

Fünf Grundprobleme des heutigen Strafrechts

Eine Replik zu Jochen Bung

Von Prof. Dr. **Katrin Gierhake**, LL.M., Regensburg

I. Der Anspruch der Philosophie des Rechts

Der mit „Fünf Grundprobleme des heutigen Strafrechts“ überschriebene Beitrag von *Jochen Bung*¹ in dieser Zeitschrift/zum zehnjährigen Jubiläum der ZIS soll die Aktualität der Rechtsphilosophie für das Strafrecht demonstrieren. Das ist für sich genommen ein verdienstvolles Anliegen, zumal in einer Zeit, in der Offensichtliches nicht mehr erkannt und die Mühe des Denkens nur noch ungern auf sich genommen wird. Bedauerlicherweise ächtet der Text diesen Zeit(un)geist nicht, sondern fügt sich im Gegenteil geschmeidlich in ihn ein. Das macht eine Erwiderung unumgänglich.

Bung geht seine Aufgabe so an, dass er zwei denkbare Positionen an den Beginn seiner Ausführungen stellt: Entweder habe die Rechtsphilosophie keinerlei Bedeutung für das heutige (positivierte) Strafrecht oder sie sei mit ihm so eng verbunden, dass sie eine tragende und formende Rolle spiele, so wie das Römische Recht für die Zivilistik. Im Verlauf seines Beitrags zeigt *Bung* anhand ausgewählter Themenkomplexe, dass das positiviertete Recht allein keine Antworten auf die für das Strafrecht zentralen Fragestellungen (etwa den Begriff der Schuld, der Pflicht und der Strafe) bereitstellt. Ihm ist dabei insofern zuzustimmen, als in der Tat ohne Rechtsphilosophie wesentliche Begriffe des Strafrechts nicht mit der notwendigen Festigkeit bestimmt werden können. Er wählt aus den vielfältigen Problemfeldern des Strafrechts auch zutreffend solche aus, bei denen man die Notwendigkeit rechtsphilosophischer Begriffsarbeit besonders deutlich zeigen kann. Eine solche Verdeutlichung – jedenfalls exemplarisch – wäre nun das, was man von *Bungs* Beitrag erwarten dürfte. Diese Erwartung wird jedoch bitter enttäuscht.

Seine eigene Positionierung will *Bung* „eher in der Mitte“ finden.² Der nun einsetzende Argumentationsgang spiegelt die Vagheit seiner Antwort in eindrucksvoller Weise wider: Die meisten (Strafrechtler) kämen ganz gut ohne Rechtsphilosophie aus, was aber nicht heiße, dass generell auf sie (die Rechtsphilosophie) verzichtet werden könne. Dies liege daran, dass das Strafrecht wie kein anderes Rechtsgebiet „den Anspruch des Staates auf das Gewaltmonopol vermittele“ und dennoch die Fähigkeit haben müsse, über den Staat hinaus zu denken, „so etwa bei der Legitimation des Weltrechtsprinzips, aber auch bei der kritischen Frage der Mediatisierung des Strafverfahrens für Opferinteressen“.³ Nun folgt eine Reihe miteinander argumentativ kaum verbundene Aussagen:

1. Auf „altliberale Grundgewissheiten“ könne man sich nicht mehr „so einfach“ berufen, wiewohl „Kants Begriff des strikten – also im Wesentlichen engen – Rechts gerade für das Strafrecht weiterhin ein wichtiger Topos sei“;

2. jeder wisse und könne sich davon überzeugen, dass „Gesellschaften, die viel strafen, keine guten Gesellschaften seien, sondern ihrer selbst unsichere Gesellschaften, Gesellschaften, die ihre Angstbedingungen nicht unter Kontrolle haben“;

3. der „rechtsphilosophische Grundbegriff eines strikten Strafrechts lasse sich unschwer in verfassungsrechtliche Argumente übersetzen“ (ultima-ratio-Prinzip und Verhältnismäßigkeit), so dass „man überlegen könnte, die für das Strafrecht erforderliche reflexive Ebene durch Verfassungsrecht oder allgemein höherrangiges Recht zu ersetzen.“

