Liszt*, Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts (1893), in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. II, 1905, S. 80.

⁹⁸ Vgl. *Pawlik*, v. Liszt im Kontext zeitgenössischer philosophischer Strömungen, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz von Liszts, 2016, S. 69 f.

Worten, es ist unklar, wie eine auf dem teleologischen Gedanken des sog. Marburger Programms wesentlich basierte Strafrechtswissenschaft⁹⁹ den liberalen Charakter überhaupt bewahren kann.¹⁰⁰

Aufgrund der Ablehnung der Willensfreiheit im Rahmen seines deterministischen Ansatzes wies v. Liszt auf kohärente Weise ebenso die Vergeltungsidee zurück und stellte allein auf den Zweckgedanken der Strafe ab:¹⁰¹ »Besserung, Abschreckung und Unschädlichmachung sind für ihn die drei unmittelbaren Wirkungen der Strafe.«¹⁰² In klarer Anlehnung an die Auffassung Jherings, bei dem galt, der »Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts«,¹⁰³ entwickelte v. Liszt eine Theorie der Strafe, deren Grundlage in der Zweckmäßigkeit der Spezialprävention des für die Zukunft entworfenen Schutzes der Gesellschaft lag.¹⁰⁴ In dieser Hinsicht wurde die zweckfreie und nicht-empirische Konzeption der gerechten Strafe durch die Idee der empirisch notwendigen Strafe ersetzt: »Nur die notwendige Strafe ist gerecht.«¹⁰⁵ Darum kam es zum Wechsel vom Postulat, der »Staat darf strafen, weil es gerecht ist«, hin zum Axiom »der Staat darf strafen, weil er es muß«.¹⁰⁶

Durch den Mangel an ethischen und wertenden Elementen innerhalb der Verbrechenslehre überhaupt und im Rahmen strafrechtlicher Schuld insbesondere konnte v. Liszt in seiner Systematisierung nicht eindeutig festlegen, wo eigentlich die Grenze strafrechtlicher Zurechnung gegenüber Spezialpräventionszwecken der Kriminalpolitik gezogen werden könnte. Nach dem kriminologischen Marburger Programm galt jedenfalls, »den Übergang des Strafrechts von der Freiheitsbegrenzung und Freiheitssicherung zum staatlich organisierten Steuerungsinstrument in der Hand der Gesellschaft« durchzuführen und somit zugleich den »Übergang vom Rechtsstaat zum Verwaltungsstaat«¹⁰⁷ zu gewährleisten. Wegen der Anknüpfung des Marburger Programms an das Argument der kausalen Notwendigkeit der Phänomene war es nicht in der Lage, »zwischen richtigen und falschen Zwecken des Strafrechts« zu unterscheiden.¹⁰⁸

⁹⁹ Vgl. etwa *Löhnig*, Die v. Liszt-Schule im totalitären Kontext, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz von Liszts, 2016, S. 185.

¹⁰⁰ Für eine kritische Perspektive gegenüber dem Marburger Programm von v. Liszt siehe *Naucke*, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94/3, 1982, S. 545 f.

¹⁰¹ Vgl. *v. Liszt*, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe (1893), in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. II, 1905, S. 48 ff. Zum Unterschied zwischen der Vergeltungsidee und dem Zweckgedanke im 19. Jahrhunderts siehe *Beling*, Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, 1908, S. 40 ff.

¹⁰² *Löhnig*, Die v. Liszt-Schule im totalitären Kontext, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz von Liszts, 2016, S. 185.

¹⁰³ *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. I, 1904, S. 5.

¹⁰⁴ Vgl. *v. Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, 1968, S. 20 ff.

¹⁰⁵ Ebd., S. 27.

¹⁰⁶ *Naucke*, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94/3, 1982, S. 533 f.

¹⁰⁷ Ebd., S. 562.

¹⁰⁸ Ebd., S. 539.

Wenn die fundamentalen Kategorien des Strafrechts (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld und Strafe) als wertfreie Realitäten verstanden werden, kann die Dogmatik keinen effektiven Widerstand gegen die herrschenden Interessen der Kriminalpolitik leisten. Ganz im Gegenteil: »Diese Dogmatik ist einem auf Verbrechensbekämpfung ausgerichteten Sanktionensystem kongenial.«¹⁰⁹ Die vom Naturalismus beanspruchte Ersetzung der Vergeltungsstrafe durch die reine präventive Zweckstrafe stellt einen Wechsel dar »von dem Staat, der der Gesellschaft durch das Recht Grenzen setzt, zu dem Staat, der die Gesellschaft inhaltlich organisiert und damit den Weg für die Gesellschaft öffnet, sich des Staates [...] als Instrument zu bedienen.«¹¹⁰ Die Folgen des Neutralitätsanspruchs der naturalistischen Konzeption, nach dem der Zweckgedanke als Folge einer objektiv nicht widersetzbaren notwendigen Macht erscheint, sind fatal: Ein grenzenloses, widerstandsloses Strafrecht, das Zweckmäßigkeit statt Gerechtigkeit bekundet.¹¹¹

