

Erschienen in: Lebenswelt und Wissenschaft. XXI . Deutscher Kongreß für Philosophie 15. – 19. September 2008 an der Universität Duisburg – Essen. Kolloquienbeiträge, herausgegeben von Carl Friedrich Gethmann in Verbindung mit J. Carl Bottek und Susanne Hiekel, Felix Meiner Verlag, Hamburg 2011, 1185-1203.

## Der Begriff der Willensfreiheit im deutschen Strafrecht<sup>1</sup>

*Marcus Willaschek*

### 1. Einleitung

Der Zusammenhang zwischen Willensfreiheit, Schuld und Strafe ist für das deutsche Strafrecht von fundamentaler Bedeutung. § 46 des StGB besagt, dass sich die Höhe der Strafe an der Schwere der Schuld bemisst, woraus unmittelbar der sogenannte Schuldgrundsatz folgt: keine Strafe ohne Schuld. Unter Schuld versteht das Strafrecht die persönliche Vorwerfbarkeit der Tat, die darin besteht, dass diese dem Täter selbst zur Last zu legen ist und dieser, wie es heißt, »dafür kann«. Dabei hebt die vorherrschende sogenannte »normative Schuldlehre« insbesondere auf die »Vorwerfbarkeit der Willensbildung« ab.<sup>2</sup> Diese liegt jedoch nur dann vor, wenn der Täter seinen Willen auch anders hätte bilden können, nämlich in Übereinstimmung mit dem Recht, wenn er sich also anders hätte entscheiden können, als er es tatsächlich getan hat. Diese Fähigkeit des Anders-Handeln- und Anders-Entscheidenkönnens wird traditionell als das zentrale Merkmal der Willensfreiheit angesehen, die sich damit als notwendige Bedingung von Schuld und somit von Strafe erweist. Keine Strafe ohne Schuld, keine Schuld ohne Willensfreiheit.

Dieser Zusammenhang ist keine Erfindung des deutschen Strafrechts, sondern tief im Selbstverständnis des modernen Menschen und in seinen sozialen Praktiken verankert. Auch in alltäglichen Zusammenhängen verdient man nur für dasjenige Tun Vorwürfe und Tadel, für das man verantwortlich ist, und man ist nur dann verantwortlich, wenn man die Möglichkeit hatte, sich gegen die entsprechende Handlung zu entscheiden. Auch hier gilt also, in strenger Analogie zum Strafrecht: Kein Tadel ohne Verantwortung und keine Verantwortung ohne Willensfreiheit. Tatsächlich muss man im strafrechtlichen Begriff der Schuld, dem wegen seiner theologischen Konnotationen für viele Ohren etwas Vormodern-Unaufgeklärtes anhaftet, nicht mehr sehen als den auf die Zwecke des Strafrechts eingeschränkten und reglementierten alltäglichen Begriff der Verantwortung. Dass erwachsene Menschen für das meiste, das sie tun, verantwortlich sind und deshalb für manche ihrer Handlungen Lob oder Tadel verdienen, dass aber Entschuldigungsgründe wie Unabsichtlichkeit, Versehen sowie innerer

<sup>1</sup> Die zentrale These dieses Textes geht auf ein gemeinsam mit Klaus Günther gehaltenes Seminar über Willensfreiheit, Verantwortung und Schuld im deutschen Strafrecht zurück. Ich danke Klaus Günther für entscheidende Anregungen und wichtige Hinweise. Für wertvolle Hinweise zu früheren Fassungen dieses Textes danke ich außerdem Claudia Blöser und Michel de Araujo Kurth.

<sup>2</sup> Vgl. H.-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, 363; dazu kritisch W. Schild, »Kommentierung von § 20 StGB«, 66.

und äußerer Zwang diese Verantwortung einschränken oder ausschließen können – all das sind im alltäglichen Umgang der Menschen miteinander unhinterfragte Selbstverständlichkeiten.

Auch wenn dieser Zusammenhang zwischen Willensfreiheit und Verantwortung bzw. Schuld in der neueren Strafrechtswissenschaft nicht ganz unumstritten ist<sup>3</sup>, werde ich ihn für die Zwecke dieses Vortrags voraussetzen. Die meiner Meinung nach zentrale Frage lautet nicht, ob Willensfreiheit eine Voraussetzung von Schuld ist, sondern in welchem Sinn des vieldeutigen Wortes »Willensfreiheit« dies der Fall ist und welchen Status wir der Annahme, dass Menschen über Willensfreiheit verfügen, zubilligen.

Auf diese beiden Fragen gibt die herrschende Meinung in der deutschen Strafrechtswissenschaft die beiden folgenden Antworten: (1) Willensfreiheit ist die Fähigkeit, sich gegen alle entgegenstehenden Motive für das Recht entscheiden zu können und erfordert somit, dass die Tat nicht durch ebendiese Motive oder durch andere kausale Faktoren determiniert ist. Diese Fähigkeit ist weder im Allgemeinen noch im Einzelfall empirisch nachweisbar. (2) Daraus ergibt sich zugleich die Antwort auf die zweite Frage nach dem Status der Willensfreiheitsannahme: Weil Freiheit empirisch weder beweis- noch widerlegbar ist, handelt es sich um eine *normative Unterstellung*, eine *Präsupposition* oder ein *Postulat*.<sup>4</sup>

Im Folgenden werde ich diese Auffassung zurückweisen und eine Alternative dazu anbieten, die ohne ein Willensfreiheitspostulat auskommt. Zunächst möchte ich jedoch ganz kurz auf eine Übereinstimmung dieser herrschenden Lehre mit den Thesen jener Hirnforscher und Psychologen hinweisen, die die Existenz von Willensfreiheit für empirisch widerlegt halten.<sup>5</sup> Im Gegensatz zur herrschenden Lehre bestreiten diese Forscher, dass es sich bei der Willensfreiheit um ein nicht-empirisches Phänomen handelt und plädieren für den Verzicht auf den Schuldbegriff und eine radikale Umgestaltung des Strafrechts. Dennoch teilt diese Kritik mit der herrschenden Lehre im Strafrecht eine wichtige Annahme: Der Begriff der Willensfreiheit, so die Annahme, ist ein vorrechtlicher Begriff, dessen Inhalt nicht durch die Rechtspraxis selbst festgelegt wird, sondern von dem man unabhängig von rechtlichen Zusammenhängen fragen kann und fragen muss, ob er ein reales Phänomen erfasst oder nicht. Daher sind die Kriterien, nach denen sich entscheidet, ob jemand über Willensfreiheit verfügt, auch keine innerrechtlichen Kriterien, sondern dem Recht vorgelagert. Den Neurowissenschaftlern zufolge entscheidet sich im Labor und nach empirisch-wissenschaftlichen Kriterien, ob Menschen jemals über einen freien Willen verfügen; vielen Strafrechtswissenschaftlern zufolge handelt es sich dagegen um eine metaphysische Frage, die sich überhaupt

<sup>3</sup> Vgl. dazu unten, Fn. 15.

<sup>4</sup> Dabei distanziert sich die herrschende Meinung mit guten Gründen von der berühmten Formulierung Kohlrauschs, Willensfreiheit sei eine »staatsnotwendige Fiktion«, denn die Rede von einer Fiktion setzt ja voraus, dass es Willensfreiheit in Wirklichkeit nicht gibt, während die herrschende Meinung gerade darauf besteht, dass wir dies nicht wissen können, und daraus das Recht des Gesetzgebers ableitet, Willensfreiheit normativ zu fordern bzw. vorauszusetzen.

<sup>5</sup> Vgl. z. B. W. Singer, »Keiner kann anders, als er ist« und W. Prinz, »Kritik des freien Willens: Bemerkungen über eine soziale Institution«.

nicht entscheiden lässt; Freiheit muss deshalb vorausgesetzt werden. Beide stimmen aber darin überein, dass es keine innerrechtlichen Kriterien gibt, die es uns erlauben, im Rahmen eines Strafverfahrens mit hinreichender Sicherheit festzustellen, dass ein bestimmter Mensch über Willensfreiheit verfügt. Es ist diese Annahme, die ich im Folgenden kritisieren werde und zu der ich eine Alternative anbieten möchte.

