



Würzburger Vorträge
zur Rechtsphilosophie,
Rechtstheorie
und Rechtssoziologie

53

Michael Pawlik

Normbestätigung und Identitätsbalance

Über die Legitimation
staatlichen Strafens



Nomos Verlag

Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie

Herausgegeben von Horst Dreier
und Dietmar Willoweit

Begründet von Hasso Hofmann, Ulrich Weber [†]
und Edgar Michael Wenz [†]

Heft 53

Michael Pawlik

Normbestätigung und Identitätsbalance

Über die Legitimation staatlichen Strafens



Nomos

Vortrag gehalten am 2. Juni 2016

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4521-0 (Print)

ISBN 978-3-8452-8763-8 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

I.	Handeln	7
1.	Beethoven und Goethe, handelnd	7
2.	Omnis determinatio est negatio	13
3.	Die Pluralität von Handlungsbeschreibungen	19
4.	Philosophischer und strafrechtlicher Handlungsbegriff	24
II.	Unrecht tun	29
1.	Kriminalunrecht als qualifizierte Stellungnahme	29
2.	Kriminalunrecht als Mitwirkungspflichtverletzung	35
3.	Freiheitlichkeit als Legitimationsgrund strafbewehrter Mitwirkungspflichten	39
4.	Eine Theorie des Republikanismus	43
III.	Strafen	47
1.	Das Dilemma der Vergeltung	47
2.	Strafe als „Symbol der Strafwürdigkeit“	51
3.	Strafzwang	54
IV.	Regeln anwenden	59
1.	Praxis als Bedeutungsgenerator	59
2.	Strafrecht als Produkt eines Begründungsfeldes	63
3.	Strafrecht als Manifestation kollektiver Vernunft	69
V.	Integrieren	71
1.	Persönliche Verantwortlichkeit des einzelnen Strafrechtswissenschaftlers	71
2.	Identitätsbalance als Ziel	71
3.	Integre Lebensführung als Proto-Sollen	78
4.	Strafrechtswissenschaft zwischen Selbstverkapselung und Integrationsbedürfnis	79
VI.	Einander ernstnehmen	83

I. Handeln

1. Beethoven und Goethe, handelnd

Im Juli 1812 kommt es in dem böhmischen Badeort Teplitz zu mehreren Begegnungen zwischen Goethe und Beethoven. Ihre Berühmtheit verdanken diese vornehmlich einer durch Bettina von Arnim überlieferten Anekdote¹. Die beiden großen Männer befinden sich auf einem gemeinsamen Spaziergang, da kommt ihnen der kaiserliche Hofstaat mit Kaiserin und Herzögen entgegen. Beethoven sagt daraufhin zu Goethe: „Bleibt nur in meinem Arm hängen, sie müssen uns Platz machen, wir nicht.“ Goethe ist nicht dieser Meinung und ihm wird die Sache unangenehm. Er macht sich von Beethovens Arm los und stellt sich mit gezogenem Hut an die Seite, während Beethoven mit untergeschlagenen Armen mitten zwischen den Herzögen hindurchgeht. So wie viele gute Anekdoten ist auch diese fast zu schön, um wahr zu sein. Mag es um ihre historische Wahrheit auch zweifelhaft bestellt sein, der Einbildungskraft gibt sie jedenfalls reichlich zu tun. Man sieht Beethoven und Goethe förmlich vor sich: auf der einen Seite den nach einer Wendung Romain Rollands immer in Kampfstellung befindlichen Revolutionär, der eingedenk seiner Überzeugung, dass es viele Könige auf der Welt gebe, aber nur einen Beethoven, mit grimmier Miene durch die Phalanx der Herzöge marschiert, die ihm bereitwillig Platz machen; und auf der anderen Seite den Weimarer Geheimrat, dessen Leben unter den Menschen „ein ewiges Zurückweichen“ ist² und der sein Haupt vor der vorüberschreitenden Kaiserin noch ein wenig tiefer neigt, als er dies ohne Beethovens Eskapade getan hätte.

Mir geht es allerdings nicht um die Gegenüberstellung zweier diametral verschiedener Charaktere und Weltanschauungen, sondern darum, was sich aus ihrem Aufeinandertreffen für den Begriff des

1 Ich folge der Schilderung *Romain Rollands*, Goethe und Beethoven, 1999, S. 48 ff. (Den Hinweis auf dieses herrliche Buch verdanke ich Herrn Lambert Bumiller.)

2 *Rolland* (Fn. 1), S. 52.

Handeln lernen lässt. Dies nämlich ist Goethe und Beethoven gemeinsam: Sie *handeln*, und zwar nicht in der routiniert-beiläufigen Weise, in der wir die meisten unserer Alltagsvorrichtungen durchzuführen pflegen, sondern in einer hochreflektierten, auf Beispielhaftigkeit bedachten Weise. Jeder von ihnen sieht sich mit einer *Mehrzahl von Verhaltensoptionen* konfrontiert, zwischen denen er sich entscheiden muss. Diese Entscheidung trifft er nicht aus einer momentanen Laune heraus, sondern anhand von *übergeordneten Wertmaßstäben*, denen er sich vor dem Hintergrund seines Selbstbildes verpflichtet sieht³ und die er auf Nachfrage näher *begründen* könnte⁴.

Die Erfahrung, der eigenen Triebhaftigkeit, den sich unmittelbar aufdrängenden Wünschen, Bedürfnissen und Motiven nicht einfach ausgeliefert zu sein, sondern sich von ihnen distanzieren und sie anhand von *Gründen* bewerten und beeinflussen, kurzum: wenigstens für einen Moment innehalten und *überlegen* zu können, gehört zu den Grundmomenten des Sinnhorizonts menschlicher Praxis⁵. Zwar werden die meisten alltäglichen Handlungsanforderungen mithilfe eingeschliffener Verhaltensmuster bewältigt. In der situationsgerechten Anwendung derartiger Muster äußert sich jedoch ebenfalls ein spezifisch menschlicher Sinn für das Angemessene, eine generalisierte und habitualisierte Einsicht, die ohne die Ansprechbarkeit auf Gründe nicht denkbar wäre⁶.

Ohne die Fähigkeit, Überlegungen anzustellen und sie verhaltenswirksam werden zu lassen, hätte die heute so hochgehaltene Selbstbe-

3 Zu diesem Zusammenhang *Taylor*, Negative Freiheit?, 1988, S. 19 ff.; *Honnefelder*, Was soll ich tun, wer will ich sein?, 2007, S. 24 ff.

4 *Nida-Rümelin*, Über menschliche Freiheit, 2012, S. 30; *Pippin*, Die Aktualität des Deutschen Idealismus, 2016, S. 414 f.

5 *Borsche*, in: Simon (Hrsg.), Distanz im Verstehen, 1995, S. 244 ff.; *Gabriel*, Sinn und Existenz, 2016, S. 290 f.; *Honnefelder* (Fn. 3), S. 17; *Nida-Rümelin*, Strukturelle Rationalität, 2001, S. 17, 75 f., 144 f., 151; *ders.* (Fn. 4), S. 82; *ders.*, Philosophie und Lebensform, 2009, S. 153; *Rehbock*, in: List/Stelzer (Hrsg.), Grenzen der Autonomie, 2010, S. 160; *Taylor*, Das sprachbegabte Tier, 2017, S. 60 f.

6 *Dreyfus/Taylor*, Die Wiedergewinnung des Realismus, 2016, S. 154; *Nida-Rümelin* (Fn. 4), S. 59.

stimmung⁷ keinen Wert⁸. Über jemanden zu bestimmen bedeutet, ihm die Inhalte seines Handelns vorzuschreiben und dadurch Herrschaft über ihn auszuüben⁹. Auch dem Begriff der *Selbstbestimmung* ist ein „hierarchische[s] Verhältnis von Befehl und Gefolgschaft“ eingeschrieben¹⁰. Das Ich begreift sich dort anhand des Modells einer Mehrheit von Personen, „die [...] unter der ‚Leitung‘ des einen und der ‚Folgsamkeit‘ des anderen zu eigenständiger Aktivität gelangen“¹¹. Würden wir einfach das verwirklichen, was uns gerade antreibt, so entfielen jene Leitungsinstanz und menschliches Verhalten säne auf den Status bloßer Naturhaftigkeit zurück.

Die personale Seite des Handelns, namentlich die untrennbare Verknüpfung der Frage „Was soll ich tun?“ mit derjenigen „Wer will ich sein?“¹² werde ich gegen Ende meiner Ausführungen erneut aufgreifen¹³. In ihrer Qualität als *Persönlichkeitsausdruck* ist eine Handlung aber zugleich auch ein *kommunikatives* und damit ein *soziales Ereignis*. Für den Sonderfall der *Sprachhandlungen* ist dies seit Frege¹⁴, spätestens aber seit Wittgensteins Argumentation gegen die Möglichkeit einer Privatsprache¹⁵ offenkundig¹⁶. Zwar kann ich als Sprecher darüber entscheiden, welche Laut- oder Schriftzeichen ich verwende und in welcher Weise ich sie miteinander verbinde¹⁷. Der Sinn dieser Zeichen und ihrer Verknüpfungen ist jedoch durch die soziale Praxis, an der ich mich beteilige und auf die hin ich seit Kindesbeinen „abge-

7 Zur gegenwärtigen Prominenz dieser Leitidee und ihrer diskursstrategischen Funktion Krähnke, *Selbstbestimmung*, 2007, S. 67 ff., 132 ff.

8 Honnfelder (Fn. 3), S. 17, 115 ff.; Schramme, DZPhil 59 (2011), 881.

9 Fisch, Das Selbstbestimmungsrecht der Völker, 2010, S. 26.

10 Gerhardt, *Selbstbestimmung*, 1999, S. 339.

11 Gerhardt (Fn. 10), S. 339.

12 Honnfelder (Fn. 3), S. 18 ff.

13 Unten S. 71 ff.

14 Taylor (Fn. 5), S. 214 ff.

15 Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, §§ 255 ff., in: ders., *Werkausgabe*, Bd. 1, 1984, S. 360 ff.

16 Vgl. nur Davidson, *Probleme der Rationalität*, 2006, S. 308; Taylor (Fn. 5), S. 177.

17 Insofern gilt: „Es gibt nichts, was sich nicht sagen ließe, und das Nichts kann gesagt werden.“ (Bourdieu, *Was heißt sprechen?*, 1990, S. 16)

richtet“ worden bin¹⁸, weitgehend vorbestimmt¹⁹. Entsprechendes gilt für alle übrigen Handlungen²⁰. Als „Texte“, die bestimmte Vorstellungen, Werte und Ideen offenbaren²¹, verdanken sie ihren spezifischen Bedeutungsgehalt der Verfügbarkeit sprachlich erzeugter, vorgegebener Muster²². Zu überlegen, also Gründe zu formulieren und gegeneinander abzuwägen²³, vermag nämlich nur, wer in einem doppelten Sinne *sprach-*, d.h. *allgemeineheitsfähig* ist. Schon um sich Klarheit über die sich ihm anbietenden Verhaltensmöglichkeiten zu verschaffen, muss er zum einen seinen individuellen Wahrnehmungen und Erfahrungen eine *begriffliche* Fassung geben, sie also als Repräsentanten von etwas Allgemeinem auffassen²⁴. Darüber hinaus muss er die von ihm auf diese Weise identifizierten Möglichkeiten anhand von ebenfalls allgemeinen, also über den konkreten Einzelfall hinaus Geltung beanspruchenden *Normen* bewerten²⁵.

Nur weil und soweit es einem Akteur gelingt, seine individuellen Absichten in die Form eines Allgemeinen zu bringen, ist es ihm zudem möglich, sein Tun, damit einhergehend aber auch seine Wertmaßstäbe und letztlich sein Selbstbild anderen gegenüber begreiflich zu machen. Wie der amerikanische Philosoph Donald Davidson gezeigt hat, werden andere Personen für uns lediglich in dem Maße verständlich, in dem wir bei ihnen etwas von der Art unserer eigenen Denkkräfte am Werk sehen können²⁶. Nur wenn ein Interpret zu erkennen vermag, dass ein anderes Individuum weitgehend rational ist, kann er diesem überhaupt irgendwelche Gedanken zuschreiben oder sein Ver-

18 So die harte Charakterisierung durch *Wittgenstein* (Fn. 15), §§ 5 f. (S. 239 ff.).

19 *Taylor* (Fn. 5), S. 217.

20 Ebenso aus soziologischer Sicht *Luckmann*, *Theorie des sozialen Handelns*, 1992, S. 103.

21 *Skinner*, *Visionen des Politischen*, 2009, S. 14.

22 *Hampe*, *Die Lehren der Philosophie*, 2014, S. 315; *Kaiser*, *Widerspruch und harte Behandlung*, 1999, S. 86; *Seel*, *Aktive Passivität*, 2014, S. 245; *Stekeler-Weithofer*, *Philosophie des Selbstbewußtseins*, 2005, S. 97, 183, 411; *Sturma*, in: Kühler/Rüther (Hrsg.), *Handbuch Handlungstheorie*, 2016, S. 202.

23 Vgl. *Seel* (Fn. 22), S. 25.

24 *Davidson*, *Subjektiv, intersubjektiv, objektiv*, 2013, S. 9.

25 *Honnefelder* (Fn. 3), S. 16; *Stekeler-Weithofer* (Fn. 22), S. 315.

26 *Davidson* (Fn. 16), S. 200 f.; *ders.* (Fn. 24), S. 159.

halten durch Bezugnahme auf seine Zwecke und Überzeugungen erklären²⁷. Die Maßstäbe, die der Interpret dabei anwendet, sind unweigerlich seine eigenen²⁸. Dieser Umstand macht die Interpretation fremden Verhaltens zu einer grundsätzlich riskanten Angelegenheit. Dass der Interpret dessen ungeachtet das Verhalten des Interpretierten zumeist als im Großen und Ganzen sinnvoll zu deuten vermag, verdankt sich dem Umstand, dass beide an derselben Welt und an derselben Denkweise über die Welt teilhaben²⁹. Auch wenn die Umstände unseres Erlebens und Begreifens niemals vollständig deckungsgleich sind, stimmen sie doch soweit überein, dass dies in den meisten Fällen für ein hinreichend treffsicheres wechselseitiges Verstehen ausreicht³⁰. Diese Kompatibilität der Referenzsysteme wiederum beruht darauf, dass es sich bei ihnen nicht um individuelle Schöpfungen, sondern um soziale Hervorbringungen handelt. Je schwächer diese soziale Klammer, desto unwahrscheinlicher und mühsamer ist das Einander-Verstehen – bis hin zum Grenzfall schlechthinniger Verständnislosigkeit.

Die Fähigkeit, sich in seinem Handeln an sozial zumindest ansatzweise nachvollziehbaren Gründen zu orientieren, ist es, was Moral und (Straf-)Recht meinen, wenn sie von *Willensfreiheit* sprechen³¹. Nur wer über Willensfreiheit in diesem Sinne verfügt, vermag deshalb Handlungen in des Wortes voller Bedeutung vorzunehmen³². So wie Rationalität und Irrationalität keine empirischen Befunde, sondern normative Begriffe sind³³, ist auch die Willensfreiheit kein biologisches Faktum, sondern das Produkt eines kulturellen Zuschreibungsprozesses³⁴. Deshalb sind die *Anforderungen* an ihr Vorliegen je nach

27 Davidson (Fn. 16), S. 175.

28 Davidson (Fn. 16), S. 76 f., 99, 129 ff., 136, 200 f., 266 f., 308 f.; ders. (Fn. 24), S. 257, 355 f.; ders., *Wahrheit, Sprache und Geschichte*, 2008, S. 481 ff.

29 Davidson (Fn. 24), S. 183 f., 210; Searle, *Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit*, 1997, S. 196 f. – Näher dazu unten S. 20 f.

30 Luckmann (Fn. 20), S. 35.

31 Näher Gabriel (Fn. 5), S. 385 f.; Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 281 f.

32 Brandom, *Expressive Vernunft*, 2000, S. 359.

33 Davidson (Fn. 16), S. 316.

34 Ebenso Möllers, *Die Möglichkeit der Normen*, 2015, S. 371 ff.

praxeologischem Kontext graduierbar³⁵. Ein Akt, der wegen des geringen Alters des Akteurs nach strafrechtlichen Maßstäben als unfrei gesetzt und damit als bloße Natur gilt, mag nach pädagogischem Verständnis schon als beachtliche Persönlichkeitsäußerung, mithin als Handlung angesehen werden. Die *Folgen* der Zuschreibung von Willensfreiheit sind hingegen strukturell identisch, und sie sind weitreichend: Nur in Bezug auf solche Personen, deren Weltdeutungs- und Motivationsschemata in dem verlangten Mindestmaß mit denen ihrer sozialen Umwelt kompatibel sind, gehen Moral und Strafrecht das Risiko ein, ihnen Handlungsfreiräume zu garantieren und sie lediglich *reaktiv* für Zuwiderhandlungen zur Verantwortung zu ziehen³⁶. Alle anderen Personen werden demgegenüber *von vornherein* einer mehr oder weniger weitreichenden Fremdverwaltung unterworfen.

In der Philosophie ist es seit der Spätphilosophie Wittgensteins zu einem Gemeinplatz geworden, dass Sprechen als Handeln und die Sprachtheorie deshalb als Teil der Handlungstheorie zu begreifen ist³⁷; an einem späteren Punkt meiner Ausführungen werde ich darauf zurückkommen³⁸. Die Reichweite dieses Befundes ist seither stetig ausgedehnt worden; man vergleiche nur das vergleichsweise konventionelle Sprachverständnis in der Sprechakththeorie Austins und Searles³⁹ mit der jüngst von dem kanadischen Philosophen Charles Taylor entwickelten These, dass alle – gerade auch die nonverbalen – Formen menschlichen Selbstausdrucks Sprache darstellen⁴⁰. Ich möchte noch einen Schritt weitergehen und behaupten: *Jedes* Handeln stellt ein

35 Nida-Rümelin (Fn. 5 – Rationalität), S. 141 f.

36 Gärditz, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 34 f.; Jakobs, Das Schuldprinzip, 1993, S. 34 f.; ders., in: Schlem u. a. (Hrsg.), Von der Neuroethik zum Neurorecht, 2009, S. 259 ff.; ders., ZStW 117 (2005), 261 f.; Pawlik (Fn. 31), S. 282 f.

37 Vgl. Wittgenstein (Fn. 15), § 23 (S. 250). – Für die juristische Methodenlehre ist diese Erkenntnis vor allem von Friedrich Müller und seiner Schule fruchtbar gemacht worden; vgl. etwa Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 11. Aufl. 2013, S. 223 ff.; Müller/Christensen/Sokolowski, Rechtstext und Textarbeit, 1997, S. 25 f.; Müller, Syntagma, 2012, S. 54.

38 Unten S. 61 f.

39 Austin, Zur Theorie der Sprechakte, 2. Aufl. 1994, S. 28 ff., 35 ff.; Searle, Sprechakte, 6. Aufl. 1994, S. 24 ff., 29 ff.

40 Taylor (Fn. 5), S. 478.

kommunikatives Ereignis dar. Wer handelt, der kommuniziert. Er nimmt eine Selbstfestlegung im öffentlichen Raum vor, für die er gegebenenfalls begründungspflichtig ist⁴¹. Das Ensemble jener institutionell vielfältig gegliederten sozialen Praktiken, in der Gründe gegeben und eingefordert werden, bildet als Inbegriff der „praktische[n] Vernunft der Gattung“⁴² jenen eigenständigen und dynamischen sozialen Raum, welchen Hegel mit dem Namen „objektiver Geist“ bezeichnet⁴³.

