

werden müssen, um die Frage zu beantworten, ob strafrechtliche Normen der anspruchsvollen Sache der Demokratie dienen oder nicht.

V. Die politisch-philosophische Anthropologie des Strafrechts

Nach diesen Klärungen zu den normativen Grundlagen von Strafrecht und Demokratie und ihren Konsequenzen für das Verständnis einer demokratiennahen Strafrechtskonzeption und damit zur Erläuterung meiner zweiten These, soll nun noch eine weitere wichtige Dimension des Strafrechts angesprochen werden, die für unser Thema von Belang ist: Ein überzeugend konzipiertes Strafrecht impliziert schon in seinen Grundbegriffen eine bestimmte politisch-philosophische Anthropologie. Ihren Umrissen kann man sich auf verschiedenen Wegen nähern. Das Strafrecht verweist durch die normativen Gründe von Grundsätzen wie *nulla poena sine lege* etwa auf die zu bewahrende gleiche, würdebegründende Autonomie von Menschen als wesentlicher materialer Massstab legitimen Strafrechts. Die Unschuldsvermutung schafft kognitive Bürden der Beweislast, die im Strafverfahren ausbuchstabiert werden. Der Instanzenzug etabliert Mechanismen der Selbstkontrolle im Strafrechtssystem, die ebenfalls der Autonomie von Menschen dienen. Ein Prinzip wie die Unschuldsvermutung und die prozessuale Sicherung der Rechte von Beschuldigten nehmen sie als Subjekte ernst. Diese Normen und Grundsätze setzen dabei voraus, dass Menschen tatsächlich autonome Subjektivität geniessen. Lockerungen des *nulla poena* Satzes und des Rückwirkungsverbots im Lichte materialer ethischer Prinzipien, etwa verkörpert in den normativen Voraussetzungen der *Nürnberger Prozesse*, in Art. 7 Abs. 2 EMRK, in Spezialregelungen zum Befehlnotstand im internationalen Strafrecht⁶⁹ oder in Deutschland in der Rspr. von BGH⁷⁰ und BVerfG⁷¹ zu den Mauerschützen in unterschiedlicher Form konzipiert, setzen Menschen als moralisch urteils- und material orientierungsfähige Wesen voraus. Diese Normen und Rechtsprechungslinien implizieren, dass alle Menschen jedenfalls in bestimmten Fällen erkennen können, was Gerechtigkeit bedeutet, auch entgegen den Geboten positiven Rechts.

69 Art. 33 IStGH.

70 BGH 3.II.1992 – 5 StR 370/92, BGHSt 39, 1; BGH 25.3.1993 – 5 StR 418/92, 39, 168; BGH 20.3.1995 – 5 StR 111/94, BGHSt 41, 101.

71 BVerfG 24.10.1996 – 2 BvR 1851, 1853, 1875 und 1852/94, BVerfGE 95, 96 – Mauerschützen.

Strafrecht als Schuldstrafrecht bestätigt und vertieft diese anthropologischen Annahmen: Menschen werden als normativ einsichtsfähige Wesen angesehen, die sich aufgrund ihrer praktischen Urteilskraft selbst bestimmen können. Schuldstrafrecht setzt voraus, dass Menschen freie Subjekte sind, die nicht nur unter Prinzipien instrumenteller Rationalität stehen, feinere oder gröbere Egoismen pflegen, sondern sich normativ orientiert selbst bestimmen können. Die Realität einer differenzierten Welt moralisch relevanter Kategorien als Teil der natürlichen psychischen Konstitution menschlicher Subjekte ist die anthropologische Bedingung dieser Strafrechtskonzeption – z.B. besonders wichtig unterschiedliche subjektive, kognitive und voluntative Einstellungen zu Handlungen und ihren Folgen, die als Vorsatz und Fahrlässigkeitsformen in verschiedenen Rechtssystemen mit unterschiedlichen Nuancen, aber wesentlich ähnlich dogmatisch rekonstruiert werden. Dass diese subjektiven, fein differenzierten Haltungen und Zustände normativ relevant sind, wird weithin als unbestreitbar angesehen. Das ist historisch und rechtsvergleichend gesehen dabei keine einfach kontingente präkonstitutionelle Annahme, die vom demokratischen Gesetzgeber übernommen wurde, sondern erfasst eine notwendige Grundstruktur legitimen Strafrechts. Diese Beobachtung wirft die weitreichende Frage auf, ob es notwendige Eigenschaften von legitimem Recht gibt und was eigentlich der Ursprung dieser Notwendigkeit sein könnte.

Auch die Suche nach überzeugenden Strafzwecklehren, in all ihren Verästelungen und Varianten seit Platons Sanktionsbegründungen aus dem Grund der Prävention,⁷² zeigt, dass Strafregime die straffälligen Personen als Subjekte ernst nehmen müssen, um legitim zu sein.

Es gibt in einigen Teilen der modernen Neurowissenschaften, die gerade im Strafrecht rezipiert werden, die These vom wissenschaftlich bewiesenen Ende der Idee menschlicher Freiheit.⁷³ Entsprechend wurden verschiedene Versuche unternommen, Strafrecht auch unter der Annahme der Determiniertheit menschlichen Wollens und Handelns etwa als sozialtechnologisches Normbegräftigungsinstrument zu rekonstruieren.⁷⁴ Diese Versuche scheitern aber schon an internen Widersprüchen, weil sie die Möglich-

⁷² Platon, *Protagoras*, 324 a, b; ders., *Nomoi*, 862 c, d, e, 863a. Für die Unbelehrbaren müsse aber die Todesstrafe verhängt werden.

⁷³ Vgl. z.B. Greene/Cohen, *For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything*, Phil. Trans. R. Soc. Lond. B. Biol. Sci. (2004) 359, 1775 ff.

⁷⁴ Vgl. z.B. Merkel, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld: Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung*, Baden-Baden 2008.