

Schuldbegriff und soziale Exklusion

Von Prof. Dr. Bruno Tadeu Buonicore, Brasília*

Der vorliegende Beitrag wird sich schwerpunktmäßig mit der Frage beschäftigen, inwiefern der sozial exkludierte Staatsbürger aufgrund einer tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Handlung so bestraft werden darf, als ob er ein konkreter Staatsbürger wäre. Wenn der von einer strafrechtlichen Norm Betroffene keinen konkreten Zugang zu positiven, fundamentalen, in der Verfassung vorgesehenen Grundrechten wie Gesundheit, Bildung, Kultur, Arbeit, Qualitätslebensmitteln, sanitärer Grundversorgung, Sicherung, Qualitätsunterkunft usw. hat, wäre es überhaupt gerecht, dass diese konkreten Bedingungen nicht von der Strafrechtsdogmatik in Betracht gezogen werden? Der Zweck dieses Artikels ist es, diese Bedingungen auf der Ebene des strafrechtlichen Schuldbegriffs zu bearbeiten, und zwar in Auseinandersetzung mit dem Ansatz von Klaus Günther.

This article will focus on the question to what extent the socially excluded citizen – here called sub-citizen – may be punished on the basis of an act contrary to the constitutional law, as if he were a concrete citizen? If the victim of criminal norm does not have concrete access to positive, fundamental, constitutionally provided basic rights such as health, education, culture, work, quality food, basic sanitation, security, quality shelter, etc., would it be at all just that these concrete conditions are not considered by the criminal law dogmatics of the crime? The purpose of this article is to deal with these conditions at the level of the criminal concept of guilt, in discussion with Klaus Günther's approach.

I. Einleitung

Der vorliegende Beitrag wird sich schwerpunktmäßig mit der Frage beschäftigen, inwiefern der sozial exkludierte Staatsbürger aufgrund einer tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Handlung bestraft werden darf, als ob er ein konkreter Staatsbürger wäre. Wenn der von einer strafrechtlichen Norm Betroffene keinen konkreten Zugang zu positiven, fundamentalen, in der Verfassung vorgesehenen Grundrechten wie Gesundheit, Bildung, Kultur, Arbeit, Qualitätslebensmitteln, sanitärer Grundversorgung, Sicherung, Qualitätsunterkunft usw. hat, wäre es überhaupt gerecht, dass diese konkreten Bedingungen nicht von der Strafrechtsdogmatik des Verbrechens auf der Ebene strafrechtlicher Schuld in Betracht gezogen werden? Es handelt sich um eine Überlegung zur Rolle des sozial-exkludierten Staatsbürgers im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Schuldbegriff.

Wir gehen grundsätzlich davon aus, dass die im Rahmen der Theorie der kommunikativen Freiheit Günthers entwickelte Vorstellung,¹ der Staatsbürger dürfe deswegen legiti-

merweise Gegenstand des strafrechtlichen Schuldvorwurfs sein, weil ihm die kommunikative Freiheit zur „politischen Teilnahme an demokratischen Verfahren der Meinungs- und Willensbildung über die Setzung von Rechtsnormen“² zukomme, sich keineswegs im Kontext sozialer Exklusion reproduzieren lässt. Während die Freiheit zur politischen Teilnahme als subjektives Recht innerhalb der sog. deliberativen Demokratie auf formale und abstrakte Weise dem Staatsbürger zwar zugeschrieben wird, weist aber die soziale Realität besondere Merkmale auf, die einen alternativen theoretischen Ansatz erfordern – soziale Inklusion gilt unseres Erachtens als Möglichkeitsbedingung der politischen Teilnahme an demokratischen Verfahren und damit als Voraussetzung individueller Freiheit und strafrechtlicher Schuld.

In diesem Sinne werden hier folgende Thesen zur Diskussion gestellt: 1. Es muss im Kontext sozialer Exklusion bei der Rechtfertigung eines strafrechtlichen Eingriffs ein deutlicher normativer Unterschied zwischen bloß formaler und konkreter Staatsbürgerschaft bestehen; 2. die formale Operation der Zuschreibung der sog. kommunikativen Freiheit als abstraktes Merkmal des Staatsbürgers, die den strafrechtlichen Vorwurf des Individuums rechtfertigt, soll durch eine konkrete Operation *materieller Anerkennung* ersetzt werden; 3. wenn ein bloß formaler Staatsbürger vom Staat bestraft wird, als ob er ein konkreter Staatsbürger wäre, stellt sich die Frage nach der Gerechtigkeit eines solchen Vorgehens im Rahmen der Strafrechtsdogmatik. Hintergrund ist die mögliche Unverhältnismäßigkeit zwischen Pflichten und Rechten im Staat-Bürger-Verhältnis; 4. wenn ein formaler, aber keineswegs konkreter bzw. materieller Staatsbürger eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Handlung begeht, dann ist der Staat aufgrund seiner defizitären materiellen Anerkennung mitverantwortlich für das Verbrechen, da ein bloß formaler Staatsbürger nicht legitimerweise vom Strafrecht behandelt werden darf, als ob er ein konkreter Staatsbürger wäre – die materiellen sozialen Bedingungen, die den bloß formalen vom konkreten Staatsbürger trennen, müssen von der Strafrechtsdogmatik in Betracht gezogen werden und zwar auf der Ebene des Schuldbegriffs.

Als zentrale theoretische Basis für die Konstruktion dient die Theorie des „sub-citizen“ in der sog. „Latin American peripheral modernity“ des brasilianischen Rechtswissenschaftlers Marcelo Neves, und zwar im Zusammenhang mit Axel Honneths Perspektive der materiellen Anerkennung, die eine „soziale Deutung“ der individuellen Freiheit des Staatsbürgers liefert.

II. Die Theorie der kommunikativen Freiheit bei Günther und ihre Folge für die strafrechtliche Schuld

In Anschluss an Merkels Zurechnungslehre³ verwendet Günther den grundlegenden Ausgangspunkt, dass es einen internen Zusammenhang zwischen der die strafrechtliche

* Der Verfasser ist Professor beim Centro Universitário de Brasília – CEUB (Brasilien).

¹ Dazu siehe Günther, Schuld und kommunikative Freiheit, 2005, S. 3 ff. Ähnlich die Konstruktion von Kindhäuser, in: Neumann/Herzog (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 761.

² Günther (Fn. 1), S. 245.

³ Vgl. Günther (Fn. 1), S. 5–37.

Verantwortung legitimierenden Fähigkeit zur Normbefolgung und der demokratischen Legitimation der Rechtsordnung bzw. des Strafrechtssystems gibt.⁴ *Günther* vertritt auf diese Weise die Existenz einer normativen Verbindung zwischen der Geltung strafrechtlicher Normen und der Rechtfertigung der schuldbasierten Individualisation ihrer Verletzung im Kontext des demokratischen Rechtsstaats.⁵ Die Brücke zwischen der personalen Verantwortung im Strafrecht (Anerkennung der Möglichkeit des Subjekts zur Normbefolgung) und der legitimen Herstellung von Normen (Anerkennung der Möglichkeit des Subjekts zur Normsetzung) wird von *Günther* anhand des Begriffs der deliberativen Person gebaut.⁶ Unter deliberativer Person wird bei *Günther* der Staatsbürger verstanden,⁷ der als „Träger des Rechts auf politische Teilnahme an demokratischen Verfahren der Meinungs- und Willensbildung über die Setzung von Rechtsnormen“ innerhalb der sog. deliberativen Demokratie anzuerkennen ist.⁸

Im Rahmen des demokratischen Verfahrens ist die Geltung bzw. die Verbindlichkeit des Rechts „von öffentlichen Diskursen und Entscheidungsverfahren abhängig [...], an denen alle Staatsbürger das Recht haben teilzunehmen“.⁹ Daraus stammt das zentrale Argument der Theorie der kommunikativen Freiheit als Grundlage strafrechtlicher Schuld bei *Günther*: Der rechtswidrig handelnde Täter ist als deliberative Person nicht nur als der Adressat (Rechtsperson), sondern auch als der Autor (Staatsbürger) strafrechtlicher Normen selbst anzusehen¹⁰ – der Autor der rechtswidrigen Handlung ist anhand der Institutionalisierung des demokratischen Verfahrens potenziell auch der Autor der strafrechtlichen Norm, die er durch diese Handlung verletzt hat. Das ist nach *Günther* der Grund der Zurechnung seiner personalen Verantwortung: „Vielmehr gründet sich die Normbefolgungspflicht ja gerade auf das gegenüber jeder positiv geltenden Norm weiterhin bestehende Recht und auf die Möglichkeit, die ablehnende Stellungnahme im demokratischen Verfahren zur Geltung zu bringen, also die Staatsbürgerrolle effektiv wahrzunehmen.“¹¹

In diesem Sinne erörtert *Günther*: „Die Legitimation [der strafrechtlichen Verantwortung bzw. Schuld] muss von der Art sein, dass die individuell verantwortlichen Rechtspersonen von der Rolle des Normadressaten in die Rolle eines Staatsbürgers wechseln können, in welcher sie sich an der Herstellung legitimer Rechtsnormen beteiligen.“¹² Dies deutet darauf hin, dass bei *Günther* Autor und Adressat strafrechtlicher Normen zwei konstitutive Charakteristika der

deliberativen Person sind, die dem rechtswidrig handelnden Täter zugeschrieben werden.¹³

Daraus folgt, dass die deliberative Person nicht nur das generelle Recht auf Teilnahme an dem demokratischen Verfahren, sondern auch die generelle Pflicht hat, die anhand eines demokratischen Verfahrens hergestellten Normen zu befolgen, da diese Normen „Verbindlichkeit“ gegenüber der deliberativen Person als Rechtsperson (Normadressat) „beanspruchen“.¹⁴ Beide Rollen der deliberativen Personen im gesetzlichen demokratischen Verfahren – als (aktive) Staatsbürger und als (passive) Rechtspersonen – hängen innerlich mit ihrer Fähigkeit zusammen, „sich von Handlungen und Äußerungen zu distanzieren und kritisch Stellung nehmen zu können“.¹⁵

