

Sophie Zaufal

Was kann ein strafrechtlicher Tatbestand leisten?

Die Bestimmtheit von Strafnormen als hermeneutisch-methodisches Problem im Verfassungsstaat



Nomos



DIKE

facultas



Grundlagen des Strafrechts

herausgegeben von

Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE), Universität Hannover

Prof. Dr. Katrin Höffler, Universität Göttingen

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel, Universität Augsburg

Prof. Dr. Martino Mona, Universität Bern

Prof. Dr. Georg Steinberg, Universität Potsdam

Prof. Dr. Benno Zabel, Universität Bonn

Band 1

Sophie Zaufal

Was kann ein strafrechtlicher Tatbestand leisten?

Die Bestimmtheit von Strafnormen als
hermeneutisch-methodisches Problem im Verfassungsstaat



Nomos



DIKE

facultas



Die Drucklegung wurde gefördert durch die
Österreichische Forschungsgemeinschaft (ÖFG).

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

Zugl.: Wien, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4549-4 (Nomos Verlag, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-8452-8802-4 (Nomos Verlag, Baden-Baden, ePDF)

ISBN 978-3-7089-1667-5 (facultas Verlag, Wien)

ISBN 978-3-03751-996-7 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte,
auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der
Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Schrift wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien im Sommersemester 2017 als Dissertation angenommen.

Zuvorderst danken möchte ich Frau Univ.-Prof. Dr. Eva Maria Maier für die intensive und geduldige Betreuung sowie das angenehme Gesprächs- und Diskussionsklima. Zahlreiche Literaturhinweise und die Zurverfügungstellung wichtiger Werke erleichterten den Bearbeitungsprozess. Nicht zuletzt ihre aufmunternden Worte zur rechten Zeit haben den Abschluss der Arbeit ermöglicht.

Des Weiteren danke ich Herrn Univ.-Prof. DDr. Christian Stadler sowie Herrn Univ.-Prof. Dr. Stefan Hammer für die Übernahme der Begutachtung der Dissertation.

Herzlichen Dank schulde ich meinen Eltern, die mich Zeit meines Lebens immer unterstützt haben. Vielen Dank für alles.

In besonderer Weise danken möchte ich Herrn Ass. iur. Markus Faßhauer LL.M. Eur. für die zahlreichen fachlichen Diskussionen und die unermüdliche persönliche Begleitung des Arbeitsprozesses in den vergangenen Jahren. Beides war voller Herausforderungen und nicht immer leicht.

Herr Prälat Dr. Lorenz Wolf, Leiter des Katholischen Büros der Freisinger Bischofskonferenz, machte den Abschluss meiner Dissertation neben der Berufstätigkeit möglich.

Vielen Dank dafür.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	17
1.1	Ausgangsposition	17
1.2	Bedeutung des strafrechtlichen Tatbestandes	17
1.2.1	Tatbestand als Angelpunkt der Strafrechtspraxis	17
1.2.2	Infragestellung des Deduktionsverständnisses	18
1.2.3	Rechtsstaat und Bestimmtheitsgebot	19
1.3	Gegenstand des Strafrechts?	21
1.3.1	Entformalisierungstendenzen im Strafrecht	21
1.3.2	Einholung des Strafbegriffs in der Norminterpretation	22
1.4	Ziele und Vorgangsweise	23
2	Staat und Strafe bei Immanuel Kant	25
2.1	Einleitung	25
2.1.1	Überblick und Ansatzpunkt	25
2.1.2	Das vernünftige Subjekt: Zwei-Welten-Dichotomie	26
2.1.2.1	Moralische Person: Zurechnung der Handlung (Freiheit)	26
2.1.2.2	Dialektik: Begrenztheit der theoretischen Erkenntnis	30
2.2	Hauptteil: Staat als objektiv praktische Realität der Freiheit	32
2.2.1	Bedingungen: Gewaltenteilung und apriorische Gesetze im Staat	33
2.2.1.1	Die metaphysische Einteilung der Staatsidee: Gewaltenteilung und -vereinigung	33
2.2.1.2	Der Staat als Erscheinung: Der Mensch als Normsetzer	35
2.2.1.2.1	Gesellschaftsvertrag: Begründung des freiheitlichen Staates	39
2.2.1.2.2	Erlaubnisgesetz: Die Vermittlung von Vernunft und Geschichte	41

2.2.1.3	Strafrecht und Verfassungsrecht: Kategorische Imperative a priori	42
2.2.1.4	Strafrecht als Staatsrecht	45
2.2.2	Wechselseitiger Zwang als Symbol des Rechtsgesetzes für den Verstand	48
2.2.2.1	Die Typik des Sittengesetzes: Regel für die Urteilkraft	48
2.2.2.2	Wechselseitiger Zwang als Symbol	49
2.2.2.3	Thomas Hobbes: Legitimität von Zwang qua Autorität	52
2.2.2.4	Verwechslung von Symbol und Schema: Mystizismus der praktischen Vernunft	53
2.2.3	Strafe als Symbol der Strafwürdigkeit und Bestrafung als Charakterismus	55
2.2.3.1	Strafe als symbolische Vermittlung von Natur und Freiheit (quia peccatum est)	56
2.2.3.2	Äquivalenz des Symbolischen: Talionsprinzip	58
2.2.3.3	Verwechslung von Symbol und Charakterismus: Die Strafe als Ausgleich?	61
2.2.3.4	Präventive Strafgesetze: Empirismus der praktischen Vernunft	64
2.2.4	Verbrechen	65
2.2.4.1	Rechtsfriedensstörung: Angriff auf ein Rechtsgut	65
2.2.4.2	Strafrecht: Austilgbare Verbrechen als Setzen einer Ausnahme	68
2.2.4.3	Staatssicherheit und Normgeltung: keine Strafrechtsgüter	70
2.2.4.4	Kein Strafrecht: Nicht austilgbare Verbrechen gegen den Staat	72
2.2.5	Die Rechtsprechung	73
2.2.5.1	Gerichtliche Zurechnung (quia peccatum est)	73
2.2.5.1.1	Laienrichter: Entscheidung über die Vernunftwidrigkeit der Handlung	75
2.2.5.1.2	Gerichtshof: Begründung der Entscheidung mit dem positiven Gesetz	77
2.2.5.2	Die Begründungs- und Rechtfertigungsfunktion des positiven Normtextes im Verfahren	80
2.2.5.3	Die Bestrafung als präventives Mittel und Bestätigung der Gesetze (ne peccetur)	83

2.2.5.4	Begnädigung als Machtspruch	85
2.3	Schluss	86
2.3.1	Positives Strafrecht als Konstruktion des Handlungsaprioris im rechtlichen Zustand	86
2.3.2	Kein Rückschluss von der Bestrafung auf die begriffliche Strafe	89
2.3.3	Fallprüfungsschema: Orientierung an Begründung	90
2.3.4	Zufällige Gerechtigkeit, verdeckte Form der Herrschaft	92
2.3.5	Sein als logisches und reales Prädikat	95
3	Staat und Strafe bei Paul Johann Anselm von Feuerbach	97
3.1	Einleitung	97
3.1.1	Feuerbach: Liberaler Kantianer oder Vertreter des Sicherheitsstaates?	97
3.1.2	Hinwendung zum positiven Recht – Interpretation und Institution	98
3.1.3	Überblick	98
3.2	Hauptteil: Gesetzlichkeitsprinzip im Sicherheitsstaat	99
3.2.1	Zweck des Staates: Die Garantie der inneren Sicherheit	99
3.2.2	Strafrecht im Sicherheitsstaat: Generalprävention	100
3.2.2.1	Straftheoretische Begründung des Gesetzlichkeitsgebots: psychologischer Zwang	100
3.2.2.2	Feuerbachs Strafgesetz: Ein „kategorischer Imperativ“ im Sinne Kants?	102
3.2.2.2.1	Verwechslung von Metaphysik und empirischer Rechtspraxis	102
3.2.2.2.2	Das Strafgesetz als Schema eines Ursache-Wirkungs-Zusammenhangs	104
3.2.2.3	Die Zurechnungslehre Feuerbachs	105
3.2.2.4	Zusammenfassung: Funktion des Gesetzlichkeitsprinzips im Sicherheitsstaat	107
3.2.3	Hinwendung zum positiven Recht: Institution und Interpretation	108
3.2.3.1	Exkurs: Vom Vernunftrecht zu den naturrechtlichen Kodifikationen	108
3.2.3.2	Zur Interpretationsbedürftigkeit von Strafgesetzen	109