## 2. Der dreistufige Straftatsbegriff und das Postulat der Willensfreiheit

Um die genaue Rolle des Begriffs der Willensfreiheit im deutschen Strafrecht einschätzen zu können, ist es notwendig, kurz auf den sogenannten dreistufigen Verbrechensbegriff einzugehen, mit dessen Hilfe das deutsche Strafrecht die Straftat konzeptualisiert und an dem sich jede Einzelfallentscheidung zu orientieren hat. Danach ist eine Handlung genau dann strafbar, wenn drei Bedingungen erfüllt sind, die als *Tatbestandsmäßigkeit*, *Rechtswidrigkeit* und *Schuld* bezeichnet werden. Es ist demnach zunächst zu prüfen, ob die Handlung unter einen der im Strafgesetzbuch genannten *Straftatbestände* fällt.<sup>6</sup> Ist das der Fall, muss zweitens geprüft werden, ob die Handlung *rechtswidrig* war. Davon ist bei gegebener Tatbestandsmäßigkeit normalerweise auszugehen. Geprüft werden muss nur, ob *ausnahmsweise* Bedingungen wie Notwehr oder rechtfertigender Notstand vorliegen, die zur Folge haben, dass die Handlung trotz ihrer Tatbestandsmäßigkeit rechtmäßig war. (Darauf werde ich gleich zurückkommen.) Und drittens schließlich ist zu prüfen, ob der Täter *schuldhaft* gehandelt hat. Dabei werden verschiedene »Schuldmerkmale« unterschieden, die der Richter prüfen muss: Ist der Täter überhaupt schuldfähig? Verfügt er über Unrechtsbewusstsein? usw. Es ist die Frage nach der *Schuldfähigkeit*, in deren Zusammenhang Willensfreiheit für das deutsche Strafrecht relevant wird. Wie im Fall der Rechtswidrigkeit ist bezüglich der Schuldfähigkeit kein positiver Nachweis erforderlich, sondern der Richter muss nur feststellen, dass keiner der im StGB genannten Gründe für Schuldunfähigkeit vorliegt, nämlich einerseits Minderjährigkeit unter 14 Jahren (§ 19), andererseits eine schwere seelische Störung (§ 20). Für Jugendliche zwischen 14 und 17 Jahren ist die Schuldfähigkeit im Einzelfall zu prüfen (§ 3 JGG). Liegt keiner dieser Umstände vor, ist der Angeklagte schuldfähig.<sup>7</sup>

In dieser dreigliedrigen Konzeption der strafwürdigen Tat kommt der Begriff der Willensfreiheit explizit nicht vor. Es ist aber herrschende Lehre, die sich u. a. auf

<sup>6</sup> Dabei wird unterschieden zwischen den sogenannten objektiven Tatbestandsmerkmalen, also der Frage, ob der Angeklagte z. B. tatsächlich das Opfer getötet oder unter Eid eine Falschaussage gemacht hat, und den subjektiven Tatbestandsmerkmalen, insbesondere der Vorsätzlichkeit, also der Frage, ob der Täter den Tatbestand wissentlich und willentlich verwirklicht hat. Während mit Blick auf die objektiven Tatbestandsmerkmale ein positiver Nachweis erforderlich ist, darf die Vorsätzlichkeit normalerweise vorausgesetzt werden, sofern keine Gründe vorliegen, sie zu bezweifeln.

<sup>7</sup> Von der Möglichkeit der verminderten Schuldfähigkeit sehe ich hier ab; vgl. dazu M. Willaschek, »DNS – Doch nicht schuldig?«.

höchstrichterliche Entscheidungen berufen kann, dass Schuldfähigkeit Willensfreiheit voraussetzt, fehlende Willensfreiheit also Schuldfähigkeit ausschließt. So heißt es in einer immer wieder zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1952: »Der innere Grund des Schuldvorwurfs liegt darin, dass der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden« (BGHSt 2, 200). Dies wird durchgängig als Bekenntnis zu einem indeterministischen Konzept von Willensfreiheit als Grundlage des Schuldbegriffs verstanden: Schuldhaft handelt nur, wer sich gegen alle Motive, die ihn zu rechtswidrigem Handeln motivieren, auch anders, nämlich rechtmäßig, hätte entscheiden können. Eine solche indeterministische Form der Willensfreiheit sah der BGH als gegeben an.

Auch die gegenwärtig herrschende Lehre betrachtet indeterministische Willensfreiheit als notwendige Bedingung für Schuld. Sie nimmt jedoch mit Blick auf die Frage, ob Menschen tatsächlich über Freiheit in diesem Sinn verfügen, einen »agnostischen« Standpunkt ein, da diese Frage empirisch nicht entscheidbar sei. Daraus ergibt sich unmittelbar die Notwendigkeit, dass Willensfreiheit *vorausgesetzt* oder *postuliert* werden muss, wenn man am Schuldbegriff festhalten will: Willensfreiheit, so zum Beispiel Hans-Heinrich Jescheck im einflussreichen Leipziger Kommentar zum StGB, sei nicht beweisbar, sondern ein »praktisches Postulat«<sup>8</sup>. Der Agnostizismus hat hier zwei Seiten, die sich gegenseitig stützen: Weil Willensfreiheit nicht *beweisbar* ist, *muss* sie postuliert werden, sofern man das Schuldstrafrecht nicht aufgegeben will; aber weil Willensfreiheit auch nicht *widerlegbar* ist, *kann* sie postuliert werden, ohne mit den Tatsachen in Konflikt zu geraten. Der Agnostizismus, so scheint es, eröffnet einen unangreifbaren Standpunkt, der es erlaubt, Willensfreiheit als Grundlage des Strafrechts zu akzeptieren, ohne sich auf damit verbundene metaphysische Annahmen festlegen zu müssen.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> H.-H. Jescheck, »Kommentierung von § 20 StGB«, 13.

<sup>9</sup> »Die Frage nach der Legitimation eines auf dem Schuldprinzip aufbauenden Strafrechts [...] braucht [...] nicht deshalb verneint zu werden, weil die Freiheit des Menschen als individueller Person nicht beweisbar [...], sondern nur postulierbar ist« (T. Lenckner, »Vorbemerkung §§ 13 ff.«, Rdn. 110). – In diesem wichtigen Punkt unterscheidet sich auch die Position Claus Roxins nicht von der herrschenden Meinung, denn auch Roxin bekennt sich zum Agnostizismus. Im Unterschied zur herrschenden Meinung verzichtet er darauf, Willensfreiheit zu postulieren, und fordert stattdessen die »normative Ansprechbarkeit« des Täters. Deren Vorhandensein sei aber selbst eine »normative Setzung«. Wie sich im Folgenden zeigen soll, ist eine solche normative Ansprechbarkeit jedoch selbst ein zentrales Element in jedem plausiblen Begriff von Willensfreiheit. Außerdem stellt sich die Frage, ob dieselben Gründe, die Roxin völlig zu Recht gegen ein Willensfreiheitspostulat als Grundlage des Schuldstrafrechts anführt, nicht auch gegen die »Forderung« normativer Ansprechbarkeit sprechen. Dass es sich bei den Unterschieden zwischen der herrschenden Meinung und Roxin nur noch um verbale Differenzen handelt, wird nahegelegt durch C. Roxin, *Strafrecht*, 743.

### 3. Willensfreiheit und Normalitätsunterstellung

Das Postulat der Willensfreiheit, wie es die herrschende Lehre als Grundlage des Schuldstrafrechts versteht, besagt im Kern, dass erwachsene Menschen *normalerweise* die Fähigkeit haben, sich für eine rechtmäßige Handlung zu entscheiden und diese Entscheidung umzusetzen, und zwar auch dann, wenn sie de facto rechtswidrig handeln. Aus diesem generellen Postulat allein folgt natürlich noch nichts über den einzelnen Straftäter und seine Tat. Wenn Willensfreiheit eine notwendige Bedingung für Schuldhaftigkeit ist, dann muss nicht nur gelten, dass Menschen *normalerweise* über Willensfreiheit verfügen, sondern auch, dass *dieser* Täter bei Begehung seiner Tat über Willensfreiheit verfügte.<sup>10</sup> Hier stellen sich nun laut herrschender Lehre ganz analoge Probleme wie bei der generellen Willensfreiheitsannahme. Aufgrund des nicht-empirischen Charakters der Willensfreiheit, des zeitlichen Abstands zwischen Strafverfahren und Tat sowie der prinzipiellen Unsicherheit forensischer Gutachten sei es nämlich unmöglich, mit Sicherheit festzustellen, ob ein Täter zur Tatzeit über Willensfreiheit im Sinne eines Andershandelns verfügt hat oder nicht. Diese Lücke schließt die herrschende Meinung mit einer, wie Klaus Günther es nennt, »Normalitätsunterstellung«<sup>11</sup>, die im Kern besagt, dass der Täter *tatsächlich* über jene Fähigkeit des Andershandelns verfügt, über die die Menschen dem generellen Freiheitspostulat zufolge *normalerweise* verfügen.<sup>12</sup> Dabei wird angenommen, dass aus der bloßen Tatsache, dass vor Gericht kein Schuldausschlussgrund ersichtlich wurde, nicht folgt, dass der Täter tatsächlich über Willensfreiheit verfügte. Es handelt sich hierbei vielmehr um eine normativ aufgeladene *Unterstellung*.<sup>13</sup>

Zusammenfassend können wir festhalten, dass die in der deutschen Strafrechtswissenschaft vorherrschende Lehre zum Verhältnis von Willensfreiheit und Schuld durch vier zentrale Thesen gekennzeichnet ist: (1) Schuld setzt Willensfreiheit im Sinne eines Andershandelns voraus. (2) Willensfreiheit in diesem Sinn ist empirisch weder beweisbar noch widerlegbar. (3) Das Strafrecht beruht auf dem Postulat, dass Men-

<sup>10</sup> Zur Unterscheidung dieser beiden Ebenen vgl. z.B. H.-H. Jescheck, »Kommentierung von § 20 StGB«; T. Lenckner, »Vorbemerkung §§ 13 ff.«, 192 ff.

