II. Unrechttun

1. Kriminalunrecht als qualifizierte Stellungnahme

Eine *Handlung* im strafrechtlichen Sinne vollzieht nach dem bisher Dargelegten, wer zu einer ihn treffenden strafrechtlichen Verpflichtung Stellung nimmt. *Rechtmäßig* ist die Handlung, sofern sich ihr nach objektiv-gesellschaftlichen Maßstäben die Bereitschaft zur Erfüllung dieser Verpflichtung entnehmen lässt. Die betreffende Stellungnahme wird freilich in aller Regel nicht so ostentativ ausfallen, wie es bei Beethoven und Goethe der Fall war. Niemand, der sich nach einem anstrengenden Arbeitstag gereizt und müde durch eine Menschentraube schlängelt und der an verlockenden Kaufhausauslagen entlangschlendert, denkt daran, dass er, indem er nicht um sich schlägt oder einsteckt, was ihm gefällt, zu den Strafnormen über Körperverletzung und Diebstahl Stellung nimmt. Trotzdem läuft die entsprechende Deutung nicht auf eine von der Lebenswirklichkeit des Handelnden abgelöste, rein fiktive Zuschreibung hinaus. Wenn der Einzelne in aller Regel davon absieht, seine Aggressionen gewaltsam an seinen Mitmenschen abzureagieren oder seine Besitzlust durch Diebstähle zu befriedigen, so deshalb, weil ihm rechtstreues Verhalten buchstäblich in Fleisch und Blut übergegangen ist[128]. Dieser Habitualisierung verdankt die Rechts- und Sozialordnung in erster Linie ihre Stabilität[129]. Ihre Manifestationen als Stellungnahmen zugunsten der Rechtsordnung zu interpretieren ist insofern wohlbegründet.

Strafrechtlich relevantes *Unrecht* liegt demgegenüber vor, wenn die Stellungnahme des Handelnden ablehnend ausfällt. Genauer gesprochen: Kriminelles Unrecht besteht darin, dass der Täter der geltenden strafrechtlichen Normenordnung eine Gegennorm entgegenstellt und durch sein Handeln erkennen lässt, dass er dieser Gegennorm den Vor-

128 Oben S. 8.
129 *Pawlik* (Fn. 31), S. 78 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rang vor der Norm des Rechts einräumt[130]. Die Machtäußerung des Täters, der von ihm ausgeübte Zwang gegen einen fremden Willen wird dieser Konzeption zufolge also als Umsetzung eines normativen Programms begriffen, und zwar eines Programms, das sich vernünftigerweise nicht anders denn als Auflehnung gegen die geltende und auch für den Täter maßgebliche Normenordnung interpretieren lässt. In dieser normativen Selbstüberhöhung, besser: -überhebung des Täters liegt das Bedeutungsplus seines Handelns, welches es rechtfertigt, ihn über seine etwaige Verpflichtung zum zivilrechtlichen Schadensausgleich hinaus auch strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen.

Auch die Deutung kriminellen Handelns als eines qualifizierten Stellungnehmens sieht sich allerdings mit Zweifeln an ihrer phänomenologischen Plausibilität konfrontiert. Sie scheint gewöhnliche Straftaten mit einem Bedeutungsgehalt zu befrachten, den diese aus der Sicht der Täter keineswegs haben sollen. Fragt man beispielsweise einen Dieb nach den Gründen für sein Verhalten, so wird man in aller Regel die Antwort erhalten, er habe sich die von ihm weggenommene Sache verschaffen und nicht irgendeine Stellungnahme abgeben wollen.

Ich stelle die Authentizität dieser Selbstdeutung nicht in Abrede. Sie bindet die soziale Umwelt des Täters jedoch nicht[131]. Bedeutungen variieren in Abhängigkeit von dem jeweils zugrunde gelegten Bewertungsschema. Aus dem spezifischen Blickwinkel des Strafrechts interessiert nicht die Bedürfnisstruktur des Diebes und seine individuelle Lust-Unlust-Bilanz, sondern die von ihm durch sein Verhalten zum Ausdruck gebrachte Beziehung zur Rechtsordnung[132]. Deshalb erscheint das Verhalten des Diebes *sub specie des Strafrechts* als eine Stellungnahme zwischen zwei Verhaltensoptionen, deren eine von Seiten des Strafrechts als rechtmäßig, deren andere, die vom Dieb gewählte, hingegen als rechtswidrig bewertet wird. Freilich darf die genannte Deutung dem Täter nicht nach Art eines heteronomen Macht-

130 Grundlegend *Jakobs* (Fn. 41), S. 41 ff.; *ders.* (Fn. 85), S. 59 ff.; zuletzt *ders.* (Fn. 107), S. 13 ff.

131 Oben S. 17. – Ebenso *Jakobs*, Rechtszwang und Personalität, 2008, S. 32.

132 Übereinstimmend *Jakobs* (Fn. 107), S. 20.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

spruchs übergestülpt werden, sondern sie muss seinem jeweils konkreten Sosein hinreichend Rechnung tragen. Deshalb wird der Täter von der strafrechtlichen Zurechnungslehre nicht als das Abstraktum eines Bürgers in den Blick genommen, sondern als ein konkretes Individuum mit bestimmten Fähigkeiten, die er zudem nicht uneingeschränkt, sondern lediglich in einem normativ limitierten Ausmaß einzusetzen hat, um eine spezifische Situation in rechtskonformer Weise zu bewältigen[133].