3.2.3.3 Die Kritik am „Kleinschrodischen Entwurf“ (1804)	110
3.2.3.3.1 Abkehr von der Gesetzgebungstechnik der Carolina und richterlicher Willkür	111
3.2.3.3.2 Gesetzesverständnis – Auslegung und Analogie	113
3.2.3.3.3 Das Auslegungsmonopol der Gesetzeskommission als „dritter Kraft“	115
3.2.3.4 „Bemerkungen über das Formelle der Gesetzgebung u. ihr Verhältniß zur Doctrin“ (1809)	117
3.2.3.4.1 Gesetzesmaterialien	118
3.2.3.4.2 Gesetzeskommission	119
3.2.3.5 Rechtsstaatliche Problematiken	119
3.2.3.5.1 Die Autoritätsfunktion der Gesetzeskommission bei der Norminterpretation	119
3.2.3.5.2 Unscharfer Gesetzesbegriff: Definition über Zweck- und Folgenerwägungen	120
3.3 Schluss	121
3.3.1 Heteronom-konditionierende Disziplinierung	121
3.3.2 Psychologische Zwangstheorie: Normativer Schuldbegriff	122
3.3.3 Überhöhung des positiven Gesetzes	123
4 Staat und Strafe bei Georg Wilhelm Friedrich Hegel	125
4.1 Einleitung	125
4.1.1 Vorbedingungen	125
4.1.2 Überblick	127
4.1.3 Die Selbstsetzung des Rechtsbegriffs	127
4.1.3.1 Der Mensch als „Existenz aus Freiheit“	130
4.1.3.2 Freiheit und Anerkennung	132
4.1.3.3 Recht als „Sittlichkeit“: Verwirklichung von Sittlichkeit als Zweck staatlichen Handelns	132
4.1.3.4 Vernunft als kritisches Moment der Rechtspflege	135
4.1.3.5 Geschichtlichkeit von Staat und Recht	138

4.2 Hauptteil: Der substantielle Staat	140
4.2.1 Der Staat	140
4.2.1.1 Die bürgerliche Gesellschaft als Ort formeller Rechtsstaatlichkeit	140
4.2.1.2 Substantieller Staat als Fundierung und Zielrichtung der bürgerlichen Gesellschaft	143
4.2.1.2.1 Die Erscheinungswelt des Sittlichen	143
4.2.1.2.2 Institutionelle Bedingungen	144
4.2.1.2.3 Individuelle Bedingungen	146
4.2.1.3 Gewalten im substantiellen Staat	148
4.2.1.4 Die Institution als Namen behaltendes Gedächtnis	154
4.2.2 Der Verbrechens- und Strafbegriff	155
4.2.2.1 Verbrechen und Strafe im abstrakten Recht	155
4.2.2.1.1 Verbrechen	156
4.2.2.1.2 Strafe als Vergeltung	158
4.2.2.1.3 Problematik	159
4.2.2.2 Verbrechen und Strafe in der bürgerlichen Gesellschaft	161
4.2.2.2.1 Verbrechen als „objektiv-Unendliches“: Angriff auf ein Rechtsgut	161
4.2.2.2.2 Verbrechen als Anerkannt sein wollen in einer konkreten rechtlichen Welt	162
4.2.2.2.3 Die Strafrechtsinstitution	164
4.2.2.2.4 Die Zufälligkeit der Identität von „eigenem Gesetz“ und „positivem Gesetz“	165
4.2.2.3 Verbrechen und Strafe im substantiellen Staat	168
4.2.2.3.1 Verbrechen als „Selbstwiderspruch“ des Willens: der „gewalttätig-böse Wille“	169
4.2.2.3.2 Strafe als „Vergeltung“ und „Versöhnung“	170
4.2.2.4 Begriff und Modalität der Strafe im Strafverfahren	172
4.2.2.4.1 Symbolisch-geistige Gestalt des Begriffs und Wirklichkeit der Modalität	172
4.2.2.4.2 Verwechslung von Begriff und Modalität: Wertgleichheit? Zwang?	174
4.2.2.4.3 Spezial- und generalpräventive Überlegungen und zwangsweiser Vollzug	178
4.2.2.5 Abgrenzung von einer absoluten Straftheorie	181

4.2.3	Sicherheit als Thema des Rechts- und Verwaltungsstaates	183
4.2.3.1	Polizei als Hilfe der Rechtspflege und polizeiliche Strafgerechtigkeit	183
4.2.3.2	Die „ungestörte Sicherheit“ (§ 230) als Thema der Strafrechtspflege?	185
4.2.3.3	Fazit: Strafrecht im Dienste der Gefahrenabwehr?	186
4.2.4	Konsequenzen für die Strafrechtsinterpretation	187
4.2.4.1	Strafrecht als Selbstzweck: Begriffslögischer Zusammenhang von Verbrechen und Strafe	187
4.2.4.2	Strafgesetze als Inhaltsbedingungen der Freiheit: Interpretation und Analogie	190
4.2.4.3	Bestimmung des Rechts als politisch-sittliches Handeln, das Zutrauen ermöglicht	193
4.2.4.4	Ausrichtung der „bunten Rinde“ der staatlichen Gesetze auf den „inneren Kern“ hin	195
4.3	Schluss	197
4.3.1	Dialektisches Denken und Teleologie	197
4.3.2	Nulla poena sine lege, sine culpa im substantiellen Staat	200
4.3.3	Probleme und Defizite von Hegels Rechts- und Staatsphilosophie	202
5	Konsequenzen: Strafrecht als kulturelle Praxis der Vernunft im Staat	204
5.1	Ziel des Kapitels und Vorgehensweise	204
5.2	Was kann ein strafrechtlicher Tatbestand (nicht) leisten?	204
5.2.1	Vertikale Gewaltenteilung und prozedurale Rationalität (Kant)	204
5.2.2	Problematiken der Kantrezeption	206
5.2.2.1	Neukantianismus: Normativierende Strömungen	207
5.2.2.2	Instrumentelle Vernunft, Werturteil als Willensakt (Kelsen)	208
5.2.2.2.1	Interpretation als Willensakt des Rechtsanwenders	208
5.2.2.2.2	Rechtfertigungsproblem	209
5.2.2.2.3	Naturalistischer Reduktionismus	210
5.2.2.3	Diskurstheorie, zyklische Rechtsproduktion (Habermas)	211