*a) Kausale Entwicklungsprozesse und der Dualismus Natur/Zweck –
Zur Spannung zwischen Wert und Kausalität im System von v. Liszt*

Mit dem Vorhaben, seine normativen Entscheidungen und Tendenzen unter dem Mantel der Neutralität der Naturwissenschaft zu halten – was Pawlik zufolge auch eine politische Stellungnahme darstellt¹¹² – entwickelte v. Liszt eine Theorie der Strafe, in der Teleologie und Natur als die beiden Dimensionen der Notwendigkeit der Spezialprävention zusammentrafen. Im Mittelpunkt dieser auf dem »spezialpräventiven Rechtsgüterschutz« beruhenden Fusion¹¹³ stand der darwinistische Evolutionsbegriff.¹¹⁴ Die Strafe und ihre Rechtfertigung hätten v. Liszt zufolge überhaupt keine Beziehung mit Ethik, mit Metaphysik oder sogar mit theoretischen Konstruktionen, denn sie sollten vielmehr das unmittelbare Ergebnis eines natürlichen Entwicklungsprozesses darstellen, eine unmittelbare Folge der natürlichen Evolution.¹¹⁵

¹⁰⁹ Ebd., S. 546.

¹¹⁰ Ebd., S. 536.

¹¹¹ Vgl. etwa *Kargl*, Handlung und Ordnung im Strafrecht, 1991, S. 492f. Siehe auch *Naucke*, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94/3, 1982, S. 538f.

¹¹² Vgl. *Pawlik*, v. Liszt im Kontext zeitgenössischer philosophischer Strömungen, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz von Liszts, 2016, S. 66.

¹¹³ *Naucke*, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94/3, 1982, S. 527.

¹¹⁴ Zum Hauptwerk Darwins, in dem die Theorie der biologischen Evolution im Kern dargestellt wurde, siehe *Darwin*, The Origin of Species, 1872. Es ist zu betonen, dass die Theorie Darwins eine sehr bedeutende Rolle in der naturalistischen Bewegung des 19. Jahrhunderts spielte.

¹¹⁵ Vgl. *Naucke*, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94/3, 1982, S. 526.

Die Geschichte des Strafrechts wird in der Theorie von v. Liszt als eine notwendige natürliche Evolution betrachtet, deren Spitze in der Objektivierung der Strafe als rationalem und bewusstem Rechtsgüterschutz bestand.¹¹⁶ Die Vorstellungen von historischer Entwicklung und natürlicher Evolution bildeten demgemäß die Grundlage des Zweckgedankens bzw. des durch Spezialprävention notwendigen Gesellschaftsschutzes.¹¹⁷ V. Liszt setzte hier einen inneren Zusammenhang zwischen Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit voraus, in dem das teleologische Element aus der deterministischen Kraft eines historisch-natürlichen Geschehens unmittelbar hervorging.¹¹⁸ Anders gewendet: Die strafrechtliche Normativität (*Sollen*) war in der Kausalität der natürlichen Tatsachen (*Sein der empirischen Natur*) immanent verwurzelt.¹¹⁹

Der so vorausgesetzte Superlativ der normativen Kraft natürlichen Geschehens, wobei die Teleologie bereits immanent gerechtfertigt wird und die Grenze zwischen Natur und Zweck verschwindet – die Natur ist zweckmäßig und die Zweckmäßigkeit ist natürlich –, zeigt uns die Bemühung von v. Liszt, ein System zu begründen, in dem seine politischen und ideologischen Wertentscheidungen natürlich und neutral aussehen konnten.¹²⁰ Dies führte zu gewissen Aporien, unter denen sich nennen lassen: (1) Die Geschichte des Strafrechts von der Antike bis zum 19. Jahrhundert zeigt einen zunehmenden Schutz der Interessen des Einzelnen. Beweise hierfür liefern die Entwicklung des Verbrechensbegriffs, die Überwindung der objektiven Verantwortung und die Überwindung der Geißelungsstrafe. Diese Zurückhaltung der Strafe, »die mehr dem Täter zugutekam als der zweckmäßigen Bekämpfung des Verbrechens förderlich erschien [...] ließ sich nur schwerlich erklären, wenn man im Strafrecht ein Werkzeug zur Angleichung des Täters an die Gesellschaft sehen wollte.«¹²¹ (2) Die Annahme der Einheit zwischen Natur und Zweck bei v. Liszt begeht einen internen Widerspruch in Bezug auf die Konstruktion des Rechtsgutsbegriffs, da der Dualismus zwischen Natur (Kausalität) und Zweck

¹¹⁶ Vgl. v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, 1968, S. 29 ff.; v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882), in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. I, 1905, S. 132.

