

## V. Umgang der Strafrechtswissenschaft mit dem Dilemma

Eine Absage an den klassischen Schuld-Begriff bedeutet eine Herausforderung. Nach wie vor gehen viele Strafrechtswissenschaftler davon aus, dass erstens nur Anders-Handeln-Können und Anders-Entscheiden-Können einen Schuldvorwurf tragen könnten und dass zweitens ein Schuldvorwurf notwendiges Element für die Legitimität von Kriminalstrafe sei.<sup>53</sup> Wie aber ist das durch neurowissenschaftliche Thesen entstehende Dilemma zu bewältigen? Eine Möglichkeit liegt darin, zu kapitulieren und auf einen klassischen Schuldvorwurf sowie Kriminalstrafe zu verzichten (unten 1.). Der deutlich größere Block der Autoren präferiert allerdings Strategien, die den Angriffen trutzen und sowohl an einem Schuldvorwurf als auch an Kriminalstrafe festhalten wollen. Innerhalb dieses Blocks lassen sich wiederum zwei größere Strömungen unterscheiden: zum einen eine defensive Strategie, die sich darauf beschränkt, naturwissenschaftliche Thesen und naturwissenschaftliches Denken abzuwehren (2.), zum anderen konstruktivere Ansätze, die an einem Schuldvorwurf festhalten, der aber anders als mit Verweis auf Anders-Entscheiden-Können begründet wird (3. – 6.).

### *1. Verzicht auf Verantwortungszuschreibung und Übergang zu einem Maßnahmenrecht*

Jedenfalls in der deutschen Literatur<sup>54</sup> lassen sich nur wenige Autoren in einem Maße auf die Rezeption neurowissenschaftlichen Schrifttums ein, dass ihre Schlussfolgerungen mit dem Stichwort „Kapitulation“ beschrieben werden können. Diese folgern, dass man sich von der Krimi-

53 S. z.B. Schünemann, Festschrift für Lampe, 2003, S. 537, 543; Hillenkamp, JZ 2005, 313, 316; ders. (Fn. 12), S. 97 ff.; T. Walter, Festschrift für Schroeder, 2006, S. 131; H.-L. Schreiber, in: Duttge (Hrsg.), Das Ich und sein Gehirn, 2009, S. 135, 136; Koriath, GA 2011, 612, 629; Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, 28. Aufl. 2010, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 110. A.A. Krauss, Festschrift für Jung, 2007, S. 411, 427 ff.; Streng, Festschrift für Jakobs, 2007, S. 675, 685; T.M. Spranger, JZ 2009, 1033, 1035.

54 S. auch Greene/Cohen, Phil Trans. Royal Society London (2004), 1775, 1783 f.

nalstrafe im klassischen Sinne verabschieden müsse.<sup>55</sup> Die Alternative liege in einem Maßnahmenrecht, das Rechtsfolgen nicht mit Blick auf die Vergangenheit, nicht mit Blick auf die begangene Tat bestimmt, sondern mit Blick in die Zukunft. Dies vertritt etwa *Grischa Merkel*: „Die Erkenntnisse der Neurowissenschaften weisen den Weg in einen therapeutischen Maßnahmenvollzug“.<sup>56</sup> Ein konsequent dem Gedanken der Prävention zukünftigen Fehlverhaltens durch denselben Täter verschriebenes Rechtsfolgengesystem ist keine neue Erfindung, sondern wurde u.a. von *Franz von Liszt* skizziert und in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts unter der Flagge „Abschaffung der Strafe“ propagiert.<sup>57</sup> Die Vertreter dieser Strömung würden sich vermutlich gegen die Bezeichnung als „Kapitulation“ wenden, da es sich aus ihrer Sicht nicht lediglich um einen Legitimierungsnöten geschuldeten, aber bedauerlichen Verzicht handeln würde, sondern um eine positiv zu bewertende Neustaltung des Rechtsfolgengesystems. Verbunden wird damit die Hoffnung, dass ein Maßnahmenrecht einen humaneren Umgang mit Straftätern bedeute.<sup>58</sup> Ob diese Hoffnung berechtigt ist, ist allerdings fraglich:<sup>59</sup> Es gibt gute Gründe dafür, dass im Vergleich mit manipulativen Praktiken der offene Einsatz von Vorwürfen und Zwang letztlich humaner ist.<sup>60</sup>

Ein großes Problem liegt darin, dass ein konsequenter Verzicht auf Verantwortungszuschreibung und auf Reaktionen, die retrospektiv statt

55 *G. Detlefsen* (nunmehr *G. Merkel*), Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips, 2006, S. 335 ff.; *dies.*, Festschrift für Herzberg, 2008, S. 3, 25 ff.

56 *G. Merkel* (Fn. 55), S. 346; *dies.*, Festschrift für Herzberg, 2008, S. 3, 30 ff. Ebenso *Roth*, Festschrift für Lampe, 2003, S. 43, 57; *Singer*, Ein neues Menschenbild, 2003, S. 65.

57 *S. von Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: *ders.*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1905, S. 126 ff.; *Plack*, Plädoyer für eine Abschaffung des Strafrechts, 1989.

58 So etwa *Hochhuth*, JZ 2005, 745, 752; *ders.*, in: *Gander/Fludernik/Albrecht* (Hrsg.), Bausteine zu einer Ethik des Strafrechts, 2008, S. 117, 130; *G. Merkel*, Festschrift für Herzberg, 2008, S. 3, 33 ff. Krit. *Hassemer*, ZStW 121 (2009), 829, 840 f.

59 Skeptisch *K. Günther*, KJ 2006, 116, 130; *Hillenkamp*, JZ 2005, 313, 317 f.; *ders.* (Fn. 12), S. 101; *Duttge* (Fn. 24), S. 53 ff.; *Frisch*, Festschrift für Maiwald, 2010, S. 239, 246.