2. *Omnis determinatio est negatio*

Bislang habe ich mich weitgehend auf die intuitive Plausibilität meiner Ausführungen über den Handlungsbegriff verlassen. Nun möchte ich versuchen, ihn in einem umfassenden philosophischen System zu verankern. Zu diesem Zweck muss ich allerdings tief in die Schächte der neuzeitlichen Ontologie hinabsteigen: bis zu der Formel Spinozas, dass alle Bestimmung eine Negation sei – *omnis determinatio est negatio*.

Hegel, der diese Aussage als „großen Satz“⁴⁴ rühmt, erläutert sie folgendermaßen: „Das Bestimmte ist das Endliche; nun kann von allem, auch vom Denken [...] gezeigt werden, daß es ein Bestimmtes ist, also Negation in sich schließt; sein Wesentliches beruht auf Nega-

41 Ebenso *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 27; *ders.*, in: Frisch u. a. (Hrsg.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, 2015, S. 263; *Nida-Rümelin* (Fn. 5 – Rationalität), S. 13, 77, 151; *ders.* (Fn. 5 – Philosophie), S. 105, 133, 153. – Aus der älteren Literatur sei verwiesen auf *Max Weber*, Schriften zur Wissenschaftslehre, 1991, S. 61 und *Gehlen*, Der Mensch, 13. Aufl. 1986, S. 32.

42 *Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 23.

43 *Brandom*, Wiedererinnerter Idealismus, 2015, S. 73, 302; *Pinkard*, in: Halbig/Quante/Siepe (Hrsg.), Hegels Erbe, 2004, S. 276 ff.; *Pippin*, Die Verwirklichung der Freiheit, 2005, S. 124; *ders.* (Fn. 4), S. 90, 142 f.; *Seel* (Fn. 22), S. 15 f.; *Stekeler-Weithofer* (Fn. 22), S. 28 f., 62 f.; *ders.*, Eine Kritik juridischer Vernunft, 2014, S. 11 ff., 38.

44 *Hegel*, Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie III, in: *ders.*, Werke in zwanzig Bänden, hrsg. von Moldenhauer/Michel, 1986, Bd. 20, S. 164.

tion.⁴⁵ Diesem auf den ersten Blick schwierigen Satz liegt ein einfacher Gedanke zugrunde. Er bringt den Sinn zum Ausdruck, in dem jegliches (nicht nur begriffliche Inhalte, sondern auch Tatsachen und Eigenschaften) etwas Bestimmtes sein kann – nämlich indem es sich von anderem so Bestimmtem deutlich abhebt und es mithin ausschließt⁴⁶. Damit löst Hegel den Begriff der Negation von seiner herkömmlichen Beschränkung auf Aussagen und verwandelt ihn in ein *ontologisches* Prinzip⁴⁷. Dass ein Gedanke einen bestimmten Inhalt hat und dass die Welt auf eine bestimmte Weise beschaffen ist, können wir demzufolge nur von der Frage her verstehen, welche Möglichkeiten sie ausschließen⁴⁸; alles Seiende ist mithin „nur als Realität und Negation in einem zu begreifen“⁴⁹.

Hegels Verständnis der konkreten Negation impliziert (nicht lediglich eine holistische Epistemologie⁵⁰, sondern darüber hinaus) eine *holistische Ontologie*⁵¹. Kein Gegenstand – dieses Wort im weitesten Sinne verstanden – ist demnach aus sich selbst heraus der, welcher er ist. Bestimmtheit ist vielmehr ein relationaler, auf das Verhältnis dieses konkreten Gegenstandes zu anderen Gegenständen bezogener Begriff⁵². So ist das bestimmte Sein, das Hegel „Dasein“ nennt, die notwendige Negation oder nähere Bestimmung der bloßen Unbestimmtheit, des „Seins“; und das bestimmte Sein seinerseits ist bestimmt kraft der besonderen Art der Negation, die Hegel als „Anderssein“ bezeichnet⁵³.

Für menschliche Urteile und Willensakte ist Hegel zufolge ebenfalls ein Akt der Negation konstitutiv. Vom geistlosen Dasein unter-

45 Hegel (Fn. 44), S. 164.

46 Brandom (Fn. 43), S. 181; Taylor (Fn. 5), S. 40 f.

47 Grundlegend Henrich, in: Horstmann (Hrsg.), Seminar: Dialektik in der Philosophie Hegels, 1978, S. 214 ff.

48 Brandom (Fn. 43), S. 193.

49 Henrich (Fn. 47), S. 215.

50 Dazu etwa Davidson (Fn. 16), S. 42 f., 161 f., 236; 309 f.; ders., Wahrheit und Interpretation, 1990, S. 226; ders. (Fn. 24), S. 168, 212 ff.; Taylor (Fn. 3), S. 42 f.

51 Näher Seel, Sich bestimmen lassen, 2002, S. 89 ff.; ferner Gabriel (Fn. 5), S. 75.

52 Pippin (Fn. 4), S. 208.

53 Pippin (Fn. 4), S. 197 f.

scheiden sie sich allerdings dadurch, dass der Bruch mit einem differenzlosen So-Sein sich in ihnen nicht einfachhin vollzieht, sondern die komplexere Struktur einer *negativen Selbstbezüglichkeit* annimmt⁵⁴. Während nach einem Beispiel Hegels der Stein nicht über seine Schranke hinauszugehen vermag, „weil sie *für ihn* nicht Schranke ist“⁵⁵, weiß der Mensch sich als *Setzer* dieser Schranke. Durch seine begriffliche Tätigkeit bestimmt er, was zusammengehört und was auseinanderzuhalten ist⁵⁶ und welche der sich ihm anbietenden Handlungsoptionen er zu ergreifen gedenkt⁵⁷. Deshalb stellt das handlungsbestimmende Wollen nach Hegels Auffassung nicht etwa ein *aliud* zum Denken dar, sondern eine besondere Weise desselben: „das Denken als sich übersetzend ins Dasein, als Trieb, sich Dasein zu geben“⁵⁸. Der Mensch *erleidet* sein Leben nicht nur, sondern er *führt* es auch. Dies hat freilich zur Folge, dass sich für ihn das, was für den Stein Schicksal ist, als das Produkt einer von ihm zu treffenden und zu verantwortenden *Entscheidung* darstellt.

Selbst das schlichteste Urteil („Auf dem Tisch dort liegt ein rotes Buch“) wird demjenigen, der es trifft, nicht einfach durch eine Wahrnehmungsepisode abgerungen. In den Worten Robert Pippins, der zu den wichtigsten amerikanischen Neuhegelianern gehört, negiere ich dadurch, dass ich ein derartiges Urteil fälle, vielmehr „die bloße Unmittelbarkeit oder Gegebenheit des Wahrnehmungsgehalts, negiere ihn als unmittelbar und vermeintlich gegeben und nehme eine Haltung zu dem ein, was da ist“⁵⁹. Auch die Distanz zu den anflutenden Neigungen und Wünschen, die, wie wir gesehen haben, für den Begriff der Handlung konstitutiv ist⁶⁰, erweist sich in Hegelschen Kategorien als ein Fall der Negation⁶¹. Indem der Wille auf seine Triebe reflektiert,

54 Caspers, „Schuld“ im Kontext der Handlungslehre Hegels, 2012, S. 79 f.

55 Hegel, Wissenschaft der Logik I, in: ders., Werke (Fn. 44), Bd. 5, 1986, S. 145.

56 Pippin (Fn. 4), S. 120 ff.

57 Caspers (Fn. 54), S. 75 ff.

58 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: ders., Werke (Fn. 44), Bd. 7, 1986, § 4 Z (S. 47).

59 Pippin (Fn. 4), S. 407.

60 Oben S. 8.

61 Pippin (Fn. 4), S. 408.

„stellt [er] sich als einfache Subjektivität über deren mannigfaltigen Inhalt“⁶² und verneint damit eine Lebensform ungebremsster Impulsivität zugunsten einer überlegten Lebensführung. „Indem ich praktisch tätig bin, das heißt handele, bestimme ich mich, und mich bestimmen heißt, eben einen Unterschied setzen“⁶³ – den Unterschied zwischen der Möglichkeit, für deren Realisierung ich mich entscheide, und den anderen, deren Verfolgung ich dadurch ausschließe⁶⁴. „Wollen ist Wählen.“⁶⁵ Als Akt der *Selbstbestimmung* ist jedes Urteil und jede Handlung demnach zwar auch ein Akt der *Selbstbegrenzung*⁶⁶. Diese Selbstfestlegung vollzieht der Einzelne jedoch in dem (zumindest impliziten) Wissen, dass ihm andere Möglichkeiten offen gestanden haben; deshalb ist die Fähigkeit, Alternativen bewusst auszuschlagen, eine wesentliche Bedingung der Freiheit des Urteilens und des Handelns⁶⁷.

In der Geschichte der philosophischen und erst recht der strafrechtlichen Handlungstheorie ist die negative Seite des Wollens in der Regel missachtet oder doch zumindest unterschätzt worden⁶⁸. Handeln wird jedoch unvollständig beschrieben, charakterisiert man es lediglich als „menschliche Zwecktätigkeit“, diese verstanden als die Verwirklichung eines zuvor gesetzten Zwecks⁶⁹. Mit Handlungsentschlüssen verhält es sich vielmehr nicht anders als mit allen anderen Gegenständen auch: Sie erhalten ihre spezifischen Konturen nicht allein durch das, was der Handelnde positiv verwirklicht, sondern auch durch das, was er dadurch ausschließt. Nur ein Blick, der auch die unverwirklicht gebliebenen Alternativen einschließt, verhilft zu einem vollständigen Verständnis dessen, was ein Handlungsentschluss be-

62 Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften III, in: ders., Werke (Fn. 44), Bd. 10, 1986, § 476 (S. 299).

63 Hegel (Fn. 58), § 4 Z (S. 47).

64 Rüdig, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, 1969, S. 95 ff.; Stekeler-Weithofer (Fn. 43), S. 38 f.

65 Rüdig (Fn. 64), S. 97.

66 Seel (Fn. 51), S. 216.

67 Borsche (Fn. 5), S. 244 ff.; Möllers (Fn. 34), S. 144; Seel (Fn. 51), S. 270.

68 Seel (Fn. 51), S. 279.

69 Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 129.

deutet, wie die von dem Handelnden getroffene Selbstfestlegung also aufzufassen und zu bewerten ist.

Mit der Einsicht, dass der Handelnde in seinem *Willensentschluss* die unmittelbare Beachtlichkeit seiner Triebregungen negiert, ist die praxiserschließende Kraft von Hegels argumentativer Grundfigur der konkreten Negation jedoch nicht erschöpft. In seiner Analyse der *Umsetzung dieses Entschlusses* kommt sie erneut zum Tragen. Als Selbst-Verwirklichung ist Handeln nach der Überzeugung Hegels zugleich „Selbst-Negation“⁷⁰. Indem der Handelnde sich daranmacht, seine Intention in einer öffentlichen und öffentlich anfechtbaren Tat auszudrücken, büßt er seinen Anspruch auf die alleinige Verfügungsgewalt über Natur und Bedeutung dieser Tat ein⁷¹; seine subjektiven Zwecke schlagen vielmehr im Moment ihrer tätigen Ausführung in ein „Sein für Anderes“ um⁷². Zwar mag der einzelne Handelnde für seinen Privatgebrauch auf der ihm genehmen Situationsdeutung beharren – wobei er freilich auch diese, spätestens sobald er sie nach außen kundbar macht, in eine für Dritte nachvollziehbare Begründungssprache kleiden muss⁷³. Er kann jedoch nicht verlangen, dass diese Deutung auch außerhalb der inneren Zitadelle seines individuellen Selbstverständnisses als maßgeblich anerkannt wird⁷⁴.

Die Auffassung, dass der strafrechtlich relevante Bedeutungsgehalt einer Handlung sich hauptsächlich nach der von dem Handelnden *ex ante* gebildeten Intention richte – wohl das wichtigste Vermächtnis Welzels an die heutige deutsche Strafrechtswissenschaft –, ist demzufolge unzutreffend, weil es das von Hegel erkannte „Sich-Fremdwerden des subjektiven Willens in der Objektivität seines Tuns“⁷⁵ ignoriert⁷⁶. Nicht auf *subjektive* Finalität kommt es Hegel zufolge in der Handlungslehre an, sondern – mit einem Begriffspaar der Bochumer

70 Pippin (Fn. 4), S. 235 f.

71 Pippin (Fn. 4), S. 235 f.; Caspers (Fn. 54), S. 220 f.

72 Caspers (Fn. 54), S. 228.

73 Oben S. 10 f.

74 Luckmann (Fn. 20), S. 38 f.

75 Caspers (Fn. 54), S. 113.

76 Ebenso Jakobs (Fn. 41), S. 27 ff.

Philosophin Bettina Caspers – auf *objektive* Finalität, *objektive* Intention⁷⁷. Der Bedeutungsgehalt der Tat kann demzufolge nicht durch eine Art Introspektion oder einen „Aufrichtigkeitstest“⁷⁸ ermittelt, sondern muss innerhalb der konkreten sozialen Gemeinschaft ausgehandelt werden, innerhalb derer sie verübt wurde⁷⁹.

Letzteres berührt eine letzte zentrale Facette von Hegels Handlungsbegriff. Als Denkender – und auch der willentlich Handelnde ist nach Hegel, wie gesehen, ein Denkender⁸⁰ – verbindet der Einzelne mit der von ihm getroffenen Selbstfestlegung einen spezifischen Angemessenheits- und damit Allgemeinheitsanspruch⁸¹. Ein kognitives Urteil soll Auskunft darüber geben, wie es sich mit dem in Bezug genommenen Gegenstand *in Wahrheit* verhält: „Es ist korrekt, dass dieses Buch einen roten und nicht einen grünen Einband hat und dass es sich auf dem Tisch und nicht im Regal befindet.“ Ein Willensentschluss beantwortet die Frage, wie aus der Sicht des Handelnden mit der in Rede stehenden Situation *richtigerweise* umzugehen ist: „Es ist eine angemessene Reaktion auf hochsommerliche Temperaturen, ins Freibad und nicht in die Vorlesung zu gehen.“ Hegel betont dementsprechend, dass eine Handlung stets die Bezugnahme auf allgemeine Normen der Adäquität beinhaltet⁸², die als solche der Interpretation und Beurteilung durch andere Subjekte ausgesetzt sind⁸³. „Indem ich nun handle, so setze ich eine Veränderung im Dasein, im Elemente der Objektivität. Dieses Element ist nun der geltende Wille überhaupt, und dieser ist durch das Gesetz ausgesprochen. Meine Handlung hat also immer wesentlich Beziehung auf das Gesetz.“⁸⁴

77 Caspers (Fn. 54), S. 18 f., 440.

78 Pippin, in: Halbig/Quante/Siep (Fn. 43), S. 308.

79 Pippin (Fn. 78), S. 311; ebenso Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl. 2008, S. 95 f., 112 f.

80 Oben S. 15.

81 Vgl. Borsche (Fn. 5), S. 248; Seel (Fn. 51), S. 49.

82 Hegel, Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818–1831, hrsg. von Iltting, Bd. 3, 1974, S. 344; ders., Die Philosophie des Rechts, hrsg. von Hoppe, 2005, S. 104 f.

83 Caspers (Fn. 54), S. 113, 181 ff., 276, 441.

84 Hegel, Philosophie des Rechts, hrsg. von Henrich, 1983, S. 106 f.

Rechtlich relevanter „Sinnausdruck“⁸⁵ ist die Handlung nach Hegelschem Verständnis daher, weil und sofern sie sich aus der Sicht der anderen Subjekte als eine dem Handelnden als Subjekt zurechenbare *tätliche Stellungnahme* zur Befolgungswürdigkeit des Gesetzes darstellt. Allgemeiner gesprochen bekundet der Handelnde durch die objektive Finalität seines Tuns, wie er die relative Wertigkeit der in Betracht kommenden Verhaltensmöglichkeiten einschätzt. Angesichts eines nach unterschiedlichen Richtungen hin fortführbaren Weltzustandes bekundet der Handelnde: „Diese Fortführungsvariante verdient den Vorzug vor *jener*.“ So wissen Goethe und Beethoven bei der Entscheidung für ihr eigenes und der Bewertung des jeweils anderen Handelns nur allzu gut, dass nicht Flegel und Weltmann aufeinandertreffen, sondern zwei unterschiedliche Gesellschaftsentwürfe miteinander kollidieren. Beethoven stellt der herkömmlichen sozialen Hierarchie eine alternative Ehrenpyramide entgegen, an deren Spitze nicht der Hochadel, sondern der geniale Künstler steht. Zu dieser Wertung muss Goethe Stellung beziehen, und das tut er auch: Indem er sich mit besonderem Nachdruck auf die Seite der bestehenden Ordnung stellt, weist er das revolutionäre Ansinnen Beethovens inzident, aber buchstäblich unübersehbar zurück⁸⁶.

3. Die Pluralität von Handlungsbeschreibungen

Sein ist immer bestimmtes Sein⁸⁷. Das unspezifische („reine“) Sein ist nach Hegel bekanntlich ununterscheidbar von und insofern identisch mit dem („reinen“) Nichts⁸⁸. Aus diesem Grund kann jeder Gegen-

85 Eingeführt in die strafrechtswissenschaftliche Terminologie hat diesen Ausdruck *Welzel* (Fn. 69), S. 130; seine heutige Prominenz hat er durch *Jakobs* erlangt (vgl. etwa *Jakobs* [Fn. 41], S. 26 f.; *ders.*, in: Neumann/Schulz [Hrsg.], Verantwortung in Recht und Moral, 2000, S. 63). Übernommen wird *Jakobs'* Begriffsverständnis von *Caspers* (Fn. 54), S. 181, 250.

86 Danach erwähnt er übrigens Beethoven jahrelang überhaupt nicht mehr (*Rolland* [Fn. 1], S. 55).

87 Oben S. 13 f.

88 *Hegel* (Fn. 55), S. 83.

stand nur unter einer bestimmten Beschreibung, nach der Terminologie des Bonner Philosophen Markus Gabriel: in einem bestimmten Sinnfeld existieren⁸⁹. Außerhalb des betreffenden Sinnfeldes ist er *als dieser* konkrete Gegenstand schlechthin inexistent⁹⁰. Die betreffende Bestimmung kann nur durch urteilsfähige Wesen getroffen werden – Individuen, die Stellungnahmen der Form „A ist ein Fall von B“ abgeben können. Dass wir auf bestimmte Gegenstände Bezug zu nehmen vermögen, verdankt sich deshalb einer von uns erbrachten Bestimmungsleistung.