¹¹⁷ Vgl. Kreher, Herkunft und Entwicklung des Zweckgedankes bei Franz von Liszt, 2014, S. 22.

¹¹⁸ Vgl. ebd., S. 30 ff.

¹¹⁹ »Nach meiner Überzeugung kann das Seinsollende ausschließlich aus dem Seienden abgeleitet werden. [...] Werdendes und Seinsollendes sind insoweit identische Begriffe. Nur die erkannte Entwicklungstendenz gibt uns über das Seinsollende Aufschluss; [...] bleibt uns nur die Hemmung oder die Förderung eines von menschlicher Willkür unabhängigen Entwicklungsganges.« V. Liszt, Tagesfragen. Das »richtige Recht« in der Strafgesetzgebung, ZStW 26, 1906, S. 556. Siehe dazu auch v. Liszt, Tagesfragen. Das »richtige Recht« in der Strafgesetzgebung II, ZStW 27, 1907, S. 93.

¹²⁰ Vgl. etwa Pawlik, v. Liszt im Kontext zeitgenössischer philosophischer Strömungen, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz von Liszts, 2016, S. 82 ff.

¹²¹ Kreher, Herkunft und Entwicklung des Zweckgedankes bei Franz von Liszt, 2014, S. 37.

(Wert) »in der Rechtsgutsfrage hartnäckig für unhintergebar erklärt« wird.¹²² Das Rechtsgut – ein historisch-kulturelles Phänomen – als Produkt der Natur zu betrachten, ist kaum vertretbar. (3) V. Liszt setzt die Notwendigkeit geschichtlicher Evolution voraus und lehnt zugleich die Metaphysik vehement ab. Aber, wie Naucke zutreffend bemerkt: »Die Argumentation aus der Notwendigkeit geschichtlicher Entwicklungen kommt ohne Geschichtsphilosophie, ohne Anleihen bei Hegel nicht aus.«¹²³ (4) Das Strafrecht setzt notwendigerweise normative Entscheidungen voraus, die nicht durch die empirische Natur erklärt werden können. Da aber die natürliche Wirklichkeit sich über dem und unabhängig vom Menschen befindet, enthält sie keine normative Entscheidung. Wenn alle nicht-empirischen Elemente des Strafrechts verworfen werden, »bleibt nur die zweckmäßige Strafe, aber nicht das Strafrecht«.¹²⁴

III. Zwischenfazit

Die bisherigen Ausführungen betreffen die naturalistische Konzeption der individuellen Freiheit und ihre Folgen für das Strafrecht, insbesondere für den Aufbau des Schuldbegriffs. Folgende Punkte sind festzuhalten:

(a) Die auf der deterministischen Vorstellung von Ursache und Folge beruhende Konzeption der individuellen Freiheit stellt die Basis des strafrechtlichen Kausalismus dar. Die Kategorien des Verbrechensbegriffs (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld), der Begriff der Strafe und das Verhältnis zwischen Strafrecht und Kriminalpolitik konnten nach diesen naturalistischen Vorstellungen des 19. Jahrhunderts über individuelle Freiheit¹²⁵ überhaupt erst gedacht werden.

(b) Der strafrechtliche Kausalismus des 19. Jahrhunderts, der ausschließlich mit empirisch verifizierbaren Phänomenen operieren wollte, ist eine Folge des Versuchs, die Methodenstrenge der Naturwissenschaft für die Geist- und Sozialwissenschaften fruchtbar zu machen. Natürliche Phänomene werden in diesem Kontext als vorgegebene, also nicht konstruierte, sondern nur beschriebene Realitäten gedacht.

(c) Im Kausalismus kann die empirische Realität nur durch die Methode der Induktion angewendet werden. Die Rechtfertigung und die Gültigkeit der strafrechtlichen Kategorien des allgemeinen Teils, der die Basis des ganzen Systems ausmacht, werden aus der empirischen Natur abgeleitet. Mit anderen

¹²² Pawlik, v. Liszt im Kontext zeitgenössischer philosophischer Strömungen, in: Koch/Löhnig (Hrsg.), Die Schule Franz von Liszts, 2016, S. 69.

¹²³ Naucke, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94/3, 1982, S. 534.

¹²⁴ Ebd., S. 535.

¹²⁵ Zum Positivismus des 19. Jahrhunderts und dem Verhältnis zwischen Strafrecht und Kriminalpolitik siehe Muñoz Conde, Hacia una ciencia crítica del derecho penal, 1980, S. 65 ff.

Worten, der Kausalismus beansprucht, eine naturalistische Quelletheorie des Strafrechts zu begründen.

