

# Strafrecht als Scientia Universalis

Festschrift für  
CLAUS ROXIN  
zum 80. Geburtstag  
am 15. Mai 2011

herausgegeben von

Manfred Heinrich · Christian Jäger  
Hans Achenbach · Knut Amelung · Wilfried Bottke†  
Bernhard Haffke · Bernd Schünemann · Jürgen Wolter

Band 1

De Gruyter

ISBN 978-3-11-024010-8  
e-ISBN 978-3-11-025528-7

*Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek*

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

© 2011 Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin/New York

Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen

∞ Gedruckt auf säurefreiem Papier

Printed in Germany

[www.degruyter.com](http://www.degruyter.com)

# Schuld und Strafzwecke\*

EDUARDO DEMETRIO CRESPO

## I. Claus Roxin und sein methodologischer Ansatz

Die Frage nach Schuld und Strafzwecken ist seit langer Zeit ein Grundbaustein der Strafrechtswissenschaft und gordischer Knoten im Denken und Werk Professor Roxins, dem dieser Beitrag in Verbundenheit aus Anlaß seines 80. Geburtstages gewidmet ist.

Das Ende des Zweiten Weltkrieges bezeichnet den Punkt, an dem versucht wurde, den Irrationalismus der Kieler Schule radikal zu überwinden<sup>1</sup>; hierbei tat die deutsche Strafrechtsdogmatik einen Schritt zurück, statt auf von Liszts Wege voranzuschreiten, und kehrte zu Kant und Hegel zurück, ein Prozeß, der in den sechziger Jahren abgeschlossen war, als – in Worten Klugs – der „Abschied von Kant und Hegel“ und die „Rückkehr zu von Liszt“ stattfindet.<sup>2</sup> In diesem Geiste wurde der *Alternativentwurf* des Jahres 1966 verfaßt, bei dem die Roxin als derjenige Strafrechtler hervortritt, der von neuem die Kriminalpolitik als einen besonderer Beachtung durch die Strafrechtswissenschaft würdiger Gegenstand postuliert. Vor nun schon vier Jahrzehnten hat Roxin den Stand der Strafrechtswissenschaft auf den Begriff gebracht und in einem grundlegenden Werk – Kriminalpolitik und Strafrechtssystem<sup>3</sup> – die Schritte identifiziert, die sie in Zukunft zu tun haben würde.

In Roxins Denken sind es die Straflehren, die den Weg bezeichnen, auf dem das Strafrecht seinen Hauptzweck, nämlich Rechtsgüterschutz und

\* Die vorliegende Arbeit ist im Rahmen des folgenden Forschungsprojekts verwirklicht worden: „Neurociencia y Derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad“ (DER 2009/09868. IP: Eduardo Demetrio Crespo). Die deutsche Übersetzung verfasste Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

<sup>1</sup> Zugaldía Espinar in: von Liszt, La idea de fin en el Derecho penal, 1995, S. 31; Weigend in: Sieber/Albrecht (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, 2006, S. 49 ff.

<sup>2</sup> Klug in: Baumann (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, S. 36 ff; ders. FS Luis Jiménez de Asúa, 1970, 35 ff.

<sup>3</sup> Roxin Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970. Für diese Tendenz nicht minder bedeutsam Hassemer Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974.

hierdurch die freie Selbstentfaltung des Menschen, zu erreichen hat.<sup>4</sup> Seine Arbeit auf diesem Gebiet führen ihn zu einer *integrations-präventiven Lehre*, durch die soweit möglich general- und spezialpräventive Perspektiven nebst der Berücksichtigung der Opferinteressen in Einklang gebracht werden sollen.

Wie bekannt beruht seine *präventive Vereinigungstheorie* auf drei grundsätzlichen Postulaten<sup>5</sup>: a) Dem ausschließlich präventiven Zweck der Strafe, da strafrechtliche Normen nur dann gerechtfertigt seien, wenn sie auf den Schutz individueller Freiheit und einer dieser dienenden Gesellschaftsordnung ausgerichtet sind; b) dem Verzicht auf jegliche Vergeltung; c) dem Schuldgrundsatz als Mittel der Eingriffsbeschränkung.

Nach *Roxins* Auffassung ist der Gedanke von grundlegender Bedeutung, dass eine präventiv orientierte Strafe nicht auf bloßer Schuld des Täters gegründet sein kann, sondern stets auch aus einer präventiven Perspektive notwendig sein muss.<sup>6</sup> Das sind die beiden Grundelemente, die zum Unrecht dazukommen müssen, und von denen die *Kategorie der Verantwortlichkeit* abhängt: Schuld des Täters und präventive Notwendigkeit der strafrechtlichen Sanktion.<sup>7</sup>

## II. Schuld und Strafzwecke im Kontext der „Antinomien des Strafrechtssystems“

Meines Erachtens ist das Problem, dass in der Diskussion zu Schuld und Strafzwecken – in die auch *Roxins* Standpunkt gehört – zu Tage tritt, kein anderes als das der Antinomien des Strafsystems und insbesondere die *Antinomie zwischen Prävention und Schuld*.<sup>8</sup>

*Baurmann* hat die etwas schizophrene Doppeltendenz herausgestrichen, die Strafsystem und Strafrechtswissenschaft kennzeichnet, wenn einerseits eine Begründung durch Vergeltung als Legitimationsgrundlage abgelehnt, aber andererseits weiterhin die Auferlegung und Zumessung der Strafe im Einzelfall nach Maßgabe des Schuldprinzips bestimmt werden soll.<sup>9</sup> Wegen diesem fundamentalen Widerspruch ist die Notwendigkeit behauptet wor-

<sup>4</sup> *Roxin* AT I § 3 Rn. 1; *ders.* JuS 1966, 377.

<sup>5</sup> *Roxin* AT I § 3 Rn. 37 ff.

<sup>6</sup> *Roxin* MschrKrim 1973, 316; *ders.* FS Henkel, 1974, 171; *ders.* FS Bockelmann, 1979, 279; *ders.* ZStW 96 (1984), 641; *ders.* SchwZStr 104 (1987), 356; *ders.* FS Müller-Dietz, 2001, 701.

<sup>7</sup> *Roxin* AT I § 19 Rn. 1 ff.

<sup>8</sup> Näher dazu *Demetrio-Crespo* Prevención general e individualización judicial de la pena, 1999, S. 81 ff; vgl. auch *Pérez Manzano* Festgabe Roxin, 1997, 73 ff.