5.2.2.4	Subjektive Teleologien: Objektive Teleologie als Korrektiv bei Kant?	215
5.2.3	Staatliche Gewalten als abhängige Momente einer Totalität	216
5.2.3.1	Gemeinsamer Handlungshorizont der Staatsgewalten (Montesquieu)	216
5.2.3.2	Strafrecht als „politisches Recht“ (Savigny)	219
5.2.3.3	Problematik substantialisierter horizontaler Gewaltenteilung (Schmitt)	221
5.3	Bestimmtheit von Strafnormen als hermeneutisch-methodisches Problem	224
5.3.1	Setzung und reflexive Einholung der Grundlagen	224
5.3.1.1	Volk und Verfassung	225
5.3.1.2	Strafnormen	227
5.3.1.3	Subjektive Teleologien und objektive Teleologie	229
5.3.2	Bestimmung des Rechts in Verfahren: Aufweis des verwirklichten Begriffs	232
5.3.2.1	Prozeduralisierung der Volkssouveränität: Bindung an Norm und Institution	232
5.3.2.2	Gemeinsamer Horizont: Die Strafnorm als verwirklichter Begriff (Typus)	235
5.3.2.3	Strafverfahren als legitimer Ort des Politischen und performatives Geschehen	240
5.3.2.4	Die Leistungsfähigkeit des Tatbestandes	244
5.3.3	Verkennung der Verfassung als Objektivitätsbezug: Flucht in die Kanonisierung juristischer Methode	246
5.3.3.1	Bedeutungsidealismus	247
5.3.3.2	Heteronomes Bindungsschema: Herrschaft	248
5.3.3.3	Deutung: Autonomie des Rechtssystems	250
5.3.3.4	Kritik systemtheoretischer Analyse	251
5.3.4	Die Straftat als normative Konstruktion?	252
5.3.4.1	Der Straftatbegriff als Argumentationsschema	252
5.3.4.2	Normativer Schuldbegriff als Restbegriff	254
5.3.4.3	Der strafrechtliche Handlungsbegriff	257
5.3.4.3.1	Keine Frage alternativer Handlungsmöglichkeiten	257
5.3.4.3.2	Aufarbeitung von Realität und Reflexion	258

5.3.4.3.3	Recht als freie Selbstbestimmung im handelnden Miteinander	258
5.3.4.3.4	Konstruktion oder Konstitution von Wirklichkeit	260
5.3.5	Methodenbezug und Gesetzesverständnis in der Rechtspraxis	262
5.4	Die Staatlichkeit des Strafrechts und seine Kritik	265
5.4.1	Herausforderung	265
5.4.2	Hermeneutische Dialektik	267
6	Applikation: Rechtsstaat oder Sicherheitsstaat?	270
6.1	Einleitung	270
6.2	Problemanzeige	270
6.2.1	Vorfelddelikte	270
6.2.2	Strafrecht als materielles Feindstrafrecht?	271
6.3	Strafrecht als Kontingenzmanagementssystem?	273
6.3.1	Das Volk als „populus“	273
6.3.2	Verantwortung für Zukünftiges: Abkehr vom strafrechtlichen Handlungsbegriff	275
6.3.3	Entsubjektivierung: Verunmöglichung von Schuld und Strafe	276
6.3.4	Umbau des Staatskonzeptes: Verfassungsrechtliche Veränderungen	277
6.3.5	Entgrenzung des Strafrechts	278
6.4	Unbestimmtheit der Norm, Unbestimmtheit des Rechts	280
6.4.1	Subjektive Teleologie des Gesetzgebers ohne objektiv-teleologische Rückfrage	281
6.4.2	Materielle Souveränitätsteilung im Strafrecht?	282
6.4.3	Finale Programmierung: Zielbestimmung statt Handlungsunrecht	282
6.5	„Öffentlicher Friede“ als argumentatives Scharnier im Sicherheitsstaat?	283
6.5.1	Der Begriff des öffentlichen Friedens	283
6.5.2	Empirischer Aufweis der Diskursgrundlage: performativer Selbstwiderspruch	284

6.5.3 „Eignung zur Störung“: Vorverlagerung, materielle Gefahrenabwehr	286
6.5.4 Versuch teleologischer Reduktion	287
7 Schlussfolgerungen	290
7.1 Überblick	290
7.1.1 Strafrecht bei Kant und Hegel in Abgrenzung zu Feuerbach	290
7.1.2 Vorfelddelikte: Sicherheitsstaatliches Strafrecht	292
7.2 Unbestimmtheit des Tatbestands als Unbestimmbarkeit des Rechts	293
7.2.1 Unbestimmtheit	293
7.2.2 Unbestimmbarkeit	293
7.2.3 Öffentlicher Friede	294
7.3 Aufgabe der Rechtsprechung: Rechtsstaatliche Präzisierung	294
7.3.1 Objektiv-teleologische Reduktion	295
7.3.2 Verfassungskonforme Interpretation	297
7.3.3 Analogieverbot und „nulla-poena“-Grundsatz	299
7.3.4 Zusammenfassung	303
7.4 Abschluss: Kritische Rechtsanwendung als Ort substantieller Staatlichkeit	304
8 Literaturverzeichnis	307
9 Anhang	325
9.1 Zusammenfassung	325
9.2 Abstract	326

1 Einleitung

1.1 Ausgangsposition

Der 2017 im österreichischen Nationalrat beschlossene Tatbestand gegen „Staatsfeindliche Bewegungen“ (§ 247 a StGB¹), die Verschärfung des Terrorismusstrafrechts in den letzten Jahren sowie die generell zunehmende Normierung von Vorfelddelikten bzw. abstrakten Gefährdungsdelikten sind Reaktionen auf diverse Bedrohungsszenarien. Der Gesetzgeber ist bestrebt, Gefährdungen der Bürger und des Staates möglichst früh abzuwehren, und bedient sich dafür der großen Eingriffsmöglichkeiten und der symbolisch-abschreckenden Wirkung des Strafrechts. Die sich darin manifestierende Umdeutung des Strafrechts vom rechtsstaatlichen Schuldstrafrecht zum sicherheitsstaatlichen Steuerungsstrafrecht wird begleitet von einer vielfach kritisierten Unbestimmtheit des tatbestandlichen Unrechts im Grenzbereich des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots. Die Unbestimmtheit betrifft sowohl das Handlungsunrecht als auch das betroffene Rechtsgut. Ausgehend von dieser Spannung aktueller Gesetzgebungspraxis widmet sich die Arbeit der Frage nach der Leistungsfähigkeit des Tatbestands im Strafrecht. Diese kann mit strafrechtsdogmatischen Mitteln allein nicht geklärt werden, sondern bedarf der rechtsphilosophischen Reflexion auf die rechtsstaatlichen Grundlagen des Strafrechts und der Rolle des Normtextes für die Verantwortungszurechnung im Strafverfahren.

1.2 Bedeutung des strafrechtlichen Tatbestandes

1.2.1 Tatbestand als Angelpunkt der Strafrechtspraxis

In einem Rechtsstaat müssen Strafurteile gleichzeitig den Bedingungen konsistenten Entscheidens und rationaler Akzeptabilität genügen. Beides ist nach Habermas erforderlich, um die sozialintegrative Funktion der

1 Soweit nicht anders genannt, beziehen sich alle Bezeichnungen von Rechtsquellen auf die österreichische Rechtsordnung.

Rechtsordnung und den Legitimitätsanspruch des Rechts zu erfüllen.² Der tatbestandliche Normtext soll einen stabilen Angelpunkt zwischen dem Handeln der Menschen und dem Handeln des Staates bilden, indem er sich sowohl an ‚Betroffene‘, die Normadressaten, als auch an ‚Betreffende‘, die rechtlich zuständigen Amtsträger richtet. Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot und Analogieverbot des § 1 StGB (Art 7 MRK, Art 18 B-VG) nimmt deshalb eine Scharnierfunktion in der strafrechtlichen Zurechnung und Verfahrensmechanik ein. Es drückt aus, dass bei der Zurechnung strafrechtlicher Verantwortung nur die vom Gesetzgeber positivierten Normen zur Anwendung kommen dürfen. Der Gesetzgeber wird zur ausreichenden Konkretisierung des Normtextes verpflichtet und der Richter bei seiner Auslegung an die „Grenze des möglichen Wortsinns“ gebunden.³ Der Rechtsunterworfenen soll aus den Tatbestandsformulierungen des Gesetzes sein Handeln in Legalität konkret gestalten können.⁴ An Normtexten wird die Forderung gerichtet, die Erkennbarkeit von Strafbarkeit ex ante zu ermöglichen und die Ermittelbarkeit von Tatbeständen ex post durch die Rechtsprechung zu gewährleisten.⁵ Hinter diesem Anspruch steht die Vorstellung von einem Tatbestand als objektivem Sinngefäß und in der Folge eine juristische Falllösungstechnik, nach welcher es möglich sei, die Lösung aus dem Wortlaut abzuleiten.⁶

