

Brücken bauen

Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Eric Hilgendorf, Marcelo D. Lerman
und Fernando J. Córdoba



Duncker & Humblot · Berlin

ERIC HILGENDORF, MARCELO D. LERMAN
und FERNANDO J. CÓRDOBA (Hrsg.)

Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag

Schriften zum Strafrechtsvergleich

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg und
Prof. Dr. Brian Valerius, Bayreuth

Band 12

Brücken bauen

Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Eric Hilgendorf, Marcelo D. Lerman
und Fernando J. Córdoba



Duncker & Humblot · Berlin

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.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimpar

Druck: Das Druckteam Berlin

Printed in Germany

ISSN 2364-8155

ISBN 978-3-428-18027-1 (Print)

ISBN 978-3-428-58027-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Marcelo Sancinetti, einer der bedeutendsten Strafrechtslehrer Lateinamerikas, begeht am 27. November 2020 seinen 70. Geburtstag. Aus diesem Anlass entstand die vorliegende Festschrift, die deutlich machen soll, wie viel seine Schülerinnen und Schüler, Kolleginnen und Kollegen in Lateinamerika und Europa dem verehrten Jubilar verdanken.

Sancinetti entstammt, wie er selbst schreibt,¹ bescheidenen Verhältnissen. Nachdem er kurze Zeit mit der Idee eines geistlichen Berufes gespielt hatte, trat er Ende 1968 in die Militärhochschule Argentinien ein, die er jedoch kurz darauf wieder verließ, um an der Universität von Buenos Aires Jura zu studieren. Im Laufe des Studiums begann er, die deutsche Sprache zu lernen und das Lehrbuch von Hans Welzel zu lesen, eine Lektüre, die ihn offenbar von Anfang an faszinierte. Über Welzel entdeckte Sancinetti seine Liebe zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie. Schon bald begann er, selbst zu publizieren, u. a. eine Fallsammlung zum Strafrecht, die im Jahr 1975 erschien. 1982 schloss er sein Studium mit einem Spitzenergebnis ab, was ihm eine Tätigkeit als Vertretungs-Professor (*Profesor adjunto interino*) für Strafrecht und Internationales Privatrecht an der Universität von Buenos Aires ermöglichte. Daneben war er als Anwalt tätig.

1985/86 verbrachte Sancinetti zwei Forschungssemester an der Complutense Universität in Madrid und begann, sich im Detail mit der Begründung der Versuchstrafbarkeit und der Theorie der Normen zu beschäftigen. In diesem Zusammenhang fing er an, die Dissertation von Diethart Zielinski in das Spanische zu übersetzen. Nach seiner Rückkehr nach Argentinien arbeitete Sancinetti wieder an der Universität von Buenos Aires und leitete ab 1986 einen Lehrstuhl für Strafrecht (als *Profesor asociado regular*). Im Jahr 1990 erwarb er seinen ersten Dokortitel mit der Arbeit „Teoría del delito y disvalor de acción“ (Verbrechenslehre und Handlungsunwert) an der Universität Buenos Aires. Ein Stipendium der Alexander von Humboldt-Stiftung ermöglichte es Sancinetti, 1991 bis 1993 unter der Leitung von Günther Jakobs in Bonn zu studieren und forschen. Sancinetti hat diese Zeit im Rückblick als „eine der intellektuell angenehmsten und fruchtbarsten Erfahrungen“ seines Lebens bezeichnet.² Ein Ergebnis der Bonner Jahre ist Sancinettis in Deutschland bekanntestes Werk über „Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch“, das 1995 in deutscher Sprache erschien. Es handelt sich um die deutsche Fassung seiner zweiten Doktorarbeit, die er 1994 an der Universidad Complutense de Madrid eingereicht

¹ Siehe seine Autobiographie in Eric Hilgendorf (Hrsg.), Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, Berlin 2019, S. 407–438 (409).

² Autobiographie (Fn. 1), S. 425.

hatte. Der Grundgedanke des Werkes ist die Befreiung des Unrechtsbegriffs von „kausaler Magie“ und vom Erfolgswert. Bis heute gilt Sancinetti als einer der wichtigsten Vertreter eines radikalen Subjektivismus im Strafrecht.

1996 erhielt Sancinetti den Titel eines ordentlichen Professors (*Profesor titular regular*) an der Universität von Buenos Aires, eine Position, die er bis heute innehat. Wie in Argentinien üblich, war und ist er neben seiner Tätigkeit als Hochschullehrer auch als Anwalt tätig. In dieser Funktion erstellte er ab 2010 ein sehr umfangreiches Gutachten für die Argentinische Bischofskonferenz, was ihn in persönlichen Kontakt mit deren damaligem Präsidenten, dem Kardinal Jorge Mario Bergoglio und heutigen Papst Franziskus, brachte, den er 2013 im Vatikan besuchte.