<sup>11</sup> K. Günther, »Wie Menschen Normen und Wertvorstellungen mit beeinflussen«, 75 ff.

<sup>12</sup> »Freiheit und Verantwortung werden [...] *normalerweise* vorausgesetzt, so dass sich die Schuldfrage für das Strafrecht auf die Frage beschränkt, ob nicht *ausnahmsweise* aufgrund *außergewöhnlicher* Situationen oder geistiger oder psychischer Mängel [...] Schuld ausgeschlossen ist« (H.-J. Rudolph, »Vorbemerkung vor § 19: Schuldlehre«, 118; kursiv M. W.) Es ist wichtig sich klarzumachen, dass es sich hier um eine zusätzliche Annahme handelt, die mit dem generellen Freiheitspostulat noch nicht abgedeckt ist. Das Freiheitspostulat besagt, dass Menschen im Allgemeinen und normalerweise über Willensfreiheit im Sinne des Andershandelns verfügen. Die Normalitätsannahme hingegen besagt, dass für jeden *einzelnen* Straftäter angenommen werden darf, dass er über diese Fähigkeit verfügt, sofern keine Schuldausschlussgründe vorliegen.

<sup>13</sup> »Im Übrigen beruht das ›Dafür-Können‹, um das es hier geht, zwar auf der Annahme der Möglichkeit freier Selbstbestimmung [...], dies wegen der Unbeweisbarkeit menschlicher Willensfreiheit aber in eines ›normativ gesetzten‹ Andershandelns [...], das deshalb im Normalfall bei einem erwachsenen, geistig gesunden Täter vom Recht ohne weiteres vorausgesetzt wird« (T. Lenckner, »Vorbemerkung §§ 13 ff.«, 196).

schen normalerweise über Willensfreiheit verfügen. (4) Im Einzelfall greift die Normalitätsunterstellung, wonach Willensfreiheit unterstellt werden darf, sofern keine besonderen Umstände dagegen sprechen.<sup>14</sup> – Im Folgenden werde ich zunächst an die auch in der Strafrechtswissenschaft diskutierten Gründe erinnern, warum diese vier Thesen, und insbesondere die Normalitätsunterstellung, keine ausreichende Basis für das Schuldstrafrecht darstellen. Im Anschluss werde ich zu zeigen versuchen, dass das deutsche Strafrecht implizit auf einen Begriff von Willensfreiheit festgelegt ist, der Postulate und Normalitätsunterstellungen überflüssig macht, weil er vollständig im Nichtvorliegen von Schuldausschlussgründen aufgeht.

#### 4. Postulate und Unterstellungen reichen als Grundlage für Strafen nicht aus

Zunächst in aller Kürze zu den Gründen, weshalb ein nicht-empirischer Begriff der Willensfreiheit, ein generelles Freiheitspostulat und eine empirisch nicht einholbare Normalitätsunterstellung keine geeignete Basis für das Strafrecht darstellen. Ich möchte zwei Punkte hervorheben.

*Erstens* ist ein nicht-empirischer Begriff der Willensfreiheit mit den Postulaten und Unterstellungen, die er nötig macht, in *rechtspraktischer* Hinsicht *bedeutungslos*. Für die strafrechtliche Praxis (etwa für die Feststellung der Schuldfähigkeit oder bei der Strafzumessung) kann er keine Rolle spielen. Die Bedingungen, unter denen Schuldfähigkeit eingeschränkt sein kann oder nicht gegeben ist (nämlich bei Kindern und Jugendlichen einerseits, im Fall von schweren seelischen Störungen andererseits), sind durch das StGB hinreichend genau spezifiziert. Es sind allein diese Bedingungen, deren Vorliegen ein Richter im Strafverfahren zu prüfen hat. Liegen, wie es bei 99 % der Strafverfahren der Fall ist, *keine* Schuldausschlussgründe vor, dann gilt der Angeklagte im rechtlichen Sinn als schuldig – ganz gleich, welche Auffassung über Willensfreiheit der Richter vertreten mag. Da eine positive Prüfung, ob Willensfreiheit vorliegt, weder rechtlich erforderlich noch (bei einem nicht-empirischen Begriff der Willensfreiheit) überhaupt möglich ist, handelt es sich beim generellen Freiheitspostulat und der Normalitätsunterstellung um akademische Lehrstücke, die keinen Einfluss auf das Vorgehen in einem Strafverfahren haben können. Die strafrechtliche Praxis wäre ebenso mit der Annahme vereinbar, dass nicht-empirische Willensfreiheit *keine* Voraussetzung von Schuld ist und daher auch nicht postuliert werden muss.

*Zweitens* ist die bloße *Voraussetzung* oder *Unterstellung* von Willensfreiheit als Grundlage für Strafe *moralisch* unzureichend, da stets die Möglichkeit besteht, dass

<sup>14</sup> Es ist in diesem Zusammenhang bemerkenswert, dass die strafrechtliche Literatur immer noch mit der Gegenüberstellung von »Determinismus« und »Indeterminismus« arbeitet, wobei unter ersterem der in der Philosophie sog. »harte Determinismus« (Alles ist determiniert; Willensfreiheit erfordert, dass der Wille nicht determiniert ist; also gibt es keine Willensfreiheit), unter letzterem der in der Philosophie sog. »Libertarianismus« (Willensfreiheit erfordert, dass der Wille nicht determiniert ist; es ist nicht alles determiniert; es gibt Willensfreiheit) verstanden wird. Dabei kommt die Möglichkeit einer kompatibilistischen Position erst gar nicht in den Blick.

die empirisch nicht überprüfbare Unterstellung entweder bereits im Allgemeinen oder aber im konkreten Einzelfall unzutreffend ist. Es ist in der Literatur umstritten, ob sich das Prinzip »In dubio pro reo« über die Anwendung auf die Tatbestandsmerkmale hinaus auch auf die Bedingungen der Schuldfähigkeit erstreckt, wie zum Beispiel Claus Roxin und Reinhard Merkel annehmen.<sup>15</sup> Doch selbst wenn man diese rechtliche Frage offen lässt, wird man feststellen müssen, dass es in einem *moralischen* Sinn eklatant ungerecht wäre, einen Menschen zu bestrafen, wenn wir mit Blick auf eine zentrale Voraussetzung seiner Strafwürdigkeit zugeben müssten, dass sie nach allem, was wir wissen können, ebenso gut erfüllt wie nicht erfüllt sein könnte.

