

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Hillenkamp

Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht – Versuch einer Zwischenbilanz

DOI 10.1515/zstw-2015-0002

I. Einleitung

Dass Ausstattung und Zustand des Gehirns das Wesen eines Menschen und mit ihm seine Entscheidungen und Handlungen beeinflussen, ist eine alte Erkenntnis. In ihrer 1887 im „Deutschen Archiv für klinische Medicin“ erschienenen Abhandlung „Ueber Charakterveränderungen des Menschen infolge von Läsionen des Stirnhirns“ berichtet die Ärztin *Leonore Welt* über Fälle, in denen Hirnverletzungen den Menschen verändert haben. Darunter findet sich der später immer wieder aufgegriffene Fall des Eisenbahnvorarbeiters *Phineas Gage*, dem 1848 eine Eisenstange durch seine linke Gesichtshälfte ins Hirn schoss, ein Arbeitsunfall, den er viele Jahre überlebte, der sein Wesen und sein Verhalten aber veränderte. „He is no longer Gage“, urteilten seine Arbeitskameraden. Zwar wurde *Gage* nicht kriminell, aber – ganz anders als zuvor – „*launisch, unehrerbietig, (...) ungefällig gegen seine Kameraden, ungeduldig über alles*“ und vieles mehr. Die lange Kette der Fallschilderungen, die sich sicher fortsetzen wird, endet heute zumeist mit dem „treusorgenden Familienvater“, der sich anfangs des ersten Jahrzehnts unseres Jahrhunderts plötzlich zum pädophilen Straftäter entwickelte, diese „Neigung“ nach erfolgreicher Entfernung eines gefundenen Hirntumors verlor, nach einem Rezidiv aber sogleich wieder aufnahm¹. Wenn deshalb

¹ Schilderung und kritische Analyse zu beiden und anderen Fällen finden sich bei *Schleim*, Die Neurogesellschaft, 2011, S. 75–93; siehe ferner *Markowitsch/Siefer*, Tatort Gehirn. Auf der Suche nach dem Ursprung des Verbrechens, 2007, S. 124 ff. zu *Gage*, S. 137 ff. zum Pädophilen-Fall (krit. zu diesem Buch *Kunz*, Lebenswissenschaft und Biorenaissance in der Kriminologie, in: *Böllinger et al.*, Gefährliche Menschenbilder. Biowissenschaften, Gesellschaft und Kriminalität, 2010, S. 124, 125f.); *Markowitsch*, Neurophysiologischer Determinismus und Erwägen, in: *Jüttemann*, Suchprozesse der Seele. Die Psychologie des Erwägens, 2008, S. 82, 84 ff. (dort auch – S. 85 – der Hinweis auf *Welts* Abhandlung); *Reinhard Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2008, S. 105f. Geschildert ist der Fall *Gage* bei *Welt*, Archiv für klinische Medicin, 42. Band, 1887, S. 339, 351 ff.; Zitat: S. 354.

Thomas Hillenkamp: Ehemaliger Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Zustände des Gehirns ersichtlich (auch) normabweichendes, (auch) delinquentes Verhalten bestimmen, nimmt es nicht Wunder, dass die Erkenntnisse der Hirnforschung schon seit langem auch die Diskussionen beeinflussen, die über Willensfreiheit und Strafrecht geführt werden². *Eduard Dreher* widmet in seinem Spätwerk über „Die Willensfreiheit“ 1987 neben anderen Naturwissenschaften der „Gehirnforschung“ folgerichtig ein eigenes, umfangreiches und herausgehobenes Kapitel³.

Größere *Aufgeregtheit* hat diese (behauptete) Verknüpfung zwischen organischen Hirnbefunden und menschlichem Verhalten lange Zeit freilich ebenso wenig verursacht, wie die Tatsache, dass sich auch die Naturwissenschaften im Übrigen schon seit alters her an dem genuin und im Ausgang philosophischen Streitgespräch über die Willensfreiheit beteiligt haben⁴. Zitiert sei dazu etwa der Naturforscher *Carl Vogt*, der 1852 schrieb: „Der freie Wille existiert nicht und mit ihm nicht eine Verantwortlichkeit und eine Zurechnungsfähigkeit, wie sie die Moral und die Strafrechtspflege und Gott weiß wer noch uns auferlegen wollen. Wir sind in keinem Augenblicke Herren über uns selbst, über unsere Vernunft, über unsere geistigen Kräfte.“⁵ Warum die Debattierenden im Freiheitsdiskurs zum Ausgang des 20. und dem ersten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts durch vergleichbar radikale *Wortmeldungen prominenter Hirnforscher* in Deutschland zu unserem Thema gleichwohl in bis in die Feuilletons der großen Tageszeitungen hinein schwappende hellste Aufregung versetzt worden

2 Neben ihrer ursprünglichen Funktion, als eine „Domäne der Medizin“ Beiträge zur Aufklärung der Ursachen psychischer Erkrankungen zu liefern, hat die Hirnforschung damit schon früh zur Infragestellung des cartesianischen Dualismus beigetragen und dem heutigen Kernfeld der Neurowissenschaften, der Erforschung der materiell-biologischen Bedingungen mentaler Leistungen, vorgearbeitet, siehe dazu *Hennen/Grünwald/Revermann/Sauter*, Einsichten und Eingriffe in das Gehirn, Studien des Büros für Technikfolgen-Abschätzung des Deutschen Bundestags, 2008, S. 21. Siehe auch *Hagner*, Der Geist bei der Arbeit. Historische Untersuchungen zur Hirnforschung, 2006; zu *Libet* dort S. 246ff.; krit. zur Berücksichtigung nur äußerlich manifester Hirnbefunde i.S. der angeführten Beispiele *Grischa Merkel/Roth*, Hirnforschung, Gewalt und Strafe – Erkenntnisse neurowissenschaftlicher Forschung für den Umgang mit Gewalttätern, in: *Stompe/Schanda*, Der freie Wille und die Schuldfähigkeit, 2010, S. 143, 149ff., 153f.

3 *Dreher*, Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten, 1987, S. 261–332.

4 Vor der „Gehirnforschung“ geht *Dreher* (Anm. 3) auf die Physik (S. 177ff.), die Biologie, Genetik und Zwillingsforschung (S. 205ff.) und später auch die naturwissenschaftlich/geisteswissenschaftlich arbeitende Psychologie (S. 337ff.) ein.

5 *Vogt*, Bilder aus dem Thierleben, 1852, S. 445; er lehrt dort auch, dass „jeder Veränderung der Funktion (...) eine materielle Veränderung des Organs vorausgegangen oder vielmehr gleichzeitig mit ihr eingetreten sein“ müsse. Das ähnelt dem später (siehe dazu unten bei *Libet*) entdeckten Bereitschaftspotential. „Wie alles im Finsternen tappt, sobald man die Begriffe von Recht und Strafe auf ihre letzten Gründe zurückführen will“, ist die pessimistische Folgerung (S. 446).

sind⁶, sei hier am Anfang erinnert. Es war die „Provokation“, der „Stachel..., den Hirnforscher in unsere Kopfhaut“ mit ihren Wortmeldungen „getrieben haben“⁷. Sie malten „ein neues Menschenbild“⁸. In ihm könne – so wurde *erstmalig* behauptet – mit den technischen Mitteln der Neurowissenschaften *sichtbar* gemacht werden, dass es Willensfreiheit nicht gibt. Das – als *erwiesene* Erkenntnis – müsste alles Nachdenken über Indeterminismus und Alternativismus, über das Selbst-Verantworten unseres Entscheidens und Tuns – so scheint es – beenden. Und diesem Ende hätte die Hirnforschung – und vor allem das war und bleibt Ursache der Erregung – einen *vollständig neuen* Boden gegeben: den zuvor noch niemals behaupteten *naturwissenschaftlich-empirischen Beweis*, dass ein alter Traum ausgeträumt, dass der „Abschied vom Ich als Autor unserer Handlungen“ unwiderruflich beschlossen sei⁹. Das Strafrecht, jedenfalls ein *Schuldstrafrecht*, scheint hiervon unmittelbar betroffen: Es müsste dem von den Hirnforschern gehaltenen „Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts“¹⁰ wohl folgen und

6 Siehe nur die bei weitem nicht vollständige Dokumentation von immerhin 30 Stimmen aus dem 1. Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts durch den Redakteur der FAZ *Geyer* in dem von ihm herausgegebenen Band: *Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der neuesten Experimente*, 2004. Die „interdisziplinäre“ Aufregung spiegelt sich auch in zahlreichen Symposien und Streitgesprächen, die zwischen Fachvertretern namentlich der hauptsächlich beteiligten Disziplinen Theologie, Philosophie, Psychiatrie/Psychologie und Rechtswissenschaften unter Beteiligung von Neurowissenschaftlern stattgefunden haben, siehe dazu vorerst nur die Dokumentation in: *Gestrich/Wabel*, *Freier oder unfreier Wille, Handlungsfreiheit und Schuldfähigkeit im Dialog der Wissenschaften*, Beiheft zur Berliner Theologischen Zeitschrift, 2005; *Hillenkamp*, *Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?*, 2006; *Duttge*, *Das Ich und sein Gehirn*, 2009.

7 So *Geyer* (Anm. 6), in seinem Vorwort (S. 10).

8 *Singer*, *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, 2003; sprachphilosophische Kritik hierzu formuliert *Janich*, *Kein neues Menschenbild. Zur Sprache der Hirnforschung*, 2009.

9 *Roth*, *Das Gehirn und seine Wirklichkeit*, Taschenbuchausgabe 1977, S. 371; *ders.*, *Das Ich ist nicht der „Herr im Hause“*, in: *Das Magazin* 3/2001, S. 32: „Das Neue an der heutigen Situation ist, dass die Aussagen durch empirische Untersuchungen erhärtet werden und nicht mehr als bloße Vermutungen abgetan werden können“; siehe dazu auch *Frisch*, *Zur Zukunft des Schuldstrafrechts – Schuldstrafrecht und Neurowissenschaften*, *Festschrift für Kühl*, 2014, S. 187, 190. Zu den „technischen Mitteln“ des Neuroimaging siehe instruktiv *Zilles*, *Neurowissenschaft und Strafrecht: von Fakten und Phantasien*, in: *Barton*, „...weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“ – Prognosegutachten, *Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*, 2006, S. 49ff.

10 *Plack* veröffentlichte 1972 ein Buch mit diesem Titel; für *Hennen* et al. (Anm. 2), S. 76, liegt freilich nach dem heutigen Forschungsstand noch „kein Grund vor, über eine grundsätzliche Revision unserer Alltagsauffassung von Schuld und Verantwortung sowie des strafrechtlichen Schuldbegriffs nachzudenken“. Mit Recht fragen allerdings *Cording*, *Relative Willensfreiheit und zivilrechtliche Verantwortung*, in: *Heinze/Fuchs/Reischies*, *Willensfreiheit – eine Illusion?* 2006, S. 223, 240, und *Nedopil*, *Der freie Wille und die Schuldfähigkeit aus der Perspektive des forensisch-psychiatrischen Gutachters*, in: *Stompe/Schanda* (Anm. 2), S. 209, 217, warum sich die

Alternativen suchen. Es müsste sich der vermeintlichen „Leitwissenschaft des 21. Jahrhunderts“ – als die die Neurowissenschaft manchen erscheint¹¹ – beugen. Und es müsste im angebrochenen „Zeitalter der ‚Neurojurisprudenz‘“¹² nach neuen Ufern streben. Ob das so ist und wo diese Ufer und wie beschaffen sie wären, sollen die folgenden Ausführungen – in einer *Zwischenbilanz* – noch einmal zeigen. Auch wenn die Debatte mittlerweile weniger aufgeregt und aus den Feuilletons weitgehend verschwunden ist, ist sie – wie zu belegen ist – doch keineswegs zu Ende, die Aufforderung, sich in die Zeichnung des *neuen Menschenbildes* einzutragen und am Freiheitsdiskurs zu beteiligen, hoch aktuell. Erinnern wir uns deshalb zunächst der noch nicht lange zurückliegenden Anfänge¹³.

Angriff der Hirnforschung auf das Strafrecht beschränkt, das jedenfalls im StGB den Begriff der „freien Willensbestimmung“ anders als andere Rechtsgebiete nicht mehr kennt, siehe dazu *Hillenkamp*, „Freie Willensbestimmung“ und Gesetz, in *JZ* 2015 (Heft 8) und unter IV. 1.

11 *Krüger-Brand*, Kartierung eines unbekanntes Kontinents, *Deutsches Ärzteblatt* 101 (2004), S. A 26; siehe dazu auch *Bastian/Hansch*, Moderne Hirnforschung, in: *Scheidewege* 34 (2004/2005), S. 144 ff.; zurückhaltender das sog. *Manifest* von 11 deutschen Hirnforschern, in: *Gehirn und Geist* 6 (2004), S. 30, 33, 37; *Prinz*, Was wissen und können Hirnforscher in zehn Jahren?, in: *Gehirn und Geist* 6 (2004), S. 34 f. Für einen Dialog, aber gegen die Anerkennung als Leitwissenschaft deutlich die Stellungnahme von 6 führenden deutschen Psychologen, *Psychologie im 21. Jahrhundert*, in: *Gehirn und Geist* 7 – 8 (2005), S. 56, 58 ff. *Hagner* (Anm. 2), S. 17, zitiert die *Dekade* oder gar das *Jahrhundert des Hirns*.

12 *Markowitsch/Siefer* (Anm. 1), S. 238; zu vergleichbaren Wortbildungen (Neuroethik/Neurophilosophie/Neurotheologie) siehe *Zilles*, in: *Barton* (Anm. 9), S. 49; zur Philosophie repräsentativ *Northoff*, *Das Gehirn – eine neurophilosophische Bestandsaufnahme*, 2000; zum Begriff dort S. 21 f.; zur Ethik siehe *Vogelsang/Hoppe*, *Ohne Hirn ist alles nichts. Impulse für eine Neuroethik*, 2008.

13 Hierzu greife *ich* partienweise auf meine beiden Arbeiten zu diesem Fragenkreis zurück; siehe *Hillenkamp*, *Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung*, *JZ* 2005, 313–320; auch veröffentlicht in: *Gestrich/Wabel* (Anm. 6), S. 72 ff. und *Hillenkamp*, *Das limbische System: Der Täter hinter dem Täter*, in: *ders.* (Anm. 6), S. 85–110 (polemische Kritik dazu bei *Krauß*, *Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht*, *Festschrift für Jung*, 2007, S. 411, 425 ff.), in denen die Äußerungen von *Markowitsch* noch nicht berücksichtigt waren. Zur Aktualität in den Medien siehe nur den Leitartikel „Tatort Gehirn. Schuldig, unschuldig? Wie verantwortlich sind wir für unser Handeln?“ mit einem Bericht über die aktuelle Debatte und ihr Eindringen in die Prozesspraxis *in den USA* in der Zeitschrift *GEO* 10/2013, S. 40 ff.; 68 ff. Der – leider die Jurisprudenz nicht mit einbeziehende – Aufruf zum interdisziplinären Gespräch über das „neue Menschenbild“ findet sich im 2014 von 15 Neurowissenschaftlern in der Zeitschrift „*Psychologie heute*“ als Antwort auf das *Manifest* (Anm. 11) veröffentlichten Memorandum „*Reflexive Neurowissenschaft*“.

II. Die Aussagen der neueren Hirnforschung zur Willensfreiheit

1. Benjamin Libet

Dazu muss man mit den Experimenten des amerikanischen Neurobiologen und Professors für Physiologie *Benjamin Libet* aus dem Jahr 1979 und den frühen 80er-Jahren beginnen¹⁴. Denn einerseits berufen sich (Hirn-)Forscher zum Beweis der neuronalen Bedingtheit all unseres Tuns immer noch maßgeblich¹⁵ auf diese Experimente¹⁶. Und andererseits beruhen sie auf einem Perspektivendualismus, der – wie zu zeigen sein wird – alle hier näher berichteten Stellungnahmen deutscher Hirnforscher bestimmt. „Haben wir einen freien Willen? (...) dieser Frage“ habe ich mich „auf experimentelle Weise genähert“, so beginnt *Libet* seinen 1999 geschriebenen, seine Experimente schon analysierenden Bericht¹⁷. Bei diesen Experimenten griff *Libet* auf eine Entdeckung von *Hans Korn-*

14 Als Quellen aus der Feder *Libets* können dienen: Zu den Ausgangsexperimenten *Libet*, Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action, Behavioral and Brain Sciences, 8/4 (1985), S. 529ff.; Schilderungen der Experimente, an die sich der Bericht über Folgeexperimente und die Auseinandersetzung mit der Kritik sowie die Entwicklung der „Veto-Theorie“ *Libets* anschließen, finden sich in *Libet*, Do we have free will?, Journal of Consciousness Studies 6, No. 8–9, 1999, S. 47ff., hier zitiert nach der von *Jürgen Schröder* ins Deutsche übersetzten und in *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 111ff., unter dem Titel „Haben wir einen freien Willen?“ abgedruckten Fassung; *Libet*, Mind Time. The Temporal Factor in Consciousness, 2004, hier zitiert nach der von *Jürgen Schröder* ins Deutsche übersetzten Fassung; Mind Time. Wie das Gehirn Bewusstsein produziert, 2005 (zum Experiment und seinen Folgen S. 159–199). Siehe auch den Bericht und die ausführliche Diskussion bei *Detlefsen*, Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips. Konsequenzen neurowissenschaftlicher Forschung für das Strafrecht, 2006, S. 278ff.; *Roth*, Fühlen, Denken, Handeln, 2003, S. 518ff.

15 Beobachtungen auf weiteren Feldern sollen die These stützen, „dass Handlungsentscheidungen zunächst subpersonal fabriziert und dann personal reinterpretiert werden“, siehe dazu *Prinz*, Freiheit oder Wissenschaft?, in: von *Cranach/Foppa*, Freiheit des Entscheidens und Handelns, 1996, S. 86ff., 98.

16 Siehe einstweilen nur *Roth*, Freier Wille, Verantwortlichkeit und Schuld, in: Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, Willensfreiheit im Recht, Debatte Heft 1, Zur Freiheit des Willens, 2004, S. 85f. und *Schiemann*, Kann es einen freien Willen geben? Risiken und Nebenwirkungen der Hirnforschung für das deutsche Strafrecht, NJW 2004, 2056ff., die als Juristin hieran anknüpft.

17 *Libet*, in: *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 111.

huber und Lüder Deecke aus dem Jahr 1964¹⁸ zurück. Sie bestand darin, „dass dem Vollzug ‚selbstgesteuerter‘ Willenshandlungen eine langsame elektrische Veränderung“ im Hirn „vorausgeht, die man oben an der Kopfhaut messen kann. Der Beginn dieses elektrischen Indikators bestimmter Gehirnaktivitäten ging der tatsächlichen Bewegung“ der von Kornhuber und Deecke untersuchten Probanden nach Libets Bericht „bis zu einer Sekunde und mehr voraus“. Dieser Befund im Hirn wurde von den beiden deutschen Forschern „Bereitschaftspotential (BP) genannt“¹⁹.

Nicht anders als sie vermutete Libet, dass der Aufbau des BP zur Vornahme einer Bewegung dem Willensakt bzw. Beschluss der Probanden nachfolgte, diese Bewegung zu vollziehen. Denn: „Nach der traditionellen Vorstellung des bewussten und freien Willens“, die Libet bei der Vornahme seiner Experimente selbst teilte und die er unter Beweis stellen wollte, „würde man erwarten, dass der bewusste Wille vor dem oder beim Einsetzen des BP erscheint und so dem Gehirn befiehlt, die beabsichtigte Handlung zu vollziehen“²⁰.

Um hierfür den von Kornhuber und Deecke noch nicht angebotenen Beweis zu führen, gab Libet 9 Versuchspersonen in je 40 Versuchsanordnungen auf, „frei und spontan“ und möglichst ohne jede „Vorplanung“ eine bestimmte Handlung, nämlich eine „einfache Schnippbewegung oder eine Beugung des Handgelenks zu einer beliebigen Zeit, wenn sie den Drang oder den Wunsch verspürten, es zu tun“, vorzunehmen. Die Versuchspersonen wurden dazu „gebeten, bei jeder vollzogenen“ Bewegung „zu jeder frei gewählten Zeit sich die Stellung des Lichtflecks“ auf einer eigens eingerichteten und vor ihnen aufgebauten „Oszilloskop-Uhr (...) zu merken, zu dem sie sich ihres Handlungswunsches oder ihrer Handlungsabsicht bewusst wurden. Diese entsprechende Uhrzeit wurde von der Versuchsperson später nach Beendigung des Versuchs“ dem Experimentator „berichtet“²¹.

Das Libet selbst überraschende Ergebnis seines Experiments war, dass sich das Bereitschaftspotenzial bereits 550 Millisekunden (ms) vor der Muskelaktivierung

18 Kornhuber/Deecke, Hirnpotentialveränderungen bei Willkürbewegungen und passiven Bewegungen des Menschen: Bereitschaftspotential und reafferente Potentiale, Pflügers Archiv für die gesamte Physiologie 284 (1965), S. 1ff.; siehe dazu auch Detlefsen (Anm. 14), S. 271f.

19 Libet, in: Hillenkamp (Anm. 6), S. 111, 112f.

20 Libet, in: Hillenkamp (Anm. 6), S. 111, 114.

21 Libet, in: Hillenkamp (Anm. 6), S. 111, 114; auf der (auf S. 115 abgebildeten) „Oszilloskop-Uhr“ bewegte sich „an der Peripherie des Bildschirms einmal in 2,56 sec“ ein Lichtfleck „im Kreis herum (anstatt in 60 sec wie der Sekundenzeiger einer gewöhnlichen Uhr). Jede markierte Sekunde (bei einer Gesamtzahl von 60 Markierungen) repräsentiert 43 ms wirklicher Zeit“. Auf diese Weise wurden die – nach Ansicht von Libet sehr validen – Angaben der Zeitintervalle in Millisekunden möglich; siehe auch die genauere Schilderung des Ablaufs in Libet, Mind Time, Wie das Gehirn..., 2005 (Anm. 14), S. 162ff.

aufbaute und dass sich „die Zeitpunkte W“ (W für Willensakt), wie *Libet* den Zeitpunkt „des ersten Bewusstseins einer Handlungsabsicht“ bei seinen Probanden nannte, nach dem im Experiment festgehaltenen Bekunden erst 400 ms danach (wenn auch 150 ms vor der Handlung) einstellten²². Das aus dem Blickwinkel eines der zitierten Vorstellung entsprechenden „freien Willens“, der eine Handlung erst initiiert, Beunruhigende hieran war, dass sich „die Versuchspersonen“ ihrer „Handlungsintention“ erst „350–400 ms nach Beginn von BP bewusst“ wurden. Denn daraus geht für *Libet* hervor, dass „der Willensprozess *unbewusst* eingeleitet“, also nicht initial von einem Willensakt der Probanden angestoßen wird. „Die Einleitung der frei gewollten Handlung scheint“ danach – so folgert er – „im Gehirn unbewusst einzusetzen und zwar deutlich bevor die Person sich dessen bewusst ist, dass sie handeln will“²³. 2004 liest sich das so: „Das Gehirn leitet *zuerst* den Willensprozess ein. Die Versuchsperson wird sich (erst) später des Dranges oder Wunsches (W) zu handeln bewusst.“ Und: „Wir haben (damit) herausgefunden, dass der Willensprozess des ‚Jetzt-Handelns‘ unbewusst eingeleitet wird. Ein bewusstes Selbst kann daher diesen Prozess nicht einleiten“²⁴.

Es sind namentlich diese Erkenntnisse und Folgerungen *Libets*, die einerseits durch nachfolgende, teils von *Libet* selbst 1999 berichtete Untersuchungen von *Keller* und *Heckhausen* sowie *Haggard* und *Eimer*, teils von späteren unter Beteiligung von *Haynes* „bestätigt“²⁵ und die andererseits von denen, die den Willen als (kausalen) Autor unserer Handlungen leugnen, aufgegriffen werden. Beispielhaft heißt es bei *Gerhard Roth* 2003²⁶: „Es kann nunmehr keinen Zweifel (mehr) daran geben, dass (...) der Entschluss, eine bestimmte vorgegebene oder frei zu wählende *einfache* Bewegung auszuführen, mehrere hundert Millisekunden *nach*

²² *Libet*, in: *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 111, 116.

²³ *Libet*, in: *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 111, 117 und 111.

²⁴ *Libet*, *Mind Time, Wie das Gehirn...*, 2005 (Anm. 14), S. 173, 174.

²⁵ *Libet*, *Mind Time, Wie das Gehirn...*, 2005 (Anm. 14), S. 173f.; die Nachfolgeexperimente versuchten, die Kritik an den Versuchsanordnungen *Libets* aufzunehmen und Fehlerquellen abzustellen, siehe *Keller/Heckhausen*, *Readiness potentials preceding spontaneous acts: Voluntary vs. involuntary control*, in: *Electroencephalography and Clinical Neurophysiology* 76 (1990), S. 351ff.; *Haggard/Eimer*, *On the relation between brain potentials and the awareness of voluntary action*, *Experimental Brain Research* 126 (1999), S. 128ff.; *Soon/Brass/Heinze/Haynes*, *Unconscious determinants of free decisions in human brain*, *Nature Neuroscience* 11 (2008), S. 543ff. (brain activity up to 10s before it enters awareness); *Haynes*, *Decoding and predicting intentions*, *Annals of the New York Academy of Sciences* 1224 (2011), S. 9ff.; siehe auch – krit. – *Trevena/Miller*, *Cortical movement preparation before and after a conscious decision to move*, *Consciousness and Cognition* 2002, S. 162ff. und die Nachweise zur Kritik in Anm. 243.

²⁶ *Roth* (Anm. 14), S. 523, der dort die Untersuchungen von *Haggard* und *Eimer* mitberichtet; Hervorhebungen (kursiv) im Original.

Beginn des lateralisierten Bereitschaftspotentials auftritt, und dabei eindeutig einem frühen oder späten Beginn dieses Potentials *folgt* (...) Wir müssen also davon ausgehen, dass sich unter den gegebenen Bedingungen das Gefühl, etwas *jetzt* zu wollen (das „*fiat*“ der Volitionspsychologen, der Willensruck), erst kurze Zeit nach Beginn des lateralisierten Bereitschaftspotentials entwickelt und dass die erste Komponente, das symmetrische Bereitschaftspotential, sich *weit vor* dem ‚Willensentschluss‘ aufbaut“. Die bemerkenswerte Schlussfolgerung daraus lautet bei *Roth*: „Der Willensakt tritt auf, nachdem das Gehirn bereits entschieden hat, welche Bewegung es ausführen wird“.

Es sei schon hier festgehalten, dass *Libets* eigene Schlussfolgerungen, die diesem (mit den zitierten Sätzen *Roths* angedeuteten) Determinismus widersprechen, nicht selten unterschlagen, jedenfalls aber eher nur beiläufig erwähnt und nicht recht ernst genommen werden. *Libets* – seine Enttäuschung über das Ergebnis seiner Experimente widerspiegelnde – Frage lautete nämlich: „Gibt es *gleichwohl* „irgendeine Rolle für den bewussten Willen beim Vollzug einer Willenshandlung?“ „Um diese Frage zu beantworten“ – so schreibt er²⁷ – „muss man beachten, dass der bewusste Wille (W) etwa 150 ms vor der Aktivierung des Muskels auftritt, obwohl er auf den Beginn des BP folgt. Ein Intervall von 150 ms würde“ nun aber nach dem Urteil *Libets* „genügend Zeit zur Verfügung stellen, in der die Bewusstseinsfunktion das Endergebnis des Willensprozesses beeinflussen könnte“. Dafür, dass dieser Einfluss des bewussten Willens so beschaffen ist, „dass er als notwendiger ‚Auslöser‘ dafür fungiert, dass der Willensprozess tatsächlich durch eine Handlung abgeschlossen wird“, sieht *Libet* allerdings „keine Belege“ und es scheint ihm diese „‚Auslöser‘-Möglichkeit (...) auch aus anderen Gründen unwahrscheinlich“ zu sein²⁸. Was er aber als „grundsätzliche Möglichkeit“ der „Bewusstseinsfunktion“ nicht ausschließt, ist „das Fortschreiten des Willensprozesses zur schließlichen Bewegung aufzuhalten oder zu verhindern, so dass keine wirkliche Muskelbewegung entsteht“. Und daraus folgert *Libet*, dass „der bewusste Wille (...) also das Ergebnis des Willensprozesses (beeinflusst), auch wenn letzterer durch unbewusste Gehirnprozesse eingeleitet wurde. Der bewusste Wille könnte den Prozess blockieren oder verhindern, so dass keine Bewegung auftritt. Die Existenz einer“ solchen „Veto-Möglichkeit steht“ für *Libet* – so sein bekenndes Fazit – schließlich sogar ganz „außer Zweifel“²⁹. Seine „Schlussfolgerungen zur Willens-

²⁷ *Libet*, in: *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 111, 117f.; siehe auch *Libet*, *Mind Time*, *Wie das Gehirn...*, 2005 (Anm. 14), S. 177 ff.

²⁸ Gegen sie sprechen für *Libet*, in: *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 111, 128, vor allem automatisierte Handlungen, bei denen es keinen „bewussten Auslöser gibt“.

²⁹ *Libet*, in: *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 111, 118; siehe dazu krit. vorerst nur *Ruske*, *Ohne Schuld und Sühne*, 2011, S. 185f., und – mit ausdifferenzierter Darstellung aller Kritikansätze und -punkte –

freiheit, die wirklich frei im Sinne der Nicht-Determiniertheit ist“, besteht dann darin, „dass die Existenz eines freien Willens eine genauso gute, wenn nicht bessere wissenschaftliche Option ist als ihre Leugnung durch die deterministische Theorie“³⁰.

Für das Verstehen der nachfolgend wiedergegebenen Wortmeldungen *deutscher Hirnforscher* sind – wie schon angedeutet – nun aber nicht nur die geschilderten Ergebnisse und Schlussfolgerungen *Libets* von grundlegender Bedeutung. Elementar ist vielmehr auch der in dem Experiment berücksichtigte *Dualismus der Perspektiven*. Da ist für *Libet* zum einen „die nahezu universale *Erfahrung*, dass wir aus freier, unabhängiger Entscheidung handeln können“, das bei den „meisten von uns“ vorhandene „Gefühl (...) dass unser Wille frei ist“. Das macht als „prima facie-Beleg“ mentaler Prozesse, die unser Handeln bestimmen, für *Libet* jede „Theorie, die das Phänomen der Willensfreiheit leugnet“, nur wenig attraktiv³¹. Und da sind zum anderen „die *von außen beobachtbaren* und manipulierbaren *Gehirnprozesse*“, die im Experiment festgehalten, dokumentiert und gedeutet werden. Beides sind voneinander „unabhängige Kategorien, die „untersucht werden müssen, um ihre Beziehung zu verstehen“³². Damit machen schon die *Libet*-Experimente die *Zweiteilung* in die „*Erste*–“ und die „*Dritte-Person-Perspektive*“ sichtbar, die die Wortmeldungen der Hirnforscher dominiert. Dabei bezeichnet die Erste-Person-Perspektive den introspektiven Blick des Menschen auf sein Wollen, Entscheiden und Handeln, das also, wie sich der Mensch selbst – und im Rückschluss von sich auf die Mitmenschen auch diese – sieht und erfährt. Die

Mankowski, Verändert die Neurobiologie die rechtliche Sicht auf Willenserklärungen?, AcP 211 (2011), S. 154, 163 ff.; knapper *Hotz*, Faktische und normative Willensfreiheit im Vertragsrecht, in: Festschrift für Ott, 2008, S. 371, 385 ff.; *von Rohr*, „Neurodämmerung“ in der Rechtswissenschaft, in: Festschrift für Ott, S. 411, 420 ff.; zur dem Veto verwandten Möglichkeit der *Desaktualisierung (Janzarik)* unerwünschter Handlungsbereitschaften siehe den Bericht von *Kröber*, Steuerungsfähigkeit und Willensfreiheit aus psychiatrischer Sicht, in: *Kröber/Dölling/Leygraf/Sass*, Handbuch der Forensischen Psychiatrie, Bd. 1, 2007, S. 159, 180ff. und *Habermeier*, Psychiatrische Gesichtspunkte und Begutachtungsfragen der Geschäftsfähigkeit und verwandter Themenbereiche, Psychiatrische Gesichtspunkte und Begutachtungsfragen der Geschäftsfähigkeit und verwandter Themenbereiche, in: *Kröber/Dölling/Leygraf/Sass*, Handbuch der Forensischen Psychiatrie, Bd. 5, 2009, S. 51, 57, 59f.

30 *Libet*, in: *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 111, 124f.; siehe auch *Libet*, Mind Time, Wie das Gehirn..., 2005 (Anm. 14), S. 198; jeweils davor erklärt sich *Libet* zum Agnostiker im Streit um Determinismus und Indeterminismus.

31 *Libet*, in: *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 111, 124.

32 *Libet*, in: *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 111, 123; zu beiden Welten ausführlicher *Libet*, Mind Time, Wie das Gehirn..., 2005 (Anm. 14), S. 196 ff. Zu Recht krit. gegenüber der von den vier nachfolgend aufgeführten Hirnforschern aufgestellten Behauptung der wissenschaftlich alleinigen Relevanz der Dritte-Person-Perspektive *Kröber* (Anm. 29), S. 160, 197, 202f.

Dritte-Person-Perspektive ist dagegen der Blick des Hirnforschers auf diesen Prozess, ist die neurobiologische Beschreibung dessen, was im Hirn des wollenden, des entscheidenden, des handelnden Menschen bei einem naturwissenschaftlichen Zuschauen von außen geschieht³³.

2. Wolf Singer

In diesen beiden voneinander „getrennten Erfahrungsbereichen“ kommen für *Wolf Singer* „Wirklichkeiten dieser Welt zur Abbildung“, die nicht miteinander verträglich, die „inkompatibel“ sind. „Wir sind gespalten zwischen dem, was wir aus der Erste-Person-Perspektive über uns wahrnehmen und dem, was uns wissenschaftliche Analyse aus der Dritte-Person-Perspektive über uns lehrt“³⁴. „Wir sprechen von freiem Willen (...) begreifen uns als Wesen, die über Intentionalität verfügen, die fähig sind zu entscheiden, initiativ zu werden und zielbewusst in den Ablauf der Welt einzugreifen. Wir erfahren uns als freie und folglich als verantwortende, autonome Agenten. Es scheint uns, als gingen unsere Entscheidungen unseren Handlungen voraus und wirkten auf Prozesse im Gehirn ein, deren Konsequenz dann die Handlung ist“³⁵. Folglich empfinden wir „unsere Gedanken und unseren Willen als frei, als jedweden neuronalen Prozessen vorgängig“ und „unser Ich“ diesen Prozessen „gegenübergestellt“. Wir sehen das „Ich als eine geistige Entität, die sich der neuronalen Prozesse allenfalls bedient, (...) um Beschlüsse in die Tat umzusetzen. Damit das Gewollte zur Tat wird“ muss nach unserer Erfahrung „etwas im Gehirn geschehen, was das Gewollte ausführt (...). Bei alledem begleitet uns das Gefühl, dass wir es sind, die diese Prozesse“ anstoßen und kontrollieren. All das ist nun aber nach *Singer* „mit den deterministischen Gesetzen, die in der dinglichen Welt herrschen, nicht kompatibel“. „Die zunehmende Verfeinerung neurobiologischer Messverfahren“ habe uns nämlich

33 Mit seiner Veto-Lehre versucht *Libet*, Freiheitsgefühl und Freiheitswirklichkeit nicht nur „bekenntnishaft“ im Sinne einer indeterministischen Position in Übereinstimmung zu bringen, siehe *Libet*, *Mind Time, Wie das Gehirn...*, 2005 (Anm. 14), S. 193ff.; auf S. 197 betont *Libet*, dass nach seiner Vetokonzeption „Willensfreiheit keine *Illusion* ist“; zur – überwiegenden – Ablehnung der Vetolehre siehe die Nachw. in Anm. 29, 140, 245. Krit. gegenüber einem „herabsetzenden“ Umgang mit der Erste-Person-Perspektive *Schockenhoff*, *Der freie Wille – ein problemgeschichtlicher Abriss*, in: *Stompe/Schanda* (Anm. 2), S. 3, 9ff.

34 *Singer* (Anm. 8), S. 32, 22; zur Zeit seiner hier zitierten Veröffentlichungen war *Singer* Direktor am Max-Planck-Institut für Hirnforschung in Frankfurt a. M.

35 *Singer*, Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung. Zwei konfliktträchtige Erkenntnisquellen, in: *Schmidinger/Sedmak*, *Der Mensch – ein freies Wesen? Autonomie – Personalität – Verantwortung*, 2005, S. 135, 137.

„die Möglichkeit eröffnet, auch die neuronalen Mechanismen (...), die höheren kognitiven Leistungen komplexer Geschehen“ wie dem „Bewerten, Planen und Entscheiden“ zugrunde liegen, „aus der Dritte-Person-Perspektive heraus“ zu analysieren und zu „objektivieren und im Sinne kausaler Verursachung auf neuronale Prozesse zurück(zu)föhren“³⁶. „Dualistische Weltsysteme“, wie sie den geschilderten Erfahrungen zugrunde liegen, könnten zwar danach „behauptet“ und „geglaubt“, nicht aber belegt werden. „Mit bekannten Naturgesetzen“ seien sie „unvereinbar“³⁷. Dass das Bild „unserer Selbsterfahrung trügt und wir nicht sind, wie wir uns wähnen“³⁸, folgt daraus für *Singer*. Denn er „kann“ bei der Erforschung von Gehirnen „nirgendwo ein mentales Agens wie den freien Willen oder die eigene Verantwortung finden“³⁹. Es gebe „keine Kommandozentrale, in der entschieden werden (...), in der das ‚Ich‘ sich konstituieren könnte“. Auch die den Hirnforschern teils entgegengesetzte Annahme, dass die „sogenannten ‚freien Entscheidungen‘ (zwar) vom Gehirn selbst getroffen werden, dass die zugrunde liegenden Prozesse sich aber (...) über den neuronalen Determinismus erheben“, sei aus „neurobiologischer Sicht“ zu verwerfen⁴⁰. „Insofern muss“ folgert *Singer* aus der für ihn als Hirnforscher maßgeblichen Dritte-Person-Perspektive „das, was die Erste-Person-Perspektive als freien Willen beschreibt, als *Illusion* definiert werden“⁴¹. Das Erleben der Freiheit ist zwar real, denn „wir erfahren früh, dass uns zugeschrieben wird, autonome, in unseren Entscheidungen freie Agenten zu sein, die für ihr Tun verantwortlich sind und deshalb“ sanktioniert werden dürfen⁴². So bedeuten die Eltern „den Kleinen“ – so schreibt er – „fortwährend, sie sollten dies tun und jenes lassen, weil anderenfalls diese oder jene Konsequenzen einträten“. Das erzwingt geradezu „den Schluss, man könne auch anders und müsse nur wollen“, sei folglich in seinen Entscheidungen auch frei. Es tradiere verlässlich „von Generation zu Generation“ die uns allen vertraute

36 *Singer*, in: *Schmidinger/Sedmak* (Anm. 35), S. 139, 138f.

37 *Singer*, in: *Schmidinger/Sedmak* (Anm. 35), S. 140.

38 *Singer*, in: *Schmidinger/Sedmak* (Anm. 35), S. 140, 141, 155; gegen das dualistische Denken wendet *Singer*, a. a. O., S. 141, ein: „Wenn es diese immaterielle geistige Entität gibt, (...) die uns Freiheit und Würde verleiht, wie sollte diese dann mit den materiellen Prozessen in unserem Hirn wechselwirken? Denn beeinflussen muss sie die neuronalen Prozesse, damit das, was der Geist denkt, plant und entscheidet, auch ausgeführt wird. Wechselwirkungen mit Materiellem erfordern den Austausch von Energie. Wenn also das Immaterielle Energie aufbringen muss, um neuronale Vorgänge zu beeinflussen, dann muss es über Energie verfügen. Besitzt es aber Energie, dann kann es nicht immateriell sein und muss den Naturgesetzen unterworfen sein“.

39 *Singer* (Anm. 8), S. 12.