<sup>9</sup> *Baurmann* Folgeorientierung und subjektive Verantwortlichkeit, 1981, S. 7 ff.

den, eine neue Begründung für das Schuldprinzip zu finden, die auf den vergeltungstheoretisch geprägten und den freien Willen voraussetzenden Schuldvorwurf verzichten kann.<sup>10</sup>

Die zugrundeliegende wissenschaftliche Diskussion ist nicht nur weiterhin offen, sondern sogar im Lichte der neuesten Forschungen auf dem Gebiet der Neurobiologie<sup>11</sup> zu besonderer Aktualität gelangt<sup>12</sup>, da diese zur Schlußfolgerung zu führen scheinen, dass in Wirklichkeit kein Mensch die Wahl hat, moralisch gut oder falsch zu handeln, da die Willensfreiheit eine bloße Illusion sei, und das Schlechte, ein im Gehirn angesiedeltes biologisches Phänomen. Es ist aber äußerst zweifelhaft, ob diese Forschungen einen Paradigmenwechsel<sup>13</sup> herbeizuführen vermögen, der die gegenwärtige juristische Kultur radikal in Frage stellen würde.<sup>14</sup>

Nach dem traditionell herrschenden Verständnis der Strafrechtswissenschaft beruht der Schuldgrundsatz auf der logischen Voraussetzung der Entscheidungsfreiheit des Menschen<sup>15</sup>, wobei argumentiert wird, die Verwurzelung der Willensfreiheit in den grundlegenden Strukturen sozialer Kommunikation<sup>16</sup> und im Selbstverständnis des Menschen<sup>17</sup> sei nicht von der Hand zu weisen.

Diese Perspektive wird aber seit Jahrzehnten nicht nur aufgrund der Unmöglichkeit eines Beweises der Willensfreiheit, sondern auch durch den wachsenden Einfluß der Wissenschaften, die das menschliche Verhalten und seine Ursachen untersuchen, in Frage gestellt.<sup>18</sup> Dieser Herausforderung durch die Verhaltenswissenschaften – und angesichts des permanenten Rechtfertigungsbedürfnisses des Strafrechts – ist die Strafrechtswissen-

<sup>10</sup> Dazu kritisch *Hirsch* ZStW 106 (1994), 746 ff.

<sup>11</sup> Vgl. u. a. *Prinz* in: Cranach/Foppa (Hrsg.), Freiheit des Entscheidens und Handelns, 1996, S. 86 f; *ders.* in: Geyer (Hrsg.), Hirnforschung und Willensfreiheit, 2004, S. 20 ff; *Singer* in: Geyer (Fn. 11), S. 30 ff; *Pauen/Roth*, Freiheit, Schuld und Verantwortung, 2008; *Roth/Lück/Strüßer* in: Lampe/Pauen/Roth (Hrsg.) Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, 2008, S. 99 ff; *Roth* in: *ders./Grün* (Hrsg.), Das Gehirn und seine Freiheit, 2009, S. 9 ff.

<sup>12</sup> *Der Spiegel* 31/2007, 108 ff; *Hassemer* FAZ 15.06.2010 und die entsprechende Erwidern von *Roth/G. Merkel* FR-online 22.07.2010.

<sup>13</sup> Vgl. *Kuhn* Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 1976, passim.

<sup>14</sup> Vgl. *Mahlmann* Rationalismus in der praktischen Theorie: Normentheorie und praktische Kompetenz, 1999, passim.

<sup>15</sup> *Jescheck/Weigend* AT § 37 I 1.

<sup>16</sup> *Schünemann* in: *ders.* (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 166; *ders.* in: *Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köhler*, Sobre el estado de la teoría del delito, 2000, S. 110.

<sup>17</sup> *Hirsch* FS Otto, 2007, 321.

<sup>18</sup> Besonders bedeutend und vorausblickend *Gimbernat* ZStW 82 (1970), 379 ff.

schaft im allgemeinen kritisch begegnet<sup>19</sup>, auch mit gewisser Resgniertheit<sup>20</sup>, und in Einzelfällen mit einer Befürwortung eines Maßregelstrafrechts<sup>21</sup>. Meiner Ansicht nach ist es wichtig, nicht aus den Augen zu verlieren, dass die Rechtfertigungslast der Strafe demjenigen aufzubürden ist, der ihre Legitimität behauptet, so dass nichts unter den Teppich gekehrt werden darf, wenn es um neue Erkenntnisse geht, die die Bedingungen menschlichen Verhaltens, das wir für schuldhaft halten, betreffen.

Ein zutreffender Ausgangspunkt kann nicht darin bestehen, das „gute Gewissen“ zu bewahren; vielmehr ist eine *zu anderen Wissenschaften offene Perspektive* einzunehmen, die denjenigen Änderungsmöglichkeiten Raum läßt, die einem besseren und vor allem menschlicheren Strafrecht zuträglich sind; insbesondere, was die Auslegung der Vorschriften angeht, die die Gründe der Unzurechnungsfähigkeit aufgrund psychischer Anomalien oder Änderungen regeln (§ 20 StGB / art. 20.1 CP).<sup>22</sup> Dass es sich um eine normative Verantwortungsfeststellung handelt, bedeutet m. E. nicht, dass es auch um ein nur auf seine eigene Regeln fixiertes Spiel geht.<sup>23</sup> Das Strafrecht hat nämlich ständig das hinter seiner Regelung liegende Phänomen im Auge zu behalten, und dieses beschränkt sich nicht auf eine Verständigung über die Willensfreiheit, sondern erstreckt sich auch auf unser Wissen (oder unsere Unkenntnis) über das menschliche Verhalten selbst und über die sogenannte „freie Handlung“.<sup>24</sup>

Wie bekannt sind auf dem Wege zu dieser neuen Begründung verschiedene Argumentationen vorgeschlagen worden, unter denen folgende hervorzuheben sind: das Verständnis der Schuld als Fiktion zugunsten des Täters; die Ersetzung der Schuld durch Generalprävention; die Ersetzung

<sup>19</sup> Vgl. u. a. Lüderssen in: Geyer (Fn. 11) S. 98 ff; Hillenkamp JZ 2005, 318 ff; Jakobs ZStW 117 (2005), 247 ff; Günther KJ 39 (2006) 116 ff; Lampe ZStW 118 (2006), 1 ff; T. Walter FS Schroeder, 2006, 131 ff; Streng FS Jakobs, 2007, 675 ff; Hirsch ZIS 2010, 62 ff.

<sup>20</sup> Vgl. R. Merkel Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2008, S. 133.