Wir können uns dies an einem Gedankenexperiment klarmachen: Ein Arbeitskollege hat mich kaltblütig belogen und sich dadurch einen gravierenden persönlichen Vorteil verschafft. Später gesteht er die Lüge ein, bedauert sie aufrichtig und versichert, er werde das nie wieder tun. Nun betrachten wir zunächst zwei unterschiedliche Szenarien. Im ersten Fall erfahren wir, dass der Kollege kurz zuvor einen Schlaganfall erlitten hat, der zu einem vorübergehenden Ausfall jener Gehirnfunktionen geführt hat, die erforderlich sind, um sich in den Standpunkt anderer Menschen zu versetzen und diesen in die eigenen Entscheidungen mit einzubeziehen. Im zweiten Fall hat er keinen Schlaganfall erlitten. Während es im zweiten Fall verständlich und angemessen wäre, dem Kollegen die Lüge trotz seines nachträglichen Bedauerns übel zu nehmen und vorzuwerfen, wäre das im ersten Fall anders. Die Feststellung, dass der Schlaganfall es dem Kollegen unmöglich gemacht hat, die Falschheit seines Tuns einzusehen, hätte zur Folge, dass wir ihm die Lüge nicht übel nehmen sollten und dies normalerweise auch nicht tun würden. Nun betrachten wir ein drittes Szenario, in dem der Kollege einen Schlaganfall erlitt, bei dem aber mit den heute verfügbaren Untersuchungsmethoden nicht feststellbar ist, ob die fraglichen Funktionen tatsächlich ausgefallen sind oder nicht. Die Wahrscheinlichkeit dafür liegt bei ca. 50 %. Wäre es gerecht, dem Kollegen seine Lüge übelzunehmen und sie ihm vorzuwerfen? Ich meine nicht. Der Grund ist, dass wir nicht sicher genug wissen, dass er für diese Lüge tatsächlich verantwortlich war. Es wäre unfair, ihn gleichsam auf Verdacht verantwortlich zu machen. Angesichts der Tatsache, dass er inzwischen seine Tat aufrichtig bereut und, so wollen wir annehmen, sich selbst nicht erklären kann, wie er jemals so handeln konnte, müssen wir ihm zugutehalten, dass es nach allem, was wir wissen, sehr gut möglich war, dass er die moralische Falschheit seines Tuns zum Zeitpunkt des Handels gar nicht erkennen konnte. Auch wenn es uns schwer fiel, dürften wir den Kollegen für die Lüge nicht verantwortlich machen. Alles andere wäre ungerecht. – Die Lehre aus diesem Gedankenexperiment lässt sich unmittelbar auf die Willensfreiheitsproblematik im Strafrecht übertragen: Wenn es unentscheidbar ist, ob ein Täter bei Begehung der Tat das Unrecht seines Tuns einsehen konnte, dann sind wir in moralischer Hinsicht verpflichtet davon auszugehen, dass er dazu nicht in der Lage war und dürfen ihn daher nicht als schuldfähig betrachten.

Dass das deutsche Strafrecht tatsächlich nach diesem Prinzip verfährt, zeigt sich an der Behandlung Minderjähriger unter 14 Jahren. Diese gelten nach § 19 StGB ausnahms-

<sup>15</sup> Vgl. C. Roxin, *Strafrecht*, 733; R. Merkel, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 115 ff.

los als schuldunfähig, während für über 14-Jährige eine Prüfung des Einzelfalls erforderlich ist. Nun liegt es auf der Hand, dass manche 12-Jährige bereits über dieselben Fähigkeiten zur Unrechtseinsicht und Selbststeuerung verfügen wie die meisten 14-Jährigen. Der Gesetzgeber hätte prinzipiell die Altersgrenze also (wie noch das Reichsgesetz) auch niedriger ansetzen oder aber ganz auf eine solche Grenze verzichten und stets eine Einzelfallprüfung verlangen können. Angesichts der Tatsache, dass eine solche Prüfung schwierig und fehlbar ist, hat die Vorgabe einer strikten Altersgrenze jedoch eine wichtige Schutzfunktion: Da bei den meisten 12-Jährigen die für die Schuldfähigkeit erforderlichen Fähigkeiten noch nicht vorliegen, hat der Gesetzgeber im Zweifel zu ihren Gunsten bestimmt, dass sie generell nicht als schulfähig gelten sollen.

Diese Überlegungen führen uns zu folgendem Ergebnis: Wenn Willensfreiheit eine Voraussetzung für Schuld ist, wir aber nicht wissen können, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, dann ist es moralisch ebenso wie juristisch unzulässig, Menschen für ihr Tun Schuld zuzuschreiben, insbesondere dann, wenn damit Sanktionen verknüpft sind. Doch das bedeutet, dass die bloße Postulierung und Unterstellung einer empirisch nicht nachweisbaren Willensfreiheit weder rechtlich sinnvoll noch moralisch vertretbar ist. Die herrschende Lehre ist meines Erachtens daher unhaltbar. Tatsächlich ist sie für den unvoreingenommenen Betrachter sofort als instabile Rückzugs- und Ausweichposition erkennbar, die nur dazu dient, trotz der zugestandenen Unnachweisbarkeit von Willensfreiheit an dieser als Voraussetzung von Schuld festhalten zu können. Ich werde dagegen nun für die These argumentieren, dass das deutsche Strafrecht ohne generelles Freiheitspostulat und Normalitätsunterstellung auskommt.

### 5. Rechtswidrigkeit als anfechtbarer Rechtsbegriff

Betrachten wir zunächst kurz das Verhältnis zwischen Rechtswidrigkeit und Rechtfertigungsgründen. Wie bereits erwähnt, muss Rechtswidrigkeit nicht positiv nachgewiesen werden. Vielmehr ist Rechtswidrigkeit, wie es heißt, »indiziert«, sofern ein Straftatbestand erfüllt ist. Wir haben es also, mit einem Ausdruck H. L. A. Harts, mit einem *anfechtbaren* Rechtsbegriff zu tun<sup>16</sup>, d. h. mit einem Begriff, der die folgende logische Struktur hat:

(AB) Falls Ausgangsbedingungen A gegeben sind, liegt der rechtliche Status B vor, es sei denn, es ist eine der Ausnahmerebedingungen C1–Cn gegeben.

Angewendet auf den Begriff der Rechtswidrigkeit ergibt sich daraus:

(RW) Falls eine Handlung H einen Straftatbestand verwirklicht [Ausgangsbedingung], ist H rechtswidrig [rechtlicher Status], es sei denn, einer der im deutschen Strafrecht anerkannten Rechtfertigungsgründe liegt vor [Ausnahmerebedingung].

<sup>16</sup> Vgl. H. L. A. Hart, »The Ascription of Responsibility and Rights«.

Nun wird in der Strafrechtswissenschaft auch mit Blick auf die Rechtswidrigkeit häufig davon gesprochen, dass Rechtswidrigkeit *unterstellt* oder von ihrem Vorliegen *ausgegangen* werden darf, sofern keine Rechtfertigungsgründe erkennbar sind. Es könnte daher scheinen, als hätten wir es auch hier mit einer Art Normalitätsunterstellung zu tun, wonach Taten, die einen Straftatbestand erfüllen, *normalerweise* rechtswidrig sind. Doch das ist nicht der Fall. Um das zu sehen, müssen wir zwischen Anfechtbarkeit auf der begrifflichen und der epistemischen Ebene unterscheiden. Während es auf der begrifflichen Ebene darum geht, was es heißt, dass eine Handlung rechtswidrig *ist*, geht es auf der epistemischen Ebene darum, wann wir gerechtfertigterweise *annehmen* dürfen, dass eine Handlung rechtswidrig ist. Da bei den allermeisten Straftaten keine Rechtfertigungsgründe vorliegen, muss ihr Vorliegen nur dann näher geprüft werden, wenn es Anzeichen dafür gibt, dass im vorliegenden Fall solche Gründe gegeben sein könnten. Es gilt daher auf der epistemischen Ebene:

(RW<sub>e</sub>) Falls eine Handlung H einen Straftatbestand verwirklicht, darf von der Rechtswidrigkeit von H *ausgegangen* werden, sofern keine *Anzeichen* dafür erkennbar sind, dass einer der im deutschen Strafrecht anerkannten Rechtfertigungsgründe vorliegt.

Es handelt sich hier um eine pragmatische Verfahrensregel für Gericht und Staatsanwaltschaft, wonach allen Hinweisen auf das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen nachgegangen werden muss. Das bedeutet jedoch nicht, dass für die Feststellung der Rechtswidrigkeit alle irgendwie *denkbaren* Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen werden müssen, auch wenn es keine Hinweise auf ihr Vorliegen gibt. Wenn wir jedoch fragen, unter welchen Bedingungen eine Handlung tatsächlich rechtswidrig *ist* (und nicht, wann von ihrer Rechtswidrigkeit *ausgegangen* werden darf), dann lautet die Antwort nicht: wenn es keine *Hinweise* auf Rechtfertigungsgründe gibt, sondern: wenn *tatsächlich* keine Rechtfertigungsgründe vorliegen. Genau das besagt das Prinzip RW: Der Begriff der Rechtswidrigkeit ist vollständig durch das Vorliegen einer Ausgangsbedingung (hier also der Tatbestandsmäßigkeit) und das Nicht-Vorliegen von Ausnahmebedingungen (hier der Rechtfertigungsgründe) bestimmt. Sofern diese Bedingungen erfüllt sind, bleibt auf der begrifflichen Ebene keine Lücke mehr, die durch ein Postulat oder eine Unterstellung geschlossen werden müsste.

