

Stephan Stübinger

– Nicht ohne meine »Schuld«! –

Kritik der systemtheoretischen Reformulierung des Strafrechts am Beispiel der Schuldlehre von Günther Jakobs

A. Einleitung

In Anlehnung an Augustinus' Diktum über die Zeit ließe sich auch über den Begriff »Schuld« sagen: »Was also ist Schuld? Wenn niemand mich danach fragt, weiß ich es; wenn ich aber gefragt werde und es erklären will, weiß ich es nicht.«

Weit weniger Mühe als die Erklärung dessen, was »Schuld« überhaupt ist, scheint deren Zurechnung zu bereiten: Sie wird als abnehmbare Last erfahren, die sich unschwer Gott, dem Teufel, dem Schicksal oder dem Nächsten aufladen läßt. Während der Umgang mit dem Schuldbegriff vor allem im alltäglichen Sprachgebrauch nach wie vor Hochkonjunktur hat, ist »Schuld« als terminus technicus des Strafrechts seit geraumer Zeit in der Krise. Das Strafrecht ist bemüht, die willkürliche Verwendung des Ausdrucks »Schuld« einzuschränken und Kriterien zu entwickeln, die einen konsistenten Gebrauch innerhalb des Strafrechtssystems ermöglichen. Dabei werden Theoriegebilde errichtet, die die Kraft haben, das scheinbar Vertraute fremdartig erscheinen zu lassen. Die hier zu behandelnde Schuldlehre von Günther Jakobs ist im Gegensatz zu den meisten anderen Theorien, die sich mehr oder weniger offen auf ein philosophisches Fundament berufen, soziologisch informiert; genauer: Es ist die Soziologie Niklas Luhmanns, die das Rückgrat der Jakobs'schen Strafrechtsauffassung bildet. Es wird daher in einem ersten Schritt versucht, das Strafrechtsbild von Günther Jakobs dort, wo es mit Luhmanns soziologischer Rechtsauffassung übereinstimmt, in Synopse zu diesem darzustellen (B); anschließend soll anhand einer abstrakt geführten Darlegung der Polarität von soziologischen und juristischen Betrachtungen des Rechts deren Inkonvertibilität behauptet werden (C. I.), ehe diese These schließlich an dem von Jakobs explizierten Strafzweck (C. II.), dem Handlungs- (C. III.) und dem Schuldbegriff (C. IV.) überprüft wird.

B. Schuld und Strafe in systemtheoretischer Sicht

I. Die Ausgangssituation

Ausgangspunkt der Überlegungen von Günther Jakobs sind Behauptungen über die Grundvoraussetzungen menschlichen Zusammenlebens in der Welt. Demnach ist das Verhältnis des einzelnen Menschen zu den anderen Mitgliedern einer Gesellschaft derart unbestimmt, daß ihm die Orientierung an dem Verhalten seiner Mitmenschen und den natürlichen Vorgängen in seiner Umwelt nicht ohne weiteres gelingen kann. Die Handlungen der anderen und die Ereignisse in der Welt müssen insofern berechenbar sein, als nicht jeder soziale oder natürliche Kontakt so riskant

erscheinen darf, daß er lieber unterlassen würde¹. Die Form, in der sich der Mensch seiner Umwelt aussetzt, nennt Jakobs »Erwartungen«. Für den Umgang mit der Natur heißt das, deren Regelmäßigkeiten zu erkennen und sich auf zukünftige Geschehnisse einzustellen. Im sozialen Bereich richten sich die Erwartungen auf die künftigen Verhaltensweisen der anderen. »Erwartungen« entstehen also durch die gedankliche Vorwegnahme von möglicherweise eintretenden Ereignissen oder Handlungen. Tritt jedoch ein anderes als das erwartete Geschehen ein, wird die Erwartung enttäuscht und dies als störend empfunden; es entsteht ein »Konflikt«². Das Konfliktieren von Erwartung und tatsächlichem Verlauf provoziert eine Reaktion des Enttäuschten, die auf die Bewältigung der Enttäuschung abzielt. Jakobs nennt verschiedene Konfliktlösungsmöglichkeiten:

- a) Der Konflikt kann ignoriert werden; hier werden »beide Augen« zugeedrückt und Zurückhaltung bei der Beurteilung der Situation geübt.
- b) Das tatsächlich Eingetretene kann entgegen der ursprünglichen Befürchtung positiv bewertet werden.
- c) Ferner können sich durch die Enttäuschung die Erwartungen ändern, dann wird künftig nicht mehr auf das Ausbleiben dieses Ereignisses vertraut.
- d) Der Konflikt kann auch als lediglich punktuell auftretender Schicksalsschlag, Unglück oder Pech u. ä. definiert und in Einzelfällen hingenommen werden, ohne daß sich an der Erwartung selbst etwas ändert.
- e) Weiterhin kann versucht werden, die Umwelt derart zu ändern, daß Enttäuschungen in Zukunft ausbleiben.
- f) Schließlich soll eine Konfliktlösung darin bestehen, daß die Enttäuschung einseitig zugerechnet wird, indem der Konflikt als »Fehler« eines anderen Systems definiert wird, so daß die eigene Erwartung als nicht tangiert behandelt und an ihr festgehalten werden kann.

II. Die Aufgabe des (Straf-)Rechts

Die soeben dargelegten Konfliktlösungsvarianten können zusammenfassend in zwei Hauptgruppen eingeteilt werden:

- Entweder »lernt« der Enttäuschte aus Erfahrung und gibt seine Erwartung nach dem Konflikt auf
- oder er beharrt auf seiner Erwartung, lebt im Widerspruch zu seiner Enttäuschung weiter und insistiert seiner Umwelt gegenüber auf erwartungsgemäßigem Verhalten.

Für die Konfliktlösung sind also »lernen und nicht lernen ... funktional äquivalent«³.

Erwartungen, die im Konfliktfall aufgegeben werden, heißen »kognitive«, jene, an denen trotz Enttäuschung festgehalten wird, »normative« Erwartungen⁴.

¹ Vgl. etwa Jakobs, in: H. Witter (Hrsg.), *Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht*, Berlin/Heidelberg 1987, S. 271.

² Siehe hierzu und zum Folgenden: Jakobs, in: D. Henrich (Hrsg.), *Aspekte der Freiheit*, Regensburg 1982, S. 72 ff.; ders., *Schuld und Prävention*, Tübingen 1976, S. 9 f.; ders., *ZStW* 89 (1977), S. 19 f.; ders., *Strafrecht AT*, 2. Aufl. Berlin/New York 1991, Abschn. 1/Rn. 4 ff., 12 ff.

³ Luhmann *Soziale Welt* 1969, S. 34.

⁴ Die Unterscheidung zwischen »kognitiven« und »normativen« Erwartungen stammt von Johan Galtung und wurde von Niklas Luhmann in Deutschland verbreitet: vgl. Luhmann *Soziale Welt* 1969, S. 36; ders., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt 1981, bes. S. 73 ff.; ders., *Rechtssoziologie*, 3. Aufl. Opladen 1987, S. 40 ff.; ders., *Soziale Systeme*, 2. Aufl. Frankfurt 1988, S. 436/444 ff.; ders., *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt 1986, S. 22 f.; ders. in: G. Roellecke (Hrsg.), *Rechtsphilosophie oder*

Eine Norm entscheidet folglich darüber, wer lernen muß und wer nicht. Normen werden danach auch als »kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen« definiert⁵; »kontrafaktisch« deshalb, weil einer schlechten Wirklichkeit und Gegenwart permanent im Spiegel der »Normativität« eine bessere Realität und Zukunft entgegengehalten wird. In einer Gesellschaft finden die Menschen stets eine Menge von Sätzen vor, die ein System normativer Verhaltenserwartungen präsentiert; eines dieser Systeme ist das Recht. Auch das Recht kann nicht garantieren, daß seine Erwartungen nicht enttäuscht werden, aber es teilt im voraus mit, daß sie nicht fallengelassen werden. Dem Strafrecht kommt dabei besondere Bedeutung zu: Es dient der Vermeidung bestimmter Erfolge⁶.

Von den dargestellten Konfliktlösungsmöglichkeiten kommt für das Strafrecht primär die Kompensation der Erwartungsenttäuschung durch Zurechnung zu einem Täter in Betracht, dessen Verhalten als fehlerhaft thematisiert wird. Auf diese Weise fungiert das Strafrecht als Stabilitätsfaktor für das gesamte Gesellschaftssystem, indem es die durch das Recht selegierten Erwartungen unter den Schutz normativer Enttäuschungsabwicklung stellt und so eine ausreichende Kontinuität des Gesellschaftssystems ermöglicht⁷.