40 *Singer*, in: *Schmidinger/Sedmak* (Anm. 35), S. 155.

41 *Singer* (Anm. 8), S. 58f.

42 *Singer*, in: *Schmidinger/Sedmak* (Anm. 35), S. 153.

Freiheitszuschreibung⁴³. Die Freiheit selbst sei aber in Wahrheit nur „ein kulturelles Konstrukt“, „Selbsterfahrung“ und „Intuition“⁴⁴, eine „Selbstauskunft, die ein kognitives System über sich gibt“, die aber „mit den Ergebnissen“ nicht übereinstimmt, die „es erzielt, wenn es sich mit naturwissenschaftlichen Methoden daran macht, seine Bedingungen zu erforschen“⁴⁵. Denn es herrsche „Gewissheit, dass unser Wollen und Entscheiden auf neuronalen Vorgängen im Gehirn beruht..., dass Entscheidungen vom Gehirn getroffen werden“⁴⁶. „Die Annahme (...), wir seien voll verantwortlich für das, was wir tun, weil wir es ja auch hätten anders machen können“, ist für *Singer* deshalb „aus neurobiologischer Perspektive nicht haltbar“⁴⁷. „Keiner kann anders als er ist. Wir sollten aufhören, von Freiheit zu reden“⁴⁸.

3. Wolfgang Prinz

„Wenn man als Psychologe über den freien Willen zu reden hat“, schreibt *Wolfgang Prinz*, „dann ist das ähnlich, wie wenn man als Zoologe über das Einhorn zu reden hätte. Man spricht dabei nämlich über Dinge, die es von Natur aus (...) nicht gibt“⁴⁹. Auch für *Prinz* gilt allerdings, „dass wir uns als freie autonome Subjekte wahrnehmen“, dass „Personen sich frei fühlen und glauben“. Auch er weiß, dass wir „die meisten Handlungen (...) auf Gedanken und Überlegungen zurück(führen), die der Handlung vorausgehen“ und dass wir zur „Erklärung“ und „Bewertung“ unseres Handelns darauf bauen, „dass Personen die Urheber ihrer Handlungen (...) und in ihren Handlungsentscheidungen frei sind“. Wir schreiben hiernach die „Autorenschaft“ uns selbst und – für deren Handlungen – „auch anderen Personen zu“⁵⁰. Wer nun aber diese „empirische Tatsache zum theoretischen Konstrukt“ erhebt und annimmt, „dass wir uns

43 *Singer*, in: *Schmidinger/Sedmak* (Anm. 35), S. 149.

44 *Singer*, Wann und warum erscheinen uns Entscheidungen als frei? Ein Nachtrag, in: *Krüger*, *Hirn als Subjekt? Philosophische Grenzfragen der Neurobiologie*, 2007, S. 187.

45 *Singer*, in: *Krüger* (Anm. 44), S. 193.

46 *Singer*, in: *Schmidinger/Sedmak* (Anm. 35), S. 151.

47 *Singer* (Anm. 8), S. 12, 20, 58.

48 *Singer*, Keiner kann anders, als er ist, in: *FAZ* vom 08.01.2004, S. 33 (Feuilleton); siehe auch *Singer*, in: *Schmidinger/Sedmak* (Anm. 35), S. 159.

49 *Prinz*, Kritik des freien Willens – Psychologische Bemerkungen über eine soziale Institution, in: *Senn/Puskás*, *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, 2006, S. 27 ff., 27, 32; zur Zeit der hier zitierten Beiträge war *Prinz* Direktor am Max-Planck-Institut für psychologische Forschung in München.

50 *Prinz*, in: *Senn/Puskás* (Anm. 49), S. 35, 27, 28.

deshalb *frei fühlen*, weil wir *frei sind* (...), verletzt“ nach *Prinz*⁵¹ „grundlegende Spielregeln der Wissenschaft“. Denn einerseits wisse die Psychologie, dass die „Wahrnehmung psychischer Vorgänge, die in uns ablaufen, (...) immer nur ein unvollständiges und deshalb irreführendes Bild der der Wirklichkeit zugrunde liegenden Prozesse liefern“ könne. Deshalb sage die Tatsache, „dass wir uns *frei fühlen*, nichts – aber auch gar nichts – darüber aus, wie frei oder unfrei die zugrunde liegenden Prozesse in Wirklichkeit sind“. Und andererseits mute uns eine „radikal“ interpretierte Willensfreiheit auch – für *Prinz* indiskutabel – zu, „in einem ansonsten deterministisch verfassten Bild von der Welt lokale Löcher des Indeterminismus zu akzeptieren“⁵². Richtigerweise werden nach *Prinz* „Handlungsentscheidungen (...) in subpersonalen“ – zur Erklärung: dem Bewusstsein und Einfluss des Menschen gänzlich entzogenen – „Prozessen fabriziert und dann, nachdem sie vorliegen, als Ergebnis personaler Entscheidungsprozesse“ nur „interpretiert“. Deshalb „tun wir nicht, was wir wollen (und schon gar nicht, weil wir es wollen), sondern wir wollen, was wir tun“⁵³. „Handlungsentscheidungen ergeben sich“ – sagt *Prinz* – „als Produkt der Zusammenführung von Präferenzen, Handlungswissen und Situationsbewertung. Für eine besondere personale Instanz, die die Entscheidung dann zu treffen hätte – wie etwa den Willen – ist“ nach *Prinz* weder „Bedarf“ noch ein „Raum“. „Entscheidungen kommen zustande, ohne dass da jemand wäre, der sie trifft“. All das aber lässt für *Prinz* „nur den Schluss“ zu, dass „für Willensfreiheit als theoretisches Konstrukt im Rahmen der wissenschaftlichen Psychologie kein Platz ist“. Wenn „wir Wissenschaft betreiben wollen“, müssen wir „in diesem – theoretischen – Sinne“ die „Willensfreiheit leugnen“⁵⁴.

4. Gerhard Roth

Auch für *Gerhard Roth* ist „das Ich nicht der Herr im Hause“⁵⁵, die traditionelle Vorstellung, dass der Wille durch eine vom bewussten Ich gesteuerte Willkürhand-

51 *Prinz*, in: *Senn/Puskás* (Anm. 49), S. 29 (Hervorhebungen im Original).

52 *Prinz*, in: *Senn/Puskás* (Anm. 49), S. 30 (Hervorhebungen im Original).

53 *Prinz*, *Freiheit oder Wissenschaft?*, in: *von Cranach/Foppa* (Anm. 15), S. 86, 98.

54 *Prinz*, in: *Senn/Puskás* (Anm. 49), S. 32, 30. *Prinz* verweist in der hier zitierten Arbeit insgesamt auf Überlegungen, die in seinem gleichnamigen Beitrag in *Psychologische Rundschau* 55 (2004), S. 198–206, enthalten sind; zu verweisen ist auch auf *Prinz*, *Willensfreiheit als soziale Institution*, in: *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 51ff.

55 *Roth*, *Das Ich ist nicht Herr im Hause*, *Das Magazin*, 3/2001, S. 32–34; zur Zeit der hier zitierten Arbeiten war *Roth* Ordinarius für Verhaltensphysiologie in Bremen und Rektor des Hanse-Wissenschaftskollegs in Delmenhorst.

lung in die Tat umgesetzt werde, „Illusion“⁵⁶. Wir haben nämlich, so lehrt er, „eine Wirkungskette vor uns, die von der Amygdala und vom Hippocampus ausgeht; beide wirken auf die ventrale und die limbische Schleife ein. Dies bewirkt das Auftauchen von Wünschen, Absichten, Plänen und den damit verbundenen Gefühlen im Bewusstsein und beeinflusst die dorsale Schleife. Dies geschieht, indem die Ausschüttung von Dopamin durch die Substantia nigra in das Corpus striatum veranlasst wird, was zu einer ‚Freischaltung‘ der dorsalen Schleife führt. Über die thalamischen Umschaltkerne wird dann der prämotorische und supplementär-motorische Cortex so aktiviert, dass sich ein hinreichend großes *Bereitschaftspotential* aufbauen kann. Dieses führt dann zur Aktivierung des motorischen Cortex und über die Pyramidenbahn zur Initiierung einer Willkürbewegung“.

Um das hieraus für Roth folgende Fehlen von Willensfreiheit zu verdeutlichen, wird dann weiter ausgeführt: „Die soeben geschilderte Verkettung von Amygdala, Hippocampus, ventraler und dorsaler Schleife hat zur Folge, dass beim Entstehen von Wünschen und Absichten das unbewusst arbeitende emotionale Erfahrungsgedächtnis das erste und das letzte Wort hat. Das erste Wort hat es beim Entstehen unserer Wünsche und Absichten, das letzte bei der Entscheidung, ob das, was gewünscht wurde, jetzt und hier und so und nicht anders getan werden soll. Diese letzte Entscheidung fällt 1–2 Sekunden, *bevor* wir diese Entscheidung bewusst wahrnehmen und den Willen haben, die Handlung auszuführen. Sie fällt in den Basalganglien“⁵⁷, sie ist bestimmt durch das limbische System⁵⁸.

Diese Passagen sind so ausführlich zitierenswert, weil sie uns sagen, wer oder was denn – wenn nicht unser Ich, wenn nicht wir selbst – statt unser wünscht, plant und entscheidet. Es ist, verkürzt gesagt, das limbische System. Es erstreckt sich über verschiedene Hirnareale wie den Mandelkern, das ventrale Striatum, den Nucleus accumbens, das basale Vorderhirn und den Hypothalamus. Dieses limbische System nimmt bereits im Mutterleib seine Arbeit auf und ist im dritten bis vierten Lebensjahr in seinen Strukturen weitgehend festgelegt. Es speichert alle Einflüsse und Erfahrungen, bildet das Zentrum auch für angeborene affektive Zustände und Verhaltensweisen und bewertet im Rahmen auch genetisch bedingter Vorgaben alles, was wir tun, nach Kriterien

⁵⁶ Roth (Anm. 14), S. 553; *ders.*, Worüber dürfen Hirnforscher reden – und in welcher Weise?, in: Krüger (Anm. 44), S. 27, 33.

⁵⁷ Roth, Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen aus Sicht der Hirnforschung, Festschrift für Lampe, 2003, S. 52 (dort beide Zitate).

⁵⁸ In Roths Buch „Persönlichkeit, Entscheidung und Verhalten“, 2007, S. 178, 179, wird neben dem emotionalen Erfahrungsgedächtnis auch (synonym?) das limbische System als die Instanz bezeichnet, die das „erste und das letzte Wort“ hat.

wie gut/erfolgreich/lustvoll bzw. schlecht/erfolglos/schmerzlich. Es speichert auch die Resultate dieser Bewertungen ab⁵⁹.

Seine bestimmende Macht über uns liegt darin, dass es an Absichten und Wünschen, an Entscheidungen und Handlungen nur zulässt, was sich mit dem in ihm abgelegten Erfahrungsgedächtnis verträgt, mit ihm „im Einklang (...) steht“. Denn wir müssen mit diesen „Handlungsentscheidungen“ – ohne psychisch krank zu werden – „leben können“⁶⁰. Seine Unheimlichkeit für den Leser der Thesen *Roths* liegt darin, das uns das System zugleich unbewusst und weitgehend unzugänglich ist. Unser Einfluss auf „Es“ ist annähernd null, umgekehrt hängen wir offenbar marionettengleich von „ihm“ ab. Denn „ob und in welchem Maße wir vor einer Entscheidung in ein rationales Abwägen eintreten, welche Argumente uns dabei zur Verfügung stehen und uns (...) in den Sinn kommen, hängt nicht von unserem bewussten Denken ab, sondern wird von unserem unbewusst arbeitenden Erfahrungsgedächtnis bestimmt, über das wir keine *willentliche Macht* haben“⁶¹. Man ist als Strafrechtler versucht, in einer Kategorie der mittelbaren Täterschaft von „Ihm“ zu sprechen. Das limbische System ist ein „organisatorischer Machtapparat“⁶², dem der Mensch – in perfekter Selbsttäuschung – nur scheinbar frei gegenübersteht.

Dabei leugnet auch *Roth* nicht, dass der Mensch sich frei und für das, was er tut, auch verantwortlich fühlt. Aber dieses Freiheitsbewusstsein, durch das wir uns in einer Art Selbst-Attribution die vom limbischen System schon beschlossenen Gedanken, Gefühle und Handlungen aneignen, als wären wir ihre Urheber und über das wir uns für unser Tun verantwortlich, ja gegebenenfalls schuldig fühlen, ist nach *Roth* nur der Spiegel einer der neuronengesteuerten Wirklichkeit nachhinkenden Illusion⁶³. Denn: „Wie auch immer das Resultat rationalen

⁵⁹ Zum limbischen System genauer *Roth* (Anm. 14), S. 259ff.; *ders.* (Anm. 58), S. 43ff.; zu den Basalganglien dort S. 170ff.; zusammenfassend *ders.*, *Das Magazin*, 3/2001, S. 32–34, 3. These.

⁶⁰ *Roth* (Anm. 58), S. 179; aus dem Erfahrungsgedächtnis heraus „weiß das limbische System, was zu tun ist“.

⁶¹ *Roth*, *Festschrift für Lampe*, S. 54.

⁶² Siehe dazu den Schöpfer dieser Konstruktion *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 2, 2003, § 25 Rdn. 105ff. m. w. N.; zum von *mir* in *JZ* 2005, 313, 314, und in *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 85, 90, gebrauchten Bild der Marionette siehe auch *Duttge*, *Neurodeterminismus und Verbrechensbegriff*, in: *Duttge/Ünver*, *Aktuelle Grundlagenprobleme des materiellen Strafrechts*, Istanbul 2012, S. 13, 24; *Michal*, *Wir sind so frei*, *Geowissen* 35 (2005), S. 36.

⁶³ Näher zur Selbstzuschreibung und zum sozialen Konstrukt *Roth*, *Festschrift für Lampe*, S. 55–57 und *ders.* (Anm. 14), S. 514ff.; dort auch (S. 472ff.) zu den übrigen Aussagen des Textes; zum Täuschungsmoment siehe auch *Prinz*, *Kognitionspsychologische Handlungsforschung*, *Zeitschrift für Psychologie* 208 (2000), S. 32, 40f.; zu von *Roth* (und anderen) als Beleg für die Täuschung von Probanden über eine vermeintliche Ich-Steuerung angeführten Versuchen mit

Abwägens lauten mag, es unterliegt der *Letztentscheidung des limbischen Systems*.⁶⁴ Deshalb scheint *Roth* nur „der Satz, ‚nicht das Ich, sondern das Gehirn entscheidet‘“, korrekt zu sein⁶⁵.

5. Hans Markowitsch

Als vierte und letzte der hier ausgelesenen Stimmen aus dem Chor die Willensfreiheit leugnender Hirnforscher ist die von *Hans Markowitsch* zu nennen. Auch für ihn ist „der freie Wille (...) eine Illusion, ist „unser Handeln (...) durch die Verschaltungen in unserem Gehirn determiniert“. „Gefühlsmäßig leben wir in der ersten Person (...): Ich bin es, der handelt.“ Aber das ist nur ein „subjektives Gefühl und kein Willensakt“⁶⁶. „Was wir tun oder lassen, tut oder lässt nicht unser ‚freies Ich‘, sondern vollbringen Nervenzellen“, deren „Aktivitätskonstellation (...) durch genetische Anlagen, (...) durch strukturelle vor- und nachgeburtlich gemachte Erfahrungen bedingt, programmiert und verankert“ ist⁶⁷. „Überdauernde neuronale Aktivitätsmanifestationen unseres Gehirns lassen uns in jedem einzelnen Moment unseres Lebens so denken, handeln und reagieren, wie es aufgrund der stofflichen Zusammensetzung vorgegeben ist“⁶⁸. Auch Kompatibilisten haben danach nicht recht. „Es wirkt gekünstelt, bemüht und unwahr, wenn Philosophen einerseits der Determiniertheit des Menschen das Wort reden, andererseits ihm aber eine Freiheit attribuieren, die dann gegeben“ sein soll, „wenn man sich in Übereinstimmung mit seinen ‚natürlichen‘ Wünschen und Überlegungen verhalte“. Denn in Wahrheit sind wir „in dem schon von *Spinoza* gewählten Vergleich der Stein, welcher, in die Luft geschleudert,

durch äußere Hirnstimulationen (oder Hypnose) ausgelösten Handlungen – Nachw. dazu bei *Grischa Merkel/Roth*, in: *Stompe/Schanda* (Anm. 2), S. 148 – siehe krit. *Schleim* (Anm. 1), S. 6ff.

64 *Roth*, Festschrift für Lampe, 2003, S. 54 (Hervorhebung vom Verf.).

65 *Roth*, in: *Krüger* (Anm. 44), S. 33.

66 Zitate aus einem von *Lakotta* geführten Spiegel-Gespräch (*Der Spiegel* 31/2007, S. 117ff.) mit *Markowitsch* und *Reemtsma*, S. 117, 118; siehe dazu auch *Markowitsch*, Warum wir keinen freien Willen haben, *Psychologische Rundschau* 55 (4), 2004, S. 163, 167; dazu, „warum sich der Mensch frei“ fühlt, siehe auch *Markowitsch*, Neurophysiologischer Determinismus und Erwägen, in: *Jüttemann* (Anm. 1), S. 82, 83f.; zur Zeit der hier zitierten Arbeiten war *Markowitsch* Leiter der Abteilung für physiologische Psychologie der Universität Bielefeld und Direktor des dortigen Zentrums für interdisziplinäre Forschung.

67 *Markowitsch*, Gene, Meme, „freier Wille“: Persönlichkeit als Produkt von Nervensystem und Umwelt, in: *Reichartz/Zaboura*, Akteur Gehirn – oder das vermeintliche Ende des handelnden Subjekts, 2006, S. 31, 40f.

68 *Markowitsch*, *Psychologische Rundschau* 55 (4), 2004, S. 163, S. 167.

seine Bahn zurücklegt und dabei (nur) glaubt, er selbst bestimme den Weg, den er nimmt, und den Platz, an dem er niederfällt“. Stattdessen gilt: „Unsere Handlungen folgen den gleichen ehernen Gesetzen wie alles Naturgeschehen“⁶⁹. Wenn wir mit den Neurowissenschaften dem „Menschen beim Denken zusehen“, dann wird „aus dem Menschen ein erklärbares und in seinem Verhalten bestimmtes“ Wesen, werden „die Abläufe und Synchronisationen auf Hirnebene (...) nachvollziehbar und (...) vorhersagbar“ und ist selbst „unser subjektives Gefühl, einen freien Willen zu haben (...) durch unsere Bibliographie (zu) erklären (...): Wir möchten, dass jemand etwas verursacht hat, jemand schuldig ist für seine Handlungen“, auch wenn es tatsächlich, auch wenn es neurowissenschaftlich nicht so, sondern anders ist⁷⁰.

III. Schlussfolgerungen für das Strafrecht

Fragt man danach, was die hier ausgewählten vier prominenten Maler des neuen Menschenbildes aus ihren Einsichten für das Strafrecht folgern, finden wir Aussagen verschiedener Reichweite.

1. Wolfgang Prinz

Wolfgang Prinz schließt aus seinen Thesen, dass „alle Versuche, den (subjektiven) Willen in die Erklärung der (objektiven) Tat“ als kausalen Faktor einzubeziehen, die also Pläne, Absichten, Ziele als Ursachen von Handlungen angeben, als psychologisches Erklärungsmuster neurobiologisch nichts taugen. Er empfiehlt, „die Idee der psychischen Kausalität über Bord zu werfen“⁷¹. Das entzieht im Strafrecht dem Vorsatz, der „finalen Überdetermination“ kausalen Geschehens, den Boden, das stellt Institutionen wie die Anstiftung oder die psychische Beihilfe infrage. Dass „der Gedanke zur Tat“ wird und dass wir glauben, „in allen Lebenslagen auch immer anders handeln“ zu können, „als wir es tatsächlich tun – wenn wir nur wollten“ empfiehlt *Prinz* als ein „im Willensfreiheitsjargon der Alltagssprache“ verwurzelt Missverständnis aufzugeben⁷². Auch wenn die „zentrale Leistung“ dieses Jargons darin liege, „Handlungen und Handlungsfolgen Per-

⁶⁹ *Markowitsch*, in: *Jüttemann* (Anm. 1), S. 92; zum Spinoza-Beispiel siehe auch *Markowitsch*, in: *Reichartz/Zaboura* (Anm. 67), S. 35.

⁷⁰ *Markowitsch/Siefer* (Anm. 1), S. 76, 222.

⁷¹ *Prinz*, *Zeitschrift für Psychologie* 208 (2000), S. 32, 38f.

⁷² *Prinz*, in: *von Cranach/Foppa* (Anm. 15), S. 86, 98.

sonen“ zurechnen und sie „für ihre Handlungen zur Rechenschaft“ ziehen, ihnen „Verantwortlichkeit“ als den „Preis der Freiheit“ aufbürden zu können, sei doch zu sehen, dass es bei der in diesem Sinne „praktischen“ Willensfreiheit nur um ein „Artefakt“ gehe, das sich „Personen“ zu den bezeichneten Zwecken nur „aneignen und benutzen“⁷³. „Freier Wille“ ist danach nur eine „soziale Institution (...) eine kollektive Erfindung“, die ein forensisch gutachtender Psychologe, der im *Strafprozess* auftritt, seiner Wissenschaft nach nicht bestätigen könne. Vielmehr tritt er nach *Prinz* im „Gesellschaftsspiel (...) von Moral und Recht, das den Leitwerten des Guten und des Gerechten verpflichtet ist und das der Regulation der Handlungen der sozialen Akteure dient“ und zu dem *Prinz* den Strafprozess zählt, als ein systemfremder „Spielverderber“ auf. Denn er müsste darauf bestehen, dass der Delinquent in Wahrheit nicht anders handeln konnte, als er gehandelt hat, „weil ihm die Umstände keine andere Wahl ließen“. Und da das nicht – wie im geltenden deutschen Recht (§ 20 StGB) – die auf bestimmten Situationen oder Befunden beruhende Ausnahme wäre, sondern die ausnahmslose Wirklichkeit ist, brächte er damit jedes ein Anders-Handeln-Können voraussetzendes Strafen zu Fall. Denn er ließe nicht zu, durch das „Abschneiden von Erklärungsketten“ durch das „Willensfreiheitskonstrukt“ das „Spiel der individuellen Zuschreibung von Verantwortung“ zu spielen⁷⁴. Müsste das nicht zur Folge haben, dass wir „Mörder und Drogenhändler“ freisprechen, ein neues Rechtssystem etablieren? Auf diese Frage antwortet *Prinz* überraschend: „Wir müssen keineswegs, solange wir die Inkompatibilität der alltagspsychologischen Intuitionen und der wissenschaftlichen Erkenntnisse aushalten können“, eine (nicht leicht zu akzeptierende) Auskunft, die es erlaubte, uns entgegen besserer Einsicht im praktischen Alltag des „Willensfreiheitskonstrukts“ zu bedienen⁷⁵.

2. Gerhard Roth

Wenig mehr Hoffnung lassen *Roth* und *Singer*. Da es Willensfreiheit nicht gibt, dringen beide auf die Verabschiedung eines Strafrechts, das gegen einen Täter den (auch moralischen) Vorwurf erhebt, er sei schuldig, weil er sich anders hätte entscheiden, weil er anders hätte handeln können, als er es tat. Das ist ein Plädoyer für die Abschaffung jedenfalls eines auf Schuld gründenden Strafrechts.

73 *Prinz*, in: *Senn/Puskás* (Anm. 49), S. 36f.

74 *Prinz*, in: *von Cranach/Foppa* (Anm. 15), S. 100; *ders.*, in: *Jan C. Schmidt*, *Der entthronte Mensch. Anfragen an die Neurowissenschaften an unser Menschenbild*, 2003, S. 275 ff., 288.

75 *Prinz*, *Der Mensch ist nicht frei*, in: *Das Magazin* 2 (2003), S. 2, 4 f.

Für *Roth* verschließt sich der „Alternativismus“ – wie *er* im Übereinklang mit anderen die Annahme des unter den identischen Umständen Anders-Entscheiden und Anders-Handeln-Könnens nennt – zum einen der für den Strafprozess nachträglich notwendigen wie jeder „empirisch-experimentellen Überprüfung“⁷⁶. Zum anderen setzte er „Lücken im allgemeinen Determinismus“ voraus, die es nicht gebe. Auch dort, wo „Optionen z.B. zwischen A und B“ bestehen, sei „die Tatsache (...) dass ich schließlich A und nicht B tue (...) in dem Augenblick, in dem ich A tue, determiniert“, nicht also (ebenso gut) möglich, B zu tun⁷⁷. Die Voraussetzungen des „unabtrennbar an den Begriff“ des Alternativismus gebundenen strafrechtlichen Schuldvorwurfs fehlen für *Roth* „nicht nur bei den chronischen Gewaltstraftätern“, die Objekt der von ihm und anderen durchgeführten Delmenhorster Studie über „psychobiologische Grundlagen aggressiven und gewalttätigen Verhaltens“⁷⁸ waren. Vielmehr gelte verallgemeinernd, dass *niemand* für seine die kriminellen Handlungen bestimmenden „Gene, seine Gehirnentwicklung, für traumatisierende Erlebnisse im Kindesalter und ein negatives soziales Umfeld verantwortlich gemacht“ und dass „angesichts dieser Zusammenhänge das traditionelle indeterministisch-alternativistische Schuldprinzip und die Begründung von Strafe als Sühne und Vergeltung“ *generell* und *für niemanden* mehr „aufrecht erhalten werden“ könne⁷⁹. Deshalb sei auch der Umkehrschluss, dass ein Täter, dessen Schuld *nicht* nach § 20 des deutschen Strafgesetzbuches aufgrund anormaler Umstände ausgeschlossen ist, schuldfähig und also auch „tatsächlich willensfrei sei“, keineswegs haltbar⁸⁰. Denn „die bisherigen Erkenntnisse der Hirnforschung“ reichten „bei weitem aus (...) Zweifel an strafrechtlicher Schuld“ insgesamt und also „für alle Täter zu begründen“. Zusammen mit der Juristin *Grischa Merkel* zieht *Roth* daraus den Schluss, dass nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* niemand für schuldig erklärt werden dürfe. Auch verletze es das Willkürverbot, auf den immer gleichen Sachverhalt „neuronaler Störungen einer Person einmal mit dem Vorwurf des Anders-Handeln-Könnens“ zu reagieren, „und ein anderes Mal nicht“⁸¹.

⁷⁶ *Roth*, Festschrift für Lampe, S. 43, 47f.

⁷⁷ *Roth* (Anm. 58), S. 319f., 327.

⁷⁸ *Lück/Strüber/Roth*, Psychobiologische Grundlagen aggressiven und gewalttätigen Verhaltens, Hanse Studien Band 5, Oldenburg BIS 2005.

⁷⁹ *Roth/Lück/Strüber*, Gehirn, Willensfreiheit und Strafrecht, in: *Senn/Puskás* (Anm. 49), S. 105, 114, 113.

⁸⁰ *Roth/Lück/Strüber*, in: *Senn/Puskás* (Anm. 49), S. 108; *Grischa Merkel/Roth*, Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe, in: *Grün/Friedman/Roth*, Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht, 2008, S. 54, 72.

⁸¹ *Grischa Merkel/Roth*, in: *Grün/Friedman/Roth* (Anm. 80), S. 74f.; *Roth*, Worüber dürfen Hirnforscher reden – und in welcher Weise?, in: *Krüger* (Anm. 44), S. 27, 31, malt dazu die die Grund-

Für *Roth* ergibt sich nun daraus allerdings „der paradoxe Zustand, dass wir das Prinzip der persönlichen Schuld und ihrer Begründung durch eine freie Willensentscheidung als wissenschaftlich nicht gerechtfertigt ablehnen müssen“, dass aber die Gesellschaft „sehr wohl in der Lage sein muss, durch geeignete Erziehungsmaßnahmen ihren Mitgliedern das *Gefühl der Verantwortung* für das eigene Tun einzupflanzen, und zwar nicht aufgrund freier Willensentscheidung, sondern aus der aus Versuch und Irrtum herbeigeführten Einsicht heraus, dass ohne ein solches Gefühl der Verantwortung das gesellschaftliche Zusammenleben nachhaltig gestört ist. Die Erzeugung dieses Gefühls der Verantwortung“ ist demnach „eine Aufgabe, die jeder von uns – auch unfreiwillig – zu übernehmen hat“. In diesem Sinne kann es für *Roth* „Verantwortung ohne persönliche Schuld geben“. Ob die Gesellschaft bei ihren hiernach legitimen Erziehungsanstrengungen weiter von Begriffen wie Strafe und Strafvollzug redet, ist für *Roth* wohl sekundär, jedenfalls aber kein Problem. Denn „ein Verzicht auf den Begriff der persönlichen Schuld bedeutet keineswegs den Verzicht auf Bestrafung einer Tat als Verletzung gesellschaftlicher Normen“⁸². Diese Ersetzung der „persönlichen Schuld“ durch „Schuld als eine bloße Verletzung gesellschaftlicher Normen“ liefere zwar den Begriff „dem Wandel der gesellschaftlichen Normen aus“, habe aber den „großen Vorteil, dass man das Strafrecht nicht mehr in einer Weise“ begründe, „die aus der Sicht der modernen Hirnforschung und Psychologie“ nicht mehr „haltbar“ sei⁸³. Für die Strafzwecke und den Strafvollzug wird daraus abgeleitet, dass „Täter (...) danach nicht deshalb bestraft (werden), weil sie mutwillig schuldig geworden sind, sondern weil sie abgeschreckt oder gebessert werden sollen, falls das möglich ist; andernfalls muss die Gesellschaft vor ihnen geschützt werden.“⁸⁴ Im Strafvollzug soll damit „der Gedanke der Besserung einen viel höheren Stellenwert“ erhalten „als bis-

annahme des „kontinentaleuropäischen Strafrechts“ in Frage stellende Einlassung des „Schwerverbrechens vor Gericht“ an die Wand: „Nicht ich bin es, mein Gehirn ist es gewesen!“, wofür „er bzw. sein Verteidiger sich dann auf die Erkenntnisse der Hirnforschung beruft (was bereits mehrfach vorgekommen ist)“, leider – wenn es stimmt – bisher allerdings ohne veröffentlichtes Ergebnis. Eine solche Verteidigungsstrategie habe *ich* auf der 15. Max-Alsberg-Tagung 2005 in Berlin angeregt, um die Frage einmal bis zum BGH voranzutreiben, siehe *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 85, 110.

82 Zitate aus *Roth* (Anm. 14), S. 536–544; *ders.*, Willensfreiheit und Schuldfähigkeit aus Sicht der Hirnforschung, in: *Roth/Grün*, Das Gehirn und seine Freiheit, 2. Aufl. 2006, S. 9, 18; siehe zum parallelen Ringen um die Begrifflichkeiten „Strafe“ und „Verantwortlichkeit“ in der Bewegung der défense sociale *Ruske* (Anm. 29), S. 274 ff., zum Verhältnis von Schuld und Verantwortlichkeit S. 292 ff., 295 f.

83 *Roth*, in: *Roth/Grün* (Anm. 82), S. 18; *ders.* (Anm. 14), S. 542.

84 Siehe auch schon *Roth*, in: *Roth/Grün* (Anm. 82), S. 18; *ders.* (Anm. 14), S. 541.

her⁸⁵. Auch soll die Sanktionierung den „Maßregeln der Besserung und Sicherung (...), bei denen nicht die Schuld, sondern die Sozialgefährlichkeit des Täters ausschlaggebend ist“, angenähert werden⁸⁶. Der „spezialpräventive Ansatz“, für den „die Erkenntnisse der Hirnforschung“ genutzt werden könnten⁸⁷, müsste Therapieangebote als „Alternative zur traditionellen Sanktion“ in den Vordergrund rücken. Nach den Vorstellungen von *Grischa Merkel* und *Gerhard Roth* sollen sie allerdings nur als „Wahlalternative“ neben den überkommenen Sanktionen der Geld- und der Freiheitsstrafe bestehen. Sie wollen – überraschend – dem Täter die Wahl (!) belassen, „ob er sich der klassischen Bestrafung aussetzen oder ob er den therapeutischen Ansatz als Weg zu einer Verhaltensänderung nehmen will, um seinem Teil der Verantwortung gerecht zu werden“. Therapie könne nur auf „freiwilliger Basis erfolgen“, auch wenn die Entscheidung des Täters „keine Wahl im Sinne eines Anders-Handeln-Könnens wäre“⁸⁸.

3. Wolf Singer

Singer steht diesen Gedanken sehr nahe. Wenn nach ihm „davon ausgegangen werden“ muss, dass jemand tut, was er tut, weil just in dem Augenblick sein Gehirn zu keiner anderen Entscheidung kommen konnte⁸⁹, wenn selbst „die bewusst ablaufenden Prozesse“ im Hirn auf „neuronalen Wechselwirkungen“ und auch „bewusste Entscheidungen“ auf deterministischen Prozessen beruhen⁹⁰, dann drängt sich für *Singer* die Frage auf, ob es nicht im Recht „zur Klarheit beitrüge, wenn man neue Terminologien einführt“⁹¹ und „den diffusen (...) Begriff der Freiheit aufgäbe“⁹². „Wie verhält es sich da mit der Schuld?“ fragt er im Zusammenhang mit dem Verbrechen des Mordes. „Ich glaube“ – so seine Antwort – „wir werden vom Schuld- und Sühne-Konzept abkommen“ müssen⁹³.

85 *Roth*, in: *Roth/Grün* (Anm. 82), S. 18.

86 *Roth* (Anm. 14), S. 541f.

87 *Roth/Lück/Strüber*, in: *Senn/Puskás* (Anm. 49), S. 114.

88 Siehe *Grischa Merkel/Roth*, in: *Grün/Friedman/Roth* (Anm. 80), S. 82f., die selbst dort die nicht auflösbare Diskrepanz zwischen der vermeintlich „freiwilligen“ Wahl und fehlendem freien Willen thematisieren; aufgenommen in *Grischa Merkel/Roth*, in: *Stompe/Schanda* (Anm. 2), S. 157f.

89 *Singer*, Grenzen der Intuition: Determinismus oder Freiheit?, Festschrift für Simon, 2005, S. 529, 536.

90 *Singer*, in: *Krüger* (Anm. 44), S. 187, 190.

91 *Singer*, Festschrift für Simon, S. 536.

92 *Singer*, in: *Krüger* (Anm. 44), S. 193.

93 *Singer* (Anm. 8), S. 50f.

Denn von Unfreiheit (und fehlender Schuld) sei dann nicht nur dort zu sprechen, wo der forensische Gutachter eine makroskopisch sichtbare „Läsion im Präfrontallhirn“ feststellt, die „die Bahnen“ abschneidet, die „den Ort, wo ethische Normen gespeichert sind“ mit den „Zentren verbinden, deren Aktivierung erforderlich ist, um Handlungen zu unterdrücken“. Vielmehr könnten „den gleichen Effekt (...) auch unsichtbare Fehlschaltungen“ haben, die auf „genetische Dispositionen, fehlerhaft verlaufende Entwicklungs- und Prägungsprozesse“ oder auf „ungenügender oder falscher Einschreibung von Lerninhalten“ beruhen und in ganz derselben Weise bewirken, „dass eben (nur) diese und keine andere Entscheidung fallen konnte“⁹⁴. *Singer* nimmt nicht nur wahr, dass „diese Sicht“ nicht nur „im Widerspruch zu unserer Intuition“ steht, „zu jedem Zeitpunkt frei darüber befinden zu können, was wir je als nächstes tun oder unterlassen sollen“. Vielmehr sieht er auch, dass die dem entgegengesetzten „Grundthesen der modernen Hirnforschung mit großer Besorgnis rezipiert“ werden, weil „gemeinhin angenommen wird, dass die Zuschreibung von Schuld und damit einer der Grundpfeiler unserer Rechtssysteme mit der Existenz dieser Freiheit verbunden“ ist. Deshalb will er zwar naturgemäß nicht von den Grundthesen lassen, wohl aber – so gut es geht – „diese Sorgen zerstreuen“⁹⁵. Das gelingt freilich auch ihm nur auf eine etwas diffuse Art.

In seinen im Jahr 2003 publizierten „Gesprächen über Hirnforschung“ steht *Singer* dem Abschied von einem „Schuld- und Sühne-Konzept“ im Strafrecht noch eindeutig positiv gegenüber. Denn er verspricht sich von ihm, dass wir – auch mit dem Verbrecher – „toleranter, nachsichtiger, verständnisvoller“ verfahren. Er kann sich „vorstellen, dass sich unser Umgang mit Menschen, die wir heute als ‚Kriminelle‘ bezeichnen“, unter dem Einfluss des neuen Menschenbildes dem Umgang mit Epileptikern und Schizophrenen angleicht. Denn so wie wir diese heute als „Opfer verstehen, die für ihre Handlungen nichts können“, so werden wir auch abnormes Verhalten begreifen. „Ein kaltblütiger Mörder“ ist für *Singer* nicht anders als wir alle ein „in die Welt geworfenes Wesen“, dem wir nicht mit der rechthaberischen Attitüde eines arroganzbehafteten Freiheitsbegriffs, sondern toleranter, demütiger begegnen sollten. „Dieser arme Mensch hat eben das Pech, eine so niedrige Tötungshemmschwelle zu haben“, und für dieses Pech trägt er keinerlei Schuld. Es liegt vielmehr an der genetischen und durch Erziehung erfolgten Fehl-„Programmierung von Hirnfunktionen“.

94 *Singer*, in: *Krüger* (Anm. 44), S. 192; siehe dazu auch schon *Singer*, in: *Schmidinger/Sedmak* (Anm. 35), S. 135, 158f.

95 *Singer*, in: *Krüger* (Anm. 44), S. 188.

Von Interesse ist, welche Folgerungen *Singer* für den Umgang mit dem „kaltblütigen Mörder“ aus solchen Einsichten zieht. Er legt uns nahe, eingedenk der „Bedingtheit“ seines Tuns „verständnisvoller (...) humaner“ mit ihm umzugehen. „Das heißt“ nun allerdings auch für *Singer* „nicht, dass man tatenlos zusehen sollte. Natürlich muss die Gemeinschaft reagieren“. Auch muss sich „unser Strafvollzug“ nicht „grundlegend“ ändern. Man sollte freilich nicht mehr von „Strafmaß“, sondern von „Verwahrungs-“ oder „Schutzmaß“ sprechen, das sich nicht nach der Schwere der ja nicht vorhandenen Schuld, sondern „nach der Schwere der Normverletzung (...), aber auch danach richten sollte, wie niedrig die Schwelle zum Fehlverhalten eingeschätzt wird“⁹⁶.

Was innerhalb des durch das Schutzmaß gesetzten Zeitraums mit dem Mörder geschieht, beschreibt *Singer* dann so: „Die fragliche Person ist für die Gemeinschaft extrem gefährlich, weil sie ihre Tat bei jedem vergleichbaren Anlass immer wieder begehen könnte⁹⁷. Also muss man sich vor ihr schützen. Ich muss den Betroffenen also zunächst einmal daran hindern, dass er seine Tat wiederholen kann und zweitens versuchen, ihn durch erzieherische Maßnahmen, durch Verhaltensbeeinflussung, zum Besseren hin zu bewegen. Ich muss daran arbeiten, diejenigen Attraktoren in seinem Gehirn zu stärken, die die fragliche Tötungsschwelle höher setzen würden. Wir würden Straftäter also wegsperren, und bestimmten Erziehungsprogrammen unterwerfen, die durchaus auch Sanktionen einschließen würden. Wir wissen doch, dass Erziehung sowohl der Belohnung, als auch der Sanktionen bedarf“. Mit anderen Worten – so das angesichts des angekündigten verständnisvolleren und humaneren Umgangs etwas überraschende Fazit – „wir würden hübsch das Gleiche tun wie jetzt auch schon. Allein die Betrachtungsweise hätte sich geändert“⁹⁸.