1.2.2 Infragestellung des Deduktionsverständnisses

Neuere rechtstheoretische Konzepte wenden sich ab von jenen objektivistischen, substanzontologischen Annahmen, die die konditionale Produktion von Einzelfallentscheidungen aus dem Normtext fingieren. Sie widersprechen der „Subsumtionsideologie“⁷ und der Vorstellung eines objektiven Textsinnes.⁸ Sie gehen von einem diffizilen Wechselspiel zwischen Sachverhalt, Tatbestand und Person des Rechtsanwenders⁹ aus sowie von

2 Vgl. Habermas, 1992, 243.

3 Vgl. Höpfel/Ratz, 2004, Rz 51.

4 Vgl. Höpfel/Ratz, 2004, Rz 52.

5 Vgl. Christensen/F. Müller, 2002, Rz 166, FN 27.

6 Christensen/F. Müller, 2002, 100.

7 Vgl. Grasnack, 2008, 74.

8 Vgl. Christensen/F. Müller, 2002, 100.

9 Vgl. die Bezeichnung der Straftat als „Reflexionsbegriff“ bei Schild. Vgl. Christensen/F. Müller, 2002, 100.

einer Abhängigkeit des Gesetzesverständnisses vom Vorverständnis,¹⁰ das über die Einsicht in die Auslegungsbedürftigkeit der Normbegriffe hinausgeht. In komplexen hermeneutischen Verstehensprozessen kommt es zur Bestimmung des Rechts mittels prozeduraler Verständigungen in konsensfähigen interaktiven Verfahren.¹¹ Für das Strafrecht erläutert Schild, der Begriff einer Straftat sei schon selbst ein „*Reflexionsbegriff*“, der nicht auf einem bloßen Subsumtionsvorgang beruht, sondern „*das vergangene empirische Geschehnis immer schon unter dem Gesichtspunkt einer auf Praxis und Verantwortung hin aufarbeitenden Erkenntnis und Urteilskraft*“ wahrnimmt.¹² Der traditionellen Methodenlehre wird entgegen gehalten, sie „gaukle“ die Möglichkeit eines objektiv richtigen Rechtserkennens durch rein deduktive Ableitung aus dem Wortlaut „vor“ und übersehe dabei wesentliche Aspekte der Rechtsfindung.¹³ Die Bestimmtheit strafrechtlicher Normen sei nicht am Normtext feststellbar.¹⁴ Der Normtext könne die Entscheidung nicht vorgeben, sondern müsse die juristische Argumentation lediglich legitimieren.¹⁵

1.2.3 Rechtsstaat und Bestimmtheitsgebot

Im österreichischen Strafrecht wird die Bedeutung des Tatbestandswortlauts unter Verweis auf das Rechtsstaatsprinzip sehr hoch eingeschätzt.¹⁶ Die Verlagerung der Bestimmung der Norm in das Verfahren, verbunden

10 Vgl. *Jakobs*, 1991, 75.

11 Vgl. *Kunz/Mona*, 2006, 152 sowie 176.

12 *Schild*, 1980, Rz 91 f.

13 Vgl. *Kunz/Mona*, 2006, 176.

14 Vgl. *Christensen/F. Müller*, 2002, Rz 166. Bestimmbarkeit bedeutet nicht Vorgabe der Entscheidung durch den Normtext, sondern Beeinflussung der Entscheidung im Sinne einer Bestimmbarkeit des Verfahrens und der Ergebnisse von Rechtsarbeit. So schlägt Müller vor, die Bestimmtheit des Normtextes generell durch Bestimmbarkeit der Rechtsnorm zu ersetzen sowie die Determination der Entscheidung durch die Beeinflussung der Entscheidung. Vgl. *Christensen/F. Müller*, 2002, Rz 182-184.

15 So reiche es nach Höpfel schon, wenn der Normtext die (z.B. mittels teleologischer Interpretation des Normtextes entworfene) Lösung zu tragen vermag. Vgl. *Höpfel/Ratz*, Rz 51.

16 Vgl. *Tomandl*, ÖJZ 2011, 58ff.

mit einer stärker teleologischen Auslegungspraxis,¹⁷ sei mit dem in Österreich traditionell engen Rechtsquellen-¹⁸ und Deduktionsverständnis unverträglich. Begründet wird die Zurückhaltung in Bezug auf teleologische Auslegungsmethoden unter anderem mit der mangelnden Vorhersehbarkeit für den Bürger. Denn je geringer die Bedeutung des Wortlautes für das Ergebnis sei, desto schwieriger sei es für den Rechtsunterworfenen, sich ein mögliches Ergebnis seiner Handlungen im Vorhinein ‚auszurechnen‘. Der Bürger werde von staatlichem Handeln im Nachhinein überrascht; dies stelle rechtsstaatliche Prinzipien in Frage. Dem Wortlaut als „*Fels der Rechtsstaatlichkeit*“¹⁹ wird jedoch von mehreren Seiten der Boden entzogen. Nach Kuhlen ist gar das Kriterium der Bestimmtheit der Norm selbst unbestimmt.²⁰ Die Maßgeblichkeit des Wortsinns mit dem Ziel einer bürgernahen Perspektive bei der Prüfung der Vorhersehbarkeit²¹ des Strafbarkeitsbereichs sei „*ein realitätsfernes Ideal, [...] letztlich eine Schimäre*“.²² Schon die Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikte wichen von einem engen Wortlautprinzip ab und stellten höhere argumentative Anforderungen, ergänzt durch einen Kanon von für den Normadressaten intransparenten Anwendungsregeln.²³ Sprachlich-semantische²⁴ Bedingungen begrenzten die Leistungsfähigkeit eines Tatbestandes und ermöglichten auf Basis eines positivistischen Deduktionsverständnisses interpretatorische Überdehnungen durch den Rechtsanwender mit rechtsstaatlich problematischen Implikationen. Was als ex post nachvollziehbare Argumentation gelte, sei keineswegs zugleich ex ante vorhersehbar.²⁵ Für die Auslegung maßgebliche rechtssysteminterne Diskurse seien dem Bürger nicht zugänglich, sondern liefen für den Normadressaten hermetisch abge-

17 Die Diskussion schwankt zwischen dem Festhalten am Kriterium der Wortlautschranke und der Forderung nach verstärkt teleologischer Auslegung der Tatbestände. Zur Argumentation in der Schweiz: Vgl. *Amstutz/Niggli*, 2005, 26.

18 Dazu u.a. kritisch: Vgl. *Amstutz/Niggli*, 2007, 123ff.

19 So sei es, laut Somek, „an der Zeit [...], den deontologischen Fels der Rechtsstaatlichkeit, wenn es ihn überhaupt geben kann, auf andere Weise zu fassen.“ *Somek*, JRP 1998, 41–62, 41.

20 Es handle sich um einen vagen und graduierbaren Begriff, dessen verbindliche Präzisierung noch nicht gelungen sei. Vgl. *Kuhlen*, 2011, 22 sowie 94.

21 Vgl. *Kuhlen*, 2006, 94 f.

22 *E. Simon*, 2005, 438.

