

Schuldprinzip und Fahrlässigkeit

Dissertation
zur Erlangung des Grades
einer Doktorin des Rechts
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von
Katrin Borchers

Tag der Disputation: 11. Februar 2009

Amtierender Dekan: Univ.-Prof. Dr. Maximilian Herberger

Berichtersteller: 1. Univ.-Prof. Dr. Heinz Koriath
2. Univ.-Prof. Dr. Carsten Momsen

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Herbst 2008 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes als Dissertation angenommen worden. Herrn Prof. Dr. Heinz Koriath möchte ich an dieser Stelle besonders für die Vermittlung eines Zugangs zu den Grundlagen des Strafrechts danken. Für die Übernahme der Zweitkorrektur danke ich Herrn Prof. Dr. Carsten Momsen. Mein herzlicher Dank gilt darüber hinaus allen, die mich beim Schreiben und Redigieren der Arbeit moralisch, durch ihre Bereitschaft zum Lesen und durch anregende Diskussionen unterstützt haben.

Berlin, im März 2010

Katrin Borchers

Inhalt

I. Einleitung	1
II. Schuldprinzip und Schuld	5
1. Das Schuldprinzip	5
a) Die restriktive Funktion des Schuldprinzips	5
<i>aa) Retributive Gerechtigkeit</i>	<i>6</i>
<i>bb) Faire Behandlung des Einzelnen</i>	<i>7</i>
b) Funktionen von Schuld gegenüber Strafe in Abhängigkeit von Straftheorien	8
<i>aa) Funktion von Schuld nach absoluten Straftheorien</i>	<i>8</i>
<i>bb) Funktion von Schuld nach Vereinigungslehren</i>	<i>10</i>
<i>cc) Funktion von Schuld nach präventiven Straftheorien</i>	<i>11</i>
2. Auffassungen zur Schuld	12
a) Schuldlehren	12
<i>aa) Lehren, die unabhängig vom Strafzweck der Prävention gebildet werden</i>	<i>12</i>
(1) Lehren von der „Zurechnung“	12
(2) Systematische Schuldlehren	14
(2.1) Normentheorie und Willensschuld bei Binding	15

(2.2) Naturalismus: Psychologischer Schuldbegriff	17
(2.3) Normative Schuldlehren	18
(2.3.1) Der „komplexe“ Schuldbegriff	20
(2.3.2) Lehre vom normativen Schulselement	28
(2.3.3) Der „rein“ normative Schuldbegriff	29
(2.3.4) Die analytische Position Kelsens	32
(2.4) Der Schuld-dialog nach Haft	33
<i>bb) Präventiv orientierte Lehren</i>	34
(1) Lehren von der „Zurechnung“	34
(2) Systematische Schuldlehren	36
(2.1) Naturalismus	36
(2.1.1) Systematik bei v. Liszt	36
(2.1.2) Symptomatische Lehre	37
(2.2) Normative Schuldlehren	37
(2.3) Die Generalisierung bei Hold von Ferneck	45
(2.4) Systemtheoretischer Ansatz: Schuld als Mittel zur Verwirklichung positiver Generalprävention bei Jakobs	46
b) Positionen gegen eine strafrechtliche Schuld und das Schuldprinzip	50
c) Kritik und Begründung eines Schuldbegriffs	52
<i>aa) Zur Grundlegung von Schuldprinzip und strafrechtlicher Schuld</i>	52
(1) Rechtfertigung des Schuldprinzips in seiner restriktiven Funktion: Geltung als verfassungsrechtlicher Grundsatz	53
(1.1) Zum naturrechtlichen Ansatz	53
(1.2) Verfassungsrechtliche Verankerung des Schuldprinzips	54

(2) Freiheit	60
(2.1) Positionen zur Freiheit	61
(2.1.1) Der Indeterminismus	61
(2.1.2) Der Determinismus	63
(2.1.3) Die Handlungsfreiheit	64
(2.1.4) Die „epistemisch begründete Freiheit“	64
(2.1.5) Weitere pragmatische Positionen aus den Schuldlehren	65
(2.2) Grundlage für strafrechtliche Schuld	66
(3) Trennung zwischen rechtlicher und moralischer Schuld	67
(4) Das Schuldprinzip und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit	69
(5) Schuldprinzip und präventive Schuldlehren	69
(5.1) Generelle Argumente gegen präventiv orientierte Schuldlehren	70
(5.2) Kritik an einzelnen Ansätzen	70
(6) Das Schuldprinzip und der generalisierende Ansatz Hold v. Fernecks	73
<i>bb) Begründung des „komplexen“ Schuldbegriffs</i>	73
(1) Die Konstruktion des Schuldbegriffs	74
(1.1) Psychologischer und „rein“ normativer Schuldbegriff	74
(1.2) „Komplexer“ Schuldbegriff	76
(2) Fehlen eines psychischen Sachverhalts?	77
(2.1) Normativismen, Negationen und Potentialitäten	77
(2.2) Zu Kelsens Position	78
<i>cc) Das Problem der Erkenntnis von Psychischem</i>	79

<i>dd) Die Art des für die Schuld erforderlichen psychischen Zustandes</i>	82
(1) Der Wille	82
(1.1) Waismanns Analyse	82
(1.2) Folgerungen der Behavioristen aus dem Leib - Seele - Problem; Ryles Position	85
(1.3) Weitere Ansätze	89
(1.3.1) Wollen als Erklärungsgrund für Handlungen	89
(1.3.2) Implizites Wollen	92
(1.4) Zusammenfassung zum Willensbegriff	93
(1.5) Ertrag für die strafrechtliche Schuld	96
(2) „Verstandesschuld“	97
(3) Gesinnung	98
(3.1) Gesinnungsbegriffe	98
(3.2) Generelle Kritik am Kriterium der Gesinnung	99
(3.3) Spezielle Kritik am Kriterium der „dauerhaften Gesinnung“	100
(4) Die Vorstellung von der Tat	102
(4.1) Ablehnung einer „Willensschuld“	102
(4.2) Der Inhalt der Vorstellung: Die Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg und das Unrechtsbewusstsein	104
(4.3) Das Maß der Gewissheit	105
<i>ee) Koinzidenz von Tat und Schuld?</i>	106
<i>ff) Ergebnis zum Schuldbegriff</i>	108

III. Fahrlässigkeitsschuld	109
1. Was ist Fahrlässigkeit?	109
a) Charakter der Fahrlässigkeit	109
b) Fahrlässigkeit als Form des Unrechts und der Schuld	110
c) Sorgfaltsmaßstäbe	111
d) Bewusste und unbewusste Fahrlässigkeit	111
e) Rechtsfahrlässigkeit	112
2. Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld	113
a) „Willensschuld“	114
aa) <i>Wollen</i>	114
(1) Wollen des rechtswidrigen Erfolges	114
(1.1) Hegelianer	114
(1.2) Der „Willensinhalt“ bei Baumgarten	116
(1.3) Bindings unbewusstes Wollen	116
(1.4) Kelsens juristischer Wille	117
(2) Wollen der gefährlichen Handlung oder der Gefahr	118
(3) Wollen eines sorgfaltswidrigen Verhaltens	121
(4) Fehlerhaftes Wollen eines Verhaltens	124
bb) <i>Unterlassung des Wollens</i>	125
(1) Unterlassung, die rechtlich gebotene Vermeidung der rechtswidrigen Tat zu wollen (sog. „negativ böser Wille“)	125
(2) Unterlassung, die rechtlich gebotene Sorgfalt anwenden zu wollen	125
(3) Unterlassung, sich selbst erziehen zu wollen	126
b) „Wissensschuld“	127
c) „Gesinnungsschuld“	128
aa) <i>Dauerhafte Gesinnung</i>	128

<i>bb) Einzeltatgesinnung</i>	135
d) Außerachtlassung der rechtlich gebotenen Sorgfalt	144
e) Normwidrigkeit eines Sachverhalts	145
f) Vorausssehbarkeit und Vermeidbarkeit der Tat	146
g) „Verstandesschuld“	149
h) Kombinationen	150
 3. Ablehnung eines Fahrlässigkeitskriteriums	 152
a) Unbewusste Fahrlässigkeit	152
b) Alle Fahrlässigkeit	155
 4. Untersuchung der Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld	 157
a) Untersuchung der Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld nach Bezugsmomenten von Fahrlässigkeitskriterien und nach sonstigen Fahrlässigkeitskriterien	158
<i>aa) Wollen</i>	<i>158</i>
(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren	158
(1.1) Unbewusster Wille	158
(1.2) Willensvermögen	159
(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips	159
<i>bb) Unterlassung des Wollens</i>	<i>160</i>
(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren	160
(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips	161
<i>cc) Vorstellung</i>	<i>162</i>
- Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips -	
<i>dd) (Fehlerhafte) Gesinnung, Gesinnungsfehler, Fehlen der erwarteten Gesinnung</i>	<i>163</i>
(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren	163
(1.1) Kriterien und Begriffe	163

(1.2) Unstimmigkeiten mit den Anforderungen von Naturalismus und komplexem Schuldbegriff	164
(1.3) Dauerhafte Gesinnung	165
(1.4) Einzeltatgesinnung	167
(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips	170
<i>ee) Außerachtlassung der rechtlich gebotenen Sorgfalt</i>	171
(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren	171
(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips	172
<i>ff) Normwidrigkeit eines Sachverhalts</i>	173
- Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips -	
<i>gg) Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit der Tat</i>	173
(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren	173
(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips	174
<i>hh) Verstandesschuld</i>	175
(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren	175
(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips	175
<i>ii) Kombinationen</i>	176
(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren	176
(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips	176
b) Untersuchung der Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld	177
nach Bezugsobjekten	
<i>aa) Wollen der Tat einschließlich des rechtswidrigen Erfolges</i>	177
- Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren -	
<i>bb) Vorstellung der Tat als möglich/ wahrscheinlich</i>	178
- Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips -	
<i>cc) Wollen der gefährlichen Handlung oder der Gefahr</i>	179
(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren	179
(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips	181

dd) <i>Wollen oder Unterlassen des Wollens eines pflichtwidrigen Verhaltens</i>	182
(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren	182
(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips	184
ee) <i>Fehlerhaftes Wollen der Handlung oder der Unaufmerksamkeit</i>	186
(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren	186
(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips	186
ff) <i>Unterlassung, sich selbst erziehen zu wollen oder Unterlassung der Selbsterziehung</i>	187
(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren	187
(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips	188
gg) <i>Gesinnung, bezogen auf das Rechtsgut, das Unrecht oder soziale Anforderungen</i>	188
(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren	188
(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips	190
hh) <i>Kombinationen</i>	190
(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren	190
(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips	191
c) Zur Tat - Schuld - Koinzidenz	192
aa) <i>Schuld vor dem Unrecht</i>	192
bb) <i>Schuld nach dem Unrecht</i>	195
 5. Konsequenzen für die Fahrlässigkeitsschuld	 196
 IV. Ergebnis	 199
Literaturverzeichnis	200

I. Einleitung

In dieser Arbeit wird dazu Stellung bezogen, ob die Strafbarkeit fahrlässiger Taten nach dem Strafgesetzbuch mit dem Schuldprinzip vereinbar ist. Dies erfordert es zu klären, ob und inwieweit von einer Schuld des fahrlässigen Täters ausgegangen werden kann. Die „Fahrlässigkeitsschuld“ ist ein unbequemes Thema, das dazu zwingt, sich mit der Frage zu beschäftigen, ob jemand strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden darf, der nichts Unrechtes wusste und wollte. Es zwingt dazu, die Diskussion über den strafrechtlichen Schuldbe-
griff aufzurollen. Dass die Auseinandersetzung mit der Fahrlässigkeitsschuld dadurch bedingt ist zu klären, was strafrechtliche Schuld ausmachen soll,¹ muss betont werden. Die Frage nach der Schuld der Fahrlässigkeit steht nicht umgekehrt unter der Prämisse, dass Fahrlässigkeitstaten jedenfalls schuldhaft begangen werden könnten und der Schuldbe-
griff sich auch an der Fahrlässigkeit ausrichten müsse. Denn damit würden die Bedeutung des Schuldprinzips und die daraus folgende Funktion von Schuld ignoriert werden.

Die aktuelle strafrechtliche Dogmatik scheint die Auseinandersetzung mit der Fahrlässigkeitsschuld zu vernachlässigen. Ihre Blütezeit hat die Diskussion dieser Frage in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts erlebt. Wesentliche Beiträge dazu finden sich in der neueren Literatur wenige; wirklich neue gedankliche Ansätze werden kaum entwickelt. Selbst die umfängliche Arbeit zur Bestimmtheit der Fahrlässigkeit von Duttke meidet eine eigene Position zur Fahrlässigkeitsschuld, auch aus Respekt vor dem strafrechtlichen Schuldbe-
griff als einem der größten Streitpunkte des Strafrechts überhaupt.² Obwohl es von höchster Brisanz ist, ob die täglich vorkommende Bestrafung versehentlicher Schädigungen den Schuldgrundsatz einhält, herrscht also alles andere als Klarheit über die Fahrlässigkeitsschuld.

Zu den Themen Schuld und Fahrlässigkeit ist selbstverständlich bereits viel gesagt worden. Das Ziel dieser Arbeit ist nicht die erschöpfende Darstellung und Aufarbeitung der dazu erschienenen juristischen Literatur, ein in diesem Rahmen ausgeschlossenes Unterfangen. Die Probleme, um die sich die strafrechtlichen Schuld- und Fahrlässigkeitstheorien ranken, haben sich seit dem Beginn der dogmatischen Auseinandersetzung mit Schuld und Fahrlässigkeit nicht geändert. Es soll versucht werden, das Thema analytisch anzugehen und die für die Fragestellung dieser Arbeit entscheidenden juristisch - dogmatischen und philo-

¹ Vgl. auch Duttke, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts bei Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 241; 244.

² Duttke, a.a.O., S. 244.

sophischen Fragestellungen anzusprechen, in ihrem Zusammenhang zu erfassen und eine Position dazu einzunehmen. Der wesentliche Aspekt des analytischen Ansatzes in der Philosophie, begriffliche Implikationen und argumentative Zusammenhänge möglichst klar herauszuarbeiten, soll hierbei als methodisches Vorbild dienen.

Es interessieren also allein die sachlichen Aussagen der unterschiedlichen Schuldlehren, die im Hinblick darauf zu betrachten sind, ob sie zur Begründung eines Schuldbegriffs und einer Fahrlässigkeitsschuld taugen. Um eine Diskussionsbasis zu erhalten, sind die maßgeblichen Lehren zu strafrechtlicher Schuld aus zum Teil recht unklar verfassten Texten zu extrahieren.

Die vorliegende Arbeit gliedert sich grob in zwei Teile. Der erste Teil betrifft die Klärung des Schuldbegriffs, der zweite die Vereinbarkeit der Auffassungen zu einer Fahrlässigkeitschuld mit diesem Schuldbegriff.

Es wird also zunächst herausgearbeitet, was unter strafrechtlicher Schuld verstanden werden soll.

Als Grundlage dafür werden die wesentlichen unterschiedlichen Auffassungen zu Schuldprinzip und Schuld dargestellt, die in der strafrechtlichen Literatur vertreten wurden und vertreten werden. Der komplexe Stoff ist auf die Diskussion zugeschnitten, in der ein Schuldbegriff herausgebildet werden kann.

In kritischer Auseinandersetzung mit diesen Auffassungen wird dann aus verfassungsrechtlicher Sicht zum Schuldprinzip Stellung genommen und *aus den Implikationen des Schuldprinzips* ein Schuldbegriff in seinen wesentlichen Zügen entwickelt. Es ist das dezidierte Anliegen dieser Arbeit, einen Schuldbegriff als übereinstimmend mit der Funktion des Schuldprinzips herauszuarbeiten. Denn der Schuldbegriff ist, wie gesagt, kein beliebig dehnbarer Begriff. Fixpunkt muss die begründete Funktion des Schuldprinzips sein. (Dies alles nachfolgend unter II.)

Es wird sich zeigen, dass dem Schuldprinzip von Verfassungs wegen eine restriktive Funktion beigemessen werden muss, d. h. eine Funktion, die dem Schutz des Einzelnen vor der Verhängung staatlicher Strafe dient. Die Bedingungen für das Vorliegen von Schuld haben etwas damit zu tun, dass es zumindest in der Macht der zu bestrafenden Person stand, das strafrechtlich relevante Ereignis zu verhindern, so dass der Bürger einer Bestrafung nicht machtlos ausgeliefert ist. Es lässt sich sagen, dass Strafe anderenfalls eine Haftung für „Zufall“ bedeuten würde.³

³ Dass die Bedeutung von „Zufall“ selbst nicht eindeutig ist und jeweils eigens zu bestimmen ist, erläutert Hurley, *Justice, Luck and Knowledge*, 2003, S. 106 ff.

Klassischerweise werden im Strafrecht Schuldhaftung und Zufallshaftung miteinander kontrastiert. Kein Verständnis des Schuldprinzips geht so weit, Strafe gerade davon abhängig zu machen, dass bestimmte Ereignisse in irgendeiner Form *zufällig* eingetreten sind. Das Schuldprinzip stößt hier an seine begriffliche Grenze. Eine Zufallshaftung ist also nicht als eine Implikation des Schuldprinzips und Zufall nicht als ein Kriterium für Schuld in Betracht zu ziehen. Wenn gleich der Zufall einen Faktor für menschliches Verhalten darstellt, kommt es auf ihn für den Begriff „Schuld“, wie er im Strafrecht gebraucht wird, eben nicht an. Der Diskussion, ob Zufall ein Kriterium für moralische Bewertung sein kann, in der Philosophie geführt unter dem Stichwort „moral luck“ oder „moralischer Zufall“⁴, bedarf es aus diesem Grund im Rahmen der Erörterung des strafrechtlichen Schuldbegriffs nicht.⁵ Sie greift über die Aufgabenstellung, die Überprüfung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nach dem StGB mit dem *Schuldprinzip*, hinaus. Das Thema der Arbeit lässt sich in diesem Zusammenhang auch so wenden: Erörtert wird, ob und inwieweit die Bestrafung fahrlässiger Taten eine Haftung für Zufall bedeutet.

Die Ausführungen zur Schuld berühren grundsätzliche Fragen der Schuldlehre. Es werden die Essentialia von Schuld dargelegt, die aus dem Schuldprinzip folgen und die auch ein Fahrlässiger zu erfüllen hat, um für schuldig erklärt zu werden. Es wird daher als Grundlegung von strafrechtlicher Schuld Stellung bezogen zur Frage des Andershandelnskönnens, der Freiheit. Rechtliche Schuld wird zudem von moralischer Schuld abgegrenzt und das Verhältnis zwischen Schuld und Prävention klargestellt. Dabei wird sich zeigen, dass es für Schuld nur auf individualisierte Kriterien ankommen kann. Verdeutlicht wird darüber hinaus die Struktur des Schuldbegriffs, das Erfordernis psychischer und normativer Momente sowie deren Verhältnis zueinander, eine Frage, die, wenn man sie ungeklärt lässt, Verwirrung bei der Analyse und Bewertung der Kriterien für eine Fahrlässigkeitsschuld stiftet.

Betreffend das für den Schuldbegriff wesentliche psychische Moment wird eingangs auf das allgemeine erkenntnistheoretische Problem eingegangen, und darauf basierend werden Begriffe aus der Sphäre des Psychischen, der Willensbegriff und der Gesinnungsbegriff, behandelt. Gerade weil viele Konstruktionen einer Fahrlässigkeitsschuld eine „klassische“ Schuld des Willens herbeizuzwingen versuchen, wird der Begriff des Willens besonders ausführlich erörtert. Die wenig aussagekräftigen strafrechtlichen Ausführungen dazu haben mich dazu

⁴ Vgl. grundlegend Williams, *Moralischer Zufall*, Aufsätze 1973 – 1980, 1984, S. 30 ff.; Nagel, *Moral Luck* in: *Mortal Questions*, 1979, S. 20 ff.

⁵ Selbst Williams (a.a.O., S. 37) grenzt das „zufällige“ Bewirken eines Ereignisses davon ab, dass der Handelnde an dem Ereignis „Schuld“ hat.

veranlasst, einen Schritt zurück zu treten und den Versuch zu unternehmen, einen plausiblen Willensbegriff aus dem Blickfeld elementarer analytisch – philosophischer Theorien herauszufiltern.

Wie ich meine zeigen zu können, ist eine Schuld des *Wissens* unausweichlich, wenn man das Schuldprinzip ernst nimmt.

Auf die Entwicklung des Schuldbegriffs folgen die Auffassungen zur Fahrlässigkeitsschuld, und zwar zwecks Übersicht in einem eigenen Abschnitt, geordnet nach den hier verwendeten Zurechnungskriterien (nachfolgend unter III. 1. - 3.). Die Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld werden schließlich analysiert und an den Vorgaben des Schuldprinzips und dem daraus entwickelten Schuldbegriff gemessen. Die Untersuchung gliedert sich wiederum nach den Zurechnungskriterien für Fahrlässigkeit, aufgeteilt nach wesentlichen Strukturelementen des Schuldbegriffs. Eine klare Unterscheidung der Kriterien ist nur um den Preis möglich, dass mitunter jeweils ähnliche Kritikpunkte angebracht werden (nachfolgend unter III. 4.).

Letztlich laufen diese Untersuchungen darauf hinaus, dass sich nicht alle Fahrlässigkeit als Schuld erfassen lässt und dem Schuldprinzip durch die Bestrafung fahrlässiger Taten nicht durchgängig genügt wird (vgl. unter III. 5.).

Die Lehren zu einer Fahrlässigkeitsschuld betreffen Fragen, die bereits der Schuldbegriff aufwirft und die im ersten Teil zu Schuldprinzip und Schuld erörtert werden. Fahrlässigkeitsschuld ist schließlich nur eine Form von Schuld. Deshalb sind im zweiten Teil zur Fahrlässigkeitsschuld Verweisungen auf den Schuldteil nicht zu vermeiden. Der Vorteil dieses zweigeteilten Aufbaus liegt in seiner Klarheit. Innerhalb der Zweigliederung kann ein Schuldbegriff aus einer komplexen Diskussion herausgearbeitet werden, und zwar unbehelligt von internen Unstimmigkeiten, die in den Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld vorkommen. Ist der Leser über den Schuldbegriff informiert, kann er sich leichter den Problemen einer Fahrlässigkeitsschuld zuwenden, als wenn die Ansätze für einen Schuldbegriff gemeinsam mit den Fahrlässigkeitslehren thematisiert und diskutiert werden würden. Es wird auf diese Weise also erstens dem Anliegen der Arbeit genügt, genau darzulegen, weshalb Lehren von der Fahrlässigkeitsschuld dem Schuldprinzip und dem daraus entwickelten Schuldbegriff entsprechen oder nicht entsprechen. Zweitens besteht derart die Möglichkeit, ihre zahlreichen internen Schwierigkeiten aufzuzeigen.

II. Schuldprinzip und Schuld

1. Das Schuldprinzip

Das Schuldprinzip besagt wörtlich, dass Strafe Schuld voraussetzt: „Nullum crimen, nulla poena sine culpa.“ (Kein Verbrechen, keine Strafe ohne Schuld.). Das Grundgesetz schreibt diesen Grundsatz nicht ausdrücklich fest. Im Strafgesetzbuch deutet § 46 Absatz 1 Satz 1 StGB, der Schuld als Grundlage der Strafzumessung voraussetzt, auf die Geltung des Schuldprinzips hin.⁶ Die Entwürfe zum StGB bekennen sich grundsätzlich zum Schuldprinzip.⁷ Auch die Rechtsprechung, das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof haben seine Geltung im deutschen Recht anerkannt, und dies befürwortet ebenso die ganz überwiegende Literatur. Bevor näher auf die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips eingegangen und seine Funktion im Rechtssystem dargelegt wird,⁸ sind eingangs in diesem Abschnitt die unterschiedlichen Bedeutungen zu veranschaulichen, die dem Schuldprinzip beigemessen werden.

Zunächst ist unter a) die Auffassung von der restriktiven Funktion des Schuldprinzips darzulegen. Daraufhin wird unter b) in Augenschein genommen, welche Funktionen Schuld gegenüber Strafe im Zusammenhang mit den Straftheorien einnimmt. Hieran zeigt sich, dass dem Schuldprinzip nicht allein eine restriktive Bedeutung beigemessen wird. Gleichzeitig erleichtert diese Sicht das Verständnis der Schuldlehren.

a) Die restriktive Funktion des Schuldprinzips

Wie die historische Entwicklung des Schuldprinzips zeigt, hat es sich als *restriktives* Prinzip herausgebildet, das den Einzelnen vor staatlichem Zugriff schützt,⁹ und allein diese Funktion verleiht dem Schuldprinzip eine eigenständige Bedeutung gegenüber sonstigen Interessen wie dem Interesse der Prävention. Durch folgende aufeinander aufbauende „Dimensionen“ (a) bis (e) des so verstandenen Schuldprinzips¹⁰ werden Anforderungen an Schuld gestellt, die einen Rahmen für die Bestimmung des Schuldbegriffs abstecken.

(a) Vorausgesetzt wird zunächst, dass Schuld subjektive Zurechnung bedeute, d. h. die Verbindung des „Bösen“, des strafrechtlichen Unrechts, mit einem Men-

⁶ Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 1996, S. 23 f.

⁷ Vgl. E 1962, Begründung S. 96, AE, Begründung S. 29.

⁸ Vgl. unter 2. c) aa).

⁹ Statt vieler Burckhardt in: GA 1976, S. 321 ff.; 336, Hassemer in: Baumgartner/ Eser, Schuld und Verantwortung, 1983, S. 92.

¹⁰ Hassemer, a.a.O., S. 91 - 102.

schen. Zugerechnet wird das Unrecht nur demjenigen, der es durch sein Verhalten in der Außenwelt bewirkt hat, der also durch seine Handlung das Ereignis, welches als Unrecht bewertet wird, verursacht hat. Bedingung dafür ist, dass Menschen überhaupt Kausalvorgänge steuern und Urheber von Ereignissen sein können.

(b) Schuld bedeutet eine besondere Art von Urheberschaft, die voraussetzt, dass der Urheber des Unrechts den Kausalverlauf im betreffenden Fall hätte anders steuern können, dass er also frei war. Schuld wird auch als „Dafür-Können“ für verursachtes Unrecht bezeichnet.

(c) Als Kriterium für Schuld gilt eine „innere Beteiligung am äußeren Geschehen“, d. h. am Unrecht, auch oft beschrieben als psychische Beziehung, die der Täter zur Tat hat.

(d) Schuld dient als Richtschnur für die Strafzumessung.¹¹ Vor allem die Intensität der inneren Beteiligung gilt als Maßprinzip.

(e) Schuld liegt nur vor, wenn dem Täter gegenüber wegen seiner inneren Beteiligung am äußeren Geschehen ein Vorwurf erhoben werden kann.

Mit Hilfe dieser Dimensionen soll das restriktiv verstandene Schuldprinzip eine gerechte Behandlung des Einzelnen gewährleisten, die dessen beliebige Instrumentalisierung für staatliche Zwecke durch Bestrafung verhindert. Eine derartige gerechte Behandlung ist im Allgemeinen darin zu sehen, dass unter Geltung des Schuldprinzips eine Strafe für *zufällig* eingetretene Ereignisse, d. h. grob gesprochen für solche, deren Eintreten oder Ausbleiben der Täter nicht in bestimmter Weise beeinflusst hat oder beeinflussen konnte, ausgeschlossen wird. Dieser Ausschluss von Zufallshaftung¹² soll jedenfalls durch die Dimensionen (a) bis (c) geleistet werden. Dadurch wird verhindert, dass der Einzelne der Strafpraxis des Staates machtlos ausgeliefert ist.

Dies einmal zugestanden, ist es möglich, genauer zwischen zwei Verständnissen von Gerechtigkeit, die dem Schuldprinzip beigelegt werden, zu unterscheiden, nämlich zwischen dem retributiven Verständnis von Gerechtigkeit und der fairen Behandlung des Einzelnen:

aa) Retributive Gerechtigkeit

Retributive Gerechtigkeit bedeutet den Ausgleich von Schuld i. S. von Vergeltung. Deshalb zu strafen, weil der schuldige Täter, der entsprechend den Dimensionen (a) bis (c) und nicht wegen des Eintretens eines Ereignisses, das er nicht

¹¹ Vgl. dazu das Prinzip der Strafzumessungsschuld bei Müller - Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, S. 45.

¹² Anstelle von „Zufallshaftung“ wird bei Erfolgsdelikten auch von „Erfolgshaftung“ gesprochen. Vgl. Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, S. 3, Hassemer, a.a.O., S. 95.

verhindern konnte, „etwas für die Tat kann“ und Strafe „*verdient*“ hat, entspricht dem Gedanken retributiver Gerechtigkeit. In diesem Sinne kann auch die Dimension (e) betrachtet werden, die fordert, einen Täter nur dann zu bestrafen, wenn sein Verhalten zu einem *Unwerturteil* über ihn berechtigt.¹³

bb) Faire Behandlung des Einzelnen

Der Rechtsphilosoph H. L. A. Hart meint, wenn auf Schuld als Voraussetzung von Strafe verzichtet werden und die Verhängung von Strafe sich nur an der utilitaristischen Fragestellung orientieren würde, wie Straftaten in einer Gesellschaft am effektivsten verhindert werden könnten, würde man zugleich auf die faire Behandlung des Einzelnen verzichten. Die faire Behandlung des Einzelnen hält Hart für den unverzichtbaren Kern des Schuldprinzips.¹⁴ Hierbei soll gewährleistet sein, dass jemand nur unter der Bedingung bestraft wird, dass er die Möglichkeit hatte, der *Bestrafung* als Konsequenz des eigenen Verhaltens planend zu begegnen und sie durch rechtmäßiges Verhalten zu vermeiden.¹⁵ Die Gerechtigkeit des Schuldprinzips liegt dann darin, dass der Bestrafte die Rechtsverletzung unter bestimmten psychischen Bedingungen herbeigeführt hat und unter diesen Bedingungen dazu in der Lage war, seine eigene Bestrafung zu *berechnen* und zwischen Verhaltensalternativen abzuwägen. Die einzelne Person, die als vernunftbegabtes Wesen betrachtet wird, soll so die Möglichkeit erhalten, einen Verhaltensspielraum, innerhalb dessen kein Konflikt mit dem Gesetz auftritt, zu erkennen und dem Konflikt auszuweichen. Insofern wird ihr die Freiheit gewährt, über ihre Zukunft zu bestimmen.¹⁶ Harts Auffassung von Gerechtigkeit wird auch mit der aus einer hinter dem „Schleier des Nichtwissens“ entstandenen fairen Übereinkunft aus Rawls' „Theorie der Gerechtigkeit“ verglichen.¹⁷ „Gerechtigkeit als Fairness“ soll nach Rawls den *Schutz* des Individuums vor einer für ihn *nicht berechenbaren* Inanspruchnahme durch die Gesellschaft gewährleisten: „Es wäre eine unerträgliche Belastung der Freiheit, wenn die Strafbarkeit nicht gewöhnlich auf Handlungen beschränkt wäre, die wir ausführen oder unterlassen können.“¹⁸

Die Optimierung der Bedingungen für diesen Freiheitsspielraum bezeichnet Hart als die *Maximierung individueller Freiheit* durch die Anforderungen an Schuld. Diese sollen ein „Wahlsystem“ gewährleisten, das es dem Einzelnen auf best-

¹³ Die Dimension (d), wonach sich auch das Strafmaß aus der Schuld ergeben soll, dient ergänzend der retributiven Gerechtigkeit. (Vgl. Frister, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988, S. 39; S. 14 Fn 3.)

¹⁴ H. L. A. Hart, Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law, 1968, S. 71 ff., 158 ff., 180 f.

¹⁵ Eine Grundlage dafür bieten die Dimensionen (a) und (c) des Schuldprinzips.

¹⁶ H. L. A. Hart, a.a.O., S. 181 f. Vgl. auch Frister, a.a.O., S. 39 f.

¹⁷ Vgl. Burkhardt in: GA 1976, S. 339.

¹⁸ Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 268.

mögliche Weise gestattet, sich für oder gegen seine eigene Bestrafung zu entscheiden.¹⁹

Wenn Hart meint, unter solchen fairen Bedingungen würde Strafe aus der Sicht von Täter und Gesellschaft „*mit Recht*“ gegenüber dem Täter verhängt werden²⁰, macht er die Bedingungen für die faire Behandlung des Einzelnen zum Kriterium für retributive Gerechtigkeit.

b) Funktionen von Schuld gegenüber Strafe in Abhängigkeit von Straftheorien

Näher zu betrachten sind nun die Funktionen, welche Schuld gegenüber Strafe in Abhängigkeit von verschiedenen *Straftheorien* und den darin vertretenen Strafzwecken ausfüllt. Dieser Blickwinkel erleichtert es, die Grundlinien der Schuldlehren nachzuvollziehen und eröffnet, dass Schuld nicht nach jeder Auffassung eine *restriktive* Funktion wahrnimmt, das Schuldprinzip also durchaus unterschiedlich interpretiert wird. Dabei geht es zunächst unter aa) um die absoluten Straftheorien, sodann unter bb) um die Vereinigungslehren unter Einbeziehung des Vergeltungsprinzips und schließlich unter cc) um die präventiven Straftheorien, die das Vergeltungsprinzip ausschließen.

aa) Funktion von Schuld nach absoluten Straftheorien

Wird das Strafen wie nach den *absoluten Straftheorien* losgelöst von gesellschaftlich förderlichen Zwecken gerechtfertigt, *fordert* Schuld Strafe, so dass sich die Formulierung des Schuldprinzips umkehren lässt in: „Wenn Schuld, dann Strafe“. Die Strafe bezweckt dann Vergeltung oder Sühne oder auch beides. Grundgedanke der Vergeltung ist es, eine gestörte soziale Ordnung wiederherzustellen, hierdurch wird *retributive Gerechtigkeit* geübt.²¹ Nach absoluten Straftheorien, die ausschließlich auf das *Vergeltungsprinzip* gegründet sind, dient Strafe dazu, Schuld durch ein ihr angemessenes Übel auszugleichen. Schuld ist hier notwendige und hinreichende Bedingung für Strafe. Als klassische Vertreter der absoluten Straftheorien gelten Kant²² und Hegel. Für Kant kann „richterliche Strafe (...) niemals bloß als Mittel, ein anderes gute zu befördern, für den Verbrecher selbst oder für die bürgerliche Gesellschaft verhängt werden, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er

¹⁹ H. L. A. Hart, a.a.O., S. 45 ff.

²⁰ H. L. A. Hart, Recht und Moral, in: ders., Recht und Moral, Drei Aufsätze, 1971, S. 81.

²¹ Vgl. Noll, Ethische Begründung der Strafe, 1962, S. 6.

²² Koriath (in: Jura 95, S. 632 ff.) betrachtet Kant als Vertreter einer Vereinigungstheorie, weil dieser die *Befugnis des Staates zu strafen* durch einen Staatsvertrag begründet.

verbrochen hat (...)“ „Denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wiewieder ihn seine angeborene Persönlichkeit schützt (...)“²³ Eben darin, dass die Verhängung von Strafen keine anderen Zwecke als den Schuldausgleich verfolgen darf, liegt der Respekt für die Würde der Person des zu Bestrafenden und damit die restriktive Funktion des Vergeltungsprinzips in den absoluten Straftheorien begründet.²⁴ Durch Kants „Inselbeispiel“ wird sehr deutlich, dass Strafe nicht durch ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft gerechtfertigt werden kann: „Selbst, wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflöste (z. B. dass eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen, und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Tathen wert sind.“²⁵ In Hegels Rechtsphilosophie demonstriert Strafe die Überlegenheit des allgemeinen Willens der Rechtsordnung gegenüber dem besonderen Willen des Verbrechers, der in der Rechtsverletzung zum Ausdruck gekommen ist. Letzterer wird durch die Strafe aufgehoben, und dies ist die „Wiederherstellung des Rechts“.²⁶ Auch Hegel verwirft sozial nützliche Ziele für Strafe: „Es ist mit der Begründung der Strafe auf diese Weise, als wenn man gegen einen Hund den Stock erhebt, und der Mensch wird nicht nach seiner Ehre und Freiheit, sondern wie ein Hund behandelt.“²⁷

Der besonders durch theologische Straftheorien vertretene Sühnegeranke bedeutet die Versöhnung des Täters mit der durch das Delikt verletzten Gesellschaft, und zwar durch eine eigene Leistung des Täters²⁸, die darin besteht, dass er die Strafe als gerechten Schuldausgleich annimmt und sich durch einen seelischen Verarbeitungsprozess sozial integriert.²⁹

²³ Kant, Die Metaphysik der Sitten, Werke Band VIII, 1968, S. 453.

²⁴ Hoeren/ Stallberg, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2001, S. 100 f.; Noll, a.a.O., S. 5.

²⁵ Kant, a.a.O., S. 455.

²⁶ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1989, § 99.

²⁷ Hegel, a.a.O., Zusatz zu § 99.

²⁸ Noll, a.a.O., S. 8.

²⁹ Roxin, Strafrecht AT Band I, 2006, § 3 Rn 10. Zu modernen Varianten absoluter Straftheorien vgl. die neo-idealistischen Straftheorien bei Roxin, a.a.O., § 3 Rn 47.

bb) Funktion von Schuld nach Vereinigungslehren

Unter Zugrundelegung so genannter Vereinigungslehren, die den Vergeltungs- und/ oder den Sühnegeranken mit dem Zweck der Verhinderung von Straftaten in der Zukunft (Prävention) durch Strafdrohung und/ oder Strafe miteinander verbinden, ist das jeweilige Verhältnis zwischen Schuld und Strafe nicht so klar zu bestimmen. Hier kann es zu Prinzipienkollisionen kommen.³⁰

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs beispielsweise werden die Prinzipien der Vergeltung, Sühne und Prävention sämtlich als Strafzwecke verfolgt. In der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fordert Schuld Strafe als „Ausgleich“ und bestimmt das Strafmaß, indem sie einen *Strafrahmen* festlegt. Nur die sich innerhalb dieses Strafrahmens bewegende Strafhöhe wird von präventiven Strafzwecken abhängig gemacht,³¹ so dass das Vergeltungsprinzip den Vorrang vor dem Strafzweck der Prävention erhält. Diese Bedeutung wird auch § 46 Abs. 1 S. 1 StGB beigemessen.³²

Hart dagegen begründet Strafe als Institution nur durch die Generalprävention und führt das Vergeltungsprinzip selbst als ausschließlich *restriktiv* ein. Vergeltung bilde kein Strafziel, sondern ein Kriterium bei der Zuerkennung von Strafe und bedeute, *dass nur derjenige bestraft werden dürfe, der das Recht aus freiem Entschluss gebrochen habe*.³³ Schuld fordert hier daher keine Strafe; sie ist notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für die Verhängung von Strafe.

Auf die bis hierher gezeigten Funktionen von Schuld gegenüber Strafe sind die meisten unter 2. a) aa) darzustellenden Schuldlehren zugeschnitten. Schuld wird dann so gefasst, dass sie Strafe als verdient erscheinen lässt. Eine Ausnahme bildet die analytische Position Kelsens, dessen Zurechnungskriterium sich nicht unmittelbar an dem Vergeltungsgedanken orientiert.

³⁰ Koriath in: Jura 1995, S. 625.

³¹ BGHSt 24, 132 (133 f.).

³² So Krey, Deutsches Strafrecht AT, Band 1, 2001, S. 54.

³³ Vgl. Hart, Punishment and Responsibility, S. 8 – 13. Schmidhäuser (Einführung in das Strafrecht, 1984, Abschn. 7, Rn 5) vertritt *je nach Betrachtungswinkel* einen anderen Strafzweck: Zweck der staatlichen Institution Strafe sei die Generalprävention, die auf das Straferlebnis bezogene Zweckvorstellung und das Sinnerlebnis des Strafrichters und Bestraften von Strafe seien aber Vergeltung bzw. Sühne.

cc) Funktion von Schuld nach präventiven Straftheorien

Andere Straftheorien schließen die Konzepte von Vergeltung und Sühne hingegen ausdrücklich aus.³⁴ Hier kommt es nur darauf an, durch Strafdrohung und/oder Strafe auf eine oder verschiedene Wirkungsweisen Prävention zu erreichen. Einige Autoren vertreten den Standpunkt, Strafe *fordere nur der Zweck der Prävention*. Das Schuldprinzip soll hiernach dafür sorgen, dass jemand, wenn aus präventiven Gründen seine Bestrafung geboten ist, vor staatlicher Willkür geschützt wird.³⁵ Schuld ist dann wie bei Hart notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für Strafe. Es ist also zweifelhaft, ob dann das Vergeltungsprinzip und der damit verbundene Gedanke retributiver Gerechtigkeit wirklich ausgeschlossen und nicht als rein restriktiv erhalten wird. Dies liegt dort besonders nahe, wo Schuld die obere Grenze und damit einen Maßstab für Strafe bilden soll³⁶.

Aus der Sicht anderer Autoren wiederum *fordert Schuld Strafe* und ist sowohl notwendige als auch hinreichende Bedingung für Strafe, weil Schuld selbst vollständig nach präventiven Erfordernissen bestimmt wird. Sie fungiert dann anders als in den bisher beschriebenen Konstellationen als Mittel zur Erreichung des Strafzwecks.³⁷ Auch das Strafmaß wird konsequenterweise durch den präventiven Strafzweck selbst begründet. Eine originär restriktive Funktion verbleibt Schuld hier nicht.

Diese unter cc) genannten Funktionen übernimmt Schuld in den unter 2. a) bb) folgenden präventiv orientierten Schuldlehren. Hier hat Schuld häufig selbst eine präventive Funktion inne, so dass ihre Kriterien von den Mitteln der Prävention abhängen.

³⁴ Z. B. Roxin in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 1973, S. 316 f., Schünemann in: ders., Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 170.

³⁵ So Roxin in: FS für Bockelmann, 1979, S. 296.

³⁶ Vgl. Roxin (a.a.O., S. 320 f.), welcher der Schuld die Aufgabe zuteilt, die Strafobergrenze festzulegen. Schünemann (a.a.O., S. 157 f.) dagegen hält eine „Korrelation zwischen Schuldumfang und Strafhöhe gänzlich für verfehlt“.

³⁷ Vgl. Jakobs, Schuld und Prävention, 1976, S. 32: „(...) die Schuld, in die der Zweck eingegangen ist, begründet Strafe.“

2. Auffassungen zur Schuld

a) Schuldlehren

Im Folgenden soll ein Überblick über die strafrechtlichen Schuldlehren verschafft werden. Dabei sollen die Aspekte herausgestellt werden, welche für die Entwicklung eines Schuldbegriffs als Maßstab für die Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld von Bedeutung sind. Es wird zunächst darauf abgestellt, ob die Schuldlehren unabhängig von einem Strafzweck der Prävention gebildet werden (unter aa)) oder nicht (unter bb)), womit die soeben aufgezeigten Funktionen von Schuld zusammenhängen. In der nächsten Untergliederung ist zu unterscheiden zwischen solchen Lehren, die ihren Begriff der Schuld in eine Verbrechenslehre oder ein „System“ einbetten, und denjenigen, die dies nicht tun, weil sich nur für den systematischen „Schuldbegriff“ bestimmte strukturelle Probleme ergeben. Innerhalb der systematischen Schuldlehren wiederum wird besonders zwischen naturalistisch orientierten Lehren und solchen, die ein Wertmoment in den Schuldbegriff integrieren, differenziert. Letztere Unterscheidung wirkt sich auf die jeweiligen Konstruktionen einer Fahrlässigkeitsschuld aus. Innerhalb des Kreises der wertenden Lehren interessiert deshalb weiterhin, welche Bedeutung das wertende Moment gegenüber dem psychischen einnimmt. Im Übrigen geben gedankliche Grundlagen der Schuldlehren und die Kriterien der einzelnen Lehren die Darstellung vor.

aa) Lehren, die unabhängig vom Strafzweck der Prävention gebildet werden

(1) Lehren von der „Zurechnung“

Lehren, die aus der Zeit vor der Entwicklung eines systematischen Schuldbegriffs und einer entsprechenden Schuldlehre stammen, erfassen das heute als „Schuld“ Bezeichnete als „Zurechnung“³⁸ mit den Kriterien „dolus“ (Vorsatz) und „culpa“ (Fahrlässigkeit).³⁹ Die folgenden auf den Idealismus gegründeten Lehren von der Willensschuld gehen von der Freiheit des Willens aus. Sie setzen voraus, dass Zurechnung einen Vorwurf gegenüber dem Täter ausdrücke.⁴⁰ Vorwiegend wird die Zurechnung an den Willen geknüpft, so gerade bei Hegels Anhängern unter den Juristen (sog. „Hegelianer“), die darauf abzielen, *Hegels Rechtsphilosophie* umzusetzen. Diese wird bestimmt durch den idealistischen

³⁸ In der Wissenschaft des gemeinen Strafrechts „imputatio iuris“.

³⁹ Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S 20 f. Paradox ist, dass „Schuld“ oder „Verschuldung“ anfangs als Übersetzung für „culpa“ gebraucht wurde, d. h. für die Form der Zurechnung, für die sich später der Begriff „Fahrlässigkeit“ durchsetzte. (Achenbach, a.a.O.) Denn es bestehen gerade Probleme dabei, die Fahrlässigkeit als Schuld zu erfassen.

⁴⁰ Achenbach, a.a.O., S. 91.

Ansatz, das Recht in die „Sittlichkeit“ einzubeziehen. Recht ist bei Hegel „Moralität“, welche durch die „Selbstverwirklichung“ des Willens als Erscheinung des Geistes in der „Sittlichkeit“ entstehen soll.⁴¹ Um dies zu erreichen, erhebe sich der Wille über Triebe, Begierden und Neigungen.⁴² Der freie Wille, der unabhängig von diesen Zwängen Zwecke setzen und die Realität danach steuern könne, also dem Kausalzusammenhang überlegen sei⁴³, ist nach Hegel die Grundlage des Rechts.⁴⁴ Zugerechnet wird dem Individuum im Gegenzug auch nur das, was auf einen freien „*zwecksetzenden Willen*“⁴⁵ zurückgeführt werden kann und wozu der Wille sich selbst nach einem eigens aufgestellten dem Recht widersprechenden Gesetz bestimmt hat⁴⁶: vorsätzliche Handlungen, die damit bezweckten Folgen und die mit den Handlungen notwendigerweise zusammenhängenden Folgen.⁴⁷ Der freie Wille gilt den Hegelianern demnach als einziges Zurechnungskriterium.

Klein setzt für die Zurechnung einer rechtswidrigen Tat einen *Fehler des Willens* voraus. Der Wille wird dem damaligen Stand der Psychologie entsprechend definiert, nämlich als „Vermögen, sich mittels eines Entschlusses zu einer Handlung zu bestimmen.“⁴⁸ Dieses „Willensvermögen“ sei eine konstante psychische Potenz des Individuums, welche Willensakte mit einem gewissen Charakter hervorbringe. Zur Begründung wird u. a. darauf verwiesen, dass sich an den Verhaltensweisen eines bestimmten Individuums eine gewisse Konstanz beobachten lasse.⁴⁹ Ein Fehler des Willensvermögens liege entweder im pflichtwidrigen Gebrauch dieses Vermögens als dem „*positiv bösen*“ Willen oder im pflichtwidrigen Nichtgebrauch als dem „*negativ bösen*“ Willen.⁵⁰

Teilweise wird auch nicht auf den Willen zurückgegriffen:

Einige Autoren vertreten eine so genannte „*Verstandesschuld*“, die sich auf einen Mangel an intellektueller Fähigkeit oder Wissen stützt, auf den das Unrecht zurückgeführt werden kann. Auch für solche Defizite müsse man sich verant-

⁴¹ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, nach Holl, Die Fahrlässigkeitsdogmatik im Strafrecht von Feuerbach bis Welzel, 1992, S. 35 f.

⁴² Hegel, a.a.O., nach Holl, a.a.O., S. 37 f.

⁴³ Hegel, a.a.O., nach Holl, a.a.O., S. 39.

⁴⁴ Hegel, a.a.O., nach Holl, a.a.O., S. 37.

⁴⁵ Hegel, a.a.O., nach Holl, a.a.O., S. 39.

⁴⁶ Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften III A 414, nach Peperzak, Hegels praktische Philosophie, 1991, S. 169.

⁴⁷ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, nach Holl, a. a. O., S. 44 f. Als Beispiel für solche notwendigen Folgen nennt Hegel das Übergreifen eines Feuers auf andere Gegenstände als diejenigen, die der Brandstifter zu verbrennen beabsichtigte. (Vgl. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 119.)

⁴⁸ Klein, Grundsätze des gemeinen deutschen und preußischen peinlichen Rechts, Archiv des Criminalrechts, Band I, Teil 2, 1796, S. 57.

⁴⁹ Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, S. 52 f.

⁵⁰ Klein, a.a.O., S. 56 f.

worten.⁵¹ Gutherz beispielsweise hält eine Verstandesschuld vom ästhetischen Standpunkt aus für möglich. Er argumentiert zudem mit der Irrelevanz von Unwissenheit in zivilrechtlichen Bestimmungen zum Irrtum und zum Schadensersatz.⁵²

Auf eine fehlerhafte *Charakterbildung* greift v. Bar zurück. Er befürwortet eine „Charakterstrafe“, „zwar nicht unmittelbar des Charakters, wohl aber (...) der Betätigung eines unerzogenen rücksichtslosen Charakters, eine Strafe dafür, daß das Individuum sich nicht besser zum Wissen und zur Aufmerksamkeit erzogen hat.“⁵³ V. Bar knüpft die Zurechnung also im Grunde an *Fehler in der Lebensführung*, Mängel an Selbsterziehung oder Charakterbildung, die nicht wiederum auf angeborene Charaktereigenschaften zurückgeführt werden. Dieser Gedanke der Lebensführungsschuld geht bis auf Aristoteles zurück.⁵⁴ Eigentlich will v. Bar konsequenterweise nur die *Gefährdung* von Rechtsgütern durch den fehlerhaft erzogenen und im Ergebnis gefährlichen Charakter zurechnen, doch bleibt er aus pragmatischen Gründen bei der Zurechnung der Verletzung.⁵⁵

(2) Systematische Schuldlehren

Folgende Lehren behandeln den Begriff der „Schuld“, und zwar als Teil eines mehr oder weniger elaborierten Verbrechenssystems, womit gemeint ist, dass er in ein bestimmtes sinnvolles Ordnungsgefüge eingegliedert wird. In der rechtlichen Dogmatik kann ein „System“ allerdings nicht als axiomatisch bezeichnet werden. Es lässt sich von ihm nicht sagen, dass es auf bestimmten Axiomen basiert, die sich nicht widersprechen und nicht auseinander ableitbar sind und aus denen alle Aussagen deduziert werden⁵⁶. Der Begriff der Schuld erhält in den systematischen Schuldlehren jeweils eine gewisse Struktur, die sich auch in den Fahrlässigkeitslehren widerspiegelt.

⁵¹ Z. B. Steltzer, Über den Willen, 1817, S. 161, Gutherz in: Groß' Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik, Band 39, 1910, S. 90 ff.

⁵² Gutherz, a.a.O.

⁵³ V. Bar, Gesetz und Schuld II, 1907, S. 443 f.

⁵⁴ Vgl. Aristoteles, Nikomachische Ethik, 1985, 3. Buch, 1113 a bis 1114 a.

⁵⁵ V. Bar, a. a. O., S. 44 f.; 444.

⁵⁶ Weinberger, Rechtslogik, 1989, S. 390 ff.

(2.1) Normentheorie und Willensschuld bei Binding

Binding entwickelt eine "Normentheorie" als Grundlage seines Verbrechenstheorie und dessen Schuldbegriffs. Er trennt zwischen Norm und Strafgesetz und baut auf die These auf, dass neben den einzelnen strafgesetzlichen Vorschriften selbständige ungeschriebene *Normen* bestehen würden, die allein der Verbrecher verletzen könne.⁵⁷ Nur diese und nicht die Strafgesetze seien an die Bevölkerung gerichtete Imperative (ausformuliert durch den Satz "Ihr sollt ..."). Binding beschreibt die Normen als Umformung der Strafgesetze, deren erste Teile, die Bedingungen für die Rechtsfolgen, als Verbote oder Gebote auftreten. Sie seien von den Strafgesetzen unabhängig und gingen diesen begrifflich voraus; denn die Strafgesetze bedrohten erst *Normübertretungen* mit Strafe.⁵⁸ Die Verletzung der Norm begründe das „Delikt“, während der Tatbestand, an welchen die Strafolgen knüpfen, als „Verbrechen“ bezeichnet wird.⁵⁹

Schuld versteht Binding in seiner klassifikatorischen Ordnung auch als einen Gattungsbegriff. Die zwei Arten der „Gattung“ Schuld bilden Vorsatz und Fahrlässigkeit.⁶⁰ Die rechtliche Schuld grenzt Binding ab von der ethischen Schuld einerseits und von der an sozialen Interessen orientierten Schuld andererseits.⁶¹ Sie entstehe durch den Widerspruch zur Norm.⁶² Denn die Normen forderten vom Volk Gehorsam ein, und zwar Bindings idealistisch geprägtem Ansatz gemäß "Unterwerfung des eigenen unter einen überlegenen Willen (des gesetzgebenden Staates, eigene Einfügung) auf Grund des Pflichtmotivs".⁶³ Deshalb muss auch Schuld nach Binding die *willentliche* Opposition gegen die Norm darstellen.⁶⁴ Hierfür setzt Binding Freiheit als Fähigkeit zur Selbstbestimmung voraus. Er meint damit keine Freiheit i. S. von vollkommener Unabhängigkeit eines Willens, sondern sieht einen Willensentschluss an das jeweilige Motiv des Menschen gebunden.⁶⁵ Binding versteht deshalb die Willensfreiheit auch in dem Sinne, dass die Ursachenkette, deren Teil die menschliche Handlung sei, in der menschlichen Psyche beginne.⁶⁶ Diese Umschreibung von Freiheit steht im Einklang mit Bindings Willensbegriff. Bei dessen Bildung ergibt sich eine für Bindings Schuldlehre maßgebliche Frage: „(...) will der Entschlossene nur, was er sich vorstellt, oder kann auch ein Nicht- Vorgestelltes von ihm gewollt werden?"; kann also ein widerrechtlicher Erfolg auch ohne eine Vorstellung von

⁵⁷ Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band I (im Folgenden: Normen I) 1916, S. 6 f.

⁵⁸ Binding, a.a.O., S. 42; 45.

⁵⁹ Binding, a.a.O., S. 133 f., 311.

⁶⁰ Binding, Normen II 1, S. 324 ff.

⁶¹ Binding, a.a.O., S. 274 mit Fn 17; S. 286 ff.

⁶² Binding, a.a.O., S. 275.

⁶³ Binding, a.a.O., S. 144.

⁶⁴ Binding, a.a.O., S. 300.

⁶⁵ Binding, a.a.O., S. 16 ff.

⁶⁶ Binding, a.a.O., S. 30 ff.

seiner Widerrechtlichkeit oder auch ohne eine Vorstellung vom Erfolg selbst gewollt sein? Diese Frage nach einem “unbewusst rechtswidrigen Willen”⁶⁷ bejaht Binding, was insbesondere für die Fahrlässigkeitsschuld von Bedeutung sein wird.

Genauer führt Binding aus, Wollen bedeute die *Verursachung* eines Ereignisses, ausgehend von der „freien Ursache“ einer menschlichen Handlung.⁶⁸ Binding meint hier den eben erwähnten Beginn einer Ursachenkette “im Menschen”.⁶⁹ Dies bedeutet nichts anderes, als dass der durch die selbstbestimmte Handlung verursachte Erfolg in Bindings Sinne gewollt ist.⁷⁰ Eine solche Definition des Willens kommt, jedenfalls was die Folgen einer gewollten Handlung betrifft, ohne das Bewusstsein dessen aus, was gewollt ist.⁷¹ So ist nach Binding “Prüfstein für den Willens - Gehalt nicht die Meinung des Wollenden, sondern seine Tat”. Wünschen und Wollen könnten sich gegenseitig ausschließen, weil das Unmögliche gewünscht werden könne, eine Ursache des Unmöglichen aber undenkbar sei. Der Wille gehöre der Wirklichkeit an, der Wunsch hingegen der Phantasie.⁷²

Zur Begründung seines Willensbegriffs beruft sich Binding auf den praktischen Ansatz des Rechts, der dem theoretischen psychologischen widerspreche. Letzterer sei, ausgehend von der vorgestellten Gegenwart, auf den Zweck gerichtet, eine bestimmte *vorgestellte* Zukunft zu erreichen.⁷³ Die *Beobachtung des praktischen Willens* widerlege diese Beschreibung. Das Beispiel eines wissenschaftlichen Experiments zeige, dass ein beliebiges Ergebnis, also auch das “geradezu Unvorstellbare” gewollt sein könne.

Deutlich wird Bindings Motivation für die Bildung des Willensbegriffs darin, dass er meint, vom Standpunkt des Rechts aus sei die Suche nach dem Willen nicht in die Zukunft, sondern in die Vergangenheit gerichtet und beginne bei der Tat, die auf eine bestimmte Person zurückgeführt werden solle.⁷⁴ Wenn Binding fragt: “Durch welches Menschen Willensverwirklichung ist die neue Lage entstanden? Auf welches Menschen Willen ist sie zurückführbar, oder, wie unsre Sprache so fein sagt: wem ist sie zuzurechnen?”⁷⁵ wird klar, dass Bindings Willensbegriff ein *Konstrukt darstellt, das die Zurechnung der Tat zum Täter als Schuld ermöglichen soll*. Binding versteht seinen Willensbegriff denn auch als

⁶⁷ Binding, a.a.O., S. 298 f.

⁶⁸ Binding, a.a.O., S. 38; S. 319; S. 510.

⁶⁹ Binding, a.a.O., S. 474.

⁷⁰ Binding, a.a.O., S. 302.

⁷¹ Binding, a.a.O., S. 309.

⁷² Binding, a.a.O., S. 302.

⁷³ Binding, a.a.O., S. 307.

⁷⁴ Binding, a.a.O., S. 308 f.

⁷⁵ Binding, a.a.O., S. 311 f. Vgl. auch Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1984, S. 159, der von einer “zum Zwecke der Zurechnung vollzogene(n) Konstruktion” spricht.

einen den Bedürfnissen der Rechtswissenschaft entsprechenden und von der Psychologie vollkommen unabhängigen Begriff der, wie er sagt, “esoterischen Psychologie des Rechts”.⁷⁶ Ein schuldhafter Wille nun setze die Deliktsfähigkeit des Täters voraus.⁷⁷ Diese definiert Binding als “das Vermögen die eigene Tat im Verhältnisse zur Norm zu erkennen und im Einklange mit ihr zu erhalten”.⁷⁸ Das zentrale Merkmal der Deliktsfähigkeit stelle die Kenntnis der verletzten Norm dar, ohne die der Täter nicht gegen die Norm opponieren könne.⁷⁹ Von dieser Kenntnis geht Binding entsprechend seiner Annahme eines unbewussten Willens bereits unter der Bedingung aus, dass der Täter zum Tatzeitpunkt die Fähigkeit hatte, die generell bekannte Norm auf den Einzelfall anzuwenden. Zur Deliktsfähigkeit zählt außerdem die “Pflichtfähigkeit” des Täters⁸⁰, die auch als Zurechnungsfähigkeit und Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens erfasst werden kann.⁸¹

Wegen seiner Schuld schließlich, also nur wenn diese bereits vorliege, mache das Recht dem Täter einen Vorwurf.⁸²

(2.2) Naturalismus: Psychologischer Schuldbegriff

Der *psychologische Schuldbegriff* beruht erstens ähnlich wie Bindings Lehre auf einer streng begrifflichen, klassifikatorischen Systematik, bestehend in der Bildung von Gattungen, Arten und Unterarten, und zweitens auf einem naturalistischen Ansatz.⁸³ Dieser geht prinzipiell davon aus, den Sinn des Gesetzes und die Voraussetzungen der Straftat sämtlich wie empirische Fakten behandeln und ohne Wertung „induktiv“⁸⁴ *erkennen* zu können.⁸⁵ Die *Feststellung*, dass bestimmte Voraussetzungen gegeben seien, soll rechtliche Schuld begründen.⁸⁶ Dementsprechend wird auch strikt zwischen ethischer oder religiöser und rechtlicher Schuld getrennt.⁸⁷ Diese dem psychologischen Schuldbegriff zugrunde liegenden Positionen vertritt vor allem v. Liszt in seiner Verbrechenslehre, wobei für seinen Schuldbegriff wie auch für bestimmte psychologische Schuldbegriffe eine Orientierung am Strafzweck der Prävention festgestellt werden kann.

⁷⁶ Binding, a.a.O., S. 3 ff.

⁷⁷ Binding, a.a.O., S. 132 ff.

⁷⁸ Binding, a.a.O., S. 170.

⁷⁹ Binding, a.a.O., S. 144 f.

⁸⁰ Binding, a.a.O., S. 132; 162 - 170.

⁸¹ Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, S. 31.

⁸² Binding, a.a.O., S. 275.

⁸³ Achenbach, a.a.O., S. 22.

⁸⁴ V. Liszt, Lehrbuch, 1. Auflage 1881, S. 105 f.

⁸⁵ Schünemann in: ders., Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, S. 20. Vgl. z. B. v. Liszt, Lehrbuch, 20. Auflage 1914, S. 163.

⁸⁶ Schünemann, a.a.O., S. 19, Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967, S. 332 ff.

⁸⁷ V. Liszt, a.a.O.

Radbruch ist in seiner frühen Phase ein radikaler Vertreter des psychologischen Schuldbegriffs. Sein erklärtes Ziel ist die „Säuberung des Schuldbegriffs von fremden Bestandteilen“.⁸⁸ Als solche grenzt Radbruch die rechtswidrige Handlung, die Zurechnungsfähigkeit und das wertende Element innerhalb der Fahrlässigkeit von der Schuld ab. Die Schuld setzt sich nur noch zusammen aus den Schuldarten Vorsatz und Fahrlässigkeit, die als *psychische Zustände* verstanden werden. Die Zurechnungsfähigkeit zählt nicht als Bestandteil der Schuld. Sie wird zur eigenständigen Strafvoraussetzung; es sei nicht einsichtig, innerhalb des Schuldbegriffs die Möglichkeit der Schuld festzustellen, wenn man außer ihr ohnehin noch ihre Wirklichkeit feststellen müsse.⁸⁹ Vorsatz und Fahrlässigkeit versucht Radbruch nun als psychische Zustände unter einem gemeinsamen Oberbegriff zusammen zu bringen, nämlich dem „Gemütszustand, der eine Handlung als für den Handelnden charakteristisch, erscheinen lässt“. Aus der rechtswidrigen Handlung soll auf eine „antisoziale Gesinnung“ des Täters geschlossen werden.⁹⁰

(2.3) Normative Schuldlehren

Bevor die normativen Schuldlehren unter dem strukturellen Aspekt danach gegliedert werden, wie sie jeweils das normative Moment einbringen, ist zunächst auf einige gedankliche Grundlagen dieser Lehren einzugehen.

In vielen normativen Lehren wird Schuld als „Vorwerfbarkeit“ umrissen, ein zuerst durch Frank gebrauchter Ausdruck. Es trifft aber nicht Franks Aussage, Schuld auf die Eigenschaft „Vorwerfbarkeit“ zu reduzieren. Seine Schuldlehre kritisiert die psychologische Schuldauffassung darin, erstens die Schuld auf „psychische Beziehungen des Täters zu etwas außerhalb seiner Persönlichkeit Stehendem“ zu beschränken und zweitens Schuld als Gattungsbegriff der Schuldarten Vorsatz und Fahrlässigkeit zu definieren. Dass eine psychische Beziehung zu einem äußeren Ereignis Schuld nicht allein ausmache, ergebe sich daraus, dass selbst dann, wenn diese Beziehung vorliege, ein Schuldspruch unter „begleitende(n) Umstände(n)“⁹¹, d. h. in den Fällen von Notwehr, Notstand usw., nicht oder nur in milderem Maße falle.⁹² Außerdem würden Vorsatz und Fahrlässigkeit gerade nicht identische Artmerkmale aufweisen.⁹³ Für plausibel hält Frank stattdessen einen zusammengesetzten Schuldbegriff, dessen Bestand-

⁸⁸ Radbruch in: ZStrW 1904, S. 348.

⁸⁹ Radbruch, a.a.O., S. 339.

⁹⁰ Radbruch, a.a.O., S. 349. In dem Aufsatz „Zur Psychologie der strafrechtlichen Schuldformen“ (in: Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform Band 19, 1928, S. 299 f.) erklärt Radbruch das Gesamt-dasein des Täters für die vollständige Grundlage von Schuld; die Tat könne die Persönlichkeit des Täters nicht hinreichend abbilden.

⁹¹ Frank, Über den Schuldbegriff, in: FS der juristischen Fakultät Giessen, 1907, S. 523 f., 546.

⁹² Frank, a.a.O., S. 522 f.

⁹³ Frank, a.a.O., S. 528.

teile nur unter anderem Vorsatz und Fahrlässigkeit sind. Franks Schuldbegriff besteht aus den Schulselementen „Zurechnungsfähigkeit“ als „normaler geistiger Beschaffenheit des Täters“, einer „gewissen konkreten psychischen Beziehung des Täters zu der in Rede stehenden Tat oder doch die Möglichkeit einer solchen“ und der „normale(n) Beschaffenheit der Umstände, unter welchen der Täter handelt“.⁹⁴ Diese *nicht nur psychologischen Elemente* stellen die Voraussetzungen dar, unter denen dem Täter die Tat vorwerfbar ist. Frank kennzeichnet sie durch das „Schlagwort“ „Vorwerfbarkeit“.⁹⁵

Die hier zu betrachtenden nicht am Strafzweck der Prävention ausgerichteten normativen Schuldlehren sind durch ethische und pragmatische Tendenzen geprägt. Was letztere betrifft, so ist noch einzugehen auf die spätere, normative Schuldtheorie *Kohlrauschs*. An Kohlrauschs Lehre interessiert ihr *pragmatischer* Umgang mit dem Problem der Freiheit. Kohlrausch erkennt zwischen den beiden Prämissen, dass erstens der Staat eine zentrale Strafgewalt unterhalte und deshalb „staatliche Imperative“ in Gestalt von Normen existierten, und dass zweitens das Wollen und Handeln aufgrund der Geltung des Kausalprinzips determiniert sei, so dass ein Täter gar nicht hätte anders handeln können, einen Widerspruch.⁹⁶ Daraus zieht Kohlrausch die Konsequenz, die Fähigkeit normen-gemäßen Handelns nicht individuell, sondern generell zu fassen⁹⁷: „Der Täter wird dem Gemeinwohl geopfert, er hat in dessen Interesse zu leiden. Über diesen Zwiespalt zwischen staatlichen Aufgaben und individuellen Fähigkeiten werden wir nie hinwegkommen. Jede andere Lösung (...) erscheint mir als Selbstbetrug (...) Das Sollen hat die Kraft des Könnens zu stählen (...) Du kannst, denn du sollst; *du sollst eben können!*“ Das „individuelle Können“ wird also, wie Kohlrausch formuliert, „zu einer staatsnotwendigen Fiktion“.⁹⁸ Für schuldig wird derjenige wegen seiner rechtswidrigen Handlung befunden, von dem man rechtmäßiges Handeln erwarten und fordern durfte, weil ihm dies zumutbar war.⁹⁹ Die Zumutbarkeit orientiert Kohlrausch an einem „Durchschnittsmaß an Einsicht und Widerstandskraft“.¹⁰⁰ Diese Behandlung der Freiheitsfrage greifen viele Vertreter normativer Schuldlehren im Prinzip auf, wenn sie auch nicht wie Kohlrausch vom Determinismus ausgehen, sondern weder Unfreiheit noch Freiheit für erwiesen halten, rechtliche Schuld aber auf einer nach bestimmten Kriterien *zugeschriebenen* Freiheit aufbauen.

⁹⁴ Frank, a.a.O. S. 330.

⁹⁵ Frank, a.a.O., S. 529.

⁹⁶ Kohlrausch, Sollen und Können als Grundlage der strafrechtlichen Zurechnung in: FS für Güterbrock, 1910, S. 9 f.

⁹⁷ Kohlrausch, a.a.O., S. 24.

⁹⁸ Kohlrausch, a.a.O., S. 26 f.

⁹⁹ Kohlrausch in: Aschrott/ Kohlrausch, Reform des Strafrechts, 1926, S. 22.

¹⁰⁰ Kohlrausch, a.a.O., S. 26.

(2.3.1) Der „komplexe“ Schuldbegriff

Dem Prinzip des „komplexen Schuldbegriffs“ entspricht es, dass sich ein Werturteil auf einen bestimmten Sachverhalt bezieht. Insofern kann auch Franks Schuldbegriff, dessen Schulselemente die Grundlage eines Werturteils bilden sollen, unter den „komplexen“ Begriff eingeordnet werden. Dabei wird „Schuld“ als ein mit einem Werturteil verbundener Sachverhalt, als Werturteil mit Bezug auf einen Sachverhalt, oder ambivalent, d. h. sowohl durch das empirische als auch durch das normative Moment, definiert. Der Zusammenhang zwischen beiden Momenten wird auf unterschiedliche Weise hergestellt.

Für Mezger, den typischen Vertreter dieses Schuldbegriffs, ist Schuld einerseits ein Sachverhalt. Er begründe über die *rechtswidrige* Handlung hinaus, die dem Täter persönlich zum Vorwurf gemacht werden soll, „die engeren Beziehungen“ zwischen Handlung und Täter, an welche der Vorwurf gegenüber dem Täter anknüpfe. Andererseits sei Schuld ein "Werturteil über den Schuldsachverhalt", das zugleich diesen Sachverhalt als einen dem Täter vorwerfbaren Vorgang bewerte. Mezger setzt nun das empirische und das normative Moment in das folgende Verhältnis: „Erst durch dieses Wert - Urteil des Richtenden wird das psychologische Geschehen zu dem Begriff der Schuld erhoben. (...) erst durch die bestimmt geartete *Bewertung* wird der in Bezug genommene Sachverhalt als Schuld gekennzeichnet. Schuld ist also nicht nur Schuld - Sachverhalt, sondern Schuld- Sachverhalt als Gegenstand des Schuld - Vorwurfs. *Schuld ist Vorwerfbarkeit*“.^{101 102} Als Merkmale des Schuldsachverhalts gelten Mezger neben der

¹⁰¹ Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 1931, S. 248 f.

¹⁰² Hier seien beispielhaft einige weitere Definitionen normativer Schuldlehren aufgeführt, die dem komplexen Schuldbegriff zugeordnet werden können: Für Sauer ist Schuld allgemein „das *Unwerturteil* (der „*Vorwurf*“) einer Gemeinschaft (der Rechtsordnung), dass ein Individuum sich zu einem sozialschädlichen Verhalten freientschloß (eigene Markierungen), obwohl es dieses als sozial schädlich bewertete oder bewerten sollte“. Von Schuld ist auch die Rede als vom „*vorwerfbare(n) freie(n) Willensentschluss* (eigene Markierung) zu einer rechtswidrigen Handlung (...) trotz Kenntnis oder Kennensollen ihrer Rechtswidrigkeit“. (Sauer, Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie, 1921, S. 548 f.)

Bei Beling, der zwischen psychologischer und normativer Schuldlehre angesiedelt wird, „enthält“ Schuld „den *Vorwurf rechtlich fehlerhaften Verhaltens* (eigene Markierung)“; Schuld wird außerdem definiert als „dasjenige *seelische Moment* (...), um dessentwillen (eigene Markierung) jemand für sein rechtswidriges Verhalten verantwortlich gemacht wird.“ (Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 80.)

Auch wird Schuld durch das tatsächliche und das wertende Moment zugleich definiert: Mittermaier stellt auf die „*subjektive normative Beziehung des psychischen Verhaltens* (eigene Markierung) zu dem rechtlich relevanten Ereignis“ ab. (Mittermaier in: ZStW 32, S. 421.) Nach Baumann/ Weber/ Mitsch (Strafrecht AT, 1995, S. 386) soll der Schuldbegriff den *Schuldsachverhalt als das "Objekt der Wertung" und die Vorwerfbarkeit der Tat als die Wertung selbst* erfassen.

Dann wiederum wird Schuld entweder nur als Sachverhalt oder nur als Urteil begriffen:

Bei v. Hippel bestimmt sich der Schuldbegriff *allein* durch „*die seelischen (psychischen) Eigenschaften des Täters, die uns berechtigen* (eigene Markierung), jenem aus dieser Tat einen Vorwurf zu machen (...)“, nicht durch den Vorwurf selbst. (V. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II: Das Verbrechen, Allgemeine Lehren, 1930, S. 270.)

Zurechnungsfähigkeit eine psychologische Beziehung des Täters zur Tat bei den Schuldformen Vorsatz oder Fahrlässigkeit einschließlich des Unrechtsbewusstseins sowie eine bestimmte Gestaltung der Handlungsumstände, wobei besondere Schuldtausschließungsgründe als „Ausnahmefälle von der Regel des Lebens“ fehlen.¹⁰³ Diese Merkmale begründeten das „Andershandelnkönnen“, die „Vermeidbarkeit“ des Unrechts. Mezger macht die strafrechtliche Schuld nicht von der Willensfreiheit abhängig wie die ethische Schuld.¹⁰⁴ Die Beurteilung, dass der Täter anders, d. h. rechtmäßig, hätte handeln können, folgt im Prinzip wie bei Kohlrausch aus der Fragestellung, ob ihm das erwartete Handeln zumutbar war. Das Erfordernis, in einer sozialen Gemeinschaft Verantwortung zuzuschreiben, lässt Mezger fragen, was „von *einem Menschen* in der entsprechenden Situation *üblicherweise* gefordert werden“ könne.¹⁰⁵

Die psychologische Beziehung des Täters zur Tat, welche die Tat als Ausdruck seiner Psyche erscheinen lasse, bilde das „Rückgrat“ der strafrechtlichen Schuldlehre und zeige maßgeblich die „Idee der Schuld“. Diese Beziehung soll *in dem Willen des Täters zur Tathandlung* „in seiner rechtlichen Fehlerhaftigkeit“ bestehen.¹⁰⁶

Nach Jescheck wird für eine Beziehung des Täters zur Tat abgestellt auf die „Gesamtheit der Handlungsmaximen“, die dem Entschluss zur Tathandlung zugrunde liegen, bezeichnet auch als „*die rechtlich fehlerhafte Gesinnung (tadelnswerte Rechtsgesinnung)*“, oder auf einen „Mangel an Rechtsgesinnung“. Da zwischen Ethik und Recht getrennt werden müsse, könne es nicht auf einen Mangel an sittlicher Gesinnung ankommen.¹⁰⁷ Ein Bewusstsein vom Unrecht der Tat sei hierfür nicht erforderlich.¹⁰⁸

Weil nur die zum Zeitpunkt der Tat existenten Handlungsmaximen beleuchtet werden, will Jescheck unter „Gesinnung“ nicht eine andauernde Einstellung,

Engisch hingegen definiert Schuld lediglich *als ein Urteil über ein rechtswidriges Verhalten*, welches *infolge bestimmter Voraussetzungen vorwerfbar* sei. Unter „vorwerfbar“ wird „unwertig“ verstanden. (Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 16.)

Bei Adolf Merkel, welcher der älteren Lehre von der juristischen Zurechnung nahe steht, setzt die Zurechnung zur Schuld zwei aufeinander aufbauende Urteile voraus: das „kausale Urteil“, „dass die That auf den Willens des Thäters als ihn charakterisierend zurückgeführt werden könne“ und ein „*distributives Urteil*“, *dass der Unwert des Vorganges aufgrund des kausalen Verhältnisses „dem Thäter auf Rechnung zu setzen“ sei*, und zwar wiederum unter bestimmten Voraussetzungen. (Adolf Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889, S. 66, vgl. auch Liepmann, Einleitung in das Strafrecht. Eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe, 1900, S. 157 ff.)

¹⁰³ Mezger, Ein Lehrbuch, 1949, S. 264 ff.

¹⁰⁴ Mezger, a.a.O., S. 251 ff.

¹⁰⁵ Mezger, a.a.O., S. 138. In diesem Sinne auch Baumann/ Weber/ Mitsch, Lehrbuch AT, 1995, S. 393: Als „soziale Verantwortlichkeit“ verstanden, setze Schuld eine „praktische Willens- und Entscheidungsfreiheit“ voraus, für deren Feststellung es darauf ankomme, dass die Rechtsgemeinschaft ein anderes Verhalten erwarten konnte.

¹⁰⁶ Mezger, Ein Lehrbuch, 1949, S. 271 f., und in: ZStW 47, S. 485.

¹⁰⁷ Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, S. 426.

¹⁰⁸ Jescheck/ Weigend, a.a.O., S. 457.

sondern ein “*aktuelles Gesonnensein*” bei der Bildung des Entschlusses verstehen.¹⁰⁹ Jescheck erläutert das Zustandekommen des Entschlusses anhand von Rothackers psychologischem Modell vom Schichtenaufbau der Persönlichkeit.¹¹⁰ Dieses unterscheidet zwischen der „Tiefenschicht“ und der „Persönlichkeitsschicht“. Die Persönlichkeitsschicht bestehe aus der „personalen Schicht“ und dem „Ichzentrum“. Das Ichzentrum kontrolliere die aus der Tiefenschicht kommenden Antriebe bei Bewusstsein und könne sie, soweit nicht schon die personale Schicht eingegriffen habe, “auf ihren Sinngehalt und ihren Rangwert” überprüfen. Es gelte als “bewusstes Gewissen”.¹¹¹ In der dem Ichzentrum vorgelegten personalen Schicht, welche den “Übergang von den unbewussten zu den bewussten Funktionen” darstelle, habe sich ein fester Bestandteil an Lebensregeln angesammelt, durch welche das Verhalten unbewusst gesteuert werde und welche den Charakter ausmachten. Psychologisch gesehen, werden die Handlungsmaximen demnach als bewusste reflektierte Motive zum Handeln oder als Lebensregeln aus der personalen Schicht gedeutet. Der Schuldvorwurf gründe sich entweder auf einen Fehler des Ichzentrums oder der unbewussten Steuerung durch die personale Schicht.¹¹²

Um festzustellen, dass die Gesinnung des Täters zum Tatzeitpunkt fehlerhaft war, verwendet Jescheck das Kriterium des “Andershandelnkönnens“. Auch er bestimmt dieses nicht individuell, sondern fragt, ob “*ein anderer* (eigene Markierung) in der Lage des Täters nach dem Erfahrungsgut der beteiligten Fachdisziplinen der Tatversuchung hätte widerstehen können“. Diese Aussage wird aufgrund der Erfahrung in gleich liegenden Fällen und des Maßstabs bestimmter sozialer Erwartungen getroffen. Bejahendenfalls wird auch vom Täter erwartet, dass er die Tat vermeidet, und von der Tatsache, dass er dies unterließ, auf seine fehlerhafte Gesinnung geschlossen. Denn das Schuldurteil soll nach Jescheck an dem Täter das Zurückbleiben hinter dem Maß an „Rechtsgesinnung und Willenskraft“ tadeln, das von ihm als Staatsbürger zu erwarten sei.¹¹³

Schmidhäusers Lehre greift offen auf *ethische Grundlagen* zurück.¹¹⁴ Während das Unrecht auf den Willen des Täters zum Handeln als seelisches Phänomen gestützt wird, soll sich die Schuld auf das *geistige Verhalten des Täters* gründen.

¹⁰⁹ Jescheck/ Weigend, a.a.O., S. 422; 426, mit Verweis auf Mangakis in: ZstW 83, S. 290 ff.

¹¹⁰ Vgl. Rothacker, Die Schichten der Persönlichkeit, 1952.

¹¹¹ Jescheck, a.a.O., S. 415 f.

¹¹² Jescheck, a.a.O., S. 416 f. So z. B. bei vermeidbarem Verbotsirrtum und sorgfaltswidrigem Verhalten.

¹¹³ Jescheck, a.a.O., S. 427 f. Ähnlich meint auch Hegler (in: ZStrW 36, S. 220 f. mit Fn 121), dass der Täter bei der konkreten Tat gesellschaftsfeindlich oder gesellschaftsgleichgültig sein müsse. Allerdings legt Hegler ausdrücklich nur eine Handlungsfreiheit (von physischem Zwang) zugrunde. (A.a.O., S. 191 ff.)

¹¹⁴ Schmidhäuser in: FS für Jescheck, Erster Halbband, 1985, S. 502.

Zur Begründung seines Schuldbegriffes bedient sich Schmidhäuser der Ontologie Nikolai Hartmanns und der Wertelehre Max Schelers. Hartmann zufolge gibt es die ontologischen Größen Materie, Leben, Seele und Geist.¹¹⁵ Der Mensch wird ebenso wie als seelisches auch als „geistiges Wesen“ betrachtet, das am objektiven Geist, so der Kultur und den damit verbundenen Werten, Anteil nimmt.¹¹⁶ Werte sind, angelehnt an die materiale Wertelehre Schelers, an sich seiende Entitäten, die der Mensch durch sein Gewissen erkennen kann.¹¹⁷ Auch für Schmidhäuser ist der Begriff der Gesinnung zentral, der jedoch keine psychologische Verankerung hat: Die Gesinnung wird nicht wie der Wille als seelische, sondern als geistige Disposition aufgefasst, die den Täter mit dem Objektiv – Geistigen, den an sich seienden Werten, verknüpft, Nicolai Hartmanns Gedanken aufnehmend: „Der Geist aber verbindet, das Bewusstsein isoliert.“¹¹⁸

Schmidhäuser beschreibt die Gesinnung als „eine auf die Verwirklichung sittlicher Ideale gerichtete geistige Werthaltung von gewisser Dauer“.¹¹⁹ Die einer Handlung zugrunde liegende Gesinnung soll den moralischen Wert der Handlung ausmachen, und moralische Schuld sei das „negative Gegenstück zur moralischen Handlung“¹²⁰, was dann das Gegenteil einer moralischen Gesinnung impliziert. Auch die *rechtliche* Schuld nun sieht Schmidhäuser im „Negativum der sittlichen Gesinnung“, „unrechtliche Gesinnung“ genannt, begründet.¹²¹

Diesem Verständnis liegt eine formale Trennung der Bereiche Recht und Ethik voneinander zugrunde, wobei Schmidhäuser betont, dass die Rechtsordnung sozialetische Grundlagen normiere. Auf das Wesen der Schuld als geistiges Phänomen soll sich diese Unterscheidung aber nicht auswirken, so dass rechtliche Schuld nur dann angenommen werden soll, „wenn der Täter vor seinem eigenen Gewissen anerkennen muss, den ihm selbst einleuchtenden sittlichen Forderungen nicht entsprochen zu haben“.¹²²

Kriterium für die Zurechnung zur Schuld ist bei Schmidhäuser genauer die unrechtliche *Einzeltat*gesinnung, die bedeutet, „dass der Täter die Werte des Gemeinschaftslebens, *in seiner Tat* (eigene Markierung) nicht ernst genommen hat“, so dass kein konstantes geistiges Verhalten gemeint ist.¹²³ Unter dem in der jeweiligen Tat verletzten rechtlich relevanten Wert ist das geschützte Rechtsgut

¹¹⁵ Schmidhäuser, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, S. 45.