Auch nach dieser Klarstellung hat der Leser aber womöglich den Eindruck, dass die hier vorgeschlagene Deutung das Straftatgeschehen in unangemessener Weise dramatisiere, indem sie gewissermaßen mit Kanonen auf Spatzen schieße. Mit der Formulierung, dass der Dieb sich für eine Handlungsweise entscheide, die auf Kosten einer anderen Person gehe und von der er als vernünftiger, normal sozialisierter Bürger wissen müsse, dass sie rechtlich unzulässig sei, könnte ein solcher Leser sich zwar befreunden. Die hiesige Rede von der Bildung und Exekution einer Gegennorm durch den Täter erscheint ihm hingegen als eine promethische Überhöhung des Übeltäters[134]. Der Verbrecher wolle durch sein Tun kein neues Prinzip verkünden, sondern ganz im Gegenteil zu seinen Gunsten ein Prinzip durchbrechen, an dessen Erhaltung in Bezug auf andere ihm ansonsten sehr gelegen sei[135]. „Gewiß befehdet er [der Straftäter, M. P.] die rechtlichen Institutionen, denn er handelt schuldhaft wider Recht, *principielle* Feindschaft der Eigenthumsinstitution jedoch kann ich wohl in irgend einem grundstürzenden Socialismus, nicht im Diebstahl oder Betrug finden“ – so bringt Adolf Wach im Jahre 1873 den genannten Einwand auf den Punkt[136]. Dieses Bedenken lässt sich meines Erachtens jedoch unschwer ausräumen.

Vorab ist daran zu erinnern, dass einem Straftäter nicht sein allgemeines So-Sein, sondern seine konkrete Tat vorgeworfen wird. In dem anarchistischen Sozialisten, den Wach vor Augen hat, ist die Ableh-

133 Näher *Pawlik* (Fn. 31), S. 299 ff.
134 Exemplarisch *Oppenheimer*, The Rationale of Punishment, 1913, S. 213.
135 Beispielhaft *Flechtheim*, Hegels Strafrechtstheorie, 2. Aufl. 1975, S. 102.
136 *Wach*, GS 25 (1873), 453.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nung der bürgerlichen Eigentumsordnung zu einer festen Haltung erstarkt. Wachs Feststellung, dass die allermeisten Kriminellen eine solche Haltung nicht aufweisen, ist deshalb zwar richtig, trifft aber die hier vorgestellte Konzeption nicht. Deren Frage lautet einzig und allein, welche normativen Implikationen die zur Aburteilung anstehende konkrete Einzeltat aufweist.

Die hiesige Antwort beruht auf der Einsicht, dass ein schlechthin Individuelles sich ebenso der Sagbarkeit entzieht wie ein schlechthin Allgemeines. *Individuum est ineffabile.* So wie jeder Urteilende etwas Individuelles – dieses X – als ein Allgemeines anspricht – als Tisch, Hund oder Mensch –[137], beinhaltet eine jede Handlung eine allgemeine Aussage über das Handlungsobjekt[138]. Auch der durch die Brille des Strafrechts betrachtete Dieb behandelt sein konkretes Opfer demnach als etwas Allgemeines[139]. Der allgemeine Status des Menschen im Recht ist derjenige einer Person[140]. Eine andere Person zu respektieren äußert sich darin, ihre Rechte zu achten. Die Rechtspositionen eines anderen zu verletzen bedeutet umgekehrt, ihn als Person anzugreifen. Der Dieb bringt dementsprechend zum Ausdruck, dass er sein Opfer als eine bloße Ressource ansieht, die er zur Beförderung seiner Wünsche nach seinem Belieben anzapfen darf; eben darin liegt die spezifische Kränkung, die er seinem Opfer antut und die sich durch eine bloße Ausgleichszahlung nicht aus der Welt schaffen lässt[141]. Verallgemeinernd gesprochen, behandelt ein Straftäter einen anderen Menschen – dieses Opfer – mithin als Sache, nicht als Person[142]. Genauer: Er schreibt *sich selbst* die Entscheidungsmacht darüber zu, wann andere Menschen als Personen behandelt zu werden verdienen und wann sie als Sachen behandelt werden dürfen. Begreift man mit dem Berliner Rechtstheoretiker Christoph Möllers Normen als positiv

137 Oben S. 18.
138 *Hegel* (Fn. 84), S. 87.
139 *Hegel* (Fn. 58), § 100 (S. 190).
140 *Hegel* (Fn. 58), § 35 (S. 93).
141 *Anderson*, in: Hudson (Hrsg.), Technology, Morality und Social Policy, 1998, S. 216; *Köhler*, Der Begriff der Strafe, 1986, S. 47; *Schmidt*, Strafe und Versöhnung, 2012, S. 144 ff; *Zimmermann*, Verdienst und Vergeltung, 2012, S. 119, 123.
142 *Hegel* (Fn. 58), § 95 (S. 182); *ders.* (Fn. 82 – Vorlesungen), S. 299 f.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bewertete Möglichkeiten[143], so lässt sich dieser Befund auch dahingehend ausdrücken, dass der Dieb sich von einer *Norm* leiten lässt, der zufolge seine Selbstermächtigung zur gelegentlichen Behandlung anderer Menschen als Sachen positiv bewertet und ihm deshalb *erlaubt* sei.

