

Die Rechtsphilosophie des Deutschen Idealismus

In Verbindung mit dem Istituto Italiano per gli
Studi Filosofici herausgegeben von Vittorio Hösle

Schriften zur
Transzendentalphilosophie 9



Meiner · BoD

DIE RECHTSPHILOSOPHIE DES DEUTSCHEN IDEALISMUS

*In Verbindung mit dem
Istituto Italiano per gli Studi Filosofici
herausgegeben von
Vittorio Hösle*

FELIX MEINER VERLAG
HAMBURG

Im Digitaldruck »on demand« hergestelltes, inhaltlich mit der ursprünglichen Ausgabe identisches Exemplar. Wir bitten um Verständnis für unvermeidliche Abweichungen in der Ausstattung, die der Einzelfertigung geschuldet sind. Weitere Informationen unter: www.meiner.de/bod.

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://portal.dnb.de> abrufbar.

ISBN: 978-3-7873-0967-2

ISBN eBook: 978-3-7873-2848-2

© Felix Meiner Verlag GmbH, Hamburg 1989. Alle Rechte vorbehalten. Dies gilt auch für Vervielfältigungen, Übertragungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen, so weit es nicht §§ 53 und 54 URG ausdrücklich gestatten. Gesamtherstellung: BoD, Norderstedt. Gedruckt auf alterungsbeständigem Werkdruckpapier, hergestellt aus 100% chlorfrei gebleichtem Zellstoff. Printed in Germany.

www.meiner.de

Inhalt

Vorbemerkung	VII
<i>Vittorio Hösle</i>	
Vorwort	IX
<i>Vittorio Hösle</i>	
Was darf und was soll der Staat bestrafen?	
Überlegungen im Anschluß an Fichtes und Hegels	
Straftheorien	1
<i>Karl-Heinz Nusser</i>	
Die Moralität in Hegels Rechtsphilosophie	56
<i>Wolfgang Bartuschat</i>	
Die Glückseligkeit und das Gute in Hegels	
Rechtsphilosophie	77
<i>Kurt Seelmann</i>	
Zurechnung als Deutung und Zuschreibung	
— Hegels »Recht der Objektivität«	101
<i>Stefan Smid</i>	
Moral bei Schelling und Hegel	117
<i>Wolfgang Schild</i>	
Hegels Lehre vom Notrecht	146

Vorbemerkung der Herausgeber

Mit dem vorliegenden Band wird erstmalig eine Sammlung von Beiträgen in die Reihe *Schriften zur Transzentalphilosophie* aufgenommen, deren thematischer Schwerpunkt nicht auf der systematischen Erörterung und Fortführung eines transzentalphilosophischen Ansatzes liegt, sondern auf der kritischen Auseinandersetzung mit der idealistischen, insbesondere der hegelischen Rechtsphilosophie, die sich historisch als Antwort auf und Weiterführung der von Kant und Fichte erreichten Positionen verstand. Die Aufnahme des Bandes in diese Reihe trägt damit der Tatsache Rechnung, daß sich gerade auf dem Gebiet der Rechtsphilosophie die Differenz zwischen transzentalphilosophischer und spekulativer Begründung besonders deutlich und faßbar zeigt, und zwar so, daß die Notwendigkeit und Fruchtbarkeit des transzentalphilosophischen Ansatzes in einem neuen Licht erscheint. Dem Band soll ein weiterer folgen, der Fichtes Rechtsphilosophie in das Zentrum der Erörterung stellt und in dem auf die Resultate dieser Veröffentlichung Bezug genommen wird.

Gerhard Funke

Klaus Hammacher

Reinhard Lauth

Vorwort

Die Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus — also Kants, Fichtes, Schellings und Hegels — ist aus verschiedenen Gründen einer der Höhepunkte in der Geschichte philosophischer Besinnung auf das Recht. Die Überzeugung, daß das Recht seine Legitimität nur daraus beziehe, daß es einen bestimmten formal und material ausweisbaren Begriff von Gerechtigkeit verwirkliche, kennzeichnet den ganzen deutschen Idealismus. Sie weist ihn einerseits als Fortsetzung der naturrechtlichen Tradition der Griechen und Römer, des Mittelalters und der frühen Neuzeit aus, setzt ihn andererseits vom Rechtspositivismus des späten 19. Jahrhunderts und frühen 20. Jahrhunderts ab, dessen verhängnisvolle Folgen in unserem Jahrhundert gerade in Deutschland nicht auf den Bereich der Theorie begrenzt gewesen sind: Kelsens positivistischer Formalismus und Schmitts ebenso leerer Dezisionismus sind die konsequent zu Ende gedachten komplementären Hälften einer Rechtsphilosophie, die jeden Bezug zum Begriff einer in der Vernunft gegründeten materialen Gerechtigkeit verloren hat.

Andererseits unterscheidet sich die idealistische Rechtsphilosophie von der vorangegangenen naturrechtlichen Tradition in drei Punkten.

1. Begründungstheoretisch ist eine bis dahin (und seitdem) kaum je wieder erreichte Komplexität und Differenziertheit hervorzuheben. Die überpositiven Standards von Gerechtigkeit, die allein eine Kritik des faktischen Rechts ermöglichen können, werden nicht aus der Natur (und ebensowenig aus der Autorität eines heteronom gefaßten Gottes) bezogen — daß Soll-Sätze aus Ist-

Sätzen nicht folgen, ist dem deutschen Idealismus mindestens ebenso klar wie Hume gewesen. Der naturalistische Fehlschluß wird vielmehr dadurch vermieden, daß als Basis des Rechts die apriorische, reflexive und unhintergehbare Struktur der Subjektivität (bzw., oft damit nicht befriedigend vermittelt, der Inter subjektivität) fungiert.

