

## VI. § 20 StGB: zur Legitimation eines vernünftigen strafrechtlichen Schuldprinzips

### 1. Zur Auslegung der Norm

Bekanntlich setzt das Strafrecht die Schuldfähigkeit eines rechtswidrig Handelnden als Normalfall grundsätzlich voraus und regelt deshalb nicht deren Voraussetzungen, sondern ihren Ausschluss. Der Wortlaut des § 20 StGB spielt für meine weiteren Überlegungen eine wichtige Rolle; daher sei er zur genauen Reminiszenz trotz seiner Geläufigkeit zitiert:

§ 20: „Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit *unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.*“ (Hervorhebungen von mir.)<sup>174</sup>

Der erste der beiden genannten Defekte, der kognitive, ist problemlos und unstreitig: Wer nicht wissen kann, dass er so, wie er handelt, nicht handeln darf, handelt ohne Schuld. Problematisch ist dagegen der zweite, der sog. motivationale oder Steuerungsdefekt. Er berührt ersichtlich das Problem der Willensfreiheit. Sein Wortlaut lässt, wie wohl das in der Strafrechtsdogmatik kaum je erwähnt wird, zwei grundsätzlich verschiedene Deutungen zu:

*Erstens:* „Der Täter ist jemand, von dem wir wissen, dass er sich *generell* normgemäß verhalten kann, also normtreu motivierbar ist. Somit ist er jemand, der im Sinn des § 20 als Person die Fähigkeit hat, 'nach seiner Einsicht' – nämlich in den Normbefehl – zu handeln. 'Bei Begehung der Tat' lag keiner der in § 20 genannten Umstände vor (krankhafte seelische Störung etc.). Also ist der Täter schuldfähig.“

174 Die sog. Zweistufen-Struktur der Vorschrift, nämlich (1.) die Liste der schuldrelevanten psychischen Krankheiten und (2.) das Merkmal der daraus folgenden Unfähigkeit zur Unrechtseinsicht oder zur normgemäßen Selbstbestimmung, wird im Folgenden nicht spezifisch erörtert.

*Zweitens:* „Der Täter ist jemand, von dem wir genau wissen, dass er unmittelbar bei Begehung der konkreten Tat, die zur Aburteilung ansteht, nach seiner vorhandenen normativen Einsicht hätte handeln können, also *anders*, als er es getan hat. Somit ist er schuldfähig.“

*Zur ersten Deutung:* Sie hat keinerlei Probleme mit der Annahme eines neuronalen Determinismus, ist also kompatibilistisch. Ob die generelle normative Motivierbarkeit des Täters determiniert ist oder nicht, spielt keine Rolle; nur feststellbar muss sie sein. Ist sie das, dann gehört zu den persönlichen Eigenschaften des Handelnden genau die Fähigkeit, die § 20 voraussetzt: sich normtreu zu verhalten. Ob er in der konkreten Situation seines rechtswidrigen Handelns *auch* dazu fähig gewesen wäre, ist irrelevant. Denn das verlangt § 20 nach dieser Lesart gerade nicht. Wohl setzt die Vorschrift (e contrario) voraus, dass die Fähigkeit zur normgemäßen Selbstbestimmung „bei Begehung der Tat“ bestand, nämlich genau dann, als der Täter zum Versuch unmittelbar ansetzte (vgl. § 8 StGB). Doch bezieht sich das nur auf jene allgemeine Charaktereigenschaft. Diese kann aber auch dann aktuell vorhanden sein, wenn sie im konkreten Fall nicht aktivierbar ist, also etwa ein Straftäter bei Begehung der Tat seinen entsprechenden Willen nicht zügeln kann. Denn generell vorhandene, sog. „dispositionelle“ Fähigkeiten bleiben von der Möglichkeit oder Unmöglichkeit ihrer Aktivierung zu einem konkreten Zeitpunkt grundsätzlich unberührt. So hat z.B. der Pianist P auch dann *gegenwärtig* die Fähigkeit zum Klavierspielen, wenn er gerade im Schwimmbad seine Bahnen zieht und weit und breit kein Klavier vorhanden ist, auf dem er jetzt im Moment spielen könnte.