In seinen hier schon mehrfach zitierten Arbeiten aus den Jahren 2005 und 2007 endet das erst jetzt geäußerte „Anliegen“, die aufgekommenen „Sorgen zu zerstreuen“, dann zwar sogar so, dass es sich in den Augen *Singers* „als zweckmäßig erweisen“ könnte, „im Rechtsalltag und im Selbstverständnis der Gesellschaft an den Begriffen ‚Freiheit‘, ‚Schuld‘ und ‚Strafe für Schuld‘ festzuhalten, weil jeder, der in unserem Kulturkreis erzogen wurde, damit zwar vage, aber zumindest konsensfähige Inhalte seiner Selbsterfahrung benannt“

⁹⁶ *Singer* (Anm. 8), S. 50f., 33f., 65f.

⁹⁷ Nur am Rande sei vermerkt, dass *Singer* hier ein in dieser Verallgemeinerung kriminologisch nicht haltbares Bild des (Rückfall-) „Mörders“ zugrunde legt, siehe dazu nur *Eisenberg*, Kriminologie, 6. Aufl. 2005, § 58 Rdn. 1ff., 18ff.; *Kaiser*, Kriminologie, 3. Aufl. 1996, § 59 Rdn. 13f., 17.

⁹⁸ *Singer* (Anm. 8), S. 34; zu in *Singers* und *Roths* Vorstellungen zu findenden Parallelen dazu, was bereits *Platon* einer „trefflichen Gesetzgebung“ als Reaktionen empfahl, siehe den Nachweis bei *Ruske* (Anm. 29), S. 287.

finde⁹⁹. Es wird aber zugleich deutlich, dass sich mit diesen Begriffen im von *Singer* dem gegenübergesetzten „akademischen Bereich“ ganz andere als die herkömmlichen Inhalte verbinden. Zwar folgt aus der Hirnforschung für *Singer* – wie bereits 2003 angedeutet – nicht, dass „abweichendes Verhalten nicht sanktioniert werden darf.“ Auch bleibe es bei der „Zuschreibung von Verantwortung, denn wer sonst als das handelnde Individuum könnte die Tat verantworten?“¹⁰⁰ Man sollte damit aber nicht die „fiktive Argumentationslinie“ der „westlichen Zivilisationen“ aufgreifen, „in der sie einen nicht sauber definierten Begriff von Freiheit mit kaum bestimmbarer Schuld in Verbindung“ brächten, „die dann zur Bestimmung des Strafmaßes herangezogen“ werde. Vielmehr müsse man sich klar machen, dass wir Kinder (wie Verbrecher) in der Absicht „bestrafen und belohnen“, ihre „Hirnarchitektur so zu prägen“, dass sie „später Entscheidungen treffen (...), die mit den sozialen Normen der Gesellschaft, in die“ sie „integriert werden“ sollen, „konform sind“. Das Maß dieser Anstrengungen sollte sich nach dem „Schweregrad abweichenden Verhaltens“ und der Struktur der „neuronalen Ausstattung (...), die“ den Menschen „zur Regelüberschreitung (...) disponiert“, richten. Von Strafe sei deshalb nur „als Sanktion für abweichendes Verhalten (...) zu reden, die sich nicht an der Schwere vermeintlicher Schuld, „sondern an der Normabweichung des Handelnden und damit an der Andersartigkeit seiner Hirnfunktionen“ ausrichte. Ihre Rechtfertigung ergibt sich für *Singer* aus dem „Verlangen“ der Gesellschaft „nach Schutz vor Tätern“, dem durch Abschreckung, Erziehung und Begrenzung der Bewegungsfreiheit Rechnung getragen werde. Zum anderen bediene diese Art von Strafe aber auch das „schon bei höheren Primaten feststellbare Bedürfnis, Delinquenten nicht ungeschoren davonkommen zu lassen“ und das selbst dann, „wenn die Gesellschaft von der erzieherischen Maßnahme nicht mehr profitiert“¹⁰¹.

⁹⁹ *Singer*, in: *Krüger* (Anm. 44), S. 193; *ders.*, Festschrift für Simon, S. 538; siehe dazu *Stübinger*, Das „idealisierte“ Strafrecht, 2009, S. 350f. Das „Zugeständnis“ fügt *Singer* allerdings nur scheinbar in den Kreis der sich in einem vernünftigen Rechtsdiskurs auf ein Schuldstrafrecht verständigen Bürger einer Zivilgesellschaft ein, wie er *Frisch*, Festschrift für Kühl, S. 210ff., vorschwebt.

¹⁰⁰ *Singer*, Festschrift für Simon, S. 536, 537; was allerdings „Verantwortung“ (ohne Freiheit und Schuld) heißt, bleibt offen.

¹⁰¹ Alle Zitate aus *Singer*, Festschrift für Simon, S. 536–538; kritisch hierzu *Lüderssen*, Die ewige Versuchung des Täterstrafrechts, KJ 39 (2006), S. 361, 364 ff.

4. Hans Markowitsch

Schließlich widersteht auch *Hans Markowitsch* nicht der Versuchung, an dem Grabgesang des Strafrechts mit einer auch bei ihm seltsam gespaltenen Stimme teilzunehmen. Die „Neurokriminologie bringt“ für ihn „weitreichende Veränderungen mit sich“. Die erste und wohl wichtigste klingt radikal. Es ist der Einbruch des Schuldstrafrechts. „Das so unscharf begründete Konzept der Schuld mag in Zeiten der Unwissenheit noch erlaubt gewesen sein, weil der daraus entstandene Nutzen eindeutig überwog und wir es gleichzeitig nicht besser wussten“. Wenn aber nunmehr durch die Hirnforschung „nachvollziehbare Gründe erkennbar“ geworden sind, „weswegen ein Straftäter sich“ in der entscheidenden Situation „nicht anders entscheiden konnte“, als er es getan hat, „darf sich die Schuldfrage nicht stellen“. Vielmehr bedarf „unser Rechtssystem“ dann „einer neurowissenschaftlichen Reform“. Unmittelbar dazu wird – zustimmend – *Arno Placks* 1972 gehaltenes „Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts“ zitiert¹⁰². „Unser Rechtssystem muss (...) wegkommen vom Vergeltungs- und Bestrafungsgedanken und hin zu einem System, das fest, aber gnädig mit denen umgeht, die handelten, weil sie mussten“¹⁰³, hin zu einer humaneren Antwort also auf „das Würfelspiel der Natur, das Kriminelle entstehen lässt“¹⁰⁴.

Auch für *Markowitsch* kann allerdings „eine Gesellschaft nur dann funktionieren und sich schützen, wenn sie Verletzungen ihrer Moral und Rechtsgrundsätze durch entsprechende Sanktionen ahndet“¹⁰⁵. „Die Gesellschaft hat unbestritten ein Anrecht darauf, nicht tyrannisiert zu werden von Leuten, die ihr nicht wohlwollen. Daher kann man Straftäter nicht weiter frei herumlaufen lassen“¹⁰⁶. Auch

102 *Markowitsch/Siefer* (Anm. 1), S. 12, 227.

103 *Markowitsch/Siefer* (Anm. 1), S. 239; siehe auch *Markowitsch* in dem von *Lakotta* geführten Spiegel-Gespräch (Der Spiegel 31/2007, S. 118): „Schuldfähig bedeutet: Der Täter hätte frei entscheiden können, sich anders zu verhalten. Dass er das konnte, bestreite ich“ und S. 117: „Wir identifizieren derzeit Mechanismen im Hirn, die ein Verhalten hervorbringen können, das wir moralisch als böse, juristisch als strafbar bewerten. Neurowissenschaftlich betrachtet sind das Defekte, für die ein Delinquent nichts kann“.

104 *Markowitsch/Siefer* (Anm. 1), S. 13.

105 *Piefke/Markowitsch*, Angeborene Moral? Naturwissenschaftliche Erkenntnisse aus der Hirnforschung, in: *von Gottberg/Prommer*, Verlorene Werte? Medien und die Entwicklung von Ethik und Moral, 2008, S. 33, 42; *Markowitsch*, Kriminalität als Krankheit, in: *Saimeh*, Zukunftswerkstatt Maßregelvollzug, 2008, S. 167, 173; *Markowitsch/Piefke*, Genetisch-biologische und umweltbedingte Determinanten von Moralvorstellungen und gesellschaftskonformen Verhaltensweisen, Wissenschaft/tv diskurs 44 (2008), S. 74, 77.

106 *Markowitsch*, Tiefe Blicke in das Verbrechergehirn, in: *Fayet*, Die Anatomie des Bösen, 2008, S. 147, 153.

Markowitsch will deshalb aus „der uns innewohnenden Determiniertheit“ nicht den eigentlich zwingenden Schluss ziehen, dass wir *niemanden* für sein „Tun verantwortlich machen“ können¹⁰⁷. Vielmehr dürfen wir offenbar an den „freien Willen als eine „soziokulturelle Fiktion“ – trotz ihrer Entlarvung als „gesellschaftliche Illusion“ – doch anknüpfen. Sie ziehe nämlich – was überrascht – „nicht generell die Schuldfähigkeit für unmoralische und/oder kriminelle Handlungen einer Person in Zweifel“¹⁰⁸.

Womit wir an kriminelle Handlungen und Dispositionen auf diesem Hintergrund anknüpfen sollten, deutet *Markowitsch* dann – freilich nur vage – in zweierlei Richtungen an. „Eine besondere Herausforderung, die sich durch die Erkenntnisse der Naturwissenschaften auftut“ – so schreibt er – „ist die nach Alternativen im *Strafvollzug*“. Hier hält er in Übereinklang mit *Singer* für wahrscheinlich, dass „die gegenwärtige Zweiteilung in gewöhnliche Straftäter und solche, die wegen Unzurechnungsfähigkeit in forensischen Psychiatrien untergebracht werden, (...) obsolet werden“ könnte. Die „Behandlung von Straftätern“ stünde dann für alle gleichermaßen im Vordergrund. „Umerziehungslager“ könnten zwar „nicht wünschenswert sein“. Es lasse die „über die Lebensspanne“ sich erhaltende „Plastizität“ und „Veränderbarkeit“ des Gehirns (auch im Erwachsenenalter) aber zu, „Handlungsalternativen mit den Straftätern einzuüben“. „Denn das Gehirn ist sehr lernfähig und erlaubt korrigierende Eingriffe“. Die „neuronale Plastizität“ verspreche „die Wirksamkeit psychotherapeutischer Interventionen (...), was für die Therapie von Straffälligen von großer Bedeutung“ sei¹⁰⁹. Freilich nehme die „neuronale Formbarkeit mit zunehmendem Alter ab“¹¹⁰. Auch sei sie als Instrument der Verbrechensprävention nicht unbedenklich; denn man müsse bei allem bedenken, „dass alle denkbaren Maßnahmen auf eine Form von Gehirnwäsche hinauslaufen“. Deshalb bedürfe es einer „breiten Konsensbildung“ darüber, was möglich sein soll, einer „verstärkten Ethikdiskussion“, die „sich mit diesen Zukunftsfragen unserer Gesellschaft“ auseinandersetzt¹¹¹.

107 So klingt es freilich noch bei *Markowitsch*, Warum wir keinen freien Willen haben, *PsychRundschau* 55 (4), 2004, S. 163, 167, wo gesagt wird, dass wir „alle anderen Individuen“ angesichts ihrer fehlenden „Wahlfreiheit“ ebenso wenig wie den „geisteskranke Verbrecher“ oder „einen Löwen für ihr Töten anderer Individuen (...) verantwortlich machen“ könnten, sondern „im strengen Sinne betrachtet“ von „Wertfreiheit“ dieser Handlungen ausgehen müssten.

108 *Piefke/Markowitsch*, in: von *Gottberg/Prommer* (Anm. 105), S. 33, 42.

109 Zitate aus *Markowitsch/Siefer* (Anm. 1), S. 237, 13; *Markowitsch*, in: *Saimeh* (Anm. 105), S. 167, 173.

110 *Markowitsch*, in: *Saimeh* (Anm. 105), S. 177.

111 Zitate aus *Markowitsch/Siefer* (Anm. 1), S. 277, 238, 231; das Postulat nach ethischer Begleitung stellt sich dringlich auch, wenn man mit *Singer* (siehe bei Anm. 101) vom Gebot einer Prägung der Hirnarchitektur spricht.

Die genannten Vorbehalte müssen namentlich dann gelten, wenn man mit *Markowitsch* als Zweites anregt, schon im Kindesalter¹¹² kriminelle Dispositionen zu ermitteln und zu behandeln, um Kriminalitätsprävention zu betreiben. Da die „Plastizität“, die Formbarkeit des Gehirns hier noch besonders ausgeprägt sei, sollte die Gesellschaft die Möglichkeiten der Neurowissenschaften auch schon hier nutzen. *Markowitsch* kann sich hierzu vorstellen, dass wir nach dem Vorbild von „Röntgenreihenuntersuchungen gegen Tuberkulose“ und „Impfungen“ für Kinder „in wenigen Jahren (...) Reihenuntersuchungen“ für diese Altersgruppe einrichten, „die sich auf die in den Neurowissenschaften ausgearbeiteten Verfahren stützen und die in gezielte Förderprogramme für Risikogruppen münden“¹¹³. „Da sich die Risikoneigung mit relativ einfachen, spielerischen Tests und Fragebögen ermitteln lässt, sind recht eindeutig jene Kinder und Jugendlichen identifizierbar, die eine Tendenz zu delinquentem Verhalten aufweisen“. Für sie sollten „präventive Programme aufgelegt werden“¹¹⁴. Dazu will *Markowitsch* nicht nur die „Erziehung in sozialen Gruppen, also in Kindergärten oder Vorschulen“, sondern auch „Fußballclubs, Musik- oder Theatergruppen“ nutzen¹¹⁵, auch Anti-Aggressions-Training, wie das „als ‚Faustlos‘ angebotene Programm im Schul- oder Vorschulbereich“¹¹⁶.

Ob man „delinquenzgefährdeten Kindern Pillen verschreiben“ soll, „wie sie gegenwärtig Kinder mit Aufmerksamkeitsdefizit-/Hyperaktivitätssyndrom erhalten“, ist für *Siefer* und *Markowitsch* „noch nicht absehbar.“¹¹⁷ Sie können sich aber „die Therapie mit neuropharmakologischen Substanzen (...) bei potentiellen und bereits straffällig gewordenen“ Personen namentlich im Problemkreis der Gewaltkriminalität über alle Altersgruppen hinweg vorstellen¹¹⁸.

112 Siehe hierzu *Piefke/Markowitsch*, Psychobiologische Grundlagen von Gewalt und Aggression, in: *Böllinger et al.* (Anm. 1), S. 37, 46f.; *dies.*, Angeborene Moral? Naturwissenschaftliche Erkenntnisse aus der Hirnforschung, in: *von Gottberg/Prommer* (Anm. 105), S. 33, 42ff.

113 *Markowitsch/Siefer* (Anm. 1), S. 230f.

114 *Markowitsch/Siefer* (Anm. 1), S. 229.

115 *Markowitsch/Siefer* (Anm. 1), S. 230.

116 *Markowitsch*, in: *Saimeh* (Anm. 105), S. 174f.

117 *Markowitsch/Siefer* (Anm. 1), S. 231.

118 *Piefke/Markowitsch*, Neuroanatomische und neurofunktionelle Grundlagen gestörter kognitiv-emotionaler Verarbeitungsprozesse bei Straftätern, in: *Grün/Friedman/Roth* (Anm. 80), S. 96, 124; zu Konzepten der IKV und der Bewegung der *défense sociale* zur „Bekämpfung“ krimineller Neigungen von Kindern und Jugendlichen siehe *Ruske* (Anm. 29), S. 328ff.

5. Zusammenfassung

Fasst man die Botschaft zusammen, die von den vier hier zitierten deutschen Hirnforschern ausgeht, ergibt sich ein gespaltenes Bild. In seinen Wünschen, Absichten, Zielen, in seinen Entscheidungen und Handlungen fühlt sich der Mensch frei, ist es aber nicht. Willensfreiheit ist in der Erste-Person-Perspektive erfahrene, subjektiv erlebte Wirklichkeit. In der neurowissenschaftlich maßgeblichen Dritte-Person-Perspektive, aus dem Blick dessen, der dem Menschen beim Entscheiden und Handeln mit den Mitteln der Neurowissenschaften zuschaut¹¹⁹, ist Willensfreiheit dagegen – anders als Benjamin *Libet* es sah¹²⁰ – nur Illusion. Das limbische System, nicht ein „Ich“ ist der Herr im Hause. Die Annahme des *Alternativismus*, wir hätten jederzeit anders entscheiden, wir hätten jederzeit anders handeln können, als wir entschieden, als wir gehandelt haben, ist falsch. Niemand kann anders, als er ist. Unser limbisches System legt uns fest. Wir sind wie alles Naturgeschehen determiniert. Ein an persönliche Vorwerfbarkeit regelbrechenden Verhaltens knüpfendes Schuldstrafrecht ist folglich obsolet. Wir sollten die Idee der an ein Anders- Entscheiden und Handeln-Können knüpfenden Schuld aufgeben. Die Sicherung der Gesellschaft vor dem unverbesserlich gefährlichen Täter durch Wegsperrern ist legitim. Unternehmenswert ist aber auch der Versuch, an das soziokulturelle Konstrukt der persönlichen Verantwortlichkeit für sein Tun und das subjektive Erleben der Freiheit anzuknüpfen und Täter durch Erziehungs- und Behandlungsprogramme zu legalem Verhalten zu befähigen. Die dazu erforderliche Beeinflussung geschieht nicht über die Justierung eines „freien Willens“, den es nicht gibt, sondern durch eine Konditionierung des limbischen Systems, das trotz seiner genetischen, pränatalen und frühkindlichen Festlegungen einer Einflussnahme von außen nicht gänzlich verschlossen ist. Die Plastizität des Gehirns, seine Formbarkeit, die in der Kindheit am ausgeprägtesten ist, bleibt, wenn auch in abnehmendem Maße, eine Lebensspanne lang erhalten und eröffnet dadurch Zeitfenster, in denen die Anpassung des kriminell veranlagten Menschen an die normativen Erwartungen der Gesellschaft (noch)

119 Siehe zu den technischen Mitteln der Sichtbarmachung von Hirnvorgängen *Markowitsch/Siefer* (Anm. 1), S. 47 ff.; vgl. auch die Darstellung in: Das Manifest, Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung, in: *Gehirn und Geist* 2004, S. 30 ff.; im Zusammenhang mit Glaubwürdigkeitsfeststellungen zu Aussagen im Strafprozess siehe auch *Markowitsch*, Implikationen neurowissenschaftlicher Erkenntnisse für die Jurisprudenz, *Kriminalistik* 2006, S. 619 ff.; *ders.*, Neuroanatomische und neurofunktionelle Aspekte krimineller Verhaltensweisen: Die Hirnfunktion, falsche Erinnerungen und Glaubhaftigkeit, in: *Jürgen Müller*, *Neurobiologie forensisch-relevanter Störungen*, 2010, S. 260 ff.

120 *Libet*, *Mind Time*, *Wie das Gehirn...*, 2005 (Anm. 14), S. 197.

möglich ist. Auch zur Kriminalität nur disponierte Personen, die durch neurowissenschaftliche Reihenuntersuchungen schon im Kindesalter ermittelt werden, sollten einer präventiven Behandlungs- und Erziehungsstrategie unterworfen werden, um Kriminalität zu vermeiden oder doch in den Grenzen des Möglichen einzudämmen.

IV. Umbrüche im Recht

Was ändert sich für das *Recht*, was für das *Strafrecht*, wenn man die Aussagen der Hirnforscher zunächst einmal ernst nimmt, und zwar jener *vier*, die anders als *Libet* Willensfreiheit leugnen, die *Willensfreiheit zur Illusion* erklären? Die Antwort muss lauten: prima vista oder besser in Konsequenz ihrer Sicht eigentlich alles. Sicher hängt die Antwort von dem Rechtssystem ab, auf das man sie bezieht. Sie kann daher im jeweils nationalen Kontext anders ausfallen. Geht man in Deutschland aber von einem Menschenbild aus, in dem es freies Entscheiden und Handeln nicht gibt, in dem der Mensch wie alles Naturgeschehen strikt determiniert ist, verändert man radikal die Grundlagen *allen* hier geltenden Rechts.

Diese Einschätzung wird zwar nicht durchgehend geteilt¹²¹. Für die verschiedenen Rechtsgebiete finden sich vielmehr auch Stimmen, die nicht nur von einer

121 Siehe für die *gesamte Rechtsordnung* z.B. *nicht* von *Schmidt-Aßmann*, Willensfreiheit im Recht, in: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, Zur Freiheit des Willens, Debatte Heft 1, 2004, S. 71 ff.; für das Öffentliche Recht z. B. *nicht* von *Hochhuth*, Die Bedeutung der neuen Willensfreiheitsdebatte für das Recht, JZ 2005, 745 ff.; *Spranger*, Der Einsatz neurowissenschaftlicher Instrumente im Lichte der Grundrechtsordnung, JZ 2009, 1033 ff.; für das Zivilrecht z.B. *nicht* von *Mankowski* (Anm. 29); S. 181 ff., 187 ff.; für das *Strafrecht* z.B. *nicht* von *Boetticher*, Willensfreiheit und Schuldfähigkeit aus der Sicht des Richters, in: *Duttge* (Anm. 6), S. 111 ff.; *Hassemer*, Grenzen des Wissens im Strafprozess, ZStW 121 (2009), S. 829 ff.; *Mosbacher*, Naturwissenschaftliche Scheingefechte um die Willensfreiheit, JR 2005, S. 61 ff. Damit wird eine „Grundhaltung“ zur praktischen Relevanz der Willensfreiheitsfrage im Recht empfohlen, die offenbar – trotz des antiken philosophischen Streits – schon das Römische Recht kennzeichnet, siehe dazu *Baldus*, Die Bedeutung der Willensfreiheit im Römischen Privatrecht, in: *Lampe/Pauen/Roth*, Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, 2008, S. 167 ff.; *wie hier* dagegen z.B. *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorbem. §§ 13 ff., Rdn. 110 b; *Klaus Günther*, Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M., Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2007, S. 71, 72; *Jäger*, Willensfreiheit, Kausalität und Determination. Stirbt das moderne Schuldstrafrecht durch die moderne Gehirnforschung?, GA 2013, 3 ff.; *Kudlich*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StGB, 2. Aufl. 2014, Vor §§ 13 ff. Rdn. 75; siehe auch *Luf*, Willensfreiheit in rechtsphilosophischer Perspektive, in: *Stompa/Schanda*, Der freie Wille und die Schuldfähigkeit, 2010, S. 101, 106 f.

Rezeption der Hirnforscherthesen abraten, sondern ihre Bedeutung für die normativen Setzungen des Rechts leugnen und deshalb empfehlen, sie einfach zu ignorieren. Aber damit macht man es sich zu leicht, denn die Infragestellung ist für ein Rechtssystem, das auf Menschenwürde, Selbstbestimmung und -verantwortung setzt¹²², und das zudem in zahlreichen, über alle drei großen Rechtsgebiete verstreuten Vorschriften von „freier Willensbestimmung“¹²³ oder der „Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung“ (§ 136a StPO) spricht, zu elementar.

1. Rechtsgebiete jenseits des Strafrechts

Das kann für die Rechtsgebiete *jenseits* des Strafrechts hier nur angedeutet werden. Für den Rechtsphilosophen *Johann Braun* ist der „Streit um die Willensfreiheit im Kern (...) ein Problem der gegenseitigen Anerkennung als Gleicher und damit das Grundproblem allen Rechts (...) Aus der fundamentalen Gleichheit erwachsen“ für ihn „alle Freiheitsrechte, die als (...) Menschenrechte auf der Basis der Menschenwürde die Grundlage des modernen Rechts ausmachen (...). Die Überzeugung, dass“ wir „freie Subjekte sind (...), bildet die Grundlage des modernen Rechtsstaates (...). Der Vorschlag, man solle aufhören, von Freiheit zu reden, läuft vor diesem Hintergrund“ für *Braun* deshalb „darauf hinaus, die gedanklichen Voraussetzungen des modernen Rechts zu leugnen“¹²⁴. Für den Öffentlichrechtler *Werner Heun* ist „die Problematik der Willensfreiheit im System der Grundrechte (...) durch die Garantie der Menschenwürde aufgeworfen“ und keineswegs „ohne (...) verfassungsrechtliche Bedeutung“. Denn es bleibt „die Idee in der Willensfreiheit begründeter Selbstbestimmung nicht ohne Einfluss auf Verständnis und Interpretation der Menschenwürde und daraus resultierender Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrechte“. Auch „Fragen der Verfügung über Entscheidungen am Ende des Lebens“ erscheinen für ihn „in

122 Siehe zum Menschenbild des Grundgesetzes BVerfGE 108, 282, 300; *Hörnle*, Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips, Festschrift für Tiedemann, 2008, S. 325, 334 ff. m. w. N.; moderater als hier, i. E. aber zurecht auch eine Auseinandersetzung mit der Hirnforschung anmahnd *Ruske* (Anm. 29), S. 237 ff.

123 So z. B. in §§ 104, 1304, 827 BGB, § 61 VVG (siehe dazu *Cording*, in: *Jürgen Müller/Hajak*, Willensbestimmung zwischen Recht und Psychiatrie, 2005, S. 38 ff.), § 101 StVollzG (dessen Wortlaut insoweit von allen Landesstrafvollzugsgesetzen übernommen worden ist) und in den Landespolizeigesetzen in den den Gewahrsam regelnden Vorschriften; siehe zur Genese und Bedeutung dieses gesetzlichen Bausteins *Hillenkamp* (Anm 10); annähernd synonym spricht § 24 StGB von „freiwillig“, § 1896 Abs. 1a BGB von einer Betreuerbestellung gegen den „freien Willen“.

124 *Braun*, Meine Freiheit ist deine Freiheit, JZ 2004, 610, 612.

einem anderen Licht, wenn die Möglichkeit freier Entscheidung prinzipiell verneint wird“. Deshalb „kann die Frage auch nicht einfach unentschieden bleiben“¹²⁵. Für *Heinrich Wolff* will dabei „das Recht“ durch die Verfassung auch nicht etwa nur die von den Hirnforschern nicht in Frage gestellte „vorgestellte“, sondern die „wirkliche (...) Freiheit ermöglichen und schützen“. Denn es bedeutete „die Aufgabe des Sinns der Jurisprudenz überhaupt“, wenn man die „Rechtsnormen allein in das Reich des Selbstbewusstseins“ verwies¹²⁶. Die damit angesprochene Frage, „ob die Hirnforschung dem Gedanken der Menschenwürde die Grundlage entzieht“, wird von *Martin Kriele* bejaht: „Das tut sie in der Tat durch die Hypothese, dass allein das materielle Gehirn Geist, Emotionen und die Ich-Erfahrung hervorbringe“¹²⁷. So wie er setzt sich auch *Christoph Möllers* daher mit dem neuen Menschenbild auseinander. „Eine Rechtsordnung kann sich dafür entscheiden“, schreibt der Verfassungsrechtler, „ihren Rechtsgenossen Willensfreiheit zuzusprechen und moderne Verfassungsordnungen (wie die deutsche) sind (...) auf eine solche Entscheidung regelmäßig (auch) angelegt“. Mit der Verfassung gibt sich der Souverän, das Volk, „das Versprechen, seine Mitglieder (...) als vernünftige, willensfreie Menschen zu behandeln“. Und wenn daraus eine Ordnung entsteht, die dem Einzelnen sein Verhalten zurechnet, dann muss sicher sein, „dass es zu einem Ereignisablauf für eine beteiligte Person auch Alternativen“ gibt, „sodass das Ereignis als Handlung dieser Person“ zu verstehen ist. „Willensfreiheit entäußert sich nur in Abläufen, die auch anders möglich erscheinen“, schreibt *Möllers* und zeigt damit auf, dass die Hirnforscherthesen, die den *Alternativismus* leugnen, an unseren Grundfesten rütteln. „Für eine Rechtsordnung determinierter Individuen steht eine verfassungsrechtliche Sprache“ nach ihm „soweit ersichtlich nicht zur Verfügung“¹²⁸. Schließlich sagt der Öffentlichrechtler *Eberhard Schmidt-Aßmann* zwar, es bleibe z. B. aus der „Rechtsfigur des subjektiven öffentlichen Rechts (ausgeklammert), welche tieferliegenden neuronalen Vorgänge diesem Ausdruck grundrechtlicher Freiheit“ zugrunde lägen. Auch komme es z. B. für das öffentlich-rechtliche „Beugemittel“ des Zwangsgeldes für den gebeugten Willen nicht darauf an, „ob er eigentlich frei sei“ und sich als solcher „der staatlich durch-

125 *Heun*, Die grundgesetzliche Autonomie des Einzelnen im Lichte der Neurowissenschaften, JZ 2005, 853, 855; eine „Ausweichstrategie“ im Sinne des Nichtentscheidens oder der bloßen „Annahme der Freiheit“ – so z. B. *Klaus Günther*, in: *Maasen/Prinz/Roth*, Voluntary Action 2003, S. 263, 275 ff. – hält *Heun*, a. a. O. Fn. 43, für „keine Lösung des Problems“.

126 *Heinrich Amadeus Wolff*, Die Willensfreiheit und die Grundrechte, JZ 2006, 925, 928.

127 *Kriele*, Hirnforschung und Rechtsreform, ZRP 2005, 185, 187.

128 *Möllers*, Willensfreiheit und Verfassungsrecht, in: *Lampe/Pauen/Roth* (Anm. 121), S. 250 ff. (Zitate: S. 255, 260, 271).

gesetzten Verfügung“ beuge¹²⁹. Die Auskunft, es zähle insoweit „einzig der Erfolg“, ist aber doch dann eine zweifelhafte Behauptung, wenn es dem Menschen an der Fähigkeit, sein Recht selbstbestimmt wahrzunehmen oder sich selbstverantwortet staatlicher Verfügung zu verweigern, fehlte.

Für das Zivilrecht spitzt sich für *Wolfgang Schur* „die von den Neurowissenschaften aufgeworfene Problematik“ vor allem „auf das Verhältnis von Willensfreiheit und Privatautonomie“ zu. Zwar besitze „für die rechtstechnische Seite des Privatrechts die Frage der Willensfreiheit keine Bedeutung“. Auf der „Ebene der kulturellen Rechtfertigung“ neige „die Privatrechtstheorie (aber) dazu, Willensfreiheit zu unterstellen“ und werde daher durch die Debatte sehr wohl berührt. Deshalb „wäre eine grundlegende Neuausrichtung des Strafrechts aufgrund von Einsichten der Hirnforschung“ für *Schur* auch „nicht ohne Einfluss auf das Verständnis der Grundlagen des Privatrechts“¹³⁰. Näher ausbuchstabiert hat diesen Einfluss vor allem der Zivil- und Medizinrechtler *Adolf Laufs*. Er bezeichnet das Thema zu Recht als „eine Vorfrage“ für alles Recht. Und er sieht diese Vorfrage im Zivilrecht im Sinne eines indeterministischen Verstehens beantwortet. Dazu werden die §§ 104 Nr. 2 und 827 Satz 1 BGB zitiert, die bei einem „die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand“ Geschäftsfähigkeit oder Verantwortlichkeit verneinen. Diese Vorschriften blieben für *Laufs* „unverständlich“, wenn die eine nicht „das Menschenbild des grundsätzlich subjektiv Verantwortlichen“ zugrunde legte und die andere nicht für die Gültigkeit jeden Rechtsgeschäfts „die freie Willensbildung seines Urhebers erforderte“¹³¹. Wie für *Schur* folgt zudem auch für *Laufs* die Privatautonomie mit den ihr eigenen Rechten „einem freiheitlichen, nicht deterministischen Menschenbild“. Auch die „zivilistische Handlungslehre“ setzt für ihn „den freien Willen weithin voraus“. Und das gilt auch für die

129 *Schmidt-Aßmann* (Anm. 121), S. 78.

130 *Schur*, Die Bedeutung der Willensfreiheit für das heutige deutsche Privatrecht, in: *Lampe/Pauen/Roth* (Anm. 121), S. 226 ff. (Zitate S. 226, 245, 246); insoweit dezidiert anders *Mankowski* (Anm. 29), S. 189 ff., der für das Zivilrecht eine normative Setzung von Willensfreiheit für notwendig und zugleich legitim hält; ähnlich i. E. *Beckmann*, Der „natürliche Wille“ – ein unnatürliches Rechtskonstrukt, JZ 2013, 604, 607.

131 *Burkhardt*, Willensfreiheit aus rechtlicher Sicht, in: *Tröger*, Wie frei ist unser Wille?, 2007, S. 87, 91, behauptet demgegenüber (ohne Beleg), im Zivilrecht habe schon immer „Einigkeit darüber“ bestanden, dass mit der „freien Willensbestimmung in den §§ 104 Nr. 2, 827 Satz 1 BGB nicht die indeterministische Willensfreiheit zu verstehen ist.“ Das klingt bei *Laufs* anders und ist auch historisch anfechtbar, siehe dazu *Hillenkamp* (Anm. 10); Beispiele für das schweizerische Zivilrecht liefert *Bommer*, Hirnforschung und Schuldstrafrecht, Luzerner Universitätsreden Nr. 18, 2008, S. 23, 26 f.; siehe dazu auch *Hotz* (Anm. 29), S. 371 ff., die für die Schweiz, die den Begriff des freien Willens nur im Ehescheidungsrecht kennt, der Herausforderung ähnlich wie *Burkhardt* (siehe dazu bei Anm. 186) begegnen will.

Rechtsgeschäftslehre. Hier „prägt die freie Willensbetätigung des verantwortlichen Rechtsgenossen das Bild – nicht nur im Schuldrecht, sondern ebenso im Sachen-, Familien- und Erbrecht. Wenn exponierte Neurowissenschaftler wie *Gerhard Roth*, *Wolfgang Singer* und *Hans Markowitsch* das Schuldstrafrecht abschaffen wollen, dann müssen sie konsequenterweise auch die selbstverantwortliche Willenserklärung abtun – bei Schuldgeschäften, Verfügungen, Eheverträgen, Testamenten, kurz: bei allen Rechtsgeschäften. Es entstünde“ so folgert *Laufs* in Anlehnung an ein von *mir* geprägtes Bild – „eine absurde Gesellschaft limbischer Marionetten, gesteuert von den Vorgaben ihrerseits determinierter Dirigenten“¹³².

2. Veränderungen des Strafrechts

Es ist den zitierten Hirnforschern – so scheint es – in keiner Weise bewusst, dass ihre Thesen an den Grundlagen *allen* Rechts rütteln. Sie wenden sich *nur* gegen das Strafrecht. Und es ist ihnen ganz offenbar auch nicht bewusst, dass sich ihre Attacke gegen das Strafrecht keineswegs nur gegen ein *Schuldstrafrecht* richtet. Wendet man sich nämlich der Bedeutung der Hirnforscherthesen für dieses Rechtsgebiet zu, so erweist sich, dass das „Strafrecht“ der Hirnforscher sich nicht nur in *einer*, sondern in *dreierlei* Hinsicht von dem geltenden Strafrecht in Deutschland ganz elementar unterscheidet¹³³.

a) Auswirkungen auf dogmatische Institutionen außerhalb der Schuld

Zum Ersten müssten wir den weitgehenden Zusammenbruch des binnendogmatischen Gerüsts auffangen, das Generationen von Strafrechtsgelehrten und Strafrichtern in die Straftat eingezogen haben. Man kann den naturwissenschaftlich orientierten Angreifern vielleicht nicht vorhalten, dass sie das nicht sehen, sicher

132 *Laufs*, Der aktuelle Streit um das alte Problem der Willensfreiheit. Eine kritische Bestandsaufnahme aus juristischer Sicht, *MedR* 2011, S. 1ff. (Zitate S. 5–7); zum Bild der durch das limbische System dirigierte Marionette siehe schon hier zu Anm. 62 und *Hillenkamp*, in: *ders.* (Anm. 6), S. 85ff.; dort – S. 95 – auch – deutlich verkürzt – zur Bedeutung der Hirnforscherthesen für die Gesamtrechtsordnung mit Beispielen aus allen Rechtsgebieten, in denen die Leugnung der Willensfreiheit die Grundlagen erschüttert. Dazu, dass das Modell der Willensfreiheit auch dem Zivilrecht zugrunde liegt, siehe schon *Waldstein*, Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, *Festschrift für Schwind*, 1978, S. 329ff., 331, 374ff.; als für die zivilrechtliche Verschuldenshaftung unentbehrlich sieht sie *Jäger*, *GA* 2013, 12; zurückhaltender beurteilt die Folgen für das Zivilrecht *Cording*, in: *Heinze/Fuchs/Reischies* (Anm. 10), S. 223ff., 239ff.

133 Siehe zum Folgenden schon *Hillenkamp*, in: *ders.* (Anm. 6), S. 85, 95–101.

nicht, dass sie hierzu keine (konstruktiven) Gegenvorschläge machen. Man sollte ihnen aber angesichts ihrer die Konsequenzen nur sehr einseitig beleuchtenden Thesen deutlich vor Augen führen, für welche Schäden im Gerüst Reparaturbedarf entstünde, wenn man den Einfluss eines Willens auf Entscheiden und Handeln des Menschen verneint. Dafür seien hier nur zwei Fragenkreise benannt.

So ist zum einen schon nicht zu sehen, dass wir die *Mindestanforderung* an für das Strafrecht *relevantes Handeln* aufrecht erhalten könnten, die darin besteht, dass ein *gewillkürtes*, also ein über den Willen laufendes und dadurch vom Menschen *beherrschbares* Verhalten gegeben sein muss. Schon diese Mindestbedingung aller Handlungslehren¹³⁴ für das zentrale Grundelement jeder Straftat, die Handlung, ist nicht erfüllbar, wenn „auch bei subjektiv als willkürlich erlebtem Verhalten“ eine „für die strafrechtliche Verantwortlichkeit“ objektiv erforderliche „willentliche Beeinflussbarkeit des verletzenden Verhaltens“ fehlt. „Menschliches Verhalten insgesamt“ muss dann – wie *Grischa Detlefsen* als eine der wenigen, die für das Strafrecht den Hirnforscherthesen anhängen – zu Recht deklariert „unter den normativen Begriff der Unvermeidbarkeit fallen“¹³⁵. Aber auch anspruchsvollere Handlungslehren als die naturalistisch kausale, die sich mit nur „gewillkürtem Verhalten“ beschiede, müssen aus der Sicht der Hirnforscher Schiffbruch erleiden. Zu der von *Hans Welzel* maßgeblich geförderten Idee einer finalen Überdetermination des blinden Kausalgeschehens – eine noch heute in der Handlungs- und Vorsatzlehre wirksame Vorstellung – würden dieser Idee selbst und ihrer von *Welzel* in Anspruch genommenen, das Strafrecht bindenden ontologischen Vorgegebenheit der Boden entzogen¹³⁶. Denn die für sein personales Unrecht grundlegende „steuernde Urheberchaft“ ist ja den Hirnforschern zufolge nur „Illusion“¹³⁷. Beschreibt man mit *Claus Roxin* die Handlung

134 Siehe zu ihr nur *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 8 Rdn. 10ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Aufl. 2014, Rdn. 80, 85ff.; zu ihrem Fehlen siehe auch *Hillenkamp*, in: *ders.* (Anm. 6), S. 85, 96.

135 *Detlefsen* (Anm. 14), S. 333 zur dort deshalb generell verneinten „Vermeidbarkeit“; zuvor – S. 330–332 – werden aus diesem Grund die vertretenen Handlungsbegriffe aufgrund ihres „Konstruktionsfehlers“ abgelehnt; die Grundeinstellung – die Hirnforscherthesen stellen zu Recht das geltende Strafrecht in Frage – teilen *von Galen*, Der Standpunkt der Strafverteidigung – Plädoyer für eine Überprüfung der Schuld Kriterien, in: *Barton* (Anm. 9), S. 361; *dies.*, Grußwort, in: *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 31ff.; *Herdegen*, Schuld und Willensfreiheit, Festschrift für Richter II, 2006, S. 233ff.; *Spilgies*, Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht, 2004; *ders.*, Die Kritik der Hirnforschung an der Willensfreiheit als Chance für eine Neudiskussion im Strafrecht, HRRS 2005, 43ff. mit einer Duplik von *Kudlich*, HRRS 2005, 51f.; *ders.*, Zwischenruf: Die Debatte über „Hirnforschung und Willensfreiheit im Strafrecht“, ZIS 2007, 155ff.