Aus der Abhängigkeit des *Begriffs der Wirklichkeit* von unserem Sprechen über sie folgt aber nicht, dass auch die *Wirklichkeit als solche* – die Welt – von unserem Sprechen abhängig wäre⁹¹. Wie der Frankfurter Philosoph Martin Seel in Erinnerung gerufen hat, ist der Begriff der Wirklichkeit nicht an den ihres *Bestimmtseins*, sondern lediglich an den ihrer *Bestimmbarkeit* als Wirklichkeit gebunden. „Wirklichsein bedeutet bestimmbar zu sein, ohne doch bestimmt zu sein – ohne allein auf unsere Bestimmungen festgelegt zu sein.“⁹² Sollen die Sinnfelder, die wir unseren Deutungen zugrunde legen, mehr sein als bloße Phantasien, dürfen wir sie uns deshalb nicht nach Belieben zurechtkonstruieren. Sinnfelder müssen vielmehr so abgesteckt werden, dass innerhalb ihrer Gegenstände erscheinen, die für uns – in welcher Hinsicht auch immer – belangvoll sind. Zu diesem Zweck müssen sie der Widerständigkeit der Wirklichkeit als solcher Rechnung tragen, die wir unabhängig davon, ob wir sie begreifen oder nicht, auf Tritt und Schritt – und häufig genug schmerzhaft – spüren⁹³. Weit eher als Welterschöpfer sind wir „Welterschließer“⁹⁴. Unser Erkennen ist nach der schönen Formel des Bochumer Religionsphilosophen Richard Schaeffler ein „antwortendes Gestalten“⁹⁵, und die Weltdeu-

89 Gabriel (Fn. 5), S. 39, 163 f., 174, 224 f., 249.

90 Gabriel (Fn. 5), S. 173, 303, 369.

91 Searle (Fn. 29), S. 168 ff.; Seel (Fn. 51), S. 106 ff.; Gabriel (Fn. 5), S. 174 f., 183; Müller (Fn. 37), S. 30 ff.; Müller/Christensen (Fn. 37), S. 248.

92 Seel (Fn. 51), S. 113.

93 Müller/Christensen (Fn. 37), S. 248.

94 Dreyfus/Taylor (Fn. 6), S. 299.

95 Schaeffler, *Erkennen als antwortendes Gestalten*, 2014.

tungen, die wir produzieren, sind „Koproduktionen“ zwischen uns und der Welt⁹⁶. Allerdings können wir diese Welt – die Wirklichkeit als solche – niemals *in toto*, sondern immer nur in einzelnen ihrer Aspekte – und damit unter Ausschließung anderer Gesichtspunkte – in den Blick nehmen oder gar diskursiv erfassen⁹⁷; Gadamer nennt dies die „sprachliche Abschattung“, die die Welt in den verschiedenen Sprachwelten erfährt⁹⁸. Die Welt ist immer reicher als unsere Reden über sie⁹⁹. Man mag diese Position mit Seel¹⁰⁰ als einen *moderaten*, mit Dreyfus und Taylor¹⁰¹ als einen *pluralistischen* oder, was ich bevorzugen würde, als einen *reflektierten Realismus* bezeichnen.

All dies gilt auch für jenen Gegenstand unserer diskursiven Praktiken, den wir als Handlung bezeichnen. Als kommunikative, also bedeutungshaltige Stellungnahmen im öffentlichen Raum können Handlungen ebenso wie sprachliche Äußerungen auf ihre – weit, nämlich als Korrektheit des Herangehens an eine Situation verstandene – Richtigkeit hin befragt und sodann gebilligt oder auch kritisiert werden¹⁰². Insofern stellt das Handeln die Teilnahme an einer gemeinsamen Praxisform dar, „welche die Praxis der normativen Kontrollbeurteilung der richtigen Teilnahme immer schon enthält“¹⁰³. Diese Kontrollbeurteilung vollzieht sich anhand von Bewertungsschemata, wie sie sozial in großer Zahl zur Verfügung stehen¹⁰⁴. Ein und derselbe Akt mag sich danach als ein Meisterschuss, eine längst überfällige Maßnahme zur Wiederherstellung der geschändeten Familienehre und ein Mord darstellen. Die jeweils zugrunde gelegten Bewertungsschemata ent-

96 Dreyfus/Taylor (Fn. 6), S. 175; in diesem Sinne auch Müller/Christensen (Fn. 37), S. 248 f.

97 Dreyfus/Taylor (Fn. 6), S. 296; Fish, Das Recht möchte formal sein, 2011, S. 233; Gabriel (Fn. 5), S. 251, 282, 438; Searle (Fn. 29), S. 179 f.

98 Gadamer, Wahrheit und Methode, 6. Aufl. 1990, S. 451 f.

99 Seel (Fn. 51), S. 106 ff., 164 ff.; Seel (Fn. 22), S. 73 ff.

100 Seel (Fn. 51), S. 119, 133.

101 Dreyfus/Taylor (Fn. 6), S. 285.

102 Oben S. 12 f.

103 Stekeler-Weithofer (Fn. 22), S. 144.

104 Vgl. Geuss, Kritik der politischen Philosophie, 2011, S. 59; Möllers (Fn. 34), S. 33; Seel (Fn. 51), S. 51.

scheiden jedoch nicht nur, ja nicht einmal primär über die „Richtigkeit“ des betreffenden Aktes. Da eine Handlung eine bedeutungshaltige Setzung *ist*, diese Bedeutung sich aber nach dem jeweils herangezogenen Bewertungsschema richtet, lässt sich ein opakes Geschehen nur relativ zu jenem Schema überhaupt als Handlung *beschreiben*¹⁰⁵.

Auch das ontologische Individuierungsprinzip von Handlungen – ihr Sinn – ist deshalb ihr Erscheinen in einem bestimmten Sinnfeld. In ihrem allgemeinen ontologischen Status unterscheiden sich Handlungen insofern nicht von Atomverbindungen oder DNA-Strukturen. Allerdings muss ein handlungsadäquates Sinnfeld so beschaffen sein, dass es die Beschreibung des in den Blick genommenen Geschehens als Stellungnahme zur Wertigkeit konkurrierender Verhaltensmöglichkeiten erlaubt; es muss also *normativ* konstituiert sein. Naturalistische Sinngebungsmuster gehen deshalb an dem spezifischen Sinn von Handlungen als kommunikativen Stellungnahmen von vornherein vorbei. Insofern ist es zwar nicht falsch, einen Sachverhalt wie das Abfeuern eines Schusses auf einen Nebenbuhler als Körperbewegung oder als Folge einer Nerveninnervation zu beschreiben; zum Begreifen des sozialen Phänomens „Handlung“ ist eine solche Beschreibung jedoch fehl am Platz. Ebenso wie die Handlungsvoraussetzung der Willensfreiheit¹⁰⁶ ist auch der spezifische Sinn einer Handlung ein nicht auf bloße Naturhaftigkeit reduzierbares, sondern ein genuin kulturelles Phänomen¹⁰⁷.

Da es eine Vielzahl verschiedener kultureller Sinnfelder gibt, die teils in friedlicher Koexistenz nebeneinander bestehen, teils aber wie in meinem Ehrenmordbeispiel miteinander konkurrieren, gibt es nicht einen einzigen – *den* – Handlungssinn, sondern deren viele¹⁰⁸. So viele Sinnzuschreibungen getätigt werden können, so viele unterschiedliche Handlungsbeschreibungen und – da einzelne Handlungen nicht jenseits ihrer Beschreibungen existieren – so viele unterschiedliche

105 Näher Müller/Christensen (Fn. 37), S. 192 ff.

106 Dazu oben S. 11 f.

107 Im Ergebnis wie hier Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 20; Möllers (Fn. 34), S. 32 f.

108 Davidson (Fn. 24), S. 216 f.; Dreyfus/Taylor (Fn. 6), S. 154; Jakobs (Fn. 79), S. 50.

Handlungen gibt es. Der als Meisterschuss beschriebene Vorgang ist demzufolge eine andere Handlung als der als Mord beschriebene – ein Befund, der dadurch bestätigt wird, dass zur Substantiierung der genannten Beschreibungen auf unterschiedlich beschaffene Informationsbündel zurückgegriffen werden muss.

Der in der strafrechtlichen Grundlagendiskussion der letzten Jahrzehnte vielbeschworene Gegensatz zwischen Ontologismus und Normativismus¹⁰⁹ fällt mit der hiesigen Konzeption in sich zusammen. Diese Stilisierung des Konflikts war verständlich, solange sich der strafrechtliche Normativismus gegen eine sowohl methodisch wie inhaltlich kritikwürdige Ausprägung ontologischen Denkens – den Finalismus – behaupten und durchsetzen musste¹¹⁰. Die hiesige Ontologie handlungsadäquater Sinnfelder hat hingegen das zentrale Anliegen des Normativismus – die Anerkennung des genuin gesellschaftlichen Charakters der strafrechtlichen Sinnzuschreibungskategorien¹¹¹ – in sich aufgenommen. Zugleich aber wehrt sie der Gefahr eines ontologisch unheimateten Konstruktivismus, die darin besteht, keinen Ausweg aus dem Labyrinth der Zuschreibungen zu finden und sich deshalb entweder in Selbstbezüglichkeiten zu verlieren oder aber den Bezug zur Wirklichkeit gleichsam handstreichartig, theoretisch nicht hinreichend abgesichert, herstellen zu müssen. Die Grundüberzeugung der hier vorgestellten Konzeption lautet daher: Ohne Ontologie geht es in der Strafrechtswissenschaft nicht; aber es muss eine Ontologie sein, die die zentralen Einsichten Hegels und seiner neueren Interpreten in sich aufgenommen hat, nicht eine solche, die (wie der Finalismus) hinter sie zurückfällt.

109 Programmatisch Jakobs' Vorwort zur ersten Auflage seines Lehrbuchs; wiederabgedruckt in: *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, S. VII.

110 Eine zusammenfassende Würdigung Welzels unternehme ich in: Frisch u. a. (Hrsg.), *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre* Hans Welzels, 2015, S. 1 ff.

111 Vgl. nur *Jakobs* (Fn. 109), S. VII.

4. Philosophischer und strafrechtlicher Handlungsbegriff

Das strafrechtlich relevante Bewertungsschema ist, wie könnte es anders sein, das Strafgesetz. Eine Handlung im strafrechtlichen Sinne zu vollziehen bedeutet demnach, zu der sich aus der einschlägigen Strafnorm ergebenden Verpflichtung Stellung zu beziehen, sei es – wie in aller Regel – zustimmend, sei es ablehnend¹¹². Aus der Sicht der heutigen deutschen Strafrechtsdogmatik wirkt ein derart anspruchsvoller Handlungsbegriff freilich befremdlich, hat diese sich doch daran gewöhnt, unter einer Handlung nicht mehr zu verstehen als eine irgendwie vom natürlichen Willen beeinflusste oder beeinflussbare Tätigkeit¹¹³. Wie sämtliche begrifflichen Festlegungen hat auch dieses Handlungsverständnis eine Geschichte, und zwar eine solche, die daran zweifeln lässt, dass in ihr das letzte Wort strafrechtswissenschaftlicher Weisheit zu sehen ist.

Der hiesige Begriff der Handlung entspricht im Wesentlichen demjenigen, der das deutsche Strafrechtsdenken bis in die letzten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts hinein beherrschte¹¹⁴. Dann fiel er einer tiefgreifenden methodologischen und inhaltlichen Umorientierung der Allgemeinen Verbrechenlehre zum Opfer. In seiner einflussreichen Habilitationsschrift von 1904 rügte Gustav Radbruch, dass ein anspruchsvoller Handlungsbegriff ohne analytischen Wert sei¹¹⁵. Radbruch zufolge kann die Aufgabe einer „systematische[n] Klassifikation“ der Merkmale des Verbrechens nur dergestalt bewältigt werden, dass einem Begriff „durch eine Folge divisiver Subsumationsurteile eine Anzahl anderer Begriffe als seine Arten und deren Unterarten un-

112 Grundlegend *Jakobs* (Fn. 41), S. 27 ff., 41 ff.

113 Beispielhaft *Schönke/Schröder/Eisele*, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 37 ff.; *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, 8/1 ff.; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 2 Rn. 1 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl. 2013, Rn. 93.

114 Näher von *Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt mit besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S. 36 ff., 52 ff.; *Caspers* (Fn. 54), S. 400 ff.; *Pawlik* (Fn. 31), S. 288 ff.

115 *Radbruch*, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904 (ND 1967), S. 88.

tergeordnet“ werden¹¹⁶. Die zwangsläufige Folge einer solchen Vorgehensweise ist die zunehmende inhaltliche Entleerung der betreffenden Begriffe. In den Worten Ernst Cassirers endet die Begriffspyramide, die wir kraft dieses Verfahrens aufbauen, „nach oben hin in der abstrakten Vorstellung des ‚Etwas‘, einer Vorstellung, die eben in ihrem allumfassenden Sein, kraft dessen jeglicher beliebige Denkinhalt unter sie fällt, zugleich von jeder spezifischen Bedeutung ganz entleert ist“¹¹⁷. Dieses „Etwas“ ist bei Radbruch der Handlungsbegriff. Er stellt zwar den höchsten Gattungsbegriff der Verbrechenslehre dar, das Substantiv, zu dem alle übrigen Verbrechensmerkmale – Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld – nur Attribute sind¹¹⁸, ist aber eben deshalb zugleich der farbloseste aller strafrechtlichen Begriffe. Daher lässt sich nach Radbruchs Auffassung über die Handlung nichts weiter sagen, als dass sie eine willensgetragene Körperbewegung beliebigen Inhalts sei¹¹⁹. Die Methode der Begriffsbildung und der naturalistische Begriffsinhalt stützen sich insofern bei Radbruch wechselseitig.

Die von Radbruch angewandte Methode abstrahierender Begriffsbildung ist allerdings von durchaus beschränkter Leistungs- und Begründungskraft. Der Vorgang des Abstrahierens beruht auf einer verborgenen *petitio principii*. Zu abstrahieren, d.h. von bestehenden Unterschieden abzusehen und gemeinsame Merkmale aus einem Ensemble mannigfaltiger Gegenstände herauszulösen, vermag nur, wer diese Gemeinsamkeiten bereits als relevant erkannt und anerkannt hat, *bevor* er den Akt der Abstraktion vornimmt, wer den Begriff, den er sucht, in Wahrheit also schon besitzt. Zu Recht betont Cassirer nur sechs Jahre nach dem Erscheinen von Radbruchs Schrift: „Wir heben aus der Mannigfaltigkeit, die uns vorliegt, nicht irgendwelche abstrakten Teile heraus, sondern wir schaffen für ihre Glieder eine eindeutige *Beziehung*, indem wir sie durch ein durchgreifendes Gesetz verbunden

116 Radbruch (Fn. 115), S. 9.

117 Cassirer, Substanzbegriff und Funktionsbegriff, in: ders., Gesammelte Werke, hrsg. von Recki, Bd. 6, 2000, S. 4.

118 Radbruch (Fn. 115), S. 71.

119 Radbruch (Fn. 115), S. 129 f.

denken.“¹²⁰ Die Abstraktion bliebe richtungs- und steuerlos, wenn sie die Elemente, aus denen sie den Begriff herausliest, nicht stillschweigend durch eine bestimmte Relation verknüpft und kraft ihrer geordneten dächte¹²¹. „Der ‚Begriff‘ aber ist damit nicht abgeleitet, sondern vorweggenommen: Denn indem wir einer Mannigfaltigkeit eine Ordnung und einen Zusammenhang ihrer Elemente zusprechen, haben wir ihn, wenn nicht in seiner fertigen Gestalt, so doch in seiner grundlegenden Funktion bereits vorausgesetzt.“¹²² Einen Begriff durch Abstraktion bilden wollen, bedeutet in den Worten Christoph Sigwarts, übrigens einem der wichtigsten Referenzautoren Radbruchs, deshalb, „die Brille [zu] suchen, die man auf der Nase trägt, mit Hilfe eben dieser Brille“¹²³.

Das Vorgehen Radbruchs bestätigt diesen Befund. Radbruch kann nur deshalb so abstrahieren, wie es dies tut, weil er von vornherein – und zwar, wie ich an früherer Stelle¹²⁴ gezeigt habe, zu Unrecht – voraussetzt, dass der Begriff der Handlung naturalistisch und damit extrem inhaltsarm zu verstehen sei. Wäre Radbruch mit der Tradition davon ausgegangen, dass eine Handlung etwas qualitativ anderes sei als ein naturhaftes Geschehen, hätte ihm der von ihm eingeschlagene Weg der Abstraktion hingegen nicht offen gestanden. Das abstrahierende Verfahren, so wie Radbruch es praktiziert, vermag daher lediglich einen stillschweigend vorausgesetzten Verbrechensinhalt in eine zweckmäßige Prüfungsreihenfolge zu bringen. Zu Beantwortung der Frage, warum gerade *diese* Elemente ausgerechnet in *dieser* Anordnung den Begriff des Verbrechens ausmachen, ist die abstrahierende Methode hingegen konstitutionell unfähig. Was sie mithin nicht denken kann, ist die *Einheit*, die *Identität* ihres Gegenstandes, denn dazu kommt sie immer einen Schritt zu spät¹²⁵. Damit aber versagt sie aus-

120 Cassirer (Fn. 117), S. 19.

121 Cassirer (Fn. 117), S. 23.

122 Cassirer (Fn. 117), S. 16.

123 Zitiert nach: Cassirer, Philosophie der symbolischen Formen, in: ders., Werke (Fn. 117), Bd. 11, 2002, S. 250 f.

124 Oben S. 22.

125 Pawlik (Fn. 31), S. 152 f. m. w. N.

gerechnet vor derjenigen Aufgabe, auf die eine *Wissenschaft* des Strafrechts zuallerletzt Verzicht leisten sollte.

Der abstrahierenden Methode stellt Cassirer ein Modell der Begriffsbildung gegenüber, dem zufolge das Ziel der Begriffsbildung statt in größerer *Allgemeinheit* in wachsender *Bestimmtheit* liegt¹²⁶. Die Arbeit des Geistes bestehe nicht darin, dass ein Inhalt unter einen anderen gestellt werde, sondern dass er als ein konkretes, aber undifferenziertes Ganze eine methodologisch geleitete weitere Besonderung erfahre¹²⁷. Damit wird die methodische Strategie des Hegelianismus – inhaltliche Entfaltung des Begriffs, nicht Abstraktionsakrobatik – der Sache nach in eben jenem Moment philosophisch rehabilitiert, in dem sie innerhalb der Strafrechtswissenschaft als endgültig überwunden beiseitegeschoben wird; ein Beispiel für die Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen, das nicht eben zugunsten der Strafrechtler spricht.

Mit dem Hinweis auf die Tatsache, dass die neuere Entwicklung der deutschsprachigen Verbrechens-, namentlich der Handlungslehre von einer Methode der Begriffsbildung ausging, die bereits zur Zeit ihres erstmaligen Hervortretens philosophisch überholt war, möchte ich es allerdings nicht bewenden lassen. Ergänzend sei vielmehr darauf hingewiesen, dass die heutige Dogmatik die Faktoren, die der vornaturalistischen Strafrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts zufolge das Vorliegen einer Handlung ausschlossen – namentlich Zurechnungsunfähigkeit, äußere Gewalt und Irrtum – nicht etwa außer Acht lässt, sondern sie lediglich auf nachgelagerte Stufen des Prüfungsaufbaus verschiebt. Im Ergebnis sind die heute für maßgeblich erachteten Zurechnungsvoraussetzungen deshalb nicht weniger gehaltvoll als diejenigen Köstlings oder Hälschners. Insofern nimmt der rechtswidrig und schuldhaft handelnde Straftäter auch nach heutigem Verständnis Stellung zu der ihn treffenden Verpflichtung. Die straftheoretische Überzeugungskraft der nachfolgenden Überlegungen hängt deshalb nicht davon ab, ob man dem hiesigen Plädoyer für eine Rückkehr zu einem inklusiven Handlungsbegriff zustimmt oder ob man es vorzieht,

126 Cassirer (Fn. 123), S. 251.

127 Cassirer (Fn. 123), S. 255.

die einzelnen Momente des Handlungsbegriffs unter den verschiedenen Stufen des Verbrechensaufbaus aufzuteilen. Auch auf dem Boden der heute herrschenden Verbrechenslehre ist Raum für straftheoretische Vernunft.