Der Bedeutungsgehalt einer Handlung wird allerdings erst durch das *Ensemble der Handlungsvarianten A und Non-A* vollständig entfaltet[144]. Dementsprechend äußert der Täter durch die genannte Selbstermächtigung zugleich auch eine ablehnende Haltung – in Anlehnung an Möllers kann man auch sagen: formuliert er eine widersprechende Norm – gegenüber der Strafrechtsvorschrift, die es verbietet, mit anderen Personen auf diese Weise umzugehen[145]. Diese Einzelvorschrift wiederum ist ein integraler Bestandteil der gesamten (Straf-)Rechtsordnung. Ihr den Gehorsam zu versagen bedeutet deshalb, die Rechtsordnung insgesamt zu verletzen[146], dieser also ein Nein, technischer gesprochen: eine Gegennorm entgegenzusetzen.

Es mag verlockend erscheinen, auf diese Herleitung mit einer ins Ironische gewendeten Bemerkung des kolumbianischen Aphoristikers Nicolás Gómez Dávila zu reagieren: „Komplizieren ist das höchste Vorrecht des Menschen."[147] Darauf ist indessen mit demselben Autor zu erwidern: „Was nicht kompliziert ist, ist falsch."[148] Mit größerem Ernst gesprochen: In der soeben skizzierten Ableitung steckt nichts unnötig Verkomplizierendes oder gar Esoterisches. Es wird vielmehr ein genuin philosophisches Anliegen verfolgt: die Tiefenstrukturen unserer Denk- und Handlungsstrukturen, die, wie es bei Hegel heißt, „unseren Geist instinktartig und bewußtlos durchziehen" und daher „ungegenständlich, unbeachtet bleiben"[149], ans Licht zu bringen und

143 *Möllers* (Fn. 34), S. 125 ff.
144 Oben S. 16 f.
145 *Köhler* (Fn. 141), S. 48 f.; *Primoratz*, Banquos Geist, 1986, S. 34 f.; *Schmidt* (Fn. 141), S. 129 f.
146 *Hegel* (Fn. 82 – Vorlesungen), S. 661.
147 *Gómez Dávila*, Einsamkeiten, 1987, S. 76.
148 *Gómez Dávila* (Fn. 147), S. 25.
149 *Hegel* (Fn. 55), S. 30.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

uns so ein besseres Verständnis unserer selbst und unserer sozialen Praktiken zu ermöglichen.

Aber kann eine Auffassung, die kriminelles Unrecht als Absage an die geltende Normenordnung interpretiert, ernsthaft behaupten, das heutige kulturelle Selbstverständnis auf den Begriff zu bringen? Reduziert sie allen Hegel-Referenzen zum Trotz das kriminelle Unrecht nicht vielmehr letztlich auf das exemplarisch von Binding[150] formulierte Verständnis: Auflehnung, also Gehorsamsverweigerung gegen den obrigkeitlichen Willens zu sein?[151] Ist sie mithin nicht rettungslos in der Sprache des Obrigkeitsstaates verfangen, die zu Bindings Zeiten zeitgeistgemäß gewesen sein mochte, die aber die individualistische und institutionenkritische Grundstimmung der Gegenwart – jedenfalls von deren meinungsbildenden kulturellen Eliten – weit verfehlt?

Diese Vermutungen gehen, wie ich im Folgenden zeigen möchte, fehl. Die hiesige Konzeption weist keine reaktionäre Schlagseite auf. Sie versteht sich im Gegenteil als Einlösung der von dem britischen Rechtsphilosophen Antony Duff erhobenen Forderung, die an der Figur des Untertanen orientierten Straftheorien durch genuin bürgerstrafrechtliche Modelle zu ersetzen[152]. Beide, Untertan wie Bürger, sind an das Recht gebunden, aber die Art ihrer Bindung ist Duff zufolge unterschiedlich. Untertanen unterliegen einem Recht, das nicht das ihre ist, sie müssen einem fremden Willen gehorchen. Bürger unterstehen demgegenüber ihrem eigenen Recht, dem Recht des Gemeinwesens, das sie selbst zu definieren helfen. In den Anforderungen des Rechts tritt ihnen deshalb die Verkörperung ihrer eigenen bürgerschaftlichen Identität gegenüber[153]. Das sind große Worte. Wie äußern sie sich im straftheoretischen Alltag?

150 Vgl. *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 3. Aufl. 1916, S. 98. – Näher zu Bindings Unrechts- und Straftheorie *Pawlik*, in: Kubiciel u. a. (Hrsg.), Karl Binding: Normtheoretiker, Rechtspositivist, Strafrechtsdogmatiker (im Erscheinen).

151 In diesem Sinne zuletzt *Demko*, in: Kubiciel u. a. (Hrsg.), Hegels Erben?, 2017, S. 286 m. w. N.

152 *Duff*, in: Claes u. a. (Hrsg.), Punishment, Restorative Justice and the Morality of Law, 2005, S. 125.