Die deliberative Person – als Adressat und Autor strafrechtlicher Normen – kann „sowohl gegenüber fremden Äußerungen und Handlungen als auch gegenüber den eigenen sich kritisch verhalten. Kritisch nenne ich eine Stellungnahme dann, wenn sie auf Gründe gestützt wird. Eine Person, der die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme zugeschrieben wird, kann also den kognitiven Akt der begründeten Stellungnahme zu Äußerungen und Handlungen vollziehen.“ Weiter heißt es bei *Günther*: „Außerdem ist sie imstande, den von ihr jeweils akzeptierten Gründen zu folgen, also einen volitiven Akt zu vollziehen. Gründe sind dadurch definiert, dass sie eine Person zur Änderung ihrer Äußerung und Handlungen motivieren können.“¹⁶ Beide Akte, also die Motivation der Handlung und auch die Handlung an sich (Änderung in der Außenwelt), gehören *Günther* zufolge zur Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme der deliberativen Person als Rechtfertigung der strafrechtlichen Schuld.¹⁷

Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme (oder „deliberative Fähigkeit“¹⁸) bedeutet in diesem Kontext Fähigkeit zur Normbefolgung und folglich Fähigkeit zur Schuld, da *Günther* die Möglichkeit des Täters als Staatsbürger voraussetzt, an dem Akt der Herstellung der von ihm verletzten Norm im demokratischen Verfahren teilnehmen zu können und das Verfahren selbst kritisieren zu können – wer den Inhalt einer Norm schon bei ihrer Herstellung kritisieren kann, ist *Günther* zufolge auch imstande, 1. seine eigenen Akte gegenüber dieser Norm zu kritisieren („Gründe“); 2. diese Norm zu befolgen und 3. für die Verletzung dieser Norm verantwortlich gemacht zu werden. So kann man die zur Grundlage strafrechtlicher Schuld führende Rechtfertigungskette bei *Günther* zusammenfassend betrachten. Es ist dann festzuhal-

⁴ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 245 und S. 253.

⁵ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 245 ff.

⁶ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 253.

⁷ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 248 f. Zur komplexen Beziehung der Begriffe „deliberative Person“, „Staatsbürger“ und „Rechtsperson“ siehe S. 253–254.

⁸ *Günther* (Fn. 1), S. 245. Dazu siehe *ders.*, Jahrbuch für Recht und Ethik 2 (1994), 143.

⁹ *Günther* (Fn. 1), S. 245.

¹⁰ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 249.

¹¹ *Günther* (Fn. 1), S. 254.

¹² *Günther* (Fn. 1), S. 1.

¹³ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 245 ff.

¹⁴ *Günther* (Fn. 1), S. 251.

¹⁵ *Günther* (Fn. 1), S. 246, 248.

¹⁶ *Günther* (Fn. 1), S. 246. Zur Selbstausslegung der Staatsbürger, also zur Möglichkeit kritischer Stellungnahme der Staatsbürger gegenüber ihren eigenen Handlungen siehe *Günther*, in: Forst (Hrsg.), Sozialphilosophie und Kritik, 2009, S. 286; *ders.*, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. 1, 1998, S. 319.

¹⁷ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 246 ff.

¹⁸ *Günther* (Fn. 1), S. 249.

ten, dass die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme deliberativer Personen bei *Günther* den Inhalt der Schuld selbst ausmacht: „Die Pflicht zur Befolgung des Rechts setzt beim Adressaten voraus, dass er die Fähigkeit besitzt, kritisch zu seinen eigenen Handlungen und Äußerungen Stellung zu nehmen [...]. Der Adressat kann wählen, ob er der Norm folgt und aus welchen Gründen er dies tut [...]“¹⁹ – das ist sozusagen das „Anders-handeln-Können“ *Günthers*.

Um die Fähigkeit zur Normbefolgung der deliberativen Person (Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme) jedoch zu ergänzen, wird sie mit zwei weiteren Elementen verknüpft. Das erste Element ist die Fähigkeit, „an Argumentationen teilnehmen zu können“. Da die Gründe sich in diesem Kontext aus Argumentationen „über strittige Geltungsansprüche von expliziten oder impliziten Äußerungen“²⁰ ergeben, gibt es keine begründete kritische Stellungnahme ohne die Teilnahmemöglichkeit an einem intersubjektiven Argumentationsraum bzw. öffentlichen Diskurs – die deliberative Person „kann ihre Stellungnahme auf Gründe stützen, die sie in der Rolle eines zumindest virtuellen Diskursteilnehmers überprüfen kann, sie kann den von ihr akzeptierten Gründen handelnd folgen und auf diese Weise zum zurechnungsfähigen Autor ihrer Äußerungen und Handlungen werden [...]“²¹ Das zweite Element besteht darin, dass die deliberative Person sich als eine „hervorbringende Quelle ihrer Handlung und Äußerungen selbst [betrachten] und von Dritten auch so behandelt“ werden muss. Die kritische Stellungnahme der deliberativen Person muss als die subjektive Quelle und Ursache ihrer Handlungen und Äußerungen bezeichnet werden. Im Hinblick darauf wird die „Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme“ nach *Günther* zum „Zurechnungsgrund“ der Handlung – sie wird zur kommunikativen Freiheit als Grundlage der Schuld gemacht: „Wenn die Zuschreibung der Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme unter anderem die Funktion hat, Äußerungen und Handlungen auf eine Person als ihren Autor zurückzuführen, dann lässt sich diese Fähigkeit als kommunikative Freiheit bezeichnen.“²² Im Folgenden ist die kommunikative Freiheit der deliberativen Person als Folge einer nicht-utilitaristischen Zuschreibungsoperation²³ bei *Günther* (in Entgegensetzung zum Funktionalismus von Roxin und Jakobs) zu analysieren.

Die deliberative Demokratie rechnet mit der unverzichtbaren Voraussetzung der Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme ihrer Teilnehmer. Eine solche Fähigkeit setzt ihrer-

seits die Existenz des demokratischen Verfahrens als Möglichkeitsbedingung voraus. So besteht bei *Günther* keine deliberative Demokratie ohne kommunikative Freiheit und keine kommunikative Freiheit ohne deliberative Demokratie. Es handelt sich bei diesem Bezugsrahmen um eine zirkuläre Zuschreibungsoperation der individuellen Freiheit bzw. der Fähigkeit zur Normbefolgung: „Demokratische Verfahren setzen eine deliberative Person voraus und reproduzieren sich im allgemeinen Gebrauch der einer deliberativen Person zugeschriebenen Fähigkeiten.“²⁴ In diesem Zusammenhang werden die deliberativen Personen als Autoren der Norm insofern bezeichnet, als sie an einem „öffentlichen Wettbewerb“ (dem demokratischen Verfahren) teilnehmen können, in dessen Rahmen ihre kritischen Stellungnahmen „gegenüber Normvorschlägen“ anderer Teilnehmer des intersubjektiven bzw. kommunikativen Verfahrens „argumentativ überprüft werden können“.²⁵

Obwohl das demokratische Verfahren in diesem Kontext als eine Art der Manifestation des öffentlichen Diskurses betrachtet werden kann („Demokratische Verfahren ermöglichen zwar die differenzierte Behandlung von Geltungsansprüchen und die argumentative Überprüfung von Gründen für oder gegen einen erhobenen Geltungsanspruch“), ist es nicht mit den Diskursen „identisch“: „Im Unterschied zu Diskursen sind demokratische Verfahren so organisiert, dass sie innerhalb von befristeter Zeit Mehrheitsentscheidungen über die positive Geltung von Rechtsnormen ermöglichen.“ Das hat zur Folge, dass die kommunikative Freiheit bzw. die Fähigkeit zur Normbefolgung auch dann zugeschrieben werden darf, wenn die deliberative Person keine konkrete Stellung gegenüber der Herstellung der Norm genommen hat, und auch wenn ihre Stellungnahme „durch bessere Gründe“ abgelehnt wird: „Rechtsnormen gelten also auch für solche Personen, die nicht kritisch Stellung genommen haben und für solche, die trotz ihrer kritischen Stellungnahme nicht überzeugt worden sind.“²⁶ Es geht um das spezifische Merkmal deliberativer Personen innerhalb der demokratischen Prozedur: Sie sind als Staatsbürger zu begreifen, die „ihre Teilnahme an Argumentationen in der Form eines subjektiven Rechts auf politische Teilnahme an rechtlich institutionalisierten Prozeduren der öffentlichen Meinungs- und Willensbildung ausüben.“²⁷

Daher hat die deliberative Person – als Staatsbürger – nicht die Pflicht, die „ihr zugeschriebene Fähigkeit der kritischen Stellungnahme“, also die ihr zugeschriebene kommunikative Freiheit faktisch anzuwenden, aber sie hat als Rechtsperson dennoch die Pflicht, die Normen zu befolgen, da die Geltung des Rechts sich „nicht auf die [konkrete] zustimmende oder ablehnende Stellungnahme eines jeden einzelnen Staatsbürgers“, sondern „nur auf das verfahrensmäßi-

¹⁹ *Günther* (Fn. 1), S. 251 f.

²⁰ *Günther* (Fn. 1), S. 246 f.

²¹ *Günther* (Fn. 1), S. 248.

²² *Günther* (Fn. 1), S. 247 f. Hierzu *ders.*, in: Koller/Varga/Weinberger (Hrsg.), Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik, Ungarisch-österreichisches Symposium der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1990, 1992, S. 58 ff.

²³ Zu den gebotenen Zuschreibungsoperationen bei *Günther*: „In einem emphatischen, materiellen Sinne sind Zuschreibungen geboten, wenn es legitimierende Gründe dafür gibt, eine Regel festzusetzen, die eine Zuschreibung gebietet.“ *Günther* (Fn. 16 – Lüderssen), S. 342.

²⁴ *Günther* (Fn. 1), S. 248.

²⁵ *Günther* (Fn. 1), S. 248–249.

²⁶ *Günther* (Fn. 1), S. 249, 252.

