

Geisteskranke.<sup>191</sup> 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.<sup>192</sup> 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.<sup>193</sup> 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.<sup>194</sup> 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.“<sup>195</sup>

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?<sup>196</sup> 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 *schrakenlose* 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 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.<sup>197</sup> 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.<sup>198</sup>)

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 Gemeinschaftsgütern, 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 Normenschutzelements – 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.<sup>199</sup>

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.<sup>200</sup> 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.<sup>201</sup>

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 *Wal-lace, 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.<sup>202</sup>

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“?<sup>203</sup>

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.<sup>204</sup> 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 rechtstreuere 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 *genuinen* 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.<sup>205</sup>

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 lädiertes 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.).<sup>206</sup> 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-

munikativen „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.<sup>207</sup> 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.<sup>208</sup>

Mit Blick auf diese Aufgabe, wird die Trennlinie zwischen schuldfähig und schuldunfähig jedoch nicht vom Kriterium des Andershandelns 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 verletzten Normgeltung noch die Fairness gegenüber dem Verletzer dessen Andershandelns 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.<sup>209</sup> 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.)<sup>210</sup> 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. Liszt's 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 schuldefinierende 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.