Die Adressaten der Strafrechtsnormen sind nicht die potentiellen Delinquenten, sondern die rechtstreuen Bürger, deren Orientierung in der Welt trotz auftretender Verbrechen und Vergehen gewahrt werden soll. Die ohnehin Rechtstreuen sollen auf die allgemeine Befolgung der Normen vertrauen dürfen; dieses Vertrauen wird aber gerade gestört, wenn einer der Rechtsgenossen die Maßgeblichkeit der Norm desavouiert⁸. Dieses Verhalten wird dann als »Widerspruch« zur Norm interpretiert: Ein strafrechtsrelevanter Konflikt entsteht. Ebenso wie der Normbruch, d. h. das Widersprechen gegen die Norm, wird auch die Reaktion darauf, die Strafe, als sinnhafter Ausdruck verstanden: Sie ist ihrerseits ein Widerspruch gegen das Brechen der Norm. Die Strafe soll auf diese Art und Weise die Geltung der Norm bestätigen und die Verhaltenserwartung als Orientierungspunkt für soziale Kontakte in der Gesellschaft konservieren. Strafe dient, aus systemtheoretischer Perspektive betrachtet, der »Einübung in Normanerkennung«⁹. Dieser Strafzweck läßt sich nochmals in drei Komponenten zerlegen:

- Zum einen wird Normvertrauen trainiert, d. h. durch den Normbruch soll sich niemand in seinem Glauben an die Richtigkeit seiner Erwartung, die Norm werde auch in Zukunft Geltung beanspruchen, beirren lassen.
- Weiterhin soll die Kalkulation mit den hohen Folgekosten einer Straftat die Rechtstreue der Bürger fördern.
- Schließlich gilt als Mindestvoraussetzung der Strafe, daß die Übernahme der Konsequenzen als Folge eines Normbruchs akzeptiert wird.

Da die Theorie den Täter außer acht läßt und nicht diesen durch die Strafe beeindrucken, sondern die gesellschaftliche Interaktion schlechthin in Schutz nehmen möchte, während die Abschreckung von anderen möglicherweise rechtswidrig Handelnden allenfalls ein Sekundäreffekt sein soll, wird sie als »positive Generalprävention« bezeichnet¹⁰.

Rechtstheorie?, Darmstadt 1988, S. 341 f.; ders., Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt 1990, S. 138; siehe auch Jakobs AT (Fn. 2), 1/5 f.

⁵ Vgl. Luhmann, Rechtssoziologie (Fn. 4), S. 43.

⁶ Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin/New York 1972, S. 1.

⁷ Vgl. etwa Jakobs in: D. Henrich (Hrsg.), Aspekte (Fn. 2), S. 74.

⁸ Hierzu und zum Folgenden: Jakobs AT 1/8 ff. (Fn. 2); ders. ZStW 104 (1992), S. 85 f.

⁹ Jakobs AT 1/15 (Fn. 2); ders. ZStW 101 (1989), S. 517.

¹⁰ Nach einem Vorschlag von Neumann/Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, Darmstadt 1980.

Die Kompensation von Erwartungsenttäuschung durch Zurechnung bedingt die Selektion der für die Bewertung als Delikt relevanten Umstände. Die Zurechnung gilt als Erklärung des eingetretenen Schadenverlaufs und hebt seine desorientierende Wirkung wieder auf¹¹. Auf der Suche nach relevanten Faktoren der Zurechnung geht die Systemtheorie nicht von vornherein von einem als »Subjekt« bezeichneten menschlichen Einzelwesen aus. Ein solches »psychophysisches System mit Haut als Grenze« wird unter Naturalismusverdacht gestellt und wegen attestierter Untauglichkeit für die Funktion des Strafrechts abgelehnt. Ein »Subjekt« darf vielmehr nicht als »substanzontologisch fixiert« angesehen werden, sondern ergibt sich erst aus dem Sinnzusammenhang einer konkreten Situation¹². Die Beschreibung derselben stellt sich jedoch als komplexe Verästelung einer undefinierbaren Menge von Ursachen dar.

Aus dieser Mannigfaltigkeit der Kausalfaktoren muß der Täter als Urheber per se erst isoliert werden; diesen Zweck verfolgt die Zurechnung¹³. Sie steht dabei durchaus in Konkurrenz zu anderen Erklärungsmodi und muß gegebenenfalls auch zurücktreten, wenn die Rechtsgutsverletzung beispielsweise als Unglück definiert werden kann. Die erwähnte Komplexität kausaler Faktoren kann in zweifacher Weise reduziert werden: Ein Ereignis wird entweder der Welt selbst oder aber einem bestimmten System in der Welt zugerechnet¹⁴.

Da eine allein auf den Kausalnexus abstellende Haftung zu einer Vielzahl von Verantwortlichen für ein Delikt führen würde, muß demnach nach einem anderen Kriterium Ausschau gehalten werden; einem Maßstab also, der es ermöglicht, den Täter als maßgeblichen Urheber zu definieren. Diese Aufgabe soll zunächst dem »Handlungsbegriff« zukommen. Dieser legt fest, »was überhaupt ein Subjekt und was für das Subjekt Außenwelt ist und wann die Gestalt der Außenwelt mit dem Subjekt verbunden (ihm zugerechnet) werden kann«¹⁵. Das »Subjekt« muß somit erst durch Zurechnung von Selektionsleistungen konstituiert werden. Hierbei wird zunächst geprüft, ob sich der Täter normwidrig verhalten hat. Die Feststellung der Normwidrigkeit erlaubt die Vermutung, daß dem Täter die dominante Motivation zur Normtreue gefehlt habe. In der Motivation liegt der Ursprung des »Widerspruchs« gegen die Norm, und die Aufgabe der Strafrechtsnormen ist es, sich über die Motivation der Adressaten in der sozialen Realität Wirkung zu verschaffen¹⁶.

Wird einer Norm zuwider gehandelt, so kann also angenommen werden, daß ein dominantes Motiv für rechtskonformes Verhalten gefehlt habe. Es wird dann unterstellt, daß die rechtswidrige Erfolgsherbeiführung vermeidbar gewesen wäre, wenn der Täter das Motiv zur Vermeidung gehabt hätte. Der Handlungsbegriff wird somit auf »Vermeidbarkeit« gestützt:

¹¹ Vgl. Jakobs, in: Festschrift für Karl Lackner, Berlin/New York 1987, S. 53.

¹² Jakobs ZStW 97 (1985), S. 754.

¹³ Vgl. hierzu und zum Folgenden: Jakobs, FS-Lackner (Fn. 11), S. 53 f.; ders., ZStW 89 (1977), S. 17 ff.; ders., in: H. Witter (Hrsg.), Der psychiatrische Sachverständige (Fn. 1), S. 272 f.; ders., in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln/Berlin/Bonn/München 1989, S. 278; ders. ZStW 101 (1989), S. 519 f.

¹⁴ Ersteres nennt Luhmann »Erleben«, letzteres »Handeln«: vgl. Luhmann, in: Habermas/Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, Frankfurt 1971, S. 77; ders., Macht, 2. Aufl. Stuttgart 1988, S. 19 f.; ders., in: H. Lenk (Hrsg.), Handlungstheorien – interdisziplinär Band 2/1. Halbband, München 1978, S. 237 f.; ders., in: ders., Soziologische Aufklärung 2, 3. Aufl. Opladen 1986, S. 175; ders., in: ders., Soziologische Aufklärung 3, 2. Aufl. Opladen 1991, S. 60 ff.; ders., Soziale Systeme (Fn. 4), bes. S. 124; ders., Die Wissenschaft der Gesellschaft (Fn. 4), S. 140 f.

¹⁵ Jakobs AT 6/21 (Fn. 2).

¹⁶ Jakobs, Studien (Fn. 6), S. 1.

- »Verhalten ist ... vermeidbare Erfolgsherbeiführung«¹⁷ oder abstrakter (nicht allein für Erfolgsdelikte, sondern auch für alle übrigen Delikte) formuliert:
 - »Verhalten ist die Vermeidbarkeit einer Erfolgsdifferenz«¹⁸.
- So gesehen, ist die Konstitution der Einheit von Handlung lediglich ein »semantisches Artefakt von Zurechnungsprozessen«¹⁹. Der so definierte Handlungsbegriff bildet die erste Stufe der Zurechnung, auf der das Unrecht seinen Platz einnimmt.

IV. Der funktionale Schuldbegriff

1. Begriff und Aufgabe der Schuld

Ginge es bei der Zurechnung allein darum, eine vermeidbare Erfolgsdifferenz zu eruieren, so bliebe bei einigen Delikten noch eine zu große Menge von Verantwortlichen übrig. Eine solche Selektion würde das gestörte Normvertrauen noch nicht restlos wiederherstellen, weil der Bezug auf jede Vermeidung einer Erfolgsdifferenz die »Organisationsfähigkeit« der Einzelnen überfordern würde. Daher muß der Kreis der potentiellen Verantwortungsträger noch an einem weiteren Merkmal kondensieren und zum Unrecht als zweite Stufe auf der Zurechnungsleiter noch etwas hinzukommen: die Schuld. Diese ist ein weiterer Schritt auf dem Weg zur Erklärung der Enttäuschung und soll die Rechtsgenossen von anhaltender Desorientierung »erlösen«²⁰. Die Schuld muß daher im Kontext der Aufgabe des Strafrechts, Normanerkennung einzuüben, gesehen werden. Sie ist nicht vor dem Strafrecht existent, sondern wird erst mit ihm eingeführt und legitimiert²¹.

Das Strafrecht will einen für sich selbst relevanten Konflikt dadurch kompensieren, daß es das Verhalten des Enttäuschenden als Fehler definiert, d. h. den Konflikt aus der Ordnung, die es zu stabilisieren gilt, auslagert und einem exklusiven Subsystem zuschreibt. Dessen Tat wird dabei als individuell gewählter Sinn verstanden, den es in Widerspruch zum objektiv gültigen Sinn der Norm zur Existenz gebracht hat. Er wird als Ausdruck der Bereitschaft gedeutet, der gebrochenen Norm nicht Folge leisten zu wollen. Strafrechtsnormen erheben jedoch den Anspruch, für alle als objektiv sinnvoll erkennbar, auch subjektiv sinnvoll zu sein und als dominante Motivation für das individuelle Handeln den Vorzug zu erhalten²².