2. Dies hat inhaltlich zur Folge, daß das Recht als Verwirklichung von Freiheit verstanden werden kann. Wenn die Grundlage allen Rechts die Struktur von Subjektivität ist, dann ist Recht etwas, das sich — geltungstheoretisch, nicht genetisch — der autonomen Selbstgesetzgebung der Subjektivität verdankt.

3. Im deutschen Idealismus — d.h. insbesondere bei Hegel — gelingt die Integration der großen Entdeckung des 18. Jahrhunderts, der Kategorie der Geschichtlichkeit, in eine apriorische Rechtsphilosophie: Auch wenn das voll entfaltete Vernunftrecht eine höhere Stufe darstellt als frühere Formen des Rechts, so ist es doch geschichtlich notwendig durch diese Stufen vermittelt. Zudem wird im Lauf der Entwicklung des deutschen Idealismus immer mehr anerkannt, daß die Anpassung apriorischer Prinzipien an historische Rahmenbedingungen ein Moment der Kontingenz in das Recht einführt — und damit die Notwendigkeit seiner Positivierung.

Ausgezeichnet ist die Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus ferner durch ihre Konkretheit. Insbesondere Kant, Fichte und Hegel wollen es nicht bei abstrakten Prinzipien belassen, sondern die Sphären von Privat-, Straf- und öffentlichem Recht in ihrer Gänze philosophisch ausschöpfen. Die juristischen Kenntnisse der genannten Denker sind beeindruckend und in vergleichbarer Form nur von wenigen späteren Philosophen wieder erreicht worden.

Ebendiese Vorzüge der idealistischen Rechtsphilosophie machen freilich auch ihre Schwierigkeit aus. Um die Texte dieser Bewegung adäquat zu verstehen, ist philosophisches und juristisches

Wissen gleichermaßen erforderlich. In Anbetracht dessen stammen die Beiträge vorliegenden Bandes aus der Feder sowohl von Juristen als auch von Philosophen. Die Abhandlungen gehen auf ein im März 1986 in Hamburg abgehaltenes Studienseminar zurück, das vom Istituto Italiano per gli Studi Filosofici zu Neapel sowie den Seminaren für Rechtsphilosophie bzw. für Strafecht und Kriminologie der Universität Hamburg organisiert wurde. Leiter des Seminars waren Michael Köhler und Kurt Seelmann. Zweck des Seminars war, einerseits italienische Stipendiaten in die Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus einzuführen. Als günstig erwies sich dabei, daß von Fichte bis Hegel die wichtigsten Denker des eigentlichen deutschen Idealismus in den Vorträgen präsent waren, etwa auch der sonst im rechtsphilosophischen Zusammenhang stark vernachlässigte Schelling. Andererseits war ein interdisziplinärer Austausch zwischen Juristen (insbesondere Strafrechtlern) und Philosophen eine weitere Zielsetzung des Seminars. Schwerpunkte lagen dabei auf der Strafrechtsphilosophie des deutschen Idealismus und dem »Moralität«-Kapitel der »Grundlinien der Philosophie des Rechts« Hegels, in dem viele strafrechtlich relevante Kategorien erörtert werden. Bei allen Differenzen im Detail kamen die Teilnehmer der Tagung in der Überzeugung überein, daß die idealistische Rechtsphilosophie nicht bloß ein Gegenstand pietätvoller historischer Forschung sein darf, sondern daß sie ein Problemlösungspotential auch bei konkreten rechtsphilosophischen Fragen der Gegenwart bereitstellt, das sich kritisch anzueignen eine unverzichtbare Aufgabe auch und gerade für diejenigen ist, die in Jurisprudenz und Philosophie systematisch arbeiten.

Zu erwähnen bleibt noch, daß von den Vorträgen des Studienseminars in diesem Band diejenigen von Ernst Amadeus Wolff und von Michael Köhler fehlen; derjenige von Michael Köhler ist unter dem Titel »Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis. Die Aufhebung der abstrakten Straftheorie am Leitfaden der hegelischen Rechtsphilosophie« in der Festschrift für Karl Lackner, hrsg. von W. Küper, Berlin 1987 erschienen.

Vittorio Hösle

Vittorio Hösle

Was darf und was soll der Staat bestrafen? Überlegungen im Anschluß an Fichtes und Hegels Straftheorien*

Die Frage, was der Staat bestrafen darf und was er bestrafen soll, scheint mir aus verschiedenen Gründen von Interesse zu sein. In erster Linie kann sie *eine gewisse rechtspolitische Aktualität* beanspruchen: In den letzten zwanzig Jahren sind in zahlreichen europäischen Ländern Strafrechtsreformen durchgeführt worden, die gelegentlich mit großem emanzipatorischen Pathos bestimmte bisher als Verbrechen oder Vergehen geltende Taten sei es für nicht strafbar, sei es sogar für nicht rechtswidrig erklärt haben¹; die Notwendigkeit weiterer Strafrechtsreformen wird in manchen Staaten zudem fürderhin diskutiert. Zu den Handlungen, die zumindest in einigen Ländern entkriminalisiert wurden bzw. bei denen der Druck, sie zu entkriminalisieren, recht groß ist, zählt sehr Verschiedenes: Ich nenne nur (Beihilfe und Anstiftung zum) Selbstmord, Tötung auf Verlangen, Gebrauch und auch Verkauf bestimmter Drogen, Abtreibung, Ehebruch, Inzest, Homosexualität, Sodomie, Verbreitung von Pornographie, Gotteslästerung, Beschimpfung religiöser Bekenntnisse. Nun ist es unbestreitbar, daß ein Großteil der öffentlichen Diskussion über diese Fragen² und gar manche dieser Reformen sinnvoll und gut waren.

