

Person oder Patient?

Anmerkungen zur „Sicht der Hirnforschung“ auf das Schuldprinzip im Strafrecht

Prof. Dr. Stephan Stübinger*

I. Einleitung

In Ausgabe 1/2010 des Bonner Rechtsjournals haben Grisca *Merkel* und Gerhard *Roth* unter dem Titel „Bestrafung oder Therapie?“¹ noch einmal die in den letzten Jahren vielfach geäußerte neurowissenschaftliche Kritik am strafrechtlichen Schuldprinzip dargestellt.² Im Zentrum des Interesses steht dabei das „Ewigkeitsproblem unserer Wissenschaft“³: die Frage nach der Willensfreiheit als Grundlage des – nicht nur strafrechtlichen – Schuldbegriffs, der wiederum als Legitimationsbasis der Strafe dient. Beide Autoren haben sich mit diesem Thema bereits in mehreren – sowohl getrennt als auch gemeinsam oder mit anderen veröffentlichten – Schriften ausführlich beschäftigt und dürften sicherlich zu Recht als ausgewiesene Experten auf diesem Gebiet bezeichnet werden.⁴ Bei dem gemeinsamen Text handelt es sich sogar um eine gleichsam personalisierte Form von Interdisziplinarität. Frau *Merkel* ist Strafrechtswissenschaftlerin – Herr *Roth* ein renommierter Verhaltensphysiologe und Neurobiologe, der neben Wolf *Singer* wohl zu den derzeit prominentesten Hirnforschern in Deutschland zu zählen ist, die ihr Fach öffentlichkeitswirksam be-

kannt gemacht haben. Trotz des unverkennbaren Einflusses strafrechtlichen Sachverstandes ist es – wie bereits der Untertitel des Aufsatzes von *Merkel* und *Roth* verrät – primär die „Sicht der Hirnforschung“, die eingenommen und deren Position in der Freiheitsfrage aktiv vertreten werden soll. Die Perspektive der Neurowissenschaften soll schließlich als Alternative zur traditionellen Sichtweise strafrechtlicher Schuld feilgeboten werden, denn, so darf nach der Lektüre des Textes wohl vermutet werden: mit der Hirnforschung vermag man im Hinblick auf die Schuld mehr oder anderes zu sehen als das Strafrecht, nämlich die Unschuld der Straffälligen. Die Hirnforschung spielt das bekannte Kinderspiel „Ich sehe was, was Du nicht siehst“ mit der Strafrechtstheorie. Allerdings geht es nicht nur um das ‚Besser-sehen‘, sondern auch um praktische Konsequenzen aus der verbesserten Sicht. Als Ersatz für die Bestrafung eines Schuldigen wird die Therapie eines abnormalen Hirnzustandes empfohlen. Damit wird ein ambitioniertes Programm angedeutet, in dem es um die Verknüpfung von neurowissenschaftlichen Erkenntnissen mit einer Revision straftheoretischer, dogmatischer und prozessualer Grundlagen gehen soll, die zu einer Änderung der Strafpraxis führen müsste.

Zur Abgrenzung gegen herkömmliche Schuldauffassungen werden in dem genannten Text zunächst die bekannten Stellungnahmen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 20, 323, bes. 331) und des Bundesgerichtshofes (vor allem in BGHSt 2, 194, 200) referiert, wonach Schuld in Vorwerfbarkeit bestehe und diese letztlich einen freien Willen bzw. ein ‚Anders-handeln-können‘ voraussetze, der strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wird. Die entsprechenden Positionierungen der obersten Gerichte werden in Stellvertretung für die wohl noch immer vorherrschende Ansicht innerhalb der Zunft der in Theorie und Praxis tätigen Strafrechtler herangezogen. Obwohl diese Version des Schuldbegriffs innerhalb der Strafrechtslehre zu keinem Zeitpunkt unumstritten gewesen ist, dürfte es weiterhin der „herrschenden Meinung“ entsprechen, dass eine strafrechtliche Sanktion in diesem Sinne die Freiheit

* Der Autor ist Inhaber einer Professur für Strafrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn. Seminar der Universität Bonn.

¹ G. *Merkel*/G. *Roth* BRJ 1/2010, 47-56. Soweit nicht anders angegeben, beziehen sich die Seitenzahlen im obigen Text auf diesen Aufsatz.

² Vgl. den Überblick über diese Diskussion von *Stübinger*, Das „idealisierte“ Strafrecht, 2008, S. 341-387 m.z.N..

³ So bezeichnete einst Hans *Welzel* die Diskussion um den Zusammenhang zwischen Schuld und Freiheit in einem Vorwort zu dem Aufsatz von Graf zu *Dohna*, ZStW 66 (1954), S. 505.

⁴ Vgl. G. *Merkel* – noch unter ihrem Geburtsnamen *Detlefsen*, Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips, 2006; *dies.*, FS-Herzberg, 2008, S. 3 ff.; *dies./Roth*, in: Grün u.a. (Hg.), Entmoralisierung des Rechts, 2008, S. 54 ff.; *dies./ders.*, in: Stompe/Schanda (Hg.), Der freie Wille und die Schuldfähigkeit, 2010, S. 143 ff.; *dies./dies.*, Frankfurter Rundschau v. 26.06.2010 (online verfügbar unter: http://www.fr-online.de/in_und_ausland/kultur_und_medien/themen/?em_cnt=2788472); *Roth*, in: FS-Lampe, 2003, S. 43 ff.; *dies.*, in: *dies./Grün* (Hg.), Das Gehirn und seine Freiheit, 2006, S. 9 ff.; *Pauen/Roth*, Freiheit, Schuld und Verantwortung, 2008; *Roth/Lück/Strüber*, DRiZ 2005, 356 ff. und in: Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, hg. v. Lampe u.a., 2008, S. 126 ff..

der Entscheidung gegen das Recht erfordere.⁵ Dieses „traditionelle strafrechtstheoretische Konzept der Willensfreiheit“ passt aber nach Ansicht von *Merkel* und *Roth* nicht „zu den empirisch-experimentellen Erkenntnissen der Willens- und Handlungspsychologie und der Hirnforschung“, die als die in dieser Angelegenheit „einschlägigen Wissenschaften“ mehr Beachtung verdient hätten (S. 47 f.). Die neurowissenschaftlichen Experimente sollen daher den uralten Streit um die Freiheit des Willens nunmehr „endgültig, und zwar negativ“,⁶ entscheiden können.

II. Der neurowissenschaftliche Determinismus

Die Hirnforschung will sich dabei an die Spitze der langen Reihe jener Freiheits skeptiker stellen, die meist unter der Theoriebezeichnung „Determinismus“⁷ den Beweis antreten möchten, dass sämtliche Vorgänge in der Welt durchgängig kausal determiniert sind und dass sich im Rahmen dieser nahtlosen Naturkausalität kein Platz für so etwa wie menschliche Willensfreiheit finden lasse, denn auch die Handlungen des Menschen und die ihr vorausgehenden Willensbildungen und Entscheidungen seien natürlich bedingt durch die Beschaffenheit vorheriger Determinanten. Der Argumentationsgang ist stets der gleiche: jeder beliebige Zustand in der Welt lässt sich theoretisch nur als Resultat vorheriger Zustände und Begebenheiten erklären; von nichts kommt nichts, d.h. kein Ereignis ist ohne Ursachen, die es hervorbringen, denkbar. Dieses Kausalprinzip gilt ausnahmslos; nirgends klafft eine Lücke, aus der sich ein Raum für freie – in-determinierte – Entscheidungen eröffnen würde. Demnach ist auch das menschliche Verhalten in jeder Phase durch und durch kausal bestimmt und wissenschaftlich bestimmbar – von Freiheit keine Spur. In diesem Sinne beschreiben auch *Merkel* und *Roth* ihren Ausgangspunkt als „Konzept eines *Aktual-Determinismus*: Unser Verhalten wird Schritt für Schritt determiniert, weil sich in jedem Augenblick neue Kausallinien überschneiden“ (S. 48). In ein solches Zusammenspiel von in sich geschlossenen Ursachenreihen kann eine vermeintlich rein subjektive Vorstellung von einem freien Willen allenfalls als schöner Schein hineinspielen. Aus diesem Grund wird die Idee der Willensfreiheit nicht selten auch als