23 Vgl. *Amstutz/Niggli*, 2005, 9ff.

24 Vgl. *Herzberg*, 2005, 45ff.

25 Wie es Höpfel annimmt: Vgl. *Höpfel*, JBl 1979, 505.

schlossen ab.²⁶ Des Weiteren habe der Bürger in den seltensten Fällen Kenntnis vom Normtext. Vielmehr spielten bei den Handlungen der Bürger sozial akzeptierte, kulturgebundene Standards eine wesentliche Rolle. Diese Standards spiegelten sich in Strafnormen wider. So werde die Orientierungsfunktion des Strafrechts nicht primär durch den Wortlaut, sondern vor allem von dem allgemeinen Konsens über strafrechtlich Verwerfliches bestimmt.²⁷

1.3 Gegenstand des Strafrechts?

1.3.1 Entformalisierungstendenzen im Strafrecht

Gegenwärtig zeichnet sich wie eingangs erwähnt eine Verschiebung des Gegenstandes des Strafrechts ab. Es entwickelt sich von einem Spiegel des grundsätzlichen gesellschaftlichen Anerkennungsverhältnisses zu einem politischen Steuerungsmittel in und für die Risikogesellschaft. Neue strafrechtliche Regelungsmaterien gehen über das klassische Kernstrafrecht mit dem Ziel des Rechtsgüterschutzes hinaus²⁸ und entfernen sich vom Schuldprinzip bzw. dem strafrechtlichen Handlungsbegriff.²⁹ Im materiellen Strafrecht schlägt sich diese Entwicklung in der Vorverlagerung der strafrechtlichen Interventionsschwelle durch abstrakte und potentielle Gefährdungsdelikte, der Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen sowie der Strafbarkeit juristischer Personen nieder.³⁰ Zugleich thematisiert die neuere deutsche Rechtslehre eine zunehmende Entformalisierung und Unbestimmtheit des Strafrechtstextes: Die Auslegung der unterbestimmten Normen werde dem Strafrichter übertragen, der insoweit rechtsfortbildend tätig werde.³¹

26 Vgl. dazu sowohl Luhmanns Systemtheorie als auch Wittgensteins Begriff des Sprachspiels: Vgl. *Amstutz/Niggli*, 2005, 11.

27 Vgl. *Luf*, 2008 b, 155 f.

28 Vgl. *Jakobs*, 2012, 20ff.

29 Das „Aushandeln“ von strafrechtlichen Urteilen (plea bargaining), zuletzt vom deutschen BGH unter großer Kritik von Teilen der Lehre bestätigt, zeigt diesen Trend für das Strafverfahren. Vgl. *Fischer*, ZEIT ONLINE vom 27.03.2013.

30 Vgl. *Kunz/Mona*, 2006, 229.

31 Vgl. *Kuhlen*, 2011, 31.

1.3.2 Einholung des Strafbegriffs in der Norminterpretation

Die Tendenz zur Entformalisierung³² des Strafrechts sowohl hinsichtlich seines Gegenstandes (Verortung im Staatsbegriff) als auch hinsichtlich seiner Textgrundlage (Formulierung im positiven Gesetz) macht ein kritisches Überdenken der traditionellen strafrechtlichen Interpretationsmethoden erforderlich.³³ Die Bestimmung des Rechts im Rahmen eines hermeneutischen Verstehensprozesses hat Auswirkungen auf die angemessene Handhabung des strafrechtlichen Normtextes. In Diskussion steht, ob die teleologische Interpretation als teleologische Reduktion dem Grundsatz des „*nulla poena sine lege scripta, certa*“ und dem rechtsstaatlichen Prinzip widerstreitet³⁴ oder dieses gerade in besonderer Weise erfüllt. Dahinter stehen unterschiedliche Positionen hinsichtlich der Funktion des Strafrechts: Der Schutz „*elementarer Gesinnungs- (Handlungs-) Werte*“ (Rechtsgüterschutz)³⁵ steht der „*Normgeltung*“ als zentralem Strafrechtsgut gegenüber.³⁶ Die Auseinandersetzung berührt die Frage nach dem Wesen der Strafe, ihre Verortung im Verfassungsstaat und damit zusammenhängend die gegenwärtige Problematik der sicherheitsstaatlichen Funktionalisierung des Strafrechts. Anzustreben ist eine rechtsstaatliche Rechtsanwendung, die das Wesen der Strafe im Staat einholen kann und damit auch das Kriterium der Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit im Staat neu ausdeutet. Die These ist, dass die teleologisch-restriktive³⁷ Interpretation im Sinne einer teleologischen Reduktion,³⁸ eine verfassungskonforme bzw. verfassungsorientierte Auslegung³⁹ sowie die Einbeziehung von Rechtsprin-

32 So gibt es nach Schönemann ein „scheinbar unaufhaltsames Vordringen von Generalklauseln im Strafrecht“. Schönemann, 1978, 6.

33 Vgl. schon das Andenken einer „elastischen Handhabung“ von Strafbestimmungen bei einer vom Gesetzgeber gewählten hohen Abstraktionsebene bei der Formulierung: Höpfel, ÖJZ 1983, 234.

34 Vgl. Grasnack, 2008, 74. Müller spricht in Bezug auf teleologische Interpretation gar von „Unredlichkeit“. Vgl. Christensen/F. Müller, 2002, Rz 29.

35 Vgl. Roxin, 2005, 135ff.

36 Vgl. Jakobs, 2012, 19.

37 Vgl. Maier, Juridikum 2010, 46–57, 46ff.

38 Umstritten. Hierzu kritisch: Vgl. Christensen/F. Müller, 2002, Rz 29. Hierzu befürwortend Amstutz/Niggli: Interpretation eines juristischen Textes als Reflexion einer nomischen Gemeinschaft an eine „teleologische Vision“. Vgl. Amstutz/Niggli, 2006, 170.

39 Vgl. Kuhlen, 2006, insb. 83ff.; Vgl. Christensen/F. Müller, 2002, Rz. 100.

zipien,⁴⁰ von leitenden Verfassungsbestimmungen und von Grundrechten in die Interpretation⁴¹ dafür notwendige Werkzeuge des Rechtsanwenders sind. Dabei wird dem Tatbestandswortlaut eine reduzierte, gleichwohl unverzichtbare, Position im hermeneutischen Zirkel des Rechtsfindungsprozesses zugewiesen.⁴² Ein solches Interpretationsverständnis ermöglicht auch, rechtsstaatlich gebotene und damit für den politischen Bürger vorhersehbare von rechtsstaatlich unmöglichen und damit unvorhersehbaren Auslegungsvarianten des Normtextes unterscheiden zu können.

1.4 Ziele und Vorgangsweise

Ziel dieser Arbeit ist, das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot im Rechtsstaat *begrifflich*, das heißt philosophisch, zu beleuchten. Die Leistungsfähigkeit des Tatbestands als Angelpunkt rechtsstaatlichen Handelns und strafrechtlicher Argumentation ist jenseits von substanzontologischen Konzepten neu zu bestimmen.⁴³ Der Tatbestand kann seine Rolle nur im Rahmen eines hermeneutische und diskurstheoretische Konzepte umfassenden Verständnisses von Staat als Rechtsstaat und Strafrecht als rechtsstaatlichem Strafrecht erfüllen. Die Arbeit sucht keinen strafrechtsdogmatischen Zugang zur Fragestellung, sondern legt den Schwerpunkt auf hermeneutisch-methodische Überlegungen. Im Rahmen einer kritischen Erläuterung der Staat-Strafrecht-Konzepte Immanuel Kants, Georg Wilhelm Friedrich Hegels und Paul Johann Anselm von Feuerbachs wird deutlich, dass die Auslegung des strafrechtlichen Normtextes von der deduktiven Anwendung von Gesetzen der Naturwissenschaft fundamental zu unterscheiden ist. Auslegung hat als praktisches Handeln im Staat „*sittliche Qualität*“.⁴⁴ Denn das Interpretationsgeschehen ist nur möglich, wenn von den Beteiligten dem Text und dem Ausle-

40 Vgl. *Luf*, 2008 b, 151ff.

41 Vgl. *Fuchs*, 1995, 442 f.

42 Ggf. ist somit schon die Ausschöpfung des Wortlauts verbotene Rechtsneuschöpfung im Sinne einer Überschreitung des wirklichen Sinnes des Gesetzes; Vgl. *Höpfel*, JBl 1979, 505.