* Ich möchte Herrn Prof. Dr. K. Seelmann für Gespräche und einen längeren Briefwechsel über die Frage dieses Vortrags danken; trotz — oder gerade wegen — mancher Differenzen bei der Beantwortung dieser Frage habe ich sehr viele Anregungen von ihm erhalten.

¹ Gleichzeitig hat zumal auf dem Gebiet des Nebenstrafrechts eine nicht unbedenkliche Ausweitung staatlichen Strafens stattgefunden.

² In der Bundesrepublik Deutschland hat die Debatte um eine Reform des Strafgesetzbuches vom 15.5.1871 — die schon im Kaiserreich und besonders in der Weimarer Republik lebhaft geführt wurde — einen Intensitätshöhepunkt in den 60er Jahren erreicht, als dem Amtlichen Entwurf eines neuen Strafge-

Die Strafe ist ein so massiver Eingriff des Staates in die Freiheit des einzelnen, daß sie in einem Rechtsstaat sehr zu Recht einem hohen Begründungsdruck unterliegt. Der Staat (auch der demokratische) darf auf keinen Fall nach Belieben Straftatbestände kreieren. Schon auf intuitiver Ebene ist klar, daß es eine Sphäre gibt, die seiner Strafgewalt kategorisch entzogen ist und in die nur ein totalitärer Unrechtsstaat eingreifen kann. Darüber hinaus sollte der strafrechtliche Grundsatz »*In dubio pro reo*« nicht nur für die einzelne richterliche Subsumtion, sondern auch für die Entscheidung des Strafgesetzgebers gelten, ob er eine bestimmte Handlung kriminalisieren sollte oder nicht — wenn keine rationalen Gründe für die Bestrafung sprechen, sollte der Staat auf sie verzichten³. Zudem ist es auch bei Handlungen, die vom Staat *ge-rechterweise* pönalisiert werden können, keineswegs immer zweckmäßig, dies zu tun.

Dennoch ist damit nicht gesagt, daß der rasche Entkriminalisierungsprozeß der letzten Jahre in seiner Gesamtheit zu begrüßen ist. Denn umgekehrt ist es intuitiv ebenso klar, daß es auch Fälle gibt, in denen ein Rechtsstaat strafen muß. Nach übereinstimmender Auffassung gibt es nicht nur Abwehrrechte des Bürgers gegenüber dem Staat (*status negativus*), sondern auch positive Ansprüche (*status positivus*), wie etwa auf den Schutz von Leben

setzbuches von 1962 (E 1962) ein Alternativ-Entwurf entgegengesetzt wurde, dessen allgemeiner Teil Tübingen 1966, dessen besondere Teile Tübingen 1968ff. erschienen sind (vorgelegt von J. Baumann u.a.). An Literatur aus dieser Zeit vgl. etwa: J. Baumann, Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform, Bielefeld 1965; ders., Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform, Bielefeld 1969; ders. (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, Frankfurt 1968; ders. (Hrsg.), Mißlingt die Strafrechtsreform? Der Bundestag zwischen Regierungsentwurf von 1962 und Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer von 1966, Neuwied/Berlin 1969; L. Reinisch (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtsreform, München 1967. Nach dem Inkrafttreten der durch die Gesetze zur Reform des Strafrechts veränderten neuen Fassung des StGB am 1.1.1975 ist die Diskussion abgeflaut.

³ Ich stimme etwa E. Schmidhäuser durchaus darin zu, »daß wir mit dem staatlichen Strafen *so zurückhaltend wie möglich* sein sollten« (Vom Sinn der Strafe, Göttingen 1971, 5).

und Eigentum, und daraus resultiert eine *Verpflichtung* des Staates zur Strafe bestimmter Handlungen.⁴ Ein Staat, der Blutrache zuläßt und diesbezüglich auf sein Recht zu strafen verzichtet, dürfte ebensowenig ein Rechtsstaat sein wie ein Staat, der religiöse Gesinnung verfolgt.

Aber wo verläuft die Grenzlinie zwischen dem, was der Staat auf keinen Fall bestrafen darf, und dem, was er zu Recht bestraft, bzw. diejenige zwischen dem, was er zwar bestrafen darf, aber auf dessen Bestrafung er aus Zweckmäßigskeitsgründen verzichten kann, und dem, was er auf jeden Fall bestrafen soll? Diese Frage ist in der einleitend erwähnten Diskussion um die Notwendigkeit einzelner Strafrechtsreformen nur selten in wirklich grundsätzlicher Form gestellt worden, obgleich sie offenbar allen strafrechtspolitischen Einzelfragen zugrunde liegt. Daran mag die heutzutage verbreitete Abneigung gegenüber prinzipiellen Fragen schuld sein; solche — so hört man häufig — vermöchten und bräuchten auch nicht beantwortet zu werden, da die praktische Vernunft sich nur in konkreten Fällen bewähre. Aber gerade der Dissens bezüglich der Notwendigkeit oder auch nur Vertretbarkeit jener Reformen deutet darauf hin, daß die φçόνησις bei der Beantwortung dieser Fragen nicht hinreicht; und in der Tat ist offenkundig, daß eine intuitive, gefühlsmäßige Antwort zwar möglicherweise eine δçθή δόξα, eine richtige Meinung ist, daß sie aber nicht den Status einer begründeten richtigen Meinung und d.h. einer Erkenntnis beanspruchen kann, die auch für andere verbindlich ist. Eben diese Verbindlichkeit ist aber erforderlich, wenn es um rechtliche, insbesondere um strafrechtliche Normen geht. Denn ihnen wird jeder unterworfen, ob er ein formelles Einverständnis mit ihnen ausspricht oder nicht. Normen eines Vereins,