Im Jahr 2007 absolvierte Sancinetti einen Forschungsaufenthalt in Freiburg unter der Betreuung von Wolfgang Frisch, um die Relevanz hypothetischer Kausalverläufe im Strafrecht zu untersuchen. Auch dieser Aufenthalt wurde von der Alexander von Humboldt-Stiftung finanziert. 2010 wurde ihm ein Ehrendokortitel der Universität Cuenca del Plata (Corrientes, Argentinien) verliehen. Daneben übersetzte er zusammen mit seinen Schülern zahlreiche deutsche Werke in das Spanische.

Sancinettis zahlreiche wissenschaftliche Arbeiten fanden in der gesamten spanisch- und deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft große Anerkennung, was umso bemerkenswerter ist, als der verehrte Jubilar sein Leben lang die Neigung zeigte, eher „gegen den Strom schwimmen“ zu wollen. Zu seinen Tugenden gehören ein unbedingter Wahrheitswillen, wissenschaftliche Eigenständigkeit, Konsequenz und Hartnäckigkeit, verbunden mit bescheidener Zurückhaltung und größter Freundlichkeit, vor allem jüngeren Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern gegenüber. Heute gehört Sancinetti zu den wichtigsten Brückenbauern zwischen der lateinamerikanischen und der deutschen Strafrechtswissenschaft und zu den hervorragendsten Vertretern der internationalen Strafrechtswissenschaft weltweit.

Diese Festschrift hätte ohne die engagierte Unterstützung unserer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Würzburg und Buenos Aires nicht erscheinen können. Die Herausgeber danken insbesondere Herrn Leandro A. Dias, Frau María Lucila Tuñón Corti, Herrn Nicolas Woltmann und Herrn Justus Alain Köhn für ihre engagierte Unterstützung bei der redaktionellen Bearbeitung der Beiträge. Zu danken haben wir ferner dem Verlag Duncker & Humblot und seinem Leiter, Herrn Dr. Florian Simon, für die Bereitschaft, das Werk in die „Schriftenreihe zum Strafrechtsvergleich“ aufzunehmen.

Die Herausgeber hoffen, dass das Vorbild Sancinettis auch in Zukunft viele jüngere Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler aus Lateinamerika, Europa und der übrigen Welt inspirieren und zur gemeinsamen Arbeit an der internationalen Strafrechtswissenschaft motivieren wird!

Würzburg und Buenos Aires, im Mai 2020

*Eric Hilgendorf,
Marcelo D. Lerman
und Fernando J. Cordoba*

Prólogo

Marcelo Sancinetti, uno de los juristas penales más significativos de América Latina, celebra el 27 de noviembre de 1950 su 70.º cumpleaños. Por este motivo surge el presente libro de homenaje, que ha de dejar en claro cuánto agradecimiento le deben sus discípulas y discípulos, y sus colegas de América Latina y Europa al venerado homenajeado.

Sancinetti proviene, tal como él mismo escribe¹, de circunstancias familiares humildes. Después de que él, por breve lapso, analizó la idea de dedicarse a la vida espiritual, ingresó a fines de 1968 en el Colegio Militar de la Nación Argentina, carrera que sin embargo abandonó poco después, para estudiar Derecho en la Universidad de Buenos Aires. En el curso de sus estudios comenzó a aprender alemán y a leer el *Lehrbuch* de Welzel, una lectura que visiblemente lo fascinó desde el comienzo. Por medio de Welzel, Sancinetti descubrió también su amor por el Derecho Penal y la Filosofía del Derecho. Bien pronto comenzó a publicar por sí mismo, entre otras cosas, un compendio de Casos de Derecho Penal, que apareció en el año 1975. En 1982 concluyó sus estudios con un promedio alto, lo que le permitió ejercer la actividad docente, primero, como Profesor adjunto interino de Derecho Penal, Parte General y Especial, y de Derecho Internacional Privado, en la Universidad de Buenos Aires. Paralelamente ejerció como abogado.