Legt man die Vorschrift in diesem Sinne aus, so bleibt man zwar noch im Rahmen ihres Wortlauts, zieht ihr aber ein gravierendes Legitimationsproblem zu. Dass jemand, sagen wir, vierzig Jahre seines Lebens keine einzige der zahllosen Gelegenheiten, einen anderen zu berauben, ausgenutzt hat, bedeutet nicht, dass er im einundvierzigsten Jahr, in dem er's unversehens doch getan hat, die Tat ebenfalls hätte vermeiden können. Ist seine dispositionelle Fähigkeit zum generell normtreuen Verhalten Produkt seiner neuronalen Determination, so liegt die Erklärung für das Ausscheren der einen strafbaren Handlung aus

seiner sonstigen Biographie nachgerade auf der Hand: Der Gesamtkomplex innerer wie äußerer Determinanten *dieser* Tat, muss mindestens ein besonderes Element enthalten haben, das den entscheidenden Unterschied zum allgemeinen Typus der bisherigen Raubgelegenheiten ausgemacht hat. Der Täter, der sonst solche Taten vermeiden kann, konnte es deshalb hier nicht. (So wie sich etwa ein Chirurg, der die oft bewiesene Fähigkeit zu schwierigen Hirnoperationen hat, am geöffneten Schädel seines eigenen Kindes dazu definitiv außerstande sehen mag.) Darf man einen solchen Räuber bestrafen? Ist es gerecht zu sagen: Er mag diese konkrete Tat nicht haben vermeiden können, aber vor dem Hintergrund der oben skizzierten möglichen Auslegung des § 20 ist das ohne Bedeutung, denn seine allgemeine persönliche Fähigkeit zur Vermeidung solcher Taten reicht für seine Schuldfähigkeit „bei Begehung“ auch dieser Tat aus? Das ist alles andere als klar. Zu haben ist diese Emanzipation des § 20 vom Freiheitsproblem daher nur um den Preis, ihn als Problem der Strafgerechtigkeit zurückzulassen.

*Zur zweiten Deutung:* Sie hat keinerlei Probleme mit der Legitimation der Schuldzuschreibung – *wenn* das, was sie (ihrer Interpretation des „Fähigkeits“-Begriffs in § 20 entsprechend) im konkreten Fall dem Täter attestiert, wahr ist: dass er diese eine, konkrete Tat hätte vermeiden können. Freilich ist die Wahrheit eines solchen Attests wenig wahrscheinlich. Sie begegnet sämtlichen Schwierigkeiten, die wir in unserer bisherigen Analyse erörtert haben.

Die erste Deutung wird, soweit ich sehe, im Strafrecht nicht vertreten.<sup>175</sup> Man ist sich einig darüber, dass die in § 20 vorausgesetzte schuldbegründende Fähigkeit eine aktuell praktikierbare und nicht nur eine dispositionelle sein muss. Und dass sie jedenfalls dem Wortlaut nach ein Andershandelnkönnen des Täters meint, ist schwerlich bestreitbar. Der schuldige Täter muss also bei Beginn seiner konkreten Tatbegehung in der Lage gewesen sein, normgemäß statt rechtswidrig

175 Dagegen deutet, wenn ich recht sehe, der Philosoph *Beckermann* § 20 so; vgl. *ders.* (Anm. 172), S. 304 ff.

zu handeln. Damit entspricht § 20 genau dem oben (unter II.3.) dargelegten Prinzip PAM.<sup>176</sup>