⁴ G. Jellinek erwähnt als fundamentales Moment des positiven Status zunächst das Recht, »den Richter im eigenen Interesse in Bewegung setzen zu können [...] Wie unentwickelt dieser Rechtsschutz auch in vielen Staaten gewesen sein mag, er hat nirgends gänzlich gemangelt.« Erst an zweiter Stelle nennt Jellinek den »Anspruch auf Verwaltungstätigkeit des Staates im individuellen Interesse« (Allgemeine Staatslehre, Bad Homburg/Berlin/Zürich ³1966, 420).

in den bzw. aus dem man nach Belieben ein- bzw. austreten kann, mögen auf rationale Nachvollziehbarkeit verzichten können, diejenigen eines mit Rechtszwang ausgestatteten Staates dürfen es nicht.

Aber wie sollte jene Frage verbindlich beantwortet werden können? Sicher ist es nicht möglich, dies ad hoc und unvermittelt zu tun. Die Frage setzt vielmehr schon die Klärung und Beantwortung mancher Vorfragen voraus; darin liegt ihre Schwierigkeit, aber auch das *theoretische Interesse*, das sie – unabhängig von ihrer Aktualität – beanspruchen kann. Die Frage setzt zunächst einmal voraus, daß es – unabhängig von dem, was positiv gilt – *Normen* gibt, deren *Geltungsgrund nicht die Faktizität ist*. Ansonsten könnte es keine legitimen Grenzen der staatlichen Strafgewalt und des staatlichen Verzichts auf Strafe geben; alle irgendwie real existierenden, ja auch alle möglichen Rechtssysteme wären als gleichwertig anzuerkennen, und Termini wie »dürfen« und »sollen« (bezogen auf Recht und Staat) wären aus der Sprache zu streichen. Zweitens setzt jene Frage implizit voraus, daß es *zwei verschiedene Arten von Normen* gibt – *rechtliche bzw. moralische*, deren Verletzung staatlicher Sanktion unterliegt bzw. nicht unterliegt. Gäbe es nicht diese Differenzierung, wäre die Frage dieses Beitrags äquivalent mit der Frage: »Was ist moralisch verboten?«, was nach allgemeiner Auffassung nicht der Fall ist. Doch nicht nur präsupponiert eine Beantwortung jener Frage eine bestimmte *Konzeption des Verhältnisses von Recht und Moral*; da es der Staat ist, der straft, wird sich in einer Antwort auf jene Frage immer auch eine bestimmte *Staatskonzeption* ausdrücken. Da die Strafgewalt des Staates wohl diejenige Gewalt ist, die historisch wie begrifflich an seinem Anfang steht – in den meisten traditionellen Rechtsphilosophien ist die Notwendigkeit der Bestrafung von Rechtsbrüchen dasjenige Argument, das die Einführung des Staates motiviert –, ist ein Festlegen der Grenzen der Strafgewalt nicht ohne eine Wesensbestimmung des Staates möglich. Dies folgt außerdem unmittelbar daraus, daß Staat und Recht gewöhnlich als korrelative Begriffe gelten: Die Bestimmung

der Grenze zwischen Recht und Moral enthält damit zugleich eine Definition des Staates. Und auch wenn man den Staat als Synthese von Recht und Moral konzipiert, gilt das Gesagte in modifizierter Form: Der Begriff des Staates ist auch in diesem Falle eine Funktion des Ortes, an dem jene Grenzlinie verläuft.

Es ist nun eine Eigentümlichkeit der gegenwärtigen Philosophie, daß sie größerenteils nicht einmal versucht, auf die Frage nach der Grenzlinie zwischen Moral und Recht eine Antwort zu geben (die offenbar die Voraussetzung wäre für eine Beantwortung der Frage dieser Abhandlung)⁵. Das hängt primär damit zusammen, daß schon deren Voraussetzung — die Geltung von nicht bloß positiven Normen — im allgemeinen negiert wird⁶. Aber selbst jene Richtung, die in der Gegenwart am energischsten an der Möglichkeit einer rationalen Begründung von Normen festhält — die Diskursethik —, hat das Problem jener Grenzlinie bisher noch gar nicht richtig thematisiert. So behandelt selbst A. Wellmer dort, wo er den Unterschied zwischen Recht und Moral erörtert⁷, in Wahrheit nur die Differenz zwischen *positivem* Recht und moralischen Normen; auf das Problem einer Abgrenzung des überpositiven Rechts — also des Natur- oder Vernunftrechts — von moralischen Geboten geht er hingegen kaum ein.

In einer solchen Situation ist es nicht nur legitim, sondern unmöglich, zur fundierten Beantwortung der Frage, was der Staat bestrafen dürfe und was er bestrafen solle, in systematischer Ab-

⁵ Als neuere Versuche von juristischer Seite seien hier etwa erwähnt E. Winter, Ethik und Rechtswissenschaft, Berlin 1980 (zu Cohen) und H. Geddert, Recht und Moral, Berlin 1984.