<sup>21</sup> Vgl. vor allem Detlefsen (jetzt G. Merkel) Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handels – Perspektive des Schuldprinzips: Konsequenzen neurobiologischer Forschung für das Strafrecht, 2006; dies. FS Herzberg, 2008, 3 ff.

<sup>22</sup> Für den Jubilar muss jede Schuldkonzeption letztlich auf dasjenige zurückzuführen sein, was in der gerichtlichen Praxis erforschbar ist: die Normalität der normativen Ansprechbarkeit des Beschuldigten zum Tatzeitpunkt, vgl. Roxin FS Kaufmann, 1993, 521.

<sup>23</sup> Für die Vereinbarkeit von Determinismus und Handlungsfreiheit schon Serrano-Piedecabras/Demetrio-Crespo FS Vives Antón, 2009, 1784 ff. Die spanische Lehre vertritt aber mehrheitlich eine indeterministische Perspektive oder zumindest die Irrelevanz der deterministischen Thesen für das Strafrecht. So u. a. Prats Canut GS Valle Muñiz, 2001, 627 f; Sanz Morán FS Cerezo Mir, 2002, 155 und Vives Antón FS Cerezo Mir, 2002, 232.

<sup>24</sup> Bei dem von der Zeitschrift *New Scientist* (21.10.2002) berichteten Fall handelte es sich um einen Lehrer, der nach Auftreten eines Tumors pädophile Verhaltensweisen und sonstige auffällige sexuelle Tendenzen an den Tag legte. Näher dazu G. Merkel FS Herzberg, 2008, 18.



der Schuld durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, und die Schuld wohl als Begrenzung, nicht aber als Grundlage der Strafe.

Zweifelloos ist *Roxin* der Angelpunkt der letztgenannten These, die er in verschiedenen Schriften erarbeitet hat. Für ihn ist der Begriff der Schuld zur Begründung der Strafe unzureichend und deshalb insoweit abzulehnen; als strafbegrenzender Grundsatz sei er aber beizubehalten und insoweit, für diese zweite Funktion, auch begründbar. In ihr erblickt unser Autor alle Bestandteile des Schuldprinzips, die als Schöpfung des aufgeklärten Liberalismus bewahrenswert erscheinen, der Begrenzung staatlicher Strafgewalt dienen und stets zugunsten des Täters eingreifen.<sup>25</sup>

Dem Einwand, nach dem eine strafbegrenzende Schuld auch zur Straf begründung herangezogen werden können muss, entgegnet *Roxin*, dass Schuld eine nur notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung der Strafe ist.<sup>26</sup> Tiefschürfender scheint *Hirschs* 1994 formulierte Kritik, nach der *Roxins* Schuldbegriff in Wirklichkeit gar nicht in der Lage ist, eine begrenzende und unabhängige Funktion wahrzunehmen, da er selbst durch die Prävention bedingt sei.<sup>27</sup> *Roxin* hält diese Kritik für unbegründet, da er die Schuld vollständig präventionsfrei als „rechtswidriges Verhalten trotz normativer Ansprechbarkeit“ bestimme und dergestalt die Strafe wie jeder konsequente Verfechter des Schuldprinzips begrenze.<sup>28</sup>

### III. Schuldbegriff, Struktur der Schuld in Bezug auf das Unrecht und Schuldfunktion als aufeinander bezogene Probleme (Stellungnahme)

Meines Erachtens ist es von grundsätzlicher Bedeutung, zur Untersuchung der genannten Problematik drei aufeinander bezogene Fragen zu analysieren: der verwandte Schuldbegriff, die Struktur der Schuld in ihrer Beziehung zum Unrecht und die der Schuld im Zusammenhang der Strafzwecke zugewiesene Funktion.<sup>29</sup>

#### 1. Schuldbegriff

Meines Erachtens ist der einzige gültige Schuldbegriff im Strafrecht des Rechtsstaats derjenige der „Tatschuld“, der auch den Modellen eines „Tat-

<sup>25</sup> *Roxin* MSchrKrim 1973, 319.

<sup>26</sup> *Roxin* MSchrKrim 1973, 320 f.

<sup>27</sup> *Hirsch* ZStW 106 (1994), 754 ff.

<sup>28</sup> *Roxin* AT I § 19 Rn. 9.

<sup>29</sup> Näher dazu schon *Demetrio-Crespo* (Fn. 8) 215 ff; *ders.* Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin, 2008, passim.

strafrechts" entspricht. Die verschiedenen Konzepte einer „Täterschuld“, die die „Täterstrafrecht“-Modelle begleiten, führen zu autoritären Systemen.<sup>30</sup> Dass nur ein „Tatschuldbegriff“ verwendet werden kann, ergibt sich andererseits auch aus der Untersuchung der zweiten zu behandelnden Frage, d.h. der Schuldstruktur in Bezug auf das Unrecht.

## 2. Struktur der Schuld in Bezug auf das Unrecht

Aus dem hier nicht geteilten Gedanken, nach dem die Schuld das Maß der Vorwerfbarkeit und auch ihre Grenze darstellen soll, entspringt auch der Begriff der „Steigerungsfähigkeit der Schuld“<sup>31</sup>. Dies impliziert eine vergeltungstheoretische Begründung des Strafrechts und der Strafe, die vom „konstitutiven“ Charakter der Schuld im Rahmen der Strafzumessung ausgeht. Wird aber hingegen von einer präventiven Begründung des Strafrechts ausgegangen – ohne auf das Modell eines zweispurigen Strafrechts zu verzichten –, gelangt man zu einer Schuldkonzeption, die dieser eine nur begrenzende Wirkung zuschreibt.

Wie es schon *Horn* formulierte, ist die Schuld nur eine Voraussetzung der Strafe für die rechtswidrige Tat, so dass der Schuldige nicht für seine schuldhaft rechtswidrige Handlung, sondern für seine rechtswidrige Handlung im Rahmen seiner Schuld bestraft wird.<sup>32</sup> Die Schuld ist nur *Bedingung der Unrechtszuschreibung zu seinem Täter, so dass sie die Strafe nicht zu begründen, sondern nur zu mildern oder auszuschließen in der Lage ist*.<sup>33</sup>

Mit dieser Behauptung wird auch eine bestimmte Konzeption der Beziehung zwischen Unrecht und Schuld als unabhängiger Kategorien impliziert, da erstens die Schuld nicht vom Ausmaß des Unrechts abhängt (sehr schwerwiegendes Unrecht kann mit verminderter oder fehlender Schuld einhergehen), und zweitens entbehrt die Schuld eines „Inhalts“ (sei es als Reflex des Unrechts oder autonom), der die Rede von ihrer Schwere zuläs-

<sup>30</sup> Vgl. die kritische historische Rekonstruktion von Begriffen wie der „Gesinnungsschuld“ durch *Hirsch* FS Otto, 2007, 309 ff.