II. Unrecht tun

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 ist¹²⁸. Dieser Habitualisierung verdankt die Rechts- und Sozialordnung in erster Linie ihre Stabilität¹²⁹. 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.

rang vor der Norm des Rechts einräumt¹³⁰. 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 nicht¹³¹. 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 Rechtsordnung¹³². 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 gewählt, 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.

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 bewältigen¹³³.

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 Übeltäters¹³⁴. 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 sei¹³⁵. „Gewiß befiehlt 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 Punkt¹³⁶. 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 Beispielfhaft Flechtheim, *Hegels Strafrechtstheorie*, 2. Aufl. 1975, S. 102.

136 Wach, GS 25 (1873), 453.

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 Handlungsobjekt¹³⁸. Auch der durch die Brille des Strafrechts betrachtete Dieb behandelt sein konkretes Opfer demnach als etwas Allgemeines¹³⁹. Der allgemeine Status des Menschen im Recht ist derjenige einer Person¹⁴⁰. 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 lässt¹⁴¹. Verallgemeinernd gesprochen, behandelt ein Straftäter einen anderen Menschen – dieses Opfer – mithin als Sache, nicht als Person¹⁴². 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.

bewertete Möglichkeiten¹⁴³, 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 entfaltet¹⁴⁴. 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 umzugehen¹⁴⁵. Diese Einzelsvorschrift wiederum ist ein integraler Bestandteil der gesamten (Straf-)Rechtsordnung. Ihr den Gehorsam zu versagen bedeutet deshalb, die Rechtsordnung insgesamt zu verletzen¹⁴⁶, 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 instinkartig 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.

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 Binding¹⁵⁰ 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 ersetzen¹⁵². 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 bürgerrechtlichen Identität gegenüber¹⁵³. 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.

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 kann¹⁵⁴. 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 birgt¹⁵⁵. Da Normen mit der Bezeichnung von Alternativen – Normerfüllung versus Normverletzung – beginnen¹⁵⁶, berauben sie ihren Gegenstand seiner Notwendigkeit und heben ihre eigene Verletzbarkeit hervor¹⁵⁷. 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 Zählung 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 Neigung

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.

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 Zwangsandrohung 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 erstickten¹⁶².

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.

Großen und Ganzen in freiem Gehorsam dem Recht unterordnen und rechtswidrige Handlungen vereinzelt erscheinen bleiben¹⁶³; darin liegt der harte Kern von deren Verantwortung als Mitträger des bestehenden rechtlichen Zustandes¹⁶⁴.

Zwar herrscht, wie schon Hegel herausstellt, in modernen Staaten das Prinzip der Arbeitsteilung vor¹⁶⁵, 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 auszeichnet¹⁶⁶. 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 Rollen¹⁶⁸. Seine Bewährung „in dem gewöhnlichen Zustande und Lebensverhältnisse“ bezeichnet Hegel als Patriotismus¹⁶⁹. 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 Rechtshandelns¹⁷⁰ 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.

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 erweise¹⁷².

Die Kategorie der Geltung reflektiert damit das von mir an früherer Stelle¹⁷³ 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 bei¹⁷⁴. 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 Maßgeblichkeit¹⁷⁵.

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.

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 – bricht¹⁷⁶. 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 Individualismus¹⁷⁷ 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 Problematik¹⁷⁸. 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.

Meine Bezugnahme auf Hegel, der bei zahlreichen deutschen Strafrechtlern – übrigens im Unterschied zu den meisten seiner heutigen philosophischen Interpreten¹⁷⁹ – nach wie vor im Ruf der Staatsvergötzung steht¹⁸⁰, 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 nehmen¹⁸¹. 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 werden¹⁸². 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 Philosophie¹⁸³. 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.

dankens mit dem Gedanken der Freiheitswahrung, die meines Erachtens den Geltungsanspruch des heutigen Strafrechts rechtfertigt¹⁸⁴.

Über jemanden zu *bestimmen* bedeutet, ihn zu beherrschen¹⁸⁵. Die Besonderheit der *Selbstbestimmung* 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 Staatsbürgers¹⁸⁶. 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 Bestimmung 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.

Zustimmung gemeint ist¹⁸⁸. 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* bewährt¹⁹¹.

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 unterschätzt¹⁹². 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] Demokratieförner“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.

chen Rechtsgutlehre, die, in „eine[r] Art normative[r] Parallelwelt“ befangen¹⁹⁵, 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 Freiheit¹⁹⁶.

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 republikanisch¹⁹⁷. 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 definiert¹⁹⁸ und sich deshalb mit der Begründung von Pflichten zur Mitwirkung an überindividuellen politischen Entitäten von vornherein schwer tut¹⁹⁹. Der von mir zu Beginn dieses Abschnitts erwähnten Unterscheidung Duffs zwischen Untertanen und Bürgern²⁰⁰ liegt ein solcher republikanischer Bürgerbegriff zugrunde²⁰¹. Auch das Anliegen der von mir vorgeschlagenen Konzeption besteht letztlich darin, der Strafrechtswissenschaft die Tradition republikanischen Freiheitsdenkens in Erinnerung zu rufen²⁰².

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.

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 sein²⁰³. 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 sind²⁰⁵. „Das Abstrakte ist der Recht, die Verwirklichung der Staat.“²⁰⁶ Verkörpert demnach die Person die „Existenz des Geistes, die Freiheit“ in ihrer abstrakten Form²⁰⁷, 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 realisiert²¹⁰. 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: Kubicieł 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.

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

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

III. Strafen

1. Das Dilemma der Vergeltung

Diesem Angriff – in Hegels Terminologie: dieser Negation – wird im Akt der Bestrafung widersprochen; mit Hegel gesprochen wird er negiert. Vergeltung ist nichts anderes als diese Negation der Negation²¹⁴. Derlei Wendungen sind aus der straftheoretischen Diskussion in Geschichte und Gegenwart hinlänglich vertraut. Nicht selten sind sie allerdings zum Gegenstand derben Spotts gemacht worden: Dunkle Worte ohne greifbaren Inhalt, bloße Gedankenlyrik, die dem Rationalitätsanspruch der Moderne, zumal wenn es um ein so ernstes Geschehen wie die Verhängung von Strafen geht, nicht im Entferntesten gerecht werde²¹⁵. Etwas dunkel zu finden ist freilich nicht per se ein Zeugnis überlegener Intellektualität; nach einem Spottwort Lichtenbergs können „die Elefanten und die Pudelhunde [...] wer weiß was dunkel finden“²¹⁶. Zwar trifft es zu, dass Hegels Präzision mitunter den Eindruck des Vagen erzeugt²¹⁷. Dieser Eindruck lässt sich indes zerstören; dies möchte ich nachfolgend versuchen.

Ansetzen möchte ich bei einem allgemeinen Bedenken, dem sich die hier skizzierte Konzeption ausgesetzt sieht. Dieses Bedenken kann man in Anlehnung an Möllers als das *Dilemma der Vergeltung* bezeichnen. Von einer angemessenen Straftheorie erwarten wir danach einerseits, dass sie einen sachlich plausiblen Konnex zwischen dem Gehalt der verletzten Norm und der Sanktion „Strafe“ zu etablieren vermag. Andererseits aber verlangen wir von der Strafe, Distanz zum Normbruch zu halten, diesen also nicht als Sanktion verkleidet zu wiederholen²¹⁸. Gerade weil die Vergeltung der erstgenannten Anforderung überaus gut gerecht wird, scheint sie der zweiten Anforderung

214 Hegel (Fn. 58), § 97 Z (S. 186).

215 Exemplarisch *Hawkins*, in: Grupp (Hrsg.), *Theories of Punishment*, 1971, S. 16; *Zürcher*, *Legitimation von Strafe*, 2014, S. 73 ff.

216 *Lichtenberg*, *Aphorismen*, 1976, S. 94.

217 *Ritter* (Fn. 154), S. 96 f.

218 *Möllers* (Fn. 34), S. 175.

umso weniger zu genügen. Verbirgt sich hinter ihrer ehrfurchtgebietenden terminologischen Fassade nicht vielmehr ein moralisch höchst anrühiges Anliegen: der Wunsch nach Rache? Kein Philosoph hat diesen Vorwurf eindringlicher artikuliert als Schopenhauer: „Alle Vergeltung durch Zufügung eines Schmerzes, ohne Zweck für die Zukunft, ist Rache, und kann keinen anderen Zweck haben, als durch den Anblick des fremden Leidens, welches man selbst verursacht hat, sich über das selbst erlittene zu trösten. Solches ist Bosheit und Grausamkeit, und ethisch nicht zu rechtfertigen.“²¹⁹

Die Bedenken gegen ein krudes Vergeltungsdenken waren im 19. Jahrhundert allerdings nicht auf philosophische Außenseiter wie Schopenhauer beschränkt. Auch Friedrich Julius Stahl, der Rechtsphilosoph des preußischen Konservativismus, wies nachdrücklich auf die offene Flanke jenes Modells der Strafbegründung hin: „wie kann eine Wiederherstellung der verletzten Ordnung darin liegen, daß dem Verletzer ein Uebel zugefügt wird, was die Strafe unläugbar ist? Dadurch, daß ein zweites Uebel in die Welt kömmt, ist nicht der Widerspruch, den das erste enthält, aufgehoben.“²²⁰ Stahl griff hier auf eine Erwägung zurück, der einige Jahrzehnte zuvor ausgerechnet der von Schopenhauer gehasste Hegel beredten Ausdruck verliehen hatte: Es sei unvernünftig, ein Übel bloß deshalb zu wollen, weil schon ein anderes Übel vorhanden sei²²¹. Im Lichte dieser Kritik sind vergeltungstheoretische Strafbegründungen nur unter der Voraussetzung akzeptabel, dass es ihnen gelingt, der Strafe einen über die von Hegel perhorreszierte negative Sequenz zweier Übel hinausgehenden *positiven* Sinn zuzuschreiben, ohne dabei auf das Arsenal der herkömmlichen Präventionslehren – Abschreckung, Besserung, Unschädlichmachung – zurückzugreifen. Wie anspruchsvoll diese Aufgabe ist, zeigt sich daran, dass ihr selbst ein so großer Philosoph wie Kant nicht gerecht geworden ist.

219 *Schopenhauer*, Die Welt als Wille und Vorstellung I, in: ders., Werke in fünf Bänden, hrsg. von Lütkehaus, Bd. 1, 1991, S. 451.

220 *Stahl*, Die Philosophie des Rechts, Bd. II/1, 5. Aufl. 1878, S. 165 f.

221 *Hegel* (Fn. 58), § 99 A (S. 187).

Zwar lässt sich eine Praxis des Verantwortlichmachens nach Maßgabe des Verdienten in einem unter der Idee der Freiheit operierenden System ethischer und juridischer Zurechnung als Ausdruck des *Respekts* vor dem Täter begreifen und legitimieren, der von seiner Fähigkeit zur Weltgestaltung aus freien Stücken nun einmal so (nämlich in pflichtwidriger Weise) und nicht anders (nämlich pflichtgemäß) Gebrauch gemacht hat²²². Hegel wird diesen Gedanken in die berühmte Formel kleiden, dass der Täter durch seine Bestrafung als Vernünftiges geehrt werde²²³. Damit wird jedoch nicht begründet, weshalb die Praxis des strafrechtlichen Verantwortlichmachens die Inaussichtstellung und Zufügung von *Schmerz* beinhalten darf. Dass dem so sei, ist in Kants System kein spezifisch rechts- oder gar strafrechtsphilosophischer Satz. Das eindeutige Bekenntnis Kants zur Vernunftnotwendigkeit der Verbindung von sittlichem Gebot und Sanktionsdrohung findet sich vielmehr in einem seiner Beiträge zur Religionsphilosophie, dem *Theodizee*-Aufsatz²²⁴. Im Hintergrund dieser Ausführungen steht denn auch ein Theodizeeproblem, nämlich „das Mißverhältnis zwischen der Strafflosigkeit der Lasterhaften und ihren Verbrechen in der Welt“²²⁵ – ein Missverhältnis, das Kant in das Begriffspaar „Glückseligkeit versus Glückswürdigkeit“ kleidet. Zur Glückseligkeit, der „Befriedigung aller unserer Neigungen“²²⁶, treibe den Menschen seine Natur an. Die Vernunft schränke ihn demgegenüber „auf die Bedingung der Würdigkeit glücklich zu sein, d. i. der Sittlichkeit“ ein²²⁷. In vollem Maße glücklich ist nach Kant deshalb nur eine solche Person, deren Wille sich stets im Einklang mit der allgemeinen Ge-

222 In diesem Sinne etwa Duff (Fn. 152), S. 133; *ders.*, in: (Fn. 176 – Retributivism), S. 14; Holtman, in: (Fn. 176 – Retributivism), S. 116; Markel (Fn. 176), S. 51 f.; Shuster, Punishment and the History of Political Philosophy, 2016, S. 101 ff.

223 Hegel (Fn. 58), § 100 A (S. 191).

224 Kant, Über das Mißlingen aller philosophischen Versuche in der Theodizee, AA, Bd. 8, 1923, S. 257; inhaltlich übereinstimmend bereits *ders.*, Kritik der praktischen Vernunft, AA, Bd. 5, 1908, S. 37 f.

225 Kant (Fn. 224 – Mißlingen), AA, Bd. 8, S. 257.

226 Kant, Kritik der reinen Vernunft, B 834, AA, Bd. 3, 1904, S. 523; näher *ders.* (Fn. 224 – KpV), AA, Bd. 5, S. 124 (A 224).

227 Kant, Anthropologie in pragmatischer Hinsicht, AA, Bd. 7, 1917, S. 326.

setzung der Vernunft befinde; glücksunwürdig sei der Einzelne hingegen, weil und insoweit sein Wille der Moralität widerstreite²²⁸.

Wer verbrecherische Handlungen begeht, verwirkt nach Kant aus diesem Grund gemäß dem Ausmaß seiner Schuld seine Würdigkeit, die Annehmlichkeit des Lebens zu genießen²²⁹. Seine Bestrafung mache diese Glückswürdigkeitseinbuße äußerlich sichtbar und physisch erfahrbar²³⁰. Dieser Argumentationsgang steht jedoch in einem offenkundigen Spannungsverhältnis zu Kants Unterscheidung zwischen ethischer und juridischer Gesetzgebung²³¹. Wer sich nur aus Furcht vor Strafe rechtstreu verhält, genügt danach zwar den Anforderungen der juridischen Gesetzgebung. Moralisch gesehen ist er jedoch ein Sünder²³². Ein solcher aber ist keineswegs glückswürdig. Aus gutem Grund dient Kant das Postulat des Einklangs von Glückseligkeit und Glückswürdigkeit sowohl in der *Kritik der reinen Vernunft* als auch in der *Kritik der praktischen Vernunft* in erster Linie dazu, die moralische Notwendigkeit Gottes zu erweisen²³³. Als „Herzenskündiger“²³⁴ ist dieser dazu imstande, „auch das Innerste der Gesinnungen eines jeden zu durchschauen und, wie es in jedem gemeinen Wesen sein muß, jedem, was seine Thaten werth sind, zukommen zu lassen“²³⁵. Ein menschlicher Richter ist zu einem solchen Blick ins Innere eines Anderen weder berechtigt noch in der Lage²³⁶.

Dessen ungeachtet geht Kant offenbar davon aus, dass im juristischen Bereich eine abgeschwächte Version der Verknüpfung von

228 Kant, Über den Gemeinspruch, AA, Bd. 8, 1923, S. 278.

229 Kant (Fn. 224 – KpV), AA, Bd. 5, S. 37 (A 66).

230 Kant, Metaphysik der Sitten Vigilantius, AA, Bd. 27/2/1, 1974, S. 552.

231 Kant (Fn. 188), AA, Bd. 6, S. 218 ff.

232 Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, AA, Bd. 6, 1914, S. 30.

233 Kant (Fn. 226), B 832 ff., AA, Bd. 3, S. 522 ff.; ders. (Fn. 224 – KpV), AA, Bd. 5, S. 124 ff. (A 223 ff.).

234 Kant (Fn. 232), AA, Bd. 6, S. 99, 439.

235 Kant (Fn. 232), AA, Bd. 6, S. 99.

236 So schon Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil 1, 1799 (ND 1966), S. 24 ff.

Glückseligkeit und Glückswürdigkeit Geltung beansprucht²³⁷, dergestalt, dass der Kreis der glückwürdigkeitsmindernden Verhaltensweisen dort auf rechtspflichtwidrige Handlungen beschränkt, die Strafduldungspflicht der Delinquenten nach Grund und Umfang an diesen Handlungen ausgerichtet und die Strafe ihnen im Rahmen eines emotionsabsorbierenden und streng rechtsgebundenen Verfahrens auferlegt werde²³⁸. Bei Kants Versicherung, diese Praxis entspreche „unser[r] Idee von der Gerechtigkeit“²³⁹, handelt es sich freilich um eine bloße Evidenzbehauptung²⁴⁰. Seine Strafbegründung enthält deshalb allenfalls „die Anerkennung der Nothwendigkeit, daß das Strafrecht aus der Vernunft oder aus der Idee der Gerechtigkeit hergeleitet werden müsse, nicht aber die wirkliche Herleitung“²⁴¹.

2. Strafe als „Symbol der Strafwürdigkeit“

Worin also liegt das Positive des negierend-vergeltenden Widerspruchs gegenüber dem Verbrechen? Der Ausgangspunkt der von mir vorgeschlagenen Antwort liegt in dem simplen, auf den ersten Blick geradezu banalen Umstand, dass derjenige, der eine Straftat begeht, und derjenige, der ihn dafür zu einer Strafe verurteilt, *eines* gemeinsam haben, nämlich ihre Eigenschaft als Handelnde. Ihr verbrecherisches bzw. strafendes *Handeln* – nicht eine abstrakte Wesenheit wie „das Verbrechen“ oder „die Strafe“ – ist Gegenstand der Verurteilung

237 So auch die Kant-Deutungen bei *Dusch*, Staat und Strafe, 2011, S. 245 f., 249 f., 274, 293; *Fleischacker*, Kant-Studien 79 (1988), 446 ff.; *Hüning*, in: ders. u. a. (Hrsg.), Aufklärung durch Kritik, 2004, S. 348 f.; *Lesch*, Der Verbrechensbegriff, 1999, S. 23 f., 38; *Shell*, Kantian Review 1 (1997), 122 f.; *Shuster* (Fn. 222), S. 110 ff.

238 In diesem Sinne *Kant* (Fn. 188), AA, Bd. 6, S. 460 f.; *ders.* (Fn. 227), AA, Bd. 7, S. 270 f.

239 *Kant* (Fn. 230), AA, Bd. 27/2/1, S. 552.

240 *Brandt*, in: Schönrich/Kato (Hrsg.), Kant in der Diskussion der Moderne, 1996, S. 435; *Scheid*, Ethics 93 (1983), 274.