bloße „Illusion“ denunziert.⁸

Trotz der bereits Jahrhunderte währenden Angriffe auf die Idee der menschlichen Willensfreiheit zeigt sich diese jedoch recht widerständig. Bislang ist es jedenfalls nicht gelungen, die Überzeugung von der Möglichkeit, frei zu entscheiden, restlos zu beseitigen. Der Determinismus konnte letztlich ebenso wenig die Rede von der Freiheit zum Schweigen bringen wie der Skeptizismus die Rede von Wahrheit. Am Ende ist es selbst der überzeugteste Determinist, der inmitten der vermeintlichen Unfreiheit der anderen, zumindest an die eigene Freiheit glaubt,⁹ so wie noch beinahe jeder Skeptiker gegen all die Unwahrheiten der anderen die Wahrheit der eigene Behauptung entgegenzusetzen wusste. Wer die Möglichkeit eines freien Willens oder des wahren Wissens leugnen möchte, kann dies offenbar nur solange tun, wie er das Wollen, Handeln und Erkennen anderer als Objekt einer Beschreibung behandelt, deren Subjekt er selber bleiben und zumindest dieser Subjektivität eben die geleugneten Fähigkeiten zutrauen muss. Weder in der Alltagskommunikation noch in den disziplinierten Diskursen der Normwissenschaften – insbesondere in Recht und Ethik – konnte bislang auf den Freiheitsbegriff verzichtet werden. Selbst diejenigen, die zugestehen, dass die Annahme eines freien Willens illusionär klingen mag oder zumindest theoretisch nicht beweisbar ist, verweisen auf deren Unentbehrlichkeit; speziell unter Strafrechtlern werden in diesem Sinne seit nunmehr einem Jahrhundert immer wieder die geflügelten Worte von Eduard *Kohlrausch* bemüht, wonach das „individuelle Können“ als Basis freier Entscheidungen und der Schuldfähigkeit eben „zu einer staatsnotwendigen Fiktion“ geworden sei, ohne die ein Gemeinwesen nicht funktionieren würde.¹⁰

II. Zur Kritik am subjektiven Freiheitserleben

1. Reduktion des Willensbegriffs

Merkel und *Roth* halten für die Beständigkeit der Freiheitsidee indes eine einfache Erklärung bereit. Für sie ist es in erster Linie das individuelle Freiheitserleben, das uns die Existenz eines freien Willens vorgaukelt, denn: „Unbezweifelbar haben wir bei den meisten Handlungen das Gefühl, dass wir anders handeln

⁵ Vgl. den Überblick über den Meinungsstand bei *Paeffgen*, *Nomos-Kommentar* (NK) Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2010, Vor §§ 32 ff. Rn. 207 ff., bes. 230a ff. m.z.N. zur herrschenden Meinung (230c m. Fn. 692 f.) und zu anderen Ansichten.

⁶ So schon *Roth*, in: ders./Grün (Hg.), *Das Gehirn* (Fn. 4), S. 9.

⁷ Zur Geschichte der Diskussion, die sich vom antiken Schicksalsdenken bis zur modernen Neurowissenschaft erstreckt vgl. etwa den historischen Abriss von *Rosenberger*, *Determinismus und Freiheit*, 2006, S. 11-223.

⁸ So schon *Sully* *Mind* 6 (1881), bes. S. 17; *P. Rée*, *Die Illusion der Willensfreiheit*, 1885; in jüngerer Zeit *Wegner*, *Illusion of Conscious Will*, 2002; *ders.*, *Behavioral and Brain Science* 27 (2004), 649 ff.; siehe dazu auch *Pauen*, *Illusion Freiheit?*, 2. Aufl. 2005, S. 209 ff.

⁹ Vgl. dazu bereits das entsprechende Eingeständnis von *Paul Rée*, *Illusion* (Fn. 8), bes. S. 26/35.

¹⁰ *Kohlrausch*, *FG-Güterbock*, 1910, S. 26. Vgl. auch *Vaihinger*, *Die Philosophie des Als Ob*, 9./10. Aufl. 1927, S. 59 ff., der auf einige frühere Autoren verweist, die in der Sache bereits Ähnliches behaupteten.

könnten, wenn wir nur anders wollten“. Das Erleben innerer Entscheidungsmacht des eigenen Willens sei aber trügerisch und täusche über die Ohnmacht des Willens hinweg, da es zumindest keinen notwendigen „Zusammenhang zwischen einem Willenszustand und einer bestimmten Handlung“ gebe: schließlich seien einerseits viele Handlungsvollzüge auf Grund von Automatismen unabhängig von einer aktualisierten Willensbildung, wobei offenbar keine weitere Unterscheidung zwischen Handlungen und anderen – mitunter unwillkürlichen – Verhaltensformen getroffen werden soll, in denen der Wille zwar nicht als aktive Entscheidungsinstanz vorkommen mag, aber immerhin als mögliche, das Verhalten eventuell hindernde oder regulierende Kraft erscheinen könnte; andererseits ließen sich Willensakte beschreiben, auf die überhaupt kein sie ausführendes Verhalten folge. Hier wird allerdings nicht ganz klar, ob nicht bloß Wollen und Wünschen verwechselt werden, denn ein Wille, der sich nicht im praktischen Vollzug realisiert, dürfte nicht viel mehr als ein purer Wunsch oder eine lediglich in der Vorstellung bleibende Handlungsalternative genannt werden. Auf diese Weise wird der Wille aber als ein isolierbarer Zustand vorgestellt, der völlig unabhängig von einer wirklich gewollten Handlung gedacht werden soll; so wird der Willensakt insgesamt lediglich als ein Rädchen in einem Verhaltensmechanismus präsentiert, indem das Wollen selbst als eine willkürliche Handlung gedacht wird, die sich nur nicht nach außen zeigt. Dadurch wird der Willensakt zu einem (für die Hirnforscher) sichtbaren Phänomen, das als ein isolierbares Geschehen gedeutet wird.¹¹ Damit wird fast beiläufig ein Argument eingeführt, dass für den weiteren Begründungsgang unserer Autoren wichtig bleibt, denn der Wille erscheint in dieser Hinsicht lediglich als eine unter vielen möglichen Ursachen für eine Handlung. Das Wollen wird so zu einer verzichtbaren Begleiterscheinung einer Handlung. Neben den unzähligen anderen Bedingungen, die an einem Verhalten beteiligt sind, soll das sich frei fühlende Subjekt des Handlungswillens marginalisiert werden, da es zu einem beliebigen Umstand eines Verhaltens schrumpft bis es schließlich am Horizont des deterministischen Theorienhimmel ganz verschwindet.

Den wohl wichtigsten Grund für die vermeintliche Unzulänglichkeit eines auf einem Gefühl beruhenden Freiheitsbeweises sehen *Merkel* und *Roth* jedoch in der Ausblendung der nicht fühlbaren Bereiche einer

¹¹ Kritisch zu einer solchen Redeweise, die jedenfalls nicht die der handelnden Personen sein kann, äußerte sich schon *Wittgenstein*, *Philosophische Untersuchungen* §§ 611 ff., Werkausgabe 1 (1984), S. 464 ff.; *ders.*, *Philosophische Grammatik* § 97, Werkausgabe 4 (1984), S. 144; vgl. dazu *Quitterer*, in: *Lüttersfeld* (Hg.), *Das Sprachspiel der Freiheit*, 2008, S. 95 f./103 ff..

verhaltenssteuernden Motivlage, da beim Freiheitsgefühl stets der weiße Fleck des Unbewussten unberücksichtigt bleibe, denn die „unbewussten Einflüsse auf unsere Entscheidungen, die es zuhauf gibt, können wir per definitionem nicht erleben!“, aber gerade die vor-bewussten Momente könnten die entscheidenden sein. Generell ist es das Unbewusste, über das die Neurowissenschaftler in der Nachfolge der Psychotherapie ganz bewusst gerne reden, da sie insoweit einen Wissensvorsprung für sich reklamieren. Indem die Hirnforschung die unsichtbaren Aktivitäten im Gehirn mit Hilfe ihrer bildgebenden Verfahren sichtbar macht, kann sie zugleich die „unbewussten Einflüsse“ ins Bewusstsein rufen und dabei die Aussagekraft des Freiheitsbewusstseins, das alles Nicht-bewusste ausblenden muss, in Frage stellen. Die beiden Autoren richten sich damit vor allem gegen eine – von ihnen in diesem Text¹² nicht näher belegte – in der Strafrechtswissenschaft teilweise vorzufindende Auffassung, „ein Freiheitsbegriff, der allein auf das subjektive Erleben rekurriert, reiche hin, um strafrechtliche Verantwortlichkeit zu begründen“ (S. 48). Gemeint ist dabei offenbar der in diese Richtung gehende Ansatz, der u.a. von Björn *Burkhardt* vertreten wird, der sich in mehreren Aufsätzen entsprechend geäußert und sich dabei u.a. auch kritisch von der neurowissenschaftlichen Skepsis gegen einen freiheitsbasierten Schuldbegriff distanziert hat.¹³