Das, so sollte man meinen, müsste dazu führen, dass in der Strafrechtswissenschaft entweder die Möglichkeit eines schuldigen Täters, seine konkrete Tat zu unterlassen, genauso wie in § 20 vorausgesetzt, oder aber die Regelung selbst abgelehnt wird. Die herrschende Lehre zur Schuldfähigkeit schlägt jedoch beide Alternativen aus. Sie bekennt sich, wenngleich meist beiläufig, in der Freiheitsfrage zum Agnostizismus, erklärt also den (neuronalen) Determinismus für möglicherweise richtig, und versucht auf dieser Grundlage dem Erfordernis des Andershandelns in § 20 einen plausiblen Sinn zu geben. Wie das befriedigend gelingen könnte, ist freilich schwer zu sehen. Die vorhandenen Auffassungen lassen sich grob in zwei Lager teilen<sup>177</sup>: Die einen formulieren Kriterien, die es rechtfertigen sollen, aus feststellbaren sonstigen Tatsachen, sei es solchen über den Straftäter, sei es solchen über vergleichbare andere Personen, den zumindest naheliegenden Schluss zu ziehen, er habe bei der Tatbegehung die Fähigkeit zur Unterlassung der Tat wirklich gehabt, obzwar genau dies nicht direkt feststellbar sei.<sup>178</sup> Die meisten halten jedoch einen solchen Rückschluss für unmöglich; sie nehmen an, der Gesetzgeber schreibe mittels einer „normativen Setzung“ jene Fähigkeit dem Normalmenschen als konstitutives Element des Status einer Rechtsperson lediglich zu.<sup>179</sup>

176 Die Deutung, § 20 setze voraus (oder akzeptiere immerhin), dass *niemand* jemals anders handeln kann, als er handelt, lasse dies aber nur in einer Kausalverbindung mit einem der genannten psychischen Defekte zum Schuldausschluss führen, ist zwar möglich, erscheint aber wenig sinnvoll, weil sie ein evidentes und schwer lösbares Gerechtigkeits- (Gleichbehandlungs-)Problem erzeugt; sie wird auch nirgendwo vertreten.

177 Genauer zu den verschiedenen Lehren *Roxin* (Anm. 124), § 19 Rn. 18 ff. – Daneben gibt es natürlich auch zahlreiche strafrechtliche Libertarier, die die Prämisse des § 20 (die Möglichkeit des Andershandelns im Normalfall) für *de facto* richtig halten; dazu gehört v.a. die gesamte Judikatur, einschließlich des BVerfG.

178 Z.B. *Mangakis*, Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit, in: ZStW 75 (1963), 499 ff. (519); ähnlich *Jescheck/Weigend*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 411, m.w.N.

179 V.a. *Roxin*, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, in: ZStW 96 (1984), 637 ff. (647,

Beide Auffassungen sind naheliegenden Einwänden ausgesetzt. Der Rückschluss aus dem früheren Leben eines Täters auf dessen Andershandelnskönnen zum Tatzeitpunkt begründet bestenfalls eine Vermutung; wäre er zwingend, so wäre er der (voraussetzungsgemäß nicht mögliche) Nachweis des Andershandelnskönnens. (Und der „Schluss“ vom Können *Anderer* auf das des Täters verdient schon diese Bezeichnung nicht.) Die These von der „normativen Setzung“ ist dagegen abstrakt genug, um zunächst in der Sache einzuleuchten. Aber sie ignoriert erstens den Wortlaut des § 20, der als entscheidende Differenz zwischen Schuldfähigen und -unfähigen die *Fähigkeit* und nicht die Fiktion des Andershandelnskönnens bezeichnet.<sup>180</sup> Und sie wirft zweitens mit dieser Fiktion das Problem der Legitimität einer *solchen* Schuldfeststellung unvermittelt in seiner ganzen Schärfe auf. Was rechtfertigt diese Fiktion? Nun gibt es in der Strafrechtslehre selbstverständlich eine ganze Reihe von Versuchen, darauf begründet zu antworten. Nach meinem Eindruck nimmt allerdings die Mehrheit auch der bekennenden Agnostiker diese dem Gesetz unterstellte „normative Zuschreibung“ ohne weiteres und sozusagen mit der Geste des Achselzuckens hin. Agnostiker kann man wohl aus zwei recht verschiedenen Gründen sein: weil man ein Andershandelnskönnen, oder weil man ein Nichtandershandelnskönnen zwar jeweils nicht für beweisbar, aber doch insgeheim für wahrscheinlich hält. Neigt man zum ersteren, so wird man der Legitimationsfrage weniger Gewicht beimessen als jemand, dem die letztere Sicht näher ist.

