

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 Schwachsinns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit *unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.*“ (Hervorhebungen von mir.)¹⁷⁴

Der erste der beiden genannten Defekte, der kognitive, ist problemlos und unstrittig: 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.¹⁷⁵ 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.¹⁷⁶

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 teilen¹⁷⁷: 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.¹⁷⁸ 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.¹⁷⁹

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 Schuldabschluss 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.¹⁸⁰ 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 Strafrechtsgesetzbuch, 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.“¹⁸¹

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“.¹⁸² 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.¹⁸³ 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.¹⁸⁴ 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 vorschriebe.)

(2.) „*Die Freiheit des Andershandelns 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 Neurophysiologie erklärbar ist.¹⁸⁵ 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_2O 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 Andershandelnskönnens 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 Andershandelnskönnens 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 Andershandelnskönnens 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.¹⁸⁶

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.¹⁸⁷ 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“.¹⁸⁸ 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).

bung *wirklicher* Freiheit zu gründen, erheblich beeinflussen. Daher sollte sie genauer geklärt werden.

Dass dies möglich ist, und zwar im Sinne der Bestätigung einer logischen Notwendigkeit, hat 1960 der Philosoph und Neurowissenschaftler Donald MacKay gezeigt.¹⁸⁹ Für sein Argument unterstellt er (ohne zuzustimmen) die Wahrheit eines universalen Kausaldeterminismus der physischen Welt. Ein alleswissender Beobachter, ein „Laplace-scher Dämon“ L, der alle Vorgänge im Gehirn eines Akteurs A und alle Naturgesetze vollständig kennt, wäre dann in der Lage, A's künftige Entscheidungen vorherzusagen. Diese Perspektive des Alles(vorher)wissens kann aber nicht von dem Beobachteten (A) selber übernommen werden, ohne dass der Determinismus des Beobachterstandpunkts notwendig aufgehoben würde. Denn erführe A, was der alleswissende L über ihn und sein künftiges Verhalten weiß, so stünde ihm diese Information als Grundlage seiner Entscheidung zur Verfügung, könnte diese selbst also beeinflussen und anders ausfallen lassen. Salopp: A könnte sich sagen: „Aha, alles zeigt an, das ich mich gleich für die Handlung X entscheiden werde – den Teufel werde ich tun; ich entscheide mich für Y“. Zwar könnte der alles vorherwissende L dann diese erweiterte Informationsbasis des A zum Ausgangspunkt einer neuen Prognose nehmen; er könnte diese aber wieder dem A nicht mitteilen, ohne sie auf die dargestellte Weise erneut unsicher oder falsch zu machen. Kurz: die Weitergabe der Prognose des L an A hebt deren Sicherheit (Wahrheit) notwendig auf. Daher könnte in einer determinierten Welt zwar ein Laplacescher Dämon genau vorherwissen, wie ein Akteur entscheiden und handeln wird, nicht aber der Handelnde selbst. Diese „Verneinung der Transferabilität“ der prognostischen Wissensbasis auf den Handelnden selbst nennt MacKay ein „philosophisches Relativitätsprinzip“.¹⁹⁰ Anders gewendet: Bevor eine

189 MacKay, On the Logical Indeterminacy of a Free Choice, in: *Mind* 69 (1960), 31 ff. Ähnlich schon Popper, Indeterminism in Quantum Physics and in Classical Physics, in: *The British Journal for the Philosophy of Science* 1 (1951), 117 ff., 173 ff. Der Grundgedanke bereits bei Planck, Kausalgesetz und Willensfreiheit, in: *ders.* (Anm. 31), S. 139 ff.

190 MacKay (Anm. 189), S. 39.

Entscheidung gefallen ist, *kann* sie vom Entscheidenden nicht als sicheres Wissen, also nicht als determinierte, gekannt werden. Erführe er vorher von ihr, würde die sie voraussagende Prognose unrichtig. Gewiss, nur möglicherweise unrichtig, denn der Entscheidende könnte ja auf seiner neuen Wissensbasis gleichwohl die ursprünglich prognostizierte Entscheidung treffen. Aber diese Möglichkeit des Unrichtigwerdens tritt *notwendig* ein. Das schließt für den Entscheider selber eine deterministische Prognose seines Handelns aus.

Man könnte daher sagen: Es gibt zwei logisch unabhängige Perspektiven auf die Situation. Beide lassen für ihren jeweiligen Inhaber keinerlei Lücke in dessen möglichem Wissen über die Welt offen. Es ist nicht etwa so, dass bei A im Vergleich zu seinem Beobachter ein Wissensdefizit bestünde. Denn was dieser weiß, *kann* von A nicht ebenfalls vorhergewusst werden, ohne dass der Status der Prognose als Wissen verlorenginge. Keine der beiden Perspektiven auf die Welt kann daher beanspruchen, die allein wahre Sicht der Dinge zu sein. Beide sind wahr und vollständig. Für die 1. Person Singular mag daher zwar die externe Welt vollständig determiniert sein; die interne des eigenen künftigen Entscheidens kann es nicht sein.