In einer Gesellschaft, in der die sozialen Kontakte durch rechtliche (und moralische) Normen weitgehend geregelt werden, sind die Menschen als für ihren eigenen hinreichend motivierten Normbefolgungswillen zuständige Personen definiert²³. Wird die individuelle Sinnwahl ohne Normbefolgungsbereitschaft getroffen, so macht sich der Mensch schuldig. »Schuld« ist demnach die »Zuständigkeit für einen Mangel an dominanter Motivation bei einem rechtswidrigen Verhalten«²⁴. Ein so gefaßter Schuldbegriff vermag dann das als Voraussetzung für Zurechnung postulierte Erfordernis zu gewähren, nämlich den zu Bestrafenden zu kennzeichnen und so den Strafzweck zu verwirklichen. Die Interdependenz von Schuld und Strafzweck, in

17 Jakobs, in: Festschrift für Hans Welzel, Berlin/New York 1974, S. 309.

18 Jakobs AT 6/32 (Fn. 2).

19 Luhmann Zeitschrift für Soziologie 1982, S. 367.

20 Vgl. Luhmann Soziale Welt 1969, S. 45 f.

21 Siehe etwa Jakobs (Kriminologische Gegenwartsfragen Heft 15), 1982, S. 138.

22 Vgl. Jakobs, FS-Welzel (Fn. 17), S. 318.

23 Vgl. Jakobs ZStW 101 (1989), S. 527.

24 Jakobs AT 17/1 (Fn. 2).

dem jene von diesem »eingefärbt« wird²⁵, bringt diesem Schuldbegriff den Beinamen »funktional« ein, da er völlig in der Funktion, Zurechnung und damit Strafe zu ermöglichen, aufgeht. Für die Schuldhaftigkeit einer Handlung geht es somit um die Feststellung, ob die für die Motivation relevanten Bedingungen für den Täter disponibel sind oder nicht; sind sie es, ist Schuld erst dann gegeben, wenn die Tat ein Ausdruck von Rechtsuntreue darstellt, gegen deren Realisierung das Recht durch Beschuldigung protestiert²⁶.

2. Die Irrelevanz der Willensfreiheit

Ein Strafrechtssystem, das sich in all seinen Teilen selbst-bestimmt definiert, ist darum bemüht, alle Elemente, die fremdthematisiert sein könnten, auszuschließen. Die funktionalistische Deutung der Begriffe »Handlung«, »Schuld«, »Zurechnung« etc., hebt deren systemstabilisierende Rolle hervor und bedingt eine weitgehende Ablehnung extrasystemischer Konnotationen. Das systemtheoretisch verstandene Strafrecht will mit anderen Worten die Implikationen, die die Semantik ihrer Begriffe ausmachen, nicht vorgefunden wissen, sondern sie eigens konstituieren: Weder auctoritas noch veritas sollen als externale Sinnstiftungen herangezogen werden.

Der Inhalt des Schuldbegriffs wird daher lediglich anhand seiner Aufgabe bestimmt, soziale Verhaltenserwartungen zu stabilisieren.

Im Gegensatz dazu implizieren traditionelle Schuldlehren auch allgemeine, nicht-strafrechtsspezifische Inhaltsmerkmale, die die Kompatibilität etwa mit ethisch-moralischen oder alltagssprachlichen Schuldauffassungen aufrecht erhalten sollen. Zu den Prämissen eines solchen Schuldbegriffs zählt auch die »Willensfreiheit«, d. h. diese Theorien sind wesentlich darauf angewiesen, beim Täter ein »Anders-Handeln-Können« feststellen zu können. Viele Strafrechtler haben versucht, die (meist philosophischen) Erörterungen über dieses Thema auch für ihr Fach fruchtbar zu machen, so daß der philosophische Diskurs über Willensfreiheit auch im Strafrecht geführt werden konnte. Verständlicherweise gehen auch hier (ebenso wie in der Philosophie selbst) die Meinungen weit auseinander; sowohl Indeterminismus, Determinismus als auch kompatibilistische Theorien haben rasch zahlreiche Anhänger gefunden, ohne jedoch einen gemeinsamen Nenner finden zu können: Entweder beharrt man auf der Richtigkeit seiner eigenen Theorie, ohne mit Überzeugungskraft erfolgreich auf andere einwirken zu können, oder man einigt sich, daß die Willensfreiheit eines Menschen in concreto zwar nicht nachweisbar sei, aber als ideales Postulat (oder »staatsnotwendige Fiktion«²⁷) aufrecht erhalten werden müsse.

Die dürftige Effizienz einer solchen Freiheitsdebatte rügt Günther Jakobs unter Hinweis auf spezifisch juristische Schwierigkeiten bei der Rede über Willensfreiheit²⁸. Als konkreter Ansatzpunkt für seine Kritik dient ihm dabei die Entscheidung des Großen Senates des Bundesgerichtshofes vom 18. 3. 1952 zum Verbotssirrtum²⁹; genauer: die berühmte Sentenz über den »inneren Grund des Schuldvorwurfs«, der darin liege, daß der Mensch »auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt« und deshalb fähig sei, »sich für das Recht und gegen das Unrecht zu

25 Jakobs, Schuld und Prävention (Fn. 2), S. 7.

26 Vgl. Jakobs, in: H. Witter (Hrsg.), Der psychiatrische Sachverständige (Fn. 1), S. 278 ff.

27 So wohl als erster: Kohlrausch, in: Festgabe für Karl Guterbock (Nachdruck der Ausgabe Berlin 1910) Aalen 1981, S. 26.

28 Vgl. zum Ganzen: Jakobs, in: D. Henrich (Hrsg.), Aspekte (Fn. 2), S. 69 ff.

29 BGH St 2, 194 ff.

entscheiden«³⁰. Neben der durch die adjektivhäufende Wortwahl entstandenen Redundanz und der damit einhergehenden Unbestimmtheit des Ausdrucks »freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung«, auf die der Mensch »angelegt« sei, kritisiert Jakobs hauptsächlich, daß der BGH mit der »Willensfreiheit« ein Problem aufgenommen hat, zu dessen Lösung er nicht fördernd beitragen könne; das Strafrecht werde somit lediglich von Begründungsversuchen abhängig, die gerade an seinem Gebiet vorbeiführen. Den Gang auf philosophisches Terrain deutet Jakobs dann als »ontologisierenden Ausweichversuch vor einem Legitimationsproblem«, das einzig darin liege, die Notwendigkeit und Grenzen des Strafrechts aufzuzeigen³¹. Die Erörterungen über das Freiheitsproblem vermögen hierzu nichts zu leisten, so daß Jakobs zu dem Schluß kommt: »Das Strafrecht kennt die Kategorie nicht, in die das Problem der Willensfreiheit gehört«³². Da es zur funktional adäquaten Verteilung von Verantwortung ohnehin keine Alternative zu geben scheint, ist Willensfreiheit für einen Schuldvorwurf somit irrelevant, weil damit allenfalls eine moralische Abwertung des Täters bezweckt werden könnte³³. Der Blick des systemtheoretisch verstandenen Strafrechts ist folglich, vom Täter abgewendet, einzig auf sich selbst gerichtet: Schuld und Strafe zu legitimieren heißt hiernach nicht, individuelle Verhaltensvariationsmöglichkeiten des Delinquenten nachzuweisen, sondern zu demonstrieren, daß es zur Zurechnung als »Motivationsfehler« in concreto keine Erklärungsalternative gibt.

C. Kritik des systemtheoretischen Ansatzes

I. Philosophie oder Soziologie des Rechts?

Das Bild des Strafrechtssystems, so wie es Günther Jakobs zeichnet, ist nicht allein durch reine Dogmatik gekennzeichnet, sondern wird durchdrungen von dem Gedanken, daß der dahinterstehende Zweck der Ordnungssicherung dem Strafrecht Sinn und Begründung verleiht.

Mit Michel Foucault lassen sich grundsätzlich zwei verschiedene »Familien von Begründern« unterscheiden: »Es gibt die, die aufbauen und den Grundstein legen; es gibt die, die graben und aushöhlen«³⁴. Die Arbeitsweise von Jakobs läßt sich wohl unschwer unter die des »Grabens« und »Aushöhlens« in diesem Sinne subsumieren, denn sie ist darauf gerichtet, das philosophische Fundament der traditionellen Strafrechtsauffassungen zu untergraben und auszuhöhlen, um den dadurch entstehenden Raum für die Etablierung seiner eigenen Grundlegung nutzen zu können. Ein solches Vorgehen ist natürlich ein gewagtes Unterfangen, da stets die Gefahr besteht, daß das neu eingeführte Fundament die Last zu tragen gar nicht fähig ist und das derart unterminierte (Straf-)Recht in sich zusammenzufallen droht, wenn es nur noch in einem formalen Mittel-Zweck-Verhältnis seine Rechtfertigung erfahren soll. Ein derart ausgehöhltes Strafrecht hat keine Maßstäbe mehr zur Verfügung, nach denen es die Legitimität der Ordnung, zu deren Stabilisierung es beitragen soll,

³⁰ BGH St 2, 200.