## 6. Schuldfähigkeit als anfechtbarer Zuschreibungsbegriff

Vergleichen wir dies nun mit dem Begriff der Schuldfähigkeit, so zeigt sich, dass die herrschende Lehre hier zu einem ganz anderen Bild gelangt. Auch für die Schuldfähigkeit gilt, dass sie im Normalfall unterstellt werden darf:

(S<sub>e</sub>) Ist der Täter über 17 Jahre alt [= Ausgangsbedingung], darf von seiner Schuldfähigkeit *ausgegangen* werden [rechtlicher Status], sofern keine *Anzeichen* dafür erkennbar sind, dass ein Schuldausschlussgrund nach § 20 StGB (seelische Störung) gegeben ist [Ausnahmebedingung].

Auch hier ist es aus pragmatischen Gründen sinnvoll, nicht zu verlangen, dass alle irgendwie denkbaren Schuldausschlussgründe definitiv ausgeschlossen werden, bevor die Schuldfähigkeit festgestellt werden kann. So muss ein Gericht nur *dann* prüfen, ob der Angeklagte unter einer schweren seelischen Störung litt, wenn es irgendwelche Hinweise darauf gibt, dass dies der Fall gewesen sein könnte. In den allermeisten Fällen liegen keine solchen Hinweise vor, so dass ohne nähere Prüfung von der Schuldfähigkeit ausgegangen werden darf.

Doch wie wir mit Blick auf die Rechtswidrigkeit gesehen haben, legen diese pragmatischen Erwägungen nicht fest, unter welchen Bedingungen jemand nun tatsächlich rechtswidrig oder schuldhaft gehandelt hat. Der herrschenden Lehre zufolge gilt dies umso mehr, als zu den zumindest prinzipiell empirisch überprüfbaren Schuldausschlussgründen nach § 20 eine nicht-empirische Bedingung für Schuldfähigkeit tritt, nämlich die (indeterministische) Willensfreiheit, so dass kein direkter Weg vom Nichtvorliegen von Schuldausschlussgründen zum Vorliegen von Schuldfähigkeit führt. Die herrschende Lehre ist daher auf das folgende Prinzip festgelegt:

(S<sub>HL</sub>) Falls der Täter über 17 Jahre alt ist, ist er schuldfähig, sofern er über indeterministische Willensfreiheit verfügt *und* kein Schuldausschlussgrund nach § 20 vorliegt.

Weil die indeterministische Willensfreiheit empirisch weder beweisbar noch widerlegbar ist, ergibt sich daraus die Notwendigkeit, Willensfreiheit im Allgemeinen zu postulieren und im Einzelfall zu unterstellen – wie ich angedeutet habe, ist das eine unhaltbare Position.

Die Alternative dazu dürfte nun auf der Hand liegen. In strikter Analogie zur Rechtswidrigkeit sollten wir den Begriff der Schuldfähigkeit so verstehen, dass sein Inhalt vollständig durch eine Ausgangsbedingung (hier die Volljährigkeit) und das Nichtvorliegen von Ausnahmebedingungen (hier die Schuldausschlussgründe nach § 20) festgelegt wird:

(S) Ist der Täter über 17 Jahre alt, so ist er schuldfähig, sofern kein Schuldausschlussgrund nach § 20 StGB vorliegt.

Nur dieser Begriff von Schuldfähigkeit erlaubt es, dass diese in der vor Gericht üblichen Weise, nämlich durch das *Ausschließen* von *Schuldausschlussgründen*, festgestellt werden kann. Schuldfähigkeit, so mein Zwischenergebnis, ist ein anfechtbarer Rechtsbegriff im Sinne Harts.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> So auch K. Günther, »Wie Menschen Normen und Wertvorstellungen mit beeinflussen«, 75. Hart zufolge ist für anfechtbare Begriffe weiterhin entscheidend, dass die Liste der Ausnahmebedingungen offen ist und der Begriff daher nicht durch die Angabe von notwendigen und gemeinsam hinreichenden Bedingungen definierbar ist. Davon sehe ich hier ab.

## 7. Willensfreiheit als anfechtbarer Rechtsbegriff

Wenn das richtig ist, dann stellt sich die Frage, was das für den Begriff der Willensfreiheit im Strafrecht bedeutet. Zwei Optionen tun sich auf: Erstens könnte man die Konsequenz ziehen, dass der Begriff der Willensfreiheit für das Strafrecht bei Lichte betrachtet überhaupt keine Rolle spielt.<sup>18</sup> Dagegen spricht jedoch die im Alltag wie im Recht tief verankerte Verbindung zwischen Verantwortung und Willensfreiheit. Wer nicht anders handeln kann, als er es tut, der ist für das Unrecht, das er begeht, auch nicht verantwortlich und trägt keine Schuld.<sup>19</sup> Sofern Willensfreiheit in dieser Fähigkeit des Andershandelns besteht, wird man nur schwer plausibel machen können, dass Willensfreiheit keine Voraussetzung für ein akzeptables Schuldstrafrecht ist.

Ich möchte daher die zweite Option prüfen, die darin besteht, dass auch die strafrechtlich relevante Willensfreiheit ein anfechtbarer Rechtsbegriff ist. Genauer gesagt möchte ich dafür plädieren, dass der über seine Ausschlussgründe bestimmte Begriff der Schuldfähigkeit auf einen Begriff von Willensfreiheit verweist, für den gilt, dass er genau dann erfüllt ist, wenn keine Schuldausschlussgründe vorliegen.

Betrachten wir zunächst die beiden für den Begriff der Willensfreiheit zentralen Arten von Schuldausschlussgründen, nämlich Minderjährigkeit nach § 19 und seelische Störungen nach § 20. Nach § 19 handelt schuldlos, wer bei Begehung der Tat noch nicht 14 Jahre alt ist. Und § 20 lautet: »Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.« Auch wenn die Formulierung des § 20 den Schwerpunkt auf die psychopathologischen *Ursachen* der Schuldunfähigkeit legt, macht sie im letzten Satzteil doch explizit, was für Schuldfähigkeit erforderlich ist, nämlich einerseits die Fähigkeit, das Unrecht der Tat einzusehen – die sogenannte Einsichtsfähigkeit – sowie andererseits die Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln – die sogenannte Steuerungsfähigkeit. Wenn Kinder unter 14 Jahren grundsätzlich von der Schuldfähigkeit ausgenommen sind, so deshalb, weil sie im Regelfall über diese Fähigkeiten noch nicht im ausreichenden Maß verfügen. Meine These lautet nun, dass ein plausibler Begriff von Willensfreiheit nicht mehr, aber auch nicht weniger umfasst als Einsichts- und Steuerungsfähigkeit.

<sup>18</sup> Unter den deutschen Strafrechtslehrern haben diese Position, wenn auch in unterschiedlicher Form und mit unterschiedlichen Begründungen, vor allem Claus Roxin und Günther Jakobs vertreten; vgl. Roxin, *Strafrecht*, 741; Jacobs, *Strafrecht*, 484 ff.

<sup>19</sup> Harry Frankfurt hat bekanntlich mithilfe eines Gedankenexperiments zu zeigen versucht, dass Verantwortung nicht voraussetzt, dass man anders hätte handeln können (vgl. H. Frankfurt, »Alternate Possibilities and Moral Responsibility«). Die Konsistenz und Aussagekraft dieses Gedankenexperiments ist allerdings bestritten worden; vgl. dazu die Beiträge von Fischer, Ekstrom und Widerker in R. Kane, *The Oxford Handbook of Free Will*.

## 8. Willensfreiheit als Einsichts- und Steuerungsfähigkeit

Es ist bekanntlich sowohl unter Juristen als auch unter Philosophen umstritten, was genau unter Willensfreiheit zu verstehen ist. In der Philosophie werden häufig zwei Aspekte als zentral betrachtet, die man als *Urheberschaft* und als *Kontrolle* bezeichnen kann.<sup>20</sup> *Urheberschaft* bedeutet, dass die Entscheidung vom Handelnden selbst ausgeht. Das wird häufig in einem indeterministischen Sinn verstanden, wonach die Entscheidung nicht durch vorhergehende Faktoren determiniert ist, so dass es dem Handelnden bis zum Moment der Entscheidung offen steht, sich so oder anders zu entscheiden. Dass ein Handelnder die *Kontrolle* über die eigenen Handlungen und Entscheidungen hat, wird meist so verstanden, dass es von seinen als richtig eingesehenen Gründen abhängt, wie er sich entscheidet. Versteht man Urheberschaft in einem indeterministischen Sinn, so steht sie in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Aspekt der Kontrolle, denn wenn es von allen vorhergehenden Faktoren unabhängig sein soll, wie man sich entscheidet, dann scheint die Entscheidung auch nicht davon abzuhängen, welche Gründe man als richtig einsieht. Ein konsistenter Begriff der Willensfreiheit, der beide Aspekte vereint, muss daher entweder auf den Indeterminismus verzichten oder den Anspruch auf rationale Kontrolle herabsetzen.<sup>21</sup> Verschiedene Philosophen haben zwar versucht, beide Aspekte von Willensfreiheit ungekürzt miteinander zu verbinden<sup>22</sup>, doch ich bin skeptisch, ob dies gelingen kann. An dieser Stelle kommt es mir jedoch nur darauf an, dass es keineswegs abwegig ist, Willensfreiheit als eine Kombination von Fähigkeiten zu verstehen, die hinter der *maximalen* Verbindung von indeterministischer Urheberschaft und zufallsresistenter Kontrolle zurückbleibt, solange dem Urheber- und dem Kontrollaspekt in nachvollziehbarer Weise Rechnung getragen wird.<sup>23</sup>