<sup>31</sup> *Bruns* Strafzumessungsrecht, 1974, S. 394.

<sup>32</sup> *Horn* Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie, 1969, S. 139 (Fn. 104).

<sup>33</sup> *Mir Puig* El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho, 1994, S. 88 (Fn. 147). Auch *Hirsch* FS Otto, 2007, 310 geht davon aus, dass der Schuldgrundsatz eine restriktive Funktion erfüllt, die darin besteht, dass der Täter nur dann für das begangene Unrecht zur Rechenschaft gezogen werden kann, wenn er individuell für die Tat zu haften hat.



sen würde.<sup>34</sup> Die Schuld bedeutet die Untersuchung der Verantwortung des Täters für die rechtswidrige Tat.<sup>35</sup>

So ist dasjenige, was eine „schuldangemessene Strafe“ ist, eigentlich eine „unrechtsangemessene Strafe“. Aus dieser Perspektive hat nur das Maß des durch den Täter hervorgerufenen Unrechts konstitutiven Charakter für das Strafmaß. Zudem folgt aus dem konstitutiven Charakter des Unrechts auch, dass nur ein „Tatschuld“begriff legitim sein kann, während abweichende Konzeptionen wie diejenige der „Lebensführungs-, Haltungs- oder Charakterschuld“ abzulehnen sind, und dies nicht nur aus vorgenanntem Grund, sondern auch auf der Grundlage des Hauptarguments, dass Schuld Unrecht voraussetzt, und die Rechtsordnung einen bestimmten Charakter oder eine bestimmte Lebensführung weder verbietet noch gebietet.<sup>36</sup>

### 3. Begrenzende Funktion der Schuld und Präventivzwecke

a) Ich glaube, dass einer der wenigen Aspekte im bisher behandelten Zusammenhang, über die ein praktisch einmütiger Konsens besteht, in der Behauptung liegt, die schuldangemessene Strafe dürfe nicht in ihrer oberen Grenze aus präventiven Überlegungen – seien diese general- oder spezialpräventiver Art – überschritten werden.<sup>37</sup> Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung sowohl in Spanien als auch in Deutschland stellt die Tatschuld das Höchstmaß der anwendbaren Strafe dar, auch wenn weder CP noch StGB vorhin genanntes Gebot ausdrücklich festhalten.<sup>38</sup>

Die überwiegende Lehre vertritt die Auffassung, dass die *Generalprävention* nicht außerhalb der schuldangemessenen Strafe angestrebt werden darf, und dass jedenfalls eine Strafschärfung über dieses Maß hinaus eine Verletzung des Verfassungsrechts auf Menschenwürde darstellt, da das Individuum zu einem bloßen kriminalpolitischen Instrument degradiert werde.

<sup>34</sup> Luzón Peña *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, S. 38 (Fn. 84); ähnl. Gómez Benítez RFDUC 3 (1980), 183. Vgl. anders Melendo Pardos *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, 2002, der die Wiedergewinnung eines eigenen Unwertinhalts der Schuld als Anspruch auf Unterwerfung unter die Rechtsordnung postuliert.

<sup>35</sup> LK<sup>11</sup>-Hirsch Vor § 32 ff Rn. 182 ff.

<sup>36</sup> SK-Hörn § 43 Rn. 1 ff. Zur Unmöglichkeit, eine Steigerung oder Vegrößerung der Schuld nach Maßgabe der Persönlichkeit des Täters zu begründen vgl. Frisch ZStW 9 (1987), 383. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des spanischen Obersten Gerichtshofes sowie des spanischen Verfassungsgerichts Bacigalupo Zapater FS Torío López, 1999, 33 ff.

<sup>37</sup> Vgl. u. a. Morillas Cueva *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, 1996, S. 33; Choclán Montalvo LL 6 (1996), 1515; Roxin AT I § 3 Rn. 51; ders. FS Müller-Dietz, 2001, 703; krit. Quintero Olivares *Locos y culpables*, 1999, S. 197, 198.

<sup>38</sup> El § 2.2 AE stellte aber fest: „Die Strafe darf das Maß der Tatschuld nicht überschreiten“. Vgl. m. w. N. LK<sup>10</sup>-G. Hirsch § 46 Rn. 16; sowie LK-Theune § 46 Rn. 1063.

Nur wenn die Normzuwiderhandlung objektiv zurechenbar ist, kann eine strafrechtliche Reaktion legitim sein, die ein Werturteil über den Täter mit sich bringt, das ihn ausschließlich wegen dieser Tat betrifft. Die bloße Tatsache, dass der Täter durch sein Verhalten eine objektive Gefährdung der Rechtsordnung durch das Verhalten eines Dritten herbeigeführt hat, wäre ihm weder objektiv noch subjektiv zurechenbar, denn die entsprechende darauf gerichtete Schuld würde fehlen. Aus diesen Gründen sei es in keinem Falle möglich, das Schuldmaß in der Strafzumessung zu überschreiten, da diese an jenes Maß gebunden ist und dadurch beschränkt wird.<sup>39</sup>

Die Anerkennung des Verbots der Überschreitung des Schuldrahmens führt nun zur Frage, ob generalpräventive Überlegungen bei der Strafzumessung überhaupt Beachtung finden können, oder ob sie nicht vielmehr ausschließlich auf die gesetzgeberische Wertung bei der Festlegung des tatbestandlichen Strafrahmens zu beschränken sind. In diesem Zusammenhang ist zwischen jenen Fällen zu unterscheiden, bei denen der Täter die generalpräventiv bedeutsamen Umstände kennt, und jenen anderen, bei denen sie ihm unbekannt sind.

Bezüglich der ersten Fallgruppe gibt es in der Lehre unterschiedliche Ansichten. Für Haag ist es zweifelhaft, ob in dieser Konstellation eine Strafschärfung zulässig sein kann, da man hiermit illegitimerweise unter dem Dach der Schuld generalpräventiven Notwendigkeiten Rechnung trage.<sup>40</sup> Ein bedeutender Teil der Lehre hält es aber in diesem Falle für möglich, eine Strafschärfung zu begründen.<sup>41</sup> Bei Unkenntnis der Umstände durch den Täter darf diesen nach h. M. jedenfalls keine Strafschärfung treffen.