43 Vgl. *Somek*, JRP 1998, 41–62, 41.

44 So Müller: „Der entscheidende Gedanke, der dem Verstehen und Auslegen sittliche Qualität verleiht und es damit in den Horizont der Ethik zieht, lautet für Schleiermacher: Ich habe beim Auslegen der Äußerung einer oder eines anderen bis zum Erweis des Gegenteils die sprachliche Äußerung meines Gegenübers als

gungsgeschehen Vernünftigkeit *unterstellt* wird, wodurch sie deren Vernünftigkeit zugleich *einholen*. Die Arbeit konkretisiert jenes sittliche – das heißt „politische“ – Handeln der Interpretation in der verfassungsstaatlichen Strafrechtspraxis, durch welches das staatliche Anerkennungsverhältnis im jeweiligen Einzelfall mittels des Normtextes eingeholt wird. Dieser Umstand erlaubt das Aufzeigen von Grenzen rechtsstaatlich tragfähiger Interpretationen für die Deliktsguppe der Vorfelddatbestände, die im aktuellen Wandel des Strafrechts hin zum Risikomanagementsystem unter sicherheitsstaatlichen Zwecküberlegungen an Bedeutung gewinnen. Intention ist, durch die Auseinandersetzung mit dem Wesen des Strafrechts im Staat zu einer reflektierten Interpretationskultur von Tatbeständen, insbesondere in den neuen Gebieten des Strafrechts, beizutragen.

vernünftig (und nicht von vornherein als sinnleeres Geräusch) zu unterstellen. Das schließt zwei ihrerseits wiederum ethisch nicht neutrale Momente ein: (a) Ich werde im Rahmen meiner Vernünftigkeitunterstellung in erheblichem Rahmen Eigenheiten, also die Individualität meines Gegenübers in Rechnung stellen müssen. Und (b): Indem ich der zu verstehenden Äußerung einen Vertrauensvorschuss in der Wahrung der Vernünftigkeit entgegenbringe, schaffe ich Gemeinschaft sofern ich mich mit der oder dem sich Äußernden auf eine Ebene stelle.“ *K. Müller*, 2008, 264.

2 Staat und Strafe bei Immanuel Kant

2.1 Einleitung

2.1.1 Überblick und Ansatzpunkt

Kant⁴⁵ widmet sich in der „Metaphysik der Sitten“ nicht der Vielzahl positiver Gesetze, sondern dem apriorischen „*Inbegriff der Gesetze*“.⁴⁶ Der Rechtsanwender muss die „*empirischen Prinzipien*“ und damit die geltenden Gesetze verlassen,⁴⁷ um mittels der apriori gültigen⁴⁸ Gesetze jener „*positiven Gesetzgebung die Grundlage zu errichten*.“⁴⁹ Während das geltende Recht historisch wechselnden Zwecksetzungen unterliegt, ist das „*reine Recht*“ zweckfrei.⁵⁰ Sowohl die Kenntnis der positiven Gesetze der Empirie des Staates (Rechtsklugheit) als auch die Kenntnis von deren

45 Kant wurde 1724 in Königsberg geboren und starb 1804 ebenda. Die „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“ veröffentlichte er im Jahr 1785, die erste Auflage der „Metaphysik der Sitten“ 1797.

46 Vgl. *Kant/Weischedel*, Metaphysik der Sitten, § A, 336.

47 So Kant in der „Kritik der reinen Vernunft“: „[...] in Ansehung der (moralischen und rechtlichen) Gesetze [...] ist Erfahrung (leider!) die Mutter des Scheins, und es ist höchst verwerflich, die Gesetze über das, was ich tun soll, von demjenigen herzunehmen, oder dadurch einschränken zu wollen, was getan wird“. *Kant*, 1787, 325. Vgl. dazu *Naucke*, 2000, 64.

48 Vgl. *Kant/Weischedel*, Metaphysik der Sitten, Vorrede.

49 So Kant: „Was ist Recht? Diese Frage möchte wohl den Rechtsgelehrten [...] ebenso in Verlegenheit setzen, als die berufene Aufforderung: Was ist Wahrheit? den Logiker. Was Rechtens sei (quid sit iuris), d.i. was die Gesetze an einem gewissen Ort zu einer gewissen Zeit sagen oder gesagt haben, kann er noch wohl angeben; aber ob das, was sie wollten, auch recht sei, und das allgemeine Kriterium, woran man überhaupt Recht sowohl als Unrecht (iustum et iniustum) erkennen könne, bleibt ihm wohl verborgen, wenn er nicht eine Zeitlang jene empirischen Prinzipien verlässt, die Quellen jener Urteile in der blossen Vernunft sucht (wiewohl ihm dazu jene Gesetze vortrefflich zum Leitfaden dienen können), um zu einer möglichen positiven Gesetzgebung die Grundlage zu errichten. Eine bloss empirische Rechtslehre ist [...] ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! dass er kein Gehirn hat.“ *Kant/Weischedel*, Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre, § B, 336. Vgl. *Kunz/Mona*, 2006, 79.

50 Vgl. *Naucke*, 1998, 364.

apriorischen Prinzipien der Idee des Staates, unter deren Bedingungen die Vernünftigkeit der positiven Gesetzgebung steht (Rechtslehre),⁵¹ sind für eine „*Lehre des positiven Rechts*“ nötig, deren der Rechtsgelehrte in der Praxis kundig sein muss.⁵²

2.1.2 Das vernünftige Subjekt: Zwei-Welten-Dichotomie

2.1.2.1 Moralische Person: Zurechnung der Handlung (Freiheit)

Die Freiheit konstituiert sich im praktischen Handeln als „*innere Kausalität*“ neben der äußerlich-empirischen⁵³ Kausalität und kann als „*Wille zur Freiheit*“ trotz „*empirischer Unfreiheit*“ gedacht werden.⁵⁴ Die „*praktische Erkenntnis des Sittengesetzes*“ gibt vor, wie eine zukünftige Veränderung der Empirie auszusehen hat.⁵⁵ Das Freiheitsvermögen als positive

51 So Kant: „Der Inbegriff der Gesetze, für welche eine äußere Gesetzgebung möglich ist, heißt die Rechtslehre (ius). Ist eine solche Gesetzgebung wirklich, so ist sie Lehre des positiven Rechts und der Rechtskundige derselben, oder Rechtsgelehrte (iurisconsultus), heißt rechtserfahren (iurisperitus), wenn er die äußern Gesetze auch äußerlich, d.i. in ihrer Anwendung auf in der Erfahrung vorkommende Fälle kennt, die auch wohl Rechtsklugheit (iurisprudencia) werden kann, ohne beide zusammen aber bloße Rechtswissenschaft (iurisscientia) bleibt. Die letztere Benennung kommt der systematischen Kenntnis der natürlichen Rechtslehre (ius naturae) zu, wiewohl der Rechtskundige in der letzteren zu aller positiven Gesetzgebung die unwandelbaren Prinzipien hergeben muß.“ *Kant/Weischedel*, *Metaphysik der Sitten*, Einleitung in die Rechtslehre, § A, 336.