2. Notwendige Erweiterung des Freiheitsbegriffs

Nun mag man es tatsächlich für nicht hinreichend erachten, das Freiheitsproblem in dieser Weise primär auf ein lediglich emotionales Ereignis zu reduzieren. Aber selbst mit diesem Zugeständnis ist die Freiheit nicht verloren, denn die Möglichkeit freier Entscheidung ist keineswegs primär oder gar ausschließlich emotional, sondern viel eher noch rational begründbar. In vielen Freiheitstheorien wird daher nicht etwa eine Korrelation zwischen einer bewussten Willensbildung und dem entsprechenden Freiheitsgefühl besonders betont, sondern der Begründungszusammenhang zwischen Freiheit und Vernunft hervorgehoben, soweit es vornehmlich um die Möglichkeit geht, sich für und gegen die Befolgung (legitimer) Normen entscheiden zu können; insofern ist es dann nämlich die Orientierung an Richtigkeitsüberlegungen, die für die Annahme eines freien Willens spricht. Der

¹² Vgl. aber den Hinweis in ihrem gemeinsamen Aufsatz in: *Grün* u.a. (Hg.), *Entmoralisierung* (Fn. 4), S. 65; s.a. *G. Merkel*, FS-Herzberg, 2008, S. 12 m. Fn. 30; *dies.* (*Detlefsen*), *Grenzen* (Fn. 4), S. 39 ff..

¹³ *Burkhardt*, FS-Lenckner, 1998, S. 3 ff.; *ders.*, *Das Magazin* 2/2003, 21 ff.; *ders.*, FS-Eser, 2005, S. 77 ff.; *ders.*, FS-Maiwald, 2010, S. 79 ff.; ähnlich u.a. auch *Hirsch* ZIS 2/2010, S. 62 ff., bes. 65 ff. jeweils m.w.N..

Gegenbegriff zum Determinismus ist folglich nicht etwa ein Indeterminismus, der beim Wort genommen von einer völligen 'Un-Bestimmtheit' menschlicher Willensbildung ausgehen müsste und das Handeln letztlich nur als eine Art Zufallsprodukt auffassen könnte, sondern die Autonomie, d.h. die Fähigkeit zur Selbst-Bestimmung handelnder Personen, die ihr Verhalten nach Gründen und selbstgesetzten Regeln und Handlungsanleitungen ausrichten können. Freiheit ist danach nicht Bestimmungslosigkeit, sondern die praktisch wirksame Möglichkeit, das Verhalten nach der eigenen Vorstellung – durchaus im Rahmen vorgefundener Bestimmungsgründe – zu gestalten. Das Vermögen, das eigene Verhalten nach Einsicht in überprüfbare Bestimmungsgründen wählen zu können, ist dabei nicht nur für das Selbstbewusstsein des handelnden Subjekts maßgeblich, sondern prägt auch das Verhältnis zu anderen Menschen, denen diese Fähigkeit ebenfalls zugemutet werden muss, um sie nicht bloß als Objekt, sondern als Mit-Subjekt verstehen zu können. Diese Form einer inter-subjektiven Einlassung auf andere unterscheidet sich grundlegend von der Vorstellung bloßen Naturgeschehens.

Diese Art der Freiheitsbegründung ist dann aber immun gegen sämtliche deterministische Versuche, da sich der freie – vernunftgemäße – Wille einer lediglich theoretischen Feststellung entzieht und sich gleichsam als Produkt und Produzent einer praktischen Erkenntnis erweist. Freiheit ist insofern als eine Idee zu fassen, die zur Voraussetzung für eine handlungsbezogene Perspektive wird und nicht als Erkenntnisobjekt aus einer Beobachterperspektive taugt, da die Willensfreiheit unmittelbar mit einem Sollen verknüpft ist, das ebenfalls mit anderen als lediglich erkenntnistheoretischen Mitteln erschlossen werden muss.¹⁴ Daher braucht weder die Geltung des Kausalprinzips geleugnet noch die Forschungsergebnisse der Neurowissenschaft bestritten zu werden, um von Freiheit reden zu können. Die Sätze „Ich bin frei zu entscheiden“ und „Wille und Handlung eines Menschen sind wie alles in der Welt determiniert“ widersprechen sich im Grunde nicht – sie begegnen einander nämlich nicht und sind füreinander wechselseitig nicht anschlussfähig, da sie unterschiedlichen Kontexten angehören. Die Kausalität als kategoriale Form des Erkenntnisvermögens gehört einem anderen Bereich an, nämlich dem der theoretischen Vernunft, in dem sie übrigens eine ähnliche Rolle spielt, wie die Freiheit im Bereich der praktischen Vernunft, da sie ebenso wenig ein bloßes Objekt der Erkenntnis ist, sondern als eine jede Erkenntnis leitende Idee

fungiert – gleichsam eine erkenntnisnotwendige Fiktion. Die Vorstellung kausaler Verknüpfung ermöglicht allererst die Wahrnehmung und Erklärung von Ereignissen so wie die Freiheitsidee das Verstehen von regelgerechtem und regelwidrigem Handlungen ermöglicht. Daher geht es im Grunde nicht darum, Kausalität zu erkennen, sie ist vielmehr als Kategorie des Denkens eine Voraussetzung theoretischer Erkenntnis. Eine deterministische Theorie lässt hingegen die Differenz zwischen der Kausalerklärung von (Natur-)Ereignissen, die wir gleichsam passiv erleben, und dem Verstehen von Handlungen, das seine (soziale) Bedeutung erst durch die Zurechnung zu Personen erreichen kann, kollabieren;¹⁵ für den Determinismus ist alles auf der Welt nach dem selben – kausalen – Muster zu erklären, sodass sich auch das menschliche Handeln wie jedes andere Geschehen lediglich ereignet.¹⁶

3. Freiheit und neurowissenschaftliches Experimentieren

Merkel und *Roth* greifen folglich mit ihrer Kritik nicht die stärkste Begründung für einen freien Willen an. Gleichwohl ist schon mit der von ihnen kritisierten Auffassung ein wichtiger Gehalt der Freiheitsthematik angesprochen, der von der Hirnforschung im Grunde gar nicht angemessen erfasst werden kann. Mit der Verbindung der Freiheit mit einem entsprechenden Gefühl oder Bewusstsein lässt sich nämlich die Frage nach dem Adressaten eines solchen emotionalen bzw. mentalen Zustandes stellen. Das Freiheitserleben wird – wie andere Gefühle auch – stets einem Menschen (oder – je nach Theoriefassung – einer Person, einem Individuum oder einem Subjekt) als solchem zugeschrieben, nicht aber einem seiner (Hirn-)Teile. Zwar mag es für die Neurowissenschaft dermaleinst möglich und wichtig sein, auch noch die neuronalen Korrelate des Freiheitsgefühls vollständig aufzudecken, dennoch wäre es selbst in diesem

¹⁵ Vgl. zu diesen Differenzierungen – aus systemtheoretischer Sicht: *Luhmann*, in: Lenk (Hg.), *Handlungstheorien interdisziplinär II*, 1978, S. 235 ff.