(d) Die menschliche Handlung erscheint aus dieser theoretischen Perspektive als Naturgeschehen ohne subjektiven Inhalt. Das hat im Rahmen der naturalistischen Konzeption des 19. Jahrhunderts zur Folge, dass die individuelle Freiheit in zwei unterschiedlichen Räume getrennt wird, nämlich Willensbetätigung (Handlung) und Willensinhalt (Schuld). In dieser Hinsicht bezeichnet der Handlungsbegriff einerseits ein Handeln ohne individuelle Subjektivität, während die Schuld andererseits eine Subjektivität ohne die individuelle Selbstbestimmung bezeichnet. Über die Grenze des empirischen Gedankens bemerkt Hassemer: »Wer empirisch argumentiert [...] kann Freiheit niemals begründen.«¹²⁶ Die Idee von Selbstbestimmung findet in der naturalistischen Konzeption des 19. Jahrhunderts deswegen keinen Raum, weil sie von einem bloß formellen und negativen Freiheitsmodell ausgeht, wofür es jedenfalls nötig wäre, das Ziel des Handelns als Produkt individueller Freiheit zu begreifen. Das ist im Grunde genommen der Kern der Idee von *causa sui*, der v. Liszt nachdrücklich widersprach.

(e) Die unmittelbare Folge der Ablehnung der Idee von Selbstbestimmung in der naturalistischen Konzeption ist die Unmöglichkeit, die Vorwerfbarkeit eines begangenen Unrechts begründen zu können, da »die strafrechtliche Wertung nicht an natürliche Ereignisse (Handlung als bloßes Naturgeschehen) anknüpfen kann«.¹²⁷ Daraus ist zu sehen, dass ein so aufgebauter Schuldbegriff unter einem *Normativitätsdefizit* gegenüber dem strafbaren Unrecht leidet. Die naturalistische Konzeption individueller Freiheit verhindert die Entwicklung der Schuld als ein unabhängiges, normatives Zentrum von Grund und Grenze strafrechtlicher Verantwortlichkeit.

(f) Da die Schuld in der naturalistisch-psychologischen Kausallehre als ein wertfreies, bloß deskriptiv-neutrales Phänomen gilt, ist die Theorie nicht in der Lage, den kriminalpolitischen spezialpräventiven Tendenzen der Verbrechensbekämpfung Grenzen zu setzen. Das schon an der Basis strafrechtlicher Schuld angelangte *Normativitätsdefizit* macht den Weg frei für eine rechtsstaatsgefährdende Vorherrschaft von Gruppeninteressen über die Interessen und Garantien der Einzelnen. Ohne Normativität ist die Kategorie der Schuld nicht imstande, eine willkürliche individuelle Verantwortlichkeits- und Zu rechnungsoperation im Strafrecht zu verhindern.

¹²⁶ Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990, S. 230.

¹²⁷ Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S. 135.

B. Die neuen Ergebnisse der Hirnforschung und ihre Wirkungen auf die strafrechtliche Schuld bzw. Verantwortung

Die strafrechtliche Normativität – ein *Sollen* – hat notwendigerweise eine indeterminierte Realität zum Gegenstand, also ein mögliches oder wahrscheinliches *Sein*, das sich nicht vollständig kausal determinieren lässt. Nehmen wir als Beispiel den Tatbestand der Tötung: Das Tötungsverbot hat nur deswegen Sinn, weil unsere Erfahrung uns zeigt, dass eine Person imstande ist, das Leben anderer zu nehmen und dass sie gleichzeitig auch in der Lage ist, das Leben anderer nicht zu nehmen. Das Strafrecht erlangt Bedeutung nur dort, wo Unbestimmtheit besteht. Die Unbestimmtheit des Gegenstands strafrechtlicher Normen stellt eindeutig nicht weniger als ihre konkrete Möglichkeitsbedingung dar: Die Existenz strafrechtlicher Normen ist mit der Idee verknüpft, dass es zu einem Zeitpunkt möglich ist, gegen sie zu verstoßen – oder auch nicht.¹²⁸