136 Siehe *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 7. Aufl. 1960, S. 28ff.

137 Siehe dazu treffend *Duttge*, in: *Duttge/Ünver* (Anm. 62), S. 13, 17.

als „Persönlichkeitsäußerung“, die einem Menschen als „seelisch-geistiges Aktionszentrum“ zuzurechnen ist, und schließt daher als Handlung aus, was allein von der „körperlichen Sphäre des Menschen, dem stofflichen, dem vitalen (...) Seinsbereich“ ausgeht, „ohne der Kontrolle des ‚Ich‘, der geistig-seelischen Steuerungsinstante zu unterliegen“¹³⁸, so ist unschwer zu erkennen, dass damit eine Welt vorausgesetzt wird, die es aus neurowissenschaftlicher Sicht gar nicht gibt. Vielmehr ist es nach ihr so, dass „der menschliche Körper ‚nur als mechanische Masse wirkt‘, ohne dass Geist und Psyche in irgendeiner Weise beteiligt sind oder in das Geschehen einzugreifen Gelegenheit“ hätten. Unter solchen Voraussetzungen wird von *Claus Roxin* aber eine Handlung als Anknüpfungspunkt für strafrechtliche Zurechnung verneint¹³⁹. Zugleich verlören *Vorsatz* und *Absicht* als wirkungslose Epiphänomene ihre der „Handlung“ Sinn gebende, eine sie steuernde Kraft, von „Vermeidbarkeit“ als Voraussetzung der Fahrlässigkeit zu reden, wäre illusionär. Schließen die „dem subjektiven Erleben (...) vorangehenden Gehirnprozesse (...) jede Initiativ-, Wahl- und Vetomöglichkeit des Willens objektiv aus“, wird „seine vermeintliche Rolle“, die der Wille im Handlungs-, Vermeidungs- und im Kontext der subjektiven Seite im Strafrecht hat, „als Täuschung über die“ für das Recht maßgeblichen „objektiven Vorgänge entlarvt“. Deshalb machen für *Grischa Detlefsen*, von der diese Aussagen stammen, „die neurowissenschaftlichen Erkenntnisse (...) neue Begründungen für die Zurechnung menschlichen Verhaltens“ nötig¹⁴⁰. Teilt man die Prämisse, ist das richtig.

Neben der von den Neurowissenschaftlern allein angegriffenen Schuld werden aber nicht nur diese auf ein *steuerbares menschliches Verhalten* abstellenden Grundkategorien lädiert. Vielmehr sind es zum anderen auch alle anderen Institutionen, die strafrechtliche Folgen und Strategien entweder von einer *freiwilligen Willensbildung* oder von einem *Einwirken auf den menschlichen Willen* abhängig machen. So entlasten einerseits eine Einwilligung, eine einverständliche Fremdgefährdung oder eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung den in solche Zusammenhänge verwickelten „Täter“¹⁴¹. Auch erwirbt das Privileg des Rücktritts

138 *Roxin*, Allg. Teil I (Anm. 134), § 8 Rdn. 44 ff.; siehe zur Notwendigkeit der Freiheitsannahme für den Handlungsbegriff auch *Tiemeyer*, Grundlagen des normativen Schuldbegriffs, GA 1986, 202 ff., 214.

139 *Roxin*, Allg. Teil I (Anm. 134), § 8 Rdn. 65 (Der gekennzeichnete Zitat-Teil im Zitat stammt von *Schewe*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972, S. 24); siehe hierzu übereinstimmend *Duttge*, in: *Duttge/Ünver* (Anm. 62), S. 18 f.

140 Zusammenfassend *Detlefsen* (Anm. 14), S. 336; zu den Aussagen davor siehe S. 207, 266 ff., 332 ff.; auch die von *Libet* angenommene „Vetofunktion“ des menschlichen Willens wird von *Detlefsen* verneint, S. 296 ff., 328.

141 Siehe zur Einwilligung nur *Roxin*, Allg. Teil I (Anm. 134), § 13 Rdn. 1 ff., und dort „zur Handlungsfreiheit des Einwilligenden als Grund des Tatbestandsausschlusses“ § 13 Rdn. 12 ff.; zu den

sich nur, wer ihn „freiwillig“ (§ 24 StGB) antritt¹⁴². All das setzt einen freien Willen voraus. Andererseits wird der Anstiftung und der psychischen Beihilfe, für deren Strafbarkeit wir die (Mit-)Verursachung krimineller Willensbildung beim Haupttäter verlangen, der Boden entzogen, wenn es einen Vorgang, den man psychische Kausalität nennen könnte, in Wahrheit nicht gibt¹⁴³. Und wie soll man sich eine Willensbeugung bei Nötigung (§ 240 StGB) oder Vergewaltigung (§ 177 StGB) eigentlich ohne grundsätzlich freien Willen vorstellen? Ja welchen Sinn – so kann man schließlich auch *ganz grundsätzlich* fragen – macht es überhaupt, mit genau ausziselierten Tatbeständen auf Verhaltenssteuerung, auf einen wirksamen Appell zur Normentreue zu setzen, wenn festgelegtes Naturgeschehen all unser Verhalten determiniert?¹⁴⁴

Antworten geben die Hirnforscher nicht und auch sonst sind sie bislang nirgends gegeben. Da die dogmatischen Figuren aber nicht folgenloses „Glasperlenspiel“, sondern Garanten für Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit staatlichen Strafens, für Rechtssicherheit und zugleich Ausfluss des Gebots „nullum crimen sine lege“ sind und ohne eine jedenfalls potentiell wirkmächtige Appellfunktion vertatbestandlichte strafrechtliche Ver- und Gebote keine sinnvollen Stützen der Kriminalpolitik bleiben, können wir auf sie nicht ersatzlos verzichten. Wir müssten die Grundlagen und Grenzen der Straftat von Neuem erfinden¹⁴⁵.

beiden übrigen Figuren siehe *Roxin* a. a. O., § 11 Rdn. 106ff. Zu beidem auch *Wessels/Beulke/Satzger*, Allg. Teil (Anm. 134), Rdn. 370ff., 185ff.

142 Die Freiwilligkeit ist mittlerweile auch Bestandteil (fast) aller Vorschriften über die sogenannte tätige Reue, siehe z. B. §§ 264 Abs. 5, 306 e StGB; zur Freiwilligkeit siehe nur *Roxin*, Allg. Teil I (Anm. 62), § 30 Rdn. 354ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Allg. Teil (Anm. 134), Rdn. 651ff.; sie verlangt nach der Rechtsprechung, dass der Täter „Herr seiner Entschlüsse“ und zur Durchführung der Tat *alternativ* in der Lage ist, siehe dazu die Nachweise bei *Lilie/Albrecht*, in: *Leipziger Kommentar*, 12. Aufl. 2007, Band 1, § 24 Rdn. 222ff. Für *Alwart*, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 2005, S. 370, ficht seine „Theorie hermeneutischer Freiheit“ die (neurowissenschaftliche Leugnung von) Willensfreiheit nicht an und berührt daher die aufgeführten strafrechtlichen Beispiele nicht, S. 366ff.

143 Das ist oben schon zu den namentlich von *Prinz* aufgestellten Thesen als Folge herausgehoben worden; siehe dazu auch *Jäger*, GA 2013, 7; *Reinhard Merkel*, Handlungsfreiheit, Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld – Versuche eines Beitrags zur Ordnung einer verworrenen Debatte, in: *Schünemann/Tinnefeld/Wittmann*, *Gerechtigkeitswissenschaft*, 2005, S. 411, 438 mit Fn. 56.

144 Schon *Dreher* (Anm. 3), S. 23ff., hat auf solche „Kostenfolgen“ eines deterministischen Weltbildes für das Strafrecht hingewiesen; zur benannten Funktion der Tatbestände siehe *Hillenkamp*, *Tatbestandlichkeit*, *Festschrift für Kirchhof*, 2013, S. 1349, 1351ff. m. w. N.

145 *Hillenkamp*, in: *ders.* (Anm. 6), S. 85, 96f.

b) Verzicht auf Schuld als persönliche Vorwerfbarkeit

Zum Zweiten sollen wir auf *Schuld*, auf den *persönlichen Vorwurf* verzichten. Das aber ist – blickt man in unser Gesetz – leichter gesagt, als getan. Nach § 46 StGB ist „die Schuld des Täters Grundlage für die Zumessung der Strafe.“ Jeder an einer Straftat Beteiligte wird nach § 29 StGB ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld bestraft. Ist die Schuld besonders schwer, kommt eine Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe selbst nach 15 Jahren Strafverbüßung noch nicht in Betracht (§ 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB). Nicht bestraft wird dagegen, wer ohne Schuld handelt. Wann das so ist, das bestimmt unser Gesetz (in den §§ 17, 19, 20, 21, 33 und 35 StGB) in diesen Zustand als Ausnahme kennzeichnenden Grenzen.

Dass Strafe Schuld voraussetzt, dass bei fehlender Schuld also nicht bestraft werden kann, und dass Strafe nach der Schuld zu bemessen ist, geht hieraus hervor, auch, dass wir im „Normalfall“ von Schuld und von Schuldfähigkeit ausgehen. Diese ein Schuldstrafrecht umschreibenden Aussagen stehen *nicht im Belieben* des Gesetzgebers. Er kann sich nicht einfach von ihnen lösen. Dem Grundsatz nämlich, dass jede Strafe Schuld voraussetzt, kommt nach dem Bundesverfassungsgericht verfassungsrechtlicher Rang zu. Er ist im Rechtsstaatsprinzip begründet und „wurzelt in der vom Grundgesetz vorausgesetzten und in Art. 1 und 2 verfassungsmäßig geschützten Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen, die vom Gesetzgeber auch bei der Ausgestaltung des Strafrechts zu achten und zu respektieren ist“¹⁴⁶. Auf die *Strafzumessung* bezogen garantiert er, „dass die Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters steht“¹⁴⁷. Im Blick auf die *Strafbegründung* stellt er nach dem Bundesverfassungsgericht klar, dass Strafe im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme „auf Repression und Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abzielt“. Da mit der Strafe dem Täter „ein Rechtsverstoß vorgehalten und ein Vorwurf gemacht wird“, setzt Strafe „Vorwerfbarkeit, also strafrechtliche Schuld voraus“. Denn „anderenfalls wäre die Strafe eine mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbare Vergeltung für einen Vorgang, den der Betroffene nicht zu verantworten hat“¹⁴⁸. Die Schuldidee *begründet und begrenzt* hiernach Strafe.

¹⁴⁶ BVerfGE 25, 269, 285; siehe auch BVerfGE 120, 224, 253 f.

¹⁴⁷ BVerfGE 50, 205, 215; 86, 288, 313; insoweit deckt sich der Schuldgrundsatz in seinen die Strafe begründenden Auswirkungen mit dem Übermaßverbot, siehe BVerfGE 95, 96, 140.

¹⁴⁸ Die drei vorstehenden Zitate finden sich in BVerfGE 20, 223, 331; die heute allgemein anerkannte Aussage in BGHSt. 24, 40, 42, „daß die Strafe nicht die Aufgabe hat, Schuldausgleich um seiner selbst willen zu üben“, berührt die Begründungsfunktion von Schuld für Strafe nicht, anders wohl die relativierende Einschätzung von *Frisch*, Festschrift für Kühl, S. 197 f.; eine überzeugende

Nulla poena sine culpa hat Verfassungsrang. Dieser fließt aus der Menschenwürde und dem Rechtsstaatsgebot. Denn diese beiden sind es, die nach dem Bundesverfassungsgericht „die Auffassung vom Wesen der Strafe und das Verhältnis von Schuld und Sühne“ bestimmen¹⁴⁹. Auch das „Menschenbild des Grundgesetzes“ klingt deutlich in dieser Verfassungs Idee an. Es ist „ein Menschenbild, das von der Würde des Menschen und der freien Entfaltung der Persönlichkeit in *Selbstbestimmung und Eigenverantwortung* geprägt ist“¹⁵⁰.

Was Schuld ist, ist damit angedeutet, dass sie „freie Willensbestimmung“¹⁵¹ voraussetzt, in dem Rekurs auf Selbstbestimmung und Eigenverantwortlichkeit als der Wurzel von Schuld impliziert. Auch stieße ein Vorwurf ohne solche Freiheit ins Leere. Noch deutlicher belegen das Sätze des Großen Senats, die sich in einer Entscheidung des BGH schon aus dem Jahr 1952 finden. Sie sind nicht nur als Aussage unseres höchsten Fachgerichts, sondern auch deshalb von besonderem Interesse, weil sich unser Strafgesetz selbst zu dem, was Schuld positiv ist, ausschweigt. In dem Beschluss des Senats heißt es: „Strafe setzt Schuld voraus. Schuld ist Vorwerfbarkeit. Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, dass er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können. 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, sein Verhalten nach den Normen des rechtlichen Sollens einzurichten und das rechtlich Verbotene zu vermeiden“¹⁵².

Rekonstruktion des *geltenden* Schuldstrafrechts – „Rechtsschuld“ als Begründungs- und Begrenzungsprinzip – findet sich bei *Haas*, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, 2008, S. 260 ff., der zur Verdeutlichung, dass es um Rechts-, und nicht um moralische Schuld geht, für eine Aufgabe der „sozialethischen Missbilligung“ als Kennzeichen von Strafe plädiert (S. 259).

149 BVerfGE 95, 96, 140.

150 BVerfGE 108, 282, 300 (Hervorhebung vom *Verf.*); siehe zum Vorstehenden genauer und z. T. kritisch *Hörnle*, Festschrift für Tiedemann, S. 325 ff.; zum „Menschenbild des Grundgesetzes“ informativ dort S. 334 ff.; *Hörnle* selbst ist allerdings zurückhaltender gegenüber der hier vertretenen Ansicht, dass die Annahme generell fehlender Willensfreiheit mit diesem Menschenbild unvereinbar ist.

151 Dass dieser Begriff in § 51 StGB a. F. durch das GewohnheitsverbrecherG 1933 in Anlehnung an § 3 JGG durch den Text des heutigen § 20 StGB ersetzt worden ist, ändert an dieser Prämisse nichts, siehe *Hillenkamp* (Anm. 10).

152 BGHSt. 2, 194, 200 f. = JZ 1952, 335, 337 mit Anm. *Welzel*; hinter „Vermeiden“ folgt im Original der Halbsatz: „sobald er die sittliche Reife erlangt hat und solange die Anlage zur freien sittlichen Selbstbestimmung nicht durch die in § 51 StGB genannten krankhaften Vorgänge vorübergehend gelähmt oder auf Dauer zerstört ist“. Daraus folgt, dass Willensunfreiheit die Ausnahme ist. Siehe zu dieser Entscheidung ausführlich *Eser/Burkhardt*, Jur. Studienkurs, Strafrecht I, 4. Aufl. 1992,

Es kann kaum bezweifelt werden, dass einem so verstandenen Schuld- und Verantwortungsprinzip die Vorstellung von der Fähigkeit des Menschen zugrunde liegt, sich „frei und richtig zwischen Recht und Unrecht zu entscheiden. Nur wenn diese Entscheidungsfreiheit existiert, hat es Sinn, einen Schuldvorwurf gegen den Täter zu erheben“¹⁵³. Vorwerfbar ist nur, wofür der Täter willentlich etwas kann, weil er sich im Sinne des Alternativismus auch für das Recht hätte entscheiden können. Dass das rechtlich Verbotene nicht vermieden wurde, obwohl es individuell vermeidbar war, werfen wir vor¹⁵⁴.

Der Sinn der Strafe beschränkt sich freilich auch auf dem Boden des Schuldprinzips keineswegs auf Repression, auf rückwärtsgewandte Vergeltung. Der Schuldausgleich wird nicht zweckfrei betrieben, der Gerechtigkeitsidee nicht um ihrer selbst willen gehuldigt. Insoweit sind *Kant* und *Hegel* überwunden, ist Strafe auch zukunftsgerichtet. Denn dass niemand klug straft, der nur straft, *quia peccatum est* (weil gefehlt worden ist), sondern nur der, der auch straft, *sed ne*

Fall 14 (S. 163ff.). 1962 hat die Entscheidung BGHSt. 18, 87, 94 – was vielfach übersehen ist – im sog. Stachynskij-Fall diese Sätze wörtlich aufgegriffen und hinzugefügt, dass „daran (...) auch für den Bereich verbrecherischer Regime festzuhalten“ sei; siehe auch LG Passau NJW 1997, 1165 („Jason“-Fall: dazu *Hillenkamp*, Wann wird der Mensch strafmündig?, in: *Böhme*, Der mündige Mensch, 2009, S. 91, 100ff.); gegen die Inanspruchnahme von BGHSt. 2, 194 als Beleg für die der Rechtsprechung zugrunde liegende indeterministische Position sprechen sich z.B. *Schild*, in: *Nomos* Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 20 Rdn. 19f. und *Weißer*, Ist das Konzept strafrechtlicher Schuld nach § 20 StGB durch die Erkenntnisse der Neurowissenschaften widerlegt?, GA 2013, 26, 30f., aus. Als zutreffende Rekonstruktion des § 51 StGB (= § 20 StGB) zugrunde liegenden Freiheits- und Schuldkonzepts sieht BGHSt. 2, 194 mit überzeugender Begründung *Lenckner*, in: *Göppinger/Witter*, Handbuch der forensischen Psychiatrie, Bd. 1, 1972, S. 93ff., 96; zahlreiche Beispiele für die „Dominanz des Freiheitskriteriums (im Leitbegriff der Steuerungsfähigkeit)“ präsentiert aus der Rechtsprechung des BGH (z.B. BGH MDR 1984, 979) *Haddenbrock*, Steuerungsfähigkeit zur Tatvermeidung – Hauptparameter forensischer Schuldfähigkeit?, MschrKrim 77 (1994) S. 44 ff., Zitat S. 45. Die Übereinstimmung mit dem Gesetz räumt auch *Streng*, Psychowissenschaftler und Strafruristen, NStZ 1995, 12, 14, ein.

153 *Wessels/Beulke/Satzger*, Allg. Teil (Anm. 134), Rdn. 397; gemeint ist ein rechtlicher, ein von den sozialetischen Wertvorstellungen der Rechtsordnung getragener Vorwurf, kein moralischer; siehe dazu auch *Pauen*, Illusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung, 2004, S. 229ff.

154 So formulieren auch *Grischa Merkel/Roth*, in: *Stompe/Schanda* (Anm. 2), S. 144f., die dann von ihnen angegriffene Position; sie ist ausführlich dargestellt und kritisch gewürdigt bei *Haddenbrock*, Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und Schuldfähigkeit (Verantwortlichkeit), in: *Göppinger/Witter*, Handbuch der forensischen Psychiatrie, Bd. 2, 1972, S. 877ff. (zu § 20 siehe S. 881), 908ff. (krit. zu *Lenckner*, in: *Göppinger/Witter* [Anm. 152], S. 893ff.). Zum Alternativismus i.S. eines Anders-Handeln-Könnens überkommenen Streit siehe *Graf zu Dohna*, Ein unausrottbares Mißverständnis, ZStW 66 (1954), S. 505ff. m.w.N., der selbst „diese Annahme eines Andershandelnkönnens für eine bloße Illusion“ hält (S. 506).

peccetur (damit nicht gefehlt werde), ist die uns von *Seneca* überlieferte Auffassung *Platos*, die sich in der auf die Strafzwecke bezogenen sogenannten Vereinigungslehre im geltenden Recht und der ihr folgenden Strafpraxis durchgesetzt hat¹⁵⁵. Danach sind neben dem Schuldausgleich auch Abschreckung und Resozialisierung fester Bestandteil der Strafe.

Deshalb verfahren die Gerichte so, dass sie innerhalb des von der Praxis sogenannten „Spielraums der schuldangemessenen Strafe“ spezial- und generalpräventive Zwecke berücksichtigen. „Von ihrer Bestimmung als gerechter Schuldausgleich“ darf sich die festzusetzende Strafe aus solchen „spezial- oder generalpräventiven“ Gründen nach der Auffassung der Rechtsprechung aber „weder nach oben noch nach unten inhaltlich lösen“. Schuld bleibt das Maß¹⁵⁶.

Auf diesem Hintergrund wird sichtbar, was es für das Strafrecht bedeutet, wenn man Schuld in Ermangelung von Willensfreiheit, wenn man den *Alternativismus*, das Anders-handeln-Können, wenn man Selbstbestimmung und Eigenverantwortung für illusorisch erklärt. Damit reißt man das Menschenbild ein, das uns das Bundesverfassungsgericht aus dem Grundgesetz zeichnet und zerstört zugleich die daraus abgeleitete Begründung und Begrenzung der Strafe. Das bloße Gefühl der persönlichen Verantwortung, das uns als Ausgleich von den Hirnforschern angeboten wird, kann diese Lücke nicht füllen. Da es einen nur halluzinierten Untergrund und zudem bei jedem Menschen eine ganz unterschiedliche

155 Siehe Regierungsentwurf eines Strafgesetzbuchs mit Begründung (E 1962), BT-Drucks. IV/650 S. 96; siehe auch BGHSt. 24, 42: „(...) dass die Strafe nicht die Aufgabe hat, Schuldausgleich um seiner selbst willen zu üben, sondern nur gerechtfertigt ist, wenn sie sich auch zugleich als notwendiges Mittel zur Erfüllung der präventiven Schutzaufgabe erweist“ (siehe zu der Schlussfolgerung von *Frisch* hieraus schon *ders.*, Festschrift für Kühl, S. 197f.) sowie BVerfGE 21, 404: „Die Kriminalstrafe ist – unbeschadet ihrer Aufgabe, abzuschrecken und zu resozialisieren – Vergeltung für begangenes Unrecht“. *Plato* bezieht sich in seiner Auffassung auf *Protagoras*, siehe die Nachweise bei *Roxin*, Allg. Teil I (Anm. 134), § 3 Rdn. 11 mit Fn. 12.

156 BGHSt. 24, 132, 133f.; zur überzeugenden Zurückweisung von Einwänden gegen die Verknüpfung von geltendem Schuldstrafrecht mit der – die weiteren Strafzwecke einbindenden – Spielraumtheorie siehe *Haas* (Anm. 148), S. 274ff. Trotz im Zusammenhang mit der „schweren anderen Abartigkeit“ des § 20 StGB zu beobachtender Normativierung des Schuldbegriffs in generalpräventiver Sicht (siehe z. B. BGHSt. 43, 66, 77) hält der BGH *bis heute* an seinem Bekenntnis zur auf Willensfreiheit beruhenden Schuld fest, siehe dazu *Theune*, Die Beurteilung der schweren anderen seelischen Abartigkeit in der Rechtsprechung und ihre Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip, ZStW 114 (2002), S. 300ff., 314ff.; relativierend *Boetticher*, „Raus aus dem Richterstaat, rein in den Neuro-Staat“. Der Angriff der Neurowissenschaften auf das Schuldstrafrecht, in: *Stompe/Schanda* (Anm. 2), S. 187, 194ff. Eine zurückhaltendere Deutung gibt insofern *Streng*, Herausforderung des strafrechtlichen Schuldbegriffs durch die Hirnforschung?, in: *Kotsalis*, Willensfreiheit – Determinismus – Indeterminismus, Athen 2005, S. 61ff., 69ff.; siehe auch *Frisch*, Festschrift für Kühl, S. 196ff.

(und u. U. auch fehlende) Ausprägung hat, taugt es weder zur Begründung, noch zur Begrenzung einer Sanktion (siehe dazu weiter u.). Ein so konstruiertes *Strafrecht für Limbier* verliert deshalb den Anspruch, ein Strafrecht zu sein, es hielte den beschriebenen Vorgaben der Verfassung an ein solches nicht stand.

c) Die Alternative des Maßregelrechts

Es kommt daher nicht von ungefähr, dass die zitierten Hirnforscher zum *Dritten* Anleihen bei *Franz von Liszt*, dem einflussreichen Wortführer der soziologischen Strafrechtsschule – selbst Determinist –, seinem bedeutenden Schüler *Gustav Radbruch* und der von beiden beeinflussten Bewegung der *défense sociale* machen. Sie empfehlen eine den Geisteskranken angepasste Behandlung, nämlich das Wegsperrn derer, die gefährlich bleiben, weil sie gegenüber einer Neujustierung ihres limbischen Systems unzugänglich sind und Erziehungsprogramme für jene, deren Erfahrungsgedächtnis mit Attraktoren auffüllbar ist, die Legalverhalten fördern. Das erinnert an das Marburger Programm, das von einer „uneingeschränkten Verwerfung der Vergeltungsstrafe“ und stattdessen von der „rückhaltlosen Anerkennung“ einer Zweck- und Schutzstrafe spricht und als deren Inhalt die Abschreckung des bloßen Gelegenheitstäters, die Besserung des Besserungsfähigen und die Unschädlichmachung des weder abschreckbaren noch besserungsfähigen Täters sah¹⁵⁷.

Gewiss ist ein solches die Strafe durch einen Katalog wertfreier Maßregeln ersetzendes System nicht indiskutabel. Ein solcher Umbruch begegnet aber allen

¹⁵⁷ Für *Keil*, Willensfreiheit, 2007, S. 164, müsste für die Hirnforscher allerdings „konsequenterweise nicht die Person, sondern das Gehirn bestraft und gegebenenfalls sicherungsverwahrt werden.“ Siehe zum Text von *Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), S. 1 ff.; zur Gleichbehandlung von Straftätern und „Irren“, siehe von *Liszt*, Die Strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, Vortrag vor dem 3. Internationalen Psychologiekongress 1896, in: *ders.*, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Band II, 1905, S. 226 ff., 229; zum „Determinismus“ von *Gustav Radbruch* siehe *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1919, S. 49 ff.; *ders.*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 64 ff.; zu seinen durch von *Liszt* geprägten kriminalpolitischen Vorstellungen siehe *Hillenkamp*, *Gustav Radbruch – Eine Suche nach Alternativen zum Strafrecht*, in: *Baldus/Kronke/Mager* (Hrsg.), *Heidelberger Thesen zu Recht und Gerechtigkeit*, 2013, S. 401 ff., dort auch zu seiner Idee, Straftaten und Irrenanstalten gleich auszustatten sowie seinem Einfluss auf die *défense sociale*. Zu von *Liszt* siehe in diesem Zusammenhang auch *Frisch*, *Festschrift für Kühl*, S. 194 ff.; *Detlefsen* (Anm. 14), S. 50 ff.; *Roxin*, *Allg. Teil I* (Anm. 134), § 3 Rdn. 12. Einen detaillierten und aufschlussreichen Vergleich der von der IKV und der Bewegung der *défense sociale* entwickelten Vorstellungen und den Konzepten der Hirnforscher liefert *Ruske* (Anm. 29), S. 241 ff., 274 ff.

Bedenken, die rein präventiv ausgerichtete Schutzstrafenmodelle seit jeher auf sich gezogen haben. Ihnen fehlt zunächst ein der begrenzenden Kraft der Schuld entsprechendes Maß für die Intervention. *Gustav Radbruch*, der das Strafrecht durch etwas ersetzen wollte, „das besser als Strafrecht (...), das sowohl klüger wie menschlicher als das Strafrecht“ wäre und darunter – den Hirnforschern gleich – ein schuldgelöstes einspuriges Maßregelrecht verstand¹⁵⁸, erkannte selbst diese Gefahr. Denn er wusste, dass „im Vergeltungsgedanken die Idee des Rechtsstaats zum Ausdruck“ kommt, die den Bürger gegen den Staat, gegen den „Autoritätsmissbrauch der Herrschenden“ schützt, indem das *verschuldete* Unrecht der Tat jeder Strafe die „Strafgrenze“ setzt¹⁵⁹. Nur durch die Schuld ist der Strafe „ihr Maß eingeschrieben“¹⁶⁰. Ein Maßregelrecht kennt keine vergleichbare Schranke. Das Verantwortungsgefühl kann es aus den genannten Gründen nicht sein. Die Schwere der Normverletzung – wie *Singer* es vorschlägt – ist, wenn verschuldensgelöst, ein Rückschritt in archaisches Recht, weil mangels Verschuldens das Kausaldogma zurückkehrte und Zufallshaftung das Maß aller Dinge würde¹⁶¹. Stattdessen tritt an die Stelle der der Strafe ihr Maß gebenden Schuld die mit Hirnscanverfahren zu ermittelnde prognostische Gefährlichkeit des Täters und die voraussichtlich benötigte Zeit, diese Gefährlichkeit zu beheben. Wann aber wird es gelingen, das limbische System so umzukonditionieren, dass es ein Überschreiten der Tötungshemmschwelle nicht mehr zulässt? Möglicherweise geht das eines Tages sehr schnell, wenn sich der Täter zu einer neurotechnologischen Reparatur verunglückter Hirnareale und einer dadurch bewirkten „Rehabilitierung“ bereite¹⁶². Aber wie sollte er das tun, wenn er keinen freien Willen hat und wo liegen die ethischen Grenzen?¹⁶³ Oder wäre das Alles auch ohne Konsens denkbar? Mögli-

158 *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. und 8. Aufl. 1929, S. 115; *ders.*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, S. 166.

159 *Radbruch*, Einführung (Anm. 158), S. 103, 104, 106; siehe dazu *Hillenkamp*, in: *Baldus/Kronke/Mager* (Anm. 157), S. 410f.

160 *Hassemer*, Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt, 2008, S. 155; siehe dazu auch *Frisch*, Festschrift für Kühl, S. 198ff., 205ff.; aus rechtsphilosophischer Sicht auch *Keil*, Muss Strafe sein, auch wenn der Wille unfrei ist?, in: *Schnädelbach/Hastedt/Keil*, Was können wir wissen? Was sollen wir tun? Zwölf philosophische Antworten, 2009, S. 147, 160ff.; krit. demgegenüber *Ruske* (Anm. 29), S. 253ff., der auf das „erniedrigende und durchaus grausame Antlitz der Schuldstrafe“ – freilich im Kontext absoluter Straftheorien – hinweist, siehe S. 258.

161 Siehe dazu schon *Dreher* (Anm. 3), S. 57.

162 Siehe die Diskussionsbeiträge von *Metzinger*, Das Verbrechen im Kopf erkennen, in: Materialheft des 29. Strafverteidigtages, 2005, S. 88; *ders.*, Ein Frontalangriff auf unser Selbstverständnis und unsere Menschenwürde, in: *Gehirn und Geist* 4 (2002), S. 35.

163 Unter einer solchen Prämisse geht es eigentlich nur ohne „Konsens“, den *Singer* in seinem Gespräch mit *Metzinger* für „segensreich“ erklärt, in: *Gehirn und Geist* 4 (2002) S. 35; nach *Metzinger* stellt das „eine große neue Herausforderung für die angewandte Ethik dar“; siehe dazu

cherweise sind Prognose und Reparaturzeit aber auch ungewiss. Wir müssten dann zur Anordnung zeitlich ganz unbestimmter Maßregeln greifen. Ist der „Verzehrdiebstahl einer Milchschnitte“ im Wert von 25 Cents, für den ein Gericht einen Monat Freiheitsstrafe verhängte¹⁶⁴, auf eine nur in einem zehnjährigen Nachbesserungsprogramm abbaubare, weil seit Stillzeiten gefestigte Erfahrungsspeicherung im limbischen System zurückzuführen, so dürften wir wohl nicht zögern, das zehnjährige Programm auch anzuordnen. Ja wir müssten vielleicht schon die in einer Tat noch gar nicht zutage getretene Konditionierung zum Milchschnitten-diebstahl, wenn wir sie etwa durch bildgebende Verfahren frühzeitig sichtbar machen könnten, vorsorglich bekämpfen. Und wenn wir dabei lernten, dass das therapeutische Zeitfenster für die Behandlung einer solchen Störung sich mit 14 oder 15 Jahren schließt, dann sind wir bei der schon begonnenen Debatte, ob die von *Singer* mitgeteilte Suche nach Frühmarkern für den Ausbruch bestimmter geistiger Erkrankungen nach seinem und dem Vorschlag von *Hans Markowitsch* auf prospektive Kriminalität ausgedehnt und unter dem Druck frühzeitiger Therapieresistenz durch ein flächendeckendes Neuroscreening des Gehirns z. B. aller 12-jährigen auf eine den Sicherheitsinteressen der Gesellschaft entsprechende effiziente Basis gestellt werden sollte¹⁶⁵.

Man wende nicht ein, soweit seien wir mit unseren Möglichkeiten noch lange nicht. Die Humangenetik hat uns gelehrt, in welch rasanten Sprüngen aus vermeintlich fernster Zukunft Gegenwart wird¹⁶⁶. Das Manifest der Hirnforscher kündigt uns an, dass „uns die zu erwartenden Fortschritte in der Hirnforschung vermehrt in die Lage versetzen (werden), psychische Auffälligkeiten und Fehlentwicklungen, aber auch Verhaltensdispositionen zumindest in ihrer Tendenz

informativ *Mieth*, Der (gehirnlich) steuerbare Mensch – Ethische Aspekte, in: Deutscher Ethikrat, Der steuerbare Mensch? Über Einblicke und Eingriffe in unser Gehirn, 2009, S. 97 ff.; vgl. dort – S. 83 ff. – auch den Beitrag von *Honnefelder*, Die ethische Dimension moderner Hirnforschung. Die ethische Frage drängt sich auch auf, wenn man mit *Frommel*, Die Konsequenzen der Hirnforschung im Sanktionenrecht, in: *Rode/Kammeier/Leipert*, Paradigmenwechsel im Strafverfahren, 2008, S. 81, 91, in den Hirnforscherthesen einen „Appell zur Ausgrenzung riskanter Menschen“ sieht, siehe auch a. a. O., S. 93.

164 Siehe OLG Stuttgart NJW 2002, 3188 mit Besprechung *Eisenberg*, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 2003, S. 443.

165 Siehe zu dieser Debatte die Diskussionsbeiträge von *Braus*, *Reinhard Merkel* und *Metzinger*, in: Materialheft des 29. Strafverteidigertages (Anm. 162), S. 86–89 sowie von *Metzinger* und *Singer*, in: *Gehirn und Geist* 4 (2002), S. 32–35; kritisch zu solchen Zukunftsaussichten auch *Gehring*, Es blinkt, es denkt, in: *Ph. Rundschau* Band 51 (2004), S. 273, 289–291, 295; *Stang*, in: *Geowissen* 35 (2005), S. 38 f.; zu *Markowitschs* Vorschlag siehe oben bei Anm. 113 ff.

166 Siehe dazu nur die Beiträge in *Hillenkamp*, Medizinrechtliche Probleme der Humangenetik, 2002; vgl. auch *Rosenau*, Steuerung des zentralen Steuerungsorgans – Rechtsfragen bei Eingriffen in das Gehirn, in: Deutscher Ethikrat (Anm. 163), S. 69 ff.

vorauszusehen – und ‚Gegenmaßnahmen‘ zu ergreifen“, die als „Eingriff in das Innenleben, in die Persönlichkeit des Menschen“ gekennzeichnet werden¹⁶⁷. Gegen die hiermit einhergehenden Gefahren ist ein (Straf-)Recht für Limbier nur mit Maßen gefeit. Menschenwürde, Persönlichkeitsrechte und informationelle Selbstbestimmung, die uns vor Hirnkammerluftfüllungen und Hirnflüssigkeitsentnahmen zur Ermittlung der Wahrheit zurückschrecken lassen¹⁶⁸, verlieren auf dem Hintergrund des neuen Menschenbildes erheblich an Bedeutung. Auch das *Verhältnismäßigkeitsprinzip* kann weder generell noch für den Einzelfall die dem Schuldprinzip eigene, staatlichen Reaktionen Grenzen einziehende Kraft verlässlich ersetzen¹⁶⁹. Im Milchschnittenbeispiel mag es helfen, aber was ist *unverhältnismäßig*, wenn wir schwerste Gewalttaten oder pädophile Übergriffe zu verhindern lernten? Von einer liberalen, den Bürger schützenden, den Moloch Staat in seine Schrankenweisenden Präventions- und Sanktionenwelt bliebe nur wenig übrig. Vielmehr zeigt sich auch hier, was gegen ein schuldgelöstes Maßregelrecht spricht. Es neigt „von Haus aus zur Maßlosigkeit, zur Ausdehnung in der Zeit und in der Einwirkungsintensität“¹⁷⁰, wenn es die dem Bürger zuzumutende Gehirnin-

167 Das Manifest (Anm. 11), S. 36; beißende Kritik an derartigen „Eingriffen“ bei *Kröber*, Die Debatte über den freien Willen – Konsequenzen für die forensische Psychiatrie?, in: *Stompe/Schanda* (Anm. 2), S. 223, 232ff. erinnert sei in diesem Zusammenhang an die (warnenden) gutachterlichen Stellungnahmen zu hirnchirurgischen Eingriffen mit dem Ziel der Persönlichkeitsveränderung in: *BMJ*, Gutachten und Stellungnahmen zu Fragen der Strafrechtsreform mit ärztlichem Einschlag, Bonn 1958, Fragenkreis V „Hirnchirurgische Eingriffe“.

168 Siehe dazu die Nachweise bei *Meyer-Goßner/Schmitt*, Strafprozessordnung, 57. Aufl. 2014, § 81a Rdn. 22.

169 Siehe dazu nur *Roxin*, Allg. Teil I (Anm. 134), § 3 Rdn. 58; vertiefend *Frisch*, Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, *NStZ* 2013, 249ff.; siehe auch *Bung*, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 14f.; „optimistischer“, aber auch krit. *Ruske* (Anm. 29), S. 225ff. mit Hinweisen zu den Positionen von *Baumann*, *Ellscheid/Hassemer* und *Scheffler*; im Gegensatz zu den zu Anm. 160 und Anm. 170 wiedergegebenen Zitaten ist *Hassemer* 1975 zusammen mit *Ellscheid* für eine Ergänzung eines objektiv verstandenen Schuldprinzips durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingetreten, siehe *Ellscheid/Hassemer*, Strafrecht ohne Vorwurf, in: *Lüderssen/Sack*, Abweichendes Verhalten II: Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, Bd. 1, 1975, S. 266, 282ff.; dazu und zum Austausch des Schuldprinzips gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unter Beibehaltung der wesentlichen Aussagen des ersteren im Lager der *défense sociale* siehe abwägend *Scheffler*, Kriminologische Kritik des Schuldprinzips, 1985, S. 150ff. (S. 160: „Etikettenaustausch“). Zu seinem eigenen Versuch, Strafe nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu bestimmen, siehe *Scheffler*, Grundlegung eines kriminologisch orientierten Straftatsystems, 1987, S. 79ff.

170 *Hassemer* (Anm. 160); für ihn sind Maßregeln deshalb auch nicht „die menschlichen Schwestern vermeintlich unmenschlicher Strafen“, sondern tragen „das Zeug zum Staatsterrorismus in sich“ (a. a. O., S. 155); gegen Einspurigkeit aus solchen Gründen auch *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch für Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 9 II 2; *Roxin*, Allg. Teil I (Anm. 134), § 3

vation nicht zum von ihm verschuldeten Unrecht, sondern zur Erfolgsaussicht der Reparatur *ins Verhältnis* setzt. Auch von einer Festlegung ethischer Grenzen sind wir noch weit entfernt¹⁷¹.

Neben all diese Bedenken tritt, dass zwar unsere heutigen Resozialisierungsbemühungen im Vollzug nur von eingeschränktem Erfolg sind, immerhin aber auf erprobten Programmen beruhen, die von für verantwortlich gehaltenen Vollzugsbediensteten für verantwortlich gehaltene Vollzugsinsassen angeboten werden. Kein Mensch – auch der Hirnforscher nicht – kann uns aber zurzeit sagen, wie die Reparaturarbeiten am limbischen System vorzunehmen wären. Träten wir in sie ein, stünden wir folglich am Anfang einer überaus heiklen Experimentierphase, in der wir dafür sorgen müssten, dem Forschungsdrang euphorisierter Neurowissenschaftler engste rechtliche Grenzen zu ziehen¹⁷². Klinische Prüfungen am Menschen im Vollzug sind nach deutschem Recht obsolet (§ 40 AMG). Humanexperimente sind indiskutabel. Es müsste daher wenigstens um den *Status des Heilversuchs* gehen¹⁷³. Um ihn nicht in die Nähe eines Limbus zu rücken, was zu Deutsch Vorhölle heißt, bliebe zudem der nach der Logik der Hirnforschung wohl unerfüllbare Wunsch, dass den Versuch am limbisch entgleisten Menschen

Rdn. 71; siehe hierzu auch *Hillenkamp*, in: *Baldus/Kronke/Mager* (Anm. 157), S. 418: der als Beschränkung aufgeführte *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* kann nur sinnvoll die für den Therapieerfolg der Maßregel benötigte Zeit „ins Verhältnis“ setzen, nicht aber die Maßregel zum (Tat-) Anlass; anders *Marlie*, *Schuldstrafrecht und Willensfreiheit – Ein Überblick*, *ZJS* 2008, 41, 46; zu weiteren Möglichkeiten des „Ins-Verhältnis-Setzens“ siehe *Reinhard Merkel* (Anm. 1), S. 122ff.; zu Ansätzen dazu in der Bewegung der *défense sociale* siehe *Ruske* (Anm. 29), S. 300 ff.