Dies (alles?) sei schon anspruchsvoll genug, so dass der „Verzicht auf Rechtsphilosophie allein schon aus Gründen der Zeitökonomie etwas für sich habe.“ Allerdings bestehe die Möglichkeit, dass ein rein positivistischer oder dogmatischer Zugang die Problemlagen zu stark schematisiere, die Unsicherheit und Offenheit der Fragen zu schnell beseitige. Das eigentliche Proprium der Philosophie sei es aber (unter Berufung auf *Wittgenstein*), aufzuzeigen, dass man sich nicht auskenne.

Genau dies unternimmt *Bung* dann im Folgenden⁴ im Hinblick auf die von ihm genannten fünf Grundprobleme des Strafrechts: den Bestimmtheitsgrundsatz, das Schuldprinzip, die Strafzwecke, Pflichtverletzungen sowie Transstaatlichkeit und Menschenrechte.

Hält man zunächst hier inne und vergewissert man sich des bisher Gesagten, so lässt sich festhalten: Der entscheidende Grund, warum man sich nach *Bung* nicht gemeinsam mit den meisten, die „ganz gut ohne Rechtsphilosophie auskommen“, von der Rechtsphilosophie abwenden soll, liege darin, dass ohne den Rekurs auf (rechts)philosophische Überlegungen Unsicherheiten und offene Fragen allzu schnell beseitigt werden könnten. Zugespitzt formuliert: Obwohl man mit der Übersetzung des Strafrechts in Verfassungsrecht genug zu tun habe und die Zeitökonomie eine Beschäftigung mit den philosophischen Grundlagen eigentlich verbiete, sei es die Aufgabe der Rechtsphilosophie von heute, Unwissenheit zu vertiefen. *Bung* selbst schreibt: „Rechtsphilosophie hat ihre Funktion da, wo sie einer Verfestigung oder Verdinglichung der Begriffe und Argumente entgegenwirkt.“⁵ Nimmt man hinzu, wie schillernd, aber weitgehend sinnfrei auf einstmals präzise entwickelte und mühevoll begründete Zusammenhänge wahllos zugegriffen wird (*Kants* Begriff des „strikten Rechts“⁶ wird beispielsweise als bloßer „Topos“ missverstanden; der durch *Hegel* grundlegend erkannte Zusammenhang zwischen Strafpraxis und Gesellschaft⁷ wird

¹ *Bung*, ZIS 2016, 340. Es handelt sich um einen Vortrag vor der Juristischen Fakultät der Universität Hamburg aus dem Jahr 2015, der nun einem breiten Publikum zugänglich gemacht wird.

² ZIS 2016, 340.

³ ZIS 2016, 340.

⁴ ZIS 2016, 340 ff.

⁵ ZIS 2016, 341 (*Hervorhebung* nur hier).

⁶ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, in: *Werkausgabe* in zwölf Bänden, Bd. 8, 1997 (Erste Auflage [A] 1797, Zweite Auflage [B] 1798), Einleitung in die Rechtslehre, § E, AB 35.

⁷ *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, in: *Werke* in 20

wie eine Plattitüde behandelt), so könnte man tatsächlich den Eindruck gewinnen, dass sich der Gehalt der Rechtsphilosophie heute in schmiegsamen Bekenntnissen, glitzernden Zitaten und gelehrigem Redefluss erschöpft. Noch eindrucksvoller: Es wäre dann sogar das erklärte Ziel, Klares unklar zu machen, in *Bungs* Worten „[...] das scheinbar Altbekannte so anzuschauen, dass es wieder fremd erscheint und neu angeeignet werden muss.“⁸