En 1985/86 pasó dos semestres de investigación en la Universidad Complutense de Madrid, y comenzó a ocuparse en detalle de la fundamentación de la punibilidad de la tentativa y de la teoría de las normas. En ese contexto comenzó a traducir al español la tesis doctoral de Diethart Zielinski. Tras su regreso a la Argentina volvió a su actividad en la Universidad de Buenos Aires y desde 1986 dirige una cátedra como Profesor asociado regular. En 1990 obtuvo su primer título de Doctor con su trabajo “Teoría del delito y disvalor de acción”. Una beca de la Fundación Alexander von Humboldt le permitió a Sancinetti una estancia en Bonn entre los años 1991 y 1993, donde él estudió e investigó durante dos años y medio bajo la dirección de Günther Jakobs. Sancinetti caracteriza esta época, en mirada retrospectiva, como “una de las experiencias intelectuales más agradables y nutritivas” de su vida.² Un producto de los años en Bonn es la obra de Sancinetti más conocida en Alemania sobre “Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch” (Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa), que apareció en lengua alemana en 1995. Se trata de la versión alemana de su segundo trabajo de

¹ Ver su autobiografía en Eric Hilgendorf (comp.), *Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Berlin 2019, p. 407–438 (409).

² Autobiografía (nota 1), S. 425.

tesis doctoral, que él había presentado en 1994 ante la Universidad Complutense de Madrid. La idea básica de la obra es la de librar al concepto de ilícito de la “magia causal” y del disvalor de resultado. En la actualidad, Sancinetti es uno de los representantes más importantes de un subjetivismo radical en el Derecho Penal.

En 1996 Sancinetti recibió el título de Profesor titular regular de la Universidad de Buenos Aires, una posición que conserva hasta hoy. Tal como es usual en la Argentina, fue y es, junto a su ejercicio como profesor universitario, también activo en la profesión de abogado. En esta función redactó, a partir de 2010, un muy extenso dictamen para la Conferencia Episcopal Argentina, lo cual lo puso en contacto personal con su presidente de entonces, el Cardenal Jorge Mario Bergoglio (hoy Papa Francisco), a quien visitó en 2013 en la Ciudad del Vaticano.

En el año 2007 Sancinetti llevó a cabo una estancia de investigación en Friburgo, bajo la tutoría científica de Wolfgang Frisch, para investigar la relevancia de los cursos causales hipotéticos en el Derecho Penal. También esta estadía fue financiada por la Fundación Alexander von Humboldt. En el año 2010 le fue otorgado un título de Doctor *honoris causa* por la Universidad de la Cuenca del Plata (Corrientes, Argentina). Más allá de eso, tradujo al español numerosas obras alemanas, en ocasiones en colaboración con sus discípulos.

Los numerosos trabajos científicos de Sancinetti hallaron un gran reconocimiento en toda la ciencia del Derecho Penal de lengua española y alemana, algo que resulta por demás digno de señalar, dado que el venerado homenajeado, a lo largo de su vida, más bien ha mostrado la inclinación a querer “nadar contra la corriente”. Forman parte de sus virtudes una voluntad incondicional por la verdad, la independencia científica, la coherencia y la tenacidad, que acompañan su humildad y amabilidad, sobre todo frente a las científicas y científicos jóvenes. Actualmente, Sancinetti forma parte de los más importantes constructores de puentes entre la ciencia del Derecho Penal latinoamericana y la alemana y de los representantes más excelsos de la ciencia del Derecho Penal del mundo entero.

Este Libro de Homenaje no habría podido aparecer sin el comprometido apoyo de nuestras colaboradoras y colaboradores de Würzburg y Buenos Aires. Los compiladores agradecen especialmente al Sr. Leandro A. Dias, a la Sra. María Lucila Tuñón Corti, al Sr. Nicolas Woltmann y al Sr. Justus Alain Köhn por el comprometido apoyo en el trabajo de revisión de las redacciones de las contribuciones. Además, debemos agradecer a la editorial Duncker & Humblot y a su director, Sr. Dr. Florian Simon, por la predisposición a acoger la obra en la “Schriftenreihe zum Strafrechtsvergleich” (Serie de escritos sobre Derecho Penal comparado).

Los compiladores esperan que el ejemplo de Sancinetti inspire, también en el futuro, a muchas jóvenes científicas y muchos jóvenes científicos de América

Latina, Europa y del resto del mundo y que motive al trabajo en común en la ciencia internacional del Derecho Penal.