241 *Luden*, Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechts, Bd. 1, 1847, S. 38.

bzw. der Legitimation. Ebenso wie der verbrecherischen Handlung kommt auch der Handlung des Bestrafens der Charakter einer Stellungnahme zu. Stellungnahmen aber umfassen, wie gesehen, stets *zwei* Aussagen: Indem sie etwas Bestimmtes bejahen, verneinen sie anderes, und umgekehrt²⁴². Mit seinem Ja zu der von ihm verwirklichten rechtswidrigen Handlungsalternative spricht der Straftäter zugleich ein implizites Nein zu den Anforderungen der von ihm verletzten Norm²⁴³. Auch das über die Rechtsfolge des Beschuldigtenverhaltens urteilende Gericht sieht sich einer Handlungsalternative gegenübergestellt – der Frage, ob es jenes Verhalten für strafbar erklären soll oder nicht. Indem es diese Frage im erstgenannten Sinne beantwortet, weist das Gericht einerseits die vom Delinquenten in die Welt gesetzte Gegennorm zurück, hält ihr also ein Nein entgegen. Andererseits bestätigt und bekräftigt es dadurch die Maßgeblichkeit der von dem Bestraften gebrochenen Normenordnung.

Die Bestrafung ist demnach in erster Linie ein *Zeichen*, mit Kant kann man auch sagen: ein „Symbol der Strafwürdigkeit“²⁴⁴. Durch Symbole werden sinnliche Einzelinhalte zu Trägern allgemeiner geistiger Bedeutungsgehalte geformt²⁴⁵. „Ihr Gehalt geht rein und vollständig in der Funktion des Bedeuten auf.“²⁴⁶ So verhält es sich auch mit der Strafe. Ihre legitimationstheoretisch tragende Bedeutung besteht darin, ein kommunikativer Akt, und zwar eine „aus der Negation des Verbrechens entspringende Position des Rechtes“²⁴⁷ zu sein²⁴⁸: „Punishment as Language“²⁴⁹. Die Entscheidung über Bestrafung oder

242 Oben S. 16 f.

243 Oben S. 33.

244 Kant, Brief an Johann Benjamin Erhard, AA, Bd. 11, 1900, S. 398.

245 Cassirer, Der Begriff der symbolischen Form im Aufbau der Geisteswissenschaften, in: ders., Werke (Fn. 117), Bd. 16, 2003, S. 79.

246 Cassirer (Fn. 123), S. 40.

247 Hälschner (Fn. 211), S. 15.

248 Im deutschen Sprachraum wird diese Position am prominentesten vertreten von Jakobs (Fn. 79), S. 112; ders. (Fn. 131), S. 32 f.; ders., Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 25 f. – Für den englischsprachigen Bereich vor allem Duff (Fn. 153), S. 79 ff.

249 So der programmatische Titel eines Aufsatzes von Primoratz, Philosophy 64 (1989), 187 ff.

Nichtbestrafung gehört insofern, anders als von den Präventionstheorien angenommen, nicht dem Bereich der *Poiesis* an, sondern dem der *Praxis*: Sie *dient* nicht der kollektiven Selbstvergewisserung, der Beantwortung der Frage: „Wer wollen wir sein?“, sie *vollzieht* diese Selbstvergewisserung²⁵⁰.

Dadurch werden die individual- und gesellschaftsgestalterischen Erwartungen und Hoffnungen, die sich an diesen Handlungsvollzug knüpfen, freilich nicht für illegitim erklärt²⁵¹; sie rücken aber legitimisationstheoretisch in die zweite Reihe²⁵². Selbstverständlich ist es begrüßenswert, dass die Praxis des Bestrafens deliktsgeneigte Bürger abschreckt und die rechtstreuen Bürger in ihrer Haltung bestärkt²⁵³. In den Worten Hälschners ist dies schon deshalb wichtig, weil im „wohlgeordneten, gesunden Staatsleben“ zwar die einzelne verbrecherische Tat nicht sofort die Staatsgewalt in ihrer Machtstellung zu gefährden vermag. Dies gilt aber „nur unter der Voraussetzung, daß das Recht fortdauernd seine Macht in der Tilgung der Verbrechen bethätigt und damit sich im Bewußtsein der Verbrecher wie aller Anderen in seiner Autorität und Machtstellung behauptet“²⁵⁴. Die hiesige Konzeption verbietet mithin nicht die Freude über die verschiedenen individual- und sozialpsychologischen Folgen des Strafens. Sie lehnt es lediglich ab, die *Legitimität* der Strafe maßgeblich auf ihre Eignung zur Erreichung dieser Folgen zu stützen. Dies zu tun hieße nämlich, nicht mehr, wie es dem Bedeutungsgehalt der Strafe entspricht, *mit* dem Delinquenten zu sprechen, sondern *vermittels seiner* mit *anderen* Personen. Dies aber würde den Betreffenden, mit der bekannten Kritik Kants an den präventionstheoretischen Strafbegründungen gesprochen, unter die Gegenstände des Sachenrechts mengen²⁵⁵, ihm also die ihm ge-

250 Jakobs, in: Kodalle (Hrsg.), Strafe muß sein! Muß Strafe sein?, 1998, S. 36; ders., EuS 12 (2001), 108; ders. (Fn. 85), S. 59 f.; Duff (Fn. 153), S. 88 f.

251 Klarstellend Lacey (Fn. 176), S. 185.

252 Ebenso Duff (Fn. 153), S. 89; ders. (Fn. 152), S. 134; Gärditz (Fn. 36), S. 23; Primoratz, Justifying Legal Punishment, 1989, S. 153; ders., Philosophy 64 (1989), 198.

253 Beispielhaft Lacey (Fn. 176), S. 182 f.

254 Hälschner (Fn. 172), S. 32.

255 Kant (Fn. 188), AA, Bd. 6, S. 331.

bührende Anerkennung als kompetent Handelnder, der eine Antwort auf seinen kommunikativ relevanten Beitrag verdient, versagen.

3. *Strafzwang*

Kompetente Zeichenverwender bringen ihre kommunikativen Anliegen nicht stammelnd oder undeutlich zum Ausdruck, sondern elaboriert, prägnant und gut nachvollziehbar. Diese Anforderungen an „gekonnte“ Semantik gelten auch für die Verwendung des „Rechtszeichens“²⁵⁶ der Strafe. Die strafende Position des Rechts darf deshalb nicht irgendwie, sie muss vielmehr in einer Weise erfolgen, die den genannten Bedeutungsgehalt sozial überzeugend zum Ausdruck bringt. Zwar erbringen die Gerichte, indem sie die Maßgeblichkeit der vom Delinquenten verletzten Normen für das Selbstverständnis der Rechtsgemeinschaft bestätigen, im Ergebnis die gleiche Leistung wie die Bürger, die sich von vornherein rechtstreu verhalten²⁵⁷. Im Unterschied zu diesen sehen sich die Gerichte allerdings nicht lediglich mit einem bloß möglichen, sondern einem tatsächlich vollzogenen Nein zu der strafrechtlichen Normenordnung konfrontiert. Der Delinquent stellt, mit *Binding* gesprochen, die Machtfrage²⁵⁸, und darauf muss die Rechtsgemeinschaft eine passende Antwort geben. Dies tut sie, indem sie durch die Verhängung von Strafe das Verbrechen „zu einem Untergeordneten und Überwundenen“ herabsetzt²⁵⁹. Deshalb sorgt die Rechtsgemeinschaft mittels der Bestrafung dafür, dass der von dem Straftäter geübte Zwang auf diesen selbst zurückschlägt²⁶⁰. Dadurch bringt sie zum Ausdruck, dass die Macht in Wirklichkeit nach wie vor

256 *Borsche* (Fn. 5), S. 239 ff.

257 *Oben* S. 37 f.

258 *Binding*, Handbuch des Strafrechts, 1885, S. 236.

259 Vgl. *Hegel*, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, in: ders., Werke (Fn. 44), Bd. 12, 1986, S. 28 (dort auf die Rolle des Bösen in der Weltgeschichte bezogen).

260 *Hegel* (Fn. 259), S. 43.

bei ihr liegt. Gewisse „urtümliche Reaktionsmechanismen“²⁶¹ werden auf diese Weise zu sinnvollen Zeichen im Rahmen einer elaborierten und hochgradig ritualisierten Symbolsprache verwandelt.

Die breite soziale Akzeptanz dieses Transformationsvorgangs beweist, dass die Lücke zwischen älteren und modernen, sich gern als „säkularisiert“ beschreibenden Gesellschaften nicht so groß ist, wie dies manchmal behauptet wird. Wie Taylor feststellt, ist das Bedürfnis, einen Riss im Weltgebäude zu kitten, mitnichten auf traditionelle Gemeinschaften beschränkt. Moderne Gesellschaften haben ihre eigenen Rituale der Wiederherstellung, durch die sie die gestörte Ordnung von neuem bekräftigen²⁶², und die Strafe hat unter ihnen einen zentralen Platz²⁶³. Wer dies als unvernünftig schimpft, kann zwar nicht im strengen Sinne widerlegt werden. Er verkennt jedoch, was praktische Philosophie leisten kann und auch nur leisten soll: Synthetisierung vorhandener Überzeugungsstrukturen, nicht Neuerfindung²⁶⁴. Die Philosophen gebieten zwar über ein subtileres methodisches Instrumentarium als die Laien, aber sie können kraft ihres Berufs nicht etwa eine tiefere moralische Einsicht für sich beanspruchen²⁶⁵. Das gewöhnliche moralische Bewusstsein über sich selbst aufzuklären bedeutet deshalb nicht, es einer tadelnden oder entlarvenden Kritik auszusetzen, sondern ihm dazu zu verhelfen, sich besser zu verstehen. Dass die hier skizzierte straftheoretische Konzeption dies leistet, ist der Anspruch, an dem sie gemessen werden will.

Für den Verurteilten zeitigt die strafende Art der Zeichenverwendung freilich oft einschneidende, ja existenziell bedrohliche Konsequenzen, hat er doch nicht nur einen abstrakten Tadel, sondern einen Eingriff in seinen daseienden Willen, seine sinnliche Realität zu dul-

261 Gärditz (Fn. 36), S. 45.

262 Taylor (Fn. 5), S. 529.

263 Lacey (Fn. 176), S. 185.

264 Näher Pawlik, GA 2014, 386 f.

265 Diese Position findet Zustimmung in ganz unterschiedlichen philosophischen Lagern; vgl. nur einerseits Henrich, Denken und Selbstsein, 2007, S. 94; andererseits Rorty, Philosophie als Kulturpolitik, 2008, S. 320.

den²⁶⁶. In Hegels Worten wird ihm durch die Bestrafung genommen, was er behalten will²⁶⁷: seine Freiheit, sein Eigentum und Vermögen, äußerstenfalls sogar seine leibliche Existenz²⁶⁸. Nicht von ungefähr sind der Leib, die Bewegungsfreiheit und die Verfügungsbefugnis über die eigenen Güter in unserer Kultur als die zentralen „Zeichen der Freiheit“ anerkannt²⁶⁹. Dessen ungeachtet ändert die verbrecherische Handlung des Straftäters nichts daran, dass er Bürger ist und bleibt²⁷⁰; eben deshalb wird er aus seiner Verantwortung für das Gelingen des Projekts einer wirklichkeitshaltigen Freiheitsordnung nicht entlassen. Was sich verändert, ist lediglich der *Inhalt* seiner Verpflichtung. Der legal handelnde Bürger trägt zur Stabilisierung eines Zustands realer Freiheitlichkeit dadurch bei, dass er den anderen das Ihrige an Freiheit belässt. Im Fall des Straftäters wandelt sich die primäre Erfüllungspflicht zu einer sekundären Duldungspflicht: Weil der Delinquent dem Grundaxiom aller Rechtlichkeit – dem Satz, dass es gesicherte Freiheit nur um den Preis der Pflichterfüllung gibt – zuwidergehandelt hat, muss er es sich gefallen lassen, dass auf seine Kosten die Unauflöslichkeit des Zusammenhangs von Freiheitsgenuss und Mitwirkungspflichterfüllung bestätigt wird²⁷¹. Der Name des bestätigenden Akts lautet: Bestrafung²⁷².

Wie die Strafe im Einzelnen ausgestaltet werden muss, um sozial glaubwürdig zu sein, hängt zum einen von der kulturellen Vorprägung und zum anderen von dem aktuellen Sicherheitsniveau der betreffenden Gesellschaft ab. Apriorische Aussagen, namentlich eine buchstäb-

266 *Hegel*, Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818–1831, hrsg. von Ilting, 1974, Bd. 4, S. 550, 552.

267 *Hegel* (Fn. 266), S. 285.

268 *Hegel* (Fn. 266), S. 550.

269 *Borsche*, in: Simon (Hrsg.), *Zeichen und Interpretation*, 1994, S. 114.

270 *Duff* (Fn. 153), S. 72, 77, 90, 113, 130, 151; *ders.* (Fn. 176 – Foundations), S. 144.

271 Grundlegend *Merkel*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889, S. 171 f.; *ders.*, Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, 1899, 1. Hälfte, S. 383 ff., 2. Hälfte, S. 584 ff. sowie *Binding*, Grundriss des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1913, S. 227; *ders.* (Fn. 150), S. 425 f. – Eine parallele Begründungsfigur entwickelt *Duff* (Fn. 176 – Foundations), S. 140.

272 Einzelheiten bei *Pawlik* (Fn. 31), S. 116 ff. – Nahestehend *Jakobs* (Fn. 79), S. 114; *ders.* (Fn. 248), S. 32; *ders.* (Fn. 131), S. 33 f. – Weitere Nachweise oben Fn. 176.

lich verstandene Talion, wie sie Kant vorschwebte²⁷³, sind hier fehl am Platz. So gilt die von Kant und Hegel noch ganz selbstverständlich akzeptierte Todesstrafe²⁷⁴ heute zumindest unter den kulturellen Eliten Europas als barbarisch und daher als untaugliche sinnliche Repräsentantin des Rechtszeichens der Strafe. Unverzichtbar ist nur eines: Der Staat muss durch die Ausgestaltung seines Strafrechtssystems unmissverständlich deutlich machen, dass es ihm mit der Zurückweisung von Straftaten ernst ist²⁷⁵. „Ein höfliches Recht will gar nichts heißen.“²⁷⁶ Begnügt der Staat sich mit dem großzügigen Erlass von Strafbestimmungen, ohne für deren regelmäßige Durchsetzung Sorge zu tragen, so wird seine performative Selbstdarstellung irgendwann ähnlich unglaubwürdig wie diejenige des Vaters, der sein Kind für einen Streich tadelt, sich dabei aber kaum das Lachen verkneifen kann. In den Worten Reinhold Köstlin, des meines Erachtens Wichtigsten aus dem Kreis der strafrechtlichen Hegelianer, wird „trotz aller Protestationen dagegen das Unrecht fortbestehen, sich als geltend behaupten“²⁷⁷, und dadurch die wirklichkeitsbestimmende Macht des Rechts schmälern. Ein Zuviel an Strafrechtsnormen ist tendenziell schädlicher als ein Zuwenig²⁷⁸.

273 Kant (Fn. 188), AA, Bd. 6, S. 332 f.

274 Vgl. Kant (Fn. 188), AA, Bd. 6, S. 333 ff.; Hegel (Fn. 58), § 100 A/Z (S. 190 ff.).

275 Anderson (Fn. 141), S. 220 f.; Duff (Fn. 153), S. 28, 72, 114; ders. (Fn. 152), S. 138 f.; ders. (Fn. 222), S. 17; Hörnle, *Straftheorien*, 2011, S. 42; Markel (Fn. 176), S. 54; Primoratz (Fn. 145), S. 75 ff.; ders. (Fn. 252), S. 151 ff.; ders., *Philosophy* 64 (1989), 200; Wringer, *An Expressive Theory of Punishment*. 2015, S. 85 ff.

276 Goethe, *Maximen und Reflexionen*, 1976, S. 207.

277 Köstlin (Fn. 42), S. 36.

278 Jakobs (Fn. 107), S. 62.

IV. Regeln anwenden

1. Praxis als Bedeutungsgenerator

Sowohl das Verbrechen als auch die darauf antwortende Bestrafung sind bedeutungshaltige Handlungen: Der Straftäter widerspricht den Anforderungen seiner Mitwirkungspflicht, die Bestrafung bestätigt deren Maßgeblichkeit²⁷⁹. Das Wort Bestätigung kann, ohne nähere Erläuterung verwendet, allerdings falsche Vorstellungen über den Prozess der Strafrechtsanwendung hervorrufen. Vor allem, wenn sie mit Luhmanns Begriff der „normativen Erwartung“ verbunden wird, dem zufolge Normen prinzipiell dazu dienen, Erwartungen zu *stabilisieren*²⁸⁰, scheint die Rede von der Normbestätigung ein unangemessen statisches Verständnis dieses Prozesses nahezulegen. Die Norm, deren Verletzung sanktioniert wird, wird demnach zwar in ihrer sozialen Maßgeblichkeit gefestigt, inhaltlich aber bleibt sie, wie sie ist. Der ihr von vornherein innewohnende Bedeutungsgehalt wird durch das erkennende Gericht festgestellt und der zur Entscheidung anstehende Einzelfall wird sodann darunter subsumiert, das ist alles. Die Dynamik der Rechtsentwicklung lässt sich so nicht begreiflich machen. Man denke nur an die Situation einer Rechtsprechungsänderung. Um das eng verstandene Bestätigungs-Modell auf sie anwenden zu können, müsste man sich zu der Behauptung versteigen, eine solche Änderung lasse den wahren Norminhalt unangetastet, sie entferne lediglich die Hülle der bisherigen, nunmehr als falsch erkannten Auslegung, die den Glanz dieser Wahrheit bislang verhüllt habe. Eine solche Konstruktion entfernt sich jedoch dermaßen weit von der wohl bestgesicherten Einsicht der neueren juristischen Methodenlehre, dem Satz vom kreativen Charakter juristischer Interpretation²⁸¹, dass sie auch

279 Oben S. 38 f., 51 ff.

280 Luhmann, Rechtssoziologie, 3. Aufl. 1987, S. 42 ff. – Berechtigte Kritik an diesem Normverständnis übt Möllers (Fn. 34), S. 129.

281 Zusammenfassend Müller/Christensen (Fn. 37), S. 185 ff.; Müller/Christensen/Sokolowski (Fn. 37), S. 19 ff., 42, 74, 166; Müller (Fn. 37), S. 35, 38, 62 f.; Seel-

das auf sie gestützte Bestätigungs-Modell der Strafbegründung nachhaltig desavouieren würde.

Meines Erachtens liegt der Fehler allerdings nicht bei diesem Modell, sondern in einem unangemessen verdinglichenden Verständnis dessen, woher die Bedeutung von – hier: strafrechtlichen – Ausdrücken rührt. Bedeutungen sind nichts Gegebenes; entgegen der subkutanen Metaphysik eines jeden Regelplatonismus, selbst wenn er in positivistischem Gewand einherkommt, sind sie keine Schätze, die nur darauf warten, von findigen Sprachverwendern aufgefunden zu werden²⁸². Sprachliche Bedeutungen sind vielmehr das Ergebnis einer kollektiven Handlungspraxis²⁸³. Die Grundstruktur sozialer Praktiken hat Hegel in die berühmte Formel vom „*Ich*, das *Wir*, und *Wir*, das *Ich* ist“, gekleidet²⁸⁴. Die sittliche Substanz ist demnach den einzelnen Subjekten zwar in dem Sinne „vorausgesetzt“, als diese sie in Gestalt der mannigfachen Handlungs- und Symbolsysteme, die in ihrem Zusammenwirken die „geistige Natur“ ausmachen, bereits vorfinden²⁸⁵. Jedoch sind es die zahllosen aneinander anknüpfenden und aufeinander verweisenden Handlungen ebendieser vielen Einzelnen, durch welche sich „die Substanz des Willens zur organischen sittlichen Welt entfaltet“²⁸⁶. Der Vorschlag Durkheims, soziale Tatsachen wie Dinge zu betrachten²⁸⁷, geht deshalb fehl²⁸⁸. Gesellschaftliche Gegenstände sind nach einer Wendung John Searles vielmehr „Platzhalter für Tätigkeitsstrukturen“²⁸⁹. So wie die vielen Einzelnen von der bestehenden Ordnung abhängig sind, lebt diese umgekehrt davon, dass sie durch

mann/Demko, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 2014, § 6 Rn. 29 ff.; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rn. 677 ff.