³¹ Jakobs, in: D. Henrich (Hrsg.), *Aspekte* (Fn. 2), S. 71.

³² Jakobs a. a. O.

³³ Vgl. hierzu und zum Folgenden: Jakobs AT 17/23 (Fn. 2).

³⁴ Siehe das Foucault-Zitat bei Schmid, *Auf der Suche nach einer neuen Lebenskunst*, Frankfurt 1991, S. 103. Die Methode der letzteren, zu denen er auch seine eigene zählt, nennt Foucault bekanntlich »Archäologie«.

beurteilen kann. Das Rüstzeug, das Jakobs für sein Projekt mit auf den Weg nimmt, ist dasjenige der systemtheoretischen Soziologie Niklas Luhmanns, einer Lehre also, die sich selbst als mit »Sinn für Realität« ausgestattet ansieht. Nicht zuletzt deswegen wird die Systemtheorie auch als einer der drei aussichtsreichsten Kandidaten (neben Kritischer Philosophie und Politischer Ökonomie) im Wettbewerb um die führende Position bei der Konstituierung einer neuen »Theorie der Rechte« gehandelt³⁵. Die Rezeption systemtheoretischer Positionen erfolgt jedoch ohne Überprüfung, ob die Perspektive, aus der das Recht systemtheoretisch betrachtet wird, ohne weiteres auch auf den strafrechtlichen Blickwinkel übertragbar ist.

1. Exkurs zur Theorie sozialer Systeme Niklas Luhmanns

In der Theorie sozialer Systeme erscheint das Recht nur als eines der in der Gesellschaft ausdifferenzierten, »autopoietischen« Systeme³⁶, das durch seine »rekursive Geschlossenheit«³⁷ seine »operative Selbstbestimmtheit«, d. h. »Positivität«³⁸ gewährleistet und »autonom« im Sinne einer Emanzipation von Naturrecht und politischer Willkür wird. Das Recht als soziales System besteht aus dieser Sicht aus Kommunikationen, die durch stete Verweisung auf sich selbst immer wieder neue Kommunikationen (re-)produzieren. Die Strukturierung der Rechtskommunikationen erledigt das Funktionssystem selbst anhand der sog. »binären Codierung«³⁹, mit deren Hilfe zwischen Recht und Unrecht unterschieden wird. Durch die Verwendung des Leitcodes »Recht/Unrecht« nistet sich das Rechtssystem in seiner funktionalen Nische ein und erhält darin eine Art Monopolstatus, so daß es kein anderes Funktionssystem der polyzentrisch organisierten Gesellschaft in seiner Aufgabe, »für Recht zu sorgen«, ersetzen und entlasten kann. Das kontinuierliche Unterscheiden von Recht/Unrecht ermöglicht dem Rechtssystem sowohl seine ständige Reproduktion, als auch die Grenzziehung und -erhaltung gegenüber den anderen Funktionssystemen der Gesellschaft (z. B. Politik, Religion, Moral), die somit wechselseitig Umwelten füreinander bilden; es wird zu einem »offengeschlossenen System«, d. h. zu einer »historischen Maschine« bestehend aus »zeitgebundenen Ereignissen«, die weder aus festen Bestandteilen (Atomen, Individuen etc.) zusammengesetzt ist, noch eine stabile externe Referenz aufweist. »Normativ geschlossen« ist das Rechtssystem, weil nur es selbst und kein anderes soziales Teilsystem seinen Elementen den Charakter rechtlicher Qualität verschaffen kann; dadurch erlangt es eine Art »nor-

35 Zu diesem »Rennen« zwischen den »zwei Igel« (Systemtheorie und Politischer Ökonomie) und dem einen »Hasen« (Kritische Philosophie) siehe: Wietholter, in: A. Honneth u. a. (Hrsg.), *Zwischenbetrachtungen*, Frankfurt 1989, S. 794 ff. (bes. S. 808).

36 Als »autopoietisch« will Luhmann Systeme bezeichnen, »die die Elemente, aus denen sie bestehen, durch die Elemente, aus denen sie bestehen, selbst produzieren und reproduzieren« (Luhmann *Soziale Welt* 1985, S. 403; ähnliche Definitionen finden sich in der »Rechtssoziologie«, S. 354 f. und der »Wissenschaft der Gesellschaft«, S. 30; beide a. a. O. (Fn. 4). *Kritisches, Allzukritisches zum Begriff und seiner Karriere gib'ts bei Fischer* (Hrsg.), Autopoiesis, Heidelberg 1991).

37 Vgl. Luhmann, *Soziologische Aufklärung 5*, Opladen 1990, S. 44: »Als rekursiv bezeichnet man einen Prozeß, der seine eigenen Ergebnisse als Grundlage weiterer Operationen verwendet«. »Rekursivität« meint also »die Führung der Operationen durch die Resultate der Operationen«, Luhmann, in: ders. u. a., *Beobachter. Konvergenz der Erkenntnistheorien?*, München 1990, S. 122; ders., in: Gumbrecht/Pfeiffer (Hrsg.), *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche. Situationen offener Epistemologie*, Frankfurt 1991, S. 61.

38 Vgl. Luhmann *Rechtshistorisches Journal 9* (1990), S. 185: »Positivität heißt ja nichts anderes als: daß das Recht nur durch das Recht selbst und nicht ab extra durch Natur oder politischen Willen erzeugt werden kann«; siehe auch Luhmann *Rechtstheorie 19* (1988), S. 11 ff.

39 Zur »binären Codierung« vgl. grundsätzlich etwa: Luhmann, *Soziologische Aufklärung 4*, Opladen 1987, S. 14 ff.; ders., *Gesellschaftsstruktur und Semantik Bd. 1*, Frankfurt 1980, S. 304 ff.; ders., *Ökologische Kommunikation*, 3. Aufl. Opladen 1990, bes. S. 75 ff.; speziell zum Rechtscode: Luhmann, in: G. Roellecke (Hrsg.), *Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?* (Fn. 4), S. 337 ff.

mativ Autarkie«⁴⁰. »Kognitive Offenheit« bewahrt es sich hingegen durch die Programmierung von Tatsachen, d. h. vielmehr von Tatbeständen, die der Klassifikation seiner Wertungen als Recht/Unrecht zugänglich gemacht werden, deren Voraussetzungen es aber permanent überprüfen muß, was durch die Kommunikation über (aber nicht mit!) »Umwelt« geschehen kann⁴¹. Anhand ihrer systemspezifischen »binären Codierung« können die einzelnen Funktionssysteme der Gesellschaft selbst wieder unterschieden werden, mittels einer »Beobachtung«, d. h. einer »Operation, die etwas unterscheidet, um es zu bezeichnen«⁴². Diese Beobachtung, die unterscheidende Bezeichnung der gesellschaftlichen Funktionssysteme, wird vom soziologischen Beobachter (zweiter Ordnung) getroffen. Sie bleibt aber dessen Konstrukt, denn die Beobachtung zweiter Ordnung, d. h. die Beobachtung von Beobachtern (erster Ordnung) als solchen, »bezieht ihre eigene Realität nicht aus dem, was sie beobachtet . . . , ist also nicht auf Konsens angewiesen«⁴³; sowohl der operative Unterscheidungsgebrauch als auch das Unterschiedene selbst sind demnach Schöpfung der Beobachtung⁴⁴, wobei die Grenze zwischen Aktiv- und Passivformulierungen verschwimmen muß, da es sich um Differenzierungsketten handelt, die sowohl kontingent als auch aufgrund ihrer Anschlußfähigkeit im gewissen Sinne »determiniert« sein müssen. Jeder Beobachter kann mit seiner Unterscheidung, von der er ausgeht, jedoch nur sehen, was er mit dieser Unterscheidung sehen kann. Bezogen auf das Rechtssystem heißt das, daß er nur beobachten kann, »daß« zwischen Recht und Unrecht unterschieden wird, nicht jedoch welchen Inhalt die Evaluierung mit jenen Positiv- oder Negativwerten hat und welche Überlegungen den Teilnehmern an rechtlichen Kommunikationen inhärent sind. Er vermag dem formalen Code daher weder Konturen noch Fülle zu geben. Die Theorie sozialer Systeme beschränkt sich demnach darauf, die von ihr vorgefundene Ordnung zu akzeptieren, sie kann jedoch keine Prognose für die Zukunft abgeben. In der Ignoranz gegenüber all dessen, was in dem beobachteten System selbst als wesentlich und unverzichtbar akzeptiert wird, liegt freilich überhaupt die »Kunst« des Beobachters zweiter Ordnung, der sich so erst einen Wirkungskreis einrichten kann, um seine eigene Unterscheidung zu applizieren; schließlich ist die ausdrückliche Intention des soziologischen Beobachters nicht die Steuerung des Rechts qua Injektion »seiner Wahrheit«, sondern die Erzeugung von »Rauschen« und »Irritation«⁴⁵. Dieser heimlichen »Passion für den status quo« fehlt daher jedes »utopische Moment«⁴⁶.

40 Vgl. Schnadelbach, in: Apel/Pozzo (Hrsg.), Zur Rekonstruktion der praktischen Philosophie, Stuttgart-Bad Cannstatt 1990, S. 126 f.