²⁷ *Günther* (Fn. 1), S. 250, 252. In diese Richtung, zur Differenzierung mithilfe des rousseauistischen Modells der „Selbstgesetzgebung“ siehe S. 254.

ge Zustandekommen der Norm überhaupt“ gründet.²⁸ Anders formuliert: Die Pflicht zur Normbefolgung der deliberativen Person als Rechtsperson lässt sich mit einem subjektiven Recht (oder einer Möglichkeit) auf Teilnahme an dem Rechtssetzungsprozess durch die deliberative Person als Staatsbürger verbinden, nicht aber mit der konkreten Anwendung dieses Rechts.²⁹ Die Pflicht jeglicher deliberativen Person, die strafrechtliche Norm zu befolgen, gründet sich „nur auf sein gleiches Recht zur öffentlichen Ausübung seiner Kritikfähigkeit und auf die rechtlich institutionalisierte Prozedur, in der dieses Recht wirksam ausgeübt werden kann“ – das subjektive Recht „auf Ausübung dieser Fähigkeit“³⁰ begründet das „Etwas-für-das-Unrecht-Können“ bei *Günther*.

Daraus folgt, dass die Fähigkeit zur Normbefolgung im Strafrecht (das „Etwas-für-das-Unrecht-Können“) bei *Günther* jedem Staatsbürger als die positive Seite der individuellen Freiheit und als Begründung der strafrechtlichen Schuld abstrakt und generalisierend zugeschrieben wird.³¹ Die zugeschriebene Fähigkeit des Staatsbürgers, an demokratischen Verfahren potenziell teilnehmen zu können, gilt dabei als die Fähigkeit zur Schuld selbst – es gibt bei *Günther* eine flächendeckende Identifikation zwischen dem subjektiven Recht auf politische Teilnahme (als potenzielle Fähigkeit jedes Staatsbürgers) einerseits und der Zuschreibung individueller Freiheit als Rechtfertigung strafrechtlicher Schuld im Rahmen der deliberativen Demokratie andererseits.

Wenn eine ethische Perspektive im Hintergrund des Schuldbegriffs *Günthers* festgestellt werden kann, betrifft es sicherlich die Diskursethik. Auf deutliche Weise bemüht sich *Günther* um eine Distanzierung von den traditionellen Vorstellungen des ethischen Vorwurfs, von der moralischen Selbstbestimmung und vom sittlichen Tadeln (Voraussetzungen, die aus der Subjektphilosophie kommen), also um eine vollkommene Distanzierung der Rechtsperson von der moralischen Person.³² Es kann dazu jedoch nicht behauptet werden, dass die Konstruktion *Günthers* sich auf keine ethische Perspektive gründet. Im Gegenteil: *Günthers* Begriff beruht auf einem ganz besonderen ethischen Ansatz: der von *Habermas* und *Apel* entwickelten Diskursethik, einer Art prozeduraler Ethik.³³

Wenn das finalistische „Anders-handeln-Können“ durch das auf der reflexiven Kritikfähigkeit des Straftäters beruhenden

de „Anders-gegenüber-der-Norm-wählen-Können“³⁴ ersetzt wird, enttranszendentalisiert *Günther* zwar die strafrechtliche Zurechnungsoperation mit Erfolg; die strafrechtliche Schuld bleibt jedoch eine normative Negation der Nicht-Vermeidung eines vermeidbaren Unrechts, die sich auf die „Verpflichtung“ des Täters, das „Unrecht zu vermeiden“³⁵ (ein deontologisches Postulat), gründet. Diese Negation ist bei *Günther* dennoch nicht mit materiellen Perspektiven über das Unrecht oder irgendeinem materiellen Wert zu verbinden, sondern mit der formalen Prozedur der deliberativen Demokratie selbst. Die normative Negation bzw. normative Schuld ist in diesem Zusammenhang deswegen legitim, weil eine positive Norm durch einen Täter als deliberative Person verletzt wurde, der die potenzielle Möglichkeit hatte, an dem Herstellungsverfahren dieser Norm teilzunehmen.³⁶

Daraus folgt bei *Günther*: 1.: Die Verpflichtung des Einzelnen ist an die positive Norm als Folge einer demokratischen Prozedur, einer Art öffentlichen Diskurses, gebunden; 2.: die mit der Verpflichtung gebundene Fähigkeit der Vermeidung der Verletzung der positiven Norm wird wiederum anhand dieser demokratischen Prozedur dem Staatsbürger selbst zugeschrieben; 3.: die Negation der Verletzung der positiven Norm (Schuld) wird dadurch gerechtfertigt, dass der Autor der Verletzung aktiv an dieser demokratischen Prozedur teilnehmen konnte. Mit anderen Worten: Der rechtswidrig handelnde Täter bricht einen normativen bzw. kommunikativen Vertrag, an dem er auf irgendeine Weise hätte teilnehmen können. In diesem präzisen Sinne kann man einsehen, dass der habermasianische Gedanke einer diskursethischen Perspektive die Grundlage von *Günthers* Zusammenhang zwischen Normherstellung und -befolgung ausmacht: „Jeder, der ernsthaft die Versuche unternimmt, an einer Argumentation teilzunehmen, läßt sich implizit auf allgemeine pragmatische Voraussetzungen ein, die einen normativen Gehalt haben.“³⁷

Dies verdeutlicht *Günthers* Entscheidung für eine prozedurale Diskursethik auf der ethischen Ebene des Schuldbegriffs. Im Rahmen eines solchen Schuldbegriffs fällt die Rechtfertigung der Befolgungspflicht mit der prozeduralen Form der deliberativen Demokratie als einer qualifizierten Art von öffentlichem Diskurs zusammen. Der deontologische Aspekt der Konstruktion *Günthers* ergibt sich aus einer diskurstheoretischen Deutung der Gerechtigkeit, wobei als gerechte Zurechnung das begriffen wird, was anhand des demokratischen Verfahrens in kommunikativer Weise deliberriert wird.

Der bedeutsame Punkt der Diskursethik in ihrer Spannung mit der sog. „monologischen“³⁸ Perspektive der kantischen Tradition „ist die Ersetzung der reflexiven Prüfung moralischer Maximen nach der Vorgabe des kategorischen Imperativs durch eine argumentative Einlösung der Geltungsansprüche

²⁸ *Günther* (Fn. 1), S. 250 f. Hierzu *Kindhäuser* (Fn. 1), S. 769–772.

²⁹ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 250 f. In diesem Sinne: „In einer pluralistischen Gesellschaft beruhen Normen jedoch nicht auf übereinstimmenden Vernunftschlüssen aller Bürger, sondern sie resultieren aus einem Meinungsbildungsprozess, der durch Mehrheitsentscheidung abgebrochen wird.“ *Kindhäuser* (Fn. 1), S. 769 f.

³⁰ *Günther* (Fn. 1), S. 251.

³¹ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 246 ff.

³² Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 2 und 248 ff.

³³ Vgl. *Habermas*, Erläuterungen zur Diskursethik, 1991, S. 11 ff und 119 ff; *Apel*, Diskurs und Verantwortung, 1990, S. 270 ff. Dazu siehe *Tugendhat*, Vorlesungen über Ethik, 1993, S. 161 ff.

³⁴ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 251 f.

³⁵ *Günther* (Fn. 1), S. 252 f.

³⁶ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 255.

³⁷ *Habermas* (Fn. 33), S. 12–13.

³⁸ *Habermas* (Fn. 33), S. 156

che moralischer Normen in einem praktischen Diskurs“.³⁹ *Habermas* strebt eine jenseits des „Individualismus“⁴⁰ intersubjektiv konstruierte Ethik an, in der der kategorische Imperativ Kants durch das „Verfahren der Argumentation“ zwischen Subjekten ersetzt wird.⁴¹

Das hat zur Folge, dass *Günthers* Begründung der dem Schuldbegriff zugehörigen strafrechtlichen Befolgungspflicht, das Unrecht zu vermeiden, nicht *monologisch* aus der individuellen Subjektivität herauskommen soll, sondern aus dem intersubjektiven Raum der Kommunikation zwischen Individuen. Es geht schließlich um eine kommunikative, intersubjektive und reflexive Deutung der Ethik, in der die Argumentation den Maßstab angibt: „[...] wenn man sich klar macht, dass Diskurse, in denen ja problematische Geltungsansprüche als Hypothesen behandelt werden, eine Art reflexiv gewordenen kommunikativen Handels darstellen. So ist der normative Gehalt von Argumentationsvoraussetzungen den Präsuppositionen des verständigungsorientierten Handels, auf denen Diskurse gleichsam aufsitzen, bloß entlehnt.“⁴²

Die Grundlage der strafrechtlichen normativen Schuld, also die Normbefolgungspflicht des Straftäters, knüpft sich *Günther* zufolge „an die Fähigkeit der Rechtsperson zur kritischen Stellungnahme gegenüber ihren eigenen Äußerungen und Handlungen. So wie die deliberative Person in der Rolle des Staatsbürgers gegen eine Norm öffentlich Stellung nehmen kann, verfügt sie auch als Rechtsperson über die generelle Fähigkeit der kritischen Stellungnahme gegenüber ihren eigenen Handlungsplänen.“⁴³ Die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme der deliberativen Person über ihre eigenen Handlungen und Äußerungen, was die strafrechtliche Schuld begründet, hängt innerlich mit der Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme der deliberativen Person als Staatsbürger gegenüber Normen zusammen. Das lässt sich so verstehen, dass die zugeschriebene Fähigkeit der deliberativen Person als Staatsbürger (als Autor der Norm) in diesem Kontext die Zuschreibungsoperation der Fähigkeit der deliberativen Person als Rechtsperson (Adressat der Norm) rechtfertigt.⁴⁴

Aus der Fähigkeit der deliberativen Person zur kritischen Stellungnahme – als Adressat der Norm – folgt für das Verständnis der Zurechnung einer rechtswidrigen Tat bei *Günther* zweierlei: 1. Die rechtswidrige Handlung ist nur dann der Strafrechtsordnung zuzurechnen, wenn die Rechtsperson „die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme gegenüber eigenen und fremden Äußerungen und Handlungen hatte“. In diesem Fall wird die Handlung in der Strafrechtsordnung so behandelt, „als ob ihr Ursprung nur im Gebrauch dieser Fähigkeit läge“. 2. „Die Pflicht“ zur Unrechtsvermeidung ist im Strafrecht nur dann zu rechtfertigen, wenn die Rechtsperson „die

Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme gegenüber eigenen und fremden Äußerungen und Handlungen hatte“.⁴⁵