Genau das scheint mir das strafrechtliche Konzept der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit zu leisten. Dabei liegt das Primat auf dem Aspekt der rationalen Kontrolle der eigenen Entscheidungen. Jemand, der über die im Strafrecht relevante Einsichtsfähigkeit verfügt, muss das »Unrecht seiner Tat« einsehen können. Dies ist, anders als in der Literatur manchmal behauptet, keine rein kognitiv-theoretische Fähigkeit, da etwas als Unrecht einzusehen normalerweise mit einschließt, im Unrechtscharakter der Handlung einen *Grund*, wenn auch nicht immer einen *hinreichenden* Grund zu sehen, die

<sup>20</sup> Vgl. z. B. R. Kane, *The Significance of Free Will*.

<sup>21</sup> Wer Urheberschaft im indeterministischen Sinn versteht, wird zugestehen müssen, dass es kein Verlust, sondern gerade eine Ausübung von Willensfreiheit ist, sich gegen alle als richtig eingesehenen Gründe zu entscheiden. Wer Willensfreiheit hingegen primär als rationale Kontrolle über die eigenen Entscheidungen versteht, wird darauf bestehen müssen, dass der Zusammenhang zwischen Gründen und Entscheidungen nicht dem Zufall anheimfallen darf. Auch die letztgenannte Auffassung muss die Möglichkeit von zufälligen Störungen, die rationale Kontrolle verhindern, nicht bestreiten. Sie wird sie jedoch nicht als Ausübung, sondern gerade als Verlust von Willensfreiheit begreifen.

<sup>22</sup> Vgl. z. B. R. Kane, *The Significance of Free Will*, G. Keil, *Willensfreiheit*.

<sup>23</sup> Zu einer Kritik an zwei klassischen Argumenten für den Inkompatibilismus vgl. Willaschek 2008.

fragliche Handlung zu unterlassen.<sup>24</sup> Die *Steuerungsfähigkeit* besteht dann darin, diesen Grund tatsächlich zu einem hinreichenden Grund *machen* und dementsprechend *handeln* zu können. Sie umfasst also selbst wieder zwei Momente: Erstens muss man in der Lage sein, sich aufgrund seiner Einsicht in den Unrechtscharakter der Handlung auch dann gegen die Handlung zu entscheiden, wenn andere starke Motive für sie sprechen; und zweitens muss man diese Entscheidung umsetzen, d. h. ihr entsprechend handeln können. Letzteres wird häufig nicht mehr unter den Begriff der Willensfreiheit, sondern den der Handlungsfreiheit gefasst, doch das können wir hier außer Acht lassen. Wichtig ist, dass die strafrechtlich relevante Einsichts- und Steuerungsfähigkeit jedenfalls das umfasst, was man in der Philosophie unter dem Kontrollaspekt der Willensfreiheit versteht: die Fähigkeit, seine Entscheidungen davon abhängig zu machen, was man als richtig eingesehen hat.

Doch wie steht es mit dem Aspekt der Urheberschaft? Wenn, wie ich zeigen möchte, strafrechtlich relevante Willensfreiheit nicht über die Abwesenheit von Schuldausschlussgründen hinausgeht, dann kann es sich offenbar nicht um Urheberschaft in einem Sinne handeln, der einen Indeterminismus voraussetzt. Wir suchen also einen weniger anspruchsvollen, aber dennoch nachvollziehbaren Sinn, in dem erwachsene, geistig gesunde Menschen Urheber ihrer eigenen Entscheidungen sind, während dies für Kinder und seelisch gestörte Menschen nicht gilt. Eine mögliche Antwort erlaubt ein, wie ich es nennen möchte, *reflexives Konzept praktischer Identität*, wonach Motive, Gründe und Entscheidungen dann in einem emphatischen Sinn meine eigenen sind, wenn ich sie mir in einem Akt der kritischen Reflexion selbst aneignen kann.<sup>25</sup> Das bedeutet nicht, dass ich mir jedes meiner Motive in einem solchen Akt explizit aneignen muss, damit es mein eigenes ist; aber es bedeutet doch, dass meine eigenen Motive einer kritischen Reflexion standhalten würden und ich sie nicht als etwas Fremdes, nicht zu mir selbst Gehörendes einschätzen müsste. Urheber meiner eigenen Entscheidungen bin ich demnach dann, wenn ich aus Gründen handle, die ich mir in diesem Sinn selbst aneignen kann, oder, wie wir näher an der Sprache des Gesetzgebers sagen können, aus Gründen, deren Richtigkeit ich *einsehen* kann. Das ist sicherlich nicht das, was die sogenannten Libertarier in der Willensfreiheitsdebatte sich traditionell unter Urheberschaft vorgestellt haben, aber es ist eine Fähigkeit, deren Vorliegen es erlaubt davon zu sprechen, dass es *bei mir liegt*, wie ich mich entscheide.

Und was ist mit der Fähigkeit des Andershandelnskönnens? Ist sie nicht ebenfalls ein zentraler Aspekt des Begriffs der Willensfreiheit, ein Aspekt zumal, der scheinbar den Indeterminismus voraussetzt? Während ich nicht bestreiten möchte, dass zur Willensfreiheit die Fähigkeit des Andershandelnskönnens gehört, glaube ich nicht, dass diese einen Indeterminismus erfordert. Zweifellos gibt es einen Sinn von Andershandelnskönnen, der mit dem Determinismus unvereinbar ist. Das ist der Sinn, in dem jemand nur dann hätte anders handeln können, wenn er aus exakt denselben Gründen, bei

<sup>24</sup> Vgl. G. Mohr, »Welche Willensfreiheit braucht das Strafrecht?«.

<sup>25</sup> Vgl. dazu M. Willaschek, »Der eigene Wille«; C. Blöser/A. Schöpf/M. Willaschek, »Autonomy and Experience«.

derselben Motivlage und denselben Randbedingungen sich auch anders hätte entscheiden können. Nennen wir dies den *metaphysischen* Sinn von Ausdrücken wie »können« oder »Fähigkeit«. In diesem Sinn hätte man in einer deterministischen Welt niemals anders handeln können als man es tat. Dennoch gilt in einem ganz alltäglichen Sinn, dass jemand, der Gründe einsehen und aus ihnen handeln kann, selbst unter deterministischen Bedingungen anders hätte handeln können. Wenn jemand gelernt hat, Italienisch zu sprechen und dies inzwischen nicht verlernt hat, so gilt, dass diese Person die Fähigkeit hat, Italienisch zu sprechen. Daraus, dass sie es trotz sich bietender Gelegenheit nicht tut, folgt dann keineswegs, dass sie es nicht kann, sondern höchstens, dass sie es nicht will. Sie hätte sehr wohl Italienisch sprechen können. Nennen wir das den *praktischen* Sinn von Ausdrücken wie »können« und »Fähigkeit«. In demselben Sinn kann man sagen, dass jemand sich gegen die unrechtmäßige Handlung hätte entscheiden können, sofern er über die entsprechende Einsichts- und Steuerungsfähigkeit verfügte. Diese Fähigkeit erwirbt man normalerweise im Zuge einer gelungenen Sozialisierung; da diese viel Zeit erfordert, verfügen Kinder unter 14 Jahren über diese Fähigkeit normalerweise noch nicht. Hat man diese Fähigkeit jedoch einmal erworben, so gilt wie beim Italienischsprechen, dass daraus, dass man sie trotz sich bietender Gelegenheit nicht ausübt, keineswegs folgt, dass man sie nicht hat. Sofern erwachsene Straftäter diese Fähigkeit haben, hätten sie sich also auch für das Recht entscheiden können – und zwar unabhängig davon, ob die Welt deterministisch oder indeterministisch verfasst ist. Kinder sind in dieser Hinsicht wie Menschen, die bisher nicht Italienisch gelernt haben: Wenn sie das Unrecht ihrer Tat nicht einsehen, dann deshalb, weil sie noch nicht über die nötigen Fähigkeiten verfügen. Seelisch gestörte Erwachsene (im Sinne des § 20) hingegen haben diese Fähigkeit verloren oder erst gar nicht erworben. Sie sind wie Menschen, die das Italienische verlernt haben oder es aus Krankheitsgründen nicht erlernen können. Für alle anderen Menschen aber gilt in einem unproblematischen Sinn, dass sie über die erforderliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit verfügen und daher im Fall einer Straftat auch anders hätten handeln können.<sup>26</sup> Für das Strafrecht, so meine These, kommt es allein auf den praktischen, nicht auf den metaphysischen Sinn von Andershandelnkönnen an.