52 *Zaczyk*, 1999, 80.

53 Das Bewusstsein des Sollens folgt nicht aus der Freiheit, sondern diese ist aus ersterem selbst geschlossen, weswegen sich die Frage von Prädeterminismus (als „Bestimmung der Willkür durch innere Gründe“ innerhalb einer empirischen Zeitfolge) mit einer Vorstellung von Freiheit als innerer Kausalität leicht vereinbaren lässt. Lediglich eine Denkrichtung, die die unerforschliche Eigenschaft als mit dem Verstand begreifbar vorstellt, könne auf den Gedanken eines Determinismus kommen. Vgl. *Kant*, 1794, 41.

54 Vgl. *Merkel*, 2008. Die Freiheit im Kantischen Sinne ist folglich von einer Determination durch Kausalitäten der Natur grundsätzlich unabhängig. Wenngleich eine Handlung als äußeres Verhalten als „Begebenheit der Welt [...] unter Naturgesetze fällt“, so ist sie zugleich – in Hinblick auf die „Grundlage ihrer Bestimmung“, die Prinzipien, von denen sich der Einzelne bei seinen Handlungen leiten lässt - „moralisch“ Ausdruck praktischer Freiheit, so Benhabib. Vgl. *Benhabib*, *Zeitschrift für philosophische Forschung* Band 41 (1987), 521–547, 535.

55 *Eisfeld*, 2013, 333.

Freiheit „etwas zu tun“,⁵⁶ nämlich vernünftig zu handeln,⁵⁷ ist nicht direkt erfahrbar, sondern bedarf für den Verstand der Vorstellung, eine von „*physischen Bestimmungen unabhängige Persönlichkeit*“ zu sein.⁵⁸ Im Rahmen dieses „*moralischen Selbstbewusstseins*“⁵⁹ wird sich das Ich als Handelnder bewusst⁶⁰ und unterwirft sein sittliches Handeln vermittels dieses nicht-sinnlichen Gefühls des „*Sich-selbst-Habens*“ zugleich der „*Achtung*“ gegenüber dem apriorischen Vernunftgesetz.⁶¹ Das Subjekt rechnet sich seine Handlungen zu. Der Mensch kommt bei der Frage nach der moralischen Qualität der Handlung⁶² als sittliches Subjekt in den Blick.⁶³ Dabei geht es nicht um ein sinnliches „*Bewusstsein eines Sollens*“ oder um

56 So Brandom: „Das Ungewöhnliche an [...] [Kants] Theorie ist, dass er mit einer positiven statt mit einer negativen Konzeption von Freiheit aufwartet. Es handelt sich mithin nicht um die Freiheit von irgendwelchen Beschränkungen, sondern um eine Konzeption der Freiheit, etwas zu tun. Kant versteht auch die Freiheit als normative (und nicht als kausale) Größe: als eine Form von Autorität. Genauer handelt es sich um die Autorität, uns selbst normativ verantwortlich für das zu machen, was wir denken und tun. Freiheit ist das Vermögen, uns selbst durch Normen zu binden.“ *Brandom, Die Zeit* 2015, 53.

57 Dazu argumentiert Kant, „daß die Freiheit nimmermehr darin gesetzt werden kann, daß das vernünftige Subjekt auch eine wider seine (gesetzgebende) Vernunft streitende Wahl treffen kann. [...] Die Freiheit, in Beziehung auf die innere Gesetzgebung der Vernunft, ist eigentlich allein ein Vermögen; die Möglichkeit, von dieser abzuweichen, ein Unvermögen“. *Kant/Weischedel, Metaphysik der Sitten*, 333.

58 *Kant/Weischedel, Metaphysik der Sitten*, 347.

59 So Heidegger: „Das phänomenologisch Entscheidende im Phänomen des Gefühls ist, daß es das Gefühlte direkt entdeckt und zugänglich macht, und zwar nicht in der Weise der Anschauung, sondern im Sinne eins direkten Sich-selbst-Habens.“ *Heidegger, 1975*, 187.

60 *Heidegger, 1975*, 188.

61 So Heidegger „Kant sagt, sie dient nicht zur Beurteilung der Handlungen, d.h. das moralische Gefühl stellt sich nicht hinterher ein, nach der sittlichen Tat als die Art und Weise, in der ich Stellung zur vollzogenen Handlung nehme, sondern die Achtung für das Gesetz konstituiert als Triebfeder überhaupt erst die Möglichkeit der Handlung. Sie ist die Art und Weise, in der mir das Gesetz als Gesetz allererst zugänglich wird.“ *Heidegger, 1975*, 191.

62 So Kant: „Was der Mensch im moralischen Sinne ist, oder werden soll, gut oder böse, dazu muß er sich selbst machen, oder gemacht haben. Beides muß eine Wirkung seiner freien Willkür sein; denn sonst könnte es ihm nicht zugerechnet werden, folglich er weder moralisch gut noch böse sein.“ *Kant, 1794*, 37.

63 Dazu Heidegger: „Die Intelligenzen, die moralischen Personen, sind Subjekte, deren Sein das Handeln ist.“, so Heidegger in der Erläuterung von Kants ‚Sein‘ des Menschen. *Heidegger, 1975*, 200.

eine verständige Einsicht, sondern um eine Forderung der Vernunft,⁶⁴ der sich der handelnde Mensch unterwirft.⁶⁵ Indem „*das Subjekt sich selbst zum Objekt macht*“ entäußert sich die subjektive Vernunft, „*konstituiert sich selbst als Person und ist selbst Urheber jenes Systems der Ideen.*“⁶⁶ Dies gründet „*das System einer sich selbst zum Gegenstande konstituierenden allumfassenden Vernunft*“ als eine „*Autokratie der Ideen*“.⁶⁷ Die Urteilsfähigkeit nach dem moralischen Gesetz wird nach Kant durch die Kultur vorbereitet, kommt aber nicht von außen in die Gesellschaft, sondern das moralische Gesetz „*hat seine Grundlage in der menschlichen Natur, und zwar demjenigen, was man mit dem gesunden Verstande zugleich jedermann ansinnen und von ihm fordern kann, nämlich in der An-*

64 Das „moralische Gefühl“ wird durch das moralische Gesetz, d.h. durch die Vernunft selbst „verursacht oder gewirkt“. Vgl. *Kant*, 1999, 53.

65 Dagegen Naucke: Nach Naucke wird dem Menschen seine Freiheit in einem „Bewusstsein des Sollens“ erfahrungsmäßig zugänglich. Seine Handlungen sind ihm (naturgesetzlich) erklärbar, dennoch ist er sich bei manchen Handlungen bewusst, dass diese nicht hätten geschehen sollen. Dieses Bewusstsein entspringt nicht seinem Sein als „Naturwesen“, sondern seiner Existenz als „intelligibles Wesen“ bzw. der reinen Vernunft. Es handelt sich dabei um das „Bewusstsein der Freiheit“ als Zusammenspiel von positiver und negativer Freiheit in Hinblick auf eine moralische Anforderungssituation. Vgl. *Naucke*, 1962, 24.