¹¹⁶ Schmidhäuser in: FS für Jescheck, S. 491 f.

¹¹⁷ Schmidhäuser, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, S. 63.

¹¹⁸ Nicolai Hartmann, zit. nach Schmidhäuser in: FS für Jescheck, S. 492.

¹¹⁹ Schmidhäuser, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, S. 69.

¹²⁰ Schmidhäuser, a.a.O., S. 174; 172.

¹²¹ Schmidhäuser, a.a.O., S. 173 ff.

¹²² Schmidhäuser, *Einführung in das Strafrecht*, Abschnitt 7, Rn 11.

¹²³ Schmidhäuser, a.a.O., Rn 6.

zu verstehen.¹²⁴ Aus dieser Einzeltatgesinnung soll wie aus Jeschecks „aktuellem Gesonnensein“ der Entschluss des Täters zum Handeln erwachsen sein.¹²⁵ Seine „Gesinnungsschuld“ ist für Schmidhäuser nicht abhängig von der Bejahung einer Willensfreiheit; das geistige Verhalten des Täters bedeute einen Verstoß gegen die Sittlichkeit, auf den mit Strafe reagiert werden könne.¹²⁶

In den „*ethisierenden Lehren*“, die stark von der südwestdeutschen Wertphilosophie Windelbands und Rickerts beeinflusst sind, wird offensichtlich nicht zwischen ethischer und moralischer Schuld getrennt.¹²⁷

Für M. E. Mayer ist „Schuld“ ein Begriff der Ethik. Die rechtlich schuldhafteste Handlung ist eine moralisch verwerfliche „pflichtwidrige Willensbethätigung, die einen rechtswidrigen Erfolg zur Wirkung hat“.¹²⁸ Zur Entscheidung darüber, ob der Wille zum Handeln pflichtwidrig war, soll der Richter auf Grundlage der „geltenden Werturteile“¹²⁹ über die Motive des Täters zum Handeln urteilen.¹³⁰ Zu Dohna bestimmt die Pflichtwidrigkeit der Motive zum Handeln, auf die es auch hier ankommen soll, anhand einer formalen Maxime, die auf Kants kategorischen Imperativ verweist: Es verletze die ethische Pflicht, „für sich selbst ein Verhalten in Anspruch zu nehmen, das man den übrigen in gleicher Weise zu gewähren nicht geneigt ist“.¹³¹

Einen *naturrechtlichen* Ansatz vertritt Arthur Kaufmann. Die besonders in dem Werk „Das Schuldprinzip“ ausführlich auseinander gesetzte Auffassung dieses Autors zu Schuldprinzip und Schuld wurzelt in einer Metaphysik im katholisch-thomistischen Sinne, die von einem zwar unerfahrbaren, aber geistig verstehbaren Übersinnlich-Wirklichen ausgeht, das göttlich erschaffen wurde. Recht ist hier sittliches Recht in Form von Naturrecht.¹³² Das Naturrecht tritt bei Kaufmann auf unterschiedliche Art und Weise in Erscheinung: in Form der positivrechtlichen Normen und in Gestalt von Richterrecht¹³³, darüber hinaus aber als Prinzipien, die dem sonstigen Recht vorgeordnet sein und das transzendente Ziel der Rechtsordnung bilden sollen.

¹²⁴ Schmidhäuser, a.a.O., Abschnitt 5, Rn 32.

¹²⁵ Schmidhäuser in: FS für Jescheck, S. 493, Einführung in das Strafrecht, Abschnitt 7, Rn 1.

¹²⁶ Schmidhäuser in: FS für Jescheck, S. 498.

¹²⁷ M. E. Mayer, Die schuldhafteste Handlung, 1901, S. 5 Fn 3.

¹²⁸ M. E. Mayer, a.a.O., S. 106.

¹²⁹ M. E. Mayer, a.a.O., S. 104 ff.

¹³⁰ M. E. Mayer, a.a.O., S. 114 f.

¹³¹ Zu Dohna in: Der Gerichtssaal 65 (1905), S. 316.

¹³² Arth. Kaufmann, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949, S. 88, Das Schuldprinzip, 1976, S. 38 f.; 71.

¹³³ Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 42.

Der Existenz solcher Prinzipien und der Methode ihrer Erfassung widmet Kaufmann umfangreiche Ausführungen. Seine Gedankengänge seien hier zusammengefasst:

Entsprechend seinem ontologischen Ansatz geht Kaufmann davon aus, dass von menschlichen Wertungen unabhängige an sich seiende Werte als Teil der göttlichen Schöpfungsordnung existierten.¹³⁴ Polemisch wendet sich Kaufmann gegen die Existenzphilosophie Sartres, wonach der Mensch seine Werte selbst setze.¹³⁵ Jenseits seiner theologischen Sicht gilt Kaufmann unter Verweis auf Nicolai Hartmann als „untrüglichster Beweis für die Objektivität des Seins“ das Phänomen des „Betroffenseins“, das sich zeige „in dem sich gegen Ungerechtigkeit auflehrenden sittlichen Gefühl, in dessen Empörung“¹³⁶.

Die metaphysische Wirklichkeit lasse sich allerdings nicht adäquat, sondern nur durch analoge Begriffe erfassen. Zudem hänge jede Erkenntnis vom Standpunkt des erkennenden Subjekts ab.¹³⁷ Um die subjektive Prägung der Erkenntnisse zu minimieren, soll es zu einer „Synthese“, d. h. Ergänzung verschiedener, unabhängiger subjektiver Erkenntnisse desselben Objektes kommen, und zwar in einer ständigen, der Suche nach Wahrheit verpflichteten philosophischen Auseinandersetzung, welche diese objektiven Werte jedoch nie vollständig erkennen werde.¹³⁸ Im Rahmen der möglichen Erkenntnis würden die metaphysischen Prinzipien als zeitlich unabhängige Werte und Wesensgehalte des Rechts immer wieder zeitgemäß im aktuellen „geschichtlichen“ Recht durch Gesetzgebung und Rechtsprechung verwirklicht werden.¹³⁹

Das Schuldprinzip, so konstatiert Kaufmann, sei eben ein solches Gesetzgebung und Rechtsprechung unbedingt bindendes metaphysisches Prinzip, ein „absoluter sittlicher Grundsatz“.¹⁴⁰

Zur Bestimmung von Schuld im Sinne des Schuldprinzips zieht Kaufmann das menschliche Wesen heran, das er auch als „personale Natur“ bezeichnet. Es zeichne sich gerade aus durch die besonderen, den Menschen von anderen Lebewesen unterscheidenden Fähigkeiten wie Selbstreflexion sowie die Fähigkeit, sein Leben nach den erkannten für ihn geltenden sittlichen Vorgaben zu regulieren und sein Dasein in eine sinnvolle und dauerhafte Ordnung zu bringen.¹⁴¹ Die Sittlichkeit und damit auch das Recht begründeten beide ein ethisches Sollen,

¹³⁴ Arth. Kaufmann, a.a.O., verweist auf z. B. auf die Auffassungen N. Hartmanns, Th. v. Aquins, A. Brunners, Jaspers', Jacobys.

¹³⁵ Arth. Kaufmann bezieht sich auf Sartres Werk „Das Sein und das Nichts“, 1962.

¹³⁶ Nicolai Hartmann, Metaphysik der Erkenntnis, zit. nach Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 71.

¹³⁷ Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 70.

¹³⁸ Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 81.

¹³⁹ Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 102 f.

¹⁴⁰ Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 115.

¹⁴¹ Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 101 f., mit Verweis auf Welzel.

welches das menschliche Gewissen verpflichte, und stellten so den Maßstab für das Wollen und Handeln dar.¹⁴² Entgegen Kants Prinzip von der sittlichen Autonomie der Persönlichkeit und entsprechend seiner theologischen Orientierung verfißt Kaufmann die „*geschöpfliche Natur*“ des Menschen: „(...) der Mensch ist keine sittlich autonome Person! (...) Der Mensch ist Geschöpf und nicht Schöpfer, und dieser ontologische Unterschied fordert die Heteronomie: Die Freiheit des Menschen ist moralisch an die von einem Schöpfer- und also nicht von ihm! gegebene Ordnung des Seins gebunden.“¹⁴³ So sei es die „ständige, nie zu Ende kommende Aufgabe“ des Menschen, sein eigenes Wesen zu verwirklichen, also die Fähigkeit zu nutzen, sich nach den sittlichen Regeln zu bestimmen.

Es liege gerade in diesem menschlichen Wesen begründet, durch Verstoß gegen die sittliche Pflicht schuldig zu werden und Schuld durch Strafe sühnen zu können. Nur der Mensch sei auch dazu in der Lage, „seine Taten zu verantworten und den „Sinn(s) der Strafe als verdientes Übellden für schuldhaftes Übeltun“ zu erkennen.“¹⁴⁴ Die für Schuld vorausgesetzte Entscheidungsfreiheit des Menschen bedeute einerseits die menschliche Fähigkeit zur Selbstbestimmung, soll heißen zur Erfüllung des ihm objektiv vorgegebenen Sittengesetzes, entsprechend seiner Natur: „Freiheit heißt geistiger Selbstbesitz, heißt Fähigkeit, sich zu seinem eigenen Wesen zu entscheiden.“¹⁴⁵ Andererseits erfasst es Kaufmanns Verständnis von Freiheit, dass sich die Willensentscheidung auch gegen eine erkannte sittliche Pflicht richten könne,¹⁴⁶ also gegen sein eigenes Wesen.

Schuld entstehe nun, wenn der Mensch das sittliche Sollen überwinde, indem er sich unter „Verfehlung“ (...) seiner „existentiellen Aufgabe (...), sich zu sich selbst zu entscheiden“, gegen die sittlichen Pflichten entscheide.¹⁴⁷ Schuld ist nach Kaufmann daher *Willensschuld*¹⁴⁸: "Zum Vorwurf gereicht dem Täter, dass er gewollt hat wie er nicht wollen sollte, und dass er doch so hätte wollen können wie er sollte."¹⁴⁹ Kaufmann verweist ergänzend auf die „fast einhellige

¹⁴² Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 127 ff.

¹⁴³ Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 118 f.

¹⁴⁴ Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 116 ff.

¹⁴⁵ Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 224.

¹⁴⁶ Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 128 f.

¹⁴⁷ Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 224, Das Unrechtsbewusstsein, S. 86. Obgleich Kaufmann aus Mangel an Erkenntnismöglichkeiten im Strafprozess den Bezug der Schuld zur *konkreten* Einzeltat fordert, ist für ihn Schuld im Kern Persönlichkeitsschuld im Sinne einer Lebensführungsschuld, im Ergebnis ähnlich wie v. Bar sie vertritt, bestehend im „Verfehlen“ der lebenslangen Aufgabe der Wesensverwirklichung. (Das Schuldprinzip, a.a.O., S. 215.) Auch Schild (in: FS für Lencker, 1998, S. 306), der allerdings zwischen Recht und Moral trennt, bezeichnet Schuld als „Selbstwiderspruch“.

¹⁴⁸ Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 140.

¹⁴⁹ Arth. Kaufmann, Das Unrechtsbewusstsein, S. 98.

Überzeugung in der Ethik“, dass allein der Wille Zurechnungskriterium für Schuld oder Verdienst sein könne.¹⁵⁰ Ein Vorwurf dürfe dem Täter aber nur dann gemacht werden, wenn er „die Bedeutung seiner Tat als Nicht – sein – Sollendes“ erkannt habe.¹⁵¹ Kaufmann definiert die menschliche Schuld demnach als „die bewusste Willensentscheidung gegen das Veto, das sich in der Vorstellung von der sicheren oder möglichen Herbeiführung eines unerlaubten Erfolges (im weiteren Sinne) ankündigt“¹⁵², allgemeiner ausgedrückt, als die „bewusste und gewollte Entscheidung zum Unrecht“.¹⁵³

Seine oben dargestellten erkenntnistheoretischen Grundlagen bieten Kaufmann jedoch keine Gewissheit darüber, ob allein eine Willensschuld dem Schuldprinzip entspricht. Auch die Willensschuld könne das Wesen der Schuld nur in inadäquater Weise beschreiben. „Deshalb mögen auch andere Begriffe, etwa der Begriff der verwerflichen Gesinnung oder der wertwidrigen Einstellung, etwas vom Wesen der Schuld zum Ausdruck bringen, und man kann sie daher, obwohl sie nach der hier vertretenen Auffassung weniger genau zutreffen als der Begriff der Willensschuld, nicht einfach als schlechterdings falsch abtun.“¹⁵⁴

Bockelmann stützt sich für eine Willensschuld auf die Bestimmungsnorm, welche aus der die Rechtswidrigkeit begründenden Bewertungsnorm hervorgehe: „Aus der rechtlichen Missbilligung eines Verhaltens“ wie der Tötung eines anderen Menschen folge der an den Einzelnen gerichtete Befehl: Töte nicht, bestimme deinen Willen so, dass dein Verhalten nicht jene rechtliche Missbilligung auf sich zieht, welche die Strafdrohung gegen Tötungen ausspricht“.¹⁵⁵ Schuld ist bei Bockelmann ähnlich wie bei Binding die *Opposition* des Willens gegenüber der Norm und auch hier „alle Schuld Willensschuld“, nämlich das „*Wollen des Unrechts*“.¹⁵⁶ Diese Auffassung hat einen ethischen Bezug, wenngleich Bockelmann anders als Kaufmann formal zwischen Recht und Moral trennt und keinen naturrechtlichen Ansatz vertritt. Strafe dient nach Bockelmann der Sühne des Täters, und Sühne setze Schuld als *sittliche* Verfehlung voraus.¹⁵⁷ Der Schuldvorwurf verlange, so Bockelmann, „nach unserer sittlichen und

¹⁵⁰ Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 142, mit Verweis auf Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten.

¹⁵¹ Arth. Kaufmann, Das Unrechtsbewusstsein, S. 99 f.

¹⁵² Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 153 f.

¹⁵³ Arth. Kaufmann in: Jura 1986, S. 229.

¹⁵⁴ Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 213.

¹⁵⁵ Bockelmann, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge (im Folgenden: Verkehrsstrafrecht), 1967, S. 212.

¹⁵⁶ Während es sich im Verkehrsstrafrecht um eine reine Tatschuld handelt, vertritt auch Bockelmann in früheren Veröffentlichungen eine Art Lebensführungsschuld. In den „Studien zum Täterstrafrecht“ von 1940, S. 676 f., kommt es Bockelmann noch auf die Entscheidung zum „Gesinnungsverfall“ an. Der Täter wählt sein „schlechtes Selbst“, die falsche Bahn. Ähnliches wird noch im 1957 erschienenen Vortrag „Schuld und Sühne“, S. 27, ausgeführt.

¹⁵⁷ Bockelmann in: Gedenkschrift für Radbruch, 1968, S. 253; 256 f.

rechtlichen Überzeugung“, dass sich der Täter frei für das Unrecht entschieden habe und das „Böse“ dem „Guten“ vorziehe, nachdem er beides miteinander verglichen und in seiner Qualität erkannt habe.¹⁵⁸ Ein „böser“ und damit schuldhafter Wille setze Unrechtsbewusstsein voraus.¹⁵⁹

(2.3.2) Lehre vom normativen Schuldelement

Ein anderes Verhältnis zwischen normativem und empirischem Moment als im komplexen Schuldbegriff bildet die „*Lehre vom normativen Schuldelement*“. Sie stellt das psychische und das normative Moment nebeneinander.

Um die Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit einander anzugleichen, ergänzt Goldschmidt den psychischen Schuldsachverhalt um ein *selbständiges* „normatives Schuldelement“¹⁶⁰, welches in der Verletzung der „Pflichtnorm“ bestehen soll.¹⁶¹ Das normative Element soll das psychische Element, so z. B. den Willen zur Tat beim Vorsatz, als pflichtwidrig kennzeichnen.¹⁶² Nach Goldschmidts „*Pflichtnormentheorie*“ steht „unausgesprochen“ neben jeder Rechtsnorm eine „Pflichtnorm“ aus dem „Billigkeitsrecht“¹⁶³, das weder Ethik noch Recht ist. Diese Norm gebiete es, sich von der Vorstellung des rechtswidrigen Erfolges oder anderen darauf hindeutenden Vorstellungen vom Handeln abhalten zu lassen. Die Pflichtnormverletzung bestehe also darin, dass sich der Täter nicht durch solche Vorstellungen zu rechtmäßigem Verhalten motiviert habe.¹⁶⁴

¹⁵⁸ Bockelmann, Verkehrsstrafrecht, S. 212 f. Vgl. auch Maurach, Schuld und Verantwortung, 1948, S. 40 f. In seinem Vortrag „Schuld und Sühne“, 1957, S. 2 f., verzichtet Bockelmann auf den Nachweis von Willensfreiheit: Im alltäglichen Leben beruhe Schuld auf der unreflektierten Gewissheit, dass der Mensch für sein Handeln verantwortlich sei, und diese Gewissheit mache jeder gegenüber anderen geltend.

¹⁵⁹ Bockelmann, Verkehrsstrafrecht, S. 212 f. Volk (Strafrecht AT, begründet von Bockelmann, 1987, S. 124 f.), der einen Schuldvorwurf bei vermeidbaren Verbotsirrtum akzeptiert, ist der Ansicht, dass von Schuld hier eigentlich nicht die Rede sein könne: „Wer nicht weiß, dass er Verbotenes tut, weiß nicht, dass er „Falsches“ tut selbst wenn er es wissen könnte.“ Die trotzdem erfolgende Bestrafung bedeute eine „*Modifizierung des Schuldprinzips*“, die aus kriminalpolitischen und Gerechtigkeitsgründen geboten sei, weil der Gewissenlose nicht gegenüber dem Gewissenhaften im Vorteil sein solle.

¹⁶⁰ Goldschmidt in: Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, 1913, S. 140 ff.

¹⁶¹ Goldschmidt, a.a.O., S. 148.

¹⁶² Goldschmidt, a.a.O., S. 140 ff.

¹⁶³ Goldschmidt, a.a.O., S. 165.

¹⁶⁴ Goldschmidt, a.a.O., S. 154 f. Vgl. auch Tarnowski (Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, 1927, S. 317), der das Vorliegen des normativen Elements vom freien richterlichen Ermessen nach dem Maßstab der Moral abhängig macht. Für Eb. Schmidt (in: von Liszt/ Eb. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1927, S. 209 ff.) besteht das normative zu dem psychischen hinzukommende Schuldelement in dem „Abweichen des tatsächlich erfolgten vom „gesollten“ Motivationsprozess“. Die Pflicht zu einer bestimmten Motivation ergibt sich hier aus der Funktion der Rechtssätze als Bestimmungsnormen und hängt ab von der Zumutbarkeit normgemäßer Motivation, bestimmt nach dem von einem Durchschnittsbürger in der Situation der Tat erwarteten Verhalten. Vgl. auch C. Schmitt, Über Schuld und Schuldarten, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 120, 1910, S. 50; 54.

(2.3.3) Der “rein“ normative Schuldbegriff

Den von Welzel geprägten normativen Schuldbegriff kennzeichnen der Ausschluss bestimmter psychischer Elemente und seine theoretische Untermauerung.

Der Schuldbegriff entbehrt bei Welzel einer psychischen Verknüpfung zwischen Täter und Tat. Dies hängt damit zusammen, dass Welzel Vorsatz und Fahrlässigkeit gar nicht als Bestandteile von Schuld betrachtet, sondern nur als solche von Unrecht.¹⁶⁵ Der Grund für diese Positionierung ist Wetzels Ansicht, dass das Recht an sogenannte aus der Anschauung der Realität folgende “sachlogische Strukturen” gebunden sei, woraus sich die „*finale Handlungslehre*“ ergeben soll: Gemäß einer sachlogischen Struktur folge menschliches Handeln einem "zwecksetzenden Willen"¹⁶⁶, und die Rechtsnormen würden ein bestimmtes “zwecktätiges” Verhalten verbieten oder gebieten. Bei einem Verstoß gegen strafrechtliche Normen durch das verbotene Verhalten ergebe sich das sogenannte “Handlungsunrecht”, und zwar in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit,¹⁶⁷ das neben dem “Erfolgsunrecht” stehe.¹⁶⁸

Der Schuldbegriff erschöpft sich bei Welzel dann in dem „*Kriterium der Vorwerfbarkeit*“. Vorwerfbarkeit wird näher als das "Dafürkönnen der Person für ihre rechtswidrige Willensbildung" bestimmt.¹⁶⁹ Es bedeute, dass gerade der Täter einen normgemäßen Willen hätte bilden können, mit dem er das Unrecht nicht begangen hätte.¹⁷⁰ Als Voraussetzungen der Vorwerfbarkeit nennt Welzel dann auch die Fähigkeit des Täters zu normgemäßer Motivation und die Möglichkeit des Täters, die Rechtswidrigkeit seines konkreten Verhaltens zu erkennen.¹⁷¹

Welzel stellt seinen Schuldbegriff auf die Grundlage der Willensfreiheit, die er theoretisch zu untermauern und sogar zu beweisen versucht. Er unterscheidet zwischen Recht und Ethik, rechtlicher und ethischer Schuld.¹⁷² Sein Schuldbegriff stützt sich allerdings, aufgehängt an der Frage der Willensfreiheit, ausdrücklich auf nicht rechtliche Grundlagen, auf ein Fundament verschiedener phi-

¹⁶⁵ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 1969, S. 140 f.

¹⁶⁶ Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 1962, S. 197 f., Das Deutsche Strafrecht, S. 30 f.

¹⁶⁷ Das Problem der finalen Handlungslehre besteht vor allem darin, das Fahrlässigkeitsunrecht als „finale Handlung“ zu erfassen.

¹⁶⁸ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 136.

¹⁶⁹ Welzel, a.a.O., S. 140.

¹⁷⁰ Paul Merkel (in: ZStrW 43, S. 341; 338) trennt bereits die Schuld von Vorsatz und Fahrlässigkeit und betrachtet sie als „Artmerkmal“ vorsätzlicher und fahrlässiger Taten. Auch zu Dohna (Aufbau der Verbrechenslehre, 1935, S. 11; 14; 22; 28; 39) unterscheidet zwischen dem Objekt der Wertung und der Wertung des Objekts, wovon nur letztere Schuld sei.

¹⁷¹ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 141. Die Entschuldigung des Täters bedeute, dass von einem Vorwurf ihm gegenüber abgesehen werde, weil diese Fähigkeiten herabgesetzt seien, wenn auch der Täter etwas für die Tat könne.

¹⁷² Welzel, Naturrecht und materiale Geltung, S. 236 ff.

losophischer und psychologischer Anleihen, die ein bestimmtes Bild vom Menschen konstituieren. Unter der Willensfreiheit versteht Welzel die "Fähigkeit, sinngemäß sich selbst bestimmen zu können." Er erfasst sie in drei verschiedenen Hinsichten, unter dem „anthropologische(n)“, dem „charakterologische(n)“ und dem „kategoriale(n)“ Aspekt.¹⁷³

Erstens beruft sich Welzel vor allem auf die Anthropologie Schellers: Seine Unterschiede zum Tier machten den Menschen zu einem „auf Selbstverantwortung angelegten Wesen“, das an Wahrheit, Sinn und Werte gebunden sei.¹⁷⁴

Zweitens greift Welzel wie Jescheck auf die psychologischen Schichtenlehren Rothackers und Lerschs zurück, wonach der bewusste Wille, welcher dem „bewussten Ich“ angehört, die seelischen Antriebe tieferer Schichten steuert. Dieser Wille, der enger gefasst wird als der „finale Handlungswille“ des Unrechts, orientiere sich an „überindividuellen Sinngehalten“ wie den rechtlichen Normen und erstrecke sich nicht auch auf die bei Lersch so benannten „antriebsunmittelbaren Handlungen“.¹⁷⁵

Drittens vertieft Welzel das Verständnis von Freiheit als Selbstbestimmung. Der Gedanke, dass Triebe sich Werten unterordnen lassen, orientiert sich im Ansatz wiederum an der Ethik Nicolai Hartmanns, wonach Werte als Geistiges der obersten Schicht angehören, welche die Schichten des Organischen und Seelischen „überlagert“.¹⁷⁶ Welzel betont, dass der *sinnvoll* lenkende, d. h. wertorientierte Wille nicht absolut unbestimmt sei, wie es der "herkömmliche" Indeterminismus vertrete.¹⁷⁷

Vor allem anhand der Struktur des Erkennens versucht Welzel die Fähigkeit des Subjekts zu sinnvoller Steuerung nachzuweisen.¹⁷⁸ Erkenntnis könne durch das bewusste zielgerichtete Ergründen eines Gegenstandes erlangt werden. "Wenn Erkenntnis möglich sein soll, darf das erkennende Subjekt aber nicht lediglich Spielball seiner Antriebe sein, sondern muss es die Fähigkeit haben, den Erkenntnisantrieb als sinnvolle, gegenüber anderen, ablenkenden Antrieben durchzuhaltende Aufgabe zu verstehen, d. h. *die Verantwortung* für den Erkenntnisakt

¹⁷³ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 142 - 149.

¹⁷⁴ Welzel, a.a.O., S. 143. Auch der BGH (St 2, 194 (200 f.)) scheint seine Auffassung von Schuld in der Grundsatzentscheidung zum Verbotsirrtum auf Welzels Begriff der Willensfreiheit zu stützen. Dies wird besonders deutlich daran, dass er sich an Formulierungen des „anthropologischen Aspekts“ anlehnt: „(...) Schuld ist Vorwerfbarkeit. Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, dass er sich nicht rechtmäßig verhalten, dass er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können (...) Der innere Grund des Schuldvorwurfes liegt darin, dass der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden, sein Verhalten nach den Normen des rechtlichen Sollens einzurichten und das rechtlich Verbotene zu vermeiden, (...)“

¹⁷⁵ Welzel, a.a.O., S. 144.

¹⁷⁶ Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 58; 84 f.; 115 ff.

¹⁷⁷ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 146; 148.

¹⁷⁸ Dies ist ein Hauptargument des Freiheitsbeweises von Welzel. Zur ausführlichen Auseinandersetzung mit Welzels Freiheitslehre vgl. Pothast, Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise, 1980, S. 329 - 359.

übernehmen. (...) Da aber die Möglichkeit von Erkenntnis nicht prinzipiell bestritten werden kann - denn das Bestreiten selbst würde eine Erkenntnis voraussetzen - , so können auch die Bedingungen, unter denen Erkenntnis allein möglich ist, sinnvoll nicht bestritten werden: Hierin liegt die bleibende Bedeutung des Erkenntnisargumentes für das Problem der Willensfreiheit."¹⁷⁹ Freiheit ist bei Welzel also nicht die Möglichkeit, beliebig zwischen Sinn und Wider Sinn, Wert und Unwert wählen zu können, sondern eine "*Freiheit des Menschen vom sinnindifferenten kausalen Zwang und zu sinnmäßiger Selbstbestimmung*". Welzel bezeichnet Freiheit auch als einen "Akt der Befreiung vom kausalen Zwang". Dementsprechend bedeute der böse Wille die kausale Abhängigkeit vom wertwidrigen Antrieb der Tiefenschicht. Welzel bezeichnet die Schuld deshalb auch plakativ als das „Ausbleiben des Befreiungsaktes, obwohl der Täter der eigenen Sinnbestimmung mächtig ist“, das „Abhängigbleiben vom kausalen Zwang“. Den freien Willen des *Täters* hält er in der Konsequenz für eine "absonderliche Spielerei".¹⁸⁰

Schuld gründet sich bei Welzel demnach auf das *Ausbleiben* des Willens zur normgemäßen Selbstbestimmung durch den dazu fähigen Täter.¹⁸¹

Mit Welzel kommen Maurach und Zipf darin überein, das Kriterium für Schuld letztlich darin zu sehen, dass der Täter seine Fähigkeit zur Normbefolgung *nicht genutzt habe*. Denn Maurach und Zipf wollen das „materielle Wesen der Schuld“ darin finden, dass „der Täter die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, der Verbrechensneigung zu widerstehen, nicht genügend einsetzte“ oder, anders ausgedrückt, "*seine Einsichts- oder Widerstandsfähigkeit missbrauchte*".¹⁸² Die Fähigkeit des Täters, sich normgemäß zu verhalten, stützen Maurach und Zipf anders als Welzel vor allem auf die allgemeine Erfahrung menschlichen Zusammenlebens.¹⁸³ Ob der Täterwille in der Tatsituation tatsächlich dazu imstande gewesen sei, lasse sich aber nicht nachvollziehen, sondern könne nur anhand eines bestimmten Maßstabs unter Berücksichtigung der speziellen Lage des Täters angenommen werden.¹⁸⁴ So weit, den Willen zum nicht normgemäßen Verhalten wie Welzel als unfrei zu bezeichnen, gehen diese Ausführungen nicht.

¹⁷⁹ Welzel in: ZStrW 60, S. 428 - 474, ders. in: FS für Engisch, 1969, S. 93 ff., ders., Das Deutsche Strafrecht, S. 146 f.

¹⁸⁰ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 148 f.

¹⁸¹ Welzel, a.a.O., S. 149.

¹⁸² Maurach/ Zipf, Strafrecht AT 1, 1992, § 36 I Rn 15.

¹⁸³ Maurach/ Zipf, a.a.O., Rn 12; 19.

¹⁸⁴ Maurach/ Zipf, a.a.O., Rn 17 ff.

(2.3.4) Die analytische Position Kelsens

Kelsen nimmt eine eigene analytische Position ein. Er vertritt erstens eine strikte Trennung zwischen den „Denkmodi“ des Sollens und des Seins.¹⁸⁵ Zweitens geht er von einem rein positivistischen Standpunkt aus. Ob Recht gilt, ergibt sich ausschließlich daraus, ob es formal nach den dafür geltenden Regeln gesetzt wurde, die sich aus einer höherrangigen Norm ergeben.¹⁸⁶

Kelsens Schuldbegriff hat einen ausschließlich normativen Charakter: Die Tat wird dem Täter allein aufgrund seiner Normverletzung¹⁸⁷ zugerechnet. Nach Kelsen ist Zurechnung zunächst eben die „*aufgrund der Norm* (eigene Markierung) vorgenommene Verknüpfung zwischen einem Seinsstatbestand und einem Subjekte“, was einfach durch die Subsumtion des Seinsstatbestandes unter eine Norm geschieht.¹⁸⁸ Die Verbindung, welche die Zurechnung ausmacht, ist nicht kausal oder teleologisch zu verstehen, sondern eigener Art.¹⁸⁹ Die Zurechnung wird an kein psychisches Kriterium wie den Willen zur Tat geknüpft, sondern Zurechnungskriterium ist nur die *Normwidrigkeit*. Kelsen sagt: „So sehr es auch gegen die herrschenden Anschauungen im Strafrecht verstoßen mag, so muss doch mit allem Nachdrucke hervorgehoben werden, dass das Schuldmoment niemals in einem Wollen oder Wissen oder sonst einem psychischen Vorgange besteht, dass der Mörder nicht deshalb an dem Tode des Ermordeten Schuld trägt, weil er diesen Tod beabsichtigt hat, sondern lediglich deshalb, weil die absichtliche Tötung eines Menschen normwidrig ist.“¹⁹⁰ Diese Auffassung ist Konsequenz der von Kelsen vertretenen theoretischen Grundlagen, die es nicht zulassen würden, die Schuld über die Normwidrigkeit, den Verstoß gegen das Sollen, hinaus auf ein tatsächliches Moment wie den Willen zur normwidrigen Handlung selbst zu stützen. Das Kriterium für Schuld orientiert sich nach Kelsen also nicht unmittelbar am Vergeltungsgedanken. Wenn Kelsen es trotzdem für erforderlich hält, die Bestrafung jedenfalls zum Teil an psychische Momente zu knüpfen, d. h. solche in die Norm aufzunehmen, dann allein aus soziologischen und nicht aus juristischen Überlegungen.¹⁹¹

¹⁸⁵ Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 6 ff.

¹⁸⁶ Kelsen, a.a.O., S. 38 ff.

¹⁸⁷ In seinen späteren Schriften unterscheidet Kelsen zwischen *Rechtsnormen* als Imperativen und *Rechtssätzen* als hypothetischen Urteilen, die aussagen, dass unter bestimmten Bedingungen bestimmte Folgen eintreten. (Z. B. Kelsen, Reine Rechtslehre, 1960, S. 73.)

¹⁸⁸ Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 72. Später, seit der „Reinen Rechtslehre“ (S. 154), definiert Kelsen „Zurechnung“ als Verbindung zwischen Bedingung und Folge innerhalb eines Rechtssatzes; die zunächst wiedergegebene Definition von „Zurechnung“ wird als „Zuschreibung“ bezeichnet.

¹⁸⁹ Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 78; 144.

¹⁹⁰ Kelsen, a.a.O., S. 138.

¹⁹¹ Kelsen, a.a.O., S. 138; 214 ff.; 224.

Diesem Schuldbegriff entspricht auch Kelsens Verständnis einer „Willensschuld“. Der Täter wird hierbei allein als Schuldsubjekt, als Träger von Rechten und Pflichten betrachtet, nicht als biologischer Mensch. Der juristische Willensbegriff, den Kelsen scharf von der empirischen Bedeutung des Willens in der Psychologie abgrenzt, dient allein der Zurechnung. Der Wille im juristischen Sinne und die Zurechnung seien „correlate Begriffe“.¹⁹² Dieser juristische Wille sei genauer gesagt eine „als Endpunkt der Zurechnung fungierende Konstruktion“, welche im „Innern der Menschen gedacht“ werde und welcher keine Entsprechung im realen Seelenleben des Täters habe.¹⁹³ Wenn der Täter nach Kelsen auch, psychologisch betrachtet, determiniert war, so zu handeln wie er tatsächlich handelte, so spielt dies für den *juristischen Willen*, der sich nicht auf kausale Zusammenhänge stützt und schon deswegen frei genannt werden kann, keine Rolle.¹⁹⁴

(2.4) Der Schulddialog nach Haft

Einen vollständig eigenen Ansatz darin, Schuld zu erfassen, vertritt Haft: Er will das *Erlebnis* des Angeklagten von Schuld ergründen, und zwar durch einen „rationalen Schulddialog“, der zwischen den Verfahrensbeteiligten nach bestimmten Verfahrensregeln, praktisch vergleichbar mit denen der Strafprozessordnung, im Strafverfahren geführt wird.¹⁹⁵ Das Konzept des Dialoges wird von der humanistischen Idee getragen, so weit wie möglich auf den Täter als Menschen einzugehen.¹⁹⁶ Der Schulddialog wird mit dem Ziel geführt, die Schuld des Täters argumentativ auszuschließen.¹⁹⁷ Diese dem Täter wohl gesonnene Haltung soll dazu dienen, im Falle seiner Schuldigsprechung die Bereitschaft des Täters zur Sühne zu wecken und seine Resozialisierung als individuelle Leistung zu fördern.¹⁹⁸ Haft präsentiert deshalb kein abstraktes Schuldkriterium, an dem das Verhalten und die Psyche des Täters gemessen werden können, sondern in dem Dialog sollen eigene Schuld Erfahrungen¹⁹⁹ des Täters und die anderer miteinander verglichen und diskutiert werden, und die Berechtigung zur Erhebung eines Schuldvorwurfs findet sich im Konsens, d. h. der Übereinstimmung der Verfahrensbeteiligten darin, dass eine Exkulpation des Angeklagten nicht möglich sei.²⁰⁰ Als eine jedermann bekannte *Schulderfahrung* beschreibt Haft das Emp-

¹⁹² Kelsen, a.a.O., S. 142 ff.

¹⁹³ Kelsen, a.a.O., S. 145 f.

¹⁹⁴ Kelsen, a.a.O., S. 136; 159, Reine Rechtslehre, S. 97.

¹⁹⁵ Haft, Der Schulddialog, 1978, S. 7 - 17; 70 - 86.

¹⁹⁶ Haft, a.a.O., S. 31.

¹⁹⁷ Haft, a.a.O., S. 43 ff.

¹⁹⁸ Haft, a.a.O., S. 31 ff.

¹⁹⁹ Auf das Erleben von Schuld kommt es auch Basedow (Die strafrechtliche Verschuldung, ein Willensvorgang mit dem Bewusstsein der Normwidrigkeit des Handlungserfolgs, 1898, S. 18; 21 f.) an.

²⁰⁰ Haft, a.a.O., S. 28.

finden von Bedauern darüber, infolge einer bewussten Willensentscheidung gegenüber sittlichen Werten versagt zu haben, verbunden mit dem Gefühl der Verpflichtung, sich dafür vor einer zuständigen Instanz verantworten zu müssen.²⁰¹

bb) Präventiv orientierte Lehren

Einige Lehren orientieren den Schuldbegriff am Strafzweck der Prävention. Dabei werden verschiedene Methoden der Prävention zugrunde gelegt. Zu unterscheiden ist hier im Wesentlichen zwischen der Abschreckung der Allgemeinheit von Straftaten durch Strafdrohung und Bestrafung des Täters, der Abschreckung des Täters durch Strafe sowie dem Schutz der Bevölkerung vor dem unverbesserlichen Täter durch Strafe (negative General- und Spezialprävention) einerseits, und der Stärkung der positiven Einstellung der Allgemeinheit gegenüber der Rechtsordnung sowie der Besserung und Resozialisierung des Täters durch Strafe (positive General- und Spezialprävention) andererseits. Mit den Präventionstheorien werden die Schuldbegriffe auf unterschiedliche Art und Weise verknüpft.

(1) Lehren von der „Zurechnung“

Schon bei Feuerbach folgt die strafrechtliche von ethischen Erwägungen gelöste Zurechnung aus *generalpräventiven Motiven*. Zurechnungskriterium ist hier der Wille. Das „Verschulden“ in Form von Vorsatz und Fahrlässigkeit (Dolus und Culpa) ist die „Bestimmung“ des Willens zu einem Verhalten mit rechtsverletzendem Erfolg, der „als Zweck“ angestrebt wird, oder seine Bestimmung zu einem bestimmten Verhalten, das gesetzeswidrig ist, ohne dass ein rechtswidriger Erfolg angestrebt wird.²⁰² Nach Feuerbachs *Theorie vom psychologischen Zwang* soll die gesetzliche Strafdrohung die Adressaten des Gesetzes davon abschrecken, Straftaten zu begehen, was auch negative Generalprävention genannt werden kann. Auch die Strafe selbst soll danach der Abschreckung dienen, und zwar indirekt, weil erst sie bestätige, dass die Strafdrohung ernst gemeint sei; ohne sie hätte die gesetzliche Strafdrohung keine abschreckende Wirkung.²⁰³ Der strafrechtlichen Zurechnungslehre legt Feuerbach anders als der sittlichen die deterministische Sichtweise zugrunde, so dass der Wille als durch Motive bestimmbar und durch die Strafdrohung beeinflussbar gilt.²⁰⁴ Damit der Wille durch die Vorstellung der angedrohten Strafe zur Unterlassung der gesetzlich

²⁰¹ Haft, a.a.O., S. 25 ff. Er setzt Freiheit unter Verweis auf Welzels Lehre voraus. (A.a.O., S. 22 f. Fn 29.)

²⁰² Feuerbach, Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und über den dolus indirectus insbesondere, Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft, Band II, 1800, S. 199.

²⁰³ Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 1832, § 13.

²⁰⁴ Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Theil 2, 1800, S. 131; 133 f.

verbotenen Handlung gelenkt werde²⁰⁵, müsse sich der Täter kurz vor dem den rechtswidrigen Erfolg verursachenden Verhalten zumindest dessen bewusst sein, dass dieses Verhalten gesetzeswidrig sei. Ohne diese Einsicht, so Feuerbachs psychologische Begründung, könne ihn das Gesetz nicht abschrecken, weil er nicht wisse, dass er eben diese Handlung oder Unterlassung vermeiden solle.²⁰⁶ Nur wenn der Täter sich der Gesetzeswidrigkeit seines Verhaltens bewusst ist, kann also Feuerbach zufolge der generalpräventive Zweck erreicht und die Tat zugerechnet werden.

V. Almendingen stellt, ebenso ausgehend von der Theorie vom psychologischen Zwang, maßgeblich auf die *Voraussicht des rechtswidrigen Erfolges* ab. Zugerechnet wird die Tat in allen Fällen, in denen der Täter den rechtswidrigen Erfolg als notwendig oder auch irgendwie möglich vorausgesehen hat, weil er durch diese Voraussicht dazu hätte bewegt werden können, sich rechtmäßig zu verhalten.²⁰⁷

Doch auch eine *Verstandesschuld* wird aus Gründen der Spezialprävention in Form des Fernhaltens des unverbesserlichen Täters von der Bevölkerung vertreten. Der Staat, der für Sicherheit sorgen wolle, müsse sich „vor der Dummheit der Menschen ebenso wie vor ihrer Schlechtigkeit hüten“.²⁰⁸

²⁰⁵ Vgl. Feuerbach, Betrachtungen über dolus und culpa, S. 16 f.

²⁰⁶ Feuerbach, a.a.O., S. 214. Eine ähnliche an der Generalprävention orientierte Sichtweise nimmt Kohlrausch (in: Aschrott, v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs Band I, 1910, S. 183 ff.) mit seinem frühen psychologischen Schuldbegriff ein. Stübel's Zurechnungslehre ist hingegen *auch* spezialpräventiv geprägt: So soll Strafe die *Gefährlichkeit des Täters* bekämpfen und möglichst dafür sorgen, dass er in Zukunft keine Straftaten mehr begehe. Die Gefährlichkeit des Täters wird an seiner „Gesinnung“ gemessen, wobei das maßgebliche Anzeichen für eine gefährliche Gesinnung und Schuldkriterium wiederum der freie Willensentschluss zum strafrechtlich erheblichen Handeln sein soll. (Stübel, System des allgemeinen peinlichen Rechts, Teil I, 1795, S. 15, Teil II, 1795, S. 32; 54.) Stübel's Auffassung ähneln im Ansatz die psychologischen Schuldelehren Löfflers (Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend - historischer und dogmatischer Darstellung, 1895, S. 3 ff.), und Mirickas (Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, 1903, S. 78 ff.).

²⁰⁷ V. Almendingen, Untersuchungen über das kulpöse Verbrechen, in: Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft und Gefängniskunde, Band II, 1804, 2. Stück, nach Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, S. 19.

²⁰⁸ R. Horn, Über den Kausalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht, 1889, S. 38 ff.

(2) Systematische Schuldlehren

(2.1) Naturalismus

(2.1.1) Systematik bei v. Liszt

Die Lehre v. Liszts kombiniert systematischen Anspruch mit streng naturalistisch-soziologischer Sichtweise.²⁰⁹ Das geschlossene Verbrechenssystem, das v. Liszt zu entwickeln sucht²¹⁰, orientiert sich vor allem an der Spezialprävention. Eingepasst in dieses System, soll der Schuldbegriff auf psychische, deskriptive Merkmale reduziert werden, die eine objektive, vom subjektiven richterlichen Werturteil unabhängige Feststellung ermöglichen.²¹¹

Dementsprechend geht v. Liszt von der deterministischen Sichtweise der Psychologie aus, woraus folgt, dass Strafe auf den Willen des Täters Einfluss nehmen kann. Freiheit spielt nur eine Rolle als Freiheit von „mechanischen“ Ursachen als „äußeren Zwängen“.²¹² V. Liszts im Laufe der verschiedenen Auflagen seines Lehrbuchs veränderte Schuldlehre²¹³ wird stets durch die folgenden Grundzüge charakterisiert:

Seiner Gesetzesbetrachtung entnimmt v. Liszt, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit, die beiden Schuldarten, die einzigen Schuldbestandteile seien²¹⁴; die Zurechnungsfähigkeit gilt nach dem Muster des psychologischen Schuldbegriffs als Voraussetzung des Schuldbegriffs.²¹⁵ Weil der Schuldbegriff so allein Gattungsbegriff seiner Arten ist²¹⁶, bedeutet Schuld immer eine gemeinsame Bestimmung von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Während formelle Schuld als die „Verantwortlichkeit“ bestimmt wird, soll materielle Schuld in der „*asoziale(n) Gesinnung des Täters*“ als seiner bleibenden Eigenart²¹⁷ bestehen, welche aus der Tat erkennbar sei. Diese Gesinnung soll bei beiden Schuldformen die psychologische Beziehung des Täters zur Tat herstellen.²¹⁸

In seinem „Marburger Universitätsprogramm“ ordnet v. Liszt *sowohl die Voraussetzungen* als auch Inhalt und Umfang der Strafe ihrem Zweck unter, dem Rechtsgüterschutz.²¹⁹ Entsprechend charakterisiert die Verbrechensvoraussetzung der Schuld den Täter bei v. Liszt so, dass die daran ansetzende Strafe eine

²⁰⁹ Vgl. bereits unter aa) (2.2).

²¹⁰ Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, S. 22.

²¹¹ Achenbach, a.a.O., S. 42.

²¹² V. Liszt, Lehrbuch, 14./ 15. Auflage 1905, S. 82; 122; 158.

²¹³ Achenbach, a.a.O., S. 39. Vgl. zur Entwicklung der Schuldlehre bis zur 18. Auflage: Rosenfeld in: ZstrW 32, S. 467 f.

²¹⁴ V. Liszt, Lehrbuch, 1. Auflage 1881, S. 106.

²¹⁵ V. Liszt, a.a.O., S. 95.

²¹⁶ Hiergegen wendet sich Frank. (Vgl. unter aa) (2.3).)

²¹⁷ Um zu ermitteln, ob sich in der Tat die „bleibende Eigenart“ des Täters äußert, soll festgestellt werden, ob sich der Täter überhaupt „normal“ motivieren ließ. (Vgl. Lehrbuch, 14./ 15. Auflage, S. 163.)

²¹⁸ V. Liszt, a.a.O., S. 157 f.

²¹⁹ V. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, 3. Aufl. 1968, S. 150.

verbrechensbekämpfende Wirkung haben und der präventive Strafzweck erreicht werden kann: Der „materielle“ Schuldbegriff drückt durch die asoziale Gesinnung ein soziales Gefährdungspotential des Täters aus, auf das durch Strafe eingewirkt werden kann oder vor dem die Gesellschaft in unverbesserlichen Fällen zumindest durch Gefängnisstrafe geschützt zu werden vermag.²²⁰

(2.1.2) Symptomatische Lehre

Die *symptomatische Verbrechenslehre* erlangt eigenständige Bedeutung für die Schuld, weil sie die Tat nur noch als Symptom betrachten für ein „bestimmte(s) psychische(s) Substrat“ des Täters, das seine Schuld ausmacht.²²¹ Die Strafe knüpft hier unmittelbar daran an, wie der Täter ist, so dass die symptomatischen Lehren unverhohlener als v. Liszts einzeltatorientierte psychologische Schuldlehre eine „Täter- oder Charakterschuld“ vertritt.

Nach Tesar soll strafrechtliche Schuld genauer der „psychische Defekt“ sein, den die Straftat zeige. Die Tatbestände sollen nur dazu dienen, auf die Größe des Defektes beim Individuum hinzuweisen.²²² Tesar entwickelt seinen Schuldbegriff nicht ausdrücklich aus der Prämisse eines präventiven Strafzwecks, doch er sieht seinen Schuldbegriff unter Verweis auf die Lehre v. Liszts *im Einklang mit spezialpräventiven Zwecken*, die durch eine „Schutzstrafe“ verfolgt werden. Ziel der Strafe sei vor allem der Schutz der Gesellschaft vor der „gefährlichen“ psychischen Disposition des Täters, der durch das Strafübel dahin verändert werden soll, dass er keine Straftaten mehr begeht.²²³ Festgestellt wird der Defekt des Täters durch Vergleich des Täters mit dem „Durchschnittsmensch(en) des Gesellschaftskreises“, dem er angehört.²²⁴

(2.2) Normative Schuldlehren

Die hier darzustellenden am Strafzweck der Prävention orientierten normativen Schuldlehren folgen in etwa dem Muster des komplexen Schuldbegriffs, d. h., dass Schuld einerseits in einem Sachverhalt besteht, und andererseits in einem Werturteil, das auf der Grundlage eines Sachverhalts gefällt wird.

Felix Kaufmann, der in diesem Sinne ausführlich eine geschlossene präventive Schuldtheorie entwickelt und eine „Gesinnungsschuld“ vertritt, macht das Bestehen von Schuld davon abhängig, ob der Spezial- und Generalprävention ge-

²²⁰ V. Liszt, a.a.O., S. 165 ff.

²²¹ Tesar in: Abhandlungen des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin, Neue Folge. Fünfter Band, III. Heft, 1907, S. 196.

²²² Tesar, a.a.O., S. 237 f.

²²³ Tesar, a.a.O., S. 272; 276.

²²⁴ Tesar, a.a.O., S. 218.

nügt wird.²²⁵ Davon ausgehend, dass die Verwendung als gerecht anerkannter Kriterien auch der Generalprävention diene, indem sie das Strafrecht im Bewusstsein der Bevölkerung verankere²²⁶, macht Kaufmann die im allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden verwurzelte mit dem Vergeltungsgedanken verbundene „Schuldidee“ für den präventiven Zweck nutzbar: Weil der dieser Idee entsprechende Schuldbegriff psychologische Größen verwende, leitet Kaufmann sein Schuldkriterium aus der Spezialprävention ab. Hierbei setze Strafe wie bei der traditionellen zu vergeltenden Schuld an der *gefährlichen Täterpsyche* an und könne auf diese einwirken, um den Täter von weiteren Straftaten abzuhalten. Auf dieser Basis begründet Kaufmann einen strafrechtlichen Schuldbegriff, dessen Unterschied zu moralischer Schuld vor allem in seinem Bezug auf *rechtswidriges* Verhalten liege.²²⁷ Kaufmann erkennt dem Schuldbegriff einerseits ein empirisches Moment und andererseits ein Wertmoment zu.²²⁸

Als grundlegende Elemente seiner Schuldtheorie definiert Kaufmann die Begriffe der Kausalität und der Handlung.

Dass eine Person ein Ereignis (E) durch ihr Handeln (H) verursacht hat, bedeute: „Diese Person hat (...) H vollzogen, später ist (...) E eingetreten.“ „(...) E tritt allgemein unter sonst gleichen Umständen dann und nur dann ein, wenn H vorher vollzogen wurde.“ Und dass ein Ereignis (E) durch Unterlassung einer bestimmten Handlung (H) verursacht wurde, heiße: „Diese Person hat (...) H (in einem bestimmten Zeitraum) nicht vollzogen, nachher ist E eingetreten.“ „Allgemein tritt unter sonst gleichen Umständen E dann und nur dann ein, wenn vorher (...) H nicht vollzogen wurde.“²²⁹ Dabei stellt Kaufmann klar, dass der Zusammenhang zwischen H und E auf allgemeiner Erfahrung beruhe²³⁰ und dass sowohl die Aussage, H sei eingetreten, als auch die Aussage, H sei nicht eingetreten, Urteile über Fakten darstellten. Beide Aussagen würden die Welt in ihrer Beschaffenheit beschreiben.²³¹

Die Handlung begreift Kaufmann im Sinne der Phänomenologie als zugleich physischen und psychischen Sachverhalt: Physisches Verhalten wird einem Subjekt zugeordnet, das sich während dieses Verhaltens in einem bestimmten psychischen Zustand befindet, in dem es dieses Verhalten erlebt. So lasse sich die

²²⁵ F. Kaufmann, Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, 1929, S. 62 f.; 72.

²²⁶ F. Kaufmann, a.a.O., S. 69.

²²⁷ F. Kaufmann, a.a.O., S. 123.

²²⁸ F. Kaufmann, a.a.O., S. 75.

²²⁹ F. Kaufmann, a.a.O., S. 82 f.

²³⁰ F. Kaufmann, a.a.O., S. 79.

²³¹ F. Kaufmann, a.a.O., S. 82.

menschliche Handlung nicht erschöpfend durch die Beschreibung der Körperbewegung erfassen.²³²

Um eine Handlung nun als schuldhaft gelten zu lassen, komme es auf Voraussetzungen an, die über das hinausgehen, was eine rechtswidrige Handlung ausmache. Kaufmann rekurriert hierfür - er stützt ja die Schuld, wie eingangs gesehen, auf die Grundlage psychischer Momente - auf die psychische Beziehung zwischen Täter und rechtswidriger Tat, welche das empirische Moment seines Schuldbegriffes darstellt.²³³ Diese Beziehung soll zwischen der rechtswidrigen Handlung und der Psyche des Handelnden bestehen. Es handele sich dabei um eine „symptomatische Beziehung“, die „Kehrseite einer Realbeziehung“. Die sich in der symptomatischen Beziehung spiegelnde „Realbeziehung“ sei der kausale Zusammenhang im oben definierten Sinne zwischen der Psyche des Handelnden und der rechtswidrigen Handlung, welcher bedeute, „dass die Person jenes Verhalten nicht an den Tag gelegt hätte, wenn ihre ‚Psyche‘ unmittelbar *vor der Tat* in bestimmtem Sinn anders, ‚besser‘ gewesen wäre“, d. h. nicht der tatsächliche psychische Zustand, sondern ein anderer vorgelegen hätte.²³⁴

Die „symptomatische Beziehung“ zwischen rechtswidriger Handlung und Psyche des Täters ist also nach Kaufmann so zu verstehen, dass sich aus der rechtswidrigen Handlung Schlüsse auf die Psyche des Handelnden ziehen lassen.

Geeignete Symptome für die Psyche des Täters findet Kaufmann nicht allein in den objektiv bestimmten Voraussetzungen für den rechtswidrigen Tatbestand, weil sonst jedes rechtswidrige Verhalten auch schuldhaft wäre, sondern in der Handlung einschließlich der zu ihr gehörenden psychischen Tatsachen, so z. B. dem Willen zur Handlung. Ausgehend von der mit der phänomenologischen Betrachtungsweise stimmigen Annahme, dass ein Willensakt nicht selbständig existiere, sondern immer nur als solcher einer bestimmten Person, fungiert der Willensakt als Symptom für die handelnde *Person*, und zwar in ihrem *konstanten* „inneren Habitus“, ihrer Gesinnung.²³⁵ Es ist dabei darauf hinzuweisen, dass entsprechend den obigen Ausführungen zur Kausalität zwischen dem Unterlassen einer Handlung und einem Ereignis das „Nichtvorliegen aktueller psychischer Beziehungen“ wie das Vorliegen derselben behandelt und als Glied in der Kausal- und Symptomkette aufgefasst wird.²³⁶ Dies hat besondere Bedeutung für die Fahrlässigkeitsschuld.

²³² F. Kaufmann, a.a.O., S. 84 - 87.

²³³ F. Kaufmann, a.a.O., S. 89.

²³⁴ F. Kaufmann, a.a.O., S. 90.

²³⁵ F. Kaufmann, a.a.O., S. 95 f.

²³⁶ F. Kaufmann, a.a.O., S. 116.

Kaufmann schließt so von Symptom auf Symptom: von äußerem menschlichen Verhalten auf dessen einmalige psychische „Ursachen“ wie den Handlungswillen und davon auf die psychische Konstante, die „antisoziale“ Gesinnung des Handelnden.²³⁷ Hier münde der Schuldbegriff in die kriminalpolitische Teleologie.²³⁸ Denn durch die Strafe soll ja gerade zur Verhinderung von Straftaten auf die gefährliche Gesinnung ändernd eingewirkt werden.²³⁹

Soweit sich die Kriterien für Schuld an der Spezialprävention orientieren, setzen sie eine auf bestimmte Weise verstandene Freiheit des Täters voraus: Freiheit bedeute hier, dass eine „erste“ Ursache für den Willen in der Sphäre des Psychischen in Form eines Denkakts angegeben werde, und dass der durch diesen Denkakts gesetzte Handlungsvorsatz rational verstehbar sei. Gerade das Zustandekommen einer Handlung durch „Überlegen“ werde als Freiheit erlebt. Genau so wie Kaufmann zwischen verschiedenen Graden der rationalen Erklärbarkeit von Willensakten unterscheidet, differenziert er zwischen verschiedenen Graden von Freiheit im Übergang zwischen Freiheit und Unfreiheit. Schuld soll bei solcher Unfreiheit ausgeschlossen sein, die verhindert, dass der Täter durch Strafe zu rechtmäßigem Verhalten motiviert wird, z. B. weil er sich zum Zeitpunkt der Tat in einem solchen momentanen irrationalen Ausnahmezustand befand, von dem sich nicht auf eine *dauerhafte* gefährliche Gesinnung des Täters schließen lässt, auf die durch Strafe motivierend eingewirkt werden könnte.²⁴⁰

Das Wertmoment von Schuld schließlich liegt nach Kaufmann darin, dass dem Täter gegenüber durch das Schuldurteil ein Vorwurf erhoben, d. h. „ihm wegen seiner Handlung *Unwert* (eigene Markierung) beigelegt“ werde.²⁴¹ Kaufmann lehnt die Auffassung von Werten als objektiv existierenden Größen, die Objekte von Erkenntnis sein könnten, ab: „Die Schuld als Unwert ist also nichts, was sich vorfinden lässt, vorfindbar sind nur die *Kriterien*, auf Grund deren ein Unwert zugesprochen wird.“²⁴² Der Vorwurf habe neben einer „affektualen“ auch eine „rationale“ Seite, die auch darin gesehen wird, dass er präventiv sinnvoll sei, nämlich die Motive des Täters beeinflussen könne. Auch die Verbindung der Schuld mit einem Vorwurf erfüllt deshalb den Zweck der Spezialprävention.²⁴³

²³⁷ F. Kaufmann, a.a.O., S. 102.

²³⁸ F. Kaufmann, a.a.O., S. 112.

²³⁹ F. Kaufmann, a.a.O., S. 102; 112.

²⁴⁰ F. Kaufmann, a.a.O., S. 132 - 138.

²⁴¹ F. Kaufmann, a.a.O., S. 113.

²⁴² F. Kaufmann, a.a.O., S. 122 f.

²⁴³ F. Kaufmann, a.a.O., S. 114 f. Kaufmann weist auf Tücken des Begriffs „Vorwerfbarkeit“ hin, der zu irrigen materialen Wertauffassungen verleite und in der „normativen Schuldlehre“, wie z. B. bei Frank, nicht hinreichend teleologisch orientiert sei. (Vgl. a.a.O., S. 115; 117 ff.)

Auch Exner gründet das Werturteil der Schuld auf eine psychische Beziehung zwischen Täter und Tat, die charakteristisch sein soll für den Täter.²⁴⁴ Aufgrund dieser Beziehung soll “ein Rückschluss” gezogen werden können von der Qualität der Tat auf die „unrechtliche“ und „antisoziale“ Persönlichkeit des Täters.²⁴⁵ Dass Anknüpfungspunkt für die strafrechtliche Zurechnung die Persönlichkeit und nicht der freie Willensentschluss sei, entspreche der deterministischen Position.²⁴⁶

Exner begründet eine so genannte „Gefühlsschuld“. Er ist ausdrücklich der Ansicht, dass *Mängel* an einem Gefühl einen Vorwurf begründen, also eine geeignete Beziehung zwischen Täter und Tat herstellen könnten.²⁴⁷ Auf Grundlage einer psychologischen Theorie stellt Exner darauf ab, dass das geschützte Rechtsgut für den Täter nicht genügend mit negativen Gefühlen verbunden war, mit der Konsequenz, dass der Täter nicht beabsichtigte, den rechtswidrigen Erfolg zu vermeiden. Der Vorwurf gegenüber dem Täter beruht also darauf, “dass sein Interesse an der Vermeidung des Erfolges ein zu geringes war”.²⁴⁸

Dass die so bestimmte Beziehung des Täters zum Erfolg auch den Zweck der Strafe erfülle, betrachtet Exner als eine notwendige Bedingung für strafrechtliche Schuld.²⁴⁹ Er bringt den Gefühlsangel mit einigen Straftheorien in Verbindung: Die der Geringschätzung des Täters für die rechtlich geschützten Güter entsprungene Tat fordere „Vergeltung zum Zwecke der Bewährung des Rechts und der Erhaltung der staatlichen Autorität“. Zudem werde der Täter im Sinne der negativen Spezialprävention durch die Erfahrung der Strafe dazu veranlasst, die Gefährdung und Verletzung geschützter Rechtsgüter in Zukunft mit negativen Gefühlen zu verknüpfen und deshalb am Schutz der Rechtsgüter ein größeres Interesse zu haben. Für die Allgemeinheit hätten Strafdrohung und Strafvollzug am Täter ebenso eine abschreckende Wirkung.²⁵⁰

Nach Noll steht Schuld ebenfalls in Abhängigkeit vom präventiven Zweck. Erreicht werden soll dieser Zweck durch eine so genannte „*normative Prävention*“, eine Form von Generalprävention, die vor allem dadurch funktionieren

²⁴⁴ Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, S. 4; 9.

²⁴⁵ Exner, a.a.O., S. 9.

²⁴⁶ Exner, a.a.O., S. 4.

²⁴⁷ Exner, a.a.O., S. 165.

²⁴⁸ Exner, a.a.O., S. 173 f.

²⁴⁹ Exner, a.a.O., S. 174.

²⁵⁰ Exner, a.a.O., S. 176. Engisch, für den die „materielle Schuld (...) aus irgendwelchen moralischen Grundsätzen oder aus dem Wesen der Strafe (eigene Markierung)“ abgeleitet wird (Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 40), überprüft, ob sich bestimmte “materielle” Schuldbegriffe auf Vorsatz und Fahrlässigkeit, wie er sie im formalen Sinne versteht, anwenden lassen. (A.a.O., S. 451.) Dies bejaht er allein für das Konzept der „Gefühlsschuld“ unter Verweis auf Exner. (A.a.O., S. 461.) Vgl. auch Mittermaier in: ZStrW 32, S. 421 ff.

soll, dass sich der einzelne Bürger an den Inhalten der geltenden Normen orientiere, die an dessen „Einsicht“, d. h. die Erkenntnis der Normen als vernünftig und gerecht, sowie an dessen „Fähigkeit zu autonomer Selbstbestimmung“ appellieren würden.²⁵¹ Das Schuldprinzip und der Schuldbegriff sollen sich aus dieser präventiven Funktion des geltenden Strafrechts ableiten.²⁵² Dies wird damit begründet, dass nur sozialgefährliches und nicht bloß „schuldhaftes“ Verhalten im Sinne des Vergeltungsprinzips unter Strafe stehe und es deswegen im Strafrecht auf eine „sozialgefährliche Schuld“ ankomme. Noll verweist auf solche „schuldhaften“ Verhaltensweisen, deren Strafbarkeit laut Gesetz von objektiven Voraussetzungen abhängt. Als Beispiele hierfür werden auch die fahrlässigen Erfolgsdelikte angeführt.²⁵³ Mit dem *Schuldvergeltungsprinzip* sei es nicht vereinbar, dass das Recht nicht bei jedem Vorliegen von „Schuld“ Strafe fordere.²⁵⁴

Für eine Begrenzung des Strafmaßes bei der Verfolgung der präventiven Zwecke soll der rechtsstaatliche Grundsatz der Proportionalität sorgen, der ein angemessenes Verhältnis zwischen begangener Rechtsgüterverletzung und Strafe verlange.²⁵⁵ Noll meint, Generalprävention sei mit Proportionalität vereinbar; denn die zur Abschreckung vor Rechtsgutsverletzungen dienenden Höhen der angedrohten Strafen sieht er allein vom *Wert* des verletzten Rechtsguts, der *Art und Weise* der Verletzung und von subjektiven Merkmalen des Täters abhängig, nicht z. B. von der Häufigkeit von Verletzungen, weil dies gerade den präventiven Effekt untergraben würde.²⁵⁶

Schuld setzt bei Noll im Einklang mit dem Zweck der „normativen Prävention“ voraus, dass der Täter zum Tatzeitpunkt durch die Norm „ansprechbar“, d. h. motivierbar war. Dazu müsse er sich der einen Normverstoß begründenden Tatsachen bewusst und in einem Zustand gewesen sein, in dem er sich durch die Norm hätte motivieren lassen können. Als Grundlage des Schuldvorwurfs gilt nach Noll in einem ähnlichen Herleitungsprozess wie nach Feuerbachs Theorie vom psychologischen Zwang die Willensentscheidung des Täters *gegen* die strafrechtliche Norm.²⁵⁷

²⁵¹ Noll in: FS für H. Mayer, 1965, S. 223; 227.

²⁵² Noll, a.a.O., S. 220.

²⁵³ Noll, a.a.O., S. 232.

²⁵⁴ Noll, a.a.O., S. 229 f.

²⁵⁵ Noll, a.a.O., S. 220; 227 f.

²⁵⁶ Noll, a.a.O., S. 223; 330. Insofern wird auch die negative Generalprävention in Form der Abschreckung durch Strafdrohung berücksichtigt.

²⁵⁷ Noll, a.a.O., S. 223; 225 ff. Zur Frage der Verbotskenntnis verhält sich Noll nicht ganz konsequent.

Ein „*zweckrationales*“ *Strafrechtssystem* entwickelt Roxin.²⁵⁸ Für den allein vertretbaren Zweck der Strafe hält er die Vorbeugung vor Verbrechen, weil die Rechtfertigung von Strafnormen nur im Schutz der individuellen Freiheit des Bürgers und der dazu dienenden Rechtsgüter bestehen könne und nicht im Üben von Vergeltung. Dabei werden die Theorien der Spezial- und der Generalprävention gleichermaßen gebraucht.²⁵⁹

Grundsätzlich unterscheidet Roxin zwischen einer strafbegründenden und einer strafbegrenzenden Funktion von Schuld. Nur letztere nimmt er für sein System in Anspruch:

Schuld fordere nicht Strafe als Schuldvergeltung, sondern erfülle die Aufgabe, der staatlichen Strafgewalt, welche sich nach „öffentlichen Präventionsbedürfnissen“ richte, eine Grenze zu setzen.²⁶⁰ Auch wenn die der Schuld zugeordnete „Begrenzungsfunktion“ sich in Abgrenzung zur „Begründungsfunktion“ so auslegen lässt, dass ausschließlich *die Begrenzung des Strafmaßes, d. h. die Bildung einer Strafobergrenze*, gemeint sei,²⁶¹ ist auch nach Roxin Schuld neben dem präventiven Zweck *konstitutiv* für Strafe, weil sie eine zwar nicht hinreichende, aber notwendige Bedingung für Strafe darstellt.²⁶² Auch in dieser konstitutiven Funktion bildet sie eine Grenze für staatliches Strafen. Und Roxin löst sich schon ausdrücklich nicht vollständig vom Gedanken retributiver Gerechtigkeit durch Schuldausgleich, durch Vergeltung²⁶³, wenn er es nur im Rahmen des „Verdienten“ für gerechtfertigt hält, dem Täter gegen seinen Willen Strafe aufzuerlegen.²⁶⁴

Schuld allein jedenfalls, so Roxin, könne Strafe aus zwei wesentlichen Gründen nicht legitimieren. Erstens deshalb nicht, da eine Willensfreiheit empirisch nicht nachgewiesen worden sei. Zweitens sei das Schuldvergeltungsprinzip in einem demokratischen Staat nicht haltbar; denn der Wille der Bürger sei nur auf spezial- oder generalpräventive Zwecke, nicht aber auf einen Schuldausgleich gerichtet, der sich menschlichem Einfluss entziehe.²⁶⁵

²⁵⁸ Roxin, *Strafrecht AT* Band I, § 7 Rn 57 ff.

²⁵⁹ Roxin, a.a.O., § 3 Rn 37 ff., 59 ff.

²⁶⁰ Roxin, a.a.O., § 19, Rn 18. Dies ist bereits unter 1. b) cc) in den Ausführungen zum Schuldprinzip angedeutet worden.

²⁶¹ Roxin in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 1973, S. 320 f.

²⁶² So Roxin selbst, wiederum a.a.O., S. 321. Später deutlicher in: *FS für Arth. Kaufmann*, 1993, S. 522. Schünemann schreibt der Schuld ausdrücklicher als Roxin außer der strafbegrenzenden auch eine strafbegründende Funktion zu; sie legitimiere Strafe. (Schünemann in: ders., *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, S. 174 ff.)

²⁶³ Vgl. unter 1. a) aa) u. b) aa).

²⁶⁴ Roxin, *Strafrecht AT* Band I, § 3 Rn 53.

²⁶⁵ Roxin in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, S. 316 f.

Schuld und Prävention stehen bei Roxin im Verhältnis gegenseitiger Begrenzung zueinander: „Prävention durch Strafe darf nur *unter der Voraussetzung und nach dem Maß von Schuld* (eigene Hervorhebung) betrieben werden, aber auch die Schuld rechtfertigt Strafe nur im Rahmen des präventiv Erforderlichen.“²⁶⁶ Entsprechend seiner teleologischen Orientierung des Straftatsystems und den Schuld und Prävention verliehenen Funktionen bildet Roxin die dogmatische Kategorie der „Verantwortlichkeit“.²⁶⁷ Sie setzt sich zusammen aus der Schuld und, davon abgegrenzt, aus Gesichtspunkten, welche die Strafe aus präventiven Gründen erforderlich machen. Aufgrund von bestimmten Voraussetzungen wird ein „Verantwortlichkeitsurteil“ über den Täter gefällt.²⁶⁸

Die Schuld ihrerseits, für Roxin das „strafrechtliche Einstehenmüssen für soziales Fehlverhalten“²⁶⁹, setze voraus ein „unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit“. „Normative Ansprechbarkeit“ wird angenommen, „wenn die (sei es freie, sei es determinierte) psychische Steuerungsmöglichkeit, die dem gesunden Erwachsenen in den meisten Situationen gegeben ist, im konkreten Fall vorhanden war“²⁷⁰, und wird damit weiter bestimmt als bei Noll. Lag diese empirisch feststellbare Fähigkeit zum Tatzeitpunkt vor, wird der Täter so behandelt, als ob es ihm möglich gewesen wäre, zum Tatzeitpunkt die Norm zu befolgen. Anders ausgedrückt, ist für Roxin die Freiheit des Täters eine „normative Setzung“.²⁷¹ Denn es komme eben nicht entscheidend auf das Andershandelnkönnen, sondern darauf an, ob der Gesetzgeber den Einzelnen durch das Strafrecht für sein Tun zur Verantwortung ziehen wolle.²⁷² Die allein rechtsstaatlich – liberale Funktion von Schuld, den Bürger vor „kriminalpolitischem Missbrauch der Strafgewalt“ zu schützen, erfülle Schuld gerade deshalb, weil sie nicht von vagen präventiven Bedürfnissen, sondern von der Steuerungsfähigkeit des Täters, „einem prinzipiell empirischer Feststellung zugänglichen Kriterium“, abhängen.²⁷³ Gerade in ihrer Funktion *zugunsten* des Täters sieht Roxin den Grund dafür, auf den Nachweis der Freiheit des Täterwillens verzichten zu können.²⁷⁴

Die Bildung der Kategorie der „Verantwortlichkeit“ versucht Roxin zu stützen durch eine Interpretation die gesetzlichen Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründe. Die Fälle der §§ 33, 35, 17 und 20 StGB habe der Gesetzgeber deshalb für straflos erklärt, weil es an einem *präventiven Strafbedürfnis* mangle; denn bei Eingreifen der „Entschuldigungsgründe“ sei durchaus eine

²⁶⁶ Roxin in: FS für Arth. Kaufmann, S. 522.

²⁶⁷ Roxin in: FS für Henkel, 1970, S. 182.

²⁶⁸ Roxin, Strafrecht AT Band I, § 19 Rn 16 f.

²⁶⁹ Roxin, a.a.O., § 19 Rn 43.

²⁷⁰ Roxin, a.a.O., § 19 Rn 36.

²⁷¹ Roxin, a.a.O., § 19 Rn 37.

²⁷² Roxin in: FS für Henkel, S. 182.

²⁷³ Roxin, Strafrecht AT Band I, § 19 Rn 48.

²⁷⁴ Roxin in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, S. 323.

Schuld, d. h. normative Ansprechbarkeit, gegeben, wenn auch eine gegenüber der Situation ohne die entschuldigende Konstellation geringere. Dies treffe auch auf einige Fälle der „Schuldausschließungsgründe“ zu. Insbesondere werde die ratio der Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründe an der Ausnahmeregelung des § 35 S. 2 StGB festgemacht, die sich nur präventiv begründen lasse.²⁷⁵

Schünemann, der Roxins Ansatz zustimmt, betont die rechtsstaatliche Funktion von Schuld gegenüber dem Bedürfnis nach Prävention. Letztere setze eben nicht wie die Schuld grundsätzlich voraus, dass der Täter das Unrecht hätte vermeiden können, so dass Schuld und Prävention nicht beide auf dasselbe Prinzip zurückgeführt werden könnten.²⁷⁶

Während die strafbegründende Funktion von Schuld Strafe legitimiere, verbiete es Schuld in ihrer *strafbegrenzenden Funktion*, bei der Entscheidung über das Strafmaß all diejenigen Umstände zu berücksichtigen, die für den Täter nicht erkennbar und vermeidbar waren und ihm deswegen nicht vorgeworfen werden könnten.²⁷⁷

Anders als Roxin gründet Schünemann Schuld auf die Willensfreiheit, allerdings nicht als ein naturwissenschaftlich verifizierbares Faktum. Er versteht sie als elementaren Teil des gesellschaftlichen *Weltbildes* innerhalb des abendländischen Kulturkreises. Entsprechend der Humboldt – Whorfschen Sprachtheorie, wonach sich aus der Sprache einer Gesellschaft auf deren Weltansicht schließen lässt, verweist Schünemann auf die von einem handelnden Subjekt geprägte grammatische Struktur der indogermanischen Sprachen, die impliziere, dass von einem in seinem Wollen und Handeln freien Subjekt ausgegangen werde.²⁷⁸ Übertragen auf die einzelne Tat, bedeute dies eben, dass der Täter unter durchschnittlichen empirischen Bedingungen zum strafrechtlich relevanten Zeitpunkt, welche die „normative Ansprechbarkeit“ eines Menschen begründen sollen, die Möglichkeit gehabt habe, die Tat zu vermeiden.²⁷⁹

(2.3) Die Generalisierung bei Hold von Ferneck

Eine Schuldlehre mit explizit begründetem *verallgemeinerndem Maßstab*, die anders als die späte Lehre Kohlrauschs am Zweck der negativen Generalpräven-

²⁷⁵ Roxin, Strafrecht AT Band I, § 19 Rn 3 ff.; 56 f.

²⁷⁶ Schünemann in: ders., Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, S. 177 - 179.

²⁷⁷ Schünemann, a.a.O., S. 189. Das durch Schuld zu limitierende Strafmaß soll unabhängig von einem Schuldmaß begründet werden und von Gesichtspunkten abhängen, die für die Generalprävention relevant sind wie die Schwere der Rechtsgüterverletzung und die Form der kriminellen Energie des Täters. (A.a.O., S. 188 f.)

²⁷⁸ Schünemann, a.a.O., S. 164 f.

²⁷⁹ Schünemann, a.a.O., S. 167.

tion ausgerichtet ist, entwickelt Hold von Ferneck. Weil das Recht das Zusammenleben in der Gemeinschaft regelt, richte es sich an den Einzelnen nur in seiner Funktion als „Gruppenangehörigen“ und „Durchschnittsmenschen“, ohne Rücksicht auf seine Individualität.²⁸⁰ Auch die Schuld als rechtliches Phänomen unterliegt bei Hold von Ferneck generellen Maßstäben.²⁸¹ Sie orientiert sich zudem am Muster der psychologischen Zwangstheorie Feuerbachs: Der zur Bestimmung der Schuldkriterien maßgebliche Gedanke besteht wiederum in der Abschreckung jedes potentiellen Täters durch die Strafdrohung.²⁸² Dieser Zweck könne durch das generalisierende Recht nur erreicht werden, wenn Bestrafung voraussetze, dass der Verstoß gegen eine Norm, d. h. bei Erfolgsdelikten vor allem der rechtswidrige Erfolg, zwar nicht durch den Adressaten vorhergesehen worden, aber generell, „regelmäßig“, *vorhersehbar* gewesen sei. So heißt es: „Schuld ist eine regelmäßig gegebene subjektive Beziehung des Täters zur Tat.“²⁸³ „Der Gesetzgeber präsumiert und muss präsumieren, daß Erfolge, die regelmäßig voraussehbar sind, in jedem einzelnen Fall vorausgesehen werden.“ Der Täter hafte dann eben auch für die „Abweichungen vom Durchschnitt“.²⁸⁴

(2.4) Systemtheoretischer Ansatz:

Schuld als Mittel zur Verwirklichung positiver Generalprävention bei Jakobs
Jakobs interpretiert das Strafrecht in Anlehnung an die *soziologische Systemtheorie Niklas Luhmanns* und richtet sämtliche Verbrechenselemente ausschließlich an den Anforderungen der präventiven Straftheorie aus, die er auf Grundlage dieser Systemtheorie entwickelt.

Für die Position von Jakobs sind folgende hier grob darzustellende Elemente aus Luhmanns Theorie von Bedeutung: In einem sozialen System, der Gesellschaft, haben Menschen Erwartungen an das Handeln und die Erwartungen der jeweils anderen, wobei Erwartungen enttäuscht werden können. Ein solches System stabilisiert sich aufgrund bestimmter konstanter Strukturen.²⁸⁵ Normen sind Konstanten, die dadurch entstehen, dass enttäuschte Erwartungen nicht aufgegeben werden: Aus der Enttäuschung der Erwartung wird gerade nicht durch Anpassung an die Realität, d. h. durch Aufgeben der Erwartung, gelernt. Luhmann definiert Normen deshalb als „kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen“.²⁸⁶ Diese wiederum werden vor ihrer Aushöhlung durch ein Verhalten, das die Erwartungen enttäuscht, durch bestimmte Prozesse der Enttäuschungsverar-

²⁸⁰ Hold von Ferneck, Die Idee der Schuld, 1911, S. 40.

²⁸¹ Hold von Ferneck, a.a.O., S. 44; 60.

²⁸² Hold von Ferneck, a.a.O., S. 50 ff.

²⁸³ Hold von Ferneck, a.a.O., S. 57.

²⁸⁴ Hold von Ferneck, a.a.O., S. 53 f.

²⁸⁵ Luhmann, Rechtssoziologie, 1987, S. 31 - 53.

²⁸⁶ Luhmann, a.a.O., S. 43.

beutung geschützt. Solche bestehen darin, das enttäuschende Verhalten so einzuordnen und zu erklären, dass die Erwartungshaltung erhalten bleibt oder wiederhergestellt wird: Das normverletzende Verhalten wird dem Handelnden zugerechnet und dadurch als Gegenstand von Erwartungen disqualifiziert. Erklärt wird enttäuschendes Verhalten beispielsweise durch Schuld im traditionellen Verständnis, weil diese die Ursache für das enttäuschende Verhalten im negativ bewerteten „Innern“ des Handelnden lokalisiere und als irregulär kennzeichne.²⁸⁷ Für die Fälle, in denen diese Verarbeitungsstrategien nicht hinreichen, um die Erwartungen zu stabilisieren, verweist Luhmann darauf, dass auf Erwartungsenttäuschung durch Sanktionen und diesen „funktional äquivalente“ stabilisierende soziale Strategien reagiert werden könne.²⁸⁸

Auch nach *Jakobs* werden durch die Verletzung strafrechtlicher Normen Verhaltenserwartungen, d. h. die Erwartungen, dass die geltenden Normen beachtet werden würden, gestört.²⁸⁹ Dabei soll die „Enttäuschungsfestigkeit der wesentlichen normativen Erwartungen“ gleichbedeutend mit der „praktizierten Normgeltung“ sein.²⁹⁰ Dass es möglich sein soll, Geltung durch das Festhalten an Erwartungen zu praktizieren, spricht dafür, dass auch *Jakobs* Normen *empirisch* als Erwartungen deutet. In *Jakobs*’ Terminologie bedeutet die Verletzung einer Norm, dass diese in Abrede gestellt, „desavouiert“, werde, und dies bewirke einen „sozialen Konflikt“.²⁹¹ Strafe dient *Jakobs* zur Stabilisierung der Ordnung, indem sie das rechtswidrige Verhalten ganz im Sinne von Luhmanns Enttäuschungsverarbeitung als nicht anerkannt im sozialen System kennzeichnet und dadurch innerhalb der Bevölkerung Rechtstreue einübt.²⁹² Sie erhält so die Funktion, der Gesellschaft zu demonstrieren, dass die Norm maßgeblich bleibe und nicht das normverletzende Verhalten als Orientierung dienen solle. Durch die Sanktion werde der aufgrund der „Normdesavouierung“ entstandene soziale Konflikt auf Kosten des Normbrechers ausgetragen.²⁹³ *Jakobs* nennt diesen Prozess, der durch Strafe ausgelöst werden soll, „positive Generalprävention“²⁹⁴; eine mit Strafe verbundene Abschreckung wird als bloßer Nebeneffekt qualifiziert. Für erforderlich hält *Jakobs* Strafe aber erst dann, wenn die Erwartungsenttäuschung nicht anderweitig „verarbeitet“ werden kann, d. h. bestimmte der Strafe funktional äquivalente psychologische Prozesse in der Gesellschaft oder

²⁸⁷ Luhmann, a.a.O., S. 55 - 60.

²⁸⁸ Luhmann, a.a.O., S. 60 ff.

²⁸⁹ *Jakobs*, Strafrecht AT, 1993, 1. Abschnitt, Rn 7 a.

²⁹⁰ *Jakobs*, a.a.O., 2. Abschnitt, Rn 2.

²⁹¹ *Jakobs*, a.a.O., 1. Abschnitt, Rn 7 a ff.

²⁹² *Jakobs*, Schuld und Prävention, S. 11; 13.

²⁹³ *Jakobs*, Strafrecht AT, 1. Abschn., Rn 11. Vgl. Streng in: ZStW 101, S. 288: „(...) die Schuldstrafe dient mit anderen Worten der Beseitigung des „intellektuellen Verbrechensschadens (...) durch Rehabilitation bzw. Bekräftigung der in Frage gestellten Verhaltensnorm.“

²⁹⁴ *Jakobs*, Strafrecht AT, 17. Abschnitt, Rn 22.