¹⁶ In anderen – namentlich theologischen – Varianten des Determinismus wird die Unterscheidung zwischen den beiden Wahrnehmungsformen des Handelns und Erlebens in der entgegengesetzten Richtung aufgelöst, insofern hinter jedem Ereignis z.B. das planvolle Walten eines Gottes oder des Schicksals vermutet wird. Hierzu tendieren letztlich sogar jene neurowissenschaftlichen Redewendungen, die in einzelnen neuronalen Ereignissen im Gehirn wiederum handlungsgleiche Vorgänge vermuten bzw. das Hirn oder seinen Teilen einen eigenen Subjektstatus verleihen und dadurch nicht das Verhalten durch eine durchgängige Kausalität bestimmt sehen, sondern umgekehrt, Verursachung als eine Art gottgleicher Handlung deuten, deren Akteur das Gehirn sei: vgl. dazu ausführlich *Stübinger*, *Strafrecht* (Fn. 2), S. 377 ff. m.N..

¹⁴ Zu philosophiehistorisch und systematisch wirkungsmächtigen Herleitungen eines solchen Freiheitsbegriffs siehe eingehend *Stübinger*, *Strafrecht* (Fn. 2), S. 213 ff. m.z.N..

Fall irreführend bis sinnlos zu behaupten, das Gehirn oder eines seiner Teilbereiche fühle sich frei, selbst wenn es eine Voraussetzung dieses Gefühls ist oder es gar komplett bewirkt. Bei der Betonung des Freiheitsbewusstseins geht es um eine Art Evidenzerlebnis, das notwendig auf eine personale Ebene verweist, deren Zuschreibungen nicht durch kleinteilige Nervenregungen ersetzt werden kann. Die Auflösung der emotionalen Sprachregelung, die in der Perspektive der „Ersten-Person“ formuliert werden muss, in eine Wissenschaftssprache, die aus der Beobachterperspektive der „Dritten-Person“ beschrieben werden muss, kann diese Zuschreibungspraxis nicht ändern, denn Behauptungen, die eigene Empfindungen äußern, lassen sich nicht in das mechanistische Theorievokabular übersetzen, das die neuronalen Prozesse im Gehirn beschreiben soll. Daher heißt es notwendig: ‚Ich fühle mich frei‘, ‚Ich liebe oder hasse jemanden‘ – nicht mein Gehirn. Diese zumindest bis auf Ludwig Wittgensteins ‚Philosophische Untersuchungen‘¹⁷ zurückgehende Argumentation wird immer wieder zutreffend gegen anderslautende Anmaßungen der Hirnforschung in Stellung gebracht,¹⁸ um die Unhintergebarkeit einer personalen ‚Ich-Identität‘ aufzuzeigen.

Merkel und *Roth* begnügen sich freilich mit der Behauptung, dass das Freiheitsempfinden nicht zu den neurowissenschaftlichen Versuchsanordnungen passt. Damit wird ein vermeintlicher – technischer – Fortschritt in der Freiheitsdebatte angedeutet. Im Gegensatz zu früheren Varianten des Determinismus, die nur ein theoretisches Modell bereitstellen konnten, das experimentell noch nicht hinreichend beglaubigt werden konnte, liefert die Hirnforschung nunmehr sogar die Möglichkeit, mit Hilfe teurer Apparaturen wie z.B.¹⁹ Magnetresonanztomographen und Encephalographen einige dieser Kausallinien, die sich vom Gehirn zur körperlichen Bewegung ziehen, in bildge-

benden Verfahren anschaulich darzustellen. Offenbar ist es gerade die Möglichkeit der Bildgebung, die der neurowissenschaftlichen Beweisführung besondere Überzeugungskraft verleiht;²⁰ denn nun scheint auf bunt gefärbten Bildschirmen sichtbar zu werden, was zuvor nur als graue Theorie gedacht werden konnte. Dies wird insbesondere im amerikanischen Jury-System für relevant gehalten, da Laienrichter besonders anfällig für derartige Beweisführungen seien.²¹ Nunmehr stehen sich nicht mehr bloß zwei unbewiesene und unbeweisbare Theorien – Idee der Freiheit gegen Kausalprinzip – gegenüber, die jeweils einen universellen Geltungsanspruch vorbringen, sondern eine in Experimenten objektiv nachprüfbare Ursache-Wirkungs-Kette, die sogar visualisierbar gemacht werden könne, soll einem lediglich subjektiv empfundenen oder erwünschten Gefühl entgegengestellt werden. Dadurch verschieben sich anscheinend die Kräfteverhältnisse im Streit zwischen Deterministen und den Anhängern der Willensfreiheit. Auch wenn die modernen Apparate längst nicht mehr wie noch vor einiger Zeit als „High-Tech-Kristall-Kugeln“ verspottet werden dürften,²² so sind in letzter Zeit gleichwohl Stimmen laut geworden, die beispielsweise die unterstellte Zuverlässigkeit der tomographischen Verfahren in Zweifel ziehen²³ oder kritisch nachfragen, ob sich die für die Naturwissenschaft erprobte Beweiskraft experimenteller Methoden überhaupt auf „Experimente mit Personen“ übertragen lässt.²⁴

IV. Von einer ausnahmsweisen zur generellen Schuldunfähigkeit?

1. Schuldausschluss am Beispiel von Gewalttaten

Merkel und *Roth* sind sich der Überzeugungskraft der neurowissenschaftlichen Methoden und Experimente indes sicher und suchen lediglich nach einer

¹⁷ Vgl. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen §§ 281 ff. (Fn. 11), S. 368 ff..

¹⁸ So insbesondere M.R. Bennett/ P.M.S. Hacker, Philosophical Foundation of Neuroscience, 2003, S. 68 ff. u.ö. (mit Hinweis auf Wittgenstein auf S. 71 m. Fn.12); s.a. Pardo/Patterson, University of Illinois Law Review 4 (2010), S. 1211 ff., bes. 1225 ff.; insoweit zustimmend – trotz einer im Übrigen scharfen Kritik an den Ausführungen von Bennett/Hacker – auch Dennett, in: Bennett/Dennett/Hacker/Searle, Neurowissenschaft und Philosophie, 2010, S. 106 ff..

¹⁹ Zu diversen Geräten und ihren Funktionsweisen, auf die sich die Hirnforschung stützt, vgl. etwa die Überblicke von Roth, Das Gehirn und seine Wirklichkeit, 1994, S. 202 ff.; Hagner, Der Geist bei der Arbeit, 2006, S. 165 ff.; Snead, New York University Law Review 82 (2007), S. 1280 ff.; Jones/Buckholtz/Schall/Marois, Stanford Technology Law Review 5 (2009), Rn. 13 ff..

²⁰ Vgl. dazu etwa die Studien von McCabe/Castel, Cognition 107 (2008), S. 343 ff.; Skolnig Weisberg u.a., Journal of Cognitive Neuroscience 20 (2008), 470 ff..

²¹ Vgl. dazu die Ausführungen von Perlin, Akron Law Review 42 (2009), S. 885 ff.; Spencer Compton, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law 12 (2010), 333 ff. jeweils m.w.N..

²² Vgl. dazu etwa Kulynych, Stanford Law Review 49 (1997), S. 1249 ff..

²³ Siehe etwa die Debatte in der Zeitschrift Perspectives on Psychological Science Vol. 4 (2009) – insbesondere den dort abgedruckten Aufsatz von Edward Vul u.a., Puzzling High Correlations in fMRI Studies of Emotion, Personality, and Social Cognition (S. 274-290, sowie deren Replik auf kritische Kommentare S. 319-324), dessen Titel in Vorabveröffentlichungen im Internet ursprünglich ungleich provokanter lautete: „Voodoo Correlations in Social Neuroscience“; s.a. C.M. Bennett/Miller, Annals of the New York Academy of Sciences, No. 1191 (2010), 133 ff. jeweils m.w.N..