41 Vgl. zum Ganzen: Luhmann Rechtstheorie 14 (1983), S. 138 ff.; ders., Rechtssoziologie (Fn. 4), S. 355 ff.; ders. Rechtstheorie 21 (1990), S. 466 ff.; ders., in: G. Roellecke (Hrsg.), Rechtsphilosophie . . . (Fn. 4), S. 366 ff.; ders. Rechtstheorie 22 (1991), S. 280; siehe auch Kargl Zeitschr. f. Rechtssoziologie 12 (1991), bes. S. 132 ff.; ders. Rechtstheorie 21 (1990), S. 363 ff., der betont, daß es sich um »operative« und nicht um »institutionelle« Geschlossenheit handelt. Kritisch zur Geschlossenheitsthese: Enderlein, Abwägung in Recht und Moral, Freiburg/München 1992, S. 308 ff.

42 Luhmann, Anfang und Ende: Probleme einer Unterscheidung, in: ders./Schorr (Hrsg.), Zwischen Anfang und Ende, Frankfurt 1990, S. 11.

43 Luhmann, Soziologie des Risikos, Berlin/New York 1991, S. 240.

44 »Alles Beobachtbare ist Eigenleistung des Beobachters, eingeschlossen das Beobachten von Beobachtern« (Luhmann, Erkenntnis als Konstruktion, Bern 1988, S. 16).

45 Vgl. Luhmann, Juristische Argumentation, Ms. 1991; ders., Die soziologische Beobachtung des Rechts (Fn. 4), S. 46 f.; ders., Zeitschr. f. Rechtssoz. 6 (1985), passim.; ders., in: Krawietz/Welker (Hrsg.), Kritik der Theorie sozialer Systeme, Frankfurt/M. 1992, S. 375 f.

46 Frankenberger KJ 20 (1987), S. 296; ders., in: Honneth u. a. (Hrsg.), Zwischenbetrachtungen, (Fn. 35), S. 695.

2. Die (straf-)rechtliche Perspektive

Der kurze Exkurs zur Theorie sozialer Systeme, so wie sie von Luhmann insbesondere nach dem Paradigmenwechsel von der System/Umwelt Differenz zur Theorie autopoietischer Systeme ausgearbeitet worden ist⁴⁷, soll deutlich machen, daß die stark abstrahierende Perspektive des soziologischen Beobachters nicht auf jene des Strafrechts übertragbar ist. Erstere ist objektivierend, auf das Recht (von außen) und dessen Wirkungsweise schauend, die Spannung zwischen Faktizität und (normativer) Geltung eindeutig (auf Kosten der Normativität) zugunsten der Faktizität auflösend; letztere hingegen sieht sich einer internen Begründungsaufgabe gegenwärtig oder pro futuro gegenüber. Das Strafrecht darf sich daher nicht auf die soziologische Information über seinen Effekt in der Gesellschaft verlassen und darf sich selbst nicht zum Ziel setzen, so zu wirken, wie es durch die Brille des soziologischen Beobachters betrachtet wirkt. Um nicht bloß blinden Gehorsam zu kommandieren, muß auch das soziologisch informierte Strafrecht seinen Blickwinkel wechseln und einen Standpunkt einnehmen, der ihm seine Begründung dafür ermöglicht, weshalb die Rechtsgenossen ihre Normbefolgungsbereitschaft mit der Akzeptanz der Legitimität der dahinterstehenden Ordnung verbinden können⁴⁸. Gerade weil dem (Straf-)Recht die Begründungswege über religiöse Offenbarkeit, Tradition oder Naturrecht heutzutage verbaut sind, d. h. weder die geschichtliche Gewißheit noch das tröstende Jenseits oder das Bewußtsein von unveränderlichen Werten bei der Rechtsbegründung helfen kann⁴⁹, genügt zur Rechtfertigung des strafrechtlichen Normensystems nicht bloß der Hinweis auf das faktische Sicherungsbedürfnis einer Gesellschaftsordnung, die unter dem Zwang von »metabiologischen«⁵⁰ Erhaltungs- und Stabilisierungsimperativen steht.

Die systemtheoretische Soziologie ist daher für ein zureichendes Fundament der Begründung des Strafrechts nicht geeignet. Ein Standpunkt, von dem aus man das Strafrecht nicht nur extern beobachtet, sondern auch die interne Frage nach der Grundlegung strafrechtlicher Normen beantworten kann, läßt sich schon eher in der praktischen Philosophie finden. Diese hat in der Ethik ebenfalls eine Disziplin, die um die Begründung von (moralischen) Normen bemüht ist⁵¹. Es läßt sich sicher sagen, daß ethische und juristische Überlegungen zur Geltung von Normen zumindest strukturell ähnlich sind und wechselseitige gedankliche Anleihen weder bislang ausgeschlossen waren, noch für die Zukunft ausgeblendet werden sollten. Auch wenn sich dann etwa das Verwenden von außerrechtlichen Elementen (z. B. moralischen oder politischen Überlegungen) in der juristischen Argumentation und Begründung selbst wieder in der Beobachtung zweiter Ordnung funktional deuten läßt (als Redundanzbildung oder Entparadoxierung des Paradoxon, daß es für das Einführen der rechtsspezifischen binären Codierung Recht/Unrecht selbst kein »Recht«

47 Vgl. dazu ausführlich etwa: Kiss, Grundzüge und Entwicklung der Luhmannschen Systemtheorie, 2. Aufl. Stuttgart 1990.

48 Ähnlich im Grundsatz auch Gunther, Der Sinn für Angemessenheit Frankfurt 1988, S. 327 ff.

49 Vgl. Frankenberg KJ 20 (1987), S. 282/286; grundsätzlich hierzu Habermas KJ 20 (1987), S. 1 ff.

50 »Metabiologisch« nennt etwa auch Habermas (Der philosophische Diskurs der Moderne, 2. Aufl. Frankfurt 1989, S. 430) »das kybernetisch beschriebene Grundphänomen der Selbstbehauptung selbstbezoglicher Systeme gegenüber einer überkomplexen Umwelt«; vgl. auch Ebeling, Neue Subjektivität, Würzburg 1990, S. 153: »Metabiologie meint den Versuch einer Transzendenz des Lebens mit den Mitteln des Lebens selbst.«

51 Luhmann selbst schlägt der Ethik freilich vor, »auf eine Begründung der Moral zu verzichten und statt dessen sich selbst als Reflexionstheorie der Moral zu verstehen ... Die Ethik kann die Moral nicht begründen, sie findet sie vor, und hat es dann mit der Problematik dieses Befundes zu tun«: Luhmann, Gesellschaftsstruktur und Semantik Bd. 3, Frankfurt 1989, S. 360; vgl. auch ders., Paradigmlos, Frankfurt 1990, S. 17 ff.

geben kann⁵²), ist dies ein Schritt, den das Rechtssystem selbst evidentermaßen nicht nachvollziehen kann. Das Strafrecht muß seine eigenen Gründe beim Wort nehmen und darf sie nicht nur nach ihrer objektiven Wirkungsweise beurteilen, die durchaus so sein mag wie es der soziologische Beobachter anhand seiner Distinktionen und Nomenklatura sehen kann. Würde nämlich das rechtliche Argumentieren und Begründen stets von dem Bewußtsein begleitet, daß es lediglich dazu dient, Redundanz zu bilden oder zu entparadoxieren, d. h. also sich selbst zu täuschen und die Kontingenz der eigenen Entscheidung zu verschleiern, so wäre es im gleichen Moment gerade dieser »Placebo-Funktion« beraubt, da es sich selbst die Anschlußfähigkeit für weitere Gründe abgeschnitten hätte⁵³.

II. Positive Generalprävention als Strafzweck?

1. Kritik der Erwartungsstrukturen

Daß das Recht der Erwartungssicherung dienen soll, ist keine originell strafrechtliche Innovation von Günther Jakobs. Insbesondere etwa Hans Welzel, sein Lehrer, der diese Idee auf Jeremy Bentham zurückführt⁵⁴, hat bereits im Recht eine Garantie der »Erhaltung aller der von ihm vorgebildeten Erwartungen« gesehen⁵⁵. Jakobs glaubt nun, diese Gedanken übernehmen zu können, ohne gleichzeitig auch deren philosophische Basis einkaufen zu müssen. Dazu argumentiert er nach Taktik á la Hobbes: Es wird ein Teufel an die Wand gemalt; dort war es der drohende Naturzustand, in dem der Mensch des Menschen Wolf sei und Krieg aller gegen alle herrsche, der die Notwendigkeit und Unverzichtbarkeit eines »Leviathan«, d. h. des starken Staates unterstreichen sollte⁵⁶; hier ist es die Desorientierung der Menschen, die es durch das Strafrecht zu verhindern gilt. Es wird folglich versucht, das Vorfindliche durch eine Schreckensvision zu legitimieren und zu sichern, ohne zu beachten, daß stabilitätssteigernde Faktoren nicht eo ipso auch legitim sein müssen⁵⁷.