Maßnahmen, z. B. therapeutischer Art, dafür sorgen, dass das Normvertrauen erhalten bleibt.²⁹⁵

Die *Schuld* spielt bei Jakobs eine ausschließlich funktionale Rolle; sie wird abgeleitet aus der positiven Generalprävention und so bestimmt, dass diese erreicht werden kann.²⁹⁶ Jakobs lässt hierfür zwei Begründungsansätze erkennen:

Erstens könnte eine nicht homogene Bestimmung von Strafzweck und Schuld den erwünschten präventiven Effekt der Strafe schmälern.²⁹⁷ Zweitens werden die gesetzlichen Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründe generalpräventiv interpretiert. Sie seien gerade aus dem Grund eingeführt worden, dass hier die Einübung von Rechtstreue durch Strafe nicht für erforderlich gehalten worden sei.²⁹⁸

In Jakobs' systemtheoretischer Denkweise bedeutet strafrechtliche Schuld die „Zuständigkeit“ des Täters für das Unrecht.²⁹⁹ Zur näheren Bestimmung des Schuldbegriffs entscheidet Jakobs, „wie viele soziale Zwänge dem von der Schuldzuschreibung betroffenen Täter aufgebürdet werden können und wie viele störende Eigenheiten des Täters vom Staat und von der Gesellschaft akzeptiert oder von Dritten- auch vom Opfer selbst- getragen werden müssen“.³⁰⁰ Dies richte sich nach den Bedingungen für die Einübung allgemeiner Normanerkennung in der Gesellschaft. Dementsprechend hängt die Bestimmung der Schuld-kriterien bei Jakobs ab von der sozialen Funktionsweise der Gesellschaft, die es zu stabilisieren gilt.³⁰¹ Die Zuschreibung von Schuld müsse „sozialpsychologische Plausibilität“ für sich beanspruchen können, d. h. es sei die „allgemeine Bereitschaft“ in der Gesellschaft dazu erforderlich, „in einer Situation, in der sich der Täter befindet, Verantwortung zu akzeptieren...“. Jakobs' Ansatz gibt daher keine vom gesellschaftlichen Zustand unabhängigen Zurechnungskriterien vor, sondern lässt ausdrücklich auch eine Bestrafung des Täters nur aufgrund einer objektiven Zurechnung oder nur aufgrund einzelner Elemente objektiver Zurechnung zu, wenn es der Gesellschaft nützt.³⁰²

Unter den gegebenen gesellschaftlichen Umständen hält Jakobs den Täter für zuständig für das Unrecht, wenn es ihm „an der Bereitschaft fehlt, sich an der

²⁹⁵ Jakobs, Schuld und Prävention, S. 11; 33.

²⁹⁶ Jakobs, a.a.O., S. 8 f.

²⁹⁷ Jakobs, a.a.O., S. 6 ff. Vgl. Streng, a.a.O., S. 296, der für die Legitimation von Schuld allein auf unverzichtbare positiv - generalpräventive Bedürfnisse abstellt, woraus sich konsequenterweise der funktionale Schuldbegriff ergebe.

²⁹⁸ Jakobs, a.a.O., S. 17 - 24.

²⁹⁹ Jakobs, Strafrecht AT, 1. Abschnitt, Rn 1 ff.

³⁰⁰ Jakobs, a.a.O., 17. Abschnitt, Rn 21.

³⁰¹ Jakobs, a.a.O., 17. Abschn., Rn 3; 22. Vgl. Streng, a.a.O., S. 288, der die funktionale Schuldzuweisung als „Ausdruck von Selbststabilisierungsbedürfnissen der mit der Tat konfrontierten Mitbürger des Täters“ versteht.

³⁰² Jakobs, a.a.O., 17. Abschnitt, Rn 21, Fn 46. Vgl. Streng, a.a.O., S. 289; 332: Der funktionale Schuldbegriff nehme die dem allgemeinen Rechtsgefühl entsprechenden Wertungen auf. Auch er erfülle deshalb eine rechtsstaatlich limitierende Funktion.

betroffenen Norm zu motivieren und dieses Manko nicht so verständlich gemacht werden kann, dass es das allgemeine Normvertrauen nicht tangiert”.³⁰³ Die Tat wird dann entschuldigt oder die Schuld ausgeschlossen, wenn der Schuldzuschreibung äquivalente Prozesse der Enttäuschungsverarbeitung eingreifen, wenn nämlich der Mangel an Motivation in einer Situation aufgetreten sei, die gemeinhin als Unglück qualifiziert werde, oder der Mangel einer anderen Person als dem Täter zugerechnet werden könne.³⁰⁴

Jakobs bezeichnet die Schuld kurz als mangelnde Rechtstreue, oder “zu verantwortende Untreue”.³⁰⁵ Wie viele andere Autoren rechnet er im Ergebnis die Tat nur dann als schuldhaft zu, wenn sie bei entsprechendem Willen dazu hätte vermieden werden können, aber eben nur deshalb, da er keine allgemeine Anerkennung für eine darüber hinausgehende Verantwortlichkeit in der Gesellschaft ausmacht.³⁰⁶

Die dem Täter zugewiesene Zuständigkeit für das Unrecht ist unabhängig davon, ob der Täter bei seiner Tat mit *freiem* Willen handelte. Denn dass er für die Tat in Anspruch genommen wird, weil es keine bessere „Organisationsalternative“ gibt, bedeutet nach Jakobs keinen Vorwurf und keine damit verbundene Abwertung des Täters, sondern soll nur dem sozialen Effekt dienen.³⁰⁷ Bezeichnenderweise heißt es: „Mit dieser Vereinzelung des Täters durch die Schuld wird erreicht, dass der Konflikt aus der Ordnung, um deren Erhalt es geht, in eine isolierbare Unterabteilung, in ein Subsystem, verlagert wird, (...)“³⁰⁸ Jakobs schafft also eine teleologische Zurechnungskonstruktion, welche gegenüber den Lehren, die den Vergeltungsgedanken vertreten, umgekehrt aufgezümt ist: Schuld und Strafe hängen nicht von dem psychischen Verhältnis einer Person zur Tat ab, sondern die Person steht bei der Entscheidung über ihre Schuld ganz im Dienste des Systems, der Gesellschaft. Hier kommt es auf psychische Tatsachen nicht notwendigerweise an.³⁰⁹

³⁰³ Jakobs, a.a.O., 17. Abschn. Rn 1.

³⁰⁴ Jakobs, a.a.O., 17. Abschn. Rn 53.

³⁰⁵ Jakobs, a.a.O., 17. Abschn. Rn 1.

³⁰⁶ Jakobs, Schuld und Prävention, S. 24 f. Bei Jakobs bilden also die Merkmale, welche die Untreue des Täters gegenüber dem Recht ausdrücken, den Schuldtatbestand. (Jakobs, Strafrecht AT, 17. Abschnitt, Rn 43.) Dies sind das rechtswidrige Verhalten des Täters, d. h. das gesamte Unrecht, die Zurechnungsfähigkeit, d. h. die “Kompetenz des Subjekts, die Normgeltung in Abrede zu stellen”, was nur für jemanden mit einer in den Grundzügen durchschnittlichen “Motivationslage” gelten soll (a.a.O., Rn 46 ff.), und die Kenntnis des Unrechts oder vermeidbare Unkenntnis (a.a.O., Rn 51; 19. Abschnitt Rn 22 ff.). Unrechtskenntnis bedeutet bei Jakobs die “Kenntnis des materiellen Grunds von Rechtswidrigkeit, also der sozialen Störung”. (A.a.O., 19. Abschnitt, Rn 24.)

³⁰⁷ Jakobs, Strafrecht AT, 17. Abschnitt, Rn 23. Vgl. Streng, a.a.O., S. 278- 283, der sich außer auf die Funktionalität von Schuld auch auf den fehlenden Beweis der Willensfreiheit beruft.

³⁰⁸ Jakobs, Schuld und Prävention, S. 13.

³⁰⁹ Jakobs, a.a.O., S. 14 f.

b) Positionen gegen eine strafrechtliche Schuld und das Schuldprinzip

Den dargestellten Schuldlehren stehen Positionen gegenüber, *die eine strafrechtliche Schuld und das Schuldprinzip ablehnen*. Ihnen lassen sich vier Hauptargumente entnehmen:

Da sich eine Willensfreiheit nicht nachweisen lasse, so das als erstes zu nennende Argument, könne der Täter nichts für das verursachte Unrecht und sei die Erhebung eines Schuldvorwurfs, der nur im Sinne einer moralischen und zu vergeltenden Schuld gemeint sein könne, ausgeschlossen.³¹⁰

Zweitens wird vertreten, kriminologische Erkenntnisse könnten Kriminalität nur auf rein kriminologischer Basis effektiv verhindern. Schuld sei demgegenüber eine unpassende Grundlage für Strafe.³¹¹

Als drittes ist auf das Argument hinzuweisen, individuelle Schuld und der damit verbundene persönliche sozialetische Schuldvorwurf seien im Rechtssystem unangebracht. Denn dieses beruhe auf einem Minimalkonsens der Bürger, der keine moralische Position festlege. Ein solcher Konsens würde vielmehr generalpräventive Erfordernisse als strafbegründend anerkennen.³¹²

Nach den letzten beiden Auffassungen wird Schuld erst gar nicht dem präventiven Zweck dienstbar gemacht wie in Lehren unter a) bb), sondern gänzlich abgelehnt.

Und viertens wird von Ellscheid und Hassemer eingewandt, allein eine „personale Kommunikation“ zwischen Richter und Angeklagtem, bei welcher sich der Richter auf die Person des Täters einlasse, sei einem sozialetischen Schuldvorwurf angemessen. Eine solche könne jedoch im Rahmen des nach förmlichen Regeln ablaufenden Strafprozesses nicht durchgeführt werden.³¹³ Auch sei es ausgeschlossen, eine freie von kausalen Prozessen unabhängige Selbstbestimmung des Täters zur Tat, die zur Erhebung eines Vorwurfs unabdingbar sei, im Prozess nachzuweisen und als Tatsache festzustellen.³¹⁴

Ellscheid und Hassemer lehnen deshalb die Erhebung eines sozialetischen Schuldvorwurfs ab. Das Schuldprinzip, das Strafe von einem solchen Vorwurf abhängig mache, solle nicht als eigenständige Begrenzung staatlichen Strafens gelten. Staatliche Sanktionen sollten insgesamt durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip limitiert werden, für das allerdings auf Dimensionen des Schuldprin-

³¹⁰ So z.B. Bauer, Das Verbrechen und die Gesellschaft, 1957, S. 169 - 174. Baumann, Zweckrationalität und Strafrecht, 1987, S. 261 ff.

³¹¹ Vgl. bei Kargl, Kritik des Schuldprinzips, 1982, S. 298 f.; 429, Bauer, a.a.O.

³¹² Kargl, a.a.O., S. 427 - 433.

³¹³ Ellscheid/ Hassemer, Strafe ohne Vorwurf, in: Lüderssen/ Sack, Seminar: Abweichendes Verhalten II, 1975, S. 270 f.

³¹⁴ Ellscheid/ Hassemer, a.a.O., S. 267 ff.

zips³¹⁵ zurückgegriffen wird. Verhältnismäßigkeit soll hergestellt werden zwischen dem allgemeinen Interesse am Schutz von Rechtsgütern vor Verletzungen und dem Interesse des Täters am Schutz der durch die Sanktion betroffenen Rechtsgüter wie Freiheit und Vermögen.³¹⁶ Für die Gewichtung der Interessen wird ebenso auf die unter die Dimension (c) des Schuldprinzips fallende psychische Beziehung des Täters zum Unrecht und das Maßprinzip der Dimension (d) wie auf Aussichten für die Resozialisierung des Täters durch die Sanktion rekurriert.³¹⁷

³¹⁵ Vgl. unter 1. a).

³¹⁶ Ellscheid/ Hassemer, a.a.O., S. 282 - 287.

³¹⁷ Hassemer, Alternativen zum Schuldprinzip?, S. 105, Ellscheid/ Hassemer, a.a.O., S. 285.

c) Kritik und Begründung eines Schuldbegriffs

Die in den letzten beiden Abschnitten (II 1., 2. a) und b)) dargelegten Positionen zu Schuldprinzip und Schuld bilden die Grundlage für die Begründung eines Schuldbegriffs in seinen wesentlichen Zügen, an welcher die Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld gemessen werden können. Der folgende Abschnitt zielt darauf ab, einen Begriff von Schuld *aus den Vorgaben des Schuldprinzips* herauszuarbeiten. Denn wie eingangs bereits betont, wird die Funktion des Schuldprinzips als der Fixpunkt für einen Schuldbegriff verstanden.

Es kommt also zunächst ganz darauf an, den Fixpunkt auszumachen. Dazu werden die Funktion des Schuldprinzips und seine daraus folgenden Vorgaben aus verfassungsrechtlicher Sicht nachvollzogen und die damit zusammen hängenden Grundgedanken des Schuldbegriffs spezifiziert. Entgegen den unter 2. b) formulierten Einwänden lässt sich eine *strafrechtliche* Schuld begründen. (Nachfolgend unter aa).)

Im Anschluss ist die Struktur des Schuldbegriffs, das Verhältnis zwischen psychischen und normativen Momenten, zu klären (nachfolgend unter bb)), was der näheren Bestimmung des maßgeblichen – psychischen - Kriteriums für Schuld den Weg bereitet (nachfolgend unter cc) bis ee)).

aa) Zur Grundlegung von Schuldprinzip und strafrechtlicher Schuld

Das Schuldprinzip ist entgegen den soeben genannten ablehnenden Argumenten zu rechtfertigen; es kann als eine Forderung des *Verfassungsrechts* verstanden werden, hingegen nicht des Naturrechts. Unter (1) wird die naturrechtliche Begründung des Schuldprinzips abgelehnt und seine verfassungsrechtliche Begründung beleuchtet. Daran bestätigt sich, dass das rechtliche Schuldprinzip von Verfassungs wegen nur eine *restriktive* Funktion³¹⁸ haben kann. Unter (2) wird der strafrechtlichen Schuld dann ein bestimmtes Verständnis von Freiheit zugrunde gelegt, das den Vorgaben des Schuldprinzips entspricht, und unter (3) das Verhältnis zwischen ethischer und rechtlicher Schuld klargestellt. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ist in diesem Zusammenhang als ein das Schuldprinzip ersetzendes Prinzip abzulehnen (unter (4)). In Anbetracht der Funktion, die das Schuldprinzip ausfüllt, sind dann die präventive Orientierung von Schuldlehren (unter (5)) und der generalisierende Ansatz für Schuld (unter (6)) zu kritisieren.

³¹⁸ Vgl. unter 1. a).

(1) Rechtfertigung des Schuldprinzips in seiner restriktiven Funktion:

Geltung als verfassungsrechtlicher Grundsatz

Es ist zwischen dem naturrechtlichen Begründungsansatz für das Schuldprinzip von Arth. Kaufmann (unter (1.1)) und einem verfassungsrechtlichen (unter (1.2)) zu unterscheiden.

(1.1) Zum naturrechtlichen Ansatz

Wie dargestellt, versteht Arthur Kaufmann das Schuldprinzip von seinem ontologisch -theologischen Ansatz aus als naturrechtliches Sein. Diesem metaphysischen Denken kann jedoch aus drei wesentlichen Gründen nicht gefolgt werden. Erstens ist es mit den erheblichen erkenntnistheoretischen Schwierigkeiten der objektiven Wertelehren, wie sie Scheler und N. Hartmann vertreten, belastet. Das Ansichsein metaphysischer Prinzipien auf eine intuitive Grundlage, auf den Glauben oder das Gerechtigkeitsgefühl, zu stützen, bedeutet jedenfalls noch keinen objektiven Nachweis dieser Prinzipien. Außerdem räumt Kaufmann selbst ein, dass die dem Erkennen physischer Objekte „analoge“ phänomenologische Erkenntnismethode mit Unsicherheiten belastet sei und keine hinreichend zuverlässigen und genauen Erkenntnisse zulasse.

Zweitens folgt schon aus der Glaubens- und Gewissensfreiheit des Art. 4 GG eine Verpflichtung des Staates zu religiös - weltanschaulicher Neutralität.³¹⁹ Dieser widerspricht die Bindung des Gesetzes an eine göttliche Schöpfungsordnung.

Und drittens kann das Schuldprinzip als ein *rechtliches Prinzip* kein *sittliches Prinzip* sein. Denn für den modernen Rechtsstaat soll eine begriffliche Trennung zwischen Recht und Moral angenommen werden. Ohne das Problem des Verhältnisses zwischen Recht und Moral hier ausführlich zu erörtern, wird nur kurz mit Hilfe von zwei Argumenten für die „Trennungsthese“ Stellung bezogen.

Ein wesentlicher Grund für die Trennung zwischen Recht und Moral ist darin zu sehen, dass die durch das Rechtsstaatsprinzip gebotene Rechtssicherheit³²⁰ weitest gehende Transparenz des Rechts fordert.³²¹ Staatliches Recht soll möglichst klar bestimmt und deshalb unabhängig von den mit der Ethik verbundenen werttheoretischen Problemen, insbesondere solchen erkenntnistheoretischer Art, sein.³²² Es wird dabei davon ausgegangen, dass an einer rationalen, intersubjektiv zwingenden Begründung moralischer Grundsätze gezweifelt werden muss.

³¹⁹ Bergmann in: Hömig, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2007, Art. 140 Rn 9.

³²⁰ Degenhart, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 2007, S. 130.

³²¹ Zum Argument der Rechtssicherheit vgl. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 2002, S. 90 ff.

³²² Vgl. H.L.A. Hart, Der Positivismus und die Trennung zwischen Recht und Moral, in: ders., Recht und Moral, S. 45 f.

Des Weiteren besteht bei begrifflicher Identifizierung von Recht mit Moral oder auch nur bei Einschluss moralischer Elemente in den Rechtsbegriff die Gefahr, dass im Staat keine kritische Haltung gegenüber dem so genannten Recht gepflegt wird, weil vorausgesetzt wird, dass „Recht“ jedenfalls immer, wenn auch nur bis zu einem gewissen Grad, moralisch sei und es nicht hinreichend auf seine moralischen Motive hinterfragt wird.³²³ Dabei ist es für eine Gesellschaft äußerst wünschenswert, dass ihre Rechtsordnung sozialmoralische Inhalte hat.

Ob die Rechtsordnung und/ oder einzelne Normen moralisch bzw. ethisch oder gerecht genannt werden können, ist also eine Frage, von der das Recht nicht abhängt, so dass es möglich ist, dass Recht und Moral auch inhaltlich nicht kongruent sind, wenn sich auch annehmen lässt, dass jedenfalls das Strafrecht unserer Rechtsordnung ein „sozialethisches Minimum“ normiert.³²⁴ Strafrecht und Ethik können dann als zwei zwar verschiedene, aber nicht beziehungslos nebeneinander stehende Normenkreise vorgestellt werden.³²⁵ Die Beziehung zwischen den beiden Kreisen macht aus, dass ethische Erwägungen im Prozess der Rechtsetzung durchaus eine erhebliche Rolle spielen. Ob eine Verfassung und die darauf aufbauende übrige Rechtsordnung ethisch begründet sind und als „gerecht“ gelten können, hängt also von der Gesellschaft ab, die sich eine Verfassung gibt und auf Grundlage dieser Verfassung Gesetze erlässt.³²⁶

Aus den vorstehenden Gründen ist das Schuldprinzip also nicht als ein der Rechtsordnung vorgeordnetes naturrechtlichen Sein zu verstehen. Es ist als Teil der Rechtsordnung selbst zu begründen.

(1.2) Verfassungsrechtliche Verankerung des Schuldprinzips

In Rechtsprechung und Literatur wird das Schuldprinzip auf unterschiedliche Weise mehr oder weniger dogmatisch aus der Verfassung hergeleitet.

Wolff beispielsweise begründet das Schuldprinzips allgemein ohne Rückgriff auf Grundrechtsdogmatik: Dem Grundgesetz liege ein Staat- Bürger- Verhältnis zugrunde, das die *personale Selbständigkeit und Selbstorientierung* anerkenne. Die allgemeinen Garantien des Bürgers gegenüber dem Staat, das Rechtsstaatsprinzip, das Gesetzmäßigkeitsprinzip, Art. 1 I und Art. 3 I GG, implizierten deswegen auch die Geltung solcher Garantien, welche die Strafgewalt betreffen.

³²³ Zu diesem Argument ebenfalls Alexy, a.a.O., S. 81 ff.

³²⁴ Jellinek, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1908, S. 116 ff.

³²⁵ Lampe, Strafphilosophie, Studien zur Strafrechtlichkeit, 1999, S. 230.

³²⁶ Das Problem einer *Grundnorm*, das sich bei dieser positivistischen Sichtweise für die Geltung des Rechts stellt, wird im Rahmen dieser Arbeit nicht erörtert. (Vgl. hierzu die Analyse von Alexy, a.a.O., S. 154 ff.)

Strafe als Eingriff in die Rechtsgüter des einzelnen Bürgers, der nicht die unmittelbare Wiederherstellung eines gesetzmäßigen Zustandes beabsichtige, sei nur zulässig, wenn der Betroffene für sein Verhalten die Verantwortung trage.³²⁷

Das Bundesverfassungsgericht beruft sich für das Schuldprinzip, das es als eigenständigen Verfassungsrechtssatz betrachtet, nur kurz auf das Rechtsstaatsprinzip, Art. 2 I GG und die Menschenwürde. Diese Verfassungsprinzipien und Grundrechte werden in verschiedenen Entscheidungen in unterschiedlichen Kombinationen oder mit Ausnahme von Art. 2 I GG jeweils allein zur Begründung des Schuldprinzips verwendet.³²⁸ Das Gericht knüpft seine Argumentation im Wesentlichen an sein Verständnis von Strafe an, wonach diese einen Vorwurf gegenüber dem Täter enthält.³²⁹ Das genannte Verfassungsrecht fordere, dass der Vorwurf materiell gerecht sei und ein vorwerfbares Verhalten, nämlich Schuld, voraussetze. Hierbei übernimmt das Gericht das Bekenntnis zum Schuldgrundsatz, welches der Bundesgerichtshof in seiner Grundsatzentscheidung über den Verbotsirrtum formulierte: „Strafe setzt Schuld voraus. Schuld ist Vorwerfbarkeit. Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, dass er sich nicht rechtmäßig verhalten, dass er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können (...)“.³³⁰

Andere in der Literatur angeführte Begründungen, die näher auf das Verfassungsrecht eingehen, qualifizieren die Strafe als Eingriff in jeweils unterschiedliche Grundrechte. Dieser Eingriff lasse sich nur vermeiden oder rechtfertigen, wenn der zu Bestrafende schuldig sei. Die Ansätze unterscheiden sich vor allem in der Bestimmung des Grundrechtseingriffs, und damit zusammenhängend, in dem Verständnis von Strafe.

Teilweise wird der Eingriff wie in der Rechtsprechung in einem *Vorwurf* gesehen, der mit Strafe notwendig verbunden sei. Das Schuldprinzip folge unmittelbar aus der Menschenwürde; einen Vorwurf jemandem gegenüber zu erheben, ohne dass dieser sein Verhalten zu verantworten habe, mache den Bestraften zum Objekt staatlichen Handelns³³¹ und verstoße gegen Art. 1 I S. 1 GG.³³²

³²⁷ Wolff in: AöR 124, S. 81.

³²⁸ Z. B. BVerfGE 20, 223 (331); 23, 127 (132); 25, 269 ff. (285); 28, 386 (391). Neuere Urteile zitiert Duttke, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, S. 244 Fn 240.

³²⁹ BVerfGE 20, 223 (331). Dazu Wolff in: AöR 124, S. 76; 78.

³³⁰ BGHSt 2, 194 (200 f.).

³³¹ Die so genannte „Objektformel“ wurde von Dürig (in: AöR 81 (1956), S. 117 ff. (127)) unter Rückgriff auf die Kantische Ethik aufgestellt.

³³² Vgl. z. B. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 241; Kunig, Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 341 ff.

Lagodnys Ansatz zufolge wird durch den „sozialethischen“ Vorwurf der Strafe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingegriffen. Das Schuldprinzip sei als Grenze im Rahmen der Rechtfertigung dieses Eingriffs („Abwägungsgrenzregel“) zu beachten, und zwar in Form eines ungeschriebenen Justizgrundrechts. Dies folge auch aus dem Gewicht der Menschenwürdegarantie als Element des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.³³³

Weitere verfassungsrechtliche Ansätze sehen den Eingriff nicht in einem mit Strafe verbundenen Vorwurf.

Zu nennen ist hier die Auffassung von Frister. Der Grundrechtseingriff soll in einer „*sozial diskriminierenden Wirkung*“ von Strafe oder in dem realen Strafeingriff, d. h. dem Freiheitsverlust oder dem Vermögensopfer, bestehen. Als *zu rechtfertigender* Eingriff wird nicht ein Eingriff in die Menschenwürde, sondern in andere Grundrechte, so auch in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, herangezogen.³³⁴ Dabei setzt Frister voraus, dass aus generalpräventiven Zwecken gestraft wird.³³⁵ Schuld spielt ähnlich wie bei Lagodny bei der Rechtfertigung der mit einer Strafe verbundenen Grundrechtseingriffe eine Rolle.³³⁶ Die Menschenwürde gebiete eine *Opfergrenze* für eine Rechtfertigung der Eingriffe nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Mehrjährige Freiheitsstrafen, welche diese Grenze überschreiten würden, könnten nur bei Vorliegen einer Legitimation in der *Person* des Betroffenen, bei persönlicher Zurechnung der Straftat, gerechtfertigt werden. Geringere Strafen setzten deswegen eine persönliche Zurechnung voraus, weil sie ansonsten ein Sonderopfer im Verhältnis zur Allgemeinheit darstellten, das dem Prinzip der Lastengleichheit aller Bürger widerspreche und das gemäß Art. 3 I GG nur bei einem Ausgleich durch Entschädigung zulässig wäre. Eine Entschädigung würde jedoch gerade den Strafcharakter aufheben.³³⁷ Das „Recht“, nicht ohne Schuld bestraft zu werden, sei in jeder durch Strafe betroffenen Grundrechtsgewährleistung enthalten. Anders als ein selbständiges ungeschriebenes Grundrecht könne dieses nicht mehr relativiert werden.³³⁸

³³³ Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik, dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, 1996, S. 397; 400 f.

³³⁴ Frister, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988, S. 25 f. Auch Stree (Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960, S. 52 f.) geht davon aus, dass mit dem in der Strafe enthaltenen sittlichen Unwerturteil über verfehltes Verhalten eine *sozialethisch diskriminierende Wirkung* für den Täter verbunden sei.

³³⁵ Frister, a.a.O., S. 35.

³³⁶ Frister, a.a.O., S. 26 f.

³³⁷ Frister, a.a.O., S. 29 - 38, insbesondere S. 34, mit weiteren Literaturhinweisen zur grundrechtlichen Problematik.

³³⁸ Frister, a.a.O., S. 38.

Zu diesen verfassungsrechtlichen Begründungen soll unter zwei Aspekten Stellung bezogen werden, zunächst unter einem logischen Aspekt und dann im Hinblick auf die Funktionen des Schuldprinzips.

Es ist problematisch, die in Grundrechte des Täters eingreifende soziale Diskriminierung in einem *mit der Strafe verbundenen Tadel* gegenüber der Person des Bestraften zu sehen. Der in die Bestimmung von Strafe einbezogene persönliche Vorwurf oder Tadel muss als der Schuldvorwurf selbst oder, wie aus den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts ersichtlich, als der Schuld („Vorwerfbarkeit“) entsprechende Vorwurf aufgefasst werden.³³⁹ Lagodny bestimmt den dem Täter *durch die Schuldfeststellung* im Strafurteil ausgesprochenen Tadel sogar ausdrücklich als *maßgeblichen Teil der Sanktion*, zu dem die Verhängung „besonderer Sanktionsmittel“ wie Freiheits- und Finanzmittelentzug hinzutreten könnten.³⁴⁰ Wird allerdings die Strafe bereits durch ein Schuldurteil mitbestimmt und wird aus einer so verstandenen Strafe der Grundsatz hergeleitet, nur unter der Voraussetzung von Schuld zu strafen, entsteht die Gefahr einer zirkulären Begründung des Schuldprinzips. Denn so ist es ausgeschlossen, dass ohne ein Schuldurteil gestraft wird. Und das Schuldurteil kann nur als ein Teil des Schuldbegriffs verstanden werden.³⁴¹ Bedeutet Strafe bereits die Erhebung eines Schuldvorwurfs, so ist die Rechtfertigung des Übels im Übel selbst impliziert. Der Täter erhält eine Strafe auf der Grundlage eines Schuldurteils. Dass die Voraussetzungen für Schuld dann vorliegen müssen, um den Eingriff zu rechtfertigen, ist klar. Weshalb jedoch überhaupt persönliche Schuld, ein begründeter Schuldvorwurf gegenüber dem Täter, bestehen muss, und nicht wahllos oder nach Kriterien wie Prävention oder Verursachung Übel auferlegt werden soll, wird damit nicht eigens begründet. Die Geltung des Schuldprinzips wird hier vielmehr vorausgesetzt.

Anders ist es, wenn man es für den Grundrechtseingriff bzw. die Grundrechtsverletzung, will man sie neben dem realen Strafeingriff in der sozialen Diskriminierung sehen, darauf ankommen lässt, wie tatsächlich in der Gesellschaft auf Strafe reagiert wird. Denken die Gesellschaftsmitglieder Strafe tatsächlich in Verbindung mit einem Schuldvorwurf, nehmen sie also an, dass denjenigen, gegen den eine Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe verhängt wird, ein Schuldvorwurf treffe, kann davon ausgegangen werden, dass diese Gesellschaftsmitglieder tatsächlich deklassierend auf den Bestraften reagieren.³⁴² Für die grundrechtsre-

³³⁹ Vgl. auch Müller - Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, S. 31 f.

³⁴⁰ Lagodny, a.a.O., S. 100 Fn 14; S. 106 mit Fn 46.

³⁴¹ So auch Frister, a.a.O., S. 25: Die Herleitung des Erfordernisses von Schuld aus dem der mit einem Tadel verbundenen Strafe sei eine *petitio principii*, da die zugrunde gelegte Definition von Strafe selbst wiederum die Geltung des Schuldprinzips voraussetze. Auch Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, S. 18.

³⁴² Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, S. 53.

levante soziale Diskriminierung kommt es dann auf die diskriminierende *Wirkung* der Strafe für den Bestraften in der Gesellschaft an, nicht auf den Schuldvorwurf als einen Bestandteil von Strafe.³⁴³ Auf diese Weise entgeht man einem Zirkelschluss.

Ohne die verfassungsrechtlichen Begründungen darüber hinaus dogmatisch genauer zu bewerten, erscheint es plausibel, dass eine Grundrechtsverletzung durch Strafe nur dann ausgeschlossen ist, wenn die Straftat als Anlass der Bestrafung mit dem durch Strafe Betroffenen persönlich in Verbindung gebracht werden kann. Gefragt ist ein plausibler Grund für eine Zurechnung des Unrechts zum Täter, durch den es gelingt anzugeben, weshalb gerade der Täter durch Strafe behelligt wird. Ein plausibler Grund ist allgemein gesprochen ein solcher, der die Bestrafung *dem Täter gegenüber als gerecht* erscheinen lässt. Hier kommt Schuld ins Spiel: Schuld hat die Funktion, für Gerechtigkeit zu sorgen; die Schuld einer Person ist ein geeigneter Grund für die Zurechnung der Tat und die Verhängung von Strafe gegen sie. Es stellt sich natürlich die Frage, ob es außer der wie oben verstandenen retributiven Gerechtigkeit und der fairen Behandlung des Einzelnen weitere Verständnisse von Gerechtigkeit gibt, die eine Bestrafung plausibel machen, und ob diese mit dem Schuldprinzip vereinbar sind. Wenn tatsächlich ganz entgegen unserer gängigen moralischen Intuition der *Zufall* als moralisches Kriterium verwendet wird, wie es einige Philosophen in der Diskussion zum „moralischen Zufall“ vertreten, mag es als gerecht erscheinen, den Täter gerade aufgrund von für ihn auf bestimmte Art und Weise *zufällig* eingetretener Konsequenzen seines Handelns zu bestrafen. Ein Gerechtigkeitsbegriff, der eine Zufallshaftung zumindest in Grenzen aufnimmt, wäre inkompatibel mit dem diese Zufallshaftung ausschließenden Gerechtigkeitsbegriff. Würde ein Gerechtigkeitsbegriff bejaht werden, der das Zufallsprinzip einschließt, stünde zur Debatte, welches der miteinander kollidierenden Gerechtigkeitsverständnisse für das Recht zu akzeptieren wäre: *der Ausschluss des Zufallsprinzips durch retributive Gerechtigkeit und die faire Behandlung des Einzelnen oder ein Gerechtigkeitsbegriff unter Aufnahme des Zufallsprinzips*. Einander widersprechende Gerechtigkeitsbegriffe können die Rechtfertigung von Strafe nicht gemeinsam tragen.

Nun soll dieser Abschnitt aber nur klären, ob es eine verfassungsrechtliche Begründung gibt, die *das Schuldprinzip* in die Rechtsordnung aufnimmt. In dieser Arbeit wird von einem bestimmten begrifflichen Vorverständnis des Schuldprinzips ausgegangen. Dem *Schuldprinzip* entspricht es nicht, dass der Täter ge-

³⁴³ Vgl. Frister, a.a.O., S. 25 f.

*rade aufgrund des Kriteriums „Zufall“ bestraft werden soll.*³⁴⁴ Allein die Gerechtigkeitsvorstellungen der retributiven Gerechtigkeit und der fairen Behandlung des Einzelnen stellen also taugliche Gerechtigkeitsvorstellungen für das Schuldprinzip dar.

Dass Strafe nur bei Vorliegen von Schuld des Betroffenen verfassungsgemäß ist, lässt sich daher allein unter der Annahme sagen, dass diese dem *Schuldprinzip* zugeordneten Gerechtigkeitsvorstellungen akzeptiert werden. Ob es richtig ist, der Verfassung einen anderen Gerechtigkeitsbegriff zugrunde zu legen, so dass sich ein Zurechnungsprinzip begründen ließe, das vom Schuldprinzip abweicht, steht hier nicht zur Diskussion.

Das Prinzip, dass ohne Schuld nicht gestraft werden darf, lässt sich auf Grundlage des angenommenen Gerechtigkeitsverständnisses folgendermaßen in das Grundgesetz einbinden: Eine Bestrafung unter der Voraussetzung von Schuld verhindert die Verletzung der Menschenwürde des Betroffenen oder jedenfalls des in Art. 3 I GG enthaltenen Prinzips der Lastengleichheit aller Bürger. Denn unter der Voraussetzung von Schuld ist Strafe gerecht im genannten Sinne. Die restriktive das durch Strafe betroffene Individuum schützende Aufgabe des Schuldprinzips gegenüber staatlichem Strafen findet auf diese Weise eine verfassungsrechtliche Verankerung. Diese verfassungsrechtliche Basis des Schuldprinzips einmal zugestanden, darf Strafe nicht allein aus kriminalpolitischen wie präventiven Gründen gerechtfertigt werden, wie gewichtig diese auch sein mögen.

Diese restriktive Funktion des Schuldprinzips besteht darin, das Üben von Gerechtigkeit gegenüber dem Einzelnen in zweierlei Hinsicht zu gewährleisten:³⁴⁵ Retributive Gerechtigkeit heißt: Die Bestrafung muss jemand dann hinnehmen, wenn sich sagen lässt, dass er die Strafe selbst als Person “verdient” hat. Dadurch wird sein verfassungsrechtlich eingeräumter Wert als Mensch, seine Menschenwürde, respektiert. Es ist dabei davon auszugehen, dass es nicht wie nach den absoluten Straftheorien *Ziel* des modernen liberalen Staates sei, eine widerrechtliche Haltung der Bürger um jeden Preis zu vergelten, sondern, wie Roxin es sagt, die individuelle Freiheit der Bürger, d. h. auch die dazu erforderlichen Rechtsgüter, zu schützen.³⁴⁶ Zweck der staatlichen Institution Strafe kann dann nur die Prävention und nicht die Vergeltung sein. Doch ist, wie auch die Vereinigungstheorie Harts³⁴⁷ zeigt, Vergeltung oder retributive Gerechtigkeit in einer

³⁴⁴ Vgl. zu diesem Punkt bereits eingangs unter I.

³⁴⁵ Vgl. unter 1. a).

³⁴⁶ Vgl. Roxin, Strafrecht AT Band I, § 2 Rn 7 ff.

³⁴⁷ Vgl. unter 1. b) bb).

ausschließlich *restriktiven Funktion* bei der jeweiligen Verhängung von Strafen gefragt.

Der Menschenwürde wird ebenso durch die faire Behandlung Respekt gezollt. Denn diese knüpft Strafe daran, dass der Täter die Chance hatte, Strafe im Voraus zu kalkulieren und zu vermeiden, und an die damit zusammenhängende Maximierung von Freiheit.³⁴⁸ Das Schuldprinzip bedeutet in diesem Kontext eine Ergänzung des Gesetzlichkeitsprinzips.

Auch soweit die verfassungsrechtliche Verankerung des Schuldprinzips an Art. 3 I GG geknüpft wird, sind diese Funktionen des Schuldprinzips gefordert: Das besondere Opfer der Strafe darf nur demjenigen auferlegt werden, der es verdient hat. Nur wenn das Opfer kalkulierbar war, konnte es vermieden werden und erfährt der Einzelne eine faire Behandlung, wenn er daraufhin bestraft wird.

Das Schuldprinzip ist damit als ein rechtliches Zurechnungsprinzip zu verstehen, mit dem bestimmte Gerechtigkeitsvorstellungen in das Recht aufgenommen werden, nicht als ein seiner Natur nach moralisches.³⁴⁹

(2) Freiheit

Bedeutet Schuld gemäß den Funktionen des Schuldprinzips, dass der Täter Strafe persönlich „verdient“ hat und dass es ihm möglich war, die Strafe zu kalkulieren, um sie vermeiden zu können, setzt dies eine gewisse Freiheit des Täters voraus. Hier sollen lediglich die Grundlinien der Freiheitsfrage umrissen werden mit dem Ziel, eine für die strafrechtliche Schuld akzeptable Position zu bestimmen, die mit den Funktionen des Schuldprinzips vereinbar ist. Dafür werden zunächst unter (2.1) erläuternd die philosophischen Positionen zur Freiheit, orientiert an der Darstellung von Pothast, eingeführt und diesen die in den strafrechtlichen Schuldlehren vertretenen Positionen zugeordnet. Darauf folgt unter (2.2) die Herausarbeitung einer für die Schuld geeigneten Position von Freiheit. Der mit der Freiheitsfrage verknüpfte Willensbegriff wird später³⁵⁰ erörtert werden; an dieser Stelle sei nur angenommen, dass der Wille in etwa einen sich in bestimmter Art und Weise manifestierenden Wunsch darstellt.

³⁴⁸ Frister (Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldvermutung, S. 39; 41) betont wie Hart den Aspekt der gerechten Behandlung des Einzelnen neben der ausgleichenden Gerechtigkeit. Der Einzelne solle zumindest auch die Chance haben, der Inanspruchnahme seiner Person planend zu begegnen. Nur bei Geltung des Grundsatzes „Keine Strafe ohne Schuld“ bestehe die Möglichkeit, durch rechtmäßiges Verhalten eine Bestrafung zu vermeiden.

³⁴⁹ Der Schuldgrundsatz gilt nach Frister (a.a.O., S. 36) als Zurechnungsprinzip, welches das „vorverfassungsmäßige Gesamtbild“ (BVerfGE 2, 380 (403)) von der Rechtsordnung geprägt habe.

³⁵⁰ Vgl. unter dd) (1).

(2.1) Positionen zur Freiheit

(2.1.1) Der Indeterminismus

Der starke Begriff von Freiheit, die Willensfreiheit, bedeutet nach dem klassischen Verständnis, dass (a) die Willensbildung der Person sich unabhängig von gesetzmäßigen Zusammenhängen vollzieht, und dass (b) die Person ihre Willensbildung *selbst* bestimmt, anders ausgedrückt, dass diese nicht bloß „zufällig“ erfolgt.³⁵¹ Die Begründungen dafür, warum von einer solchen Freiheit ausgegangen werden soll, variieren.

Großenteils wird metaphysisch argumentiert:

Kant, der als typischer Vertreter der Willensfreiheit gilt, postuliert sie schlichtweg; wir seien *aufgrund unseres moralischen Selbstverständnisses* dazu berechtigt, uns für frei im Sinne einer Willensfreiheit zu halten, obwohl wir diese Freiheit nicht durch eigene Erkenntnis beweisen könnten. Kant geht davon aus, dass die Loslösung von kausaler Determination nur in einer anderen Welt zu denken sei.³⁵²

Es wird auch versucht, die Existenz von Freiheit zu zeigen. Nach der metaphysischen Freiheitslehre Nicolai Hartmanns, auf die Welzel aufbaut, besteht Willensfreiheit in der Fähigkeit der bewussten Person, ihre Handlungen nach finalen Gesichtspunkten zu bestimmen, wobei sie auch gegenüber dem Sittengesetz frei sei. Hartmann unterscheidet nicht wie Kant zwischen zwei Welten, sondern geht u. a. von der *Überlagerung der kausalen durch eine finale Determination* als von einem ontologischen Prinzip aus.³⁵³

Ein Beweis der Willensfreiheit gelingt jedoch keiner Theorie.³⁵⁴ Die gravierendsten Probleme dabei sind wohl die folgenden: Die Komponente (a) der Willensfreiheit bedeutet entweder die *willkürliche* Unterbrechung der Kette kausaler Faktoren und die Fiktion, dass das Anfangsglied der Kette durch keinen weiteren Faktor gesetzmäßig vorbestimmt war, d. h. das nicht als real vorstellbare Ereignis, dass etwas aus dem Nichts entsteht, oder das Paradox, dass etwas sich selbst hervorbringt.³⁵⁵ Selbst wenn sich stichhaltige Hinweise gegen einen durchgängigen gesetzmäßigen Zusammenhang der Ereignisse in der Welt ergeben, so gelingt es nicht, die Komponente (b) der Willensfreiheit zu zeigen, d. h. wie eine nicht gesetzmäßig ablaufende Selbstbestimmung des Individuums aussieht, ohne dass es sich um bloßen Zufall handelt. Metaphorisch lässt sich nach einer Art Bewegung innerhalb der Person fragen, die ohne vorausliegende Ursa-

³⁵¹ Pothast in: JA 1993, S. 106.

³⁵² Kant, Kritik der praktischen Vernunft, Werke Band VII, II. Buch, 2. Hauptstück, Abschnitt VI.

³⁵³ N. Hartmann, Ethik, 1949, 71. und 72. Kapitel (S. 675 - 692).

³⁵⁴ Vgl. dazu überzeugend Pothast, Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise, 1987, S. 81 - 87; 91 f.; 94 f.; 95 - 105; 116 - 124.

³⁵⁵ Pothast, a.a.O., S. 123.

che zustande kommt und dabei ihre Richtung trotzdem nicht zufällig bestimmt. Für ein solches „Analogon der creatio ex nihilo“, wie Sartre den Willen in diesem Zusammenhang nennt³⁵⁶, scheint letzteres unmöglich zu sein.³⁵⁷ Ein akzidentiell Moment soll allerdings gerade keine Verantwortung der *Person* begründen.

Die Position des Indeterminismus ist auch, soweit sie im Strafrecht durch Anhänger des Vergeltungsprinzips vertreten wird, mit den bereits genannten und weiteren Problemen verbunden.

Binding findet die freie, selbst nicht verursachte Ursache der Handlung in der Persönlichkeit selbst.³⁵⁸ Dies erscheint als willkürliche Unterbrechung der Kausalkette. Denn gerade die Bedingtheit der Persönlichkeit durch andere Faktoren liegt besonders nahe.

Welzel, der die Freiheit als Fähigkeit zu sinngemäßer, Werten entsprechender Selbstbestimmung begreift, orientiert an Hartmanns ontologischem Schichtenmodell und den darin enthaltenen Determinationsformen, gelingt ein Freiheitsbeweis ebenso wenig wie Hartmann.³⁵⁹ Welzels Freiheitslehre enthält außerdem einen offensichtlichen Widerspruch: Dass Freiheit nur eine den Werten entsprechende Selbstbestimmung und nicht wie nach Hartmann auch die Möglichkeit nicht wertgemäßer Bestimmung bedeutet, lässt sich der Begründung sinngemäßer Selbstbestimmung aus der Struktur des Erkennens gerade nicht entnehmen. Das Erkennen und das an die Struktur des Erkennens angelehnte Bilden und Erhalten von Handlungszielen ist unabhängig von der Orientierung am Wert.³⁶⁰ Und weil der dem Wert widersprechende Wille nicht frei sein soll, begründet Welzel *keine Schuld aus freiem Willen*, doch allein eine solche könnte aus indeterministischer Sicht eine Willensschuld darstellen.³⁶¹ Der Bundesgerichtshof, der anscheinend Welzels Freiheitslehre übernimmt³⁶², sichert sie nicht vor deren Problemen ab.

Arth. Kaufmann stellt Freiheit offensichtlich als metaphysisches Phänomen dar, als Teil der personalen Natur des Menschen, die der göttlichen Schöpfungsordnung angehört. Abgesehen dafür, dass dieser Ansatz für das Recht abzulehnen ist³⁶³, erscheint es in Kaufmanns Auffassung zur Freiheit umgekehrt zu Welzel

³⁵⁶ Sartre, *Das Sein und das Nichts*, 1962, S. 21.

³⁵⁷ Pothast in: JA 1993, S. 107. Vgl. N. Hartmann, a.a.O., 83. Kapitel, S. 789 - 791, der dieses Frage als unlösbares „Restproblem“ bezeichnet.

³⁵⁸ In diesem Sinne beruft sich Lüderssen (in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 04.11.2003, S. 33) für die Willensfreiheit auch darauf, dass hinter jeder Objektivierung des „Ichs“ zu Potentialen des Gehirns ein „gleichsam neues Ich“ stehe, ein „letztes“ Bewusstsein, das sich nicht auf Kausalfaktoren reduzieren lasse.

³⁵⁹ Vgl. wiederum Pothast, *Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise*, S. 350 - 359.

³⁶⁰ Pothast, a.a.O.

³⁶¹ Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1965, S. 36.

³⁶² Vgl. BGH St 2, 194 (200 f.) schon oben unter a) aa) (2.3.3) zu Welzels Schuldlehre.

³⁶³ Vgl. unter (1.1).

unstimmig, ein beliebiges Entscheiden gegenüber dem stets sittlichen Recht zuzulassen, wenn es doch der personalen Natur des Menschen entsprechen soll, das Sittengesetz zu verwirklichen. Der Widerspruch, dass der Mensch sich für sittenwidriges Verhalten entscheiden können soll, obwohl dies seinem Wesen nicht entspricht, würde sich allenfalls auflösen lassen, wenn man das Wesen des Menschen nicht als Sein, sondern als Sollen verstünde. Dies widerspricht jedoch wiederum dem ontologischen Denken Arth. Kaufmanns.

Das sprachtheoretische Argument Schünemanns für eine Willensfreiheit spricht zwar für ein indeterministisches Weltbild der Menschen in unserem Kulturkreis; dass von diesem *Bild* von der Welt auf die *Existenz* von Freiheit geschlossen werden darf, ist damit jedoch noch nicht gesagt.³⁶⁴

Allein Kelsen kann den *juristischen* Willen als Konstrukt³⁶⁵, rein logisch gesehen, als frei bezeichnen.

(2.1.2) Der Determinismus

Der Determinismus setzt voraus, dass zwischen den Ereignissen in der Welt, die psychischen inbegriffen, ein durchgängiger gesetzmäßiger Zusammenhang besteht, und dass die Willensbildung und das Handeln einer Person auf diese Weise determiniert sind.³⁶⁶ Als Begründer des Determinismus der Neuzeit gilt Baron v. Holbach, der schreibt: „Unser Leben ist eine Linie auf der Oberfläche der Erde, die zu beschreiben uns die Natur befiehlt und von der wir keinen Augenblick abzuweichen vermögen (...) Nichtsdestoweniger, trotz der Fesseln, durch die wir fortwährend gebunden sind, gibt man vor, wir seien frei (...)“³⁶⁷ Die Komponenten (a) und (b) der Willensfreiheit werden hier negiert. „Gesetzmäßig“ kann dabei so verstanden werden, dass der Zusammenhang durch ein Naturgesetz oder Erkenntnisse der Psychologie beschrieben wird, und zwar so, „dass einem Zustand des Systems Welt ein und nur ein anderer Zustand desselben Systems folgen kann“.³⁶⁸ Im Rahmen dieser Arbeit soll eine genauere Auseinandersetzung mit dem Determinismus unterbleiben, weil er mit der hier vertretenen Position zur Freiheit vereinbar ist. Es wird deshalb auch nicht näher darauf eingegangen, was unter „Gesetz“ und was unter „Kausalität“ zu verstehen ist.

³⁶⁴ Schünemanns Ansatz kommt Bockelmann nahe, wenn er von der Freiheit als von der „unreflektierten Gewissheit“ spricht, die wir gegeneinander geltend machen würden.

³⁶⁵ Dazu später zum Willensbegriff unter dd) (1.4).

³⁶⁶ Vgl. Pothast, Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise, S. 38 – 45.

³⁶⁷ Baron v. Holbach, System der Natur I, 1783, S. 14.

³⁶⁸ Pothast, a.a.O., S. 42. Pothast will auch die Gesetze der Statistik einbeziehen, die zu einer „partiellen Determination“ führen sollen. Jede menschliche Handlung sei dann „durch die Gesamtheit der Bedingungen, unter denen sie zustande kommt, vollständig oder partiell determiniert“.

Die präventiv orientierten Schuldlehren Feuerbachs, v. Liszts und Exners beispielsweise gehen vom Determinismus aus, wobei Feuerbach und v. Liszt Wert auf die Bestimmung des Willens durch Motive legen.

(2.1.3) Die Handlungsfreiheit

Eine schwächere Form von Freiheit als die Freiheit des Willens ist die Freiheit zu handeln, wie man will. Diese „Handlungsfreiheit“ wird negativ bestimmt durch die Abwesenheit von Zwang, der eine Person daran hindert oder einschränkt, ihren Willen zu verwirklichen.³⁶⁹ Genauer dürfen weder äußere Umstände den Handlungsspielraum der Person beschneiden noch psychische Sachverhalte (z. B. neurotische Ängste) eine bestimmte Verhaltensweise erzwingen, welche die Person selbst als nicht von ihr gewählt, sondern als innerlich aufge nötigt erfährt. Es handelt sich dabei um deutliche Zwänge, die sich beobachten lassen, so dass die Handlungsfreiheit relativ sicher gerichtlich feststellbar ist.

Da die Position der Handlungsfreiheit abgesehen von der Situation deutlichen Zwangs offen lässt, wie die Willensbestimmung zustande kommt, ist sie mit der Position des Determinismus vereinbar. Dass der Wille gesetzmäßig aus vorangegangenen Ereignissen folgt, lässt sie zu.³⁷⁰

Die Handlungsfreiheit wird in der wissenschaftlichen Diskussion nicht in Frage gestellt.

Ihr entspricht in der strafrechtlichen Schuldlehre beispielhaft die Position Engischs. Es genügt hiernach, dass der Täter nicht daran gehindert war, so zu handeln, wie er wollte, und dass er also hätte anders handeln können, wenn er dies nur gewollt hätte.³⁷¹ Die unter Annahme des Determinismus begründete Position hält Engisch auch für präventiv nutzbringend, da Strafe auf den Charakter einwirken könne.³⁷²

(2.1.4) Die „epistemisch begründete Freiheit“

Pothast nennt eine weitere Art von Freiheit der Person, die in der Unbestimmtheit oder Offenheit der eigenen Zukunft aus Sicht der Person liegt. Der frühe Wittgenstein sieht die Willensfreiheit „darin, dass zukünftige Handlungen jetzt nicht gewusst werden können“³⁷³, jedenfalls nicht durch die Person selbst, um

³⁶⁹ Bereits Aristoteles (Nikomanische Ethik, 1985, Buch III) versteht unter Freiheit die Abwesenheit äußerer Zwänge. Hume (Eine Untersuchung über den menschlichen Verstand, 1984, S. 113) führt in der Neuzeit die Freiheit des Handelns ein.

³⁷⁰ Pothast in: JA 1993, S. 106.

³⁷¹ Engisch, Die Lehre von der Willensfreiheit, S. 26.

³⁷² Engisch, a. a.O., S. 52 f. Auf die Handlungsfreiheit baut auch Hegler (in: ZStrW 36, S. 191 f.), der das Vergeltungsprinzip vertritt, seinen Schuldbegriff auf.

³⁷³ Wittgenstein, Tractatus logico - philosophicus, 5.1362, Werke Band I, 1988.

deren Handlungen es geht. Auch diese Position ist mit dem Determinismus vereinbar, der alles *Geschehene* für durchgängig kausal erklärbar hält; sie folgt aus dem gesetzmäßigen Zusammenhang von Ereignissen nur nicht, dass wir bei Ansammlung hinreichender Kenntnisse unsere eigenen Handlungen im Einzelnen voraussagen könnten. Letzteres kann, so das überzeugende Argument für die epistemisch begründete Freiheit, bereits logischerweise nicht zutreffen; denn jede meiner Voraussagen vermag ihrerseits mein Verhalten zu beeinflussen, doch dieser Einfluss ist eben nicht Basis der Voraussage selbst und kann deswegen nicht vorausgesagt werden.³⁷⁴

Auch nach Burkhardt besteht die Entscheidungsfreiheit gerade in dem Bewusstsein, mehrere Verhaltensalternativen zu haben.³⁷⁵ Diese Freiheit hat Burkhardt in frühen Ausführungen als Grundlage einer präventiven Funktion des Schuldvorwurfs betont.³⁷⁶

(2.1.5) Weitere pragmatische Positionen aus den Schuldlehren

Mezger hält die Frage, ob der Täter in seinem Willen frei war, für die strafrechtliche Schuld für irrelevant, weil sie nicht „Gewissensschuld, sondern lediglich Zurechnung der Handlung zu einer bestimmten Person als ihrem Urheber“ sei,³⁷⁷ obwohl es für den Vergeltungsgedanken keinen Unterschied macht, ob sich jemand gegen eine Rechtspflicht oder gegen eine ethische Pflicht entschieden hat.³⁷⁸ Mezger führt aus, dass der Täter hätte anders handeln können, wenn ihm ein rechtmäßiges Verhalten zugemutet und es deshalb von ihm erwartet worden sei, er also anders hätte handeln *sollen*.³⁷⁹ Die Abwesenheit von Zwängen im Sinne der Handlungsfreiheit wird dafür vorausgesetzt. Allerdings schließt Mezger inkonsequenterweise von diesem Sollen auf ein „Andershandelnkönnen“ als Tatsache³⁸⁰, was Kohlrauschs Fiktion („du kannst, denn du sollst“) gleichkommt.

Kohlrausch und Roxin fingieren eine Willensfreiheit: Kohlrausch, der vom Determinismus ausgeht, begründet diese Fiktion als „staatsnotwendig“. Auch Roxin nimmt bei normativer Ansprechbarkeit des Täters an, dass dieser frei wäre. Es bleibt undurchsichtig, weshalb in Roxins Schuldlehre der restriktiven Funkti-

³⁷⁴ Ryle, *Der Begriff des Geistes*, 1969, S. 266 f., Burkhardt in: GA 1976, S. 332 f. Vgl. eine ähnliche Begründung von Popper in: *The British Journal for the Philosophy of Science* 1 (1950), S. 117 - 133; 173 - 195, bei Pothast, *Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise*, S. 183 -195.

³⁷⁵ Burkhardt in: Maasen, *Voluntary action*, 2003, S. 238.

³⁷⁶ Vgl. Burkhardt in: GA 1976, S. 332 - 334; 340.

³⁷⁷ Mezger, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 1931, S. 251.

³⁷⁸ Vgl. dazu die Unterscheidung zwischen rechtlicher und moralischer Schuld unter (3).

³⁷⁹ Vergleichbar Maurach und Zipf sowie Jescheck/Weigend, wonach verlangt wird, der Täter hätte hier so handeln sollen wie ein anderer maßstabsgerechter Bürger.

³⁸⁰ Zur Trennung zwischen Sollen und Sein vgl. unten zum normativen Schuldbegriff unter bb) (1).

on von Schuld eine *Fiktion* von Freiheit genügen soll. Auch hier legitimiert Schuld Strafe.³⁸¹

F. Kaufmann schließlich kann auf eine im Sinne des Indeterminismus freie Ursache der Handlung verzichten, weil er Freiheit für die präventiven Zwecke von Schuld mit der rationalen Verstehbarkeit von Handlungen gleichsetzt.

(2.2) Grundlage für strafrechtliche Schuld

Auf welcher Grundlage lässt sich also Schuld begründen, sollen die Funktionen des Schuldprinzips erfüllt werden, retributive Gerechtigkeit zu üben und die Gewährleistung der Möglichkeit, Strafe zu kalkulieren und zu vermeiden? Braucht man dazu tatsächlich die Willensfreiheit? Allem Anschein zuwider können zwei gravierende Einwände dagegen erhoben werden, die indeterministische Position als Grundlage von Schuld einzunehmen.

Erstens ist eine Willensfreiheit nicht erwiesen, und der Staat, der das Übel der Strafe verhängt, trägt die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen, die Strafe rechtfertigen.³⁸² Bei näherem Hinsehen leuchtet es auch zweitens erst gar nicht ein, wie unter der Voraussetzung der Komponente (a) der Willensfreiheit eine *Person* selbst für ihre Handlungen verantwortlich gemacht werden soll, weshalb die Handlungen dann nicht als zufällig eingetreten gelten müssen. Mit dieser Überlegung tauchen erhebliche Zweifel daran auf, ob gerade auf Grundlage der Willensfreiheit retributive Gerechtigkeit überhaupt geübt wird.

Epistemisch begründete Freiheit und Handlungsfreiheit, die mit der deterministischen Sichtweise vereinbar sind, genügen, um die Schuld eines Täters zu begründen. Denn sie erfüllen die rechtsstaatliche restriktive Funktion des Schuldprinzips. Als Grundlage von Prävention wie in einigen strafrechtlichen Schuldlehren werden sie dagegen nicht benötigt.

Weil jedem der *epistemisch begründeten Freiheit* zufolge seine eigene Zukunft unbestimmt erscheint, ist er dazu gezwungen, Entscheidungen zu treffen. Davon ist er gerade nicht befreit, wie es aus einer fatalistischen Denkweise folgen würde.³⁸³ Es entspricht der Gewährleistung der fairen Behandlung, jemanden nur unter der Voraussetzung zu bestrafen, *dass er aus seiner Sicht Entscheidungen über seine Zukunft treffen konnte*, um Strafe zu umgehen. Unter der Bedingung von *Handlungsfreiheit* kann jeder ohne äußeren und psychischen Zwang zwischen Verhaltensalternativen abwägen und sich seiner Entscheidung entsprechend verhalten, *also Strafe vermeiden, wenn er sich gegen sie entscheidet*.

³⁸¹ Vgl. Schünemann in: ders., Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, S. 162.

³⁸² Vgl. Pothast, Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise, S. 385 - 387.

³⁸³ Die moralische Forderung der sorgfältigen Wahl ist also nach wie vor berechtigt. Die *epistemisch begründete Freiheit* schließt die „Selbstdestruktion des Handlungsbewusstseins“ aus. (Pothast in: JA 1993, S. 109.)

Zwar legitimiert eine solche „schwache“ Freiheit des Täters keine Vergeltung im Sinne der Lehre Kants: Der Täter hat nach dieser Denkweise Strafe nicht verdient, weil nicht gesagt ist, dass er anders wollen konnte, und kann daher in diesem Sinne auch nicht für seine Tat getadelt werden. Was nützt aber andererseits eine Freiheit zur Begründung von Schuld, wenn sie gar nicht die Person selbst repräsentiert? Dass die Willensbildung durch äußere und innere Ereignisse bedingt ist, macht vielmehr die Persönlichkeit aus, die man zur Verantwortung ziehen will. Man kann dann durchaus sagen, dass der Täter etwas „für die Tat kann“ und Strafe „verdient“ hat, weil er sich als vernunftbegabte Person frei von deutlichem Zwang für sie entschieden hat, jedenfalls aber aus seiner Sicht die Chance hatte, die Tat durch seine Entscheidung zu vermeiden, diese Chance jedoch nicht genutzt hat.³⁸⁴ Unter diesen Voraussetzungen ist die Verhängung von Strafe im retributiven Sinne als gerecht anzusehen.

Eine weitere für Schuld wesentliche Frage ist es, ob der Täter wirklich aus seiner Sicht eine Entscheidung gegen die Tat treffen konnte; gerade auf die Fälle der Fahrlässigkeit trifft dies nicht durchgehend zu.

(3) Trennung zwischen rechtlicher und moralischer Schuld

Entsprechend den obigen Ausführungen zur Trennung zwischen Recht und Moral sind rechtliche und moralische Schuld zu unterscheiden. Die Unterscheidung folgt aus der Trennungsthese. Weil rechtliche und moralische oder ethische Pflichten voneinander zu trennen sind, bedeutet rechtliche Schuld, welche die Verletzung einer rechtlichen Pflicht voraussetzt, keine *ethische* Verfehlung.

Rechtliche und ethische Pflichten gelten aus unterschiedlichen Gründen. Kant sagt über die Pflichten der autonomen Moral: „Da ein Mensch doch ein freies (moralisches) Wesen ist, so kann der Pflichtbegriff keinen anderen als den Selbstzwang durch die Vorstellung des Gesetzes allein enthalten, (...)“³⁸⁵ Für sozialetische Pflichten wird vertreten, sie würden aufgrund von in der Gesellschaft vorherrschenden Vorstellungen gelten.³⁸⁶ Eine rechtliche Pflicht zu einem bestimmten Verhalten hingegen gilt für das Individuum allein deswegen, weil eine rechtliche Norm ein bestimmtes Verhalten dadurch gebietet, dass sie an das gegenteilige Verhalten eine Sanktion knüpft.³⁸⁷ Rechtliche Schuld kann daher nicht den Verstoß des Täters gegen sein eigenes Gewissen betreffen. Eine ent-

³⁸⁴ In diesem Sinne Bieri, Das Handwerk der Freiheit, 2001, S. 79 - 83; 239 - 243; 332 - 361. Vgl. H. L. A. Hart unter 1. a) bb).

³⁸⁵ Kant, Die Metaphysik der Sitten (Tugendlehre), Werke Band VIII, S. 509.

³⁸⁶ Zippelius, Rechtsphilosophie, 2007, S. 20 ff.

³⁸⁷ Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 121.

sprechende Einfühlung in das Gewissen des Angeklagten und ein „stellvertretendes Gewissensurteil des Richters über den Angeklagten“³⁸⁸ sind hierfür nicht erforderlich, so dass es eines dazu dienenden besonderen empathischen Eingehens auf den Angeklagten in Form einer „personalen Kommunikation“, wie Ellscheid und Hassemer sie zur Erhebung eines sozialetischen Vorwurfs fordern, nicht bedarf.³⁸⁹

Vielmehr ist es als Konsequenz der Trennung zwischen rechtlicher und moralischer Schuld ausgeschlossen, die strafrechtliche Schuld durch einen *sozialetischen* Vorwurf oder Tadel gegenüber dem Täter zu bestimmen.³⁹⁰ In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass gegenüber dem Täter ein *rechtlicher* Schuldvorwurf allerdings gerechtfertigt werden kann. In dem Urteil kann ein Ausspruch von Tadel oder Missbilligung gesehen werden, der als Sprechakt i. S. der Sprachphilosophie sowohl eine expressiv - evokative Funktion als auch eine direktive oder präskriptive Funktion hat. Erstere Funktion besteht darin, negative Gefühle der Missbilligung gegenüber dem Täter wegen seiner Tat zum Ausdruck zu bringen und solche Missbilligung auch beim Täter, bezogen auf seine Tat, hervorzurufen; letztere darin, den Täter anlässlich seiner Tat anzumahnen und dazu anzuleiten, künftig kein Unrecht mehr zu verwirklichen.³⁹¹ Der Tadel hat also sowohl auf die vergangene Tat bezogene als auch zukunftsbezogene Komponenten.

Die auf die Vergangenheit bezogene Missbilligung dem Täter gegenüber heißt, ihm, wie soeben zur Freiheit erörtert, unabhängig von der Einnahme der indeterministischen Position unter bestimmten Voraussetzungen zu sagen, dass er „für die Tat kann“.

Die zukunftsbezogenen Komponenten des Vorwurfs dagegen bedeuten selbst wiederum Gerechtigkeit i. S. von Fairness, wenn ihr Sinn nicht nur wie nach F. Kaufmann in dem Ziel liegen soll, Straftaten in Zukunft zu vermeiden, sondern auch darin, den Täter als eigenständig denkenden und urteilenden Menschen³⁹² zu behandeln, der den Tadel als gerechtfertigt anerkennen und sich in Zukunft für ein normgemäßes Verhalten entscheiden kann.³⁹³

³⁸⁸ Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 197 ff.

³⁸⁹ Zum gleichwohl bestehenden Problem der Erkenntnis von Psychischem vgl. unter cc).

³⁹⁰ Vgl. dagegen die Auffassungen bei Müller - Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, S. 56. Berührungspunkte zur moralischen Schuld liegen darin, dass verletzte rechtliche Normen mit sozialetischen Normen inhaltlich weitgehend übereinstimmen; ein rechtlicher Vorwurf hat daher jedenfalls meistens den *Effekt* eines sozialetischen Unwerturteils, Tadels.

³⁹¹ Burkhardt in: GA 1976, S. 328 f.

³⁹² Diese Eigenständigkeit ist nicht gleichbedeutend mit Indeterminismus.

³⁹³ Hörmle, v. Hirsch in: GA 1995, S. 274 f.

Der Trennung zwischen rechtlicher und moralischer Schuld widersprechen eindeutig erstens diejenigen Schuldlehren, die schon keinen Anlass zu dieser Unterscheidung haben, weil sie die Trennungsthese nicht vertreten. Zu nennen sind hier die Willensschuld nach dem Muster von Hegels Rechtsphilosophie und die naturrechtliche Position Arthur Kaufmanns, für den rechtliche Schuld immer auch sittliche, d. h. moralische, Schuld darstellen muss, weil Schuld einen Verstoß gegen sittlichen Pflichten bedeutet.

Zweitens sind hier die Lehren zu nennen, die, ohne (ausdrücklich) die Einheit von Recht und Moral zu vertreten, eindeutig nicht zwischen rechtlicher und moralischer Schuld unterscheiden. Dazu zählt vor allem Hafts Schuld-dialog, der moralische Schuld zu finden sucht, die sich durch das persönliche Schuld-erlebnis des sittlichen Versagens äußert. Ferner trennen die ethisierenden Schuldlehren, nach denen die Motivation des Täters ethisch bewertet wird, sowie die Lehren Schmidhäusers³⁹⁴ und Bockelmanns deutlich nicht zwischen moralischer und rechtlicher Verfehlung des Täters. Dabei treffen die letztgenannten Lehren ausdrücklich eine Unterscheidung zwischen rechtlichen und moralischen Normen.

(4) Das Schuldprinzip und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit

Nach alledem ist es abzulehnen, das wie oben begründete Schuldprinzip als eigenständiges Prinzip aufzugeben und es durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu ersetzen. Auch innerhalb der Prüfung von Verhältnismäßigkeit zwischen dem Interesse am Schutz der strafrechtlichen Rechtsgüter und dem Interesse am Schutz von durch Strafe betroffenen Rechtsgütern des Täters fallen zugunsten des Täters die Gewährleistungen des Schuldprinzips ins Gewicht. Das Schuldprinzip schützt das unabdingbare Interesse des Täters, gerecht behandelt zu werden.³⁹⁵ Es ist gerade nicht zulässig, dieses durch das Interesse an den durch das Strafrecht geschützten Rechtsgütern zu relativieren.

(5) Schuldprinzip und präventive Schuldlehren

Offensichtlich ergeben sich erhebliche Einwände gegen die Schuldlehren, die den Schuldbegriff am Strafzweck der Prävention ausrichten, vor allem als Konsequenz aus dem zum Schuldprinzip Gesagten. Zunächst ist unter (5.1) auf wesentliche allgemeine Einwände einzugehen, welche die Funktionalität von

³⁹⁴ Schmidhäuser hat allerdings Schwierigkeiten dabei, eine Schuld der unrechtlichen und zugleich geistigen Gesinnung zu begründen, weil eine unrechtliche Gesinnung nicht in einem *geistigen* Erkennen und Erleben von objektiven Werten bestehen kann. (Vgl. Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, S. 547 f.)

³⁹⁵ Wenn nach Ellscheid und Hassemer, die das Schuldprinzip durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip ersetzen wollen, bei der Interessenabwägung die psychische Beziehung des Täters zur Tat und die Ausrichtung des Strafmaßes daran als Dimensionen des Schuldprinzips so gewichtet werden sollten, dass sie eine notwendige Bedingung für die Bestrafung darstellen, wäre dies gleichbedeutend mit der Beibehaltung des Schuldprinzips.

Schuld für die präventive Wirkung von Strafe betreffen, und ferner unter (5.2) auf solche, die einzelnen Ansätzen gelten.

(5.1) Generelle Argumente gegen präventiv orientierte Schuldlehren

Gegen die *Ableitung der Schuld aus dem präventiven Strafzweck generell* sollen drei wesentliche Argumente angeführt werden.

Erstens spricht dagegen, dass das Schuldprinzip als *restriktives* Prinzip zu verstehen ist, was sich auch verfassungsrechtlich begründen lässt. Als ein solches hat das Schuldprinzip eigenständige Bedeutung gegenüber dem Strafzweck der Prävention. Präventive Maßnahmen sollen im Schuldprinzip gerade eine Begrenzung finden. Schon daraus folgt, dass auch der Schuldbegriff selbständig und unabhängig davon zu bilden ist, ob er der Prävention dient.³⁹⁶

Zum Zweiten ist Schuld durch ihren Bezug auf die strafrechtliche Norm von Prävention abzugrenzen, will man Schuld *logisch als eigenständigen Begriff* begründen. Schuld bezieht sich auf bereits erfolgte Verletzungen von Normen³⁹⁷ und fordert jedenfalls *primär* eine Verbindung des Täters zur betroffenen strafrechtlichen Norm, nicht die Ausrichtung auf empirische Wirkungsweisen der Verbrechensvermeidung. Denn von Schuld kann nur unter Bezug auf die Verletzung einer Norm die Rede sein, und diese ist gar nicht denkbar, ohne dass gleichzeitig das allgemeine Bedürfnis besteht, Verletzungen von Normen künftig zu verhüten. Dem widerspricht es, Schuld aus dem Ziel der Vermeidung von Normbrüchen in der Zukunft abzuleiten.

Zu Recht wird drittens unter Berücksichtigung des StGB daran gezweifelt, Schuld präventiv orientiert zu verstehen, weil auch die gesetzlichen Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründe nicht notwendig präventiv motiviert erscheinen: Auch wenn sie eingreifen, ist denkbar, dass eine Strafe bzw. ihre Androhung das zukünftige Verhalten des Täters oder anderer mit präventivem Effekt beeinflussen. So können Strafandrohungen auch Kinder, die nach § 19 StGB schuldunfähig sind, davon abhalten, Rechtsgüter anderer zu verletzen.³⁹⁸

(5.2) Kritik an einzelnen Ansätzen

Besonders gegen die *Ableitung von Schuld aus der Generalprävention und der negativen Spezialprävention* muss im Sinne des eben genannten ersten Arguments eingewandt werden, dass dies die Idee Kohlrauschs zulässt, der Einzelne werde „der Gemeinschaft geopfert“.

³⁹⁶ Burkhardt in: GA 1976, S. 336, Hirsch in: ZStW 106, S. 755 f.

³⁹⁷ Vgl. auch Hirsch, a.a.O., zu den unterschiedlichen Perspektiven von Schuld und Prävention.

³⁹⁸ Burkhardt, a.a.O.

Die betreffenden teleologischen Ansätze ermöglichen ein utilitaristisches Denken, wonach ein durch Strafe bewirkter Gewinn an Gemeinwohl das Übel des strafenden Eingriffs legitimiert, solange das Unglück im Saldo minimiert wird.³⁹⁹

Die Opferung des Einzelnen für das Allgemeinwohl kann sich vor allem auf folgende zwei Arten äußern:

Kommt es wie nach Jakobs' positiver Generalprävention für Schuld nur auf den Effekt der Normstabilisierung durch „Einübung in Rechtstreue“ an, hängt der Schuldbegriff allein von den Voraussetzungen dafür ab.⁴⁰⁰ Es ist eine Gesellschaft vorstellbar, die es für richtig hält, dass für Strafe gar nicht an ein „Dafürkönnen“ des Täters angeknüpft wird, so dass der Täter entgegen den Dimensionen (a) bis (c) des Schuldprinzips auch für „Zufall“ haftet.⁴⁰¹ Dies ist die erste wesentliche Art der Instrumentalisierung.

Zweitens wird der Staat zwecks Abschreckung des Täters und der übrigen Bevölkerung von der Begehung von Straftaten durch eine präventiv orientierte Schuld im Prinzip zur Androhung und Verhängung unbegrenzt hoher Strafen ermächtigt, weil Strafe nicht durch Schuld begrenzt wird, sondern ihre Höhe vielmehr allein von der Maßgabe des präventiven Zwecks abhängt. Dies widerspricht dem Gedanken retributiver Gerechtigkeit. Ob das Verhältnismäßigkeitsprinzip das Strafmaß entgegen den Anforderungen von Schuld regulieren könnte, ist fraglich; auf die Frage einer Prinzipienkollision soll hier nicht eingegangen werden.⁴⁰²

Dass die Interessen des im präventiven Interesse zu Bestrafenden keine prinzipielle Berücksichtigung gegenüber dem allgemeinen Interesse an der Verbrechensverhütung beanspruchen können, widerspricht der *verfassungsrechtlich gebotenen gerechten Behandlung des Einzelnen, die durch das Schuldprinzip gewährt werden soll*.⁴⁰³ Dagegen überzeugt die Aussage, dass nur die gerechte Strafe auch die auf Dauer präventiv wirksame sei⁴⁰⁴, nicht. Wenn auch durch

³⁹⁹ Vgl. Hörnle/ v. Hirsch in: GA 1995, S. 263 m. w. N. Werden die Kosten der Strafe für den Täter noch nicht einmal gegen ihren Nutzen abgewogen wie z. B. bei Jakobs, wird gar keine utilitaristische Begründung der Straftheorie angebracht, sondern nur teleologisch argumentiert.

⁴⁰⁰ Hirsch, a.a.O., S. 753.

⁴⁰¹ S. auch Jakobs' eigene Bemerkung, eine objektive Zurechnung könne ausreichen. Vgl. die schuldunabhängige „strict liability“ im angelsächsischen Recht.

⁴⁰² Es ist zwar zuzugestehen, dass es problematisch ist, ein „Schuldmaß“ zu bestimmen. Das Strafmaß für die konkrete Tat beeinflusst das Schuldprinzip insoweit, als solche Umstände nicht ins Gewicht fallen dürfen, die für die Schuld des Täters irrelevant sind, wie Schönemann ausführt. Man kommt wohl bei der Bestimmung des Strafmaßes nicht darum herum, vor allem auch auf die Art der Rechtsgutsverletzung durch die Straftat abzustellen. (Vgl. Frister, a.a.O., S. 40 - 45.)

⁴⁰³ Hörnle/ v. Hirsch, a.a.O., Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S. 8 ff., Schönemann, in: ders., Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, S. 175 ff.

⁴⁰⁴ Vgl. Noll unter a) bb) (2.2). Auch Achenbach in: Schönemann, a.a.O., S. 143 f.: Die positive Generalprävention nehme „den Sachgehalt des Schuldprinzips in sich auf“. Es bedürfe zur Begrenzung präventiver Bedürfnisse

rein präventiv orientierte Schuldlehren geforderte Kriterien den Effekt haben, die restriktive Funktion des Schuldprinzips zu erfüllen, weil sie an der Psyche des Täters anknüpfen⁴⁰⁵, so tun sie dies, jedenfalls ausgehend von ihrer empirischen Grundlage der Prävention, nur *zufällig*, ohne normative Garantie.

Schuldzuschreibungen erfordern nach Jakobs beispielsweise zwar sozialpsychologische Plausibilität, was zum Schuldkriterium der Vermeidbarkeit des Unrechts und der damit verbundenen Zurechnungsfähigkeit des Täters führt. Die Ableitung von Schuld aus positiver Generalprävention stellt jedoch auf Auffassungen ab, die in der Gesellschaft vertreten werden, und die sich mit diesen verändern können.⁴⁰⁶

Auch Noll gelingt es nicht nachzuweisen, dass sich Schuldprinzip und Schuld aus der Generalprävention herleiten. Dass nur *sozialgefährliches* Verhalten unter Strafe steht, sagt nichts über die Funktion von Schuld aus. Aus der Argumentation, die Noll zur Begründung gegen die Verwirklichung des Vergeltungsprinzips im Strafrecht führt, ließe sich ebenso gut die Konsequenz ziehen, dass ein mit dem Schuldprinzip verbundenes Vergeltungsprinzip im geltenden Strafrecht eben nicht eingehalten worden sei und das Schuldprinzip verletzt werde, oder es ließe sich erwägen, dass das Vergeltungsprinzip eben im restriktiven Sinne zu verstehen sei und Schuld nicht Strafe fordere, Strafe vielmehr unter der objektiven Bedingung sozialgefährlichen Verhaltens stehe. Auch wenn das Strafrecht dem Rechtsgüterschutz dient, besagt dies noch nicht, dass es kein rechtsstaatliches Moment geben soll, welches die Reaktion des Strafrechts von der Person des Täters abhängig macht, um ihn zu schützen.

Zu Roxins Konzeption sei klargestellt, dass sich Schuld hier nicht auf eine Funktion als Obergrenze für Strafe beschränken lässt.⁴⁰⁷ Wenn Schuld nach Roxin konstitutiv für Strafe ist und das Strafmaß begrenzt, wird ein restriktiv verstandener Schuldausgleich eingeschlossen, wie ihn Hart vertritt. Ansonsten müsste Roxin es auch nicht für erforderlich halten, die Freiheit des Täters zu fingieren. Das Argument, es komme auf eine Willensfreiheit gar nicht an, weil

nicht der Schuld; Legitimität des Strafens wird als immanente Grenze der normativen Generalprävention verstanden. (A.a.O., S. 150 f.) Auch H.L.A. Hart in: ders., *Recht und Moral*, Drei Aufsätze, S. 69: Eine offen praktizierte willkürliche Bestrafung wirke sich im Saldo nicht zugunsten des Allgemeinwohls aus.

⁴⁰⁵ Vgl. besonders Feuerbachs willentliche Gesetzesverletzung oder das Schuldkriterium bei Noll, das davon abhängt, dass der Einzelne sich an der Norm orientieren kann.

⁴⁰⁶ Ob bei „anderer schwerer seelischer Abartigkeit“ i. S. des § 20 StGB gesellschaftlich wirklich keine Normbestätigung durch Strafe gefordert ist, lässt sich mit Hörnle/ v. Hirsch (in: GA 1995, S. 263 f. Fn 16) mit Blick auf die im anglo- amerikanischen Rechtskreis geführte Diskussion um die Abschaffung des „insanity defense“ anzweifeln.

⁴⁰⁷ Vgl. dazu die Bemerkungen Lenckners und Eiseles in Sch./ Sch., 2006, Vorbem. §§ 13 ff., Rn 117 f. und Hirschs, a.a.O., S. 755.

doch Schuld den Täter nur schütze, gilt eben nicht; die Freiheitsfrage ist auch bei einer rein restriktiv - vergeltenden Funktion des Schuldprinzips von Bedeutung.⁴⁰⁸

Abgesehen davon, dass Roxin im Gesetz keine überzeugenden Belege für das zwischen Schuld und Prävention vertretene Verhältnis findet⁴⁰⁹, ist es auch gerade nicht die präventive Deutung der §§ 33, 35, 17 und 20 StGB, die seinen Schuldbegriff im „zweckrationalen“ System begründet. Was Schuld ist, muss Roxin wissen, bevor er sagen kann, dass in Fällen der Schuld ausschließungs- und Entschuldigungsgründe nur aus präventiven Gründen nicht gestraft wird. Denn dieses Argument impliziert das Vorliegen von Schuld. Es ergibt sich also nach Roxin ein Schuldbegriff, der die Strafe des Täters als verdient erscheinen lassen soll. Dazu im Widerspruch steht Roxins Ansicht, das Konzept retributiver Gerechtigkeit sei nicht Teil der Rechtsordnung, weil der Wille der Staatsbürger sich nicht darauf richte.

(6) Das Schuldprinzip und der generalisierende Ansatz Hold von Fernecks
Selbst wenn an den einzelnen Bürger auch durch das Recht Anforderungen gestellt werden, die auf einen typischen Vertreter der Gesellschaft zugeschnitten sind, so ist doch der generalisierende Charakter der Rechtsnormen von der Frage strafrechtlicher Zurechnung zu trennen. Das Recht gewährt jedem Einzelnen auch Freiheiten, die seine Individualität respektieren. Gerade darauf basiert die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips. Schuld hat dementsprechend die Funktion, eine persönliche Verbindung des Täters zur Tat herzustellen, so dass der generalisierende Ansatz für Schuld nicht angebracht ist.

bb) Begründung des „komplexen“ Schuldbegriffs

Der nun interessierenden *Struktur* des Schuldbegriffs machen die genannten Funktionen des Schuldprinzips eine entscheidende Vorgabe:

Bedeutet Schuld die faire Behandlung des Einzelnen und die Maximierung seiner individuellen Freiheit, setzt dies voraus, dass der Täter genügend Informationen hatte, um sich so zu verhalten, dass er die Straftat vermeiden und einer Bestrafung aus dem Weg gehen konnte. *Wer erst gar nicht daran denkt, dass er durch sein Verhalten eine Straftat begehen könnte, der hat keine Möglichkeit, sich damit auseinanderzusetzen und die Strafe planend zu umgehen.*⁴¹⁰ Dass es

⁴⁰⁸ Vgl. unter (2.1.5).

⁴⁰⁹ Vgl. unter (5.1).

⁴¹⁰ Diesen Grundgedanken, den an auch die Theorie vom psychologischen Zwang vertritt, betont E. Horn, Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969, S. 105; 122; 152 ff.; 168. Vgl. auch Baumgarten, Aufbau der Verbrechenslehre, 1913, S. 118, Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 159.

keine rationale Entscheidung über unbewusste Optionen gibt, ist ein wesentlicher Gedankengang für die in die dieser Arbeit vertretene Schuldauflassung.

Sofern der Täter durch das Vergeltungsprinzip geschützt werden soll, drückt Schuld aus, dass er persönlich „für die Tat kann“. Die retributive Gerechtigkeit verlangt jedenfalls, dass der Täter aus seiner Sicht die Chance hatte, die Tat durch seine Entscheidung zu vermeiden, diese Chance jedoch nicht genutzt hat.⁴¹¹ Und die Chance zu entscheiden hatte er eben nur, *wenn er in irgendeiner Form an die Begehung einer Straftat gedacht hat*.