So gilt die jedem Staatsbürger verallgemeinernd zugeschriebene Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme als „das allgemeine Kriterium für die Zurechnungsfähigkeit der Rechtsperson“ als deliberative Person.⁴⁶ Die formelle und generelle Zuschreibung der Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme ist in diesem Zusammenhang als die positive Seite der individuellen Freiheit des Straftäters (das „Etwas-Für-das-Unrecht-Können“) zu begreifen. Ebenso lässt sich diese Zuschreibungsoperation als Begründung der strafrechtlichen Normbefolgungspflicht und Inhalt der Schuld verstehen.⁴⁷ In diesem präzisen Sinne schreibt *Günther*: „Mit dem Recht auf Teilnahme an demokratischen Verfahren der Normsetzung und der Möglichkeit jedes einzelnen, seine ablehnende Stellungnahme in solchen Verfahren zur Geltung zu bringen, darf der Rechtsperson zugemutet werden, in ihrem Handeln die Norm zu befolgen und Unrecht zu vermeiden.“⁴⁸

In Bezug auf die dem Schuldbegriff zugehörige negative Seite der individuellen Freiheit als Begrenzung strafrechtlicher Schuld sind es bei *Günther* die „Staatsbürger selbst, die diesen Weg beschreiten“ müssen.⁴⁹ Für die Begründung strafrechtlicher Schuld (positive Seite individueller Freiheit) wird nach der Möglichkeit der individuellen Freiheit als Gegenstand strafrechtlicher Schuld selbst gefragt (Welche Art individueller Freiheit soll der Gegenstand strafrechtlicher Schuld sein?), während die Frage nach der Begrenzung strafrechtlicher Schuld (negative Seite individueller Freiheit) lautet: Wann ist das Maß der individuellen Freiheit des Straftäters – unter besonderen Bedingungen (in Ausnahmefällen) – unzureichend, um einen Schuldvorwurf zu begründen, wenn dem Straftäter die positive Seite individueller Freiheit auf generelle Weise zugeschrieben wird? Es geht dabei um die Abgrenzung der Bedingungen, unter denen der Schuldvorwurf zurückgewiesen werden kann, also um die Festlegung von Exkulpationsregeln oder Schuldausschlussgründen i.w.S.: Zurechnungsfähigkeit i.e.S., Verbotsirrtum,⁵⁰ entschuldigendem Notstand, Notwehrexzess⁵¹ und Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens.⁵²

Alle diese Kriterien für die strafrechtliche Zurechnung als Antwort auf die Frage nach der negativen Seite individueller

³⁹ *Forst*, in: Brunkhorst/Kreide/Lafont (Hrsg.), *Habermas-Handbuch*, 2009, S. 306

⁴⁰ *Habermas* (Fn. 33), S. 166

⁴¹ *Habermas* (Fn. 33), S. 12.

⁴² *Habermas* (Fn. 33), S. 17.

⁴³ *Günther* (Fn. 1), S. 254.

⁴⁴ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 254 ff.

⁴⁵ *Günther* (Fn. 1), S. 254 f.

⁴⁶ *Günther* (Fn. 1), S. 255 f.

⁴⁷ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 255 ff.

⁴⁸ *Günther* (Fn. 1), S. 255.

⁴⁹ *Günther* (Fn. 1), S. 256.

⁵⁰ Dazu instruktiv *Rudolphi*, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969; *Roos*, *Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 StGB im Spiegel der BGH-Rechtsprechung*, 2000, S. 359 ff.; *Löw*, *Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB*, 2001.

⁵¹ Dazu instruktiv *Motsch*, *Der straflose Notwehrexzess*, 2003, S. 29 ff.; *Fischer*, *Die straflose Notwehrrückgriff*, 1971, S. 37 ff.

⁵² Dazu instruktiv *Momsen*, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 2006, S. 36 ff.

Freiheit sind *Günther* zufolge durch die Staatsbürger selbst „im Weg der demokratischen Gesetzgebung“ festzulegen. Die strafrechtliche Bedeutung der negativen Seite der individuellen Freiheit als Begrenzung strafrechtlicher Schuld bzw. Zurechnung wird in diesem theoretischen Panorama (wie es bei der positiven Seite individueller Freiheit der Fall ist) anhand der Prozedur des demokratischen Verfahrens als qualifizierter öffentlicher Diskurs deliberativer Personen erzeugt.⁵³

III. Problematisierung und die Kritik von Marcelo Neves

Hier soll die zirkuläre theoretische Voraussetzung *Günthers* problematisiert werden, die besagt, dass der deliberative Staatsbürger diejenige kommunikative Freiheit bereits besitzt, die die Zuschreibungsoperation der kommunikativen Freiheit als Rechtfertigung strafrechtlicher Schuld aber erst legitimiert. Die intersubjektiv-reflexive Perspektive der Diskurstheorie nimmt in diesem Sinne eine verdoppelte Annahme/Zuschreibung bezüglich der individuellen Freiheit vor: Man schreibt zu/nimmt an, dass das Mitglied (Staatsbürger) der Sprachgemeinschaft (deliberativer Demokratie) dasjenige Potenzial zur kritischen Stellungnahme (kommunikativer Freiheit) bereits besitzt, das wiederum die Zuschreibungs- bzw. Annahmeoperation hinsichtlich des Potenzials zur kritischen Stellungnahme als Begründung der strafrechtlichen Schuld erst rechtfertigt.

Das bedeutet, dass *Günther* in seiner Konstruktion eine formale Art der Staatsbürgerschaft als Rechtfertigung strafrechtlicher Zurechnung voraussetzt, in der den Staatsbürgern folgende konstitutive Merkmale auf formale Weise zugeschrieben werden: 1. Fähigkeit zur Teilnahme an dem deliberativen, demokratischen Verfahren der Gesetzgebung; und 2. Zugang zu den positiven, sozialen Staatsleistungen. Das zweite Merkmal ist eine Voraussetzung der Konkretisierung des ersten. In Anbetracht dessen, dass innerhalb der „sozialpolitischen Bedingungen der aktuellen Demokratien die demokratisch-deliberative Rechtfertigung des Strafrechts selbst problematisch ist“,⁵⁴ lässt sich bereits der erste Punkt in Frage stellen: „Der populistische, technokratische und parteiische Kontext“,⁵⁵ „in dem die Gesetze hergestellt werden, macht die Idee, dass sie das Ergebnis einer rationalen, spontanen und inklusiven Deliberation der Staatsbürger sind,

schwer zu verteidigen“.⁵⁶ Die Rolle der Staatsbürger bei der demokratischen Deliberation (Voraussetzung der habermasianischen Diskurstheorie) ist in der Tat oft gering im Vergleich zu dem, was auf idealisierte Weise dem Staatsbürger zugeschrieben wird.⁵⁷ Das Argument *Günthers*, dass die Normbefolgungspflicht des Straftäters nicht auf seiner konkreten Teilnahme an der demokratischen Deliberation über die verletzte Norm basiert, sondern allein an das subjektive Recht und somit an die potentielle Möglichkeit dieser Teilnahme geknüpft ist,⁵⁸ kann jedenfalls als Antwort auf dieses Problem angesehen werden.

In Bezug auf den zweiten Punkt sind der in der Diskurstheorie vorausgesetzte Staatsbürgerbegriff und die mit ihm verknüpfte reflexiv-intersubjektive (formale) Idee individueller Freiheit jedoch noch problematischer,⁵⁹ da sie die Rolle des sozial-exkludierten Staatsbürgers im Kontext des sozialen Rechtsstaats umfassen – Punkt 2 ist Möglichkeitsbedingung der Fähigkeit des Punktes 1. Unter sozialer Exklusion wird hier der Zustand von Staatsbürgern verstanden, die keinen tatsächlichen materiellen Zugang zu positiven Staatsleistungen haben: „Der Exkludierte wird dadurch definiert, dass er unter Bedingungen von Ungleichheit in seiner Beziehung zum deliberativen Bürger lebt, sowie unter Bedingungen eingeschränkter materieller Freiheit, während die Schwierigkeiten des Zugangs zu bestimmten Rechten und Gütern (Bildung, Gesundheit, Kultur, Sozialisierung usw.) die freie Verwirklichung seiner Persönlichkeit und seiner Interaktion mit Dritten begrenzen.“⁶⁰ Hierdurch lässt sich *Günthers* Verweis auf den *potenziellen Zustand* in der Form eines subjektiven Rechts nicht als Antwort auf die Konkretisierung bzw. Nicht-Konkretisierung positiver Sozialleistungen verstehen, da die Verfassung⁶¹ einen demokratischen und sozialen

⁵³ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 256 f.

⁵⁴ Unsere Übersetzung, in verbis: „[...] en las condiciones socio-políticas de las democracias actuales la justificación democrática del castigo es en sí misma problemática.“ *Cigüela Sola*, InDret 2/2017, 13.

⁵⁵ Unsere Übersetzung, in verbis: „populista, tecnocrático y partidocrático“, *Silva Sánchez*, in: Teruelo (Hrsg.), *Estudios penales en homenaje al Professor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, S. 717. Zur Kritik an *Günthers* Schuldbegriff siehe *Pawlik*, FAZ v. 14.3.2005, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/buecher/rezensionen/sachbuch/der-buerger-moechte-bestaft-werden-1215032.html> (23.9.2021); *Cigüela Sola*, *Isonomía* 43 (2015), 136; *Feijoo Sánchez*, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 15 (2012), S. 111.

⁵⁶ Unsere Übersetzung, in verbis: „[...] en el que se elaboran las leyes dificulta conceptualizar el resultado como algo surgido de una deliberación racional, inclusiva y espontánea de los ciudadanos.“ *Cigüela Sola*, InDret 2/2017, 13.

⁵⁷ „Auch auf der Ebene der kommunikativen Erfordernisse kann man eine unüberwindbare Kluft zwischen den deliberativen Staatsbürgern und den vielen realen Staatsbürgern feststellen.“ Unsere Übersetzung, in verbis: „[...] también en el plano de las exigencias comunicativas encontramos una insuperable distancia entre el ciudadano deliberativo y muchos ciudadanos reales.“ *Cigüela Sola*, InDret 2/2017, 15.