Der grandiose Schiffbruch, den eine solche Herangehensweise erleiden muss, wenn sie auf die Grundprobleme des Rechts und des Strafrechts angewendet wird, lässt sich bei *Bung* im Folgenden gut ausmachen.⁹ Er geht damit aber nicht nur selbst unter, sondern riskiert, das gesamte Schiff der Grundlagenwissenschaften zum Kentern zu bringen. Es sind nämlich Aussagen genau dieser Art, die es in heutiger, ohnehin schon an Oberflächlichkeit kaum noch zu übertreffender Zeit, schwierig machen, die Bedeutung der Grundlagen des Rechts für seinen legitimen Bestand im Bewusstsein zu halten. Dies liegt weniger daran, dass sie diese Bedeutung nicht haben, sondern daran, dass selbst diejenigen, die die Rechtsphilosophie als ihre Lebensaufgabe betrachten, mitunter den Eindruck vermitteln, man könne diese Wissenschaft fortlaufend so betreiben, dass man vor den großen Fragen kapituliert und sich zurückzieht auf ein „Wir kennen uns nicht aus“.

Bei der Beantwortung der von *Bung* adressierten Grundfragen des Strafrechts hat allein eine Herangehensweise Aussicht auf Erfolg, die sich auf einen begriffenen Standpunkt und eine schlüssige Argumentation stützen kann. Den festen Standpunkt zu finden und zu bestimmen, ist sehr mühevoll; die schlüssige Argumentation eine Aufgabe, die in konsequenter und beharrlicher Arbeit kontinuierlich vorangetrieben werden muss. Dabei kann es gewiss auch Irrläufer und Argumentationsabwege geben, die Arbeit kann aus unterschiedlicher Richtung angegangen werden und es können Friktionen auftreten. Gibt man aber von Anfang an den Anspruch auf „etwas wissen zu können“, dann muss man sich gar nicht erst auf den Weg machen.

„Sich einen Begriff machen“ meint einen Denkkakt, der verschiedene Vorstellungen mittels einer Abstraktion unter eine gemeinsame Vorstellung bringt, also Allgemeinheit schafft.¹⁰ Eine „Argumentation“ ist eine Rede mit dem Ziel, die Zustimmung oder den Widerspruch (von Gesprächspartnern zu einer Aussage oder Norm („für“ oder „gegen“ deren Wahrheit bzw. Gültigkeit dann argumentiert wird) durch den schrittweisen und lückenlosen Rückgang auf bereits gemeinsam anerkannte Aussagen bzw. Normen zu erreichen.¹¹ Die Begriffsbildung und ein in sich schlüssiger Argumentationsgang bilden den Kern der rechtsphilosophischen Geistesarbeit; sie ist der Wahrheit verpflichtet. Die Funktion der Rechtsphilosophie dort zu verorten, wo sie einer Verfesti-

gung oder Verdinglichung der Begriffe und Argumente entgegenwirkt, ist, als würde man der Medizin die Funktion zuschreiben, Heilung zu verhindern.

II. Zu den fünf Grundproblemen des Strafrechts im Einzelnen

1. Bestimmtheitsgrundsatz

Unter kursorischer Berufung auf so unterschiedliche Denker wie *Hobbes*, *Savigny*, *Francis Lieber* und *Quine* kommt *Bung* zu dem Ergebnis, dass „wir uns in der Frage der Bestimmtheit [...] nicht auskennen“. Sprache sei von Grund auf bedeutungslos, was bedeute, dass die Garantieverprechen des Rechts nicht formal aus den Methodenlehren deduziert werden könnten. Helfen könnten allein „komplexere Verständnisse der Rechtskommunikation“¹².

Es ist gewiss zutreffend, dass sprachliche Vieldeutigkeit ein Problem für ein an Rechtssicherheit orientiertes Strafrecht darstellt, welches nicht allein durch die üblichen Auslegungsregeln zu lösen ist. Es bleibt aber unklar, welche „komplexeren Verständnisse der Rechtskommunikation“ hier Abhilfe schaffen könnten und warum. Sollte hier ein Hinweis auf moderne Überlegungen der Sprachphilosophie versteckt sein, so wäre die Leserin interessiert gewesen, darüber etwas zu erfahren. Leider ist es erklärtermaßen nicht das Ziel *Bungs*, durch Rekurs auf die Philosophie „neuartige Erkenntnisse in die Diskussion einzubringen“¹³; aber auch das sehr viel bescheidenere Programm der Verortung des eigenen Standpunkts (dies setzt im Übrigen einen eigenen Standpunkt voraus), des Anbringens von „Markierungen“ bzw. des Kartographierens eines unwegsamen Geländes wird von *Bung* nicht unternommen.