Abstrakt ausgedrückt, folgt aus beiden Funktionen des Schuldprinzips, dass der Täter die Tat psychisch antizipiert haben muss, und dies gerade nicht aus präventiven Erwägungen wie sie sich beispielsweise aus der Theorie vom psychologischen Zwang ergeben.⁴¹² Bei dieser groben Formulierung soll es hier belassen werden. Zunächst soll, ohne die psychische Beziehung des Täters zur Tat näher zu beleuchten, unter (1) auf die Frage der *Konstruktion* des Schuldbegriffs⁴¹³ aus empirischen und/ oder normativen Elementen eingegangen werden, besonders um die Rolle des normativen Moments zu klären und um für terminologische Klarheit zu sorgen. Die Erörterungen dienen gerade auch der Analyse der Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld. Dabei wird ein komplexer Schuld-begriff befürwortet. Nachfolgend werden unter (2) die Auffassungen erwähnt, deren Kriterien eindeutig keine psychische Beziehung des Täters zur Tat formulieren.

(1) Die Konstruktion des Schuldbegriffs

(1.1) Psychologischer und „rein“ normativer Schuld-begriff

Den Schuld-begriff wie die Vertreter der psychologischen Schuldlehre rein empirisch zu bestimmen, unterschlägt den normativen Charakter von Schuld. Davon ausgehend, dass rechtliche Wertungen nicht wie nach den objektiven Wertelehren auf objektiv erkennbare Werte gegründet sind⁴¹⁴, ist die Zurechnung der Tat zum Täter als schuldhaft kein Akt der Feststellung einer „Tatsache Schuld“, sondern eine besondere Art von Bewertung⁴¹⁵ anhand eines bestimmten Maßstabs, des Zurechnungskriteriums, und zwar unabhängig davon, ob dieses nun selbst normativ oder empirisch ist. Der Schluss von einem Sachverhalt auf die

⁴¹¹ Vgl. unter 1. a) bb) und 2. c) aa) (2.2) zur Freiheit.

⁴¹² Der Wille zu rechtswidrigem Verhalten wie z. B. bei Feuerbach und Noll, die Voraussicht der Tat bei v. Almendingen und Löffler, stellen zwar eine psychische Verbindung des Täters zur Tat her, jedoch wird diese gerade nicht mit den hier herausgearbeiteten der Prävention entgegen gesetzten Anforderungen des Schuldprinzips begründet.

⁴¹³ Müller - Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, S. 47, spricht vom „formallogischen“ Schuld-begriff.

⁴¹⁴ Vgl. die Argumentation gegen eine objektive Wertelehre i. R. der Ablehnung einer naturrechtlichen Begründung des Schuldprinzips unter aa) (1.1).

⁴¹⁵ Vgl. Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, S. 586.

Zurechnung wäre ein „naturalistischer Fehlschluss“ vom Sein auf die Anwendung eines Maßstabs, auf eine Wertung, d. h. etwas Normatives.⁴¹⁶ Auch bedeutet das Schuldurteil einen rechtlichen Vorwurf, ein Unwerturteil gegenüber dem Täter für seine Tat.⁴¹⁷

Das Zurechnungskriterium selbst wiederum besteht jedenfalls nicht allein in einer psychischen Verbindung des Täters zur Tat, sondern der Täter muss z. B. unter Umständen gehandelt haben, die einem bestimmten Maßstab entsprechen, nach welchem dem Täter rechtmäßiges Verhalten zugemutet wurde. Das Kriterium enthält daher auch normative Momente. Dies verdeutlicht Frank durch seinen normativen Schuldbegriff.

Doch darf der Schuldbegriff auch nicht als rein normativ bestimmt werden. Die Beschreibung von Schuld als „Vorwerfbarkeit“ ist vielfach kritisiert worden. Es wird dagegen eingewandt, dem entsprechenden Schuldverständnis fehle es bereits an einer Begründung für den Vorwurf.⁴¹⁸

Der Ausdruck „Vorwerfbarkeit“ bedeutet wörtlich das substantivierte, einem Gegenstand beigelegte *Wertprädikat*, vorwerfbar zu sein. Betrachtet man das Schuldurteil wiederum als Sprechakt, so kann ihm aus der Perspektive des Sprechers, des Richters, eine expressive, aus der Perspektive des Hörers, des Täters, eine evokative Bedeutung beigemessen werden. Die expressive Bedeutung des Urteils findet sich im Ausdruck von Empörung seitens des Richters, in der gegenüber dem Täter geäußerten Missbilligung, dem Vorwurf: „Du hast Schuld.“, „Du bist schuldig.“. Ein Sprechakt hat allerdings auch eine deskriptive Bedeutungskomponente, die sich hier so ausdrücken lässt: „Der Richter fällt ein Schuldurteil über den Angeklagten. Er wirft ihm die Tat, das rechtswidrige Handeln, vor.“⁴¹⁹ Die Substantivierung „Vorwerfbarkeit“ unterschlägt in der Tat die deskriptive Bedeutungskomponente des Schuldurteils. Und man erfährt erst recht nicht, *warum* der Richter den Schuldvorwurf erhebt.⁴²⁰

Wenn „Vorwerfbarkeit“ allerdings, wie bei Frank, nicht isoliert die Schuld ausdrücken soll und nur zur Charakterisierung der Schuld Elemente dient, so lässt sich zwar einwenden, dass nur die *rechtswidrige Tat* dem Täter vorgeworfen wird und das Prädikat „vorwerfbar“ dann nur der dem Täter vorzuwerfenden Tat

⁴¹⁶ Vgl. Schünemann in: ders., Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, S. 24- 26, m.w.N. Besonders auch Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 5, der klar zwischen der Sphäre des Sollens und derjenigen des Seins trennt.

⁴¹⁷ Vgl. unter aa) (3).

⁴¹⁸ Sch./ Sch. - Lencker/ Eisele, Vorbem. §§ 13 ff., Rn 114. Grasnack, Über Schuld, Sprache und Strafe, 1987, S. 68 ff. m.w.N., Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 176- 182, der ein „Substrat“ fordert und dies hauptsächlich mit einem ontologischen „Wesen“ der Schuld begründet.

⁴¹⁹ Vgl. Stegmüller, Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie, Band II, 1979, S. 64 - 85.

⁴²⁰ Vgl. Burkhardt in: GA 1976, S. 334.

selbst, nicht aber den Kriterien für den Vorwurf, beigelegt werden kann. Doch es wird eine Begründung für den Vorwurf angegeben.

Selbst die „rein“ normativen Schuldbegriffe, die Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht zur Schuld zählen, und Schuld als „Vorwerfbarkeit“ beschreiben, wären nur dann dem logisch - konstruktiven Einwand ausgesetzt, ihnen fehle es an einem „inneren Grund“⁴²¹, wenn sie nicht ebenso wie Frank über den Unrechtstatbestand hinausgehende Kriterien für das Schuldurteil voraussetzen würden. Wenn „Vorwerfbarkeit“, wie Welzel verstanden werden kann, ihrerseits von bestimmten eigenständigen Voraussetzungen wie der Zurechnungsfähigkeit des Täters abhängig gemacht wird, bleibt eine Grundlage für das Schuldurteil erhalten.

Kritisiert werden kann allerdings, dass die Bezeichnung „Vorwerfbarkeit“ für Schuld den Schuldbegriff *nicht vollständig* wiedergibt und daher missverständlich verwendet wird. Darüber hinaus ist die *Art* des dem Vorwurf zugrunde gelegten Kriteriums angreifbar, soweit keine *psychische Beziehung des Täters zur Tat* gefordert wird.

(1.2) „Komplexer“ Schuldbegriff

Man wird einen akzeptablen Schuldbegriff nach alledem *einerseits* als einen eigenständigen Schuldsachverhalt verstehen. *Andererseits* besteht er in der Bewertung von Tatsachen aus diesem Sachverhalt und in einem Schuldurteil gegenüber dem Täter mit der Bedeutung eines rechtlichen Vorwurfs.⁴²² Das Schuldurteil, das dem Täter gegenüber wegen seiner rechtswidrigen Tat ausgesprochen wird, gründet sich also auf empirische und normative Voraussetzungen.⁴²³ Ein solcher Schuldbegriff kann als „komplexer“ Schuldbegriff bezeichnet werden.

Dass wie in der Lehre vom normativen Schulselement einem psychischen Sachverhalt ein selbständiges normatives Element beigeordnet werden soll, welches den Schuldbegriff allein normativ mache, leuchtet demgegenüber nicht ein.

⁴²¹ Burkhardt, a.a.O.

⁴²² Es ist deswegen missverständlich, wenn Mezger das normative Moment allein in der Bewertung des Schuldsachverhalts sieht.

⁴²³ Entgegen Binding wird dem Täter nicht erst „wegen seiner Schuld“ ein Vorwurf gemacht. Es sei darauf hingewiesen, dass Vertreter des „komplexen“ Schuldbegriffs Tatsachen und Wertungen im Schuldbegriff oft nicht auseinanderhalten, d. h. eine klare Trennung zwischen Sein und Sollen nicht treffen. Man nehme nur die Bezeichnung „subjektive normative Beziehung“ zur Tat bei Mittermaier. (Unter a) aa) (2.3.1) in Fn 102.) Teils werden normative und empirische Schulselemente als „Schuldsachverhalt“ bezeichnet. (Vgl. Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 180 Fn 305; S. 182, der von einem objektiven Wertbegriff und wohl von einer Art „Nukleustheorie“ ausgeht und meint, „materiell“ betrachtet, sei „die Trennung des Normativen von dem Gegenstand, in dem es west, nicht durchzuführen.“) Der Trennung zwischen Sein und Sollen widerspricht es auch gerade in Mezgers Lehre, dass sich ein psychischer Sachverhalt durch seine Bewertung *wandeln* und zu Schuld, d. h. normativ, *werden* soll. (Zur Kritik an Mezger Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, S. 585 f.) Für Unklarheit sorgt zudem, dass sich der Begriff des Bewertens in einigen Lehren nicht nachvollziehen lässt: Wie kann „Vorwerfbarkeit“ als Wertung selbst (vgl. Weber/ Mitsch unter a) aa) (2.3.1) in Fn 102) verstanden werden?

Denn auch das Schuldurteil selbst ist ein normatives Moment. Zudem ist es widersprüchlich, das normative Schulselement *neben* den psychischen Sachverhalt zu stellen, diesen aber gleichzeitig dadurch als pflichtwidrig zu kennzeichnen. Denn die Pflichtnormverletzung als normatives Schulselement soll ja gerade ein selbständiges Element und nicht Wertattribut des psychischen Sachverhalts sein. Überdies wäre zweifelhaft, ob der Wille als pflichtwidrig angesehen werden könnte, weil dem Täter ein Motivationsfehler unterlaufen ist, und nicht, weil er etwas Pflichtwidriges will. Bezeichnenderweise ist die Lehre vom normativen Schulselement durch die Angleichung der Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit aneinander motiviert, so dass gemeinsames Kriterium für Schuld eigentlich das normative Element ist.⁴²⁴

Im Folgenden werden die psychische Verbindung des Täters zur Tat oder die stattdessen verwendeten Voraussetzungen für das Fällen des Schuldurteils als „Schuldkriterium“ bezeichnet, das entscheidend für die Überprüfung der Fahrlässigkeitslehren ist. Soweit zwischen zur Subsumtion zur Verfügung gestellten Schulselementen und deren abstrakter gefasster Grundlage unterschieden wird⁴²⁵, soll die letztere als Schuldkriterium gelten, weil sie sachlich aussagekräftiger ist.⁴²⁶

(2) Fehlen eines psychischen Sachverhalts?

(2.1) Normativismen, Negationen und Potentialitäten

Durch einige der vertretenen Schuldkriterien wird offensichtlich kein psychischer Sachverhalt formuliert. Es lassen sich drei Gruppen solcher Schuldkriterien bilden. Erstens stellen einige Kriterien lediglich auf das Wertprädikat ab, das sie einem psychischen Sachverhalt beilegen. Sie formulieren einen reinen *Normativismus*.⁴²⁷ Zweitens genügt es einigen Autoren, lediglich die *Negation* eines psychischen Sachverhalts zu nennen.⁴²⁸ Drittens wird in wiederum anderen Lehren nur eine *Potentialität* herangezogen, die Möglichkeit eines psychischen

⁴²⁴ Dazu vgl. näher im Rahmen der Fahrlässigkeit unter III. 4. a) ii) und b) hh).

⁴²⁵ Vgl. z. B. Welzel, der das „Dafürkönnen“ des Täters auf das Ausbleiben des normgemäßen Willens des Täters gründet. Die Unterscheidung zwischen „formellem“ und „materiellem“ Schuldbegriff (vgl. Müller - Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, S. 45 f.) wird in dieser Arbeit bewusst außer Acht gelassen, um Verwirrungen zu vermeiden.

⁴²⁶ Vgl. Müller - Dietz, a.a.O., S. 58.

⁴²⁷ Vgl. z. B. die Zumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens bei Kohlrausch, die Fehlerhaftigkeit der Einstellung des Täters bei Jescheck, Jakobs, v. Liszt und Exner, die Mangelhaftigkeit des Einsatzes der Widerstandskraft bei Maurach/ Zipf, den Defekt der Täterpsyche in den symptomatischen Lehren.

⁴²⁸ Beispielhaft für eine bloße Negation eines psychischen Tatbestandes steht der „negativ – böse Wille“ als Nichtgebrauch des Willens bei Klein. Die Unterlassung des Willens zu rechtmäßigem Verhalten verwendet auch Welzel, für den der Wille zum Unrecht ohnehin unfrei ist. Zudem ist auf die Unterlassungen der Selbsterziehung bei v. Bar zu verweisen. Auch bei einigen Vertretern der „Gesinnungsschuld“ werden die Schuldkriterien negativ gefasst: So formuliert Exner, dass der Täter das verletzte Rechtsgut *nicht* wertschätzen dürfe, und Engisch sowie der Symptomatiker Kollmann sprechen von einem „Mangel des Interesses“.

Sachverhalts.⁴²⁹ Diese Formulierungen scheinen den Anforderungen des Schuldprinzips zu widersprechen. Es ist allerdings die Einschränkung zu machen, dass jedenfalls Normativismen und Negationen eine Kennzeichnung oder negative Beschreibung einer psychischen Verfassung bedeuten können und insofern ein auf bestimmte Weise beschriebener psychischer Sachverhalt als Schuldkriterium gemeint sein mag.

Eine eingehendere Analyse der betreffenden Schuldkriterien unter dem Aspekt der psychischen Beziehung des Täters zur Tat folgt im Rahmen der Fahrlässigkeitsschuld.⁴³⁰

(2.2) Zu Kelsens Position

Auch nach Kelsens Zurechnungslehre ist Schuldkriterium allein die Normwidrigkeit des Täterverhaltens, also lediglich ein Normativismus. Die positivistische Sichtweise, dass ein Verhalten schuldhaft sei, wenn es nur der strafrechtlichen Norm widerspreche, es also für die Schuld allein darauf ankommt, was der Gesetzgeber unter Strafe stellt, gewährleistet per se nicht, dass den Anforderungen des Schuldprinzips genügt wird. Um Vereinbarkeit herzustellen, müssten ausschließlich Vorgänge unter Strafe stehen, die hinreichende psychische Beziehungen des Täters zur Tat erfassen. Kelsens logischer Positivismus der „Reinen Rechtslehre“, der die Rechtsnormen dadurch miteinander verbindet, dass eine Norm das Verfahren für das Zustandekommen der anderen und teilweise auch deren Inhalt regelt,⁴³¹ überlässt die Verantwortung für die Einhaltung verfassungsrechtlicher Garantien wie des Schuldprinzips zunächst dem Gesetzgeber und nicht der Dogmatik.⁴³² Diese Lehre verweigert sich also der Entwicklung eines eigenständigen dogmatischen Schuldbegriffs aus den Maßgaben des Schuldprinzips. An Kelsens Auffassung zur Schuld mag der formallogische Ansatz als solcher kritisiert werden. Allerdings bleibt auch in Kelsens System die Verfassungswidrigkeit der geltenden Strafgesetze, wenn sie dem als Verfassungsrecht geltenden Schuldprinzip widersprechen.

⁴²⁹ Z. B. die *Möglichkeit* einer psychischen Verbindung des Täters zur Tat bei Frank, die generelle Vorhersehbarkeit der Tat bei Hold v. Ferneck, die „normative Ansprechbarkeit“ bei Roxin.

⁴³⁰ Vgl. unter III. 4. a) und b).

⁴³¹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 228 ff.

⁴³² Kelsen in: ARSP 43 (1957), S. 164.

cc) Das Problem der Erkenntnis von Psychischem

Einzugehen ist nun näher auf die *Art* des psychischen Sachverhalts, der psychischen Beziehung, die zwischen Täter und Tat bestehen soll. Will man rechtliche Schuld an psychische Voraussetzungen knüpfen, sollte man sich jedoch zuvor dessen bewusst sein, dass diese gleichermaßen wie physische Voraussetzungen im rechtlichen Verfahren „festgestellt“ werden sollen. Hier drängt sich die erkenntnistheoretische Frage auf: Kann Mentales eigentlich erkannt werden? Und weiter: Was folgt aus der Antwort auf diese Frage für die Jusitiabilität von Schuld?

Das aufgeworfene Problem ist eng verknüpft mit der ontologischen Frage nach der Natur des Mentalen: Soll es in eigenständigen Vorgängen bestehen, die sich im „Innern“ eines Menschen abspielen, fragt sich, ob überhaupt eine so genannte „Privatsprache“ existiert, die einem Menschen dazu dient, über diese Vorgänge zu sprechen, die sich gerade nicht für jedermann beobachtbar ereignen.⁴³³ Ist also eine „Introspektion“ möglich? Wittgenstein hat dies aus Mangel an einem Kriterium für die Richtigkeit von Aussagen verneint. Eine Privatsprache sei aus diesem Grund sinnlos.⁴³⁴ Er fordert, dass es für die richtige Anwendung mentaler Ausdrücke öffentlich zugängliche Kriterien wie beobachtbare physische Anzeichen und das Verhalten von Personen geben müsse, eine „öffentliche“ Sprache.⁴³⁵

In der Sprachphilosophie, dem semantischen Physikalismus beispielsweise, werden mentale Zustände⁴³⁶ nicht als eigenständige private Vorgänge betrachtet, sondern als Dispositionen von Personen, sich unter bestimmten Umständen auf bestimmte Weise zu verhalten, die durch beobachtbares Verhalten definiert werden sollen. Allerdings gelingt es nicht, psychische Dispositionen ohne Rückgriff auf andere mentale Prädikate zu beschreiben; eine zirkelfreie Definition mentaler Ausdrücke in physikalischer Sprache ist unmöglich.⁴³⁷

Die Schwierigkeiten, die dabei auftreten, einen mentalen Zustand, hier den des „Möchtens“ oder „Wünschens“, durch physische Kriterien zu *definieren*, veranschaulicht Beckermann:

(Def. 1) „X möchte genau dann ein Bier trinken, wenn gilt:

⁴³³ Zur Problematik der Privatsprache vgl. Grasnick, Über Schuld, Strafe und Sprache, 1987, S. 90 mit Fn 8 m. w. N.

⁴³⁴ Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, Werke Band I, § 258.

⁴³⁵ Wittgenstein, a.a.O., § 580.

⁴³⁶ Einen Geist zu besitzen, bedeutet nach dem analytischen Ansatz der Philosophie formuliert, „bestimmte Fähigkeiten und Eigenschaften zu haben“. In diesem Sinne wird von mentalen Eigenschaften oder Zuständen gesprochen. (Beckermann, Analytische Einführung in die Philosophie des Geistes, 2001, S. 5.)

⁴³⁷ Vgl. Beckermann, a.a.O., S. 85; 90.

Wenn x zu Hause ist und sich ein Bier im Kühlschrank befindet, holt x sich das Bier aus dem Kühlschrank,
 und wenn x in der Kneipe ist, bestellt x sich ein Bier,
 und wenn man x ein Bier anbietet, nimmt x es sofort an, usw.“⁴³⁸

Genauer muss es heißen:

(Def. 1 a) „X möchte genau dann ein Bier trinken, wenn gilt:

Wenn x zu Hause ist und sich ein Bier im Kühlschrank befindet, holt x sich das Bier aus dem Kühlschrank, *falls x glaubt, dass sich im Kühlschrank ein Bier befindet*,

und wenn x in der Kneipe ist, bestellt x sich ein Bier, *falls x keinen wichtigeren Wunsch hat, der damit unvereinbar ist*,

und wenn man x ein Bier anbietet, nimmt x es sofort an, *falls x keinen Grund hat, das Bier abzulehnen*, usw.“⁴³⁹

Die hier ergänzten mentalen Prädikate lassen sich nicht allein physikalischer Sprache definieren und auch nicht, ohne dass die Definition zirkulär wird:

(Def. 2) „X glaubt (eigene Markierung) genau dann, dass sich im Kühlschrank ein Bier befindet, wenn gilt:

wenn x zu Hause und ein Bier im Kühlschrank ist, holt sich x dieses Bier aus dem Kühlschrank.“ Und da sich nicht jeder ein Bier aus dem Kühlschrank holt, der glaubt, dass da eines sei, muss hinzugefügt werden:

(Def. 2 a) „X glaubt genau dann, dass sich im Kühlschrank ein Bier befindet, wenn gilt:

wenn x zu Hause und ein Bier im Kühlschrank ist, holt er sich das Bier aus dem Kühlschrank, *falls er ein Bier möchte*.“

Der Definiens von (Def. 2 a) jedoch enthält den in (Def. 1) zu definierenden mentalen Ausdruck.⁴⁴⁰

Mentale Prädikate werden deshalb auch als „quasi- theoretische Begriffe“ betrachtet, die nur mittelbar durch beobachtbare Verhaltensweisen gedeutet werden können.⁴⁴¹

Einigkeit besteht immerhin darüber, dass überhaupt von „mental Zuständen“ die Rede sein kann, und dass bestimmte physische Ereignisse auf bestimmte mentale Zustände hindeuten oder Kriterien für das Sprechen von mentalen Zuständen sind. Das ontologische Problem, ob ich, wenn ich nach mentalen Zuständen frage, nach eigenständigen mentalen Existenzen, nach physischen Zu-

⁴³⁸ Beckermann, a.a.O., S. 86.

⁴³⁹ Beckermann, a.a.O., S. 88.

⁴⁴⁰ Beckermann, a.a.O., S. 89 f.

⁴⁴¹ Vgl. auch Stegmüller unter dd) (1.3.1).

ständen, nach Eigenschaften von physischen Zuständen oder nach Verhaltensdispositionen frage, kann in diesem Zusammenhang offen bleiben.

Der Ansatz, die gerichtliche Ermittlung von mentalen Zuständen so weit wie möglich auf öffentlich zugängliche Kriterien zu stützen, erscheint schon zugunsten größtmöglicher Objektivität eines strafgerichtlichen Urteils angebracht. Von einem *Beweis* des Mentalen als einer „inneren Tatsache“ wird man hierbei angesichts der aufgezeigten theoretischen Probleme jedoch nicht ausgehen dürfen. Nicht im Einzelnen nachvollzogen werden kann in diesem Rahmen der Ansatz Grasnicks, der den die Schuld ausmachenden mentalen Zustand unter Heranziehung von philosophischen Gedankengängen Wittgensteins, Heideggers, Schapps und Poppers begreift als Teil der durch die übrigen Prozessbeteiligten vernommenen „Geschichte“, die der Angeklagte erzählt und die im Ganzen nicht verifiziert, sondern interpretiert, jeweils auf bestimmte Weise verstanden und aufgrund eines Konsenses zwischen den Prozessbeteiligten in einer bestimmten Version akzeptiert wird.⁴⁴² Dieser Ansatz ähnelt demjenigen v. Wrights, der psychische *Gründe* für Handlungen ebenfalls durch ein *Verstehen* von Handlungen findet, was sich von der Feststellung von Tatsachen im Humeschen Sinne grundlegend unterscheidet. Es kommt für das Verstehen darauf an, die Handlung und ihren Kontext zu betrachten, d. h. sowohl die Erklärungen des Handelnden über seine Motive als auch das beobachtbare Verhalten des Handelnden im Allgemeinen. Aufgrund bestimmter Kriterien, die unserer Redeweise über einen mentalen Grund entsprechen und die an diese Informationen angelegt werden, kann dem Handelnden ein mentaler Grund für sein Handeln zugeschrieben werden. Dies bedeutet eben nicht, einen mentalen Zustand als empirisches Ereignis festzustellen.⁴⁴³

Man wird sich als Konsequenz jedenfalls vorsichtig auf eine *Redeweise* von mentalen Zuständen *nach gewissen Kriterien* verlegen müssen, über die ein möglichst großer Konsens besteht, und da dies im Allgemeinen gilt, kann es auch vor Gericht als Voraussetzung zum Fällen eines Schuldurteils nicht im strengen Sinne auf Beweis und Feststellung von Psychischem ankommen.

Dieses zum Problem der Erkenntnis von Psychischem Gesagte soll für das Folgende im Blick behalten werden, weshalb auch anstatt von „psychischem Sachverhalt“ - diese Bezeichnung suggeriert einen dem Beweis zugänglichen Sachverhalt - von „psychischem Zustand“ die Rede sein wird.

⁴⁴² Grasnick, Über Schuld, Sprache und Strafe, S. 73 ff.; 265 - 278.

⁴⁴³ Von Wright in: ders., Normen, Werte und Handlungen, 1994, S. 142 ff.

dd) Die Art des für die Schuld erforderlichen psychischen Zustandes

Welcher psychische Zustand die für Schuld notwendige und hinreichende Verbindung zwischen Täter und Tat herstellen kann, bleibt in diesem Abschnitt zu klären. Auf welche Art muss der Täter die Tat, also bei Erfolgsdelikten auch den Erfolg, psychisch antizipiert haben? Genügt es, dass er um die Tat weiß; muss er sie wollen oder sonst in bestimmter emotionaler Beziehung zu ihr stehen? Im Folgenden wird auf die psychischen Zustände eingegangen, welche den Schuld-kriterien der oben dargestellten Schuldlehren zu entnehmen sind.

(1) Der Wille

Das Schuldkriterium „Wille“ verwenden viele Lehren, und es nimmt einigen Einfluss auf die Auffassungen zur Schuld der Fahrlässigkeit.

Doch was bezeichnet eigentlich der Begriff „Wille“? In der juristischen Literatur zur Schuld besteht darüber alles andere als Klarheit, betrachtet man nur Kleins „Willensvermögen“, Bindings „unbewussten Willen“ und Kelsens juristischen Willen. Ist der Wille, nicht nur für einige Juristen, sondern im Allgemeinen, lediglich als ein Zurechnungskonstrukt aufzufassen, das gar keinen psychischen Zustand meint? Um Klarheit darüber zu schaffen, unter welchen Bedingungen es überhaupt nur einleuchten kann, von einem „Willen“ als einem (zumindest auch) *psychischen Zustand* zu sprechen, soll der Willensbegriff unter (1.1) bis (1.3) aus philosophischer Sicht betrachtet werden, und es wird sich zeigen, inwieweit der juristische Gebrauch des Willensbegriffs mit den so herausgestellten Kriterien für den Willen übereinstimmt (unter 1.4). Erst im Anschluss daran wird der Wille, verstanden als auch psychischer Zustand, als Schuldkriterium betrachtet (unter 1.5).

Es gibt eine Vielzahl philosophischer Positionen. Die folgenden Ausführungen beziehen sich nur auf die analytische Philosophie, und selbst hier werden nur ganz klassische Positionen herausgestellt. Sie spiegeln die soeben angerissenen ontologischen und erkenntnistheoretischen Fragestellungen wider. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass in die folgenden Erörterungen zum Willensbegriff der Begriff „Handlung“ nicht notwendig im strafrechtlichen Sinne verwendet wird.

(1.1) Waismanns Analyse

Waismann untersucht das Phänomen des Willens, ohne dabei die Frage nach der Natur des Mentalen zu thematisieren. Er gibt Kriterien an, unter denen wir gemeinhin davon sprechen, das Erlebnis zu haben, etwas zu wollen.⁴⁴⁴ Waismann beschreibt den Willen nicht als ein Wahlinstrument, sondern als einen qualifi-

⁴⁴⁴ Waismann, Wille und Motiv, Zwei Abhandlungen über Ethik und Handlungstheorie, 1983, S. 100.

zierter Wunsch. Anstatt von „Wille“ lässt sich deswegen auch von „Wollen“ sprechen. Der Wille sei in Abgrenzung zum Wunsch, so drückt es Waismann verkürzt aus, „*die Tat*“: „Erst wenn ich die (gewünschte, eigene Einfügung) Bewegung wirklich ausführe, habe ich gewollt.“⁴⁴⁵ Dies gelte jedoch nicht uneingeschränkt. Die Tat sei weder notwendige noch hinreichende Bedingung des Wollens. Sie sei keine notwendige Bedingung, weil anstelle der Tat auch ein Denkvorgang oder Konzentration vom Wünschen abgrenzen könne, wenn sich z. B. jemand ein Bild ins Gedächtnis zurückrufen wolle oder jemand eine Handlung unterlassen wolle. Die Tat stelle keine hinreichende Bedingung für das Wollen dar, weil gleichsam automatisch erfolgende Handlungen nicht als gewollt bezeichnet werden könnten.⁴⁴⁶ Denn die Tat bzw. der mentale Vorgang beschreiben nach Waismann genau dann ein Wollen, wenn sie auf die *Überwindung eines Widerstandes* gerichtet sind, der dem Erreichen des gesetzten Ziels aus der Perspektive des Wollenden entgegensteht.⁴⁴⁷ Dieser Widerstand, eine „Stauung im glatten Ablauf“⁴⁴⁸, könne in einer äußeren Hemmung⁴⁴⁹ oder auch in einem Konflikt zwischen Vorstellungen, einer inneren Hemmung⁴⁵⁰, bestehen. Er müsse dem Betreffenden als durch seine eigene Leistung überwindbar erscheinen.⁴⁵¹ Die zur Überwindung des Widerstandes eingesetzten Mittel, die nach eben Gesagtem sowohl in mentalen Prozessen als auch in Handlungen bestehen können, müssten aber auch objektiv geeignet erscheinen, um den Widerstand zu überwinden, so dass ein gewisses Maß an Aktivität erforderlich sei, das in *glaubwürdiger* Weise auf die Überwindung des Widerstandes abziele.⁴⁵²

Waismann meint zwar, der Entschluss und das daraufhin überlegte Angehen grenzten den Willen vom Affekt ab.⁴⁵³ Gleichzeitig zieht er aber in Fällen des unüberlegten Agierens eine Grenze zwischen Wollen und Nichtwollen, die fließend zu sein scheint. Ob etwas wirklich jemandes Willen entsprang, macht Waismann in diesen Grenzfällen auch davon abhängig, ob das Tun Ausdruck seines „Wesens“ sei. Dies erfordere, dass sich der Handelnde später zu seiner Tat „bekenne“.⁴⁵⁴ Das eigene Willenserlebnis gebe nicht immer verlässlich Auskunft darüber, ob die Handlung auf gerade den eigenen Willen zurückgeführt werden könne, so dass das beobachtbare Verhalten des Handelnden hinzugezogen wird. Nur wenn sich die fragliche Handlung in sein übriges Verhalten fügt,

⁴⁴⁵ Waismann, a.a.O., S. 12.

⁴⁴⁶ Waismann, a.a.O., S. 40.

⁴⁴⁷ Waismann, a.a.O., S. 13.

⁴⁴⁸ Waismann, a.a.O., S. 13.

⁴⁴⁹ Waismann, a.a.O., S. 15.

⁴⁵⁰ Waismann, a.a.O., S. 13 f.

⁴⁵¹ Waismann, a.a.O., S. 18; 47.

⁴⁵² Waismann, a.a.O., S. 20 ff.

⁴⁵³ Waismann, a.a.O., S. 54; 58; 63.

⁴⁵⁴ Waismann, a.a.O., S. 65.

wird sie der Persönlichkeit zugeschrieben und gilt die Handlung als gewollt. Waismann beruft sich hier auf „Gründe, die weit über das hinausgehen, was ich unmittelbar erlebe in dem Augenblick, da ich jene Handlung ausführte, oder was ich kurz danach erinnere“.⁴⁵⁵ Hier verliert der Willensbegriff an Kontur, und die Introspektion als Mittel zur Erfassung des psychischen Zustandes „Wille“ stößt auch bei Waismann an Grenzen. Dass zumindest momentane Selbstbeobachtung keine Gewähr dafür bieten soll, zu erkennen, was man gerade will, zeigt Waismanns „unbewusstes Wollen“. Das bisher beschreibende Wollen erfordert ein Bewusstsein dessen, dass man sich und wofür man sich anstrengt.⁴⁵⁶ Mit dem unbewussten Willen meint Waismann einen „geheimen Gegenwillen“, bei dem einerseits sämtliche Voraussetzungen des Wollens eines bestimmten Ereignisses erfüllt sind, andererseits aber eine „Gegenströmung“ wahrnehmbar sei, die sich in verschiedenen Symptomen äußere wie in „unerklärlichen Hemmungen, in Fehlleistungen, Vergessen, Ungeschicklichkeit etc“. Waismann beschreibt das Phänomen folgendermaßen: „Von außen betrachtet, verhalte ich mich so, „als ob ich gar nicht wolle“. „Mein Selbstbewusstsein sagt „ich will“, meine Handlungen sagen „ich will nicht“.“⁴⁵⁷

In diesem Zusammenhang verweist Waismann darauf, dass auch der Wille im juristischen und moralischen Sinne etwas anderes bedeute als das bewusste Willenserlebnis: Die Juristen gebrauchten einen normativen Willensbegriff. Werde im juristischen Sinne von einem „Willen“ gesprochen, sei nur gemeint, dass es jemandem „freistand, zu wählen, ja oder nein zu sagen- nicht, dass sich tatsächlich eine solche Entscheidung in ihm vollzogen hat“. Auch wenn psychologisch kein Wille vorliege, werde oft trotzdem das Tun einer Person ihrem Willen angerechnet. Sie sei haftbar, für das, was sie tue.⁴⁵⁸

Das bewusste Wollen einer rechtswidrigen Tat setzt also nach Waismann voraus, dass der Täter mit der Ausführung schon begonnen hat. Die Konstellation des unbewussten auf die Tat bezogenen Gegenwillens würde hingegen bedeuten, dass der Täter den rechtswidrigen Erfolg zwar bewusst vermeiden will, aber gleichzeitig infolge eines seelischen Widerstandes so handelt, als wolle er dies doch nicht, sondern gerade den rechtswidrigen Erfolg.

Der hier gemeinte „unbewusste Wille“ bedeutet also etwas ganz anderes als Bindings Variante, die auf jede Verursachung eines rechtswidrigen Erfolges zutrifft. Waismann hält es allerdings nicht schon dann für berechtigt, von einem

⁴⁵⁵ Waismann, a.a.O., S. 70 f.

⁴⁵⁶ Vgl. auch Waismann, a.a.O., S. 39: „Ich weiß, was ich will.“

⁴⁵⁷ Waismann, a.a.O., S. 79.

⁴⁵⁸ Waismann, a.a.O., S. 64.

„unbewussten Willen“ zu sprechen, wenn das Gegenverhalten vorliegt, sondern nur, wenn ein wirklicher seelischer Widerstand, eine verdrängte Willensregung, durch Psychoanalyse ermittelt werden kann.⁴⁵⁹ Im Einzelfall mag dann zwar von einem unbewussten Gegenwillen zum rechtswidrigen Erfolg die Rede sein; seine Ermittlung vor Gericht jedoch ist wohl nahezu unmöglich.

Wenngleich Waismann seinen Willensbegriff u. a. auf beobachtbares Verhalten stützt, unterliegt er im Kern doch den oben aufgezeigten Schwierigkeiten einer Introspektion, weil eine psychologische Perspektive eingenommen wird. Wie bereits erwähnt, ziehen gerade Anhänger des Semantischen Physikalismus die Konsequenz, mentale Zustände, d. h. auch den Willen, als Verhaltensdisposition aufzufassen.⁴⁶⁰ Diese Position wird im Folgenden dargelegt werden.

(1.2) Folgerungen der Behavioristen aus dem Leib - Seele - Problem:

Ryles Position

Der Begriff des Willens ist verbunden mit der zur Frage der Erkenntnis von Psychischem schon angedeuteten ontologischen Fragestellung aus der Philosophie des Geistes: „Was ist die Natur des Mentalen?“. Ihren Kern bildet das klassische „*Leib - Seele - Problem*“, das wiederum die Frage aufwirft: „Wie verhält sich das Mentale zum Physischen?“⁴⁶¹ Die Suche nach der Natur des Mentalen führt genauer auf die Probleme, erstens, welche Art von Dingen („Substanzen“) die Träger mentaler Eigenschaften oder Zustände⁴⁶² seien, und zweitens, was die Natur mentaler Eigenschaften selbst sei. Der so genannte „Substanz- Dualismus“ oder „ontologische Dualismus“ geht davon aus, dass es immaterielle Substanzen gibt, welche die Träger mentaler Eigenschaften sind. Der einflussreiche ontologische Dualismus von Descartes⁴⁶³ drückt sich auch in der Theorie vom „*Willensakt*“ aus. Der Willensakt wird beschrieben als ein metaphysischer Prozess analog der physischen Handlung, eine mentale „Tätigkeit“, die in der Psyche des Wollenden stattfinden und die physische Handlung verursachen soll.⁴⁶⁴ Diese Vorstellung ist als allgemeines Verständnis vom Willen äußerst verbreitet. Die Argumente gegen die Theorie vom Willensakt setzen an einen durch Bieri veranschaulichten Konflikt zwischen folgenden drei Sätzen an, die der ontologischen Dualismus für sich beansprucht: „(1) Mentale Phänomene sind nicht -

⁴⁵⁹ Waismann, a.a.O., S. 81 f.

⁴⁶⁰ Vgl. unter cc).

⁴⁶¹ Beckermann, Analytische Einführung in die Philosophie des Geistes, S. 1 ff.

⁴⁶² Beckermann (a.a.O., S. 8, Fn 10) verwendet beide Ausdrücke synonym.

⁴⁶³ Bieri in: ders., Analytische Philosophie des Geistes, 1993, S. 4

⁴⁶⁴ Schöpf in: Krings, Baumgarten, Wilder, Handbuch der philosophischen Grundbegriffe, Band 6, 1974, S. 1703. In die Theorie vom „Willensakt“ fügt sich auch die Idee von der Freiheit des Willens: Der Willensakt wird hier durch eine freie Instanz ausgelöst.

physische Phänomene. (2) Mentale Phänomene sind im Bereich physischer Phänomene kausal wirksam. (3) Der Bereich physischer Phänomene ist kausal geschlossen.“ Zwei dieser Sätze schließen jeweils die Wahrheit des dritten aus: “Wenn mentale Phänomene nicht- physische Phänomene sind und wenn es mentale Verursachung gibt, dann kann der Bereich physischer Phänomene nicht kausal geschlossen sein. Wenn er jedoch kausal geschlossen ist und wenn mentale Phänomene nicht- physische Phänomene sind, dann kann es allem Anschein zum Trotz keine mentale Verursachung geben. Und wenn es sie trotz der kausalen Geschlossenheit der physischen Welt gibt, dann kann es nicht sein, dass mentale Probleme nicht- physische Probleme sind.”⁴⁶⁵ Der Konflikt lässt sich nur auflösen, wenn einer der drei Sätze aufgegeben wird.

Eine grundlegende Kritik am ontologischen Dualismus und an der damit verbundenen Theorie vom Willensakt übt G. Ryle in seiner 1949 erschienenen Abhandlung “The Concept of Mind”⁴⁶⁶. Ryle analysiert mit Hilfe des sprachphilosophischen Ansatzes des “semantischen Physikalismus”⁴⁶⁷ die Sprache über mentale Phänomene, genauer die Verwendungsregeln mentalistischer Begriffe.⁴⁶⁸ Seine Untersuchung unterliegt zwei wesentlichen Prämissen: Erstens wird vorausgesetzt, dass Erkenntnisgegenstände nur Sätze über Phänomene seien, nicht die Phänomene “selbst”. Es wird nicht wie in der traditionellen Philosophie der Anspruch erhoben, das *Wesen* mentaler Phänomene a priori zu erkennen. Zweitens arbeitet Ryle mit einer verschärften Version des “Verifikationismus”, der besagt, dass Sätze nur durch Beobachtung verifizierbar seien. Ein dem jeweiligen mentalistischen Begriff zugrunde gelegtes menschliches Verhalten wird als “logisch hinreichendes Kriterium” für das Sprechen über den entsprechenden mentalen Zustand bezeichnet.⁴⁶⁹

Den Grund für den oben genannten Konflikt des Substanz – Dualismus generell und innerhalb der Theorie vom Willensakt sieht Ryle in einer „Kategorienverwechslung“. Die Verwechslung bedeute, dass die Tatsachen des Geisteslebens so dargestellt werden würden, “als gehörten sie zu einem bestimmten logischen Typ oder einer Kategorie (...), während sie in Wirklichkeit zu einer anderen gehören”.⁴⁷⁰ Zwei Ausdrücke gehörten zu derselben Kategorie, wenn sie in denselben Kontexten sinnvoll verwendet werden könnten. Es sei falsch, Ausdrücke über Mentales wie den Begriff „Willensakt“ auf verborgene Ereignisse im Geist eines Menschen zu beziehen, die ebenso wie physische Ereignisse äußeres Ver-

⁴⁶⁵ Bieri, a.a.O., S. 5 f.

⁴⁶⁶ Zitiert wird aus der deutschen Übersetzung “Der Begriff des Geistes”, Ausgabe Reclam 1969.

⁴⁶⁷ Vgl. Beckermann, a.a.O., S. 62 ff.

⁴⁶⁸ Vgl. Bieri, a.a.O.

⁴⁶⁹ Bieri, a.a.O., S. 13 f.

⁴⁷⁰ Ryle, a.a.O., S. 13 f.

halten verursachen würden. Denn im allgemeinen Sprachgebrauch bezögen wir uns mit Ausdrücken über Mentales eben eigentlich nicht auf den Kontext von „Sich Ereignen“ und „Verursachen“.⁴⁷¹ Wenn die Welt des Geistes zur selben Kategorie wie die mechanische Theorie gehörte, müssten beide, so Ryle, deterministische Systeme sein. Verantwortlichkeit, Wahl, Verdienst und Schuld wären, im traditionellen Verständnis der Schuld eines freien Willens gebraucht, unanwendbare Begriffe. Der Sprachgebrauch suggeriere gerade, dass die geistigen Prozesse völlig anders funktionierten als die Arbeitsweisen von Maschinen.⁴⁷² So würden Willensakte auch nicht in alltäglichen Verhaltensbeschreibungen vorkommen; ihnen würde man ja auch keine Eigenschaften zuschreiben.⁴⁷³

Bei der Suche nach einer Antwort auf die Frage, wann die Adjektive „freiwillig“ („voluntary“) und „unfreiwillig“ („unvoluntary“) in der Alltagssprache normalerweise gebraucht werden⁴⁷⁴, gelangt Ryle zu dem folgenden Ergebnis: „Freiwillig“ stelle das Kriterium für die Verantwortlichkeit eines Menschen für sein tadelnswertes Verhalten dar, für seine „Schuld“, begründe jedoch nicht auch Lob wegen lobenswerten Verhaltens. In der gewöhnlichen Verwendung von Sprache sei es absurd, jemanden nicht nur für verantwortlich für Handlungen zu halten, die ihn der Anklage aussetzten, sondern auch für solche, für die ihm Ansehen gebühre.⁴⁷⁵ Ob jemand „freiwillig“ gehandelt habe, hänge also nicht von einer verborgenen, uneinsehbaren Ursache des Handelns ab, sondern davon, ob sich ein tadelnswertes Verhalten habe vermeiden lassen können. Nach Ryle ist eine (fehlerhafte) Handlung freiwillig, wenn der Handelnde über die Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, die Handlung richtig auszuführen, und wenn er nicht durch äußere Umstände von der richtigen Ausführung abgehalten wird.⁴⁷⁶ Der Ausdruck „etwas Tadelnswertes Wollen“ bezeichnet Ryle zufolge also wie andere mentale Ausdrücke – dies wurde zum erkenntnistheoretischen Problem bereits erwähnt – die Disposition einer Person, sich unter bestimmten Umständen auf bestimmte Weise zu verhalten. Eine mentale Erklärung ist daher keine kausale, sondern eine dispositionelle Erklärung.⁴⁷⁷ Mentale „Phänomene“ hinter den Wörtern gibt es nach Ryle demnach nicht, so dass mentale Erklärungen für

⁴⁷¹ Ryle, a.a.O., S. 22

⁴⁷² Ryle, a.a.O., S. 19 f.

⁴⁷³ Ryle, a.a.O., S. 82. Weitere Argumente vgl. auf S. 81 – 86.

⁴⁷⁴ Ryle, a.a.O., S. 85 f.

⁴⁷⁵ Ryle, a.a.O., S. 96; 88.

⁴⁷⁶ Ryle, a.a.O., S. 94 f. „Unfreiwillig“ kann nach Ryle außerdem auch noch bedeuten, dass jemand etwas nicht selbstbeherrscht tut, sondern dass ihm etwas widerfährt, über dessen Eintreten er keine Kontrolle hat. Der dann gemeinte Gegensatz zwischen freiwillig/ unfreiwillig bezieht sich nicht auf die Vermeidbarkeit von Handlungen, sondern betrifft die Antithese Tun/ Widerfahren, d. h. die Handlungsfreiheit.

⁴⁷⁷ Beckermann, a.a.O., S. 83; 85 über Ryle, a.a.O., S. 153 ff.

Handlungen mit naturwissenschaftlichen Kausalerklärungen für Handlungen niemals in Konflikt stehen können. Jedenfalls der oben genannte Konfliktsatz (2) des ontologischen Dualismus wird hier gestrichen.

Das Prädikat „freiwillig“ legt Ryle nicht nur Handlungen bei, sondern auch den Handlungsfolgen als Resultat der fehlerhaften Handlungen: Ryle sagt auch, der „Misserfolg“ oder das „Resultat“ einer Handlung könne jemandes „Schuld“ sein.⁴⁷⁸ Im Umkehrschluss muss es heißen: „Er hätte das Resultat vermeiden können“, „er verursachte es freiwillig“ oder: „er wollte es“. Also angenommen, Ryles „Wille“ bezieht sich auch auf rechtswidrige Erfolge, fragt sich, unter welchen Voraussetzungen der Täter den Erfolg „will“. Kann man hier nicht auch von einem „unbewussten“ Willen sprechen? Ryle fordert nicht, dass das Fehlerhafte der Handlung und dementsprechend die rechtswidrige Handlungsfolge dem Handelnden zum Zeitpunkt des Fehlverhaltens bewusst gewesen sein müsse. Als Grund für Unfreiwilligkeit wird z. B. „Panik“ genannt.⁴⁷⁹ Abgesehen von solchen offensichtlichen Situationen wird dem Täter gerade zur Last gelegt, dass er seine Fähigkeiten nicht genutzt und besser aufgepasst hat.⁴⁸⁰ Das Wollen eines Ereignisses kann dann also auch „unbewusst“ sein, wenn auch wiederum nicht in dem weiten Sinne Bindings, der jedes verursachte Ereignis als „gewollt“ bezeichnet.

Jemand kann also ein Ereignis unbewusst und trotzdem willentlich verursachen, ohne es dann jedoch zu beabsichtigen; dazu hätte er zum Zeitpunkt seines Handelns sagen können müssen, dass er es zu erreichen versuchte.⁴⁸¹

Hieran wird deutlich, dass der Begriff „Wille“ nach Ryle ganz im Sinne einer solchen juristischen Zurechnung verstanden wird, die auch fahrlässige Handlungen mit ihren Handlungsfolgen erfasst.

Ryles Ansatz sieht sich allerdings Kritik ausgesetzt: Auch ihn trifft das bereits zum Problem der Erkenntnis von Psychischem genannte Argument, dass bei dem Versuch der Definition mentaler Ausdrücke durch beobachtbares Verhalten ein logischer Zirkel wegen Rückgriffs auf andere mentale Ausdrücke entstehe. Zudem werden Zweifel an Ryles Überzeugung geäußert, dass mentale Erklärungen keine kausalen Erklärungen sein sollen, was u. a. an der Unmöglichkeit festgemacht wird, Dispositionsbegriffe explizit zu definieren.⁴⁸²

Im Speziellen überzeugt es zudem nicht, wie Ryle die Verwendung des Begriffs „freiwillig“ oder „willentlich“ im alltäglichen Sprachgebrauch erfasst. Der all-

⁴⁷⁸ Ryle, a.a.O., S. 89.

⁴⁷⁹ Ryle, a.a.O., S. 91.

⁴⁸⁰ Ryle, a.a.O., S. 89.

⁴⁸¹ Vgl. Ryle, a.a.O., S. 95.

⁴⁸² Vgl. hierzu Beckermann, a.a.O., S. 92 ff.

täglichen Redeweise über den Willen entspricht es gerade nicht, dass ein unbeachtetes Resultat einer Handlung gewollt sein soll. „Freiwilliges“ oder „willentliches“ Handeln setzt, auch wenn es von „absichtlichem“ Handeln abgegrenzt und im Sinne von „Billigen“ gebraucht wird, ein kognitives Moment voraus. Nach der alltäglichen Sprechweise tut jemand nur dann etwas „freiwillig“, wenn er weiß, was er tut, und er kann ein Ereignis nur dann „freiwillig“ verursachen, wenn er es sich vorstellt. Ryles unbewusster Wille hängt damit zusammen, dass er von einem Kriterium für die Zuschreibung von Verantwortung für tadelnswerte Handlungen ausgeht; aber schon der alleinige Bezug des Willens auf tadelnswerte Handlungen in der Alltagssprache leuchtet nicht ein: Auch ein Satz wie: „Ich habe es freiwillig zugelassen, dass der andere sich in der Schlange vorgedrängelt hat. Er war Arzt; es war ein Notfall passiert.“ ist üblich, und hier wird gerade kein tadelnswertes Verhalten beschrieben. Und selbst wenn der Kontext der Zuschreibung von Verantwortung angenommen wird, scheint es gar nicht so klar zu sein, dass dem allgemeinen Sprachgebrauch ein „unbewusster“ Wille als Schuldkriterium abgelesen werden kann.

(1.3) Weitere Ansätze

Andere Autoren, welche die Kritik am Substanz - Dualismus und an der Theorie vom Willensakt teilen, versuchen Ryles Schwächen zu vermeiden.

(1.3.1) Wollen als Erklärungsgrund für Handlungen

Stegmüller führt das Wollen als dispositionellen und quasi- theoretischen Begriff ein.⁴⁸³ Er grenzt den Begriff „Wollen“ von vornherein auf diejenigen Kontexte ein, in denen ein Wollen als *Erklärungsgrund* für ein Handeln herangezogen wird, der dieses verständlich macht. Dabei wird der Unterschied zwischen Wollen und Wünschen als psychologische Feinheit vernachlässigt und vorausgesetzt, dass ein bewusstes Handeln dann nicht gewollt ist, wenn sich der Handelnde nicht aus Neigung, sondern aus moralischer Pflicht oder aus Angst vor Strafe dazu veranlasst sieht. In Stegmüllers Sprechweise soll „X will p“ den Ausdruck „X will, dass p eintreten soll“ abkürzen. „X will p“ soll außerdem nicht synonym sein mit „X will p um seiner selbst willen“, also nicht mit dem Beabsichtigen von p. Die in diesem Rahmen liegende Bedeutung des Wollens ergibt sich dann aufgrund der Aussagen (a) bis (f), welche hinreichende oder

⁴⁸³ Vgl. Stegmüller, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie Band I, Erklärung Begründung Kausalität, 1983, S. 450 ff.

notwendige Bedingungen für die approximative Richtigkeit des Satzes “X will p” darstellen⁴⁸⁴:

(a) “Wenn X nicht erwartet hatte, dass p, aber plötzlich zu der *Überzeugung kommt*, dass p der Fall sein werde, so *fühlt X Freude*. Dann gilt: X will p.”

(b) “Wenn X p erwartet hatte, plötzlich jedoch urteilt, dass p nicht der Fall sein werde, so *empfindet er eine Enttäuschung*. Dann gilt: X will p.”

(c) “Wenn dem X das Tagträumen über p *angenehm* ist, dann will X p.”

(Die Aussagen (a), (b) und (c) seien hinreichende Bedingungen für die Richtigkeit der Aussage „x will p.“.)

(d) “Wenn X p will, so gilt auch folgendes: Wenn X unter geeigneten günstigen Bedingungen *urteilt*, dass die Handlung A zur Verwirklichung von p führt und dass die Unterlassung von A wahrscheinlich zu nicht-p führt, so wird er einen *gewissen Impuls verspüren*, A zu tun.”

(e) “Wenn X p will, so gilt auch folgendes: Wenn X unter geeigneten günstigen Bedingungen glaubt, dass M ein Mittel zur Verwirklichung von p ist, so wird er M eher bemerken als sonst.”

(f) “Wenn X p will, so gilt auch: Wenn unter geeigneten günstigen Bedingungen p vorkommt, ohne dass gleichzeitig etwas vorkommt, das X nicht will, so wird X *erfreut sein*.” (Die Aussagen (d) bis (f) seien notwendige Bedingungen für die Richtigkeit der Aussage „X will p.“.)

Hier wird der Begriff des Wollens mit anderen psychologischen Begriffen (etwas glauben, Freude fühlen, Enttäuschung empfinden, einen Impuls verspüren usw.) verknüpft. Diese Richtigkeitsbedingungen liefern Stegmüller eine “Miniaturreform einer psychologischen Theorie”, die den Begriff “Wollen” so beschreiben soll, wie wir ihn in unserer alltäglichen Rede verstehen und gebrauchen.⁴⁸⁵

Dabei wird gerade nicht der Anspruch Ryles erhoben, das Wollen als *Verhaltensdisposition* und explizit zu definieren. Da sich einige der den Begriff des Wollens beschreibenden psychologischen Begriffe, so beispielsweise das Glauben, ebenso wenig wie das Wollen direkt durch etwas Wahrnehmbares bzw. Beobachtbares interpretieren lassen, setzt Stegmüller den Begriff des Wollens in Analogie zu den theoretischen Begriffen der Naturwissenschaft, welche nur durch “Korrespondenzregeln” mit Beobachtbarem verbunden werden können. Deshalb sei der Begriff des Wollens ein „quasi- theoretischer Begriff“, und die das Wollen beschreibenden Aussagen (a) bis (f) nennt Stegmüller “quasi- theo-

⁴⁸⁴ Stegmüller, a.a.O., S. 453 f. Stegmüller übernimmt die Aussagen von Brand und Kim. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das hier gebrauchte englische „to want“ meistens mit „möchten“ oder „begehren“ übersetzt werden muss.

⁴⁸⁵ Stegmüller, a.a.O., S. 454 f.

retische Prinzipien”.⁴⁸⁶ Wollen stellt also eine Art Disposition dar, dass die „quasi- theoretischen Prinzipien“ erfüllt sind.

Gemäß diesen Prinzipien kann es auch Situationen geben, in denen eine Person nicht weiß, was sie will. “Wenn z. B. eine der in (a) oder (b) angeführten Bedingungen erfüllt ist und die fragliche Person sich dessen bewusst ist, dass sie über eine gewisse Nachricht Freude oder Enttäuschung empfindet, so kann sie aufgrund dieser Beobachtung auch erfahren, dass sie etwas will.” Bevor sie Freude empfand, wusste sie jedoch nicht, was sie will.⁴⁸⁷

Unter Zugrundelegung des hier gebildeten Willensbegriffs kann ein Täter den rechtswidrigen Erfolg bis zu seinem Eintritt, da er Freude darüber empfindet, unbewusst gewollt haben, eine allerdings nicht gängige Konstellation.

Unter welchen Voraussetzungen eine *willkürlich oder unwillkürlich vorgenommene Handlung im Wollen von p* begründet liegt, soll die Anwendung des Hempelschen Modells für wissenschaftliche Erklärungen ergeben, das erhebliche Verallgemeinerungen vornimmt und die Schwierigkeit birgt, dass sich ein Zusammenhang zwischen Wollen und Tätigwerden offensichtlich nicht beweisen lässt. Das Modell betrifft die Frage, inwieweit sich von beobachtbarem Verhalten einer Person auf ein Wollen schließen lässt.

Das Modell ist zugeschnitten auf die Erklärung willkürlicher (“bewusst vorsätzlicher”) Handlungen durch ein Wollen. Einer solchen willkürlichen Handlung ging eine bewusste Zielsetzung oder –wahl voraus.⁴⁸⁸

Vor einer *willkürlichen Handlung* überlegt sich eine Person, durch welche Mittel, d. h. welche Handlung, ein gesetztes Ziel erreicht werden soll. Aufgrund der obigen Definition des Wollens lässt sich eine willkürliche Handlung, die zu p führt, aber nicht immer durch ein Wollen des X von p erklären. X kann p herbeiführen, obwohl er p gar nicht will⁴⁸⁹:

X kann erstens etwas unbewusst wollen, (ohne zu wissen, dass und was er will). Dann bringt ihn dieses Wollen nicht dazu, ein Ziel zu setzen und aufgrunddessen zu handeln.

Eine willkürliche Handlung ist zweitens aus anderen Gründen als aufgrund des Wollens denkbar, so weil sich X aus moralischen Gründen oder aus Angst vor Strafe zum Handeln veranlasst sieht, Motivationen, die Stegmüller gerade vom Wünschen und Wollen abgrenzt.⁴⁹⁰

⁴⁸⁶ Stegmüller, a.a.O., S. 454 f. Dispositionsprädikate werden heute allgemein als theoretische Begriffe betrachtet, die den Status von Grundbegriffen haben und daher keiner expliziten Definition bedürfen. (Beckermann, a.a.O., S. 96.)

⁴⁸⁷ Ein Vergleich wird gezogen zu den Begriffen “mutig”, “tapfer”, “geizig”, “hilfsbereit”. Eine Person brauche nicht zu wissen, dass sie mutig sei; sie erfahre dies erst, wenn sie in eine Lage komme, die ein mutiges Handeln erfordere. (Stegmüller, a.a.O., S. 459.)

⁴⁸⁸ Stegmüller, a.a.O., S. 459 f.

⁴⁸⁹ Stegmüller, a.a.O., S. 461 f.

⁴⁹⁰ Stegmüller, a.a.O.

Um Handeln und Willensziele miteinander zu verknüpfen, bedürfte es empirischer Gesetzmäßigkeiten, die für beliebige Personen und beliebige Situationen gelten. Da solche nicht zur Verfügung stehen, wird eine „Erklärungsbehauptung“⁴⁹¹ herangezogen, die von der folgenden Gesetzmäßigkeit ausgeht: „Der Handelnde H, dessen Rationalität anzunehmen ist, wird zu einer beliebigen Zeit t jene unter allen von ihm für möglich gehaltenen Handlungen vollziehen, von denen H glaubt, dass sie den erwarteten Nutzen maximalisiert“.⁴⁹² Hier wird also vom Einsatz der Mittel, der Handlungen, auf die Handlungs- und Willensziele geschlossen. Die willkürliche Handlung des X ist durch ein „Wollen“ des X von p zu erklären, wenn sie dem rationalen X den maximalen Nutzen für die Erreichung gerade von p zu bringen versprach. Doch diese Erklärung trifft eben schon deshalb nicht immer zu, weil X nicht wissen muss, was er will und auch seine Neigungen nicht feststehen. Und im Übrigen wird mit der Rationalität des Handelnden gerechnet, die oft nicht vorliegt.

Wendet man das Erklärungsmodell auf willkürliche Handlungen an, die eine Rechtsgutsverletzung als unbewusste Folge verursachen, also auf für die Fahrlässigkeit relevante Konstellationen, so lässt sich anhand dieses Modells der wahre Handlungsgrund gerade verfehlen: Wenn ein zum Erreichen der Rechtsgutsverletzung effizientes Verhalten eingesetzt worden ist, wird auf den Willen zur Rechtsgutsverletzung geschlossen, der aber nach den oben genannten „quasi – theoretischen Prinzipien“ nicht zu bejahen ist.

(1.3.2) Implizites Wollen

Dray, dessen historischer Erklärungsansatz hermeneutisch durch den Phänomenologen Ricoeur umgesetzt wird, kritisiert die Erfassung des Wollens über Hempels Erklärungsmodell:

Das Handeln geschehe in den seltensten Situationen planvoll, wie es z. B. in schwierigen Lebenskrisen der Fall sei. Handlungen seien meistens insofern willentlich, als spontan und ohne Vorplanung vorgenommenen Verhaltensweisen nachträglich während ihres Vollzuges zugestimmt werde.⁴⁹³ Ihnen gehe häufig eben keine überlegte Zielsetzung voraus.⁴⁹⁴

Das Wollen wird also ausgehend von der „alltäglichen Situation (...) impliziter Entscheidung“ bestimmt.⁴⁹⁵

Entgegen Hempels Modell für rationale Erklärungen könne hier nicht einem beliebig gesetzten Ziel genau eine Methode zugeschrieben werden.⁴⁹⁶ Denn erstens

⁴⁹¹ Stegmüller, a.a.O., S. 460.

⁴⁹² Stegmüller, a.a.O., S. 462 f.

⁴⁹³ Schöpf (in: Krings, Baumgarten, Wilder, Handbuch der philosophischen Grundbegriffe, Band 6, S. 1711) über Dray und Ricoeur.

⁴⁹⁴ Schöpf, a.a.O., S. 1709.

⁴⁹⁵ Nach Schöpf, a.a.O., S. 1710 f.

vermöge eine Person nicht vollkommen unabhängig ein beliebiges Ziel zu bestimmen, sondern sei an die konkrete der Handlung zugrunde liegende Situation gebunden.⁴⁹⁷ Und zweitens seien ihm die Mittel zur Erreichung eines Ziels nicht zwingend vorgegeben, sondern hierzu könne es mehrere Alternativen geben.

Ob Handlungen freiwillig seien⁴⁹⁸, bestimmt sich Dray und Ricoeur zufolge vielmehr nach den Umständen, in denen sich der Handelnde befindet, und deutlich entgegen Ryles Behaviorismus nach der Perspektive des Handelnden; ohne dessen Befragung kann seine Handlung gerade aus der phänomenologischen Sicht Ricoeurs nicht als „gewollt“ bezeichnet werden.⁴⁹⁹ Es kommt darauf an, den Handelnden nach seinem Wissensstand in der Handlungssituation, seinen Motiven und Überzeugungen, zu befragen, um so herauszufinden, wie er selbst zu seiner Handlung eingestellt war, ob er sich mit ihr implizit einverstanden erklärt hat.⁵⁰⁰ Hier wird demnach ein Bewusstsein vom Gewollten vorausgesetzt.

Versteht man eine Tätigkeit als willentlich danach jedenfalls dann, wenn der Akteur ihr - ausdrücklich oder stillschweigend - noch während der Tätigkeit zustimmt, so ist dieses implizite Wollen auf den rechtswidrigen Erfolg einer Handlung übertragbar. Der rechtswidrige Erfolg als Handlungsfolge kann dann während der Handlung oder auch noch während seines Eintritts als gewollt betrachtet werden, sobald der Täter ihn denn berechnet oder ihn bemerkt und ihm zustimmt.

Dies bedeutet, dass Fälle denkbar sind, in denen der rechtswidrige Erfolg anders als bei Waismanns bewusstem Wollen erst später als vor oder während der Handlungsausführung gewollt ist; von einem *unbewussten* Wollen des Erfolges zum Zeitpunkt des Handlungsbeginns darf dann allerdings nicht die Rede sein.

„Wollen“ kann diesem nachvollziehbaren Ansatz zufolge auch als ein „bewusstes Billigen“ erfasst werden.

(1.4) Zusammenfassung zum Willensbegriff

Unter welchen Voraussetzungen leuchtet es also ein, von dem mentalen Zustand des Willens zu sprechen? Das Problem des Erkennens von Mentalem lässt sich natürlich nicht ausräumen. Mentale Zustände sind weder zirkelfrei in „öffentlicher Sprache“ noch überhaupt explizit definierbar. Auch wenn also darauf verzichtet werden muss, vor Gericht *einen Beweis* über mentale Zustände zu füh-

⁴⁹⁶ Zum Unterschied zwischen den beiden Erklärungsmodellen Drays und Hempels vgl. Stegmüller, a.a.O., S. 467 ff.

⁴⁹⁷ Schöpf, a.a.O., S. 1712. Dies entspricht der Argumentation zur Ablehnung von Willensfreiheit als absoluter Bindungslosigkeit.

⁴⁹⁸ „Freiwillig“ wird synonym gebraucht mit „willkürlich“, „gewollt“. (Schöpf, a.a.O., S. 1710.)

⁴⁹⁹ Schöpf, S. 1711 f.; 1713, mit Verweis auf Ricoeur, *Le Volontaire et l'Involontaire*, 1949, S. 65 f.

⁵⁰⁰ Dray, *Laws and Explanation in History*, 1960, S. 123 - 126.

ren, so ist es gerade im gerichtlichen Verfahren erforderlich, das Reden über sie möglichst auf beobachtbare Kriterien zu stützen.⁵⁰¹

Es kann dabei zwischen einem bewussten und einem unbewussten Willen unterschieden werden.

Zunächst zum *bewussten Willen*:

Waismann beschreibt Fälle eines Wollens i. S. von „Beabsichtigen“ auf plausible dem allgemeinen Verständnis entsprechende Weise: Wollen bedeutet hier realistisches Wünschen, häufig verbunden mit einem Entschluss für das gewünschte Ziel, und zeichnet sich durch den Versuch aus, einen Widerstand zum Erreichen des gewünschten Zieles zu überwinden. Jedenfalls bei beobachtbaren Willenszielen besteht dieses Bemühen in einem beobachtbaren Handeln. Dies fügt sich zu der Notwendigkeit, beobachtbare Kriterien zu haben.⁵⁰²

Dass das Schließen von Handlungen auf eine bestimmte Absicht des Akteurs auf Grenzen stößt, verdeutlicht Stegmüller für Hempels Erklärungsmodell. Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass bei Stegmüller der Unterschied zwischen Wünschen und Wollen vernachlässigt wird und das Wollen einer Tat kein Handeln erfordert. Jedenfalls aber daraus, dass eine Rationalität des Akteurs vorausgesetzt wird, die häufig nicht gegeben ist, ergibt sich, dass nicht alles Verursachte als beabsichtigt gelten kann, wofür die Handlung ein zweckmäßiges Mittel ist.

Das bei Waismann geschilderte Beabsichtigen, wobei sich eine Strebung durchsetzt, deckt allerdings nicht sämtliche Konstellationen des Willens ab. Denn es entspricht geläufigen Beschreibungen des Wollens, dass während des Agierens zu den eigenen Verhaltensweisen, die zwar bewusst, aber wie selbstverständlich ablaufen, über die jedoch nicht ausführlich reflektiert worden ist, bewusst Stellung genommen wird. So können Dray und Ricoeur verstanden werden. Durch das Einverständnis mit dem eigenen Verhalten und/ oder seinen Konsequenzen wird hierzu bewusst eine positive, d. h. bejahende Haltung eingenommen. Der Akteur identifiziert sich zu einem bestimmten Grad mit seinem Verhalten. Bei diesem Verständnis des Wollens lässt sich ebenso wenig von einem bestimmten Agieren und seinen beobachtbaren Umständen allein auf einen Willen bestimmten Inhalts schließen. Erforderlich ist es zusätzlich, mentale Zustände des Akteurs anzunehmen. Dafür, dass jemand seine Betätigung mit ihren Konsequenzen in diesem Sinne billigt, spricht jedenfalls, dass er seine Tätigkeit nicht ab-

⁵⁰¹ Vgl. unter cc).

⁵⁰² Vgl. auch v. Wright (in: ders., Normen, Werte und Handlungen, 1994, S. 142 ff.), der auch Intentionen durch einen bestimmten physischen Kontext (Handlungen, Reden des Handelnden über seine Intention, u.s.w.) beschreiben will.

bricht, obwohl er sich über sie mit ihren Konsequenzen im Klaren ist, und er nicht am Abbruch gehindert wird.

Gegner der „Willenstheorie“ zum Vorsatz, die den Willen als Element des Vorsatzes ablehnen, halten das „Billigen“ allerdings für ein überflüssiges Gesinnungskonstrukt, das eben nur aus der Tatsache gefolgert werde, dass der Täter den Erfolg vorausgesehen habe. „Billigen“ und „Wollen“ werden als kategorial verschieden betrachtet; der psychische Zustand des „Einverstandenen Seins“ könne sich nicht zu einer Absicht verstärken, und es könnten nur Folgen fremder, nicht eigener Handlungen gebilligt werden.⁵⁰³

Wie das „Zustimmen“ hier beschrieben worden ist, kann es durchaus auf eigene Handlungen und ihre Folgen bezogen werden. Jemand mag Gefallen daran finden, durch sein Verhalten etwas zu bewirken. Solch ein „Billigen“ lässt sich auch zur Absicht verstärken. Denn das Befürworten eines Ereignisses ist in mehreren emotionalen Graden denkbar: So kann ein Ereignis wie ein rechtswidriger Erfolg gefallen, aber auch uneingeschränkt befürwortet werden, so dass es dem Handelnden gerade auf diesen Erfolg ankommt. Letzteres ist aber gleichbedeutend mit Absicht. Allerdings wird ein bloßes Hinnehmen, Sich Abfinden, keine Befürwortung des Erfolges mehr darstellen, so dass sich eine solche Haltung nicht zur Absicht verstärken lässt.⁵⁰⁴ Entscheidend ist also die Abgrenzung des Billigens zu einem psychischen Zustand, der keine Zustimmung mehr darstellt. Diese, dies sei hier zugestanden, läuft letztlich eben darauf hinaus, dass vor Gericht nur das zwangsfreie Handeln trotz der Einsicht, dass ein konkretes Risiko für einen rechtswidrigen Erfolg besteht, maßgebliches Kriterium für ein Billigen sein kann.⁵⁰⁵

Ein „*unbewusstes Wollen*“ einer Rechtsgutsverletzung nun mag in Form eines unbewussten Gegenwillens wie bei Waismann, der sich durch ein Verhalten bemerkbar macht, oder eines unbewussten Wunsches wie bei Stegmüller einleuchten. Hier erscheint es auch alltagssprachlich geläufig, von „Wollen“ zu reden. Von jemandem, der sich zu einem Ziel bekennt, sich jedoch diesem widrestrebend verhält, lässt sich sagen, er wolle es möglicherweise in Wahrheit gerade vermeiden. Von jemandem, der sich angesichts eines Ereignisses freut, daran aber zuvor nicht gedacht hat, mag man sagen, er habe dies immer schon gewollt. Die Versionen Bindings, Kelsens und auch Ryles von einem unbewussten Willen reichen jedoch über jede Redeweise von „Wollen“ hinaus. Für diese Autoren stellt der Willensbegriff in aller Deutlichkeit ein Zurechnungskonstrukt dar, von

⁵⁰³ Kindhäuser in: ZStW 96, S. 1 - 35; 24 Fn 74, Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 495.

⁵⁰⁴ Vgl. dagegen die weite Verwendung des Wortes „Billigen“ durch die Gerichte bei Ross, Über den Vorsatz, 1979, S. 96 - 113.

⁵⁰⁵ Kindhäuser, a. a. O., S. 22 - 24.

Waismann als Wille im juristischen Sinne bezeichnet.⁵⁰⁶ Durch ein bloßes Verursachen oder ein Vermeidensollen oder –können wird der *mentale Zustand* des Wollens jedoch nicht auf plausible Art erfasst.⁵⁰⁷ Allerdings lässt sich bei Anlegung dieser Kriterien an den Willen leicht begrifflich eine „Willensschuld“ begründen, wie bei der Diskussion der Fahrlässigkeitsschuld zu sehen sein wird. Kelsen sagt dies über seinen „juristischen Willen“ ausdrücklich.⁵⁰⁸

Einem so eingegrenzten Willensbegriff entspricht schließlich nicht das durch Klein verwendete „Willensvermögen“, welches nur die *Fähigkeit* darstellt, einen Entschluss zu fassen, also einen Willen zu bilden.

(1.5) Ertrag für die strafrechtliche Schuld

Welche der für plausibel befundenen Konstellationen des Wollens im Rahmen juristischer Schuld überhaupt erheblich sein können, ergibt sich aus den Anforderungen des Schuldprinzips. Liegt die faire Behandlung durch das Schuldkriterium darin, dass der Bestrafte zum Zeitpunkt der Tat dazu in der Lage war, seine eigene Bestrafung zu *berechnen*, um sie umgehen zu können, setzt dies mindestens voraus, dass sich der Täter die strafbare Tat mit einem bestimmten Grad an Gewissheit *vorgestellt* hat. Auch für die retributive Gerechtigkeit ist dieses kognitive Moment unabdingbar, da der Täter die mögliche Begehung einer Straftat sonst nicht bewusst in seiner Entscheidung zum Handeln berücksichtigen konnte und dann nicht mehr von einem „Dafürkönnen des Täters für die Tat“ gesprochen werden darf.⁵⁰⁹

Eine gewisse *Vorstellung von der Tat* stellt also jedenfalls die notwendige Form psychischer Antizipation der Tat dar. Aus diesem Grund darf ein unbewusster Wille auch in Waismanns oder Stegmüllers Konstellationen, in denen der Täter gerade nicht weiß, dass und/ oder was er will, nicht als Schuldkriterium eingesetzt werden, ganz abgesehen von erkenntnistheoretischen Schwierigkeiten⁵¹⁰. Als Schuldkriterium in Betracht kommt ein bewusster Wille i. S. von Absicht, wie ihn Waismann beschreibt, oder ein bewusstes „Billigen“ i. S. von Dray und Ricoeur.

⁵⁰⁶ Vgl. auch Burkhardt in: H. Heckhausen/ M. Gollwitzer/ F. E. Weinert, *Jenseits des Rubikon, Der Wille in den Humanwissenschaften*, 1987, S. 320.

⁵⁰⁷ Vgl. auch die Kritik an Ryle unter 1.2.

⁵⁰⁸ Vgl. unter a) aa) (2.3.4).

⁵⁰⁹ Vgl. unter bb) zur Begründung des komplexen Schuldbegriffs.

⁵¹⁰ Vgl. zu Waismann unter (1.1).

(2) „Verstandesschuld“

Aus dem eben Gesagten folgt offensichtlich die Ablehnung einer Verstandesschuld. Mängel des Täters an intellektueller Fähigkeit und/ oder Wissen, die bedeuten, dass der Täter eben nicht die geforderte Vorstellung von der Tat hat, dürfen konsequenterweise nicht als Schuldkriterien dienen.⁵¹¹ Welche Bedeutung solchen Mängeln im Zivilrecht oder gar von einem nicht rechtlichen Standpunkt aus beigemessen wird, spielt dabei keine Rolle.⁵¹² Wenn durch die Heranziehung solcher Mängel der Prävention gedient sein soll, so folgt die Verstandesschuld nicht aus den für Schuld allein angebrachten Gerechtigkeitserwägungen. Sollte es auf einen Mangel an Intellekt oder Erfahrungswissen ankommen, wäre Schuldkriterium ein angeborenes oder durch eine bestimmte Sozialisation entstandenes „Sosein“⁵¹³ des Täters. Wie hieran überhaupt ein Verständnis von Vergeltung anknüpfen kann, ist nicht nachvollziehbar.⁵¹⁴

⁵¹¹ Die Lehre, die ausdrücklich von einer „Verstandesschuld“ spricht, wird weitgehend abgelehnt, wenn auch nicht aus den hier vertretenen Gründen: Auch nach Feuerbachs Theorie vom psychologischen Zwang sind Irrtümer des Verstandes gerade kein Schuldkriterium. (Vgl. Feuerbach, *Revision Theil 2*, S. 52.) Exner (*Das Wesen der Fahrlässigkeit*, S. 97 f.) meint, Dummheit und Unwissenheit seien „ethisch und rechtlich farblos“. Nicht das Dasein der intellektuellen (wie auch physischen) Fähigkeiten sei als Wert oder Unwert zu betrachten, sondern nur die Art und Weise, wie sich das Individuum ihrer bediene. Vorstellungen und Urteile würden erst durch ihre Verknüpfung mit einem Gefühl Motiv und erlangten so bestimmenden Einfluss auf die Entschlüsse eines Menschen. Darauf im Rahmen der Kritik an der Gesinnungsschuld unter (3) zurück zu kommen sein.

⁵¹² Mohrmann, *Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1929, S. 10.

⁵¹³ Arth. Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, S. 191.

⁵¹⁴ Vgl. die Kritik an dem Kriterium der Gesinnung unter (3.2).

(3) Gesinnung

Einige Schuldkriterien können unter dem Begriff der „Gesinnung“ erfasst werden, unabhängig davon, ob sie diesen Begriff enthalten. Die hier zu nennenden Kriterien sind äußerst unterschiedlich, und die betreffenden psychischen Zustände werden nicht immer klar umrissen. Im Folgenden werden vergrößernd zwei Kategorien von Gesinnungen gebildet (unter 3.1), um die Diskussion (unter 3.2, 3.3 und später zur Fahrlässigkeitsschuld) klarer strukturieren zu können.

(3.1) Gesinnungsbegriffe

Zur Erleichterung des Verständnisses sei eingangs kurz auf philosophische und psychologische Gesinnungsbegriffe eingegangen, weil die betreffenden strafrechtlichen Schuldkriterien sich daran orientieren.

Die „Gesinnung“ ist nach Aristoteles die Eigenart des Fühlens und Begehrens.⁵¹⁵ Seit dem 18. Jahrhundert bedeutet sie in der Ethik die verfestigte Denkweise eines Menschen.⁵¹⁶ Nach Kant ist die sittliche Gesinnung die grundsätzliche Bejahung des Sittengesetzes; diese mache den Willen „gut“.⁵¹⁷ In der Psychologie wird die Gesinnung durch Lersch erfasst als die emotionale Dauereinstellung (Neigung oder Abneigung) gegenüber einem objektiven Wert und durch McDougall als das Gerichtetsein einer Triebkraft auf ein Objekt, also auch als eine momentane Motivation.⁵¹⁸ Eine genaue Abgrenzung zwischen der Gesinnung im ethischen und im psychologischen Sinne fällt schwer, und dies spiegelt sich in den strafrechtlichen Schuldlehren.⁵¹⁹ Hier ist eine andere für die Erörterung als Schuldkriterium relevantere Unterscheidung zu treffen, und zwar die zwischen „dauerhafter Gesinnung“ und „Einzeltatgesinnung“.

Als eine *dauerhafte Gesinnung* kann vor allem der konstante „innere Habitus“ bei F. Kaufmann angeführt werden.⁵²⁰ Eine deutlich als *charakterlich* im psychologischen Sinne zu beschreibende dauerhafte Gesinnung wird beispielsweise in den naturalistischen Schuldlehren v. Liszts und Radbruchs verwendet, wo das Kriterium „Gesinnung“ ausdrücklich mit bleibenden Eigenarten des Täters gleichgesetzt wird.⁵²¹ Eine „*Gefühlsgesinnung*“ wie bei Exner⁵²², die sich auf

⁵¹⁵ Nach Exner, a.a.O., S. 166.

⁵¹⁶ Hoffmeister, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 1955, S. 268.

⁵¹⁷ Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werke Band VII, Erster Abschnitt.

⁵¹⁸ Nach Hoffmeister, a.a.O.

⁵¹⁹ Schon dies ist bei dem Versuch zu berücksichtigen, die in den strafrechtlichen Schuldlehren verwendeten Gesinnungsbegriffe jeweils eindeutig in *ethische Gesinnungen* einerseits und „*Charakter*“- „*Gefühls*“- und *sonstigen Gesinnungen im psychologischen Sinne* andererseits einzuteilen. Arth. Kaufmann (Das Schuldprinzip, S. 150 m. w. N.) unterscheidet zwischen Schmidhäusers geistiger Werthaltung als ethischer Gesinnung und anderen psychologischen Gesinnungen.

⁵²⁰ Vgl. auch Gallas (in: FS für Mezger, 1954, S. 323 f.), dem es auf die „Gesamteinstellung des Täters zu den Anforderungen des Rechts“ ankommt.

⁵²¹ Vgl. in deutlicherer Ausprägung auch die *symptomatischen Lehren* (unter a) bb) (2.1.2)).

eine andauernde Gefühlsbeziehung des Täters zum Rechtsgut stützt, mag als eine Spezifizierung der „Charaktergesinnung“ gelten.

Demgegenüber hat für Vertreter der „*Einzeltatgesinnung*“ nur eine auf die Tat bezogene Haltung, d. h. haben nur die Motive im Hinblick auf die Tat Relevanz für die strafrechtliche Schuld: Die Einzeltatgesinnung ist nach Schmidhäuser geistige Motivation zur einzelnen Tat, „geistiges Verhalten“, aus dem der Handlungsentschluss erst entstanden ist.⁵²³ Auch Jescheck geht es um ein „aktuelles Gesonnensein“ des Täters, das dem Entschluss zur Tathandlung zugrunde liege.⁵²⁴

(3.2) Generelle Kritik am Kriterium der Gesinnung

Zunächst ist das Kriterium der Gesinnung durch zwei Argumente, unabhängig von den Kategorien „dauerhafte Gesinnung“ und „Einzeltatgesinnung“, zu kritisieren.

Der erste Einwand ist, dass es für die auf dem Schuldprinzip fußende *rechtliche* Schuld anders als für die ethische Schuld und für eine durch den Präventionsgedanken begründete Schuld nicht darauf ankommt, welche Überzeugungen, Neigungen oder auch nur punktuelle Motivationen der Täter hat.

Denn das Strafrecht sollte Zurückhaltung darin üben, für Zurechnung auf Überzeugungen und Motivationen einer Person abzustellen. Mit der Gewissensfreiheit des Art. 4 I GG und der Meinungsfreiheit des Art. 5 I GG geht einher, dass es eben das staatliche Rechtssystem grundsätzlich nicht zu interessieren hat, welche persönliche Einstellung die Bürger zum Recht einnehmen.

Aus Sicht der restriktiven Funktion des Schuldprinzips im Strafrecht ist die Gesinnung als Schuldkriterium auch ungeeignet. Fairness und retributive Gerechtigkeit, die *restriktiv* zu verstehen ist, erfordern nur die Voraussetzungen dafür, dass der Schuldige aus seiner Sicht eine Entscheidung gegen die Tat treffen und sie umgehen konnte. Der retributiven Gerechtigkeit in einer restriktiven Funktion ist durch den Umstand genügt, dass der Täter diese Chance nicht genutzt hat. Ein Kriterium, das wie die rechtswidrige „böse“ Motivation darauf zugeschnitten ist, einen Ausgleich durch Strafe, Vergeltung, *zu fordern*, ist dafür gerade nicht gefragt.⁵²⁵

⁵²² Vgl. Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 151.

⁵²³ Schmidhäuser in: FS für Jescheck, a.a.O., S. 493.

⁵²⁴ Die jeweilige Motivation interessiert ebenso die ethisierenden Lehren und die Lehre vom normativen Schuld-element. Auch Jakobs kommt es auf die der einzelnen Tat zugrunde liegende Motivation an, indem er darauf abstellt, dass der Täter nicht rechtstreu eingestellt gewesen sei.

⁵²⁵ Vgl. unter 2. c) aa) (1.2). Darauf, dass der Täter nach Vertretern der „Gesinnungsschuld“ auch keinerlei Vorstellung von der Tat gehabt haben muss, wird im Rahmen der Fahrlässigkeitsschuld unter III. 4. näher eingegangen.