²⁴ Siehe dazu z.B. Janich, Kein neues Menschenbild, 2009, S. 155 ff..

geeigneten Stelle, an der die empirischen Befunde der Hirnforschung in den normativ besetzten Raum des Strafrechts eingeführt werden können und finden in § 20 StGB die geeignete Schwelle für den Übergang des Empirischen ins Normative. In dieser Regelung werden bekanntlich psychologische und biologische Kriterien aufgeführt, bei deren Vorliegen eine Schuldunfähigkeit eines rechtswidrig Handelnden zu erkennen ist. Obwohl die Zuschreibung von Schuldfähigkeit prinzipiell „eine normativ regulierte“ Angelegenheit sei, werde über ihren Ausschluss letztlich „aufgrund von empirischen Erkenntnissen“ entschieden (S. 50). Bei der Anwendung dieser Norm erscheint die Hirnforschung den größten Nutzen für das Strafrecht zu versprechen. Denn mit Hilfe der neurowissenschaftlichen Methoden lassen sich u.U. bislang nicht ermittelbare Hirndefekte erkennen, die Anlass geben, an der Unrechtseinsicht eines Täters bzw. der Fähigkeit, nach dieser auch zu handeln, zu zweifeln. Den Hauptfall sehen *Merkel* und *Roth* im Rahmen der Beurteilung der Schuldfähigkeit von Gewaltstraftätern, denn diese zeigten „signifikant häufiger Hirndefizite“ in jenen Bereichen des Gehirns, die „mit der Entstehung und der Kontrolle affektiver und emotionaler Zustände zu tun haben“ (S. 49). Die beiden Autoren begnügen sich dabei keineswegs damit, auf die neuronalen Umstände, die zu einer erhöhten Aggressivität führen können, zu verweisen, sondern zählen eine ganze Reihe von (mindestens sechs²⁵) Momenten auf, die zur Ausübung von Gewalttaten regelmäßig beitragen, so vor allem neben dem geschlechtsspezifischen und altersbedingten Gewaltpotenzialen auch genetische Veranlagungen, individuelle Entwicklungshemmnisse bzw. Fehlleitungen und soziale Missstände. Ob all diese Faktoren allerdings als wirkliche Ursachen für eine konkrete Gewalttätigkeit bezeichnet werden können, muss im Einzelfall freilich oftmals unklar bleiben, da nicht immer sicher belegt werden kann, welche dieser Umstände das aggressive Verhalten tatsächlich im strengen Sinne verursacht hat, so dass es ohne sie nicht stattgefunden hätte, und welche eventuell nur als eine ermöglichende Bedingung gelten kann, die eine durch die übrigen Faktoren ohnehin vorhandene Tendenz zur Gewalttätigkeit lediglich begleitet, ohne sich hinreichend sicher als wirklich ursächlich zu erweisen.²⁶ So lässt

es sich kaum zuverlässig ausmachen, welche Rolle beispielsweise eine Deformierung bestimmter Hirnregionen bei der Ausübung einer Gewalttat spielen mag, wenn die anderen fünf Faktoren eines typischen Gewalttäters ebenfalls vorliegen und das aggressive Verhalten ohnehin hinreichend indizieren.

Der von *Merkel* und *Roth* vorgetragene Determinismus ist folglich nicht allein auf die Nennung neurophysiologischer Ursachen beschränkt, sondern bezieht durchaus auch andere Bedingungen mit ein und kombiniert auf diese Weise den neurowissenschaftlich fundierten Determinismus mit entsprechenden Theorievarianten u.a. aus der Genetik, der Soziologie und Individual- und Sozialpsychologie, die sonst meist getrennt voneinander auftreten. Dies ist in doppelter Hinsicht durchaus bemerkenswert: zum einen hat insbesondere Gerhard *Roth* – ebenso wie andere Hirnforscher auch – in vielen Texten eher den Anschein erweckt, als lasse sich der zu einer Handlung führende Kausalverlauf stets auf eine „Letztentscheidung des limbischen Systems“ zuspitzen,²⁷ so als ob in jenem Teil des Gehirns die bis dahin sich anbahnenden Kausallinien noch einmal geordnet und einer abschließenden Bewertung unterzogen werden, und dadurch alle anderen Wirkursachen in ihrer Relevanz für eine Kausalerklärung des Verhaltens dahinter zurücktreten müssten. Bislang schien es gerade der Witz des aktuellen neurowissenschaftlichen Determinismus zu sein, das Gehirn als ein derartiges Kontrollorgan zu präsentieren, das quasi den bisherigen Subjektstatus des Ichs übernommen habe.²⁸ Schließlich verleiht gerade eine solche Hervorhebung neuronaler Determinanten der Hirnforschung die von ihren Vertretern

kausale Relevanz, 2010, S. 70 ff.

²⁷ *Roth*, FS-Lampe, 2003, S. 54; vgl. dazu *Stübinger*, Strafrecht (Fn. 2), S. 373 ff. mit weiteren Zitaten mit entsprechendem Gehalt aus diversen Schriften von *Roth* u.a. sowie einer Kritik an dieser methodisch fragwürdigen Redeweise.

²⁸ In diese Hinsicht weist z.B. der Aufsatz des Biologen *Holk Cruse* mit dem Titel: „Ich bin mein Gehirn“, in: *Hirnforschung und Willensfreiheit*, hg. v. Geyer, 2004, S. 223 (ff.), der sogar meint, es sei ein „Kategorienfehler, zwischen ‚Ich‘ und ‚mein Gehirn‘ zu unterscheiden“ (226); ähnlich auch *Greene/Cohen*, *Philosophical Transactions of the Royal Society London, Biological Science* 359 (2004), 1779: „You are your brain“. Ein solche Gleichung ‚Ich = Gehirn‘ lässt sich sicher leicht schreiben, wohl aber nicht als wirklich denken, es sei denn, man fügt sogleich hinzu – wie es George Spencer-Brown einmal für eine seiner Darstellungen eines logischen Kalküls getan hat, dass „das Zeichen ‚=‘ für die Worte ‚wird verwechselt mit‘ stehen mag (Laws of Form/Gesetze der Form, 1997, S. 60). Es gilt eher das Gegenteil: die Gleichsetzung des Ich mit dem Gehirn stellt einen kategorialen Fehlgebrauch beider Begriffe dar. Vgl. dazu auch *Glannon*, *Bioethics* 23 (2009), S. 321 ff.; *Erickson*, *Minnesota Journal of Law, Science and Technology* 11 (2010), S. 27 ff. – zusammenfassend S. 76 ff.

²⁵ Teilweise wird eine noch höhere Anzahl genannt: so z.B. *Roth*, in: ders./Grün (Hg.), *Das Gehirn* (Fn. 4), S.16, wo er acht möglichen Hauptfaktoren aufzählt, von denen dann „mindestens zwei oder drei“ in Kombination auftreten müssten, „um gewalttätiges Verhalten zu erklären“.

²⁶ Zu dieser Unterscheidung zwischen einer Verursachung (causation) und dem bloßen Ermöglichen (enabling) vgl. z.B. *Cheng/Novick*, *Cognition* 40 (1991), S. 83 ff.; *Wolff/Song*, *Cognitive Psychology* 47 (2003), S. 276 ff., bes. 279 ff. jeweils m.w.N.; s.a. *Dullstein*, Verursachung und

gewünschte besondere Bedeutung im gegenwärtigen Konzert der wissenschaftlichen Disziplinen, die sich allzu gerne mit dem Kürzel „Neuro“ schmücken und so als Neurodidaktik, Neurotheologie, Neurophilosophie, Neuroökonomie etc. an jener „Leitwissenschaft des 21. Jahrhunderts“²⁹ sichtbar Anteil haben wollen. Sollte sich herausstellen, dass es doch nicht das Gehirn ist, das „die Letztentscheidung, ob etwas tatsächlich getan wird, fällt“³⁰, sondern dass sich zumindest eine Gewalttat nur durch die Verkettung unglücklicher Umstände ereignet, dann wäre die mühsam erungene Deutungshoheit der Neurowissenschaften doch wieder in Gefahr, denn dann wäre auch das Hirn nicht die treibende Kraft, sondern etwas von den Genen und diversen Umweltbedingungen Getriebenes – eine unter vielen Durchgangsstationen im unendlichen Lauf der Ursachen.