2. Schuld

„Schuld“ ist der Schlüsselbegriff des Strafrechts. *Bung* meint, auch hier kennten „wir“ uns „überhaupt nicht“ aus. Er weist zutreffend darauf hin, dass es Stimmen gibt, die an der Existenz von Schuld überhaupt,¹⁴ oder aber jedenfalls an der Bedeutsamkeit der Existenz von Schuld für das Strafrecht zweifeln.¹⁵ Er selbst kann sich nach eigener Aussage nicht entscheiden, was er für richtig hält. Er denke einerseits an „makrokriminelle Vorgänge wie Völkermord“, in denen der Unrechtsgehalt in der individuellen Schuld nicht abgebildet werden könne, andererseits an das Jugendstrafrecht, bei dem es sehr auf „eine psychologische Feinabstimmung in der Frage der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit“ ankomme.¹⁶

Gewiss ist der Prozess der vollständigen gedanklichen Durchdringung der Thematik „menschliche Schuld“ eine Lebensaufgabe; gewiss ist es auch keine Schande einzugeste-

Bänden auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu editierte Ausgabe, Bd. 7, § 218, S. 371 f.

⁸ ZIS 2016, 341.

⁹ Dazu sogleich im Einzelnen im Text.

¹⁰ Vgl. Mittelstraß (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 1, 2004, Stichwort „Begriff“.

¹¹ Vgl. Mittelstraß (Fn. 10), Stichwort „Argumentation“.

¹² Siehe ZIS 2016, 340 f.

¹³ ZIS 2016, 341.

¹⁴ Mit exemplarischem Hinweis auf *Singer*, DZPhil 52 (2004), 235.

¹⁵ Etwas irritierend ist hier, dass *Bung* ohne auch nur eine Fundstelle zu nennen behauptet, dass dies „die wohl überwiegende Ansicht in der strafrechtlichen Literatur“ so sehe.

¹⁶ Siehe ZIS 2016, 341.

hen, dass man selbst in der Erarbeitung eines eigenen Standpunkts noch nicht zu Ende gekommen ist. Wäre das Strafrecht ein bloßes Gedankenspiel, könnte es sicher reizvoll sein, und es würde ausreichen, mal diese, mal jene Position einzunehmen, sie spielerisch hin und her zu wenden, letztlich aber offen zu lassen.

So ist es aber nicht. Das Recht, auch das Strafrecht, ist Teil der praktischen Philosophie; es betrifft menschliches Handeln und muss deswegen dem Anspruch genügen, gültige Gründe für dieses menschliche Handeln anzugeben. Der Richter kann die Entscheidung über die Bestrafung eines Angeklagten nicht mit dem Hinweis fällen, er kenne sich nicht aus: Ob es Schuld gebe, ob der Angeklagte sich schuldig gemacht habe, ob dies für die Bestrafung und das Strafmaß von Bedeutung ist, kann gerade nicht offen gelassen werden. Der Richter kann den zugrundeliegenden Begründungsgang bei seinen Alltagshandlungen zwar nicht stets aktualisieren, sondern nur gedanklich mitführen; die Begründung muss aber geleistet sein, damit von legitimer Strafe gesprochen werden kann. Wer, wenn nicht die Rechtsphilosophen, könnte einen solchen Begründungsgang erarbeiten? Wer, wenn nicht „wir“?