60 *Burkhardt* (Fn. 34), S. 122 f.

präventiv begründet werden, sowohl mit Grundstrukturen unserer moralischen Alltagspraktiken als auch mit Basisannahmen moderner Rechtsordnungen nicht vereinbar ist. In seinem vielzitierten Essay „Freedom and Resentment“ wies Peter Strawson darauf hin, dass reaktive Einstellungen und reaktive Praktiken des Lobes und des Tadels auch dann beibehalten würden, wenn sich intellektuell die Überzeugung von der Determiniertheit menschlichen Verhaltens durchsetzen würde.<sup>61</sup> Strawsons Aufsatz ist Zeugnis einer angelsächsisch-pragmatischen Herangehensweise. Ihn interessiert vorwiegend das *Faktum* der reaktiven Einstellungen und reaktiven Praktiken, weniger die tiefer bohrende Frage nach ihrer Legitimität. An dieser Stelle genügt jedoch tatsächlich der Verweis auf die Existenz moralischer Praktiken (s. auch unten VI. 1.). Eine strafrechtliche Lösung, die nicht auf vergangenes Unrecht mit einem Werturteil reagieren würde, wäre schon deshalb angreifbar, weil damit ein scharfer Kontrast zu den Basisstrukturen unserer moralischen Praxis entstehen würde. Es ist nicht erforderlich, ausführlicher zu erörtern, *inwieweit* rechtliche Wertungen alltagsmoralisch vorgegebenen Bewertungsmustern folgen sollten oder müssen.<sup>62</sup> Denn auch, wenn man davon ausgeht, dass ein gewisser Spielraum für strafrechtliche Wertungen besteht (der vor allem dann erforderlich werden kann, wenn das Rechtssystem andere Aufgaben zu erfüllen hat als moralische Bewertungssysteme), wäre es jedenfalls problematisch, bei *Basisstrukturen* scharfe Abweichungen vorzusehen. Insoweit ist es erforderlich, dass strafrechtliche Wertungen mit fundamentalen moralischen Prinzipien ebenso wie mit dem Konzept der Rechtsperson als Verantwortung tragende Person kompatibel sind.<sup>63</sup> Das Umschwenken auf eine rein präventiv begründete Rechtsfolge statt der erwarteten reaktiven Einstellung und reaktiven Kommunikation wäre ein zu radikaler Schnitt – und ein unnötiger Schritt.

61 P. Strawson, in: Watson (Hrsg.), Free Will, 1982, S. 59, 67 ff.

62 S. zum grundsätzlich bestehenden Zusammenhang von strafrechtlicher und alltagsmoralischer Zurechnung Neumann, Zurechnung und „Vorverschulden“. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung, 1985, S. 274 f.

63 S. zu letzterem Frisch, Festschrift für Maiwald, 2010, S. 239, 245 f.

## 2. Verweigerung der Beschäftigung mit neurowissenschaftlichen Modellen

Eine unter Strafrechtswissenschaftlern verbreitete Reaktion ist, dass die (als solche empfundenen) Zumutungen von Neurowissenschaftlern eine Abwehrhaltung hervorrufen. Allerdings führt es nicht weiter, darauf zu verweisen, dass auch im Kreis der Hirnforscher keine Einigkeit bestehen und eindeutige Aussagen noch nicht möglich seien.<sup>64</sup> Der Verweis auf „noch keine eindeutigen Ergebnisse“ und „nicht verifiziert“ weckt den Verdacht erkenntnistheoretischer Naivität. Gesellschaftliche und damit auch rechtswissenschaftliche Implikationen müssen bereits dann diskutiert werden, wenn es sich „lediglich“ um Modelle handelt, die einen zwar vorläufigen, aber bis zur Ersetzung durch bessere Modelle ernst zu nehmenden Stand der Wissenschaft bilden. Problematisch sind ferner düster eingefärbte Fehlinterpretationen dessen, was sich aus neurowissenschaftlichen Stellungnahmen entnehmen lässt, etwa Formulierungen wie „dass die moderne Hirnforschung ... von einer möglichen vollständigen neuronalen Fremdsteuerung menschlichen Verhaltens durch das Gehirn ausgehe“<sup>65</sup> (hier ist der Ausdruck „Fremdsteuerung“ deplaziert) oder dass psychisch vermittelte Kausalität nicht mehr möglich sei, wenn man an eine „vollständige naturgesetzliche Erklärung der menschlichen Willensentschließung“ glaube<sup>66</sup> (es wäre in der Tat eine absurde Vorstellung, dass Menschen nicht auf Außeninflüsse reagieren könnten, was so aber auch nicht vertreten wird – Hirnforscher beschreiben menschliches Verhalten *nicht* analog zu simplen Systemen, die, einmal programmiert, roboterartig vorgegebenen Abläufen folgen<sup>67</sup>).

Eine andere Abwehrstrategie findet sich etwa im Vortrag von *Winfried Hassemer*, den er 2009 auf der Strafrechtslehrertagung in Hamburg gehalten hat. *Hassemer* führt aus, dass man einen „Kategorienfehler“ begehe, wenn man die Begründungen eines Wissenschaftszweigs in die eines anderen übertrage. Jede Wissenschaft habe ihre eigenen Frage-

64 So *Hillenkamp*, JZ 2005, 313, 318; *Kröber* (Fn. 24), S. 64; *Koch*, ARSP 2006, 223, 233 ff.; *Frisch*, Festschrift für Maiwald, 2010, S. 239, 244 f.

65 *Jäger*, GA 2013, 3, 4.

66 *Jäger*, GA 2013, 3, 4, 13; ähnlich *Spilgies*, HRRS 2005, 43, 46.

67 *Singer*, in: *Krüger* (Hrsg.), Hirn als Subjekt?, 2007, S. 39, 53.