Mein eigener Standpunkt dazu ist inzwischen offensichtlich: Nach dem Stand des verfügbaren Wissens spricht nichts für die Annahme, ein normaler Straftäter könnte sich im Moment seines Ansetzens zur Tatbegehung unter identischen Außen- und Innenweltbedingungen

650); *ders.*, (Anm. 124), § 19 Rn. 36 ff.; *Streng*, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. I, 2003, § 20 Rn. 26, m.w.N.

180 Gewiss können „Fähigkeiten“ auch als wirkliche „normativ gesetzt“ werden, aber nur, wenn sie – als *rechtliche* Befähigungen – dadurch zugleich *konstituiert* werden (z.B. die aktive/passive Wahlfähigkeit o.ä.). Werden aber *de-facto*-Fähigkeiten „gesetzt“, die (voraussetzungsgemäß) nicht nachweisbar sind, so werden sie fingiert.

noch anders entscheiden und die Tat unterlassen. Selbstverständlich spricht auch nichts für die Annahme, dass dies der Weltweisheit letzter Schluss sein muss. Aber mehr und etwas anderes als die Weisheit unserer Gegenwart haben wir nicht. Und keine Generation sollte über dem Horizont ihrer eigenen Einsichten auf die besseren einer klügeren Zukunft spekulieren. Jedenfalls dem Strafrechtsanwender ist so etwas nicht gestattet.

Aber einer, so wird gesagt, darf es doch: der Gesetzgeber:

„Dass es Willensfreiheit nicht gibt, ist nicht erwiesen, dass es sie gibt, freilich auch nicht. Unter dem Dach dieses non liquet hat sich das Gesetz für die Annahme von Freiheit entschieden. Das steht dem Gesetzgeber frei.“<sup>181</sup>

Das ist in seiner apodiktischen Begründungslosigkeit ein überraschender Satz. Jähnke, den Hillenkamp hier zur Unterstützung zitiert, begründet seine These ja durchaus – aber gerade nicht mit der Behauptung, der Gesetzgeber dürfe sich in einer solchen Lage „für die Annahme von Freiheit“ entscheiden, sondern damit, die Alternative eines reinen Maßregelrechts stelle „im Verhältnis zur Strafe keineswegs das geringere Übel dar“.<sup>182</sup> Das lässt sich gewiss hören, ist aber etwas anderes als eine Freiheitsbehauptung. Andererseits setzt der Wortlaut des § 20 ein wirkliches Andershandelnkönnen voraus und nicht nur, wie Jähnke schreibt, ein entsprechendes „praktisches Postulat“. Hillenkamps Feststellung dürfte daher durchaus zutreffen: Der Gesetzgeber *hat* sich „für die Annahme von Freiheit entschieden“. Aber stand ihm das wirklich „frei“?

Die sachlichen Voraussetzungen der Schuld gehören zum Geltungsbereich des Grundsatzes *in dubio pro reo*. Das ist unstreitig. Kein Gericht dürfte einen rechtswidrig Handelnden bestrafen, der nach den Ergebnissen der Beweisaufnahme bei Begehung seiner Tat möglicherweise schuldunfähig gewesen ist.<sup>183</sup> Gehört aber auch die in § 20

181 Hillenkamp (Anm. 49), S. 110.

182 Jähnke (Anm. 36), § 20 Rn 12.

183 Daran ändert der Umstand nichts, dass bei Fehlen besonderer Anhaltspunkte für eine Schuldunfähigkeit nach § 20 die Schuldfähigkeit ohne weiteres angenommen werden darf und nicht gesondert festzustellen ist.