⁶ In der Tat setzen normative Sätze (als notwendige, jedoch nicht hinreichende Bedingung) eine nicht-hypothetische —, d.h. letztbegründete apriorische Erkenntnis voraus, und die Möglichkeit einer solchen wird in unserem fallibilistisch-empiristischen Zeitalter von den meisten philosophischen Strömungen bestritten. M.E. ist jedoch die Möglichkeit, ja Notwendigkeit letztbegründeter Erkenntnis unschwer zu beweisen; vgl. dazu meine Überlegungen in: Die Stellung von Hegels Philosophie des objektiven Geistes in seinem System und ihre Aporie (in: Ch. Jermann (Hrsg.), Anspruch und Leistung von Hegels Rechtsphilosophie, Stuttgart-Bad Cannstatt 1987, II-53).

⁷ Ethik und Dialog, Frankfurt 1986, 114ff.

sicht auf klassische Theorien der Philosophiegeschichte zum Verhältnis von Recht und Moral zurückzugreifen. In der Tat gehört dieses Problem, auch wenn es in der Gegenwart vernachlässigt wird, spätestens seit dem Mittelalter zu den klassischen Fragen der praktischen Philosophie; in der Naturrechtslehre der frühen Neuzeit wird es ausführlich behandelt. Ein Höhepunkt in der Bestimmung dieses Verhältnisses, sowohl was das begründungs-theoretische Niveau als auch was die materiale Differenziertheit angeht, ist nun in der klassischen deutschen Philosophie von Kant bis Hegel erreicht. Obgleich diese Strömung viele gemeinsame Momente hat, ist es bemerkenswert, daß sie, gerade was diese Verhältnisbestimmung angeht, zwei voneinander recht unterschiedliche Ansätze entwickelt hat — auf der einen Seite die Kantisch-Fichtesche Konzeption einer strengen Trennung von Legalität und Moralität, auf der anderen Seite die Hegelsche Theorie der Sittlichkeit als Synthese von abstraktem Recht und Moralität. Innerhalb dieser verschiedenen Konzeptionen fällt naturgemäß auch die Beantwortung der Frage nach den Grenzen staatlichen Strafens verschieden aus. Vereinfacht läßt sich sagen, daß Fichte (auf den ich mich hier beschränken will, während ich Kant übergehe) insgesamt eine liberale Konzeption vertritt, für die die Strafgewalt des Staates sehr enge Grenzen hat, während Hegel dem Staat — teils ausdrücklich, teils implizit — weitergehende Strafbefugnisse zuspricht. Doch gilt dies nicht durchgängig; es gibt einen Typ von Tatbeständen, deren Strafbarkeit von Fichte mit Nachdruck behauptet wird, während sie mit Hegels Bestimmungen inkompatibel sein dürfte.

Im folgenden will ich zunächst Fichtes (I) und dann Hegels (II) Stellungnahmen zur Frage, was der Staat strafen dürfe bzw. solle, darstellen und auf ihre verschiedenen Prämissen zurückzuführen versuchen. Aus Raumgründen verzichte ich dabei auf eine Entwicklung des größeren Kontextes von Fichtes und Hegels Rechts- und Morallehre, ja selbst ihrer Begründungen der Gerechtigkeit der Strafe, die recht unterschiedlich ausfallen — Fichte vertritt eine Präventions-, Hegel (wie Kant) eine Vergeltungstheo-

rie⁸. Ich will alsdann die zwischen Fichte und Hegel strittigen Punkte sowie einige in der gegenwärtigen Diskussion umstrittenen Problemfälle nach einigen allgemeineren Gruppen ordnen und bei jeder einzelnen Gruppe, Fichtes und Hegels Argumente gegeneinander abwägend, eine Antwort auf die Frage vorschlagen, ob der Staat Tatbestände, die unter diese Gruppe fallen, bestrafen dürfe (bzw. sogar müsse) oder nicht. Da meine Überlegungen sich im Rahmen der Philosophie des deutschen Idealismus bewegen, ich auch als Nicht-Jurist die aktuelle strafrechtliche Diskussion der einzelnen Straftatbestände nicht überschaupe und daher nur ganz gelegentlich juristische Sekundärliteratur zu den hier unter philosophischen Gesichtspunkten erörterten Problemfällen zitiere, versteht es sich von selbst, daß der Anspruch dieser meiner Überlegungen nur ein beschränkter sein kann. Gänzlich überflüssig sind sie vielleicht trotzdem nicht.

I

Fichtes Rechtsphilosophie zeichnet sich vor den früheren Rechtsphilosophien der Tradition, ja auch noch derjenigen Kants, durch den energischen Versuch aus, möglichst nichts unbegründet zu lassen. Auf der Basis der Wissenschaftslehre — Fichtes Transzendentalphilosophie, deren begründungstheoretischer Vorzug gegenüber dem irreflexiven Kantischen Ansatz in ihrer Reflexivität liegt — will Fichte im ersten Hauptstück des ersten Teils seines

⁸ Ich habe mich dazu schon an anderer Stelle geäußert: Das abstrakte Recht (in: Ch. Jermann (Hrsg.), op. cit., 55–99). Zu Fichtes Straftheorie vgl. R. Zaczek, Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes, Berlin 1981. Wichtige Aktualisierungen von Hegels Straftheorie stellen die Abhandlungen von W. Schild (Die Aktualität des Hegelschen Strafbegriffes, in: E. Heintel (Hrsg.), Philosophische Elemente der Tradition des politischen Denkens, Wien/München 1979, 199–233) und K. Seelmann (Hegels Straftheorie in seinen »Grundlinien der Philosophie des Rechts«, in: Juristische Schulung 1979, Heft 10, 687–691) dar. Von Seelmann vgl. neuerdings auch: Hegel und die Strafrechtsphilosophie der Aufklärung, in: Ch. Jermann (Hrsg.), op. cit., 227–237.