Die beiden exemplarischen Schwierigkeiten (wie auch alle sonstigen Anwendungsfragen), die *Bung* nennt, können erst dann mit Aussicht auf Erfolg adressiert werden, wenn die Grundbegriffe „Wille“, „Schuld“ und „Strafe“ einer Klärung zugeführt wurden. Das Völkerstrafrecht setzt dann noch weitere vermittelnde Schritte voraus, die den Rechtsbegriff, den Staat, die Staatengemeinschaft genauso beinhalten wie ein gesichertes Verständnis vom Kriminalunrecht. Auch das Jugendstrafrecht ist als Recht des noch nicht zur vollen Selbständigkeit gelangten menschlichen Rechtssubjekts erst zu begreifen, wenn diese Grundbegriffe geklärt sind. Die *Bungsche* Totalkapitulation ist dagegen keine Option, die ein Rechtswissenschaftler, schon gar kein Rechtsphilosoph, ergreifen kann, ohne sich des Verdachts auszusetzen, gar nichts zur Diskussion beitragen zu können.

3. Strafzwecke

In der herkömmlichen Diskussion, so meint *Bung*, träten uns die Strafzwecke als „Fetische“ entgegen. Sie hätten weder für die Frage, warum gestraft werde, noch für die „elementare Frage der Zurechnung strafrechtlicher Verantwortung“ einen „systematischen Wert“.¹⁷ Die „Verflüssigung der Begriffsfetische“ könne nicht mit den Mitteln des Strafrechts erfolgen; *Bung* empfiehlt hierfür *Nietzsche*. Alle, die sich der Vorliebe für die Verflüssigung von Begriffen nicht anschließen wollen, sondern sich im Gegenteil um feste Positionen bemühen, werden des „Autismus“ verdächtigt; grundlegende Entwürfe etwa von *Kant*, *Hegel*, *Feuerbach* und *v. Liszt* hätten zu dem Problem, ob oder warum überhaupt gestraft werden solle, nichts Genuines beizutragen, sondern könnten allesamt „im Wesentlichen in die verfassungsrechtliche Formel übersetzt werden, dass Prävention durch Schuld begrenzt sein muss (auch wenn wir nicht wissen, was Schuld ist)“.¹⁸

¹⁷ ZIS 2016, 341 f.

¹⁸ ZIS 2016, 342.

Diese kurze Auseinandersetzung mit den sogenannten Strafzwecken ist in mehrerlei Hinsicht entlarvend:

a) Selbst wenn *Bung* recht damit hätte, dass die Beschäftigung mit den großen Entwürfen der Rechtsphilosophie autistische Züge hat und für die entscheidenden Fragen nicht weiter hilft, so dürfte man nun einen Gegenvorschlag erwarten. Der Rekurs auf *Nietzsches* „Dekonstruktion der Strafzwecke“ müsste dann die behauptete Lücke füllen. *Bung* hätte also den „systematischen Wert“ des von ihm favorisierten Ansatzes für die „elementare Frage der Zurechnung strafrechtlicher Verantwortung“ und für den Strafgrund aufzuzeigen. Das dürfte ihm allerdings wegen des fehlenden systematischen Anspruchs *Nietzsches* selbst bei höchster Anstrengung nicht gelingen.

b) Ist alleiniges Anliegen der eigenen Ausführungen die Verflüssigung der Begriffe, so ist der Beitrag inhaltlich wertlos.

c) Der Rekurs auf *Kant*, *Hegel*, *Feuerbach* und *v. Liszt* geschieht in der Regel im Zusammenhang mit dem von ihnen erarbeiteten Gedankengut, das nun einmal von den genannten Personen stammt. Es geht nicht darum, dass „ein Prominenter die Patenschaft für einen Strafzweck“ übernimmt, sondern darum, dass Prominenz durch eine Denkleistung erworben wurde, die wegen ihrer Substanz auch nach mehreren (hundert) Jahren zur Problembewältigung noch beitragen kann.