Das hat zur Folge, dass ein rein naturalistisch beschriebenes und verifiziertes Phänomen, das von der Kausalität der Naturgesetze vollständig bestimmt wird – also ein *Sein*, dem die Möglichkeit des *Nicht-Seins* nicht innewohnt –, kein Gegenstand strafrechtlicher Normativität sein kann. Dass es so ist, lässt sich anhand dreier Aporien darstellen, die jeweils drei verschiedenen Ebenen angehören: (1) Die epistemologische Ebene. Die naturalistische Beschreibung der Empirie ist nicht in der Lage, auf eine indeterminierte Realität zuzugreifen und diese zu erklären, da es zur Beschaffenheit des empirischen Erklärungsmodells selbst gehört, mit dem Binom Ursache/Folge (Determination) zu operieren.¹²⁹ Die einzige Ausnahme dieser Regel betrifft bislang die subatomische Welt, wobei die Quantentheorie immer noch nicht in der Lage ist, das Phänomen der Unbestimmtheit der Partikeln innerhalb des Atoms ausreichend zu verstehen.¹³⁰ Insofern entgeht der naturalistischen Epistemologie in diesem Punkt immer noch etwas. (2) Die logische Ebene. Ein *Sollen*, das auf ein *Sein* abzielt, das notwendigerweise stets immer *ist*, stellt freilich einen logischen Widerspruch dar. Die Idee, dass eine Realität, die wirklich nicht *anders sein kann* (ein determiniertes, naturalistisches Geschehen), *anders sein soll* ist selbstverständlich unlogisch. Nehmen wir hierfür ein einfaches Beispiel: Die Erfahrung zeigt uns die absolute Unmöglichkeit, dass ein Mensch atmen und leben kann, ohne Kohlendioxid auszuatmen. Wenn eine solche Realität als vollkommen unveränderbar gilt – menschliche Atmung ohne Ausatmung von Kohlendioxid gilt bis dato als unmöglich –, wäre es unlogisch, dieses Phänomen zum

¹²⁸ Zur Möglichkeit des Verstoßes strafrechtlicher Normen als konstitutiven, grundlegenden Elementen des Strafrechts siehe *Faria Costa*, O perigo em direito penal, 2000, S. 401; *Faria Costa*, Noções fundamentais de direito penal, 2009, S. 20.

¹²⁹ Vgl. etwa *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990, S. 230 ff.

¹³⁰ Dazu siehe *Bröckers*, Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit, 2015, S. 27 f.

Gegenstand eines normativen Satzes zu machen. Das *Sollen* eines unmöglichen Geschehens ist unlogisch. (3) Die ethische Ebene. Es macht überhaupt keinen wertenden Sinn, ein unveränderliches und kausal-determiniertes *Sein* – also ein mit dem Zeichen der Bestimmtheit und nicht der Unbestimmtheit versehenes Sein – zum Gegenstand eines ethischen Satzes zu machen. Es gibt keine Möglichkeit innerhalb eines Wertesystems, eine determinierte, naturalistische Realität als gerecht oder ungerecht zu betrachten. Ein gutes Beispiel hierfür ist die menschliche *conditio* als sterbliches Wesen: Es ist in ethischer Hinsicht unmöglich, das Faktum der Sterblichkeit des Menschen als gerecht oder ungerecht zu betrachten, da es eine determinierte Realität – ein *Sein*, das stets immer *ist* – darstellt, die jegliche Möglichkeit, Unbestimmtheit und Probabilität ausschließt.

Damit lässt sich festhalten, dass es einen inneren Zusammenhang zwischen Normativität und Möglichkeit bzw. Unbestimmtheit gibt. Kurzum, keine Normativität ohne Unbestimmtheit bzw. Möglichkeit. Genau in diese Richtung geht eine neue These von Möllers:

»Normen sind [...] als positiv markierte Möglichkeiten zu verstehen. Normen verweisen auf einen möglichen Zustand oder ein mögliches Ereignis. Unmögliches zum Gegenstand einer Norm zu machen, ist sinnlos [...]. Von Normativität ist also nur dort die Rede, wo unterstellt wird, dass die Welt anders sein könnte.«¹³¹

Der sog. *Neurodeterminismus* – Grundlage der neuen Ergebnisse der Hirnforschung im Rahmen der Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie – nimmt eine externe Perspektive auf die menschliche Handlung ein. Aus der Beobachterperspektive der empirischen Natur werden menschlicher Wille und Subjektivität auf naturwissenschaftlich beschreibbare, kausal-biologische Prozesse reduziert.¹³² Das menschliche Handeln verwandelt sich in ein bloß determiniertes, naturalistisches Ereignis, das keinen Raum für die Indetermination der Subjektivität übrig lässt. Aus der Dritten-Person-Perspektive wird die Subjektivität durch den biologisch gefassten Körper absorbiert und als ein Phänomen betrachtet, das sich jenseits der wissenschaftlichen Beweisbarkeit befindet.¹³³

Bei der naturalistischen Konzeption handelt es sich um die epistemologische Operation der Objektivierung des Subjekts, indem es zum Gegenstand der empirischen Natur gemacht wird, der – wie andere natürliche Ereignisse auch – kausalen Gesetzen unterworfen ist. Die Konsequenzen des *Neurodeterminismus* für den Schuldbegriff und für den Begriff von der subjektiven

¹³¹ Möllers, Die Möglichkeit der Normen, 2015, S. 13.

¹³² Dazu siehe Singer, Ein neues Menschenbild?, 2003, S. 20 ff. Zum Neurodeterminismus siehe auch Ramos Vázquez, La pregunta por la libertad de acción, in: Crespo/Calatayud (Hrsg.), Neurociencias y derecho penal, 2013, S. 144.