Würzburg y Buenos Aires, mayo de 2020

*Eric Hilgendorf,
Marcelo D. Lerman
y Fernando J. Córdoba*

Inhaltsverzeichnis

I. Grundlagen

<i>Kai Ambos und Peter Rackow</i>	
Was ist Gesinnungsstrafrecht? Überlegungen unter Berücksichtigung des § 89a Abs. 2a StGB	19
<i>Jörg Arnold</i>	
Rechtsradikalismus und Strafrecht. Einige Betrachtungen aus Anlass des Buches von Kai Ambos „Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung“	37
<i>Enrique Bacigalupo</i>	
La recepción de la dogmática penal alemana en la ciencia penal argentina ...	65
<i>Alejandro Chehtman</i>	
Subjetivismo y objetivismo en la ética de los conflictos armados	79
<i>María Angélica Gelli</i>	
Las complejidades de la punición en Argentina y las leyes interpretativas en materia penal	91
<i>Luís Greco</i>	
Strafe als Bürgerpflicht? Reflexionen zur Straftheorie von Michael Pawlik ...	105
<i>Ulfrid Neumann</i>	
Zufall, Gerechtigkeit und strafrechtliche Zurechnung	119
<i>Guillermo Orce</i>	
Sind Pflichten eines anderen zu erfüllen?	133
<i>Michael Pawlik</i>	
Die bürgerliche Mitwirkungspflicht im Strafrecht und die Stellung der Exkludierten	145
<i>Guido Pincione</i>	
Suerte moral, capitalismo y socialismo	159
<i>Alejandro F. Poquet</i>	
La imagen en el derecho penal	173
<i>Yesid Reyes</i>	
Der Mythos des Erfolges	189
<i>Eduardo Rivera López</i>	
Cómo rechazar la suerte moral en los resultados y no en las circunstancias ...	201

<i>Friedrich-Christian Schroeder</i>	
Beobachtungen zur Theorie der Strafgesetzgebung	213

<i>Horacio Spector</i>	
Verantwortung, Kausalität und Freier Wille	219

II. Allgemeiner Teil

<i>Fernando J. Córdoba</i>	
La competencia de la víctima. La aplicación de las reglas de la teoría del delito para su determinación	237

<i>Leandro A. Dias</i>	
Hypothetische Einwilligung und Patientenautonomie. Eine analytische Rekonstruktion der Debatte	253

<i>Daniel H. Domínguez Henáin</i>	
El tratamiento jurídico penal de la injerencia en el código penal paraguayo ..	271

<i>Edgardo Alberto Donna</i>	
La imputación subjetiva	285

<i>Armin Engländer</i>	
Zur Begründung der Notwehr im deutschen Strafrecht: überindividualistisch, dualistisch oder individualistisch?	297

<i>Gonzalo D. Fernández</i>	
El error sobre las causas de justificación	313

<i>Marcelo Ferrante</i>	
El problema de la imprudencia	333

<i>Wolfgang Frisch</i>	
Konzepte der Unrechtsbegründung	347

<i>Helmut Frister</i>	
Psychisch vermittelte Kausalität	367

<i>Gonzalo García Palominos</i>	
Imputación a la persona jurídica por la conducta delictiva de una persona física: ¿imputación penal por sus consecuencias?	385

<i>Gustavo E. L. Garibaldi</i>	
Antijuricidad y justificación. ¿Dos caras de la misma moneda?	399

<i>Enrique Gimbernat Ordeig</i>	
Die Aidsübertragung durch Geschlechtsverkehr als straflose Selbstgefährdung	419

<i>Anette Grünewald</i>	
„Sozialethische“ Einschränkungen des Notwehrrechts	427

<i>Volker Haas</i>	
Subjektive Unrechtslehre, Versuch und Rücktritt – eine kritische Würdigung der Theorie von Sancinetti	439
<i>Eric Hilgendorf</i>	
Unrechtshandlung und kausale Zurechnung. Ein Vorschlag zur Fortentwicklung der Lehre von der objektiven Zurechnung	451
<i>Andreas Hoyer</i>	
Verwirklichungs- und Vermeidewillen bei Vorsatz und Fahrlässigkeit	473
<i>Günther Jakobs</i>	
Bemerkungen zur Kausalität als Vorsatzgegenstand	485
<i>Urs Kindhäuser</i>	
Sobre el consentimiento en el derecho penal	499
<i>Michael Kubiciel</i>	
Geschichts- und Begriffspolitik in der Debatte um das Unternehmensstrafrecht	513
<i>Carsten Kusche</i>	
Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber sozialer Netzwerke. Eine Bewährungsprobe (nicht nur) für die Dogmatik des Allgemeinen Teils des Strafrechts	529
<i>Carlos J. Lascano y Diego A. Peretti Ávila</i>	
El regreso del <i>dolus malus</i> , pero ahora en el tipo	543
<i>Marcelo D. Lerman</i>	
Unterlassen durch Tun	551
<i>Juan Pablo Mañalich R.</i>	
Situación-de-deber y acabamiento de la tentativa	563
<i>Omar Palermo</i>	
Das eigene Unrecht der Teilnahme an einer fremden Tat?	577
<i>Nelson R. Pessoa</i>	
Autor en el derecho argentino es el “ejecutor del hecho”, art. 45 CP. Propuesta de reconstrucción dogmática	593
<i>Ingeborg Puppe</i>	
Strafrechtliches Glück für den Täter, aber nicht für das Opfer? Zur Erfolgszurechnung beim <i>dolus generalis</i>	609
<i>Ricardo Robles Planas</i>	
Die Struktur der Beteiligung	617
<i>Frauke Rostalski</i>	
Straftatbegriff und strafbefreiender Rücktritt. Zur gebotenen Abkehr von den gesetzesfremden Begriffen des fehlgeschlagenen, beendeten und unbeendeten Versuchs	635
<i>Maximiliano Rusconi</i>	
Die Anstiftung: eine umstrittene Form der strafbaren Teilnahme	653