Zum anderen ist der Mix eines solchen Ursachen-Cocktails aus ganz verschiedenen denkbaren Faktoren generell ungewöhnlich und als Erklärung eines Geschehens noch sehr unbefriedigend, da die Nennung einer Vielzahl möglicher Kausalmomente lediglich das allgemeine Prinzip der Kausalität als solches zu wiederholen scheint und die konkreten Determinanten eines konkreten Ereignisses noch ganz unbestimmt lassen muss, da der Grundsatz nur geringfügig präzisiert wird. Im Grunde wird nur gesagt, eine Gewalttat habe viele mögliche Ursachen. Die Auswahl der genannten Faktoren wirkt beinahe beliebig und nicht abschließbar; ebenso gut könnten weitere Momente als mögliche Ursachen in Betracht kommen bzw. die genannten durch zusätzliche Differenzierungen weiter entfaltet werden und dadurch den Eindruck einer echten Kausalerklärung weiter trüben. Daher ist die als solche noch ganz abstrakte Idee des Kausalprinzips notwendig auf eine Konkretisierung angewiesen, die sich nur durch die Ausbildung von speziellen deterministischen Theorievarianten vollziehen kann; schließlich sollen hinreichend bestimmte Ursachen durch die Deutungskunst von einzelwissenschaftlichen Disziplinen theoretisch lokalisiert werden und dies kann nur durch die Isolierung einer oder weniger Variablen gelingen.³¹ Der Hinweis darauf, das (gewalttätige) Verhalten in der Regel von Geschlecht und Alter sowie den Erbanlagen, dem sozialen Umfeld und individuellen psychologischen bzw. neurobiologischen Bedingungen abhängt, klärt noch reichlich wenig und ist in dieser Allgemeinheit nicht einmal auf empirische Belege angewiesen. Die

von *Merkel* und *Roth* angebotene Ursachenvielfalt mag das eigene interdisziplinäre Projekt zwischen dem Strafrecht und der Neurowissenschaft auch für andere wissenschaftliche Disziplinen (namentlich für die Genetik, Soziologie, Sozial- und Individualpsychologie) offen halten, kann aber gerade auf Grund dieser Offenheit keine dichte Beschreibung einer kausalen Erklärung von Gewaltverbrechen mehr gewährleisten. Die allgemeine Erkenntnis, dass die meisten Gewalttaten offenbar von einer ungünstigen Konstellation geschlechtsspezifischer, alters-typischer, genetischer, psychosozialer, individueller und neurobiologischer Faktoren begünstigt werden, reicht vielleicht für eine statistische Erhebung aus, um zu wissen, dass junge Männer mit einer durch einen gewaltreichen Erfahrungshaushalt und genetische Erblast erschwerten Kindheit wahrscheinlich häufiger Gewalttaten verüben als ältere Frauen aus gutem Hause; sie bleibt als solche aber zu abstrakt, um sie auf die strafrechtliche Beurteilung realer Einzelfälle anwenden zu können. Allein das handelnde Subjekt scheint als möglicher Urheber der Gewalttat abhanden gekommen zu sein.

2. Unzulässige Verallgemeinerungen und die Konsequenzen für das Sanktionensystem

Wenngleich schon der spezielle Erkenntnisgewinn des „*Aktual-Determinismus*“ von *Merkel* und *Roth* eher bescheiden ausfällt, so erscheinen die von ihnen eingeforderten allgemeinen Konsequenzen für das Strafrecht ungleich unbescheidener. Aus den von ihnen herangezogenen empirischen Studien zur typischen Genese von Gewalttaten wird zunächst der Schluss gezogen, dass die genannten „Faktoren, die Menschen zu Gewaltkriminellen machen“, letztlich die Annahme nahelegen, „dass diese Täter zum Zeitpunkt der Tatbegehung nicht anders hätten handeln können“ (S. 50). Daher seien sie allesamt schuldunfähig. Diese „Schlussfolgerung“ wird dann noch einmal verallgemeinert, denn was für Gewalttäter gelte, „mag darüber hinaus für alle Straftäter gelten“ (S. 51) – auch sie werden unter einen pauschalen Pathologieverdacht gestellt und zu Patienten der Gesellschaftsordnung erklärt, da sie vom erhofften Normalzustand abweichen und daher kuriert werden sollen. Aber nicht nur die straffällig gewordenen, sondern auch die rechtstreuen Bürger sind in dieser Weise betroffen, denn: „Letztlich ist auch jedes rechtskonforme Handeln durch die Persönlichkeit des Handelnden“³² restlos bestimmt – in ihrer Unfreiheit sind alle Menschen gleich. Erst mit einem solchen Universalisierungsschritt offenbart sich ihre auf Allgemeingültig-

²⁹ *Krüger-Brand*, Deutsches Ärzteblatt 101/Heft 1-2 (5. Januar 2004), A 26.

³⁰ *Roth*, *Aus Sicht des Gehirns*, 2003, S. 178 f.

³¹ Zu dieser Raffinierung des universellen Determinismus zu ausdifferenzierten Spezialdeterminismen vgl. bereits allgemein *Bachelard*, *Epistemologie*, 1971, S. 161 ff.

³² *G. Merkel/G. Roth*, in: *Stompe/Schanda* (Hg.), *Der freie Wille* (Fn. 4), S. 159.

keit zielende deterministische Grundthese: „Für eine normative Setzung von ‚Willensfreiheit‘ ... ist hier jedenfalls kein Raum“ (S. 51).

Anders als andere Vertreter eines (neurowissenschaftlichen) Determinismus, die aus einer solchen Einsicht sogleich eine Chance wittern, vollmundig den Abschied vom geltenden zweispurigen Sanktionensystems zu feiern und ein reines Maßnahmerecht als Ersatz verlangen zu können, wollen *Merkel* und *Roth* diesen Weg „von der Zweispurigkeit zur Großspurigkeit“³³ nicht gehen. Für sie kann es durchaus bei dem bisherigen Nebeneinander von (Geld- und Freiheits-)Strafen und Maßregeln bleiben. Allerdings sollten die Maßnahmen nicht mehr als exklusive Sanktionsform für schuldlos Handelnde angesehen werden, sondern – da nach ihrer Meinung ja sämtliche Straftäter schuldlos sind – für alle als „(Wahl-)Alternative“ zur Strafe angeboten werden. Die im Titel ihres Aufsatzes gestellte Frage „Bestrafung oder Therapie?“ deutet mithin keine unvereinbaren Gegensätze zwischen zwei Sanktionsformen an, zwischen denen der Staat nur eine wählen dürfe. Gefragt werden soll vielmehr der Delinquent, der sich entweder für eine noch recht vage als „Therapie“ bezeichnete Maßnahme entscheide oder aber, wenn er dieses Angebot, das „nur auf freiwilliger Basis erfolgen“ dürfe, ablehne, ersatzweise in das bisherige Strafsystem falle (S. 53). Dem Straftäter wird somit angeboten, sich als Patient behandeln zu lassen oder trotz erklärter Schuldlosigkeit als eine Art Scheinperson bestraft zu werden.

Die Sache hat freilich einen nicht ganz unwesentlichen Haken, der eine Umsetzung dieses interessanten Vorschlags vorerst bis auf unbestimmte Zeit verhindert: die „Durchführung krankt derzeit vor allem am Mangel geeigneter Therapiemethoden“³⁴, diese müssten erst noch entwickelt werden. Die Forderung nach therapeutischen Ersatzmaßnahmen, die an die Stelle der Strafe treten könnten, ist daher kaum mehr als der Ruf nach einem irgendwie sinnvoll zu gestaltenden Strafvollzug, aus dem die Inhaftierten als bessere Menschen herauskommen. Bis zu jedem einzelnen Deliktstypus eine passende Therapie gefunden wird, muss alles beim Alten bleiben, denn in der Zwischenzeit darf kein Sanktionsvakuum entstehen. Ausgerechnet dieser Realitätssinn verrät die Wirklichkeitsferne des in Aussicht gestellten Optionsmodells

³³ So lautet die köstlich pointierte Bemerkung von Jochen *Bung* zu entsprechenden Vorschlägen einiger Neurowissenschaftler: *KrimJ* 40 (2008), 98.

³⁴ G. *Merkel*/G. *Roth*, in: Grün u.a. (Hg.), *Entmoralisierung* (Fn. 4), S. 87; ebenso dies./ders., in: *Stompe/Schanda* (Hg.), *Der freie Wille* (Fn. 4), S. 160.