282 Müller (Fn. 37), S. 62; klarstellend auch Seel (Fn. 51), S. 93; Stekeler-Weithofer (Fn. 22), S. 51.

283 Oben S. 9 f.

284 Hegel, Phänomenologie des Geistes, in: ders., Werke (Fn. 44), Bd. 3, 1986, S. 145.

285 Köstlin (Fn. 42), S. 114.

286 Köstlin (Fn. 42), S. 114.

287 Durkheim, Die Regeln der soziologischen Methode, 3. Aufl. 1994, S. 115.

288 Taylor (Fn. 5), S. 516.

289 Searle (Fn. 29), S. 67.

die Einzelnen als maßgeblich behandelt, fortgeführt und weiterentwickelt wird.

Dies gilt auch für die Praxis der sprachlichen Bedeutungserzeugung. „Kein Text liest sich selbst“²⁹⁰; ebenso wie jede Praxisform existiert vielmehr auch die Sprache ausschließlich in ihren Realisierungen²⁹¹. Weil die einzelnen Ausdrücke nur in der *Praxis* einer Sprache Bedeutung haben²⁹², gibt es Regeln wie etwa die Normen des Rechts ebenfalls nur im Vollzug²⁹³. Die Sprache ist deshalb „weder eine dem Sprecher vorgeordnete und von ihm unabhängige quasi-natürliche Größe noch ein dem Belieben des jeweiligen Sprechers und seiner Intentionen überantwortetes reines Kunstprodukt“²⁹⁴. Sie entspricht also weder dem aus dem Bereich der belebten Natur bekannten Modell der Ontogenese noch dem durch die Tätigkeit des Handwerkers versinnbildlichten Modell zielgerichteten Herstellens²⁹⁵, sondern stellt, wie der Düsseldorfer Sprachwissenschaftler Rudi Keller es nennt, ein „Phänomen der dritten Art“²⁹⁶ dar: das Produkt von Individuen, die selbst die Produkte ihrer Teilhabe an der Sprache sind²⁹⁷. Die bedeutungserzeugenden Regeln sind den Sprechern aus diesem Grund sowohl vorgegeben als auch ausgeliefert²⁹⁸. Sie gelten in dem Ausmaß und mit dem Inhalt, wie sie in der jeweils aktuellen Sprachpraxis als maßgeblich behandelt werden. Dies hat zur Folge, dass im Einzelfall zwischen Wiederholung und Neuschöpfung nicht unterschieden werden kann²⁹⁹, weil einer jeden Regelanwendung die Möglichkeit einer (mehr oder weniger subtilen) Bedeutungsverschiebung

290 *Fish* (Fn. 97), S. 95.

291 *Menke* (Fn. 186), S. 341; *Stekeler-Weithofer* (Fn. 22), S. 130.

292 *Seel* (Fn. 51), S. 93.

293 *Menke* (Fn. 186), S. 340.

294 *Müller/Christensen* (Fn. 37), S. 225 f.

295 *Keller*, Sprachwandel, 4. Aufl. 2014, S. 25.

296 *Keller* (Fn. 295), S. 87 ff.

297 *Pippin* (Fn. 4), S. 143, der diese Kennzeichnung auf Hegels „Geist“ bezieht.

298 *Brandom* (Fn. 43), S. 100 ff.

299 *Möllers* (Fn. 34), S. 180; *Müller/Christensen/Sokolowski* (Fn. 37), S. 123; *Müller* (Fn. 37), S. 145 f.; *Somek*, Rechtssystem und Republik, 1992, S. 353; *Somek/Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken, 1996, S. 161 ff.

immanent ist³⁰⁰. Die Einsicht in den kreativen Charakter regelanwendender Tätigkeit erscheint vor diesem Hintergrund unausweichlich³⁰¹.

Diese Einsicht gräbt einem allzu engherzigen Verständnis von „bestätigen“ das Wasser ab. Vermag nämlich ein vorgegebener allgemeiner Standard – sei es eine Gesetzesvorschrift oder ein richterrechtliches Prinzip – seine Anwendung auf den einzelnen Fall nicht abschließend zu determinieren³⁰², so kann er in einer auf ihn Bezug nehmenden Entscheidung nur dergestalt bestätigt werden, dass er als ihr (rechtsstaatlich freilich unverzichtbarer) Ausgangs- und Zurechnungspunkt anerkannt wird³⁰³. Bestätigt wird im Akt der Bestrafung insofern nicht nur, ja nicht einmal in erster Linie die jeweils herangezogene Strafvorschrift als solche als vielmehr das Vertrauen darauf, dass ihre Fortentwicklung zu der konkreten Entscheidungsnorm im Einklang mit den etablierten methodischen Standards geschieht. Kurz gesagt: Gegenstand der Bestätigung ist nicht in erster Linie eine konkrete Normauslegung, sondern vor allem eine komplexe Begründungskultur³⁰⁴: das aus der Entwicklung der Profession hervorgehende Verständnis davon, wie der Verlauf der Grenze zwischen dem noch Straflösen und dem schon Strafbaren in methodisch korrekter Weise zu ziehen ist. Dies ist im Folgenden näher erläutert.

300 Möllers (Fn. 34), S. 203; Müller/Christensen (Fn. 37), S. 200; Müller (Fn. 37), S. 128; Müller/Christensen/Sokolowski (Fn. 37), S. 123; Taylor (Fn. 5), S. 480 f.

301 Müller/Christensen (Fn. 37), S. 41 f., 228 f., 269 ff., 325; Müller/Christensen/Sokolowski (Fn. 37), S. 31 f., 73, 107, 126, 140; Müller (Fn. 37), S. 53, 61, 140 f., 338 f., 369; Somek/Forgó (Fn. 299), S. 96 ff., 133 ff.

302 Möllers (Fn. 34), S. 195, 278, 401, 421 f.; Müller (Fn. 37), S. 81, 132; Somek/Forgó (Fn. 299), S. 123, 164.

303 Zu dieser Funktion des Normtextes Müller/Christensen (Fn. 37), S. 149 f., 186, 202, 234, 242, 288; Müller/Christensen/Sokolowski (Fn. 37), S. 32 f., 71, 117 ff.; Müller (Fn. 37), S. 70 f., 81, 95, 105, 113, 145, 369 ff.

304 Vgl. Müller/Christensen (Fn. 37), S. 172, 197 f.; 271; Müller/Christensen/Sokolowski (Fn. 37), S. 27, 35, 135 f.

2. Strafrecht als Produkt eines Begründungsfeldes

Bedeutungen sind das Ergebnis von *Deutungen*. Sie setzen daher *Deutungsmaßstäbe* oder, wie ich sie an früherer Stelle genannt habe, *Bewertungsschemata* voraus³⁰⁵: Kriterien, die die Bedeutungszuschreibung in dem betreffenden Handlungsbereich regulieren. Das strafrechtlich relevante Deutungsschema ist das Strafgesetz³⁰⁶. Wer aber bestimmt über dessen genauen Inhalt? Dass die klassische Antwort „Der Gesetzgeber“ unzureichend ist, wird an kaum einer anderen Rechtsmaterie so deutlich sichtbar wie am Allgemeinen Teil des Strafrechts, der eine gemessen an seiner praktischen Relevanz geradezu lächerlich geringe Anzahl gesetzlicher Vorschriften aufweist. Zu kurz greift aber auch der Verweis auf die Rechtsprechung, insbesondere die der Höchst- und Obergerichte. Zwar wird jeder ernstzunehmende dogmatische Beitrag zu einer bestimmten Einzelfrage der Auseinandersetzung mit der Auffassung des Bundesgerichtshofs großes Gewicht beimessen. Dessen ungeachtet besitzt der Bundesgerichtshof kein Monopol in Deutungsangelegenheiten. Zum einen erhebt jede dogmatische Äußerung den Anspruch, die beste aller in Betracht kommenden Deutungsvarianten zu dem behandelten Problem vorzulegen³⁰⁷. Zum anderen vermag ein (höchst-)gerichtliches Urteil zwar einen konkreten Rechtsstreit, nicht aber die Diskussion der ihm zugrundeliegenden Rechtsfrage als solcher zum Abschluss zu bringen³⁰⁸. Wie die von ihnen gefällten Entscheidungen aus diesem Diskussionsprozess hervorgehen, kann den Gerichten nicht gleichgültig sein. Eine Gerichtsbarkeit, die die in der Fachöffentlichkeit praktizierten Begründungsstandards großflächig unterbietet, setzt mit ihrer fachlichen Reputation zu-

305 Oben S. 21 f.

306 Oben S. 24.

307 Neumann, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, S. 342; ders., Recht als Struktur und Argumentation, 2008, S. 90; Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 366 f.

308 Müller/Christensen/Sokolowski (Fn. 37), S. 168 ff.; Müller (Fn. 37), S. 52 f., 97 f., 371.

gleich auch ihre soziale Autorität aufs Spiel³⁰⁹: So wie in Duffs Untertanenstrafrecht³¹⁰ orientiert man sich an ihr, weil sie machthabend ist, nicht aber weil man in ihr ein respektables Medium praktischer Rechtsvernunft erblickt. Aus gutem Grund legt die höchstrichterliche Rechtsprechung daher gerade in Deutschland Wert darauf, sich mit den aus ihrer Sicht beachtenswerten Literaturstimmen, sei es zustimmend, sei es kritisch auseinanderzusetzen.

Diesen Befunden wird nur gerecht, wer „das Strafrecht“ nicht einfach als seinsgelöste Normenordnung versteht, sondern es ebenso wie die Sprache selbst gebrauchorientiert, d.h. als das höchst bewegliche und inhaltlich niemals eindeutig festlegbare Kondensat einer sozialen Praxis begreift³¹¹. „Jede Einzelheit ist Handeln, nichts tut sich von selbst [...]. Alles muß der praktische Jurist argumentierend entscheiden.“³¹² Ebenso wie die Sprache kein dem Sprecher fertig vorgegebenes Regelwerk, sondern ein „Verfahren zur Konstitution von Bedeutung“³¹³ ist, das durch Machtkämpfe ständig verändert wird³¹⁴, sind daher auch die Normierungen und Wertungen des Strafrechts den Angehörigen der auf seine Auslegung spezialisierten Interpretationsgemeinschaft nicht objektiv vorgegeben. Sie sind vielmehr „abhängig von konfligierenden Bestimmungsversuchen im öffentlichen Sprachkampf“³¹⁵, in dessen Rahmen einzelne, nach Rang und Gewicht sehr unterschiedliche Akteure³¹⁶ Deutungsvorschläge unterbreiten, die von anderen Akteuren sodann übernommen, verworfen oder verändert

309 *Somek/Forgó* (Fn. 299), S. 193 f.

310 Oben S. 34.

311 Näher *Möllers* (Fn. 34), S. 203, 180 ff., 250 ff., *Müller/Christensen* (Fn. 37), S. 209, 223 ff., 345 f.; *Müller/Christensen/Sokolowski* (Fn. 37), S. 26 f.; *Müller* (Fn. 37), S. 66, 387, 391; *Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung?, 1989, S. 277 ff.; *Somek* (Fn. 299), S. 330 ff.; *Somek/Forgó* (Fn. 299), S. 96 ff., 107 ff., 133 ff. – Das Gleiche besagt im Ergebnis Luhmanns Theorie sozialer Systeme (vgl. *Luhmann* [Fn. 307], S. 40 ff.).

312 *Müller/Christensen* (Fn. 37), S. 209.

313 *Christensen* (Fn. 311), S. 278.

314 *Hampe* (Fn. 22), S. 141; *Bourdieu* (Fn. 17), S. 35 f., 72.

315 *Christensen* (Fn. 311), S. 278.

316 Zu den damit verbundenen Fragen *Bourdieu* (Fn. 17), S. 51 ff.

werden³¹⁷. Im Rahmen dieses „semantischen Kampfes“³¹⁸ – eines komplexen Knäuels von vielfältig aufeinander bezogenen Stellungnahmen³¹⁹ – beinhaltet jede Bedeutungszuschreibung eine, sei es explizite, sei es implizite, Zurückweisung der dadurch verworfenen Deutungsalternativen³²⁰; der Satz *Omnis determinatio est negatio* gilt auch insoweit.

Zwar gibt es zu einem gegebenen Zeitpunkt umfangreiche weitgehend zweifelsfreie Bereiche, doch ist, worauf der amerikanische Literaturwissenschaftler und Jurist Stanley Fish hinweist, „dieser Kernbestand von ebenden Kräften geschaffen worden, die er jetzt (freilich nur *vorübergehend*) in Schach hält“³²¹. Das Strafrecht bildet dementsprechend den Inbegriff der zu einem bestimmten Zeitpunkt von den meinungsprägenden Instanzen, vor allem den Gerichten *aktualisierten* und der zu diesem Zeitpunkt im Status der Potentialität befindlichen, aber im Prinzip *aktualisierungsfähigen* Zuschreibungskriterien. Aktualisierungsfähig sind zwar nicht alle irgendwie denkbaren Deutungsvorschläge³²², sondern – wie ich im Anschluss an William James formulieren möchte – nur solche, die *lebendig* in dem Sinne sind, dass sie von denen, welchen sie sich darbieten, als ernsthaft diskutabel, in den üblichen Fachdiskurs integrierbare Möglichkeiten angesehen werden³²³. Dessen ungeachtet ist das Strafrecht – gerade wenn es so stark dogmatisiert ist wie in Deutschland – durch einen großen Überschuss des alternativ Möglichen gegenüber dem Machtvoll-Wirklichen ge-

317 Den Versuch, den Verlauf solcher Deutungskämpfe anhand der evolutionstheoretischen Grundkategorien von Variation, Selektion und Stabilisierung nachzuzeichnen, unternehme ich in: FS Paeffgen, 2015, S. 21 ff.

318 Müller/Christensen (Fn. 37), S. 198, 206, 268; Müller/Christensen/Sokolowski (Fn. 37), S. 9, 58, 64, 66 ff., 78, 105, 112 f., 136; Müller (Fn. 37), S. 20, 148, 348.

319 Möllers (Fn. 34), S. 203.

320 Müller/Christensen/Sokolowski (Fn. 37), S. 58, 111; Müller (Fn. 37), S. 146, 364.

321 Fish (Fn. 97), S. 187 (Hervorhebung im Original).

322 Man mag vom „methodisch Möglichen“ sprechen (so Müller/Christensen/Sokolowski [Fn. 37], S. 132 f.), dies verstanden als der Reichtum der Varianten, die ein Normtext plausiblermaßen zulässt (Müller [Fn. 37], S. 96).

323 Vgl. James, Der Wille zum Glauben, in: Martens (Hrsg.), Philosophie des Pragmatismus, 2009, S. 129.

kennzeichnet³²⁴. Strafrechtlicher Wandel besteht darin, dass einzelne dieser Möglichkeiten an Wirklichkeitsmächtigkeit gewinnen – bis hin zu spektakulären Änderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung –, während andere Möglichkeiten von lebendigen zu toten Hypothesen absinken, zu Positionen also, die zwar vordergründig noch erörtert werden, an deren Überlegenheit aber niemand mehr ernsthaft glaubt³²⁵. Streng genommen verändert sogar jede einzelne literarische oder gerichtliche Stellungnahme das Gesamtgebäude des Strafrechts, weil sie dessen Komplexität, wenn auch nur in minimalem Umfang, erhöht³²⁶. Das so verstandene Strafrecht hat keine distinkten Schöpfer; Autor des Strafrechts – wenn man in diesem Zusammenhang überhaupt noch von Autorschaft reden will – ist vielmehr die Gemeinschaft der professionellen Strafrechtsexperten in ihrer Gesamtheit³²⁷. Mit dem Frankfurter Philosophen Christoph Menke gesprochen: „*Jeder Praxisteilnehmer und nur der Praxisteilnehmer ist ein Praxisbestimmender.*“³²⁸

Wie aber sollen die Praxisteilnehmer an Normen gebunden sein, deren Interpretation nicht fixierbar ist? Läuft dies nicht auf eine Paradoxie, entscheidungstheoretisch gesprochen: einen verkappten Dezinismus hinaus? Mitnichten, denn die behauptete Beliebigkeit gibt es *in praxi* nicht³²⁹. Zum einen bewegt sich jeder Mensch mit seinem Handeln, aber auch mit seinem Denken, Fühlen und Wahrnehmen in einer kulturell bereits erschlossenen Welt³³⁰. Deren symbolische Ordnung „schreibt in das Individuum eine (unbewusste) existenzielle Abhängigkeit von gesellschaftlichen Institutionen ein“³³¹. Jedes *individu-*

324 Möllers (Fn. 34), S. 292; Müller/Christensen (Fn. 37), S. 197 ff., 321, 349 ff.; Müller (Fn. 37), S. 347.

325 Vgl. James (Fn. 323), S. 131.

326 Benhabib, in: Broszies/Hahn (Hrsg.), Globale Gerechtigkeit, 2010, S. 432; Luhmann (Fn. 307), S. 107; Müller/Christensen/Sokolowski (Fn. 37), S. 119; Müller (Fn. 37), S. 108; Somek/Forgó (Fn. 299), S. 138.

327 Vgl. Somek (Fn. 299), S. 356 f.

328 Menke (Fn. 186), S. 341.

329 Ebenso Möllers (Fn. 34), S. 314 ff.

330 Vgl. nur Borsche (Fn. 269), S. 117 f.; Müller (Fn. 37), S. 96.

331 Vesting, Die Medien des Rechts, Bd. 3, 2013, S. 118.

elle Wissen und Können – und gar die Fähigkeit zur Teilnahme an einer derart raffinierten Praxisform wie derjenigen der Strafrechtswissenschaft – ist deshalb vermittelt und bedingt durch ein *gemeinsames* Wissen und Können³³². Sogar der innovativste Schritt kommt nicht aus dem Nichts. „Vielmehr baut er auf längst etablierten Formen auf, und selbst ein besonders heldenmütiger Neuerer muß sie zunächst durch Schulung und Sozialisation lernen, ehe er seinen einsamen Kampf führen kann.“³³³ Auch jede Diagnose eines strafrechtlichen Problems und jeder Vorschlag zu seiner Bewältigung erfolgen auf der Basis einer spezifischen juristischen Sozialisation³³⁴ und fädeln sich unweigerlich in das Gewebe vorhandener Themen und Überlegungen ein³³⁵; bei ihnen handelt es sich niemals nur um individuelle Vorwissenstände, sondern stets auch um soziale Ereignisse³³⁶.