Die hieraus abzuleitenden Schlußfolgerungen bezüglich der *Legitimität von generalpräventiven Gesichtspunkten bei der Strafzumessung* lassen sich bezüglich der negativen Generalprävention dahingehend zusammenfassen, dass diese jedenfalls eine der Auferlegung der schuldangemessenen Strafe parallele Wirkung haben kann, aber weder beabsichtigt werden noch eine Überschreitung des Schuldrahmens begründen darf. Bezüglich der *positiven Generalprävention* nimmt der überwiegende Teil der Lehre an, eine Kollision sei gar nicht möglich, denn es wird davon ausgegangen, dass die einzige Strafe, die generalpräventive Wirkung entfalten kann, eben jene ist, die als dem Schuldmaß entsprechend, als gerecht, wahrgenommen wird.

<sup>39</sup> Stratenwerth /Kuhlen AT I Rn. 25.

<sup>40</sup> Haag Rationale Strafzumessung, 1970, S. 21. Gegen eine ausdrückliche strafschärfende Berücksichtigung der Generalprävention bei der Strafzumessung, aus dogmatisch-systematischen (Verbot einer Doppelbewertung der Tatbestandselemente), verfassungsrechtlichen und kriminologischen Gründen schon Demetrio-Crespo (Fn. 8) S. 139 ff, 159 ff. Vgl. krit. zu dem von mir vorgeschlagenen Modell Feijoo Sánchez InDret 1 (2007), 11 ff. Seinerseits kritisch an letzterem bei Silva Sánchez InDret 2 (2007), 7 (Fn. 19).

<sup>41</sup> Bruns (Fn. 31) S. 246.

Aus einer allgemeinen Perspektive scheint m. E. der Versuch dieses Denkmodells, das Strafrecht eines demokratischen Staates mit der Logik der Prävention in Verbindung und mit rechtsstaatlichen Garantien in Einklang zu bringen, legitim. Ich kann aber dem Gedanken nicht zustimmen, die Verhältnismäßigkeit erwachse aus der präventiven Effizienz selbst, denn die Logik der Prävention trägt die Tendenz zur Strafmaximierung in sich, so dass die Begrenzungen, die aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder aus der Schuld erwachsen, ausschließlich externer Art sind, als Folge der verfassungsrechtlichen Grundsätze, die den axiologischen Rahmen darstellen, in dem sich das Strafrecht zu bewegen hat.<sup>42</sup>

Das Verbot gilt wie gesagt auch für die Spezialprävention. Der Gedanke der Sicherung vor dem Täter (negative Spezialprävention) darf in keinem Fall zur Auferlegung von Strafen führen, die das Schuldmaß übersteigen. Hiergegen steht auch die klare Unterscheidung zwischen Strafen und Maßregeln in zweispurigen Systemen.<sup>43</sup> Eine das Schuldmaß überschreitende Strafe darf auch nicht aus Gründen der positiven Spezialprävention gerechtfertigt werden, um eine Behandlung erfolgreich zu Ende führen zu können, usw. Solche Überlegungen auf der Grundlage der Behandlungsideologie – deren Angelpunkt in der unbestimmten Strafe zu finden ist – sind in einem demokratischen Strafrecht nicht hinnehmbar. Es ist kein Zufall, dass Institutionen wie die sogenannte „Sicherungsverwahrung“<sup>44</sup> aus der Perspektive des sogenannten „Feindstrafrechts“<sup>45</sup> betrachtet worden sind.

b) Obwohl die Diskussion zur Möglichkeit einer Überschreitung des Schuldmaßes abgeschlossen ist – da dies nach einhelliger Meinung verfassungswidrig wäre –, verhält es sich anders, wenn es um dessen Unterschreitung aus (logischerweise positiv) generalpräventiven Bedürfnissen geht. Diejenigen Autoren, die sich für diese Möglichkeit aussprechen, schreiben

<sup>42</sup> Für *Ferrajoli* *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 1995, S. 214 ff, vermengen die Lehren von der positiven Generalprävention Recht und Moral, und verfallen dem Legalismus und der staatsorientierten Ethik. Zu den Denkmodellen der positiven Generalprävention vgl. u. a. *Schumann* *Positive Generalprävention. Ergebnisse und Chancen der Forschung*, 1989, S. 2 ff; krit. m. w. N. *Demetrio-Crespo* (Fn. 8) S. 109 ff.

<sup>43</sup> Siehe dazu *Roxin* AT I § 3 Rn. 63 ff.

<sup>44</sup> Vgl. m. w. N. *LK-Weigend* § 46 Rn. 79, sowie die Entscheidung des EGMR v. 17.12.2009 - Fall M. v. Deutschland -, die zum Ergebnis gelangt, dass Art. 5 und 7 EMRK verletzt worden sind. M. E. ist eines der besten Argumente des EGMR in dieser Entscheidung die Überlegung, dass es nicht zulässig ist, einen Freiheitsentzug als „Präventivmaßnahme“ zu kaschieren, wenn dessen strafender Charakter außer Zweifel steht, und der zudem in Justizvollzugsanstalten – wenn auch in getrennten Flügeln – zur Anwendung kommt.

<sup>45</sup> Vgl. *Jakobs* *ZStW* 117 (2005), 839 ff. Schon dazu m. w. N. *Demetrio-Crespo* *ZIS* 9 (2006), 413 ff. Vgl. auch, unter krit. Bezugnahme auf mögliche Verschiebungen der Rollenverteilung zwischen Straf- und Polizeirecht *Kindhäuser* *FS Schroeder*, 2006, 93 ff; zur geschichtlichen Entwicklung seit von *Liszt* siehe *Muñoz Conde* *FS Hassemer*, 2010, S. 535 ff.

der Schuld *begrenzenden und nicht konstitutiven Charakter bei der richterlichen Strafzumessung* zu. Jene anderen, die im Gegensatz dazu, auf der Grundlage eines Vergeltungszwecks, der Schuld bei der Strafzumessung diesen konstitutiven Charakter zuerkennen, gehen davon aus, dass diese keinesfalls vom „gerechten Schuldausgleich“ weder nach oben noch nach unten abweichen darf, so dass ihrer Ansicht nach präventive Zwecke nur im Rahmen der noch schuldangemessenen Strafe einen Spielraum haben dürfen.<sup>46</sup>

Erstere Option wurde in § 59 AE übernommen, und scheint nicht zum geltenden § 46 StGB zu passen, da sein Abs. 1 ausdrücklich festhält, dass die Schuld die Grundlage richterlicher Strafzumessung darstellt; es wird angenommen, dass diese Erklärung der Schuld nun konstitutiven Charakter zugewiesen hat und somit die Aufgabe, sowohl das Unter- als auch das Obermaß der Strafe zu begrenzen.<sup>47</sup> Das spanische CP kennt keine entsprechende Vorschrift.