Präventive Erwägungen zur effektiven Besserung des Täters oder zur Stabilisierung der Allgemeinheit, welche dem Gerechtigkeitsgedanken ja zuwiderlaufen, können eine „Gesinnungsschuld“ ebenfalls nicht begründen.

Als zweites Argument soll das allgemeine erkenntnistheoretische Problem angeführt werden.

Die Motivation einer Person zum Handeln, sei es durch dauerhafte Eigenarten wie Hochmut, Habgier oder Nachlässigkeit, sei es durch momentane Motive wie Eifersucht oder Wut, scheint mindestens genauso schwer fassbar zu sein wie der Wille. Denn ein Wille, ob in Form einer aus einem Wunsch hervorgegangenen Absicht im Sinne Waismanns, oder in Form eines „Billigens“, ist selbst wiederum durch Motive bedingt, die ein komplexes Geflecht bilden können.

An welchen Kriterien bemisst sich jedoch, welche - unbewussten - Motive es waren, die einen Täter dazu veranlasst haben, eine Straftat zu begehen? Dieser mag zwar aussagen können, dass er an etwas anderes gedacht hat; aber weshalb war er abgelenkt, war es latenter Groll gegen jemanden, allgemeine Gleichgültigkeit gegenüber seiner Umwelt oder eine Kombination aus Vielem? Sogar ein Mörder, der jemanden bewusst und willentlich tötet, mag im Nachhinein nicht genau wissen, was ihn eigentlich dazu getrieben hat, den Mord zu verüben. Waismann veranschaulicht dies am literarischen Beispiel des Raskolnikov im Dialog mit Sonja.⁵²⁶ Raskolnikov kommt zu immer wieder neuen Motiven, aus denen er die alte Pfandleiherin mit der Axt erschlagen haben will: aus Existenzangst, um seine Schwester vor Aufopferung für ihn zu bewahren, aus Größenwahn?⁵²⁷ Die eigenen Motive werden im Nachhinein interpretiert. Hier zeigen sich deutlich die Probleme einer Introspektion. Will man, wie oben unter cc) gefordert, möglichst aufgrund von objektiven Kriterien vorgehen, bietet sich der Ansatz an, die Geschichte des Täters über die Tat hinaus greifend anhand äußerlich wahrnehmbarer Ereignisse zu betrachten, um die Motivation des Täters ausfindig zu machen. Dem Strafprozess sind hier jedoch Grenzen gesetzt. Zudem sind die Schwierigkeiten einer Erklärung von Verhaltensweisen durch bestimmte Motive zu beachten.⁵²⁸

(3.3) Spezielle Kritik am Kriterium der „dauerhaften Gesinnung“

Macht man den Täter aufgrund seiner dauerhaften Gesinnung für seine Tat verantwortlich, ist die Art, wie er in bestimmter Hinsicht ist, sein „Sosein“, das Schuldkriterium. Das am häufigsten verwendete Argument gegen eine solche

⁵²⁶ Vgl. Waismann, Wille und Motiv, S. 83 ff.

⁵²⁷ Dostojewski, Schuld und Sühne, 5. Teil, Kapitel IV

⁵²⁸ Vgl. nur die Ausführungen zum Wollen als Erklärungsgrund für Handeln unter (1.3.1).

Schuld, die auch häufig „Charakterschuld“ genannt wird, besteht in der Aussage, für die Art seiner Persönlichkeit sei der Täter nicht verantwortlich, insoweit, als die betreffenden Eigenarten durch Erbanlagen und Umwelteinflüsse wie Erziehung entstanden seien.⁵²⁹ Das Argument lehnt den Charakter als Kriterium für retributive Gerechtigkeit ab, und in der Tat widerstrebt es einer nachvollziehbaren Auffassung von retributiver Gerechtigkeit, nicht nur zu sagen, jemand sei für die Tat verantwortlich, weil er sie gewollt habe oder weil er vor der Wahl gestanden habe, sie zu vermeiden, sondern auch zu sagen, jemand könne aufgrund seines angeborenen und anerzogenen Charakters etwas für die Tat. Bezeichnenderweise soll nach Exner „Vergeltung“, anknüpfend an die „Gefühlsschuld“, selbst wieder den Zweck erfüllen, die Rechtsordnung zu bestätigen und die staatliche Autorität zu sichern. Eine solche Funktion ist mit der *Generalprävention* gleichzusetzen.⁵³⁰

Zudem ergeben sich besondere erkenntnistheoretische Schwierigkeiten der dauerhaften Gesinnung:

Eine davon liegt in dem In - Verbindung - Bringen der rechtswidrigen Tat als *Einzelereignis* mit der *konstanten* Eigenart des Täters. Es kann nicht angenommen werden, dass sich aus der rechtswidrigen Tat auf eine bestimmte konstante Gesinnung des Täters schließen lasse. Auf dieses Problem wird näher erst im Rahmen der Fahrlässigkeit eingegangen werden.⁵³¹

Um eine dauerhafte Gesinnung des Täters anhand von objektiven Kriterien auszumachen, wird ein Richter im Übrigen einen so weitgehenden Überblick über das bisherige Verhalten des Täters haben müssen wie ihn der Strafprozess gar nicht zulässt.

⁵²⁹ Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 150.

⁵³⁰ Es ist im Übrigen fraglich, ob eine Instrumentalisierung des Schuldkriteriums „Gesinnung“ für die Prävention überhaupt funktioniert. Denn die Erfahrung zeigt, dass *Strafe* oft gerade nicht zu einem wirklichen Gesinnungswandel, zu einer Besserung der *Haltung gegenüber dem Recht*, führt.

⁵³¹ Vgl. unter III. 4. a) dd) (1.4). Die Frage, wie bei F. Kaufmann eine Kausalität zwischen geistigen und physischen *Ereignissen* zu denken ist und wie sie mit der phänomenologischen Synthese von Geistigem und Physischem vereinbar sein soll, sei hier nur angedeutet. Es handelt sich wiederum um das Leib - Seele - Problem. (Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, S. 579 f.)

(4) Die Vorstellung von der Tat

(4.1) Ablehnung einer „Willensschuld“

Da auch eine „Gesinnungsschuld“ abzulehnen ist, fragt sich schließlich, ob dann alle Schuld Willensschuld sei, wie z. B. von Binding, Arth. Kaufmann und Bockelmann vertreten. Trifft dieses Dogma zu?

Es ergibt sich, dass eine gewisse Vorstellung von der Tat als Schuldkriterium genügt und auf einen Willen zur Tat verzichtet werden kann. Hierfür sprechen wie schon gegen die Gesinnungsschuld zwei Argumentationslinien: Erstens die Trennung zwischen Ethik und Recht, weil im Rechtssystem die mentale Freiheit des Einzelnen gegenüber der Staatsgewalt zu berücksichtigen ist und die Funktionen des rechtlichen Schuldprinzips keine Willensschuld verlangen. Zweitens überzeugt unterstützend ein erkenntnistheoretisches Argument, das für die Vorstellungstheorie, bezogen auf die Zurechnungsform des Vorsatzes, angeführt wird.

Der Wille zur Tat kann nach dem zum Willensbegriff Gesagten verstanden werden als die durch die Tat konkretisierte widerrechtliche Motivation. Diese hat den Staat jedoch möglichst nicht zu interessieren; er hat sich möglichst heraus zu halten aus den Vorlieben und Bestrebungen der Bürger und diese nicht als Kriterium für die Verhängung von Sanktionen für Straftaten zu verwenden.⁵³²

Nach dem verfassungsrechtlich begründeten Schuldprinzip erübrigt sich denn auch eine Schuld des Willens: Derjenige, der sich dessen bewusst ist, dass er durch ein bestimmtes Handeln mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eine Straftat begehen werde, kann die Begehung der betreffenden Straftat und damit seine Bestrafung gezielt umgehen. Unter diesen Voraussetzungen ist eine faire Behandlung des Täters gewährleistet. Hat er die Tat nicht umgangen, so hat er aus seiner Sicht die Möglichkeit, die Tat durch seine Entscheidung zu verhindern, nicht genutzt. Durch seine Bestrafung für die Tat wird ihm gegenüber retributive Gerechtigkeit geübt.

Dass der Täter zusätzlich zu seiner Vorstellung der Tat eine bejahende emotionale Einstellung zur Tat hatte, dass er sie billigte oder beabsichtigte, also wollte, vermag die Anforderungen des Schuldprinzips nicht in einem stärkeren Sinne zu erfüllen⁵³³; vielmehr widerspricht es der restriktiven Funktion des Schuldprinzips, an die Neigungen und Bestrebungen des Täters anzuknüpfen.⁵³⁴ Bindings Normentheorie und die Maßgeblichkeit der „Bestimmungsnormen“ wie bei Arth. Kaufmann und Bockelmann führen dazu, dass der Ungehorsam gegen die

⁵³² Vgl. unter (3.2).

⁵³³ Ein ähnliches Argumentationsmuster hat Frisch (Vorsatz und Risiko, S. 495) zum Vorsatz.

⁵³⁴ Vgl. unter (3.2).

Gebote, der widerrechtliche Wille, Grund für die Strafe ist.⁵³⁵ Dies entspricht dem von Kant und Hegel vertretenen Vergeltungsprinzip, wonach der „böse Wille“ ausgeglichen werden muss, nicht aber einer allein restriktiven Funktion von Schuld, wie sie hier begründet worden ist.

Im Übrigen wird die Zurechnung der Tat von Vertretern der „Vorstellungstheorie“ zum Vorsatz nicht von seinem Willen zur Tat, sondern davon abhängig gemacht, ob sich der Täter bei seiner Tathandlung die Tatbestandsmerkmale mit einem bestimmten Grad von Gewissheit vorgestellt hat⁵³⁶, und zwar mit dem einleuchtenden Argument, dass in der Rechtsprechung gar nicht erst versucht wird, das emotionale Moment, welches den Willen, insbesondere das Billigen, zusätzlich zu der Vorstellung ausmacht, zu erkennen, sondern dass dieses schlicht aus der Vorstellung hergeleitet wird.⁵³⁷ Der Wille, verstanden als psychischer Zustand, gerät hier zur juristischen Fiktion.

Im Rahmen der Erörterung des Willensbegriffs wurde bereits zugestanden, dass ein solches Vorgehen vor Gericht wohl den einzigen praktikablen prozessualen Ausweg darstellt. F. Kaufmann, der allerdings nicht die Folgerungen der „Vorstellungstheorie“ zieht, schildert das Problem: Der Grund, weshalb ein „scharfer Trennstrich“ zwischen Wissen und Willen nicht gezogen werden könne, sei darin zu erblicken, „dass die prozessuale Feststellung, ob eine bewusst ausgeführte Handlung gewollt war oder nicht, meist auf solche Schwierigkeiten stößt, dass sich (...) die rechtliche Gleichstellung der beiden psychischen Daten empfiehlt“.⁵³⁸ Diese bedeutet aber, dass es ehrlicherweise für die Zuschreibung von Schuld nicht auf einen Willen des Täters zur Tat, sondern nur auf eine Vorstellung von der Tat ankommen kann.⁵³⁹

Aus den beiden Argumentationslinien ergibt sich also:

*Die Vorstellung der Tatbestandsmerkmale ist notwendiges und hinreichendes Kriterium für Schuld.*⁵⁴⁰

⁵³⁵ Vgl. Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, S. 641 f.

⁵³⁶ So z. B. Frisch, Vorsatz und Risiko, S. 494 - 496, Schmidhäuser, Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968, S. 11 ff., Ross, Über den Vorsatz, S. 96 - 113. Die Vertreter der Vorstellungstheorie argumentieren nicht für ein allgemeines Schuldkriterium des Wissens (vgl. nur das Kriterium der Gesinnung bei Schmidhäuser). Diese dogmatische Differenz steht der Übertragung ihrer Argumentation auf die hiesige Frage allerdings nicht entgegen, weil es in beiden Konstellationen um die Entscheidung zwischen dem Zurechnungskriterium „Wille“ und dem Zurechnungskriterium „Vorstellung“ geht.

⁵³⁷ Vgl. die Untersuchung von Ross, a.a.O.

⁵³⁸ F. Kaufmann, a.a.O., S. 93.

⁵³⁹ Die Frage der Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit kann sich der Tatsache, dass faktisch ohnehin nur das kognitive Moment zählt, auch nicht verschließen.

⁵⁴⁰ Dieser Auffassung entspricht im Ergebnis deutlich die Schuldlehre v. Almendingens (unter a) bb) (1)). Sie leitet ihren Schuld-begriff allerdings aus präventiven Erwägungen her, was in dieser Arbeit gerade abgelehnt worden ist.

Näher einzugehen ist des Weiteren erstens auf den erforderlichen Inhalt der Vorstellung und zweitens auf das erforderliche Maß an Gewissheit der Vorstellung.

(4.2) Der Inhalt der Vorstellung:

Die Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg und das Unrechtsbewusstsein

Um sich überhaupt gegen eine Situation entscheiden zu können, in der er mit Sicherheit oder möglicherweise eine Straftat begehen wird, muss der Täter sich notwendigerweise die Tatsachen vorstellen, welche einen objektiven Straftatbestand erfüllen. Dazu gehört bei Erfolgsdelikten eben auch der tatbestandliche Erfolg wie der Tod oder die Verletzung einer anderen Person, eine bei Fahrlässigkeit besonders zu beachtende Voraussetzung.

Dass der Täter darüber hinaus ein Unrechtsbewusstsein haben, d. h. zumindest daran denken muss, dass die vorgestellten Tatsachen möglicherweise unter eine strafrechtliche Norm fallen, folgt zwingend aus den Funktionen des Schuldprinzips: Wer nicht einmal ein strafrechtliches Verbot der vorgestellten Umstände für möglich hält, bringt diese nicht mit Strafe in Verbindung; er kann sich nicht dazu veranlasst sehen, mit diesen Umständen Strafe zu umgehen. Er vermag sich gar nicht gegen das Unrecht zu entscheiden.⁵⁴¹ Dem gegenüber genügt es nach § 17 StGB, dass der Täter Unrechtsbewusstsein *hätte haben können*, dass ihm die (vollständige) Unkenntnis des Unrechts vermeidbar war. Mit dem wie hier verstandenen Schuldprinzip ist dies unvereinbar. Hat der Täter zu einem Zeitpunkt vor der Tathandlung bereits daran gedacht, dass ein Verhalten wie das später vorgenommene strafrechtlich verboten sei, so mag es für das Vorliegen von Schuld auf diesen Zeitpunkt ankommen.⁵⁴²

Im Folgenden wird der soeben beschriebene nötige Vorstellungsinhalt der Vereinfachung wegen auch als „Tat“ bezeichnet.

⁵⁴¹ Vgl. E. Horn, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, S. 105; 122; 152 ff.; 168. Einige Schuldlehren fordern aus abweichenden Gründen ein Unrechtsbewusstsein des Täters. Der „böse“ Wille in den Theorien Arth. Kaufmanns und Bockelmanns setzt ein Unrechtsbewusstsein voraus, wobei sich jedenfalls bei Arth. Kaufmanns naturrechtlicher Auffassung Besonderheiten ergeben, wenn das positive Recht mit den moralischen Überzeugungen des Täters nicht übereinstimmt. Bei präventiv abgeleiteten Schuldlehren verlangt gerade die negative Generalprävention ein Bewusstsein des Täters von der Gesetzeswidrigkeit seines Verhaltens, so nach Feuerbachs Theorie vom psychologischen Zwang.

⁵⁴² Vgl. zur Koinzidenz von Tat und Schuld unter ee).

(4.3) Das Maß der Gewissheit

Eine weitere Schwierigkeit besteht darin einzugrenzen, mit welchem Grad an Gewissheit sich der Täter die Tat mindestens vorgestellt haben muss.⁵⁴³ Es gibt zwei wesentliche Varianten der Vorstellungstheorie zum Vorsatz, die Möglichkeits- und die Wahrscheinlichkeitstheorie. Nach jener muss sich der Täter die Tat als möglich⁵⁴⁴, nach dieser als wahrscheinlich⁵⁴⁵ vorgestellt haben, um vorsätzlich gehandelt zu haben. Darüber hinaus sei erwähnt, dass Frisch das Kriterium „Risiko“ bemüht.⁵⁴⁶ Die Diskussion um diese Kriterien soll hier nicht geführt werden, soweit sie die Abgrenzung zwischen Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit betrifft, sondern um Mindestvoraussetzungen für ein Schuldkriterium festzulegen.

Zunächst sei dazu auf die Begriffe „möglich“ und „wahrscheinlich“ eingegangen.

Möglich ist ein Ereignis, wenn es widerspruchsfrei und im Rahmen der Naturgesetze gedacht werden kann.⁵⁴⁷ Was die Wahrscheinlichkeit betrifft, wird zwischen einem subjektiven und einem objektiven Wahrscheinlichkeitsbegriff unterschieden. In diesem Kontext, da es auf die Vorstellung des Täters ankommt und nicht davon auszugehen ist, dass dieser wissenschaftlich denkt, ist der subjektive Begriff zugrunde zu legen: Das Eintreten eines Ereignisses mit einer Wahrscheinlichkeit zu belegen, entspringt hiernach der intuitiven Einschätzung; Wahrscheinlichkeit drückt den Grad von Überzeugung einer Person von dem Eintreten eines Ereignisses aus. Erfasst wird eine Spanne von Wahrscheinlichkeit, die sich zwischen praktischer Unmöglichkeit und praktischer Sicherheit bewegt.⁵⁴⁸ „Möglich“ und „wahrscheinlich“ sind daher unterschiedliche Arten von Begriffen: „Wahrscheinlich“ ist steigerungsfähig - man kann mehr oder weniger davon überzeugt sein, dass ein Ereignis eintreten werde oder dass etwas der Fall sei - „möglich“ dagegen nicht. Dass ein Ereignis wahrscheinlich ist, setzt aber voraus, dass es auch möglich ist.⁵⁴⁹ Das Kriterium „Risiko“ bei Frisch

⁵⁴³ Kausalität der Handlung oder Unterlassung des Täters für die Tat und „objektive Zurechnung“ werden hier vorausgesetzt.

⁵⁴⁴ Vgl. z. B. Schmidhäuser in: JuS 1980, S. 214: „konkrete Möglichkeit“ der Tat.

⁵⁴⁵ Vgl. z. B. H. Mayer, Strafrecht AT, 1967, S. 121. „Wahrscheinlich“ soll „mehr als möglich“ und „weniger als überwiegend wahrscheinlich“ bedeuten.

⁵⁴⁶ Frisch, Vorsatz und Risiko, S. 138 - 142.

⁵⁴⁷ Hoffmeister, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, S. 407.

⁵⁴⁸ Stegmüller, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie Band I, S. 962.

⁵⁴⁹ Dazu muss darauf hingewiesen werden, dass umgangssprachlich auch gesagt wird, ein Ereignis sei möglich, wenn es mit einer geringen Wahrscheinlichkeit (unter 50 %) belegt wird, wie aus der Formulierung der Wahrscheinlichkeitstheorie nach H. Mayer (a.a.O.) deutlich wird. „Möglich“ wird dann für einen bestimmten Grad von „wahrscheinlich“ gebraucht.

ist vergleichbar mit „Wahrscheinlichkeit einer Tat“, da Frisch eine Risikospanne aufzeigt.⁵⁵⁰

Damit also überhaupt Grade der Gewissheit einer Vorstellung von der Tat bestimmt werden können, ist auf die *Wahrscheinlichkeit* zurück zu greifen.

Die Frage lautet, ausgehend von den Funktionen des Schuldprinzips, dann weiter, als wie wahrscheinlich sich der Täter die Tat mindestens vorgestellt haben muss, damit man sagen kann, er habe eine faire Chance dazu gehabt, eine Tat zu umgehen, und er könne etwas für die Tat? Wann sieht sich jemand realistisch-er Weise überhaupt dazu veranlasst, einer vorgestellten Tat entgegen zu steuern? Dies hängt wohl von der Interessenlage des Einzelfalles ab, z. B. von der Schwere des betroffenen Rechtsguts im Verhältnis zum Nutzen des Handlungszwecks.⁵⁵¹

Die einzelfallabhängige Bestimmung kann in diesem Rahmen nicht geleistet werden. Das hier Gesagte genügt jedoch zur Festlegung eines Schuldkriteriums, an dem die Fahrlässigkeitstheorien gemessen werden können.

ee) Koinzidenz von Tat und Schuld?

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen für Schuld im Allgemeinen, wie es § 20 StGB für die Schuldfähigkeit ausdrückt, „bei Begehung der Tat“ vorzuliegen haben, also eine Koinzidenz von Unrecht und Schuld bestehen muss. Die allgemeine Forderung, dass ein Verhalten *zugleich* tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft zu sein habe, wird auch als „Koinzidenz- oder Simultaneitätsprinzip“ bezeichnet.⁵⁵²

Ein solches Prinzip wird dann durchbrochen, wenn das Schuldkriterium vor oder nach das Unrecht gelegt wird. Ersteres betrifft eine „Charakterschuld“ in Form der „Lebensführungsschuld“ nach v. Bar⁵⁵³, die auf immer wiedergekehrte, aber punktuelle Fehler oder Unterlassungen der Charakterbildung, also Zeitpunkte im Vorleben des Täters vor dem Eintreten des rechtswidrigen Erfolges, zurückgreift. Ein Unterlassen, sich bestimmte charakterliche Dispositionen anzueignen, ist nicht zu jedem beliebigen Zeitpunkt vor Vollendung der Tat als ein tatbestandsmäßiges Verhalten zu qualifizieren. Hier fehlt es zumeist an der Pflicht zur Vermeidung konkreter rechtswidriger Folgen. Es wird zu diesen Zeitpunkten nicht erwartet, dass sich jemand charakterlich ausbildet im Hinblick auf rechtswidrige Folgen des Ausbleibens einer solchen Selbsterziehung.⁵⁵⁴ „Lebensfüh-

⁵⁵⁰ Vgl. Frisch, a.a.O.

⁵⁵¹ Vgl. Frisch, a.a.O., S. 139 f.

⁵⁵² Vgl. Hruschka, Strafrecht nach logisch - analytischer Methode, 1988, S. 4, Neumann in: ZStW 99, S. 574 f.

⁵⁵³ Vgl. unter a) aa) (1).

⁵⁵⁴ Vgl. Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 190; 195. Nur nebenbei angemerkt sei hier das besondere Beweisproblem: Es ist ausgeschlossen, die entscheidenden charakterbildenden Versäumnisse in der Wissensaneig-

„Lebensführungsschuld“ und Begehung der Tat fallen hier auseinander, weil die Schuld zu einem Zeitpunkt vorliegen soll, da keine Tat begangen wird.⁵⁵⁵ Es handelt sich um eine Konstruktion des „Vorverschuldens“, die den Täter wie nach der Idee der *actio libera in causa* (im folgenden auch a.l.i.c.), einer bei Schuldunfähigkeit zum Zeitpunkt der Tat aufgrund „freiwilliger“ Trunkenheit jedenfalls anerkannten Rechtsfigur, auch wegen solcher *zurückliegenden* Verhaltensweisen zur Verantwortung zieht, welche in einem Zusammenhang mit der Tat stehen und für die der Täter ihrerseits verantwortlich ist.⁵⁵⁶

Ein „Koinzidenzprinzip“ wird nun aus unterschiedlichen Ansätzen gefolgert. Hruschka stützt sich auf sprachanalytische Gründe; er meint, eine vollständige Straftat werde so definiert, dass ein Verhalten *zugleich* tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft sei. Durch Sprache aber werde die Bedeutung von „Straftat“ erst festgelegt. Eine nicht schuldhaft begangene *Straftat* sei also gar nicht als sinnvoll denkbar.⁵⁵⁷ Selbst wenn dieser Ansatz zugrunde gelegt wird, folgt daraus wohl noch nicht, dass das Schuldkriterium auch zum Zeitpunkt des Unrechts vorzuliegen habe. Bei Annahme einer „Lebensführungsschuld“ wird dem Täter die Verursachung des rechtswidrigen Erfolges durch die Tathandlung ebenso *als schuldhaft* zugerechnet, nur dass es dafür auf ein zurückliegendes Verhalten des Täters ankommt.⁵⁵⁸ Andere Ansätze folgern ein *Prinzip* der Tat – Schuld – Koinzidenz aus dem Schuldprinzip, ohne dafür allerdings deutliche Argumente darzulegen.⁵⁵⁹

Fragt man, anders gewendet, ob es mit dem Schuldprinzip vereinbar sei⁵⁶⁰, auch ohne eine Tat – Schuld – Koinzidenz zu strafen, so sind die Anforderungen des Schuldprinzips an strafrechtliche Schuld auf die entsprechenden Fälle zu übertragen.⁵⁶¹ Die Betrachtung ist also einzelfallabhängig.

Im Fall des Vorverschuldens muss die restriktive Funktion des Schuldprinzips dann eben auch zu dem vorverlegten Zeitpunkt zur Verfügung stehen⁵⁶² Das

nung und Disziplinierung aus der Lebensgeschichte des Täters im Prozess zu lokalisieren, geschweige denn nachzuweisen. (Arth. Kaufmann, a.a.O.)

⁵⁵⁵ Vgl. Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 157, Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 326 ff., Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, S. 93.

⁵⁵⁶ Vgl. dazu und zu den Leitgedanken des „Vorverschuldens“ ausführlicher zu den Fahrlässigkeitskonstruktionen unter III. 4. c).

⁵⁵⁷ Hruschka, Strafrecht nach logisch – analytischer Methode, S. 4 ff.; 407 ff. in: JuS 1982, S. 317 f. mit Fn 2. Hruschka benutzt den Begriff „Simultaneitätsprinzip“.

⁵⁵⁸ Vgl. Jerouschek/ Kölbel in: JuS 2001, S. 417 f.

⁵⁵⁹ Vgl. E. Horn in: GA 69, 290 f., Paeffgen in: ZStW 97, S. 521 f., Krümpelmann in: GA 83, S. 354 ff.

⁵⁶⁰ Auf eine Verletzung des Gesetzlichkeitsprinzips des Art. 103 II GG ist hier im Gegensatz zu den Fällen fehlender Schuldunfähigkeit zum Tatzeitpunkt nicht einzugehen. Denn für die Schuldvoraussetzungen schlechthin gibt es keine gesetzliche Bestimmung wie in § 20 StGB, die deren Vorliegen „bei Begehung der Tat“ vorschreibt.

⁵⁶¹ Ähnlich Jerouschek/ Kölbel, a.a.O., S. 422 m. w. Nachw., Rudolphi in: FS für Henkel, 1974, 207.

⁵⁶² Ähnlich Stratenwerth in: GA 1985, S. 499, nur dass dieser ein anderes Schuldkriterium als hier vertritt: Es genügt die Vorhersehbarkeit der Tat zu dem betreffenden Zeitpunkt.

Schuldkriterium hat gerade dann *mit Bezug auf die Tat* vorzuliegen.⁵⁶³ Dies scheint jedenfalls für eine „Lebensführungsschuld“ äußerst problematisch zu sein. Das Unterlassen der Selbsterziehung ist in den seltensten Fällen mit einer Vorstellung von der konkreten rechtswidrigen Tat verbunden. Wenn die Dinge so stehen, ist ein Auseinanderfallen von Unrecht und Schuld nicht mit dem Schuldprinzip zu vereinbaren.⁵⁶⁴

ff) Ergebnis zum Schuldbegriff

Im Ergebnis kann als Schuldkriterium festgehalten werden: *die Vorstellung des Täters als hinreichend wahrscheinlich, dass das eigene Handeln oder Unterlassen eine Tat (strafrechtliches Unrecht) bedeute oder verursachen werde*. Bei Erfolgsdelikten heißt dies genauer die entsprechende Vorstellung des Täters, dass das eigene Verhalten einen rechtswidrigen Erfolg zur Folge haben werde.⁵⁶⁵ Hierin ist das maßgebliche Kriterium dafür zu sehen, dass dem Täter die Tat als schuldhaft zugerechnet werden darf. Man kann aus den genannten Gründen auch sagen, die Tat sei dem Täter besonders aufgrund dieses Kriteriums „vorwerfbar“. Das Schuldkriterium muss nicht zwingend zeitgleich mit dem Unrecht vorliegen.

⁵⁶³ Diese Erwägung lässt Roxin (Strafrecht AT Band I, § 20, Rn 58) beispielsweise erst gar nicht zu: Zum vorverlegten Zeitpunkt fehle es an einer Verbindung zum Unrecht; der Täter weise dann nur eine „frei schwebende“ fehlerhafte Gesinnung auf.

⁵⁶⁴ Dazu näher in Verbindung mit dem Grundgedanken des Vorschuldens zur Fahrlässigkeitsschuld. Die „Lebensführungsschuld“ ist gerade auf die Fälle der Fahrlässigkeit zugeschnitten. Hier werden auch weitere a.l.i.c. - Konstruktionen vertreten. (Unter III. 4. c).)

⁵⁶⁵ Vgl. im Ergebnis die Position v. Almendingens, der allerdings keine Aussage über den hinreichenden Grad von Wahrscheinlichkeit der Vorstellung macht.

III. Fahrlässigkeitsschuld

Vor dem Hintergrund der dargestellten Auffassungen zu Schuldprinzip und Schuld, ihrer Diskussion und der Begründung eines Schuldbegriffs soll nun die Fahrlässigkeitsschuld in den Blick genommen werden. Zu diesem Zweck wird unter 1. der Begriff „Fahrlässigkeit“ eingeführt; dann werden unter 2. die Konzeptionen für eine Schuld der Fahrlässigkeit auseinandergesetzt und unter 3. die Auffassungen dargelegt, die sich gegen eine solche Schuld aussprechen. Zur Übersicht werden diese Lehren zunächst sämtlich dargestellt, bevor sie kritisch zu würdigen sind. Die Darstellung gliedert sich nach den verwendeten Zurechnungskriterien.

Unter 4. folgt die Diskussion der Fahrlässigkeitsschuld. Die dargestellten Lehren werden hierbei mit der in Abschnitt II. zu Schuldprinzip und Schuld bestimmten Position verglichen. Die Entwicklung des Schuldbegriffs aus den Funktionen des Schuldprinzips hat die wesentlichen Argumente für einen bestimmten Schuldbegriff bzw. ein Schuldkriterium geliefert. Dabei ist auch deutlich geworden, welcher Kritik verschiedene Schuldlehren ausgesetzt sind. Die Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld werden an dieser Argumentation gemessen. Neben den Maßgaben, die das Schuldprinzip der Fahrlässigkeitsschuld vorgibt, sind in der Diskussion spezifische interne Unstimmigkeiten der Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld zu thematisieren.

Unter 5. schließlich wird kritisch zur Fahrlässigkeitsschuld Position bezogen.

1. Was ist Fahrlässigkeit?

a) Charakter der Fahrlässigkeit

Fahrlässigkeit wird im Wesentlichen durch die Verletzung von Verhaltensanforderungen („Verletzung einer Sorgfaltspflicht“, „Überschreitung des erlaubten Risikos“) und/ oder durch eine Potentialität („Vorhersehbarkeit der Tat“, „Vermeidbarkeit der Tat“) charakterisiert.⁵⁶⁶ Die weit verbreitete Bezeichnung fahrlässigen Verhaltens als „sorgfaltswidrig“ ist mangels einer Definition von Fahrlässigkeit im Strafgesetzbuch an § 276 I Satz 2 BGB angelehnt. Das Gesetz macht nur insofern Vorgaben für den Begriff der Fahrlässigkeit, als ein Täter sich nach § 16 I S. 1 StGB wegen fahrlässiger Tatbegehung strafbar machen kann, wenn er die Tatumstände nicht kennt (Tatbestandsirrtum). Dass fahrlässiges Verhalten jedenfalls teilweise keinen auf eine Tat, d. h. bei fahrlässigen Erfolgsdelikten keinen auch auf den rechtswidrigen Erfolg bezogenen intentiona-

⁵⁶⁶ Vgl. Duttke, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, S. 40 - 108.

len mentalen Zustand aufweist, macht die Schwierigkeit dabei aus, Fahrlässigkeit als Schuld zu erfassen. Wie versucht wird, diese durch dogmatische Konstruktionen zu überwinden, soll unter 2. dargelegt werden.

b) Fahrlässigkeit als Form des Unrechts und der Schuld

Die Frage, in welche Verbrechenskategorie(n) die Fahrlässigkeit eingeordnet wird, hängt zusammen mit den Verbrechenslehren, die Vorsatz und Fahrlässigkeit unterschiedlich lokalisieren: als Elemente des Unrechts und/ oder als Elemente der Schuld. In den frühen Lehren von der Zurechnung ist es selbstverständlich, Vorsatz und Fahrlässigkeit als Schuldformen zu betrachten. Die Lehre von der objektiven Zurechnung und Welzels finale Handlungslehre ordnen Vorsatz und Fahrlässigkeit *auch* oder, so die finale Handlungslehre, *nur* dem Unrecht zu.⁵⁶⁷ Auf die Hintergründe der Unterscheidung ist im Rahmen dieser Arbeit allerdings nicht um ihrer selbst willen weiter einzugehen. Entscheidend sind hier nur die verschiedenen Schuldkriterien für fahrlässige Taten. Die Frage der dogmatischen Einordnung von Fahrlässigkeit spielt hier also nur insofern eine Rolle, als bereits der Ausschluss von Vorsatz und Fahrlässigkeit aus dem Schuldtatbestand dazu führt, dass kein auf die Tat bezogener mentaler Zustand Schuldkriterium sein kann, wie es sich bei der „rein“ normativen Schuldlehre als Konsequenz der finalen Handlungslehre beobachten lässt. Ein solches Vorgehen beseitigt Probleme dabei, fahrlässiges Verhalten unter einen Schuldbegriff zu fassen.

Unter „Fahrlässigkeit“ wird im Folgenden das Abweichen eines Verhaltens von einem rechtlichen Verhaltensmaßstab verstanden, soweit in den Fahrlässigkeitslehren nichts anderes erwähnt wird, und unter „fahrlässig“ das rechtliche Prädikat eines Verhaltens. Davon ist das jeweils verwendete Schuldkriterium für fahrlässige Taten als „Fahrlässigkeitskriterium“ zu abstrahieren.

⁵⁶⁷ Vgl. dazu Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, S. 564.

c) Sorgfaltsmaßstäbe

Welche Sorgfalt vom Täter verlangt wird, bestimmt sich nach unterschiedlichen Maßstäben. Meistens wird ein objektiver Maßstab im Unrecht und ein subjektiver Maßstab nur dann angelegt, wenn Fahrlässigkeit als Schuldmerkmal verwendet wird, doch besteht darüber nicht vollständige Einigkeit. Der objektive Sorgfaltsmaßstab ist die Erwartung an das Verhalten eines Menschen mit durchschnittlichen Kenntnissen und Fähigkeiten. Es ist strittig, ob der Maßstab durch das überdurchschnittliche Potential des Täters ergänzt werden darf.⁵⁶⁸ Als subjektiver Sorgfaltsmaßstab gilt die Erwartung an das Verhalten des Täters bei Berücksichtigung seiner individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse.⁵⁶⁹ Gestritten wird auch darüber, ob zwischen einer äußeren und einer inneren Sorgfalt unterschieden werden soll, wobei die äußere Sorgfalt in einem äußeren Handeln, die innere in mentalen Prozessen zu sehen sein soll.⁵⁷⁰

Diese Differenzen sollten hier nur angerissen und nicht isoliert erörtert werden. Die jeweils verwendeten Maßstäbe sind im Folgenden zu behandeln, soweit sie für die Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld Relevanz haben.

d) Bewusste und unbewusste Fahrlässigkeit

In weiten Teilen der Literatur und in der Rechtsprechung wird in Abhängigkeit davon, ob der Täter bei der Tat eine gewisse Vorstellung von der Tat hatte oder nicht, zwischen *bewusster* und *unbewusster* Fahrlässigkeit differenziert, allerdings auf unterschiedliche Weisen. Hier sei die gängigste Unterscheidung für fahrlässige Erfolgsdelikte angegeben, die auf der Willenstheorie zur Abgrenzung zwischen Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit beruht. Die für diese Arbeit wesentlichen Abweichungen davon, welche größtenteils aus der Vorstellungstheorie folgen, sind unter 2. zu erwähnen.

Bewusste Fahrlässigkeit wird angenommen, wenn der Täter es zwar für möglich hält, den rechtswidrigen Erfolg zu verursachen, jedoch infolge der Verletzung der gebotenen Sorgfalt, d. h. infolge der Unterlassung, die Sachlage sorgfältig einzuschätzen, z. B. aufgrund der Unterschätzung des Grades der Gefahr, dass der Erfolg eintreten werde, der Überschätzung der eigenen Kräfte, den Erfolg zu

⁵⁶⁸ Vgl. Roxin, Strafrecht AT Band I, § 24 Rn 53 ff.

⁵⁶⁹ Jescheck/ Weigend, a.a.O., S. 594.

⁵⁷⁰ Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, § 19, Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 59 - 65.

verhindern, oder einfach in der Hoffnung auf sein Glück, darauf vertraut, dass er den Erfolg nicht verursachen werde.⁵⁷¹

Unbewusste Fahrlässigkeit hingegen bedeutet, dass der Täter infolge einer Verletzung der gebotenen Sorgfalt nicht an die Möglichkeit denkt, dass er den rechtswidrigen Erfolg verursachen könnte.⁵⁷²

e) Rechtsfahrlässigkeit

Unter „Rechtsfahrlässigkeit“ wird eine Fahrlässigkeit verstanden, bei der nicht das Wollen (und Wissen) der Tatumstände als Sachverhalt, sondern allein das Unrechtsbewusstsein fehlt, die also auch bei absichtlicher Verursachung der Tatumstände vorliegen kann. Sie wird durch Autoren eingeführt, die das Unrechtsbewusstsein zum Vorsatz zählen. Teilweise wird sie auch als „unbewusste Fahrlässigkeit“ aufgefasst.⁵⁷³

⁵⁷¹ Jescheck/ Weigend, a.a.O., S. 568, RGSt 56, 343 (349); 58, 130 (134). S. auch die nicht Gesetz gewordene Legaldefinition des E 1962, § 18, die vergleichbar ist mit der Definition Franks in: Kommentar zum RStGB, 11.-14. Auflage 1919, zu § 59 VIII.

⁵⁷² Jescheck/ Weigend, a.a.O., RGSt, a.a.O., E 1962, § 18. Vgl. Frank, a.a.O.

⁵⁷³ Engisch, a.a.O., S. 400.

2. Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld

Zur Schuld bei Fahrlässigkeit sind bislang eine Vielzahl von Lehren entwickelt worden. Der Klarheit wegen bietet es sich an, diese Lehren unter drei Parametern zu betrachten, die an dem oben begründeten Schuldkriterium abgelesen werden können: Erstens sind jeweils von Interesse die psychischen Zustände innerhalb von Fahrlässigkeitskriterien und die nicht psychischen Momente, welche Fahrlässigkeitskriterien stattdessen ausmachen. Zweitens ist entscheidend, worauf sich die psychischen Zustände und die anderen Momente jeweils beziehen, und drittens, zu welchem Zeitpunkt das jeweilige Fahrlässigkeitskriterium vorliegen muss.

Im Hinblick auf diese Parameter der Fahrlässigkeitskriterien sollen die Fahrlässigkeitslehren im Folgenden dargestellt werden. Einige Lehren mögen verschiedenen Kriterien zugeordnet werden können⁵⁷⁴, so dass hier ein Schwerpunkt gebildet wird.

Viele Kriterien sind so konstruiert, dass sie, wie Binding metaphorisch bemerkt, durch die „Jagd nach dem Vorsatz in der Fahrlässigkeit“⁵⁷⁵ motiviert erscheinen. Besonders Exner, der sich bereits 1910 um die Analyse und Kritik der Fahrlässigkeitsschuld äußerst verdient gemacht hat, erkennt, dass einige Autoren von dem „Dogma“ einer Willenschuld ausgehen und zeigt, wie dieses sich auf die Fahrlässigkeitskriterien auswirkt.⁵⁷⁶ Für Exner gruppieren sich die Lehren zur Fahrlässigkeitsschuld um die vier Theorien aus dem 18. und 19. Jahrhundert von Stübel, Feuerbach, Klein und v. Almendingen, welche leitende Gedanken für spätere Lehren beinhalten, die auf eine Schuld des Willens oder Wissens zurückgreifen. Dies gilt auch über Exners Zeit hinaus. Wie nicht verwundern wird, spielen in den Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld besonders Normativismen, Negationen und Potentialitäten eine Rolle, die das Fehlen des Wollens der Tat oder des Wissens um die Tat kompensieren sollen. Es wird deutlich werden, dass einige Schuldlehren entsprechende Kriterien gerade mit dem Motiv verwenden, die Fahrlässigkeit als Schuld zu erfassen.

Die folgende Darstellung geht nicht auf sämtliche Äußerungen von Autoren zur Fahrlässigkeitsschuld ein, sondern lediglich auf Lehren, die für die jeweiligen Kriterien als beispielhaft erachtet werden.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ Vgl. Exner, a.a.O., S. 58.

⁵⁷⁵ Binding, Normen IV, S. 328.

⁵⁷⁶ Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, S. 12 f.

⁵⁷⁷ Für weitere Literaturnachweise zur Fahrlässigkeitsschuld aus der intensiven älteren Diskussion sei auf die Monographien von Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, Mohrmann, Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1929, Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930,

a) „Willensschuld“

Der Wille wird in den Schuldlehren, wie bereits gesehen, ganz unterschiedlich definiert. Die Fahrlässigkeitskriterien lassen sich zwei grundlegend verschiedenen Willensbegriffen zuordnen: dem „Wollen“ und dem „Willensvermögen“. Unterschieden werden kann zwischen dem Kriterium des positiven Willens, genauer des Wollens, und dem der Unterlassung eines Wollens, auch dargestellt als Fehler des „Willensvermögens“.

aa) *Wollen*

Mit „Wollen“ ist in den folgenden Theorien ein auf ein bestimmtes Objekt gerichteter Wille gemeint.⁵⁷⁸

(1) Wollen des rechtswidrigen Erfolges

(1.1) Hegelianer

Die Hegelianer zielen darauf ab, die Fahrlässigkeit in das System der strafrechtlichen Zurechnung einzubeziehen, obwohl Hegel selbst dies in seiner Rechtsphilosophie ablehnt.⁵⁷⁹ Die „notwendig“ mit der gewollten Handlung verbundenen Folgen, die Hegel ebenfalls als „gewollt“ versteht, werden hier vom Vorsatz erfasst. Demgegenüber werden die nicht notwendigen Handlungsfolgen nicht als „gewollt“ betrachtet und fallen nicht in den Bereich des Zurechenbaren, sondern sind nicht willentlicher Zufall. Da es ein Zurechnungskriterium neben dem freien Willen bei Hegel nicht gibt⁵⁸⁰, begründet die Fahrlässigkeit hier kein strafbares Verbrechen, sondern strafloses, nur zu Schadensersatz verpflichtendes bürgerliches Unrecht.⁵⁸¹

Die Hegelianer nun sehen in der Fahrlässigkeit zwar einen Mangel an gutem Willen, doch genüge dieser nicht als Fahrlässigkeitskriterium; dazu bedürfe es eines positiven Willens. Für die Willensschuld müsse der Wille sich auf das Tadelnswerte, d. h. den verbrecherischen Erfolg, beziehen.⁵⁸² Daher versuchen einige Hegelianer entgegen Hegels Lehre nachzuweisen, dass der fahrlässige Täter den rechtswidrigen Erfolg seines Handelns wolle. Von einem „Wollen des Erfolges“ wird jedoch nicht direkt gesprochen, sondern die rechtswidrige Tat wird

und Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1976, verwiesen, auf welche sich auch die neuere Literatur noch bezieht.

⁵⁷⁸ Mohrmann, a.a.O., S. 11.

⁵⁷⁹ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, nach Holl, Entwicklungen der Fahrlässigkeitsdogmatik im Strafrecht, S. 57.

⁵⁸⁰ Vgl. zu Hegels Schuldlehre unter 2. a) aa) (1).

⁵⁸¹ Hegel, a.a.O., nach Holl, a.a.O., S. 46.

⁵⁸² Vgl. bei Exner, a.a.O., S. 27.

auf verschiedene Weise mit dem Willen des Täters in Verbindung gebracht und infolge dieser Verbindung als irgendwie „gewollt“ dargestellt.⁵⁸³

Michelet setzt den ersten für die Hegelianer charakteristischen Gedankengang um⁵⁸⁴: Der fahrlässige Täter habe zwar den Erfolg nicht gewollt, aber die „reale Möglichkeit“ des rechtswidrigen Erfolges, da er die Handlung gewollt habe und diese eine Bedingung des Erfolges darstelle. Unter „realer Möglichkeit“ oder „Bedingung“ eines Ereignisses verstehen die Hegelianer etwas Tatsächliches, das irgendwie zu dem Ereignis, so dem Erfolg, gehört.⁵⁸⁵ „Weil die reale Möglichkeit einer Rechtsverletzung aber die eine wesentliche Seite einer Rechtsverletzung ist; so enthält der Entschluss zu jener Bedingung eines Verbrechens selbst ein Verbrechen.“⁵⁸⁶ Mangels einer vollständigen Kongruenz zwischen Willensinhalt und Tat habe der Täter den *Erfolg* „gleichsam teilweise gewollt“. Weil der Erfolg so auf den Willen zurückgeführt werden könne, wird er dem Täter als schuldhaft zugerechnet.⁵⁸⁷ Anders als Michelet unterscheidet Köstlin zwischen „Luxuria“, zu verstehen als bewusste Fahrlässigkeit, und „Fahrlässigkeit“, welche nur die unbewusste Fahrlässigkeit erfasst. Nur bei der Luxuria erkenne und wolle der Täter die *reale Möglichkeit* des Erfolgseintritts. Bei Fahrlässigkeit kenne und wolle der Täter nur die *Bedingung* des Erfolges, wisse aber nicht, „was dieser Bedingung als realer Möglichkeit“ folge. Die Willensschuld wird hier explizit für das fahrlässige Delikt begründet: Weil „nur eine von vielen Bedingungen (der Tat, eigene Einf.)“ gewollt sei, würden sich Gewolltes und Tat nur teilweise entsprechen. Die *Tat* sei also nur *teilweise* zurechenbar und deshalb geringer zu strafen.⁵⁸⁸

Einem zweiten Ansatz zufolge, den Hälschner vertritt, führt das Wollen der gefährlichen Handlung, ungeachtet der Kenntnis von der Gefahr, dazu, dass der Fahrlässige den Erfolg als Folge der gefährlichen Handlung „mittelbar in den Willen“ einschließe.⁵⁸⁹

In einem gewissen Sinne will der fahrlässige Täter bei den Hegelianern also auch die rechtswidrige Tat, wenn auch nicht wie beim Vorsatz. Entweder soll mit der Möglichkeit oder Bedingung des Erfolges ein Teil des rechtswidrigen Erfolges oder der Tat gewollt sein, woraus für die Zurechnung der Tat unterschiedliche Konsequenzen gezogen werden, oder in dem Wollen der Handlung, die der Täter nicht notwendigerweise als Bedingung des Erfolges identifiziert,

⁵⁸³ Exner, a.a.O., S. 64.

⁵⁸⁴ Exner, a.a.O., S. 28.

⁵⁸⁵ Radbruch, Rechtsphilosophie, 1970, S. 103, Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts, 1845, S. 228.

⁵⁸⁶ Michelet, System der philosophischen Moral, 1828, S. 71.

⁵⁸⁷ Michelet, a.a.O.

⁵⁸⁸ Exner, a.a.O., S. 29, über Köstlin, a.a.O.

⁵⁸⁹ Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht I, 1881, S. 313; 316, Preußisches Strafrecht I, 1858, S. 158.

wird ein indirektes Wollen des Erfolges selbst gesehen.⁵⁹⁰ Man kann hier von einer doppelten Zurechnung sprechen: erstens des Erfolges zum Willen des Täters (was die Konstruktion eines Willens zum Erfolg bedeutet) und zweitens des Erfolges zur Schuld des Täters, weil er diesen “will”.

(1.2) Der „Willensinhalt“ bei Baumgarten

Baumgarten, der den Schuldvorwurf auf Grundlage der Vergeltungstheorie an den indeterminierten Willen des Täters knüpft, stützt sich nur für *bewusste Fahrlässigkeit* auf einen Willen zum rechtswidrigen Erfolg.⁵⁹¹ Denn Baumgarten bezeichnet als „Willensinhalt“ sämtliche Vorstellungen des Täters, durch die er sich anders hätte bestimmen lassen sollen. Dies gelte jedenfalls für den ethisch-juristischen Willen, weil der Wille des Täters zur Tathandlung bei Vorliegen dieser Vorstellungen als vorwerfbar zu werten sei.⁵⁹² Eben deshalb wird dem Willen ähnlich wie bei der eben genannten hegelianischen Konstruktion der Erfolg „zugerechnet“.

(1.3) Bindings unbewusstes Wollen

Die Schuldarten Vorsatz und Fahrlässigkeit beschreibt Binding vor *normentheoretischem Hintergrund* folgendermaßen: Da die Norm den Zweck habe, Rechtsgüter zu schützen⁵⁹³, erhebe sie an den Einzelnen die Forderung, seine Handlungen so einzurichten, dass eine Schädigung rechtlich geschützter Güter ganz vermieden werde.⁵⁹⁴ Binding sieht in jeder Norm neben dem primären Imperativ ein sekundäres Gebot zur Anspannung des Denkvermögens, eine Aufmerksamkeitspflicht, als “sekundäre Pflicht”.⁵⁹⁵ Der Unterschied zwischen vorsätzlichem und fahrlässigem Handeln bestehe in der Beachtung des Aufmerksamkeitsgebots. Es wolle jemand etwas Widerrechtliches, nachdem er es als solches erkannt, somit das Aufmerksamkeitsgebot erfüllt hat, oder er wolle es, ohne seiner Widerrechtlichkeit bewusst geworden zu sein. Letzteres eben deshalb, weil er das Aufmerksamkeitsgebot nicht erfüllt habe.⁵⁹⁶ Die zweite Variante meint die Fahrlässigkeit.

Nach Binding will der Fahrlässige also die Tat einschließlich des rechtswidrigen Erfolges „*unbewusst*“. Binding kann das Schuldkriterium für die beiden

⁵⁹⁰ Exner, a.a.O., S. 63.

⁵⁹¹ Baumgarten, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1913, S. 118.

⁵⁹² Baumgarten, a.a.O., S. 128 ff.

⁵⁹³ Binding, Normen I, S. 51 ff.

⁵⁹⁴ Binding, Normen I, S. 53 f.

⁵⁹⁵ Binding, Normen II 1, S. 235 f., Normen IV, S. 505.

⁵⁹⁶ Binding, Normen II 1, S. 337 ff.

Schuldarten Vorsatz und Fahrlässigkeit⁵⁹⁷ aufgrund seines Willensbegriffs in einem *rechtswidrigen Wollen* sehen: Vorsatz und Fahrlässigkeit unterscheide nicht der Wille zur Tat, sondern „allein das den schuldhaften Willen begleitende Bewusstsein“. Während Vorsatz der „bewusst rechtswidrige Wille“ zur Tat sei, wird Fahrlässigkeit durch den „unbewusst rechtswidrige(n) Wille(n)“ zur Tat gekennzeichnet.⁵⁹⁸ Das Vorsatz und Fahrlässigkeit unterscheidende Bewusstsein erfasst den die Tat begründenden Sachverhalt und das Verbotensein dieses Sachverhalts. Bindings oben dargestelltem Willensbegriff⁵⁹⁹ zufolge bedeutet Vorsatz dann das *Verursachen* der Tat durch ein willentliches Verhalten des Täters, wobei sich der Täter die Tat als möglich vorstellen muss.⁶⁰⁰ Dem fahrlässigen Täter demgegenüber fehle bei der Verursachung der Tat eben diese Vorstellung, so dass er die Tat *unbewusst* wolle.

Binding erhält durch die Verwendung seines Willensbegriffs eine konsistente Fassung von Vorsatz und Fahrlässigkeit als Schuldarten. Selbst der unbewusst fahrlässige Täter will aufgrund des Fahrlässigkeitskriteriums des „unbewussten Willens“ den Erfolg. Dass die Konstruktion des Willensbegriffs auf die Erfassung der Fahrlässigkeit unter demselben Schuldkriterium wie der Vorsatz zugeschnitten ist, zeigt sich deutlich: Anstatt das fahrlässige Verbrechen nur als ein „durch Willensverwirklichung Verursachtes“ zu bezeichnen, zieht Binding es vor, sowohl vorsätzliche als auch fahrlässige Taten als „gewollt“ zu titulieren. In Bindings Rhetorik ausgedrückt: „Warum soll man die Kinder desselben Vaters nicht gleichmäßig nach ihm nennen dürfen?“⁶⁰¹

(1.4) Kelsens juristischer Wille

Auch *Kelsen* zufolge will der Fahrlässige die Tat, wenn der Wille als eine juristische Zurechnungskonstruktion erfasst wird.⁶⁰²

Nur unter der Voraussetzung, dass am strafrechtlichen Willensdogma festgehalten werde, sei ein juristisch konstruierter Wille zur Tat erforderlich. Eigentliches Fahrlässigkeitskriterium ist aber gemäß Kelsens Schuldtheorie die Normwidrigkeit eines Sachverhalts.⁶⁰³

⁵⁹⁷ Diese bilden allerdings nur Strafbarkeitsmerkmale, da jede Norm fahrlässige wie vorsätzliche Übertretungen gleichermaßen verbietet und die Unterscheidung verschiedener Schuldarten nur für die Strafbarkeit von Bedeutung ist. (Binding, Normen I, S. 200.)

⁵⁹⁸ Binding, Normen II 1, S. 325 f.

⁵⁹⁹ Vgl. unter II. 2. aa) (2.1).

⁶⁰⁰ Binding, a.a.O., S. 322.

⁶⁰¹ Binding, a.a.O., S. 314.

⁶⁰² Vgl. zu Kelsens Schuldlehre unter II. 2. a) aa) (2.3.4).

⁶⁰³ Vgl. unter e).

(2) Wollen der gefährlichen Handlung oder der Gefahr

In Stübel's Schuldlehre bezieht sich der Wille bei bewusster Fahrlässigkeit, die Stübel als „zweite Gattung des Vorsatzes“ versteht, nicht auf den rechtswidrigen Erfolg, sondern auf die gefährliche Handlung. Der Wille wird auch bezeichnet als Wunsch und Absicht. Dies bedeutet: Der Täter beabsichtige die Handlung, deren Gefährlichkeit er kenne.⁶⁰⁴ Für die Zurechnung wird, abgeleitet aus der Spezialprävention und der Theorie vom psychologischen Zwang, wenigstens vorausgesetzt, dass der Täter eine Handlung wolle, „bei welcher eine Rechtsverletzung als wahrscheinlich zu erwarten ist.“⁶⁰⁵ Dem Täter müsse bewusst sein, dass sein Handeln wahrscheinlich zu einer Gesetzesverletzung, d. h. zu einem rechtswidrigen Erfolg, führen werde, um als gefährlich und besserungsbedürftig zu gelten und sich gleichzeitig durch diese Vorstellung abschrecken lassen zu können.⁶⁰⁶ *Über das Kriterium des Willens* dürfe dem Täter streng genommen nicht der Erfolg selbst, sondern nur die erfolgsverursachende *gefährliche Handlung* zur Schuld zugerechnet werden: Nicht gewollte Folgen zuzurechnen, sei ein „Verstoß gegen die ersten Grundsätze des Criminalrechts“.⁶⁰⁷ Für die Zurechnung und Strafbarkeit der Handlungsfolgen spreche gleichwohl, dass die gefährlichen Handlungen nur bei Eintritt dieser Folgen, d. h. bei *Verletzung* von Rechtsgütern, unter Strafe gestellt worden seien. Sei nun die gefährliche Handlung „zurechnungsfähig und strafbar, so erscheine auch „die nachfolgende Tatsache des (...) Verbrechens strafbar“.⁶⁰⁸

Fällen, die zum Zeitpunkt der die Rechtsgutsverletzung verursachenden Handlung des Täters als *unbewusste* Fahrlässigkeit qualifiziert werden, versucht Stübel nun eine bewusste Gefährdung abzurufen: Wenn sich der Täter der Gefahr seiner Handlung nicht bewusst sei, komme es für die Zurechnung auf ein früheres bewusst gefährliches Verhalten des Täters an, auf dem das Fehlen des Gefahrbewusstseins beruhe.⁶⁰⁹ Stübel setzt eine Pflicht des Täters dazu voraus, aufmerksam zu sein und andere nicht zu verletzen. In den diese Pflicht verletzenden Handlungen oder Unterlassungen, und zwar Unterlassungen „äußerer Handlungen“ wie dem Erfragen von Informationen oder „innerer Handlungen“ wie der nötigen Aufmerksamkeit, liege selbst wieder eine *bewusste mittelbare Gefährdung*, wenn der Täter sich dessen bewusst sei, dass aus einem solchen

⁶⁰⁴ So auch Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, S. 78 f.

⁶⁰⁵ Stübel, Über gefährliche Handlungen in: Neues Archiv 1826, S. 278 f.

⁶⁰⁶ Vgl. im Ansatz auch schon oben unter II. 2. a) bb) (1) in Fn 206.

⁶⁰⁷ Stübel, a.a.O., S. 297 f.; 299.

⁶⁰⁸ Stübel, a.a.O., S. 298 f. Ähnlich erfasst Miricka (Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, 1903, S. 78 ff.) die bewusste Fahrlässigkeit ausdrücklich als Gefährdungsvorsatz, und zwar in Form von *Wissen und Wollen* (einschließlich des „eventuellen Wollens“) der „Verletzungsmöglichkeit“, und weist sie mit dem Verletzungsvorsatz der „bewussten Schuld“ zu.

⁶⁰⁹ Stübel, a.a.O., S. 279.

Verhalten eine gefährliche Handlung für das betreffende Rechtsgut folgen könne.

Das frühere gefährliche Handeln oder das Unterlassen *äußerer Handlungen* würden selbst zur rechtswidrigen Tat gehören,⁶¹⁰ hier wird durch Vorverlagerung des relevanten Zeitpunktes eine bewusste Fahrlässigkeit konstruiert. Die gefährlichen Handlungen betreffen die Fälle der so genannten „Übernahmefahrlässigkeit“, in denen der Täter bewusst eine Tätigkeit beginnt, die, wie er weiß, rechtswidrige Erfolge nach sich ziehen kann, weil er nicht dazu in der Lage sein wird, mögliche Rechtsgutsverletzungen bei Ausübung der Tätigkeit zu erkennen und zu vermeiden.

Das Unterlassen *innerer Handlungen* diene hingegen nur der Zurechnung der daraus folgenden gefährlichen äußeren Handlungen. Fahrlässigkeitskriterium ist also auch in den betreffenden Fällen unbewusster Fahrlässigkeit das Wollen eines gefährlichen Verhaltens.⁶¹¹ Die Konstruktion folgt hier deutlich dem Prinzip einer *actio libera in causa*: Durch ein gewolltes abstrakt gefährliches Verhalten wird ein Zustand verursacht, in dem der Täter die Gefahr, welche von der in diesem Zustand vorgenommenen Handlung ausgeht, nicht erkennt. Aufgrund des Willens dazu, sich in diesen als abstrakt gefährlich erkannten Zustand zu versetzen, werden die gefährliche Handlung und das durch sie Verursachte zugerechnet.⁶¹²

Für Stübel's Theorie bereitet Thon einen normentheoretischen Unterbau: „Das fahrlässige Delikt (...) besteht in der absichtlichen Übertretung eines Verbots gefährdender Handlungen“.⁶¹³ Diese Handlungen würden meistens erst unter der Bedingung der Verursachung eines Erfolges unter Strafe stehen. Verboten sei hier also die Gefährdung solcher Rechtsgüter, deren Verletzung unter Strafe stehe. Das Bestehen von Gefährdungsverboten wird vor allem damit begründet, dass gefährdende Handlungen unter Umständen als Versuch strafbar seien. Kannte der Täter aber das Gefährdende seiner Tathandlung nicht, wird auch bei Thon auf ein früheres gefährdendes Verhalten abgestellt. Die Normwidrigkeit ende erst dort, wo „verständigerweise“ nicht mehr von bewusster Gefährdung des durch das Verbot geschützten Rechtsguts die Rede sein könne.⁶¹⁴

⁶¹⁰ Stübel, a.a.O., S. 279 f.

⁶¹¹ Stübel, a.a.O., S. 280 ff. Kraus (in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform Band 9, 1912, S. 339) verweist für die unbewusste Fahrlässigkeit im Sinne einer Lebensführungsschuld auf ein der gefährlichen erfolgsverursachenden Handlung gegebenenfalls noch weiter vorgelagertes Unterlassen, „sich gewisse Fertigkeiten des Geistes und des Körpers anzueignen, wissend, dass damit die unbestimmte Gefahr einer unwillentlichen Unrechtsverwirklichung typischer Art verbunden ist.“ „Mit *dolus eventualis* und *indeterminatus* ist die Gefahr einer zukünftigen, unwillentlichen Unrechtsverletzung gewisser Art in Kauf genommen worden.“

⁶¹² Vgl. auch nachfolgend bei Feuerbach unter (3).

⁶¹³ Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, S. 78 f.

⁶¹⁴ Thon, a.a.O.

Auch nach der frühen psychologischen Schuldlehre Kohlrauschs bezieht sich die Schuld bei bewusster Fahrlässigkeit nicht auf die Verletzung eines Rechtsguts, sondern auf die Gefährdung des Rechtsguts. Der bewusst Fahrlässige habe sich den Erfolg nicht als notwendige Folge seines Handelns vorgestellt, sondern ihn nur für möglich gehalten; er gilt Kohlrausch deshalb nicht als „Bestandteil des Willens“. Gewollt habe der Täter hier nur die gefährliche Handlung. Obgleich Kohlrausch *aus generalpräventiven Gründen*⁶¹⁵ lediglich eine *Vorstellung* des Täters von der Tat als Schuldkriterium benötigen würde, folgert er aus normentheoretischen Erwägungen eine Willenschuld: Sämtliche strafrechtlichen Verbote und Gebote richteten sich an den Willen und könnten nur willentlich übertreten werden. In jeder Fahrlässigkeitsnorm sei deshalb ein Gefährdungsverbot enthalten. Denn “wenn alle Gebote und Verbote sich an den Willen richten, hier aber die Verletzung nicht zum Willensinhalt gehört, scheint (...) eine andere Auffassung dieser Gesetze (...) nicht möglich”⁶¹⁶. Der Eintritt des Erfolges sei bloße Strafbarkeitsbedingung.⁶¹⁷ Die Bezeichnung “Schuldarten” treffe also auf Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit gar nicht zu, da sie eigentlich “gleichermaßen schuldhaftige Übertretungen verschiedener Normen” darstellten.⁶¹⁸

An Kohlrausch angelehnt argumentiert auch Bockelmann von seinem nicht präventiv orientierten, sondern idealistisch geprägten Ansatz aus, nach dem sich der bewusst Fahrlässige durch den Entschluss zu einer riskanten, das geschützte Rechtsgut gefährdenden Handlung bewusst für das Unrecht entschieden habe. Auch in der Gefährdung liege deshalb Unrecht, weil “das Verbot der Rechtsverletzung (...), wie die Strafdrohung gegen Fahrlässigkeit zeigt, auch das Verbot einer nicht sozialadäquaten Gefährdung” des Rechtsguts enthalte.⁶¹⁹ Aus

⁶¹⁵ Vgl. zu dieser Schuldlehre Kohlrauschs im Ansatz unter II. 2. a) bb) (1) in Fn 206.

⁶¹⁶ Kohlrausch in: Aschrott, v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs Band I, 1910, S. 195 f.

⁶¹⁷ Kohlrausch, a.a.O., S. 197. Zustimmung Arth. Kaufmann (Das Schuldprinzip, S. 154), wenn auch nicht aus präventiven Motiven: Es fehle ohne einen Willen zum Erfolg eine “echte Schuldbeziehung zum Erfolg”, und der Eintritt des Erfolges sei nur objektive Bedingung der Strafbarkeit. Dass man erst strafe, nachdem ein Erfolg eingetreten sei, bedeute eine “billige Abmilderung der Strafbarkeit”.

Aus normentheoretischen Gründen kommt Zielinski ebenfalls zu dem Ergebnis, dass der Unrechtsgehalt der Fahrlässigkeitsdelikte in generell gefährlichen Handlungen bestehe. (Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 143.) Rechtsnormen seien Bestimmungsnormen, so dass der Handlungsunwert allein das Unrecht ausmache. Diese Normen enthielten an Menschen gerichtete Befehle und begründeten Pflichten, Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen. Zwischen dem Erfolg und der diese Pflicht verletzenden Unrechthandlung bestehe „keine unmittelbare Verbindung, die es dem Erfolgsunwert ermöglichte, auf das Unrecht Einfluss zu gewinnen“. (Zielinski, a.a.O., S. 173.) Da die Schuld sich nur auf das Unrecht beziehe, müsse der Erfolg, der aus präventiven Gründen Voraussetzung der Strafbarkeit sein soll, außerhalb der Schuld eingeordnet werden. (Zielinski, a.a.O., S. 205, S. 208 f.) Eine vergleichbare Auffassung vertritt E. Horn (Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 78 ff.; 99; 100 f.).

⁶¹⁸ Kohlrausch, a.a.O., S. 195 f.

⁶¹⁹ Kohlrausch, a.a.O., S. 213.

strafökonomischen Gründen stehe nur die Verletzung und nicht die Gefährdung unter Strafe.⁶²⁰

(3) Wollen eines sorgfaltswidrigen Verhaltens

Für Feuerbach ist Fahrlässigkeitskriterium das Wollen des sorgfaltspflichtverletzenden Verhaltens, ohne dass eine rechtswidrige Folge des Handelns angestrebt wird. Vorausgesetzt wird dabei, dass der Täter durch seine Handlungsweise die *“Verbindlichkeit zum gehörigen Fleiß, die obligatio ad diligentiam”* verletzt.⁶²¹ Diese *allgemeine Sorgfaltspflicht* verlangt ein Verhalten, durch das die Verursachung eines rechtswidrigen Erfolgs gegen die Absicht des Täters vermieden wird.⁶²² Entscheidend ist für die Bildung des Fahrlässigkeitskriteriums die Forderung der oben skizzierten Feuerbachschen Theorie vom psychologischen Zwang⁶²³, dass sich der Täter der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens bewusst zu sein habe: Der Täter muss danach erstens die allgemeine Sorgfaltspflicht abstrakt kennen. Zweitens muss er „in concreto seine Handlung dieser Verpflichtung subsumieren“, also wissen, dass sein eigenes Verhalten einen rechtswidrigen Erfolg bewirken könne und dass er bei seinem Verhalten zur Sorgfalt verpflichtet sei.⁶²⁴

Feuerbach unterscheidet zwischen „unmittelbarer“ und „mittelbarer“ Fahrlässigkeit. Bei der unmittelbaren Fahrlässigkeit, die mit bewusster Fahrlässigkeit gleichgesetzt werden kann, verletzt der Täter bewusst die Pflicht zur Unterlassung aller „äußeren Handlungen“, die „unmittelbar“ einen rechtswidrigen Erfolg verursachen können. Unmittelbare Fahrlässigkeit definiert Feuerbach denn auch als „die Begehung einer äußeren Handlung, mit dem Bewusstsein des Subjekts von dem Kausalzusammenhang derselben mit einem möglichen oder wahrscheinlichen gesetzwidrigen Erfolg.“⁶²⁵

Bei der mittelbaren Fahrlässigkeit, die der unbewussten Fahrlässigkeit entspricht, liege die Sorgfaltspflichtverletzung demgegenüber in der „*unterlassene(n) Reflexion*“.⁶²⁶ Dafür werden drei Varianten angeführt:

- (a) Der Täter unterlässt es, sich über das Strafgesetz seines Staates kundig zu machen. Es entstehe Fahrlässigkeit „aus Unwissenheit des Gesetzes“.
- (b) Der Täter reflektiert nicht genug und subsumiert seine Handlung nicht unter das Gesetz. Hier folge Fahrlässigkeit „aus Übereilung“.

⁶²⁰ Bockelmann/ Volk, Strafrecht AT, S. 167.

⁶²¹ Feuerbach, Betrachtungen über dolus und culpa, S. 208.

⁶²² Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 1847, S. 102; 110.

⁶²³ Vgl. zu Feuerbachs Schuldlehre unter II. 2. a) bb) (1).

⁶²⁴ Feuerbach, Betrachtungen über dolus und culpa, S. 214.

⁶²⁵ Feuerbach, a.a.O., S. 223.

⁶²⁶ Feuerbach, a.a.O., S. 220.

(c) Der Täter sieht mangels Reflexion nicht, dass seine Handlung einen rechtswidrigen Erfolg verursachen kann. Dem entspricht eine Fahrlässigkeit „aus Unbedachtsamkeit“.⁶²⁷

Infolge einer derartigen Sorgfaltspflichtverletzung ist sich der Täter nicht bewusst, dass die Handlung, die den rechtswidrigen Erfolg unmittelbar verursacht, gegen das Gesetz verstößt.

Um diese Konstellation dennoch mit der Theorie vom psychologischen Zwang in Einklang zu bringen, bemüht Feuerbach das Muster der *actio libera in causa*: Der Täter habe sich *freiwillig in einen Zustand der pflichtwidrigen Unaufmerksamkeit versetzt oder sich darin erhalten*, der dazu geführt habe, dass der Täter den drohenden rechtswidrigen Erfolg nicht erkannte und diesen verursachen konnte, ohne überhaupt daran zu denken.⁶²⁸ Dem Täter sei bekannt, dabei gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht zur Vermeidung rechtswidriger Erfolge zu verstoßen.⁶²⁹ Das fahrlässige Verbrechen stellt Feuerbach also dem in Trunkenheit begangenen gleich: Hier besteht zum Tatzeitpunkt keine Schuld, weil der Täter schuldunfähig, dort ist eine Schuld zu verneinen, weil der Täter unwissend ist.⁶³⁰ Damit setzt unbewusst fahrlässige Schuld den Willen zum Zustand der Unaufmerksamkeit voraus. Der Täter will hier, so ist Feuerbach wohl zu verstehen, ein unaufmerksames Verhalten an den Tag legen, von dem er weiß, dass es einen rechtswidrigen Erfolg verursachen könnte und deswegen sorgfaltspflichtwidrig ist.⁶³¹ Zu dem vorgelagerten Zeitpunkt des Unaufmerksamwerdens wird also ähnlich wie bei Stübel eine bewusste Schuld konstruiert.

Da das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens abschreckend auf den Täter wirken kann, ganz wie es der Theorie vom psychologischen Zwang entspricht, rechnet Feuerbach dem fahrlässigen Täter in beiden Varianten der Fahrlässigkeit den rechtswidrigen Erfolg über den Willen zu einem pflichtwidrigen Verhalten als schuldhaft zu.⁶³²

⁶²⁷ Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, S. 102 ff.

⁶²⁸ Feuerbach, a.a.O., S. 105 f.

⁶²⁹ Feuerbach, a.a.O., S. 102.

⁶³⁰ Vgl. Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, S. 19.

⁶³¹ Ähnlich liegt nach v. Buri (Ueber Causalität und Verantwortung, 1866, S. 15; 28 f.) Schuld bei der Fahrlässigkeit in dem „Willen, sich die nöthige Aufklärung (wozu v. Buri eine staatsbürgerliche Pflicht anerkennt, eigene Einfügung) der Verhältnisse“ nicht zu verschaffen.

⁶³² Feuerbachs Konstruktion des Fahrlässigkeitskriteriums lehnt sich für die unbewusste Fahrlässigkeit an v. Grolmanns Auffassung an. Entgegen einer freiwilligen Herbeiführung des Schadens wie beim Vorsatz werde bei Fahrlässigkeit nur der *Zustand* willentlich herbeigeführt, in welchem der rechtswidrige Erfolg ungewollt verursacht wird. (V. Grolmann, nach Exner, a.a.O., S. 14.) Schon Aristoteles behandelt die fahrlässige Verletzung analog mit der Verursachung eines Schadens im Zustand der schuldhaft zugezogenen Trunkenheit, also als *actio libera in causa*. (Loening, nach Exner, a.a.O., S. 91.)

Auch nach Noll, der das Fahrlässigkeitskriterium an der „*normativen Prävention*“⁶³³ ausrichtet, ist Fahrlässigkeitskriterium die Entscheidung des Täters für ein Verhalten, welches ein allgemeines Sorgfaltsgebot verletzt. Dieses Gebot soll verlangen, sich über die tatsächliche Situation zu vergewissern, um sich nach den strafrechtlichen Normen, die bestimmte Erfolge verbieten, richten zu können.⁶³⁴

Bierling wiederum ist bestrebt, die Haftung für Fahrlässigkeit durch eine normative Konstruktion auf den *freien Willen* des Täters zurückzuführen: „Die Übertretung der bestimmten Norm (...) wird *im Mangel eines direkten oder eventuell darauf gerichteten Willens* (eigene Markierung) dadurch zu einer schuldbaren, dass (...) der dem Delikt charakteristische Erfolg darauf zurückzuführen ist, dass der Übertretende ohne die ihm obliegende Sorgfalt handelte.“⁶³⁵ Dabei soll bereits die Verletzung der Sorgfaltspflicht eine selbständige Normverletzung darstellen und den Täter schon wegen der „*freiwilligen* (eigene Markierung) Nichtbeobachtung“ der Sorgfaltspflicht eine „allgemeine“ Schuld treffen, die auch auf die Verletzung einer anderen Norm durch die *Verursachung des rechtswidrigen Erfolges* bezogen wird: „Die an sich bereits mit der Nichtbeobachtung der pflichtmäßigen Sorgfalt gegebene allgemeine Schuld erlangt eine besondere konkrete Ausgestaltung, indem sie zur Übertretung einer weiteren spezielleren Norm hinführt, die eben darum dem Handelnden gleichfalls als Schuld angerechnet wird.“⁶³⁶

Köhler, der ebenso auch bei Fahrlässigkeit eine Willensschuld begründen möchte, versucht auch hier, den Willen des Täters mit dem rechtswidrigen Erfolg in Beziehung zu setzen. Es genügt Köhler hierzu als Fahrlässigkeitskriterium, dass sich der Täter gegen die *Anregung* zur Aufmerksamkeit entschieden hat und insofern den Zustand der Unaufmerksamkeit wollte.⁶³⁷

Für die bewusste Fahrlässigkeit bedeutet dies, dass infolge der Ablehnung „weiterer Beschäftigung mit der Schädigungsmöglichkeit im Bewusstsein die Vorstellung einer *konkreten* Verursachung des gedachten Schädigungserfolges *nicht* aufgetreten oder wenigstens im Augenblick der Entschließung zum Handeln nicht zurückgeblieben ist“.⁶³⁸ Für die unbewusste Fahrlässigkeit wird darauf hingewiesen, dass der Täter warnende Vorstellungen hatte, die *nahelegten*, dass mit dem Weiterhandeln die Gefahr einer Rechtsgutsverletzung verbunden sei.

⁶³³ Vgl. unter II. 2. bb) (2.2).

⁶³⁴ Noll, Ethische Begründung der Strafe, S. 226.

⁶³⁵ Bierling, Juristische Prinzipienlehre III, 1905, S. 312 ff.

⁶³⁶ Bierling, a.a.O., S. 314.

⁶³⁷ Köhler, Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1912, S. 83 ff.

⁶³⁸ Köhler, a.a.O., S. 107.

Hierdurch seien gewisse Spannungsgefühle im Täter ausgelöst worden, die dazu angeregt hätten, jene Vorstellungen näher zu prüfen.⁶³⁹ Diese Symptome für den rechtswidrigen Erfolg jedoch habe der Täter „in den Wind geschlagen“.⁶⁴⁰

(4) Fehlerhaftes Wollen eines Verhaltens

Einige Lehren greifen auf das Wollen der Handlung zurück, welchem ein negatives Wertprädikat beigelegt wird. Auf ein Bewusstsein von der Tat wird hier verzichtet.

V. Hippel geht aus von der „zweifellose(n) Lebens- und Rechtsauffassung, dass in der Fahrlässigkeit eine Schuld liege“.⁶⁴¹ Weil der Fahrlässige *pfllichtwidrig* gewollt habe, sei auch Fahrlässigkeit Willensschuld.⁶⁴² Die Bewertung des *Willens zur Handlung* gründet sich darauf, dass der Täter die nicht gewollten Folgen seiner Handlung hätte vermeiden können und sollen, dass er also „pflichtwidrig unvorsichtig“ den strafbaren Erfolg herbeigeführt habe. Bruck stellt in diesem Sinne fest, der Täter wolle bei aller Fahrlässigkeit handeln, um bestimmte Ziele zu erreichen, jedoch ohne die richtige Vorstellung von den Folgen seiner Handlung oder das Bewusstsein ihrer Rechtswidrigkeit. Das *Wollen der Handlung* sei objektiv rechtlich fehlerhaft und Zurechnungskriterium, „falls der kulpos Handelnde seiner Kapazität nach die richtige Vorstellung und das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu erzeugen imstande war“.⁶⁴³ Nach Allfeld wird dies für die bewusste Fahrlässigkeit dahin präzisiert, dass der Täter einen auf ein schuldloses Verhalten gerichteten Willen verfolge, obwohl ihn der Gedanke an mögliche schädliche Konsequenzen davon hätte abhalten sollen, und bei der unbewussten Fahrlässigkeit dahin, dass er diesen Willen betätige, obwohl er aus den ihm bekannten Umständen einen „Grund“ hätte entnehmen sollen, diejenige Sorgfalt anzuwenden, die den tatsächlichen Erfolg vermieden hätte.⁶⁴⁴

Maurach, der in „Schuld und Verantwortung“ eine „Willensschuld“ vertritt, für die es ihm ebenfalls nicht auf die Beziehung des Willens zum tatbestandlichen Erfolg ankommt, stellt darauf ab, dass eine bewusste Wahl des Täters für rechtlich fehlerhaft befunden wird, *weil er das Falsche gewählt habe*. Bei unbewuss-

⁶³⁹ Köhler, a.a.O., S. 94 f.; 97.

⁶⁴⁰ Köhler, a.a.O., S. 90. Ähnlich ansatzweise Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1874, S. 121.

⁶⁴¹ V. Hippel, Deutsches Strafrecht Band 2, 1930, S. 371.

⁶⁴² V. Hippel, Vergleichende Darstellung des deutschen und außerdeutschen Strafrechts, AT, Band III, 1908, S. 567 f.

⁶⁴³ Bruck, Zur Lehre der Fahrlässigkeit, 1888, S. 1 ff. Vgl. auch Kohler, zit. nach Mohrmann, Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit im Strafrecht, S. 32, Beling, Grundzüge des Strafrechts, 1912, S. 54.

⁶⁴⁴ Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1912, S. 154 f.

ter Fahrlässigkeit soll die falsche Wahl wiederum in dem “Verzicht” auf diejenige Konzentration liegen, welche ihm die „Erkenntnis des Wandels auf verbotenen Pfaden (...) vermittelt hätte.“⁶⁴⁵ Dies entspricht einem Wollen der Unaufmerksamkeit.

bb) Unterlassung des Wollens

Einige der hier darzustellenden Konzeptionen legen einen anderen Willensbegriff zugrunde als die bisher genannten Theorien. Der Wille wird hier, wie z. B. in der Schuldlehre Kleins⁶⁴⁶, als „Willensvermögen“ aufgefasst. Bei Anwendung dieses Willensbegriffs bedeutet das Kriterium der Unterlassung des Wollens einen Fehler des Willensvermögens.

(1) Unterlassung, die rechtlich gebotene Vermeidung der rechtswidrigen Tat zu wollen (sog. „negativ böser Wille“)

Klein kommt es darauf an, dass das Willensvermögen des fahrlässigen Täters dem rechtswidrigen Erfolg untätig gegenüber steht. Das Fahrlässigkeitskriterium, der “negativ- böse Wille”, wird auch verstanden als der „*Mangel des guten Vorsatzes*“, *sich so zu verhalten, dass Gesetzesverletzungen vermieden werden*. Hier fehlt es zwar an einem „böse(n) Entschluss“ bei Bewusstsein von der rechtswidrigen Tat, „aber es mangelt auch an einem guten“.⁶⁴⁷ Der Täter habe eben nicht ernsthaft eine Rechtsverletzung vermeiden wollen; ansonsten hätte er sich anders verhalten.⁶⁴⁸ Der fehlerhafte Nichtgebrauch des Willensvermögens, der Mangel eines Entschlusses, das Unrecht einschließlich des rechtswidrigen Erfolges zu umgehen, macht den Täter hier für die rechtswidrigen Folgen seines Tuns verantwortlich.⁶⁴⁹

(2) Unterlassung, die rechtlich gebotene Sorgfalt anwenden zu wollen

Nachdem Klein die „obligatio ad diligentiam“ von Feuerbach übernommen hat, beharrt er darauf, dass sie nicht bewusst verletzt werden müsse und auch hier das *Fehlen* des geforderten Wollens zur pflichtgemäßen Handlung oder zur Aufmerksamkeit genüge.⁶⁵⁰ Das „Willensvermögen“ wird dann also bei beiden Arten der Fahrlässigkeit mit der gebotenen Sorgfalt in Verbindung gebracht.

⁶⁴⁵ Maurach, Schuld und Verantwortung, 1948, S. 41 f.

⁶⁴⁶ Vgl. unter II. 2. a) aa) (1).

⁶⁴⁷ Klein, Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts, Archiv des Criminalrechts Band I Teil 2, 1796, S. 61.

⁶⁴⁸ So Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, S. 14.

⁶⁴⁹ Ebenso Berolzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Band 5, 1907, S. 67. Vgl. auch v. Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1904, S. 1125.

⁶⁵⁰ Dazu Exner, a.a.O., S. 19. Vgl. außerdem Rümelin, Das Verschulden im Zivil- und Strafrecht, 1909, S. 33 f., Krug, Dolus und Culpa, 1854, S. 51, Sturm, Die strafrechtliche Verschuldung, 1902, S. 30 ff.

In diesem Sinne legt Welzel dem Täter bei Fahrlässigkeit zur Last, dass er den Willen zu sorgfältigem Verhalten hätte haben können.⁶⁵¹ Dies bildet das Spiegelbild zu Wetzels Unrechtslehre, wonach Fahrlässigkeit als Attribut der Handlung darin besteht, dass der Täter eine auf ein bestimmtes Ziel gerichtete (finale) Handlung objektiv *sorgfaltswidrig* ausführt.⁶⁵² Unter Berücksichtigung von Wetzels Schuldlehre, die eine psychische Beziehung des Täters zur Tat mit dem Vorsatz ausschließt, liegt das eigentliche Fahrlässigkeitskriterium in dem *Ausbleiben des Willens* zu einer „sinngemäßen“ Selbstbestimmung zu sorgfältigem Verhalten. Bei *bewusster* Fahrlässigkeit ist der Wille des Täters zu ausreichender Berücksichtigung des rechtswidrigen Erfolges ausgeblieben, obwohl dem Täter diese möglich gewesen wäre.