stellungen und eigenen Methoden.<sup>68</sup> In ähnlicher Weise argumentiert Michael Pawlik, dass die „naturwissenschaftlich-kausalistische Beschreibungssprache“ zwar im naturwissenschaftlichen Kontext fruchtbar sei, aber eben „nur eine Beschreibungssprache“ unter mehreren sei.<sup>69</sup> Für das Strafrecht trete „das Sprachspiel der Gründe dem Sprachspiel der Ursachen ontologisch und epistemologisch gleichberechtigt zur Seite“.<sup>70</sup> Gegen eine strikte Segmentierung in nebeneinanderstehende Wissenschaften sind allerdings Einwände zu erheben. Insbesondere sind die empirischen Wissenschaften nicht *eine* gleichgeordnete Wissenschaft neben den normativen Disziplinen, sondern sie haben auch die Funktion einer „Zuliefererwissenschaft“ – nicht nur für die angewandten Wissenschaften (etwa Ingenieurswissenschaften), sondern auch für die normativen Disziplinen. Dies gilt für Erkenntnistheorie und Moralphilosophie, und insbesondere auch für das Strafrecht. Strafrechtliche Urteile treffen Aussagen über Menschen und knüpfen daran belastende Rechtsfolgen. Der Verweis auf „Sprachspiele“ (ein Begriff, der auch von Habermas verwendet wird)<sup>71</sup> ist in einem solchen Kontext missverständlich. Er könnte Beliebigkeit, ja Frivolität implizieren: Spielregeln sind nach Gutdünken und Konsens der Spielenden änderbar. Strafrechtsurteile treffen dagegen aus der Position staatlicher Macht Entscheidungen zu Lasten von Menschen, für die dies alles andere als ein Spiel ist und die in diesen Kommunikationen keineswegs zu einer Konsensgemeinschaft gehören. Zwar ist Habermas‘ Einschätzung zutreffend, dass Teilnehmer- und Beobachterperspektive (die freiheitserlebende Perspektive der 1. Person und die beschreibende Perspektive der 3. Person, dazu sogleich unten 3.) sich nicht vollkommen entkoppeln lassen.<sup>72</sup> Und Hassemer ist insoweit zuzustimmen, dass normative Konsequenzen, die an empirisches Wissen geknüpft werden, nicht mehr in die Zuständigkeit der empirischen Wissenschaften fallen.<sup>73</sup> Aber dies

68 Hassemer, ZStW 121 (2009), 829, 846 f.

69 (Fn. 4), S. 283; s. auch K. Günther, KJ 2006, 116, 120 f.; Stübinger, Bonner Rechtsjournal 2/2010, 211, 214.

70 Pawlik (Fn. 4), S. 283 f.

71 S. Habermas (Fn. 24), S. 101 ff. Hervorhebung im obigen Text durch die Verf.

72 Habermas (Fn. 24), S. 112 f.

73 Hassemer, ZStW 121 (2009), 829, 848 ff.

ändert nichts daran, dass die Strafrechtswissenschaft *nicht ignorieren* darf, was ihr als Thesen über die Prozesse menschlicher Entscheidungsfindung präsentiert wird.<sup>74</sup> Für jedes einzelne Element, das in einem an den Täter adressierten Vorwurf steckt, muss überprüft werden: Bezieht sich an dieser Stelle eine Behauptung auf physikalische, physiologische oder psychologische Gegebenheiten, und wenn ja, ist diese Behauptung kompatibel mit dem, was in den jeweiligen Bezugswissenschaften als angemessene Beschreibung anerkannt ist? Dieser Pflicht ist nicht mit dem Verweis auf „andere Sprachspiele“ zu entgehen.

### *3. Abstellen auf Entscheidungsalternativen aus der Perspektive der 1. Person*

Ist eine Rechtfertigung des klassischen Schuldvorwurfs nicht wenigstens deshalb möglich, weil aus der Perspektive der 1. Person Menschen nicht anders können, als sich frei zu fühlen? Dass unter der Überschrift „Willensfreiheit“ anhaltende und besonders hartnäckige Debatten geführt werden, hat auch mit dem Graben zu tun, der zwischen der Perspektive der 1. Person und der Perspektive der 3. Person klafft.<sup>75</sup> Thomas Nagel hat die vielfältigen Probleme, die sich aus der Divergenz von interner und externer Perspektive ergeben und die Aussichten für eine Annäherung des Subjekts an eine objektive Perspektive in seinem Buch „The View from Nowhere“ analysiert.<sup>76</sup> Offensichtlich stellt sich das Problem besonders dringlich, wenn individuelles Erleben in Entscheidungssituationen mit den Beschreibungen kontrastiert wird, die die Neurowissenschaften ermöglichen.<sup>77</sup> Erstens sind unbewusste Entschei-

74 So auch Schiemann, NJW 2004, 2056, 2059; T. Walter, Festschrift für Schroeder, 2006, S. 131, 142 f.; Duttge (Fn. 24), S. 13, 34 f.; Hirsch, ZIS 2010, 62, 65; Crespo, GA 2013, 15, 24.

75 S. dazu Max Planck: „Von außen betrachtet, ist der Wille kausal determiniert, von innen betrachtet, ist der Wille frei“, in: Scheinprobleme der Wissenschaft, abgedr. in: Roos/Herrmann (Hrsg.), Max Planck. Vorträge, Reden, Erinnerungen, 2001, S. 193, 203.

76 Nagel (Fn. 52), zu Freiheitsproblemen: S. 110 ff.

77 Dazu Singer, in: Krüger (Hrsg.), Hirn als Subjekt?, 2007, S. 39, 40 ff.

dungsvorgänge ebenso wie die Rahmenbedingungen für das eigene Abwägen von Gründen dem Bewusstsein nicht zugänglich, weshalb Menschen die Bedeutung und den Stellenwert der bewussten und begründeten Entscheidungen systematisch überschätzen müssen. Zweitens kann im Zustand des bewussten Abwägens von Gründen die eigene Zukunft nur als offene Zukunft erlebt werden.<sup>78</sup> In der subjektiv-persönlichen Erfahrung muss sich selbst derjenige in der Rolle des Gründe-Abwägenden und (teilweise mühsam) Entscheidenden erleben, der fest davon überzeugt ist, dass die Welt deterministisch verfasst ist.<sup>79</sup>

Was folgt hieraus für die Berechtigung eines Schuldvorwurfs? Kann man statt auf Anders-Entscheiden-Können auf die individuelle Überzeugung vom Anders-Entscheiden-Können abstehen? Würde es nicht ausreichen, wenn der Straftäter *selbst* auf die Frage, ob er sich auch hätte anders entscheiden können, mit „ja“ antworten würde?<sup>80</sup> Das subjektive Erleben von Kontrolle und Freiheit wird gelegentlich in der Literatur als vermeintlicher Beleg dafür angeführt, dass dies die tatsächliche Verfasstheit der Welt sei.<sup>81</sup> Dagegen ist aber zweierlei vorzubringen. Erstens wäre nachzufragen, ob sich ein Gefühl von Freiheit (manchmal auch: ein Gefühl der Qual) in der Zeitspanne, die als *gegenwärtiger, unabgeschlossener* Prozess einer Entscheidungsfindung erlebt wird, ohne weiteres auf eine Selbsteinschätzung übertragen lässt, die dieselbe Person *nachträglich*, im Hinblick auf eine in der Vergangenheit getrof-