V. Anhaltende Legitimationsprobleme

Dies mag ein Grund dafür sein, dass *Merkel* und *Roth* gleichsam sicherheitshalber nicht die Abschaffung der Strafe fordern. Hinzu kommt der Glaube an eine offenbar historisch verbürgte Evidenz, eine Gesellschaft könne ohne Sanktionierung ohnehin nicht auskommen. Zwar dürfe niemand „für seine Gene, seine Gehirnentwicklung, für traumatisierende Erlebnisse im Kindesalter und ein negatives soziales Umfeld verantwortlich gemacht werden“ (S. 50), wohl aber auf Grund eines gesellschaftlichen Sanktionsbedürfnisses, denn die „Ablehnung des Alternativismus“, d.h. jener Ansicht vom *Andershandeln* können, hindere die Gesellschaft „nicht, den Täter für den Normbruch auf andere Weise als durch Schuldzuschreibung rechtlich zuständig zu machen“. Wer nicht verantwortlich ist, muss verantwortlich gemacht werden, wenn es höhere Interessen verlangen. Die Alternative zum „Alternativismus“ liegt in der Hervorhebung des sozialen Nutzens der Sanktionierung; schließlich werde „deutlich, dass ein Täter, der zum Wohl der Sicherheit Anderer weggeschlossen wird, alle übrigen entlastet“ (S. 52). Außerdem folge aus ihrer Argumentation zunächst nur, dass der „Begriff des Schuldausgleichs“ nicht haltbar sei und daher die Strafe als weiterhin mögliche Sanktionsform nur nicht mehr als „*Vergeltung*“ aufgefasst werden dürfe, da eine auf der Annahme von Willensfreiheit beruhende Schuld als ein „konstitutives Element der Strafe“ mangels Nachweisbarkeit bzw. auf Grund der empirischen Gegenbeweise nicht legitimierbar sei (S. 52).³⁵ Gleichwohl dürfe insgesamt an der „Notwendigkeit einer Sanktion“ nicht gezweifelt werden. Gesucht wird daher allenfalls eine andere Legitimationsbasis für das staatliche Sanktionssystem, das als solches nicht in Frage gestellt werden soll. Wenn folglich nicht das schuldhafte Verhalten der Grund von Strafe sein kann, so müsse der Normverstoß als solcher bereits als sanktionsfolgenrelevanter Anlass genügen. In der üblichen strafrechtssystematischen Terminologie formuliert: für *Merkel* und *Roth* genügt in jedem Fall das schuldlose Unrecht als Auslöser ei-

³⁵ Die von *Merkel* und *Roth* behauptete Abhängigkeit des Vergeltungsgedankens von einer indeterministischen Schuldauffassung ist übrigens historisch und systematisch keineswegs zwingend. Ein berühmter Namensvetter von Frau *Merkel*, der seinerzeit einflussreiche Strafrechtler *Adolf Merkel* hat um 1900 seine Vergeltungstheorie mit einem deterministischen Standpunkt kombiniert: vgl. dessen (von *Liepmann* herausgegebene) Buch, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, 1912, S. 89 ff./209 ff., sowie ders., *Hinterlassene Fragmente und Gesammelte Abhandlungen*, 2. Teil/2. Hälfte, 1899, S. 429 ff., bes. 436 ff.; ders., *Kriminalistische Abhandlungen I*, 1867, S. 104 ff.; zu *Adolf Merkels* Theorieversion des Determinismus s.a. *Berner*, *FG-Dernburg*, 1900, S. 175 ff.; *Holzhauser*, *Willensfreiheit und Strafe*, 1970, S. 169 ff.

ner staatlichen Sanktion – nicht nur für die Maßregeln, sondern auch für die Strafe. Man könnte auch von einer Art Erfolgshaftung reden.³⁶ Die durch eine rechtswidrige Tat gestörte (Norm-)Ordnung bedarf einer Restitution, denn der Staat müsse „sanktionieren, um einer Verbotsnorm Geltung zu verschaffen und um diese Geltung aufrechtzuerhalten“ (S. 52). Die im Kontrast zur schuldausgleichenden Vergeltung erforderlich werdende neue Legitimationsquelle der bleibenden Strafmöglichkeit sehen die beiden Autoren nun darin, dass es dem Delinquenten freigestellt werde, ob er sich therapieren lasse oder lieber herkömmlich bestraft werden wolle. Durch diese Wahl werde die „Setzungsmacht vom Richter auf den Täter verlagert“, der nunmehr selbst „die Verantwortung für die Entscheidung“ übernehmen müsse und „somit zu deren Legitimation“ beitrage (S. 54). Nun könnte der Eindruck entstehen als steige am Ende doch – ähnlich wie das Fabelwesen „Nessie“ aus Loch Ness – ein Geist von Freiheit aus dem Wörtersee des neurowissenschaftlichen Determinismus hervor. Dass das Postulat einer Wahlmöglichkeit nach all der mühseligen Argumentationsarbeit gegen die Entscheidungsfreiheit nicht ganz ironiefrei in ein freiheitsskeptisches Textgewebe eingefädelt werden kann, bemerken freilich auch *Merkel* und *Roth* und fügen vorsorglich hinzu, dass „dies keine Wahl im Sinne eines Andershandelns wäre“, denn gleichgültig wie die Entscheidung ausfalle, der Täter könnte sie „so wenig vermeiden wie die gegenteilige Wahl“ (S. 53 f.), was einen etwas wahllosen Umgang mit diesem Begriff verrät. Aber unabhängig davon, ob dies wirklich sinnvoll als ein Wählen zwischen Alternativen bezeichnet werden kann oder sich bloß als eine weitere Laune der Natur erweist, die sich in einem Straffälligen austobt, bleibt das Problem, dass nach den eigenen Angaben von *Merkel* und *Roth* bis auf Weiteres ein Mangel an geeigneten Therapien herrscht, und dies muss für die Strafpraxis unweigerlich bedeuten, mangels Wahlmöglichkeit ist insofern ohnehin jede Bestrafung ausgesprochen illegitim. Die legitimierende Wirkung tritt erst am „St. Nimmerleinstag“ ein.

VI. Über das Verhältnis von Recht und Freiheit

Dies ist jedoch nur eine gleichsam äußere Schwierigkeit, deren Brisanz durch die Hoffnung auf baldige Therapieerfolge gelindert werden mag. Es offenbart sich jedoch eine ungleich grundlegendere Problema-

tik, die bereits die gesamte Konstruktion der vorgestellten Kritik am gegenwärtigen Schuldstrafrecht durchdringt. *Merkel* und *Roth* unterschätzen nämlich die Bedeutung des Freiheitsbegriffs für das Recht, wenn sie dessen Rolle auf die eines Begründungsmomentes des strafrechtssystematischen Merkmals der Schuld reduzieren, die als Vorwerfbarkeit gekennzeichnet wird. In ihrer Darstellung lässt sich die Willensfreiheit als „Andershandelnskönnen“ nicht positiv begründen, sondern primär negativ aus einem „Umkehrschluss“ aus § 20 StGB folgern (S. 47/50). Nicht die Gründe für die Begründung von Schuld, sondern die empirischen Ursachen eines Schuldausschlusses bilden den Ausgangspunkt ihrer kritischen Erörterung. Diese Herangehensweise verstellt ihnen den Weg zum Verständnis von Freiheit als Konstituens des Rechts, da ihnen der freie Wille durch diese indirekte Ableitung nur als eine Art Abfallprodukt jener Ausschlussgrundregel erscheinen mag; Freiheit ist primär einem Wissensdefizit geschuldet: für frei werde der Mensch nur deshalb gehalten, weil noch nicht sämtliche biologischen und psychologischen Umstände für sein Verhalten in Erfahrung gebracht werden können. Dies ist ein bisschen so, als wollte man den Sinn des Fußballspiels allein durch eine Auslegung der Abseitsregel verstehen. Dies muss zwar an sich nicht zu ganz falschen Deutungen führen, trägt aber nur wenig zum Verständnis des gesamten Spiels bei, denn dies setzt die Einsicht in die konstitutiven Regeln voraus und lässt sich nicht durch indirekte Schlüsse aus den Ausnahmen klären.