(3) Unterlassung, sich selbst erziehen zu wollen

Der bei v. Bar für die unbewusste Fahrlässigkeit umgesetzte Gedanke der „*Lebensführungsschuld*“⁶⁵³ wird teils explizit zur Willensschuld umgemünzt. Aus dem Unterlassen von Maßnahmen der Selbsterziehung werden Unterlassungen des Wollens eben solcher Maßnahmen. So bei v. Wächter: „Das Wesen der Fahrlässigkeit beruht darauf, dass der Täter einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführt, den er zwar nicht gewollt hat, aber hätte vermeiden können, wenn er sich die durch das Recht gebotene Umsicht und Sorgfalt *angewöhnt* (eigene Markierung) und in seinem Verhalten angewendet hätte. (...) Wer aus Indolenz oder Bequemlichkeit, Unachtsamkeit oder Leichtsinns sich jene Sorgfalt *nicht angewöhnt* hat, beweist durch seine Verletzung dritter (...) einen Mangel an dem erforderlichen rechtlichen Willen.“⁶⁵⁴

Ähnlich wird nach Welzel dem *unbewusst* fahrlässig Handelnden die Tat zugerechnet, weil er das unbewusste Gespanntsein auf Gefahren ungenügend ausgebildet habe, so dass er sorglos und leichtsinnig geworden sei. Nach Wetzels Denkweise ist im Laufe der Lebensgeschichte des Täters immer wieder die sinngemäße Willensbestimmung ausgeblieben; der Täter habe seine unbewusste Persönlichkeitsschicht, seine innere unbewusste Haltung und Einstellung der Persönlichkeit, nicht im Sinne der Rechtsnormen zu mehr Gefahrbewusstsein geformt.⁶⁵⁵ Ansonsten hätte er die Gefahr erkannt und vermieden.

⁶⁵¹ Welzel, Das deutsche Strafrecht, S. 140 f.; 175 f.

⁶⁵² Welzel, a.a.O., S. 37 f., 131 ff. Vgl. bereits oben zur Schuldlehre unter II. 2. c) aa) (2.3.3). Den „finalen“ Charakter einer Handlung auch der Fahrlässigkeit überzustülpen, war Welzel, wie er selbst zugibt, nicht gelungen. Fahrlässigkeit beschreibt sich eben nicht dadurch, dass der Täter ein rechtswidriges Ziel beabsichtigt. (Dazu ausführlich Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 165 - 174, m. w. Nachw.)

⁶⁵³ V. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band II, S. 443. Vgl. unter II. 2. a) aa) (1).

⁶⁵⁴ V. Wächter, Vorlesungen über deutsches Strafrecht, 1881, S. 161.

⁶⁵⁵ Welzel, a.a.O., S. 150.

b) „Wissensschuld“

V. Almendingen geht zwar wie Feuerbach von der Theorie vom psychologischen Zwang aus, kommt aber ansonsten zu abweichenden Ergebnissen: Schuld setzt voraus, dass der Täter den rechtswidrigen Erfolg als notwendig oder irgendwie möglich vorausgesehen hat.⁶⁵⁶ Nach seiner Version der Vorstellungstheorie definiert v. Almendingen den Vorsatz durch eben dieses Schuldkriterium. Der Vorsatz erfasst also auch die wie oben bestimmte *bewusste* Fahrlässigkeit, nicht hingegen die unbewusste Fahrlässigkeit.⁶⁵⁷

Zu nennen ist hier auch Löfflers naturalistische auf präventiven Gesichtspunkten basierende Ansicht für die bewusste Fahrlässigkeit. Löffler bestimmt die Schuld sowohl nach dem general- als auch dem spezialpräventiven Ansatz: Strafe soll erstens die Allgemeinheit durch Abschreckung und Erziehung zu einem rechtmäßigen Verhalten bestimmen. Durch Strafe soll zweitens auf denjenigen abschreckend und bessernd eingewirkt werden, den sein rechtswidriges Verhalten als „soziale(n) Schädling“ charakterisiere.⁶⁵⁸ Schuld baut gemäß dem zweiten Ansatz auf Kriterien auf, die den Täter als sozialschädlich kennzeichnen. Sie soll bestehen aus „Beziehungen der Innerlichkeit eines Menschen zu einem sozial schädlichen Erfolge seiner Handlungen“. Löffler knüpft die soziale Einstufung des Täters an „psychische Tatbestände, die eine Handlung als unverfälschten Ausdruck der unverfälschten Eigenart des handelnden Individuums erscheinen lassen“.⁶⁵⁹ Dies vorausgesetzt, unterscheidet Löffler zwischen den Schuldformen „Absicht“, „Wissentlichkeit“ und „Fahrlässigkeit“. Wissentlichkeit bedeutet entsprechend der bewussten Fahrlässigkeit, dass der Erfolg als nicht ganz gering wahrscheinlich vorausgesehen wurde, ohne gewollt zu sein, was auch der Generalprävention genügen soll.⁶⁶⁰

Luden stellt für die bewusste Fahrlässigkeit darauf ab, dass der Täter sich den rechtswidrigen Erfolg als möglich vorstellte. Diese Vorstellung habe der Täter „in jedem Fall, in welchem er nicht davon ausgeht, dass kein Kausalzusammenhang zwischen seiner Tätigkeit und der verbotenen Handlung stattfindet“. Der Täter befinde sich hier in einem Zustand „bewussten Nichtwissens“.⁶⁶¹ Luden

⁶⁵⁶ Vgl. unter II. 2. a) bb) (1).

⁶⁵⁷ V. Almendingen, Über das kulpöse Verbrechen, Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft Band II, 2. Stück, nach Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, S. 19. Vgl. zur unbewussten Fahrlässigkeit unter 3. a).

⁶⁵⁸ Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend - historischer und dogmatischer Darstellung, 1895, S. 3 f.

⁶⁵⁹ Löffler, a.a.O., S. 5.

⁶⁶⁰ Löffler, a.a.O., S. 6 ff.

⁶⁶¹ Luden, Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechts I, 1847, S. 260.

mag hier in Abgrenzung zu seiner Auffassung über unbewusste Fahrlässigkeit⁶⁶² meinen, dass der Täter daran denken müsse, die Begehung einer rechtswidrigen Tat durch sein Verhalten nicht durch Überlegung ausgeschlossen zu haben.

c) „Gesinnungsschuld“

Fahrlässigkeitskriterien, in denen die „Gesinnung“ eine Rolle spielt, werden in vielen Varianten vertreten. Hier wird bewusst nicht der Versuch unternommen, sie nach positiver Gesinnung, dem Mangel an erwarteter Gesinnung und dem Fehlen der erwarteten Gesinnung zu untergliedern. Denn viele Autoren formulieren ihr Kriterium in mehreren Versionen: So wird beispielsweise der Mangel an Wertschätzung bestimmter Gegenstände auch als Rücksichtslosigkeit diesen gegenüber gefasst.

aa) *Dauerhafte Gesinnung*

Um Vereinbarkeit der Fahrlässigkeit mit seinem psychologischen Schuldbegriff⁶⁶³ herzustellen, sieht Radbruch sie in zwei Bestandteile aufgeteilt: Der psychische Zustand soll darin bestehen, dass der Täter „infolge ungenügender Willensanspannung, Aufmerksamkeit, Vorsicht“ den ihm intellektuell voraussehbaren rechtswidrigen Erfolg nicht vorausgesehen hat, also „unvorsichtig“ gewesen sei. Das Urteil, er sei unvorsichtiger gewesen als der Normalmensch, stellt Radbruch als normatives Element dar, das er aus dem Schuldbegriff ausscheidet.⁶⁶⁴ Die Unvorsichtigkeit verbleibt als „Tatsache“ unter dem Begriff der Fahrlässigkeit im Schuldbegriff. Radbruch meint nun, Vorsatz und Fahrlässigkeit unter einem psychologischen Oberbegriff zusammenzufassen, der „*antisoziale(n) Gesinnung*“. Diese sei eben der für den Täter charakteristische Gemütszustand, auf den von der rechtswidrigen Handlung geschlossen werden könne.⁶⁶⁵

In der änderungsbedürftigen *asozialen Gesinnung* des Täters, auch beschrieben als die „Mangelhaftigkeit des durch das Zusammenleben der Menschen im Staate geforderten sozialen Pflichtgefühls“, das aus der begangenen Tat erkennbar sei, meint auch v. Liszt selbst bei unbewusster Fahrlässigkeit eine psychische Beziehung des Täters zu seiner Tat ausmachen zu können und für Vorsatz und Fahrlässigkeit eine gemeinsame empirische Grundlage zu finden⁶⁶⁶, so dass beide als Gattungsbegriffe einer Art erscheinen. Sowohl dem naturalistischen und

⁶⁶² Vgl. unter 3. a).

⁶⁶³ Vgl. unter II. 2. a) bb) (2.1.1).

⁶⁶⁴ Radbruch in: ZStrW 24 (1904), S. 345 f.

⁶⁶⁵ Radbruch, a.a.O., S. 349.

⁶⁶⁶ V. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 20. Auflage 1914, S. 163 mit Fn 5.

präventiven als auch dem systematischen Anspruch seines Schuldansatzes wäre so genügt. Genauer wird bei unbewusster Fahrlässigkeit in der pflichtwidrigen Unaufmerksamkeit, der „Nichtanspannung der Aufmerksamkeit“, ein Willensfehler gesehen, wohl zu verstehen i. S. von Kleins Konstruktion des negativen Willens. Das Fehlen der Voraussicht des Erfolges erfasst v. Liszt als „Verstandesfehler“.⁶⁶⁷ Diesen beiden Fehlern liege ein „Gefühlsfehler“ zugrunde, bestehend eben darin, „dass der Täter die für ihn erkennbare antisoziale Bedeutung seiner Tat infolge seiner Gleichgültigkeit gegen die Anforderungen des sozialen Zusammenlebens nicht erkannt hat“.⁶⁶⁸

Nach F. Kaufmann ist die konstante *asoziale Gesinnung*, der ein negativer Wert zugesprochen wird und auf die durch Strafe eingewirkt werden soll⁶⁶⁹, durch das *Fehlen einer „Achtung vor dem Gesetz“* gekennzeichnet.⁶⁷⁰ Durch eine Kausalkette aus verschiedenen Momenten wird, wie zuvor dargelegt, eine kausale Beziehung im Sinne eines allgemeinen Erfahrungszusammenhangs zwischen der psychischen Konstante „Gesinnung“ und der rechtswidrigen Tat hergestellt, und dieser kausalen Beziehung entspricht eine symptomatische Beziehung in Form einer Symptomkette.

Als Symptom einer asozialen Gesinnung gilt ein auffallend sorgloses Verhalten des Täters im Hinblick auf eine Verletzung von Interessen der Mitmenschen.⁶⁷¹ In der Symptomkette wird also von dem sichtbaren Verhalten des Täters auf den entsprechenden momentanen psychischen Zustand des Täters, der sich durch eine auffallende Sorglosigkeit beschreibt, und davon auf seinen konstanten Habitus, seine Gesinnung, geschlossen. Da das *Fehlen* eines psychischen Zustandes nach F. Kaufmann eben auch als Glied in der Kausalkette gilt, macht es nichts aus, dass der sich unbewusst fahrlässig verhaltende Täter sich die Tat *nicht* vorstellt; gerade auch aus der Tatsache, dass die Verwirklichung des Tatbestandes nicht bewusst geworden sei, ließen sich Schlüsse auf die Gesinnung ziehen.⁶⁷²

Exner begründet ausführlich einen Gefühlsmangel als Fahrlässigkeitskriterium, als das „*Wesen*“ der Fahrlässigkeit, worauf seine Schuldtheorie⁶⁷³ aufbaut. Er entwickelt das Fahrlässigkeitskriterium aus der psychologischen Ursache dafür, dass der unbewusst Fahrlässige den rechtswidrigen Erfolg nicht erkannt hat.⁶⁷⁴

⁶⁶⁷ V. Liszt, a.a.O., S. 188 f.

⁶⁶⁸ V. Liszt, a.a.O., S. 189.

⁶⁶⁹ Vgl. unter II. 2. a) bb) (2.2).

⁶⁷⁰ F. Kaufmann, Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, S. 101 f.

⁶⁷¹ F. Kaufmann, a.a.O., S. 97 f.

⁶⁷² F. Kaufmann, a.a.O., S. 96 f.

⁶⁷³ Vgl. unter II. 2. a) bb) (2.2).

⁶⁷⁴ Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, S. 138 f.; 145.

Zur Ergründung dieser Ursache beleuchtet Exner Bedingungen und Verlauf von Vorstellungen, gestützt auf psychologische Theorien, die um die Wende zwischen 18. und 19. Jahrhundert herum entstanden sind⁶⁷⁵: Sämtliche psychischen Vorgänge, alles Wollen, Fühlen und Vorstellen, sind diesen psychologischen Grundlagen zufolge bewusste Erlebnisse; sie sind „Bewusstseinstatsachen“.⁶⁷⁶ Frühere Bewusstseinstatsachen bestehen im Unbewussten, im Gedächtnis, fort und können wieder ins Bewusstsein treten. Zwischen Gedächtnis und Bewusstsein besteht eine fortwährende Wechselwirkung, und der momentane Bewusstseinsinhalt baut auf der gesamten psychischen Vorgeschichte des Individuums als unbewusster Basis auf.⁶⁷⁷ Zu unterscheiden ist zwischen zwei Arten von Bewusstseinstatsachen, erstens den durch die Sinnesorgane vermittelten Eindrücken aus der Außenwelt und zweitens den aus dem Gedächtnis aufgestiegenen Erinnerungsbildern. Das Wiederkehren einer Vorstellung ins Bewusstsein nennt sich „Gedankenreproduktion“. In diesem Prozess wird die einmal unter die Schwelle des Bewusstseins gesunkene Vorstellung wieder über diese Schwelle gehoben. Sie ist dann das „reproduzierte Element“. Gedankenreproduktion geschieht infolge einer Assoziation des Gedächtnisinhalts mit einer im Bewusstsein befindlichen Vorstellung, dem „reproduzierenden Element“. Auf das reproduzierende Element ist dabei die Aufmerksamkeit gerichtet.⁶⁷⁸ Die Tendenz zur Assoziation miteinander haben inhaltlich ähnliche Vorstellungen oder Vorstellungen von Inhalten, die einmal zeitlich oder räumlich miteinander verbunden waren (so z. B. die Vorstellungen „Waffe“ oder „Autofahren im betrunkenen Zustand“ und „Verletzung oder Tod eines Menschen“). Die für Reproduktionen erforderliche Aufmerksamkeit äußert sich darin, dass Bewusstseinsinhalte besonders deutlich erfasst werden, was nur für eine beschränkte Anzahl von Inhalten gleichzeitig funktioniert.⁶⁷⁹ Unterschieden wird zwischen willkürlicher, d. h. willentlich beeinflusster, und unwillkürlicher, nicht willentlich beeinflusster Aufmerksamkeit.⁶⁸⁰ Unwillkürlich eher beachtet wird der Eindruck, der schon früher einmal Bewusstseinsinhalt war oder mit früheren Bewusstseinsinhalten assoziativ verknüpft ist, und unter solchen Inhalten ziehen die jeweils gefühlsbetonen die Aufmerksamkeit vorrangig auf sich. „Gefühlsbetont“ bedeutet, dass Bewusstseinsinhalte mit Lust- oder Unlustgefühlen verbunden sind.⁶⁸¹

⁶⁷⁵ So auf die Lehren von Ebbinghaus, Wundt und Freud.

⁶⁷⁶ Exner, a.a.O., S. 146.

⁶⁷⁷ Exner, a.a.O.

⁶⁷⁸ Exner, a.a.O., S. 147 f.

⁶⁷⁹ Exner, a.a.O., S. 148 f.

⁶⁸⁰ Exner, a.a.O., S. 149 f.

⁶⁸¹ Exner, a.a.O., S. 150 f.

Welches also die Bedingungen dafür sind, dass die Reproduktion eines bestimmten Inhalts (B), z. B. eines rechtswidrigen Erfolgs, nicht eintritt, dass dieser also nicht bewusst wird, lässt sich mit Hilfe der dargestellten psychologischen Elemente wie folgt zusammenfassen:

Ein Eindruck (A) kann (B) dann nicht reproduzieren, wenn (A) nicht mit (B) assoziiert ist oder wenn es an der Aufmerksamkeit für (A) mangelt, mit dem (B) assoziiert ist, oder wenn die nötige Gefühlsbetonung von (B) fehlt, die dazu geführt hätte, dass die Reproduktion von (B) derjenigen anderer mit (A) assoziierter Vorstellungen vorgezogen worden wäre. Die Gefühlsbetonung von (B) überträgt sich aber auf (A) und begründet oder versagt die Aufmerksamkeit auf (A), so dass die beiden letzten Möglichkeiten zu einer zusammenfallen.⁶⁸²

Darauf aufbauend, begründet Exner einen Schuldvorwurf bei unbewusster Fahrlässigkeit.

Hierfür wird nicht auf einen Verstandesmangel, d. h. einen Mangel an Vorstellungsinhalten und/ oder an Assoziationen zwischen solchen zurückgegriffen.⁶⁸³ Moralische und rechtliche Beurteilungen dürften nur auf dem Fühlen und Wollen des Menschen beruhen.⁶⁸⁴

Etwas Tadelnswertes könne bei unbewusster Fahrlässigkeit in dem *Mangel an Gefühlsbetonung des verletzten Rechtsguts* gefunden werden, welcher dazu geführt habe, dass die Vorstellung des rechtswidrigen Erfolges trotz vorhandener Assoziation mit aktuellen Bewusstseinsinhalten nicht reproduziert wurde.

Auch bei der bewussten Fahrlässigkeit komme es auf einen *Gefühlsmangel* an: Der Täter lasse die erkannte Gefahr unberücksichtigt, weil die Vorstellung von der Gefahr für ihn nicht genügend unlustbetont gewesen sei, so dass sie kein ausschlaggebendes Gegenmotiv gebildet habe.⁶⁸⁵

Exner versucht nun, eine Beziehung zwischen Täter und Tat zu konstruieren, in der er die Gefühlsbetonung durch einen bestimmten Wertbegriff ersetzt:

Der fahrlässig Handelnde zeige durch seine Tat, dass er das rechtlich geschützte Interesse des anderen, *das Rechtsgut*, nicht wertschätze oder nicht pflichtgemäß werte.⁶⁸⁶ Der Wert, den ein Objekt, so auch ein Rechtsgut, *für eine Person* habe, sei eine *konstante Beziehung zwischen Objekt und Person, die nicht an bewusste Schätzungsakte gebunden und vom Bewusstsein des Wertobjektes unabhängig* sei. Es handele sich um eine „*Disposition des Individuums zu bestimmten Ge-*

⁶⁸² Exner, a.a.O., S. 156.

⁶⁸³ Exner, a.a.O., S. 164.

⁶⁸⁴ Exner, a.a.O., S. 166.

⁶⁸⁵ Exner, a.a.O., S. 165.

⁶⁸⁶ Exner, a.a.O., S. 168. Dem schließt sich auch der Symptomatiker Tesar (in: ZStrW 32, S. 408) an.

fühlen, um eine unbewusste Beziehung, um eine Beziehung zum Objekt, welche die Bedeutung hat, dass unter gewissen Bedingungen ein aktuelles Wertgefühl entsteht".⁶⁸⁷ Wenn ein Rechtsgut wie Leben oder körperliche Unversehrtheit wertgeschätzt werde und dessen Verletzung oder Gefährdung drohe, werde ein lebhaftes Unlustgefühl erzeugt.⁶⁸⁸ Dieses Gefühl zeige den Wert des Rechtsguts für die Person an.⁶⁸⁹ Ein Mangel an Gefühlsbetonung bedeute eben einen Mangel an Wertschätzung. Anstatt von Wertschätzung spricht Exner auch von "Interesse". So soll auch im Falle unbewusster Fahrlässigkeit eine Beziehung der Täterpsyche zu einem *nicht vorgestellten Ereignis* hergestellt werden⁶⁹⁰: Da die Vorstellung der Rechtsgutsverletzung für den unbewusst fahrlässigen Täter nicht mit genügend starken Unlustgefühlen verknüpft gewesen sei, so dass er die Möglichkeit des rechtswidrigen Erfolges nicht gesehen habe, sei ihm das verletzte Gut *nicht genügend schätzenswert* gewesen.

Das so begründete Fahrlässigkeitskriterium soll den Strafzweck der Prävention erfüllen. Die Bestrafung auch eines unbewusst Fahrlässigen diene beispielsweise der Spezialprävention. Die Vorstellung einer Rechtsgutsverletzung werde durch die Verknüpfung mit der Strafvorstellung beim Täter an Gefühlsbetonung gewinnen. Auch generalpräventive Interessen würden hier erfüllt werden, weil nicht rechtstreue Mitbürger durch die Strafdrohung und den Strafvollzug die Verletzung von Rechtsgütern mit der Vorstellung der Strafe und deshalb mit negativen Gefühlen verknüpfen würden und ihr Rechtsempfinden davon profitieren würde.⁶⁹¹

Für Engisch besteht das Fahrlässigkeitskriterium ebenfalls in einem Gefühls-mangel.

Die Bestimmung von Fahrlässigkeit ergibt sich bei Engisch in Abgrenzung vom Vorsatz nach der „Gefühlstheorie“: Beim Vorsatz müsse der Täter die Tatumstände entweder beabsichtigt haben oder als gewiss oder höchstwahrscheinlich erkannt haben und so *gleichgültig* ihnen gegenüber gewesen sein, dass er auch bei Gewissheit, dass er den Tatbestand verwirklichen werde, von seinem Verhalten nicht Abstand genommen hätte.⁶⁹² Vorsatz setzt Verbotskenntnis voraus. Bei Fahrlässigkeit fehle mindestens ein zum Vorsatz erforderliches Merkmal. Demnach kann zwischen „Rechts“- und „Tatsachenfahrlässigkeit“ unterschieden

⁶⁸⁷ Exner, a.a.O., S. 171.

⁶⁸⁸ Exner, a.a.O., S. 173.

⁶⁸⁹ Exner, a.a.O., S. 171 f.

⁶⁹⁰ Exner, a.a.O., S. 168.

⁶⁹¹ Exner, a.a.O., S. 176.

⁶⁹² Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 234; 266.

werden. Die Rechtsfahrlässigkeit, auch erfasst als unbewusste Fahrlässigkeit⁶⁹³, besteht lediglich in einem pflichtwidrigen Irrtum über das Verbotensein der Tat bei gegebenem Vorsatz hinsichtlich der Tatumstände; die Tatsachenfahrlässigkeit setzt voraus, dass schon der Vorsatz hinsichtlich der Tatumstände fehlt.⁶⁹⁴ Bewusste Fahrlässigkeit kann nach Engisch also auch dann gegeben sein, wenn der Täter die rechtswidrigen Folgen seines Handelns als hoch wahrscheinlich erkannt hat, jedoch bei sicherer Kenntnis von dem Handeln abgesehen hätte, weil er ihnen nicht derart gleichgültig gegenüber stand.

Engisch entwickelt nun ein Fahrlässigkeitskriterium, das die „materielle“ Schuld von Fahrlässigkeit bezeichnen soll, die auch aus dem Wesen der Strafe abgeleitet sein könne.⁶⁹⁵ Er betrachtet mehrere Schuldbegriffe, doch nur die Gefühlschuld nach dem Konzept Exners passe auf sämtliche Fahrlässigkeit.⁶⁹⁶ Der Mangel des Gefühls, auf den es hier ankommen soll, stelle, so räumt Engisch selbst ein, *keine positive* Beziehung zur Tat her; allerdings genüge eine „negative Beziehung“ zwischen Täter und Tat.⁶⁹⁷

In der *bewusst fahrlässigen* Tat offenbare sich ein Mangel an „sozialem“ Gefühl, das ein „rechtstreuer Staatsbürger“ habe.⁶⁹⁸ Für die *unbewusste Fahrlässigkeit* beruft sich Engisch auf den Zusammenhang zwischen Gefühl und Erkenntnis, wie ihn Exner erfasst hat. Engisch ändert Exners Theorie im Wesentlichen in folgenden drei Punkten, was die psychologischen Grundlagen aber nicht berührt:

Erstens ist die nicht genügend gefühlsbetonte Vorstellung nach Engisch nicht „schlechthin die Vorstellung der Verletzung des verletzten Rechtsguts, sondern die Vorstellung der rechtswidrigen Verletzung des Rechtsguts durch den Täter, die Vorstellung der Tatbestandsverwirklichung resp. des Unrechts“.⁶⁹⁹ Denn die ungenügende Wertschätzung des verletzten Rechtsguts könne gerade nicht Strafe begründen. Zum einen sei es ausgeschlossen, dass das „konkrete verletzte Rechtsgut“ (z. B. das Leben des A) reproduziert werde, wenn individuell unbe-

⁶⁹³ Engisch, a.a.O., S. 400.

⁶⁹⁴ Engisch, a.a.O., S. 255.

⁶⁹⁵ Vgl. unter II. 2. a) bb) (2.2) in Fn 252.

⁶⁹⁶ Engisch, a.a.O., S. 451.

⁶⁹⁷ Engisch, a.a.O., S. 463 f.

⁶⁹⁸ Engisch, a.a.O., S. 464 f. Der dem Täter zur Last fallende Mangel erscheine hier als „aktueller Mangel“: „(...) sein Gefühl hat in concreto nicht so reagiert wie es reagieren sollte“, d. h. es hat ihn, obwohl er eine Vorstellung von der Tatbestandsverwirklichung hatte, nicht zu einer anderen Entscheidung als der getroffenen veranlassen können. Bewusste Fahrlässigkeit könnte also Engisch zufolge auch durch die Einzeltatgesinnung erfasst werden.

⁶⁹⁹ Engisch, a.a.O., S. 471. Erfasst werden hier auch die Fälle des fehlenden Unrechtsbewusstseins, also der Rechtsfahrlässigkeit.

stimmte Verletzungen in Betracht kämen und keine Anhaltspunkte für die Verletzung des A bestünden oder A dem Täter unbekannt sei. Zum anderen will Engisch nicht auf die Wertschätzung des „abstrakten“ Rechtsguts abstellen (das Leben an sich). Niemand schätze beispielsweise das Leben aller Menschen gleichermaßen hoch, so dass das Leben unterschiedlicher Menschen unterschiedlich stark gefühlsbetont sei und also natürlicherweise die Reproduktion des Todes eines missliebigen Menschen ausbleibe.⁷⁰⁰ Einen Ausweg bietet Engisch der Gedanke, dass nicht die Vorstellung von der drohenden Rechtsgutsverletzung an sich derart unlustbetont sein soll, „sondern die Vorstellung, Ursache eines solchen Schadens zu werden“.⁷⁰¹ Es wird also darauf abgestellt, dass der Täter eine nicht genügend starke *konstante Disposition* zur Reproduktion nicht des Rechtsguts an sich, sondern *der Verwirklichung des entsprechenden Strafbestandes* habe.⁷⁰²

Zweitens bezeichnet Engisch die Art der erwarteten Unlustbetonung der Vorstellung von der Tatbestandsverwirklichung nicht als „Antipathie“, Abneigung, sondern als „Besorgnis, kein Unrecht zu begehen“, eine „gewisse(n) Ängstlichkeit, die kein guter Staatsbürger entbehren kann“ und die automatisch zu sorgfältigem Verhalten veranlasse. Der Mangel der so verstandenen Besorgnis wird auch „Leichtsinn“ genannt und soll verträglich sein mit starker Zuneigung zu dem Gegenstand, dessen Verletzung der Täter nicht verhindert.⁷⁰³

Engisch weist drittens darauf hin, dass auch bei Vorliegen des nötigen Interesses die Reproduktion in einer konkreten Situation ausbleiben könne, z. B. aufgrund der momentanen psychischen Verfassung (wie bei Müdigkeit, Abgelenktsein). Es sei also zu fragen, ob die Gefühlsbetonung der Tatbestandsverwirklichung selbst *in Anbetracht von ablenkenden Bewusstseinsinhalten* zu schwach ausfalle.⁷⁰⁴

⁷⁰⁰ Engisch, a.a.O., S. 469.

⁷⁰¹ Engisch, a.a.O., S. 470 mit Verweis auf die Auffassung Kadeckas. Ähnlich Mittermaier (in: ZStrW 32, S. 421; 427), der auf eine zu schwache Gefühlsbetonung der „Pflichtvorstellung“ verweist. Auf ein „fehlendes Interesse an der Gebotserfüllung“ kommt es auch dem Symptomatiker Kollmann (Die Stellung des Handlungsbegriff im Strafrechtssystem, Strafrechtl. Abhandl. Heft 91, 1908, S. 195) an.

⁷⁰² Engisch, a.a.O., S. 473; 476.

⁷⁰³ Engisch, a.a.O., S. 474 f. In der damaligen Diskussion wird das Beispiel genannt, dass eine Mutter ihr Kind mit zu sich ins Bett nimmt und es im Schlaf erdrückt.

⁷⁰⁴ Engisch, a.a.O., S. 473 f.

bb) Einzeltatgesinnung

Fahrlässigkeitskriterium bei Schmidhäuser ist entsprechend seiner Schuldlehre, dass der Täter den von ihm verletzten Wert des Gemeinschaftslebens *zum Tatzeitpunkt* nicht ernst genommen hat.⁷⁰⁵ Die „unrechtliche Einzeltatgesinnung“ des Fahrlässigen bedeutet gerade nicht, dass der Täter den Wert *bewusst* außer Acht lässt. Die Fahrlässigkeit grenzt sich bei Schmidhäuser dadurch maßgeblich vom Vorsatz ab, dass sie kein Unrechtsbewusstsein voraussetzt.⁷⁰⁶ Infolge von Schmidhäuser Variante der Vorstellungstheorie gibt es definitionsgemäß keine bewusste Fahrlässigkeit: Der Fahrlässige halte es anders als der vorsätzlich Handelnde zum Tatzeitpunkt, d. h. dem Zeitpunkt, da er unerlaubt zu handeln beginne oder fortfahre, *nicht* für „konkret möglich“, dass er Unrecht verwirklichen werde, d. h. er stelle sich entweder schon die tatsächlichen Umstände, die das Unrecht begründen und in der Konsequenz das dadurch begründete Unrecht, nicht derart vor (Fehlen des „Tat“- und in der Folge des „Unrechtsbewusstseins“), oder aber er erkenne die Tatumstände, identifiziere sie aber nicht als Unrecht (Fehlen des Unrechtsbewusstseins; vgl. oben: „Rechtsfahrlässigkeit“ nach Engisch).⁷⁰⁷

Hätte der Täter zum Tatzeitpunkt eine rechtliche Gesinnung gehabt, d. h. hätte er die rechtlich geschützten Werte des Gemeinschaftslebens ernst genommen, hätte er laut Schmidhäuser unter Heranziehung bestimmter Kenntnisse und Fähigkeiten das Unrecht erkannt und vermieden: Er hätte dann seine Kenntnisse zum Tatzeitpunkt eingesetzt und so die Tatumstände als konkret möglich erkannt, d. h. Tatbewusstsein erlangt. Zur Gewinnung dieser Einsicht werden genauer konkrete Anhaltspunkte über das Geschehen, die dem Täter in der Tatsituation bekannt sind („besonderes Assoziationsmaterial“), ein hinreichendes Erfahrungswissen des Täters und hinreichende Kenntnisse, die dem Täter im Unbewussten verfügbar sind („allgemeines Assoziationsmaterial“), sowie seine normale Konzentrations- und Kombinationsfähigkeit vorausgesetzt. Das allgemeine Assoziationsmaterial könne bei normaler Funktionsfähigkeit des seelischen „Assoziations - Mechanismus“ des Täters mit den gegebenen Anhaltspunkten, dem besonderen Assoziationsmaterial, assoziiert werden, und auf diese Weise vermöge das Tatbewusstsein zu entstehen. Hätte der Täter den verletzten Rechtswert ernst genommen, wäre er, so Schmidhäuser, eben auch dazu bereit gewesen, alle ihm bewussten Hinweise auf die Rechtsgutsverletzung zu beach-

⁷⁰⁵ Schmidhäuser, Einführung in das Strafrecht, 7. Abschnitt, Rn 91. Vgl. zur Schuldlehre unter II. 2. a) aa) (2.3.1).

⁷⁰⁶ Schmidhäuser, a.a.O., Rn 42; 95.

⁷⁰⁷ Schmidhäuser, a.a.O., Rn 96 ff.

ten.⁷⁰⁸ Weiterhin wäre ihm dann bewusst geworden, dass die vorgestellten Konsequenzen seiner Handlung Unrecht darstellen: Durch die „Anspannung seines Gewissens“ hätte der Täter aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden bewussten Anhaltspunkte in Verbindung mit seinem allgemeinen Assoziationsmaterial das Unrecht des zu befürchtenden Tatsachenverlaufs erkannt. Das fehlende Unrechtsbewusstsein sei unter diesen Umständen ebenfalls Ausdruck dessen, dass der Täter seine geistigen Erkenntniskräfte nicht eingesetzt und den verletzten Rechtswert nicht ernst genommen habe.⁷⁰⁹

Im Falle des „Übernahmeverschuldens“ fragt Schmidhäuser nach dem Muster der a.l.i.c., ob der Täter aufgrund seiner allgemeinen Kenntnisse bei der *vor dem Tatzeitpunkt* gelegenen Übernahme einer Tätigkeit hätte erkennen können, dass er der betreffenden Tätigkeit nicht gewachsen und dementsprechend auch im Laufe dieser Tätigkeit nicht dazu in der Lage sein würde, die drohende Rechtsverletzung zu erkennen.⁷¹⁰

Nach Jescheck ist Fahrlässigkeitskriterium die „*tadelnswerte Rechtsgesinnung*“ des Täters, die der konkreten Tat zugrunde liege.⁷¹¹ Diese Gesinnung wird daraus gefolgert, dass der Täter sorgfaltswidrig handelte, obwohl es von ihm aufgrund seiner Intelligenz und Bildung, seiner Geschicklichkeit und Befähigung, seiner Lebenserfahrung und sozialen Stellung erwartet wurde, die Gefahr zu erkennen, dass er eine Straftat begehen werde, und diese durch sorgfältiges Verhalten zu vermeiden: Ein anderer mit den Kenntnissen und Fähigkeiten des Täters hätte in der Tatsituation rechtmäßig handeln können.⁷¹² Den „*Gesinnungsfehler*“, der in dem sorgfaltswidrigen Verhalten des Täters zum Ausdruck komme, spezifiziert Jescheck im Rückgriff auf *psychologische Anleihen*: Er bestehe z. B. in „Rücksichtslosigkeit“ oder „Gleichgültigkeit“ und beruhe auf einem „funktionelle(n) Versagen des Wertgefühls“. ⁷¹³ Übertragen auf das Modell der Persönlichkeitsschichten, lasse sich das Unterschreiten der geforderten Auf-

⁷⁰⁸ Schmidhäuser, a.a.O., Rn. 106 ff.

⁷⁰⁹ Schmidhäuser, a.a.O., Rn 93; 114 f.

⁷¹⁰ Schmidhäuser, a.a.O., Rn 112.

⁷¹¹ Vgl. die Auffassung zur Schuld unter II. 2. a) aa) (2.3.1).

⁷¹² Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, S. 564 ff. (566 f.). Ähnlich liegt nach Hegler (in: ZStrW 36, S. 220 f.) die Tatherrschaft, die sich auf eine psychische Beziehung zwischen Täter und Tat gründen soll, darin begründet, dass der Täter bei der konkreten Tat „in Gesellschaftsfeindlichkeit“ oder „Gesellschaftsgleichgültigkeit“ gehandelt habe. Bei unbewusster Fahrlässigkeit wird dies geschlossen aus dem „Fehlen des Willens, die Tat als sobeschaffene zu vermeiden, obwohl man einen solchen Gegenschluss erwarten konnte“. (Hegler, a.a.O., S. 210.) Diese Schlussweise erinnert an die Ausführungen F. Kaufmanns.

⁷¹³ So auch Nowakowski in: Juristische Blätter 1953, S. 508. Er folgert aus den Gedankengängen Exners und der Kritik Engischs daran eine Einzeltatgesinnung: Er bezieht die Wertgefühle zwar auf *ein Rechtsgut*, stellt allerdings nur darauf ab, dass eventuell vorhandene Wertgefühle des Täters in der konkreten Willensbildung nicht so dominant waren, wie es das Recht verlange. Nowakowski hält dies wiederum für symptomatisch für die Unverlässlichkeit der Persönlichkeit des Täters. Insofern vertrete auch er eine „Persönlichkeitsschuld“.

merksamkeit bei unbewusster Fahrlässigkeit häufig nur mit einem „Versagen der automatisch wirkenden Sorgfaltsmechanismen“ erklären, welche wiederum auf „Achtung vor fremdem Leben und Gut“ beruhten.⁷¹⁴ Hätte der Täter diese Gegenstände in Form einer unbewussten „Lebensregel“ geachtet, hätte er die erforderliche Aufmerksamkeit aufgebracht und das Drohen ihrer Verletzung erkannt. Dennoch ist als Fahrlässigkeitskriterium nur die zum Tatzeitpunkt vorliegende Gesinnung gemeint. Auf deren Dauerhaftigkeit kommt es für die Schuld nicht an. Jescheck bemerkt: „Vom Schuldprinzip kann sich ein Strafrecht, sofern es *erzieherisch* (eigene Markierung) wirken will, gerade bei der Fahrlässigkeit nicht lossagen, weil die Strafe dem Täter seine persönliche Verantwortung vor Augen führen muss und die Urteilsgründe ihm zeigen sollen, inwiefern *gerade er* die Fahrlässigkeitstat hätte vermeiden können und in Zukunft auch vermeiden können wird.“⁷¹⁵

Schlüchter räumt ein, die Strafrechtswissenschaft habe bislang keinen Beweis dafür erbracht, dass das Schuldprinzip durch die Bestrafung von Fahrlässigkeit eingehalten werde.⁷¹⁶ Zu berücksichtigen gelte es insbesondere, dass, auch abgesehen von physischen und psychischen Ausnahmezuständen, niemand das Ideal erfüllen könne, ständig aufmerksam zu sein und zweckmäßig zu reagieren.⁷¹⁷ Gerade in der heutigen Gesellschaft, die mit vielen und erheblichen technischen Risiken umzugehen habe, sollten allerdings im Interesse eines wirksamen Schutzes elementarer Rechtsgüter Rechtsgutsverletzungen bei einer „unerträglichen Fehleinstellung zum Risiko“ mit Strafe belegt werden.⁷¹⁸ Die Strafbarkeit von Fahrlässigkeit setze deshalb ein grob gesteigertes Überschreiten des erlaubten Risikos voraus.⁷¹⁹ Das Risiko sei „bis zu einem Grad naheliegender Möglichkeit“ erlaubt. Diese Toleranzgrenze wird im Einzelfall aus der Abwägung zwischen der Höhe der Schadenswahrscheinlichkeit und dem Wert des geschützten Rechtsguts gewonnen.⁷²⁰ Der Ausdruck „fahrlässig“ soll nach Schlüchters Auslegung demnach bedeuten, „dass der Täter mit seiner Verhaltensweise offensichtlich und rücksichtslos entgegen einer überwiegend von der Allgemeinheit oder den einschlägigen Kreisen anerkannten Regel das erlaubte Risiko überschritten hat“.⁷²¹ Dabei müsse es sich nicht notwendig um bewusste Fahrlässigkeit handeln; denn das Verkennen einer Gefahr aus Gleichgültigkeit

⁷¹⁴ Jescheck/ Weigend, a.a.O., S. 416.

⁷¹⁵ Jescheck/ Weigend, a.a.O., S. 595 f.

⁷¹⁶ Schlüchter, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, 1996, S. 23 - 90; 82.

⁷¹⁷ Schlüchter, a.a.O., S. 26.

⁷¹⁸ Schlüchter, a.a.O., S. 82.

⁷¹⁹ Schlüchter, a.a.O., S. 86.

⁷²⁰ Schlüchter, a.a.O., S. 74 ff.

⁷²¹ Schlüchter, a.a.O., S. 90.

könne verwerflicher sein als die Hinnahme eines kalkulierten Risikos.⁷²² *Fahrlässigkeitskriterium* ist bei Schlüchter eine *Haltung des Täters gegenüber den Interessen seiner Mitbürger bei der Tat*, eine “negative Einstellung” diesen gegenüber, die in der “*Rücksichtslosigkeit*” i. S. des § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB, verstanden als „*gesteigerte subjektive Vorwerfbarkeit*“ oder anders gesagt, in „*Gleichgültigkeit*“ bestehen soll. Diese bestimme sich aufgrund einer Wertung im Einzelfall, erleichtert durch eine reichhaltige Judikatur.⁷²³

Bewiesen werden könne die Vereinbarkeit auch dieses Maßstabs mit dem Schuldprinzip

nicht; wenn aber schon die Entscheidungsfreiheit postuliert werde, so müsse dem Täter „erst recht“ seine Rücksichtslosigkeit bei der Tat als vorwerfbar angelastet werden können (“argumentum a maiore ad minus”).⁷²⁴

Die *ethisierenden Lehren*⁷²⁵ stellen auf die *ethisch negative Bewertung der Motive des Täters zum Handeln* ab.

Bei M.E. Mayer erfordert Vorsatz das Bewusstsein, dass die Motive zum Handeln pflichtwidrig seien; für die Fahrlässigkeit genügt die Möglichkeit dieses Bewusstseins.⁷²⁶

Mindestkriterium für die negative Bewertung der Handlungsmotive des fahrlässigen Täters nach den geltenden Anschauungen sei es, dass die Vorstellung des rechtswidrigen Erfolges „Gegenmotiv“ gegenüber der Tathandlung hätte sein sollen und können.⁷²⁷ Nach zu Dohna gebietet eine ethische Norm in Bezug auf das gefährdete Rechtsgut ein Verhalten ähnlich dem kategorischen Imperativ.⁷²⁸ Gegen diese Bestimmungsnorm könne nur bei Bewusstsein verstoßen werden, die durch sie aufgestellte Verhaltenspflicht zu verletzen.⁷²⁹ Weil bei Fahrlässigkeit das aktuelle Bewusstsein dieser Pflichtwidrigkeit zum Zeitpunkt der Tat fehle, greift zu Dohna hier zurück auf eine allgemeine Diligenzpflicht, “die ganz allgemeine Pflicht zur Sorgfalt und Aufmerksamkeit” unabhängig vom konkreten Rechtsgut, die jedermann bewusst sei.⁷³⁰ Aufgrund des Bewusstseins von der

⁷²² Schlüchter, a.a.O., S. 84.

⁷²³ Schlüchter, a.a.O., S. 85. Schlüchter weist auf die Ähnlichkeit zu der Rechtslage in England hin. (A.a.O., S. 93.) Die dort erforderliche “recklessness” meine jedoch nur ein *objektiv* gegebenes ernst zu nehmendes und offensichtliches Risiko (“serious and obvious risk”). (A.a.O., S. 85 f.)

⁷²⁴ Schlüchter, a.a.O., S. 89.

⁷²⁵ Vgl. unter II. 2. a) aa) (2.3.1).

⁷²⁶ M. E. Mayer, Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901, S. 114 f.

⁷²⁷ M. E. Mayer, a.a.O., S. 119.

⁷²⁸ Zu Dohna in: ZstW Bd 32, S. 317 f.

⁷²⁹ Zu Dohna, a.a.O., S. 321.

⁷³⁰ Zu Dohna, a.a.O., S. 322 f.

Verletzung dieser Pflicht gilt das Motiv des Täters zum Handeln als pflichtwidrig.⁷³¹

Jakobs und Kindhäuser begründen mit normentheoretischer Untermauerung *einen Mangel des Täters an rechtlich erwarteter Motivation*.

Jakobs greift auf einen Mangel der Motivation zur Vermeidung des Unrechts zurück. Dieser soll den Mangel des Täters an Rechtstreue zum Tatzeitpunkt ausmachen.⁷³² Dieses Fahrlässigkeitskriterium wird in den „Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt“ normentheoretisch und motivationstheoretisch untermauert. Jakobs unterscheidet hier zwischen Verhaltensnormen und Sanktionsnormen.⁷³³

Verhaltensnormen sind Rechtssätze, die dazu beitragen sollen, bestimmte Erfolge zu vermeiden, indem sie zur Vermeidung solcher Erfolge motivieren.⁷³⁴ Das Vermeiden dieser Erfolge setzt nach Jakobs ein sorgfältiges Verhalten voraus, und Bedingung für diese Sorgfalt, so ist Jakobs wohl zu verstehen, soll das Motiv zur Vermeidung des Erfolges sein.⁷³⁵ Verhaltensnormen sollen also dieses Motiv oder dessen Dominanz, die Jakobs stellenweise betont, hervorrufen. Dabei versteht Jakobs Verhaltensnormen in diesem Zusammenhang erstens als „Behauptungen objektiver Richtigkeit“⁷³⁶, die sich innerhalb des Normensystems, in dem sie sich befänden, („intrasystematisch“) nicht hinterfragen ließen.⁷³⁷ Die Verhaltensnorm erkläre „diejenigen Erfolge für falsch, die mit dem Motiv der Erfolgsvermeidung vermieden worden wären“.⁷³⁸ Zweitens geht Jakobs davon aus, dass sich bewusste Motivation am Richtigen oder Falschen orientiere.⁷³⁹

Unter diesen Prämissen ist die Motivation einer Person durch eine Verhaltensnorm möglich.

Sanktionsnormen sollen hingegen Rechtssätze sein, welche mit Blick auf die Verhaltensnorm die Voraussetzungen für das Verhängen einer Sanktion („Sanktionsvoraussetzungen“) zum Erreichen des Strafzwecks festlegen. Die Schuld

⁷³¹ Zu Dohna, a.a.O., S. 324. Auch nach Zielinski (Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, S. 204) wird ein Werturteil über die Motivation des Täters gefällt, und zwar, weil sich dieser nicht durch die negative Bewertung seines Handelns habe abhalten lassen. Die Beurteilung erfolgt allerdings nicht auf ethischer Basis.

⁷³² Jakobs, Strafrecht AT, 20. Abschnitt, Rn 35 ff., Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, S. 13; 134; 139.

⁷³³ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, S. 9 – 13.

⁷³⁴ Jakobs, a.a.O., S. 1; 127.

⁷³⁵ Jakobs, a.a.O., S. 64. Jakobs' Formulierung ist allerdings konfus: Er sagt, das Motiv sei der „normativ verlangte, insofern objektive“ Bestandteil der Sorgfalt, unabhängig davon, ob der Täter dieses Motiv tatsächlich habe. Wie kann ein Motiv zu sorgfältigem Verhalten Bestandteil desselben sein, und wie kann ein Motiv objektiv gegeben sein, auch wenn es eben nicht als psychischer Zustand existiert?

⁷³⁶ Jakobs, a.a.O., S. 7 f.

⁷³⁷ Jakobs, a.a.O., S. 4 f.

⁷³⁸ Jakobs, a.a.O., S. 127.

⁷³⁹ Jakobs, a.a.O., S. 3.

wird als Sanktionsvoraussetzung betrachtet. Da Jakobs den Strafzweck hier offen lässt, ist sein Ansatz zur Bestimmung der Fahrlässigkeitsschuld in den „Studien“ auch vereinbar mit seiner Schuldlehre, die sich an der positiven Generalprävention orientiert.⁷⁴⁰

Zum besseren Verständnis der Fahrlässigkeitstheorie ist Jakobs' Begriff von Fahrlässigkeit zugrunde zu legen, soweit er von der eingangs genannten Definition abweicht. Bewusste Fahrlässigkeit grenzt sich bei Jakobs dadurch vom Vorsatz ab, dass der Täter hier zwar irgendwie an den Erfolg denkt, er jedoch diesen zum Tatzeitpunkt gerade nicht als „nicht unwahrscheinlich“ beurteilt. Dieses Urteil über den Geschehensablauf soll der vorsätzliche Täter hingegen aufgrund seiner allgemeinen Kenntnisse und Erfahrungen sowie der Kenntnisse über die aktuelle Situation gefällt haben.⁷⁴¹

Das Fahrlässigkeitskriterium soll nun sowohl bewusste als auch unbewusste Fahrlässigkeit erfassen. Jakobs erläutert es in etwa folgendermaßen:

*Unter der Hypothese, dass der Täter das Motiv gehabt hätte, eine Norm des Inhalts, den auch die einschlägige strafrechtliche Norm hat, etwa die Verletzung eines anderen zu vermeiden, zu befolgen, hätte er laut Jakobs erstens erkannt, dass eine solche Norm auch als Rechtsnorm existiere und infolge des Motivs zur Befolgung eben dieser als gegeben erkannten Norm zweitens auch die rechtswidrigen Folgen seines Verhaltens als wahrscheinlich erkannt. Das Motiv zur Befolgung der Norm hätte ihn drittens auf Basis dieser Erkenntnisse dazu gebracht, den rechtswidrigen Erfolg zu vermeiden.*⁷⁴² Die Unkenntnis oder mangelhafte Einschätzung des rechtswidrigen Erfolges ist nach Jakobs also Folge dessen, dass dem Täter die Motivation zur Befolgung des Rechts fehlte, oder dass sie nicht dominant genug war, kurz ist sie Konsequenz eines Mangels an Rechtstreue. Für den geforderten Motivations- und Erkenntnisprozess wird allerdings ein bestimmter Kenntnisstand des Täters vorausgesetzt, z. B. das Wissen um die Situation, in der er sich befand, welches ihm die Erkenntnis, dass er wahrscheinlich eine Norm verletzen werde, überhaupt erst ermöglicht hätte: Die Verletzung der Norm müsse dem Täter erkennbar gewesen sein. Ferner müsse er die Fähigkeit zur Vermeidung des Erfolgs gehabt haben.⁷⁴³ Anderenfalls liege die Tat jedenfalls auch in dem Fehlen von Kenntnissen und Fähigkeiten des Täters begründet und lasse sich von der Tat nicht auf einen Mangel der Motivation schließen.

⁷⁴⁰ Vgl. Jakobs, a.a.O., S. 9 - 17; 127 i. V. m. seiner Schuldlehre unter II. 2. a) bb) (2.4).

⁷⁴¹ Jakobs, Strafrecht AT, 9. Abschnitt, Rn 3 f.; Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, S. 115 ff.

⁷⁴² Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, S. 133 f.

⁷⁴³ Jakobs, a.a.O., S. 2; 83; 89.

Dass der Täter nicht oder nicht hinreichend durch eine Verhaltensnorm bestimmten Inhalts dazu motiviert war, die rechtswidrige Tat zu vermeiden, obwohl dies möglich gewesen sein soll, ist bei Jakobs demnach Sanktionsvoraussetzung und Fahrlässigkeitskriterium. Unter dieser Bedingung soll es also bei Fahrlässigkeitsdelikten im Sinne der positiven Generalprävention sozialpsychologisch plausibel sein, den Täter für das Unrecht für zuständig zu erklären.

Auch nach Kindhäuser besteht ein Mangel an Rechtstreue beim Fahrlässigen darin, dass er das Motiv zur Vermeidung der Tat nicht gebildet hat, was ihm bei Aufbringen der erforderlichen Sorgfalt möglich gewesen wäre. Kindhäuser gründet seinen Standpunkt auf eine Normentheorie, die einige Abweichungen gegenüber Jakobs' Theorie aufweist. Es wird ebenfalls zwischen Verhaltensnormen und Sanktionsnormen unterschieden.

Verhaltensnormen begründen hier ein *Sollen*, bestimmte Rechtsgutsverletzungen und damit ein dazu führendes Verhalten zu vermeiden. Dieses Sollen ist an jedermann adressiert.⁷⁴⁴

Sanktionsnormen dagegen sind Sätze, welche die Voraussetzungen für die Verhängung von Strafe festlegen. Die Voraussetzungen besagen, dass der Täter im Widerspruch zum Strafzweck die Verhaltensnorm nicht eingehalten hat. Als Strafzweck wird hier die Prävention i. S. von Jakobs positiver Generalprävention genannt.⁷⁴⁵ Der Täter muss also durch sein Verhalten ausgedrückt haben, dass die Norm für ihn nicht gilt.⁷⁴⁶ Die Sanktionsvoraussetzungen werden in die Stufen Unrecht und Schuld aufgeteilt:

Das Unrecht setzt voraus, dass dem Täter sein Verhalten als *Pflichtverletzung* zugerechnet wird, d. h. dass der Täter die Pflicht hatte, die Verhaltensnorm zu befolgen und die Tat zu vermeiden. Dabei soll der Grundsatz gelten, dass niemand zu etwas verpflichtet werden darf, was er nicht kann. Diese Pflicht zur Befolgung hat derjenige, der sich zu dem im Sinne der Verhaltensnorm „entscheidungsrelevanten Zeitpunkt“ die Rechtsgutsverletzung mit einer bestimmten („entscheidungsrelevanten“) Wahrscheinlichkeit als Folge seines Verhaltens vorgestellt hat, also der nach Kindhäuser vorsätzliche Täter: „Vorsatz ist dann gegeben, wenn der Täter mit einem Wissen agiert, das einem rechtstreuen und rational entscheidenden Bürger hinreichenden Anlaß zur (...) Bildung des Vermeidemotivs gäbe“.⁷⁴⁷ Unter dem „entscheidungsrelevanten Zeitpunkt“ wird der Zeitpunkt verstanden, „in dem der Täter die Intention, eine *bestimmte* Tatbe-

⁷⁴⁴ Kindhäuser in: GA 1994, S. 200 f.

⁷⁴⁵ Kindhäuser (a.a.O.) spricht von der „Sicherung hinreichend rechtstreuer Motivation“ und der „Sicherung der Normgeltung im Sinne handlungswirksamer Normanerkennung“.

⁷⁴⁶ Kindhäuser, a.a.O., S. 201; 207.

⁷⁴⁷ Kindhäuser, a.a.O., S. 204. Dieser Vorsatzbegriff setzt ein Unrechtsbewusstsein nicht voraus.

standsverwirklichung durch ein *bestimmtes* Verhalten zu vermeiden“, hätte bilden müssen, um die Tat zu verhindern.⁷⁴⁸

Auch den Fahrlässigen, der die Rechtsgutsverletzung und/ oder das darin liegende Unrecht demnach zum entscheidungsrelevanten Zeitpunkt nicht oder nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erkannt hat, trifft diese Pflicht jedoch, und zwar unter der Bedingung, dass er die Rechtsgutsverletzung *bei Aufbieten der ihm persönlich möglichen Sorgfalt* mit der hinreichenden Wahrscheinlichkeit vorausgesehen hätte und also die Tat hätte vermeiden können.⁷⁴⁹

Die hier erwartete Sorgfalt wird als eine der Zurechnung dienende Obliegenheit verstanden; ihr Rechtsgrund sei die jeweilige Verhaltensnorm.⁷⁵⁰ Umgekehrt ausgedrückt, ist die *Sorgfaltswidrigkeit* nach Kindhäuser eine Bedingung dafür, dass dem Täter sein Verhalten als Pflichtverletzung zugerechnet wird. Der fahrlässige Täter könne sich unter dieser Bedingung nicht zur Entlastung auf seine Unfähigkeit zur Vermeidung der Tat im entscheidungsrelevanten Zeitpunkt berufen, weil er für sie verantwortlich sei.⁷⁵¹ Kindhäuser räumt ein, dass das Aufbieten der Sorgfalt *vor* dem entscheidungsrelevanten Zeitpunkt erforderlich sei⁷⁵², so dass es sich um eine a.l.i.c. - Konstruktion handelt.

Die Pflichtverletzung des Fahrlässigen wird diesem schließlich als *schuldhaft zugerechnet*, wenn sich darin ein Mangel an Rechtstreue offenbart, und dieser zeige sich eben in der Sorgfaltswidrigkeit eines Fahrlässigen, darin, dass dieser nicht dazu motiviert war und nicht dafür gesorgt hat, im entscheidenden Zeitpunkt zur Umgehung einer Straftat fähig zu sein, wenn dies ein *rechtstreuer* Normadressat mit der intellektuellen und physischen Konstitution des Täters in der gegebenen Situation gewesen wäre.⁷⁵³ Kindhäuser sagt: „Die Sorgfaltswidrigkeit ist das Moment an Rechtsuntreue, das den fehlenden Vorsatz als Sanktionsvoraussetzung substituiert.“⁷⁵⁴

Eine weitere erwähnenswerte eigenständige Position vertritt Basedow. Er knüpft Schuld maßgeblich an ein empirisch nachweisbares „Schuldbewusstsein“, für

⁷⁴⁸ Kindhäuser, a.a.O., S. 198 Fn 6.

⁷⁴⁹ Kindhäuser, a.a.O., S. 198 - 200.

⁷⁵⁰ Kindhäuser, a.a.O., S. 211 Fn 49; S. 211 f.

⁷⁵¹ Kindhäuser, a.a.O., S. 207.

⁷⁵² Kindhäuser, a.a.O., S. 204 Fn 28.

⁷⁵³ Kindhäuser, a.a.O., S. 209 f.

⁷⁵⁴ Kindhäuser, a.a.O., S. 211. Vor dem Hintergrund der positiven Generalprävention stellt Kindhäuser eine „Moral der Fahrlässigkeitshaftung“ auf: „Der Täter kann sich nicht unter Hinweis auf Defizite in der Rechtstreue vom Konflikt distanzieren, wenn die Konfliktsbewältigung durch Strafrecht der Sicherung hinreichend rechtstreuer Motivation dient.“ (A.a.O., S. 207.)

das “die menschliche Natur” eine Sühne in Form der Strafe verlange.⁷⁵⁵ Bei Basedow ist vorsätzlich das Handeln bei Normwidrigkeitsbewusstsein und Vorstellung des Erfolges, fahrlässig das Handeln bei Erfolgsvorstellung und potentieller Normwidrigkeitsvorstellung oder bei potentieller Erfolgs- und Normwidrigkeitsvorstellung.

Er stützt die Schuld bei Fahrlässigkeit darauf, dass der Täter die Tat, nicht notwendig während der Tat selbst, jedenfalls aber im Nachhinein, als verschuldet *erlebe*.⁷⁵⁶ Bei Fahrlässigkeit hätte das Tatbewusstsein und/ oder das Bewusstsein der Normwidrigkeit normalerweise auftreten sollen und wäre, so Basedow, bei einem „normalen“ Menschen auch aufgetreten, wie der Täter es selbst nach der Tat feststellen werde.⁷⁵⁷

⁷⁵⁵ Seine Auffassung ähnelt im Ergebnis derjenigen Hafts, der meint, im Einzelfall könne im Schuldialog eine Exkulpation des unbewusst Fahrlässigen misslingen und dessen persönliche Schuld als Schuldelerlebnis zu bejahen sein. (Haft, Der Schuldialog, S. 95 ff.)

⁷⁵⁶ Basedow, Die strafrechtliche Verschuldung, ein Willensvorgang mit dem Bewusstsein der Normwidrigkeit des Handlungserfolgs, 1898, S. 18; 21 f.

⁷⁵⁷ Basedow, a.a.O., S. 60 - 68.

d) Außerachtlassung der rechtlich gebotenen Sorgfalt

Es ist weit verbreitet, das Fahrlässigkeitskriterium einfach in der Verletzung der gebotenen Sorgfalt zu sehen, entsprechend einer weit verbreiteten Definition von Fahrlässigkeit.⁷⁵⁸

Bezeichnenderweise stellt v. Weinrich heraus, dass bei Fahrlässigkeit der Erfolg durch pflichtwidriges Verhalten, aber *gegen den Willen des Täters* herbeigeführt werde.⁷⁵⁹ Lammasch gründet die Strafbarkeit des Fahrlässigen daher auf die „Vernachlässigung der unter den gegebenen Umständen pflichtmäßigen Aufmerksamkeit, Sorgfalt und Rücksicht gegenüber den rechtlich geschützten Interessen anderer“.⁷⁶⁰

Nach Frisch beispielsweise liegt das Fahrlässigkeitskriterium konkret darin, dass der Täter sich sorgfaltswidriger Weise nicht „der Unbedenklichkeit seines Verhaltens (gemessen an den Maßstäben des Rechts)“ versichert habe, bevor er handelte. So habe er sich ein normgemäßes Verhalten verbaut.⁷⁶¹

Bekker⁷⁶² verwendet das Kriterium der Außerachtlassung der rechtlich gebotenen Sorgfalt nur für die *unbewusste Fahrlässigkeit*: Die Schuld mache ein Missbrauch der Freiheit aus, und einen solchen legt Bekker auch bei unbewusster Fahrlässigkeit zugrunde. Hier könne „das Nichtwissen selbst“ beim Handeln „ein schuldhaftes und strafwürdiges“ sein. Der Nichtgebrauch des Erkenntnisvermögens sei „Mißbrauch der Freiheit, genauso wie der pflichtwidrige Gebrauch oder Nichtgebrauch irgendeiner anderen menschlichen Kraft“. ⁷⁶³ Bei unbewusster Fahrlässigkeit wird dem Täter die Tat deswegen zugerechnet, weil er „aus Schläffheit und Lässigkeit seine Pflicht nicht erfüllte“.⁷⁶⁴

Für die dritte Schuldform „Fahrlässigkeit“ bei Löffler, dessen Schuldlehre auf der General- und Spezialprävention aufbaut,⁷⁶⁵ genügt es, wenn das Nichterkennen des rechtswidrigen Erfolges wegen fehlender Assoziation von Gedanken „auf den Mangel der normalen Aufmerksamkeit“ zurückzuführen sei. Löffler erkennt erstens auch in der sozialschädlichen Unaufmerksamkeit einen psychi-

⁷⁵⁸ Soweit die Verletzung der Sorgfaltspflicht in einer als negativ zu bewertenden Unaufmerksamkeit gesehen wird, kann diese auch als die der Tat zugrunde liegende „*Gesinnung*“ erfasst werden. Dies unterbleibt hier jedoch, da die Verletzung der Sorgfaltspflicht auch in einem unsorgfältigen *Handeln* erkannt wird.

⁷⁵⁹ V. Weinrich in: ZStrW 17 (1897), S. 825.

⁷⁶⁰ Lammasch, Grundriss des österreichischen Strafrechts, 1902, S. 23.

⁷⁶¹ Frisch, Vorsatz und Risiko, S. 229 f.

⁷⁶² Bekker, Theorie des deutschen Strafrechts I, 1857, S. 329 ff.

⁷⁶³ Bekker, a.a.O., S. 330.

⁷⁶⁴ Bekker, a.a.O., S. 331 f. Ebenso kann es nach Maurach und Zipf (Strafrecht AT 1, § 30 Rn 15) für den *Missbrauch* von Fähigkeiten darauf ankommen, dass der Täter die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nicht nutzte, überhaupt zu erkennen, dass sein Verhalten Unrecht verursachen möge.

⁷⁶⁵ Vgl. unter II. 2. a) bb) (2.2) in Fn 206.

schen Sachverhalt, der die Eigenart des handelnden Individuums widerspiegelte. Zweitens könne die Strafe auch hier ihren motivatorischen Zweck im Sinne des generalpräventiven Ansatzes für Schuld erfüllen. Denn dies soll bereits durch die Förderung psychischer Vorgänge in der Bevölkerung geschehen, von denen das Entstehen von Aufmerksamkeit abhängt.⁷⁶⁶

e) Normwidrigkeit eines Sachverhalts

Kelsen betrachtet als Schuld- und Fahrlässigkeitskriterium den Umstand, dass ein Sachverhalt einer strafrechtlichen Norm inhaltlich widerspreche. Dies entspricht Kelsens Verständnis von Zurechnung.⁷⁶⁷ Zu demselben Ergebnis führt ihn allerdings die Betrachtung der Fahrlässigkeit: Da diese keine psychischen Vorgänge aufweise, die sich auf die objektiven Elemente des Unrechtstatbestandes bezögen, habe man “jede Berechtigung verloren, irgendwelche psychischen Vorgänge allein als Schuld-elemente gelten zu lassen”. Nur durch einen rein normativ gefassten Schuldbegriff ließen sich die Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit auf einen Nenner bringen.⁷⁶⁸ Solle am strafrechtlichen Dogma einer Willenschuld festgehalten werden, müsse der Wille eben eine juristische Konstruktion sein, die allein dabei verwendet werde, dem Täter die Tat zuzurechnen.⁷⁶⁹

⁷⁶⁶ Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, S. 9; 40. Ähnlich Miricka, Formen der Strafschuld, S. 173.

⁷⁶⁷ Vgl. unter II. 2. a) aa) (2.3.4).

⁷⁶⁸ Kelsen, Hauptprobleme der Strafrechtslehre, S. 136 f.

⁷⁶⁹ Kelsen, a.a.O., S. 144 f. Vgl. bereits zur Zurechnungslehre, a.a.O.

f) Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit der Tat

Frank als Vertreter des normativen Schuldbegriffs verweist auf die *Vorhersehbarkeit der Tat*; auf einen realen psychischen Zustand kann er verzichten. Da Frank Vorsatz und Fahrlässigkeit ausdrücklich nicht als Unterarten des Gattungsbegriffs Schuld betrachtet, fasst er die Schuldform „Fahrlässigkeit“ auch nicht als psychische Beziehung des Täters zu seiner Tat auf und vermeidet dadurch einen logischen Widerspruch. Während er den Vorsatz erfasst als „gewisse konkrete Beziehung des Täters zu der in Rede stehenden Tat“, so dass er die „Tragweite“ seines Handelns übersehe, versteht er die Fahrlässigkeit als „Möglichkeit“ einer solchen Beziehung. Hier genüge es, dass der Täter die Auswirkungen seines Handelns bei Beachtung der Sorgfalt „übersehen könnte“. ⁷⁷⁰

Bei Hold v. Ferneck ist das Fahrlässigkeitskriterium seiner generalisierenden und am Zweck der negativen Generalprävention ausgerichteten Schuldlehre entsprechend ⁷⁷¹ die *generelle Voraussehbarkeit der Normverletzung*. Damit wird gerade auch die unbewusste Fahrlässigkeit erfasst. Denn es kommt für die Schuld nur darauf an, ob der „durchschnittliche“ Mensch in der Situation des Täters die Tat voraussehen und vermeiden konnte. ⁷⁷² Dass ein psychischer Zustand nicht die Schuld ausmachen könne, zeige sich vielmehr besonders an der Schuldform der unbewussten Fahrlässigkeit. ⁷⁷³

Roxin stellt seiner Schuldlehre ⁷⁷⁴ entsprechend darauf ab, dass der Täter durch die „Appellwirkung der Norm“ als Bestimmungsnorm ⁷⁷⁵ erreichbar gewesen sei und die Tat persönlich hätte vermeiden können. Dies sei nach einem möglichst individuellen Maßstab zu bestimmen, aus dem die Charaktereigenschaften des Täters ausgenommen werden: Es kommt darauf an, wie sich ein normal motivierbarer Durchschnittscharakter ⁷⁷⁶ in der Situation des Täters und mit dessen Fähigkeiten verhalten hätte. ⁷⁷⁷

⁷⁷⁰ Frank in: FS der Juristischen Fakultät Giessen, S. 530. Vgl. zur normativen Schuldlehre unter II. 2. a) aa) (2.3).

⁷⁷¹ Vgl. unter II. 2. a) bb) (2.3).

⁷⁷² Hold von Ferneck, Die Idee der Schuld, S. 61 f.; 64f.

⁷⁷³ Hold von Ferneck, a.a.O., S. 22: „Man kann sagen, dass gerade die unbewusste Schuld den Punkt darstellt, wo die Schuldlehre den Hebel anzusetzen hat.“; S. 25.

⁷⁷⁴ Vgl. unter II. 2. a) bb) (2.2).

⁷⁷⁵ Roxin (Strafrecht AT I, § 10 Rn 97 ff.) vertritt die Auffassung, dass es sowohl Bestimmungs- als Bewertungsnormen gebe. Die Bestimmungsnormen appellierten an die Psyche des Täters, rechtswidrige Taten zu vermeiden.

⁷⁷⁶ So wörtlich auch Herzberg in: Jura 1984, S. 407 f.; 410.

⁷⁷⁷ Roxin, a.a.O., § 24 Rn 121, Herzberg, a.a.O., S. 413 f., Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, S. 190: Charaktermängel wie ein besonderes Temperament, Jähzorn oder emotionale Labilität würden nicht entlasten, wenn der Täter nicht schuldunfähig sei. Eine vergleichbare Auffassung vertritt Schünemann in: JA 1975, S. 790. Schünemann sieht diese Lösung im Einklang mit der Funktion des Strafrechts, weil dieses als

Für die bewusste Fahrlässigkeit wird das Vermeidenkönnen der Straftat bejaht, weil dem Täter die Gefahr, die entsprechenden Umstände zu verursachen, bewusst gewesen sei. Bei unbewusster Fahrlässigkeit komme es darauf an, dass der Täter diese Gefahr hätte erkennen können. Die strafrechtliche Schuld knüpfe eben *nicht immer an bewusste Rechtsgüterverletzungen und –gefährdungen* an: Der unbewusst Fahrlässige habe entweder die gefahrbe gründenden Umstände erkannt, diese jedoch nicht als gefahrbe gründend erfasst. Dann hätte er laut Roxin aus den gefahrbe gründenden Umständen auf eine mögliche Rechtsgüterverletzung schließen können. Oder er sei sich der gefahrbe gründenden Umstände nicht bewusst gewesen. Dann genüge es, dass er diese Umstände hätte erkennen können. Denn, so Roxins Behauptung: “Die Annahme, es stünde in niemandes Macht, die Umstände zu bedenken, die einem nicht einfallen, ist irrig. Unser ganzes Sozialleben beruht darauf, dass es dem Menschen möglich ist, von ihm ausgehende Gefahren zu überprüfen und unter Kontrolle zu halten; wäre es anders, so würde z. B. der Autoverkehr untragbare Risiken mit sich bringen und eingestellt werden müssen.”⁷⁷⁸

Grundsätzlich kommt es Roxin auf die Vermeidbarkeit der Tat zum Zeitpunkt der letzten für den rechtswidrigen Erfolg ursächlichen Handlung des Täters an. War es dem Täter dann nicht möglich, die Tat zu vermeiden, greift auch Roxin auf ein „Übernahmeverschulden“ entsprechend einer a.l.i.c. bei Trunkenheit zurück, wenn der Täter bei der Übernahme einer gefährlichen Tätigkeit erkannt habe, dass er die Tätigkeit nicht beherrsche und rechtswidrige Erfolge nicht vermeiden können. Einen Rückgriff auf einen lange zurückliegenden Zeitpunkt i. S. der „Lebensführungsschuld“ hält Roxin für rechtsstaatlich bedenklich; es dürfe nicht hinter den Beginn der unerlaubten gefährlichen Tätigkeit zurückgegangen werden.⁷⁷⁹

Nach Roxin soll ein geringfügig fahrlässiges Verhalten von Strafe freigestellt werden. Auf den Grad der Fahrlässigkeit würden die psychische Verfassung des Täters, sein Verständnis von der Rechtslage und die Bedeutung des bedrohten Rechtsguts im Verhältnis zu der sozialen Bedeutung der Tätigkeit Einfluss nehmen: Erstens wird eine solche Fahrlässigkeit als geringfügig betrachtet, die an den Fall grenzt, dass der Täter die Tat aus psychischen Gründen nicht vermeiden konnte (subjektives Unvermögen, z. B. begründet durch eine Schocksituation, in welcher der Täter nicht an die Gefahr denkt), oder Fahrlässigkeit gilt als gering-

“Instrument der sozialen Kontrolle von vornherein auf die Verwertung objektiv feststellbarer, sozial relevanter Fakten beschränkt ist und die bis heute nur intuitiv erfassbaren Imponderabilien einer Persönlichkeit vernachlässigen muss”. In diesem Sinne spricht Schünemann von “gemäßigt individueller Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit”. (A.a.O., S. 792.)

⁷⁷⁸ Roxin, a.a.O., § 24 Rn 69. Vgl. auch Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafrechtssystem, 1981, S. 42 f.

⁷⁷⁹ Roxin, a.a.O., § 24 Rn 36; 38; 54; 59; 117 ff. So auch Schünemann, a.a.O., S. 791.

fällig, wenn die Tat in einem psychischen Zustand begangen worden ist, der den durch §§ 20 oder 33 StGB erfassten nahe kommt. Zweitens wird eine solche Fahrlässigkeit erfasst, bei welcher der Täter einem Verbotsirrtum erlag, der fast unvermeidbar war.⁷⁸⁰

Drittens begründe eine Gefahr für ein bestimmtes Rechtsgut, welche die Grenze für strafrechtlich relevante Gefahren nur geringfügig überschreite, bei sozial anerkannten Tätigkeiten wie der Teilnahme am Straßenverkehr oder gefahrgeneigter Arbeit geringfügige Fahrlässigkeit, bei sozial missbilligenswerten oder rechtswidrigen Verhaltensweisen hingegen schwerere Fahrlässigkeit.⁷⁸¹ Zwar konstituierten auch die bei sozial anerkannten Tätigkeiten vorkommenden „geringfügigen Unaufmerksamkeiten“ schuldhaftes Unrecht, doch gelte es zu berücksichtigen, dass sie, auf das gesamte Leben gesehen, selbst ein gewissenhafter Mensch nicht immer vermeiden könne. Roxin hält „das Verlangen einer lebenslänglichen maschinenhaften Präzision“ für unzumutbar.⁷⁸²

Er meint nun, in den genannten Fallgruppen habe die Bestrafung des Täters keinerlei präventiven Effekt, und es würde der zivilrechtliche Ausgleich der Schadensfolgen genügen.⁷⁸³ Über den speziellen Entschuldigungsgrund der „Unzumutbarkeit“ wird dann bei geringfügiger Fahrlässigkeit nicht die Schuld, sondern der präventiv orientierte Teil der „Verantwortlichkeit“ ausgeschlossen.⁷⁸⁴

Loening ist dagegen der Ansicht, für das Fahrlässigkeitskriterium werde gar kein rechtlicher Maßstab wie ein „normaler Charakter“ benötigt; es sei also selbst nicht normativ, sondern setze nur die Klärung psychologischer Fragen voraus. Als Fahrlässigkeit wird nur die unbewusste Fahrlässigkeit erfasst. Der Täter müsse hier bei Anspannung seiner geistigen Kräfte und bei Anwendung der *ihm möglichen Vorsicht und Umsicht* dazu imstande gewesen sein, die Unkenntnis des rechtswidrigen Tatbestandes und die Tatbegehung selbst zu vermeiden. Dies setze jedoch nicht voraus, dass der Täter einen rechtlichen Maßstab nicht erfüllt und in diesem Sinne sorgfaltswidrig gehandelt habe: „Eine Rechtspflicht zur Vorsicht oder zu sonstiger Erkenntnistätigkeit gibt es überhaupt gar nicht. Die Schuld besagt nur, dass jemand hätte anders handeln *können*, *nicht auch*, dass er anders hätte handeln *sollen*.“⁷⁸⁵

⁷⁸⁰ Roxin, a.a.O., § 24 Rn 124 f.

⁷⁸¹ Roxin, a.a.O., § 24 Rn 92 i. V. m. Rn 74 ff.

⁷⁸² Roxin, a.a.O., § 24 Rn 126.

⁷⁸³ Roxin, a.a.O., § 24 Rn 92.

⁷⁸⁴ Roxin, a.a.O., § 24 Rn 127.

⁷⁸⁵ Loening, Grundriss zur Vorlesung über deutsches Strafrecht, 1885, S. 22 ff.; 39 ff.

g) „Verstandesschuld“

Einige Autoren ziehen Defizite in Intelligenz, Wissen oder Erfahrung als Fahrlässigkeitskriterien heran.⁷⁸⁶

Nach R. Horn liegt das Fahrlässigkeitskriterium bei *unbewusster Fahrlässigkeit* nicht in einem fehlerhaften Willen, sondern in einem Defizit des Verstandes, vor dem die Öffentlichkeit durch die Bestrafung des Täters zu schützen sei. Der Täter müsse sich dafür verantworten, dass ihm „die Klarheit des Verstandes“ gefehlt habe, die dazu geführt hätte, dass er den rechtswidrigen Erfolg vorausgesehen hätte und so die Handlung hätte abbrechen können.⁷⁸⁷ Der symptomatische Lehre Tesars, nach welcher Schuld die gefährliche Psyche des Täters anzeigen soll, begründet hier ebenfalls eine Verstandesschuld zum Schutz der Gesellschaft. Der Defekt des Täters könne auch in einem Verstandesfehler liegen, und zwar als Mangel in der Fähigkeit, über Assoziationen zu der Vorstellung des rechtswidrigen Erfolges zu gelangen.⁷⁸⁸

Gutherz betont die Haftung des unbewusst Fahrlässigen für jegliche Unwissenheit, besonders unter Berufung auf deren zivilrechtliche Irrelevanz.⁷⁸⁹

⁷⁸⁶ Vgl. zur Verstandesschuld bereits unter II. 2. a) aa) (1) und II. 2. a) bb) (1).

⁷⁸⁷ R. Horn, Über den Kausalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht, 1889, S. 38 ff. Auch nach Hold v. Ferneck (Die Idee der Schuld, S. 54), für den der Täter für die Abweichungen vom Durchschnitt haftet, können „Intelligenzdefizite in der Tat Anlass zu strafrechtlichen Verurteilungen geben (...), daß also das Wort von der Verstandesschuld einen völlig zutreffenden Gedanken (...) ausdrückt, und daß es die richtige Erkenntnis trüben heißt, wenn man versucht, die Haftung für Unwissenheit (unbewusste Fahrlässigkeit, eigene Einfügung) aus anderen Gesichtspunkten zu rechtfertigen, um sie mit der Haftung für Wissentlichkeit auf eine Linie zu stellen.“

⁷⁸⁸ Tesar in: ZStrW 32, S. 199 f.

⁷⁸⁹ Gutherz in: Grooß' Archiv Band 39, S. 90 ff. Nach Steltzer, Über den Willen, 1817, S. 161, der behauptet, alles „Böse“ im Menschen liege im Irrtum, soll sogar alle Schuld Fahrlässigkeit sein.

h) Kombinationen

Einige Autoren kombinieren bisher genannte Fahrlässigkeitskriterien miteinander.

Fahrlässigkeitsschuld schließt nach Mezger ein „Moment bewussten pflichtwidrigen Wollens“ ein.⁷⁹⁰ Mezgers Fahrlässigkeitslehre lassen sich zwei der bisher genannten Kriterien entnehmen:

Der Fahrlässige habe, so Mezger zum einen wie v. Hippel, einen *rechtlich fehlerhaften Willen zum Handeln*. Mezger befindet den Willen für rechtlich fehlerhaft, weil der Täter sich anders hätte verhalten sollen und können.⁷⁹¹ Zum anderen bezieht Mezger die Schuld des Täters auch bei Fahrlässigkeit gerade auf den rechtswidrigen Erfolg. Bei bewusster Fahrlässigkeit bestehe diese Beziehung im Bewusstsein vom rechtswidrigen Erfolg und dessen Rechtswidrigkeit⁷⁹², also in der *Vorstellung von der Tat*.

Bei unbewusster Fahrlässigkeit könne sie darin nicht liegen; er sieht die Beziehung des Täters zum Erfolg hier in der „*Kenntnis einer Beziehung der verletzten Pflicht zu diesem Erfolg*“. Der Täter „muss gewusst haben, dass die ihm obliegende Pflicht den Sinn hatte, Erfolge dieser Art abzuwehren. Dieses Bewusstsein des Täters von der Beziehung der verletzten Pflicht zu Erfolgen dieser Art ist ein unentbehrlicher und notwendiger Bestandteil der fahrlässigen Schuld.“⁷⁹³ Die bewusste Pflichtverletzung kann folglich auch in der Vernachlässigung der Aufmerksamkeit bestehen, die den Täter davon abgehalten hat, den rechtswidrigen Erfolg zu erkennen, also in der Verletzung einer Pflicht, die *vor* dem Zeitpunkt der den Erfolg verursachenden Handlung zu erfüllen gewesen wäre.⁷⁹⁴ Auch Mezger bemüht also wie schon Feuerbach das die Figur der *actio libera in causa*.

Die *Lehre vom normativen Schuldelement* kombiniert nicht die Kriterien Wille und Vorstellung, sondern ergänzt die Vorstellung um einen Motivationsfehler. Wie oben zu den Schuldlehren dargestellt⁷⁹⁵, verlangt Goldschmidts Lehre neben einem psychischen Zustand ein *normatives Schuldelement*, die Pflichtnormverletzung. Die Pflichtnorm gebiete, sich durch die Vorstellung, dass das eigene Verhalten einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen könne, von einem solchen Verhalten abhalten zu lassen. Bei Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit bestehe die Pflichtnormverletzung eben darin, dass die Vorstellung vom Erfolg den Tä-

⁷⁹⁰ Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 1949, S. 355. Vgl. zu Mezgers Schuldlehre unter II. 2. a) aa) (2.3.1).

⁷⁹¹ Mezger, a.a.O., S. 354 f.; 358 ff.

⁷⁹² Schuld fordert nach Mezger (a.a.O., S. 264 f.) das Unrechtsbewusstsein des Täters.

⁷⁹³ Mezger, a.a.O., S. 356 f.

⁷⁹⁴ Mezger, a.a.O., S. 355 f.

⁷⁹⁵ Vgl. unter II. 2. a) aa) (2.3.2).

ter von dem dahin führenden Verhalten nicht abgehalten habe.⁷⁹⁶ Die Vorstellung des rechtswidrigen Erfolgs macht also das psychische Element von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit aus.

Um zunächst auch die unbewusste Fahrlässigkeit dem Vorsatz und der bewussten Fahrlässigkeit systematisch gleichzuordnen und auch in ihr ein psychisches Element auszumachen, deutet Goldschmidt die „pflichtwidrige Nichtvorstellung des Erfolges“ in eine „quasi- psychologische Erfolgsbeziehung“ um.⁷⁹⁷

Da dem Täter hier die Erfolgsvorstellung fehlt, durch die er sich überhaupt erst dazu zu motivieren könnte, den Erfolg zu vermeiden, konstruiert Goldschmidt eine zusätzliche Pflichtverletzung: die Verletzung der besonderen Sorgfaltpflicht, nicht so umsichtig gewesen zu sein, dass diese Vorstellung hervorgerufen werden würde. Diese Pflichtverletzung sei Bedingung für das Bestehen der *Pflichtnormverletzung* bei unbewusster Fahrlässigkeit, sich nicht „aktiv selbst durch die Erfolgsvorstellung“ zum rechtmäßigen Verhalten motiviert zu haben.⁷⁹⁸ Die Verletzung dieser Pflichten bei unbewusster Fahrlässigkeit setze voraus, dass sich der Täter der Umstände bewusst war, aus denen er auf die Möglichkeit des Erfolges hätte schließen können.⁷⁹⁹

Letztlich liegt die Pflichtnormverletzung, also das normative Schuldelement, in der fehlenden Motivation zum Verhindern des Erfolges, und zwar bei der unbewussten Fahrlässigkeit durch die bekannten Umstände, bei bewusster Fahrlässigkeit und Vorsatz durch den vorgestellten Erfolg.⁸⁰⁰ Die Lehre vom normativen Schuldelement verwendet also zum einen die reale oder fiktive *Vorstellung* vom Erfolg bzw. von den tatsächlichen Umständen und zum anderen die fehlende Motivation durch diese Umstände, obwohl dazu eine Verpflichtung bestand; man kann sagen, ein *Fehlen der gebotenen Einzeltatgesinnung* als normatives Moment.