<i>Jesús-María Silva Sánchez</i> „Verschämte Zufallshaftung“ bei fahrlässigen Straftaten?	669
<i>Kolis Summerer</i> Hypothetische Kausalverläufe und rechtmäßiges Alternativverhalten	681
<i>Gustavo F. Trovato</i> Problemas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dogmática y compliance	693
<i>José Urquiza Olaechea</i> Causalidad y normativismo en el derecho penal. Correctivos desde la presunción de inocencia	705
<i>Mario Villar</i> Las acciones neutrales	719

III. Besonderer Teil

<i>José R. Béguelin</i> Strafverteidigerhonorar, Geldwäsche und Hehlerei	735
<i>José Antonio Caro John</i> La participación del <i>extraneus</i> en los delitos de infracción de deber	751
<i>Paola Dropulich</i> Perspectivas de fundamentación de la responsabilidad penal en la estafa	769
<i>María de las Mercedes Galli</i> Falsificación de moneda y bien jurídico protegido	785
<i>Héctor Hernández Basualto</i> De nuevo sobre el enriquecimiento ilícito	795
<i>Thomas Kliegel</i> Handlungs- und Erfolgsunwert illegaler Straßenrennen	805
<i>Hans Kudlich</i> „Externe interne“ Ermittlungen bei Berufsheimnisträgern und die Reichweite des § 203 StGB	817
<i>Wolfgang Mütsch</i> Rücktritt vom untauglichen Deliktsunternehmen	829
<i>Gonzalo Javier Molina</i> El aborto en el bloque de constitucionalidad	845
<i>Luis Emilio Rojas A.</i> Falso testimonio como frustración de una pretensión de verdad	857
<i>Claus Roxin</i> Zum Gefahrzusammenhang bei der Körperverletzung mit Todesfolge	871

<i>Brian Valerius</i>	
Einwilligung in gemeingefährliche Straftaten	889

IV. Strafprozessrecht

<i>Javier Esteban de la Fuente</i>	
La legitimidad de la internación de incapaces de culpabilidad como medida de seguridad penal	903
<i>José Milton Peralta</i>	
Nemo tenetur: warum eigentlich?	913
<i>Mariana Sacher</i>	
Zur Herausbildung des inquisitorischen Prozessmodells. Paradigmenwechsel in Lateinamerika	927
<i>Eugenio C. Sarrabayrouse</i>	
Die singuläre Zeugenaussage und die Beweiswürdigung	939
<i>Bernd Schünemann</i>	
Urteilsabsprachen im Strafverfahren oder die Rückkehr des Rechtsstaats zum Tauschhandel. Eine mit Fußnoten versehene Festrede	953
<i>Petra Velten</i>	
Konkrete und abstrakte Zweifel bei der Beweiswürdigung	969
<i>Thomas Wostry</i>	
Die Beweisantragsfrist gemäß § 244 Abs. 6 S. 3 und 4 StPO	981
<i>Patricia S. Ziffer</i>	
Principio de inocencia y sentencias erróneas: las enseñanzas del “caso Cabituna”	999

V. Kriminologie und internationale Kriminalpolitik

<i>Manuel Cancio Meliá</i>	
Rechtsraum der Europäischen Union, Unionsbürgerschaft und Auslieferung von EU-Bürgern. Betrachtungen aus spanisch-deutscher Perspektive	1021
<i>Ivó Coca-Vila</i>	
Die strafähnliche Ausbürgerung von Terroristen	1035
<i>Alejandro Kiss</i>	
Autoría mediata: hacia otra expansión en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional	1053
<i>Norbert Lösing</i>	
ESMA und GRÖNING. Die späte Reaktion auf Systemunrecht	1067
<i>Teresa Manso Porto</i>	
Strafrecht als Instrument der Migrationskontrolle?	1083

<i>Walter Perron</i>	
Justicia penal transicional: la experiencia Alemana	1097
<i>Letizia Seminara</i>	
Algunas observaciones sobre el funcionalismo penal europeo, en torno al art. 83 TFUE	1113
Lista exhaustiva de publicaciones Prof. Dr. mult., Dr. h.c. Marcelo Alberto San- cinetti	1125
Autorenverzeichnis	1151

I. Grundlagen

Was ist Gesinnungsstrafrecht?