Da auch die »normativen« Verhaltenserwartungen mittels einer empiristischen Auslegung in »kontrafaktisch stabilisierte (kognitive) Erwartungen« umgedeutet werden sollen und Normen als prognostizierbare empirische Ereignisse behandelt werden⁵⁸, wird die deontologische Dimension ihrer Sollgeltung getilgt und völlig außer acht gelassen, daß sich moralische und rechtliche Normen für ihre Adressaten und Anwender nicht als bloße Beobachtungsartefakte formulieren lassen, sondern daß deren normative Ansprechbarkeit bei der Beschreibung des Rechtssystems ernstgenom-

52 Vgl. zur Redundanzbildung: Luhmann, Die soziologische Beobachtung (Fn. 4), S. 35; ders. Rechtstheorie 22 (1993), S. 283 f. mit Fn. 21; ders., Juristische Argumentation, Ms. 1991; zur Entparadoxierung: Luhmann Zeitschr. f. Soz. 16 (1987), S. 161 ff.; ders., Zeitschr. f. Rechtssoz. 6 (1985), S. 6/14 f.

53 Vgl. dazu: Günther, Sinn für Angemessenheit (Fn. 48), S. 328.

54 Vgl. auch Baumann, Zweckrationalität und Strafrecht, Opladen 1987, S. 191 ff.; Burkhardt GA 1976, S. 322 f.; siehe ferner auch Ricoeur, Symbolik des Bösen, S. 53 f., für den die Bestätigung der Ordnung durch die Verneinung zur Forderung nach Strafe überhaupt gehört.

55 Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin/New York 1975, S. 289; vgl. auch ders., Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. Berlin 1969, S. 239: »Der Realgrund der staatlichen Strafe liegt in ihrer Unerläßlichkeit zur Aufrechterhaltung der Gemeinschaftsordnung«.

56 Hobbes, Leviathan (Ausgabe Stuttgart 1980), bes. Kap. 13 und passim.

57 So auch (gegen Luhmann): W. Lubbe, Legitimität kraft Legalität, Tübingen 1991, S. 129.

58 Kritisch gegenüber der Gleichsetzung von Normen und Fakten auch Enderlein, Abwägung in Recht und Moral (Fn. 41), S. 318 ff.

men werden muß⁵⁹. Damit folglich die Möglichkeit einer Unterscheidung zwischen assertorischen, d. h. mit »Wahrheitsanspruch« auf eine Objektwelt bezogenen, und normativen, d. h. mit »Richtigkeitsanspruch« auf die soziale Welt gerichteten, Sprechakten überhaupt noch erhalten bleibt, ist zu beachten, daß der illokutionäre Sinn von Handlungsnormen und Geboten, d. h. der Modus, mit dem das Gesollte für den Adressaten der Normen verständlich und akzeptabel gemacht werden soll⁶⁰, gerade nicht in der Abbildung der Realität besteht. Der Grund, weshalb wir »kognitive Erwartungen« im Enttäuschungsfall preisgeben und an »normativen« festhalten, besteht nämlich darin, daß wir je eine andere Art von Gründen für die Preisgabe bzw. das Festhalten geltend machen. Aus der systemtheoretischen Perspektive können jedoch lediglich die verschiedenen Konfliktlösungsmöglichkeiten beobachtet, nicht aber Kriterien angegeben werden, zu welchem Zeitpunkt und in welchen Fällen welche Enttäuschungsabwicklung den Vorzug erhalten soll⁶¹.

Die aufgezeigten Probleme⁶² resultieren aus einer mangelnden Differenzierung zwischen Strafrecht als Summe der kodifizierten und strafbewehrten Regeln auf der einen Seite und dem faktischen Vollzug als Strafe selbst auf der anderen Seite⁶³. Ersteres kann in der Tat als ein positiviertes Normensystem verstanden werden, das verbindlich festlegt und vorschreibt, welche Verhaltensweisen sanktioniert werden und welche nicht, an dem sich die Menschen also orientieren können. Strafrecht ist insoweit ein Bestand von »normativen Verhaltenserwartungen«, aber nicht im Sinne von bloß »kontrafaktisch stabilisierten (kognitiven) Erwartungen«, sondern von einer auf Gründe gestützten Präskription; es sagt aus, wie im Modus der deontischen Modalitäten »erlaubt«, »geboten« und »verboten« gehandelt werden soll⁶⁴. Dies führt zu einem Kritikpunkt anderer Art und Qualität, nämlich dem der von Jakobs vernachlässigten inneren Seite des Rechts, auf der allein dessen normative Richtigkeit in den Blick kommt. Gemeint ist hier insbesondere der Einwand, der in der Nachfolge Kants immer wieder gegenüber allen Tendenzen vorgebracht wird, die versuchen, ein bloß instrumentelles Verständnis der Strafe für deren Rechtfertigung genügen zu lassen. Wird der Mensch lediglich als Mittel verwendet, so degradiert man ihn zur bloßen Sache und verletzt dessen Würde, indem der »Zweckformel« des kategorischen Imperativs zuwider gehandelt wird, die da lautet: »Handle so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst«⁶⁵. Ein reines Mittel-Zweck-Verhältnis widerspricht somit der »Vernunft«. Aber »Vernunft« ist keiner der Namen der Systemtheorie⁶⁶, weshalb sie nicht reagiert, wenn sie derart angesprochen wird. Wie für jede positivistische Theorie spielt auch für sie nicht die »Gerechtigkeit der

⁵⁹ Vgl. hierzu und zum folgenden: Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt 1992, bes. S. 68 ff.

⁶⁰ Zur »Architektur« des Verhältnisses von illokutionärer Bedeutung und normativer Geltung in der Sprachphilosophie, vgl. Apel *Proto Soziologie 2/1992*, S. 2 ff.

⁶¹ Ebenso Gunther, in: H. Jung u. a. (Hrsg.), *Recht und Moral*, Baden-Baden 1991, S. 210.

⁶² Zu Problemen der empirischen Validität der positiven Generalprävention siehe: Bock *ZStW 103* (1991), S. 654 f.

⁶³ Die Konfusion von Faktizität und Normativität führt Jakobs sogar zu der These, daß die faktische Nicht-Verfolgung der Täter in der ehemaligen DDR die Annahme einer schon normativen Nicht-Subsumierbarkeit ihrer Taten unter das DDR-Strafrecht rechtfertigt: vgl. Jakobs in: Isensee (Hrsg.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Berlin 1992, S. 37 ff. (bes. S. 48 ff.)

⁶⁴ Zu verschiedenen Möglichkeiten der Bedeutung des Begriffs »Norm« siehe allgemein: Schnadelbach, in: Apel/Pozzo (Hrsg.), *Zur Rekonstruktion der praktischen Philosophie (Fn. 40)*, S. 129 ff.

⁶⁵ Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, BA 66/67 (Werkausgabe Band VII, Frankfurt 1974, S. 61); vgl. hierzu auch E. A. Wolff *ZStW 97* (1985), S. 801 ff.

⁶⁶ »Nie wieder Vernunft!«, so lautet das Fazit von Luhmann's Auseinandersetzung mit dem »alteuropäischen Rationalitätskontinuum«: Luhmann, *Beobachtungen der Moderne*, Opladen 1992, S. 51 ff. (S. 76).

Zwecke«, sondern allein die »Rechtmäßigkeit der Mittel« eine Rolle⁶⁷. Die Systemtheorie glaubt daher, sich von solchen Einwendungen dispensieren zu können, und weist darauf hin, daß mit der funktionalen Ausdifferenzierung der Gesellschaft die Handlungsrationalität in Systemrationalität umgedacht und diese auf ihren Systembegriff bezogen werden müsse⁶⁸. Rational ist dann jedes Element, das objektiv einen Beitrag zur Systemerhaltung oder -stabilisierung zu leisten imstande ist, da die einzige Alternative zur Perfektionierung und Optimierung dieser Systemleistung die Entropie, d. h. der Zerfall des Systems selbst wäre⁶⁹. Es mag durchaus so sein, daß die Systemtheorie in ihrer realistisch-nüchternen Beschreibung dessen, was der Fall ist, nur beobachten kann, daß sich die Gesellschaftssysteme seit dem Übergang zu primär funktionaler Differenzierung weitgehend stabil gehalten haben und deshalb glaubt, in diesen Prozeß eine funktionalistisch verstandene »Vernünftigkeit« hineinprojizieren zu können. Das strafrechtliche Selbstverständnis kann jedoch nicht durch Verweis auf rein Faktisches gerechtfertigt werden⁷⁰. Als Grund für ein strafrechtlich postuliertes »Sollen« kann daher kein »Sein« in Form eines (soziologisch beobachtbaren) Ordnungserhaltungsbedürfnisses in Anspruch genommen werden.

III. Der strafrechtliche Handlungsbegriff

Im Zentrum der Handlungslehre von Günther Jakobs steht zunächst die Ablehnung des Delinquenten als ein vorgefundenes »Subjekt«. Mit dieser These von der Nicht-Existenz dessen, was traditionell unter der Bezeichnung »Subjekt« firmiert, ist Jakobs durchaus *en vogue*⁷¹. Die Intention ist klar: Jakobs will das Strafrecht als in all seinen Teilen selbst-konstituiert und frei von außerstrafrechtlichen (»ontologisierenden«) Begriffen verstanden wissen, was durch die normativierende Umformulierung im Wege der Zurechnung geschehen soll; alles womit es das Strafrecht zu tun hat, wird von ihm selbst formuliert und verbindlich definiert. Auch das »Subjekt«, dem zugerechnet wird, bleibt so ein strafrechtliches Konstrukt, das in der Realität ein Korrelat haben mag oder nicht.