¹³³ Vgl. Hillenkamp, Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht, ZStW 127/1, 2015, S. 37 ff. So ist es im Übrigen bei v. Liszt.

Verantwortung i. w. S. sind im Grunde genommen folgende: (1) Da, wie bereits dargelegt, sowohl Vergeltung als auch Generalprävention Unbestimmtheit voraussetzen – sie sind ja sinnlos im Rahmen eines durch Naturgesetze vollständig determinierten Menschenbildes –, versperrt der *Neurodeterminismus* die Möglichkeit eines Schuldstrafrechts, und zwar selbst dann, wenn die individuelle Freiheit für kriminalpolitische generalpräventive Zwecke nur angenommen oder zugeschrieben wird, wie es beim strafrechtlichen Funktionalismus der Fall ist.¹³⁴ Was übrig bleibt, ist die reine Spezialprävention, vor allem die negative, die sich mit Gefährlichkeit (Perikulosität) und Sozialverteidigung¹³⁵ verbindet. Auf solche Weise verkommt das Strafrecht zu einem Maßregelrecht, in dem wir uns vor gefährlichen Individuen verteidigen, als ob sie eine objektive Naturgefahr wären.¹³⁶ (2) Der Versuch, im Rahmen eines neurodeterministischen Ansatzes die Idee der individuellen Verantwortung beizubehalten, führt zwangsläufig zur objektiven Verantwortlichkeit. Und dies wäre in aller Deutlichkeit ein Verstoß gegen das Schuldprinzip – *nulla poena sine culpa*.

I. Neurodeterminismus

Die Konsequenzen einer Erweiterung der naturalistischen Deutung der Welt auf menschliche Handlungen beleben eine alte Diskussion wieder. Als reiches Diskussionsfeld kann an den polemischen Schulenstreit des späten 19. Jahrhunderts zwischen der klassischen Schule (Binding) und der sog. modernen Schule (v. Liszt) – also zwischen Metaphysik und Naturwissenschaft –

¹³⁴ In Bezug auf die individuelle Freiheit nimmt der strafrechtliche Funktionalismus eine agnostische Perspektive ein. Der konsequentialistische Funktionalismus ist weder von der Existenz noch von der Nicht-Existenz der individuellen Freiheit überzeugt und schreibt daher individuelle Freiheit zu, wenn es notwendig ist – ein aus gesellschaftlichen Gründen notwendiges *Als-ob*. Dies ist ein kognitivistischer Skezismus auf epistemologischer Ebene, der den Determinismus und die Möglichkeit des Indeterminismus für vereinbar hält. Dazu siehe *Bröckers*, Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit, 2015, S. 53 ff. Der strafrechtliche Funktionalismus ist Gegenstand des 3. Kapitels der vorliegenden Untersuchung.

¹³⁵ Zum Begriff der Perikulosität sowie zu den Grundlagen und Funktionen der Maßregeln siehe *Sinn*, Was ist Strafe und was ist Maßregel?, 2014, S. 125 ff.; *Eser*, Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht, in: Festschrift für Müller-Dietz, 2001, S. 213 ff.; *Frisch*, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 102/2, 1990, S. 343 ff. Zum Zusammenhang zwischen der Ideologie der Sozialverteidigung und der Neurowissenschaft siehe *Ruske*, Ohne Schuld und Sühne, 2010, S. 15 ff. und 332 ff.

¹³⁶ Zur Möglichkeit, Maßregeln als Alternativen zur Schuld zu betrachten und auch zur Unvereinbarkeit zwischen einem Strafrecht der Schuld als ethischer Vorwerfbarkeit und den neueren Ergebnissen der Hirnforschung – *Neurodeterminismus* – siehe *Detlefsen*, Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips, 2006, S. 336 ff.

erinnert werden.¹³⁷ In den letzten Jahren lässt sich angesichts der Befunde der Hirnforschung eine Wiederbelebung der Diskussion beobachten.¹³⁸ Die Neurowissenschaft beansprucht, eine Leitwissenschaft zu werden,¹³⁹ indem sie sozusagen eine Kolonisierung der Sozial- und Geisteswissenschaften herbeiführt. Angriffsmittel ist die Deutung subjektiver und intersubjektiver Phänomene anhand naturalistischer Methoden.¹⁴⁰ Die Analyse der Folgen des damit in Gang gesetzten *Neurodeterminismus* für die Strafrechtswissenschaft ist der Gegenstand der folgenden Überlegungen.