vorausgesetzte Freiheitsannahme zu den Gegenständen des Zweifelsatzes? Das könnte man mit drei Argumenten bestreiten, die sich bei näherem Zusehen freilich alle als unhaltbar erweisen:

(1.) „*Der In-dubio-Satz bindet nur den Rechtsanwender, nicht den Gesetzgeber.*“ Aber das ist nicht akzeptabel. Die Geltung dieses Satzes ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 EMRK, der für den deutschen Gesetzgeber bindend ist. Sie gehört außerdem zum justiziellen Bestand der Rechtsstaatsgarantie des Grundgesetzes, hat also sogar Verfassungsrang.<sup>184</sup> Ihre generelle Aufhebung für irgendeine sachliche Voraussetzung des Schuldspruchs ist auch dem Gesetzgeber verboten. (Man stelle sich einen § 15 Abs. 2 StGB vor, der für alle Zweifelsfälle zwischen dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit zwingend die Vorsatzannahme vorschreibe.)

(2.) „*Die Freiheit des Andershandelnskönnens ist keine tatsächliche, sondern eine metaphysische Frage; dafür gilt der In-dubio-Grundsatz a limine nicht.*“ Daran ist richtig, dass diese Frage jedenfalls nicht nur tatsächlicher Art ist. Sie enthält, wie wir gesehen haben, schwierige begriffliche und metaphysische Elemente. Doch behauptet die Annahme, jemand hätte im Moment seiner Tatbegehung anders handeln können, *auch* etwas handfest Empirisches. Die Metaphysik der Willensfreiheit, die uns heute irritiert, ist nicht mehr die der Descartesschen These eines geheimnisvollen Interaktionismus zwischen res cogitans und res extensa. Vielmehr entsteht sie, wie wir gesehen haben, aus der Annahme einer Supervenienz des Mentalen über dem Materiellen des Gehirns. Metaphysisch ist diese Annahme, weil das Mentale möglicherweise *prinzipiell* nicht reduktionistisch, nämlich niemals vollständig aus der Neuropsychologie erklärbar ist.<sup>185</sup> Aber die Prämisse des Ganzen ist empirischer Natur: dass nämlich „Geist“ und Wille, wie unverstanden immer, jedenfalls vom Gehirn abhängen. Damit ist aber die Feststellung, ein Täter hätte „bei Begehung“ seiner

184 BVerfGE 74, 358 (370 ff.).

185 Wenn es einmal so erklärt werden könnte (was natürlich möglich ist), so bliebe er so wenig metaphysisch, wie es heute (z.B.) der Umstand ist, dass eine Menge von Wasserstoff- und Sauerstoffmolekülen durch ihre Verknüpfung im Schema H<sub>2</sub>O die Eigenschaften erwirbt, flüssig zu sein und bei 100° C zu kochen.

Tat sich auch anders entscheiden und dann anders handeln können, zumindest möglicherweise unvereinbar. Insofern statuiert sie selbst eine empirische (Gegen-)Behauptung. Also unterliegt sie dem In-dubio-Satz.

(3.) „Die in § 20 vorausgesetzte Annahme eines Andershandelnkönnens ist weder eine metaphysische, noch eine empirische Behauptung, sondern ausschließlich eine normative Setzung. Als solche gehört sie insgesamt nicht in den Geltungsbereich des In-dubio-Satzes.“ Aber das ist, wiewohl von vielen Strafrechtlern ohne weiteres vorausgesetzt, ebenfalls nicht akzeptabel. Gewiss mag man § 20 als solche „Setzung“ deuten. Aber damit wird sein Legitimationsproblem *gestellt*, nicht *gelöst*. Was berechtigt den Gesetzgeber zu einer solchen „Setzung“? Sie ist ja nichts anderes als die *Ersetzung* eines ungeklärten empirischen Befundes durch eine normative Anordnung. Damit entzieht sie einfach eine tatsächliche Voraussetzung des Schuld-spruchs dem Geltungsbereich des In-dubio-Grundsatzes. Es steht nun aber außer Zweifel, dass kein einziges der anderen Tatsachenelemente im Unrechts- oder im Schuldbereich mittels einer abstrakt-generellen „normativen Setzung“ kurzerhand dem Zweifelsgrundsatz entzogen werden dürfte. Man stelle sich einen § 20 Abs. 2 vor, der etwa so lautete: „Ist der Täter im Sinne des Abs. 1 nur möglicherweise geisteskrank, so wird er als geistig Gesunder behandelt.“ Das wäre verfassungswidrig. Warum ist es die „normative Setzung“ des Andershandelnkönnens nicht, wiewohl dieses nach § 20 nicht weniger (in Wahrheit sogar deutlich stärker) als die geistige Gesundheit zu den Voraussetzungen der Schuldfähigkeit gehört?