d) Es ist mehr als fraglich, ob man auf diese Denkleistung heute verzichten kann, ohne in Banalität zu verfallen. Vorhersehbar ist dagegen, dass der alternative Zugang, das Strafrecht habe „sich als reflexives Recht zu bewähren“ und die Rechtsphilosophie habe die Aufgabe, bei dieser „Bewährungsprobe“ zu helfen,¹⁹ indem sie „durch Verflüssigung und Analyse verfestigter oder unklarer Begriffe bei einer Neuorientierung oder Neukonfiguration der Grundprobleme“ helfe,²⁰ spätestens in ein paar Jahren in Bedeutungslosigkeit versunken sein wird.

e) Die Aussage, dass alle Strafzwecke in die „verfassungsrechtliche Formel“ übersetzt werden könnten, „Prävention (müsse) durch Schuld begrenzt sein“, wirft mehrere Fragen auf: Wo findet sich in der Verfassung eine solche Formel? Wie könnte sie begründet werden? Ist sie zutreffend? Welche Bedeutung hat die Prävention überhaupt für die Strafe? Ferner ist die Aussage selbst zu überprüfen: Erschöpft sich beispielsweise das Strafkonzep *Hegels* in dieser Aussage? Oder: Inwiefern hat bei *v. Liszt* die individuelle Schuld eine die Prävention begrenzende Bedeutung? Lässt sich eine solche Formel sinnvoll aufstellen, wenn der Schuldbegriff – wie bei *Bung* – ungeklärt bleibt?

4. Pflichtverletzungen

Als viertes Grundproblem macht *Bung* das folgende aus: „In welchem Umfang soll Strafrecht nicht nur Nichtverletzungspflichten, sondern auch Ermöglichungspflichten schützen?“²¹

¹⁹ ZIS 2016, 342.

²⁰ ZIS 2016, 344.

²¹ ZIS 2016, 342 mit Verweis auf *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012 (ohne nähere Fundstellenangabe), und *Kubi-*

Schon die Formulierung der Frage stürzt die Leserin in Verwirrung: Wie lässt sich eine Pflicht schützen? Was ist im Zusammenhang mit dem Strafrecht eine „Ermöglichungspflicht“?

Gemeint ist vermutlich die Frage nach der Legitimität der Unterlassungsdelikte (was sich aus *Bungs* Hinweis auf die Garantenstellung und die Entsprechungsklausel aus § 13 StGB schließen lässt). Dass diese mit erhöhtem Begründungsaufwand verbunden sind, entspreche dem „klassisch-liberalen Strafrechtsdenken, dem Begriff des strikten Rechts, der unter den Bedingungen des modernen Wohlfahrtsstaates zwar nicht mehr ganz auf der Höhe der Zeit, im Reservat des Strafrechts aber unstreitig noch von Bedeutung“²² sei. *Kant* habe niemals behauptet, dass nur der aktive Eingriff in die äußere Freiheitssphäre legitimer Gegenstand rechtlicher Sanktionierung sei, denn nach ihm gebe es „keinen prinzipiellen Unterschied zwischen Rechtslehre und Tugendlehre in Ansehung der Pflichten, sondern nur im Hinblick darauf, was zur Pflichterfüllung motiviert: innerer Drang oder äußerer Zwang“²³.

Dass es nicht selbstverständlich ist, jemanden dafür zu bestrafen, dass er „nichts“ tut, ist zutreffend – und zwar ganz unabhängig davon, ob man Anhänger eines „klassisch-liberalen Strafrechts“ ist oder nicht.²⁴ Wird *Kant* zur Begründung dafür herangezogen, dass das Unterlassen jedenfalls nicht schon grundsätzlich als strafbares Verhalten ausgeschlossen ist, so sind dafür aber wesentliche vermittelnde Schritte notwendig, die seinen Handlungs- und Rechtsbegriff genauso betreffen wie ein davon abgeleitetes Verständnis von Kriminalunrecht, insbesondere vom Verletzungshandeln.²⁵ Die von *Bung* genannte Unterscheidung von Rechts- und Tugendlehre trifft das Problem dagegen nicht. Die Grunderkenntnis, dass zur Rechtspflicht ein äußerer Zwang moralisch-möglich ist, die Tugendpflicht aber allein auf dem freien Selbstzwang beruht²⁶ (was im Übrigen etwas völlig anderes ist als ein „innerer Drang“), erlaubt überhaupt keine Aussage darüber, ob ein Nichthandeln trotz gesetzlicher Pflicht legitimerweise mit Strafe belangt werden darf.

ciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013 (mit einer unzutreffenden Fundstellenangabe).