Überlegungen unter Berücksichtigung des § 89a Abs. 2a StGB

Von Kai Ambos und Peter Rackow

Marcelo Sancinetti steht für ein explizit subjektivistisches Unrechtsverständnis,¹ wie es hierzulande insbesondere von Armin Kaufmann, Diethart Zielinski und Eberhard Struensee vertreten wird.² Charakteristisch für sein System ist dabei der Blick auf die *kognitive* Erfassung des (unerlaubten) *Risikos*³ durch den Täter, welches die Schwelle zur Strafbarkeit markiert,⁴ sodass der dem beendeten Versuch die Grund-

¹ Vgl. insbesondere *Sancinetti*, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, Bogota 1995; hier in deutscher Übersetzung zitiert: Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch, Köln/Berlin/Bonn/München 1995; vgl. auch *ders.*, Teoría del delito y disvalor de acción, Buenos Aires 2001 (Begründung eines personalen, am Handlungsunwert orientierten Unrechtsverständnisses).

² Vgl. *Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Göttingen 1954; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß, Berlin 1973 (übersetzt von Sancinetti: Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito, Buenos Aires 1990; siehe ferner seine Übersetzung der Kommentierung Zielinskis der §§ 15–16 StGB im AK-StGB: Dolo e imprudencia. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código penal alemán, Buenos Aires 2003); *Struensee*, Versuch und Vorsatz, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), GS Armin Kaufmann (1989), S. 523 ff. sowie Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität, ZStW 102 (1990), S. 21 (zusammenfassende Übersetzung von Sancinetti: Dolo, tentativa y delito putativo, Buenos Aires 2003).

³ *Sancinetti*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), FS Roxin (2001), S. 349 (356 f.): „Wird dem ‚Willens‘element des Vorsatzes konstitutive Bedeutung zugemessen, so impliziert dies ein Verständnis des Vorsatzes als ‚böser Wille‘, das als Relikt eines *Gesinnungsstrafrechts* abzulehnen ist; nur die *Kenntnis eines relevanten Risikos* ist entscheidend“. *Sancinetti*, Teoría del delito, S. 92: „En la común tendencia a ver una mayor gravedad del dolo directo, sobre el eventual, sí es manifiesta la influencia de un derecho penal de ánimo, porque la ‚decision de accion‘, como tal, debería ser lo decisivo; y no el mayor o menor *deseo* en los resultados de la *decisión*.“ (Herv. im Original).

⁴ *Sancinetti*, Subjektive Unrechtsbegründung, S. 43: „Das Strafrecht vermag jenen Willensschluß zu erfassen, der gemäß der Vorstellung des Täters schon eine aktuelle Anmaßung eines *fremden* Organisationskreises bedeutet (in maleficiis voluntas spectatur, non exitus)“. Insoweit geht es jedoch nicht um eine Form eines Täterstrafrechts, denn an den *Willensschluß* wird eben nicht etwa als Persönlichkeitsausdruck angeknüpft, sondern als Entscheidung für ein gefährliches Tun (vgl. o. Fn. 3). Vgl. hier auch *Sancinetti*, Teoría del delito, S. 94 „Naturalmente, una teoría del ilícito circumscripita al disvalor de acción (entendido como disvalor de la voluntad de realización) no sólo ofrecería ya una *handicap* imposible de

lage gebende unwiderrufliche (*kognitive*) Entschluss beispielsweise für die Herbeiführung des Todes eines anderen Menschen sich als „perfekte[r] Bruch“ des Tötungsverbots darstellt.⁵ In diesem Zusammenhang hat er sich auch, wie wir unten erneut sehen werden⁶, zum Gesinnungsstrafrecht geäußert. Wir hegen deshalb die Hoffnung, dass die folgenden, ihm in jahrzehntelanger Verbundenheit zugeeigneten Überlegungen auf sein Interesse stoßen werden.