Sieht man jedoch etwas genauer hin, so ist zu bemerken, daß Jakobs seine These nicht konsequent durchführen kann. So betont er häufig den Einfluß, den die Straf-

- 67 Vgl. dazu grundlegend: Benjamin, Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, Frankfurt 1965, S. 31.
 68 Siehe etwa Luhmann, Soziologische Aufklärung 1, 6. Aufl. Opladen 1991, S. 79 ff.; siehe hierzu auch Peters, Rationalität, Recht und Gesellschaft, Frankfurt 1991, S. 124 ff.; zur Rekonstruktion der von Luhmann aufgezeigten Entwicklungslinie von der Entontologisierung der Zwecke über die Subjektivierung bis hin zur Systemzuweisung vgl. ausführlich: Obermeier, Zweck-Funktion-System, Freiburg/München 1988, S. 23 ff.
 69 Vgl. Lyotard, Das postmoderne Wissen, Graz/Wien 1986, S. 43 f.
 70 Zurecht betont auch Smaus ZfRS 6 (1985), S. 99, daß die »Faktenfrage nicht etwa uninteressant« ist, aber »nicht entscheidend dafür, welche ethische Begründung sich das Strafrecht zulegt«.
 71 Nicht nur die Systemtheorie lehnt die transzendentalen Fähigkeiten eines monadisch und extramundan lebenden Bewußtseinssubjekts ab (vgl. etwa Luhmann, in: Gumbrecht/Pfeiffer (Hrsg.), Materialität der Kommunikation, Frankfurt 1988, S. 897 ff.; ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik Bd. 3, Frankfurt 1989, S. 206 ff.); auch in der Philosophie gibt es immer stärker werdende Tendenzen, die mit sehr unterschiedlichen Begründungen den »Tod des Subjekts« verkünden und den »Menschen« verschwinden sehen, »wie am Meeresufer ein Gesicht im Sand« (so das berühmte Bild von Foucault, Die Ordnung der Dinge, 8. Aufl. Frankfurt 1989, S. 462). Diese, einst von Nietzsche (und später auch von Heidegger) um die Welt gesandte Kritik am Subjektivismus kehrt heute vor allem als französischer »Neo-/Poststrukturalismus« und unter dem Schlagwort der »Postmoderne«, verbunden etwa mit den Namen Foucault, Derrida und Lyotard, nach Deutschland zurück (vgl. eingehend dazu etwa: Frank, Was ist Neostrukturalismus?, Frankfurt 1983; einen Bogen zur Schuldproblematik spannt: Dux, Der Täter hinter dem Tun, Frankfurt 1988). Hierzulande überwiegen jedoch wohl noch die »Konzepte«, die die menschlichen »Selbstverhältnisse« (D. Henrich) betonen, »Die Unhintergebarkeit von Individualität« (M. Frank) postulieren oder gar eine »Neue Subjektivität« (H. Ebeling) ausrufen

rechtsnormen über die Motivation auf die Handlungen der Rechtsgenossen ausüben sollen, was jedoch ein Bild vom Menschen voraussetzt, das die Möglichkeit der selbständigen Kontrolle der eigenen Motivation ernst nimmt, d. h. das gerade die Fähigkeiten eines Subjekts veranschaulicht. Die selbständige Motivierung und Orientierung in der Welt anhand von Rechtsregeln läßt sich dann aber bei dem Einzelnen nicht durch dressurhafte »Einübung« bewirken, sondern kann nur vermöge seiner »Einsichtsfähigkeit« in die Richtigkeit des normativen Geltungsanspruchs des Rechts von ihm verlangt werden⁷². Jakobs glaubt aber, durch die fingierende Zurechnung der Vermeidbarkeit, diesen Schluß umgehen zu können: Verhalten soll ja die (nicht vermiedene) »Vermeidbarkeit einer Erfolgsdifferenz« sein⁷³, wobei das »Vermeidbare« der Handlung nur durch eine Fiktion unterstellt wird, nämlich daß der Täter seine Strafaktion vermieden hätte, wenn er das dominante Motiv zur Vermeidung gehabt hätte. Jakobs hält es jedoch nicht für nötig, zu erklären, in welcher Weise diese Aussage zu interpretieren ist⁷⁴.

In einer rein logischen Analyse kann dieser Satz natürlich stets mit dem Anspruch auf Wahrheit auftreten. Dann ist er aber für die Frage der Zurechnung gerade zu menschlichen Handlungen unbrauchbar, denn es ist in diesem Sinne ebenso wahr, daß etwa der Fuchs es vermieden hätte, die Gans zu stehlen, wenn er das dominante Motiv zur Vermeidung gehabt hätte. Die Aufgabe des strafrechtlichen Handlungsbegriffes ist es aber gerade, deutlich zu machen, weshalb die Strafrechtsordnung gewisse Begebenheiten in der Welt mit ihren »Wertungen« (Rechtswidrigkeit und Schuld) verknüpft, andere hingegen nicht⁷⁵.

Daher geht es dem (Straf-)Recht beim Entwurf einer Handlungslehre primär darum, Merkmale festzulegen, die das gebotene Verhalten bestimmen; es sucht also Kriterien normativ richtigen Verhaltens. Dabei können und sollen »normative« Handlungstheorien durchaus die Resultate von »empirisch-deskriptiven«, »rationalen« oder »analytischen« Handlungstheorien verwenden⁷⁶, aber nur insoweit sie dienlich sind, die Bedingungen der Möglichkeit, unter denen Menschen tatsächlich handeln und sich nach Normen richten können, festzustellen. »Normative« Handlungstheorien (z. B. in der Ethik, dem Recht oder der Pädagogik) dürfen hingegen nicht an die Stelle etwa von »empirisch-deskriptiven« (z. B. Soziologie, Psychologie) treten wollen oder mit diesen verwechselt werden. Deshalb kann die Definition des strafrechtlichen Handlungsbegriffes nicht lediglich in der Zurechnung von Selektionsleistungen aufgehen. Das Strafrecht muß vielmehr auch den Delinquenten als Mitsubjekt in Betracht ziehen⁷⁷. In diesem »Müssen« fallen durchaus Sollen und Sein zusammen, d. h. es versteht sich nicht allein als Postulat, sondern auch als Beschreibung: Dieje-

72 Vgl. E. A. Wolff ZStW 97 (1985), bes. S. 803; Gunther, in: H. Jung u. a. (Hrsg.), *Recht und Moral* (Fn. 61), S. 210.

73 Ihm insoweit zustimmend, etwa Schunemann, in: ders. (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin/New York 1984, S. 40.

74 Zu verschiedenen (logischen, epistemischen etc.) Interpretationsmöglichkeiten derartiger Sätze (am Beispiel der, bei der Willensfreiheit oft diskutierten Sentenz »Er hatte etwas anderes tun können«) siehe Chisholm, in: Lenk (Hrsg.), *Handlungstheorien-interdisziplinär* Bd. 2/1 Hbd., München 1978, S. 392 ff.; Schleichert Grazer phil. Studien 9 (1979), S. 136; Tugendhat, in: Cramer u. a. (Hrsg.), *Theorie der Subjektivität*, Frankfurt 1987, S. 373 ff.

75 Die Suche nach den Kriterien, nach denen es möglich ist, die »für das Strafrecht relevanten Faktoren eines Kausalverlaufs von den gleichgültigen (zu)unterscheiden«, war bekanntlich gerade der Ausgangspunkt der »finalen Handlungslehre«, Welzel ZStW 51 (1931), S. 703 ff. (706); ders., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York 1975, S. 26.

76 Zur Typologisierung der Handlungstheorien siehe Poser, in: ders. (Hrsg.), *Philosophische Probleme der Handlungstheorie*, Freiburg/München 1982, S. 19 ff.; Meggle, in: ders., *Analytische Handlungstheorie* Bd. 1, Frankfurt 1985, S. VII f.

77 So auch Kohler, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, Heidelberg 1983, S. 32 f.

nigen, die urteilen und richten, nehmen ihr Gegenüber nicht als eigenes Konstrukt wahr, sondern als Person, die zu ihnen in einer Art Gleichheitsverhältnis steht, der sie grundsätzlich ebenso Qualitäten und Fähigkeiten eines Individuums einräumen wie sich selbst. Jakobs selbst verzichtet auch nicht völlig auf den Begriff der »Autonomie«⁷⁸, einen Terminus also, der immerhin spätestens seit Kant weitgehend das bewußtseinsphilosophische Paradigma der Subjektivität mitgeprägt hat. Obwohl Jakobs die »Autonomie« auf eine bloße Zuschreibung reduzieren will, wird er doch eingestehen müssen, daß der Strafrechtler seine »Wertungen« (Unrecht und Schuld) an das Verhalten eines Täters knüpfen möchte, das er als »vorgefunden« und nicht als von ihm »erfunden« begreift; schließlich will er ja (s)eine »Wirklichkeit« und keine bloße »Konstruktion« als unrecht-/rechtmäßig und schuldhaft/-los benennen⁷⁹.