171 Das Manifest (Anm. 11), S. 36 fordert eine Intensivierung der Diskussion der *ethischen* Fragen; siehe auch *Singer*: „Es geht um die Formulierung neuer ethischer Regeln, bei der die Gesellschaft den Hirnforschern helfen muss“ sowie *Metzinger*: „Die Neurotechnologie (...) stellt eine große neue Herausforderung für die angewandte Ethik dar“, in: *Gehirn und Geist* 4 (2002), S. 33, 34. Die bisherigen Arbeiten zu den ethischen Grenzen neuronaler Eingriffe in das Gehirn sparen die strafrechtlichen Implikationen weitgehend aus, könnten freilich für sie wohl fruchtbar gemacht werden, siehe die Beiträge von *Mieth* und *Honnefelder*, in: *Deutscher Ethikrat* (Anm. 163) in ihren Vorträgen vor dem deutschen Ethikrat 2009; siehe ferner *Matthias Schmidt*, *Griff nach dem Ich? Ethische Kriterien für die medizinische Intervention in das menschliche Gehirn*, 2008; *Stier*, *Ethische Probleme der Neuromedizin*, 2006; vergleiche auch schon die Beiträge, in: *Hess/Ploog*, *Neurowissenschaften und Ethik*, 1988.

172 *Gehring*, in: *Ph. Rundschau* Band 51 (2004), S. 295, hofft, dass „Straftäter (...) den forschenden Zugriffen von Neurowissenschaftlern entzogen bleiben“. Ihre rhetorische Frage: „Sollte es die Forschung am Menschen sein, für die man die Verbrecher haben will?“ unterstellt dann freilich den hiermit in eine Verbindung gebrachten Interessen *Roths* und *Singers* ein so sicher nicht vorhandenes Motiv.

173 Die rechtliche Teilnahmeverweigerung hieran für Gefangene halte ich (mit anderen) für verfassungswidrig, siehe *Hillenkamp*, *Intramurale Medizin in Deutschland*, in: *Tag/Hillenkamp*, *Intramurale Medizin im internationalen Vergleich*, 2008, S. 75, 158 ff. m. w. N.

nicht gleichfalls ein Limbier unternähme. Denn wenn es so ist, führt das auf die von *Hans-Ludwig Schreiber* schon 1977 gestellte Frage zurück, ob nicht ein therapeutisches Konzept zur „sinnlosen Dressur Unverantwortlicher durch Unverantwortliche“ verkommt, wenn die Überzeugung fehlt, dass es auf eigene Verantwortlichkeit, dass es „auch auf einen selbst“ ankommt¹⁷⁴.

Ist die Tat kein Symptom eines individuellen Defekts im limbischen System, sondern – wie die von biedereren Familienvätern begangenen NS-Verbrechen des Dritten Reichs – nur der Perfidie einer Zeit, begegnet schließlich auch das schuldgelöste Hirnforscherstrafrecht der Frage, ob man den nach dem untergegangenen Reich längst wieder intakt funktionierenden Tätern von einst noch eine Reparatur andienen sollte. Wegsperrt man sie nicht, weil sie zurzeit nicht gefährlich sind. Konditionierungsbedürftig sind sie allenfalls dann, wenn man dem Reich und seiner Perversion eine von den Tätern noch erlebbare Rückkehr voraussagt. Ist das nach menschlichem Ermessen ausgeschlossen, kann das Strafrecht des neuen Menschenbildes auf zurückliegendes schwerstes Unrecht nicht reagieren. Ausgleich von Schuld kommt als Begründung nicht in Betracht¹⁷⁵.

Damit sind wir am Ende des Teils, der Antwort auf die Frage geben sollte, was für das Strafrecht folgt, wenn wir die Thesen und Forderungen der Hirnforschung ernst- und den von ihr empfohlenen Weg aufnehmen. Die Antwort lautet: Es bliebe von unserem geltenden Strafrecht nur eine „jämmerliche Ruine“ oder – wie

174 *Schreiber*, Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken?, *Nervenarzt* 48 (1977), S. 244; siehe auch *Luf*, Ändert die Hirnforschung das Strafrecht?, in: *Stompa/Schanda* (Anm. 121), S. 107, *Lüderssen*, in: *Geyer* (Anm. 6), S. 98, 102: „(...) macht man die schuldhaftige Tat zur Voraussetzung der Resozialisierung, geht es nicht um Dressur, sondern um Emanzipation“, *Mohr*, Welche Freiheit braucht das Strafrecht?, in: *Lampe/Pauen/Roth* (Anm. 121), S. 72, 92f., sowie *Schild*, in: *Nomos* Kommentar, Band 1, 2. Aufl. 2005, § 20 Rdn. 8 a. E. (in der 4. Aufl. 2013 nicht mehr enthalten).

175 Siehe zu solchen schon lange erhobenen und auf die neue Entwicklung hier nur zugeschnittenen Argumenten schon *Dreher* (Anm. 3), S. 18ff. und *Roxin*, Allg. Teil I (Anm. 134), § 3 Rdn. 16ff.; auch aufgefrischt gegen die Hirnforscher von *Herzberg*, Überlegungen zum ethischen und strafrechtlichen Schuldbegriff, *Festschrift für Achenbach*, 2011, S. 157, 160f. Zur vorstehend geübten Kritik an einem reinen Maßregelrecht siehe weitgehend übereinstimmend auch *Dölling*, Zur Willensfreiheit aus strafrechtlicher Sicht, *ForensPsychiatrPsycholKriminol*, 2007, 59, 61f.; *ders.*, Willensfreiheit aus kriminalitätstheoretischer Sicht, in: *Fuchs/Schwarzkopf*, Verantwortlichkeit – nur eine Illusion? 2010, S. 375, 386ff.: Maßlosigkeit bis zur „Täterliquidierung“ (S. 387); dort auch – S. 387 – zum Bild des Limbiers, der den Limbier dressiert; gleichfalls warnend *Frisch*, *Festschrift für Kühl*, S. 198ff., 205ff.; *Gschwend*, Verantwortung und Strafrecht, in: *Schmidinger/Sedmak* (Anm. 35), S. 289, 304f.; *Klaus Günther* (Anm. 121), S. 71, 93f.; S. 94: „Der Humanismus, für den die strafrechtskritischen Hirnforscher eintreten, erweist sich somit selbst als eine Illusion“.

Eduard Dreher es jedem streng deterministisch geprägten Recht attestiert hat – nicht mehr als ein „Trümmerhaufen“ zurück¹⁷⁶.

V. Zur Aufnahme der Thesen und Forderungen der Hirnforschung im Strafrecht

1. Die denkbaren Reaktionen

Die Frage an unser engeres Fach lautet: *Müssen* wir unser überkommenes Strafrecht aufgeben? Dass die von den Hirnforschern vorgeschlagene Alternative eines Verwahrungs-, Besserungs- und Erziehungsrechts, das sich des neurobiologischen Instrumentariums der Beeinflussung menschlichen Verhaltens durch eine Umprägung der Hirnarchitektur bediente, weder ein besseres Strafrecht noch etwas wäre, was sich im Sinne *Radbruchs* als zugleich „klüger und menschlicher“ als das (geltende) Strafrecht darstellte, ist schon gesagt. Aber besteht nicht zum Umbau des Strafrechts in diese Richtung durch die Erkenntnisse der Hirnforschung nunmehr ein naturwissenschaftlich begründeter Zwang, sodass uns nichts anderes bliebe, als uns an die Ausarbeitung eines (von *mir* sog.) *limbischen Strafrechts* zu machen?¹⁷⁷ Wenn man das entgegen den Mahnungen der Hirnforscher nicht will, gibt es zwei denkbare Wege. Zum einen kann man versuchen, das geltende Strafrecht gegen die Thesen und Forderungen der Hirnforscher zu „immunisieren“. Dazu taugte vor allem der Nachweis, dass unser Recht die von den Hirnforschern bestrittene „Willensfreiheit“ gar nicht voraussetzt und deshalb ihre Leugnung das Strafrecht mit seinem Schuld-begriff gar nicht betrifft. Dieser Weg wird in Deutschland von vielen Strafrechtlern beschritten. Zum anderen kann man einräumen, dass eine neurowissenschaftliche Widerlegung der Willensfreiheit sehr wohl das geltende Strafrecht zu Fall bringen würde, dann aber bestreiten, dass der Hirnforschung der Gegen-

¹⁷⁶ *Dreher* (Anm. 3), S. 29; von „jämmerlicher Ruine“ sprach von *Birkmeyer* als Antwort auf die von ihm 1907 (in seiner gleichnamigen Schrift) gestellte Frage „Was lässt v. Liszt vom Strafrecht übrig?“; moderater *Frisch*, Festschrift für Kühl, S. 193f., dessen Relativierung sich allerdings nur auf die von ihm nicht ausgeschlossene Möglichkeit bezieht, ein Strafrechtssystem auch auf deterministischer Basis zu entwickeln.

¹⁷⁷ Erinnert sei noch einmal an die in Anm. 9 zitierte Aussage *Gerhard Roths*, dass die den neurobiologischen Determinismus begründenden Aussagen der Hirnforschung „nicht mehr als bloße Vermutungen abgetan werden“ können, siehe Das Magazin 3/2001, S. 32; zu den im Folgenden aufgeführten Alternativen des Reagierens auf die Hirnforscherthesen siehe auch *Klaus Günther* (Anm. 121), S. 71, 88ff.

beweis (bereits) gelungen ist, oder auch, dass es einer Naturwissenschaft überhaupt gelingen könnte, den empirischen Nachweis für Willensunfreiheit zu führen. Das ist ein Weg, mit dem sich nicht nur *Juristen*, sondern auch viele *andere geisteswissenschaftliche Disziplinen* der Zumutung der Hirnforschung erwehren. Bevor wir uns diesen beiden Strategien der Abwehr der neurowissenschaftlichen Attacke zuwenden, sollen aber die wenigen Stimmen im Strafrecht nicht übergangen werden, die sich von den Thesen und Forderungen der Hirnforschung überzeugt und bereit zeigen, in die durch sie gewiesene Richtung zu gehen.

2. Binnenstrafrechtliche Strategien

a) Ein neurowissenschaftlicher Umbau des Strafrechts

Den Aufbruch in eine „Neurojurisprudenz“¹⁷⁸ im Strafrecht empfiehlt zunächst eine kleine Gruppe von Autoren, die den Erkenntnissen der Hirnforscher – ohne sie näher auf den Prüfstand zu stellen – bekenntnishaft zuneigen und sich – nochmals ohne nähere Prüfung – auch die mit den Erkenntnissen begründete Forderung nach einer Abschaffung oder Revision des Schuldstrafrechts zu eigen machen. So appelliert *Anja Schiemann*¹⁷⁹ an das Strafrecht, „sich für neue Erkenntnisse zu öffnen und (...) die strafrechtliche Schuldzuschreibung und Verantwortlichkeit zu überdenken“, während *Margarete von Galen* die „Fortschritte der Hirnforschung“ zum „Anlass der Überprüfung der ganzen Systematik“ nehmen will¹⁸⁰. Was dabei herauskäme, bleibt bei beiden allerdings leider offen. Ähnliches gilt auch für *Kurt Seelmann*, der gleichfalls anmahnt, es müsste „über das Ausmaß der Berechtigung

¹⁷⁸ *Markowitsch/Sieffer* (Anm. 1), S. 238; zu Übereinstimmungen zwischen den Vorstellungen der IKV und der Bewegung der *défense sociale* mit vereinzelt Ansätzen der Hirnforscher siehe die differenzierte und aufschlussreiche „Synthese“ von *Ruske* (Anm. 29), S. 241 ff., 274 ff.

¹⁷⁹ *Schiemann*, Kann es einen freien Willen geben? Risiken und Nebenwirkungen der Hirnforschung für das deutsche Strafrecht, NJW 2004, 2056, 2059.

¹⁸⁰ *von Galen*, Der Standpunkt der Strafverteidigung – Plädoyer für eine Überprüfung der Schuldkriterien, in: *Barton* (Anm. 9), S. 361, 366; für sie steht dort § 20 StGB im Vordergrund. Sie glaubt aber bei einer gelingenden Beweisführung durch die Hirnforschung insgesamt an das „Ende des Strafrechts“ (S. 362); siehe auch *dies.*, Grußwort, in: *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 31, 32: „Also würde der Abschied von der Willensfreiheit auf gar kein Strafrecht oder gar eine neue Verfassung hinauslaufen“; für das Strafverfahren mahnt sie die Einbeziehung der „Erkenntnismöglichkeiten der bildgebenden Verfahren“ an (S. 33). Nach *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 389, müsste man – wird die Willensfreiheit „empirisch widerlegt – neben dem Schuldstrafrecht auch das gesamte Konzept der Freiheitsgrundrechte aufgeben“.

eines sozialetischen Tadels, wie wir ihn mit Strafsanktionen erheben, unter dem Eindruck der Ergebnisse der modernen Hirnforschung noch einmal gründlich nachgedacht werden“, den Leser dann aber mit einer unausgearbeiteten Reflektion über die Zumutbarkeit doch von „Strafe“ auch für den für Vergangenes gar nicht verantwortlichen Täter als „Sonderopfer“ etwas ratlos zurücklässt¹⁸¹. *Gerhard Herdegen*¹⁸² schließlich, der „die Negation der Willensfreiheit“ für richtig hält, macht sich die schon von *Gustav Radbruch* erhobene Forderung nach „stetiger Fortentwicklung“ des Strafrechts „zu einem Besserungsrecht“ zu eigen, füllt seine Vorstellung, der Täter müsse gleichwohl „für sein Sosein im Zeitpunkt der Tat“ trotz der für ihn „unvermeidbare(n) persönlichkeitspezifische(n) Determination, die den Tatentschluss hervorruft, bestraft“ werden, aber dann auch nur mit sehr kurzen, namentlich an *Singer* und *Roth* erinnernden Andeutungen zum Inhalt einer solchen „Bestrafung“ aus.

Als Anhänger der Hirnforscherthesen gründlicher haben sich nur *Gunnar Spilgies* und *Grischa Detlefsen* mit der Thematik befasst und ihr Bekenntnis zum neurowissenschaftlich für sie belegten Determinismus umfassender begründet. Eine differenziertere Ausarbeitung eines auf dieser Annahme aufruhenden „Strafrechts“-Systems ist aber auch bei ihnen bislang nicht zu finden. Das liegt bei *Spilgies* daran, dass er sich nur an den Aufweis der Brüche gemacht hat, die sich in einem für ihn indeterministisch geprägten Strafrecht der Gegenwart seiner Analyse zufolge befinden¹⁸³. Umgekehrt richtet *Grischa Detlefsen* ihr Augenmerk zentral auf die Kritik der Annahmen, in denen das geltende Strafrecht mit einem deterministischen Menschenbild kollidiert. In einer gemeinsam mit *Gerhard Roth* veröffentlichten Arbeit hat sie die am Ende ihrer Monografie schon angedeutete Alternative zu einem an Schuld und Willensfreiheit anknüpfenden Vergeltungsstrafrecht dann zwar etwas näher ausgebaut. Danach soll „der Unwert der Tat“, nicht aber ein „Unwert der Person“ in der Sanktion zum Ausdruck gebracht, auf eine „übersteigerte Vorwurfshaltung“ verzichtet und den Ansätzen im Jugend-

181 *Seelmann*, Sind die Grundannahmen einer Rechtsgesellschaft mit den Resultaten der modernen Hirnforschung vereinbar?, in: *Senn/Puskás* (Anm. 49), S. 91, 101f.

182 *Herdegen*, Schuld und Willensfreiheit, Festschrift für Richter II, 2006, S. 233, 244.

183 *Spilgies*, Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht. Über die Nichtbeachtung der Implikationen eines auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrechts, 2004 (mit Besprechung von *Kudlich*, HRRS 2004, 217ff.); auszugsweise finden sich seine Arbeitsergebnisse auch in *Spilgies*, Die Kritik der Hirnforschung an der Willensfreiheit als Chance für eine Neudiskussion im Strafrecht, HRRS 2005, 43ff. (mit einer Replik auf *Kudlich* und einer Duplik von *Kudlich*, HRRS 2005, 51f.). Die Verteidigung seiner These, dass dem deutschen Strafrecht nach wie vor ein indeterministisches Menschenbild zugrunde liege, findet sich in *Spilgies*, Zwischenruf: Die Debatte über „Hirnforschung und Willensfreiheit im Strafrecht“ ist nicht falsch inszeniert!, ZIS 2007, 155ff.

straf- und im Maßregelrecht in einem Besserungs- und Sicherungsrecht (auch hier ein Anklang an *Radbruch*) nachgegangen werden. Auch soll der Verurteilte unter bestimmten Voraussetzungen zwischen tradierter Bestrafung und Therapie eine „Wahlmöglichkeit“ haben. Ansätze zu einem neuen Straftatsystem, wie es die Leugnung der Willensfreiheit doch wohl erfordert, liefert aber auch *Detlefsen (Merkel)* nicht¹⁸⁴. Es lässt sich daher zusammenfassend sagen, dass es einen (kritisierbaren) Entwurf eines „Strafrechts für Limbier“ einstweilen nicht gibt. Deshalb kann es hier bei den schon vorgetragenen Bedenken gegen den überall angedeuteten Weg in ein (wenn auch nicht durchgehend „reines“) Maßregelrecht vorerst verbleiben.

b) Schuld ohne Entscheidung der Freiheitsfrage

Wendet man sich der oben angedeuteten ersten Abwehrstrategie zu, das Strafrecht gegen die Hirnforscherrangriffe zu *immunisieren*, beschränken sich zwar nur wenige Teilnehmer am interdisziplinären Diskurs auf die *blanke* Behauptung, die „besondere Rücksicht, unter der eine Wissenschaft ihre konkreten Forschungsgegenstände betrachtet und anfasst“, erlaube es *jedem* Fach, seine Begrifflichkeiten und Institutionen, und also auch „Freiheit und Verantwortlichkeit“ autonom und nur für sich zu bestimmen und deshalb *dem Strafrecht*, dem (Neuro-) „Gesang der Sirenen“ das Ohr gewissermaßen „kategorial“ zu verschließen. Die damit von *Winfried Hassemer* – der das lehrt¹⁸⁵ – in Anspruch genommene „Definitionsheoheit“

184 *Detlefsen* (Anm. 14). Die zitierten Vorstellungen finden sich auf S. 345 ff. und – vor allem auf Gewalttäter bezogen – in *Grischa Merkel/Roth*, Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe, in: *Grün/Friedman/Roth* (Anm. 80), S. 54 ff.; *Grischa Merkel/Roth*, in: *Stompe/Schanda* (Anm. 2), S. 143 ff.; siehe auch *Grischa Merkel*, Hirnforschung, Sprache und Recht, Festschrift für Herzberg, 2008, S. 3 ff., 27 ff.; ein vergleichbares Fazit zu der vorstehend behandelten Gruppe von Autoren/-innen findet sich bei *Ruske* (Anm. 29), S. 211 ff.; siehe zum „Wahlmodell“ auch den z. T. kritischen Bericht von *Ruske* (Anm. 29), S. 218 ff.

185 *Hassemer*, ZStW 121 (2009), S. 829, 840 ff. (Zitate S. 847, 840); krit. zu *Hassemer Crespo*, Humanistischer Kompatabilismus. Ein Versöhnungsvorschlag zwischen Neurowissenschaften und Strafrecht, GA 2013, 15 ff. In der Tendenz wie *Hassemer* auch *Bommer* (Anm. 131), S. 28 ff.; *Frommel* (Anm. 163), S. 81 ff.; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 2011, § 16 Rdn. 8; *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2014, § 24 Rdn. 2; *Tonio Walter*, in: LK (Anm. 142), vor §§ 13 ff. Rdn. 163; *ders.*, Hirnforschung und Schuldbegriff, Rückschau und Zwischenbilanz, Festschrift für F.-C. Schroeder, 2006, S. 131 ff.; abgewogener aus der Sicht der Hirnforschung *Zilles*, in: *Barton* (Anm. 9), S. 49, 69: Hirnforschung kann das Verstehen fördern, nicht aber die Begriffsfestlegungen anderer Wissenschaften „ersetzen“. Was im Text kritisch mit „blanke Behauptung“ gemeint ist, verdeutlicht *Hirsch*, Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht, ZIS 2010, 62, 65 (zu „schlicht“).

des jeweiligen Fachs klingt aber auch bei denen an, die sich gegen den neurowissenschaftlichen „Übergriff“ nicht in solcher Grundsätzlichkeit verwarren.

Eine *erste* denkbare und zugleich abwehrende Antwort auf die Frage, ob die von den Hirnforschern geleugnete Willensfreiheit unser Schuldstrafrecht erschüttert, hat *Björn Burkhardt* gegeben. Er behauptet, dass persönliche Schuld für den strafrechtlichen Schuldvorwurf zwar unverzichtbar, aber an Willensfreiheit gar nicht gebunden sei. Grundlage für einen individuellen Tadel sei nämlich nicht eine wie immer geartete indeterministische, kontra-kausale oder libertäre Willensfreiheit, sondern die *individuelle Gewissheit*, frei zu sein, das *Freiheitsbewusstsein und -erleben* des Menschen. Strafrechtliche Schuld setze deshalb nur voraus, dass der Täter seine Tat „im Bewusstsein des Anders-handeln-Könnens“ vollzogen habe. Eine solche Handlung sei *praktisch frei*. Und da es für den Menschen „keinen besseren und tieferen Grund dafür“ gebe, „die Verantwortung für eine vollzogene Handlung zu übernehmen“, als eben den, „dass die Handlung im Bewusstsein des Anders-handeln-Könnens vollzogen worden ist“, gäbe es auch für das Strafrecht keinen besseren Anknüpfungspunkt für den Schuldvorwurf als das Freiheitserleben¹⁸⁶.

Diese von anderen teils schon vor, teils – wie von *Burkhardt* – nach den Angriffen der Hirnforschung in ähnlicher Weise bezogene Position¹⁸⁷ kann sich

186 *Burkhardt*, Und sie bewegt uns doch: Die Willensfreiheit, in: *Das Magazin* 2 (2003), S. 23; krit. dazu *Roth* (Anm. 14), S. 539f.; *Ruske* (Anm. 29), S. 215f.; *Schiemann*, NJW 2004, 2056, 2058 (dazu karikierend *Rath*, Freiheit der Hirnforschung, ZRph 2004, 164f.); gegen die Anknüpfung an ein bloßes Freiheitsgefühl auch schon von *Hippel*, Willensfreiheit und Strafrecht, ZStW 23 (1903), S. 396, 407ff.; siehe auch *Burkhardt*, Bemerkungen zu den revisionistischen Übergriffen der Hirnforschung auf das Strafrecht, in: *Dokumentation Neuro2004: Hirnforschung für die Zukunft*, S. 40, 43ff.; zur Qualität der Freiheit eben diesen Erlebens, siehe *Burkhardt*, Wie ist es, ein Mensch zu sein?, Festschrift für Eser, 2005, S. 77ff., dort S. 99f. in Kürze auch zu der hier aufgeworfenen „normativen Relevanz des Freiheitserlebens“; *Burkhardt*, Willensfreiheit aus rechtlicher Sicht, in: *Tröger* (Anm. 131), S. 87, 97ff. Die an seinem Standpunkt geübte Kritik aufgreifend und seine Thesen zusammenfassend noch einmal *Burkhardt*, Gedanken zu einem individual- und sozialpsychologisch fundierten Schuldbegriff, Festschrift für Maiwald, 2010, S. 79ff.; zum illusorischen Charakter des Freiheitsbewusstseins siehe *Wegner*, The illusion of conscious will, 2002, S. 2f., 149ff. und passim; zur Ableitung der „Verantwortlichkeit“ aus dem „inneren und natürlichen Gefühl“ in der Bewegung der *défense sociale* – namentlich bei *Ancel* – siehe *Ruske* (Anm. 29), S. 292ff.

187 Siehe z.B. *Dreher* (Anm. 3), S. 379ff.; *Hirsch*, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 106 (1994), S. 746, 759ff.; *Schöch*, Willensfreiheit und Schuld aus strafrechtlicher und kriminologischer Sicht, in: *Eisenburg*, Die Freiheit des Menschen, 1998, S. 92; in *Kenntnis der Angriffe der Hirnforschung* vertreten diese Position auch *Czerner*, Der strafrechtlich-normative Schuldbegriff zwischen Willensfreiheit und neurobiologischer Determination, ArchKrim 218 (2006), S. 65, 129ff., 142ff.; *Ebert*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 95 (unter b), zur Hirnforschung S. 94; *Guss*, Willensfreiheit, 2002, S. 155ff.; *Hirsch*, ZIS 2010, 62, 65ff. (Maßgeblich-

auf die ja auch von den Hirnforschern nicht bestrittene psychische und soziale Realität eines Sich-frei-und-verantwortlich-Fühlens berufen, macht dieses Gefühl aber im Gegensatz zur Hirnforschung zur (zwar nicht hinreichenden, aber notwendigen) Grundlage eines nach wie vor zu erhebenden subjektiven Schuldvorwurfs und behauptet mit ihrem Zugriff auf die Erste-Person-Perspektive, dass sie der Streit um die Willensfreiheit nichts angehe. Das halte *ich* aber für falsch. Es leuchtet zwar ein, für das „Gefühl des Belastetseins mit der Verantwortung für begangenes Unrecht“ – wie *Dreher* die Schuld definierte¹⁸⁸ –, für das Erleben, Empfinden und Akzeptieren von Schuld auf die subjektive Überzeugung des Menschen vom Anders-handeln-Können abzustellen. Auch ist *Burkhardt* einzuräumen, dass „Freiheit wesentlich an Bewusstsein gebunden“ ist¹⁸⁹. Es wäre aber doch ein Fehler, hieraus die Berechtigung für einen vom Staat erhobenen, mit einem sozialem Tadel und mit Strafe verknüpften Schuldvorwurf abzuleiten, *wenn* unser Gefühl uns trägt. An eine Illusion *kann* ein Strafrecht, ja sollte nicht einmal ein Schutzrecht anknüpfen. Nur eingebildete Freiheit ist für staatliche Eingriffe keine hinreichende Legitimation, weder im irrtumsbedingten Einzelfall, noch generell¹⁹⁰. Ist die Erste-Person-Perspektive durch die Dritte tatsächlich als Trugschluss entlarvt, wird sich zudem auch die Illusion nicht mehr halten. Dann aber verkämen Schuld und Verantwortung zu der von *Eduard Kohl-*

keit der Erste-Person-Perspektive); *Hotz* (Anm. 29), S. 408f.; *Schöch*, in: LK (Anm. 142), § 20 Rdn. 19ff., 24; *ders.*, Die Schuldfähigkeit, in: *Kröber/Dölling/Leygraf/Sass*, Handbuch der forensischen Psychiatrie, Bd. 1, 2007, S. 94ff. Siehe hierzu auch *Haddenbrock*, in: *Göppinger/Witter* (Anm. 154), S. 889.

188 *Dreher* (Anm. 3), S. 12; im vormalig von *Dreher* bearbeiteten Kommentar ist von *Tröndle/Fischer*, StGB, 53. Aufl. 2006, vor § 13 Rdn. 28 und *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, vor § 13 Rdn. 47 diese Definition beibehalten, die dort seinerzeit zitierte Behauptung *Dreher's*, dass das „geltende Strafrecht nur indeterministisch verstanden werden kann“, allerdings weggelassen worden.

189 *Burkhardt*, Festschrift für Eser, S. 99f.

190 Dieser Vorwurf trifft auch *Safferling*, wenn er (in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2013, § 20 Rdn. 67) seine an *Roxin* angelehnte Schuldkonzeption selbst dann aufrechterhalten will, wenn die „neuropsychologische These (...) zutrifft“; auch *Weißer*, GA 2013, 26, 38, hält ihre rein normative Beantwortung der Willensfreiheitsfrage für gegenüber einem (gelingenden) Gegenbeweis für immun; krit. wie hier dagegen auch *Reinhard Merkel* (Anm. 1), S. 118ff.; *ders.*, in: *Schünemann/Tinnefeld/Wittmann* (Anm. 143), S. 464; *Streng*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2011, § 20 Rdn. 56; *ders.*, Herausforderung des strafrechtlichen Schuldbegriffs durch die Hirnforschung, in: *Kotsalis* (Anm. 156), S. 61, 69ff.; siehe auch nochmals das in Anm. 180 angegebene Zitat von *Lagodny* und die schon früher gegen das Anknüpfen an das Freiheitserleben geäußerte Kritik von *Ellscheid/Hassemer*, in: *Lüderssen/Sack* (Anm. 169), S. 268f. *Burkhardt*, Festschrift für Maiwald, S. 79, 96ff., setzt sich gegen den *hier* und von *Reinhard Merkel* (Anm. 1), S. 120f., sowie von *Grischa Merkel/Roth*, in: *Grün/Friedman/Roth* (Anm. 80), S. 66, am Beispiel von BGHSt. 40, 341 (Epilepsie-Fall) erhobenen Einwand zur Wehr.

rausch schon 1910 so bezeichneten, vermeintlich „staatsnotwendigen Fiktion“¹⁹¹. Das Strafrecht baute auf bloßem Schein, sein Menschenbild wäre gefälscht. Damit könnte ein *Strafrecht* nicht leben.

Eine *zweite* denkbare *Antwort* auf die Frage, ob ein Schuldstrafrecht ohne Willensfreiheit vorstellbar ist, könnte darin liegen, dass einige in der Strafrechtslehre vertretene Schuldbegriffe angesichts des ja nicht erst durch die Hirnforschung heraufbeschworenen „Determinismus-Dilemmas“¹⁹² schon länger davon ausgehen, dass ein *nachweisbar* individuelles Dafürkönnen gar nicht Gegenstand des strafrechtlichen Schuldvorwurfs sei. „Das Anders-handeln-Können darf“ nach *Hans-Ludwig Schreiber* „nicht im Sinne des als unhaltbar erkannten indeterministischen Freiheitsbegriffs aufgefasst werden“. Vielmehr meine es nur, „dass ein durchschnittlicher anderer in einer solchen äußeren und inneren Situation generell anders, das heißt normgemäß hätte handeln können“. Im Strafrecht sei daher „nur ein pragmatisches, sozial-vergleichendes Schuldurteil möglich“. Es basiere auf dem „Fehlgebrauch eines Könnens, das wir uns wechselseitig praktisch zuschreiben“¹⁹³. *Jescheck/Weigend* ziehen hieraus, dass „sich die Freiheit als Teil der transzendenten Welt der empirischen Feststellbarkeit“ entziehe, den Schluss, dass der Schuldvorwurf nur folgendermaßen formuliert werden könne: „Der Täter hätte in der Situation, in der er sich befand, in dem Sinne anders handeln können, als

191 *Kohlrausch*, Sollen und Können als Grundlage strafrechtlicher Zurechnung, Festgabe für Güterbock, 1910, S. 3, 23ff. Die „staatsnotwendige Fiktion“ bezieht *Kohlrausch* auf das „individuelle Können“ (S. 26). Für *Lüderssen*, Spontaneität und Freiheit – neue Aspekte moderner Hirnforschung für Strafrecht und Kriminologie, Festschrift für Puppe, 2011, S. 65, 70, könnte sie als die „normative Konstruktion des Zuschreibungsparadigmas“ durchgehen; *Zaczyk* bezeichnet in seiner Besprechung des Buches von *Reinhard Merkel* (GA 2009, 374) die Fiktion als nichts anderes als „eine nützliche soziale Lüge.“ Anders *Mankowski* (Anm. 29), S. 185 f., der das Freiheitsempfinden als Basis der Schuld zwar ebenfalls ablehnt, dann aber – mit nicht überzeugender, weil die Setzung nur als für das Zivilrecht unabhängig einstufiger Begründung – den Fiktionscharakter seiner eigenen Lösung leugnet (S. 189 ff., 191).

192 Siehe nur die „deterministische“ Schrift von *Danner*, Gibt es einen freien Willen?, 4. Aufl. 1977, mit zahlreichen Nachweisen.

193 Zitate aus *Schreiber/Rosenau*, Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung, in: *Venzlaff/Foerster*, Psychiatrische Begutachtung, 4. Aufl. 2004, S. 57; *Schreiber*, Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken?, *Nervenarzt* 48 (1977), S. 245; unter dem Eindruck der Hirnforscher-Thesen bestärkt in *ders.*, Ist der Mensch für sein Verhalten verantwortlich?, Festschrift für Laufs, 2006, S. 1069, 1074 ff.; ähnlich *Gropp*, in: *Kröber/Dölling/Leygraf/Sass*, Handbuch der forensischen Psychiatrie, Bd. 1, 2007, S. 63 f.; *Rudolph*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Stand 2003, Vor § 19 Rdn. 1. *Haddenbrock*, in: *Göppinger/Witter* (Anm. 154), S. 884 f., *Kröber* (Anm. 29), S. 195 und *Lammel*, Die erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit, in: *Kröber/Albrecht*, Verminderte Schuldfähigkeit und psychiatrische Maßregel, 2001, S. 87, 92 f., erklären diesen von *Schreiber* und *Jescheck/Weigend* vertretenen Schuldbegriff aus psychiatrischer Sicht für annehmbar.

nach unserer Erfahrung mit gleich liegenden Fällen ein anderer an seiner Stelle bei Anspannung der Willenskraft, die dem Täter möglicherweise gefehlt hat, unter den konkreten Umständen anders gehandelt hätte“¹⁹⁴.

Claus Roxin versteht unter Schuld „unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit“. Damit ist gemeint, „dass die Schuld eines Täters zu bejahen ist, wenn er bei der Tat seiner geistigen und seelischen Verfassung nach für den Anruf der Norm disponiert war“. Denn dann „gehen wir davon aus, ohne dies im Sinne der Willensfreiheit beweisen zu können und zu wollen, dass der Täter auch die Fähigkeit hatte, sich normgemäß zu verhalten“. Diese *Freiheitsannahme* besage nicht, „dass der Täter tatsächlich anders handeln konnte – was wir eben nicht beweisen können –, sondern nur, dass er bei intakter Steuerungsfähigkeit und damit gegebener normativer Ansprechbarkeit als frei behandelt wird. Die Freiheitsannahme ist insoweit eine ‚normative Setzung‘, deren gesellschaftlicher Wert vom erkenntnistheoretischen und naturwissenschaftlichen Problem der Willensfreiheit unabhängig“ und einer Stellungnahme zum Streit um die Willensfreiheit deshalb auch nicht bedürftig sei¹⁹⁵.

Es ist hier nicht der Raum, zu den hinter solchen Aussagen stehenden Schuldbegriffen Stellung zu nehmen. Ob sie geeignet sind, „die Legitimationslücke zu schließen, die bei einem Verzicht auf den Begriff der *persönlichen* Schuld“ entsteht, ist sicher zweifelhaft¹⁹⁶. Denn es ist kaum zu sehen, warum die

194 *Jescheck/Weigend*, Allg. Teil (Anm. 170), S. 411; zu den Quellen dieser Lehre bei *Kohlrausch* und *Mezger* siehe *Graf zu Dohna*, ZStW 66 (1954), S. 505 ff. *Jescheck/Weigend* und *Roxin* zust. *Schöch*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier*, StGB, 2009, § 20 Rdn. 12; *Kaspar*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Anm. 121), § 20 Rdn. 13; ein Konzept der Zuschreibung, das sich von der empirisch weder verifizierbaren noch falsifizierbaren Willensfreiheit unabhängig sieht, skizziert auch *Renzikowski*, in: *Matt/Renzikowski* (Anm. 190), Einl. Rdn. 23 ff.; siehe auch *Geisler*, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip, 1998, S. 110 ff.

195 *Roxin*, Allg. Teil I (Anm. 134), § 19 Rdn. 36 f.; in Fn. 86 weist *Roxin* selbst darauf hin, dass das Kriterium „in der Tradition Franz v. Liszts“ stehe, „der die Zurechnungsfähigkeit als ‚normale Bestimmbarkeit durch Motive‘ kennzeichnete“; siehe dazu nur *von Hippel*, Zur Begriffsbestimmung der Zurechnungsfähigkeit, ZStW 23 (1903), S. 396, 416; *ders.*, ZStW 32 (1911), S. 99, 122 ff. *Roxin* hält an diesem Standpunkt auch in Auseinandersetzung mit den Thesen der Hirnforschung fest, a. a. O., Rdn. 43–45; siehe dazu ausführlich und *Roxin* zustimmend *Isfen*, Das Schuldprinzip im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des türkischen Rechts, 2008, S. 120 ff.; ähnlich auch *Frister*, Strafrecht Allg. Teil, 5. Aufl. 2011, 3/7 ff.; *Schroth*, Strafe ohne nachweisbaren Vorwurf, Festschrift für *Roxin*, Band 1, 2011, S. 705, 716 f.; siehe auch die Auseinandersetzung mit dieser Schuldlehre bei *Reinhard Merkel*, Festschrift für *Roxin*, Band 1, 2011, S. 737, 752 ff.; die normative Ansprechbarkeit als Grundlage für Verantwortlichkeit trotz Ablehnung des Alternativismus findet sich – ohne Bezugnahme auf *Roxin* – auch bei *Wittmann*, Der staatliche Strafanspruch und die neueren Ergebnisse der Hirnforschung, Festschrift für *Swarc*, 2009, S. 161 ff.

196 Siehe *Burkhardt*, in: Dokumentation Neuro2004 (Anm. 186), S. 7.

Vermeidbarkeit der Tat durch den gedachten Normalbürger die Bestrafung dessen rechtfertigen können soll, dessen individuelles Anders-entscheiden und Anders-handeln-Können unbeweisbar und deshalb nur eine „normative Setzung“ bleibt. Im hier erörterten Zusammenhang interessiert aber weniger der daraus ableitbare und von *Bernd Schünemann* erhobene Vorhalt, dass solche sozial-vergleichenden oder die Freiheitsfrage durch Normativierung verdrängenden Schuldbegriffe auf eine Fiktion der Schuld und damit eine Scheinbegründung des Strafrechts hinausliefen. Vielmehr stellt sich in unserem Zusammenhang maßgeblich die Frage, ob diese Schuldaufassungen gegenüber der Attacke der Hirnforschung *immun* sind. Das aber muss man verneinen. „Denn solange man die Vermeidmöglichkeit des als Vergleichsperson genommenen Normalbürgers nicht wiederum selbst begründen kann, ist der Verweis auf dessen hypothetisches Verhalten zur Begründung der Schuld des individuellen Täters eine reine Verlegenheitsausrede“¹⁹⁷. Sie steht auf tönernen Füßen. *Wenn* es die Willensfreiheit nicht gibt, dann hat an ihr auch der gedachte Homunculus nicht teil. Und andererseits kann sich eine „normative Setzung“, die für sich in Anspruch nimmt, wenigstens *möglicherweise* die Lebenswirklichkeit zu treffen, nicht länger als vom „Problem der Willensfreiheit unabhängig“ erklären, *wenn* sich die vermeintliche Möglichkeit als Unmöglichkeit erweist. Dann ist die vorgeblich *unentscheidbare* Determinismus-Frage eben doch entschieden und die Legitimation einer als Fiktion erkannten Setzung auf dem schulddogmatischen Tisch¹⁹⁸.