Dieser Disziplinierungseffekt wird dadurch verstärkt, dass wissenschaftliche Äußerungen sich nicht als individuelle Meditationsübungen präsentieren, sondern als Beiträge zu einer laufenden Debatte³³⁷. Daher treten sie mit dem Anspruch auf, so gut begründet zu sein, dass sie von sämtlichen Diskussionsteilnehmern übernommen werden sollten³³⁸. Damit aber gibt der einzelne Diskussionsteilnehmer die Definitionskompetenz über die Güte seines Beitrags aus der Hand³³⁹; denn „was ein triftiger Grund für etwas sei“, das – so bemerkt Wittgenstein – „entscheide nicht ich“³⁴⁰, sondern die Öffentlichkeit der Kommunikationspartner³⁴¹. Auch in der juristischen Welt kommt das Neue nur

332 Seel, Theorien, 2. Aufl. 2009, S. 117; Stekeler-Weithofer (Fn. 22), S. 92 f., 97.

333 Dreyfus/Taylor (Fn. 6), S. 195.

334 Somek/Forró (Fn. 299), S. 133 f.

335 Müller (Fn. 37), S. 376.

336 Vgl. nur Knoblauch, Wissenssoziologie, 2005, S. 18; Luhmann, Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 1, 1993, S. 232; Dreyfus/Taylor (Fn. 6), S. 197 f.; Fish (Fn. 97), S. 52.

337 Luhmann (Fn. 307) S. 364.

338 Oben S. 63.

339 Fish (Fn. 97), S. 64; Müller (Fn. 37), S. 131.

340 Wittgenstein, Über Gewißheit, Nr. 271, in: ders., Werkausgabe (Fn. 15), Bd. 8, 1984, S. 173.

341 Kopperschmidt, Argumentationstheorie zur Einführung, 2000, S. 69 f.; Müller (Fn. 37), S. 414; Nida-Rümelin (Fn. 5 – Philosophie), S. 99, 134.

dann an und verendet nicht in der „Vorhölle der Erwähnungsfußnoten“³⁴² oder im ewigen Eis kollektiver Beschweigung, „wenn es von den richtigen Leuten im richtigen Augenblick und in der richtigen Weise der einflussreichen Bezugsgruppe vorgelegt wird“³⁴³. Deshalb wird sich der einzelne Strafrechtswissenschaftler, wenn schon nicht aus persönlicher Überzeugung, so doch jedenfalls um der von ihm erstrebten Wirkung auf seine Fachgenossen willen³⁴⁴, allzu wilde Gedankenflüge versagen. Stattdessen wird er bestrebt sein, Unvertrautes auf Vertrautes zurückzuführen, also Anschluss an die methodischen und rechtsinhaltlichen „Plausibilitätpotenziale“³⁴⁵ seiner Kommunikationsgemeinschaft zu halten³⁴⁶.

Aus diesen Gründen setzt jede strafrechtswissenschaftliche Begründung „mehr Gewissheiten voraus, als sie ihrerseits methodisch einlösen kann“³⁴⁷. Vor allem aber kommt sie nicht umhin, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass in eine vorhandene Rechtsordnung „nicht irgendwelche Änderungen hineingesetzt werden [können], sondern nur solche, die für vorhandene Problemlösungen – realer oder auch rein dogmatischer Art – funktionale Äquivalente bieten“³⁴⁸ und das vorliegende Rechtsmaterial im Großen und Ganzen zu erfassen und zu rechtfertigen vermögen. Indem er sich, wie oberflächlich auch immer, an den Autoritätsquellen und Begründungsstandards des Systems orientiert, bestätigt jeder Änderungsvorschlag aber zugleich die Maßgeblichkeit dieses Systems³⁴⁹; in dieser Abhängigkeit der Kritik vom Kritisierten liegt die – wenn man das Wort liebt – Dialektik jeder Kri-

342 Kersting, Macht und Moral, 2010, S. 190.

343 Toulmin, Kritik der kollektiven Vernunft, 1983, S. 319.

344 Dazu eindringlich Müller/Christensen/Sokolowski (Fn. 37), S. 94.

345 Kopperschmidt (Fn. 341), S. 66.

346 Allgemein dazu Bourdieu (Fn. 17), S. 56 f.; Kopperschmidt (Fn. 341), S. 81 f.; Tents, Philosophisches Argumentieren, 2. Aufl. 2006, S. 61, 187; speziell für den Bereich des Rechts Christensen (Fn. 311), S. 281 ff.; Rübben, Bedeutungskampf, 2015, S. 133.

347 Kopperschmidt (Fn. 341), S. 80 (dort findet sich auch das obige Zitat); Spaemann, Philosophische Essays, 1994, S. 114 f.; aus rechtstheoretischer Perspektive Somek (Fn. 299), S. 331 f.

348 Luhmann (Fn. 280), S. 349.

349 Menke (Fn. 186), S. 311 f.; Bourdieu (Fn. 17), S. 35 f.

tik³⁵⁰. In besonderer Weise trifft dieser Doppelleffekt von Veränderung und Stabilisierung auf gerichtliche Entscheidungen zu, weil die Gerichte zwar gleichsam von Haus aus ein Stück der Rechtswirklichkeit umgestalten, dabei aber am stärksten von allen Akteuren des Rechtssystems auf die Semantik der Kontinuitätswahrung festgelegt sind. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die gerichtlichen Urteile im Einzelfall die Strafbarkeit des Angeklagten bejahen oder ob sie diese verneinen. In beiden Fällen tragen sie gleichermaßen dazu bei, die Geltung der legitimatorischen Standards zu reproduzieren, welche in dieser konkreten Rechtsgemeinschaft die professionelle Beurteilung der Frage regulieren, ob ein bestimmtes Handeln als strafwürdige Absage an die bürgerliche Mitwirkungspflicht zu bewerten ist.

3. Strafrecht als Manifestation kollektiver Vernunft

Dieser Befund hat eine legitimationstheoretisch bedeutsame Kehrseite. So wie das Strafrecht nicht das Produkt einer benennbaren Zahl von Einzelpersonen, sondern dasjenige einer kollektiven Praxis ist, stellt umgekehrt ein jeder die Maßgeblichkeit dieser Praxis bestätigende Einzelakt in gewisser Weise den Endpunkt einer kollektiven Leistung dar, weil sie es ist, welcher er seinen spezifischen Bedeutungsgelhalt verdankt und welche den Möglichkeitsraum für individuelle Stellungnahmen absteckt. Jean Paul legt den Juristen zwar die antipaulinische Lebensmaxime in den Mund: „prüfet alles und das Schlimmste behaltet“³⁵¹, aber sowohl aus der juristischen Binnenperspektive als auch aus der Sicht einer praxeologisch orientierten Philosophie stellen sich die Dinge umgekehrt dar. In dem Zusammenspiel von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, die einander beobachten, aufeinander Bezug nehmen und einander gegebenenfalls korrigieren, äußert sich danach das höchstmögliche Maß an Rechtsvernunft, welches unter den Bedingungen eines, wie Hegel sagt, „von allen Sei-

350 Stekeler-Weithofer (Fn. 22), S. 366.

351 Jean Paul, *Ideengewimmel*, 1997, S. 157.

ten her in Endlichkeit verstrickte[n]“ Daseins³⁵² (Stichworte: kognitive Beschränkungen, normativer Pluralismus und Zeitknappheit) überhaupt erreichbar ist. Letztlich ist es somit das Wirken dieser gemeinschaftlichen Vernunft, das den mit Strafe bedrohten Mitwirkungspflichtigen ihre inhaltliche Konturierung und das der Praxis der Normbestätigung per Strafe ihre spezifische Dignität verleiht. Diesem Wirken den erforderlichen Raum zu gewähren ist buchstäblich das Beste, das die Rechtsgemeinschaft dem einzelnen Straftäter zu geben vermag; mehr kann und darf er als Bürger nicht verlangen.

352 *Hegel* (Fn. 165), S. 137.

V. Integrieren

1. *Persönliche Verantwortlichkeit des einzelnen Strafrechtswissenschaftlers*

Die Einbettung seines Handelns in eine kollektive Praxis der Generierung, Selektion und Veränderung von Bedeutungen relativiert die persönliche Verantwortlichkeit des einzelnen Strafrechtlers, bringt sie aber nicht zum Verschwinden. Im Gegenteil, gerade weil eine Praxis ihr Bestehen nur in ihren einzelnen Realisierungen hat, ist die Teilnahme an ihr, zumal wenn sie über so einschneidende Sanktionen verfügt wie die Strafrechtspflege, unter legitimationstheoretischen Gesichtspunkten niemals unschuldig. Auch, ja gerade auf der Basis der hier skizzierten praxeologischen Analyse muss die professionelle Befassung mit dem Strafrecht sowohl in ihrem Ob als auch in ihrem Wie individuell verantwortet werden³⁵³. Aus diesem Grund muss den in diesem Bereich Tätigen daran gelegen sein, die Wissensbestände des Strafrechts möglichst gut in ihr rollenübergreifendes Selbstverständnis als reflektierte Subjekte ihres Lebens zu integrieren. Je reibungsloser dem einzelnen Strafrechtler diese Integration gelingt, desto eher wird er dazu bereit sein, zu seiner persönlichen Mitverantwortung für die strafrechtliche Entscheidungstätigkeit zu stehen. Auch diese These bedarf, wie ich annehme, der näheren Erläuterung.

2. *Identitätsbalance als Ziel*

Zwischen dem 17. und dem 19. Jahrhundert hat sich in jenem Teil der Welt, den wir den westlichen zu nennen pflegen, ein folgenschwere gesellschaftlicher Umbau vollzogen; Luhmann bezeichnet ihn als den

353 Müller/Christensen (Fn. 37), S. 191, 285 f.; Müller (Fn. 37), S. 77, 101, 393 f.; Neumann (Fn. 307 – Recht), S. 331; Pawlik (Fn. 31), S. 43 f. m. w. N.; Somek/Forgó (Fn. 299), S. 131 f.

wechseln und ihre Anforderungen in der Einheit *eines* Lebens zu verbinden³⁶².

Es ist wohlgemerkt nicht lediglich die Fähigkeit zu pragmatischer Lebensbewältigung, die hier in Rede steht, sondern diejenige zur Erfahrung existenziellen Lebenssinns. Solange die Gesellschaft dem einzelnen Menschen als geordnetes Ganzes gegenübertrat, in das er sich einzufügen hatte, konnte sein Leben zwar scheitern, weil er nicht über die von ihm verlangten Fähigkeiten verfügte; für die Frage, ob sein Leben Sinn habe, war in einer solchen Gesellschaft jedoch kein Raum vorgesehen³⁶³. Anders verhält es sich, wo die Gesellschaft als Komplexität erscheint, zu der man sich auf je individuelle Weise kontingent und selektiv zu verhalten hat³⁶⁴. Nun muss der Einzelne lernen, sein Handeln auf mehrere soziale Systeme zu beziehen und deren unausgeglichene Anforderungen in einer persönlichen Verhaltenssynthese, einer kohärenten Selbstdarstellung zu vereinen³⁶⁵. Er muss also eine „zwar differenzierte, auch spannungsreiche und trotzdem in sich zusammenhängende Ich-Identität“³⁶⁶ ausbilden – nicht lediglich im Sinne eines theoretischen Konstrukts, sondern einer lebenspraktischen Realität³⁶⁷. Misslingt ihm diese „Integrationsanstrengung im Hinblick auf sich selbst“³⁶⁸, wird dies nicht nur sozial sanktioniert, sondern auch psychisch. Wer empfindet es nicht als äußerst schmerzhaft, dass sein Leben keinen Zusammenhang hat oder sich nicht zu einer Einheit fügt³⁶⁹?

Damit soll nicht der substantialistischen Verselbständigung eines ortlos-immateriellen „wahren Selbst“ das Wort geredet werden, eines Homunculus, der jenseits der verschiedenen Partialidentitäten behei-

362 Descombes (Fn. 361), S. 45; Hampe (Fn. 22), S. 403; Seel (Fn. 51), S. 288; Seel (Fn. 22), S. 24; Taylor (Fn. 3), S. 38.

363 Taylor (Fn. 5), S. 351.

364 Luhmann, Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 3, 1989, S. 225.

365 Luhmann, Grundrechte als Institution, 3. Aufl. 1986, S. 53; ders., Ausdifferenzierung des Rechts, 1981, S. 334.

366 Höffe, Die Macht der Moral im 21. Jahrhundert, 2014, S. 128.

367 Luhmann (Fn. 364), S. 223.

368 Descombes (Fn. 361), S. 35.

369 Taylor (Fn. 5), S. 603.

matet ist und nach Art eines Dirigenten unter ihnen für Ordnung sorgt. Anknüpfend an die handlungstheoretischen Überlegungen, die ich zu Beginn meiner Ausführungen angestellt habe, wird dem einzelnen Akteur lediglich die Fähigkeit zugeschrieben – besser: zugetraut –, ein *gestuftes System* von Handlungsgründen zum Einsatz zu bringen³⁷⁰ und innerhalb der zweiten, der Bewertungsstufe, nochmals zu unterscheiden zwischen der Orientierung an einzelnen Rollengeboten und der Ausrichtung an einer rollenübergreifenden Kohärenzanforderung. „Hinter jedem Wollen steht ein Wollen höherer Stufe, hinter jeder Wahl eine Selbstwahl.“³⁷¹ Dieses Selbst aber ist das konkrete Ich, das sein einzelnes Wollen dem allgemeinen „Richtungssinn“ entsprechend auszurichten hat, der durch seine Selbstwahl vorgezeichnet worden ist³⁷².

Auch die Rede von der „Selbstwahl“ bitte ich nicht misszuverstehen. Ich bin weit davon entfernt, dem Gedanken einer vorbildlosen, aus der Tiefe des je eigenen So-Seins geschöpften Selbsterfindung das Wort zu reden. Alles Wissen, auch das vermeintlich privateste, ist sozial verfasst³⁷³; die Selbstermächtigung des Vernunftsubjekts zur letztgültigen Instanz des Sinnhaften ist angesichts der „Wirklichkeit eines geschichtlichen gesellschaftlichen Apriori“³⁷⁴ eine „aufklärerische Illusion“³⁷⁵. Bei dem, was sich ihm als Selbstwahl darstellt, schöpft der Einzelne vielmehr weitestgehend aus gegebenen sozialen Beständen, die er aufgreift und sich anverwandelt³⁷⁶. Seine Unverwechselbarkeit erreicht er „nicht in der Abweichung, sondern in der Aneignung und Nuancierung dessen, was ihm mit allen gemeinsam ist“³⁷⁷.

Ebenso wenig möchte ich suggerieren, das Selbstbild sei eine Entität von gesetzesähnlicher Struktur, die der Einzelne an einem bestimmten Punkt seines Lebens fix und fertig ausbrütet, um sie von die-

370 Oben S. 8.

371 *Honnefelder* (Fn. 3), S. 26.

372 *Honnefelder* (Fn. 3), S. 53.

373 Oben S. 66 f.

374 *Luckmann* (Fn. 20), S. 161.

375 *Vesting* (Fn. 331), S. 76.

376 Vgl. nur *Luckmann* (Fn. 20), S. 98 f.

377 *Ritter* (Fn. 154), S. 34.

sem Moment an auf künftige Handlungsentscheidungen und -beurteilungen anzuwenden. Wo es um Fragen der persönlichen Identitätsbildung und -bewahrung geht, ist das positivistische Subsumtionsmodell noch stärker deplaciert als im juristischen Kontext³⁷⁸. „Wie kann man sich selbst kennen lernen? Durch Betrachtungen niemals, wohl aber durch Handeln.“³⁷⁹ Erst meine Taten belehren mich und andere darüber, wer ich in Wahrheit sein will. Die „Lorbeeren des bloßen Wolens“ dagegen „sind trockene Blätter, die niemals gegrünt haben“³⁸⁰. Im Verlaufe seiner Konkretisierung und Bewährung in den einzelnen Handlungen nimmt ein Selbstbild seine – stets nur vorläufige, der Revision und Modifikation zugängliche – Gestalt an³⁸¹. Die Selbstwahl ist insofern kein singulärer Akt, sondern ein mit der alltäglichen Lebenspraxis mitlaufender Prozess – vage, veränderlich, als Voraussetzung personaler Identität aber trotzdem unentbehrlich.

Der Philosoph und Soziologe Georg Simmel hat den Konflikt zwischen den vielfältigen, nicht aufeinander abgestimmten Rollenerwartungen moderner Menschen und ihrem Bedürfnis nach vereinheitlichender Sinnggebung bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts analysiert. Er begreift dieses Bedürfnis als Ausprägung eines Zustandes, den er in Anlehnung an den Pantheismus, der die einheitliche Totalität des Seins in jedem seinem Bestandteile zu sehen meint, als „Panbiotismus“ bezeichnet³⁸². Simmel ist sich zwar darüber im Klaren, dass das Leben nur in dem Moment der Gegenwart Wirklichkeit besitzt. Er erinnert aber daran, dass „dieser Moment nichts Punktuelleres [...], sondern in absoluter Kontinuität mit allen anderen verbunden“ ist³⁸³. Dies habe zur Folge, dass „jeder Lebensaugenblick, jedes Sich-Verhalten und Handeln das ganze Leben“ sei³⁸⁴. „Mögen die Äußerlichkeiten unseres Verhaltens relativ scharfe Grenzen gegeneinander zeigen, in-

378 Dazu oben S. 59 ff.

379 *Goethe* (Fn. 276), S. 93.

380 *Hegel* (Fn. 58), § 124 Z (S. 236).

381 *Honnfelder* (Fn. 3), S. 82 f.

382 *Simmel*, *Das individuelle Gesetz*, 1987, S. 209.

383 *Simmel* (Fn. 382), S. 207.

384 *Simmel* (Fn. 382), S. 207.

nerlich ist das Leben doch nicht aus einer Lüge, dann einem mutigen Entschlüsse, dann einer Ausschweifung, dann einer Wohltätigkeit usw. zusammengesetzt, sondern es ist ein stetiges Gleiten, in dem jeder Augenblick das sich fortwährend gestaltende, umgestaltende Ganze darstellt, kein Teil scharfe Grenzen gegen den andern besitzt und ein jeder nur innerhalb jenes Ganzen und von ihm aus gesehen, seinen Sinn zeigt.“³⁸⁵

Dieser Sinn aber ist – so Simmel weiter – das Ergebnis einer kontinuierlichen Integrationsleistung. Weil der Mensch sich „als Zentrum [fühlt], das all seine Lebensinhalte harmonisch und gemäß der Logik der Persönlichkeit um sich herum ordnet“³⁸⁶, sei er auf einen Zustand der *Kultiviertheit* angelegt. Wir seien „noch nicht kultiviert, wenn wir dieses oder jenes einzelne Wissen oder Können in uns ausgebildet haben; sondern erst dann, wenn all solches der zwar daran gebundenen, aber damit nicht zusammenfallenden Entwicklung jener seelischen Zentralität dient“³⁸⁷. Terminologisch sind die Ausführungen Simmels zwar in dem idealistischen Neuhumanismus verankert, der in Schillers berühmter Antrittsvorlesung seinen exemplarischen Ausdruck gefunden hat³⁸⁸. In der Sache aber bezeichnen sie eine Aufgabe von unverminderter Aktualität. In dem Münchener Philosophen Dieter Henrich hat sie jüngst einen beredten Anwalt gefunden. Simmels Zustand der Kultiviertheit kehrt bei Henrich unter dem Begriff der „Identitätsbalance“³⁸⁹ zurück. Diese gehe „auf nichts anderes aus als auf die Stabilität des Subjektseins in Beziehung auf alle Dimensionen des Lebens und des Mitseins der Person in der Welt, in der sie positioniert ist“³⁹⁰. Wie die Person handelt und wie sie sich in ihrem Handeln versteht, ist Henrich zufolge „aus diesem Prozess der Suche nach einer inneren

385 *Simmel* (Fn. 382), S. 188.

386 *Simmel* (Fn. 382), S. 136.

387 *Simmel* (Fn. 382), S. 118.