153 *Duff*, Punishment, Communication, and Community, 2001, S. 56 ff., 80 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Kriminalunrecht als Mitwirkungspflichtverletzung

Die Grundhaltung des Philosophen ist bekanntlich das Staunen. Nach einer Bemerkung des Essayisten Henning Ritter unterscheidet er sich dadurch von anderen Menschen, dass er über bestimmte Dinge nicht hinwegsehen kann[154]. Was seine Mitbürger als selbstverständlich hinnehmen, irritiert ihn und wird ihm dadurch zum erklärungsbedürftigen Problem. Worüber staunt ein Rechtsphilosoph? Er ist sich im Klaren darüber, dass die Organisationsform der Normativität erhebliche Risiken birgt[155]. Da Normen mit der Bezeichnung von Alternativen – Normerfüllung versus Normverletzung – beginnen[156], berauben sie ihren Gegenstand seiner Notwendigkeit und heben ihre eigene Verletzbarkeit hervor[157]. Erstaunlich und der Erklärung bedürftig ist aus der Sicht eines dies bedenkenden Rechtsphilosophen deshalb in erster Linie der Umstand, dass die Form der Normativität sich trotz ihrer Anfälligkeit gegenüber Verletzungen als erfolgreich erwiesen hat. Wie kann es sein, so fragt sich mithin der Rechtsphilosoph, dass die Zähmung der Macht durch das Recht nicht allein den Gegenstand literarischer Abhandlungen und wohltönender Proklamationen bildet, sondern sich – wie unvollkommen auch immer – in der sozialen Wirklichkeit behaupten kann? Die aus einem solchen Staunen erwachsende Rechtsphilosophie befasst sich, in Hegelscher Terminologie gesprochen, nicht lediglich mit dem *Begriff*, sondern mit der *Idee* des Rechts: der „Freiheit, zur Wirklichkeit einer Welt gestaltet“[158]. Der Rechtsphilosoph kann sich demnach nicht damit begnügen, Aussagen darüber zu tätigen, wie das Recht aussehen *soll*; er muss sich vielmehr auch damit auseinandersetzen, wie das Recht seine wirklichkeitsprägende Macht *gewinnt* und *bewahrt*.

Kant war noch der Überzeugung, die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung könne ausschließlich durch ein die selbstsüchtigen Neigun-

154 *Henning Ritter*, Notizhefte, 2010, S. 326.
155 *Nida-Rümelin* (Fn. 5 – Philosophie), S. 123, 138 f.
156 *Möllers* (Fn. 34), S. 368.
157 *Möllers* (Fn. 34), S. 153.
158 *Hegel* (Fn. 62), S. 303.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen der Menschen zuverlässig neutralisierendes Netz staatlicher Behörden bewerkstelligt werden; auf eine entgegenkommende Motivationsstruktur der Bürger komme es nicht an. Das Problem der Staatserrichtung sei deshalb, „so hart wie es auch klingt, selbst für ein Volk von Teufeln (wenn sie nur Verstand haben), auflösbar“[159]. Wie der britische Kriminologe David Garland darlegt, avancierte diese Auffassung zeitweise geradezu zum Credo der „Hochmoderne“[160]. Sie ist jedoch unzutreffend. Da die Obrigkeit in einem Volk von Teufeln ausschließlich auf das Motivierungsmittel der Zwangsdrohung zurückgreifen kann, ist *conditio sine qua non* der von ihr zu bewirkenden Rechtswahrung die Existenz eines schlagkräftigen und weitverzweigten Zwangsapparates. Der Preis für dessen Einrichtung ist jedoch außerordentlich hoch: Er besteht in der Installierung eines umfassenden Überwachungssystems. Fichte hat diese Konsequenz ausdrücklich gezogen: Vor die Aufgabe gestellt, ein Rechtssystem zu konzipieren, das in seinem Bestand von der Moralität der Bürger unabhängig ist, empfiehlt er einen Staat, in dem „die Polizei … so ziemlich [weiß], wo jeder Bürger zu jeder Stunde des Tags sei, und was er treibe“[161]. Dies würde allerdings nicht nur die bürgerliche Freiheit zerstören, sondern auch die organisatorischen Kapazitäten des Staates bei Weitem überfordern; dieser würde an seinem Überwachungshunger buchstäblich ersticken[162].

Die Erzwingungskosten einer Rechtsordnung lassen sich demnach nur dann in einem freiheitstheoretisch akzeptablen Rahmen halten, wenn rechtstreues Verhalten sich für die Rechtsunterworfenen größtenteils von selber versteht. Der Rückzug äußerer Disziplinierungsinstanzen muss mithin durch eine hinreichend verlässliche Selbstzucht der Rechtsgenossen ausgeglichen werden. Ein freiheitlicher Staat vermag deshalb nur zu bestehen, weil und sofern seine Bürger sich im

159 *Kant*, Zum Ewigen Frieden, in: ders., Werke (Akademieausgabe), Bd. 8, 1923, S. 366. – Im Einzelnen dazu *Pawlik*, JRE 14 (2006), S. 269 ff.

160 *Garland*, Kultur der Kontrolle, 2008, S. 92.

161 *Fichte*, Grundlagen des Naturrechts, in: ders., Werke, hrsg. von I. H. Fichte, Bd. 3, 1971, S. 302.

162 Ebenso *Jakobs* (Fn. 79), S. 78 f.; *ders.* (Fn. 131), S. 39.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Großen und Ganzen in freiem Gehorsam dem Recht unterordnen und rechtswidrige Handlungen vereinzelte Erscheinungen bleiben[163]; darin liegt der harte Kern von deren Verantwortung als Mitträger des bestehenden rechtlichen Zustandes[164].