IV. Zum funktionalen Schuldbegriff

Durch den radikalen Bruch mit den traditionellen Schuldauffassungen kann Jakobs nicht darüber hinwegtäuschen, daß er trotz Beibehaltung des Ausdrucks »Schuld« diesen in der Sache selbst aufgegeben hat⁸⁰. Das, was von Jakobs »Schuld« genannt wird, hat nichts mehr mit dem zu tun, was andere im Strafrecht, in der Ethik oder im Alltag darunter verstehen; genau darauf kommt es ihm auch gerade an. Daß er dennoch an dem Terminus festhält, mag daran liegen, daß er nicht über das hinaus will, was tatsächlich der Fall ist: D. h. Jakobs findet den Schuldbegriff (im Strafrechtssystem) vor, nimmt ihn als (vom System selbst) nun einmal gegeben an und ist nur noch daran interessiert, ihn so auszulegen, daß seine systemtheoretisch-soziologische Information über den Zustand und Effekt des Strafrechts in der Gesellschaft auf ihn paßt; damit ist er zwar zu jeder Zeit und jedem Ort mit einer Erklärung zur Stelle, kann jedoch anhand seiner systemtheoretischen Reflexionen über den Systembestand zukünftige Veränderungen weder prognostizieren noch inhaltlich bestimmen. Am Beispiel der »Schuld« wird klar, was dies in concreto bedeutet: Sie schrumpft auf den rein formalen Vorgang der Zurechnung für die »Zuständigkeit für einen Mangel an dominanter Motivation bei einem rechtswidrigen Verhalten«, d. h. sie wird tautologisch formuliert: »Schuld« hat ein Straftäter, wenn er für seine Rechtsuntreue zuständig ist, dies ist er, wenn er dazu erklärt wird, d. h. wenn ihm die Zuständigkeit zurechnet wird. So wird erst »durch die Zuschreibung die Schuld zur Entstehung gebracht«⁸¹. Dies führt jedoch zwangsläufig zu dem Schluß, daß der Richter erst dann weiß, ob der Täter »schuldig« ist, wenn er seinen eigenen Schuldspruch gehört hat⁸².

78 Jakobs, Schuld und Prävention (Fn. 2), S. 13/17.

79 Natürlich soll nicht bestritten werden, daß es mögliche Beschreibungen der »Wirklichkeit als Konstruktion« geben kann, die sogar heute die angemessensten sein mögen; diese können jedoch nicht als Theorie der oder innerhalb der juristischen Praxis anwesend sein, sondern jene kann allenfalls als deren Objekt dieser Analyse dienen. So gesteht Luhmann ja auch ein, daß auch seine Theorie dem Umstand Rechnung tragen muß, »daß Beobachter erster Ordnung es nicht mit Konstruktionen zu tun haben, sondern mit Objekten« (Luhmann, Beobachtungen der Moderne, Opladen 1992, S. 84) und daß das Rechtssystem »gerade nicht davon ausgehen (kann), daß Normen nichts anderes sind als »bloß systemeigene Konstruktionen« (Luhmann, in: Krawitz/Welker, Kritik der Theorie sozialer Systeme, Frankfurt 1992, S. 373).

80 So auch Schönemann, Die Funktion des Schuldprinzips . . ., in: ders., Grundfragen (Fn. 73), S. 170 Fn. 34; insoweit konsequenter Achenbach, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: Schönemann (Hrsg.), Grundfragen (Fn. 73), S. 151.

81 Jakobs AT 17/21 Rn. 46 (Fn. 2).

82 Diese Polemik soll jedoch nicht bedeuten, daß der Beurteilende nicht bis zum Schuldspruch für neue Beweisanträge offen bleiben soll, sondern daß er in dem Bewußtsein entscheidet, die »Schuld« des Täters »entdeckt« und nicht etwa »konstruiert« zu haben. Trotz der performativen Struktur aller strafrechtlichen Justizakte, wohnt ihnen doch stets ein konstatives Element inne, d. h. die Vorstellung, Unrecht und

Von dieser Konklusion glaubt Jakobs freilich dadurch Abstand gewinnen zu können, daß er erklärt, die »Zuschreibung« sei »allerdings nicht der äußerliche Vorgang des richterlichen Schuldspruchs, sondern die ideale Bezogenheit des Gesetzes auf den Einzelfall«⁸³. Es bleibt jedoch offen, was hier unter »ideal« zu verstehen und wie die »Bezogenheit« eines generell abstrakten Gesetzes auf einen Einzelfall zu denken sein soll, ohne daß die Norm vorher vom Richter konkretisiert worden ist. Sollte sich aber die Beziehung zwischen Norm und Sachverhalt schon idealiter bezeichnen lassen, so kann sie in concreto nicht mehr ganz und gar in sich selbst gegründet, sondern stets nur bedingt durch einen raum-zeitlichen Kontext rekonstruiert werden. Dann bleibt allerdings für eine Darstellung des Strafrechts im Ganzen als lediglich funktionale Selbstbeschreibung kein Platz.

Auch die These von der »Irrelevanz der Willensfreiheit« kann nicht konsequent durchgehalten werden. Aspekte von diesem »Ewigkeitsproblem unserer Wissenschaft«⁸⁴ tauchen im Strafrechtssystem von Günther Jakobs wie gesehen bereits beim Handlungsbegriff auf und wird dort auf trivialste Weise gelöst, nämlich mittels einer Fiktion: Es wird (natürlich logisch völlig korrekt) unterstellt, daß alles hätte anders verlaufen können, wenn es anders verlaufen wäre, d. h. der Täter sich zu einer anderen Dominanz seiner Motivation hätte motivieren können; auch hier also Tautologie statt Begründung⁸⁵. Auch Jakobs verzichtet also nicht auf die Freiheitsfrage, wie er selbst zu glauben scheint, sondern verlagert sie, ohne das Problem näher zu bezeichnen oder gar zu lösen.

Nach all diesen Überlegungen sollte deutlich geworden sein, welche Folgen eine konsequente Anwendung der systemtheoretischen Perspektive auf das Strafrecht hat: Man erhält einen Normpositivismus, dessen Ableitung im Strafrechtssystem selbst nicht mehr möglich ist. Eine objektivierende soziologische Sichtweise paßt nun einmal nicht als Brille für eine Strafrechtsordnung, da sie nur die äußere Form und Wirkung, nicht aber die immanenten Abläufe und Begründungen des Strafrechts dem Beobachter vor Augen führen kann. Die eingangs gestellte Frage »Was also ist Schuld?« harret auch weiterhin ihrer Beantwortung. Das Strafrecht kann ihr jedenfalls nicht dadurch begegnen, daß es die Teilnehmerperspektive ganz verläßt und sich völlig auf einen Beobachterstandpunkt zurückzieht, dessen Sichtweise zwar nicht falsch sein mag, jedoch niemals vollständig sein kann, da sich eine Interpretation des Strafrechts als Ganzem und der Schuld im besonderen nicht in der Beobachtung eines Teilaspektes, nämlich seiner externen Wirkungsweise erschöpfen darf.

Schuld »festzustellen«. Der Grundsatz »nulla poena sine culpa« konkretisiert sich folglich in der Kompetenzverteilung zugunsten des Gerichtes, das verbindlich feststellen darf, ob »Schuld« vorliegt oder nicht. Sicherlich kann dies mittels anderer Unterscheidungen anders gesehen werden, aber dann eben von einem anderen Beobachter, namentlich dem soziologischen; wir haben jedoch Anlaß zu der Vermutung, daß dies dann zumindest nicht mehr der juristische sein kann. Ungeachtet des teilweise sehr ähnlichen Vokabulars kann man somit sehr wohl mit Luhmann gegen Jakobs argumentieren.

83 Jakobs AT 17/21 Rn. 46 (Fn. 2).

84 So schon Welzel, Vorbemerkung zu Dohna ZStW 66 (1954), S. 505.

85 Damit soll nicht geleugnet werden, daß Tautologien und sogar Paradoxien in den Selbstbeschreibungen des modernen Gesellschaftssystems beobachtet werden können, aber die ausdifferenzierten Teilsysteme gestehen sich gerade nicht ein, daß »ihre Selbstbeschreibung auf Probleme der Tautologie oder der Paradoxie stößt«, denn sie können dies weder selbst sehen, noch können sie sehen, daß sie es nicht sehen; dieses »Nicht-Sehen-Können« kann eben nur ein außenstehender Beobachter sehen, da »Enttautologisierung/Entparadoxierung« stets auch eine »Invisibilisierung« voraussetzt (vgl. zum Ganzen: Luhmann Zeitschr. f. Soz. 16 (1987), S. 161 ff., bes. S. 163). Die Systemtheorie kann und will aber auch nur in Konkurrenz zu anderen gesamtbeschreibenden Gesellschaftstheorien treten, sie befindet sich jedenfalls nicht im Wettbewerb um die interne Begründungsleistung einzelner Funktionssysteme der Gesellschaft. Luhmann selbst konzediert dann auch, daß die »Systemtheorie jedenfalls ... mit der Vorstellung leben (kann), daß die Selbstbeschreibung des Systems mit dem Interaktionskontext wechselt« (Luhmann, Rechtstheorie 22 (1991), S. 277 Fn. 13). Luhmann geht es also nicht primär darum, »daß der Konstruierer sein Konstituiertsein entdeckt« (Luhmann, in: Watzlawick/Krieg (Hrsg.), Das Auge des Betrachters, München 1991, S. 62).