388 Vgl. *Schiller*, in: ders., *Sämtliche Werke*, hrsg. von Fricke/Göpfert, 6. Aufl. 1980, Bd. IV, S. 753.

389 *Henrich* (Fn. 265), S. 221.

390 *Henrich* (Fn. 265), S. 217.

Balance in den Weisen ihres Mitseins nicht weniger bestimmt als von den Zielen, denen sie in der Wahrnehmung ihrer Rollen nachgeht“³⁹¹.

Dem Ziel einer Identitätsbalance vermag nur nahezukommen, wer sich darum bemüht, in seinem Urteilen und Handeln die einzelnen von ihm anerkannten Wertüberzeugungen zu einem stimmigen Ganzen zu integrieren³⁹². Mit besonderem Nachdruck hat der amerikanische Rechtsphilosoph Ronald Dworkin ein solches Bemühen eingefordert. „Unsere Ansichten sind zunächst unzureichend ausgearbeitet, gegeneinander abgeschottet, abstrakt und darum porös. Um unserer Verantwortung gerecht zu werden, müssen wir die uns auf den ersten Blick am attraktivsten und natürlichsten erscheinenden Überzeugungen mit kritischem Blick interpretieren und spezifischere Auffassungen entwickeln, die möglichst viel Integrität und Authentizität erlauben. Soweit möglich, müssen wir dabei stets alle anderen Überzeugungen und auch die uns als intuitiv richtig erscheinende Lebensweise mitbeachten.“³⁹³ Das Modell der Identitätsbalance ergänzt deshalb den von mir an früherer Stelle erläuterten *ontologischen* Holismus³⁹⁴ durch einen *existenziellen* und, davon abgeleitet, einen *pflichtentheoretischen* Holismus, dem zufolge jede einzelne Verpflichtung durch ihre Beziehung zu allen anderen möglichen Verpflichtungen vermittelt ist³⁹⁵.

Allerdings sieht Dworkin selbst, dass es dem einzelnen Menschen vermutlich nie gelingen wird, dieser Integrationsaufgabe vollkommen gerecht zu werden³⁹⁶. Auch die konsequenteste Philosophie kann nämlich den Umstand nicht ignorieren, dass die menschlichen Lebensformen nach einer Feststellung des Zürcher Philosophen Michael Hampe nicht *inferentiell* organisiert sind, sondern eher *Landschaften* als *Theorien* gleichen³⁹⁷. Allerdings ist die Strafrechtspflege nicht ir-

391 Henrich (Fn. 265), S. 222.

392 Näher Brandom (Fn. 43), S. 27 ff., 44 ff., 152 ff.; Dworkin, *Gerechtigkeit für Igel*, 2012, S. 174 ff.; Nida-Rümelin (Fn. 4), S. 48.

393 Dworkin (Fn. 392), S. 187.

394 Oben S. 14.

395 Brandom (Fn. 43), S. 154 f.; Taylor (Fn. 5), S. 49 f.

396 Dworkin (Fn. 392), S. 188.

397 Hampe (Fn. 22), S. 149. – In diesem Sinne auch Geuss (Fn. 104), S. 13 f.; Luckmann (Fn. 20), S. 68 ff.; Seel (Fn. 51), S. 95.

gendeine Lebensform. Zum einen bildet sie einen jener auch von Hampe anerkannten Ausnahmefälle, deren intellektuelle Topographie tatsächlich in der Form einer Theorie organisiert ist³⁹⁸. Zum anderen kommt der Mitwirkung an der Strafrechtspflege eine hervorgehobene Stellung innerhalb der Gesamtidentität des einzelnen Akteurs zu. Weil seine Handlungen nicht folgenlos bleiben, sondern der Entscheidung über die Ausübung staatlichen Strafwangs zugrunde gelegt werden oder (im Fall des akademischen Strafrechtswissenschaftlers) doch jedenfalls zugrunde gelegt werden sollen und auf diese Weise an der Perpetuierung des Gesamtsystems mitwirken, trifft ihn eine Verantwortung, die weit über diejenige des gewöhnlichen Geisteswissenschaftlers hinausgeht³⁹⁹. Das Bemühen um die Herstellung einer Identitätsbalance hier dennoch für überflüssig zu erklären würde bedeuten, einer Haltung der Verantwortungslosigkeit das Wort zu reden.

3. *Integre Lebensführung als Proto-Sollen*

Das „Muss“, von dem vorstehend wiederholt die Rede war, ist bislang in einer wichtigen Hinsicht unterbestimmt geblieben: Äußert sich in ihm lediglich eine Klugheitspflicht zur Beförderung des (in einem weiten Sinn verstandenen) individuellen Wohlbefindens oder darüber hinaus sogar eine vollgültige ethische Verpflichtung – Ethik verstanden als die Lehre von der richtigen Lebensführung⁴⁰⁰? Mit dem *Mainstream* der heutigen praktischen Philosophie, der sogenannten Pflichten gegen sich selbst ablehnend gegenübersteht, ist nur die erste Deutung kompatibel. Dworkin plädiert demgegenüber für die zweite Lesart.

Im Unterschied zu zahlreichen anderen zeitgenössischen Philosophen, die sich um einen direkten Zugriff auf den neuzeitlichen Leitwert der Freiheit bemühen⁴⁰¹, legt Dworkin seinem letzten großen

398 Vgl. Hampe (Fn. 22), S. 234.

399 Pawlik (Fn. 31), S. 43 f.

400 Diesen Ethikbegriff übernehme ich von Dworkin (Fn. 392), S. 33.

401 Exemplarisch Honneth, Das Recht der Freiheit, 2011, S. 36 ff.

Werk *Gerechtigkeit für Igel* das „griechische Ideal“ einer gelungenen, durch das Bemühen um Integrität geprägten Lebensführung zugrunde⁴⁰². In Dworkins Worten müssen wir unser Leben „als eine kohärente Erzählung oder einen harmonischen Stil verstehen, zu der oder dem wir stehen können“⁴⁰³. Dieses Bemühen ist Dworkin so wichtig, dass er es zum Gegenstand einer ethischen Verpflichtung erhebt⁴⁰⁴. Zu Recht weist er darauf hin, dass ohne die Annahme einer solchen Pflicht gegen uns selbst die Grundkategorie unseres praktischen Selbstverhältnisses, die Selbstachtung, auf tönernen Füßen stünde⁴⁰⁵. Dafür, dass ich mir selbst eine Annehmlichkeit erwiesen habe, kann ich mich vielleicht mögen, aber nicht achten. Selbstachtung kann ich mir nur entgegenbringen, wenn ich die Antwort, die ich in meinem Handeln auf die Frage „Wer will ich sein?“ gegeben habe, als gut und vernünftig anerkennen kann⁴⁰⁶, wenn ich in meinem Leben also etwas Allgemeines widergespiegelt finde – so schwach der dadurch hervorgerufene Schein auch sein mag. Mit der Forderung nach einer integren Lebensführung, einer Identitätsbalance ist daher die im wörtlichen Sinne grundlegende aller Pflichten, in den Worten des Tübinger Philosophen Otfried Höffe: das „Proto-Sollen“⁴⁰⁷ schlechthin bezeichnet. Auf dieser Pflicht ruht der Bau der gesamten praktischen Philosophie – und damit auch der einer philosophisch reflektierten Strafrechtswissenschaft.

4. *Strafrechtswissenschaft zwischen Selbstverkapselung und Integrationsbedürfnis*

Selbstverständlich möchte ich damit nicht einer umfassenden Moralisierung bzw. Politisierung des Strafrechts das Wort reden. Zu den

402 Dworkin (Fn. 392), S. 43.

403 Dworkin (Fn. 392), S. 346.

404 Dworkin (Fn. 392), S. 331.

405 Dworkin (Fn. 392), S. 345.

406 Taylor (Fn. 5), S. 402 f.

407 Höffe, *Kritik der Freiheit*, 2015, S. 356.

wichtigsten Tugenden des Juristen gehört die bereits von Max Weber beschworene „sittliche Disziplin und Selbstverleugnung“, die sich darin äußert, auch normative Vorgaben, die ihm falsch erscheinen, so durchzuführen, als ob sie seiner eigenen Überzeugung entsprächen⁴⁰⁸. Zu Recht bezeichnet Möllers es deshalb als eine der Pointen jeder modernen Rechtsordnung, sich gegenüber zu grundsätzlich geführten philosophischen Fragestellungen durch Verfahrensregeln und Organisationsstrukturen zu immunisieren⁴⁰⁹; auch Dworkin gesteht den Gesichtspunkten politischer Autorität und justizieller Verlässlichkeit ein hohes Gewicht zu⁴¹⁰.

Ebenso wie im vorigen Abschnitt geht es mir auch hier lediglich darum, die Mängel eines naiv-positivistischen Verständnisses der strafrechtlichen Tätigkeit aufzudecken. Die positivistische Behauptung einer strikten Trennbarkeit rechtlicher und moralischer Aussagen ist meines Erachtens nicht weniger verfehlt als die vom positivistischen Subsumtionsmodell vorausgesetzte Existenz gebrauchsunabhängiger Sprachregeln⁴¹¹. Da die professionellen Strafrechtsanwender nicht nur Juristen, sondern, wie es bei Binding heißt, sozusagen auch Menschen sind⁴¹² und als solche um die Herstellung einer Identitätsbalance bemüht sein müssen, weist der Bereich praktischen Begründens keine schroffen Diskontinuitäten, sondern, mit Dworkin gesprochen, eine „baumartige Struktur“ auf⁴¹³. Eine angemessene Konzeption des Strafrechts lässt sich daher nicht durch seine Abschottung von der weltanschaulichen und politischen Kultur seiner sozialen Umwelt, sondern im Gegenteil nur dadurch erreichen, dass die Strafrechtler die bestmögliche Rechtfertigung ihrer Begründungs- und Bewertungspraktiken im Rahmen dieses umfassenderen Netzwerks sozialer und

408 Max Weber, *Gesammelte Politische Schriften*, 4. Aufl. 1980, S. 524 f.

409 Möllers (Fn. 34), S. 39; ebenso Neumann (Fn. 307 – Recht), S. 277.

410 Dworkin (Fn. 392), S. 695. – Dies wird vernachlässigt in Möllers’ Dworkin-Kritik (Möllers [Fn. 34], S. 298 ff.).

411 Im Ergebnis wie hier Somek/Forgó (Fn. 299), S. 104 ff.

412 Vgl. Binding, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, Bd. 1, 1915, S. 4.

413 Dworkin (Fn. 392), S. 20, 685.

politischer Maßstäbe zu finden versuchen⁴¹⁴. In diesem (und nur in diesem) Sinne lässt sich das Recht als „eine (im Rechtsstaat gesteigerte und charakteristisch artikulierte) Sonderform von Politik“ beschreiben⁴¹⁵.

Angeichts dieses Zusammenhangs ist es nicht nur unvermeidlich, sondern legitim, dass das Strafrecht nicht lediglich an einzelnen Stellen – vorzugsweise bei der Aufarbeitung politischer Desaster und der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe – über den Fundus des positiven Rechtsstoffes und die etablierten Regeln seiner Auslegung hinausgreift. Indem es sich darum bemüht, die Gedankengänge der partikularen Wissenschaftsdisziplin Strafrechtsdogmatik an ein umfassender angelegtes Verständnis der menschlichen Lebenswirklichkeit anzudocken, ist es vielmehr von vornherein durch die Einnahme einer jenes Material transzendierenden Perspektive *definiert*. Die rechtspositivistische Trennungsthese, der zufolge Recht und Moral vollkommen unabhängig voneinander sind, wird damit gleichsam von innen her aufgesprengt.

Die Strafrechtswissenschaft bewegt sich deshalb in einem Spannungsverhältnis zwischen disziplinärer Selbstverkapselung und überschießendem Integrationsbedürfnis, erwachsen aus dem Konflikt der beiden gesellschaftlichen Großtendenzen von Professionalisierung auf der einen und Individualisierung auf der anderen Seite. Im dogmatischen Alltagsgeschäft wird und soll diese Spannung zwar in der Regel unbemerkt bleiben⁴¹⁶. Die Hartnäckigkeit, mit der stets auf Neue um die Grundfragen des Strafrechts – die Leitkategorien der Allgemeinen Verbrechenslehre und die Legitimation von Strafe – gestritten wird, lässt sich meines Erachtens aber nur durch das Bestreben der Beteiligten erklären, die Wertungen und Argumentationsfiguren des Strafrechts in das bestmögliche, überzeugendste Verhältnis zu weiter ausgreifenden Konzeptionen der Weltdeutung und Lebensorientierung zu

414 *Dworkin* (Fn. 392), S. 684.

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

416 *Fish* (Fn. 97), S. 272 f.; *Somek/Forgó* (Fn. 299), S. 22 ff., 148 ff.

setzen⁴¹⁷. Eben dies ist es, was ich vorstehend als Bedürfnis nach einer Identitätsbalance bezeichnet habe.

417 Näher *Pawlik*, GA 2014, 373 ff.

VI. Einander ernstnehmen

Letztlich liegt der Kontroverse zwischen vergeltungs- und präventionstheoretischen Strafbegründungen demnach die Frage zugrunde, wer wir sein wollen, als Einzelne wie als Gruppe. Die Präventionstheorien laufen darauf hinaus, das Strafrecht in ein umfassendes Regime der Gefahrenbekämpfung und Verhaltenslenkung einzugliedern⁴¹⁸ und die Identität der Normadressaten deshalb auf die Bedingungen ihrer effektiven Lenkbarkeit zu verkürzen⁴¹⁹. Zwischen den wissenden Lenkern und den um des allgemeinen Guten willen in möglichst zweckmäßiger Weise Gelenkten besteht demnach ein Verhältnis sowohl ontologischer als auch normativer Ungleichheit. Darin gelangt ein höchst dubioser expertokratischer Elitismus zum Ausdruck, der in der straftheoretischen Diskussion zwar nicht unbemerkt geblieben ist⁴²⁰, in seiner vollen Tragweite aber kaum einmal zum Thema gemacht wird. Entgegen dem subkutanen Schrumpfpfletonismus der Präventionslehren liegt den Überlegungen, die ich hier vorgetragen habe, eine dezidiert anti-elitäre Haltung zugrunde⁴²¹. Im Unterschied zu Platon und anknüpfend an Kant und Hegel⁴²² zählt dieser Haltung zufolge „kein esoterisches Sonderwissen, sondern allein jene allgemeine Vernunft, über die jedermann, und sei es auch nur dunkel, verfügt“⁴²³.

Dies ist der Grund, weshalb ich der Überzeugung bin, dass wir, um die Sequenz Straftat-Strafe angemessen begreifen zu können, zuallererst einen angemessenen Begriff dessen benötigen, was ein *handelndes Subjekt* ausmacht und wie Einzelhandlungen in kollektiven Praktiken aufgehoben werden – und zwar durchaus im Hegel-

418 Dazu die Beiträge von *Singelstein*, *Kaspar* und *Burghardt* in: Brunhöber (Hrsg.), *Strafrecht im Präventionsstaat*, 2014, S. 41 ff., 61 ff., 83 ff.

419 *Pawlik* (Fn. 31), S. 82 ff.

420 Vgl. etwa Bindings Polemik gegen v. Liszts Konzeption spezialpräventiver Bestrafung (dazu *Pawlik* [Fn. 150]) und die Einwände gegen die Theorie der positiven Generalprävention (*Pawlik* [Fn. 31], S. 81 f. m. w. N.).

421 Dazu bereits oben S. 55.

422 Vgl. *Kant* (Fn. 224 – KpV), AA, Bd. 5, S. 8; *Hegel* (Fn. 58), S. 13 ff.

423 *Höffe*, *Kants Kritik der praktischen Vernunft*, 2012, S. 31 (dort bezogen auf Kant).

schen Doppelsinn von „ein Ende machen“ und „erhalten“⁴²⁴. Dabei muss es sich wohlgerne um ein Verständnis handeln, das nicht nur auf den Delinquenten Anwendung findet, sondern das der Urteilende, ohne sich in einen Widerspruch zu verstricken, auch auf sich selbst anwenden kann. Wie dieses Verständnis nach meiner Auffassung aussieht, habe ich Ihnen im Laufe meines Vortrags nahezubringen versucht. Noch vor aller Trennung in straffällig gewordene und bestrafende Individuen sind wir danach stellungnehmende, uns in komplexen Symbolsystemen bewegende Wesen – kurz (und in Anlehnung an Martin Seel gesprochen): bestimmte Bestimmer⁴²⁵. Deshalb vermag meines Erachtens nur eine Straftheorie zu überzeugen, die uns in dieser unserer Fähigkeit, Stellung zu nehmen und dadurch uns und unsere Welt, wenngleich vor dem Hintergrund von uns Unverfügbarem, bestimmen zu können, ernstnimmt. Die von mir vorgeschlagene Vergeltungstheorie der Strafe kann dies, wie ich hoffe, leisten. Zumindest aber möchte ich den Weg zu einer Diskussion weisen, die sich von dem Pingpongspiel zweier Schlagwörter – „Vergeltung“ auf der einen, „Prävention“ auf der anderen Seite – löst und das Problem der Strafbegründung wieder in seiner vollen Komplexität in den Blick nimmt.

424 Vgl. *Hegel* (Fn. 55), S. 114.

425 *Seel* (Fn. 51), S. 146 ff., 285 ff.



Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Pawlik LL.M. (Cambridge)

1965	Geburt in Düsseldorf
1985–1989	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Bonn
1989/90	Studium an der Universität Cambridge
1992	Promotion (Universität Bonn)
1992–1995	Juristischer Vorbereitungsdienst bei dem Landgericht Düsseldorf
1998	Habilitation (Universität Bonn)
2000–2003	Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Rostock
2003–2013	Tätigkeit an der Universität Regensburg
Seit 2013	Tätigkeit an der Universität Freiburg
Seit 2014	Ehrendoktorate der Universität Huánuco, der Katholischen Universität Chimbote und der Nationaluniversität von Ucayali
Seit 2015	Mitglied der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und der Künste

Ausgewählte Veröffentlichungen

Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts. Ein kritischer Vergleich, Berlin 1993.

Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, Köln/Berlin/Bonn/München 1999.

Hegels Kritik an der politischen Philosophie Jean-Jacques Rousseaus, in: Der Staat 38 (1999), S. 21–40.

- Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Berlin–New York 2002.
- Hegel und die Vernünftigkeit des Wirklichen, in: *Der Staat* 41 (2002), S. 183–212.
- Die Notwehr nach Kant und Hegel, in: *ZStW* 114 (2002), S. 259–299.
- Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, Berlin 2004.
- § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?, in: *JZ* 2004, S. 1045–1055.
- Kants Volk von Teufeln und sein Staat, in: *Jahrbuch für Recht und Ethik* 14 (2006), S. 269–293.
- Der strafrechtliche Schutz des Heiligen, in: Josef Isensee (Hrsg.), *Religionsbeschimpfung*, Berlin 2007, S. 31–61.
- Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre, Tübingen 2012.
- Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre, in: *GA* 2014, S. 369–389.
- Selbstbestimmtes Sterben: Für eine teleologische Reduktion des § 216 StGB, in: Peter-Alexis Albrecht u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Walter Kargl*, Berlin 2015, S. 407–423.
- Der Kampf ums Dasein. Innovationen in der Allgemeinen Verbrechenslehre, evolutionstheoretisch betrachtet, in: Carl-Friedrich Stuckenberg/Klaus Ferdinand Gärditz (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen*, Berlin 2015, S. 13–30.