

inzwischen vorherrschende Auffassung, es handle sich eben um eine „normative Setzung“, formuliert das Problem, nicht seine Lösung.<sup>186</sup>

## 2. Zur Legitimation der normativen Zuschreibung von Schuld

Eine überzeugende Lösung muss die Schuldzuschreibung in zweierlei Hinsicht plausibel machen:

- (1.) In einer subjektiv-persönlichen Perspektive, nämlich mit Blick auf die Belange des handelnden Täters; genauer: auf die Selbstwahrnehmung, in der er sein eigenes Tun erlebt.
- (2.) In einer objektiv-normativen Perspektive, nämlich mit Blick auf die Aufgaben, die das Strafrecht in unserer Gesellschaft zu erfüllen hat und die es (mit allerlei faktischen Mängeln) legitimerweise erfüllt.

### 2.1 Das sog. subjektive Freiheitsempfinden

Insbesondere Burkhardt vertritt die Auffassung, das subjektive Freiheitsbewusstsein eines Handelnden sei die entscheidende legitimatorische Grundlage dafür, ihm im Strafrecht Freiheit als „praktisch wirkliche“ zuzuschreiben.<sup>187</sup> Das erinnert an Kants Feststellung, ein vernünftiges Wesen könne unmöglich anders als „unter der Idee der Freiheit“ handeln und sei eben darum „in praktischer Rücksicht wirklich frei“.<sup>188</sup> Unklar bleibt bei Kant wie bei Burkhardt, ob die These einer solchen subjektiv-epistemischen Freiheit als empirischer Befund oder als Notwendigkeit gemeint ist. Die Antwort darauf könnte aber die Überzeugungskraft des Arguments, gerade darauf sei die Zuschrei-

186 Nicht wenige Vertreter der Lehre von der „normativen Setzung“ sehen das natürlich und suchen deshalb nach substanziellen Begründungen; das gilt v.a. für *Roxin* (Anm. 179); ebenfalls für *Streng* (Anm. 179), § 20 Rn. 27 ff.; s. dazu sogleich unter 2. im Text.

187 *Burkhardt*, Freiheitsbewusstsein und strafrechtliche Schuld, in: FS Lenckner, 1998, S. 3 ff.; *ders.* (Anm. 71); *ders.*, Und sie bewegt uns doch: die Willensfreiheit, in: Das Magazin (Wiss.-Zentrum NRW) 2/2003, 22 ff.

188 Dazu oben, sub IV.2.3.1 (S. 56); *Burkhardt* beruft sich ausdrücklich auf diese Bemerkung Kants (Anm. 71, S. 248).

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

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

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

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

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

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

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

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

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.