Käme dem Schuldprinzip eine konstitutive Funktion zu, hätte dies zur Folge, dass die schuldangemessene Strafe schon aus diesem Grunde nie unterschritten werden dürfte. Dann wären auch alle Überlegungen zur positiven Generalprävention bei der richterlichen Strafzumessung völlig überflüssig, da ihre Funktion jedenfalls von der gerechten Vergeltung der Schuld erfüllt werden könnte.<sup>48</sup>

Erwägungen des Richters zur Unterschreitung der schuldangemessenen Strafe im Einzelfall könnten nur auf spezialpräventiven Gründen beruhen, da sowohl die Vergeltung als auch die Generalprävention die Ausschöpfung der schuldangemessenen Strafe erfordern würden.<sup>49</sup> Satz 2 des § 46 Abs. 1 StGB bezieht sich bezüglich der richterlichen Strafzumessung auf die Berücksichtigung der Wirkungen der Strafe auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft, was Überlegungen zur Resozialisierung des Täters zwingend macht.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> LK<sup>11</sup>-Gribbohm § 46 Rn. 12.

<sup>47</sup> LK<sup>10</sup>-Hirsch § 46 Rn. 16.

<sup>48</sup> Schnelle Die Funktion generalpräventiver Gesichtspunkte bei der Strafzumessung, 1977, S. 158.

<sup>49</sup> Diese in der Lehre ziemlich verbreitete Ansicht muss m. E. dahingehend ergänzt werden, dass die Integrations-Generalprävention in einem gewissen Maße eine Bezugnahme auf die Spezialprävention zulässt, da die Gesellschaft einen gewissen Strafverzicht aus spezialpräventiven Gründen hinnimmt. Vgl. Pérez Manzano Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena, 1986, S. 275; Müller-Dietz FS Jescheck, 1985, 824 f.

<sup>50</sup> Zu Recht weist der Jubilar darauf hin, dass es bedauerenswert erscheint, wenn aus den Augen verloren wird, dass der Zweck, dem Straftäter für sein Leben in Freiheit Hilfe zu leisten, das wohl konstruktivste Mittel der Behandlung von Kriminalität darstellt, da nicht nur die



Die Diskussion in der deutschen Lehre hat sich in diesem Punkt vor allem mit der diesbezüglichen Reichweite der Spezialprävention befaßt. Die Vertreter der Stellenwerttheorie gehen davon aus, dass die Spezialprävention ihre Rolle im Rahmen der sogenannten „richterlichen Strafzumessung in weiterem Sinne“ zu spielen hätte, d.h., auf einer sekundären Ebene, bei der es um die Auswahl der Straftat, der Anwendung oder Nichtanwendung von Alternativfolgen geht, aber nicht um die Strafmenge an sich. Aber schon der vorhin zitierte Satz des StGB läßt eine solche Auslegung nicht zu, da die Resozialisierung bei der gesamten Strafzumessung zum Tragen kommen soll, also auch bei der Strafzumessung in engerem Sinne, d. h., bei der Bestimmung des konkreten Strafmaßes. Diese Position ist auch nicht mit spanischem Strafrecht verträglich, da das CP in der 6. Regel des Art. 66 den persönlichen Umständen des Straftäters allgemein bei der richterlichen Strafzumessung Bedeutung zuschreibt.

Trotzdem kann es nach denjenigen Autoren, die die Rolle der Generalprävention bei der richterlichen Strafzumessung in einer Kompensation bestimmter Wirkungen der Straftat im Rechtsvertrauen der Bevölkerung sehen, unzulässig sein, die schuldangemessene Strafe zu unterschreiten, wenn ebendiese generalpräventiven Bedürfnisse dagegenstehen. Besonders klar sind in diesem Zusammenhang *Jakobs'* Ausführungen – die auch den neo-vergeltungstheoretischen Gehalt dieser Argumentation unterstreichen –, wenn er darauf hinweist, dass die Strafe als Kompensation der Schuld im Rahmen der präventiven Bedürfnisse fungiert. Diese Überlegung führt auch zur Ablehnung der Möglichkeit einer Unterschreitung der schuldangemessenen Strafe, wobei diese als die zur Normstabilisierung notwendige Strafe verstanden wird.<sup>51</sup>

Im Gegensatz hierzu besteht nach Ansicht von Autoren wie *Roxin*, *Lackner* oder *Frisch*, die sich vor allem auf die spezialpräventive Klausel des § 46 Abs. 1 S. 2 StGB berufen, die Möglichkeit, die Untergrenze der schuldangemessenen Strafe zu unterschreiten.<sup>52</sup> In eine ähnliche Richtung geht die „Lehre von der durch die schuldhaft Tat bezeichneten Obergren-

Resozialisierung des Straftäters gefördert wird, sondern auch die Lebensbedingungen der anderen verbessert werden, siehe *Roxin* FS Müller-Dietz, 2001, 705.

<sup>51</sup> *Jakobs* AT Rn. 30 f (Fn. 74). In gewissem Sinne ist diese vergeltende-kompensatorische Wirkung auch in *Roxins* integrations-präventiven Modell präsent, wenn er ausführt, im Moment der Auferlegung der Sanktion spezial- und generalpräventive Zwecke auf ein und dieselbe Ebene bringt, da „je schwerer die Straftat ist, desto eher gebieten generalpräventive Erfordernisse eine Ausschöpfung des Schuldmaßes“, vgl. *Roxin* FS Müller-Dietz, 2001, 712.