Zwar herrscht, wie schon Hegel herausstellt, in modernen Staaten das Prinzip der Arbeitsteilung vor[165], was eine erhebliche Einschränkung des rechtlichen Verantwortungsbereichs ihrer Bürger nach sich zieht. Diese haben sich nur noch vor Recht und Gesetz zu rechtfertigen und gewinnen dadurch jene subjektive Selbständigkeit, durch die sich Hegel zufolge der moderne Mensch gegenüber den griechischen Heroen auszeichnet[166]. Deshalb fordert der „nähere Staat" in den Worten Hegels „nicht direct die Gesinnung für ihn, sondern mehr nur die Leistung"[167]; aus welchen motivatorischen Quellen der einzelne Bürger seine Bereitschaft zur Rechtstreue schöpft, ist also seine Sache. Jedoch trägt der Bürger Verantwortung für die äußerlich korrekte Erfüllung der konkreten Aufgaben seiner gesellschaftlichen Rollen[168]. Seine Bewährung „in dem gewöhnlichen Zustande und Lebensverhältnisse" bezeichnet Hegel als Patriotismus[169]. Das Strafrecht im hiesigen Verständnis fordert nichts anderes ein als diesen Normerfüllungspatriotismus.

Deshalb steht die Rechtsbeachtung von Seiten der Bürger gleichrangig neben den übrigen Formen des Rechtshandelns[170] und deshalb besitzen nicht nur Gesetzgebung und Rechtsprechung repräsentativen Charakter, sondern, wie der Berliner Philosoph Volker Gerhardt gut

163 Dies sei exemplarisch belegt anhand dreier von sehr unterschiedlichen philosophischen Grundüberzeugungen ausgehenden Stellungnahmen: *Duff* (Fn. 153), S. 68; *Müller/Christensen* (Fn. 37), S. 45; *Searle* (Fn. 29), S. 100 f.

164 *Duff* (Fn. 153), S. 47 f.; *Köhler*, Recht und Gerechtigkeit, 2017, S. 307 f.; *Pawlik* (Fn. 31), S. 105 f.

165 *Hegel*, Vorlesungen über die Ästhetik I, in: ders., Werke (Fn. 44), Bd. 13, 1986, S. 241.

166 *Caspers* (Fn. 54), S. 41, 191.

167 *Hegel* (Fn. 82 – Vorlesungen), S. 723.

168 *Hegel* (Fn. 165), S. 241.

169 *Hegel* (Fn. 58), § 268 A (S. 413).

170 *Müller/Christensen* (Fn. 37), S. 45, 302.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hegelianisch hervorhebt, auch die alltägliche Rechtsbefolgung. „Das Gesetz repräsentiert die Verhaltenserwartung einer institutionellen Gemeinschaft, der Richter repräsentiert das Gesetz und der legal handelnde Bürger stellt exemplarisch die Geltung der Gesetze vor.“[171] Der Begriff der Geltung, mit dem Gerhardt hier operiert, entspricht dem der strafrechtlichen Hegelianer des 19. Jahrhunderts. Einer der bedeutendsten dieser Autoren, Hugo Hälschner, unterscheidet sorgfältig zwischen der *Gültigkeit* einer Norm und ihrer *Geltung*. Während die Gültigkeit einer Rechtsnorm unverbrüchlich und unantastbar sei, hänge deren Geltung davon ab, dass sie in ihrer verbindlichen Kraft von denen, für die sie gelten soll, anerkannt werde, dass sie sich also wirklich als eine die menschlichen Handlungen bestimmende, regelnde erweise[172].

Die Kategorie der Geltung reflektiert damit das von mir an früherer Stelle[173] hervorgehobene Grundrisiko von Normativität: den Umstand, dass sie, um ihre Aufgabe erfüllen zu können, auf ein entgegenkommendes Verhalten der Normadressaten angewiesen ist. Indem der rechtstreu Handelnde ein solches Entgegenkommen an den Tag legt, trägt er zur Entfaltung der rechtlichen Ordnung im sozialen Leben bei[174]. Dadurch füllt er seine Bürgerrolle in entgegengesetzter Weise aus wie der Rechtsbrecher: Während dieser die Bedingungen und den Umfang seiner Rechtstreue nach eigenem Gutdünken festzulegen beansprucht, erkennt jener den unbedingten Primat des Allgemeinen – des Gesetzes – an. Dadurch bestätigt und befestigt er dessen Maßgeblichkeit[175].

Der soeben vorgeschlagene Begriff kriminellen Unrechts lässt sich aufgrund dieser Überlegungen folgendermaßen konkretisieren: Die spezifische Beschaffenheit dieses Unrechts liegt darin, dass der Täter,

171 *Gerhardt*, Partizipation, 2007, S. 343; vgl. *Hegel* (Fn. 165), S. 240, der das gesetzmäßige Handeln der Bürger als „Beispiel“ des Allgemeinen bezeichnet.
172 *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881, S. 30.
173 Oben S. 35.
174 Nach *Taylor* (Fn. 5), S. 137 (dort auf außerrechtliche Höflichkeitsbezeugungen bezogen).
175 Vgl. *Spaemann*, Zur Kritik der politischen Utopie, 1977, S. 180.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

indem er eine von der strafrechtlichen Normenordnung abweichende, ihn einseitig begünstigende Norm exekutiert, seiner Verpflichtung, an der Aufrechterhaltung des bestehenden Rechtszustands mitzuwirken, zuwiderhandelt und dadurch seine Rolle als Repräsentant der Rechtsgemeinschaft – kurz: als Bürger – bricht[176]. In einem Wort: Strafrechtlich relevantes Unrecht ist begriffsnotwendig ein *Unrecht des Bürgers*.