78 Burkhardt, Festschrift für Eser, 2005, S. 77, 91 ff.

79 Burkhardt a.a.O.

80 So Burkhardt, Festschrift für Eser, 2005, S. 77, 100; ders., Festschrift für Maiwald, 2010, S. 79, 88 ff. (s. aber auch Burkhardt, Fn. 34, S. 88 mit der Aussage: „Ein unbedingter Wille, Willensfreiheit im Sinne eines ‚Unter-denselben-physiologischen-Bedingungen-willentlich-andershandeln-Könnens‘“ entspreche nicht unserem Freiheitserleben). Krit. Engisch, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtlichen Philosophischen Doktrin der Gegenwart, 2. Aufl. 1965, S. 4 ff.; Schiemann, NJW 2004, 2056, 2058 f.; Hillenkamp, JZ 2005, 313, 320; ders. (Fn. 12), S. 102; Seelmann (Fn. 37), S. 98 f.; R. Merkel (Fn. 1), S. 120 f.; G. Merkel, Festschrift für Herzberg, 2008, S. 3, 13; Schroth, Festschrift für Roxin z. 80. Geburtstag, 2011, S. 705, 712; Herzberg (Fn. 19), S. 37 ff.; ders., ZStW 124 (2012), 12, 49 ff.; Crespo, GA 2013, 15, 18.

81 Griffel, GA 1989, 193, 200 ff.; ders., GA 1996, 457, 459 ff.; Guss, Willensfreiheit, 2002.

fene Entscheidung, abgeben würde.<sup>82</sup> Es mag plausibel sein, die typische Selbstbeschreibung von Entscheidenden bei noch nicht getroffener Entscheidung, beim Erwägen und Abwägen, mit dem Stichwort „Freiheitsgefühl“ zu charakterisieren.<sup>83</sup> Aber es handelt sich hier um ein epistemisches Phänomen: Natürlich kann man *in* der Entscheidungssituation nicht wissen, wie sie ausgehen wird. Hieraus folgt nicht, dass die eigene retrospektive Bewertung zwangsläufig genauso ausfallen muss. Je größer der zeitliche Abstand zu einer Handlung wird, umso eher ist vorstellbar, dass der Handelnde im Rückblick sagen würde: „ich konnte damals nicht anders“.<sup>84</sup>

Zweitens: Selbst wenn ein Individuum zu einer anderen Beschreibung seiner damaligen Handlungssituation käme, ist die Relevanz dieser Selbstbeschreibung fraglich. Es wäre nicht überzeugend, die relevanten Phänomene *nur* aus der Perspektive der 1. Person zu erfassen. Wolfgang *Prinz* formuliert ebenso prägnant wie unabweisbar: „Was immer wir aus der Introspektion über psychische Prozesse zu wissen glauben – es ist nichts anderes als das Ergebnis selektiver Repräsentation und kategorialer Überformung. Deshalb sagt, dass wir uns frei fühlen, nichts – aber auch gar nichts – darüber aus, wie frei oder unfrei die zu Grunde liegenden Prozesse in Wirklichkeit sind“.<sup>85</sup> Ein im unmittelbaren Erleben der eigenen Situation entstehendes Empfinden des Anders-Entscheiden-Könnens steht der Möglichkeit nicht entgegen, bei der Beurteilung der Entscheidung anderer Personen einen externen 3. Person-Standpunkt einzunehmen. Strafrechtliche Werturteile werden aus dieser Außenperspektive formuliert, und sobald der Verdacht aufkeimt, dass eine Divergenz zwischen Binnen- und Außenperspektive besteht, sollte die

82 Dazu Wittwer, Jahrbuch für Recht und Ethik 19 (2011), 397, 420 f.

83 S. aber auch Herzberg (Fn. 19), S. 49 f. dazu, dass dies keine zwingende Annahme ist. Die intellektuelle Überzeugung, dass eine zu treffende Entscheidung determiniert ist, ist jedenfalls für reflektierte und analytisch ausgebildete Menschen (nicht zufällig wählt Herzberg als Beispiel einen Professor für Philosophie) durchaus mit der Erkenntnis vereinbar, dass die eigene Zukunft zwangsläufig offen erscheint.

84 S. Kriele, ZRP 2005, 185, 187: „Den Vorwurf ‚du hättest anders handeln können‘ kann er, der ja seine damalige Motivationslage kennt, kaum ernst nehmen, er treibt ihn in Trotz und Wut“; Seelmann (Fn. 37), S. 100 f.; Herzberg (Fn. 19), S. 39.

85 *Prinz*, in: Hillenkamp (Hrsg.), Neue Hirnforschung – neues Strafrecht?, 2006, S. 51, 54.

Wahl auf die Außenperspektive fallen. Man muss nicht einem einseitig auf naturwissenschaftliche Errungenschaften fixierten Szenismus huldigen, um zu vertreten, dass das menschliche Streben nach Überwindung der 1. Person-Perspektive einen unhintergehbaren Fortschritt bedeutet.<sup>86</sup> Es wäre zudem inkonsequent, wenn man sich im Normalfall damit begnügen würde, zur Legitimation eines Schuldvorwurfs auf das subjektive Gefühl des Anders-Entscheiden-Können abzustellen, aber in anderen Fällen auf eine externe Perspektive umzuschwenken – verwiesen sei z.B. auf das Verfahren gegen *Anders Breivik* in Oslo im Jahr 2012, der nicht etwa deshalb als schuldfähig eingestuft wurde, weil dies seiner eigenen festen Überzeugung entsprach, sondern weil sich das Gericht auf schwieriger gutachterlicher Basis schließlich diese Meinung gebildet hatte. Würde ungefiltert auf das subjektive Empfinden eines Täters abgestellt, müsste eine solche „einfache“ Begründung eines Schuldvorwurfs als zynisch erscheinen.

Zu erwägen ist allerdings, ob man, ohne in den Verdacht einer zynischen Ausnutzung der Fehleranfälligkeit der 1. Person-Perspektive des Täters zu geraten, ein rechtssoziologisches Argument einführen könnte. Dieses Argument wäre, dass die Rechtsordnung keinen höheren Grad an Rationalität beanspruchen kann, als es der intersubjektiv geteilten Einschätzung aller Rechtsgenossen entspricht. Entscheidend wäre dann nicht, dass der einzelne Täter individuell glaubt, frei und bewusst zwischen Alternativen entschieden zu haben, sondern vielmehr, dass *wir alle* gemeinsam unseren Ausgangspunkt in der 1. Person-Perspektive haben.<sup>87</sup> Es ist zu vermuten, dass es einen Unterschied gibt zwischen Fällen wie dem von *Anders Breivik*, die offensichtlich den Verdacht der Pathologie wecken und deshalb die Einnahme der distanzierteren externen Perspektive nahe legen, und „Normalfällen“. Wenn sich eine Entscheidung nach einem Alltagsverständnis als „noch irgendwie normal“ darstellen lässt, sind Beurteiler vermutlich eher geneigt, eigene subjektiv geprägte Einschätzungen von Anders-Entscheiden-Können auch in die externe Perspektive einzubringen.<sup>88</sup> Aus der Sicht eines

86 Dazu Nagel (Fn. 52), S. 9.

87 S. dazu Habermas (Fn. 24), S. 263, 287; Ruske, Ohne Schuld und Sühne, 2011, S. 338. Ähnlich Hirsch, ZIS 2010, 62, 65 ff.

88 Streng, ZStW 101 (1989), 273, 298 ff.

Rechtssoziologen dürfte hier die Erklärung dafür liegen, warum etwa in öffentlichen Debatten der Verweis auf subjektive Freiheitsgefühle nach wie vor einen großen Raum einnimmt. Daneben gibt es erkenntnistheoretische Überlegungen, die darauf verweisen, dass der Überwindung einer 1. Person-Perspektive gewisse Grenzen gesetzt sind. So betont etwa *Habermas* die Verschränkungen zwischen den Perspektiven und die Abhängigkeiten von Beobachtung einerseits, Teilnahme an einem intersubjektiven Austausch andererseits.<sup>89</sup> In der Tat wäre es vermessen, zu erwarten, dass Menschen eine genuine 3. Person-Perspektive einnehmen können: Naturwissenschaftler bleiben Teilnehmer an interpersonalen Verständigungsprozessen und können keinen der Welt externen Standpunkt einnehmen, keinen echten „Blick von Nirgendwo“. Trotz des berechtigten Verweises darauf, dass die Perspektiven Idealtypen sind, die in der realen Lebenswelt und in der Forschungspraxis so nicht vorkommen, wäre aber die Folgerung zu pessimistisch, dass es *vollkommen unmöglich* sei, die 1. Person-Perspektive zu transzendieren und deshalb die Rechtsordnung unentrinnbar auf die Welt der internen Erfahrungen angewiesen sei. Gefordert ist das Bemühen darum, die 1. Person-Perspektive so weit wie möglich hinter sich zu lassen. Ein für Perspektiven aufgeschlossener Blick erklärt aber die Zähigkeit des Glaubens an Anders-Entscheiden-Können bei manchen Diskussionsteilnehmern: weil diese nicht analytisch zwischen den unterschiedlichen Perspektiven zu differenzieren vermögen.

#### *4. Fiktion des Anders-Entscheiden-Könnens aus funktionalistischen Gründen*

Zu erwägen ist, ob es überzeugende Gründe dafür geben könnte, am klassischen Schuldvorwurf festzuhalten, indem man die Möglichkeit des Anders-Entscheiden-Könnens *bewusst fingiert*. Die Vorstellung, dass Schuld normativ konstruiert werde, dass Schuld Personen zugeschrieben werde, hat in der zeitgenössischen deutschen Strafrechtswis-

89 *Habermas* (Fn. 24), S. 293 ff.

senschaft nicht wenige Anhänger.<sup>90</sup> Sieht man die Dinge so, ist der Verweis auf Schuld kein Verweis auf reale Möglichkeiten, die einer empirischen Untersuchung zugänglich sind. Die entscheidende Frage gilt der Legitimation eines solchen Vorgehens. Natürlich kann man Schuld zuschreiben (das Rechtssystem kann alles Mögliche zuschreiben und finanzieren), aber kann man *Gründe* angeben, die dies *rechtfertigen*? Über dieses Problem geht etwa *Claus Roxin* zu schnell hinweg. Er zieht eine Parallele zwischen Gleichheitsfiktion und Freiheitsfiktion: So, wie man Menschen, die faktisch nicht gleich sind, als gleich behandeln müsse, so müsse man sie auch als frei behandeln.<sup>91</sup> Hier wird nicht gewürdigt, dass die Fiktion von Gleichheit sich in der Regel *zugunsten* derjenigen auswirkt, die sich darauf berufen. Die Fiktion von Freiheit zur Zuschreibung von strafrechtlicher Schuld wirkt sich dagegen (mit sehr erheblichen Folgen) *zu Lasten* der Betroffenen aus.<sup>92</sup> Das Legitimationsproblem ist deshalb unbedingt ernst zu nehmen.

Man muss in diesem Zusammenhang nicht zu einer Grundsatzkritik daran ausholen, dass im Rechtssystem teilweise mit kontrafaktischen Fiktionen gearbeitet wird. Eine kontrafaktische Fiktion liegt z.B. dann vor, wenn wir in Bezug auf junge Menschen an festen Altersgrenzen auch im möglichen Widerspruch zu Einzelfällen festhalten. Normative Systeme sind nicht zwingend an empirische Befunde in der Weise gebunden, dass sie diese 1:1 umsetzen müssen. Mein Plädoyer bezieht sich darauf, dass die Rechtswissenschaft solche Befunde *zur Kenntnis nehmen* muss und Abweichungen in hohem Maße *begründungsbedürftig* sind. Je gravierender die Rechtsfolgen für Betroffene ausfallen, umso größer wird der auf Fiktionen lastende Rechtfertigungsdruck.

Wer den Zuschreibungscharakter von Schuld betont, verweist meist auf die Notwendigkeit, die durch die Straftat missachteten Normen zu

90 Jakobs, ZStW 107 (1995), 247, 257 ff.; ders., System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 59 ff.; Streng, ZStW 101 (1989), 273, 288 ff.; MK/Freund, 2. Aufl. 2011, Vorber. zu den §§ 13 ff. Rn. 242; Weißer, GA 2013, 26, 37 f. Krit. Schünemann, Festschrift für Lampe, 2003, S. 537, 539 ff.

91 Roxin (Fn. 4), § 19 Rn. 37.

92 Kindhäuser, Festschrift für Hassemer, 2010, S. 761, 773.

bestätigen.<sup>93</sup> Es soll hier nicht prinzipiell in Frage gestellt werden, dass Normbestätigung durch Kriminalstrafe, auch „positive Generalprävention“ genannt, ein sinnvolles und legitimes Anliegen ist. Es bleibt allerdings die Frage: Könnte dies genügen, um eine kontrafaktische Unterstellung von Anders-Entscheiden-Können zu legitimieren? Man könnte an dieser Stelle die Fragen aufwerfen, wieweit im Umgang von Menschen miteinander moralische Gebote der Wahrhaftigkeit und Transparenz gelten, und vor allem, näher an unserem Thema, inwieweit dies für Staatsorgane im Umgang mit Bürgern gelten muss. In aller Breite muss dieses Problem hier nicht erörtert werden. In unserem Kontext geht es nicht um unvollständige Informationen oder manipulatives Vorgehen im Allgemeinen, sondern um die engere Frage, ob *explizite Vorwürfe* zulässig sind, wenn begründete Zweifel daran bestehen, dass der Vorwurf eine so nicht gegebene Sachlage unterstellt (in unserem Fall: der Vorwurf, dass der Täter sich zum Tatzeitpunkt hätte anders entscheiden können). Die Antwort hängt offensichtlich davon ab, ob man es für zulässig erachtet, Bedenken durch besonders wichtige Interessen zu überspielen, die das Kollektiv aller Bürger teilt (etwa das Interesse an der Bestätigung von Normgeltung). Ein konsequent funktionalistisch-kollektivistischer Zugang zu moralischen und rechtlichen Fragen kann zu solchen Folgerungen kommen. Ein anderes Ergebnis ist aber dann erforderlich, wenn man davon ausgeht, dass Eingriffe auch gegenüber den unmittelbar davon Betroffenen, also gegenüber den verurteilten Tätern, zu rechtfertigen sind. Liegt der Eingriff in einem expliziten und persönlichen Vorwurf, dann ist unverzichtbare Minimalbedingung, dass dieser Vorwurf *als solcher berechtigt* sein muss (nach meiner Auffassung gilt dies sowohl im moralischen als auch im strafrechtlichen Kontext). Es liegt in der Logik des Machens von Vorwürfen, dass diese intrinsisch legitimiert, d.h. sachlich gerechtfertigt sein müssen, um zulässig zu sein.

Reinhard Merkel erörtert das Fairness- und Gerechtigkeitsproblem, das durch einen zur Normbestätigung erhobenen Schuldvorwurf entsteht. Er meint allerdings, wofür er als Beispiel die Kündigung eines unehrlichen Geschäftsführers anführt, dass belastende Reaktionen trotz-

93 Jakobs (Fn. 90, System der strafrechtlichen Zurechnung), S. 59 ff.; Streng, ZStW 101 (1989), 273, 288 ff.; R. Merkel (Fn. 1), S. 124 ff.

dem zulässig seien.<sup>94</sup> Allerdings handelt es sich in *Merkels* Beispiel um eine Schutzmaßnahme mit präventiver Ausrichtung: Es soll durch Kündigung verhindert werden, dass dieser Geschäftsführer in Zukunft weitere Unterschlagungen vornimmt. Das Legitimationsproblem ist gewichtiger, wenn die Reaktion eine solche ist, die auf einen persönlichen, tatbezogenen Vorwurf hinausläuft. In Bezug auf unsere strafrechtliche Praxis kommt *Merkel* zu der Folgerung, dass wegen der Wichtigkeit einer Sicherung von Normgeltung keine Alternative zur Bestrafung des Täters bestehe.<sup>95</sup> Seine Argumentation läuft darauf hinaus, eine Notstandssituation anzunehmen: Es seien zwar utilitaristisch begründete Eingriffe in die Rechte von Personen grundsätzlich nicht akzeptabel, aber es stehe „der Bestand der Normenordnung als ganzer auf dem Spiel“.<sup>96</sup> Das Fairnessproblem ist damit aber nicht gelöst.

Folgende Argumente könnten angeführt werden, um den Einwand der fehlenden Fairness eines Schuldvorwurfs zu mildern: Da in demokratischen Systemen Normadressaten auch Normschöpfer sind, trage jeder, auch der Täter, Verantwortung für die Sicherung der Geltung von Normen.<sup>97</sup> Oder man könnte darauf verweisen, dass derjenige, der als Straftäter für die Sicherung der Normgeltung in Anspruch genommen werde, in seiner Rolle als Bürger selbst auch von einer stabilen Normenordnung profitiert hat und weiterhin profitieren wird. Aber auch dann, wenn man entlang dieser Linien denkt, kommt man nicht ohne weiteres zu der Folgerung, dass deshalb gerade ein auf Anders-Entscheiden-Können gegründeter Vorwurf fingiert werden müsste. Man kann mit der Kombination von Notwendigkeits- und Fairnessargumenten zwar in *allgemeiner* Weise begründen, dass Täter Einbußen in Kauf nehmen müssen. Aber diese Argumente helfen nicht über das speziellere Problem hinweg, dass, soweit es um explizite Vorwürfe geht, die Eigenlogik von Vorwürfen (diese müssen sachlich berechtigt sein) beachtet werden sollte. Und es ist auch aus einer funktionalistischen Sicht keineswegs selbstverständlich, dass ausgerechnet ein klassischer

94 R. Merkel (Fn. 1), S. 127 ff.

95 R. Merkel, Festschrift für Roxin z. 80. Geburtstag, 2011, S. 737, 760 f.

96 R. Merkel (Fn. 1), S. 136.

97 S. zu demokratietheoretischen Argumenten Günther, in: Maasen/Prinz/Roth (Hrsg.), Voluntary Action. Brains, Minds, and Sociality, 2003, S. 263, 275 f.

Schuldvorwurf des Inhalts „Sie hätten anders entscheiden können“ für die Bestätigung von Normgeltung erforderlich wäre. Mein Anliegen ist es, im folgenden Kapitel VI. zu begründen, dass eine retrospektiv begründete Rechtsfolge (eine Übelzufügung zur Verdeutlichung des Vorwurfs, Unrecht begangen zu haben) als Reaktion auf eine Straftat legitim ist – ohne, dass damit ein *zusätzlicher* Vorwurf verbunden sein muss, der dem Täter persönliches Versagen bei der Entscheidung vorhält. Wer bei der Rechtfertigung von Kriminalstrafe ausschließlich auf positive Generalprävention abstellt, müsste mit einer solchen Lösung ebenfalls zufrieden sein.<sup>98</sup>

##### *5. Fiktion des Anders-Entscheiden-Könnens aus nicht-funktionalistischen Gründen*

Es gibt in der Literatur weitere Ansätze, die das Erheben eines klassischen Schuldvorwurfs damit begründen, dass dies entweder erlaubt oder sogar geboten sei. *Johann Braun* meint, dass die Neurowissenschaften „die bedeutendsten Errungenschaften der westlichen Welt“ in Frage stellten und die Gefahr einer „Expertokratie“ drohe, in der der Einzelne „zur Verfügungsmasse einer herrschenden Clique degradiert“ werde.<sup>99</sup> Seine (leicht paranoid anmutende) Zukunftsprognose wird mit einer normativen These dazu untermauert, warum am Anders-Entscheiden-Können festzuhalten sei. Diese These verknüpft die Beschreibung des subjektiven Selbstverständnisses mit wertenden Geboten, die sich auf wechselseitige Anerkennung und Gleichheit beziehen. Da der einzelne Mensch sich selbst nur als frei zu anderen Entscheidungen begreifen könne, müsse er dies auch allen anderen zugestehen. Die notwendige

98 *Jakobs* verwendet zwar nach wie vor den Schuldbegehr und es findet sich bei ihm auch an einer Stelle die Umschreibung „Versagen des Täters“ (System der strafrechtlichen Zurechnung, Fn. 90, S. 60). Allerdings bleibt sein Schuldbegehr blass, ja letztlich gehaltlos, da Schuld in erster Linie negativ definiert wird, d.h. als Unmöglichkeit, das Geschehen als Teil von „Natur“ zu erklären (a.a.O., S. 60 ff.). *Jakobs* verzichtet damit auf einen zum Unrechtsvorwurf hinzukommenden Vorwurf. Nach seinem Konzept ist Zuständigkeit die wesentliche Kategorie, S. 66 und passim.

99 *J. Braun*, JZ 2004, 610, 612 f.

Behandlung anderer als „meinesgleichen“ zwinge dazu, diesen anderen entsprechend dem eigenen Selbstbild Schuldfähigkeit zuzuschreiben.<sup>100</sup> Mit diesem Argument ist aber allenfalls zu begründen, warum wir uns wechselseitig prospektiv als frei behandeln sollten, also nur eine Antwort auf die Frage möglich, warum wir am „Menschenbild des Grundgesetzes“ und an einem auf Selbstbestimmung des Einzelnen zugeschnittenen Zivilrecht festhalten sollten. Die Erhebung eines retrospektiv ausgerichteten klassischen strafrechtlichen Schuldvorwurfs lässt sich jedoch schwerlich ernsthaft unter „Akt der Anerkennung“ subsumieren. In *diesem* Kontext, wenn es um die Belastung von Personen durch einen konkreten Vorwurf geht, ist die Forderung, dass man aus normativen Gründen das eigene Erlebnis einer offenen Zukunft (das zwangsläufig mit Fehlwahrnehmungen verbunden ist) auf andere Personen übertragen *müsste*, noch problematischer als die Folgerung (vorstehend 3.), dass man auf die Selbstwahrnehmung des Täters zurückgreifen *dürfe*.

Anders, nämlich nüchtern und unter Rückgriff auf demokratietheoretische Überlegungen, argumentiert *Urs Kindhäuser*. Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist, dass strafrechtliche Schuld nur in einer demokratisch verfassten Gesellschaft begründbar sei, die dem Einzelnen die Möglichkeit des Widerspruchs gegen solche Verhaltensnormen ermögliche, die er inhaltlich nicht billige. In einer solchen Gesellschaft werde die Kompetenz einer Person als Normautor unterstellt und nicht näher untersucht, weshalb im Gegenzug auch die Fähigkeit unterstellt werden dürfe, dass man in der Lage sei, sich ggf. kritisch zu missliebigen Verhaltensnormen zu äußern, was gleichzeitig zum Unterlassen von Normverstößen verpflichte.<sup>101</sup> Dieses Argument erscheint mir überzeugend, aber in seiner Reichweite begrenzt. Man kann auf die Rollen für Bürger im demokratischen Staat abstellen, um zu begründen, warum man verpflichtet ist, auch solche Verhaltensnormen zu beachten, die man inhaltlich als nicht überzeugend gerechtfertigt einstuft. Aber daraus ergibt sich meines Erachtens nur, dass bei Normverstößen ein Vorwurf erlaubt

100 J. Braun, JZ 2004, 610, 611 ff.

101 Kindhäuser, Festschrift für Hassemer, 2010, S. 761, 772 f.

sei, nicht aber, dass dieser unbedingt die Form eines klassischen Schuldvorwurfs annehmen solle oder müsse.

## 6. Ein anders begründeter Schuldvorwurf: die Wiederauferstehung der Charakterschuld

Eine andere Möglichkeit, einen Schuldvorwurf zu retten, liegt darin, den Inhalt des Vorwurfs zu ändern, indem der Bezugspunkt verschoben wird, auf den sich die Bewertung bezieht. Der Grund für die Berechtigung eines Vorwurfs könnte darin liegen, dass dieser dem Charakter des Täters gilt. Es handelt sich dann nicht mehr um einen klassischen, den Entscheidungszeitpunkt betonenden Schuldvorwurf. In jüngerer Zeit hat Rolf Herzberg einen solchen Ansatz wiederbelebt,<sup>102</sup> wobei Herzberg von einem konsequent deterministischen Weltbild ausgeht, aus dem er ableitet, dass niemand zu einem bestimmten Zeitpunkt anders hätte handeln können, als er oder sie dies tatsächlich getan hat.<sup>103</sup> Trotzdem sei nicht zu folgern, dass ein Schuldvorwurf unzulässig sei. Vielmehr gelte der Schuldvorwurf nur der Tat als Durchgangsstadium, aber eigentlich der Person des Täters. Für seinen Charakter müsse man einstehen, unabhängig von Freiheit bei der Formung des Charakters.<sup>104</sup> Charakterbezogene Ansätze sind im deutschen zeitgenössischen strafrechtswissenschaftlichen Schrifttum im Übrigen kaum mehr zu finden (anders bei jüngeren englischsprachigen Strafrechtstheoretikern, die sich dem Strafrecht von der Moralphilosophie kommend annähern<sup>105</sup>). Außerdem bestehen punktuelle Gemeinsamkeiten zwischen Charakterschuldlehrre und einigen prominent vertretenen Ansätzen in der Philosophie, die unter der Überschrift „Kompatibilismus“ ebenfalls den Fokus von der Tat zur Person verschieben. Sie stellen den Punkt „Urheberschaft“ als Be-