⁵⁸ Vgl. *Günther* (Fn. 1), S. 245.

⁵⁹ Vgl. *Cigüela Sola*, InDret 2/2017, 14.

⁶⁰ Unsere Übersetzung, in verbis: „Así las cosas, el excluido se define precisamente por vivir en condiciones de desigualdad en su relación con el ciudadano deliberativo, como también en condiciones de libertad material restringida, en tanto las dificultades para acceder a determinados derechos y bienes (educación, sanidad, cultura, socialización, etc.) limitan la realización libre de su personalidad y su interacción con terceros.“ *Cigüela Sola*, InDret 2/2017, 15.

⁶¹ Wenn wir uns auf die Verfassung beziehen, geht es sowohl um die deutsche als auch um die brasilianische Verfassung, die einen demokratischen und sozialen Rechtsstaat instituierten.

Rechtsstaat instituiert, der nicht nur das formale subjektive Recht, sondern auch die Materialisierung⁶² positiver Staatsleistungen bezüglich der Staatsbürgerschaftsvorstellung verlangt: Damit die Staatsbürgerschaft sich als Voraussetzung der Pflicht des Individuums (d.h. die Normbefolgungspflicht im Strafrecht) verstehen lässt, muss es unbedingt um eine materielle Staatsbürgerschaft gehen! Und dies setzt eine normative Wechselbeziehung zwischen Pflichten und Rechten des Einzelnen einerseits und Pflichten und Rechten des Staates andererseits voraus.⁶³

Die individuelle Freiheit als Grundlage strafrechtlicher Schuld im Rahmen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates muss so konzipiert werden, dass sie sich mit einer materiellen Vorstellung von Staatsbürgerschaft verbinden lässt. Die individuelle Freiheit als Voraussetzung der Fähigkeit zur politischen Teilnahme des Staatsbürgers am demokratischen Verfahren und somit als Begründung strafrechtlicher Schuld im demokratischen und sozialen Rechtsstaat muss materiell sein.

Der brasilianische Rechtswissenschaftler *Marcelo Neves* geht grundsätzlich davon aus, dass sich die Anerkennung des Einzelnen als konkreter Staatsbürger im Rahmen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates in der sog. „Latin American peripheral modernity“⁶⁴ nicht mit der formalen Bestimmung bzw. Voraussetzung des positiven Rechts identifizieren lässt.⁶⁵ Es gebe in der „Latin American peripheral modernity“ hingegen sogar die Tendenz, dass die materielle Anerkennung des Individuums als Staatsbürger – mit dem Zugang zu allen in der Verfassung vorgesehenen Grundrechten – in Wirklichkeit nicht vorhanden ist: „One of the most problematic variables in the difficulty of the identity construction of the sphere(s) of legality in Latin American peripheral modernity is the generalization of relations of sub-integration and super-integration. In this case, inclusion is not realized as simultaneous access to and dependence on positive law.“⁶⁶

In Bezug auf die „sub-integration“ haben die sog. „sub-citizens“ – als bloße formale Staatsbürger – zwar die Befolgungspflicht gegenüber den staatlichen Normen, aber keinen materiellen Zugang zu den fundamental-sozialen Staatsleistungen: „On the side of the sub-integrated, concrete relations are generalized in which they do not have access to the benefits of the legal ordering, but depend on their uncertain prescriptions [...]. Nevertheless, they lack the real conditions to exercise their constitutionally declared fundamental rights, and are not liberated from the demands and responsibilities imposed by the coercive state apparatus, radically subjecting

them to its punitive structures [...]. For the sub-integrated, the constitutional apparatuses have relevance almost exclusively in their restrictive effects on liberties.“⁶⁷ Einerseits leiden die „sub-citizens“ in Lateinamerika unter unzureichendem Zugang zu den positiven Grundrechten; andererseits bleiben sie aber den Pflichten, Verantwortlichkeiten und restriktiven Freiheitsstrafen untergeordnet: Die „sub-citizens“ sind de facto keine konkreten Staatsbürger, aber haben die im positiven Recht vorgesehene formale Staatsbürgerschaft, die ihnen alle die üblichen Pflichten eines Staatsbürgers auferlegt.⁶⁸ „Die in verschiedenen Graden und Hinsichten marginalisierten Unterschichten (d.h. der größte Teil der Bevölkerung) werden als Verpflichtete, Angeklagte usw. in das System integriert, nicht als Berechtigte, Kläger usw.; sie sind zwar von ihm [Rechtssystem] abhängig, ohne aber Zugang (im positiven Sinne) zu dessen Leistungen zu haben.“⁶⁹

Es gibt in diesem Fall eine deutliche Asymmetrie zwischen Rechten und Pflichten von Staatsbürgern in ihrer normativen Beziehung mit dem Staat. Eine solche Asymmetrie bewirkt unseres Erachtens die Ungerechtigkeit der staatlichen Bestrafung des Einzelnen, eine ungerechte Verantwortlichkeit des Individuums als Straftäter. Die Theorie der kommunikativen Freiheit *Günthers* wird in diesem Kontext dadurch problematisiert, dass die „sub-citizens“ doch als deliberative Staatsbürger angesehen werden, obwohl sie nicht als konkrete Staatsbürger anerkannt werden können. Da der formale Bürger anhand der Zuschreibungsoperation von individueller Freiheit so behandelt wird, als ob er ein konkreter Staatsbürger wäre, kann die Theorie *Günthers* der konkreten Situation der „sub-citizens“ nicht gerecht werden.

Die kommunikative Freiheit des deliberativen Bürgers ist im Fall der „sub-citizens“ in Lateinamerika nichts anderes als eine bloße Illusion, ebenso wie die Gleichheit zwischen den Bürgern: „Die Institutionalisierung der Kommunikationsfreiheit und erst recht der Gedanke von Gleichheit vor dem Gesetz werden illusorisch, fasst man ins Auge, dass breite Sektoren der Bevölkerung *sozial behindert* sind, sich positiv in das Verfassungssystem zu integrieren.“⁷⁰ Daher ist die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme der deliberativen Bürger nichts weiter als eine formale Annahme, die bei den „sub-citizens“ nicht materiell und positiv feststellbar ist. Fakt ist, dass die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme von Staatsbürgern, die konkret keinen Zugang zu fundamentalen Grundrechten wie Lebensmittelkonsum, Gesundheit, Arbeit, Kultur usw. haben, vom Staat nicht formal zugeschrieben werden kann bzw. darf.

In diese Richtung geht die auf Basis einer empirischen Untersuchung in miserablen Regionen in Lateinamerika in-

⁶² In dem Sinne, dass der demokratische und soziale Rechtsstaat ein materieller Rechtsstaat ist, siehe instruktiv *Ladeur*, Die Verwaltung 2001, 59 f.

⁶³ Dazu siehe *Cigüela Sola*, InDret 2/2017, 18.

⁶⁴ *Neves*, Law and Society in Latin America – Beyond Law 9/2003, 125 (130 ff.).

⁶⁵ Vgl. *Neves*, in: Souza/Sinder (Hrsg.), *Imagining Brazil*, 2007, S. 68 f.

⁶⁶ *Neves*, Law and Society in Latin America – Beyond Law 9/2003, 125 (141).

⁶⁷ *Neves*, Law and Society in Latin America – Beyond Law 9/2003, 125 (141).

⁶⁸ Vgl. *Neves*, *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37 (2014), 163 (182).

⁶⁹ *Neves*, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*, 1991, S. 94.

⁷⁰ *Neves* (Fn. 70), S. 95 f. In diese Richtung siehe die Kritik von *Luhmann*, in: *Rosenfeld/Arato* (Hrsg.), *Habermas on law and democracy*, 1998, S. 157 ff.

strukturelle Stellungnahme des peruanischen Psychoanalytikers *Rabanal*, demzufolge es einen Zusammenhang zwischen materieller Armut und der Unfähigkeit zur Entwicklung einer autonomen Persönlichkeit gibt:⁷¹ Wer keinen konkreten Zugang zu positiven Grundrechten wie Gesundheit, Lebensmittelkonsum, Arbeit, Kultur usw. hat, kann die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme gegenüber sich selbst und gegenüber anderen nicht richtig entwickeln. Um solche Fähigkeiten zu entfalten, müssten vielmehr die materiellen positiven Staatsleistungen konkret vorhanden sein. So würde es sich hier nicht mehr um eine rein formale Zuschreibungsoperation hinsichtlich der individuellen Freiheit des Staatsbürgers handeln, sondern um eine materielle und positive Anerkennung der individuellen Freiheit durch den Staat. Das heißt: materielle Freiheit statt formaler Freiheit als Voraussetzung strafrechtlicher Verantwortung bzw. Zurechnung – das fasst im Kern den theoretischen Vorschlag der vorliegenden Untersuchung zusammen.