Merkel und *Roth* arbeiten sich vor allem an der bekannten Formel des sog. normativen Schuldbegriffs ab.³⁷ Sie suggerieren dabei, dass einem Straftäter nur deshalb ein freier Wille zugeschrieben werde, um ihm einen Vorwurf machen zu können. Dadurch wird der Kontext der Zuschreibung von Willensfreiheit auf eine strafrechtshistorisch kontingente Positionierung im Verbrechenssystem gekürzt. Die formelhafte Wendung, „Schuld ist Vorwerfbarkeit“,³⁸ auf die sie sich bei ihrer Platzierung des Freiheitsproblems stützen, ist in einer Zeit entstanden, in der sich auch der heute übliche dreigliedrige Verbrechenbegriff mit seiner Einteilung in Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld entwickelt hat.³⁹ Dabei sollte mit den ersten beiden Merkmalen das Unrecht einer

³⁶ Vgl. dazu entsprechende Andeutungen von *Erickson* (Fn. 28), 58 ff.. Zur Diskussion über die Erfolgshaftung als ein in der Strafrechtshistoriographie umstrittenes Gegenmodell zum Schuldstrafrecht vgl. eingehend *Stübinger*, Schuld, Strafrecht und Geschichte, 2000, S. 204 ff., bes. 346 ff..

³⁷ Ausführlich zur Entwicklung des normativen Schuldbegriffs vgl. z.B. *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 97 ff.; *Safferling*, Vorsatz und Schuld, 2008, S. 49 ff. jeweils m.w.N..

³⁸ So wohl als erster *Frank*, FS- Jur. Fakultät Gießen, 1907, S. 529 (Sperrung im Original).

³⁹ Als ausführlichste Grundlage für dieses „klassische“ Verbrechenssystem darf die Schrift von Ernst *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, gelten.

Tat zunächst rein objektiv bestimmt werden, während im Rahmen der Schuld sämtliche subjektiven Merkmale konzentriert waren. Auf Grund der Objektivität des Unrechts erschien das Problem der Freiheit nur noch als eine Frage der Schuld, da dort der Sitz einer nicht ganz objektivierbaren Subjektivität vermutet wurde. Diese Auffassung resultierte seinerzeit nicht zuletzt aus einer ebenfalls naturalistischen Annahme, die äußere Tatseite, das hieß hauptsächlich die Kausalität, vermeintlich mit rein naturwissenschaftlichen Erkenntnissen feststellen zu können, während das handelnde Subjekt auf seine psychologischen Zustände reduziert werden sollte. Diese zu strafrechtssystematischen Analysezielen vorzunehmende Dreiteilung birgt die Gefahr, die sich auch im Text von *Merkel* und *Roth* realisiert zu haben scheint, dass das Freiheitsproblem nur auf die Ebene der Schuld beschränkt wird, da sich allein dort eine Bewertung des Täterwillens abspiele.

Die Zuschreibung von Freiheit hängt jedoch schon mit dem Begriff der Person zusammen. Dieser Zusammenhang wird vielleicht besser sichtbar, wenn man in die Rekonstruktion dieser Problematik eine Zeit mit einbezieht, in der der Schuldbegriff noch gar nicht als *terminus technicus* des Strafrechts etabliert war, geschweige denn als Vorwerfbarkeit verstanden wurde,⁴⁰ gleichwohl aber schon in ähnlicher Weise die Freiheitsfrage diskutiert worden ist. Eine bekannte Definition lautet etwa: „Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind“.⁴¹ Der Begriff der Zurechnung (*imputatio*) war jedoch selbst schon durch die Vorstellung geprägt, dass dadurch ein rechtlich relevantes Geschehen auf eine freie Handlung zurückgeführt werde. Jemandem etwas als seine Tat zuzurechnen, sollte demnach heißen, ihn zum Urheber zu erklären, um es aus dem Naturzusammenhang hervorzuheben.⁴² Hierin lag ein (wahrheitsfähiges aber auch irrtumsanfälliges) Urteil über die Ursächlichkeit der handelnden Person, wobei deren Beziehung zu den (rechtlichen oder ethischen) Gesetzen maßgeblich war. Ohne einen solchen Zurechnungsakt könnte nichts als Gegenstand des Rechts ausgewiesen werden, da keine Unterscheidung zwischen Recht und Nicht-Recht (Natur) getroffen

werden könnte. In normativen Kontexten können die maßgeblichen Akteure daher nur Personen sein, die sich wechselseitig in ihrem Personsein anerkennen und daher rechtliche Gleichheit garantieren. Diese personalen Einheiten, mit denen das Recht rechnen muss, lassen sich nicht in weitere Teile aufspalten, die dann als subjekthafte Kleinagenten auftreten. Wer nicht auf Handlungen von Personen schauen möchte und stattdessen nur noch Gene oder Neuronen walten sieht, betrachtet etwas anderes als das Recht. Die „Sicht der Hirnforschung“ muss daher gleichsam am strafrechtlichen Schuldprinzip vorbeischießen.

VII. Abschließende Bemerkungen

Freiheit wird einem Menschen schon deshalb zugeschrieben, um ihn als handelnde Rechtsperson erfassen zu können und nicht erst, um ihm einen Vorwurf für sein rechtswidriges Verhalten zu machen. Die Freiheit spielt deshalb nicht erst für die Schuldfrage im engeren Sinne eine Rolle, sie ist vielmehr schon die Voraussetzung für jedes Sollen an sich, so wie es u.a. vom Recht ausgedrückt wird. Eine Norm gebietet, verbietet oder erlaubt ein bestimmtes Verhalten; sie wird an Menschen adressiert, von denen erwartet wird, dass sie dem Ge- oder Verbot bzw. der Erlaubnis entsprechen. Daher muss vom Normadressaten vorausgesetzt werden, dass er dem Sollen nachkommen kann. Das Adressieren einer Norm an eine Person meint nicht das Dressieren von Lebewesen und auch nicht das Einspeisen eines rechtstreuen Beweggrundes in den Motivationshaushalt der Rechtsunterworfenen. Einem Naturgeschehen mit einer Forderung begegnen zu wollen, die es erfüllen soll, hat wenig Sinn. Insofern impliziert Sollen ein Können, das immer auch zumindest einen variierenden Verlauf denkbar lässt: wer das Soll erfüllen soll, kann dies tun und kann es auch verfehlen, d.h. „Wer kann, der kann auch anders“.⁴³ Wer ernsthaft annimmt, das menschliche Verhalten sei nichts anderes als ein naturhaft ablaufendes Ereignis, der reduziert den Handlungsbegriff auf einen äußeren Bewegungsablauf, der lediglich naturwissenschaftlich analysiert werden dürfe. Dies entspricht jedoch nicht dem rechtlichen Umgang mit dem Begriff der Handlung. Weder das, was etwa im Strafrecht „Handlung“, noch das, was im strafrechtlichen Sinne „Erfolg“ (oder weniger euphemistisch: Schaden) genannt wird, kommt als solches in der bloßen Natur vor. Ebenso wenig ist die handelnde Person auf ihre physische Existenz zu reduzieren. Soweit sie Adressat einer Verhaltensnorm sein soll, muss ihr die Freiheit zugeschrieben werden, diese normative Erwartung auch erfüllen zu können.

⁴⁰ Zur Entwicklung des Wortes Schuld zu einem strafrechtlichen Systembegriff ausführlich *Stübinger*, Schuld (Fn. 36), S. 378 ff. m.z.N..

⁴¹ *Kant*, Metaphysik der Sitten AB 22, Werkausgabe VIII, hg. v. Weischedel, 1977, S. 329.

⁴² Zum neuzeitlichen Zurechnungsbegriff und seinen weiteren Differenzierungen siehe etwa *Hardwig*, Die Zurechnung, 1957, S. 35 ff.; *Hruschka* ZStW 96 (1984), S. 661 ff.; *ders.*, in: Kaufmann/Renzikowski (Hg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, 2004, S. 17 ff. jeweils mit zahlreichen Zitaten zur entsprechenden Begriffsbestimmung.

⁴³ Ebenso *Buchheim*, in: Hirnforschung und Willensfreiheit, hg. v. Geyer, 2004, S. 158.

Soweit *Merkel* und *Roth* aus den empirischen Experimenten der Neurowissenschaft normative Konsequenzen für das Strafrecht einfordern, müssen sie selbst die Logik des Sollens zumindest implizit anerkennen und ihren Posten als Beobachter des Rechts verlassen und in die Rolle von Teilnehmern an einem strafrechtlich/kriminalpolitischen Diskurs schlüpfen, denn dann werden sie sich und denen, die ihre Forderungen nach mehr therapeutischen Maßnahmen anstelle oder neben der Bestrafung von Unrechtstaten einlösen sollen, jene Freiheit zugestehen müssen, die sie anderen absprechen möchten.