66 erläutert Vaihinger und weiter: „So macht sich das Subjekt selbst zum Objekt in der Idee Gottes.“ *Vaihinger*, 2013, 729. Dazu Kant an verschiedenen Stellen im „Opus Postumum“: „Tranz. Philosophie ist das formale System (oder die Lehre vom System) asymptotisch der Ideen, (dadurch das Subjekt sich selbst zum Objekt macht) der reinen (nicht empirisch bestimmbaren) Vernunft als höchster Standpunkt der Principien (a priori) synthetischer Erkenntnis aus Begriffen (nicht der Construction derselben mithin von Raumes// u. Zeitbedingungen unabhängig) und der Mathematik unterschieden. Sie enthält ein Aggregat: Gott, Welt, u. Pflichtbegriff des Menschen d.i. den categorischen Imperativ, dessen *Dictamen* ein höchstes Wesen nicht ein Weltwesen ist.“ *Kant*, Opus Postumum, 084. „Transsc. Ph. ist ein Idealism: da nämlich das Subject sich selbst constituiert. Man sieht im Raum durchs Licht, nicht das Licht.“ *Ders.*, ebda, 085. „Es ist Ein Gott, Eine Welt und Ein in der Vernunft moralische gebietendes Princip (Pflichtgesetz für den Menschen) in der Welt. Freyheit. Die Form macht hier das Seyn der Objecte, nicht umgekehrt (sonst wäre Empirism).“ *Ders.*, ebda, 091. Kant grenzt die transzendente Philosophie dergestalt von der Metaphysik ab: „Transsc: Phil. ist nicht diejenige Phil. die über Sinnesobjecte obgleich nach Principien a priori philosophiert (denn das ist Metaphysik) sondern sich selbst zum Object des Philosophirens macht.“ *Ders.*, ebda, 085.

67 Dazu Kant: „Transsc. Phil. ist die Selbstschöpfung (Autocratie) der Ideen zu einem vollständigen System der Gegenstände der reinen Vernunft.“ *Kant*, Opus Postumum, 084. Vgl. dazu *Vaihinger*, 2013, 729.

lage zum Gefühl für (praktische) Ideen, d.i. zu dem moralischen“.⁶⁸ Vernünftiges, freies Handeln ist als positives Konzept von Freiheit das „Verantwortlichsein des Selbst sich selbst gegenüber und für sich selbst“, wodurch die „Würde“ des Subjekts offenbar wird, indem das Subjekt sich selbst „als reiner Vernunft“ unterwirft.⁶⁹ Wenngleich sich das „äußere Recht“ auf das nicht-sinnliche „Bewußtsein der Verbindlichkeit eines jeden nach dem Gesetze“ nicht berufen kann, so „gründet es sich“ nach Kant doch darauf.⁷⁰ Als moralische Person ist der Mensch frei,⁷¹ als Glied der Natur ist er determiniert.⁷² Mit dieser Spannung kann der Mensch umgehen, weil ihm eine solche „zweifache Beurteilung seiner selbst geläufig“ ist.⁷³

Aus geschichtlich-empirischer Perspektive ist das Menschenbild Kants nach Naucke pessimistisch. Die Paradoxie der Freiheit durch Unterwerfung unter sich selbst als reiner Vernunft bedeutet empirisch die unvermeidliche Unterwerfung unter Zwang- und Machtstrukturen. Der Mensch will dem anderen beständig überlegen sein⁷⁴ und muss erst, so Naucke, seinen egoistischen, nur auf sich selbst bedachten Naturzustand zurücklassen, um mittels des Rechts zur „Kultur“ finden zu können.⁷⁵ Es braucht, so Naucke, dazu die „zwangswise Einschränkung des individuellen Wollens, um die Stabilität des Gemeinwesens zu erreichen“, ein Strafrecht,

68 So Kant in der „Kritik der Urteilskraft“. Siehe *Kant*, 1977, 190.

69 Dadurch „erhebt“ sich das Subjekt zugleich. Vgl. *Heidegger*, 1975, 192.

70 *Kant/Weischedel*, Metaphysik der Sitten, 339.

71 *Heidegger*, 1975, 186.

72 Vgl. *Naucke*, 1962, 22.

73 *Naucke*, 1962, 24.

74 Dies, weil der Mensch durch die Erbsünde belastet ist. Vgl. *Kant*, 1794, 33.

75 „Das Mittel, vom rohen Zustand in den Kulturzustand zu finden, ist das Recht“, so Naucke. Der Grundgedanke, dass Menschen für Ihr Überleben auf ein Zusammenwirken untereinander angewiesen sind, habe sich – wie Naucke ausführt – in zwei Richtungen entwickelt: Ein optimistisches Menschenbild geht davon aus, dass der Mensch an sich „gut“ ist und den Staat und das Recht als Formen benötigt, seine „guten Anlagen“ angemessen entwickeln zu können, weswegen, so Naucke, Zwang nur als „Zwang zum Guten“ zu denken sei. Demgegenüber stehe ein pessimistisches Menschenbild, welches den Menschen als grundsätzlich egoistisch und nur auf seinen Vorteil bedacht einordnet, weswegen die Auferlegung staatlichen Zwangs nötig ist, um den Egoismus des Einzelnen in Schranken zu weisen. *Naucke*, 2000, 62.

das den Einzelnen zwingt⁷⁶ und „erzieht“.⁷⁷ Der (empirische) Mensch benötigt einen „Herrn“, der seinen Willen bricht und ihn durch Zwang und Schmerz⁷⁸ zur Achtung des allgemeinen Willens zwingt,⁷⁹ weil er als endliches Wesen auf sinnliche Einwirkungen angewiesen ist. Erst über die Handlungen als empirische Fakten nehmen sich die moralischen Personen untereinander wahr.⁸⁰ Sie können sich über diese Fakten auch in ihrer Freiheit beeinträchtigen. Die Unabhängigkeit von fremder nötiger Willkür, das heißt die Willkürfreiheit als negatives Konzept der Freiheit, besteht deshalb nur, „sofern sie mit jeder anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann“. In diesem Rahmen bezeichnet Kant die Freiheit als das „einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht“.⁸¹

2.1.2.2 Dialektik: Begrenztheit der theoretischen Erkenntnis

Nach Kant verstrickt sich die menschliche Vernunft in eine dialektische, das heißt „scheinhafte und deshalb auflösbare Opposition von gegensätzlichen Behauptungen“, wenn sie versucht, über Gott und die Welt objektive theoretische Erkenntnisse zu erringen.⁸² Es bedarf zur Ermöglichung

76 Vgl. Naucke, 2000, 62.

77 Zu beachten ist, dass Kant diese Gedanken in historischer Perspektive verfolgt, nicht in vernünftiger. Vgl. dazu: Kant, 1784, 4., 5. und 6. Satz. Vgl. auch Naucke, 2000, 63.

78 Hier zeigt sich die für Kant typische „Zwei-Welten-Dichotomie“, unter welcher sein gesamtes Denken steht. Dies zeigt sich darin, dass der Gedankengang nicht aus Kants „Kritiken“ stammt sondern aus einer Beschäftigung mit der Historie: Vgl. Kant, 1784, 4., 5. und 6. Satz. Vgl. Naucke, 2000, 63 FN 1.

79 So Naucke: „Hiernach ist das Recht, insbesondere das Strafrecht, die zwangsweise Einschränkung individuellen Willens, um diese Stabilität des Gemeinwesens zu erreichen.“ Vgl. Naucke, 2000, 63.

80 Dazu Heidegger über Kant: „Die endlichen Substanzen vernehmen von einem anderen Seienden nur das, was dieses als Wirkung seiner selbst dem Erfassenden zukehrt. Nur die Außenseite, nicht die Innenseite ist jeweils zugänglich und vernehmbar.“ Heidegger, 1975, 212 f. Vgl. dazu Kant, Vorlesungen über die Metaphysik, 97. Zitiert nach: Heidegger, 1975, 213.

81 Kant/Weischedel, Metaphysik der Sitten, 345.

82 Dialektik bezeichnet bei Kant laut Schönwälder-Kuntze – anders als bei Hegel, für den Dialektik die „Bewegungsform des Werdens schlechthin [...] den Gang der Sache selbst“ – (bloß) eine erkenntnistheoretische Methode, die „instrumentell auf das anzuwenden [...] [ist], was erkannt werden soll“ als ein „Weg“ zur korrekten