3. Freiheitlichkeit als Legitimationsgrund strafbewehrter Mitwirkungspflichten

Die hier vorgenommene Verknüpfung von Bürgerstatus und Mitwirkungspflicht dürfte den Befürwortern eines legitimationstheoretischen Individualismus[177] unschön in den Ohren klingen. Zwar ist mit der Deutung des Verbrechens als Verletzung einer Mitwirkungspflicht gegenüber der Rechtsgemeinschaft keineswegs gesagt, dass die Belange, um derentwillen dem Täter jene Pflicht auferlegt wird, ihrerseits ebenfalls durchgängig der Allgemeinheit zugeordnet werden müssten. Die Frage nach dem Legitimationsgrund der Mitwirkungspflicht ist von derjenigen nach der pflichtentheoretischen Struktur des Verbrechensbegriffs unabhängig; die Konstruktion des Verbrechensbegriffs präjudiziert nicht die legitimationstheoretische Problematik[178]. Dennoch weckt die hiesige Konzeption bei manchen Lesern womöglich den Verdacht, sie reduziere den einzelnen Bürger auf den Status des Funktionärs eines abstrakten, inhaltlich beliebig ausfüllbaren Allgemeinen.

176 Ebenso *Duff* (Fn. 153), S. 60 ff., 112 ff.; *ders.*, Answering for Crime, 2007, S. 49 ff.; *ders.*, in: Duff/Green (Hrsg.), Philosophical Foundations of Criminal Law, 2011, S. 139 f. – Nahestehend *Lacey*, State Punishment, 1988, S. 176 ff.; *Markel*, in: White (Hrsg.), Retributivism, 2011, S. 53 f. – Aus der neueren deutschsprachigen Literatur: *Dold*, Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch, 2017, S. 34 ff.; *Erber-Schropp*, Schuld und Strafe, 2016, S. 75 ff.; *Gärditz* (Fn. 36), S. 36, 51; *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 164 f.; *Timm*, Gesinnung und Straftat, 2012, S. 52 ff.; *Wachter*, Das Unrecht der versuchten Tat, 2015, S. 107 ff.

177 Dazu *v. d. Pfordten*, ZphilF 54 (2000), 491 ff.; *ders.*, ZphilF 58 (2004), 321 ff.

178 *Pawlik* (Fn. 31), S. 91 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Meine Bezugnahme auf Hegel, der bei zahlreichen deutschen Strafrechtlern – übrigens im Unterschied zu den meisten seiner heutigen philosophischen Interpreten[179] – nach wie vor im Ruf der Staatsvergötzung steht[180], mag diese Befürchtung noch verstärken. Eine solche Lesart würde jedoch eine wichtige Implikation des hiesigen handlungstheoretischen Ansatzes verkennen.

Handeln bedeutet, zu normativen Alternativen in kompetenter, d.h. begründbarer Weise Stellung zu nehmen[181]. Ein Individuum als Handelnden anzuerkennen geht nur dann über den Status eines rein verbalen, praktisch folgenlosen Zugeständnisses hinaus, wenn dem Betreffenden institutionell vermittelt wird, dass es *in praxi* auf den Inhalt seiner Stellungnahme *ankommt*. Dazu gehört nicht nur, ja nicht einmal primär, dass ihm Stellungnahmen, die den geltenden Rechtsnormen widersprechen, als – gegebenenfalls sogar kriminelles – Unrecht zugerechnet werden[182]. In erster Linie kommt es vielmehr darauf an, die Normenordnung in größtmöglichem Umfang so einzurichten, dass es einen *praktisch erheblichen Unterschied* macht, ob die Stellungnahmen des Einzelnen, sofern sie sich im Rahmen des rechtlich Zulässigen bewegen, so oder anders ausfallen. Zu einer politischen Gemeinschaft von Handlungswesen passt aus diesem Grund nur eine Ordnung der Freiheit als Selbstbestimmung. Spätestens seit Rousseau und Kant ist dieser Gedanke denn auch der unhintergehbare Fixpunkt aller philosophisch satisfaktionsfähigen Auseinandersetzungen mit Fragen der politischen Philosophie[183]. Als tragender Grund der strafrechtlich relevanten Mitwirkungspflicht kommt demnach nur der Umstand in Betracht, dass es ihrer bedarf, um einen Zustand der *Freiheitlichkeit* aufrechtzuerhalten. Es ist diese Verknüpfung des Mitwirkungspflichtge-

179 *Hoffmann*, Hegel, 2004, S. 16 ff., 428 ff.; *Neuhouser*, Foundations of Hegel's Social Theory, 2000, S. 17 ff., 114 ff., 145 ff.; *Pippin*, Hegel's Practical Philosophy, 2008, S. 183 ff.; *Siep*, Hegels praktische Philosophie und das „Projekt der Moderne", 2011, S. 15 ff.; *Vieweg*, Das Denken der Freiheit, 2012, S. 35 ff., 345 ff.

180 Exemplarisch *Hörnle*, FS Roxin, 2011, S. 4.

181 Oben S. 19.

182 Dazu näher oben S. 38 f.

183 *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 14 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dankens mit dem Gedanken der Freiheitswahrung, die meines Erachtens den Geltungsanspruch des heutigen Strafrechts rechtfertigt[184].