²² ZIS 2016, 342.

²³ ZIS 2016, 342. Diese Aussage *Kants* wird mit dem Hinweis auf eine Seitenzahl in der *Metaphysik der Sitten* belegt, die mangels Angabe der benutzten Ausgabe nicht nachprüfbar ist; weder die gängige Akademieausgabe, noch die ebenfalls übliche Weischedel-Ausgabe mit Hinweis auf die Seitenzahlen der Auflagen (A oder B) scheinen gemeint zu sein. Welcher Nachdruck (1990!) benutzt wurde, muss deshalb vom Leser erraten werden.

²⁴ Was genau daran nicht mehr auf „der Höhe der Zeit“ sein soll und warum es dennoch Relevanz im „Reservat“ (?) des Strafrechts haben soll, bleibt dabei im Dunkeln.

²⁵ Vgl. dazu *Kahlo*, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, 2001, 1. und 2. Teil.

²⁶ So *Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*, 1797, A 9.

Die nun folgenden Aussagen sind nur mühsam auf das aufgeworfene Problem der Unterlassungsdelikte bzw. Pflichtverletzungen zu beziehen. „Reflexives Strafrecht“ wisse: „Wenn das Maß der Zuständigkeit der Person ansteigt, dann gibt es keine einfache Korrelation zwischen diesem Anwachsen der Pflichten und einer Kriminalisierung aus dem Gesichtspunkt des Verbrechens als Pflichtverletzung. Wo Pflichtverletzungen, zumal Verletzungen von Sorgfaltspflichten in zu großem Umfang strafrechtlich zugerechnet werden, geht es auf Kosten der Freiheit, so dass es die wichtigste freiheitssichernde Aufgabe des Strafrechts ist, Kriterien zu spezifizieren, mit denen Unterbrechungen der Zurechnung zu begründen sind. Rechtsphilosophie kann bei dieser Aufgabe helfen.“²⁷ Häufig würden Zurechnungsunterbrechungen mit dem Autonomieprinzip begründet; als Beispiel nennt *Bung* die Nichtbestrafung einer Person wegen Einwilligung in die Rechtsgutsverletzung durch das Opfer. *Bung* fragt nun, was Verantwortung für dieses Wollen heiße und wo sie beginne. Verantwortung sei nur für ein Wollen zu übernehmen, das seinerseits gewollt und dessen Gehalt bewusst ist. Diese Unterscheidung leiste den „wohl wichtigsten Beitrag zu einer Unterbrechung der strafrechtlichen Zurechnung“²⁸.

Befremdlich ist an dieser Herangehensweise, dass nicht die Zurechnung selbst der Freiheit des Subjekts entsprechend vorgenommen und ausgestaltet werden soll, sondern – gewissermaßen rückwärts – Zurechnung aus Gründen der Freiheit unterbrochen werden soll, wenn sie „in zu großem Umfang“ stattfindet. Dass Freiheit und Pflicht ursprünglich miteinander verbunden sind, wird nicht einmal ansatzweise berücksichtigt. Ungeklärt ist ferner, warum es auf Freiheit und Freiheitssicherung überhaupt ankommen soll und was die genannten Zurechnungsunterbrechungen mit den Pflichtverletzungen zu tun haben, die das vierte Grundproblem darstellen.