Das zu klären ist die Aufgabe. Nach meinem Eindruck wird sie von der Mehrzahl der Strafrechtswissenschaftler bei weitem unterschätzt oder gänzlich ignoriert. Die oben erwähnte Behauptung Hillenkamps, dem Gesetzgeber stehe die Annahme eines Andershandelnkönnens des Normalmenschen „frei“, scheinen viele für selbstverständlich zu halten. Sie ist aber unrichtig. Das steht dem Gesetzgeber ganz bestimmt nicht frei; es bedarf vielmehr einer besonderen Legitimation. Und die andere,

inzwischen vorherrschende Auffassung, es handle sich eben um eine „normative Setzung“, formuliert das Problem, nicht seine Lösung.<sup>186</sup>

## 2. Zur Legitimation der normativen Zuschreibung von Schuld

Eine überzeugende Lösung muss die Schuldzuschreibung in zweierlei Hinsicht plausibel machen:

- (1.) In einer subjektiv-persönlichen Perspektive, nämlich mit Blick auf die Belange des handelnden Täters; genauer: auf die Selbstwahrnehmung, in der er sein eigenes Tun erlebt.
- (2.) In einer objektiv-normativen Perspektive, nämlich mit Blick auf die Aufgaben, die das Strafrecht in unserer Gesellschaft zu erfüllen hat und die es (mit allerlei faktischen Mängeln) legitimerweise erfüllt.

### 2.1 Das sog. subjektive Freiheitsempfinden

Insbesondere Burkhardt vertritt die Auffassung, das subjektive Freiheitsbewusstsein eines Handelnden sei die entscheidende legitimatorische Grundlage dafür, ihm im Strafrecht Freiheit als „praktisch wirkliche“ zuzuschreiben.<sup>187</sup> Das erinnert an Kants Feststellung, ein vernünftiges Wesen könne unmöglich anders als „unter der Idee der Freiheit“ handeln und sei eben darum „in praktischer Rücksicht wirklich frei“.<sup>188</sup> Unklar bleibt bei Kant wie bei Burkhardt, ob die These einer solchen subjektiv-epistemischen Freiheit als empirischer Befund oder als Notwendigkeit gemeint ist. Die Antwort darauf könnte aber die Überzeugungskraft des Arguments, gerade darauf sei die Zuschrei-

186 Nicht wenige Vertreter der Lehre von der „normativen Setzung“ sehen das natürlich und suchen deshalb nach substanziellen Begründungen; das gilt v.a. für *Roxin* (Anm. 179); ebenfalls für *Streng* (Anm. 179), § 20 Rn. 27 ff.; s. dazu sogleich unter 2. im Text.

187 *Burkhardt*, Freiheitsbewusstsein und strafrechtliche Schuld, in: FS Lenckner, 1998, S. 3 ff.; *ders.* (Anm. 71); *ders.*, Und sie bewegt uns doch: die Willensfreiheit, in: Das Magazin (Wiss.-Zentrum NRW) 2/2003, 22 ff.

188 Dazu oben, sub IV.2.3.1 (S. 56); *Burkhardt* beruft sich ausdrücklich auf diese Bemerkung Kants (Anm. 71, S. 248).