102 Herzberg (Fn. 19); ders., Festschrift für Achenbach, 2011, S. 157 ff.; ders., ZStW 124 (2012), S. 12 ff. S. für einen in diese Richtung weisenden Ansatz ferner Burkhardt (Fn. 34); zu den älteren Ausarbeitungen von Charakterschulden Engisch (Fn. 80), S. 44 ff.

103 Herzberg (Fn. 19), S. 1 ff.; ders., Festschrift für Achenbach, 2011, S. 157, 162 ff.

104 Herzberg (Fn. 19), S. 90 ff. Krit. Weißer, GA 2013, 26, 34.

105 Tadros, Criminal Responsibility, 2005, S. 44 ff.

gründung dafür in den Vordergrund, warum Personen auch dann verantwortlich gemacht werden dürfen, wenn von der Determiniertheit ihrer Einzelhandlungen auszugehen sei. Maßgeblich sei, dass die Handlung auf eine Person als Urheber zurückgeführt werden könne.<sup>106</sup>

Formuliert man allerdings einen strafrechtlichen Schuldvorwurf auf dieser Grundlage, bedeutet das, gegenüber dem Täter genaugenommen *zwei* Vorwürfe zu formulieren: zum einen den tatbezogenen Unrechtsvorwurf, der sich z.B. auf die vorsätzliche Zufügung einer schweren Verletzung des Opfers bezieht; zum anderen ein zweites Werturteil, nämlich einen Schuldvorwurf. Inhalt des Schuldvorwurfs ist, dass sich der Täter durch die Tat etwa als bösartiger, mitleidloser Mensch entpuppt habe. Herzberg formuliert das explizit so: „Vorgeworfen wird dem Übeltäter, nach Maßgabe seiner *einzelnen Tat*, ein Wesenszug, ein *charakterliches Defizit*, sei es sein Leichtsinn, oder welchen Grades auch immer, seine Bosheit“.<sup>107</sup> Der Vorwurf bezöge sich auf den Ursprung der Tat, den Charakter und „nur durchgangsweise auch [auf] die Tat selbst“.<sup>108</sup> Ein solcher Vorschlag wirft allerdings mehrere Fragen auf. Konzepte der Charakterschuld gehen davon aus, dass „Charakter“ als hinreichend stabiles Phänomen existiert und *jenseits* einer konkreten Einzelhandlung beschrieben werden kann, insbesondere auch über längere Zeiträume hinweg. Es müsste analysiert werden, inwieweit solche Annahmen auf Zuschreibungen und inwieweit sie auf empirische Grundlagen zurückzuführen sind, insbesondere auch, wie schnell und nachhaltig sich die vielfältigen Einflüsse, denen Menschen ausgesetzt sind, auf die verschiedenen Reaktions- und Verhaltensdispositionen auswirken, die mit dem Schlagwort „Charakter“ zusammengefasst werden. Und was ist mit „charakterfremden“ Taten, wenn *eine Einzelhandlung* nicht zu Verhaltensdispositionen passt, die sich zuvor und danach in *anderen* Handlungen zeigten? Wenn man in solchen Situationen der Inkonsistenz darauf abstellt, dass dann eben die fragliche Einzelhandlung, d.h. die Straftat, den „wahren“ Charakter jedenfalls in seiner Beschaffenheit *zum Tatzeitpunkt* zeige, so verliert ein Charakterschuld-

106 S. unten Fn. 159.

107 Herzberg, Festschrift für Achenbach, 2011, S. 157, 184 (Hervorhebungen im Original).

108 Herzberg (Fn. 19), S. 99 (Hervorhebung im Original).

vorwurf seinen eigenständigen Bezugspunkt und ein entsprechendes Konzept mündet in eine zirkuläre Argumentation.<sup>109</sup>

Vor allem aber ist kritisch zu fragen, ob Tadel für den Charakter eines Menschen tatsächlich Aufgabe des Strafrechts ist. Was sind die Funktionen eines staatlichen Unwerturteils, in wessen Interesse und aus wessen Perspektive wird es abgegeben? Auf diese Punkte ist im folgenden Kapitel noch ausführlich zurückzukommen. Es sei an dieser Stelle nur kurz vorweggenommen, dass nach der von mir vertretenen Auffassung der Vorwurf, der mit dem Strafurteil verbunden ist, stellvertretend für den Verletzten abgegeben wird und sich deshalb auf die *konkrete Interaktion*, die konkrete Tat (einschließlich der *in diesem Moment* bestehenden subjektiven Einstellungen des Täters) beschränken sollte. Weiterreichende Urteile über die Person und ihren Charakter sind *nicht* Angelegenheit des Staates. Soweit Herzberg auf moralische Vorwürfe im sozialen Alltag verweist, die anlässlich einer Missetat die Person mit Formulierungen wie „Schwindler, Spitzbube, mieser Typ, bösartiger Rassist“, „du *bist* gemein“, „du *bist* böse“ usw. charakterisieren,<sup>110</sup> ist daraus nicht umstandslos auf eine ähnliche Lage für rechtliche Unwerturteile zu schließen. Vielmehr gibt es einen entscheidenden Unterschied. Strafrechtsurteile sollten zwar einen Vorwurf machen, dessen Reichweite aber enger ausfallen sollte als dies im Alltagsleben der Fall sein mag.

109 A.A. Tadros (Fn. 105), S. 50 ff.

110 Herzberg (Fn. 19), S. 99; ders., Festschrift für Achenbach, 2011, S. 157, 184 (Hervorhebungen im Original).