I. Begriffliche Vorüberlegungen

Mit der – schwer zu datierenden⁷ – Einführung der Gesinnung in das Strafrecht wird es notwendig, den zunächst psychologisch, insbesondere philosophisch und auch alltagssprachlich besetzten bzw. entwickelten Begriff der *Gesinnung*⁸ strafrechtlich zu legitimieren und operationalisieren. Zum Teil geschieht dies dadurch, dass (aus einem außerstrafrechtlichen Begriffsverständnis herrührende) Inhalte, die als Anknüpfungspunkte für strafrechtliche Wertungen bzw. Konsequenzen ungeeignet erscheinen, begriffsmodifizierend ausgeschieden werden. Dies gilt etwa für die Abschichtung des Soseins des Täters, seines Charakters aus einem strafrechtlichen Gesinnungsbegriff⁹ und insbesondere für die Abgrenzung gegenüber einem reinen „Gedankenstrafrecht“.¹⁰ Verschiedentlich findet sich des Weiteren ein Bemühen,

superar, sino que sería además equivocada (conceptualmente) y peligrosa (políticamente), si identificara la *decisión de voluntad*, como concordante con la acción prohibida, o distinta a ésta, según cómo fuera la *personalidad del autor*.“ (Herv. im Original).

⁵ Vgl. *Sancinetti*, Subjektive Unrechtsbegründung, S. 66; *Sancinetti*, GA 2016, 411 (421): „... ab einem bestimmten Entwicklungsstadium [tritt] entweder Vollendung ein [...] oder eben nicht ..., ohne dass dem freien Willen dieser Unterschied angelastet werden kann“. Angesichts dessen stellt eine Erfolgs(unrechts)orientierung, aus der Sicht *Sancinetti*s, die er insbesondere in Auseinandersetzung mit dem diesbezüglichen Ansatz Carlos S. Ninos' entwickelt, keine Gewähr für ein liberales Strafrecht dar. Vgl. *Sancinetti*, Teoría del delito, S. 79 ff., prägnant S. 86 („... no se puede disuadir otra cosa que una *decisión de acción*“) (Herv. im Original).

⁶ Vgl. Haupttext zu Fn. 42 u. 44 sowie bereits o. Fn. 3.

⁷ Wann diese stattgefunden hat, ist schwer zu sagen. *Schmidhäuser* verweist in seinem grundlegenden Werk „Gesinnungsmerkmale im Strafrecht“, S. 1 insoweit auf das Rechtsverständnis der „... soziologischen Schule“ (vgl. zu v. *Liszt* insoweit u. Fn. 13 mit Haupttext), des Weiteren darauf, dass das StGB seit seiner Einführung mit dem Begriff der Gesinnung arbeitet sowie auf die hinter den Begrifflichkeiten stehende (rechts-)philosophische Frage, „inwieweit sich das Strafrecht mit der Gesinnung des Täters befassen dürfe“. *Kelker*, S. 8 m.w.N. verweist auf „Hinweise auf eine Berücksichtigung der Gesinnung des Täters“ bereits in der *Constitutio Criminalis Carolina* und der *Constitutio Bambergensis*. Sehr modern anmutende Passagen etwa bei *Feuerbach* oder *Zachariä* (u. Fn. 31 u. 33) deuten darauf hin, dass die mit dem *Begriff* des Gesinnungsstrafrechts verbundene *Sach*problematik schon lange als solche im Blick der Wissenschaft ist.

⁸ Vgl. insoweit *Schmidhäuser*, S. 24 ff.

⁹ Vgl. *Kelker*, S. 147 m.w.N.

¹⁰ Vgl. insow. bspw. die Unterscheidung zwischen einem tatbezogenen Gesinnungsstrafrecht („*in maleficiis animus*“) und einem nicht tatbezogenen Willensstrafrecht („*in maleficiis*

ein einem vorstrafrechtlichen Gesinnungsbegriff anhaftendes Moment der *Dauerhaftigkeit*¹¹ abzuschleifen und so den Begriff der Gesinnung für auf *konkrete Taten* bezogene Wertungen tauglich zu machen.¹² Eine ganz andere, dezidiert am Strafzweck der Spezialprävention ausgerichtete Herangehensweise findet sich dann bei *v. Liszt*: legitimiert man Strafe und Strafrecht spezialpräventiv, mag sich das Verbrechen objektiv als „antisoziale Richtung“ einer Handlung und subjektiv als „die antisoziale Gesinnung“ des „Verbrecher[s]“ charakterisieren lassen.¹³ Es lässt sich also festhalten, dass der Begriff „Gesinnungsstrafrecht“ bisweilen ein Strafrecht meint, dass ganz ausdrücklich an dasjenige, was seine Verfechter jeweils unter „Gesinnung“ verstehen, anzuknüpfen sucht. Dies gilt natürlich insbesondere für die Exponenten eines dezidiert ideologisch-politischen Strafrechtsverständnis-