Das Ergebnis dieser Überlegungen lautet, dass die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, die im § 20 als Bedingung für Schuldfähigkeit angeführt wird, einen plausiblen Begriff von strafrechtlich relevanter Willensfreiheit bereitstellt. Danach ist Willensfreiheit die Fähigkeit, sich seine Gründe und Motive reflexiv anzueignen (Einsichtsfähig-

<sup>26</sup> Natürlich wäre es unter deterministischen Bedingungen *determiniert*, ob jemand diese Fähigkeit ausübt oder nicht; woraus man für den Fall, dass man die Fähigkeit nicht ausübt, versucht sein könnte zu folgern, dass man diese Fähigkeit auch gar nicht hatte. Doch tatsächlich konfliktieren hier nur die beiden Begriffe von Fähigkeiten miteinander, die wir soeben unterschieden haben: Im praktischen Sinn gilt, dass ich mich selbst dann anders hätte entscheiden können, wenn das Ergebnis meiner Entscheidung determiniert war, denn der praktische Sinn erfordert nicht mehr, als dass ich die entsprechende Fähigkeit erworben und nicht zwischenzeitlich verloren habe. Im metaphysischen Sinn ist es hingegen unter Bedingungen des Determinismus nicht möglich, sich anders zu entscheiden. Vgl. zur Unterscheidung dieser beiden Begriffe von Andershandelnkönnen M. Willaschek, »Möglichkeiten und Fähigkeiten«.

keit) und aus Gründen, die man als richtig eingesehen hat, tatsächlich zu handeln (Steuerungsfähigkeit). Da es sich um eine Fähigkeit handelt, die man auch dann besitzen kann, wenn man sie nicht ausübt, folgt aus ihrem Vorliegen, dass man sich im Fall einer Straftat auch anders hätte entscheiden können.

## 9. Willensfreiheit und Schuldfähigkeit

Um die unplausiblen Konsequenzen eines strafrechtlichen Willensfreiheitspostulats und der Normalitätsunterstellung zu vermeiden, reicht es aber nicht aus, dass das deutsche Strafrecht implizit auf einen plausiblen Begriff der Willensfreiheit verweist, der sich aus den Schuldausschlussgründen in §§ 19 und 20 herauslesen lässt. Wenn Schuldfähigkeit ein anfechtbarer Rechtsbegriff sein soll, der durch seine Ausgangs- und Anfechtungsbedingungen hinreichend spezifiziert ist, und wenn wir daran festhalten wollen, dass Schuldfähigkeit Willensfreiheit voraussetzt, dann muss auch der strafrechtlich relevante Begriff von Willensfreiheit vollständig durch die Anfechtungsbedingungen des Begriffs der Schuldfähigkeit festgelegt sein. Es muss demnach gelten:

(WF) Ist ein Täter über 17 Jahre alt, verfügt er über Willensfreiheit im rechtlich relevanten Sinn (also über Einsichts- und Steuerungsfähigkeit), sofern kein Schuldausschlussgrund nach § 20 StGB vorliegt.

Mit anderen Worten: Erwachsene verfügen über Willensfreiheit, es sei denn, sie leiden unter einer der in § 20 genannten Störungen. Dagegen könnte man einwenden, dass es doch denkbar sei, dass Erwachsene aus anderen als den in § 20 genannten Gründen nicht über die erforderliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit und damit auch nicht über Willensfreiheit verfügen. Doch das ist bei genauerer Betrachtung unmöglich: Zwar schließt § 20 Schuldfähigkeit nur dann aus, wenn Einsichts- und Steuerungsfähigkeit aufgrund bestimmter psychopathologischer Faktoren nicht vorhanden sind, doch ist vor allem der vierte der genannten Faktoren, die »schwere andere seelische Abartigkeit«, so weit gefasst, dass er alle Fälle aufnimmt, die nicht unter einen der drei vorher genannten Punkte fallen. Es handelt sich hier, wie z.B. Jescheck betont, um einen »Auffangbegriff«<sup>27</sup>, unter den die Rechtsprechung so heterogene Ursachen wie Alkoholismus, Persönlichkeitsstörungen, Paraphilien und Spielsucht fasst. Der einzige gemeinsame Nenner dieser Faktoren dürfte sein, dass es sich eben um pathologische Einschränkungen der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit handelt. Doch auch die übrigen drei Fallgruppen, die der § 20 nennt, betreffen pathologische Abweichungen im weitesten Sinn: (i) eine »krankhafte seelische Störung«, (ii) eine »tiefgreifende Bewusstseinsstörung« oder (iii) »Schwachsinn« (wofür in der Rechtsprechung ein IQ unter 50 als sicheres Anzeichen gilt). Sofern diese vier Fallgruppen alle Fälle umfassen sollen, in denen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit *nicht* vorliegt, muss gelten, dass alle seelisch

<sup>27</sup> H.-H. Jescheck, »Kommentierung von § 20 StGB«, 30.

*gesunden* Erwachsenen über Einsichts- und Steuerungsfähigkeit verfügen, während deren Fehlen stets pathologische Ursachen hat.

Das mag zunächst so klingen, als sei es nun einfach eine normative Setzung, dass gesunde erwachsene Menschen über Einsichts- und Steuerungsfähigkeit und damit über Willensfreiheit verfügen.<sup>28</sup> Doch das ist nicht der Fall. Etwas vereinfachend kann man sagen, dass die Tatsache, dass *gesunde* Erwachsene über diese Fähigkeiten verfügen, eine *begriffliche Wahrheit* ist, denn es gehört zu einem plausiblen Begriff geistiger Gesundheit, den Unrechtscharakter von Straftaten prinzipiell erkennen und sich nach dieser Einsicht richten zu können. An die Stelle des Postulats der angeblich unbeweisbaren Willensfreiheit tritt also die Einsicht, dass *Willensfreiheit im strafrechtlich relevanten Sinn ein definitorisches Merkmal geistiger Gesundheit* ist. Dagegen ist es keine Frage der Definition (und auch nicht abhängig von einer »normativen Setzung«), ob ein bestimmter Angeklagter über Willensfreiheit verfügt oder nicht. Wie wir gesehen haben, greift die herrschende Lehre hier zu einer Normalitätsunterstellung. Stattdessen möchte ich vorschlagen, dies als eine *empirische* Frage zu betrachten, die durch Ausräumen möglicher Schuldausschlussgründe nach § 20 beantwortet werden kann. Ob pathologische Störungen im Sinne des § 20 vorliegen oder nicht, ist im Einzelfall natürlich nicht immer leicht festzustellen. Prinzipiell und im Regelfall ist es aber sehr wohl möglich, diese Frage mit hinreichender Sicherheit zu beantworten. Fällt die Antwort dahingehend aus, dass keine solchen pathologischen Störungen vorliegen, dann *folgt* aufgrund des begrifflichen Zusammenhangs zwischen geistiger Gesundheit und Willensfreiheit, dass der Angeklagte tatsächlich über die strafrechtlich relevante Form von Willensfreiheit verfügte. Diese fällt damit de facto mit Schuldfähigkeit zusammen; allerdings ist Schuldfähigkeit ein rechtlicher Status, während Willensfreiheit im Vorliegen von Fähigkeiten besteht, über die Menschen ganz unabhängig davon verfügen, welcher rechtliche Status an sie geknüpft ist. Es ist daher sinnvoll, Schuldfähigkeit und Willensfreiheit, auch wenn sie de facto zusammenfallen, begrifflich voneinander zu unterscheiden.