Über jemanden zu *bestimmen* bedeutet, ihn zu beherrschen[185]. Die Besonderheit der *Selbst*bestimmung besteht darin, dass Herrschender und Beherrschter identisch sind. Wer selbstbestimmt lebt, lässt sich seine Handlungsinhalte nicht von anderen vorgeben, sondern setzt sie nach Maßgabe seiner Wertüberzeugungen und Ziele eigenständig fest. Das Recht, zumal das Strafrecht, hat seine Hauptaufgabe demnach darin, das Anliegen, jedermann solle sein Leben nach eigener Einsicht führen können, abzusichern. Zwar können der Staat und sein Strafrecht dem einzelnen kein erfülltes Leben garantieren. Was das Strafrecht aber vermag, ist dies: dem einzelnen, selbstverständlich unter der Bedingung strikter Reziprozität, eine von lähmender Furcht und erdrückender Fremdbestimmung freie Gestaltung des eigenen Daseins zu ermöglichen.

Der Selbstbestimmung einfordernde Bürger tritt freilich nicht nur in der Rolle einer *vor dem Recht* verantwortlichen Privatperson auf, die an einem effektiven Schutz ihrer Integrität vor Schädigungen interessiert ist, sondern auch in der Rolle eines *für das Recht* verantwortlichen Staatsbürgers[186]. In seiner Schrift *Zum Ewigen Frieden* weist Kant dementsprechend die Auffassung, rechtliche Freiheit bestehe darin, alles tun zu dürfen, was man wolle, wenn man nur keinem anderen Unrecht tue, als tautologisch zurück und setzt an ihre Stelle die folgende Begriffsbestimmung: Rechtliche Freiheit sei „die Befugniß, keinen äußeren Gesetzen zu gehorchen, als zu denen ich meine Beistimmung habe geben können“[187]. Zwar stellt Kant unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die besonders eingriffsintensiven Strafgesetze in seiner Auseinandersetzung mit Beccaria klar, dass damit nicht eine tatsächlich erfolgende, sondern eine vernünftigerweise zu gewärtigende

184 Näher *Duff* (Fn. 153), S. 46 ff.; *Pawlik* (Fn. 31), S. 99 ff.

185 Oben S. 9.

186 Beispielhaft *Dogger*, in: Duff/Green (Fn. 176), S. 63. – Zu der daraus folgenden „immanenten Politizität der subjektiven Rechte“ jüngst eindringlich *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, S. 189 ff.

187 *Kant* (Fn. 159), AA, Bd. 8, S. 350 Anm.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zustimmung gemeint ist[188]. Angesichts des „Faktum[s] des Pluralismus“[189] kann die von Kant beschworene „reine rechtlich-gesetzgebende Vernunft“[190] ihren institutionellen Ausdruck allerdings nicht mehr in der nur auf sich selbst und ihr Gewissen gestellten individuellen Herrscherpersönlichkeit, sondern nur mehr in geeigneten *prozeduralen Arrangements* finden. Am besten hat sich nach allen bisherigen historischen Erfahrungen bislang die Herrschaftsform der *repräsentativen* bzw. ihrer Fortentwicklung, der *partizipativen Demokratie* bewährt[191].

Zur Identität des selbstbestimmten Bürgers gehört es demnach, durch Vermittlung der von ihm gewählten Repräsentanten im Rahmen der grundrechtlichen Ordnung auch solche politischen Anliegen strafrechtlich abzusichern, die *nicht* auf jener Liste von (möglichst persönlichkeitsnahen) „Rechtsgütern“ aufgeführt sind, welche die strafrechtstheoretischen Philosophenkönige erdacht haben. Der institutionelle Bezug eines freiheitlichen Strafrechts zum demokratischen System wird von der Strafrechtswissenschaft allerdings notorisch unterschätzt[192]. Der Gesetzgeber wird vielmehr in weitgehend vorkonstitutioneller Manier fast ausschließlich als jene Instanz wahrgenommen, die es zu bändigen gilt. „Daß der Gesetzgeber als einzige staatliche Instanz unmittelbar demokratisch legitimiert ist, daß der Gesetzgeber ein verfassungsrechtlich gebundener ist und im demokratischen Rechtsstaat überhaupt nicht ohne seine verfassungsrechtlichen Bindungen gedacht werden kann, gerät demgegenüber in den Hintergrund.“[193] Der „nachgerade verstörende[n] Demokratieferne“[194] der herkömmli-

188 *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, AA, Bd. 6, 1914, S. 335. – Klarstellend jüngst *Eisfeld*, Erkenntnis, Rechtserzeugung und Staat bei Kant und Fichte, 2015, S. 238 ff.

189 *Rawls*, Die Idee des politischen Liberalismus, 1994, S. 298 ff.

190 *Kant* (Fn. 188), AA, Bd. 6, S. 335.

191 *Köhler* (Fn. 164), S. 709 ff.; *Höffe*, Ist die Demokratie zukunftsfähig?, 2009, S. 290 ff.; *Nolte*, Was ist Demokratie?, 2012, S. 108 ff.; *Thiele*, Verlustdemokratie, 2016, S. 50 ff.

192 *Gärditz* (Fn. 36), S. 39 ff., 65 ff.

193 *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 330.