MacKays Analyse stützt also Kants und Burkhardts faktischen Befund mit einem logischen Fundament. Das bedeutet, dass einem Handelnden immerhin psychologisch das Festgehaltenwerden an einer Verantwortlichkeit für sein Tun plausibel zu machen ist, plausibler vermutlich als das Gegenteil: die Auskunft, er habe zwar dies und das getan, sei auch weder krank noch unter Nötigungsdruck gewesen, habe aber dennoch wegen der determinierenden neuronalen Vorgänge in seinem Gehirn nicht anders handeln können.

Folgt daraus, dass wir einem solchen Handelnden „wirkliche praktische Freiheit“ zuschreiben und darauf den Schuldvorwurf gründen können, wie Burkhardt meint? Die Antwort lautet nein. Sie beruht auf derselben Erwägung, die oben schon gegen Kant geltend gemacht worden ist: Als Ursprung seiner eigenen Entscheidungen und in diesem Sinne subjektiv notwendig frei erlebt sich auch der (ungenötigte)

Geisteskranken.¹⁹¹ Ist aber das subjektive Freiheitserleben eines Schuldunfähigen kein anderes als das eines Schuldfähigen, so taugt es nicht als Kriterium zur Unterscheidung beider. In der subjektiven Gewissheit eigenen freien Handelns erleben manchmal auch Epileptiker die gänzlich handlungslosen Dämmerzustände ihrer Anfälle. So verhielt es sich im Fall BGHSt 40, 341.¹⁹² Hätte das Tatgericht die Schilderung des epilepsiekranken Angeklagten von seiner vermeintlichen Aktivität während seines Anfalls am Steuer seines PKW für bare Münze genommen, so hätte es den Angeklagten *wegen dieses Verhaltens* aus § 222 und § 229 StGB verurteilen müssen.¹⁹³ Aber das LG wusste besser als der Kranke, dass sein subjektives Freiheits- und Handlungserleben Täuschung war und dass er während seines Anfalls überhaupt nicht, geschweige denn frei gehandelt hatte. Niemand bezweifelt, dass dies die allein zutreffende Beurteilung ist. Es ist aber inkonsistent und daher nicht akzeptabel, Unfreiheit allein nach den objektiven Kriterien empirischer Wissenschaften, Freiheit dagegen nur mit dem subjektiven Erleben zu begründen.

2.2 Das objektive Fundament des Schuldprinzips

Daher bedarf das Schuldprinzip auch eines objektiven Fundaments. In Betracht kommt dafür nur ein normatives Kriterium. Denn weder die Naturwissenschaft noch die Metaphysik gibt uns, wie wir gesehen haben, gute Gründe für die Annahme, der in § 20 vorausgesetzten Freiheit zum Andershandelnkönnen entspreche irgendein objektives Element im Vorgang des Entscheidens und Handelns wirklicher Personen. Zwei Perspektiven sind denkbar, in denen die Legitimation

191 S. oben, IV.2.3.2, zu und in Anm. 97 und 98.

192 S. oben in Anm. 101.

193 Er hatte einen Menschen tödlich überfahren und zwei andere verletzt. Dafür wurde er aus §§ 222, 229 verurteilt, aber nicht wegen des unmittelbar unfallverursachenden Verhaltens im Dämmerzustand, sondern weil er sich in Kenntnis seiner Krankheit ans Steuer gesetzt hatte. Der BGH hob die Entscheidung auf, billigte aber selbstverständlich die Beurteilung des Verhaltens während des Anfalls als Nichthandeln.

gesucht werden kann: der Blick auf den Täter einer Straftat und der Blick auf die Bedingungen der gesamten rechtlichen Ordnung.

2.2.1 *Der Blick auf die Belange des Täters*

In der ersten Perspektive und vor dem Hintergrund eines freiheitstheoretischen Agnostizismus hat vor allem Roxin eindrucksvolle Argumente formuliert. Die Ersetzung des Schuldprinzips durch ein allein dem Verhältnismäßigkeitsprinzip verpflichtetes Maßregelrecht wäre keineswegs vorteilhaft für Straftäter.¹⁹⁴ Im Gegenteil. Betrachte man die positiven Entwicklungen der Strafrechtsdogmatik, die seit über 200 Jahren dem Schuldprinzip zu verdanken seien – von der Abschaffung der Strafe für Geisteskranke und Kinder bis zur weitgehenden Beseitigung der Erfolgshaftung und zur Notwendigkeit, dem Täter eines erfolgsqualifizierten Delikts für die Zurechnung der schweren Folge mindestens Fahrlässigkeit nachzuweisen – so erkenne man das Schuldprinzip vor allem als „ein die Staatsmacht in Schranken haltendes, freiheitsverbürgendes Rechtsprinzip“:

„Die Ersetzung der Schuld durch Prävention würde also auf dogmatischem Gebiet die Tendenz haben, die rechtsstaatlichen Errungenschaften der neueren Strafrechtsentwicklung, die als solche von niemandem bestritten werden, wieder rückgängig zu machen. [...] Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, das von den Theoretikern der reinen Prävention anstelle des Schuldprinzips zur Begrenzung der Strafhöhe angeboten wird, leistet für die Einschränkung der Sanktionsdauer weit weniger. Denn Bezugsgegenstand der Verhältnismäßigkeitsprüfung kann vom präventiven Standpunkt aus nur das öffentliche Interesse an der Verbrechensbekämpfung sein. Unverhältnismäßig ist also nur, was im Grund schon präventiv nicht geboten ist, während das Schuldprinzip viel weitergehend in der Lage ist, das individuelle Freiheitsinteresse gegen das staatliche Eingriffsinteresse durchzusetzen.“¹⁹⁵

194 Und ein sanktionsloses Nichtreagieren seitens des Staates steht für niemanden ernsthaft zur Debatte.

195 *Roxin* (Anm. 179), 651.

Wenn Roxins Prämisse stimmt, dass „Bezugsgegenstand der Verhältnismäßigkeit“ allein das Interesse an der Verbrechensbekämpfung sei, dann ist das ein überzeugendes Argument. Aber stimmt diese Prämisse? Dagegen könnte man folgendes einwenden: „Verhältnismäßigkeit“ heißt, dass (mindestens) zwei Elemente „ins rechte Verhältnis“ zu setzen sind. Das sind hier einerseits die staatlichen Belange der Prävention und andererseits die individuellen Schutzbelange eines Straftäters. Die letzteren stehen *gegen* das Präventionsinteresse und sind diesem keineswegs von Anfang an unterzuordnen. Dann legt eine zutreffende Verhältnismäßigkeitsprüfung aber das Folgende nahe: Kann ein individuelles Andershandelnkönnen im Moment der Tatbegehung als sachliche Voraussetzung der Schuld nicht festgestellt werden, so gebietet es die Verhältnismäßigkeit, den Täter jedenfalls nicht schlechter zu stellen, als er stünde, wenn er im genannten Sinne erwiesenermaßen „frei“ und schuldhaft gehandelt hätte. Dies zugunsten einer Ausdehnung der Prävention zu ignorieren, wäre in einer liberalen Verfassungsordnung schon deshalb unverhältnismäßig, weil es einen (voraussetzungsgemäß) *schuldlosen* Täter schlechter zu behandeln erlaubte als die (fiktive) Vergleichsfigur eines schuldigen. Die Höhe einer in jedem Einzelfall fiktiv zu ermittelnden Schuldstrafe zöge daher jeweils den äußersten Rahmen, bis zu dem eine verhältnismäßige Sanktion gehen und den sie keinesfalls über-, sehr wohl aber oft unterschreiten könnte.

Aber kehrt man, wenn man so das Schuldprinzip zum entscheidenden Grenzmaß der präventiven Belange macht, nicht einfach „zum Schuldprinzip in präventiver Verkleidung“ zurück?¹⁹⁶ Das mag man so sehen, wiewohl das Argument pro Verhältnismäßigkeit, falls es stimmte, immerhin die gegenüber dem Schuldprinzip zutreffende Perspektive bezeichnete und ihr einen passenderen Titel gäbe. Doch spricht etwas anderes entscheidend gegen eine reine Präventionsorientierung der Strafe. Mit ihr vermöchte das Strafrecht seine genuine Aufgabe nicht zu erfüllen. Wenn und soweit diese Aufgabe als unab-

196 So Roxin (Anm. 179), 647, gegen das Argument, die beste Prävention sei die schuldangemessene Sanktion.

dingbare Voraussetzung der Organisation von Gesellschaft ausgewiesen und damit legitimiert werden kann, sind *allein* die Belange individueller Täter nicht geeignet, ein Sanktionenrecht rein präventiven Charakters und einen Verzicht auf jedes Schuldprinzip zu erzwingen. Andererseits gilt freilich auch, dass die grundsätzliche Legitimität einer rechtlichen Aufgabe nicht deren *schrankenlose* Durchsetzung gegen die Interessen der betroffenen Individuen gestattet. Was genau besagt dies alles?

2.2.2 *Der Blick auf die Bedingungen rechtlicher Ordnung*

Nach h.M. besteht die gesellschaftliche Aufgabe des Strafrechts im Schutz von „Rechtsgütern“. Das ist ein hinreichend abstrakter Begriff, um ihm allerlei konkrete Deutungen zu subsumieren, darunter wohl auch die zutreffende. Seine geläufige Verwendung birgt aber ein Risiko der Irreführung. Sind mit „Rechtsgütern“ konkrete sachliche Lebensgüter gemeint, etwa materielle Gegenstände, die Eigentümern gehören, oder menschliche Körper aus Fleisch und Blut, dann suggeriert der Topos vom Rechtsgüterschutz etwas Falsches. Das Strafrecht soll nicht etwa die unversehrte Existenz solcher Gegenstände garantieren, z.B. des Autos von Herrn X oder der Gesundheit von Frau Y. Das wird schon daran offensichtlich, dass Herr X selber sein Auto genauso zerstören darf wie Frau Y ihre Gesundheit, ohne das mindeste Interesse des Strafrechts auf sich zu ziehen. Plastisch: Wenn Herr X gerade den Vorschlaghammer aufhebt, um sein Auto zu Schrott zu schlagen, und dabei sieht, wie sich sein Feind F mit erhobenem Vorschlaghammer dem Auto nähert, ersichtlich um mit diesem boshafterweise genau das zu tun, wozu Herr X sich soeben anschickt, dann hat X selbstverständlich das Recht, zunächst den F per Notwehr gewaltsam abzuwehren, um dann sofort eben das auszuführen, woran er den F gerade mit Gewalt gehindert hat. Nicht auf das Auto kommt es dem Strafrecht also an, wohl aber auf die Verteidigung der Norm, die es verbietet, das Eigentum anderer zu beschädigen. Generell: auf die Garantie allgemeiner

Verhaltensnormen, die ein friedliches und gedeihliches Zusammenleben in einer freiheitlichen Gesellschaft sichern.¹⁹⁷ Knapp und sloganartig: Nicht Güterschutz, sondern Normenschutz ist die unmittelbare Aufgabe des Strafrechts. (Integriert man freilich den Normenschutz in den Begriff des „Rechtsguts“, dann ist die Auskunft, es gehe um Rechtsgüterschutz nicht zu beanstanden.¹⁹⁸)

Trägt das Schuldprinzip zu dieser Aufgabe etwas bei, worauf nicht verzichtet werden kann? Ich meine, ja. Jede rechtswidrige Tat verletzt in einem handfesten Sinn die gebrochene Norm, das primäre strafrechtliche Schutzgut: Deren Anspruch, im Wirkungsbereich der rechtlichen Ordnung *immer* und *für alle* zu gelten, hat in diesem konkreten Fall versagt; er ist vom Täter missachtet, desavouiert worden. Das genau meint der verbreitete, aber selten erläuterte Begriff des „Normgeltungsschadens“, den eine Straftat verursache. Reagierte das Recht auf diesen Normbruch nicht, so nähme es die Läsion, die Einschränkung der Normgeltung, hin. Diese Läsion, die Tat selbst, ist schon der Beginn einer Erosion der Norm. Ihre schweigende Hinnahme seitens des Staates als des Garanten der Normgeltung hätte objektiv die Bedeutung einer symbolischen Akklamation und damit einer Verstärkung des Erosionsvorgangs. Als generelle Praxis des Staates wäre das nichts anderes als die Preisgabe der rechtlichen Friedensordnung zwischen seinen Bürgern. Das wäre offensichtlich indiskutabel; jedenfalls

197 Zwei Anmerkungen dazu: (1.) steht hinter dem Normenschutz selbstverständlich auch der Schutz individueller Interessen – aber nicht als Schutz materieller Dinge, sondern als Schutz der *Freiheit*, seine Güter gemäß den eigenen Interessen zu nutzen (oder zu zerstören). (2.) gibt es einige Bereiche, in denen es dem Strafrecht tatsächlich *primär* auf den Gütererhalt ankommt: bei fundamentalen Gemeinshaftsgütern, deren Bestand ebenfalls zu den Bedingungen der Existenz der Gesellschaft gehört; exemplarisch: §§ 324 ff. zum Schutz der Umwelt.

198 Die hier skizzierte Auffassung beruht v.a. auf der Lehre von *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 2/1 ff.; *ders.*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Vorträge Nordrhein-Westf. Akad. der Wissenschaften, 2004, S. 26 ff. – Eine (zutreffende) Integration des Normschutzelements – nämlich des *rechtlichen Bezugs* eines Inhabers zu seinem geschützten Gut – in den Rechtsgutsbegriff sehe ich etwa bei *Roxin* (Anm. 124), § 2 Rn. 50 ff., sowie v.a. § 13 Rn. 12 ff.: Einwilligung als Ausschluss des Tatbestands, also bereits des Schutzguts, trotz Zerstörung des Lebensguts!

darüber gibt es keinen Dissens. Daraus ergibt sich, dass Aufgabe und zugleich Bedeutung der strafrechtlichen Reaktion vorrangig die „Reparatur“ der gebrochenen Norm ist: die symbolische Wiederherstellung der verletzten Normgeltung und damit die Sicherung ihres Fortbestands in der Zukunft.¹⁹⁹