197 *Schünemann*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld, Festschrift für Lampe, S. 544, 545; ihm zustimmend *Duttge*, Über die Brücke der Willensfreiheit zur Schuld, in: *ders.* (Anm. 6), S. 13, 42; *Schroth*, Festschrift für Roxin, Band 1, 2011, S. 705, S. 712, spricht von „Scheinlösung“; krit. auch *Ellscheid/Hassemer*, in: *Lüderssen/Sack* (Anm. 169), S. 279f., die sich für eine Objektivierung der Schuld aussprechen; anders *Isfen* (Anm. 195), S. 123ff.

198 Krit. zu den vorstehenden Schuldbegriffen auch *Weißer*, GA 2013, 26, 33f.; aus philosophischer Sicht *Keil*, in: *Schnädelbach/Hastedt/Keil* (Anm. 160), S. 157f. *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S. 377, 378, hat die Unentscheidbarkeit mit der „Tatsache“ begründet, „daß wir über die mikrophysikalischen Vorgänge im menschlichen Gehirn kaum etwas wissen“. Eben das hat sich durch die Hirnforschung verändert. Sein Schüler *Isfen* (Anm. 195), der *Roxins* Lehre im Wesentlichen folgt, bekennt, dass „ein Festhalten nicht mehr zu rechtfertigen wäre (...) wenn es empirisch-positiv nachgewiesen würde, dass es den freien menschlichen Willen nicht gibt“ (S. 134); siehe hierzu auch ausführlich *Duttge*, in: *ders.* (Anm. 6), S. 39ff., mit Bezug auf mehrere Arbeiten *Merkels*; siehe auch die Vorbehalte gegen die vermeintliche Unabhängigkeit von der Willensfreiheitsfrage in der Lehre *Roxins* bei *Hoyer*, Normative Ansprechbarkeit als Schulselement, Festschrift für Roxin, Band 1, 2011, S. 723, 726ff.; die „Immunität“ des Konzepts der normativen Ansprechbarkeit gegenüber der Willensfreiheitsfrage verteidigend *Reinhard Merkel* (Anm. 1), S. 131ff.; dass auch seine Vorstellung von gesellschaftlichem „Übelnehmen“ (-Dürfen) der Tat und einem daraus folgenden „Bezahlenmüssen“ ohne nachweisbares „Dafürkönnen“ auskommen können soll (S. 128ff.), leuchtet ebenso wenig ein.

Auf weitere Schuldbegriffe, die eine Unabhängigkeit von der Freiheitsfrage für sich in Anspruch nehmen, soll hier angesichts der Tatsache, dass sie sich nur einer geringen Anhängerschaft erfreuen und in der Praxis keinen nennenswerten Widerhall finden, nur kurz eingegangen werden¹⁹⁹. Wer mit *Wilhelm Gallas*²⁰⁰ Schuld als „Vorwerfbarkeit der Tat mit Rücksicht auf die darin bestätigte rechtlich missbilligte *Gesinnung*“ definiert, macht der Sache nach die „tadelnswerte *Gesinnung*“ von ihrer selbstverantworteten Bildung abhängig und kann kaum berechtigt behaupten – wie es *Schmidhäuser* tut – dass „zur Frage der Willensfreiheit“ mit einer solchen Feststellung „in keiner Weise Stellung genommen“ werde²⁰¹. Auch wer – wie neuerlich *Rolf-Dietrich Herzberg* als bekennender Determinist – unter Berufung auf den philosophischen „Ahnherren“ *Arthur Schopenhauer* zwar einräumt, dass der Mensch nicht anders handeln konnte, als jeweils geschehen, ihm aber vorhält, dass ihm rechtsgetreues Handeln sehr wohl möglich gewesen wäre, wenn er nur „ein anderer gewesen“ wäre und seinen *Charakter* normgetreu ausgeformt hätte, steht mit den Hirnforscherthesen auf Kriegsfuß. Denn dass der Mensch „für seinen *Charakter* im Guten wie im Bösen verantwortlich“ ist und daraus die Legitimation der Zurechnung folgt²⁰², ist jedenfalls *neurowissenschaft-*

199 Siehe dazu ausführlicher *Duttge*, in: *ders.* (Anm. 6), S. 44ff.; knappe Darstellung auch bei *Dölling*, Zur Willensfreiheit aus strafrechtlicher Sicht, *ForensPsychiatrPsycholKrimonol* 2007, S. 60f.; siehe auch *Paeffgen*, in: NK (Anm. 152), Vorbem. zu §§ 32ff. Rdn. 227ff., der zuvor (Rdn. 210ff.) auf die hier behandelten Schuldkonzeptionen von *Jakobs* und *Roxin* ausführlich eingeht und selbst – nach kritischer Würdigung der Hirnforschung – i. E. beim Schuldvorwurf bleibt (Rdn. 231f mit Rdn. 230i); ebenso *Siesel*, Das Strafrecht, die Neurophysiologie und die Willensfreiheit, 2009, S. 175ff., 302f.

200 *Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, *ZStW* 67 (1955), S. 1, 45.

201 *Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl. 1975, 10/6.

202 Wiederbelebt worden ist diese namentlich von *Engisch*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 1965, für das Strafrecht in Anspruch genommene Lehre von der Lebensführungs-, Lebensentscheidungs- oder Charakterschuld von *Herzberg*, Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, 2010; zu *Schopenhauer* siehe dort S. 1 und passim; zur (vermeintlichen) Immunität der Schuld gegenüber dem Postulat von Willensfreiheit siehe auch *Herzberg*, Festschrift für Achenbach, S. 157, 176ff., der in seiner Abhandlung „Setzt strafrechtliche Schuld ein Vermeidenkönnen voraus?“, in: *ZStW* 124 (2012), S. 12, 59, zu dem überraschenden Schluss kommt, die Unfreiheit des Willens verbiete den Schuldvorwurf nicht nur, sondern sei im Gegenteil „eine notwendige Voraussetzung dafür, dass er erhoben werden darf“. Gegen *Herzberg* insoweit *Reinhard Merkel*, Festschrift für Roxin, Band 1, 2011, S. 737, S. 746ff., und *Ebert*, Charakterschuld, Festschrift für Kühl, S. 137ff. Siehe zum Konzept der Lebensführungsschuld ausführlich und krit. auch *Duttge*, in: *ders.* (Anm. 6), S. 45ff.; *Roxin*, Allg. Teil I (Anm. 134), § 19 Rdn. 27ff.; dazu, dass auch Lebensführungsschuld Freiheit voraussetzt, siehe schon *Ellscheid/Hassemer*, in: *Lüderssen/Sack* (Anm. 169), S. 270; nach *Tugendhat*, Willensfreiheit und Determinismus, in: *Tröger* (Anm. 131), S. 9, 27, „besteht“ andererseits „gerade keine Freiheit, sondern Zwanghaftigkeit, wenn der Charakter ein Verhalten notwendig bestimmt“.

lich eine nicht haltbare These. Denn das limbische System, das alles Handeln beschließt und hervorbringt, wird schon in Lebenszeiten vorprogrammiert, die sich dem Einfluss des Menschen gänzlich entziehen. Und schließlich können sich auch *funktionale* Schuldlehren, die sich bei einer Zuschreibung von Schuld allein nach *spezial*²⁰³ oder *generalpräventiven* Bedürfnissen²⁰⁴ richten, nicht auf Neutralität gegenüber der Willensfreiheitsfrage berufen. *Günther Jakobs* behauptet die „Irrelevanz der Willensfreiheit“ für seine Schuldlehre zwar, weil mit dem Schuldurteil nur ein sozialer Effekt und keine „Abwertung des Individuums (Vorwerfbarkeit)“ verbunden sei. Wie aber eine „Zuständigkeit für das richtige Wollen“ und für „die Gefahr einer Verschlechterung der Normgeltung durch die Tat“ in einem Schuldstrafrecht ohne ein individuelles Dafür- und auch Anderskönnen begründbar sein soll, bleibt dabei ein Rätsel²⁰⁵. Auch machen rein *spezial*- oder *generalpräventive* Konzepte, die Menschen erreichen, beeinflussen und zu normkonformem Verhalten instandsetzen wollen, doch wohl nur „in einem indeterministischen Kontext“ Sinn²⁰⁶.

c) Die traditionelle Schuldlehre

Wenn sich hiernach schon auf reale Willensfreiheit oder doch jedenfalls auf ihre für den individuellen Täter gesicherte Annahme verzichtende Schuldbegriffe gegen die „feindlichen Übernahmeangebote“²⁰⁷ der Hirnforschung nicht immunisieren können, so gilt dies erst recht für die *letzte* hier aufgegriffene, die traditionelle *Position*, die zu strafrechtlicher Schuld und Willensfreiheit vertreten wird. Es ist die überkommene *indeterministische* Lehre, die – mit den Worten *Theodor*

203 So *Haddenbrock*, in: *Göppinger/Witter* (Anm. 154), S. 863–946.

204 So vor allem *Jakobs*, *Schuld und Prävention*, 1976; *ders.*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1993, S. 476 ff.; siehe zu beiden Ansätzen *Dölling*, *ForensPsychiatrPsycholKrimonol* 2007, S. 60 f.; zu *Jakobs* Schuldbegriff vgl. auch *Roxin*, *Allg. Teil I* (Anm. 134), § 19 Rdn. 33 ff.

205 Versuche, es (auch angesichts der Hirnforscherthesen) aufzulösen, finden sich bei *Jakobs*, *Individuum und Person*, *ZStW* 117 (2005), S. 247 ff.; *ders.*, *Strafrechtliche Schuld als gesellschaftliche Konstruktion*, in: *Schleim/Spranger/Walter*, *Von der Neuroethik zum Neurorecht?*, 2009, S. 243 ff. (Zitate dort S. 248, 251).

206 Siehe *Schünemann*, *Festschrift für Lampe*, S. 545; krit. zu *Jakobs* und *Roxin* insoweit auch *Jäger*, *GA* 2013, 11 f.; ebenso schon *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*, *StGB*, 26. Aufl. 2001, Vorbem. §§ 13 ff. Rdn. 109 a, dessen mit dem hiesigen Text übereinstimmende Kritik *Eisele* in der 29. Aufl. 2014 (Anm. 121), a. a. O., teilt; zu den behandelten Schuldbegriffen siehe auch *Streng*, *Vergleichende Betrachtungen zu den Potentialen verschiedener Schuldverständnisse*, in: *Byrd/Joerden*, *Philosophia Practica Universalis*, 2005, S. 697 ff.

207 Hiervon spricht *Lassek*, *Wirklich wie Zahnweh*, in: *zeitzeichen* 2 (2005), S. 8.

Lenckners – „in der menschlichen Entscheidungsfreiheit und damit in dem schon als Anderswollenkönnen verstandenen Andershandelnkönnen die Voraussetzung auch strafrechtlicher Schuld sieht“²⁰⁸. „Grundlage des Schuld- und Verantwortungsprinzips“ ist hiernach – wie es *Wessels/Beulke/Satzger* ausdrücken – „die Fähigkeit des Menschen, sich frei und richtig zwischen Recht und Unrecht zu entscheiden. Nur wenn diese Entscheidungsfreiheit existiert, hat es Sinn, einen Schuldvorwurf zu erheben.“²⁰⁹ „Das subjektive Erlebnis von Freiheit“, sagt *Burkhardt Jähnke*, ein (ehemaliger) Richter des Bundesgerichtshofs, „ist ein Hinweis auf das Vorhandensein von Verantwortlichkeit, aber nicht diese selbst; und maßgeblich kann nicht sein, ob der Mensch unter irgendeinem Blickwinkel als frei erscheint, sondern ob er es bei der Entscheidung für die konkrete Unrechtstat ist“²¹⁰. Denn wenn Strafe einen Tadel enthält, behandelt jeder, der Strafe verhängt, den Täter als ein verantwortliches Individuum und lässt mit dem Ausspruch des Tadels stillschweigend den Vorbehalt fallen, dass die Fähigkeit des Menschen zum Anders-handeln-Können nicht feststellbar ist. „Das Schuldprinzip hat daher“ – so *Jähnke* – „die Entscheidungsfreiheit des Menschen zur rechtstheoretischen Voraussetzung (...) die Freiheitsfrage ist für das geltende Recht – rechtstheoretisch – nicht offen“²¹¹. Nicht anders klingt es bei *Heinz Leferenz*, für den für ein Schuldstrafrecht „kein Weg an der Freiheitsfrage vorbeiführt“ und alle „Versuche, die Freiheitsfrage zu umgehen, einem echten Schuldstrafrecht nicht angemessen“ sind²¹².

Nach der Auffassung *Björn Burkhardts* ist dieser Standpunkt zwar im Strafrecht der Gegenwart nur noch der einer „im Schwinden“ begriffenen Minderheit. Er hat daraus gefolgert, die Hirnforscher hätten sich statt auf eine „tragende Säule unseres Schuldstrafrechts“ mit ihrer Attacke gegen einen „indeterministischen Willens-

208 *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 206), Vorbem. §§ 13ff. Rdn. 110; *ders.*, in: *Göppinger/Witter* (Anm. 152), S. 93ff.; krit. dazu *Streng*, in: *Byrd/Joerden* (Anm. 206), S. 697ff.; *ders.*, NSTZ 1995, 12, 14ff.

209 *Wessels/Beulke/Satzger*, Allg. Teil (Anm. 134), Rdn. 397.; aus philosophischer Sicht ebenso *Keil*, in: *Schnädelbach/Hastedt/Keil* (Anm. 160), S. 163.

210 *Jähnke*, in: *Leipziger Kommentar*, Band 1, 11. Aufl. 1993, § 20 Rdn. 7.

211 *Jähnke*, in: *LK* (Anm. 210), § 20 Rdn. 10, 12 m. w. N.; eine in seiner Sicht „unhintergehbare (d. h. nicht mehr bezweifelbare) Grundlegung der menschlichen Willensfreiheit“ glaubt *Schünemann*, *Festschrift für Lampe*, S. 544 entwickelt zu haben (gegen aufgekommene Kritik dort S. 546ff.); krit. hierzu *Reinhard Merkel*, in: *Schünemann/Tinnefeld/Wittmann* (Anm. 143), S. 442ff.

212 *Leferenz*, *Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit*, ZStW 88 (1976), S. 40; übereinstimmend *Haddenbrock*, *Geistesfreiheit und Geisteskrankheit*, NSTZ 1995, 581: „Mit agnostischer Ausklammerung der Freiheitsfrage überhaupt ist aber kein menschliches, d. h. anthropologisch fundiertes Schuldstrafrecht zu begründen.“ *Lammel*, in: *Kröber/Albrecht* (Anm. 193), S. 92.

freiheitsbegriff“ auf einen medienwirksamen „Pappkameraden“, nicht aber auf das wahre Kernstück des in der Strafrechtslehre vertretenen Menschenbildes eingeschossen²¹³. Das muss man aber – will man nicht in allzu kurz geschnittenen Zeitintervallen denken – schon angesichts der hier aufgeführten Namen relativieren²¹⁴. Im Übrigen besteht mit *Burkhardt Jähnke* kaum ein Zweifel, dass die hier behandelte Auffassung dem Gesetz, der schon berichteten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und auch der des Bundesgerichtshofs in Strafsachen und damit der *Praxis des Strafrechts* immer noch zugrunde liegt. Zwar hat der Strafgesetzgeber 1933 den in dem damaligen § 51 RStGB (heute § 20 StGB) normierten Ausschluss der „freien Willensbestimmung“ in den Ausschluss der Fähigkeit, „das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln“ (wohl) auch in der Absicht umformuliert, den nach Kritikern dieser Formulierung nahegelegten und vom preußischen Gesetzgeber selbst schon erörterten Schluss auf eine Parteinahme des Gesetzgebers im *philosophischen* Streit um Determinismus oder Indeterminismus nicht mehr zu fördern²¹⁵. Die damit angestrebte „Neutralität“ sollte aber nur verhindern, dass der *philosophische* Streit in die Gerichtsverhandlungen hineingetragen werde. Inhaltlich sollte der durch das Gewohnheitsverbrechergesetz bewirkte Austausch der Begrifflichkeiten – dem Vorbild des 1923 geschaffenen § 3 JGG folgend – nur deutlicher machen, was mit Unzurechnungsfähigkeit beim Verlust der freien Willensbestimmung gemeint ist, nämlich der Verlust der Fähigkeit jedes „normalen“ Menschen, sich statt für die Tat für das Recht zu entscheiden und entsprechend zu handeln. Diese *Annahme des Alternativismus* hat der Gesetzgeber nie preisgegeben. Das zeigt sich auch daran, dass er beide Formulierungen ganz offenbar – weil inhaltsgleich – als austauschbar und nicht als Gegensatz begreift und also auch die „freie Willensbestimmung“ als Baustein im Gesetz – nämlich im BGB und im VVG – beibehalten oder – nach 1933 – in zahlreichen Gesetzen neu aufgenommen oder in vergleichbaren Formulierungen wiederbelebt hat. Der Gesetzgeber sieht folglich die Fähigkeit zu „freier Willensbestimmung“ als Normalzustand des Menschen an und nimmt davon auch das Strafrecht nicht aus. Wer anderes behauptet, hat die historische Entwicklung der

213 *Burkhardt*, in: Dokumentation Neuro2004 (Anm. 186), S. 14; siehe auch *Burkhardt*, in: *Tröger* (Anm. 131), S. 87, 94 ff.; bei *Lackner*, Prävention und Schuldunfähigkeit, Festschrift für Klein-knecht, 1985, S. 245, 248 ff., findet sich dafür schon für die damalige Zeit eine gewisse Bestätigung; siehe dazu auch *Bockelmann*, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75 (1963), S. 372 ff.

214 Siehe dazu auch die dezidierte Kritik der These *Burkhardts* bei *Spilgies*, ZIS 2007, 155 ff., der dort eine beachtliche Phalanx indeterministischer Stimmen präsentiert; siehe auch die Nachw. bei *Haddenbrock*, in: *Göppinger/Witter* (Anm. 154), S. 908 ff.

215 Hierauf hebt vor allem *Burkhardt*, in: *Tröger* (Anm. 131), S. 89 ff., ab.

gesetzlichen Stellungnahmen gegen sich und müsste dem Gesetzgeber unterstellen, dass er mit gespaltener Zunge spricht. Das aber ist in der Willensfreiheitsfrage nicht möglich²¹⁶. Auch ergibt die Begründung des E 1962 wie das Gefüge der die Schuld im geltenden Recht betreffenden Strafvorschriften doch eher das überkommene Bild: Wer nach § 46 StGB die Schuld zur *Grundlage* der Strafe und ihrer Bemessung macht, kann (auch) das sinnvoll nur in einem „indeterministischen Kontext“²¹⁷ tun. Dem entspricht die „Erkenntnis“ *Eduard Dreher*s, dass „unser Strafrecht nur indeterministisch verstanden werden kann und dass nur diese Sicht „eine sichere Grundlage für den Begriff der Schuld“ bietet²¹⁸.

Das ist auch die Auffassung der Rechtsprechung. Das hier schon beschriebene Menschenbild, das nach dem Bundesverfassungsgericht das Grundgesetz prägt, setzt – wie schon gezeigt – auf den selbstbestimmt und eigenverantwortet entscheidenden und handelnden Menschen. Nur ihm darf mit Verurteilung die Tat *vorgeworfen*, nur ihm mit Strafe die *Tat vergolten* werden. Noch in seinem Inzest-Beschluss aus dem Jahr 2005 hat das Gericht sich auf diese zurückliegende Rechtsprechung ohne Andeutung irgendeines Zweifels berufen²¹⁹. Es ist damit klargelegt: auch für die Gegenwart bleiben die Aussagen gültig. Auch der Bundesgerichtshof in Strafsachen legt sie seinen Entscheidungen zugrunde. Denn Strafe setzt nach ihm „Schuld voraus“ und Schuld ist für ihn „Vorwerfbarkeit“. Das aber versteht der Bundesgerichtshof – wie schon zitiert – so: „Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, dass er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können. 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, sein Verhalten nach den Normen des rechtlichen Sollens einzurichten und das rechtlich Verbotene zu vermeiden“²²⁰. Dieses Urteil liegt zwar über 60 Jahre zurück und ist aus seiner Zeit zu verstehen, in der die totalitäre Doktrin des NS-Reichs auch durch die Rechtsprechung einen sittlich-moralisch fundierten Gegenentwurf er-

216 Siehe zum Vorstehenden ausführlicher und m. w. N. *Hillenkamp* (Anm. 10).

217 Siehe zu Anm. 206 und *Jähnke*, in: LK (Anm. 210), § 20 Rdn. 11, der dafür den Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung, S. 62 zitiert; siehe dazu dort auch S. 96, 137; Nachweise bei *Burkhardt*, in: *Tröger* (Anm. 131), S. 89 ff., der der im Text gemachten Aussage widerspricht. Das tut auch *Herzberg*, Willensunfreiheit... (Anm. 202), S. 64, 107; *ders.*, Festschrift für Achenbach, S. 157, 170 ff., im Zusammenhang mit § 20 StGB siehe auch *Bockelmann*, ZStW 75 (1963), S. 372, 380 f.; wie hier *Jäger*, GA 2013, 6, 10 f.

218 *Dreher*, Unser indeterministisches Strafrecht, Festschrift für Spendel, 1992, S. 13, 19.

219 BVerfGE 120, 224, 253 f.; auch die Absprachen-Entscheidung deutet zum Schuldprinzip keinerlei Wandel an, siehe BVerfG NJW 2013, 1058, 1067 ff.

220 BGHSt. 2, 194, 200 f.; siehe dazu schon Anm. 152.

fuhr²²¹. Zieht man den etwas pathetischen Gehalt aber ab, bleibt die Kernaussage bis heute unwiderrufen bestehen. Der BGH hat sie 1962 im Staschynskij-Fall wiederholt²²² und sie bis heute weder modifiziert noch widerrufen.

Hiernach besteht kein Zweifel, dass die unter dem Blickwinkel der Hirnforscherthesen anfechtbarste Position keineswegs ein „Pappkamerad“, sondern die gesetzsgestützte Grundannahme der gerichtlichen Praxis ist. Deshalb hat *Gerhard Roth* Recht, wenn er es so sieht, dass „in dem Maße, in dem sich die empirischen Einsichten der Hirnforschung und der Psychologie gegen die Annahme eines (...) „Alternativismus verstärken, (...) Strafrechtler gezwungen“ sind, „über diesen Widerspruch nachzudenken und ihn aufzulösen“²²³, sich also den Ergebnissen der Hirnforschung zu stellen. Dass das bisher weder vom Gesetzgeber²²⁴ noch in einem (veröffentlichten) Urteil geleistet worden ist, ist zu bedauern. Es müsste in Verfahren eigentlich von Amts wegen, jedenfalls aber auf Beweisantrag hin geschehen. Wie die Antwort zurzeit im Strafrecht aussehen würde, lassen wenige Stellungnahmen von Bundesrichtern allerdings immerhin vermuten. So heißt es bei *Thomas Fischer*²²⁵: „Strafbegründende Zurechnung von individueller Verantwortlichkeit für Handlungsfolgen setzt für ein rational begründetes Strafrecht voraus, dass der Täter anders als geschehen hätte handeln können. Um einer Person ihr Handeln *normativ* zurechnen zu können, muss es ihr *tatsächlich* zurechenbar sein.

221 Siehe dazu nur *Lackner*, Festschrift für Kleinknecht, 1985, S. 245, 246 ff.

222 BGHSt. 18, 87, 94; siehe auch LG Passau NJW 1997, 1165 (Jason-Fall, Anm. 152); zur „Dominanz des Freiheitskriteriums (im Leitbegriff der Steuerungsfähigkeit)“ in der Rechtsprechung auch nach BGHSt. 2, 194 siehe die Nachweise bei *Haddenbrock* (Anm. 152), S. 44 ff.

223 Der Alternativismus liegt nach *Roth*, Wir sind determiniert. Die Hirnforschung befreit von Illusionen, in: *Geyer* (Anm. 6), S. 222 (dort auch das Zitat) in der Annahme einer Willensfreiheit im Sinne des „Unter-denselben-physiologischen-Bedingungen-wirklich-anders-handeln-Könnens“; richtigerweise hätte er den Appell aber nicht auf die Strafrechtler beschränken dürfen.

224 Im Jahr 2005, also im zeitlichen Zenit der neurowissenschaftlich angeregten Debatte um die Willensfreiheit, hat der Gesetzgeber das neue Betreuungsrecht um den Abs. 1a des § 1896 BGB ergänzt, in dem es heißt, dass „gegen den *freien Willen* des Volljährigen (...) ein Betreuer nicht bestellt werden“ darf. *Bienwald* sagt dazu (in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2006, § 1896 Rdn. 6), dass „der Gesetzgeber (damit) den Vorrang des freien Willens eines Menschen als Ausdruck seiner Würde und seines Selbstbestimmungsrechts verankern“ wollte. Aus BT-Drucks. 15/2494 S. 17, 27f., geht keine Auseinandersetzung mit der These des neuronalen Determinismus hervor. Gleiches gilt für die Landesgesetzgeber, die in den Jahren nach 2006 in allen Landes-Strafvollzugsgesetzen den Baustein „freie Willensbestimmung“ aus § 101 Abs. 1 Satz 2 StVollzG übernommen haben, siehe dazu *Hillenkamp* (Anm. 10).

225 *Fischer* (Anm. 188), vor § 13 Rdn. 8 (dort – Rdn. 9 ff. – auch eine Auseinandersetzung mit den Thesen der Hirnforschung); siehe im gleichen Sinne auch *Boetticher*, in: *Duttge* (Anm. 6), S. 111 ff.; *ders.*, in: *Stompe/Schanda* (Anm. 2), S. 187 ff.; *Theune*, ZStW 114 (2002), S. 300 ff. (*Boetticher* und *Theune* sind allerdings schon außer Diensten).

Soweit damit nicht nur augenfällige Abweichungen der individuellen Motivationsfähigkeit vom sozial akzeptierten Minimum gemeint sind, wie sie § 20 erfasst, sondern die Grundlage des Motivationspostulats selbst, also die Fähigkeit individueller, persönlichkeitspezifischer *Entscheidung* für oder gegen die Befolgung normativer Erwartungen, wird diese gemeinhin unter dem Begriff der Willensfreiheit quasi außerhalb des strafrechtlichen Bezugssystems gestellt: Das Strafrecht geht auf Basis von Art. 1 Abs. 1 GG davon aus, dass der Mensch eine mit freiem Willen begabte, selbst verantwortliche, d. h. zur Unterscheidung von Gut und Böse befähigte Person sei. (...) Ob oder ob nicht dieses Postulat *empirisch* ‚gilt‘, kann (...) für die Anwendung des Strafrechts dahinstehen.“²²⁶

3. Zur Abwehr der Hirnforschertacke

Die gewiss etwas holzschnittartige Gegenüberstellung von Schuldlehren und Hirnforschung hat gezeigt, dass keine der zitierten Lehren sich der Willensfreiheitsfrage entziehen kann. Für keine der denkbaren Positionen ist die Freiheitsfrage der Sache nach wirklich „offen“. Ein Schuldstrafrecht kann ihr auch mit einer „Als ob“-Antwort²²⁷, die die Freiheit empirisch leugnet, sie aber normativ postuliert, nicht überzeugend begründen. Gleichwohl muss die Auflösung des behaupteten Widerspruchs nicht in einem „Strafrecht für Limbier“ enden. Vielmehr lässt sich das Schuldstrafrecht retten.

Dafür spricht schon, dass fast alle Strafrechtler, die sich hierzu bisher geäußert haben, keinen Anlass sehen, von den von ihnen bislang eingenommenen Positionen innerhalb eines Schuldstrafrechts abzurücken. Dabei dominiert zwar die in vielen Facetten begründete Annahme, es gehe – wie es z. B. *Jörg Eisele* ausdrückt – bei der Frage, „von welchem Menschenbild eine Rechtsordnung ausgeht“, um eine „primär (...) normative..., bei der es eine Beweislast vernünftigerweise nicht geben“ könne und damit die Behauptung, die Thesen der Hirnforscher ließen die Basis des strafrechtlichen Schuldkonstrukts unberührt. Das ist im Kern das *Immunisierungsmodell*, dessen Brüchigkeit hier gezeigt worden ist. Gleichwohl ist dem Beharren auf einem freiheitsbasierten Schuldbegriff aber im Ergebnis zu folgen²²⁸. Warum, das sei abschließend mit zwei Überlegungen begründet.

²²⁶ Diesem nicht weiter begründeten letzten Aussageteil ist zu widersprechen.

²²⁷ Siehe dazu schon *Spilgies*, ZIS 2007, 155 f.

²²⁸ Siehe dazu schon *Hillenkamp*, JZ 2005, 313–320. Zu den wenigen *Ausnahmen*, die die „Vermutung“ von *Fischer* (Anm. 188), vor § 13 Rdn. 9, dass am Ende der Diskussion „nicht ein einziger der Diskutanten (...) eine andere Ansicht hatte als am Anfang“ etwas relativieren, siehe die Nachweise in Anm. 179–184. Als *Strafrechtler*, die sich unter dem Eindruck der Hirn-

a) Zum attackierten Freiheitsbegriff

Zum einen attackieren die Hirnforscher im Strafrecht einen *Freiheitsbegriff*, von dem zu bestreiten ist, dass er der Schuldlehre selbst in ihrer zuletzt genannten *stärksten* Version zugrunde liegt. Zwar sehen z. B. *Jescheck/Weigend* die zitierte Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1952 noch in der Nähe des klassischen Dogmas eines „*voraussetzungslosen* Indeterminismus, (...) wonach der Mensch jederzeit sowohl der Stimme des Gewissens als auch der Stimme der Versuchung folgen könne“²²⁹. Aber damit ist das unverkennbare Freiheitspathos dieses Urteils missinterpretiert. Es speist sich aus der Absage an die Menschenverachtung der mit dem NS-Reich untergegangenen unsäglichen Zeit, ist aber aus dem Munde eines in der Strafrechtswirklichkeit erfahrenen hohen Richterorgans kaum als Bekenntnis zu einer Position zu deuten, die verwirft, was Lebenserfahrung, Pädagogik und Kriminologie der damaligen Zeit unter der Anlage-Umwelt-Formel als *Einschränkung* menschlicher Freiheit doch schon längst benannt haben. Auch *Lenckner* und *Jähnke* legen ihrem Freiheitsbegriff *kein* solches *absolutes*, einem „starken“ Indeterminismus verhaftetes Verständnis zugrunde. Denn wäre der Mensch in seiner Entscheidung *voraussetzungslos* frei, dann „würde er Entschlüsse ohne Ursache fassen, dann müsste sein Verhalten als Zufall gelten und könnte ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden“²³⁰. Dieser Satz *Jähnkes* könnte in *Peter*

forscherthesen – teils mit ähnlicher Begründung wie *Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 121), Vorbem. §§ 13 ff. Rdn. 110, teils mit einem eigenen Schuldbegriff, teils mit (philosophischem) Bekenntnis zu einem eigenen Freiheitsbegriff – zur Aufrechterhaltung des Schuldstrafrechts im Angesicht der Hirnforscherthesen bekannt haben, sind hier mit verschiedenen Arbeiten neben *Burkhardt* mit seinem differenziert ausgearbeiteten Ansatz schon genannt: *Alwart*, *Boetticher*, *Beulke*, *Czerner*, *Dölling*, *Duttge*, *Ebert*, *Fischer*, *Frisch*, *Frister*, *Frommel*, *Gropp*, *Gschwend*, *Günther*, *Hassemer*, *Herzberg*, *Hirsch*, *Sabit Isfen*, *Jäger*, *Jakobs*, *Jescheck*, *Kaspar*, *Krauß*, *Kudlich*, *Lüderssen*, *Murmann*, *Paeffgen*, *Rath*, *Rengier*, *Renzikowski*, *Roxin*, *Rudolphi*, *Safferling*, *Schild*, *Schöch*, *Schreiber*, *Schroth*, *Schünemann*, *Siesel*, *Streng*, *Walter*, *Weißer*. Abwehrend auch *Kühl*, *Strafrecht Allg.* Teil, 7. Aufl. 2012, § 10 Rdn. 4; *ders.*, in: *Lackner/Kühl*, *StGB*, 28. Aufl. 2014, Vor § 13 Rdn. 26, 26a; *Lampe*, *Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre*, *ZStW* 118 (2006), S. 1 ff.; *Otto*, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Aufl. 2004, § 1 Rdn. 6; *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht Allg.* Teil, 6. Aufl. 2011, § 1 Rdn. 6 ff. (mit Zweifeln); *Tag*, *Strafrechtliche Implikationen der modernen Hirnforschung*, *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006*, S. 245 ff.; *dies.*, *Neurowissenschaft und Strafrecht*, in: *Holderegger et al.*, *Hirnforschung und Menschenbild 2008*, S. 349 ff.; „neutral“ *Heinrich*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2012, Rdn. 526.

²²⁹ *Jescheck/Weigend*, *Allg.* Teil (Anm. 170), S. 409; siehe auch *Jescheck*, *Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich*, in: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 2003, núm. 05–01 vo, S. 01:6.

²³⁰ *Jähnke*, in: *LK* (Anm. 210), § 20 Rdn. 7; *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 206), Vorbem. §§ 13 ff. Rdn. 108.

Bieris meisterhafter Analyse des Handwerks der Freiheit stehen. „Es könnte“ schreibt *Bieri*, durch die Botschaft der Hirnforschung „einer erschrecken, weil er gedacht hatte, die Freiheit des Willens müsse darin bestehen, dass der Wille durch nichts bedingt sei. Dass er unter exakt denselben inneren und äußeren Bedingungen ganz unterschiedliche Wege nehmen könnte. Dass er in jedem Moment sein müsste wie ein unbewegter Bewegter. Gesagt zu bekommen, dass es tausend Dinge im Hirn gibt, von denen der Wille abhängt, ist dann ein Schock“. „Doch“ – so sagt *Bieri* – „einen in diesem Sinne freien Willen kann sich niemand wünschen, denn er wäre ein Wille, der niemand gehört: Verknüpft weder mit dem Körper noch dem Charakter, noch dem Erleben, noch der Lebensgeschichte einer bestimmten Person. Er wäre vollkommen zufällig, unbegründet, unbelehrbar und unkontrollierbar. Einen solchen launischen Willen zu haben, wäre nicht die Erfahrung der Freiheit, sondern ein Alptraum“.

Den (Alp)Traum eines solchen in der philosophischen Diskussion sogenannten *starken Indeterminismus* träumen Strafrechtler nicht, aus ihm muss die Hirnforschung Strafrechtler nicht wecken. *Er* ist – dem Strafrecht unterstellt – der *Burkhardt*sche „Pappkamerad“. Setzt man mit *Peter Bieri* dagegen, dass „unser Wille frei ist, wenn er sich unserem Urteil fügt, was zu wollen richtig ist“ und „unfrei, wenn Urteil und Wille auseinanderfallen“, dann hat man ein Bild, das dem Konzept des § 20 StGB entspricht und dem keine neuronale Spiegelung des Vorgangs etwas anhaben kann²³¹. Denn dass sie stattfindet und „mitwirken“ mag, macht wie andere Determinanten des Entscheidens vielleicht das „Ich“ nicht zu dem „großen Steuermann, für den es sich selbst hält“²³², aber doch auch nicht zu einer der Freiheit nicht teilhaftigen Marionette. Und diese Art der Freiheit reicht, um von Verantwortung und Schuld zu sprechen. Solche Determination und Freiheit sind kompatibel²³³. Und das sieht – zur Überraschung aller Beteiligten am Hirnforschungsfreiheitsdiskurs – neuerdings ausgerechnet auch *Gerhard Roth* nicht (mehr) anders. Er hat sich in einer größeren Publikation 2008 mit *Michael Pauen* zusammengetan, den man wohl als Kompatibilisten bezeichnen muss. Ihr Kapitel über Schuld und Strafe zeigt *Roths* eigentümliche, von ihm als solche nicht eigens begründete Wende. „Frei“ im Sinne

231 Siehe *Bieri*, *Das Handwerk der Freiheit*, 2003; *ders.*, *Untergräbt die Regie des Gehirns die Freiheit des Willens?*, in: *Gestrich/Wabel* (Anm. 6), S. 20, 24 f. (hier findet sich das im Text dem Spiegel 2/2005, S. 124, entnommene Zitat in ausführlicherer Begründung); siehe dazu auch *Tugendhat*, in: *Tröger* (Anm. 131), S. 10.

232 *Roth* (Anm. 14), S. 395.

233 Siehe dazu *Pauen* (Anm. 153), S. 162ff.; zu den Konsequenzen für „Schuld und Strafe“ S. 229ff., 241ff.; ferner *Habermas*, *Freiheit und Determinismus*, *DZPhil* 52 (2004), S. 831ff.; *Libet*, *Haben wir einen freien Willen?*, in: *Geyer* (Anm. 6), S. 284 ff.

ihrer (kompatibilistischen) Konzeption „handelt eine Person“ danach „dann, wenn sich die Handlung auf die Präferenzen, also die Wünsche und Überlegungen der Person zurückführen lässt. Von Schuld“ kann „daher dann die Rede sein, wenn es auf die Präferenzen der Person zurückzuführen ist, dass sie die Norm verletzt und nicht befolgt hat. Wie (...) gezeigt, heißt das erstens, dass die Person auch anders hätte handeln, also die Norm auch hätte einhalten können. Damit wird eine erste unabdingbare Voraussetzung für die Zurechenbarkeit einer Normverletzung erfüllt. Zweitens ist damit auch sichergestellt, dass der Urheber der verletzenden Handlung für Normen ansprechbar war – nur dann lässt sich auf die Person zurückführen, dass sie die Norm verletzt und nicht befolgt hat“²³⁴.

In diesen Sätzen widerspricht nichts mehr dem der *strafrechtlichen Praxis* zugrunde liegenden Schuldverständnis, einschließlich des zuvor so vehement abgewiesenen, nun aber ausdrücklich anerkannten „Alternativismus“. Anders entscheiden, anders handeln können ist möglich! Die Verwandlung des ersten und schärfsten neurowissenschaftlich beseelten Gegners des deutschen Schuldstrafrechts vom Saulus zum Paulus gießt Wasser auf die Mühlen derer, die die Attacken der Hirnforscher zwar als „publikumswirksames Szenario“ einstufen, ihm aber zugleich attestieren, dass es „dafür, dass es der Realität entspreche (...) keine zureichenden Anhaltspunkte“ gebe²³⁵, drastischer, dass sich „die gesamte aufgeblähte Diskussion“ durch *Roth* nunmehr „eigentlich als Scherz und Spiel, als Theater“ entlarve²³⁶. Am Rande vermerkt sei, dass philosophisch treffender als indeterministische oder Determinismus und Freiheit für allgemein „kompatibel“, also vereinbar, ansehende Auffassungen als Grundlage dieser Sicht eine Strömung dienen kann, die *Thomas Buchheim* als „libertarischen Kompatibilismus“ bezeichnet. Dieser setzt die schon von *Leibniz* benannten drei Bedingungen für Willensfreiheit voraus, dass der Entscheidende sich nämlich so oder so im Sinne alternativer Möglichkeiten entscheiden kann, dass sein Entscheiden

234 *Pauen/Roth*, Freiheit, Schuld und Verantwortung, Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit, 2008, S. 141f.; siehe auch schon *Roth* (Anm. 58), S. 314 ff.

235 *Tag*, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, S. 259; siehe dazu auch das deutlich „abwiegelnde“, 2014 von 15 Neurowissenschaftlern als Reaktion auf das 2004 veröffentlichte Manifest von 11 Hirnforschern (Anm. 11) abgegebene Memorandum „Reflexive Neurowissenschaft“ (Anm. 13).