a) Kompatibilismus, Inkompatibilismus und Skepzismus – Eine Abgrenzung

Die Ergebnisse der Hirnforschung können in Bezug auf ihre Auswirkungen auf das Strafrecht auf verschiedene Weisen interpretiert werden. Jeder Interpretation liegt eine grundsätzliche Stellungnahme über das Verhältnis zwischen Determinismus und individueller Freiheit zugrunde. Das Dilemma zwischen der Existenz der kausalen Naturgesetze einerseits – »Wir benötigen den Determinismus, um das Geschehen auf dieser Welt überhaupt verstehen zu können« – und der Notwendigkeit der Unbestimmtheit menschlichen Verhaltens andererseits – »Gleichwohl aber benötigen wir offenbar auch den Indeterminismus, um uns als verantwortliche Wesen verstehen zu können«¹⁴¹ – bildete bereits im 18. Jahrhundert den Kern der dritten Antinomie der reinen Vernunft bei Kant. Vom Dualismus Natur/Kausalität/Beschreibung einerseits und Transzendentalität/Freiheit/Normativität andererseits ausgehend stellte Kant die These auf: »Die Kausalität nach Gesetzen der Natur ist nicht die einzige, aus welcher die Erscheinungen der Welt insgesamt abgeleitet werden können. Es ist noch eine Kausalität durch Freiheit zur Erklärung derselben anzunehmen notwendig.«¹⁴² Kant begründete somit die individuelle Freiheit auf einer transzendentalen Ebene jenseits empirischer Kausalität. Dabei konnte die Ebene der Unbestimmtheit der Handlung nicht von Naturgesetzen angetastet werden.¹⁴³

¹³⁷ Dazu siehe *Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, S. 594 ff.

¹³⁸ Vgl. *Bröckers*, Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit, 2015, S. 17 ff. Dazu *Hallmann*, Gebundene Freiheit und strafrechtliche Schuld, 2017.

¹³⁹ Vgl. etwa *Dreher*, Die Willensfreiheit, 1987, S. 261 ff.

¹⁴⁰ Vgl. *Pauen/Roth*, Freiheit, Schuld und Verantwortung, 2008, S. 69 ff.; *Pauen*, Illusion Freiheit?, 2005, S. 175 ff.

¹⁴¹ *Bröckers*, Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit, 2015, S. 257 f.

¹⁴² *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1787, S. 472 – B. Dazu siehe auch *Gerlach*, Wie ist Freiheit möglich?, 2010, S. 194 f.

¹⁴³ Vgl. *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1787, S. 472 ff. – B. Zur dritten Antinomie der reinen Vernunft siehe auch *Schönecker*, Kants Begriff transzendentaler und praktischer Freiheit,

Aufgrund der neurodeterministischen Bewegung ist die Spannung zwischen Natur und Freiheit, die Kant in der dritten Antinomie der reinen Vernunft formulierte, aktueller denn je. Darauf aufbauend lassen sich die bedeutendsten theoretischen Optionen der Gegenwart einordnen, und zwar nach ihrer Zugehörigkeit zum Kompatibilismus, Inkompatibilismus und/oder Skeptizismus (einer Art von Kompatibilismus): (1) Der Determinismus der Naturgesetze existiert lediglich für Phänomene der Natur und erreicht die menschliche Freiheit deswegen nicht, weil diese eine Grundlage in einer mit der Naturwissenschaft unvereinbaren methodologischen Ebene hat. Diese Position findet man beispielsweise in der dualistischen These Kants, die ein nicht-naturalistischer Inkompatibilismus in Bezug auf die individuelle Freiheit ist.¹⁴⁴ (2) Der Determinismus der Naturgesetze trifft auf die individuelle Freiheit und negiert sie. Dieser Ansatz beansprucht ein kognitivistisches Privileg der naturalistischen Empirie gegenüber der Freiheit und verteidigt die unverrückbare Unvereinbarkeit zwischen individueller Freiheit und dem Determinismus der Neurowissenschaft. Es wäre demnach eine Frage der Zeit, bis das Schuldstrafrecht und die subjektive Verantwortlichkeit der neurowissenschaftlichen Aufklärung Platz machten. Es handelt sich hierbei um einen Inkompatibilismus naturalistischer Art.¹⁴⁵ (3) Der Determinismus der Naturgesetze, dem ebenso ein kognitives Privileg eingeräumt wird, die individuelle Freiheit zwar anzutasten, aber ihre Existenz nicht negiert. Auch die Möglichkeit eines Schuldstrafrechts und der damit einhergehenden subjektiven Verantwortung werden dabei nicht ausgeschlossen. Dieser kompatibilistische Ansatz setzt einen minimalistischen, naturalistischen Freiheitsbegriff voraus, der sowohl mit dem *Neurodeterminismus* als auch mit dem Schuldstrafrecht vereinbar sein soll.¹⁴⁶ (4) Nach der vierten Position berührt der Determinismus der Neurowissenschaft zwar die individuelle Freiheit, aber nur in dem Sinne, dass die ontologische Willensfreiheit eine transzendente Illusion darstelle, da sie nicht verifiziert werden könne. Immerhin besteht dieser Ansatz ebenso wenig auf die Nichtexistenz der Freiheit

2005, S. 1 ff.; *Llompарт*, *Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts*, 1993, S. 189 ff.