Rechtfertigt aber diese Aufgabe die Zuschreibung individueller Schuld? Das ist keineswegs offensichtlich. *Allein* der Blick auf den Täter vermag jedenfalls, wie wir gesehen haben, eine solche Schuldzurechnung nicht zu beglaubigen. Dann darf man aber die verbleibende Last der Legitimation nicht herabsetzen durch schielende Anleihen bei einem persönlichen „Dafürkönnen“ des Täters.²⁰⁰ Vielmehr müssen wir, mindestens in dubio, als Prämisse unserer weiteren Überlegungen hinnehmen, dass (möglicherweise) *kein einziger* individueller Straftäter jemals in der Lage ist, sich „bei Begehung der Tat“ anders zu verhalten und sein Handeln zu vermeiden. Freilich haben wir inzwischen nicht bloß den Umfang der legitimatorischen Aufgabe, sondern auch die Bedeutung des Zieles, das mit ihrer Erfüllung verfolgt wird, klarer im Blick: die Sicherung des Fortbestands der Normenordnung. Kann dieses Ziel die „normative Setzung“ individueller Schuld von Tätern rechtfertigen, die im manifesten Sinn der Unvermeidbarkeit für ihre Tatbegehung „nichts können“? Ist das nicht trotz des evidenten Gewichts dieses Zieles unfair, also ungerecht?

Veranschaulichen wir uns eine solche Kollision eigener (oder allgemeiner) Schutzinteressen mit dem Fairnessgebot in einem weniger dramatischen Modus als dem des Strafrechts und siedeln sie deshalb im Bau der Rechtsordnung sozusagen eine Etage tiefer an. Dort mag das Problem leichter durchschaubar werden:

- 199 Die Strafe *ist* (symbolisch) bereits diese „Normreparatur“. Neben der Sache liegen deshalb verbreitete Beschwerden gegen den Begriff einer so verstandenen „positiven Generalprävention“, sie könne ihre Plausibilität nicht *empirisch* ausweisen. Es geht aber nicht um empirische Folgen, sondern um die symbolisch-institutionelle *Bedeutung* der Strafe; treffend *Jakobs*, Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, in: ZStW 107 (1995), 843 ff. (844).
- 200 Etwa: Vielleicht gibt es ja doch einen freien Willen (im Sinn von PAM). Oder: Immerhin hat er subjektiv „unter der Idee der Freiheit gehandelt“, etc. – kurz, all das, was wir erörtert und nicht tragfähig gefunden haben.

Philosoph P unterhält eine florierende Praxis für „philosophische Lebenshilfe“ und beschäftigt zu deren wirtschaftlicher Organisation den Geschäftsführer G. Leider unterschlägt G wiederholt trotz P's energischer Vorhaltungen und der Androhung von Konsequenzen kleinere Geldbeträge. P ist überzeugter Verfechter des Determinismus. Er glaubt nicht an die Möglichkeit individuellen Andershandelns und daher auch nicht an die Möglichkeit individueller Schuld. Ihm ist nicht zweifelhaft, dass G für sein schädigendes Verhalten persönlich nichts kann. Auch weiß er, dass G mitsamt seiner Familie sehr wahrscheinlich in Not gerät, wenn ihm fristlos gekündigt wird. Kann P trotzdem kündigen ohne sich dem Vorhalt der Inkonsistenz oder der Unfairness auszusetzen?

Ganz gewiss kann er das. Das ist G gegenüber auch dann nicht unfair, wenn P's deterministische Überzeugungen vollständig richtig sein sollten und wenn G (mitsamt Familie) nach der Kündigung tatsächlich in Not und Armut gerät. Sub specie Gerechtigkeit geht es eben nicht nur um die Frage, ob G etwas für sein Tun kann, sondern auch darum, dass P, der ja seinerseits nichts für G's Nichtsdafürkönnen kann, legitime Interessen verteidigt und dies auf anderem Weg nicht erfolgreich tun könnte. Daran zeigt sich, dass es eine nicht zu schließende und dennoch normativ akzeptable Kluft geben kann zwischen dem, was ein Täter, seinen Fähigkeiten und Unfähigkeiten gemäß, persönlich verdient, und der Fairness einer Reaktion, die ihm sein Verhalten „übelnimmt“ und ihm dafür Belastungen zumutet. Die Fairness solcher sanktionierenden Belastungen kann zu bejahen sein, auch wenn der Täter diese im strikten Sinn persönlich nicht verdient hat.²⁰¹

Trotz der Schlichtheit unseres Modellfalls scheint er mir die Grundstruktur der Beziehungen zwischen Straftäter, Gesellschaft und Recht in einer plausiblen Analogie widerzuspiegeln. Wir haben oben die unmittelbare Aufgabe der Strafe als symbolische Restauration der

201 Dieser Gedanke geht auf den berühmten Aufsatz *Peter Strawsons, Freedom and Resentment*, in: *Proceedings of the British Academy* 48 (1962), 1 ff., zurück. (hier zit. nach dem Abdruck in *Watson* [Anm. 110], S. 72 ff.). *Strawsons* einflussreiche Idee muss hier nicht weiter erörtert werden. Erheblich ausgebaut wird sie von *Wallace, Responsibility and the Moral Sentiments*, 1994.

verletzten Normgeltung identifiziert. Ohne die glaubhafte Wiederherstellung ihrer Geltung müssten gebrochene Normen allmählich erodieren und verschwinden. Wir kennen keine gegenwärtige Gesellschaft und können uns keine künftige vorstellen, die ohne ein funktionierendes System von Verbotsnormen lebensfähig oder lebenswert wäre. Deren Verteidigung gegen einen normverletzenden Täter behandelt diesen mit der Zurechnung von Schuld und der Belastung durch Strafe daher auch dann nicht unfair (ungerecht), wenn er seine Tat nicht vermeiden konnte – freilich nur, sofern diese besondere Form der Normverteidigung unbedingt erforderlich, also ohne vernünftige und erfolgversprechende Alternative ist, die auf Schuld und Strafe verzichten könnte.²⁰²

Und damit ist die letzte noch offene Frage gestellt, auf die eine Rechtfertigung des Schuldprinzips antworten muss. Gibt es keine solche Alternative? Böte nicht eine rein präventiv orientierte, auf jeden Tadel verzichtende, im oben skizzierten (engen) Sinn verhältnismäßige und etwa noch mit verbesserten Therapieangeboten verbundene *Sicherung* der Gesellschaft vor dem Täter ein Äquivalent? Verspräche es nicht sogar besseren Schutz? Hätte es nicht vor allem den Vorzug, ehrlich zu sein und „den Menschen so zu nehmen, wie er ist“?²⁰³

Nein, das wäre keine mögliche Alternative. Eine solche spezialpräventive Strategie zur Sicherung der Gesellschaft verfehlt schon prinzipiell die Grundaufgabe der Strafe: die Restitution verletzter Normgeltung. Wohl geht es auch dabei um gesellschaftliche Sicherheit, aber nicht vor dem Täter, sondern durch die Garantie der Rechtsgeltung. Jede Strategie einer reinen Spezialprävention, sie sei so effektiv, verhältnismäßig und human wie man will, läuft deshalb von vornherein an

202 Verfehlt ist deshalb die verbreitete Kritik an einem sog. funktionalen Schuldbegriff, die schon aus der These, der Täter dürfe zugunsten gesellschaftlicher Schutzbelange mit Strafe belastet werden, den Vorwurf einer Menschenwürdeverletzung ableitet (Nachweise bei *Streng* [Anm. 179], § 20 Rn. 22). Dass der Täter dadurch als Mittel gesellschaftlicher Interessen „instrumentalisiert“ würde, ist unrichtig; das wird er so wenig wie oben unser G als Mittel der finanziellen Interessen des P.

203 So der abschließende Satz von *Detlefsen* (Anm. 10), S. 348, die eben diese These zu begründen sucht.

der Aufgabe staatlichen Strafens vorbei.²⁰⁴ Strafurteile, die gegenüber geistig gesunden Verbrechern wegen der nicht auszuschließenden Unmöglichkeit des Andershandelns auf eine Schuldstrafe verzichten müssten, könnten mit präventiven Maßnahmen den Schutz der Gesellschaft vor künftigen Verbrechen *dieser* Täter noch so sicher und human gewährleisten – es bliebe stets ein unerledigter Rest: die vergangene Tat. Eigene künftige Rechtstreue glaubhaft zu machen, ist keine verdienstliche Leistung, sondern die mit dem Status als Rechtsperson verbundene Minimalpflicht. Ist diese in der Vergangenheit verletzt worden und zielt die Sanktion nun auf nichts anderes als die Nötigung des Täters zu einer inneren Wandlung, die künftige Normverletzungen nach Möglichkeit ausschließt, so bleibt der vergangene Normbruch unerledigt. Er beschädigt aber selbst schon, wie wir gesehen haben, den Geltungsanspruch der Norm. Und eben dieser Schaden bliebe „unrepariert“, wenn die Sanktion nichts anderes im Blick hätte als die künftige Vermeidung weiterer Schäden. Kurz: ohne irgendein „Bezahlenmüssen“ des Täters für den *geschehenen* Normbruch ist eine glaubhafte Restitution der Normgeltung nicht möglich.