236 *Schild*, in: NK (Anm. 199), § 20 Rdn. 8 a. E., der die neuen Einlassungen *Roths* ohne Auseinandersetzung mit seinen eigenen Positionen zuvor zurecht als ärgerlich empfindet; auf den unaufgelösten Widerspruch der mit *Pauen* zusammen vertretenen zu der zuvor mit *Grischa Merkel* zusammen entwickelten Position (siehe zu Anm. 184) weist zurecht auch *Ruske* (Anm. 29), S. 231 ff., 235, hin; siehe dort auch S. 268 f.

und Tun von ihm im Sinne seiner Urhebererschaft abhängt und dass sie ohne äußeren oder inneren Zwang geschehen. Auch bestreitet der *libertarische Kompatibilist* nicht die Rede von der kausalen Determination. Aber er sagt, dass das, was ich entscheide und tue, nicht *notwendig* (zwingend) ist. Er befreit den Determinismus also von Notwendigkeit und lässt damit Alternativismus zu: wenn es zum Andersentscheiden, wenn es zum Andershandeln auch nicht „ebenso gut“ kommen kann, kommen *kann* es gleichwohl dazu²³⁷. Das ist eine aller menschlichen Erfahrung angemessene Sicht.

b) Zur Qualität der Attacke

Zum anderen muss man in den sich eines großen Zulaufs erfreuenden und mit Stimmen aus allen in der Willensfreiheitsfrage auch jenseits der Juristerei beteiligten Wissenschaften besetzten Chor einstimmen, der den Hirnforschern vorhält, dass sie *verführt* und auf zu *schmaler Grundlage* ihre Hypothesen als schon gesicherte Erkenntnisse ausgeben und mit ihnen zudem Aussagen über einen Gegenstand treffen, der sich als *allein neuronales* Geschehen gewissermaßen *kategorial* gar nicht erfassen lässt. Diese Vorhalte sind von Vertretern anderer Wissenschaften

237 *Buchheim*, Libertarischer Kompatibilismus. Drei alternative Thesen auf dem Weg zu einem qualitativen Verständnis der menschlichen Freiheit, in: *Hermann/Koslovski*, Der freie und der unfreie Wille – Philosophische und theologische Perspektiven, 2004, S. 331ff.; *ders.*, Freiheit als qualitative Auszeichnung personaler Existenz, in: *Buchheim/Pietrek*, Freiheit auf Basis von Natur?, 2007, S. 19ff.; siehe dort auch den Beitrag von *Pietrek*, Personen sind als Instanz eines Allgemeinen frei, zur Metaphysik des libertarischen Kompatibilismus, S. 33ff.; dass es Menschen unterschiedlich schwer fallen kann, sich anders zu entscheiden, als geschehen, betont *Keil* (Anm. 157), S. 165f. *Tugendhat*, in: *Tröger* (Anm. 131), S. 12f., 21ff., führt die Freiheit der Entscheidung i.S. eines „es liegt an mir“ einleuchtend auf die Fähigkeit des Sich-Ausrichtens an Gründen und der Suspension der unmittelbaren Wünsche zurück. *Mohr*, in: *Lampe/Pauen/Roth* (Anm. 121), S. 78, bezeichnet die Gegenposition als „Necessitarismus“. Bei *von Hippel*, ZStW 23 (1903), S. 396, 404, findet sich der Satz: „die äußeren Verhältnisse sollicitieren nur, sie necessitieren nicht“, zur Kennzeichnung der von ihm abgelehnten indeterministischen Position. Gegen eine Entscheidungsmöglichkeit „nicht zwar genauso gut, aber eben doch auch“ wendet sich dagegen *Herzberg*, ZStW 124 (2012), S. 12, 57. Für „Notwendigkeit“ auch schon *Graf zu Dohna*, ZStW 66 (1954), S. 505, S. 507ff. *Indeterministische Positionen* finden sich z.B. bei *Fuchs*, Können Gehirne entscheiden? Subjektivität und Willensfreiheit, in: *Heinze/Fuchs/Reischies* (Anm. 10), S. 49ff.; *ders.*, Was heißt sich entscheiden? Die Phänomenologie von Entscheidungsprozessen und die Debatte um die Willensfreiheit, in: *Buchheim/Pietrek*, Freiheit auf Basis von Natur?, 2007, S. 101ff.; *ders.*, Personale Freiheit. Ein libertarisches Freiheitskonzept auf der Grundlage verkörperter Subjektivität, in: *Fuchs/Schwarzkopf* (Anm. 175), S. 203ff.; *Rath*, Aufweis der Realität der Willensfreiheit, 2009.

(wie auch der Neurowissenschaft selbst)²³⁸ gewiss kompetenter zu formulieren, als von einem Straffjuristen und in deren Texten nachzulesen. Hier kann und soll es daher mit einer kurzen Zusammenfassung sein Bewenden haben.

Verfrüht ist die Botschaft einer neurowissenschaftlichen Widerlegung der Willensfreiheit, weil die Art der Hirnerforschung, die das hervorbringen soll, erst gerade „begonnen“ und trotz ihrer spektakulären bildgebenden Techniken auch „noch längst nicht alle Werkzeuge zur Verfügung“ hat. „Auf einer höheren Ebene“ der Forschung – so sagt es *Singer* – stehen wir zurzeit „wieder ganz am Anfang“. Auch *Roth* bezweifelt, „ob alles genauso abläuft“, wie er es geschildert hat²³⁹. „Wir wissen viel, verstehen aber nur wenig“, so kommentiert *Prinz* das Manifest der Hirnforscher²⁴⁰. Auf solchem Hintergrund stehen aber die hier einleitend zitierten Gewissheitsaussagen der vier repräsentativen Hirnforscher über

238 Krit. das Memorandum „Reflexive Neurowissenschaft“, das 15 Neurowissenschaftler 2014 (Anm. 13) als Antwort auf das Manifest (Anm. 11) formuliert haben. Siehe darüber hinaus z.B. *Beckermann*, Schließt biologische Determiniertheit Freiheit aus?, in: *Hermann/Koslowski* (Anm. 237), S. 19ff.; *ders.*, Biologie und Freiheit, in: *Schmidinger/Sedmak* (Anm. 35), S. 111ff.; *ders.*, Gehirn, Ich, Freiheit, Neurowissenschaften und Menschenbild, 2. Aufl. 2010, S. 87ff. (dort auch zu den drei Bedingungen der Willensfreiheit); *Detel*, Forschungen über Hirn und Geist, ZPhil 52 (2004), S. 891ff.; *Draguhn*, Willensfreiheit und Gehirn, in: *Härle/Preul*, 2004 (Marburger Jahrbuch Theologie XVI, 84), S. 79ff.; *ders.*, Einführung: Experimentell-biologische Zugänge der kognitiven Neurowissenschaften, in: *Fuchs/Schwarzkopf* (Anm. 175), S. 107ff.; *Fuchs*, Was heißt „sich entscheiden“?, *Scheidewege* 35 (2005/2006), S. 56ff.; *ders.* (Anm. 237); *Goller*, Sind wir bloß ein Opfer unseres Gehirns?, in: *Stimmen der Zeit*, Heft 7 (2005), S. 446ff.; *Goschke*, Vom freien Willen zur Selbstdetermination, *Psych. Rundschau* 55 (4) 2004, S. 186ff.; *ders.*, Der bedingte Wille, in: *Roth/Grün* (Anm. 82), S. 107ff.; *Habermas*, Freiheit und Determinismus, *DZPhil* 52 (2004), S. 831ff.; *ders.*, Das Sprachspiel verantwortlicher Urheberschaft und das Problem der Willensfreiheit, in: *Krüger* (Anm. 44), S. 263ff.; *Höffe*, Der entlarvte Ruck, in: *Geyer* (Anm. 6), S. 177ff.; *Keil* (Anm. 157), S. 154ff.; *Kröber*, Die Wiederbelebung des „geborenen Verbrechers“ – Hirndeuter, Biologismus und die Freiheit des Rechtsbrechers, in: *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 63ff.; *Nida-Rümelin*, Über menschliche Freiheit, 2005, mit einem Nachwort zur Hirnforschung; *Schockenhoff*, Wie frei ist der Mensch, in: *Evangelische Aspekte* 3 (2005), S. 16ff.; *ders.*, Wie frei ist der Mensch, in: *Gestrüch/Wabel* (Anm. 6), S. 53ff.; *ders.*, Das Netz ist zerrissen. Der Beitrag des Glaubens zum Verständnis der Freiheit, in: *Fuchs/Schwarzkopf*, a.a.O., S. 295ff.; *Sturma*, Philosophie und Neurowissenschaften und Ausdruck von Freiheit. Über Neurowissenschaften und die menschliche Lebensform, in: *Philosophie und Neurowissenschaften*, 2006, S. 7ff., 187ff.; *Tetens*, Willensfreiheit als erlernte Selbstkommentierung, *Psych. Rundschau* 58 (4) 2004, S. 178ff.; *Uphoff*, Gehirn und Willensfreiheit, *Novo* 76 (2005); *Henrik Walter*, Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Neurowissenschaft, *Psych. Rundschau* 55 (4) 2004, S. 169ff.; *ders.*, Kompatibilismus und Verantwortlichkeit, in: *Heinze/Fuchs/Reischies* (Anm. 10), S. 207ff.; *Christian Walther*, Strukturwandel der Freiheit, *Zeitschrift für evangelische Ethik* 48 (2004), S. 267ff.; *Zunke*, Kritik der Hirnforschung Neuropsychologie und Hirnforschung, 2008, S. 207ff.

239 Siehe *Singer* (Anm. 8), S. 23; *Roth* (Anm. 14), S. 23.

240 *Prinz*, *Gehirn und Geist* 6 (2004), S. 34.

das Fehlen der Willensfreiheit schon nicht im vorgeblich gleißenden Tageslicht des empirischen Beweises, sondern doch eher in einer „Neurodämmerung“²⁴¹, aus der vielleicht eines Tages auch das Gegenteil von dem hervortreten könnte, was man heute erwartet. „Ein bisschen Zurückhaltung bei allzu schnellen Großdeutungen“ ist daher mit *Hans-Ludwig Kröber*, der das anmahnt²⁴², der Neurowissenschaft anzuraten.

Auf zu schmaler Basis fußen die Thesen, weil sie sich immer noch zwar gewiss nicht allein, aber doch maßgeblich auf das oben geschilderte Experiment *Benjamin Libets* aus dem Jahr 1979 stützen, das in seinen wesentlichen Ergebnissen durch Versuche von *Keller/Heckhausen*, *Haggard/Eimer* sowie *Haynes et al.* bestätigt, in dem, was es aussagt, aber doch bis heute sehr unterschiedlich bewertet worden ist²⁴³. Aus der Tatsache, dass sich in den getesteten Personen ein sog. Bereitschaftspotential für eine dann vorgenommene einfache Handbewegung schon aufgebaut hatte, bevor die Personen signalisierten, dass sie sich zu der fraglichen Handlung entschlossen haben, folgert zwar *Roth*, dass der „Willensakt“ des Menschen auftritt, „nachdem das Gehirn bereits entschieden hat, welche Bewegung es ausführen will“ und daraus die neuronale Bedingtheit *allen* Entscheidungen und Tuns²⁴⁴. Ist das aber durch das Experiment tatsächlich belegt?

Der auf der Suche nach einem experimentellen Beweis der Willensfreiheit über sein Ergebnis selbst erschrockene *Libet* hat 1999 solchen Deutungen widersprochen und dem Subjekt eine *Vetomöglichkeit* gegenüber der präformierten

241 Siehe *Schwägerl*, Neurodämmerung, in: *Geyer* (Anm. 6), S. 240; Bild und Schlussfolgerung sind aufgegriffen bei *von Rohr* (Anm. 29), S. 34.

242 Siehe *Kröber*, Die Hirnforschung bleibt hinter dem Begriff strafrechtlicher Verantwortung zurück, in: *Geyer* (Anm. 6), S. 103, 109f.; *von Rohr* (Anm. 29), S. 425 („eher eine Geschichte des Nichtwissens als des Wissens [...] zu Vieles [...] noch ungeklärt“); *Kröber* (Anm. 29), S. 160, 195, spricht von den Thesen einer „lautstarken Minderheit“, die keinen Grund abgäben, „sich einschüchtern zu lassen“; siehe auch *Eggers*, Willensfreiheit versus Verantwortung, in: *Rode/Kammeier/Leipert* (Anm. 163), S. 51, 53, der „aufgrund unseres heutigen Wissens Bescheidenheit für angebracht“ hält; *Jäger*, GA 2013, 13f.; *Ruske* (Anm. 29), S. 214f.; *Zilles*, in: *Barton* (Anm. 9), S. 49: „(selbst)kritische Besinnung ist wichtiger als forsche Diskussionsbeiträge“.

243 Siehe zu den Experimenten die Nachweise in Anm. 14–25; zur Kritik siehe schon Anm. 25 und *Kröber* (Anm. 29), S. 17f.

244 *Roth* (Anm. 14), S. 523; krit. zu *Roths* Schlussfolgerungen *Kröber* (Anm. 29), S. 196ff. unter Berufung auf *Goschke/Henrik Walter*, Autonomie und Selbstkontrolle – Bausteine einer naturalistischen Konzeption von Willensfreiheit, in: *Köchy/Stederoth* (Hrsg.), Willensfreiheit als interdisziplinäres Problem, 2006, S. 103ff. – siehe dort S. 129ff. – und – im selben Band S. 165ff. – *Rösler*, Neuronale Korrelate der Handlungsausführung – zur Validität der Experimente von *Libet*. *Roth* hat in seinem Beitrag zu diesem Band – Das Zusammenwirken bewußt und unbewußt arbeitender Hirngebiete bei der Steuerung von Willenshandlungen, S. 17ff. – seine Interpretation der *Libet*-Experimente noch einmal bestätigt, siehe S. 24.

„Entscheidung“ zuerkannt²⁴⁵. *Christoph Herrmann* et al. haben zudem 2005 ein von ihnen durchgeführtes Experiment vorgestellt, „in dem die Probanden einen Reiz auf einem Computerbildschirm wahrnahmen und dann in Abhängigkeit vom Reiztyp einen von zwei Knöpfen entweder mit der rechten oder der linken Hand drücken sollten. Wir konnten“ – so berichten die Forscher – „vor der motorischen Reaktion eine ähnliche neuronale Aktivität wie in Libets Experiment feststellen. Diese Aktivität“ (= das Bereitschaftspotential) „setzte jedoch schon ein, bevor die Reize dargeboten wurden, und somit bevor die Versuchspersonen wissen konnten, welchen Knopf sie drücken sollten. Aus diesem Grund argumentieren wir“ – so ihre Schlussfolgerung – „dass diese Aktivität nicht auf spezifische Weise bestimmt, was der Handelnde tut; es ist plausibler, diese Aktivität als Widerspiegelung einer allgemeinen Erwartung aufzufassen“. Und: „Diese Interpretation würde der Vorstellung der Willensfreiheit nicht widersprechen“²⁴⁶. All das zeigt die Anfechtbarkeit der Interpretationen durch *Roth*.

Man wird die Schlussfolgerungen *Roths* aber auch anders zurückweisen können. Denn einerseits kann schwerlich aus einem Laborexperiment mit zuvor eintrainierten und festgelegten Minimalbewegungen, für die sich der Proband nach der Versuchsanordnung ja dann auch fraglos bereithält, darauf geschlossen werden, dass so und nicht anders auch hochkomplexe Verbrechen wie die Anordnung der Todesschüsse an der deutsch-deutschen Grenze durch die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der DDR ablaufen²⁴⁷. Und zum anderen fragt

245 Siehe oben bei Anm. 27 ff.; warum die Ausübung des Vetos *nicht ihrerseits* durch den Aufbau eines Bereitschaftspotentials präformiert oder bedingt ist, spricht *Libet* in seinen Arbeiten nicht hinreichend an. Die darin eigentlich liegende Inkonsequenz dürfte dazu beigetragen haben, dass die „Veto-Lehre“ keine nennenswerte Anhängerschaft gefunden hat, abl. und den Vorbehalt deutlich formulierend *Duttge*, in: *ders.* (Anm. 6), S. 22 m.w.N.; *Ruske* (Anm. 29), S. 185 ff.; siehe aber auch z.B. *Jäger*, GA 2013, 8f., der der Vetolehre zuzuneigen scheint sowie die Hinweise von *Ruske* (Anm. 29), S. 213 auf *Heun* und *Helmrich*.

246 *Herrmann/Pauen/Kyong Min/Busch/Rieger*, Eine neue Interpretation von Libets Experimenten aus der Analyse einer Wahlreaktionsaufgabe, in: *Herrmann* et al., *Bewusstsein. Philosophie, Neurowissenschaften, Ethik*, 2005, S. 120 (Zitat S. 120); siehe auch *Herrmann/Dürschmid*, Von Libet zu einer „neuen“ Willensfreiheit: Bewusste versus unbewusste Handlungsabsichten, in: *Fuchs/Schwarzkopf* (Anm. 175), S. 127 ff.; siehe auch die Hinweise auf weitere Versuchsanordnungen und Erkenntnisse, die Zweifel säen, bei *Braun*, *Determinismus und Zufall in der Neurophysiologie – Die Frage des freien Willens*, in: *Höfling/Tretter*, *Homo Neurobiologicus – Ist der Mensch nur sein Gehirn?*, 2013, S. 59 ff.; ferner *Hoppe*, *Hirnforschung – wie geht das?*, in: *Vogelsang/Hoppe* (Anm. 12), S. 23, 34 und *Werth*, *Die Natur des Bewusstseins – Wie Wahrnehmung und freier Wille im Gehirn entstehen*, 2010, S. 175 f.: krit. zu ihm *Herzberg*, *ZStW* 124 (2012), S. 12, S. 43 ff.

247 In diesem Sinne krit. z.B. die Beiträge von *Helmrich*, *Wir können auch anders – Kritik der Libet-Experimente*, *Kröber*, *Die Hirnforschung bleibt hinter dem Begriff strafrechtlicher Verant-*

man sich, ob man im Rahmen einer nach neuronalen Korrelaten und Verknüpfungen Ausschau haltenden Forschung, die Ursachen sucht und Gründe für menschliches Entscheiden ausblendet, auf ein Phänomen wie den freien Willen überhaupt stoßen kann. Es spricht manches dafür, dass durch einen solchen naturalistischen Reduktionismus zwar der Beleg für die Tatsache erbracht wird, dass Entscheidungen mit neuronalen Prozessen verknüpft sind, nicht aber dass letztere die ersteren bestimmen. *Jürgen Habermas* formuliert das so: „Normalerweise sind Handlungen das Ergebnis einer komplexen Verkettung von Intentionen und Überlegungen, die Ziele und alternative Mittel im Lichte von Gelegenheiten, Ressourcen und Hindernissen abwägen. Ein Design, das die Planung, Entscheidung und Ausführung einer Körperbewegung zeitlich eng zusammenpresst und aus jedem Kontext von weiterreichenden Zielen und begründeten Alternativen herauslöst, kann nur Artefakte erfassen, denen genau das fehlt, was Handlungen implizit erst zu freien Handlungen macht: Der interne Zusammenhang mit Gründen.“²⁴⁸

Mit dem Einwand des *Kategorienfehlers* wird schließlich eine kategorial unangemessene Redeweise gerügt, die das bewusste Ich ausklammert und behauptet, es sei das Hirn, das werte und entscheide²⁴⁹. Für diesen Übersprung in das Gebiet der Rechtswissenschaft²⁵⁰, vor allem aber von Ethik und Philosophie wird den Neurowissenschaften die Kompetenz bestritten, da sie die hierfür entscheidenden Fragen gar nicht stellen. Der Freiburger Moraltheologe *Eberhard Schockenhoff* greift dazu noch einmal auf die Unterscheidung zwischen Ursachen und Gründen zurück. Er sagt: „Wenn Gründen nur insofern Wirksamkeit im Handeln zugestanden wird, als sie mit wissenschaftlich erkennbaren Ursachen konvertibel

wortung zurück, und *Olivier*, Wonach sollen wir suchen? Hirnforscher fragen nach ihrer Frage, in: *Geyer* (Anm. 6), S. 92ff., 103ff. und 153ff.; siehe auch *Mohr*, in: *Lampe/Pauen/Roth* (Anm. 121), S. 86; *Pauen* (Anm. 153), S. 200ff.; vgl. ferner *Frisch*, Festschrift für Kühl, S. 210ff.; *Paeffgen*, in: NK (Anm. 152), Vor §§ 32ff. Rdn. 230 a (mit plastischem Beispiel) sowie *Grothe*, Nimmt uns die moderne Neurowissenschaft den freien Willen?, in: *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 35ff.; anders z.B. *Wittmann*, Festschrift für Swarc, S. 154 f.

248 *Habermas*, DZPhil 52 (2004), S. 873f.; ähnliche Kritik bei *Bommer* (Anm. 132), S. 28f.; *Frisch*, Festschrift für Kühl, S. 201ff.; *Stübinger* (Anm. 99), S. 363; dessen ausführliche Kritik (S. 364 ff.) setzt vor allem darauf, dass für Kausalität und Handlung im strafrechtlichen Sinne die „Entdeckungen“ der Hirnforschung irrelevant seien. *Kröber* (Anm. 29), S. 200f., teilt aus psychiatrischer Sicht die Auffassung, dass die „Fähigkeit, das eigene Handeln nach den je eigenen, nicht krankhaft deformierten Gründen bestimmen zu können, (...) letztlich bis heute Leitschnur für die Beurteilung der Willensfreiheit geblieben“ ist.

249 Krit. zur Ersetzung der Person durch das Gehirn bei *Roth Kröber*, in: *Stompe/Schanda* (Anm. 2), S. 232f. und *ders.* (Anm. 29), S. 196 ff.

250 Siehe dazu nochmals *Hassemer*, ZStW 121 (2009), S. 829 ff.

sind, werden das Phänomen des Handelns und somit die Fragestellung der Ethik bereits durch die Wahl einer solchen wissenschaftlichen Beschreibungssprache eliminiert“. „Das Unterfangen, mentale Zustände wie moralische Wertüberlegungen (...) aber auch moralische Einzelphänomene wie individuelle Entscheidungen, Gewissensregungen oder die Empfindungen von Schuld und Scham auf neuronale Determinanten zurückzuführen, ist undurchführbar.“ *Schockenhoff* nennt das eine „verdinglichte Ereignisontologie“²⁵¹. Etwas einfacher kann man mit *Kröber* rügen, dass der Hirnforscher sich mit solchen Übergriffen in einen Hirndeuter verwandelt²⁵².

4. Fazit

Dass es *Willens- und Handlungsfreiheit* im das Strafrecht allein interessierenden, vom libertarischen Kompatibilismus wohl am treffendsten umschriebenen (alternativistischen) Sinne *nicht* gibt, ist nach allem durch die von den (auch) dies behauptenden Hirnforschern herangezogenen Experimente und Beobachtungen (bisher) *nicht erwiesen, dass es sie gibt*, im Gegenteil von uns Allen alltäglich erfahrene, gewissermaßen notorische Lebenswirklichkeit und als Schlussfolgerung aus ihren Experimenten von Forschern wie *Libet* oder *Herrmann et al.* uns auch „empirisch“ nahegelegt. Unter dem Dach eines naturwissenschaftlich-experimentell voraussichtlich letztlich unaufhebbaren *non liquet* in der „Beweisfrage“ hat sich das Rechtssystem Deutschlands für die Annahme von (Willens)Freiheit entschieden, zu einem sie voraussetzenden Menschenbild bekannt. Das steht dem Gesetzgeber, das steht einer staatlichen Gemeinschaft und das steht der Gerichtspraxis frei²⁵³, freilich *nur solange* – und dieser Vorbehalt macht den Unterschied des hier vertretenen Standpunkts zu jedem Immunisierungsmodell

251 *Schockenhoff*, Wir Phantomwesen, in: FAZ vom 17.11.2003, S. 31 (Feuilleton); *ders.*, Wie frei ist der Mensch?, in: *Gestrich/Wabel* (Anm. 6), S. 53 ff., 57 f.; siehe auch *Kempermann*, Infektion des Geistes. Über philosophische Kategorienfehler, in: *Geyer* (Anm. 6), S. 235 ff.; *Mohr*, in: *Lampe/Pauen/Roth* (Anm. 121), S. 86; *Northoff* (Anm. 12), S. 166 f. (ontologischer Fehlschluss); *Zunke* (Anm. 238), S. 8: „Aus dem Zentralen Höhlengrau führt kein Weg zum metaphysischen Ort menschlicher Freiheit“; eine Erwiderung zu den drei Vorhalten findet sich bei *Roth*, Wir sind determiniert, in: *Geyer* (Anm. 6), S. 218 ff.

252 *Kröber*, Die Hirnforschung bleibt hinter dem Begriff strafrechtlicher Verantwortung zurück, in: *Geyer* (Anm. 6), S. 107; zur Kategorienvermischung S. 106.

253 Siehe für das Strafrecht *Jähnke*, in: LK (Anm. 210), § 20 Rdn. 12; das Bild vom *non liquet*, das *ich* in meinen beiden Arbeiten (Anm. 13) schon benutzt habe, greift auch *Frisch*, Festschrift für Kühl, S. 204, auf; krit. zur These *Herzberg*, Festschrift für Achenbach, S. 157, 170 ff.; *Reinhard Merkel* (Anm. 1), S. 117 f. Zu Vorbehalten nach dem Grundsatz in dubio pro reo siehe unter VI.

aus – *solange* der (Gegen) Beweis der Unfreiheit i. S. eines neuronalen Determinismus nicht erbracht ist. (Nur) Solange kann der Rat, „im Rechtsalltag und im Selbstverständnis der Gesellschaft an den Begriffen Freiheit, Schuld und Strafe für Schuld“ im überkommenen Sinne festzuhalten, ohne Inanspruchnahme einer für ein Schuldstrafrecht unannehmbaren Fiktion gegeben werden²⁵⁴. Zu wünschen bleibt allerdings, dass der *Gesetzgeber* Gelegenheiten, seine Position zur Willensfreiheitsfrage im Angesicht der Hirnforscherthesen zu bekräftigen, nicht kommentarlos ausläßt²⁵⁵ und die *Gerichte* die Gelegenheit ergreifen, sich dem von *Libet* im experimentellen Wasserglas entfachten, ihm dann aber deutlich entwichenen und in es auch noch keineswegs zurückgekehrten Sturm zu stellen und zu sagen, dass und warum auch sie es mit dem Gesetzgeber so sehen. Und deshalb sei die Aufforderung an die *Gerichte wiederholt*, die nächste Gelegenheit auch zu ergreifen²⁵⁶. Und dazu sei ihnen (wie dem Gesetzgeber) die Zusammenfassung der Diskussion über den neurobiologischen Determinismus von vier *Schweizer Wissenschaftlern* mit auf den Weg gegeben, die aus dem Jahr 2006 stammt. Sie lautet: „Die aktuell weit beachteten und von einigen Autoren vorgetragenen Thesen der vollständigen neurobiologischen Determination menschlichen Verhaltens und der darauf gründenden Unmöglichkeit individueller Verantwortung und individueller Schuld sind durch mangelnde empirische Grundlagen einerseits und durch methodische Missverständnisse andererseits gekennzeichnet. Durch moderne neurobiologische Forschungsmethoden können wichtige Fort-

254 So – aber ohne den notwendigen Vorbehalt – *Singer*, Festschrift für Simon, 2005, S. 529, 538.

255 Mit dem 2. BtÄndG v. 21.04.2005 (BGBl I S. 1073) hat der Gesetzgeber in § 1896 Abs. 1a BGB eine Vorschrift aufgenommen, in der die Betreuerbestellung „gegen den *freien Willen* des Volljährigen“ untersagt wird; obwohl sich der Gesetzgeber über die Bedeutung des „Vorrangs des freien Willens“ unter den Aspekten der Würde und des Selbstbestimmungsrechts und des verfassungsrechtlichen Verbots der bevormundenden Erziehung, Besserung oder Bewahrung vor Selbstschädigung eines zu „freier Willensbestimmung fähigen Betroffenen“ ausgelassen hat (BT-Drucks. 15/2494 S. 17, 28), fehlt jeder Hinweis auf den 2004/05 in seinem zeitlichen Zenit befindlichen neurowissenschaftlich ausgelösten Streit; auch die Landesgesetzgeber haben in den infolge der Föderalismusreform und der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Jugendstrafvollzug (siehe dazu *Hillenkamp*, *Intramurale Medizin in Deutschland*, in: *Tag/Hillenkamp* [Anm. 173], S. 73, 77 ff.) nach 2005 durchgehend erlassenen Landesstrafvollzugsgesetzen in der Vorschrift zur medizinischen Zwangsbehandlung nach dem Vorbild des § 101 StVollzG die „freie Willensbestimmung“ als Grund der Pflichtentbindung aufgenommen, ohne zu fragen, ob es sie denn eigentlich (noch) gibt, siehe dazu auch *Hillenkamp* (Anm. 10).

256 Eines Beweisantrags, wie *ich* ihn 2006 (Anm. 6), S. 85f., 110 Verteidigern nahegelegt habe – siehe dazu auch *von Galen* in ihren in Anm. 180 zitierten Äußerungen (krit. dazu *Stübinger* [Anm. 99], S. 355) – bedürfte es nicht, da die Frage *von Amts wegen* zu berücksichtigen und zu entscheiden ist.

schritte hinsichtlich der Funktionsweise des Gehirns und psychischer Funktionen, die Einfluss auf menschliche Verhaltensweisen haben, erzielt werden. Vermutlich wird es Verhaltensweisen geben, die stärker mit hirnbioologisch fassbaren Korrelaten in Verbindung gebracht werden können und andere, bei denen ein solcher Zusammenhang weniger evident oder weniger stringent ist. Die Zukunft wird zeigen, in welchen Bereichen und für welche Personengruppen mit neurobiologischer Forschung Fortschritte im Bereich der Diagnostik, der Prognostik und möglicherweise auch bei Therapieverfahren und der Dokumentation von Therapieverläufen erreicht werden können. Hierfür sind weitere differenzierte Studien zu einer Fülle von Detailfragen notwendig. Für diesen notwendigen und wünschenswerten Prozess sind Schlussfolgerungen, durch die nicht einlösbare Erwartungen geschaffen werden, eher hinderlich.“ Und: „Aus dem bisher Gesagten folgt (...), dass es angesichts der wissenschaftlich aktuell nicht belegten und erkenntnistheoretisch auch nicht belegbaren vollständigen Determinierung menschlichen Verhaltens keinen Grund gibt, das Konzept individueller Verantwortlichkeit und damit auch der individuellen Schuldmöglichkeit aufzugeben“²⁵⁷. Das zu bedenken, kann man nur raten.

VI. Hirnforschung und Strafprozess

Während die bisherigen Ausführungen der Bedeutung und den Auswirkungen der (provokativen) Thesen der modernen Hirnforschung – oder besser gesagt, einiger prominenter Hirnforscher – zur Willensfreiheit für und auf das Recht, und hier insonderheit das materielle Strafrecht und seinem Verständnis von Schuld gegolten haben, sei abschließend noch ein Blick darauf gerichtet, inwieweit auch das Strafverfahren und seine rechtlichen Regelungen und Abläufe durch die neurowissenschaftlichen Erkenntnisse und die Instrumente, die sie hervorgebracht haben, eine Herausforderung oder Veränderung erfahren.

²⁵⁷ Urbaniok/Hadegger/Rossegger/Endrass, Neurobiologischer Determinismus, in: Senn/Puskás (Anm. 49), S. 117 ff.; in leicht veränderter Form auch abgedruckt in: Schleim et al., Von der Neuroethik zum Neurorecht?, 2009, S. 164 (Zitat: S. 187/186); siehe dazu auch das unter VII. noch einmal zitierte Memorandum „Reflexive Neurowissenschaft“, Psychologie Heute, 2014, das in dieselbe Richtung weist.

1. Willensfreiheit und Verfahrensrecht

Es ist schon gezeigt worden, dass die vier hier vorgestellten Neurowissenschaftler weder die Auswirkungen ihrer Kernthese zur (fehlenden) Willensfreiheit für die gesamte Rechtsordnung, noch auch nur für andere Themenkreise des materiellen Strafrechts außerhalb der Schuldfrage bedacht haben. Diese Engführung spiegelt sich auch in der insoweit vollständigen Vernachlässigung des Strafverfahrens und seines Rechts wider. Zwar gibt es wenige Anregungen, die Willensunfreiheitsthese im Strafprozess einmal mit einem neurowissenschaftlich fundierten Beweisantrag zur Schuldfähigkeit auf den Prüfstand zu stellen, geschehen ist in dieser Richtung aber einstweilen jedenfalls in Deutschland offenbar (so gut wie) nichts²⁵⁸, jedenfalls nichts, was dokumentiert oder veröffentlicht wäre. Gerichtsurteile zur damit noch einmal angesprochenen materiellrechtlichen Seite der Willensfreiheitsfrage im Spiegel der neueren Hirnforscherthesen sind nicht bekannt, ein Transport in den Verfahrensaltag ist ausgeblieben.

Dabei liegt es namentlich für die (das Bundesverfassungsgericht einschließende) Gerichtspraxis mit ihrem Schuldverständnis mehr als nahe, die von der Hirnforschung gesäten und experimentell (vermeintlich) belegten *Zweifel* zur Willensfreiheit als Basis der Schuld nicht einfach zu ignorieren, sondern wenigstens einmal aufzunehmen und (von Amts wegen) in die verfahrensrechtliche Frage umzumünzen, ob sie nicht den Aufruf des *Zweifelssatzes* bewirken und im Lichte der Unschuldsvermutung die beweispflichtige strafende Staatsgewalt zum Ausstieg aus einer Bestrafung zwingen müssten, die „freie Willensbestimmung“ nach wie vor *zur Voraussetzung* und deren Zumessung ausweislich § 46 StGB die Schuld des Täters *zur Grundlage* hat²⁵⁹. Die verbreitete Beschwichtigung, ange-

258 Nach *Roth* soll es zwar bereits „mehrfach vorgekommen“ sein, dass sich Verteidiger zur Exkulpation ihrer Mandanten auf die Hirnforschung berufen haben, dokumentiert ist das aber nicht, siehe *Roth*, in: *Krüger* (Anm. 44); auch *meine* Aufforderung, die Fragen zum Thema einer Gerichtsentscheidung zu machen – siehe *Hillenkamp*, in: *ders.* (Anm. 6), S. 85, 110 – ist bisher ohne Resonanz geblieben. Siehe auch *von Galen*, Grußwort, in: *Hillenkamp* (Anm. 6), S. 31, 33 und hier Anm. 256; zur prospektiven Erfolglosigkeit solcher „Beweisanträge“ siehe *Frommel*, in: *Rode/Kammeier/Leipert* (Anm. 163), S. 89. Nur am Rande sei vermerkt, dass dann, wenn die Verantwortlichkeit des Angeklagten für seine *Verhandlungsunfähigkeit* ausgeschlossen ist, wenn er im Zeitpunkt ihrer Herbeiführung „schuldunfähig im Sinne des § 20 StGB war“ – so *Becker*, in: *Löwe/Rosenberg*, StPO, 26. Aufl. 2010, § 231a Rdn. 4 –, die Freiheitsfrage auch hierzu nicht auszuklammern ist.

259 Siehe dazu *Duttge*, in: *ders.* (Anm. 6), S. 43f.; *ders.*, in: *Duttge/Ünver* (Anm. 62), S. 23; *Herzberg*, Festschrift für Achenbach, S. 157, 170; *Roxin*, Allg. Teil I (Anm. 134), § 19 Rdn. 21; *Weißer*, GA 2013, 26, 28 sowie – schon o. bei Anm. 80f. – *Grischa Merkel/Roth*, in: *Grün/Friedman/Roth* (Anm. 80), S. 74f.; dazu, dass die „freie Willensbestimmung“ auch § 20 StGB trotz Verabschie-

sichts der (empirischen) Unentscheidbarkeit der Freiheitsfrage greife wegen „der prinzipiellen Erkenntnisgrenzen“²⁶⁰ der in-dubio-Satz schon grundsätzlich nicht ein, müsste sich – soll sie weiter gelten – erst einmal gegen den Einwand zur Wehr setzen, die Frage sei nun ja doch entschieden, die Erkenntnisgrenzen seien gefallen. Oder sie müsste sich auf den von der Rechtsprechung bisher nicht aufgenommenen Standpunkt berufen, die Freiheitsfrage sei allein eine Frage des Menschenbildes und als *ausschließlich normative Setzung* von jeder „Beweislast“ *selbst dann* unanfechtbar frei, wenn ihre Basis empirisch nicht stimmte²⁶¹. Die autonome Rechtswissenschaft – so könnte sie mit *Hassemer* (siehe oben V. 2. b) hinzufügen – sei in der Bestimmung ihrer Prämissen ohnehin frei. Nach der hier verfolgten Linie trüge ein solches Immunitätsmodell freilich nicht. Begegnen kann man dem in-dubio- Einwand vielmehr allein so, dass man die aufgeworfenen Zweifel zwar aufgreifen, dann aber als (noch) nicht hinreichend valide belegt erweisen und ihnen zugleich bescheinigen muss, dass sie einen richtig verstandenen Freiheitsbegriff auch methodisch verfehlen (siehe oben V. 3.). „Vernünftige“ – und das heißt hier empirisch belegte und das rechtliche Freiheitsverständnis wirklich treffende – Zweifel, die das in-dubio-pro-reo auslösen, gibt es einstweilen nicht. Im Übrigen bliebe gewissermaßen hilfsweise die bislang noch ganz unabgeklärte Frage, ob die Verneinung von Freiheit und Schuld eine *Pro-reo*-Entscheidung denn wäre. Jedenfalls dann, wenn aus ihr folgte, dass nicht ein Freispruch, sondern statt Strafe Maßregeln der Besserung und Sicherung griffen, versteht sich das – anders als die zitierten Hirnforscher offenbar glauben – ganz gewiss nicht von selbst. Will man nicht – im Gegenteil – sogar der Schuldstrafe einen gegenüber den Maßregeln *ausnahmslos* begünstigenden Charakter zuweisen, müsste man wohl nicht anders als bei Zweifeln zur Anwend-

dung dieses Begriffs 1933 zugrunde liegt, siehe *Hillenkamp* (Anm. 10); zum *Vorsatznachweis* auf neurowissenschaftlicher Basis siehe die Überlegungen bei *Siesel* (Anm. 199), S. 226 ff., 255 ff.

260 So *Schöch*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* (Anm. 194), § 20 Rdn. 11; *Kaspar*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Anm. 121), § 20 Rdn. 12; zu dieser These aus psychiatrischer Sicht siehe *Haddenbrock*, in: *Göppinger/Witter* (Anm. 154), S. 877 f., mit dem Zitat von *Kurt Schneider*: weil dies „kein Mensch beantworten kann“ S. 911. Siehe dazu *Kurt Schneider*, *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*. Ein Vortrag, 3. Aufl. 1956, S. 23 f.

261 Siehe dazu noch einmal *Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 121), Vorbem. §§ 13 ff. Rdn. 110; aus philosophischer Sicht ebenso *Wittwer*, *Muss die Willensfreiheit bewiesen werden, damit sich das Schuldprinzip rechtfertigen lässt?*, in: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Bd. 19 (2011), S. 410 ff.; die Beweislastfrage mit denkbaren Antworten thematisiert auch *Mohr*, in: *Lampe/Pauen/Roth* (Anm. 121), S. 83 ff., der freilich selbst von der Unbeweisbarkeit des Hirnforscher-„Prädeterminismus“ ausgeht (S. 78); Nachweise zu Stimmen, die selbst bei empirischer Widerlegung an Freiheit voraussetzender Schuld festhalten wollen, finden sich *hier* zu Anm. 190 und 198.

barkeit von Jugendstrafrecht auch hier von Fall zu Fall differenziert verfahren²⁶². *Keinesfalls* dürfte man *im Zweifel stets* zum Maßregelrecht greifen.

Noch einmal erinnert sei in diesem Zusammenhang daran, dass es nicht nur der Gerichtspraxis, sondern auch dem *Gesetzgeber* gut anstünde, die Hirnforscherthesen nicht einfach zu übergehen. Rein philosophische Zweifel hindern ihn sicher nicht, Willensfreiheit im beschriebenen Sinne zu setzen. Mit empirisch valide gesicherten Zweifeln, die Entscheiden und Handeln als *neuronal strikt determiniert als ernst zu nehmende* Möglichkeit erscheinen ließen, müsste er sich aber befassen. Zwar bindet den Gesetzgeber der in-dubio-Satz sicher nicht und auch der Schutzbereich der Unschuldsvermutung zielt auf Anderes als das. Infrage stünde dann aber eine Setzung mit dem *möglichen* Inhalt einer nur „staatsnotwendigen Fiktion“²⁶³. Auf sie ließe sich – nochmals (siehe oben IV. 2. b, c jeweils a. E.; V. 2. b) – ein Schuldstrafrecht nicht gründen. Der Gesetzgeber bleibt folglich *nur solange* in seinem Freiheitsverständnis und dem Bekenntnis zu einem hierauf beruhenden Schuldstrafrecht frei, solange die hier dargelegten Zweifel an den neurowissenschaftlichen Zweifeln verbleiben.