IV. Freiheit und Anerkennung bei Honneth

Honneth nimmt in seinem Werk „Das Recht der Freiheit“ den Standpunkt ein, die individuelle Freiheit sei der normative Kern und das axiologische Ziel der Gerechtigkeit in der Moderne.⁷² In seiner Gerechtigkeitstheorie vertritt er die Auffassung, die entscheidende Voraussetzung für die Konkretisierung menschlicher Selbstbestimmung sei der historische Prozess wechselseitiger *Anerkennung*.⁷³ Um den Begriff der individuellen Freiheit in modernen Gesellschaften konkurrieren im Grunde drei verschiedene interpretative Modelle: negative Idee, reflexive Idee und soziale Idee.⁷⁴ Die zwei ersten Ideen sind *Honneth* zufolge nichts weiter als bloß formale Konzeptionen individueller Freiheit, die nur durch die soziale Idee realisiert werden können. Erst die soziale Idee könne materielle Bedingungen für die Konkretisierung individueller Freiheit im Rahmen einer institutionellen Verankerung von Anerkennungsverhältnissen schaffen.⁷⁵

Der Freiheitsbegriff bei *Honneth* gewinnt Konturen durch eine normative Rekonstruktion immanenter, gerechtfertigter Werte der historischen Entwicklung moderner Gesellschaften.⁷⁶ Im Kern solcher Werte befinden sich intersubjektive

Beziehungen wechselseitiger Anerkennung. Die sozialetische Wesentlichkeit dieser Beziehungen überwindet sowohl die bloß formale, negative Idee als auch die reflexive Idee individueller Freiheit etwa bei *Habermas*.⁷⁷

Die negative Idee der individuellen Freiheit hängt mit der liberalen Gerechtigkeitsvorstellung zusammen, die dem Subjekt eine gegenüber der Staatsgewalt rechtlich geschützte Sphäre einräumt. Die Idee einer solchen Sphäre läuft aber auf eine bloß formale Betrachtungsweise der individuellen Freiheit hinaus. Für die Realisierung von Freiheit reicht sie nicht aus, weil sich Selbstbestimmung und Finalität des Handelns damit nicht erfüllen lassen. Aus einer externen Perspektive des Subjekts übersieht man die für die Idee individueller Freiheit wesentlichen subjektiven Elemente der Intentionalität, der Motivation und des unabhängig von Kausalprozessen vorhandenen Verhaltenszwecks.⁷⁸

Die anhand der negativen Idee verstandene individuelle Freiheit liefert ein Interpretationsmuster, das die individuelle Selbstsetzung der Finalität des Handelns nicht ermöglicht. Auf solche Weise wird die Möglichkeit von Selbstbestimmung in bloß formaler Weise angenommen und einer externen Kausalitätskette unterworfen. Die negative Idee liefert ein Erklärungsmodell, das das Verhältnis von Individuum und Norm auf einen negativen Aspekt beschränkt. Das heißt, es ermöglicht zwar ein Verständnis des Individuums als Adressat der Norm, aber nicht als Urheber. Nach *Honneth* bedeutet dies für die Rechtfertigung der Rechtsordnung eine pathologische Asymmetrie.⁷⁹

Mit der reflexiven Idee wird die individuelle Freiheit mit der subjektiven Betrachtung der Selbstbestimmung gefüllt, und zwar so, dass die Verwirklichungsmöglichkeit des durch seine Selbstfinalität bestimmten, menschlichen Willens vorausgesetzt wird. Erst damit könnte man autonomes von heteronomem Verhalten unterscheiden. In einer ersten Phase bezieht sich die reflexive Idee jedoch auf die interne Beziehung des Subjekts mit sich selbst, wobei vorausgesetzt wird, dass das Verhalten des Individuums ein Produkt nur seiner eigenen Motivation ist.⁸⁰ Diese monologische Verständnisphase der individuellen Freiheit anhand der reflexiven Idee wird im Rahmen einer intersubjektiven Umformulierung anschließend überwunden.⁸¹

⁷¹ Vgl. *Rabanal*, *Überleben im Slum*, 1990, S. 29 ff.

⁷² Siehe hierzu *Honneth*, *Das Recht der Freiheit*, Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit, 2011, S. 38: „[...] nicht der Wille der Gemeinschaft, nicht die natürliche Ordnung, sondern die individuelle Freiheit bildet den normativen Grundstein aller Gerechtigkeitsvorstellung.“

⁷³ Hierzu *Honneth* (Fn. 73), S. 35 ff., S. 122 ff. und S. 81–86.

⁷⁴ *Honneth* (Fn. 73), S. 43

⁷⁵ *Honneth* (Fn. 73), S. 124: „[...] was es für den einzelnen heißt, über individuelle Freiheit zu verfügen, impliziert notwendigerweise, die existierenden Institutionen zu benennen, in denen er in der normativ geregelten Interaktion mit anderen die Erfahrung der Anerkennung machen kann.“, siehe auch S. 86 und S. 122 ff.

⁷⁶ Der methodologische Weg von *Honneths* Gerechtigkeitstheorie ist wohl bezeichnend für die Sozialphilosophie der Frankfurter Schule. Bei *Honneth* handelt es sich weder um

eine soziologische Methodik im Sinne einer bloß empirischen Deskription sozialer Tatsachen noch um eine philosophische Methodik im Sinne der Annahme metaphysischer Ideale. Es handelt sich vielmehr um eine soziale Tatsache, die eine historisch immanente Normativität trägt. Das ist im Grunde genommen die von *Honneth* entworfene Lösung zur Überwindung der Kluft zwischen Sein und Sollen. Siehe hierzu *Honneth* (Fn. 73), S. 230.

⁷⁷ *Honneth* (Fn. 73), S. 69 ff., 81 ff., 119 ff. und S. 221 ff.

⁷⁸ *Honneth* (Fn. 73), S. 56 f., 129 ff.

⁷⁹ *Honneth* (Fn. 73), S. 56 f., 129 ff. und S. 221 ff. Nach *Honneth* sind Hobbes, Locke und Sartre bedeutende Autoren bei der Konstruktion dieser Sichtweise.

⁸⁰ *Honneth* (Fn. 73), S. 58 ff.

⁸¹ Hierzu sind nach *Honneth* Aristoteles, Rousseau und Kant bedeutende Autoren. Bei der Umgestaltung der Intersubjekt-

Entsteht aus der negativen Idee der individuellen Freiheit ein *Subjektivitätsmangel*, so kann auch gesagt werden, dass die monologische Phase der reflexiven Idee einen *Objektivitätsmangel* hervorbringt. Die intersubjektive Phase der reflexiven Idee holt die Objektivität der individuellen Freiheit wieder zurück, da die reflexive Idee den Raum der internen Subjektivität als vorgegebenes Element hinterlässt und dann durch das kommunikative Handeln des Subjekts innerhalb einer Sprachgemeinschaft erzeugt wird, das Intersubjektivität voraussetzt.⁸² Die gesellschaftliche Institution des Diskurses wird in dieser Konzeption als eine Operation dargestellt, aus der die Bedeutung individueller Freiheit hervorgeht und ohne die die Vorstellung von Selbstbestimmung nicht möglich wäre. So wird der Versuch unternommen, das Individuum nicht nur als Normadressat, sondern auch als Normautor zu begreifen.⁸³

Obwohl diese zweite Phase der reflexiven Idee schon auf eine soziale Idee individueller Freiheit abzielt, verbleibt sie in einem reflexiven Raum als bloß formale Konzeption, ohne ausreichende Bedingungen für die Konkretisierung individueller Freiheit verschaffen zu können. Dabei wird die konkrete Intersubjektivitätsoperation in der Konstruktion der Bedeutung individueller Freiheit tatsächlich noch nicht realisiert. In dieser Hinsicht kann man sagen, dass die kommunikative Interpretation der reflexiven Idee eine rein formale, eine sozusagen nur angenommene Intersubjektivität darstellt.⁸⁴ Da die formale Konzeption keine nicht-instrumentalisierbare historische Normativität bzw. Ethik anzubieten vermag, liefert sie noch nicht die angemessene Basis für die hier erstrebte sozialetische Grundlage der strafrechtlichen Schuld.

Honneth pointiert genau in diesem Sinne, dass die Diskurstheorie nicht imstande ist, die Bedeutung individueller Freiheit konkret zu verwirklichen, weil ihr eine historische Konkretion fehlt. Die Idee, dass die Bedeutung individueller Freiheit im Rahmen eines innerhalb einer Sprachgemeinschaft produzierten Diskurses erfasst werden könnte, ist eine

tivität spielen *Apel* und *Habermas* eine bedeutende Rolle. Es ist zu betonen, dass die beiden Autoren durch die sog. sprachphilosophische Wende zutiefst beeinflusst wurden. Zur individuellen Freiheit und ihren Prozess von Detranszendentalisierung siehe *Honneth* (Fn. 73), S. 69: „Was bislang die Leistung eines einsamen, auf sich selbst bezogenen Subjekts sein sollte, wird durch eine solche sprachphilosophische Wende als eine kommunikative Hervorbringung der Mitglieder einer Sprachgemeinschaft interpretiert.“ Siehe auch S. 58 ff.; dazu: *Apel*, Transformation der Philosophie, Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft, 1973; *Habermas*, Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, 1983.

⁸² *Honneth* (Fn. 73), S. 69 und S. 81 ff.

⁸³ *Honneth* (Fn. 73), S. 81.

⁸⁴ Vgl. die Kritik von *Honneth* (Fn. 73), S. 69: „Wir werden allerdings später sehen, dass auch eine solche Erweiterung des ‚Ich‘ zum ‚Wir‘ der Selbstgesetzgebung noch nicht ausreicht, um den Gedanken einer intersubjektiven Freiheit tatsächlich in seinem vollen Umfang zu fassen.“ Siehe hierzu auch S. 81 ff., 119 ff. und S. 221 ff.

bloß formale, sie trägt eine unzureichende historische Normativität für die institutionelle Konkretisierung individueller Freiheit.⁸⁵ In der Tat kann die individuelle Freiheit eine verfahrensübergreifende Objektivität nur durch die soziale Idee beanspruchen. Solche Objektivität wird durch historisch institutionalisierte, intersubjektive Beziehungen wechselseitiger Anerkennung geschaffen.

Nicht der Diskurs erzeugt die Bedeutung der individuellen Freiheit, sondern historische Beziehungen wechselseitiger Anerkennung tun dies.⁸⁶ Das Verständnis individueller Freiheit als ein Produkt konkreter, intersubjektiver Beziehungen wechselseitiger Anerkennung mit im Laufe der historischen Entwicklung moderner Gesellschaften aufgebautes sozial-ethischem Gehalt durchbricht die formale Zirkularität des Diskurses. Die durch den normativen Schuldbegriff erforderliche individuelle Selbstbestimmung kann Objektivität nur aus einer solch historisch institutionalisierten Bewegung schaffen.⁸⁷ Da die beiden anderen Sichtweisen individueller Freiheit (negative und reflexive) bloß formale Ideen darstellen, bezeichnet sie *Honneth* als parasitär, weil sie Pathologien erzeugen, die nicht nur die Realisierung der individuellen Freiheit verhindern, sondern auch ihre Bedeutung als ethischen Kern der sozialen Gerechtigkeitsvorstellung verfälschen.⁸⁸ In der Tat sind diese beiden Ideen individueller Freiheit nichts weiter als Annahmen/Zuschreibungen, die eine erkenntnistheoretisch fundierte Überwindung prozeduraler Freiheitskonzeptionen nicht ermöglichen.