Glaubhaft für wen? Für alle rechtstreuen Bürger. Wenn die Primäraufgabe der Strafe in der Wiederherstellung von Normgeltung besteht, dann ist erster und unmittelbarer Adressat der Strafverhängung und ihrer Bedeutung nicht der Täter, sondern die bürgerliche Öffentlichkeit: diejenigen, deren rechtlicher Friedensordnung die verletzte und wiederherzustellende Norm zu dienen bestimmt ist. Dann kann aber der Restitutionsvorgang nur gelingen, wenn er bestimmte Bedingungen seiner Anerkennung durch die Öffentlichkeit erfüllt. Es ist, *rebus sic stantibus*, so gut wie sicher, dass zu diesen Bedingungen das „Bezahlenmüssen“ gehört, das dem nicht geisteskranken Täter eine belastende Sanktion auch für die vergangene Tat und nicht nur für eine rechtstreue Zukunft aufzwingt. Denn erst dann ist der verletzte Geltungsanspruch der gebrochenen Norm „repariert“, nicht schon mit

204 Darauf lässt sich nicht erwidern, Prävention sei ja eben keine Strafe. Das ist zwar richtig, aber genau deshalb ist eine nur präventive Sanktion ungeeignet, von der *ge-nuinen* Aufgabe der Strafe *irgendetwas* zu erfüllen.

dem Ausschluss weiterer, künftiger Verletzungen. Dass es in der Gesellschaft für diesen Unterschied ein präzises und empfindliches Bewusstsein gibt, ist wenig zweifelhaft. Deshalb ist eine taugliche Alternative zur Belastung eines Täters mit Schuld und Strafe für die geschehene Tat nicht erkennbar.²⁰⁵

Überantwortet man damit nicht die Orientierung der Strafzwecke dem zufälligen Niveau vorhandener gesellschaftlicher Einsicht? Oder umgekehrt: einer Art Gaußscher Normalverteilung der gesellschaftlichen Ignoranz? Ja und nein; das ist eine vielschichtige Frage, zu der hier nur einige knappe Anmerkungen möglich sind. Das angedeutete und (zugegeben) unterstellte kollektive Bewusstsein eines Zusammenhangs zwischen lädierter Normgeltung und ihrer Restitution durch den Strafschmerz des Verletzers ist tief verankert in einem komplexen Netz reaktiver Einstellungen, mit denen wir einander begegnen, einander beurteilen und behandeln. Beispielhaft: Wenn uns jemand rücksichtslos anrempelt, wollen wir nicht (nur), dass er uns versichert, er werde das nicht wieder tun, sondern dass er sich für das vergangene Geschehen entschuldigt. Tut er das nicht, so erscheint uns eine „übelnehmende“ Reaktion zulässig und richtig. Je nach der Dimension der vorherigen Verletzung kann dieses Übelnehmen Sanktionscharakter annehmen und auf einer weiten Skala bis hin zu schweren Folgen für den Täter reichen (Liebesentzug, Bruch langjähriger persönlicher Beziehungen etc.).²⁰⁶ Peter Strawson, der diese wechselseitigen kom-

205 Das bezeichnet zugleich ein unaufhebbares Element von Vergeltung in jeder Schuldstrafe: „Bezahlenmüssen“ heißt *begrifflich*, etwas vergelten müssen. Aber dieses implizite Vergeltungselement ist allein als notwendiges Mittel der Normrestitution legitim. Mit dem Primärzweck sog. absoluter Straftheorien, etwa der Kants, wonach Vergeltung ein kategorischer Imperativ einer irgendwie kosmischen Gerechtigkeit sei, hat es nichts zu tun. Ich halte schon eine so verstandene Vergeltungsgerechtigkeit für verfehlt, die Auffassung aber, der Staat sei ihr berufener Sachwalter, für nachgerade abwegig. Überzeugend dazu *Roxin* (Anm. 179), 653 ff.

206 Aus diesen „reaktiven Einstellungen“ zueinander folgt, notabene, *nicht* (wie manche Strafrechtler glauben), dass wir willensfrei sind, nicht einmal, dass wir einander als willensfrei behandeln (s. dazu oben IV.2.1, S. 38 f.). Es folgt nur, dass wir unter bestimmten Voraussetzungen einander für Handlungen zuständig und deshalb zu Adressaten bestimmter Reaktionen machen, dass wir also von Anderen erwarten, wozu wir uns in deren Lage selbst für verpflichtet hielten. Das erfordert keine Willensfrei-

kommunikativen „resentments“ in ihrer legitimatorischen Bedeutung auch für eine (möglicherweise) determinierte Welt ohne Willensfreiheit untersucht hat, hält die offenbar universalen reaktiven Einstellungen, in denen sie gründen, geradezu für anthropologische Konstanten.²⁰⁷ Das mag übertrieben sein oder nicht. Jedenfalls steht außer Zweifel, dass die kollektiv-mentale und die moralische Verfasstheit der Zivilgesellschaft maßgeblich auf diesen reaktiven Einstellungen der Menschen zueinander beruhen. Dabei geht es um mehr als ein empirisch-kontingentes Empfinden des statistischen Durchschnittsbürgers. Es geht um ein Element der institutionellen Struktur unserer gesellschaftlichen Lebensform. Und das ist die wirkliche Welt, in der das Strafrecht Normgeltung zu sichern hat. Deren Bedingungen darf es deshalb nicht ignorieren. Es institutionalisiert die reaktiven Einstellungen der Rechtsgemeinschaft auf den Bruch ihrer grundlegenden Normen. Die Kriminalstrafe stellt im Einzelfall für alle Bürger symbolisch das Zeugnis deren „Übelnehmens“ aus. Damit erzwingt sie jenes „Bezahlenmüssen“ des Täters für seinen Normbruch, das als notwendige Bedingung einer symbolischen Restauration der Normgeltung von der Gesellschaft akzeptiert wird. Und nur diese Akzeptanz kann die wirkliche, nämlich sozial hinreichend wirkende Fortgeltung der Norm garantieren.²⁰⁸