Weber stellt auf eine *Sorgfaltswidrigkeit* nach subjektivem Maßstab und parallel dazu auf die persönliche *Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit* der Tat ab. Es komme gerade darauf an, dass dem Vermeiden der Tat *bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt* keine Hindernisse entgegen gestanden hätten.⁸⁰¹

⁷⁹⁶ Goldschmidt in: Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, IV. Jahrgang 1913, S. 148; S. 159.

⁷⁹⁷ Goldschmidt, a.a.O., S. 151

⁷⁹⁸ Goldschmidt, a.a.O., S. 152

⁷⁹⁹ Goldschmidt, a.a.O., S. 152; 154 ff.

⁸⁰⁰ Ähnlich besteht bei Eb. Schmidt (in: v. Liszt/ Eb. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1927) das normative Element bei der Fahrlässigkeit, die mit unbewusster Fahrlässigkeit gleichgesetzt wird, aus zwei Pflichtverletzungen, die von den individuellen Fähigkeiten des Täters (a.a.O., S. 260 ff.) und der Zumutbarkeit normgemäßer Motivation (a.a.O., S. 213) abhängig gemacht werden. Das normative Element ist unter diesen Bedingungen eine Abweichung des tatsächlichen vom gesollten Motivationsprozess.

⁸⁰¹ Baumann/ Weber/ Mitsch, Strafrecht AT, S. 474 f.; 479.

3. Ablehnung eines Fahrlässigkeitskriteriums

Zweifel am Schuldcharakter von Fahrlässigkeit werden immer wieder geäußert: Bezeichnend dafür steht die Bemerkung Radbruchs, die Bestrafung eines Täters für die fahrlässige Verursachung eines rechtswidrigen Erfolgs bedeute eine „verschämte Unfallhaftung“.⁸⁰²

Einige Autoren sprechen der Fahrlässigkeit teilweise (unter (a)) oder insgesamt (unter (b)) den Schuldcharakter ab und machen dies daran fest, dass dem Täter der als Schuldkriterium geforderte psychische Zustand fehle.⁸⁰³

a) Unbewusste Fahrlässigkeit

Einigen Auffassungen zufolge liegt bei der unbewussten Fahrlässigkeit keine Schuld vor, da hier eine psychische Beziehung zwischen Täter und Tat nicht bestehe.⁸⁰⁴ Teilweise wird dazu Stellung bezogen, ob und wie die Tat dennoch sanktioniert werden soll.

Ohne irgend eine Vorstellung von der Tat treffe den Täter keine Schuld daran, so einige Stellungnahmen auf Grundlage des Vergeltungsgedankens: „Wir können nur für das verantwortlich gemacht werden, was wir irgendwie, wenigstens dunkel oder im allgemeinen vorausgesehen haben, nicht für das, was voraussehbar war, aber tatsächlich in keiner Weise vorausgesehen wurde.“, so v. Cathrein.⁸⁰⁵

Zum Ausschluss der Schuld unbewusster Fahrlässigkeit gelangt auch v. Almen-
dingen mangels einer Vorstellung des Täters von der Tat, ausgehend von seiner präventiv orientierten Schuldlehre.⁸⁰⁶ V. Almendingens Argumentation richtet sich vor allem gegen Feuerbach:

Sie verwirft Feuerbachs Annahme, willentliche Aufmerksamkeit, d. h. Konzentration, würde zur Erkenntnis des rechtswidrigen Erfolges führen. V. Almendingen sagt: "Es gibt keinen Irrtum, welchen man, wenn man gewollt hätte, hätte einsehen können. *Jeder Akt des Erkenntnisvermögens ist völlig unwillkürlich.* (eigene Markierung) (...) Allein um einen Irrtum willkürlich aufklären zu können, muss man ihn schon ahnen; der Irrende ahnt ihn aber nicht.

⁸⁰² Radbruch in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Band V, 1908, S. 201.

⁸⁰³ Mohrmann, Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit im Strafrecht, S. 86.

⁸⁰⁴ So Messer in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform Band 8, 1912, S. 65 ff.

⁸⁰⁵ V. Cathrein, Grundbegriffe des Strafrechts, 1905, S. 116 f. So auch Baumgarten, Der Aufbau der Verbrechenlehre, S. 120 f., Luden, Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechts I, S. 260. Vgl. letzteren zur bewussten Fahrlässigkeit unter 2. b).

⁸⁰⁶ Vgl. unter 2. b). Nach v. Almendingen wird auch ein wie hier bezeichnetes bewusst fahrlässiges Verhalten als vorsätzlich betrachtet; es gibt nur unbewusste Fahrlässigkeit.

Gleich dem körperlichen Auge sieht der Verstand nicht, weil er will, sondern weil er muss.“⁸⁰⁷ Weil Strafdrohungen aber nur den Willen, nie aber das unwillkürlich funktionierende Erkennen, psychologisch beherrschen und bestimmen könnten, greife die Theorie vom psychologischen Zwang bei Fahrlässigkeit nicht.

Trotzdem will v. Almendingen auch die unbewusste Fahrlässigkeit sanktionieren. Anders als Feuerbach versucht er jedoch nicht, die fahrlässige Schuld an die vorsätzliche anzugleichen, sondern begründet eine Sanktionierung spezialpräventiv ohne Rücksicht auf das Schuldprinzip.⁸⁰⁸ In Form einer “warnende(n) Ideenassoziation” soll ein Übel mit einer bestimmten Situation für die Zukunft verknüpft werden, so dass der Täter in künftig gleichen Fällen automatisch zum Nachdenken angeregt werde.⁸⁰⁹ Dieses “Erfahrungsübel” sei keine eigentliche Strafe, sondern nur eine Sanktion, die anders wirke als die kriminelle Strafe: Der Täter werde *erzogen*; als „freundlicher wohlwollender Erzieher“ trete der Staat seinem „Zögling“ gegenüber.⁸¹⁰ Eine solche Sanktion würde heute als „Maßregel der Besserung und Sicherung“ gelten.

Stübel schließt sich, soweit er in der Fahrlässigkeit auch durch Vorverlegung des Zeitpunktes keinerlei bewusste Gefährdung und demzufolge *kein Wollen der gefährlichen Handlung* entdecken kann, v. Almendingen an. Er begründet die Schuldlosigkeit solcher Fahrlässigkeit letztlich ebenfalls damit, dass hier durch Strafe kein psychologischer Zwang auf den Täter ausgeübt werden könne. Der Täter wird aber als “gefährlicher Mensch” qualifiziert, wenn er bei Anwendung der nötigen Sorgfalt die Gefahr hätte erkennen können.⁸¹¹ Auf diese Gefährlichkeit sei durch eine nicht als Kriminalstrafe zu verstehende Sanktion einzuwirken.

Ähnlich ist Kohlrauschs Argumentation: Da dem unbewusst Fahrlässigen die Gefährdung des Rechtsguts nicht bewusst sei - der Täter habe hier allenfalls das Bewusstsein, sich für fremde Rechtsgüter schlechthin gefährlich zu verhalten, was aber keine Beziehung zum konkreten rechtswidrigen Erfolg herstelle -, fehle ihm der Wille zur verbotenen *gefährlichen Handlung* und damit die Schuld.⁸¹² So hätte er weder durch die Strafdrohung dazu motiviert werden können, die

⁸⁰⁷ V. Almendingen, Untersuchungen über das kulpöse Verbrechen, S. 51 - 54, zit. nach Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, S. 20.

⁸⁰⁸ V. Almendingen, a.a.O., S. 85, nach Exner, a.a.O., 21.

⁸⁰⁹ V. Almendingen, a.a.O., S. 109; 115, zit. nach Exner, a.a.O.

⁸¹⁰ V. Almendingen, a.a.O., S. 119 f., zit. nach Exner, a.a.O. Zustimmend zu einer solchen „Präventionsstrafe“ Baumgarten, a.a.O., S. 121.

⁸¹¹ Stübel, a.a.O., S. 286.

⁸¹² Kohlrausch in: Aschrott/ v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs Band I, S. 208 f.

Gefährdung des Rechtsguts unterlassen zu wollen, noch hätte er der Fahrlässigkeitsnorm willentlich opponieren können.

Einigen Hegelianern fehlt es in der unbewussten Fahrlässigkeit an einem *strafbaren Willen i. S. Hegels*, da der Fahrlässige sich der Gefährlichkeit seiner Handlung und damit eines Rechtsverstoßes gar nicht bewusst sei. Fahrlässige Verbrechen könnten nach Jagemann, streng genommen, gar nicht vorkommen.⁸¹³ Lasson will deshalb nur “eine disziplinarische Strafe”, eine “Art Schadenersatz” anwenden.⁸¹⁴

Auch Arth. Kaufmann und Bockelmann lehnen als Vertreter einer *Willensschuld* die Schuld unbewusster Fahrlässigkeit ab.

Arth. Kaufmann kann die unbewusste Fahrlässigkeit nicht als Gefährdungsvorsatz erfassen:

Der unbewusst Fahrlässige mache sich bei seinem Handeln überhaupt keine Gedanken über den rechtswidrigen Erfolg oder die Gefährdung; er wolle diese nicht.⁸¹⁵ Ein absolutes Ergebnis kann Kaufmann jedoch nicht für sich beanspruchen, weil ihm aus erkenntnistheoretischen Gründen Zweifel an seinem eigenen Schuldbegriff bleiben⁸¹⁶: “Das ist auch der Grund, warum wir die Bestrafung der unbewussten Fahrlässigkeit nicht als einen absoluten Verstoß gegen das Schuldprinzip ansehen können. (...) Die unbewusste Fahrlässigkeit liegt nun aber ganz zweifellos in diesem Grenzgebiet zwischen dem, was eindeutig als Schuld und dem, was eindeutig als Nicht - Schuld zu erkennen ist. (...) Daher scheint es uns vom wissenschaftlichen Standpunkt richtiger, die Schuld hier in Zweifel zu ziehen, als sie ohne ausreichende Rechtfertigung zu unterstellen. Jedenfalls kann ein Strafrecht, das auch die unbewusst fahrlässige Handlung straft, nicht mit dem hochtrabenden Anspruch auftreten, ein reines Schuldstrafrecht zu sein.”⁸¹⁷

Dennoch ist Arth. Kaufmann für eine *Bestrafung der unbewussten Fahrlässigkeit; er ist insoweit für eine Erfolgshaftung, und zwar aus generalpräventiven Gründen*: “Einen Bahnwärter, der vergessen hat, die Schranken zu schließen, und dadurch den Tod von zwanzig Menschen verursacht hat, nicht zu bestrafen, sondern nur mit einer Buße zu belegen, ist unter den heutigen Umständen indiskutabel. Man würde das einfach nicht verstehen und daher ganz falsche Folgerungen aus einem derartigen Urteil ziehen.”⁸¹⁸

⁸¹³ Jagemann, Zur Revision der Lehre von den Körperverletzungen in: Neues Archiv 1845, S. 234.

⁸¹⁴ Lasson, System der Rechtsphilosophie, 1882, S. 532.

⁸¹⁵ Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 175 ff.

⁸¹⁶ Vgl. unter II. 2. a) aa) (2.3.1).

⁸¹⁷ Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 214.

⁸¹⁸ Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 164. In diesem Sinne auch Herzberg in: GA 2001, S. 579: Die Gesellschaft würde dies kaum akzeptieren. Noch im „Unrechtsbewusstsein“ (S. 98 f.), meint Arth. Kaufmann allerdings: “M. E. sollte in diesen Fällen Freispruch ergehen.”

Ähnlich wie Arth. Kaufmann sieht es Bockelmann in seinen „Verkehrsstrafrechtlichen Aufsätzen“. Bei der unbewussten Fahrlässigkeit entscheide sich der Täter nicht einmal bewusst für die Gefährdung. Ein „böser Wille“ sei hier nicht zu entdecken. Ein Mangel an Aufmerksamkeit oder Leichtsinn genügt Bockelmanns Willensschuld nicht.⁸¹⁹

Bockelmann schlägt vor, die strafrechtliche Haftung für Fahrlässigkeit so weit wie möglich einzuschränken und nur die leichtfertig begangenen Taten unter Strafe zu stellen. „Leichtfertigkeit“ soll vergleichbar sein mit grober Fahrlässigkeit im Zivilrecht und nach einem subjektiven Maßstab bestimmt werden.⁸²⁰

Zwar entspreche Leichtfertigkeit für gewöhnlich bewusster Fahrlässigkeit, könne aber auch unbewusste Fahrlässigkeit erfassen, so dass das Schuldprinzip nicht vollständig eingehalten werde. Die deswegen bestehenden Bedenken seien aber, „wenn der Täter nicht nur überhaupt pflichtwidrig, sondern geradezu leichtfertig gehandelt hat, eher zu unterdrücken“. ⁸²¹

b) Alle Fahrlässigkeit

Den Schuldcharakter aller Fahrlässigkeit lehnen solche Autoren ab, die als Schuldkriterium konsequent auf das Wollen der Tat abstellen.

Nach Temme steht der rechtswidrige Erfolg dem Willen des fahrlässig Handelnden nur zufällig gegenüber. Als Reaktion auf die Fahrlässigkeit bleibe nur eine sichernde „polizeiliche Maßregel“, die keine Schuld voraussetze. Temme fordert die *Streichung* aller Fahrlässigkeitsdelikte aus dem Strafgesetzbuch.⁸²²

Auch Galliner, der dem Schuldansatz Kohlrauschs folgt, vertritt konsequent eine Willensschuld, indem er aller Fahrlässigkeit den Schuldcharakter abspricht: Der Fahrlässige wolle das Unrecht nicht. Zwar habe er gegen die allgemeine Pflicht zur Aufmerksamkeit und Sorgfalt verstoßen, doch begehe er hierdurch nur ein Delikt der Fahrlässigkeit („delictum culpae“), nicht ein fahrlässiges Delikt („delictum culposum“).⁸²³ Eine Bestrafung des Täters nach der Schwere des eingetretenen Erfolges lehnt Galliner folgerichtig ab; in Betracht komme nur noch eine Ordnungsmaßnahme, keine kriminelle Strafe.⁸²⁴

⁸¹⁹ Bockelmann, Verkehrsstrafrecht, S. 215 f.

⁸²⁰ Bockelmann, a.a.O., S. 215 f.

⁸²¹ Bockelmann, a.a.O., S. 217 f.

⁸²² Temme, Lehrbuch des preußischen Strafrechts, 1853, S. 235; 252. So auch Zerbst, nach Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, S. 27 Fn 2; S. 70.

⁸²³ Galliner, Die Bedeutung des Erfolges bei den Schuldformen des geltenden Strafgesetzbuchs, 1910, S. 15.

⁸²⁴ Galliner, a.a.O., S. 29 f.

Hertz erkennt als Schuldkriterium in Auseinandersetzung mit Binding nur den „bewusst rechtswidrigen Willen“ zum rechtswidrigen Erfolg an. Der Fahrlässige wolle eben nicht den Erfolg; sein Wille habe nicht den rechtswidrigen Inhalt. Allerdings erkennt Hertz das Schuldprinzip nicht an; er will die Fahrlässigkeit allein aus spezialpräventiven Gründen unter *Strafe* stellen. Auf einen Unaufmerksamen könne durch eine richtig abgestimmte Strafe in günstiger Weise eingewirkt werden.⁸²⁵

⁸²⁵ Hertz, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren vom Strafrecht, 1880, S. 162 f.

4. Untersuchung der Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld

Es steht nun zur Diskussion, ob eine oder mehrere der unter 2. dargestellten Lehren die Schuld eines Fahrlässigen begründen können. Dieser Abschnitt wird sich eingehend mit den beschriebenen Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld und den darin vertretenen Fahrlässigkeitskriterien auseinander setzen. Die Untersuchung orientiert sich noch deutlicher als die Darstellung der Lehren in Abschnitt 2. an den drei Parametern, die sich an dem in dieser Arbeit begründeten Schuldbegriff ablesen lassen: Zunächst wird das Moment in den Blick genommen, das sich in den Fahrlässigkeitskriterien auf ein bestimmtes Objekt beziehen soll, so z. B. der Wille, die Vorstellung, die Gesinnung (im folgenden „Bezugsmomente“). Hinzu kommen solche Kriterien, die nur als solche betrachtet werden sollen, weil hier das Verhältnis zwischen einem Bezugsmoment und einem Bezugsobjekt vom Standpunkt des Schuldbegriffs aus nicht als relevant angesehen wird, so die Vermeidbarkeit der Tat; die Normwidrigkeit des Täterverhaltens und die Außerachtlassung der rechtlich gebotenen Sorgfalt zur Verhinderung der Tat. (Dies alles unter a.)

Dann folgt die Auseinandersetzung mit dem „Bezugsobjekt“, auf das sich das Bezugsmoment, bezieht, wie z. B. die Gefahr der Tatbestandsverwirklichung, das Verhalten des Täters oder die Interessen der Mitmenschen. (Unter b.)

Unter diesen beiden Aspekten sind die Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld jeweils ausführlich zu untersuchen. Erstens sind sie unter einem *analytischen Prüfungsansatz* auf ihre Schlüssigkeit hin zu prüfen. Dabei kommt es vor allem auf die jeweilige Konstruktion des Fahrlässigkeitskriteriums und auf die Vereinbarkeit mit der jeweils vertretenen Auffassung zur Schuld an. Denn eine bestimmte Lehre genügt nicht zur Begründung von Fahrlässigkeitsschuld, wenn sie bereits *in sich* unschlüssig ist. Zweitens sind die Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld unter einem *normativen Prüfungsansatz* an den Maßgaben des Schuldprinzips und dem daraus entwickelten Schuldkriterium zu messen.

Zuletzt wird es um die Koinzidenz von Tat und Schuld gehen, die gerade in der Fahrlässigkeitsdogmatik des Öfteren durchbrochen wird. Ob dies mit dem Schuldprinzip vereinbart werden kann, ist für die betreffenden Fahrlässigkeitslehren näher zu beleuchten. (Unter c.)

a) Untersuchung der Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld nach Bezugsmomenten von Fahrlässigkeitskriterien und nach sonstigen Fahrlässigkeitskriterien

aa) Wollen

(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren

(1.1) Unbewusster Wille

Bindings Auffassung einer fahrlässigen Willensschuld ist unter zwei wesentlichen Gesichtspunkten zu kritisieren:

Erstens fügt es sich nicht in Bindings Ansatz ein, dass ein Fahrlässiger schuldig ist, obwohl er nicht *bewusst* gegen eine Norm verstößt. Wie dargelegt, fordern die als Imperative formulierten Normen bei Binding ihre willentliche Befolgung mit dem Motiv, eine rechtliche Pflicht zu befolgen. Schuldkriterium soll die *Opposition* gegen einen solchen Imperativ sein, genauer der dagegen opponierende Wille. Dieser ist schlechterdings ohne ein Bewusstsein, gegen die Norm zu verstoßen, nicht denkbar. Durch den unbewussten Willen erreicht Binding also zwar *formal* eine Willensschuld des Fahrlässigen, so dass Vorsatz und Fahrlässigkeit, so gesehen, als Arten einer Gattung verstanden werden können⁸²⁶; insofern geht die Systematik auf. Doch ergibt sich gleichzeitig ein Widerspruch zu seiner Normentheorie.

Zweitens widerspricht der „unbewusst rechtswidrige Wille“ als Kriterium für unbewusste Fahrlässigkeit jedem plausiblen Verständnis vom Willen. Die *reine Verursachung* des rechtswidrigen Erfolges durch eine Handlung des Täters ohne das Bewusstsein des Täters davon, was er verursachen werde, stellt nicht ein „Wollen“ dieses Erfolges dar, wie es oben im Rahmen der Ausführungen zum Schuldbegriff vertreten worden ist. Denn ein Beabsichtigen oder ein Billigen des rechtswidrigen Erfolges kann nur dann angenommen werden, wenn der Täter sich damit auseinandersetzt, d. h. sich diesen Gegenstand vorstellt.⁸²⁷ Wie zur Schuld und spezieller zu den Fahrlässigkeitskriterien dargestellt,⁸²⁸ legt Binding sogar selbst offen, dass sein eigentliches Zurechnungskriterium bei Fahrlässigkeit die Verursachung des Erfolges durch eine gewollte Handlung sei.

⁸²⁶ Vgl. schon Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1903, S. 10.

⁸²⁷ Vgl. unter II. 2. c) dd) (1.4). Gegen Bindings Willensbegriff sprechen sich in der Diskussion über die Fahrlässigkeit eine ganze Reihe von Autoren aus, so u. a. Radbruch, a.a.O., S. 125, Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, S. 60, Baumgarten, Aufbau der Verbrechenslehre, S. 129, Köhler, Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht, S. 42, m.w.N., Messer in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform Band 8, S. 66, Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1976, S. 158, Roeder in: Festschrift für Rittler, S. 227.

⁸²⁸ Vgl. unter II. 2. a) aa) (2.1) und unter III. 2. a) aa) (1.3).

Die Erfassung der Fahrlässigkeit als *willentliche Opposition* gegen die Norm durch den unbewussten Willen geht also fehl; ihre Gleichordnung mit dem Vorsatz bleibt eine rein terminologische.⁸²⁹

(1.2) Willensvermögen

Bei Klein und anderen Autoren wird das Unterlassen des einzelnen Willensaktes auch als Fehler des Willensvermögens dargestellt. Unter Zugrundelegung dieses Willensbegriffs lässt sich die fahrlässige Tat also mit dem Willen des Täters in Verbindung bringen, weil sich das Willensvermögen passiv gegenüber der Tat verhalten hat.⁸³⁰ Dazu sei bemerkt, dass das *Willensvermögen* dem hier eingeführten Willensbegriff widerspricht, der allein das Beabsichtigen und das Billigen als intentionale psychische Zustände erfasst.⁸³¹ Von einer Willensschuld sollte hier daher keine Rede sein. Das den einzelnen Willensakten Gemeinsame, Konstante, mag vielmehr als konstante Motivation, Charakter des Täters aufzufassen sein, der sich nicht gegen die Tat gewendet hat. Dafür ist auf die Kritik am Kriterium der dauerhaften Gesinnung zu verweisen.⁸³²

(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips

Das Fahrlässigkeitskriterium „Wille“ entspricht nicht dem oben begründeten Schuldkriterium. Es ist nicht nur nicht erforderlich, sondern es widerspricht überdies dem Sinn des Schuldprinzips, dass Schuld sich auf einen „bösen“ oder widerrechtlichen Willen als Konkretisierung der „bösen“ oder widerrechtlichen Motivation gründen soll.⁸³³

Insbesondere die idealistisch geprägten Lehren, die eine Willensschuld aus ihren Prämissen folgern, können schon im Ansatz kritisiert werden: Die Schuldlehren Arth. Kaufmanns und Bockelmanns, die konsequent auch eine fahrlässige Willensschuld vertreten, wurden oben bereits deshalb abgelehnt, weil sie nicht oder nicht deutlich genug zwischen rechtlicher und moralischer Schuld trennen.⁸³⁴ Arth. Kaufmann, der das Schuldprinzip und das Schuldkriterium in aller Deutlichkeit auf materiale Werte stützt, kann aus den genannten Gründen schon hierin nicht unterstützt werden.⁸³⁵

Auch der spezialpräventive Ansatz für eine Willensschuld trägt aus gewichtigen Gründen nicht. Soll der Wille zur gefährlichen Handlung oder zur Gefährdung

⁸²⁹ Kelsen hingegen, der das Schuldkriterium „Wille“ als juristische Konstruktion enttarnt, ist nicht auf eine „Willensschuld“ angewiesen. (Vgl. unter II. 2 a) aa) (2.3.4) und III. 2. a) aa) (1.4).)

⁸³⁰ Vgl. Exner, a.a.O., S. 56.

⁸³¹ Vgl. unter II. 2. c) dd) (1.4).

⁸³² Vgl. zur Gesinnungsschuld in diesem Abschnitt unter dd).

⁸³³ Vgl. unter II. 2. c) dd) (4.1).

⁸³⁴ Vgl. unter II. 2. c) aa) (3).

⁸³⁵ Vgl. unter II. 2. c) aa) (1.1).

nach Stübel in den Fällen bewusster Fahrlässigkeit die sozial schädliche Gesinnung des Täters anzeigen, auf die durch Strafe eingewirkt werden kann, so wird der Täter nicht aus Gründen retributiver Gerechtigkeit oder wegen der fairen Behandlung seiner Person für schuldig erklärt. Dies ist aber das Anliegen des Schuldprinzips.

Doch nicht nur in den Prämissen einer Willensschuld, ebenso in ihrer Umsetzung für die Fahrlässigkeit ergeben sich Unstimmigkeiten mit dem Schuldprinzip: In einem „unbewussten Willen“, wie er Binding zufolge für die Fahrlässigkeit genügen soll, liegt gerade *keine psychische Antizipation der Tat*, die das Schuldprinzip fordert. Denn Bindings „unbewusstes Wollen“ entspricht eben nicht dem *psychischen Zustand* des Wollens.

bb) Unterlassung des Wollens

(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren

Die Unterlassung des Wollens stellt ein reines Negativum dar. Exner hat dies aufgrund einer scharfsinnigen Begriffsanalyse für das Bezugsobjekt des rechtswidrigen Erfolges herausgearbeitet:

Der „negativ - böse Wille“ kann danach einerseits Vorsatz, andererseits ein Negativum bedeuten.⁸³⁶

Meint der Täter, dass sein Verhalten eine rechtswidrige Folge haben wird, fasst er dennoch nicht den Entschluss, diese zu vermeiden, so lehnt er die Vermeidung des rechtswidrigen Erfolges ab. Versteht man „negativ“ als „verneinend“, ist der Wille „negativ- böse“. Der Täter will den Erfolg nicht nicht.⁸³⁷ Exner fasst dies treffend zusammen: „Das Nichtwollen, dass etwas nicht geschehe, kommt dem Wollen, dass etwas geschehe, gleich.“ Die doppelte Verneinung bedeutet die Bejahung des Erfolges. Diese Konstellation liegt beim vorsätzlichen Unterlassungsdelikt vor.⁸³⁸ Der Fahrlässige befindet sich hingegen nicht in dieser Lage; er hat nicht die zutreffende Vorstellung von der Situation, ist sich nicht bewusst, dass der rechtswidrige Erfolg mit Sicherheit aus seinem Handeln folgen werde. In der *Unterlassung des Willens zur Vermeidung*, nicht in der Ablehnung der Vermeidung des Erfolges, soll hier der „böse Wille“ liegen. „Negativ“ bedeutet hier „negiert“; ein Wollen fehlt.⁸³⁹

Beim „negativ - bösen Willen“ antizipiert der Täter die Tat in keinerlei Hinsicht *psychisch*, und der Sinn einer Willensschuld, durch den Willen einen Bezug des Geschehens zur Person des Täters herzustellen, wird durch dieses Kriterium

⁸³⁶ Exner, a.a.O., S. 71.

⁸³⁷ Birkmeyer (in: *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, S. 1125) spricht von einem „Nicht nicht - Wollen“.

⁸³⁸ Vgl. Exner, a.a.O., S. 72.

⁸³⁹ Exner, a.a.O., S. 73.

nicht erfüllt: Es wird eben nicht auf das Wollen abgestellt, welches die *Psyche* des Täters bei der Tat abbildet.

Jedenfalls für die *unbewusste Fahrlässigkeit* kann auch aus dem Ausbleiben des Wollens zur Vermeidung des rechtswidrigen Erfolges ein strafrechtlich relevanter Schluss auf die Psyche des Täters, auf seine Einstellung zum rechtswidrigen Erfolg zum Zeitpunkt der letzten den Erfolg verursachenden Handlung, überhaupt nicht gezogen werden; denn der Täter stand hier gar nicht vor der Wahl, den rechtswidrigen Erfolg zu vermeiden oder ihn eintreten zu lassen, weil er nicht an ihn gedacht hat.⁸⁴⁰ Aus Sicht des unbewusst Fahrlässigen tritt der rechtswidrige Erfolg vielmehr „zufällig“ ein⁸⁴¹; ein unbewusst Fahrlässiger befand sich nicht in der Lage, das Geschehen bewusst zu beeinflussen⁸⁴² und seine Freiheit zur „normgemäßen Selbstbestimmung“ zu nutzen, wie es Welzel allerdings fordert. Ein unbewusst Fahrlässiger könnte beispielsweise sagen: „Um etwas vermeiden zu wollen, muss man wissen, dass es etwas zu vermeiden gibt. Hätte ich an die möglichen Folgen meines Handelns gedacht, so hätte ich sie gewiss „vermeiden wollen“.“⁸⁴³ Hält man einem solchen Täter das frühere Erkennenkönnen und -sollen des rechtswidrigen Erfolges vor, handelt es sich wiederum um ein anderes Kriterium als den negativ - bösen Willen.⁸⁴⁴

Diese Argumentation gilt in den meisten Fällen unbewusster Fahrlässigkeit auch für die Kriterien der Unterlassung, aufmerksam sein zu wollen, und die Unterlassung, sich erziehen zu wollen. Hier stand es dem Täter nicht zur Wahl, aufmerksam zu sein, weil er unbewusst in den Zustand der Unaufmerksamkeit hineingeraten ist. Ebenso wenig ist es in den meisten Situationen jemandem bewusst, dass er jetzt mehr Aufmerksamkeit einüben könnte.⁸⁴⁵

(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips

Abgesehen von der grundsätzlichen Kritik am Ansatz einer „Willensschuld“ ist hier zu sagen: Dass der Täter die Tat nicht psychisch antizipiert haben muss, widersetzt sich den Funktionen des Schuldprinzips und dem in dieser Arbeit vertretenen Schuldkriterium.⁸⁴⁶ Die auf der finalen Handlungslehre basierende „rein“ normative Schuldlehre Welzels, nach welcher eine psychische Antizipati-

⁸⁴⁰ Ähnlich Exner, a.a.O., S. 73. Dieser Gedankengang ist zur Schuld unter II. 2. c) bb) bereits ausgeführt worden.

⁸⁴¹ Exner, a.a.O., S. 74; 142.

⁸⁴² Vgl. Exner, a.a.O., S. 74; 142.

⁸⁴³ Nach Exner, a.a.O., S. 73.

⁸⁴⁴ Exner, a.a.O., S. 74; 142. Vgl. zu diesem Kriterium unter gg).

⁸⁴⁵ Vgl. auch zum Bezugsobjekt unten unter b) dd) und b) ff).

⁸⁴⁶ Das Fehlen einer psychischen Verbindung zwischen Täter und Tat kritisieren mit weitgehend abweichenden Begründungen Kohlrausch, in: Aschrott/ v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs Bd. 1, S. 179; 194, Mezger, Schuld und Persönlichkeit, S. 11 f., Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 160.

on der Tat gar nicht Schuldkriterium sein kann, hat die Bedeutung des Schuldprinzips nicht ausreichend im Blick.

cc) Vorstellung

- Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips -

Die Ansichten decken sich zwar im Ergebnis grundsätzlich mit dem herausgearbeiteten Schuldkriterium. Dennoch ergibt sich in den Begründungsansätzen v. Almendingens und Löfflers ein Widerspruch zur restriktiven Bedeutung des Schuldprinzips: Sie orientieren sich an der Prävention, der Theorie vom psychologischen Zwang oder negativen Generalprävention und der Spezialprävention. Eine „Wissensschuld“ ist auch mit diesen präventiven Ansätzen vollkommen konsistent; das Kriterium „Vorstellung von der Tat“ lässt sich daraus ableiten. Doch soll Strafe die Vorstellung von der Tat nicht voraussetzen, um den Täter davon abzuschrecken, Straftaten zu begehen, oder ihn als sozialschädlich zu kennzeichnen, sondern um ihn gerecht zu behandeln.⁸⁴⁷

⁸⁴⁷ Vgl. unter II. 2. c) aa) (5) u. II. 2. c) bb).

*dd) (Fehlerhafte) Gesinnung, Gesinnungsfehler,
Fehlen der erwarteten Gesinnung*

(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren

(1.1) Kriterien und Begriffe

Ein erster Einwand gegen diese Gruppe von Kriterien betrifft die undeutliche Begriffsbildung: Nicht selten wird ein Kriterium in einem Atemzug auf mehrere Weisen erfasst: als fehlerhafte Gesinnung, als Gesinnungsfehler und/ oder als Fehlen der erwarteten Gesinnung. V. Liszt nennt die „Gleichgültigkeit“ und die „Mangelhaftigkeit des Pflichtgefühls“, Jescheck die „tadelnswerte Rechtsgesinnung“ und den „Gesinnungsfehler“, Kindhäuser „Rechtsuntreue“ und den „Mangel an Rechtstreue“, Exner den „Gefühlsmangel“ und das „Fehlen der Wertschätzung des verletzten Rechtsguts“ und Engisch die „nicht genügende Gefühlsbetonung einer Vorstellung“ und den „Mangel des Interesses“.

Einige Lehren beschreiben eine dieser Varianten durch eine andere. Bei F. Kaufmann bedeutet die „asoziale Gesinnung“ das „Fehlen einer Achtung vor dem Gesetz“, bei Schmidhäuser bedeutet die „unrechtliche Einzeltatgesinnung“ das „Nichternstnehmen des Wertes“, und bei Jescheck soll der Gesinnungsfehler in der Rücksichtslosigkeit oder Gleichgültigkeit bestehen.

Zunächst schaden die unterschiedlichen Bezeichnungen der für eine Dogmatik wünschenswerten begrifflichen Klarheit. Ob das Kriterium in einer positiven Gesinnung, also einem, wenn man so will, psychischen Zustand, einem Gesinnungsfehler als einem Normativismus oder in dem Fehlen der erwarteten Gesinnung als einem psychologischen Manko⁸⁴⁸, einer Negation, bestehen soll, macht allerdings einen erheblichen Bedeutungsunterschied aus. Formulierungen wie „Gefühlsmangel“ und das „Fehlen der Wertschätzung“ können allerdings auch eine Geisteshaltung des Täters beschreiben. Eine vorausgesetzte Geisteshaltung des Täters wird dann durch einen Mangel oder eine Negation gekennzeichnet. Ob ein so gekennzeichnete psychischer Zustand allerdings eine psychische *Verbindung* zur Tat herstellt, ist die entscheidende weitere Frage.

Um jedoch zuallererst nicht unnötige Verwirrung zu stiften, insbesondere mit Blick auf die Sein – Sollen – Differenz, sollte besser konsequent von einer psychischen Verfassung wie Zerstreutheit oder Gleichgültigkeit die Rede sein, der ein negatives Wertprädikat beigelegt wird.

⁸⁴⁸ Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 141.

(1.2) Unstimmigkeiten mit den Anforderungen von Naturalismus und komplexem Schuldbegriff

Die Lehre v. Liszts und der psychologische Schuldbegriff Radbruchs führen aufgrund ihres systematisch – naturalistischen Anspruchs dazu, das Fahrlässigkeitskriterium allein in einem mit dem Vorsatz gemeinsamen psychischen Zustand zu suchen.⁸⁴⁹

Radbruchs „Unvorsichtigkeit“ des Täters bedeutet jedoch seinen eigenen Ausführungen zufolge, dass der Täter *nicht genügend* aufmerksam war oder *nicht die genügende* Vorsicht hat walten lassen, weswegen er das Unrecht beging. Selbst wenn das geistige Verhalten des Täters nicht an demjenigen einer Maßfigur, des „Normalmenschen“, gemessen wird, so wird daran doch der Maßstab des von ihm erwarteten Verhaltens angelegt. Diesem Maßstab entsprach es nicht. „Unvorsichtigkeit“ kann als ein psychischer Zustand aufgefasst werden, der negativ bewertet wird, weil der Täter nicht genügend vorsichtig war. Das normative Moment verbleibt daher im Schuldbegriff, was sich dann auch im Kriterium der „Gesinnung“ zeigt, der das Attribut „antisozial“ beigelegt wird.⁸⁵⁰ Offensichtlicher wird diese Unstimmigkeit mit dem naturalistischen Anspruch bei v. Liszt, wenn er auf die „Mangelhaftigkeit“ des geforderten sozialen Pflichtgefühls abstellt.

Darüber hinaus ist fraglich, ob sich sagen lässt, dass durch eine negativ gekennzeichnete Gesinnung wie die Unaufmerksamkeit denn wirklich eine *Beziehung* der Psyche des Täters zur Tat entsteht. Denn der psychische Zustand „Unaufmerksamkeit“ ist gerade nicht auf das Objekt „Straftat“ oder „Rechtsgutsverletzung“ gerichtet.

Ein ähnliches Problem ergibt sich auch in Exners Lehre. Exner fordert für Schuld ausdrücklich eine psychische *Beziehung* zwischen Täter und Tat; doch sein eigenes Fahrlässigkeitskriterium, das gerade auch die unbewusste Fahrlässigkeit erfassen soll, beschreibt keinen positiven psychischen Zustand, der auf die Tat Bezug nimmt, sondern bezeichnet lediglich einen *Gefühlsfehler* oder das *Fehlen* des erwarteten Gefühls.⁸⁵¹

Das Problem zeigt sich auch daran, dass Exner eine Beziehung zwischen Täter und Tat nur herzustellen vermag, wenn die „Wertschätzung“ nicht an bewusste Bewertungsakte gebunden und vom Bewusstsein des „Wertobjekts“ unabhängig ist. So kann Exner eigentlich nur auf eine objektive Werttheorie verweisen, wonach Werte unabhängig von Wertungen existieren. Exner vermengt nun Elemen-

⁸⁴⁹ Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, S. 41.

⁸⁵⁰ Vgl. Achenbach, a.a.O., S. 70.

⁸⁵¹ Vgl. wiederum Kelsen, a.a.O. Dieses Problem hat ebenso Mittermaier in: ZStrW 32 (1911), S. 421.

te von objektiver und subjektiver Wertelehre: Während nach einer objektiven Theorie Werte nur materiale Qualitäten von Objekten sein können⁸⁵², bezeichnet Exner den Wert als „konstante Beziehung zwischen Objekt und Person“. Es ist fragwürdig, wie sich diese Beziehung konstituieren soll, wenn nicht wiederum durch einen bewussten Akt der Wertung, wie ihn die subjektiven Werttheorien vertreten. Gerade auf diesen muss Exner jedoch gerade verzichten.⁸⁵³

(1.3) Dauerhafte Gesinnung

Es sind einige Anmerkungen angebracht, die speziell das Fahrlässigkeitskriterium der dauerhaften Gesinnung betreffen.

So kann insbesondere bei unbewusster Fahrlässigkeit, da der Täter den Erfolg eben nicht will und keine positive Einstellung dazu einnimmt, hinterfragt werden, ob aus der Tatsache, dass der Täter an eine rechtswidrige Tat nicht gedacht hat, oder dass er sich sorgfaltswidrig verhalten hat, überhaupt auf eine bestimmte dauerhafte Gesinnung geschlossen werden kann.

In Exners Theorie übersetzt, fragt sich, ob die fehlende Reproduktion des betroffenen Rechtsguts beim unbewusst Fahrlässigen wirklich in dem dauerhaften Mangel an Gefühlsbetonung des Rechtsguts wurzelt. Die psychologische Theorie, die Exner aufgreift, dass Assoziationen zwischen aktuellen Bewusstseinsinhalten und Gedächtnisinhalten bestehen und die Gedächtnisinhalte in Abhängigkeit von solchen Assoziationen, von der Verbindung der Gedächtnisinhalte mit Emotionen und der davon wiederum abhängigen Aufmerksamkeit bewusst werden, sei einmal angenommen. Das Wesentliche an Exners Fahrlässigkeitstheorie ist der Mangel an negativen Gefühlen, die *konstant* mit einem bestimmten Gedächtnisinhalt verbunden sind, wobei dieser Mangel Grund dafür ist, dass der betreffende Gedächtnisinhalt nicht bewusst und die Möglichkeit der Begehung einer Straftat nicht gesehen wird. Es ist allerdings nicht begründet, auf eine zu geringe *dauerhafte* Gefühlsbetonung des Rechtsguts oder auf ein *dauerhaftes* Fehlen der erwarteten Gefühlsbetonung des Rechtsguts abzustellen. Dass es Probleme bereitet, von der fahrlässigen Tat auf eine *konstante* mangelhafte Gefühlsbetonung des betreffenden Rechtsguts zu schließen, hat bereits Engisch angesprochen.⁸⁵⁴ Denn es mag sein, dass die konstante Gefühlsbetonung des betroffenen Rechtsguts gegenüber den konstanten Gefühlsbetonungen anderer Rechtsgüter hoch genug ist, nur dass die momentane psychische oder körperli-

⁸⁵² Ritter, Gründer, Gabriel, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 12, W - Z, 2004, S. 568.

⁸⁵³ Zu diesem Problem Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, S. 669.

⁸⁵⁴ Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 473. Vgl. unter III. 2. c) aa).

che Verfassung (z. B. Müdigkeit, Verträumtsein, Abgelenktsein durch starke äußere Eindrücke) die Konzentration erschwert. Wenn man diese Überlegungen einbezieht, lässt sich allerdings nicht mit Engisch sagen, die Gefühlsbetonung des Rechtsguts hätte eben in solchen Fällen der Ablenkung höher sein müssen und sei gegenüber der momentanen Verfassung und den Gefühlsbetonungen anderer Momente nicht hoch genug gewesen.⁸⁵⁵ Denn dann ginge es nicht mehr um ein *konstantes* Moment, sondern um das momentane Verhältnis zwischen Gefühlsbetonung und anderen Faktoren, darum, dass das Rechtsgut *in einem bestimmten Moment* nicht hinreichend gefühlsbetont gewesen sei. In Situationen einer ausgeglichenen Verfassung werden sich die Wertgefühle gerade bei vielen Fahrlässigkeitstätern durchsetzen; von einer konstant ungenügenden Gefühlsbetonung kann dann nicht die Rede sein.

Darüber hinaus ist es besonders problematisch, die Gefühlsbetonung eines Rechtsguts überhaupt festzustellen und von anderen Faktoren abzugrenzen.⁸⁵⁶ Hier spezifizieren sich die erkenntnistheoretischen Schwierigkeiten der „Gesinnungsschuld“.⁸⁵⁷

Andere Theorien greifen nicht zurück auf eine Gefühlsbetonung, sondern sprechen allgemeiner von einer Haltung (z. B. Sorglosigkeit, Unvorsichtigkeit, Gleichgültigkeit) zu einem bestimmten Moment (beispielsweise die Interessen der Mitmenschen, die Anforderungen des sozialen Zusammenlebens, das Gesetz).⁸⁵⁸ Hier bestehen zu Exners und Engischs Theorien äquivalente Probleme. Allerdings wird schon nicht präzisiert, wie bei einer wie erwarteten Gesinnung die Tat hätte vermieden werden können, wenn der Täter doch gar nicht an die Verwirklichung des Tatbestandes dachte. Ein psychologischer Assoziationsmechanismus wird hier gar nicht dargelegt.

In jedem Fall lässt sich auch hier sagen, dass von der Tat nicht auf eine negativ bewertete Haltung, den Mangel oder das Fehlen der erwarteten dauerhaften Gesinnung geschlossen werden kann. So verfährt jedoch deutlich F. Kaufmann, für den ein auffallend sorgloses Verhalten des Fahrlässigen bereits Symptom für dessen konstante asoziale Gesinnung sein soll.⁸⁵⁹ Doch auch zu Kaufmanns Theorie gilt: Ein (auf Erfahrung beruhender) Kausalzusammenhang zwischen Gesinnung und Sorglosigkeit ist in vielen Fällen von Fahrlässigkeit gar nicht feststellbar, eben weil nach der allgemeinen Erfahrung andere Faktoren als eine

⁸⁵⁵ Engisch, a.a.O.

⁸⁵⁶ Vgl. Schlüchter, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, S. 60.

⁸⁵⁷ Vgl. unter II. 2. c) dd) (3.2).

⁸⁵⁸ Vgl. bei v. Liszt, Radbruch, F. Kaufmann.

⁸⁵⁹ Vgl. hierzu bereits unter II. 2. c) dd) (3.3).

solche psychische Konstante mit sorglosem Verhalten in Zusammenhang gebracht werden können. Auch ohne eine asoziale Gesinnung ist in solchen Fällen sorgloses Verhalten des Täters denkbar. Es ist zu berücksichtigen, dass auch trotz einer „guten“ Gesinnung bestimmte Momente den Täter vom sorgfältigen Handeln abhalten konnten.⁸⁶⁰

(1.4) Einzeltatgesinnung

Die Lehren zum Kriterium der Einzeltatgesinnung, die auf eine fehlerhafte Gesinnung oder einen Gesinnungsfehler rekurrieren, funktionieren zum Teil über einen ähnlichen psychologischen Mechanismus wie Exner ihn vorstellt. (So Schmidhäuser: Verbindung des Rechtswertes mit dem Gefühl der Ernsthaftigkeit - Ermöglichen von Aufmerksamkeit - Vorstellung von der Tat über Assoziationen; oder Jescheck: Wertgefühl - Aufmerksamkeit - Erkennen der Gefahr.)

Es kommt selbst bei der Einzeltatgesinnung zu Schwierigkeiten dabei, von der fahrlässigen Tat auf das *Fehlen* der erwarteten Gesinnung zu schließen: Es kann nicht ohne weiteres festgestellt werden, ob das fahrlässige Verhalten anstatt auf Gleichgültigkeit oder Rücksichtslosigkeit nicht auf andere Faktoren wie auf Müdigkeit oder Ablenkung zurückzuführen ist. Die Gefühlsbetonung des Wertes oder die Einstellung zum Recht mag, absolut gesehen, hinreichen. Dann ist es unmöglich, wie Schmidhäuser davon auszugehen, der fahrlässige Täter habe einen Wert des Gemeinschaftslebens *nicht* ernst genommen.

Auch der Schluss auf eine bestimmte negativ zu bewertende Gesinnung oder auf einen *Mangel* an der erwarteten Gesinnung zum Tatzeitpunkt ist problematisch. Abgesehen vom persönlichen Unvermögen, die Tat zu erkennen, ist jeder normale Mensch manchmal aus zu billigen Gründen abgelenkt, und dieses Abgelenktsein sollte noch nicht dazu führen, dass die „Rechtstreue“ des Täters für mangelhaft erklärt und die Tat zugerechnet wird, zumindest wenn die Gefühlsbetonung des betreffenden Rechtsguts, absolut gesehen, so hoch war wie man es erwarten kann. Dass das Rechtsgut absolute Priorität vor allen anderen persönlichen Affinitäten hat, kann vom Täter möglicherweise nicht gefordert werden. Dafür könnten Roxins Fälle der „Unzumutbarkeit“ herangezogen werden, die nahe an ein subjektives Unvermögen des Täters oder die Konstellationen der §§ 20, 33 oder 35 StGB heranreichen oder die leichte Versehen bei einer erlaubten Tätigkeit betreffen, nur dass hier gegen das Vorliegen eines Fahrlässigkeits-

⁸⁶⁰ Vgl. v. Hippel, Vergleichende Darstellung des deutschen und außerdeutschen Strafrechts, AT Band III, S. 597, Mohrmann, Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit im Strafrecht, S. 48, Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip. S. 163.

kriteriums und nicht wie bei Roxin aus präventiven Gründen für Straffreiheit argumentiert wird.⁸⁶¹

Die „Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens“ *jenseits der Grenze* einer anerkannten Schuldlosigkeit oder Entschuldigung des Täters deutlich genug zu bestimmen, scheint jedoch äußerst schwierig zu sein; sie ist „generalklauselartig“ und nicht aussagekräftig.⁸⁶² So fällt es schwer, das Maß der nötigen positiven Einstellung des Täters zum Recht und im Verhältnis dazu die Art einer akzeptablen Ablenkung fest zu legen und zu erkennen. Selbst wenn die durch Engisch vorgeschlagene „Besorgnis“, das Vermeiden von „Leichtsinn“, angebracht ist: Woran lässt sich die Besorgnis überhaupt festmachen?⁸⁶³ Und welche Art von Ablenkung soll zugestanden werden? Genügt es, dass jemand aus relativ banalen Gründen vor sich hin träumt oder muss beispielsweise ein Rechtsgut von ihm verletzt worden sein, und wenn ja, welches? Kommt es auf die Häufigkeit solcher Art von Unaufmerksamkeit beim Durchschnittsmenschen an?⁸⁶⁴

All diese Schwierigkeiten sprechen nun gemeinsam mit den vorgenannten gegen eine Verwendung des Gesinnungsfehlers als Kriterium überhaupt.

Die Argumentation gegen das Kriterium einer Einzeltatgesinnung trägt *in diesem Punkt* allerdings nicht, wenn hier ohnehin schon der Entschuldigungsgrund der „Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens“ eingreift oder unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit andere Prüfungspunkte des Fahrlässigkeitsdelikts (wie die „Zumutbarkeit“ beim fahrlässigen Unterlassungsdelikt oder die Sorgfaltswidrigkeit) verneint werden sollten⁸⁶⁵ und für das Fahrlässigkeitskriterium nur die Fälle übrig blieben, in denen dem Täter eine relativ „bessere“ Einzeltatgesinnung zugemutet wird.⁸⁶⁶

An Jakobs' Fahrlässigkeitstheorie, die auf einen Mangel an Motivation abstellt, ist im Besonderen nicht nachvollziehbar, wie der Motivationsmechanismus zum Vermeiden der Tat bei Vorliegen der erwarteten Gesinnung hätte ablaufen sollen, genauer, wie es dazu hätte kommen sollen, dass der unbewusst fahrlässige

⁸⁶¹ Vgl. zu Roxin unter 2. f).

⁸⁶² So Duttge in: MK, 2003, § 15 Rn 204.

⁸⁶³ Auch Schlüchter, die auf die „gesteigerte subjektive Vorwerfbarkeit“ abstellt, bietet kein Kriterium dafür.

⁸⁶⁴ Vgl. zu den Schwierigkeiten der Bestimmung von Kriterien für die „Unzumutbarkeit“ vgl. Roth (Zur Strafbarkeit leicht fahrlässigen Verhaltens, 1995, S. 148 ff., m. w. N.), für den die „Unzumutbarkeit“ nur Fälle einer Zwangslage des Täters betrifft, nicht hingegen die gelegentliche Unaufmerksamkeit ohne Zwangslage, welche viele Fälle der unbewussten Fahrlässigkeit kennzeichnet.

⁸⁶⁵ Duttge in: MK, a.a.O.

⁸⁶⁶ Zwar werden die Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Unzumutbarkeit dann nur verlagert; nur würden sie an solcher anderen Stelle nicht mehr das Fahrlässigkeitskriterium der Einzeltatgesinnung betreffen und wären von diesem unabhängig.

Täter die Tat vorausgesehen und vermieden hätte. Die Frage betrifft drei Punkte, einen allgemeinen, einen besonderen und die Verknüpfung zwischen beiden.

Unter dem ersten Punkt ist Jakobs' theoretischer Ansatz zu Verhaltensnormen und Motivation zu hinterfragen. Es ist zunächst nicht einsichtig, Normen als Richtigkeitsbehauptungen aufzufassen. Zwar mögen Normen insgesamt ein bestimmtes System ergeben, in dem jede einen unverzichtbaren Platz einnimmt, doch sind andere Theorien, die Normen als Sollenssätze bestimmen und nicht als behauptende Aussagesätze, weit überzeugender.⁸⁶⁷ Zudem widerspricht es bedeutenden psychologischen Theorien, dass die Vorstellung, etwas sei zutreffend, motivierend wirkt und nicht eine Emotion.⁸⁶⁸

Der zweite Punkt betrifft die Kritik an der verlangten Handlungsmotivation. Jakobs verlangt, dass der Handelnde die Motivation hat, eine konkrete, aber noch nicht als Rechtsnorm erkannte Norm zu befolgen. Eine solche Motivation setzt aber eine Norm voraus, die der Handelnde unabhängig davon akzeptiert, ob sie auch als Rechtsnorm existiert. Eine solche Norm kann nur eine ethische sein.⁸⁶⁹ Damit wird dem Handelnden allerdings offensichtlich nicht nur Rechtstreue, wie Jakobs behauptet, sondern auch eine bestimmte dem Recht entsprechende ethische Überzeugung und Motivation abverlangt.

Drittens verträgt sich diese verlangte Motivation nicht mit den von Jakobs selbst festgestellten theoretischen Grundlagen: Jakobs hält lediglich bestimmte *Rechts*sätze für Behauptungen objektiver Richtigkeit; zu ethischen Normen äußert er sich hingegen nicht. Wie soll sich jemand dann durch eigene Überzeugungen, die noch nicht als Rechtsnorm erkannt worden sind, überhaupt erst motivieren lassen, wenn nur die Vorstellung von der Richtigkeit motiviert und nur Rechts-sätze etwas Richtiges behaupten?

Die *ethisierende* Theorie zu Dohnas schließlich nimmt ein Bewusstsein des Täters als Bewertungsgrundlage der Motivation des Täters zur Tat an, das auf unbewusste Fahrlässigkeit jedenfalls nicht zutrifft: Denn der unbewusst fahrlässige Täter denkt wohl in den wenigsten Fällen an eine allgemeine Pflicht zur Sorgfalt und Aufmerksamkeit. Diese Kritik korrespondiert mit der Argumentation gegen eine willkürliche Unaufmerksamkeit⁸⁷⁰: Der Täter ist sich in den meisten Fällen gar nicht bewusst, unaufmerksam zu werden und erst recht nicht der Tatsache, durch die Unaufmerksamkeit eine Pflicht zu verletzen.

⁸⁶⁷ Vgl. nur Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 119 f. Zu der Frage Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, S. 665, m. w. Nachw.

⁸⁶⁸ Koriath, a.a.O.

⁸⁶⁹ Vgl. unter II. 2. c) aa) (3).

⁸⁷⁰ Vgl. unter III. 4. b) dd).

(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips

Ein Vergleich mit dem oben entwickelten Schuldbegriff zeigt, dass dieser nicht vereinbar ist mit den einzelnen Fahrlässigkeitskriterien, die im Rahmen der „Gesinnungsschuld“ vertreten werden. So fordert keine einschlägige Theorie notwendigerweise eine bewusste Antizipation der Tat, wie sie die Gerechtigkeit des Schuldprinzips verlangt. Dies ist deutlich bei denjenigen Autoren, bei denen es um einen Gesinnungsmangel oder ein Fehlen der verlangten Gesinnung geht. Doch auch solche Theorien, die eine positive Gesinnung des Täters benennen wie F. Kaufmann, Radbruch und v. Liszt, setzen für diese kein Bewusstsein von der Tat voraus. Die Gesinnung wird vielmehr als „Gleichgültigkeit“, „Rücksichtslosigkeit“ beschrieben, und zwar bei unbewusster Fahrlässigkeit auch *trotz* der Tatsache, dass der Täter eben nicht an die Tat gedacht hat. Das Fahrlässigkeitskriterium gibt hier gerade den Grund dafür an, weshalb die Tat nicht vorausgesehen wurde. Besonders bei den systematisch und naturalistisch geprägten Lehren ist es vielmehr Ziel, durch dieses vermeintlich rein psychische Kriterium auch solche Fahrlässigkeit zu erfassen, die durch das Fehlen des Tatbewusstseins gekennzeichnet ist. Schlüchters „Erst - Recht - Schluss“, wonach aus dem Postulat einer Entscheidungsfreiheit gefolgert wird, dass auch das Postulieren des Fahrlässigkeitskriteriums „Rücksichtslosigkeit“ zulässig sei und sich ein „Beweis“ seiner Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip erübrige, leuchtet nicht ein. Denn hier werden schon zwei unvergleichbare Größen unter Verletzung der Sein - Sollen - Differenz herangezogen: Die Willensfreiheit wird postuliert, weil ihr Beweis als empirische Tatsache nicht gelingt. An ein Fahrlässigkeitskriterium kann man hingegen gar nicht den Anspruch erheben, es zu beweisen. Es ist eine normative Größe, die von einer Wertung abhängt wie auch das Schuldprinzip. Schuldprinzip und Schuld sollen eben nicht als materiale Werte betrachtet werden.

In diesem Zusammenhang sind darüber hinaus Begründungsdefizite des Fahrlässigkeitskriteriums „Gesinnung“ heraus zu stellen, die bereits im Rahmen der Begründung des Schuldbegriffs angeklungen sind.

Das Schuldprinzip ist hier als rechtliches Prinzip begründet worden, und rechtliche Schuld soll daher von ethischer Schuld getrennt gesehen werden. Es ist bereits auseinander gesetzt worden, dass die „Gesinnung“ kein Kriterium für rechtliche Schuld sein soll, weil die persönliche Einstellung des Täters zum Recht und seine Motive zur Tathandlung hier nicht wie für moralische Schuld interessieren. Sie entsprechen der restriktiven Funktion des Schuldprinzips nicht.⁸⁷¹

⁸⁷¹ Vgl. unter II. 2. c) dd) (3.2). Dem Gedankengang folgt ja auch die Argumentation gegen den Willen als Schuldkriterium.

Schmidhäusers Lehre bildet demgegenüber die rechtliche „Gesinnungsschuld“ unmittelbar der sittlichen nach. Eine Trennung zwischen rechtlicher und moralischer Schuld findet auch offensichtlich nicht statt in Basedows Theorie, weil dieser auf die Schuldgefühle des Täters, sein persönliches Gewissen, abstellt, und in den ethisierenden Lehren, die eine *ethische* Bewertung der Motive voraussetzen.

Soweit die asoziale Gesinnung aus präventiven Gründen als Zurechnungskriterium verwendet wird, um für eine bessere Zukunft der Gesellschaft auf sie einwirken zu können, um der Bevölkerung durch Abschreckung zu einer besseren Gesinnung zu verhelfen⁸⁷² oder um durch die Haftung des asozialen Täters Anschauungen in der Gesellschaft zu bestätigen entsprechend Jakobs' systemtheoretischem Ansatz, kann hier nur wiederholt werden, dass die Zielsetzung der Prävention nicht der Gerechtigkeit im Sinne des Schuldprinzips Rechnung trägt.

Was die *dauerhafte* Gesinnung betrifft, so führt sie im Übrigen zu einer Haftung für den Charakter, insofern, als der fahrlässige Täter für sein „Sosein“ einzustehen hat. Gerade auch durch eine Haftung für den Charakter erfährt der Täter keine gerechte Behandlung.⁸⁷³

ee) Außerachtlassung der rechtlich gebotenen Sorgfalt

(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren

In den Theorien, die auf eine Außerachtlassung der rechtlich gebotenen Sorgfalt abstellen, fallen drei Unstimmigkeiten auf:

Nicht zutreffend erscheint hier erstens die Prämisse von Bekker, dass der Nichtgebrauch des Erkenntnisvermögens einen Missbrauch der Freiheit bedeute: Die hier gemeinte Wahlfreiheit zwischen mehreren Verhaltensmöglichkeiten kann nur bewusst ausgeübt werden. Wer sich wie viele unbewusst Fahrlässige nicht vor der Wahl sieht, unaufmerksam oder aufmerksam zu sein, weil er sich der Situation gar nicht bewusst ist, kann keine Wahl treffen und eine Wahlfreiheit nicht gebrauchen und daher auch nicht *missbrauchen*.⁸⁷⁴

Zweitens ist die Sorgfaltswidrigkeit, der Mangel der normalen Aufmerksamkeit, eben nicht immer unverfälschter Ausdruck für die bleibende Eigenart des Täters und kennzeichnet ihn nicht automatisch als sozialschädlich, wie Löffler es für

⁸⁷² Entgegen Jescheck/ Weigend, die das Schuldprinzip in den Dienst der Prävention stellen. (Vgl. S. 146.)

⁸⁷³ Vgl. Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 150, und unter II. 2. c) dd) (3.3).

⁸⁷⁴ Vgl. oben die Argumentation gegen das Unterlassen des Wollens unter bb).

die Spezialprävention fordert. Hierfür ist auf die Kritik zur Gesinnungsschuld unter dd) zu verweisen, welche darlegt, dass von der Sorgfaltswidrigkeit nicht einfach auf den konstanten Habitus des Täters geschlossen werden kann.⁸⁷⁵

Drittens genügt das Kriterium der Sorgfaltswidrigkeit nicht dem negativ generalpräventiven Ansatz Löfflers. Wie die Strafdrohung nach Löffler auch bei unbewusster Fahrlässigkeit abschreckende Wirkung entfalten soll, wird nicht deutlich. Denn jedenfalls in dem Moment, da der Täter sich durch das Strafgesetz hätte abschrecken lassen müssen, um in der Lage zu sein, die Tat zu umgehen, dachte er nicht an die rechtswidrige Tat und konnte keine Bestrafung fürchten. Löffler umgeht auf nicht einleuchtende Weise Feuerbachs Überlegungen, die dessen Theorie vom psychologischen Zwang auslöst.

(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips

Soweit versucht wird, dieses Fahrlässigkeitskriterium mit dem präventiven Ansatz zu begründen, ist dies bereits abzulehnen. Die nicht präventiven Anforderungen des Schuldprinzips erfüllt die Sorgfaltswidrigkeit nicht: Sie hält keine psychische Beziehung des Täters zur Tat bereit. Der Normativismus der Sorgfaltspflichtverletzung entspricht der verbreiteten Definition von Fahrlässigkeit. Durch dieses Kriterium wird gerade auch die unbewusste Fahrlässigkeit erfasst, bei welcher der Täter infolge von Unaufmerksamkeit nicht an die Tat denkt. Die betreffenden Schuldlehren scheinen auf der Prämisse zu beruhen, dass eine Fahrlässigkeitsschuld zu bejahen sei.⁸⁷⁶

Wird die Sorgfaltswidrigkeit bei unbewusster Fahrlässigkeit als Mangel an der momentanen geistigen Haltung betrachtet, so lässt sich dagegen zusätzlich derselbe Einwand erheben wie gegen das Kriterium der „Gesinnung“: Die Einstellung des Täters zum Recht ist nach der hier vertretenen Auffassung für rechtliche Schuld belanglos.

⁸⁷⁵ Vgl. auch Kelsen (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 137), der darlegt, dass durch den Mangel der Aufmerksamkeit eben auch keine *Beziehungen* der „Innerlichkeit“ des Täters zur Tat hergestellt werden würden.

⁸⁷⁶ Begünstigt wird ein Normativismus als Kriterium auch durch die „rein“ normative Schuldlehre, die eine psychische Beziehung zwischen Täter und Tat bereits aus verbrechenssystematischen Gründen ausschließt. (Vgl. Maurach/ Zipf, Fn 766.)

ff) Normwidrigkeit eines Sachverhalts

- Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips -

Auch dieses Kriterium, das vorsätzliches und fahrlässiges Verhalten gleichermaßen erfasst, liegt in einem Normativismus. Dass Kelsens Lehre es nicht zulässt, ein von den Voraussetzungen der Norm unabhängiges Zurechnungs- und demnach auch Fahrlässigkeitskriterium zu bilden⁸⁷⁷, führt zu einem Widerspruch gegen die hier herausgearbeiteten Anforderungen des Schuldprinzips. Denn die Zurechnung der fahrlässigen Tat als schuldhaft setzt nach Kelsen nicht notwendigerweise ein Bewusstsein des Täters von der Tat voraus. Mit Kelsens formallogischem Ansatz kann allenfalls die Verfassungswidrigkeit der Fahrlässigkeitsnormen vereinbart werden, soweit diese dem Schuldprinzip als Verfassungsrecht widersprechen.

gg) Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit der Tat

(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren

Gegen die Ansätze Roxins und Hold v. Fernecks ist einzuwenden, dass niemand durch bewusst gesteuertes Verhalten Rechtsgutsverletzungen vermeiden kann, wenn ihm die Möglichkeit, durch ein bestimmtes Verhalten diese Verletzungen zu begehen, nicht bewusst ist. Unter der Bedingung *fehlenden Bewusstseins von der Tat*, wodurch die unbewusste Fahrlässigkeit sich definiert, ist es schlechterdings nicht möglich, sich gegen die Tat zu entscheiden und entsprechend zu handeln. Auf diesem Gedankengang beruht das Schuldkriterium.⁸⁷⁸

Nun liegt es nahe, von jedem die entsprechende Aufmerksamkeit einzufordern, die dazu führt, dass er Gefahren eines bestimmten Verhaltens erkennt. Wenn er aufmerksam gewesen wäre, hätte vor der Wahl gestanden, Rechtsgutsverletzungen zu vermeiden. Man kann sagen, *unter der zusätzlichen Bedingung der Aufmerksamkeit* hätte der Täter die Tat erkannt und sie deswegen vermeiden können. In der Situation wie sie war bestand diese Möglichkeit jedoch nicht. Demnach genügt es nicht, dass die Tat dem Täter *voraussehbar* war. Dies bedeutet lediglich eine Potentialität. Er hätte die Tat schon tatsächlich für möglich halten müssen, um dagegen überhaupt einschreiten zu können. Erst dann wäre der Täter durch die „Appellwirkung der Norm“ erreichbar gewesen und hätte sich zu

⁸⁷⁷ Vgl. schon unter II. 2. c) bb) (2.2).

⁸⁷⁸ Vgl. unter II. 2. c) bb). Dies hat grundlegend E. Horn, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, S. 78 ff., herausgearbeitet. Auch Baumgarten, Der Aufbau der Verbrechenslehre, S. 118, Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 391 f., Fischer, Das Vergessen als Fahrlässigkeit, 1934, S. 21 f., Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, a.a.O., S. 159.

normgemäßem Verhalten motivieren können. Von der „Vermeidbarkeit der Tat“ kann also bei unbewusster Fahrlässigkeit, streng genommen, keine Rede sein.

In der generalisierenden Theorie Hold von Fernecks ergibt sich darüber hinaus ein Widerspruch zwischen dem generalisierenden Moment und der negativen Spezialprävention nach dem Muster der Theorie vom psychologischen Zwang: Die Abschreckung von der Begehung einer Straftat funktioniert danach nur, wenn der Täter *weiß*, durch sein Verhalten möglicherweise eine Straftat zu begehen. Dass der Täter oder gar ein durchschnittlicher Mensch die Tat voraussehen *konnte*, erfüllt diese Bedingung nicht.⁸⁷⁹

Loening stellt zwar klar, dass die Vermeidbarkeit der unbewusst fahrlässigen Tat unter der Bedingung von Aufmerksamkeit steht. Er bestreitet allerdings, dass eine eigenständige rechtliche Pflicht zur Aufmerksamkeit bestehe und behauptet, sein Fahrlässigkeitskriterium habe keinen normativen Charakter. Wird aber die Tat zugerechnet, wenn der Täter nicht hinreichend aufmerksam war, um die Tat zu erkennen, dazu jedoch in der Lage gewesen wäre, so impliziert dies zumindest eine rechtliche Obliegenheit, d. h. eine Verpflichtung gegen sich selbst zur Aufmerksamkeit⁸⁸⁰, wenn schon keine Pflicht dazu. Es wird hier ein bestimmtes Maß an Aufmerksamkeit erwartet, das hinreicht, um die Tat zu erkennen. Insofern ist Loenings Fahrlässigkeitskriterium nicht rein psychologisch zu verstehen.

(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips

Dass hier nicht die reale Voraussicht, sondern nur die Vorhersehbarkeit der rechtswidrigen Tat gefordert wird, was dem Täter gerade keine Möglichkeit gewährt, die Tat zu vermeiden, widerspricht der Gerechtigkeit des Schuldprinzips. Wenn Roxin meint, strafrechtliche Schuld sei eben nicht immer bewusste Schuld, ist dies mit der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung nicht vereinbar. Franks „Errungenschaft“, durch seinen normativen Schuldbegriff reibungslos auch die Fahrlässigkeit zu erfassen, setzt am falschen Punkt an: Sie setzt bereits voraus, dass alle Fahrlässigkeit schuldhaft sein könne.

Ebenso wenig ist einer Generalisierung des Fahrlässigkeitskriteriums nach Hold v. Ferneck zuzustimmen, die auf eine Vorstellung von der Tat verzichtet, und derart erreicht, dass auch unbewusste Fahrlässigkeit als schuldhaft erfasst wer-

⁸⁷⁹ Vgl. Mohrmann, Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit im Strafrecht, S. 9.

⁸⁸⁰ Vgl. dazu Kindhäuser unter III. 2. c) bb).

den kann.⁸⁸¹ Im Übrigen darf dem präventiven Ansatz Hold von Fernecks wiederum nicht gefolgt werden.

hh) „Verstandesschuld“

(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren

Durch eine Verstandesschuld vermag fahrlässiges Verhalten in der Tat erfasst zu werden: bewusst fahrlässiges Verhalten, wenn bewusste Fahrlässigkeit so definiert ist, dass der Täter die Tat nicht mit Gewissheit voraussieht und insofern irrt; unbewusst fahrlässiges Verhalten, weil der Täter gar nicht an eine Tat denkt. Eine Verstandesschuld im eigentlichen Sinne heißt allerdings, dass es dem Täter an Intelligenz (Kombinationsgabe), Erfahrung oder sonstigem Wissen fehlte, um die für Schuld vorausgesetzte Vorstellung zu haben. Denn die bloße Unkenntnis der äußeren Umstände kennzeichnet jemanden nicht schon als generell unverständlich oder unwissend. Durch einen solchen Kenntnismangel allein wird keine Verbindung der Tat zur Eigenart des Täters aufgebaut, die als Sinn einer „Verstandesschuld“ einleuchtet.⁸⁸² Das Fehlen der Vorstellung, welche die Fahrlässigkeit kennzeichnen soll, ist nicht in allen Fällen auf die genannten Defizite gegründet; oftmals beruht sie einfach nur auf Nachlässigkeit im Denken, schlicht auf Unaufmerksamkeit.

In solchen Fällen ist es vorzuziehen, nicht von einer „Verstandesschuld“ des Täters zu sprechen, sondern von der schlichten Unwissenheit des Täters. Dass diese auch als Fahrlässigkeitskriterium herangezogen werden soll, legen einige Lehren nahe.⁸⁸³

(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips

Die Herleitung des Schuldbegriffs zeigt bereits, weshalb die dargelegten Fahrlässigkeitskriterien ausscheiden⁸⁸⁴: Die Haftung des Täters wegen Unverstandes oder Unwissenheit läuft dem Schuldprinzip diametral entgegen. Letzteres will ihm doch im Gegenteil eine Chance geben, die Tat zu vermeiden, was ohne die nötige Kenntnis nicht funktioniert. An Unverstand oder Unwissen lässt sich auch der Vergeltungsgedanke nicht knüpfen; denn die Tatbegehung lag aufgrund dieser Kriterien gerade nicht in der Macht des Täters. Der an der Präven-

⁸⁸¹ Zur Ablehnung des generalisierenden Ansatzes für Schuld vgl. unter II. 2. c) aa) (6).

⁸⁸² Vgl. Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, S. 97.

⁸⁸³ Vgl. Gutherz, der generell auf die Irrtumsvorschriften im Zivilrecht verweist, und Steltzer, der eine Schuld des Irrtums begründet. Soweit auf Unkenntnis, sei es der äußeren Umstände, sei es eine generelle, abgestellt wird, ergibt die generalpräventive Ausrichtung einer „Verstandesschuld“ einen Widerspruch: Bei Unwissen funktioniert eine Abschreckung durch Strafe gerade nicht. (S. zur Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit unter gg).)

⁸⁸⁴ Vgl. unter II. 2. c) dd) (2).

tion orientierte Gedankengang, den Horn und der Symptomatiker Tesar vertreten, dass der unverständige Täter der Öffentlichkeit als Gefahr entzogen werden müsse, kann eine richtig verstandene Schuld nicht begründen.

ii) Kombinationen

(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren

Über die Kritik an den jeweils kombinierten Kriterien hinaus ist hier folgendes anzumerken:

Die Lehre vom normativen Schuldelement findet das psychische Element bei Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit in der Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg, muss sich aber bei unbewusster Fahrlässigkeit mit der *Fiktion* einer solchen Vorstellung begnügen. Die Pflichtnormverletzung steht hier unter der Bedingung einer Sorgfaltspflichtverletzung, welche wiederum bestimmte andere reale Kenntnisse voraussetzt. Hieran wird jedoch deutlich, dass es für die Angleichung der Schuldarten Vorsatz und Fahrlässigkeit primär auf die Pflichtnormverletzung, auf das normative Schuldelement, ankommt, und ein psychischer Zustand selbst keinen eigenständigen Wert für ein gemeinsames Zurechnungskriterium hat, obgleich er als ein der Pflichtverletzung nebengeordnetes Zurechnungselement vorgestellt wird.⁸⁸⁵

Zu den Theorien, die gleichzeitig die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit der Tat sowie die Außerachtlassung der rechtlich gebotenen Sorgfalt heranziehen, ist klar zu stellen, dass die Sorgfaltswidrigkeit durchaus Definiens für Fahrlässigkeit sein kann, dass ihr jedoch eine eigenständige Rolle als Zurechnungskriterium neben der „Vermeidbarkeit“ fehlt, wenn man diese denn heranzieht. Denn die Sorgfaltswidrigkeit schließt die Vermeidbarkeit der Tat aus: Bei Unterlassen der Aufmerksamkeit konnte die Tat nicht erkannt und vermieden werden. Schon aus Gründen der Logik können beide Kriterien also nicht nebeneinander stehen.

(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips

Allein die Vorstellung würde als Kriterium den Maßgaben des Schuldprinzips genügen; die jeweilige Kombination mit weiteren Kriterien wie dem Willen ist abzulehnen.

⁸⁸⁵ Vgl. bereits unter II. 2. c) bb) (1.2).

b) Untersuchung der Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld nach Bezugsobjekten

Im Folgenden werden die Bezugsobjekte der soeben dargestellten Bezugsmomente besonders in den Blick genommen. Unter dem analytischen Ansatz fragt sich besonders, ob die Beziehung zwischen Bezugsmoment und Bezugsobjekt auf schlüssige Weise hergestellt wird, unter dem normativen, ob gerade das betreffende Bezugsobjekt die Maßgaben des Schuldprinzips erfüllt.

aa) Wollen der Tat einschließlich des rechtswidrigen Erfolges

- Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren -

Den *Hegelianern* gelingt es nicht darzulegen, dass der Fahrlässige *den rechtswidrigen Erfolg* will, mit anderen Worten, dass er einen solchen Willen hat, der die rechtswidrige Tat erfasst. Die zwei dargestellten Ansätze der Hegelianer sind dabei getrennt voneinander zu betrachten:

Erstens ist es angreifbar zu behaupten, dass mit der Handlung eine Bedingung oder die Möglichkeit des Erfolges und damit ein Teil des Erfolges oder der rechtswidrigen Tat gewollt sein soll. Denn zum einen stellt sich jedenfalls der unbewusst Fahrlässige definitionsgemäß gar nicht vor, dass er möglicherweise eine rechtswidrige Tat begehen werde und dass also sein Verhalten eine Bedingung für die Begehung einer Straftat sei. Vorausgesetzt, dass nur etwas Bewusstes gewollt werden kann⁸⁸⁶, will der unbewusst Fahrlässige mit seiner Handlung nicht auch die Möglichkeit der rechtswidrigen Tat oder die Bedingung für eine rechtswidrige Tat.⁸⁸⁷ Zum anderen ist es problematisch, die „reale Möglichkeit“ und die „Bedingung“ eines Sachverhalts als Teile dieses Sachverhalts aufzufassen. Die Möglichkeit eines Sachverhalts kann als „Denkbarkeit“ dieses Sachverhalts verstanden werden, eine Bedingung eines Sachverhalts als abstrakter Begriff, der ein Ereignis wie die Handlung, von dem das Eintreten des Sachverhalts abhängt, kennzeichnet. „Möglichkeit“ und „Bedingung“ sind, so verstanden, nicht mit dem gefährlichen Sachverhalt selbst gleichzusetzen. Sie stellen dann keinen Teil der Tat dar. Die Hegelianer hingegen unterscheiden weitgehend gar nicht zwischen Abstraktem und Realem.⁸⁸⁸

⁸⁸⁶ Vgl. unter II. 2. c) dd) (1.5) zum Willen als Zurechnungskriterium.

⁸⁸⁷ Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, S. 63; 65.

⁸⁸⁸ Vgl. Exner, a.a.O., S. 63, mit Verweis auf Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, S. 103.

Ausgehend von seiner hegelianischen Konstruktion, geht Michelet außerdem nicht konsequent vor, wenn er bei nur teilweisem Wollen des Erfolges die gesamte Tat zurechnet.

Zweitens kann in dem Wollen der Handlung nicht wie bei Hälschner ein mittelbares Wollen des rechtswidrigen Erfolges selbst gesehen werden. Dies folgt für die unbewusste Fahrlässigkeit bereits aus dem eben Gesagten: Da sich der unbewusst Fahrlässige noch nicht einmal dessen bewusst ist, dass sein Handeln die Gefahr einer Rechtsgutsverletzung mit sich bringt, kann er den rechtswidrigen Erfolg keinesfalls wollen. Der bewusst Fahrlässige, der sich über der Möglichkeit, eine rechtswidrige Tat zu begehen, im Klaren ist, *beabsichtigt* den rechtswidrigen Erfolg gerade nicht. Allenfalls kann man nach den obigen Ausführungen zum Willen vom Handeln des bewusst Fahrlässigen trotz seines Bewusstseins darauf schließen, dass er den Erfolg billigt.⁸⁸⁹ Doch Hälschner scheint ein Wollen des Erfolges *aus dem Wollen zur gefährlichen Handlung* zu konstruieren, den Willen also auf den Erfolg zu erstrecken oder den Erfolg dem Willen zuzurechnen, allein aus dem Grund, weil der Erfolg Konsequenz der gefährlichen Handlung ist. Von einem psychischen Zustand „*Wollen des Erfolges*“ darf dann keine Rede mehr sein.

Ähnliches gilt für die Erstreckung eines Willens auf die Tat bei Baumgarten. Dass der bewusst Fahrlässige den Willen zum riskanten Handeln nicht hätte haben *sollen*, begründet kein Wollen der Tat in dem Sinne, wie es in dieser Arbeit begründet worden ist. Baumgarten versteht den Willen zur Tat hier zwar als ethisch – juristische Zurechnungskonstruktion; es bleibt aber fraglich, weshalb ein solcher Wille Grund für eine Vergeltung durch Strafe sein können soll, da er ja kein Streben nach „Bösem“ und kein Gutheißen des „Bösen“ ist.

bb) Vorstellung der Tat als möglich/ wahrscheinlich

- Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips -

Im Vergleich mit dem hier vertretenen Schuldkriterium besteht in den Kriterien v. Almendingens und Ludens ein Unterschied in der Benennung des Grades der Gewissheit der Vorstellung; bei v. Almendingen und Luden muss der Erfolg als irgendwie möglich vorgestellt worden sein. Auch Löffler konkretisiert den nötigen Grad an Wahrscheinlichkeit nicht. Dass der Täter sich die Tat dann mit der für die Schuld hinreichenden Wahrscheinlichkeit vorgestellt hat, dass er also eine faire Chance hatte, die Tat zu vermeiden, ist damit nicht gesagt.

⁸⁸⁹ Vgl. unter II. 2. c) dd) (1.4).

cc) Wollen der gefährlichen Handlung oder der Gefahr

(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren

Das Wollen *der gefährlichen Handlung* stellt des Weiteren keine psychische Verbindung des Täters *zur Tat* her, wenn man zum Unrecht auch den Erfolg zählt. Selbst wenn der Täter an die Tat denkt, so bezieht sich der Wille in diesen Lehren gerade nicht *auf die Begehung der Tat* einschließlich der Verursachung eines rechtswidrigen Erfolges, sondern lediglich auf die Handlung, deren Gefährlichkeit dem Täter bewusst ist. Auch wenn darauf abgestellt wird, der Täter wolle die Gefährdung eines Rechtsguts an sich, so will er hiermit noch nicht die Verletzung des Rechtsguts. Stübel rechnet dem Täter auch den Erfolg zu, weil dieser durch die zurechenbare gefährliche Handlung verursacht worden sei, und der Erfolg erst die Bedingung für die Strafbarkeit der Handlung darstelle. Diese „Logik“ kann nicht nachvollzogen werden: Durch die Zurechnung auch des Erfolges verwendet Stübel sein Schuldkriterium „Wille“ nicht konsequent, weil der Fahrlässige den Erfolg gerade nicht will; auf die Verursachung selbst soll es ja nicht ankommen.

Der Wille zur gefährlichen Handlung oder zur Gefährdung entspricht den zugrunde liegenden Ansätzen einer „Willensschuld“ nur dann, wenn diese bei bewusster Fahrlässigkeit eine willentliche Übertretung von Gefährdungsverboten annehmen. Entsprechend wird teilweise der Erfolg als *objektive* Bedingung der Strafbarkeit aufgefasst.⁸⁹⁰ Wenn einmal Gefährdungsdelikte nach diesem Vorbild unterstellt werden, fallen weitere Unstimmigkeiten ins Auge:

Erstens kann gefragt werden, ob durch die Kriterien „Wollen der gefährlichen Handlung“ und „Gefährdungsvorsatz“ überhaupt sämtliche Fälle bewusster Fahrlässigkeit abgedeckt werden. Dies hängt davon ab, inwieweit sich die Bezugsobjekte „Gefahr der Tatbegehung“ und „Möglichkeit der Tat“ decken. Der Täter erkennt nicht schon dann eine *Gefahr* des Erfolgseintritts, wenn er diese nur für äußerst gering wahrscheinlich hält. Denn die Gefahr, dass ein Ereignis eintreten werde, bedeutet eine nicht nur ganz geringe Wahrscheinlichkeit dieses Ereignisses; die Umstände müssen schon Anlass zu der Einschätzung geben, dass dieses Ereignis konkret zu befürchten sei.⁸⁹¹ Definiert sich die bewusste Fahrlässigkeit jedoch nur über das Erkennen der *Möglichkeit* des rechtswidrigen Erfolges, erfasst sie auch solche geringen Grade der Wahrscheinlichkeit, mit

⁸⁹⁰ Vgl. bei Thon, Kohlrausch und Bockelmann.