ersten und grundlegenden rechtsphilosophischen Werkes, der »Grundlage des Naturrechts« von 1796/97⁹, alles für den Rechtsbegriff Erforderliche a priori deduzieren. Ausgehend von seinem Prinzip, dem durch Selbstbezüglichkeit und Unhintergehrbarkeit ausgezeichneten Ich, versucht Fichte zu beweisen, daß ein endliches Vernunftwesen eine Sinnenwelt außer sich setzen und sich ihr gegenüber eine freie Wirksamkeit zuschreiben müsse (§§ 1f.); dies aber sei nur möglich, wenn er auch andere endliche Vernunftwesen neben sich annehme (§ 3). Der Nerv von Fichtes Beweis, auf den jetzt nicht einzugehen ist¹⁰, beruht darauf, daß ein endliches Selbstbewußtsein nur durch eine *Aufforderung* zu freier Wirksamkeit gelangen könne; eine solche sei aber nur durch ein anderes Ich denkbar. Das Verhältnis zwischen diesen freien Wesen müsse notwendig als *Rechtsverhältnis* konzipiert werden, d.h. konkret als Verhältnis wechselseitiger Anerkennung. Denn nur durch die Beschränkung der eigenen Freiheit im Hinblick auf ein anderes Ich könnte das erste Ich vom anderen überhaupt als Ich, als Vernunftwesen erkannt werden; es sei aber dem Ich wesentlich, allen anderen Ichs zuzumuten, es als Ich anzuerkennen. Denn nur so — wenn die anderen in ihrer Wirkungssphäre blieben und die meine nicht störten — könnte ich auch für die Zukunft darauf rechnen, daß ich meine Freiheit realisieren könne (§ 4). In den Corollaria am Ende von § 4 legt Fichte großen Wert darauf, daß der so deduzierte Begriff des Rechts nicht aus dem

⁹ Ich beschränke mich hier auf die »Grundlage« und übergehe die »Rechtslehre« von 1812, deren Neuerungen gegenüber der »Grundlage« nicht die Frage betreffen, die in dieser Abhandlung thematisch ist.

¹⁰ Vgl. dazu C. K. Hunter, *Der Interpersonalitätsbeweis in Fichtes früher angewandter praktischer Philosophie*, Meisenheim 1973. — Auch wenn es eine ungeheure Leistung Fichtes ist — etwa gegenüber Kant, aber letztlich gegenüber allen Denkern vor ihm —, das Desiderat einer transzendentalphilosophischen Begründung von Intersubjektivität erkannt zu haben, ist m.E. sein Beweis nicht schlüssig. Vgl. Verf., *Hegels System. Der Idealismus der Subjektivität und das Problem der Intersubjektivität*, 2 Bde., Hamburg 1987, S. 379f., Anm. 85. Auch Hegel — so die Hauptthese dieser meiner Arbeit — hat das Problem einer apriorischen Begründung von Intersubjektivität nicht gelöst.

Sittengesetz gewonnen sei, ja in der scharfen Trennung des Rechtsbegriffs von demjenigen der Moral sieht er eine der wichtigsten Neuerungen seines Ansatzes (III 10f., 54¹¹). Zumal drei Unterschiede trennen nach ihm Recht und Moral. Erstens gelte das Rechtsgesetz *nur hypothetisch, nicht* — wie das Sittengesetz — *kategorisch* (9f., 14, 86ff., 94). Es bestehe keine rechtliche Pflicht, in Gemeinschaft zu leben; entscheide man sich jedoch dafür, müsse man das Rechtsgesetz anerkennen. Das Rechtsgesetz — und damit kommen wir zu den materialen Unterschieden — *erlaube* zweitens nur, daß man sein Recht ausübe, während das Sittengesetz eine bestimmte Handlung *gebiete* (54; vgl. 96). Dieser Erlaubnischarakter des Rechts ist nach Fichte erforderlich, um das Phänomen adäquat zu verstehen, daß man zwar häufig ein Recht zu etwas habe, das Sittengesetz aber seine Ausübung verbiete — ohne daß jenes Recht darum aufhöre, ein Recht zu sein. Der dritte Differenzpunkt schließlich besteht darin, daß das Recht nur *ein äußeres Verhalten* betreffe, unter keinen Umständen jedoch *die innere Gesinnung*, die ausschließlich Gegenstand der Moral sei. »Es ist daher nichtig von einem Rechte auf Denkfreiheit, Gewissensfreiheit, u.s.f. zu reden. Es giebt zu diesen inneren Handlungen ein Vermögen und über sie Pflichten, aber keine Rechte.« (55; vgl. 112)

Aus der Fichteschen Entwicklung des Begriffs des Rechts als »eines Verhältnisses zwischen Vernunftwesen« ergibt sich ferner, daß es kein Recht auf Naturobjekte gibt — bzw. nur dann, wenn dies die Beziehung zu einem Dritten tangiert. »Es ist nichtig, von einem Rechte auf die Natur, auf Grund und Boden, auf Thiere, u.s.f. zu reden. Die Vernunft hat über diese nur Gewalt, keineswegs ein Recht, denn es entsteht in dieser Beziehung die Frage gar nicht nach dem Rechte... Nur wenn mit mir zugleich ein anderer auf dieselbe Sache bezogen wird, entsteht die Frage vom

¹¹ Ich zitiere Fichte nach der Ausgabe seines Sohnes I. H. Fichte (Werke, 11 Bde., Berlin 1834–1846, Nachdruck Berlin 1971). Die römische Zahl bezeichnet die Band-, die arabische die Seitenzahl.