5. Transstaatlichkeit und Menschenrechte

Als fünftes Grundproblem identifiziert *Bung* solche Konstellationen, deren „Bedeutungsgehalt mit dem Begriff des Staates oder dem vom Staat abgeleiteter Institute nicht erschöpft werden kann“.²⁹ Insbesondere in Gestalt des Völkerstrafrechts stelle sich das Problem, ein Verständnis von Strafzuständigkeit zu entwickeln, die nicht an einen territorialen Souverän gekoppelt ist. Es gebe Straftaten von gewisser Schwere, die das öffentliche Bewusstsein erschütterten und *Bung* stellt in Frage, ob dieses Bewusstsein und das Bewusstsein der Notwendigkeit einer Verfolgung dieser Taten an Staatsgrenzen gebunden ist. Mit Rekurs auf *Kant* und *Locke* sei festzuhalten, dass es Taten gebe, deren Unrechtsgehalt an jedem Ort der Welt gefühlt werde bzw. bei denen die Menschheit als Ganze verletzt werde. Dass die Strafbefugnis in die Hände des Staates gelegt wurde, sieht *Bung* als Legitimationstransfer an, der in der „Strafbefugnis der Menschheit als solcher, also aller Menschen, also jedes einzelnen Menschen als Repräsentant der Menschheit“³⁰ begründet sei.

²⁷ ZIS 2016, 342.

²⁸ ZIS 2016, 342 f.

²⁹ ZIS 2016, 343.

³⁰ ZIS 2016, 343.

Mit diesem Hinweis auf ein Legitimationsproblem im Bereich des Völkerstrafrechts hat *Bung* gewiss recht. Interessant ist auch sein Lösungsansatz, der das ursprüngliche Strafrecht bei der gesamten Menschheit und davon abgeleitet bei jedem Einzelnen verortet, so dass sich die staatliche Strafbefugnis einem „Legitimationstransfer“ verdanke. Hier schimmert eine Aufgabenbestimmung der Rechtsphilosophie durch, die weit über das bisher abgesteckte Feld der „Verflüssigung von Begriffen“ hinausgeht. An einem solchen Ansatz zu arbeiten, ihn zu begründen oder zu widerlegen, wäre jede Mühe wert und müsste nun von dem Rechtsphilosophen *Bung* angegangen werden. Leider verfolgt er diesen Gedanken nicht weiter, sondern kehrt nach einigen wenigen gehaltvollen Überlegungen zurück zu seinem Zufluchtsort der theoretischen Unverbindlichkeit.

III. Nachwort aus der Vorrede zu Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts

„Indem nun die Rabulisterei der Willkür sich des Namens der *Philosophie* bemächtigt und ein großes Publikum in die Meinung zu versetzen vermocht hat, als ob dergleichen Treiben Philosophie sei, so ist es fast gar zur Unehre geworden, über die Natur des Staates noch philosophisch zu sprechen; und es ist rechtlichen Männern nicht zu verargen, wenn sie in Ungeduld geraten, sobald sie von philosophischer Wissenschaft des Staates reden hören. [...] Die zu unserer Zeit gang und gäben Deklamationen und Anmaßungen gegen die Philosophie bieten das sonderbare Schauspiel dar, dass sie durch jene Seichtigkeit, zu der diese Wissenschaft degradiert worden ist, einerseits ihr Recht haben und andererseits selbst in diesem Elemente wurzeln, gegen das sie undankbar gerichtet sind. Denn indem jenes sich so nennende Philosophieren die Erkenntnis der Wahrheit für einen törichten Versuch erklärt hat, hat es, [...], alle Gedanken und alle Stoffe *nivelliert*, – so dass die Begriffe des Wahren, die Gesetze des Sittlichen auch weiter nichts sind als Meinungen und subjektive Überzeugungen und die verbrecherischsten Grundsätze als *Überzeugungen* mit jenen Gesetzen in gleiche Würde gestellt sind, und dass ebenso jede noch so kahlen und partikularen Objekte und noch so strohernen Materien in gleiche Würde gestellt sind mit dem, was das Interesse aller denkenden Menschen und die Bänder der sittlichen Welt ausmacht. [...] Darauf kommt es dann an, in dem Scheine des Zeitlichen und Vorübergehenden die Substanz, die immanent, und das Ewige, das gegenwärtig ist, zu erkennen.“³¹

³¹ *Hegel* (Fn. 7), Vorrede, S. 20 ff. (*Hervorhebungen* im Original).