¹⁴⁴ »Kant is an incompatibilist about free will and determinism.« *Vilhauer*, *Incompatibilism and Ontological Priority in Kant's Theory of Free Will*, in: Muchnik (Hrsg.), *Rethinking Kant*, 2008, S. 28. Im Rahmen des Strafrechts vertreten diese Konstruktionen Welzel, Figueiredo Dias, Wulff u. a. Dies ist Gegenstand des 2. Kapitels. Vgl. *Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 1969, S. 140 ff.; *Figueiredo Dias*, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 1995, S. 19 ff.; *Wulff*, *Die Existenziale Schuld*, 2008, S. 274 ff.

¹⁴⁵ Als Beispiel eines solchen Weges sind u. a. zu nennen Singer, *Ein neues Menschenbild?*, 2003, S. 13; *Delefsen*, *Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips*, 2006, S. 340 f.

¹⁴⁶ Beispiele hierzu sind Pauen, einige der Werke Libets und – mit einigen Einschränkungen – Bieri. Vgl. Pauen/Roth, *Freiheit, Schuld und Verantwortung*, 2008, S. 165 ff.; *Libet*, *Do we have free will?*, *Journal of Consciousness Studies* 6/8–9, 1999, S. 47 ff.; *Bieri*, *Das Handwerk der Freiheit*, 2001, S. 80 ff.

und schreibt individuelle Freiheit dann zu, wenn es aus gesellschaftlichen, generalpräventiven Gründen notwendig erscheint. Individuelle Freiheit wird bei diesem konsequentialistischen Skeptizismus zu dem, was man für Ordnung und Stabilität aus gesellschaftlicher Perspektive (Generalprävention) braucht. Daher geht es in Wirklichkeit um ein utilitaristisches *Als-ob*. Solch ein kompatibilistisches Begründungsmodell lässt sich in strafrechtlichen Funktionalismen wiedererkennen, die das *Anders-Handeln-Können* in irgendeiner Weise entschärfen.¹⁴⁷ (5) Schließlich besagt die fünfte Position, dass sich weder die individuelle Freiheit noch die Natur auf einer kausalen Ebene befinden. Diese Option ist einigen Strömungen der Chaos- und Quantentheorie verpflichtet, wonach die Kausalität bzw. der Determinismus bloße Illusionen unseres Geistes darstellen, die der Erzeugung einer fiktiven Ordnung im Chaos dienen.¹⁴⁸

Die vorliegende Untersuchung begeht den Weg der zuerst genannten Position, nämlich des nicht-naturalistischen Inkompatibilismus, um ihn für eine für die strafrechtliche Normativität angemessene Konzeption von individueller Freiheit fruchtbar zu machen. Ein fundamentaler Unterschied zum kantischen Ansatz wird jedoch darin bestehen, dass es nicht die transzendente, sondern die sozialphilosophische Ebene ist, die sich der naturwissenschaftlichen Methode enthebt. Die damit verbundenen historischen intersubjektiven Prozesse der Generierung der Bedeutung individueller Freiheit kennen nicht die kantische Kluft zwischen dem *Sein* und dem *Sollen* in Bezug auf soziale Tatsachen. Dies ist ein Kennzeichen des methodologischen Wegs der Sozialphilosophie hegelscher Prägung, die sich in diesem Punkt wie selbstverständlich von dem Weg Kants entfernt. Im nächsten Abschnitt werden die zweite und dritte Alternativen analysiert, die die gegenwärtige naturalistische Konzeption individueller Freiheit im Kern darstellen.¹⁴⁹ Die vierte Alternative wird im dritten Kapitel über den Funktionalismus herausgearbeitet; die fünfte Position ist für die vorliegende Untersuchung irrelevant.

¹⁴⁷ Siehe z. B. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2006, S. 868 ff. Es ist nicht falsch, Klaus Günther teilweise diesem Ansatz zuzuordnen, da auch er eine Operation von Zuschreibung individueller Freiheit als Grundlage der Schuld voraussetzt, allerdings mit dem fundamentalen Unterschied, dass er nicht mit konsequentialistischen Präventionsargumenten, sondern mit der Theorie des kommunikativen Handelns operiert. Vgl. *Günther*, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, S. 2 ff. Günthers Ansatz wird im 4. Kapitel analysiert.

¹⁴⁸ Zu diesem Weg siehe, *Heller*, *Ernst Mach. Wegbereiter der modernen Physik*, 1964, S. 50; *Cassirer*, *Determinismus und Indeterminismus in der modernen Physik*, 2004, S. 131 ff.

¹⁴⁹ Instrukтив über die beiden Wege – naturalistischer Kompatibilismus und naturalistischer Inkompatibilismus im Rahmen der Hirnforschung – *Hillenkamp*, *Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht*, *ZStW* 127/1, 2015, S. 1 ff.