<sup>52</sup> *Roxin* FG Schultz, 1977, 473 f; *ders.* FS Bockelmann, 1979, 279 ff; *ders.* FS Müller-Dietz 2001, 704; *Lackner* Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis, 1978, S. 24 ff; *Frisch* ZStW 9 (1987), 367.

ze", die Luzón Peña in Spanien formuliert hat.<sup>53</sup> M. E. kann ist dies auch bezüglich der spanischen Rechtsordnung aus folgenden Gründen vertretbar: das Kriterium der persönlichen Umstände des Täters ist der einzige allgemeine Gesichtspunkt bei der richterlichen Strafzumessung, der eindeutig aus der Zweckperspektive auszulegen ist; eine gesetzliche Festlegung auf die Schuld als Grundlage der Strafzumessung wie in § 46 Abs. 1 S. 1 StGB fehlt; der Gesichtspunkt der Schwere der Tat, der ebenfalls in Art. 66. 6 CP erwähnt wird, ist eine bloße Projektion der der „Tatschuld" eigenen Verhältnismäßigkeitsanforderungen, wobei diese in unserem Bereich als „schuldhaftes Unrecht" und die strukturelle Beziehung zwischen Unrecht und Schuld wie oben dargestellt zu verstehen sind.<sup>54</sup>

#### IV. Schlußfolgerungen

1. *Claus Roxins* Werk ist für das moderne Verständnis des Strafrechts entscheidend. Mit ihm gelangt die von *von Liszt* seinerzeit vorgeschlagene Gesamtperspektive zu einer Renaissance, die einen methodologischen Fortschritt darstellt, der einen höchst bedeutsamen Einfluß auf die Entwicklung der gegenwärtigen Strafrechtswissenschaft ausgeübt hat. Aus dieser Warte ist es unerläßlich, nicht aus den Augen zu verlieren, dass unser begriffliches Universum nicht auf von kriminalpolitischen Belangen unberührte Kategorien beschränkt bleibt. Andererseits sollte aber ebensowenig verkannt werden, dass kriminalpolitische Wertungen – für sich alleine und unbedingt – die Richtigkeit oder Unrichtigkeit von dogmatisch erarbeiteten Ergebnissen nicht zu bestimmen vermögen. Es ist also wichtig, die Beziehung zwischen beiden Variablen explizit zu definieren. Es kann vorkommen, dass ein kriminalpolitisches Postulat – so wünschenswert es in einer bestimmten Lage erscheinen mag – unannehmbar ist, wenn es dogmatisch unhaltbar, wider-

<sup>53</sup> Eine kurze Zusammenfassung seiner schon in der Arbeit aus dem Jahre 1979 (Fn. 32) formulierten These liefert *Luzón Peña* FS Cerezo, 2002, 167: „Bündig zusammengefaßt gebieten nach dieser Konzeption Verhältnismäßigkeits- und Schuldgrundsatz bei geringer „Schwere der Tat" – d. h., des Unrechts und der Schuld – einen Strafhöchststrafen für die konkrete Strafe unter dem gesetzlichen Tatbestandshöchststrafenrahmen; nicht aber Untergrenzen über die Mindestausdehnung dieses gesetzlichen tatbestandlichen Rahmens hinaus (mit Ausnahme – in der spanischen Rechtsordnung – bei ausschließlichen Vorliegen von Strafschärfungsgründen – die eine höhere Mindeststrafe zwingend macht: höhere Hälfte der tatbestandlichen Strafe nach Art. 66.3). Deshalb ist unter dem bezeichneten Höchststrafenrahmen vor allem den spezialpräventiven Bedürfnissen nach Maßgabe der persönlichen Umstände des Täters Rechnung zu tragen.“

<sup>54</sup> Vertieft bei *Demetrio-Crespo* (Fn. 8) S. 236 ff, 266 ff; *ders.* ADPCP 1997, 323 ff. Auf ähnliche Weise bezieht sich *García Arán* GS Valle Muñiz, 2001, 412, auf den Gedanken einer „Verhältnismäßigkeit bezüglich der Gesamtbewertung der Tat“.



sprüchlich oder schwach begründet ist. Umgekehrt ist nicht notwendigerweise jede dogmatische Schlußfolgerung, so logisch sie in ihrem Schema erscheinen mag, auch unter dem Lichte der kriminalpolitischen Perspektive, die für sie bindend ist, auch annehmbar oder vernünftig.<sup>55</sup>

Grundlegend ist jedenfalls, dass die dogmatische Erarbeitung und die kriminalpolitischen Wertungen in einem gemeinsamen methodologischen Argumentations- und Begriffsrahmen, in ein und demselben „axiologischen Rahmen“ eingepaßt werden: in ein Staatsmodell, den Rechtsstaat. Die Funktion der Strafrechtswissenschaft kann nicht darin bestehen, festzustellen, in welchem Maße oder in welchem Rahmen es zulässig ist, von diesem Modell abzuweichen, sondern aufzuzeigen, in welchem Rahmen die geltende Rechtsordnung ihm entspricht. Ich glaube, dass diese tiefe verfassungsrechtliche Wurzel, mit offenen Fenstern hin zur gesellschaftlichen Entwicklung und zum wissenschaftlichen Fortschritt, stets im Werk *Claus Roxins* und in seinem Begriff von Kriminalpolitik präsent war.

2. Meines Erachtens ist der *Schuldbegriff* weiterhin, früher wie jetzt, ein Eckstein in einem garantieorientierten Verständnis des Strafrechts, als Begrenzung des staatlichen Strafanspruches. Heute mehr denn je sind klare Grundsätze und solide dogmatische Begriffe notwendig, die den Eingriff des Staates begrenzen. Die Schuld ist ein dogmatisch wohlstrukturierter verfassungsrechtlicher Grundsatz, der diese Funktion erfüllt. Die Diskussionen über seine letzte philosophische Begründung verbinden ihn tiefgehend mit dem ewigen Problem der Strafzwecke. Diese Verbindung und die Unzahl und Konfusion von entsprechenden Konzeptionen darf diese Funktion keinesfalls verschleiern. In diesem Sinne, wie vorhin unterstrichen, ist im Rechtsstaatsmodell nur ein mit einem Tatstrafrecht korrespondierender Tatschuldbegriff möglich. Dies gilt sowohl für die Schuld als dogmatische Straftatkategorie als auch für die Schuld bei der Strafzumessung.

3. Die *Struktur der Schuld in Bezug auf das Unrecht* führt zu derselben Schlußfolgerung: Das Strafrecht des Rechtsstaates weder gebietet noch verbietet Denkweisen, Wünsche oder Intentionen der Personen, Wesensmerkmale usw., sondern nur äußere Taten, die vorsätzlich oder fahrlässig auf die Schädigung von Rechtsgütern willensgerichtet sind, die diese tatsächlich verletzen oder gefährden.<sup>56</sup> Die Tatschuld bedarf ihrerseits eines

<sup>55</sup> S. zu diesem Problemkreis *Muñoz Conde* FS Rodríguez Mourullo, 2005, 743 ff.