Honneth füllt mit seiner sozialen Idee der individuellen Freiheit den intersubjektiven, kommunikativen Prozess mit historischen und normativen Elementen (die ethische Beziehung wechselseitiger *Anerkennung*), die den einer Sprachgemeinschaft eigenen deliberativen Gestaltungsspielraum des Freiheitsbegriffs einschränkt.

V. Folge auf der Ebene strafrechtlicher Schuldlehre

Bei der positiven Seite der individuellen Freiheit handelt es sich um die Frage nach der Fähigkeit des Täters zur Normbefolgung i.w.S. (das „Etwas-für-das-Unrecht-Können“), die den strafrechtlichen Schuldvorwurf als *Negation* des materi-

⁸⁵ Hierzu wieder *Honneth* (Fn. 73), S. 78: „Der ‚Diskurs‘ wird in der Diskurstheorie entweder als transzendentes Geschehen oder als Metainstitution, nie aber als partikuläre Institution in der Vielzahl ihrer sozialen Erscheinung verstanden; es fehlt der Entschluss zur historischen Konkretion, der zur kommunikationstheoretischen Ausgangsthese noch hinzutreten müsste, um von ihr aus einen Einblick in die institutionellen Grundlagen der Freiheit zu gewinnen. Daher hat der Ansatz von *Apel* und *Habermas*, obwohl alles in ihm darauf verweist, die Schwelle zu einem sozialen Begriff der Freiheit nicht nehmen können.“

⁸⁶ *Honneth* (Fn. 73), S. 81 ff., 119 ff. und S. 221 ff.

⁸⁷ An dieser Stelle sei betont, dass es das Anliegen der vorliegenden Untersuchung ist, ein Begründungsmodell zu finden, dass es schafft, objektive individuelle Freiheit zu erreichen, ohne dass eine Instrumentalisierung oder Objektivierung des Subjekts notwendig oder sogar möglich wäre.

⁸⁸ *Honneth* (Fn. 73), S. 221

ellen Unrechts rechtfertigt. Die Fähigkeit des Straftäters als Staatsbürger, sich gegenüber strafrechtlichen Normen kritisch zu verhalten, hängt hier im Gegensatz zu *Günther* nicht von einer formalen Zuschreibungsoperation ab, sondern von einer materiellen Anerkennungsoperation, die sich an die Vorstellung des konkreten Staatsbürgers anknüpft. Die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme wird hier anhand von staatlich vermittelten materiellen Beziehungen wechselseitiger Anerkennung erst produziert. Das bedeutet: Der Staat erzeugt die Fähigkeit zur Normbefolgung bzw. die Fähigkeit, das Unrecht zu vermeiden, in individualisierter und materieller Weise durch seine positiven Leistungen (soziale Bedingungen, z.B. Gesundheit, Lebensmittel, Arbeit, Kultur, Bildung, Sozialisierung, usw.). Erst dadurch ist ein demokratischer und sozialer Staat befugt, einem konkret anerkannten Täter eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Handlung individuell vorzuwerfen.

Der Schutz individueller Freiheit wird hier als der Leitwert des Strafrechts verstanden. In dieser Linie bedeutet das materielle Unrecht die Nicht-Anerkennung der individuellen Freiheit durch einen vom Staat anerkannten Bürger. Als Folge erlangt der strafrechtliche Vorwurf bzw. die normative Schuld – in Anschluss an die hegelsche Straftheorie⁸⁹ – die Bedeutung einer Negation der Nicht-Anerkennung der individuellen Freiheit: Die strafrechtliche Schuld setzt Anerkennung individueller Freiheit sowohl auf der Seite des Straftäters (individuelle Freiheit als *Voraussetzung* strafrechtlicher Schuld) als auch auf der Seite des vom Strafrecht geschützten Wertes voraus. Der Wert wird sodann anhand der Negation seiner Verletzung gefördert (Anerkennung individueller Freiheit als *Ziel* strafrechtlicher Schuld).

Die positive Seite der individuellen Freiheit, die die strafrechtliche Schuld begründet, ist die anhand wechselseitiger und institutionalisierter Anerkennung erreichte materielle, individualisierte, konkretisierte und positive soziale Freiheit im Sinne *Honneths*, die die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme des Straftäters als konkreter Staatsbürger in der Form der Anerkennungsfähigkeit des Anerkannten ermöglicht („Etwas-für-das-Unrecht-Können“ als „Den-Anderen-als-Staatsbürger-Anerkennen-Können“). Die Möglichkeit der Indetermination des Verhaltens des Straftäters in Bezug auf das Unrecht entspringt erst der Konkretisierung seiner individuellen Freiheit durch soziale Anerkennung. Keine Strafe ohne Schuld – *nulla poena sine culpa* – heißt hier keine Strafe ohne Anerkennung – *nulla poena sine recognitio*, da es für uns keine Schuld ohne materielle Anerkennung gibt.

Nach der Beantwortung der Frage, welche Art individueller Freiheit der Gegenstand strafrechtlicher Schuld sein soll (positive Seite individueller Freiheit), wenden wir uns der Analyse des Maßes dieser Freiheit (negative Seite individueller Freiheit) zu. Dabei geht es um die Analyse der sog. Exkulpationsregeln bzw. Schuldaußschließungsgründe i.w.S., in deren Kontext das Maß der individuellen Freiheit des Straftäters in Ausnahmefällen als unzureichend für einen Schuld-

vorwurf oder zumindest für einen vollen Schuldvorwurf erscheint.

Es gibt Errungenschaften in der Geschichte des Strafrechts, die die Förderung des sozialemischen Zwecks der Anerkennung individueller Freiheit und somit der Nicht-Objektivierung des Individuums gebieten. Diese sind in unserem Kontext vor allem die Zurechnungsfähigkeit i.e.S., der Verbotsirrtum, der entschuldigende Notstand, der Notwehr-exzess und die Unzumutbarkeit. Trotz des Leitwertes dieser Prinzipien können dem Richter jedoch weder Kalküle noch Formeln zur Verifikation des exakten Maßes von individueller Freiheit angeboten werden. Da die individuelle Freiheit, die die strafrechtliche Schuld voraussetzt, keine subjektive, sondern eine intersubjektiv konstruierte Realität darstellt, handelt es sich hier vielmehr um die Anwendung von historisch materialisierten *sozialemischen Standards*, die den Schutz und die Anerkennung der individuellen Freiheit fördern. In der Geschichte der Verbrechenstheorie geht es um die Entwicklung dogmatischer Kriterien, die die Richtung des Schutzes der individuellen Freiheit kontinuierlich zeigen. Die Etablierung unterschiedlicher Exkulpationsregeln in der Strafrechtsdogmatik gilt in diesem Zusammenhang als die Berücksichtigung bestimmter Bedingungen bei der Analyse der Straftat, unter denen das Vorhandensein eines Schuldvorwurfs bzw. vollen Schuldvorwurfs einen größeren Verstoß gegen die individuelle Freiheit darstellt als das Unrecht an sich.

Diese *sozialemischen Standards* sind im Rahmen der intersubjektiven Spannung wechselseitiger Anerkennung zwischen den Staatsbürgern in einer historischen Perspektive zu konstruieren; sie besitzen eine materielle Natur bzw. materiellen Inhalt und begründen historische *points of no return* für die Strafrechtsdogmatik. Diese sozialemischen Standards können nicht durch die sog. präventive Politisierung des Strafrechts relativiert werden. Sie sind gegenüber der Prävention gegensätzliche Werte, gelten als ein normativer Raum von Unverfügbarkeit für die Kriminalpolitik und sind eine sozialemische Garantie des Individuums gegenüber dem positiven Recht und der Kriminalpolitik. Für die praktische Prüfung der strafrechtlichen Schuld im Einzelfall haben die bisherigen Ausführungen die folgende Konsequenz: Die funktionalen Bedürfnisse, die den Grundgedanken der Generalprävention ausmachen, sind aufgrund ihrer instrumentellen Natur (bezüglich des Subjekts) kein gültiges Kriterium für die Prüfung der Exkulpationsregeln bzw. des Grades des Schuldvorwurfs in der Rechtsanwendung.

Der hier erbrachte theoretische Vorschlag für das Verständnis des strafrechtlichen Schuldbegriffs hat die praktisch-dogmatische Folge, dass der Staat die Mitverantwortung (Co-Verantwortung) für das Unrecht trägt, wenn er dem Straftäter die Konkretisierung von individueller Freiheit im positiven und sozialen Sinne nicht ermöglicht.⁹⁰ Dann ist ein Ausschluss oder zumindest eine Verringerung der Intensität des strafrechtlichen Schuldvorwurfs geboten. Da die Fähigkeit des Täters – als Staatsbürger – zur kritischen Stellungnahme

⁸⁹ Vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 99.

⁹⁰ In diese Richtung siehe *Tadros*, *Journal of Value Inquiry* 43 (2009), 391.

in Bezug auf sein eigenes Verhalten und gegenüber den strafrechtlichen Normen nicht jedem Staatsbürger formell und verallgemeinernd zugeschrieben werden darf, sondern vom Staat auf materielle, individualisierte und positive Weise anerkannt werden soll, ist der Staat im Fall eines Anerkennungsdefizits des Straftäters als konkreter Staatsbürger (Mangel an der Würde entsprechenden sozialen Bedingungen wie Gesundheit, Lebensmittel, Arbeit, Kultur, Bildung, Sozialisation, usw.) nicht legitimiert, den strafrechtlichen Schuldvorwurf oder einen vollen strafrechtlichen Schuldvorwurf vorzunehmen. Es fehlt dabei die materielle individuelle Freiheit, die die strafrechtliche Schuld erst begründet. Genau in diesem Sinne erörtert *Cigüela Sola* in einer kritischen Auseinandersetzung mit den Ausführungen *Günthers*, dass ein exkludierender Staat in einer Demokratie auch dann nicht legitimiert ist, einen Schuldvorwurf gegen den exkludierten Staatsbürger (formalen aber keineswegs konkreten Staatsbürger) zu erheben, wenn dieser ein tatbestandsmäßig-rechtswidrig handelnder Täter ist.⁹¹

Da es einen internen Zusammenhang zwischen der materiellen Anerkennung der individuellen Freiheit des Straftäters als konkreter Staatsbürger und der Anerkennung der Fähigkeit des Straftäters zur kritischen Stellungnahme bzw. Fähigkeit zur Schuld gibt, verliert die strafrechtliche Schuld dann ihre Begründung im Rahmen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates, wenn der tatbestandsmäßig-rechtswidrig handelnde Täter unter einem Anerkennungsdefizit in Bezug auf die positiven und sozialen Leistungen leidet. Ebenso wie die Existenz der materiellen Anerkennung auf der positiven Seite der individuellen Freiheit epistemologisch zugänglich ist, lässt sich die Nicht-Existenz einer solchen Anerkennung – auf der negativen Seite der individuellen Freiheit – epistemologisch nachvollziehen: Das eventuelle Scheitern des Staates, seinen in der Verfassung vorgesehenen sozialen Pflichten gegenüber dem Straftäter nachzugehen, lässt sich empirisch feststellen.

Das genannte soziale Scheitern rechtfertigt die Mitverantwortung des Staates für das Unrecht bei mangelnder Anerkennung des Straftäters. Es handelt sich um eine Konstellation, in der der Staat die Fähigkeit des Täters zur kritischen Stellungnahme in Bezug auf sein eigenes Verhalten und gegenüber den strafrechtlichen Normen (der Inhalt der strafrechtlichen Schuld als das „Den-Anderen-als-Staatsbürger-Anerkennen-Können“), also die schuldbegründende materielle individuelle Freiheit in der Tat nicht anerkennt. Anders formuliert: Im Zuge eines Anerkennungsdefizits produziert nicht der Staat anhand seiner Institutionen die Indeterminationsmöglichkeit des Straftäters (materielle Freiheit) gegenüber dem Unrecht, die er kraft Verfassung produzieren sollte und die die Individualisierung der Verantwortlichkeit für das Unrecht erst ermöglichen würde.

Die Mitverantwortung des Staates für das Unrecht aufgrund des materiellen Anerkennungsdefizits des Straftäters bekommt im lateinamerikanischen Kontext ein zusätzliches Gewicht, da in Lateinamerika und den dortigen Neudemokra-

ten bzw. „peripheral modernity“⁹² die Asymmetrie zwischen staatlicher Förderung und dem Grad des strafrechtlichen Eingriffs sehr groß ist. Man kann in diesem Kontext von einem „maximalen Strafrecht“ einerseits und einem „minimalen Sozialstaat“ andererseits sprechen.⁹³ Nun wird hier genau das Gegenteil vorgeschlagen: ein minimales Strafrecht bei maximalem Sozialstaat. Wenn staatliche Sozialleistungen fehlen, erzeugt die genannte Asymmetrie wiederum eine weitere Asymmetrie zwischen Rechten und Pflichten im Verhältnis Staat und Individuum, also eine Hyper-Verantwortung des Individuums oder eine Hyper-Individualisierung der Verantwortung für das Unrecht. Dadurch entsteht nichts weniger als ein Freiheitsdefizit im Strafrechtssystem des demokratischen und sozialen Rechtsstaates – ein Defizit, das sich mithilfe eines funktionalen (Roxin/Jakobs) oder prozeduralen (Günther) Schuldbegriffs nicht beseitigen lässt. Die präventionszentrierte Perspektive erweitert sogar diese ungerechte Asymmetrie – ungerecht, weil die individuelle Freiheit weder entwickelt noch gefördert wird.

Das Anerkennungsdefizit kann schließlich zu einem vollumfänglichen Ausschluss des strafrechtlichen Unrechtsvorwurfs oder zu einer Reduzierung seines Grades führen. Die so getroffenen judikativen Entscheidungen müssen auf Basis einer empirischen Analyse über die konkreten sozialen Bedingungen des Straftäters begründet werden: Je größer der Mangel an würdigen sozialen Bedingungen wie Gesundheit, Zugänglichkeit zu Lebensmitteln, Arbeit, Kultur, Bildung, Sozialisation usw. ist, desto geringer soll der Grad des strafrechtlichen Vorwurfs wegen der tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Handlung sein. Eine solche empirische Analyse soll noch einen Vergleich zwischen Grad und Art des Anerkennungsdefizits des Straftäters einerseits und dem Grad der *Offensivität*⁹⁴ der Handlung und der Art des durch die verletzte Norm geschützten Rechtsgutes andererseits ziehen.

VI. Konkretes Beispiel zur dogmatischen Auseinandersetzung mit Günthers Ansatz

Nehmen wir folgenden Sachverhalt als konkretes Beispiel zur dogmatischen Problematisierung des Schuldbegriffs bei *Günther*: Der Täter A ist ein junger Mann (23 Jahre alt), der seit seiner Geburt in einem marginalisierten Gebiet (sog. Favela) der Stadt Rio de Janeiro in Brasilien wohnt. Er hat trotz seines Status als formaler Staatsbürger seit der Geburt keinen materiellen Zugang zu den in der Verfassung vorgesehenen positiven Staatsleistungen wie z.B. Gesundheit,

⁹² *Neves*, Law and Society in Latin America – Beyond Law 9/2003, 125.

⁹³ Vgl. *Neves*, Law and Society in Latin America – Beyond Law 9/2003, 125 (130 ff.).

⁹⁴ Zum sog. Offensivitätsprinzip siehe *Mantovani*, Diritto penale, 2013, S. 208; *Mantovani*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale 2/1997, 313; *D’Avila*, Offensividade em direito penal, 2009, S. 76 f; *Grosso/Pelissero/Petrini/Pisa*, Manuale di diritto penale, 2013, S. 52–64; *Cadoppi/Veneziani*, Elementi di diritto penale, 2004, S. 83–94; *Ramacci*, Corso di diritto penale, 2007, S. 85–96; *Manna*, Corso di diritto penale, 2012, S. 63–67.

⁹¹ Vgl. *Cigüela Sola*, InDret 2/2017, 16.

Bildung, Kultur, Qualitätslebensmittel, sanitärer Grundversorgung, Qualitätsverkehrsmittel, Sicherung, Qualitätsunterkunft usw. Der Täter begeht den Diebstahl eines Autos in der Stadt Rio de Janeiro. Er handelte tatbestandsmäßig, rechtswidrig und auch ohne irgendeine der übrigen Schuldausschließungsgründe oder Entschuldigungsgründe (Zurechnungsunfähigkeit; Verbotsirrtum; entschuldigenden Notstand; Notwehrexzess; Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens).

Es lässt sich hier fragen: Inwiefern ist die Theorie der kommunikativen Freiheit *Günthers* in der Lage, diese konkrete Situation in all ihrer sozialen Komplexität aufzufassen und eine innerhalb des demokratischen und sozialen Rechtsstaats gerechte Lösung zu bieten? Da die Theorie *Günthers* bei der Zuschreibungsoperation von individueller Freiheit die materiellen sozialen Bedingungen des Täters nicht in Betracht zieht, kann sie unseres Erachtens diese konkrete Situation in all ihren Einzelheiten nicht betrachten und folglich nicht angemessen lösen. Dem Schuldbegriff *Günthers* gemäß würde der Täter in der Qualität eines formalen Staatsbürgers als ein deliberativer Bürger verstanden, der konsequenterweise die Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme gegenüber sich selbst und gegenüber den anderen besitzt. Die Lösung für den vorliegenden Sachverhalt nach der Theorie *Günthers* wäre die folgende: Der Täter A würde aufgrund seiner vollkommenen Autonomie bzw. Schuldfähigkeit als deliberativer Staatsbürger (Konsequenz der Voraussetzung bzw. Zuschreibung einer intakten Fähigkeit zur kritischen Stellungnahme) gänzlich und allein (ohne die Mitverantwortung des Staats für das Unrecht) für die tatbestandsmäßig-rechtswidrige Handlung verantwortlich gemacht.

Da *Günther* den fundamentalen Unterschied zwischen dem bloß formalen und dem konkreten Staatsbürger nicht berücksichtigt – die Existenz der „sub-citizens“ ist bei ihm in der Tat überhaupt kein Thema –, würde der Täter so behandelt, als ob er ein konkreter Staatsbürger wäre und dann ebenso vom Staat bestraft. Obwohl der Täter deutlich zur Gruppe der sog. „sub-citizens“ im Sinne von *Neves* gehört, erreicht der Schuldbegriff *Günthers* seine konkrete soziale Realität nicht. Hier wird die Auffassung vertreten, dass ein Schuldbegriff im Rahmen der strafrechtlichen Dogmatik entwickelt werden muss, der die konkrete soziale Situation von Tätern dieser Art umfasst. Das Phänomen der „sub-citizens“ gilt heutzutage als eine Realität nicht nur in Lateinamerika, sondern weltweit im Kontext der sog. neuen Demokratie und auch im Rahmen der neuen Immigrationswelle in Europa. Das Strafrecht des demokratischen und sozialen Rechtsstaates muss in diesem Szenario eine echte positive und materielle, statt eine bloße formale individuelle Freiheit als Begründung bzw. Legitimation der Zurechnung voraussetzen. Das Strafrecht als „Sollen“ darf diese Aspekte der sozialen Realität („Sein“) im Sinne einer gerechtfertigten Zurechnung im Kontext des demokratischen und sozialen Rechtsstaates nicht übersehen.

VII. Fazit

Schließlich ist die Hauptidee des vorliegenden Beitrags folgendermaßen zusammenzufassen: der Vorschlag einer erkenntnistheoretisch erreichbaren (intersubjektiven) und gleichzeitig nicht bloß prozeduralen Perspektive der individuellen Freiheit, die mit der Rechtfertigung der strafrechtlichen Schuld im Rahmen des demokratischen und sozialen Rechtsstaats zusammenhängt. Mit anderen Worten: Wir schlagen (im Gegensatz zu *Günther*) eine materielle Anerkennungsethik statt einer formellen Diskursethik als normative Voraussetzung der strafrechtlichen Schuld im Kontext des demokratischen und sozialen Rechtsstaats vor, indem ein asymmetrisches Verhältnis zwischen den (strafrechtlichen) Pflichten und den (sozialen) Rechten des Staatsbürgers gegenüber dem Staat als nicht gerechtfertigt angesehen wird.