Rechte auf die Sache, als eine abgekürzte Rede, statt der, wie sie eigentlich heissen sollte, vom *Rechte auf den anderen*, ihn vom Gebrauche dieser Sache abzuschliessen.« (55) Ebensowenig kann es nach Fichte ein Rechtsverhältnis zwischen Vernunftwesen geben, deren Wirkungssphären radikal voneinander getrennt sind — also konkret zwischen Lebenden und Toten. »Man verkennt den Rechtsbegriff ganz, wenn man z.B. von den Rechten Längstverstorbener auf die Lebendigen redet.« (56)

Nach einer Deduktion der Anwendbarkeit des Rechtsbegriffes im zweiten Hauptstück des ersten Teils der »Grundlage des Naturrechts«, in der es wesentlich um das Problem der Leiblichkeit geht, behandelt Fichte im dritten Hauptstück die eigentliche Rechtslehre. Diese ist dreigeteilt — in die Lehre vom Urrecht, vom Zwangsrecht und vom Staatsrecht. Die Dreiteilung ergibt sich daraus, daß es nicht genügt, die ›Urrechte‹, d.h. die Rechte, die unmittelbar im Begriff der Person liegen (94), zu deduzieren; es muß auch dafür gesorgt sein, daß diese Rechte von allen respektiert werden. Möglichen Verletzern dieser Rechte gegenüber besteht ein Zwangsrecht — da Anerkennung wechselseitig ist, bin ich nicht zur Anerkennung derjenigen verbunden, die sich selbst nicht an das Recht halten. Ich habe ein *Recht*, gegen sie vorzugehen — eben das Zwangsrecht. Dieses besteht nach Fichte nicht nur bei realen, gerade geschehenen Rechtsbrüchen, sondern gegenüber allen denen, bei denen man mit einem Vorbehalt rechnen muß, das Rechtsgesetz zu verletzen. Aber wie kann man sicher sein, daß der andere diesen Vorbehalt nicht hat, zumal die innere Gesinnung etwas für den anderen Unzugängliches ist? »Ein Zwangsrecht überhaupt, als allgemeiner Begriff, lässt sich aus dem Rechtsgesetze ohne Mühe ableiten; aber so wie die Anwendung dieses Rechts gezeigt werden soll, verwickelt man sich in einen unauflöslichen Widerspruch; weil der Entscheidungsgrund einer solchen Anwendung in der Sinnenwelt gar nicht gegeben werden kann, sondern in dem Gewissen eines jeden beruht.« (99) Um über diesen Widerspruch hinwegzukommen, ist es nach Fichte unumgänglich, daß man auf die Möglichkeit, die Freiheit des

anderen zu verletzen, real verzichtet und d.h. sich einem Dritten unterwirft, der mögliche Verletzungen bestraft. Gleichzeitig darf aber diese Unterwerfung nicht eine Aufgabe der eigenen Freiheitsrechte mit sich bringen, da sie ja nur um der Realisierung des Rechtsgesetzes willen geschieht. Die Unterwerfung muß daher mit der Bewahrung der Freiheit vereinbar sein — und das ist nur möglich gegenüber einem gerechten Gesetz, nicht gegenüber den wechselhaften Launen eines Individuums (104). Der Staat ist nun die Macht des Gesetzes, eine Macht, die erforderlich ist, um dem Gesetz Wirklichkeit zu verschaffen.

Entscheidend für das Thema dieses Beitrags ist, daß das Zwangsrecht — aus dem die staatliche Strafgewalt ihre Rechtmäßigkeit bezieht — *nur* gilt gegenüber Verletzungen des Urrechts, und zwar bei *jeder* solchen Verletzung unweigerlich eintritt. »Das Zwangsrecht hat seine Grenzen, die freiwillige Unterwerfung des Anderen unter das Rechtsgesetz ist diese Grenze; jeder Zwang über diese Grenze hinaus ist widerrechtlich. Dieser allgemeine Satz ist sogleich einleuchtend. Es ist nur, da wir ein reelles und kein bloss formales Naturrecht lehren, die Frage, ob und wie diese Grenze in der Anwendung sich finden und bestimmen lasse. Ein Zwangsrecht tritt nicht ein, es sey denn ein *Urrecht* verletzt worden; dann aber tritt es sicher ein, und so ist das Recht überhaupt in jedem bestimmten Falle erweislich.« (96) Aber was ist das Urrecht? Nach Fichte ist es »das absolute Recht der Person, in der Sinnenwelt *nur* Ursache zu sein (schlechthin nie Bewirktes)« (113). Konkret impliziert dies das Recht auf die Unantastbarkeit meines Leibes (in dem allein ich in der Sinnenwelt bin: 114) und auf die Fortdauer meines Einflusses in der Sinnenwelt, d.h. auf Eigentum (119). Gleichzeitig ist klar, daß ich aufgrund des Rechtsgesetzes meine Freiheit durch den Begriff der Freiheit des anderen beschränken muß. Ich darf daher erstens nicht fremde Leiber meinem Einfluß in der Sinnenwelt unterwerfen (123f.) und muß zweitens die Sphäre meiner Wirksamkeit begrenzen, um dem anderen ebenfalls eine Sphäre zu lassen. Woran genau jeder einzelne Eigentum haben solle, ist nach Fichte nicht a priori auszumachen,

sondern einem wechselseitigen Anerkennungsprozeß zu überlassen. Er besteht allerdings darauf, daß nach dem Vernunftrecht jeder von seiner Arbeit leben können müsse. »Sobald also jemand von seiner Arbeit nicht leben kann, ist ihm das, was schlechthin das Seinige ist, nicht gelassen, der Vertrag ist also in Absicht auf ihn völlig aufgehoben, und er ist von diesem Augenblicke an nicht mehr rechtlich verbunden irgend eines Menschen Eigenthum anzuerkennen. Damit nun diese Unsicherheit des Eigenthums durch ihn nicht eintrete, müssen alle von Rechtswegen, und zufolge des Bürgervertrages, abgeben von dem Ihrigen, bis er leben kann.« (213)

Aus der Beziehung zwischen Urrecht und Zwangsrecht ergibt sich für Fichte auf die Frage dieser Abhandlung die klare Antwort, daß der Staat alle Verletzungen des Urrechts — und nur sie — bestrafen darf. Was fällt genau darunter? Um zunächst im Bereich allgemeiner Bestimmungen zu bleiben, so können für Fichte nicht nur vorsätzliche, sondern auch »unbedachtsame« (fahrlässige) Handlungen Verletzungen des Urrechts und insofern wohl auch strafbar sein. Seine Argumentation ist jedoch wenig befriedigend, da er von dem Problem der Schuld absieht und ausschließlich objektivistisch argumentiert: Auch durch fahrlässige Verletzungen des Urrechts könne Unsicherheit und Ängstlichkeit entstehen (143ff.). Allerdings scheint Fichte später bei fahrlässigen Verletzungen nur Schadensersatz vorzusehen (263f.) — freilich finden sich die entsprechenden Ausführungen im Kapitel über die peinliche Gesetzgebung, so daß man den Eindruck hat, bei Fichte fehle ein klares Bewußtsein von den Unterschieden zwischen zivil- und strafrechtlichem Unrecht¹². Während fahrlässige Handlungen immerhin thematisiert sind, vermißt man hingegen eine Stellungnahme zum Problem, ob und wann der Versuch einer strafbaren Handlung bestraft werden solle. Ausführlich ist dafür die Begründung der Strafbarkeit der Verletzung von »Polizei-

¹² Mit Bezug auf III 153 moniert R. Zaczek zu Recht, bei Fichte scheine »jede Rechtsverletzung strafwürdiges Unrecht« zu sein (op. cit., 90).

gesetzen«, die die Möglichkeit der Verletzung eines anderen, seine Gefährung, verbieten (239ff.); Fichte denkt dabei an das, was heute Ordnungswidrigkeit heißt. Auffallend ist, daß Fichte zahllose Ordnungswidrigkeiten vorsieht — anders als im eigentlichen Strafrecht ist er im Polizeirecht absolut illiberal. Schließlich behandelt Fichte auch Taten aus Zorn oder Trunkenheit, deren Strafbarkeit er mit Nachdruck bejaht (268)¹³.

Was die besonderen Straftatbestände angeht, so zählen dazu in erster Linie Delikte gegen Leib und Leben der Bürger (gegen deren absolutes Eigentum, wie Fichte schreibt: 270) sowie gegen deren staatlich anerkanntes Eigentum als die beiden Momente des Urrechts. Darüber hinaus sieht Fichte Delikte gegen die Ehre vor (246, 284), ohne daß jedoch dieser Begriff schon im Urrecht fundiert wäre. Ferner sind nach Fichte Handlungen strafbar, die nicht gegen einzelne Personen gerichtet sind, aber doch gegen denjenigen, der diese Personen schützt: den Staat. Dieser ist die einzige Institution, gegen die Fichte Straftatbestände vorsieht; ja, nach ihm sind auch Handlungen gegen Leib, Leben und Eigentum einer Person außerhalb von deren Haus mittelbar Handlungen gegen den Staat, der daher auch ohne Strafantrag tätig werden darf und muß (270). Unmittelbar gegen den Staat gerichtet sind Rebellion und Hochverrat (erstere durch Privatpersonen, letzterer durch Staatsorgane). Hochverrat kann auch durch Unterlassung geschehen: »Ob du dich der verliehenen Gewalt selbst zu Gewaltthätigkeiten bedienst, oder ob du durch die Nichtanwendung derselben die Gewaltthätigkeiten anderer verstattest, ist für uns dasselbe. In einem Falle, wie in dem anderen, werden wir unterdrückt.« (270f.)

¹³ Zwar sei die Entschuldigung, daß hier keine eigentlich vorsätzlichen Handlungen vorlägen, zu akzeptieren — »aber weit entfernt, dass sie vor einer vernünftigen Gesetzgebung das Vergehen mildern sollte, erschwert sie es; in dem Falle nemlich, dass dies ein gewöhnlicher Zustand des Beklagten sey.« In diesem Falle müsse er »seine Freiheit verlieren, bis man seiner Besserung sicher ist, oder ohne Barmherzigkeit ausgeschlossen werden« (268). Hier zeigt sich, daß Fichte die Strafe von Maßregeln der Besserung und Sicherung nicht unterscheidet; innerhalb seiner (general- und spezial-)präventiven Straftheorie läuft die Strafe im Grunde auf derartige Maßregeln hinaus.