<sup>56</sup> Eingehender zur Bedeutung des „personalen Unrechts“ und zu irregeleiteten subjektivistischen Auslegungen desselben, die nicht mit dem vom Finalismus vorgeschlagenen methodologischen Ansatz übereinstimmen, für alle *Hirsch* FS Cerezo Mir, 2002, 773 ff; *ders.* ZStW 93 (1981), 831 ff.; *ders.* ZStW 94 (1982), 239 ff; *ders.* Strafrechtliche Probleme I, 1999, 336 ff, 366 ff.

zeitgleichen Unrechts, woraus sich unter anderem die Unzulässigkeit des Ausnahmемodells auf dem Gebiet der *actio libera in causa* ergibt.<sup>57</sup>

Eine folgenorientierte Strafrechtskonzeption, wobei hierunter ein auf Rechtsgüterschutz und nicht auf (bloße vergeltende) Kompensation der Schuld orientiertes Strafrecht verstanden wird, führt sodann zur Behauptung, dass die Schuld *nur Bedingung der Zuschreibung des Unrechts zum Täter* sein kann, so dass sie die Strafe nicht zu verschärfen, sondern nur zu mildern oder auszuschließen in der Lage ist. Das Schuldprinzip hat nur für das „ob“ der Strafe in dem Sinne konstitutive Bedeutung, dass keine Strafe ohne Schuld möglich ist, während *sensu contrario* Schuld niemals eine Strafe erzwingt.<sup>58</sup> Beim Strafmaß aber erfüllt es nur eine Begrenzungsfunktion.

Wenn ich mich nicht irre, wären *Roxin* und einige seiner Kritiker bezüglich des Kerngehaltes dieser Behauptungen einer Meinung, so dass ich vermute, dass es manchmal um ein Problem der sprachlichen Verständigung geht. Wenn *Roxin* ausführt, dass die Schuld die Strafe nicht begründet, will er damit nicht sagen, dass sie damit vorhin benannte konstitutive Rolle verliert, sondern nur, dass der Vergeltungsgedanke, der ihrem herkömmlichen Verständnis zugrundeliegt (auf der Ebene der Strafzwecke) nicht dadurch gerechtfertigt wird. Dies erklärt sich aber zwanglos, wenn wir fähig sind, zwei Diskursebenen zu unterscheiden, die seit *Achenbachs* Werk immer deutlicher zu Tage treten: der Schuldgedanke (philosophisch-axiologische Ebene) und die Schuld als Verbrechenkategorie und bei der Strafzumessung (Rechtsanwendungsebene).<sup>59</sup> Nicht weniger aufgefächert und komplex sind jene Konfusionen, die von einem mangelhaften Verständnis der Beziehungen zwischen der Schuld als Verbrechenkategorie und der Schuld bei der Strafzumessung ausgehen, oder aus dem Gedanken, beide könnten von vollständig unterschiedlichen Wertungsrahmen geleitet werden.

4. Die *Funktion der Schuld* ist in erster Linie, als Verbrechenkategorie, eine Garantie, die einem unbezweifelbaren Zweck dient, der nicht aus Gründen sozialen Nutzens pervertiert werden darf (*Antinomie Prävention-*

<sup>57</sup> *Hirsch* FS Nishihara, 1998, 104. Eingehend für das Tatbestandsmodell auch in der spanischen Rechtsordnung *Demetrio-Crespo* FS Barbero Santos, 2001, 993 ff.; *ders.* La tentativa en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*, 2003, S. 123 ff.

<sup>58</sup> Vgl. *Roxin* FS Kaufmann, 1993, 522.

<sup>59</sup> *Achenbach* Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 2 ff. Für *Hirsch* FS Otto, 2007, 318 ist die Schuld bei der Strafzumessung weiter gespannt, wobei er richtig unterstreicht, dass sie ebenfalls an die Grenzen der begangenen Tat und infolgedessen an die Tatschuld gebunden ist. Ebenso NK-*Streng* § 46 Rn. 22. Auf die Unschärfe des Begriffs der „Strafzumessungsschuld“ und die Schwierigkeiten der „Differenzierungsthese“ weist *Frisch* FS Müller-Dietz, 2001, 237 ff hin.

*Schuld*).<sup>60</sup> Das ist gleichzeitig auch der Kern des zweispurigen Systems bei den Rechtsfolgen, und erlaubt auch die Behauptung, dass ein rechtsstaatliches Strafrecht keine Geisteskranken bestrafen darf.

Darüber hinaus liegt aber die Funktion der Schuld auch, was die konkret aufzuerlegende Strafe angeht, in der Festlegung derjenigen *Obergrenze, die keinesfalls* aus präventiven Gründen *überschritten werden darf*, seien sie nun general- oder spezialpräventiver Art. Man spricht in diesem Sinne von einem absoluten Verbot, die schuldangemessene Strafe zu überschreiten. Hier bewegen wir uns bereits auf der Ebene der „Schuld bei der Strafzumessung“, und die Gefahr liegt darin, Strafschärfungen unter dem Deckmantel der Schuld – aus generalpräventiven Gründen – zu verfolgen. Übrigens besteht in diesem Zusammenhang eine einstimmige Position.

Gleichzeitig ist es das richtige Gebiet, um kategorienübergreifend zu untersuchen, welche Konzeptionen (vergeltungstheoretisch oder präventiv) die Argumentation inspirieren. Geht man von einer präventiven Sicht (Rechtsgüterschutz) eines Tatstrafrechts aus, so bedeutet dies, dass es doch möglich ist, die angebliche Mindestgrenze der schuldangemessenen Strafe zu unterschreiten. Geht man von anderen (hegelianisch-vergeltenden) Prämissen aus, muss man zur gegenteiligen Behauptung gelangen, da dies nicht mehr im Rahmen des zur Normstabilisierung Notwendigen wäre.

Mit diesen Überlegungen will ich schließen, denn in ihnen verdichtet sich ein Gutteil des „Wesens“ der in Professor *Roxins* Lehren enthaltenen Botschaft in diesem komplexen Bereich, und sein Verständnis des Strafrechts, das ihn deutlich von den Exzessen des „fundamentalistischen“ Normativismus unterscheidet.

<sup>60</sup> Von einer doppelten, einerseits systematischen und andererseits garantieorientierten, Funktion spricht *García Arán* GS Valle Muñiz, 2001, 405, die in der hier vertretenen Konzeption sich in einer Hauptfunktion verbinden, der Garantie der Begrenzung des strafrechtlichen Eingriffs, und die auf effizientere Weise durch den gegenwärtigen Stand der Dogmatik erfüllt werden. Wie die Autorin zutreffend ausführt, läßt es jener zu, das Verbot der Erfolgshaftung als (eigenständiges) Haftungsprinzip zu formulieren. So gesehen sollte die Dichotomie Grundsatz-(Schuld-)Begriff keinerlei Erstaunen hervorrufen.