## 10. Schluss

Wie sich gezeigt hat, reicht der strafrechtliche Begriff der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit aus, um einen für die Zwecke des Strafrechts geeigneten Begriff von Willensfreiheit zu explizieren. Sicherlich ist das nicht die einzig mögliche, aber doch eine plausible Ausdeutung des Begriffs der Willensfreiheit mit seinen beiden Aspekten der Urheberschaft und Kontrolle, aus der zugleich die Fähigkeit folgt, im abweichenden Fall auch anders, nämlich in Übereinstimmung mit den als richtig eingesehenen Gründen, zu handeln. Das Vorliegen von Willensfreiheit in diesem Sinn ist insofern empirisch feststellbar, als es bei Erwachsenen aus dem Nichtvorliegen jener Psychopathologien folgt, die das Strafge-

<sup>28</sup> Das ist die Position C. Roxins, *Strafrecht*, § 19, 5: »Die Freiheitsannahme [d.h. die Annahme von »normativer Ansprechbarkeit« und »intakter Steuerungsfähigkeit«] ist insoweit eine »normative Setzung«.

setzbuch als Schuldausschlussgründe anerkennt. Freiheitspostulate und Normalitätsunterstellungen erübrigen sich damit. Dass die meisten Menschen über Willensfreiheit in diesem Sinn verfügen, ist eine empirische Tatsache, ganz unabhängig davon, ob die Welt und unser Gehirn deterministisch oder indeterministisch verfasst sind.

Das alles könnte wie ein wenig überzeugendes Plädoyer für einen kompatibilistischen Begriff der Willensfreiheit aussehen, also einen Begriff, wonach Freiheit und Determinismus kompatibel sind. Wenig überzeugend wäre dieses Plädoyer deshalb, weil es nicht auf die klassischen Einwände gegen den Kompatibilismus eingeht. Doch das würde die Stoßrichtung dieses Beitrags missverstehen. Es war gar nicht meine Absicht, die Überlegenheit des Kompatibilismus gegenüber dem Inkompatibilismus nachzuweisen, sondern zu fragen, auf welchen Begriff von Willensfreiheit uns das deutsche Strafrecht implizit festlegt. Mein Ergebnis lautet, dass es uns auf einen vergleichsweise schwachen Willensfreiheitsbegriff festlegt, der sich in Einsichts- und Steuerungsfähigkeit erschöpft. Wie wir gesehen haben, führt der Versuch, einen stärkeren, indeterministischen Begriff von Willensfreiheit zur Voraussetzung von Schuld zu machen, zur Notwendigkeit von Postulaten und Unterstellungen, die als Basis für Schuldzuschreibungen und Strafen nicht ausreichen. Die hier vertretene These lautet also nicht, dass der Begriff von Willensfreiheit als Einsichts- und Steuerungsfähigkeit schlechthin der bessere oder gar der richtige ist, sondern dass er für die Zwecke des Strafrechts völlig ausreicht, während ein inkompatibilistischer Willensfreiheitsbegriff dafür ungeeignet ist.

Dagegen könnte ein Inkompatibilist vielleicht einwenden, dass es beim Begriff der Schuld doch um persönliche Vorwerfbarkeit gehe, und diese sei nun einmal dann nicht gegeben, wenn die Entscheidung durch vorhergehende Umstände determiniert ist. Doch dieser Einwand setzt voraus, was in Frage steht. Es dürfte kaum bestreitbar sein, dass Menschen, die über durchschnittliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit verfügen, in einer Weise für ihr Tun verantwortlich sind, in der dies für einen Menschen ohne diese Fähigkeit – Kinder, geistig Kranke – nicht gilt. Vielleicht ist das nicht der Sinn von Verantwortung und Freiheit, den der Inkompatibilist für relevant hält, aber es ist, wenn die bisherige Argumentation korrekt ist, der Sinn von Verantwortung und Freiheit, auf den es im deutschen Strafrecht ankommt. Es ist die besondere Pointe der hier gewählten Perspektive, dass das Strafrecht selbst den Maßstab dafür abgibt, welcher Begriff von Willensfreiheit der strafrechtlich relevante ist. Anders als die herrschende Lehre unter den Strafrechtslehrern und anders auch als die neurowissenschaftliche Kritik am Schuldstrafrecht wird hier kein vorrechtlicher Begriff der Willensfreiheit vorausgesetzt, von dem dann behauptet wird, seine Existenz sei, je nach Sichtweise, entweder empirisch nicht widerlegbar oder aber empirisch widerlegt. Vielmehr ergibt sich der relevante Begriff der Willensfreiheit aus dem Strafrecht selbst.

Wie ich glaube, liegt darin auch eine wichtige Lehre für die philosophische Willensfreiheitsdebatte. Tatsächlich unterscheiden sich die rechtlichen Bedingungen für Schuldfähigkeit ja nicht wesentlich von den alltäglichen Bedingungen dafür, dass jemand als eine Person gilt, die für ihr Tun verantwortlich ist. Hier wie da gilt, dass Erwachsene für ihr tun verantwortlich sind, es sei denn, pathologische Bedingungen unterbinden Einsicht und Selbststeuerung. Ich glaube deshalb, dass sich der alltägliche

Begriff von Willensfreiheit, wie wir ihn mit jeder Zuschreibung von Verantwortung, mit jedem Lob und jedem Tadel implizit verwenden, auf ganz ähnliche Weise analysieren lässt wie der strafrechtliche Begriff der Willensfreiheit und sich von diesem nicht wesentlich unterscheidet. Aber das wäre Thema einer eigenen Abhandlung.<sup>29</sup>

### Literatur

- Blöser, Claudia/Schöpf, Aron/Willaschek, Marcus (im Erscheinen): »Autonomy and Experience. Towards a Future-Sensitive Conception of Autonomy«, erscheint in: *Ethical Theory and Moral Practice*.
- Frankfurt, Harry: »Alternate Possibilities and Moral Responsibility«, in: *Journal of Philosophy* 66 (1969), 828–39.
- Günther, Klaus: »Wie Menschen Normen und Wertvorstellungen mit beeinflussen: der etwas andere Blick auf dynamische Prozesse bei der Herausbildung normativer Ordnungen«, in: *Forschung Frankfurt* 25 (2007), 78–82.
- Hart, H. L. A. (1948): »The Ascription of Responsibility and Rights«, in: *Proceedings of the Aristotelian Society* (1948), 171–194.
- Jacobs, Günther: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 1991, 2. Aufl.
- Jescheck, Hans-Heinrich: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1988, 4. Aufl.
- Jescheck, Hans-Heinrich: »Kommentierung von § 20 StGB«, in: Laufhütte, Heinrich Wilhelm (Hg.): *Leipziger Kommentar zum StGB*, Berlin 2007.
- Kane, Robert: *The Significance of Free Will*, Oxford 1996.
- Kane, Robert (Hg.): *The Oxford Handbook of Free Will*, Oxford 2002.
- Keil, Geert: *Willensfreiheit*, Berlin 2007.
- Lenckner, Theodor: »Vorbemerkung §§ 13 ff.«, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst: *Strafgesetzbuch: Kommentar*, München 2001, 26. Aufl.
- Merkel, Reinhard: *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, Baden-Baden 2008.
- Mohr, Georg: »Welche Willensfreiheit braucht das Strafrecht?«, in: Pauen, Michael/Roth, Gerhard: *Freiheit, Schuld und Verantwortung: Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*, Frankfurt a. M. 2008.
- Prinz, Wolfgang: »Kritik des freien Willens: Bemerkungen über eine soziale Institution«, in: *Psychologische Rundschau* 55 (2004), 198–206.
- Roxin, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 1997.
- Rudolphi, Hans-Joachim: »Vorbemerkung vor § 19: Schuldlehre«, in Rudolphi, H.-J./Horn, E./Samson, E. (Hgg.), *Systematischer Kommentar zum StGB*, Bd. 1, Allgemeiner Teil, Neuwied 1993, 6. Aufl.
- Singer, Wolf: »Keiner kann anders, als er ist«, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 8. Januar 2004.
- Schild, Wolfgang: »Kommentierung von § 20 StGB«, in: *Nomos-Kommentar zum StGB*, Baden-Baden (2001).

<sup>29</sup> Vgl. dazu M. Willaschek, »Non-Relativist Contextualism about Free Will«.

- Willaschek, Marcus: »DNS – Doch nicht schuldig? Zum Zusammenhang zwischen genetischer Disposition und persönlicher Verantwortung«, in: *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 7 (2002), 243–257.
- Willaschek, Marcus: »Möglichkeiten und Fähigkeiten«, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 57 (2009), 141–148.
- Willaschek, Marcus: »Der eigene Wille«, in Jan-Christoph Heilinger/Colin G. King/Héctor Wittwer (Hgg.): *Individualität und Selbstbestimmung*, Berlin 2009, 91–111.
- Willaschek, Marcus: »Non-Relativist Contextualism about Free Will«, erscheint in: *European Journal of Philosophy* 18 (2010).