Da das Strafprozessrecht als „geronnenes Verfassungsrecht“ oder auch als „Seismograph der Verfassung“ bezeichnet wird²⁶⁴, versteht es sich über die Schuldfrage hinaus von selbst, dass die geschilderte Veränderung des von der Verfassung vorgezeichneten Menschenbildes auch das Strafverfahrensrecht berührt. In ihm ist der *Beschuldigte* – um nur ein bedeutsames Beispiel hervorzuheben – als selbstbestimmtes und eigenverantwortetes Subjekt des Verfahrens²⁶⁵ mit Aussagefreiheit ausgestattet. Es steht ihm nach § 136 StPO frei, sich zur Sache zu äußern. Darüber ist er zu belehren. Nach § 136a StPO darf die

262 Siehe dazu nur *Schaffstein/Beulke/Swoboda*, Jugendstrafrecht, 15. Aufl. 2014, § 8 II 1 c, Rdn. 210f.; *Streng*, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Rdn. 80. Die vom BGH verfolgte Linie, im Zweifel Jugendstrafrecht anzuwenden, führt dort und würde parallel zu unserer Frage – im Zweifel Maßregelrecht – jedenfalls nicht in generell „nachsichtigeres“ Recht führen, siehe dazu hier o. IV. 2. c) und *Frisch*, Festschrift für Kühl, S. 198ff.; *Roxin*, Allg. Teil I (Anm. 134), § 19 Rdn. 49; *Schöch*, in: LK (Anm. 142), § 20 Rdn. 30, sondern zu den Verurteilten u.U. (deutlich) belastenderen Folgen; siehe – differenzierend – *Schünemann*, Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Jescheck/Weigend*, Strafrecht in Japan und Deutschland, 1989, S. 147, 151; für *Roxin*, a. a. O., § 19 Rdn. 21, soll die Anwendung des Zweifelssatzes allerdings „allemaal zum Freispruch führen.“

263 Siehe dazu schon o. bei Anm. 253–255. *Reinhard Merkel* (Anm. 1), S. 116ff., bestreitet die von *mir* behauptete „Setzungs-Freiheit“ des Gesetzgebers unter Berufung auf den in-dubio-Satz und die Unschuldsvermutung; das kann hier nicht weiter vertieft werden. Die von *Merkel* selbst angeführten Gegengründe dazu, diese Institutionen heranzuziehen, halte *ich* aber für überzeugender als den Versuch ihrer Widerlegung.

264 Siehe dazu *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 2 Rdn. 1.

265 Vgl. dazu noch einmal BVerfGE 108, 282, 300 mit Fn. 146.

„Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten“ nicht durch verbotene Vernehmungsmethoden wie Täuschung oder Zwang beeinträchtigt werden²⁶⁶. Was aber bedeuten Aussagefreiheit, Belehrung und Willensbeeinträchtigungsverbot, wenn der Beschuldigte einen freien Willen, auszusagen oder nicht, und die Alternative, in der konkreten Vernehmungssituation so oder so zu agieren, zufolge der Hirnforscherthesen in Wahrheit nicht hat? Das ist in gleicher Weise auch für das Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen zu fragen, über das dieser zu belehren ist²⁶⁷. *Grischa Merkel* und *Roth* wollen zwar den zu Verurteilenden zwischen herkömmlicher Bestrafung und Therapie „wählen“ lassen und könnten folgerichtig behaupten, eine solche „Wahl“ zwischen Aussage und Nicht-Aussage sei Beschuldigten wie Zeugen dann ebenfalls möglich. Eine „Wahl“ im Sinne eines „Anders-handeln-Könnens“ soll das aber auch in ihrer Vorstellung – folgerichtig – nicht sein²⁶⁸. Dann aber sind diese dem Beschuldigten wie dem Zeugen Schutz gewährenden Institute eigentlich ohne vernünftigen Sinn. Wie zudem *Strafrichter* – um ein letztes Beispiel zu nennen – ihre Überzeugung von Schuld oder Unschuld aus dem Inbegriff einer sorgfältigen Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung (§ 261 StPO) gewissenhaft bilden und (erst) *nach ihr entscheiden* sollen, wenn alles menschliche Entscheiden und Handeln neuronal determiniert und naturgesetzlich festgelegt ist, erschließt sich auf der Basis der Hirnforscherthesen gleichfalls jedenfalls auf Antrieb nicht²⁶⁹. Es bestünde folglich Anlass, sich auch an die Ausarbeitung eines neuen Neuro-Verfahrensrechts zu machen, falls man dem Neuro-Determinismus konsequent folgt. Dazu könnte auch eine von der Hirnforschung bisher nicht reflektierte, durch ihre Thesen aber doch möglicherweise nahegelegte Wiederbelebung des schon der Bewegung der *défense sociale* vorschwebenden Bildes eines nicht nur juristisch ausgebildeten „Straf“-Richters und der Forderung nach einer Zerteilung der Hauptverhandlung bzw. des „Straf“-Urteils – Feststellung der antisozialen Tat, Festlegung der staatlichen Reaktion – zählen²⁷⁰.

266 *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rdn. 115ff., 130; *Dreher* (Anm. 3), S. 17, ist der Auffassung, man müsse die hier geschützte Wahlfreiheit nicht unbedingt mit einem indeterministischen Bild von Freiheit verbinden. Einsichtig ist das aber nicht. Auch spricht wenig dafür, der 1950 eingeführten Vorschrift ein anderes Freiheitsverständnis als das 1952 BGHSt. 2, 194 zugrunde liegende zu unterlegen.

267 *Beulke*, Strafprozessrecht (Anm. 266), Rdn. 195.

268 *Grischa Merkel/Roth*, in: *Grün/Friedman/Roth* (Anm. 80 mit Anm. 88).

269 Siehe dazu plastisch *Alwart*, Jahrbuch für Recht und Ethik, 2005, S. 369ff.

270 Siehe dazu *Ruske* (Anm. 29), S. 332ff. Die von *Rode/Kammeier/Leipert* 2008 herausgegebene Festgabe für *de Boor* erfüllt mit ihren Artikeln die mit dem Titel „Paradigmenwechsel im Strafverfahren! Neurobiologie auf dem Vormarsch“ geweckte Erwartung auf einen Transport der Thematik in den Strafprozess leider nicht.

2. Neuroimaging und Strafprozess

Durchmustert man die Publikationen von Hirnforschern, forensisch tätigen Psychiatern und Juristen zu Berührungspunkten der Neurowissenschaften mit dem Strafrecht und der Strafjustiz, wird man einer zwar bisweilen auch „durch markige Sprüche und mangelndes Wissen“²⁷¹ geprägten, im Ganzen aber doch abgewogeneren und weniger medienwirksam geführten *zweiten* Debatte gewahr, die auf dem Hintergrund der in den zwanziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts beginnenden „Sichtbarmachung“ des Gehirns mit bildgebenden Verfahren geführt wird. Hier geht es namentlich um *zwei Fragenkreise*, die hier freilich, da sie sich vom zentralen Thema entfernen, nur noch in groben Umrissen aufgezeigt werden. Der eine betrifft die Rolle, die das sog. Neuroimaging bei der Beurteilung strafrechtsrelevanter Fragen wie der Schuldfähigkeit (jenseits der Willensfreiheitsfrage), der Therapiefähigkeit, sexueller Prägungen, der Prognose zukünftigen (Legal-)Verhaltens und also der Rückfallwahrscheinlichkeit oder der (zukünftigen) Gefährlichkeit des jeweiligen Angeklagten im *konkreten Fall und Strafverfahren in foro* einnehmen kann. In diesem Zusammenhang wird auch bisweilen die prädiktive Auskunft über künftige Kriminalität noch nicht kriminell gewordener Menschen – namentlich von Kindern und Jugendlichen – erörtert²⁷². Der andere Fragenkreis hat die Beurteilung von Aussagen des Beschuldigten und von Zeugen auf ihre Glaubwürdigkeit und die Qualität der den Aussagen zugrunde liegenden Erinnerung hin zum Gegenstand. Hier geht es vor allem um die Frage, ob sich das überkommene und in Deutschland umstrittene Institut des „Lügendetektors“ durch Verfahren des Neuroimaging ersetzen lässt. Am Rande erörtert wird in diesem Fragenkreis zudem, ob sich Qualität oder Inhalte von Aussagen durch pharmakologisches „Cognitive Enhancement“ verbessern, verändern oder auch manipulieren lassen²⁷³.

Auf diese beiden Felder soll hier – ohne weiteres Eingehen auf die beiden bezeichneten Randfragen – zum Abschluss noch kurz eingegangen werden. Dazu

²⁷¹ Henrik Walter, Was können wir messen? Neuroimaging – Eine Einführung in methodische Grundlagen, häufige Fehlschlüsse und ihre mögliche Bedeutung für Strafrecht und Menschenbild, in: *Schleim/Spranger/Walter* (Anm. 205), S. 67 ff. (Zitat S. 67); siehe *Honnefelder*, Mein Gehirn als öffentlicher Raum?, in: *Vogelsang/Hoppe* (Anm. 12), S. 141, 142 f. und zu inhaltlichen Konzepten *Hoppe*, in: *Vogelsang/Hoppe* (Anm. 12), S. 23 ff.

²⁷² Siehe *Jürgen Müller*, Forensische Psychiatrie im Zeitalter der „neuroscience“, *Der Nervenarzt* 3, 2009, S. 241, 248.

²⁷³ Siehe dazu z.B. *Hennen et al.* (Anm. 2), S. 174; *Reinhard Merkel*, Neuartige Eingriffe in das Gehirn, *ZStW* 121 (2009), S. 919, 924, 944; *Spranger*, in: *Schleim/Spranger/Walter* (Anm. 205), S. 193, 209.

bedarf es zunächst einer knappen Erläuterung dessen, was mit *Neuroimaging* gemeint ist.

a) Techniken des Neuroimaging

Unter Neuroimaging versteht man die „bildliche Darstellung der Struktur (strukturelles Neuroimaging), der molekularen Ausstattung (molekulares Neuroimaging) oder der Funktion (funktionelles Neuroimaging) des Gehirns. Dafür werden mit Hilfe technischer Vorrichtungen Signale des Gehirns gemessen und aus ihnen die genannten Aspekte rekonstruiert“²⁷⁴. Am Anfang stand 1920 die Entwicklung des Elektroencephalogramms (EEG), das sich nach und nach zu einer Standardmethode der Neurologie und Psychiatrie entwickelte. Es zeichnet die elektrischen Signale auf, die bei der „Arbeit“ des Hirns entstehen und macht die Hirnströme sichtbar. Mit ihnen kann heute „die Stelle im Gehirn“ lokalisiert werden, an der „eine bestimmte Aktivität“ stattfindet²⁷⁵. Als die „wichtigsten bildgebenden Verfahren“, die im Laufe des letzten Jahrhunderts zwischen 1968 und 1990²⁷⁶ neben dem traditionellen EEG entwickelt worden sind, zählt *Karl Zilles*²⁷⁷ 1. die Magnetresonanztomographie in ihrer strukturell anatomischen (sMRT)²⁷⁸ und ihrer funktionellen (fMRT) Version, 2. die Positionenmissionstomographie (PET) und 3. die Magnetencephalographie (MEG) auf. Letztere ist „wie die Elektroencephalographie (EEG) kein im strengen Sinne bildgebendes, sondern ein elektrophysiologisches Verfahren (...) MRT, PET und MEG beruhen auf unterschiedlichen methodischen Grundlagen und registrieren daher nicht identische physikalische oder chemische Phänomene, sondern unterscheiden sich hinsichtlich ihrer räumlichen (...) und ihrer zeitlichen Auflösung. Die drei verschiedenen Methoden ergänzen sich somit hinsichtlich ihrer raum-zeitlichen Dimensionalitäten und beleuchten die Hirnstruktur und -funktion aus unterschiedlichen physikochemischen Perspektiven. Nur die Kombination aller drei Verfahren ermöglicht einen umfassenden Einblick in die vier-dimensionale (drei Raumdimensionen plus Zeitdimension) Organisati-

²⁷⁴ *Henrik Walter*, in: *Schleim/Spranger/Walter* (Anm. 205), S. 68.

²⁷⁵ Siehe TA-SWISS-Zentrum für Technologiefolgen-Abschätzung – Rechtliche Kurzfassung zur TA-SWISS-Studie „Impact Assessment of Neuroimaging“ – Einblick ins Gehirn TA 50A / 2006, S. 4f.

²⁷⁶ Siehe näher *Henrik Walter*, in: *Schleim/Spranger/Walter* (Anm. 205), S. 69.

²⁷⁷ *Zilles*, in: *Barton* (Anm. 9), S. 50f.

²⁷⁸ Nach der englischen Bezeichnung magnetic resonance imaging auch MRI abgekürzt, siehe TA-SWISS (Anm. 275), S. 2; geläufig ist auch die Bezeichnung Kernspintomographie, siehe *Henrik Walter*, in: *Schleim/Spranger/Walter* (Anm. 205), S. 73.

on unseres Gehirns²⁷⁹. Mit der Entwicklung der Computertomographie (CT) zur strukturellen Magnetresonanztomographie (sMRT = Kernspintomographie) ist „eine millimetergenaue Auflösung von Organstrukturen (...) und damit ein praktisch nebenwirkungsfreier Blick in das Innere des Körpers“ und damit auch in das Gehirn möglich. Das Verfahren macht daher in vielen Fällen „Röntgenuntersuchungen überflüssig (...). Die Bilder (des sMRT) sind genauer und präziser als Röntgenbilder mit dem CT“ und lassen „pathologische Veränderungen verschiedenster Art“ deutlich sichtbar werden²⁸⁰. Während hiermit also heute ein sehr genauer Blick auf die *Struktur* des Gehirns geworfen werden kann, wird „die eigentliche Revolution für psychologische Fragestellungen in (...) der Entwicklung des funktionellen MRT’s“ gesehen, da mit diesem „Königsweg der Hirnforschung (...) Nervenzellaktivitäten bei komplexen mentalen Prozessen, aber auch bei ‚einfachen‘ perzeptiven und motorischen Funktionen im Gehirn des Menschen mit einem nicht-invasiven Verfahren sichtbar“, die *funktionelle* „Arbeit“ des Gehirns also beobachtbar gemacht werden kann²⁸¹. Erwähnt werden mag schließlich noch die Nah-Infrarot-Spektroskopie (NIRS), eine Methode, mit der durch den Schädel hindurch nicht-invasiv Durchblutungsänderungen gemessen werden können²⁸².

b) Bedeutung für die Beurteilung von urteilsrelevanten Strafbarkeits-, Strafzumessungs- und Straffolgenfragen

Es versteht sich von selbst, dass der Einsatz (auch) bildgebender Verfahren, die (vor allem) die *Hirnstrukturen* sichtbar machen, unerlässlich ist, wenn für das inkriminierte Verhalten selbst, wenn für prognostische Aussagen zur fortbestehenden Gefährlichkeit oder auch zur zu erwartenden Gefährlichkeit Hirnläsionen, Hirnanomalitäten oder Hirnveränderungen wie z. B. ein Tumor von Bedeutung sein können. Hier gehört es mittlerweile zur *lex artis* der forensischen Psychiatrie, sich der neurowissenschaftlichen Erkenntnismittel einschließlich des Neuroimaging zu bedienen, um auf der Grundlage des Sichtbar-Gemachten wissenschaftlich fundierte Aussagen zu den letztlich dann juristisch zu entscheidenden Fragen etwa der Schuldfähigkeit, der Aussetzung einer Strafe zur Bewährung bei günstiger Prognose, der Beeinflussbarkeit durch Therapie und Strafe,

²⁷⁹ Zilles, in: Barton (Anm. 9), S. 50 f.

²⁸⁰ Henrik Walter, in: Schleim/Spranger/Walter (Anm. 205), S. 74 ff.

²⁸¹ Henrik Walter, in: Schleim/Spranger/Walter (Anm. 205), S. 73; Zilles, in: Barton (Anm. 9), S. 55; TA-SWISS (Anm. 275), S. 3 f.

²⁸² Siehe dazu – in der Zusammenstellung der genannten und weiteren Verfahren – Henrik Walter, in: Schleim/Spranger/Walter (Anm. 205), S. 71.

der Gefährlichkeit im Zusammenhang mit der Sicherungsverwahrung u.ä. zu treffen. Das dürfte heute von niemandem mehr bestritten, wenn auch in praxi nicht ausnahmslos beachtet werden²⁸³. Während demnach allein die Forderung nach „standardisierten neuropsychiatrischen Testungen im *strukturellen* Bereich (...) schon jetzt vorliegenden Erkenntnissen der Neurowissenschaften gerecht“ wird, sind nach Einschätzung der seriösen Fachwelt „darüber hinausgehende Forderungen nach dem regelhaften Einsatz solcher Verfahren im Strafverfahren, insbesondere denjenigen der funktionellen Bildgebung“ nach der „vorliegenden Datenlage noch nicht gerechtfertigt“. Das liegt nach *Henrik Walter*, von dem diese Aussage stammt, vor allem daran, dass namentlich der „Königsweg“ der fMRT noch in den Experimentierschuhen steckt und für forensisch belastbare Aussagen einstweilen nicht taugt²⁸⁴. Das heißt für *Walter* zwar nicht, dass der Einsatz auch der fMRT und ähnlicher Verfahren in Strafprozessen „nicht sinnvoll wäre“, um Forschungsfortschritte zu erzielen, wohl aber eben doch, dass es „noch nicht“ gerechtfertigt ist, „sie als standardisierte Instrumente einzusetzen“ und aus ihnen Schlüsse zu ziehen, die sie nicht hergeben. Ganz ähnlich fällt das Urteil *Jürgen Müllers* aus. Er erklärt „unsere Kenntnisse über die neurobiologischen Voraussetzungen (...) bei einer Vielzahl forensisch relevanter Fragestellungen“ für „gut fundiert“, soweit es die „Ätiopathogenese forensisch relevanter Störungen“ betrifft²⁸⁵. Jenseits des Nachweises einer „symptomatischen Genese“²⁸⁶ ist aber der Aufweis etwa bei Psychopathy, ADHS oder Pädophilie gruppenstatistisch belegter hirnstruktureller oder hirnfunktioneller Veränderungen *im Einzelfall* nicht geeignet, den so „belasteten“ Probanden valide zu beurteilen. „Von einer solchen wissenschaftlichen Datenlage sind wir gegenwärtig weit entfernt“. „Zurückhaltung“ wird daher „bei der Interpretation durch fMRT oder PET nachgewiesener Aktivierungsmuster für gerichtliche Zwecke“ empfohlen. Auch die „Hoffnung, individuelles Verhalten mit biologischen Methoden vorherzusagen zu können, ist“ nach *Müller* „zumindest bislang unerfüllt“. Vielversprechende Ansätze zur Prognoseforschung stecken nach ihm jedenfalls „in Deutschland“ noch „in den Kinderschuhen. Von einer praktischen Verwendung der zu

283 Siehe *Henrik Walter*, in: *Schleim/Spranger/Walter* (Anm. 205), S. 94; der Verzicht hierauf bei denkbaren organischen Störungen des Gehirns wird von *Walter* als „nicht nachvollziehbar“ bezeichnet; siehe dazu auch *Jürgen Müller*, *Der Nervenarzt* 3, 2009, S. 241, 244.

284 *Henrik Walter*, in: *Schleim/Spranger/Walter* (Anm. 205), S. 95.

285 *Jürgen Müller*, *Der Nervenarzt* 3, 2009, S. 241, 242; als Beispiel werden Erkenntnisse zur Aggressionsgenese, zur Pädophilie und zur Aufmerksamkeitsdefizit-/Hyperaktivitätsstörung genannt.

286 Wie z. B. eines Hirntumors als Auslöser pädophiler Neigungen, siehe schon oben Einleitung und *Jürgen Müller*, *Der Nervenarzt* 3, 2009, S. 241, 246.

erhoffenden Ergebnisse bei forensisch relevanten Fragestellungen sind wir dementsprechend noch weit entfernt²⁸⁷.

Als Fazit ist bis hierhin also zu sagen, dass im Bereich *organischer (struktureller)* Hirnstörungen das Neuroimaging zum Standardinstrumentarium gehört, dass im Übrigen aber der Einsatz bildgebender Verfahren im Strafprozess im hier erörterten Zusammenhang bislang lediglich (kostspieligen) Experimentiercharakter hat und belastbare Aussagen noch nicht liefert. Dagegen, die *Forschung* auf diesem Gebiet auch im Strafverfahren voranzutreiben, dürften grundsätzliche rechtliche Bedenken freilich nicht bestehen. Da die Verfahren außer bei der Vergabe von Kontrastmitteln nicht invasiv und für die Gesundheit des Probanden wohl – sieht man von partieller Strahlenbelastung bei einzelnen Vorgehensweisen einmal ab – ungefährlich sind, sind sie Beschuldigten zumutbar. *Willigen sie ein*, ist der Einsatz erlaubt, wenn die Aufklärung den nicht unwesentlichen Hinweis enthält, dass bei all diesen Verfahren „Zufallsfunde“ möglich sind, die zwar verfahrensirrelevant, für den Probanden aber belastend sein können²⁸⁸. Verweigert ein Beschuldigter dagegen die Mitwirkung, darf seine Verfahrensrolle nicht zu seiner Degradierung zum Forschungsobjekt führen. In einem solchen Fall ist der Einsatz des Neuroimaging angesichts der bislang nicht erwiesenen Tauglichkeit als Beweismittel unzulässig. Der BGH lässt zwar „hirnorganische Untersuchungen (...) gegebenenfalls (auch) ohne das Einverständnis des Angeklagten“ nach § 81a StPO zu²⁸⁹. Auch hat das Bundesverfassungsgericht in schon etwas länger zurückliegenden Fällen die zwangsweise Entnahme von Liquor (Gehirn- und Rückenmarksflüssigkeit) durch Lumbal- oder Okzipitalpunktion sowie eine Luftfüllung der Hirnkammer (Luftencephalographie) zur Untersuchung der Schuldfähigkeit für den Fall der Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht grundsätzlich verworfen²⁹⁰. In all diesen Fällen ging es aber um etablierte Verfahren mit einem zumindest eingeschränkten Beweiswert, nicht dagegen um experimentelle Forschung.

287 Jürgen Müller, *Der Nervenarzt* 3, 2009, S. 241, 247, 248.

288 Spranger, in: *Schleim/Spranger/Walter* (Anm. 205), S. 194, führt dazu aus: „Im naturwissenschaftlichen wie im philosophischen Schrifttum nimmt die Auseinandersetzung mit der Problematik der Zufallsfunde breiten Platz ein (...); die rechtswissenschaftliche Diskussion befindet sich hingegen eher in einem embryonalen Zustand“; siehe zur notwendigen Aufklärung auch Spranger, *Bilder des Geistes – Was zeigen Gehirnbilder wirklich?*, *Fortschritte der Neurologie – Psychiatrie*, 2012, S. 652f.; TA-SWISS (Anm. 275), S. 1, 9.

289 BGH BeckRS 1992, 310797881.

290 BVerfGE 16, 194; 17, 108.

c) Neuroimaging und Glaubwürdigkeitsbegutachtung

Immenser Forschungsbedarf besteht schließlich auch zu der Frage, ob mit den Techniken des Neuroimaging der *Lügendetektor* ersetzt und eine wissenschaftlich valide Antwort zur Glaubwürdigkeit und zum Wahrheitsgehalt von Aussagen vor Gericht gegeben werden kann. Hier findet sich in seriösen Darstellungen der sich durch das Neuroimaging eröffnenden Möglichkeiten zunächst die Warnung vor der feuilletonistisch verbreiteten Illusion, es gehe um *mind reading* im Sinne eines Mitlesens der im Hirn gefertigten Gedanken. Dazu mag es zwar etwas überzogen sein, „von Neuroimaging als ‚Gedankenlesen‘ zu sprechen, (...) einen *Kategorienfehler*“ zu nennen²⁹¹. Dass brain-observation und mind-reading aber zweierlei ist und „wir noch weit entfernt“ davon sind, „mit dem Hirnscanner die ‚Sprache des Geistes‘ sichtbar zu machen“, ist sicher²⁹². „Können wir mit Hilfe des Neuroimaging dem Gehirn nun tatsächlich ‚direkt bei der Arbeit zusehen?‘“ fragt *Henrik Walter* und beantwortet *diese Frage* mit „Ja“. „Doch heißt das schon, dass wir damit Gedanken lesen können? Nein!“ ist seine Antwort. Denn: „Funktionelles Neuroimaging ist zunächst nicht anders als die Messung von Signaländerungen im Verlauf psychologischer Experimente. Diese Signale hängen direkt mit neuronaler Aktivität zusammen, bedürfen aber der Interpretation“. Man kann also „nicht direkt sehen“, was die Person „denkt oder fühlt“ und auch nicht, ob sie die Wahrheit sagt oder lügt. Vielmehr muss man sich (einstweilen und vermutlich auch in Zukunft) mit einem deutenden „Gehirnsignallese“ begnügen²⁹³. Dabei hilft freilich, dass durch das Neuroimaging z.B. beim Einsatz der hier vornehmlich bedeutsamen fMRT „Bereiche im Gehirn“ sichtbar gemacht werden können, die bei einer bestimmten Aktivität „besonders beansprucht werden“ und man z.B. durch Experimentreihen weiß, „dass beim Lügen Bereiche im Gehirn aktiv sind, die bei einer besonderen gedanklichen Anstrengung, nicht aber bei gewöhnlichem Erzählen beansprucht werden“²⁹⁴.

Auch Neuroimaging deshalb schon jetzt als „Verfahren mit weitreichenden Möglichkeiten der Erfassung von mentalen Vorgängen“ darzustellen, ist „durch die tatsächlichen Möglichkeiten bildgebender Verfahren (noch) nicht ge-

291 So *Honnefelder*, in: *Vogelsang/Hoppe* (Anm. 12), S. 143.

292 *Walter/Schleim*, Gedankenlesen – eine Herausforderung für die Neuroethik, in: *Vogelsang/Hoppe* (Anm. 12), S. 150, 160.

293 *Henrik Walter*, in: *Schleim/Spranger/Walter* (Anm. 205), S. 76f.; siehe dazu auch die in dem sehr instruktiven Überblick von *Stübinger*, Lügendetektor ante portas. Zu möglichen Auswirkungen neurowissenschaftlicher Erkenntnisse auf den Strafprozess, ZIS 2008, 538, 547 ff., wiedergegebenen Vorbehalte; *ders.* (Anm. 99), S. 353f., 534 ff.

294 TA-SWISS (Anm. 275), S. 6, 8.

deckt“²⁹⁵. Selbst *Hans Markowitsch*, der auch auf diesem Feld zu spektakuläreren Mitteilungen neigt als andere und der davon berichtet, dass er „selbst schon funktionelle Hirnbildgebung im Rahmen einer Glaubhaftigkeitsbefundung bei einer Zeugin vor Gericht angewandt habe“, resümiert nach der Darstellung namentlich der Techniken der fMRT und der PET in diesem Zusammenhang, dass „alle erwähnten Techniken der neurofunktionellen Bildgebung (...) grundsätzlich zur Messung der mit falschen Erinnerungen und intentionalen Lügen assoziierten Gehirnaktivität“ zwar verwendet werden können. „Keine ist“ – so stellt er aber fest – „gegenwärtig so ausgereift, um routinemäßig in der forensischen Praxis eingesetzt werden zu können, wengleich das im Einzelfall durchaus geschieht und vor allem in den USA Firmen sich Gerichten hierzu anbieten, die auf entsprechende Expertisen verweisen“²⁹⁶.

Abgesehen davon, dass hiernach schon der augenblickliche Forschungsstand den (regelmäßigen) Einsatz von Neuroimaging zur Glaubwürdigkeitsbeurteilung heute vor Gericht nicht nahelegt, ist auch zu bedenken, dass die sehr teuren und zudem raumgreifenden Apparaturen die praktische Strafjustiz vor erhebliche Ressourcen- und Anbindungsprobleme stellen würden. An mehr als an größere Zentren gebundene Forschung, in denen ein entsprechendes Equipment und Personal vorzufinden ist, ist daher einstweilen nicht zu denken. Dabei wird auch hier die funktionelle Magnetresonanztomographie (fMRT) als „Königsweg“ benannt, der z. B. in der sog. EEG-korrelierten fMRT Teil einer „multimodalen Bildgebung“ sein könnte, zu der die sog. Computational Neuroscience Deutungsmuster entwickelt²⁹⁷. Sicher ist dazu bisher auch hier, dass das Neuroimaging nur ein Baustein in der Antwort auf juristisch relevante Fragen, hier also

²⁹⁵ *Hennen* et al. (Anm. 2), S. 41.

²⁹⁶ *Markowitsch*, Neuroanatomische und neurofunktionelle Aspekte krimineller Verhaltensweisen: Gehirnfunktion, falsche Erinnerungen und Glaubhaftigkeit, in: *Jürgen Müller* (Anm. 119), 2010, S. 260 ff. 269, 270; *ders.*, Mind Reading – Gutachten vor Gericht, in: *Schleim/Spranger/Walter* (Anm. 205), S. 132ff.; siehe auch schon *ders.*, Implikationen neurowissenschaftlicher Erkenntnisse für die Jurisprudenz. Am Beispiel von Glaubwürdigkeitsfeststellungen, *Kriminalistik* 2006, S. 619ff.; Schlussfolgerungen, wie *Detlefsen* (Anm. 14), S. 334, sie zieht, sind daher allenfalls ferne Zukunftsmusik. Beachte allerdings auch den „Einsatzbericht“ Tatort Gehirn in *GEO* 10 (Oktober 2013), S. 68ff. und *Spranger*, in: *Fortschritte der Neurologie – Psychiatrie*, 2012, S. 651, zum Fall Dugan in den USA; die Verwertung des fMRT-Befundes wurde freilich vom Richter abgelehnt, siehe dazu auch zusammenfassend *Hasler*, *Neuromythologie. Eine Streitschrift gegen die Deutungsmacht der Hirnforschung*, 2012, S. 215ff.

²⁹⁷ Siehe näher zu den verschiedenen Techniken und der Mitwirkung der Computational Neuroscience die Dissertation von *Karla Schneider*, *Der Einsatz bildgebender Verfahren im Strafprozess*, 2010, S. 31ff., 36f., 41ff., 50f.; zur praktischen Durchführung in foro S. 51f.; zur fMRT in diesem Zusammenhang siehe auch die Dissertation von *Seiterle*, *Hirnbild und „Lügendetektion“*. Zur Zulässigkeit der Glaubwürdigkeitsbegutachtung in Strafverfahren mittels hirnbildgebender

die Glaubwürdigkeitsbeurteilung, sein kann, der durch andere Verfahren abzusichern ist, und von dem man im Übrigen noch nicht sagen kann, ob er „überlistbar“ sein könnte und ob die experimentell ermittelten Korrelationen in der Praxis auch belastbar für den Einzelfall gelten. Insoweit gleicht die Lage weitgehend der, die unter b) schon beschrieben worden ist.

Aus *ethischer* Sicht werden die Gefahren unter der Überschrift „Mein Gehirn als öffentlicher Raum“ sichtbar gemacht und es wird angeregt, ein „Grundrecht auf Gedankenfreiheit“ einzurichten²⁹⁸. *Rechtlich* wird in den bisher in Deutschland zu der Verwendung von Neuroimaging im Zusammenhang mit der Glaubwürdigkeitsbegutachtung zu findenden Stellungnahmen der Einsatz „optimistischer“ beurteilt, als der von Lügendetektoren²⁹⁹. Die Anwendung von Polygraphen wurde in Deutschland zu keiner Zeit zugelassen. Während zunächst hierin auch bei Zustimmung des Probanden ein Verstoß gegen die Menschenwürde und eine Verletzung des Beweismethodenverbots des § 136 a StPO gesehen wurde, hat der BGH 1998 diese Position zwar geräumt, die polygraphische Untersuchung aber „zu einem völlig ungeeigneten Beweismittel“ erklärt, das nach deutschem Prozessrecht³⁰⁰ zurückzuweisen sei. *Beide* Begründungsstränge sind von erheblichem Gewicht. Sie lassen es auch hier jedenfalls heute nicht zu, einen Beschuldigten oder Zeugen *ohne seine Zustimmung* einem Neuroimaging auszusetzen. Ob auch diese Verfahren eines Tages die vernichtende Bewertung teilen, sie seien zum Beweis „völlig ungeeignete“ Mittel, muss die weitere Forschung erweisen. Zurzeit spricht noch vieles dafür.

Verfahren, 2010, S. 77f.; zur Computational Neuroscience siehe auch *Hennen et al.* (Anm. 2), S. 41ff.

298 *Honnefelders* Arbeit (Anm. 271) ist so überschrieben; ebenso der Artikel von *Seiler* im selben Band S. 174; ein Grundrecht auf Gedankenfreiheit regen *Walter/Schleim*, in: *Vogelsang/Hoppe* (Anm. 12), S. 164f. an.

299 Die beiden in Anm. 297 genannten Dissertationen tragen keine durchgreifenden Bedenken gegen den konsentierten Einsatz vor; so auch nicht *Beck*, Unterstützung der Strafermittlung durch die Neurowissenschaften?, JR 2006, 146ff.; *Spranger*, Der Einsatz neurowissenschaftlicher Instrumente im Lichte der Grundrechtsordnung, JZ 2009, 1033ff.; einen Verstoß gegen die Menschenwürde verneint bei Zustimmung auch *Hilgendorf*, Festschrift für Yenisey, Istanbul 2014, S. 913, 930; beachtliche Vorbehalte finden sich aber bei *Stübinger*, ZIS 2008, 550ff., dessen Fazit lautet: „Der Lügendetektor steht in neuer Form tatsächlich ante portas und dort sollte er auch bleiben.“

300 Nämlich gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2 4. Alt. StPO; die Entscheidung findet sich in BGHSt. 44, 308 und ist bestätigt durch BGH NStZ 2011, 474. Für die Praxis ist – übrigens auch für das Zivilverfahren, siehe BGH NJW 2003, 2527 – der Polygraphentest daher obsolet; zum Streitstand in der Literatur siehe nur *Meyer-Goßner/Schmitt* (Anm. 168), § 136 a Rdn. 24 sowie *Beulke*, Strafprozessrecht (Anm. 266), Rdn. 141.

VII. Ausblick

Rainer Zaczyk³⁰¹ hat 2009 die „Prognose gewagt: In zehn Jahren wird niemand mehr aus der Hirnforschung Folgerungen dafür ziehen, wie die sozialen Verhältnisse zwischen Menschen beschaffen sein sollen.“ Diese Prognose ist für den Strafprozess, wenn man auch in ihm „soziale Verhältnisse zwischen Menschen“ verarbeitet sieht, wohl zu relativieren und ist auf ihn vielleicht auch gar nicht bezogen. Auch für die Ausgestaltung der Sanktionenwelt, die Mittel, mit denen wir künftig abweichendes Verhalten „behandeln“, die Wege, auf denen sich Gefangene und Vollzugspersonal begegnen werden, drängt die Prognose Chancen der Hirnforschung beiseite, wenn sie sich denn auf sie auch beziehen soll. Auf beiden Feldern ist erst einmal abzuwarten, was die Neurowissenschaften an „Erfolg“ versprechenden Innovationen anbieten, was sie entwickeln werden. Zentrale Aufgabe wird es dann sein, die *rechtlichen* und die *ethischen* Grenzen aufzuweisen, in denen das Machbare auf Eignung und Effizienz hin geprüft und schließlich auch angewendet werden mag.

Wenn und solange Neurowissenschaftler freilich auf einem *radikalen Abschied vom Menschenbild* unserer Verfassung bestehen, sind die Aussichten gering, im Strafrecht Fuß zu fassen und mit ihren Vorschlägen auf die für einen solchen Versuch notwendige Akzeptanz zu stoßen. Vielleicht ist es freilich so, dass in *dieser* Hinsicht Zaczyks Prognose am ehesten zutrifft und die *neuronalen Karikatur* dieses Menschenbildes in nicht allzu ferner Zukunft wieder verschwindet. Dass die Gesellschaft spätestens um 2010 Abschied von der Freiheitsannahme im Sinne einer subjektiven Schuldfähigkeit genommen haben wird, hat sich als eine *andere Prognose* jedenfalls schon nicht erfüllt³⁰². Und es macht Hoffnung, dass das 2004 im *Manifest* der 11 Hirnforscher für diese Prognose in Anspruch genommene *Menschenbild* zehn Jahre später für 15 Neurowissenschaftler, die sich zum Manifest und seinen Aussagen in einem *Memorandum* zu Wort gemeldet haben, vom Menschsein nur wenig übrig lässt. Sie sagen: „Letztlich ist die Reduktion des Menschen und all seiner intellektuellen Leistungen auf sein Gehirn als ‚neues Menschenbild‘ völlig unzureichend. In diesem einseitigen Raster ist der Mensch als Subjekt und Person in seiner Vielschichtigkeit nicht mehr zu fassen.“ In ihm werde „dem Gehirn die Fähigkeit des Organismus, des Menschen zugeschrieben, was ähnlich abwegig“ sei, „wie einen Transistor bereits als Radio“ auszugeben. Und deshalb mahnen sie an, den seinerzeit offenbar nur als be-

301 Zaczyk, GA 2009, 374, 375.

302 Die Prognose stammt nach einem Zitat bei Keil (Anm. 157), S. 155, von Roth in einem in Spektrum der Wissenschaft, Okt. 2000, S. 72–75 abgedruckten Interview mit Vollmer.

schwichtigende „Fußnote“ verstandenen Satz aus dem Manifest ernst zu nehmen, nach dem Geisteswissenschaften und Neurowissenschaften erst einmal in einen *intensiven Dialog* eintreten müssten, um *gemeinsam* ein neues Menschenbild – und die 15 fügen hinzu, wenn es denn überhaupt erforderlich ist – zu entwerfen. Und dazu deutet der Duktus des Memorandums an: *dieses* Bild wird dem der Verfassung und des Strafrechts sehr ähneln³⁰³. Das *Recht* sollte sich in Wissenschaft und Praxis in diesen Dialog einbringen – Immunitätsstrategien helfen ihm nicht – und die *Neurowissenschaften* sollten das Recht in den für dringend gehaltenen Dialog der Wissenschaften miteinbeziehen, an ihm vorbei führen künftige Aussagen nicht.

Anmerkung: Der Artikel beruht auf einem aktualisierten und ergänzten Bericht, den der *Verf.* 2012 dem Korean Institute of Criminology (KIC), Seoul erstattet und dessen Ergebnisse er dort im Oktober 2013 vorgetragen hat. Der Bericht ist in koreanischer Sprache publiziert in *Tak/Jeong/Park/Hillenkamp, Advances in Neuroscience and Its Influence on Paradigm of Criminal Law – A preliminary study on interface between neuroscience and Criminal Law*, 2012, S. 345–408. Der Band ist vom KIC herausgegeben. Der Vortrag ist in deutscher und in koreanischer Sprache abgedruckt in dem vom KIC und der Korean Criminal Law Association herausgegebenen Tagungsbericht „Hirnforschung und Strafrecht in der Wissensintegrationszeit“, 2013, S. 3 ff., 23 ff. *Gunnar Duttge* danke ich auch an dieser Stelle für seine Unterstützung.

303 Die am *Manifest* (Anm. 11) beteiligten Wissenschaftler – unter ihnen *Roth* und *Singer* – sind am Memorandum „Reflexive Neurowissenschaft“, *Psychologie Heute*, 2014, durchweg nicht mehr beteiligt; ein in die angedeutete Richtung *begonnener Dialog* – leider noch ohne Beteiligung der Rechtswissenschaft –, der i. E. für eine Widerlegung der Willensfreiheit keine Basis sieht (siehe dazu insbes. den Beitrag von *Braun*, in: *Höfling/Tretter* [Anm. 246], und die Einführung von *Höfling/Tretter* in dem von ihnen herausgegebenen Buch S. 5 ff.), findet sich in den 11 Beiträgen in: *Höfling/Tretter*, a. a. O.; siehe auch die 16 Referate zu einer Tagung im Juni 2004, herausgegeben von *Köchy/Stederoth* (Anm. 244).