194 *Stuckenberg*, GA 2011, 658.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

chen Rechtsgutlehre, die, in „eine[r] Art normative[r] Parallelwelt" befangen[195], den Stand der verfassungsrechtlichen Diskussion häufig aus einem Gefühl falsch verstandener Überlegenheit heraus ignoriert, tritt eine freiheitstheoretisch reflektierte Verbrechenslehre entgegen. Der verfassungsrechtlich vorgegebene Gestaltungsspielraum des Strafgesetzgebers ist ihr nicht etwa ein unvermeidliches Übel, sondern vielmehr genuiner und schätzenswerter Ausdruck bürgerlicher Freiheit[196].

4. Eine Theorie des Republikanismus

Der britische Ideenhistoriker Quentin Skinner bezeichnet die Auffassung, dass die Behauptung individueller Freiheit die Pflicht einschließt, ein Gemeinwesen, in dem die Freien über sich selbst herrschen, einzurichten und an dessen Erhaltung mitzuwirken, als republikanisch[197]. Skinner zeigt, dass dieses Freiheitsverständnis seit Hobbes und erst recht im Liberalismus weitgehend von einer konkurrierenden Auffassung verdrängt worden ist, die Freiheit als Abwesenheit äußerer Hindernisse definiert[198] und sich deshalb mit der Begründung von Pflichten zur Mitwirkung an überindividuellen politischen Entitäten von vornherein schwer tut[199]. Der von mir zu Beginn dieses Abschnitts erwähnten Unterscheidung Duffs zwischen Untertanen und Bürgern[200] liegt ein solcher republikanischer Bürgerbegriff zugrunde[201]. Auch das Anliegen der von mir vorgeschlagenen Konzeption besteht letztlich darin, der Strafrechtswissenschaft die Tradition republikanischen Freiheitsdenkens in Erinnerung zu rufen[202].

195 *Stuckenberg*, GA 2011, 655.
196 Im Ergebnis wie hier BVerfGE 120, 224, 240 ff.
197 *Skinner* (Fn. 21), S. 147 ff., 161 f., 167 ff.; *ders.*, The Paradoxes of Political Liberty, 1984, S. 229 f., 237 ff., 246 ff.
198 *Skinner*, Liberty before Liberalism, 9. Aufl. 2006, S. 5 ff.; *ders.* (Fn. 21), S. 136 ff.
199 *Skinner* (Fn. 197), S. 248; in diesem Sinne auch *Duff* (Fn. 153), S. 53.
200 Oben S. 34.
201 *Duff* (Fn. 153), S. 58; *ders.* (Fn. 176), S. 138; ferner *Dogger* (Fn. 186), S. 62 ff.
202 Ebenso *Gärditz* (Fn. 36), S. 57.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nichts anderes bezweckt im Übrigen auch der von Skinner vernachlässigte Hegel. Der vernünftige Staat befindet sich nach seiner Überzeugung nicht im Gegensatz zu den Personen des abstrakten Rechts und den Subjekten der Moralität; kraft seiner logischen Struktur teilt er mit ihnen vielmehr die Eigenschaft, eine Gestaltung der Rechtsidee, also eine Daseinsform des freien Willens zu sein[203]. Im Vergleich zu jenen untergeordneten Gestaltungen zeichnet sich der Staat allerdings dadurch aus, dass er „zu einer Organisation herausgebildet“[204] ist, dass in ihm also Recht und Macht eins geworden sind[205]. „Das Abstrakte ist der Recht, die Verwirklichung der Staat.“[206] Verkörpert demnach die Person die „Existenz des Geistes, die Freiheit“ in ihrer abstrakten Form[207], so repräsentiert der Staat „die Freiheit in ihrer konkretesten Gestaltung“[208]. Im „wahrhaft vernünftig gegliederten Staat“ sind deshalb „alle Gesetze und Einrichtungen nichts als eine Realisation der Freiheit nach deren wesentlichen Bestimmungen“[209]. Auch das Recht der Persönlichkeit wird in ihm nicht etwa vernichtet, sondern realisiert[210]. So hat das Recht in der Form der subjektiven Berechtigung „immer nur die Form einer Forderung, die sich an den Willen anderer Individuen richtet und in ihrer Verwirklichung von ihm abhängig ist“[211]. Im Staat dagegen „gestaltet sich das Recht zu einer daseienden Ordnung, zu einer den individuellen Willen beherrschenden Macht“[212] – kurz, zur Wirklichkeit von Freiheit. Indem der einzelne Bürger seine Mitwirkungspflicht erfüllt, leistet er deshalb, wie es bei Hegel heißt, seinen Beitrag zur „Organisation des Begriffs der Frei-

203 Näher *Pawlik*, in: Kubiciel u. a. (Fn. 151), S. 257 f.
204 *Hegel* (Fn. 82 – Philosophie), S. 88.
205 *Hälschner* (Fn. 172), S. 561.
206 *Hegel* (Fn. 84), S. 46.
207 *Hegel*, Die Philosophie des Rechts. Die Mitschriften Wannenmann (Heidelberg 1817/18) und Homeyer (Berlin 1818/19), hrsg. von Ilting, 1983, S. 220.
208 *Hegel* (Fn. 58), § 33 Z (S. 91).
209 *Hegel* (Fn. 165), S. 136.
210 Vgl. *Hegel* (Fn. 207), S. 43.
211 *Hälschner*, Das Preußische Strafrecht, 2. Teil, 1858, S. 216.
212 *Hälschner* (Fn. 211), S. 216.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

heit“[213]; indem er sie verletzt, greift er den bestehenden Zustand der Freiheitlichkeit an.

213 *Hegel* (Fn. 82 – Vorlesungen), S. 719.

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783845287638-29 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY