

Freilich bleibt ein Rest an legitimatorischem Unbehagen, der nun mit Händen zu greifen ist. Ich komme in meinen abschließenden Bemerkungen sogleich darauf zurück.

## VII. Resümee: Vorschlag zur Bescheidenheit

Ein langer, labyrinthischer Weg – und nun einfach zurück beim Schuldprinzip? Warum dann der mühsame Weg? Hat man das Ziel nicht vorher und immer gekannt? Vielleicht. Aber das ist nicht entscheidend. Entscheidend ist, dass die Strafrechtswissenschaft das Schuldprinzip nur dann glaubhaft verteidigen kann, wenn sie *sämtliche* Gründe, daran zu zweifeln, *hinreichend* erwogen hat, vor allem die gegen eine gängige, aber ungewaschene Intuition von Willensfreiheit. Davon ist sie derzeit weit entfernt. Und wichtiger: nur wenn sie das ganze Gewicht der *normativen Kosten* ermisst, die mit der Verteidigung des Schuldprinzips verbunden sind, und damit auch: die unvermeidbaren Grenzen ihrer Strafgerechtigkeit. Sich dieser Grenzen bewusst zu werden, scheint mir wichtiger, als nur auf den Kernbereich der Legitimität des Strafens zu verweisen, zumal dann, wenn das noch immer mit trüben Gründen oder gar im ranzigen Pathos verjährter Kitschformeln geschieht, wie etwa der, dass mit der Strafe der Verbrecher „als Vernünftiges geehrt“ werde.<sup>211</sup>

Deshalb möchte ich am Ende dieser Untersuchung fünf Änderungen im bislang herrschenden Umgang der Strafrechtswissenschaft mit dem Problem des Schuldprinzips vorschlagen:

211 Diese so beliebte wie abgeschmackte Phrase *Hegels* (aus § 100 seiner Rechtsphilosophie) ist, zugeschnitten auf unseren Kontext, zur Hälfte trivial und zur anderen Hälfte falsch. Sie besagt (1.) ganz richtig, dass man einen Nichtgeisteskranken nicht als Geisteskranken behandelt, und (2.) ganz und gar unrichtig, dass „vernünftig“ nur sein könne, wer einen freien Willen habe. Wer, sagen wir, unter den Strafrechtlern, die doch gewiss *cum grano salis* vernünftig sind, käme denn auf die Idee, just *daraus* den Beweis abzuleiten, dass es in der Welt wirkliche Willensfreiheit gebe? (Und definiert man sich Freiheit passend „normativ“ zurecht, so ist die These eine triviale Tautologie.)

- (1.) Wir sollten anerkennen, dass die Annahme, der „normale“ Straftäter habe einen freien Willen im starken Sinne eines Andershandelnskönnens im Moment seiner Tatbegehung nicht nur nicht nachweisbar ist, sondern keine guten Gründe für sich hat. Anders gewendet: wir sollten das „non liquet“ im Blick auf eine solche Freiheit nicht als Lippenbekenntnis führen, sondern so ernst nehmen, wie es ihm gebührt. Manche leise koketten Anleihen bei der Vermutung, es werde sie schon trotzdem geben, unterblieben dann vielleicht, die etwa, es stehe dem Gesetzgeber „frei“ zu deklarieren, dass der Normalmensch wirklich willensfrei sei.
- (2.) Wir sollten sehen, dass vor diesem Hintergrund § 20 StGB ein ungelöstes Problem aufwirft: Einerseits setzt er (implizit) nach seinem klaren Wortlaut bei schuldfähigen Tätern ein *tatsächliches* Andershandelnskönnen im Moment der Tatbegehung voraus. Eine solche Voraussetzung unterliegt zu wesentlichen Teilen dem in-dubio-Grundsatz. Andererseits ist gerade diese Voraussetzung nicht (und nie) zu beweisen. Dass sie deshalb sinnvoll nur als „normative Setzung“ gedeutet werden könne, ist sachlich richtig, löst aber das Problem mit dem Zweifelssatz nicht. Denn selbstverständlich kann sich auch der Gesetzgeber dem verfassungsrechtlichen Gebot des in-dubio-Satzes nicht einfach dadurch entziehen, dass er irgendeine tatsächliche Voraussetzung von Unrecht oder Schuld in Zweifelsfällen als „normative Setzung“ postuliert. Darf *er* das nicht, dann der wissenschaftliche Ausleger der Norm erst recht nicht. Damit stehen wir vor einem Dilemma: Etwas anderes als das Erfordernis eines wirklichen freien Willens bei jedem schuldfähigen Täter zur Zeit der Tat kann dem Wortlaut des Paragraphen nicht entnommen, aber anders denn als „normative Setzung“ kann er nicht vernünftig gedeutet werden. Das erste statuiert etwas Unmögliches, das zweite etwas Unzulässiges.