voluntas“) bei *Bettiol*, in: Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Hrsg.), FS-Bockelmann (1979), S. 333 (340); hierzu auch *Ambos*, GA 2009, 561 (575). Freilich zeigt sich, dass die Begrifflichkeiten bzw. überlieferten Lehrsätze nicht einheitlich gehandhabt werden; so versteht *Sancinetti*, wie gesehen (o. Fn. 3 f.), die von Kaiser *Hadrian* überlieferte Wendung „in maleficiis voluntas spectatur, non exitus“ (Digesten 48. 8. 14., dt. Übersetzung bei *Glöckner*, S. 47: „bei Missetaten wird auf den Willen geachtet, nicht auf den Erfolg“) gerade nicht in einem *täterstrafrechtlichen* Sinne. *Sancinetti*, Subjektive Unrechtsbegründung, S. 41 erläutert dann auch, dass dem Satz des *Ulpian* („cogitationis poenam nemo patitur“, Digesten 48. 19. 18., dt. Übersetzung bei *Glöckner*, S. 47: „[Bloßer] Gedanken Strafe erduldet niemand“) lediglich ein „Bewertungsverbot bezüglich derjenigen Gedanken, die überhaupt noch nicht von der Herrschaft losgelöst sind“, entnommen werden könne, sodass dieser durchaus mit dem Reseript („Rückantwort“) des *Hadrian* in Einklang zu bringen sei (so auch schon etwa *Berner*, S. 269).

¹¹ Exemplarisch etwa *Binder*, ZStrR 67 (1952), 307 (313) („Dauerhaltung der Psyche“); *Schmidhäuser*, S. 69 („eine auf die Verwirklichung sittlicher Ideale gerichtete geistige Werthaltung von gewisser Dauer“); aus neuerer Zeit *Timm*, S. 18 f. m.w.N, die ein Verständnis von Gesinnung als „einer Einstellung bzw. Haltung des Einzelnen zu gesellschaftlichen Werten“ als konsensual erachtet und dann selbst Gesinnung definiert als „Grundhaltung zu Werten ..., die von gewisser Beständigkeit ist, jedoch entsprechend ihrer Entstehung durch freien Willensakt geändert werden kann“ (37) (Herv. im Original).

¹² Exemplarisch insoweit *Gallas*, in: Engisch/Maurach (Hrsg.), FS Mezger (1954), S. 311 (324): „Wert oder Unwert der in der *konkreten Tat* aktualisierten *Haltung*“ (unsere Herv.); vgl. auch *Gallas*, ZStW 60 (1941), 374 (380): „Der gesuchte Täterbegriff darf andererseits auch nicht von der verbrecherischen Tat abstrahieren, nicht wie der kriminelle Tätertyp allein auf das individuelle So-sein des Täters gegründet sein. Denn es handelt sich ja um eine Fragestellung innerhalb des Tatstrafrechts, nicht um die Auffindung eines anderweitigen Strafprinzips“. In diese Richtung weisen insbes. auch die Rechtsprechung sowie die Erläuterungen des Schrifttums zu § 46 Abs. 2 S. 2 StGB; vgl. etwa MüKoStGB/*Miebach/Maier*, 3. Aufl. 2016, StGB § 46 Rn. 193 („Einstellung ..., die sich in der Tat ausgedrückt hat“); auch *Fischer*, StGB, 67. Aufl. 2020, § 46 Rn. 27. Bei alledem ergeben sich Berührungspunkte zwischen einem (strafrechtlichen) Gesinnungsbegriff und dem Begriff des Gewissens bzw. damit dem Problem des Gewissenstäters. Der diesbezügliche Diskurs lässt sich indes anhand seiner Stoßrichtung – inwieweit ist (diesseits der Fälle des Verbotsirrtums) dem Umstand strafrechtlich Rechnung zu tragen, dass eine Straftat Ausdruck einer Gewissensentscheidung ist (eingehend *Frisch*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter [Hrsg.], FS Schroeder [2006], S. 11 ff.)? – gegenüber der hier zu behandelnden Thematik absichten.

¹³ *v. Liszt*, S. 386: „Die verbrecherische Gesinnung ist die *rechtswidrige*, oder was dasselbe sagen will, die *antisoziale* Gesinnung“.