⁸⁹¹ So zum Gefährbegriff im Sinne des Notstands Fischer, StGB, 54. Auflage 2007, § 34 Rn 3; Erb in: MK, 2003, § 34 Rn 67 ff.

welcher der Erfolg vorgestellt wird, die sich nicht als „Gefahr“ bezeichnen lassen.⁸⁹²

Zweitens ergibt sich in Stübels Fällen der Vorverlagerung des relevanten Zeitpunkts bei unbewusster Fahrlässigkeit eine gewisse Schwierigkeit, das Bewusstsein des Täters überhaupt auf die Tat, d. h. hier die Gefährdung eines Rechtsguts, bezogen zu sehen: Als der Täter es zu dem vorgezogenen Zeitpunkt unterließ, eine allgemeine Vorsichtsmaßnahme zu ergreifen oder unaufmerksam wurde, wird er sich in den seltensten Fällen den ungefähren Verlauf der Verursachung eines Schadens an einem bestimmten Rechtsgut, d. h. eine *konkrete Gefahr*, vorgestellt haben. Allenfalls denkbar ist es, dass er an eine nicht auf ein bestimmtes Rechtsgut, sondern auf mehrere Rechtsgüter bezogene (z. B. Eigentum, Leib, Leben) und im Verlauf des Schadenseintritts nicht näher bestimmte *abstrakte Gefahr* dachte.⁸⁹³ Doch in vielen Fällen hat er die Vorsichtsmaßnahme wohl einfach nur vergessen oder ist ihm die Aufmerksamkeit lediglich unbewusst entglitten.⁸⁹⁴

Gegen das Konzept des Gefährdungsdelikts selbst sprechen allerdings zwei wichtige Aspekte:

Aus fahrlässigen Erfolgsdelikten lassen sich aufgrund der aktuellen Gesetzeslage zum einen schlechterdings keine Gefährdungsdelikte konstruieren. Denn das StGB unterscheidet offensichtlich bereits selbst zwischen Gefährdungs- und Verletzungsdelikten, und in Verletzungsdelikten gehört auch der Erfolg zum Unrecht.⁸⁹⁵ In Verletzungsdelikte Gefährdungsdelikte hinein zu interpretieren, liefe dem Willen des Gesetzgebers zuwider.⁸⁹⁶ Zudem bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Rechtsgutsverletzungen objektive Bedingungen der Strafbarkeit sein sollen, die für einige Delikte ausdrücklich bestimmt sind (vgl. § 323 a StGB). Das Argument Thons, der eine Analogie zur Versuchsstrafbarkeit sucht, da beim Versuch ebenso Gefährdungen unter Strafe stehen würden, gibt keine überzeugende Handhabe dafür, die gesetzliche Systematik zu durchbrechen.

Die Ausgestaltung von Fahrlässigkeitsdelikten als Gefährdungsdelikte ergäbe zum anderen - de lege ferenda - Schwierigkeiten:

⁸⁹² So Mohrmann, Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit im Strafrecht, S. 24. Vgl. die Kritik von Binding, Normen II 1, S. 250.

⁸⁹³ Vgl. Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, S. 66 f.

⁸⁹⁴ Vgl. näher zur willentlichen Unaufmerksamkeit im Anschluss unter dd).

⁸⁹⁵ Vgl. Müller – Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, S. 78. Wie sich dies normentheoretisch untermauern lässt, soll hier nicht erörtert werden. Jedenfalls ist die Auffassung Zielinskis, dass Normen Bestimmungsnormen seien und es deshalb nur Handlungsunrecht und kein Erfolgsunrecht gebe, umstritten.

⁸⁹⁶ Vgl. Mohrmann, a.a.O., S. 21.

Bezieht man die Fälle ein, dass der Täter keine konkrete Gefahr sah, sondern sich nur bewusst abstrakt gefährlich verhielt, so eine allgemeine Vorsichtsmaßnahme unterließ oder eine abstrakt gefährliche Tätigkeit begann, müsste bereits die bewusste Schaffung einer abstrakten Gefahr Unrecht sein, die dann unter der objektiven Bedingung eines Erfolges strafbar wäre. Die einzelnen abstrakt gefährlichen Verhaltensweisen sämtlich durch Normen zu erfassen, wäre ein Ding der Unmöglichkeit. Sie ließen sich aus der Komplexität des Alltagslebens nicht hinreichend spezifizieren. Auch würde jeder Versuch zu einer unübersichtlichen Kasuistik führen.⁸⁹⁷ Durch ein allgemeines Verbot von für bestimmte Rechtsgüter abstrakt gefährlichen Handlungen hingegen wäre in einem Zuge eine ganze Bandbreite von Verhalten an sich kriminalisiert; man könnte sich bereits wegen solcher Gefährdungen schuldig machen, die in der modernen durch Technik und Industrieanlagen geprägten Zeit in großem Stil vorkommen. Damit würde das Strafrecht eine extreme Einschränkung des alltäglichen Handlungsspektrums fordern, was kriminalpolitisch nicht ratsam wäre.⁸⁹⁸ Es stünde weiterhin in Frage, ob ein solches Verbot überhaupt im Sinne des Art. 103 II GG bestimmt genug wäre. Die Erörterung dieser Frage würde allerdings den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips

Diese Gruppe von Lehren ist hier unter zwei Annahmen zu betrachten.

Erstens unter Zugrundelegung von fahrlässigen *Erfolgsdelikten*, wovon Stübel ausgeht:

Die Tat kann dem Täter bei Beachtung des Schuldprinzips nur aufgrund des Bewusstseins des Unrechts zugerechnet werden. Ansonsten ist es ihm nicht möglich, sich auf die Umgehung des rechtswidrigen Erfolges einzustellen. Er würde weder fair behandelt noch hätte er Strafe für die Verursachung des Erfolges verdient. Da der Täter, wenn er die Gefahr des Erfolges kennt, auch an den rechtswidrigen Erfolg denkt, wird diese Vorgabe durch Stübels Auffassung grundsätzlich erfüllt. Der Täter hätte zu einem früheren oder späteren Zeitpunkt den Erfolg abwenden können, indem er allgemeine oder spezifische Vorsichtsmaßnahmen ergriffen hätte. Aus präventiven Erwägungen, die Stübel und andere anstellen, wird dieses Bewusstsein allerdings nicht benötigt.

Dass sich nur die Vorstellung und nicht *das Wollen* auf den Erfolg bezieht, ist die bereits erwähnte Schwierigkeit des Kriteriums „Wille“, das i. ü. oben abgelehnt worden ist.⁸⁹⁹

⁸⁹⁷ Vgl. Exner, a.a.O., S. 67 Fn 2, Schlüchter, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, S. 54.

⁸⁹⁸ Vgl. im Ansatz schon Binding, Normen IV, S. 502.

⁸⁹⁹ Vgl. unter 4. a) aa) (2).

Bezieht sich die Vorstellung auf eine abstrakte Gefahr, stellt sich der Täter den Erfolg jedoch möglicherweise nicht konkret genug und nicht als wahrscheinlich genug vor, als dass ihm das Vorgehen gegen die Gefahr zur Vermeidung gerade des rechtswidrigen Erfolges zugemutet werden könnte. Dann wäre dem Schuld-kriterium zum vorgezogenen Zeitpunkt nicht genügt. Bei Drohen schwerer Schäden sollte jedoch auch die Erfassung einer abstrakten Gefahr und einer geringen Wahrscheinlichkeit ausreichen.⁹⁰⁰

Unter Zugrundelegung der Konstruktionen von *Gefährungsdelikten* ist hingegen zweitens zu sagen: Hier antizipiert der Täter das Unrecht: Er weiß um die Gefahr und kann sie umgehen. Das objektive Erfordernis eines Erfolges widerspricht dem Schuldprinzip nicht, da hierdurch nur eine *zusätzliche* Bedingung der Strafbarkeit eingeführt wird, die zugunsten des Täters wirkt.⁹⁰¹ Obwohl das Schuldprinzip bereits eine Bestrafung für die Verursachung der Gefahr zuließe, wird der Täter hier ausschließlich dann bestraft, wenn auch der Erfolg eingetreten ist.

dd) Wollen oder Unterlassen des Wollens eines pflichtwidrigen Verhaltens

(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren

Hier fragt sich insbesondere, ob das Kriterium für unbewusste Fahrlässigkeit „Wollen der pflichtwidrigen Unaufmerksamkeit“ überhaupt auf die Fälle der unbewussten Fahrlässigkeit zugeschnitten ist. Lassen sich diese zu einem vorge-lagerten Zeitpunkt derart erfassen?

Nach alltäglicher Erfahrung ist es durchaus möglich, sich absichtlich gehen zu lassen, unaufmerksam zu werden, oder es abzulehnen aufzupassen, aufmerksam zu sein.⁹⁰²

Wenn Klein behauptet, „bei gesundem Verstande“ sei es nicht möglich zu beabsichtigen, die nötige Aufmerksamkeit nicht aufzubieten⁹⁰³ so wird damit ein gesollter Zustand beschrieben, der eine *vernünftige* Haltung voraussetzt. V. Almendingen meint, das Erkennen werde nicht über den Willen gesteuert; man übersehe etwas nicht willentlich, sondern die Erkenntnis werde durch ganz andere Faktoren beeinflusst. Damit sagt v. Almendingen⁹⁰⁴, dass jemand einen Willen, nicht aufmerksam zu sein, gar nicht zu verwirklichen imstande sei, sondern unwillkürlich auf einen Gegenstand aufmerksam werde, über ihn nachden-

⁹⁰⁰ Vgl. die Erörterungen zum Schuldbegriff unter II. 2. c) dd) (4.2), (4.3).

⁹⁰¹ Vgl. Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip: „billige Abmilderung der Strafbarkeit“, Fn 619.

⁹⁰² Vgl. Waismann, Wille und Motiv, S. 23 f.

⁹⁰³ Klein, zit. nach Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, S. 76 f.

⁹⁰⁴ V. Almendingen, Untersuchungen über das kulpöse Verbrechen, S. 51 - 54, zit. nach Exner, a.a.O., S. 20.

ke und ebenso unwillkürlich von ihm abwende. Wenn auch Konzentration und willentliche Unaufmerksamkeit ebenso der alltäglichen Erfahrung entsprechen, so lässt sich doch immerhin feststellen, dass willentliche Unaufmerksamkeit nicht immer der Grund für das Übersehen von etwas ist; es kann sein und kommt erfahrungsgemäß mindestens genauso häufig vor, dass jemand ohne den Willen, unaufmerksam zu sein, unaufmerksam wird und eine Gefahr deshalb nicht erkennt.

So beruht das Nichterkennen wohl in den meisten Fällen unbewusster Fahrlässigkeit nicht auf einer bewussten Unaufmerksamkeit, sondern darauf, dass der Täter unkonzentriert wird, ohne daran zu denken⁹⁰⁵, geschweige denn an eine mögliche Verursachung eines rechtswidrigen Erfolges, also an die Rechtswidrigkeit dieses Verhaltens. Feuerbachs Theorie vom psychologischen Zwang, wonach sich der Handelnde durch die Vorstellung von möglicherweise folgenreicher und deshalb rechtswidriger Unaufmerksamkeit abschrecken lassen soll, ist also in vielen Fällen der unbewussten Fahrlässigkeit gar nicht umsetzbar. Auch vermag sich nicht jeder fahrlässige Täter im Sinne von Nolls normativer Prävention an der Norm auszurichten.

Darüber hinaus entspricht das Wollen der Unaufmerksamkeit nicht der Idee von einer Willensschuld, die den Täter für rechtswidrige Erfolge verantwortlich macht. Denn Bezugsobjekt des Willens, der die Person des Täters repräsentiert, ist hier nun einmal nicht die Tat, die den rechtswidrigen Erfolg einschließt.⁹⁰⁶ Dass Köhler zufolge „gewisse Spannungsgefühle“ auf eine Gefahr hingedeutet haben sollen, ist erstens ein äußerst vager und nicht bestimmbarer Gesichtspunkt, und zweitens ändert dies nichts daran, dass der unbewusst fahrlässige Täter eben noch nicht einmal an einen rechtswidrigen Erfolg dachte.

Und selbst bei bewusster Fahrlässigkeit erstreckt sich das Wollen eines pflichtwidrigen Verhaltens nach den betreffenden Lehren nicht auf den Erfolg.⁹⁰⁷

Die Konstruktion eines Delikts der Sorgfaltswidrigkeit oder Fahrlässigkeit ungeachtet der Verursachung eines rechtswidrigen Erfolges („*crimen culpae*“)⁹⁰⁸ analog einem Gefährdungsdelikt⁹⁰⁹, bei dem sich das Wollen nur auf das pflichtwidrige Verhalten beziehen müsste, versucht allenfalls Bierling. Sein allgemeines Delikt der Sorgfaltswidrigkeit wird durch den Willen zu sorgfaltswidrigem Verhalten schuldhaft begangen. Wie bei den anderen hier besprochenen Lehren dient das Schuldkriterium dieses ersten Delikts allerdings dazu, dem Tä-

⁹⁰⁵ Vgl. Fischer, Das Vergessen als Fahrlässigkeit, 1934, S. 65 f.

⁹⁰⁶ Vgl. Exner, a.a.O., S. 89. Dies gilt im Prinzip auch für die Unterlassung des Wollens; vgl. hier jedoch schon die Kritik unter a) bb) (1).

⁹⁰⁷ Vgl. zum Wollen der gefährlichen Handlung unter cc) (1).

⁹⁰⁸ Vgl. auch Binding, Normen IV, S. 502.

⁹⁰⁹ Vgl. Exner, a.a.O., S. 91 f.

ter auch den durch sein sorgfaltswidriges Verhalten verursachten rechtswidrigen Erfolg, das Unrecht des zweiten Delikts, zuzurechnen. Ein eigenes Zurechnungskriterium wird hierfür nicht gebildet.⁹¹⁰

Abgesehen von dem bereits genannten internen Problem eines *crimen culpa*e, dass viele unbewusst Fahrlässige gar nicht bewusst unaufmerksam werden, ergibt es sich nicht aus dem Gesetz; sorgfaltswidrige Verhaltensweisen *an sich* stehen nach dem Gesetzeswortlaut nicht unter Strafe, und das Gesetz liefert keinen Anhaltspunkt dafür, die Fahrlässigkeitsdelikte als *crimina culpa*e auslegen zu dürfen, bei denen die jeweiligen Erfolge als objektive Bedingungen der Strafbarkeit zu verstehen wären. Die gesetzliche *Einführung* mehrerer *crimina culpa*e oder eines *crimen culpa*e mit der objektiven Strafbarkeitsbedingung eines Erfolges wäre denselben Problemen ausgesetzt wie die Schaffung eines Verbots bzw. von Verboten abstrakter Gefährdungen. Die Handlungsfreiheit wäre möglicherweise noch stärker als dort eingeschränkt, weil eine Sorgfaltswidrigkeit sich noch weiter definieren könnte und noch nicht einmal eine abstrakte Gefahr voraussetzen müsste.

(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips

Durch den *Willen* zur Unaufmerksamkeit oder *zu sonstigem pflichtwidrigem Verhalten* wird keine psychische Beziehung des Täters zur Tat hergestellt.

Wenn der zum Tatzeitpunkt unbewusst fahrlässige Täter wie bei Köhler auch nicht zuvor an einen rechtswidrigen Erfolg gedacht haben muss, so kann die Gerechtigkeit des Schuldprinzips, die nur auf Grundlage der Vorstellung des Unrechts zum Zuge kommt, nicht wirken. Feuerbachs Lehre hingegen setzt das Bewusstsein des Täters voraus, die allgemeine Sorgfaltspflicht *zur Vermeidung rechtswidriger Erfolge* zu verletzen. Um seine Unaufmerksamkeit als Sorgfaltspflichtverletzung zu erkennen, muss der Täter daran denken, durch das Unterlassen, die Rechtslage zu beachten oder die tatsächliche Lage zu bedenken, später möglicherweise unbewusst einen rechtswidrigen Erfolg zu verursachen. Dies gilt im Prinzip auch für die normative Prävention nach Noll. Insofern treffen sich die Fahrlässigkeitskriterien Feuerbachs und Nolls mit den Anforderungen des Schuldprinzips. Die Vorstellung, eine Straftat zu begehen, wird allerdings zum Zeitpunkt vor dem konkret gefährlichen Verhalten in den meisten Fällen den rechtswidrigen Erfolg nicht konkret genug erfassen, und die Wahrscheinlichkeit, mit der sich der Täter einen Erfolg vorstellt, wird häufig nicht hoch ge-

⁹¹⁰ Vgl. Exner, a.a.O., S. 84 f.; 93 f.: Es werde gehaftet für das Unerlaubte, unabhängig von einer Schuld: „*versari in re illicita*“.

nug sein, um den Anforderungen des Schuldprinzips zu genügen.⁹¹¹ Die allgemeine Sorgfalt dient eben nicht dem Schutz vor nur einem bestimmten Erfolg sondern vor sämtlichen rechtswidrigen Erfolgen, so dass derjenige, der die gebotene Sorgfalt bewusst unterlässt, keine klare Vorstellung davon haben muss, welches Rechtsgut er schädigen könnte.⁹¹²

Aufgrund des *präventiven Motivs* dafür, Pflichtverletzungen als Bezugsobjekte der Vorstellung heranzuziehen, sind die Lehren Feuerbachs und Nolls auch bereits im Ansatz zu kritisieren.

⁹¹¹ Vgl. zum Wollen der gefährlichen Handlung unter cc) (2).

⁹¹² Vgl. Noll selbst (in: FS für H. Mayer, S. 222). Dies hat Exner (a.a.O., S. 82 f.) betont.

ee) Fehlerhaftes Wollen der Handlung oder der Unaufmerksamkeit

(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren

Zu diesem Kriterium sind zwei wesentliche Punkte zu erwähnen.

Erstens fehlt es in einigen der betreffenden Lehren schon an einem zutreffenden Grund für die negative Bewertung des Willens. Die *Handlung* des Täters allein wird hier als ein rechtlich neutrales Objekt des Wollens dargestellt; das Wollen wird nur deswegen als rechtlich fehlerhaft bewertet, weil der Täter seine Unkenntnis von einer rechtswidrigen Tat und/ oder das gefährliche Verhalten hätte vermeiden sollen und können. Dabei ist von einem rechtlich fehlerhaften Willen üblicherweise nur dann die Rede, *wenn das Objekt des Wollens rechtswidrig ist*. Ein Wille wird nur dann als ein „böser“ Wille betrachtet, wenn etwas „Böses“ gewollt ist. Ausgehend von einem bewussten Willen, setzt dies die Vorstellung des Täters von den rechtswidrigen Konsequenzen seiner Handlung und mindestens ihr Billigen voraus. Da der fahrlässige Täter diese Voraussetzungen gerade nicht aufweist, sollten die Vertreter der betreffenden Auffassung besser nicht von einem rechtlich fehlerhaften Wollen reden, sondern allein die Sorgfaltswidrigkeit des Täterverhaltens als Fahrlässigkeitskriterium benennen.⁹¹³

Und zweitens wird mit dem Willen zur Handlung oder zur Unaufmerksamkeit ohne ein Bewusstsein von ihrer Verbindung mit einem rechtswidrigen Erfolg eben nicht die Einstellung des Täters zum rechtswidrigen Erfolg und damit zur Tat dokumentiert, entgegen dem Anliegen einer Willensschuld.⁹¹⁴ Die Bewertung eines an sich harmlosen Willens als pflichtwidrig hilft hier nicht weiter.

(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips

Eine psychische Antizipation der rechtswidrigen Tat wird durch das Wollen einer aus der Sicht des Täters harmlosen Handlung oder allein der Unaufmerksamkeit entgegen den Vorgaben des Schuldprinzips nicht beschrieben.⁹¹⁵ Selbst wenn es, wie v. Hippel behauptet, eine „zweifellose Lebens- und Rechtsauffassung“ gäbe, welche die Schuld des Fahrlässigen darin sähe, dass sein Verhalten eben negativ zu bewerten sei, so könnte diese Auffassung keine stichhaltigen Argumente für sich beanspruchen.

⁹¹³ Ähnlich Mohrmann, Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit im Strafrecht, S. 31.

⁹¹⁴ Vgl. schon zum Wollen der Unaufmerksamkeit unter dd) (1).

⁹¹⁵ Vgl. unter dd) (2).

ff) Unterlassung, sich selbst erziehen zu wollen, oder Unterlassung der Selbsterziehung

(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren

Erst recht fehlt hier ein Bezug des Kriteriums zur rechtswidrigen Tat; denn es kommt auf Maßnahmen der Selbstdisziplinierung zu mehr Umsicht und Sorgfalt im Rechtsverkehr im Allgemeinen an und nicht auf solche, die auf die Vermeidung eines auch nur annähernd bestimmten rechtswidrigen Erfolges gerichtet sind.⁹¹⁶ Ein Delikt des Unterlassens der Selbsterziehung ergibt sich nicht aus dem StGB; eine Kriminalisierung solchen Unterlassens ist überdies abzulehnen: Dies wäre ein erheblicher Eingriff in die persönlichen Freiheiten des Einzelnen, der sich wohl schwerlich rechtfertigen ließe. Im Übrigen stellte sich wohl in vielen Fällen zum Zeitpunkt der Verursachung des Erfolges die Frage nach der Verjährung des weit zurückliegenden fehlerhaften Verhaltens.⁹¹⁷

Abgesehen davon, dass ein Bezug des Kriteriums zur rechtswidrigen Tat fehlt, kann es nicht sämtliche fahrlässigen Taten erfassen. Das Unterlassen einer Ausbildung zu mehr Sorgfalt und Gefahrbewusstsein hat für die unbewusste Fahrlässigkeit zwar den Vorteil, mit dem aktuellen Unvermögen des Täters zum Vermeiden der Tat zurechtzukommen. Das Kriterium setzt jedoch voraus, dass die Nachlässigkeit oder die Unkenntnis zum Tatzeitpunkt auf eben ein Selbsterziehungsmanko zurückgeführt werden kann. Dies wird nicht in allen Fällen zu bejahen sein; denn es mag erstens auch ein momentanes, nicht in die Persönlichkeit „eingeschliffenes“ Fehlverhalten vorkommen.⁹¹⁸ Und zweitens mag das Fehlverhalten auch auf angeborenen oder durch Fremderziehung entstandenen Verhaltensmustern beruhen.

Im Prozess scheint es undurchführbar zu sein, die Vergangenheit des Täters auf die Unterlassung(en) einzugrenzen, die für das Nichterkennen der Tat ursächlich war(en). Die Lokalisierung und der Nachweis solcher Verhaltensweisen unterliegen großen Schwierigkeiten, besonders, weil eine Selbstdisziplinierung häufig mental stattfindet und damit wiederum die Probleme der Introspektion einhergehen.⁹¹⁹

⁹¹⁶ Für Arth. Kaufmann (Das Schuldprinzip, S. 161) wird hierin wiederum das Prinzip des „versari in re illicita“ verwirklicht. V. Bar (unter II. 2. a) aa) (1)) will ja eigentlich auch nur die dadurch entstehende abstrakte Gefährdung zurechnen.

⁹¹⁷ Schlüchter, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, S. 58, mit Verweis auf Baumgarten, Der Aufbau der Verbrechenlehre, S. 121. Es deutet auch nichts darauf hin, dass das Unterlassen der Selbsterziehung in den betreffenden Fahrlässigkeitslehren bereits Unrecht darstellen soll. Deutlich ist dies bei Welzel (Das Deutsche Strafrecht, S. 134 ff.), wonach nur das im Hinblick auf den rechtswidrigen Erfolg objektiv sorgfaltswidrige Verhalten tatbestandsmäßig ist. Wenn das Schuldkriterium der rechtswidrigen Tat weit vorgelagert ist, handelt es sich deutlich um eine a.l.ic. - Konstruktion. (Vgl. zur Tat - Schuld - Koinzidenz schon unter II. 2. c) ee) und unten unter c).)

⁹¹⁸ Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 162. vgl. zur dauerhaften Gesinnung unter a) dd) (1.3).

⁹¹⁹ Vgl. Baumgarten, Der Aufbau der Verbrechenlehre, S. 121.

Wenn die Abgrenzung zu angeborenen und anerzogenen Verhaltensfehlern allerdings so schwierig ist, besteht die Gefahr, den Täter aufgrund seines ihm eigenen „Charakters“ haften zu lassen, den er nicht selbst erschaffen hat.⁹²⁰

(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips

Auch angesichts des Bezugsobjekts „Selbsterziehung“ brechen die betreffenden Fahrlässigkeitslehren deutlich mit dem Schuldprinzip. Weshalb soll jemand Strafe für eine bestimmte Tat verdient haben, weil er es unterließ, sich zu disziplinieren? Die jeweils momentane Disziplinlosigkeit impliziert nicht schon die spätere Verwirklichung der konkreten rechtswidrigen Tat; diese ist vielmehr zu den betreffenden Zeitpunkten der Unterlassungen oft noch nicht einmal erkennbar.⁹²¹ Wird der Täter aufgrund seiner früheren Disziplinlosigkeit für die Tat bestraft, erfährt er offensichtlich nicht die gebotene gerechte Behandlung.

gg) Gesinnung, bezogen auf das Rechtsgut, das Unrecht oder soziale Anforderungen

(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren

Zum Bezugsobjekt der Gesinnung ist zunächst ein Aspekt anzusprechen, der Engischs Kritik an Exners Theorie der Gefühlsschuld betrifft: Die Frage bezieht sich auf den Inhalt oder Gegenstand der Vorstellung, der nicht genügend gefühlsbetont sein soll. Exner meint, die Vorstellung beträfe das durch die Tat verletzte Rechtsgut an sich⁹²², wohingegen Engisch der Meinung ist, dass es um die Vorstellung gehe, Ursache einer Rechtsgutsverletzung zu werden und Unrecht zu begehen.

Engischs Argumentation gegen die Gefühlsbetonung des Rechtsguts in Bezug auf ein konkretes Subjekt oder Objekt im Rahmen unbewusster Fahrlässigkeit ist stichhaltig: Die Verletzung des Rechtsguts in gerade dieser Gegenständlichkeit ist möglicherweise noch gar nicht erlebt worden und daher gar kein Gedächtnisinhalt, oder aber eine Reproduktion ist nicht möglich, weil gar keine Anhaltspunkte für die Verletzung gerade des betreffenden Gegenstandes bestehen, also das reproduzierende Element fehlt.

Nun meint Engisch, natürlicherweise würde ein Rechtsgut (z. B. das Leben), bezogen auf unterschiedliche Objekte oder Subjekte (z. B. auf unterschiedliche Menschen) nicht jeweils gleichermaßen hoch geschätzt werden. Es sei daher

⁹²⁰ Arth. Kaufmann, a.a.O., S. 162.

⁹²¹ Vgl. Arth. Kaufmann, a.a.O.

⁹²² Eine im Prinzip vergleichbare Auffassung vertritt Nowakowski (in: Juristische Blätter 1953, S. 508), der auf bestimmte „Rechtswerte“ abstellt.

ausgeschlossen, dass die Vorstellung des Lebens jedes Menschen so hoch geschätzt werde, dass im Einzelfall die Gefährdung des Lebens eines beliebigen Menschen reproduziert werden könne.

Engischs Argumentation geht jedoch davon aus, dass nur auf bestimmte Objekte oder Subjekte bezogene Rechtsgüter gefühlsbetont sein könnten, nicht jedoch das abstrakte Rechtsgut.⁹²³ Die Hypothese der Gefühlsbetonung nur eines gegenstandsbezogenen Rechtsguts ist nicht haltbar. Denn jedenfalls in einem Rechtssystem, das sich zu bestimmten Wertungen bekennt, wird den Bürgern vermittelt, das Eigentum, den Körper, das Leben anderer Menschen *schlechthin* zu achten. Auch davor, den Tod eines persönlichen Feindes zu verursachen, empfindet ein „normaler“ Bürger Widerwillen, wenn auch nicht Trauer wie um Menschen, denen er zugeneigt ist. Eine Verbindung des abstrakten „Rechtsguts“ wie des „Lebens“ mit starken Gefühlen ist daher durchaus realistisch, und von einer positiven Gefühlsbetonung eines abstrakt verstandenen „Rechtsguts“ in bestimmter Höhe kann grundsätzlich ausgegangen werden. Der Tod von unbekannten Menschen, für den in einer bestimmten Situation Anhaltspunkte bestehen, ist in der Regel mit solch negativen Emotionen verbunden, dass an die Bedrohung des Rechtsguts „Leben“ in dieser Situation gedacht werden kann.⁹²⁴

Außerdem ist Engischs Schachzug, die Gefühlsbetonung auf die betreffende einzelne Tat zu beziehen, zweifelhaft. Denn es geht um die Reproduktion des Gedankens daran, eine Rechtsgutsverletzung wie z. B. eine Tötung zu verursachen, also sich die Tötung von Menschen *in einer bestimmten Situation* vorzustellen. Diese Variante mag aber noch nicht erlebt oder bedacht worden sein. Es besteht eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass die Tötung gar nicht als ehemaliger irgendwie gefühlsbetonter Gedächtnisinhalt mit Bewusstsein assoziiert ist und deswegen gar nicht bewusst werden kann. Das Fehlen der Vorstellung von der Tat vermag in solchen Fällen nicht auf einen Mangel an Gefühlsbetonung zurückgeführt zu werden. Das Problem, das Engisch für das Abstellen *auf das konkrete Rechtsgut* erkannt hat, lässt er hier außer Acht.

Und die Gefühlsbetonung der allgemeinen Vorstellung, kein Unrecht begehen zu wollen, kann allein nicht die Vorstellung von einer konkreten Tatbestandsverwirklichung wach rufen. Denn wenn X im Unbewussten die Vorstellung bereit hält, dass er Unrecht begehen könnte, so ist diese Vorstellung abstrakt und nicht selbst mit irgendwelchen gegenständlichen konkreten aktuellen Vorstellungen verknüpft, sondern nur Anhang von gespeicherten Vorgängen, die als

⁹²³ Vgl. Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 469.

⁹²⁴ Dies gilt auch für die Einzeltatgesinnung wie bei Schmidhäuser und Jescheck, wo es auf die momentane Gefühlsbetonung ankommt.

Unrecht bewertet werden.⁹²⁵ Demnach setzt Engisch, der sich ausdrücklich auf Exners psychologische Theorie beruft, diese Theorie für die Fahrlässigkeits-schuld nicht konsistent um.

Im Übrigen müsste allerdings auch in Exners Theorie auf die mangelhafte Gefühlsbetonung der *Verletzung des Rechtsguts* abgestellt werden, wenn das Schuldkriterium konsequent mit dem Zweck und der Methode der Prävention abgestimmt werden soll. Denn nur die Vorstellung der *Rechtsgutsverletzung* meint Exner ja präventiv durch Strafe bzw. deren Androhung erreichen zu können.

(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips

Das Bezugsobjekt „Rechtsgut“ an sich ist zu kritisieren, wenn es auf objektive Wertelehren aufbaut wie Schmidhäusers Werte des Gemeinschaftslebens, die der Täter nicht ernst nehme. Gerade hierdurch wird einer Trennung zwischen Recht und Ethik widersprochen, weil solche absoluten Werte gleichzeitig auch sittliche Werte sind. Zu fragen ist deshalb jeweils, ob Bezugsobjekten wie „Rechtsgut“ und „Rechtswert“ objektive Wertelehren zugrunde liegen.⁹²⁶

Andere Kriterien wiederum nehmen Bezug auf soziale Anforderungen, so z. B. die Anforderungen des sozialen Zusammenlebens bei v. Liszt und Hegler und die Interessen der Mitmenschen bei Schlüchter. Hier wird rechtliche mit (sozial)moralischer Schuld gleichgesetzt.

hh) Kombinationen

(1) Analyse auf Grundlage der vertretenen Schuldlehren

Nach Mezger wird durch den Willen keine Beziehung zur rechtswidrigen Tat einschließlich des rechtswidrigen Erfolges hergestellt. Das als rechtlich fehlerhaft bewertete Wollen des Handelns genügt den Anforderungen einer Willensschuld nicht.⁹²⁷ So erklärt sich, dass Mezger auch auf die Vorstellung rekurriert, die sich auf die Tat bzw. den Sinn der Pflichtverletzung bezieht.

Mezger zufolge kommt es für unbewusste Fahrlässigkeit darauf an, dass der Täter sich einer Pflichtverletzung und des Sinns der verletzten Pflicht, Erfolge wie den betreffenden zu vermeiden, bewusst sei. Auf den ersten Blick suggeriert Mezgers Kriterium, dass der Täter sich gar nicht der konkreten Verursachung des rechtswidrigen Erfolges bewusst zu sein habe, sondern lediglich der ratio der

⁹²⁵ Dasselbe Problem hat Mittermaier in: ZStrW 32 (1911), S. 421; 427.

⁹²⁶ In Exners Theorie wird dies nicht ganz klar. (Vgl. unter a) dd) (1.2).)

⁹²⁷ Vgl. dazu unter b) ee) (1).

Pflicht, solche Erfolge abzuwehren. Allerdings muss der Täter, soll er erkannt haben, durch sein Verhalten eine Pflicht mit einem bestimmtem Sinn zu verletzen, eben dieses Verhalten unter die Pflicht subsumiert haben, und demzufolge auch daran gedacht haben, dass sein Verhalten einen rechtswidrigen Erfolg verursachen könne.⁹²⁸ Mezger beschreibt dies nur nicht deutlich. Denn damit würde der Versuch, die unbewusste Fahrlässigkeit zu erfassen, offensichtlich scheitern: In den meisten Fällen ist der unbewusst Fahrlässige nicht bewusst unaufmerksam geworden, jedenfalls hat er sich nicht vorgestellt, dass seine Unaufmerksamkeit Gefahren berge und deswegen eine rechtliche Pflicht verletze.

In der *Lehre vom normativen Schuldelement* kommt es bei unbewusster Fahrlässigkeit nicht auf die Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg, sondern von solchen Umständen an, die einen Schluss auf den Erfolg zulassen. Formal wird die Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg für die Verletzung der Pflichtnorm fingiert. In Ermangelung eines geeigneten Bezugsobjekts der Vorstellung bei unbewusster Fahrlässigkeit kann hier das psychische Moment nicht genügen, um einen Vorwurf zu begründen und Vorsatz und Fahrlässigkeit einander gleich zu setzen: Auch aus dieser Perspektive erklärt sich deutlich die Verlegung auf das normative Element.⁹²⁹

(2) Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Schuldprinzips

Die Bezugsobjekte der Vorstellung erfüllen zum Teil die Anforderungen des Schuldprinzips, nicht hingegen die Bezugsobjekte des Willens; dieser bezieht sich nicht auf die Tat. Bei Goldschmidt ist das Bezugsobjekt der Vorstellung nur bei bewusster Fahrlässigkeit grundsätzlich ausreichend, mit der Einschränkung, dass hier eine Angabe über die hinreichende Wahrscheinlichkeit, mit der sich der Täter die Tat vorzustellen hat, fehlt. Mezgers Objekt des Bewusstseins bei unbewusster Fahrlässigkeit, der Sinn der verletzten Pflicht, die wie der konkrete rechtswidrige Erfolg gearteten Erfolge abzuwehren, impliziert im Grunde das richtige Bezugsobjekt, bringt dieses nur nicht deutlich zum Ausdruck. Es ist hier allerdings wie bei Feuerbachs Kriterium daran zu zweifeln, ob der Täter sich die Tat als hinreichend konkret und hinreichend wahrscheinlich vorgestellt haben muss.

⁹²⁸ Vgl. zu Feuerbach unter b) dd) (2).

⁹²⁹ Vgl. bereits zur Kritik des Bezugsmoments unter a) (ii) (1).

c) Zur Tat - Schuld - Koinzidenz

Einige Konstruktionen des Fahrlässigkeitskriteriums verzichten auf ein zeitliches Zusammenfallen von Tat und Schuld; ihnen zufolge muss das Fahrlässigkeitskriterium nicht zeitgleich mit dem Unrecht vorliegen, sondern davor (unter aa)) oder danach (unter bb)).

aa) Schuld vor dem Unrecht

Die Verlegung des Fahrlässigkeitskriteriums *vor* das Unrecht entspricht dem Prinzip der *actio libera in causa*, die im Falle der Trunkenheit und daraus folgender Schuldunfähigkeit zum Tatzeitpunkt verwendet wird.⁹³⁰ In beiden Konstellationen ist die Schuld des Täters zum Zeitpunkt des Unrechts zu verneinen: bei Trunkenheit, weil der Täter schuldunfähig ist und im Falle der Fahrlässigkeit, weil der Täter das Unrecht nicht (hinreichend) voraus sieht. In beiden Fällen hat der Täter den Umstand, der Bedingung für das Fehlen von Schuld ist, „frei verantwortlich“ geschaffen; er hat sich „frei verantwortlich“ betrunken oder hat „frei verantwortlich“ seine Aufmerksamkeit auf Gefahren aufgegeben.⁹³¹

Diese Konstruktion betrifft im Wesentlichen drei Gruppen von Fahrlässigkeitskriterien.

Am deutlichsten fallen Tat und Schuld in der ersten Gruppe auseinander, nämlich in solchen Lehren, die auf das Unterlassen von Selbsterziehung abstellen. Dieses ist dem Unrecht zum Teil zeitlich erheblich vorgelagert.⁹³²

Die zweite Gruppe von Fahrlässigkeitskriterien erfasst solche, die auf den Zeitpunkt der Unaufmerksamkeit, des Ausbleibens von Konzentration und Überlegung oder des Unaufmerksamwerdens abstellen und dabei das betreffende psychische Verhalten selbst nicht zum Unrecht zählen.

Damit ist erstens die Außerachtlassung der rechtlich gebotenen Sorgfalt in Form von Unaufmerksamkeit angesprochen.

Zweitens wird das Wollen der Unaufmerksamkeit erfasst. Nach Feuerbach führt der Täter *bewusst und gewollt* einen pflichtwidrigen Zustand herbei, in dem er *zu einem späteren Zeitpunkt* unbewusst das Unrecht begeht. Obgleich bereits die Unaufmerksamkeit die allgemeine Sorgfaltspflicht verletzen soll, wird diese Verletzung doch von der eigentlichen Tat, der durch die äußere Handlung be-

⁹³⁰ Vgl. dazu im Ansatz schon oben unter II. 2. c) ee).

⁹³¹ Diese Betrachtungsweise der a.l.i.c. entspricht dem so genannten „Ausnahmmodell“, welches das Unrecht selbst nicht auf den vorgelagerten Zeitpunkt verlegt.

⁹³² Vgl. nur Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 134 ff.

gangenen „Rechtsverletzung“ oder dem „Verbrechen“, abgegrenzt.⁹³³ Entsprechend dient ein gewolltes gefährliches Unterlassen „innerer Handlungen“ wie der Aufmerksamkeit bei Stübel als Fahrlässigkeitskriterium bei unbewusster Fahrlässigkeit, wobei dieses Unterlassen gerade nicht das Unrecht darstellt. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang ferner die Konstruktion zweier Delikte bei Bierling. Das Unrecht des ersten allgemeinen Delikts kann in der freiwilligen sorgfaltswidrigen Unaufmerksamkeit bestehen, das des speziellen hingegen in der Verursachung des rechtswidrigen Erfolges durch eine sorgfaltswidrige Handlung. Das Schuldkriterium des früheren Delikts, der Wille zur Sorgfaltswidrigkeit, wird auf das zweite spätere Unrecht erstreckt.⁹³⁴

Drittens ist das *Unterlassen* zu nennen, aufmerksam sein zu wollen und deshalb bei unbewusster Fahrlässigkeit unbewusst das Unrecht zu begehen.⁹³⁵

Viertens zeigt sich bei einigen Vertretern der Einzeltatgesinnung das Fehlen der erwarteten Gesinnung oder der Mangel an erwarteter Gesinnung in der Unaufmerksamkeit des Täters.

Bei Kindhäuser wird ein Auseinanderfallen von Tat und Schuld deutlich: Er räumt ein, dass die Obliegenheitsverletzung der sorgfaltswidrigen Unaufmerksamkeit, welche bei aller Fahrlässigkeit den Mangel an Rechtstreue bedeute, jedenfalls, wenn auch nur kurz, *vor* dem in seiner Lehre bestimmten Tatzeitpunkt liege.⁹³⁶ Schmidhäuser bezieht den Mangel der Einzeltatgesinnung, das Nichternstnehmen des Rechtsguts, zwar auf den Tatzeitpunkt; doch das Ernstnehmen des Rechtsguts wird bereits vor diesem Zeitpunkt erwartet, den Schmidhäuser als den Zeitpunkt definiert, zu dem der Täter *unerlaubt zu handeln beginne oder fortfahre*. Bereits vor diesem Zeitpunkt hätte der fahrlässige Täter aufmerksam die Lage bedenken und das drohende Unrecht erkennen sollen. Stattdessen war er unaufmerksam.

Fünftens muss das Kriterium der Vorhersehbarkeit oder Erkennbarkeit der Tat angesprochen werden. Bei Roxin, der das Unrecht, auch im Rahmen der „Übernahmefahrlässigkeit“, in der *gefährlichen Tätigkeit* erblickt, bezieht sich das „Erkanntwerdenkönnen“, die Erkennbarkeit der Tat, auf einen Zeitpunkt vor dieser Tätigkeit. Denn der *Prozess des Erkennens*, bestehend in der Aufmerksamkeit und dem Überlegen, wäre der gefährlichen Tätigkeit vorgelagert gewesen. Die Erkennbarkeit fällt also auf einen Zeitpunkt, da der Täter tatsächlich unaufmerksam war.

⁹³³ Feuerbach, Lehrbuch, 1847, S. 102 f.

⁹³⁴ Vgl. unter 2. a) aa) (3).

⁹³⁵ Vgl. unter 2. a) bb) (2).

⁹³⁶ In der ethisierenden Lehre zu Dohnas und der Lehre vom normativen Schulelement hingegen wird nicht deutlich, ob der Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht bereits Unrecht bedeutet. (Vgl. unter 2. c) bb) und 2. h).)

Als dritter Fall, in dem das Unrecht vorverlagert wird, muss das „Übernahmeverschulden“ genannt werden, soweit die *gefährliche Tätigkeit* vor den Tatzeitpunkt verlegt wird.⁹³⁷ Hier übernimmt der Täter eine gefährliche Tätigkeit, wobei er erkannte oder hätte erkennen können, ihr im weiteren Verlauf nicht gewachsen zu sein und dabei Gefahren nicht mehr zu erkennen.

In all diesen Konstruktionen schafft der Täter zu einem Zeitpunkt, zu dem er noch kein Unrecht begeht, bereits die Bedingungen für seine Haftung. Über die Idee des „Vorverschuldens“ wird hier versucht zu begründen, weshalb eine Koinzidenz von Tat und Schuld nicht erforderlich sei. Für die Fahrlässigkeitsschuld bedeutet dies: Aufgrund des dem Tatzeitpunkt vorgelagerten Fahrlässigkeitskriteriums soll es dem Täter nicht zugute kommen, dass zum Zeitpunkt der Begehung des Unrechts keine Schuld vorlag. Der Täter wird für seine Unaufmerksamkeit für verantwortlich erklärt, und aus dieser folgt dann, vom Täter selbst unbemerkt, das Unrecht. Wenn der Täter sein Aufnahme- und Reaktionsvermögen aber selbst „schuldhaft“ aus der Hand gibt und daraufhin Unrecht begeht, dann soll seine Berufung auf seine fehlende Schuld zum Tatzeitpunkt eben aufgrund geistiger Abwesenheit, so der Leitgedanke des „Vorverschuldens“, gewissermaßen widersprüchlich, rechtsmissbräuchlich sein.⁹³⁸ Gleichwohl ist entscheidend, ob die genannten Konstruktionen des Vorverschuldens bei Fahrlässigkeit überhaupt mit dem Schuldprinzip vereinbar sind.⁹³⁹ Die Gewährleistungen des Schuldprinzips *im Hinblick auf das Unrecht der Tat* dürfen nicht durch Berufung auf ein verantwortliches fehlerhaftes Vorverhalten des Täters umgangen werden; sie sind ein notwendiger Schutz des Täters vor staatlicher Strafe, auf den der Täter nicht Verzicht geleistet hat, indem er die gefährliche Tätigkeit übernahm, unaufmerksam wurde oder es unterließ, sich zu disziplinieren.

Entsprechend hat das Schuldkriterium in den Fällen der rauschbedingten Schuldunfähigkeit zu dem vor das Unrecht verlegten Zeitpunkt auch *in Beziehung auf die spätere Straftat*, nicht nur auf den Zustand der Trunkenheit, vorzuliegen.⁹⁴⁰

Den Maßgaben des Schuldprinzips kann die Konstruktion der „Übernahmefahrlässigkeit“ genügen, wenn sich der Täter bei Übernahme der gefährlichen Tätigkeit bewusst ist, eine rechtswidrige Tat begehen zu können. (Die Übernahme wird außerdem häufig selbst als Unrecht betrachtet.) Für Schmidhäusers Varian-

⁹³⁷ So Schmidhäuser. (Vgl. unter 2. c bb).)

⁹³⁸ Vgl. Hruschka in: JZ 1996, S. 68, im Vergleich mit den Ausnahmeregelungen der §§ 35 I, II, 17 StGB, Neumann in: GS für Armin Kaufmann, 1989, S. 400.

⁹³⁹ Vgl. schon unter II. 2. c) ee). Die Frage stellt sich ebenso für die Regelungen der §§ 35 I, II, 17 StGB.

⁹⁴⁰ Vgl. Stratenwerth in: GA 1985, S. 495. Auch Hruschka (a.a.O., S. 70 f.) vertritt dies implizit, indem er fordert, der Täter müsse *vorsätzlich oder fahrlässig* die Obliegenheit verletzt haben, sich nicht in einen Rauschzustand zu versetzen, *in dem die konkrete Gefahr bestehe, dass der Täter Unrecht begehen werde*.

te der Übernahmefahrlässigkeit, die kein Bewusstsein von der Tat verlangt, gilt dies allerdings nicht.

In den zwei übrigen Varianten können die vor dem Unrecht liegenden Haftungsgrundlagen dem Schuldprinzips ebenfalls nicht gerecht werden oder ist dies zumindest zweifelhaft. Das Unterlassen der Erziehung zur Aufmerksamkeit gibt dem Täter ebenso wenig wie die willentliche Unaufmerksamkeit, die Unaufmerksamkeit an sich oder die Erkennbarkeit der Tat die Handhabe, das Unrecht zu umgehen, soweit eben keine Vorstellung von der betreffenden Tat vorausgesetzt wird. Erfordert das Bewusstsein der pflichtwidrigen Unaufmerksamkeit wie nach Feuerbach und Stübel eine gewisse Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg, bedeutet dies eben noch nicht, dass diese hinreicht. Dies alles ist unter a) und b) bereits erörtert worden. Auch für die a.l.i.c. bei Trunkenheit besteht das vorverlegte Verschulden des Täters in Beziehung *auf die Tat* unter Zugrundelegung des hier vertretenen Schuldbegriffs darin, dass sich der Täter bereits in dem Bewusstsein betrinken muss, im Zustand der Trunkenheit mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eine Straftat zu begehen.

Soweit die beiden letztgenannten Gruppen von a.l.i.c. - Konstruktionen bei Fahrlässigkeit das Schuldprinzip verletzen, zeigt sich, dass das Aufbrechen einer Koinzidenz von Unrecht und Schuld für eine Fahrlässigkeitsschuld nicht fruchtbar ist.

bb) Schuld nach dem Unrecht

Schließlich verzichtet auch die Lehre Basedows auf die Tat - Schuld - Koinzidenz, weil es als Fahrlässigkeitskriterium ausreichen soll, dass der Fahrlässige erst *nach* der Tat ein Schuldbewusstsein hat. Hier werden die Gewährleistungen des Schuldprinzips ganz offensichtlich nicht eingehalten, weil sie dem Täter nicht *vor* der Tat zur Verfügung standen, da sie benötigt wurden.

5. Konsequenzen für die Fahrlässigkeitsschuld

Der aus dem Schuldprinzip entwickelte Schuldbegriff lässt keine Schuld aus Unwissenheit zu – *unbewusst fahrlässiges sowie rechtsfahrlässiges Verhalten*, definiert wie unter 1. d) und e), werden dem Schuldprinzip nicht gerecht. Der in diesem Sinne *unbewusst* Fahrlässige vermag die Begehung von Unrecht nicht zu umgehen; er kann keine Entscheidung zugunsten des Rechts treffen und seine Bestrafung vermeiden, weil er gar nicht damit rechnet, mit dem Recht in Konflikt zu geraten. Unter diesen Voraussetzungen hat er Strafe nicht verdient.⁹⁴¹ *Im Ergebnis* ist also den unter 3. a) dargestellten Auffassungen, die eine Schuld des unbewusst Fahrlässigen leugnen, zuzustimmen. Allerdings sind die meisten der dazu angeführten Begründungen nicht vertretbar. Denn weder *aus Gründen der Prävention*⁹⁴² noch aus dem Motiv einer *Willensschuld*⁹⁴³ lässt sich dieses Ergebnis folgern.

Das in dieser Arbeit vertretene Schuldkriterium, die Vorstellung von der Tat (inklusive der Vorstellung, dass gegen das Strafrecht verstoßen werde) als hinreichend wahrscheinlich⁹⁴⁴, kann in einigen Fällen der wie unter 1. d) definierten *bewussten Fahrlässigkeit* hingegen erfüllt werden, ungeachtet des Zeitpunktes, zu dem eine bewusste Fahrlässigkeit konstruiert wird.⁹⁴⁵ Genügt bei bewusster Fahrlässigkeit definitionsgemäß die Voraussicht als möglich und ist kein Unrechtsbewusstsein erforderlich, muss bewusste Fahrlässigkeit teilweise wie unbewusste Fahrlässigkeit als *schuldlos* betrachtet werden.

Auch v. Almendingen und Luden vertreten im Grunde dieses Ergebnis⁹⁴⁶, nur dass v. Almendingen die bewusste Fahrlässigkeit als Vorsatz erfasst und nur eine Vorsatzschuld begründet.

Die unter 3. b) dargestellten Lehren von einer Willensschuld, die konsequenterweise auch den Schuldcharakter *bewusster* Fahrlässigkeit leugnen⁹⁴⁷, sind mit dem Schuldkriterium „Wille“ abzulehnen.

Kann die unbewusst fahrlässige und zum Teil die bewusst fahrlässige Verwirklichung von Unrecht dem Täter daher nicht als schuldhaft zugerechnet werden, vermag man solches Unrecht als „zufällig“ begangen zu bezeichnen. Wird der

⁹⁴¹ Vgl. so annähernd v. Cathrein, Baumgarten, Hrehorowicz und Luden unter 3. a).

⁹⁴² Vgl. nur die Lehren v. Almendingens, Stübels, Kohlrauschs unter 3. a).

⁹⁴³ Vgl. die Lehren Arth. Kaufmanns und Bockelmanns unter 3. a).

⁹⁴⁴ Vgl. das Ergebnis zum Schuldbegriff unter II. 2. c) ff).

⁹⁴⁵ Vgl. unter 4. c).

⁹⁴⁶ Allerdings geht in das Schuldkriterium v. Almendingens und erst recht nicht in dasjenige Ludens der Grad von Wahrscheinlichkeit ein, den die Vorstellung aufzuweisen hat. (Vgl. unter 4. b) bb).)

⁹⁴⁷ Vgl. die Lehren von Temme, Galliner, Zerbst und Hertz unter 3. b).

Täter hier dennoch bestraft, lässt sich von einer „Zufallshaftung“ und bei fahrlässigen Erfolgsdelikten von einer „Erfolgshaftung“ sprechen. Das StGB erfüllt durch seine Vorgaben für den Begriff der Fahrlässigkeit in § 16 I, wonach sich der Täter wegen Fahrlässigkeit strafbar machen kann, wenn er Tatumstände bei Begehung der Tat *nicht kennt*, die Maßgaben des Schuldprinzips nicht.

Die Konsequenz, Fahrlässigkeit gesetzlich anders zu bestimmen und einen Teil der bisher unter die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit fallenden Fälle straflos zu lassen, scheint mit den Vorstellungen in der Öffentlichkeit unvereinbar zu sein. Darauf berufen sich selbst solche Autoren, die unbewusste Fahrlässigkeit für schuldlos halten wie Arth. Kaufmann und Bockelmann. Die Vorstellung des bei Arth. Kaufmann als Beispiel angebrachten Bahnwärters, der aus Nachlässigkeit den Tod von Menschen verursacht und dann straflos ausgeht, mag man der Praxis nicht zumuten. Dieses am Ende in die Diskussion geworfene Argument scheint jeden begründeten Reformversuch zu unterbinden.

Es fragt sich also, aus welchem Grund die Strafflosigkeit des nachlässigen Bahnwärters eigentlich eine Zumutung für die Öffentlichkeit sein soll. Ist es nicht vielmehr eine gemeinhin inakzeptable Vorstellung, dass gegen jeden nachlässigen Zeitgenossen für Folgen seines Verhaltens, die er aus seiner Perspektive nicht vermeiden konnte und die nicht als sein verantwortliches Werk betrachtet werden dürfen, eine Freiheitsstrafe verhängt werden kann?⁹⁴⁸ Die Öffentlichkeit mag dem Bahnwärter durch Strafe einen „Denkzettel“ erteilen und sich künftig vor Nachlässigkeiten bewahren wollen. Dann ginge es ihr um eine Bestrafung aus Gründen der Prävention, nicht um eine Schuldstrafe. Es mögen Rachegefühle gegen den Bahnwärter aufkommen, die dem Opferschmerz entspringen. Doch ist es der Öffentlichkeit nicht gerade zuzumuten, ist es nicht in ihrem eigenen Interesse, solche Sicherheitsbedürfnisse und Emotionen der Gerechtigkeit unterzuordnen, die das Schuldprinzip in das Strafrecht bringt?

Dem kann an dieser Stelle nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Eine Zustimmung steht nämlich unter dem Vorbehalt, dass es ein abweichendes Verständnis von Gerechtigkeit gibt, das sich auf das Moment des Zufalls stützt und eine Strafe des Nachlässigen verfassungsrechtlich rechtfertigen kann. In der bereits erwähnten Diskussion zum „moralischen Zufall“ wird unserer moralischen Intuition, dass moralische Bewertung nicht vom Zufall, vom Glück oder Pech,

⁹⁴⁸ Es wird natürlich davon ausgegangen, dass der Bahnwärter wirklich an nichts Gefährliches dachte; hier besteht ein Nachweisproblem. Koriath (Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, S. 763) sieht einen Lösungsansatz für die Praxis darin, die *Verteidigungsmöglichkeit* des Angeklagten im Prozess auf das Vorbringen zu *beschränken*, dass er die erforderliche Sorgfalt eingehalten habe. Dies soll als Indikator dafür gelten, dass der strafrechtliche Erfolg für ihn zufällig eingetreten sei.

abhängen dürfe, die (vermeintliche) *Tatsache* entgegengestellt, dass wir dennoch vom Zufall abhängige Konsequenzen eines Verhaltens zu einem Bewertungskriterium machen würden. Führt die Nachlässigkeit des Bahnwärters zum Entgleisen des Zuges, würden wir ihm dies negativ anrechnen; bliebe sie ereignislos, würden wir ihn positiver bewerten.⁹⁴⁹ Die Frage, ob und wie ein solches mit dem Ausschluss der Zufallshaftung kollidierendes Verständnis von moralischer Bewertung und Gerechtigkeit in die Rechtfertigung von Strafe eingebracht werden kann, ist offen.⁹⁵⁰ Zum einen bedürfte es hierzu einer ausführlichen grundlegenden Auseinandersetzung zu den Kriterien moralischer und rechtlicher Bewertung, und in diesem Zusammenhang müsste die Diskussion zum „moralischen Zufall“ aufgerollt werden. Zum anderen wäre darzulegen, wie eine Zufallshaftung mit dem wie hier verstandenen Schuldprinzip vereinbart werden könnte. Es fragt sich, ob dieses Schuldprinzip nicht durch ein weiter gefasstes Zurechnungsprinzip zu ersetzen wäre.

Die Diskussion dieser Thematik greift allerdings über die Aufgabenstellung der vorliegenden Arbeit hinaus, die ein bestimmtes plausibles Verständnis von Schuldprinzip und Schuld dargelegt und, davon ausgehend, die Fahrlässigkeit in den Blick genommen hat. Vorläufig muss das Ergebnis genügen, dass Bestrafung von Fahrlässigkeit jedenfalls zum Teil Zufallshaftung darstellt, die nicht derjenigen Vorstellung von Gerechtigkeit entspricht, welche dem rechtlichen Schuldprinzip zugrunde liegt.

⁹⁴⁹ Vgl. Williams und Nagel in Fn 4.

⁹⁵⁰ Vgl. bereits oben zur verfassungsrechtlichen Begründung des Schuldprinzips unter II. 2. c) aa) (1.2).

IV. Ergebnis

Als Ergebnis dieser Arbeit können abschließend die folgenden Punkte festgehalten werden:

1. Das als Verfassungsrecht begründbare Schuldprinzip dient der Gerechtigkeit im Sinne einer fairen Behandlung des Täters und der retributiven Gerechtigkeit. Schuld bildet, darauf aufbauend, ein verfassungsrechtlich gewährleistetes Gegengewicht gegenüber Strafe als staatlichem Eingriff in Rechte des Täters.⁹⁵¹
2. Aus dem Schuldprinzip ergibt sich als Schuldkriterium die Vorstellung des Täters von der Tat (der Tatbestandsmerkmale als Tatsachen und deren Rechtswidrigkeit) als hinreichend wahrscheinlich. Der Grad der Wahrscheinlichkeit ergibt sich aus einer Abwägung zwischen der Schwere des betroffenen Rechtsguts und den Interessen des Täters.⁹⁵²
3. Verschiedene Lehren von einer Fahrlässigkeitsschuld weisen Unstimmigkeiten auf, die schon an sich der Begründung der Schuld eines Fahrlässigen entgegenstehen. Keine der Lehren entspricht (vollständig) den Funktionen des Schuldprinzips.⁹⁵³
4. Das in dieser Arbeit begründete Schuldkriterium erfüllt unbewusste Fahrlässigkeit nicht, bewusste Fahrlässigkeit insofern nicht, als sich der Täter die Tat nicht als hinreichend wahrscheinlich vorstellt und kein Unrechtsbewusstsein hat. Die Bestrafung solcher schuldlosen Fahrlässigkeit verstößt gegen das wie hier verstandene Schuldprinzip.⁹⁵⁴

⁹⁵¹ Vgl. unter II. 1. a) und II. 2. c) aa) (1.2).

⁹⁵² Vgl. unter II. 2. c) dd) (4) und II. 2. c) ff).

⁹⁵³ Vgl. unter III. 4.

⁹⁵⁴ Vgl. unter III. 4. und 5.

Literaturverzeichnis

- Achenbach, Hans, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, Berlin 1974.
- Ders., Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: B. Schünemann (Hg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin 1984.
- Alexy, Robert, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg, München 2002.
- Allfeld, Philipp, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 7. Auflage Leipzig 1912.
- Aristoteles, Nikomachische Ethik, Hamburg 1985.
- Bar, Ludwig von, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band II, Berlin 1907.
- Basedow, Hermann, Die strafrechtliche Verschuldung, ein Willensvorgang mit dem Bewusstsein der Normwidrigkeit des Handlungserfolges, Hamburg 1898.
- Bauer, Fritz, Das Verbrechen und die Gesellschaft, München 1957.
- Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 10. Auflage Bielefeld 1995.
- Baumann, Jürgen/ Brauneck/ Anne - Eva, Hanack, Ernst - Walter/ Kaufmann, Arthur/ Klug, Ulrich/ Lampe, Ernst - Joachim/ Lenckner, Theodor/ Maihöfer, Werner/ Noll, Peter/ Roxin/ Claus/ Schmitt, Rudolf/ Schulz, Hans/ Stratenwerth, Günther/ Stree, Walter, Alternativ - Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil, Tübingen 1966.
- Baumgarten, Arthur, Der Aufbau der Verbrechenslehre: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Strafrechtsverhältnis, Tübingen 1913.
- Baurmann, Michael C., Zweckrationalität und Strafrecht, Opladen 1987.
- Beckermann, Ansgar, Analytische Einführung in die Philosophie des Geistes, Berlin 2001.
- Beling, Ernst, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.
- Ders., Grundzüge des Strafrechts zum Gebrauch bei Vorlesungen, 4. Auflage, Tübingen 1912.
- Berner, Albert Friedrich, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, Berlin 1843.
- Berolzheimer, Fritz, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Band 5: Strafrechtsphilosophie und Strafrechtsreform, München 1907.
- Bieri, Peter (Hg.), Analytische Philosophie des Geistes, 2. Auflage, Bodenheim 1993.
- Ders., Das Handwerk der Freiheit. Über die Entdeckung des eigenen Willens, München 2001.
- Bierling, Ernst Rudolf, Juristische Prinzipienlehre Band 3, Freiburg im Breisgau und Leipzig 1905.

- Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung Band II, Hälfte 1, Zurechnungsfähigkeit, Schuld, 2. Auflage Leipzig 1914.
- Ders., Die Normen und ihre Übertretung Band I, Normen und Strafgesetze, 3. Auflage Leipzig 1916.
- Ders., Die Normen und ihre Übertretung Band IV, Die Fahrlässigkeit, Leipzig 1919.
- Birkmeyer, Karl von, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Auflage Berlin 1904.
- Bockelmann, Paul, Studien zum Täterstrafrecht, Berlin 1940.
- Ders., Schuld und Sühne, Göttingen 1957.
- Ders., Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Hamburg 1967.
- Ders., Über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, in: Arth. Kaufmann (Hg.), Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, Göttingen 1968, S. 252 ff.
- Bruck, Felix Friedrich, Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht, Breslau 1885.
- Bundesrat der Bundesrepublik Deutschland, Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) mit Begründung, Bonn 1962.
- Burgstaller, Manfred, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, Wien 1974.
- Buri, Maximilian von, Ueber Causalität und deren Verantwortung, Leipzig 1873.
- Burkhardt, Björn, Das Zweckmoment im Schuldbegriff, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1976, S. 321 ff.
- Ders., Der Wille als konstruktives Prinzip der Strafrechtsdogmatik, in: H. Heckhausen/ M. Gollwitzer/ F. E. Weinert (Hg.), Jenseits des Rubikon, Der Wille in den Humanwissenschaften, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo 1987, S. 319 ff.
- Cathrein, Viktor von, Die Grundbegriffe des Strafrechts, Freiburg 1905.
- Degenhart, Christoph, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 23. Auflage, Heidelberg 2007.
- Dohna, Alexander Graf zu, Die Elemente des Schuldbegriffs, in: Der Gerichtssaal 65 (1905), S. 304 ff.
- Ders., Zum neuesten Stande der Schuldlehre, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStrW oder ZStW) 32 (1911), S. 323 ff.
- Ders., Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, Bonn 1950.
- Dostojewskij, Fjodor M., Schuld und Sühne, Düsseldorf 2001.
- Dray, William, Laws and Explanation in History, London 1960.
- Dürig, Günter, Der Grundsatz von der Menschenwürde, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 81 (1956), S. 117 ff.

- Duttke, Gunnar, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, Tübingen 2001.
- Ellscheid, Günther/ Hassemer, Winfried, Strafe ohne Vorwurf, in: K. Lüderssen/ F. Sack (Hg.), Seminar: Abweichendes Verhalten Band II, Frankfurt a. Main 1975, S. 266 ff.
- Engisch, Karl, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, Berlin 1930.
- Ders., Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, Berlin 1965.
- Exner, Franz, Das Wesen der Fahrlässigkeit: eine strafrechtliche Untersuchung, Leipzig, Wien 1910.
- Ferneck, Alexander Freiherr Hold von, Die Idee der Schuld, Leipzig 1911.
- Feuerbach, Anselm von, Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und über den dolus indirectus insbesondere, Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzeskunde, Band II, Giessen 1800.
- Ders., Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Theil 2, Chemnitz, 1800.
- Ders., Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 11. Ausgabe Giessen 1832, 14. Ausgabe Giessen 1847 (hgg. von W. Mittermaier).
- Fischer, Sigrid, Das Vergessen als Fahrlässigkeit, Strafrechtliche Abhandlungen Band 346, Breslau 1934.
- Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Auflage München 2007.
- Frank, Reinhard, Über den Schuldbegriff, in: R. Frank (Hg.), Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität Giessen, Giessen 1907, S. 521 - 546.
- Ders., Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. - 14. Auflage, Leipzig 1919.
- Frisch, Wolfgang, Vorsatz und Risiko, Köln, Berlin, Bonn, München 1983.
- Frister, Helmut, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin 1988.
- Gallas, Wilhelm, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, in: K. Engisch/ R. Maurach (Hg.), Festschrift für Edmund Mezger, München, Berlin 1954, S. 311 ff.
- Galliner, Moritz, Die Bedeutung des Erfolges bei den Schuldformen des geltenden Strafgesetzbuchs unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 116 (hgg. von K. v. Lilienthal) Breslau 1910.
- Goldschmidt, James, Der Notstand, ein Schuldproblem in: Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, IV. Jahrgang, 1913, S. 129 ff.
- Grasnick, Walter, Über Schuld, Strafe und Sprache, Tübingen 1987.

- Gutherz, Harald, Das Wesen der Fahrlässigkeit in: Groß' Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik, Band 39, Leipzig 1910, S. 90 ff.
- Haft, Fritjof, Der Schuldiallog, Freiburg, München 1978.
- Hälschner, Hugo, System des Preußischen Strafrechts. Erster oder allgemeiner Theil des Systems, Bonn 1858.
- Ders., Das gemeine deutsche Strafrecht, Erster Band. Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren, Bonn 1881.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus, Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law, Oxford 1968.
- Ders., Recht und Moral, Drei Aufsätze (hgg. von N. Hoerster), Göttingen 1971.
- Hartmann, Nikolai, Ethik, Berlin 1949.
- Hassemer, Winfried, Alternativen zum Schuldprinzip?, in: H. M. Baumgartner/ A. Eser (Hg.), Schuld und Verantwortung, Tübingen 1983, S. 89 ff.
- Hegel, Georg Friedrich Wilhelm, Werke in 20 Bänden, Schriftenreihe Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Frankfurt a. Main 1989.
- Hegler, August, Die Merkmale des Verbrechens, in: ZStrW 36 (1915), S. 184 ff.
- Hertz, Eduard, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren vom Strafrecht, Band I, Stuttgart 1880.
- Herzberg, Rolf, Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit, in: GA 2001, S. 568 ff.
- Ders., Die Schuld beim Fahrlässigkeitsdelikt, in: Jura 1984, S. 402 ff.
- Hippel, Rudolf von, Vergleichende Darstellung des deutschen und außerdeutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Band 3, Berlin 1908.
- Ders., Deutsches Strafrecht, Zweiter Band. Das Verbrechen - Allgemeine Lehren, Berlin 1930.
- Hirsch, Andrew von/ Hörnle, Tatjana, Positive Generalprävention und Tadel, in: GA 1995, S. 261 ff.
- Hirsch, Hans Joachim, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, in: ZStW 106 (1994), S. 746 ff.
- Hömig, Dieter (Hg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Auflage Baden - Baden 2007.
- Hoeren, Thomas/ Stallberg, Christian, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Münster, Hamburg, Berlin, London 2001.
- Hoffmeister, Johannes (Hg.), Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Hamburg 1955.
- Holbach, Paul Henri Thierry Baron d', System der Natur, oder von den Gesetzen der Physischen und Moralischen Welt, Frankfurt, Leipzig 1783.
- Holl, Thomas, Entwicklungen der Fahrlässigkeitsdogmatik im Strafrecht von

Feuerbach bis Welzel unter besonderer Berücksichtigung der Hegel - Schule, Diss. Bonn 1992.

Horn, Eckhard, *Actio libera in causa* - eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?, in: GA 1969, S. 289 - 306.

Ders., *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit; Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie*, Berlin 1969.

Ders., *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Bonn 1973.

Horn, Richard, *Der Causalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht: eine rechtsphilosophische Untersuchung*, Leipzig 1893.

Hruschka, Joachim, *Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen* in: *Juristische Schulung (JuS)* 1982, S. 317 ff.

Ders., *Strafrecht nach logisch - analytischer Methode*, 2. Auflage Berlin, New York 1988.

Ders., *Die actio libera in causa* - speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für die Gesetzgebung, in: *Juristenzeitung (JZ)* 1996, S. 64 ff.

Hume, David, *Eine Untersuchung über den menschlichen Verstand*, Hamburg 1984.

Hurley, Susan, *Justice, Luck and Knowledge*, Harvard 2003.

Jagemann, Ludwig Hugo Franz von, *Zur Revision der Lehre von den Körperverletzungen* in: *Neues Archiv des Criminalrechts* 1845, S. 234 ff.

Jakobs, Günther, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin 1972.

Ders., *Schuld und Prävention*, Tübingen 1976.

Ders., *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen der Zurechnungslehre*, 2. Auflage Berlin 1993.

Jellinek, Georg, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2. Auflage, Berlin 1908.

Jerouschek, Günter/ Kölbel, Ralf, *Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht*, in: *JuS* 2001, S. 417 ff.

Jescheck, Hans - Heinrich; Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage Berlin 1996.

Joecks, Wolfgang/ Miebach, Klaus (Hg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1 (§§ 1 – 51)*, München 2003.

Kant, Immanuel, *Werke in zwölf Bänden* (hgg. von W. Weischedel), Frankfurt a. Main 1968.

Kargl, Walter, *Kritik des Schuldprinzips: eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht*, Frankfurt a. Main 1982.

Kaufmann Arthur, *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts: zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre*, Mainz 1949.

- Ders., Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich - rechtsphilosophische Untersuchung, 2. Auflage Heidelberg 1976.
- Ders., Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, in: Jura 1986, S. 225 ff.
- Kaufmann, Felix, Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, Leipzig, Wien 1929.
- Kelsen, Hans, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Auflage Aalen 1984.
- Ders., Existentialismus in der Rechtswissenschaft?, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 43 (1957), S. 161 ff.
- Ders., Reine Rechtslehre, 2. Auflage Wien 1960.
- Ders., Allgemeine Theorie der Normen (hgg. von K. Ringhofer und R. Walter), Wien 1979.
- Kindhäuser, Urs, Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung, in: GA 1994, S. 197 ff.
- Ders., Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, in: ZStW 96 (1984), S. 1 ff.
- Klein, Ernst - Ferdinand, Grundsätze des gemeinen deutschen und preußischen peinlichen Rechts, Archiv des Criminalrechts Band I, Halle 1796.
- Köhler, August, Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht, München 1912.
- Kohlrausch, Eduard, Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, in: Festgabe für Karl Güterbock, Berlin 1910, S. 3 ff.
- Ders., Die Schuld, in: Aschrott, P. F., v. Liszt, F. v. (Hg.), Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs Band I: Allgemeiner Teil, Berlin 1910, S. 180 ff.
- Ders., Der Allgemeine Teil des Entwurfs 1925, in: Aschrott, P. F., Kohlrausch, E. (Hg.), Reform des Strafrechts, Berlin und Leipzig 1926, S. 3 ff.
- Ders., Kollmann, Horst, Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystem, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 91, Breslau 1908, S. 449 ff.
- Koriath, Heinz, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, Berlin 1994.
- Ders., Über Vereinigungstheorien als Rechtfertigung staatlicher Strafe, in: Jura 1995, S. 625 ff.
- Köstlin, Christian Reinhold, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Tübingen 1845.
- Kraus, Karl, Über den Begriff der Schuld und den Unterschied von Vorsatz und Fahrlässigkeit, in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform (MschrKrim) Band 9 (1912), S. 339 ff.
- Krey, Volker, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1: Grundlagen, Stuttgart, Berlin, Köln 2001.
- Krings, Hermann/ Baumgartner, Hans M./ Wild, Christoph (Hg.), Handbuch philosophischer Grundbegriffe, Band 6, München 1974.

- Krug, August Otto, Über dolus und culpa und insbesondere über den Begriff der unbestimmten Absicht, Leipzig 1854.
- Krümpelmann, Justus, Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, in: GA 1983, S. 337 ff.
- Kunig, Philip, Das Rechtsstaatsprinzip, Tübingen 1986.
- Lagodny, Otto, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik, dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Tübingen 1996.
- Lammasch, Heinrich, Grundriß des österreichischen Strafrechts, 2. Auflage, Leipzig 1902.
- Lampe, Ernst - Joachim, Strafphilosophie Studien zur Strafgerechtigkeit, Köln, Berlin, Bonn, München 1999.
- Lasson, Adolf, System der Rechtsphilosophie, Berlin 1882.
- Lenckner, Theodor/ Eser, Albin/ Stree, Walter u. a. (Hg.), Strafgesetzbuch. Kommentar (begründet von A. Schönke), 27. Auflage München 2006.
- Liepmann, Moritz, Einleitung in das Strafrecht. Eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe, Berlin 1900.
- Liszt, Franz von, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Auflage Berlin 1881, 14./ 15. Auflage Berlin 1905, 20. Auflage Berlin 1914.
- Ders., Der Zweckgedanke im Strafrecht, 3. Auflage Frankfurt a. Main 1968.
- Liszt, Franz von/ Schmidt, Eberhard, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Auflage Berlin, Leipzig 1927.
- Loening, Richard, Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, Frankfurt a. Main 1885.
- Löffler, Alexander, Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend – historischer und dogmatischer Darstellung, Band I, Leipzig 1895.
- Luden, Heinrich, Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechts Band I, Göttingen 1847.
- Lüderssen, Klaus, Wir können nicht anders. Ändert die Hirnforschung das Strafrecht? in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 04.11.2003, S. 33 ff.
- Luhmann, Niklas, Rechtssoziologie, 3. Auflage Opladen 1987.
- Maasen, Sabine (Hg.), Voluntary Action: Brains, Minds, and Sociality, Oxford 2003.
- Maurach, Reinhart, Schuld und Verantwortung im Strafrecht, Wolfenbüttel, Hannover 1948.
- Maurach, Reinhart/ Zipf, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, Grund- lehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Ein Lehrbuch, 8. Auflage Heidelberg 1992.
- Mayer, Hellmuth, Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart, Berlin, Köln 1967.

- Mayer, Max Ernst, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht - Drei Begriffsbestimmungen, Leipzig 1901.
- Merkel, Adolf, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.
- Merkel, Paul, Die Bestimmungen des Strafgesetzentwurfes von 1919 über die Straftat, in: ZStrW 43 (1922), S. 299 ff.
- Messer, August, Psychologische und ethische Bemerkungen zur „unbewussten Fahrlässigkeit“, in: MschrKrim 8 (1912), S. 65 ff.
- Mezger, Edmund, Literaturbericht „Die Reform des Strafrechts“, in: ZStW 47 (1927), S. 471 ff.
- Ders., Strafrecht. Ein Lehrbuch, München, Leipzig 1931, 3. Auflage Berlin, München 1949.
- Ders., Schuld und Persönlichkeit, Marburg 1932.
- Michelet, Carl Ludwig, Das System der philosophischen Moral, Berlin 1828.
- Miricka, August, Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, Leipzig 1903.
- Mittermaier, Wolfgang, Zur Frage des Schuldcharakters der Fahrlässigkeit, in ZStrW 32 (1911), S. 415 ff.
- Mohrmann, Gottfried, Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit im Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen Band 265, Breslau 1929.
- Müller - Dietz, Heinz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, Karlsruhe 1967.
- Nagel, Thomas, Moral Luck, in: Mortal Questions, Cambridge, New York 1979, S. 20 ff.
- Neumann, Ulfried, Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, in: ZStW 99 (1987), S. 567 f.
- Noll, Peter, Ethische Begründung der Strafe, Tübingen 1962.
- Ders., Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, in: F. Geerds/ W. Nauke (Hg.), Festschrift für H. Mayer, Berlin 1966, S. 219 ff.
- Nowakowski, Friedrich, Zur Theorie der Fahrlässigkeit, in: Juristische Blätter 1953, S. 506 ff.
- Paeffgen, Hans - Ulrich, Actio libera in causa und § 323 a StGB, in: ZStW 97 (1985), S. 513 ff.
- Peperzak, Adriaan Theodoor Basilius, Hegels praktische Philosophie: ein Kommentar zur enzyklopädischen Darstellung der menschlichen Freiheit und ihrer objektiven Verwirklichung, Stuttgart 1991.
- Popper, Karl R., Indeterminism in Quantum Physics and in Classical Physics, in: The British Journal for the Philosophy of Science I (1950), S. 117 ff.; 173 ff.

- Pothast, Ulrich, Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise, Frankfurt a. Main 1980.
- Ders., Probleme bei der Rechtfertigung staatlicher Strafe, in: JA 1993, S. 104 ff.
- Radbruch, Gustav, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Berlin 1903.
- Ders., Über den Schuldbegriff, in: ZStrW 24 (1904), S. 333 ff.
- Ders., Erfolgshaftung, in: v. Birkmeyer (Hg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil Band V, Berlin 1905, S. 185 ff.
- Ders., Zur Psychologie der strafrechtlichen Schuldformen, in: MschrKrim 19 (1928), S. 296 ff.
- Ders., Rechtsphilosophie, 8. Auflage Stuttgart 1970.
- Rawls, John, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a. Main 1975.
- Ritter, Joachim, Gründer, Karlfried, Gabriel, Gottfried (Hg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 12. W - Z, Basel 2004.
- Roeder, Hermann, Das Schuld- und Irrtumsproblem beim Vollrausch, in: S. Hohenleitner, N. Lindner, F. Nowakowski (Hg.), Festschrift für Theodor Rittler, Aalen 1957, S. 227 ff.
- Rosenfeld, Ernst - Heinrich, Schuld und Vorsatz im v. Lisztschen Lehrbuch, in: ZstrW 32 (1911), S. 466 ff.
- Ross, Alf, Über den Vorsatz, Baden - Baden 1979.
- Roth, Frank, Zur Strafbarkeit leicht fahrlässigen Verhaltens, Diss. Berlin 1996.
- Roxin, Claus, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Auflage Berlin, New York 1973.
- Ders., „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien, in: ders. (Hg.), Festschrift für Heinrich Henkel, Berlin, New York 1974, S. 171 ff.
- Ders., Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Arth. Kaufmann, G. Bemmman, D. Krauss, K. Volk (Hg.), Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 279 ff.
- Ders., Das Schuldprinzip im Wandel, in: F. Haft, W. Hassemer, U. Neumann, W. Schild, U. Schroth (Hg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg 1993, S. 519 ff.
- Ders., Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage München 2006.
- Rudolphi, Hans - Joachim, Affekt und Schuld, in: H. - J. Bruns/ H. Jäger/ C. Roxin (Hg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel, Berlin 1974, S. 199 ff.
- Rümelin, Max, Das Verschulden im Straf- und Zivilrecht, Tübingen 1909.

- Ryle, Gilbert, Der Begriff des Geistes, Stuttgart 1969.
- Sartre, Jean Paul, Das Sein und das Nichts, Hamburg 1962.
- Sauer, Wilhelm, Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie, Berlin, Leipzig 1921.
- Schild, Wolfgang, Strafbegriff und Grundgesetz, in: A. Eser (Hg.), Festschrift für Theodor Lenckner, München 1998, S. 287 ff.
- Schlüchter, Ellen, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit: Aspekte zu einem Strafrecht in Europa, Thüngersheim, Nürnberg 1996.
- Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, Tübingen 1958.
- Ders., Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, Tübingen 1968.
- Ders., Einführung in das Strafrecht, 2. Auflage Opladen 1984.
- Ders., Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts. Die unrechtl. Tatgesinnung, in: Th. Vogler (Hg.), Festschrift für Hans - Heinrich Jescheck, Erster Halbband, Berlin 1985, S. 485 ff.
- Schmitt, Carl, Über Schuld und Schuldarten, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 120, Breslau 1910.
- Schünemann, Bernd, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, in: Juristische Arbeitsblätter (JA) 1975, S. 787 ff.
- Ders., Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: ders. (Hg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin 1984, S. 1 ff.
- Ders., Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: ders. (Hg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin 1984, S. 153 ff.
- Schütze, Theodor Reinhold, Lehrbuch des deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches, 2. Auflage Leipzig 1874.
- Stegmüller, Wolfgang, Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie: eine kritische Einführung, Band II, 6. Auflage Stuttgart 1979.
- Ders., Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie Band I, Erklärung Begründung Kausalität, 2. Aufl. Berlin 1983.
- Steltzer, Christian Julius Ludwig, Über den Willen: eine psychologische Untersuchung für das Criminalrecht, Leipzig 1817.
- Stratenwerth, Günter, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, Heidelberg 1977.
- Stree, Walter, Deliktsfolgen und Grundgesetz, Tübingen 1960.
- Streng, Franz, Schuld ohne Freiheit?, in: ZStW 101 (1989), S. 273 ff.
- Stübel, Christoph Carl, System des allgemeinen peinlichen Rechts mit Anwendung auf die in Chursachsen geltenden Gesezze, Teile I und II, Leipzig 1795.
- Ders., Über gefährliche Handlungen, als für sich bestehende Verbrechen zur Berichtigung der Lehre von verschuldeten Verbrechen nebst Vorschlägen zur ge-

setzlichen Bestimmung zur Bestrafung der erstern, in: Neues Archiv des Criminalrechts 1826, S. 236 ff.

Sturm, Friedrich, Die strafrechtliche Verschuldung, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 42, Breslau 1902.

Tarnowski, Hans, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin, Vierte Folge, Erster Band, 2. Heft, Berlin, Leipzig 1927.

Temme, Jodocus Deodatus Hubertus, Lehrbuch des preußischen Strafrechts, Berlin 1853.

Tesar, Ottokar, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, in: Abhandlungen des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin, Neue Folge. Fünfter Band, III. Heft, Berlin 1907.

Ders., Gesetzestechnik und Strafrechtsschuld, in: ZStrW 32 (1911), S. 379 ff.

Thon, August, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878.

Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, Heidelberg 1991.

Volk, Klaus, Strafrecht Allgemeiner Teil (begründet von P. Bockelmann), 4. Auflage München 1987.

Wächter, Carl Georg von, Vorlesungen über das Strafrecht, Leipzig 1881.

Waismann, Friedrich, Wille und Motiv, Zwei Abhandlungen über Ethik und Handlungstheorie (hgg. von J. Schulte), Stuttgart 1983.

Weinberger, Ota, Rechtslogik, 2. Auflage Berlin 1989.

Weinrich, Alfred von, Strafrecht und Kriminalpolitik, in: ZStrW 17 (1897), S. 779 ff.

Welzel, Hans, Persönlichkeit und Schuld, in: ZStrW 60 (1941), S. 428 ff.

Ders., Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Auflage Göttingen 1962.

Ders., Das Deutsche Strafrecht, 14. Auflage Berlin 1969.

Ders., Gedanken zur „Willensfreiheit“, in: P. Bockelmann, Arth. Kaufmann, U. Klug (Hg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt a. Main 1969, S. 92 ff.

Ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin, New York 1975.

Wieacker, Franz, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Auflage Göttingen 1967.

Williams, Bernhard, Moralischer Zufall, Philosophische Aufsätze 1973 - 1980, Frankfurt a. Main 1984.

Wittgenstein, Ludwig, Werkausgabe in acht Bänden, Band I, Frankfurt a. Main 1988.

Wolff, Heinrich A., Der Grundsatz „nulla poena sine culpa“ als Verfassungsrechtssatz, in: AöR 124 (1999), S. 55 ff.

Wolter, Jürgen, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafrechtssystem, Berlin 1981.

Wright, Georg Henrik von, Probleme des Erklärens und Verstehens von Handlungen in: ders.: Normen, Werte und Handlungen, Frankfurt a. M. 1994, S. 141 ff.

Zielinski, Diethart, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff: Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß, Berlin 1973.

Zippelius, Reinhold, Rechtsphilosophie, 5. Auflage München 2007.