Lösbar wäre das Dilemma auf zweierlei Weise: Man könnte sich entweder darauf verständigen, dass das in § 20 vorausgesetzte Andershandelnskönnen des Schuldfähigen eine bloß dispositionelle Fähigkeit meint und ein aktuelles Vermeidenkönnen der konkreten Tatbegehung

nicht erfordert. Oder im Sinne der sachlichen Lösung Roxins den Wortlaut des Paragraphen so ändern, dass er nicht mehr ein Andershandelndkönnen, sondern lediglich hinreichende Anhaltspunkte dafür verlangt, dass der Täter zur Zeit der Tatbegehung „normativ ansprechbar“ gewesen ist. Was das genau bedeutet, wäre freilich noch zu klären. Schwierig ist eine solche Neuformulierung im übrigen auch deshalb, weil § 20 die Voraussetzungen normaler Schuldfähigkeit nicht regelt, sondern lediglich erschließbar macht. Zu bewältigen wäre sie dennoch. Doch liegt sie außerhalb unseres thematischen Rahmens.

- (3.) Wir sollten uns keine Illusionen darüber machen, dass eine Rechtfertigung der Schuldstrafe nur unter dem Gesichtspunkt des Normenschutzes und also zuletzt des Schutzes der Gesellschaft zu haben ist, nicht aber *allein* mit Blick auf das Fehlverhalten des Täters. Ob er als empirischer Mensch wirklich verdient, was ihm als Rechtsperson mit der Strafe auferlegt wird, wissen wir nicht. Alle Versuche, *sub specie aeternitatis* Gerechtigkeitskriterien zu formulieren, die den Täter selbst zur hinreichenden Quelle der Legitimität seiner Bestrafung machen, sind im zweifachen Sinne anmaßend: Ihm gegenüber, vor dem wir unsere Ignoranz mit der freigebigen Zuschreibung allerlei unbeglaubigter Ehren, von Freiheit bis Vernünftigkeit, maskieren. Und uns selbst gegenüber, die wir eigentlich keine Veranlassung mehr haben, die Annahme, wir seien als Teilhaber einer „reinen Vernunft“ die berufenen Sachwalter einer überirdischen Gerechtigkeit, für etwas anderes zu halten als eine groteske Selbstüberschätzung.
- (4.) Wir sollten nicht die Augen davor verschließen, dass Normschutzerwägungen utilitaristischer Provenienz sind. Das ist der profundeste Sinn von Kelsens oben zitiertem Diktum, dem Menschen werde „nicht darum zugerechnet, weil er frei ist, sondern der Mensch ist frei, weil ihm zugerechnet wird“.<sup>212</sup> Dennoch geht es dabei nicht um eine menschenwürdevidrige Instrumentalisierung des Straftäters zugunsten der Verbrechensbekämpfung, wie

212 S. oben, Anm. 26.

oft behauptet wird. Gewiss sind utilitaristische Rechtfertigungen für gravierende Eingriffe in die Rechte der Person *innerhalb* der rechtlichen Ordnung grundsätzlich nicht akzeptabel. Steht aber der Bestand der Normenordnung als ganzer auf dem Spiel, so können sie dies (in engen Grenzen) werden. Hier schließt sich der Kreis. Denn in der Frage der staatlichen Strafe steht dieser Bestand auf dem Spiel. Anders als mit der Zurechnung von Schuld und der Auferlegung der daran orientierten Strafe ist, wie wir gesehen haben, die friedliche Ordnung einer freiheitlichen (*handlungs-freiheitlichen!*), also primär über Normen und nicht über physische Macht gesteuerten Gesellschaft nicht vorstellbar.

- (5.) Wir sollten schließlich zugeben, dass alles dies unserem Bemühen um die Rechtfertigung der Schuldstrafe eine dunkel bleibende Grenze zieht. Jedenfalls die Wissenschaft des Strafrechts, die das praktische Geschäft der Justiz nicht betreiben muss, sollte sich zu dieser Einsicht bekennen. Als Mahnung zur Bescheidenheit wäre es nicht die schlechteste Maxime für den Umgang mit den Problemen und Rätseln von Verbrechen, Schuld und Strafe. Nicht im luftleeren Raum „reiner Gerechtigkeit“, was immer das wäre, sondern allenfalls in jener unreinen Welt, in der sie zu wirken hat, ist uns zuletzt auch die Legitimation der Strafe erreichbar. Deshalb bleibt, mit Goethe zu sprechen, „ein Erdenrest, zu tragen peinlich, / und wär er von Asbest, er ist nicht reinlich.“<sup>213</sup> Gustav Radbruch hat vor über siebenzig Jahren einen tiefen Satz gesagt, der diese Gedanken nun plausibel beschließen mag: Ein guter Strafrechtler könne nur sein, wer es „mit einem schlechten Gewissen ist“.<sup>214</sup>

213 Faust II, V. 11954 – 11957. Der Umstand, dass Goethe dies den „vollendeteren Engeln“ in den Mund legt, macht den Hinweis erforderlich, dass für die Strafrechtswissenschaftler hier nur der Inhalt dieses Satzes, nicht aber der Status seiner dramatischen Urheber reklamiert werden soll.

214 Zit. bei *Arth. Kaufmann*, Gustav Radbruch – Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat, 1987, S. 193. Radbruch spricht hier von Juristen schlechthin, meint aber ersichtlich vor allem die Strafrechtler, wie mir sein Schüler (mein Lehrer) Arthur Kaufmann einmal im Gespräch bestätigt hat.



## Prof. Dr. Reinhard Merkel

|                 |                                                                                                                 |
|-----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1950            | geboren in Hof (Bayern)                                                                                         |
| 1972 - 1980     | Studium der Rechtswissenschaft, der Philosophie und der Literaturwissenschaft in Bochum, Heidelberg und München |
| 1976 und 1980   | 1. und 2. juristisches Staatsexamen in München                                                                  |
| 1977 - 1979     | Wiss. Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für internationales Sozialrecht, München                               |
| 1984 - 1988     | Assistent am Institut für Rechtsphilosophie, München                                                            |
| 1988-1990       | Redakteur der Wochenzeitung „Die Zeit“ (Feuilleton)                                                             |
| 1991            | Jean-Amery-Preis für Essayistik                                                                                 |
| 1993            | Promotion (München)                                                                                             |
| 1997            | Habilitation (Frankfurt/M.)                                                                                     |
| 1998            | Rufe an die Universitäten Bielefeld und Rostock                                                                 |
| 1999            | Ruf an die Universität Hamburg                                                                                  |
| seit April 2000 | Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Hamburg                                       |

### *Wichtige Veröffentlichungen*

Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus, 1994, Taschenbuchausgabe 1997 („Juristisches Buch des Jahres“ 1996)  
 Zur Debatte über Euthanasie (Hrsg. zusammen mit R. Hegselmann), 1991  
 „Zum Ewigen Frieden“ – Grundlagen, Aktualität und Aussichten einer Idee von Immanuel Kant (Hrsg. zusammen mit R. Wittmann), 1996  
 Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht (Hrsg.), 2000  
 „Früheuthanasie“ – Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, 2001  
 Forschungsobjekt Embryo. Verfassungsrechtliche und ethische Grundlagen der Forschung an menschlichen embryonalen Stammzellen, 2002  
 Aufsätze zum Strafrecht, zur Philosophie, Rechtsphilosophie und Literatur