Mit Blick auf diese Aufgabe, wird die Trennlinie zwischen schuldfähig und schuldunfähig jedoch nicht vom Kriterium des Andershandelnskönnens gezogen. Sie *kann* so nicht gezogen werden, weil sich das Recht damit auf den Flugsand aussichtsloser Spekulationen stellte. Und sie *muss* so nicht gezogen werden, weil weder die Restitution der verletzen Normgeltung noch die Fairness gegenüber dem Verletzer dessen Andershandelnskönnen im Augenblick der Tatbegehung verlangt. Was stattdessen vorauszusetzen ist, hat Roxin treffend die

heit, sondern eine bestimmte kommunikative Kompetenz; sie könnte selbstverständlich auch von einem determinierten Gehirn produziert werden (und wird es ja vielleicht).

207 P. Strawson (Anm. 201); S. 76 ff., spricht von „reactive attitudes“.

208 Es versteht sich, dass die geläufigen anderen Straf(rechts)zwecke in ihren bekannten, je nach Stadium der Rechtsverwirklichung wechselnden Relationen zueinander ihre Berechtigung behalten; sie bleiben von den obigen Erwägungen unberührt. Reklamiert wird hier nur der dargestellte Primärzweck der Strafverhängung.

„grundsätzliche normative Ansprechbarkeit“ des Täters bei Begehung der Tat genannt.²⁰⁹ Eine solche „Ansprechbarkeit“ des Täters, seine Fähigkeit zur Resonanz auf den vom rechtlichen Verbot ausgehenden Appell an seine Motivbildung, kann vollständig neurobiologisch determiniert sein und ihn dennoch zum tauglichen Adressaten der „reaktiven Einstellungen“ seiner Mitwelt und des Rechts machen, wenn er den Appell ignoriert hat. Selbst wenn er dies nicht vermeiden konnte, ist die strafende Reaktion, die ihn zur Verantwortlichkeit zieht, nicht unfair, sofern es zur Verteidigung der verletzten Normgeltung keine rationale und weniger belastende Alternative gibt. (Man erinnere sich an unser Beispiel des deterministischen Philosophen P und seines unredlichen Geschäftsführers G.)²¹⁰ Fehlt dagegen beim Täter aus Gründen seiner mentalen Beschaffenheit eine solche normative Motivierbarkeit ganz, so ist – auch und gerade im Bewusstsein der rechtstreuen Bevölkerung – seine Behandlung als tauglicher Adressat eines Normbefehls sinnlos. Dann wird aber auch die reaktive Einstellung, ihn nach einem Bruch der Norm zur „Bezahlung“ für deren „Reparatur“ verantwortlich zu machen, obsolet: Er ist schuldunfähig. Als sachliche Kriterien zur Ermittlung einer solchen mentalen Beschaffenheit dürften die in § 20 StGB genannten *grosso modo* plausibel sein.

209 Roxin (Anm. 179), 652 f., im Anschluss an Noll, Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, in: FS für Hellmuth Mayer, 1966, S. 219 ff.; der Grundgedanke geht zurück auf Franz v. Liszts Definition der Zurechnungsfähigkeit als „normale Bestimmbarkeit durch Motive“; s. ders., Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, in: ZStW 17 (1897), 70 ff. (75).

210 Nicht einleuchtend ist deshalb die Behauptung von Jakobs (Anm. 36), 252, „unter der Annahme homogener Kausalität“ (nämlich ohne eine schulddefinierende Willensfreiheit beim Täter) sei es „schiere Willkür, speziell die neuronalen Prozesse des Täters als eigentlichen Grund einer [...] Störung hervorzuheben“. Wessen denn? Man erwäge: „Unter der Annahme homogener Kausalität ist es schiere Willkür, speziell den Hauseigentümer, dessen im Sturm herabgeschleuderter Dachziegel das fremde Auto beschädigt hat, auf Schadensersatz haften zu lassen.“ Wen denn? Selbstverständlich definiert (pro Jakobs) der bodenlose Kausalitätsbegriff der Juristen noch keine Haftungszuständigkeit. Aber ebenso selbstverständlich (contra Jakobs) tut dies nicht erst und nur ein „freier Wille“ – beim Straftäter sowenig wie bei unserem Hauseigentümer. Es gibt eine ganze Reihe weiterer rechtlicher Kriterien, die herausgehobene Zuständigkeiten plausibel und gerecht machen.